

Trautes Heim, Glück allein

COVID-19 und mobile Arbeit

Peter C. Schöffmann*

1. Einleitung

1.1. Wandel mobiler Arbeit durch die Pandemie

Vor der Pandemie spielte Telearbeit¹ eine untergeordnete Rolle. Zwar stieg in den EU-27 zuletzt die gelegentliche Telearbeit (zuletzt 11 % in 2019); ständige Telearbeit blieb aber über Jahre hinweg konstant (zuletzt 3,2 % in 2019).²

Ein Telearbeitsplatz ist also in der Regel nicht einziger, sondern zusätzlicher Arbeitsplatz. In Österreich hatten vor der Pandemie rund 13 % einen weiteren Arbeitsplatz zu Hause.³ Bei der Verteilung herrscht erhebliche Ungleichheit: Ausschlaggebend sind vor allem Bildungsgrad und Führungsfunktion. Neben dem Büro nutzten 30,3 % der Arbeitnehmer*innen (AN) mit Hochschulabschluss einen zusätzlichen Telearbeitsplatz, aber nur 14,5 % jener mit höherem Schulabschluss und überhaupt nur 3,5 % jener mit Pflichtschulabschluss.⁴ 21,9 % jener AN mit höheren oder führenden Tätigkeiten nutzten auch die Telearbeit, wohingegen das nur auf 6,7 % von AN mit mittlerer Tätigkeit zutrifft.⁵ Diese Unterschiede ziehen sich durch alle Mitgliedstaaten der EU-27. Vor allem das Einkommen ist ein starkes Indiz: Im zweithöchsten Einkommensfünftel leisten beinahe 30 % Telearbeit, aber nur etwas mehr als 5 % im untersten Einkommensfünftel.⁶

In Österreich stieg die Telearbeit nach Ausbruch der Pandemie von rund 13 %⁷ auf 42 % an.⁸ Die Ungleichheiten besteht aber fort: Sie stieg bei AN mit Hochschulabschluss in den EU-27 während April 2020 auf über 60 %, während jene mit sekundärem Bildungs-

* Das Manuskript wurde im März 2021 abgeschlossen, also noch vor einem Inkrafttreten des „Homeoffice Maßnahmenpaket 2021“ (94/ME XXVII. GP und 1301/A XXVII. GP).

1 Für eine Erläuterung der verschiedenen Begriffe (Telearbeit, Homeoffice und mobile Arbeit) s Punkt 1.2.

2 *Sostero/Milasi/Hurley/Fernández-Macias/Bisello*, Teleworkability and the COVID-19 crisis: a new digital divide? (2020) 7 (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/wyva>).

3 *Statistik Austria*, Arbeitsorganisation und Arbeitszeitgestaltung. Modul der Arbeitskräterhebung 2015 (2018) 78.

4 *Statistik Austria*, Arbeitsorganisation und Arbeitszeitgestaltung 196.

5 *Statistik Austria*, Arbeitsorganisation und Arbeitszeitgestaltung 197.

6 *Sostero/Milasi/Hurley/Fernández-Macias/Bisello*, Teleworkability 10 ff.

7 *Statistik Austria*, Arbeitsorganisation und Arbeitszeitgestaltung 78.

8 *Zeglovits*, Zeit- und ortsungebundenes Arbeiten (2020) 3 (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/rcm2>).

abschluss nicht einmal 30 % erreichten.⁹ Zudem gibt es eine große Gruppe an AN, deren Arbeitsplätze gar nicht „teleworkable“ sind. Eine Abwägung, ob sie ihre Erwerbstätigkeit aufgrund einer Pandemie im Betrieb oder zu Hause erbringen, stellt sich also gar nicht. Dazu zählen etwa Produktionsarbeiter*innen, Pflegekräfte oder Arbeitnehmer*innen im Einzelhandel.¹⁰ Dennoch ist Telearbeit – zumindest für die Dauer der Pandemie – ein Massenphänomen.

Im Wesentlichen können wir die Konsequenzen der Pandemie mit Blick auf die Telearbeit so zusammenfassen: Erstens betrifft Telearbeit nicht mehr nur eine kleine privilegierte Gruppe, sondern viele AN. Telearbeit wird zweitens nicht mehr vereinzelt an manchen Tagen geleistet, sondern dauerhaft über Wochen und Monate.¹¹ Drittens liegt die Vermutung nahe, dass AN nicht mehr aus eigenem Interesse Telearbeit leisten, sondern vor allem das betriebliche und öffentliche Interesse ausschlaggebend ist.¹²

All diese Aspekte führen dazu, dass Rechtsfragen im Zusammenhang mit mobiler Arbeit erstmals wirklich relevant werden. Dieser Beitrag wird drei Fragen genauer beleuchten: Wer trägt die Kosten für mobile Arbeit (dazu unter 2.1.)? Gibt es eine Pflicht oder ein Recht zur mobilen Arbeit (2.2.)? Was ist bei der Organisation der Belegschaft zu berücksichtigen (2.3.)? Dabei wird auch auf die Änderungen durch das „Homeoffice Maßnahmenpaket 2021“ eingegangen,¹³ die mit 1.4.2021 in Kraft treten sollen. Diese Fragen fanden bisher wenig Beachtung, weil sie für Führungskräfte weniger relevant sind. Sie haben ein überdurchschnittliches Gehalt, Auslagen werden häufig ohnehin über Pauschalen („All-in“) zusätzlich abgegolten und sie haben im Zweifel eine höhere Verhandlungsmacht. Zusätzlich sind sie regelmäßig als leitende Angestellte von der Betriebsorganisation der AN ausgenommen, werden also nicht vom Betriebsrat vertreten.

Offenkundig wird damit, dass mobile Arbeit – abhängig von Einkommen und Hierarchie – für die einen Privileg, für andere aber eine prekäre Arbeitsform und für wieder andere unerfüllbarer Wunsch sein kann. Gerade bei AN, die lediglich ein Mindesteinkommen beziehen, bedeutet Telearbeit eine signifikante finanzielle Belastung, soweit kein Kostenersatz von den Arbeitgeber*innen (AG) geleistet wird. Zusätzlich kann Telearbeit zur Isolation führen, was nicht nur soziale, sondern auch rechtliche Folgen hat, wenn sich die Belegschaft nicht mehr organisiert und dadurch betriebliche Mitbestimmung entfällt.

9 Sostero/Milasi/Hurley/Fernández-Macías/Bisello, Teleworkability 21.

10 Sostero/Milasi/Hurley/Fernández-Macías/Bisello, Teleworkability 44 und 66 ff.

11 Vgl dazu Corral/Isusi, Impact of the COVID-19 confinement measures and telework in Spain (2020) 12 (abrufbar unter: <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc122651.pdf>).

12 Das schließt nicht aus, dass es formell eine Vereinbarung gibt. Die AN haben in diesem Fall aber kaum eine echte Alternative. Vgl näher Corral/Isusi, Impact confinement measures Spain 12.

13 Ein Ministerialentwurf wurde am 26.2.2021 vorgelegt (94/ME XXVII. GP). Darauf aufbauend wurde am 26.2.2021 ein überarbeiteter Entwurf als Initiativantrag von Abgeordneten der Koalitionsparteien eingebracht (1301/A XXVII. GP).

1.2. Begriffsbestimmung

Die Begriffe „Homeoffice“, „Telearbeit“ oder „mobiles Arbeiten“ waren – bisher – nicht verbindlich festgelegt. Teilweise werden sie synonym oder zumindest einander überschneidend verwendet.¹⁴

Unter Telearbeit versteht man üblicherweise Arbeit außerhalb der Betriebe der AG unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnik (IKT).¹⁵ Beim Homeoffice liegt der Schwerpunkt hingegen nicht auf der Verwendung von IKT, sondern auf der Erbringung der Arbeitsleistung in Privaträumen. Der Begriff der mobilen Arbeit ist noch weiter und umfasst Arbeitsleistungen „unabhängig von einem festen Arbeitsplatz [an] jedem denkbaren Ort“¹⁶.

Nach dem neuen § 2h Abs 1 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG)¹⁷ soll Homeoffice vorliegen, wenn „regelmäßig Arbeitsleistung in der Wohnung“ erbracht wird. Laut den Materialien seien auch Wohnungen von Lebensgefährt*innen oder nahen Angehörigen erfasst, nicht aber etwa ein Co-Working-Space.¹⁸

Der Anwendungsbereich der neuen Bestimmungen ist also sehr eng. Sie erfassen keine anderen Formen der mobilen Arbeit. Für diese können die neuen Homeoffice-Bestimmungen nicht zu Anwendung kommen. Ein Grund für diesen Ausschluss ist nicht erkennbar. Die Arbeitsvertragsparteien hätten es ja selbst in der Hand, einen geeigneten Ort im Rahmen der Vereinbarung zu wählen (dazu 2.2.). Die AG könnten also auch einen Vorschlag der AN ablehnen, wenn sie den vorgesehenen Arbeitsort für ungeeignet halten.¹⁹ Die vorgesehene Bestimmung kann also zu einem Schutzdefizit führen,²⁰ wenn sich die Parteien nicht auf die vom Gesetz vorgegeben Räume beschränken.

2. Problemfelder

2.1. Kostentragung bei Telearbeit

Allgemein verbinden AN mit Telearbeit verschiedene positive Effekte, die sich im Wesentlichen mit „Work-Life-Balance“ umschreiben lassen.²¹ Sie ist aber gerade auch mit Vorteilen für die AG verbunden. Sie sparen sich neben Büroflächen auch damit verbundene Kosten (etwa Einrichtung, Reinigung). Diese tragen auf den ersten Blick AN, die in der eigenen Wohnung, die auf eigene Kosten beheizt wird, am eigenen Tisch, mit dem

14 Dazu näher *Felten*, Home-Office und Arbeitsrecht, DRdA 2020, 511 (512 f).

15 Vgl etwa Punkt 2. der Rahmenvereinbarung über Telearbeit der Europäischen Sozialpartner; vgl auch § 36a Beamtendienstgesetz.

16 So *Oberthür*, Die Arbeitssicherheit im Mobile Office, NZA 2013, 246.

17 BGBl 1993/459 idF BGBl I 2020/131; die vorgesehenen Änderung des § 2h AVRAG finden sich im Initiativantrag 1301/A XXVII. GP.

18 1301/A XXVII. GP Erl 4.

19 Stellungnahme von *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP 2.

20 Stellungnahme von *Gruber-Risak*, 12/SN-94/ME XXVII. GP 1.

21 *Corral/Isusi*, Impact confinement measures Spain 24.

eigenen Laptop arbeiten.²² Der finanzielle Anreiz, Büroflächen abzubauen und AN zur mobilen Arbeit zu bewegen, ist daher erheblich.²³

Aus rechtlicher Perspektive sind zwei Fragen interessant, die miteinander verbunden sind. Zunächst: Wer muss – im Rahmen des Arbeitsvertrages – ganz grundsätzlich die Arbeitsmittel bereitstellen? Daran schließt sich eine zweite Frage an: Kann diese Pflicht auf die AN übertragen werden und steht ihnen dafür Ersatz zu?

Arbeitsmittel sind grundsätzlich von den AG bereitzustellen.²⁴ Diese Pflicht ergibt sich aus keiner konkreten Bestimmung,²⁵ sondern regelmäßig aus dem Arbeitsvertrag selbst.²⁶ Schaffen AN selbst Arbeitsmittel an, so steht ihnen ein Kostenersatz nach § 1014 ABGB analog zu. Nach hA können diese Kosten nur sehr beschränkt den AN endgültig umgehängt werden, da es damit zu einer Überwälzung des typischen Unternehmensrisikos käme.²⁷

Mit dem „Homeoffice Maßnahmenpaket 2021“ wird für die Arbeit im Homeoffice eine konkrete Bestimmung vorgesehen: Nach § 2h Abs 3 AVRAG²⁸ sind für „das regelmäßige Arbeiten im Homeoffice [die] erforderlichen digitalen Arbeitsmittel bereitzustellen.“ Die Bestimmung ist problematisch.²⁹ Sie legt den Umkehrschluss nahe, dass die AG ausschließlich digitale Arbeitsmittel bereitzustellen haben, „analoge“ Arbeitsmittel (wie Möbel oder Bürozubehör) hingegen von den AN zu besorgen sind. Dies stünde nicht nur im Widerspruch mit den (oben erwähnten) allgemeinen Wertungen des Arbeitsrechts, sondern auch mit dem ArbeitnehmerInnenschutzgesetz³⁰, wonach die AG etwa ergonomische Möbel zur Verfügung zu stellen haben (§ 67 Abs 2 leg cit).³¹

AN können damit über einen Teil ihres Entgelts nicht mehr frei verfügen, sondern müssen es im Interesse ihrer AG ausgeben. Gerade für jene, die ohnehin nur ein kollektivvertragliches Mindestentgelt verdienen, ist dieser Eingriff erheblich. Mindestentgeltbestimmungen werden dadurch unterlaufen, wenn AN ihr Entgelt nicht mehr für private Zwecke verwenden können.

Zwar werden AN bei der Anschaffung ergonomischer Möbel steuerlich unterstützt (vgl etwa § 16 Abs 1 Z 7a EStG), damit gehen diese Kosten, die bisher von den AG zu tragen waren, nun aber zu (Steuer-)Lasten der Allgemeinheit. AG haben durch Homeoffice ohnehin schon Kostenvorteile, etwa durch die Reduktion von Büroflächen. Es ist schwer nachvollziehbar, warum die Kosten für Arbeitsmittel von der öffentlichen Hand zu tragen sind.³²

22 Zur Bereitstellung der Arbeitsmittel in Österreich s *Zeglovits*, *Zeit- und ortsungebundenes Arbeiten* 8.

23 Dazu NN, *What a way to make a living*, *The Economist* 12.9.2020, 19 ff.

24 *Rebhahn* in *ZellKomm*³ (2018) § 1151 Rz 116/1.

25 Ausnahmen finden sich etwa im Theaterarbeitsgesetz (§ 11).

26 Vgl dazu *Monsch*, *Bring Your Own Device* (2017) 33 f.

27 Vgl *Rebhahn* in *ZellKomm*³ (2018) § 1151 Rz 116/1.

28 1301/A XXVII. GP.

29 *Gruber-Risak*, 12/SN-94/ME XXVII. GP 2; *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP 4f.

30 BGBl 1994/450 idF BGBl I 2018/100.

31 Vgl *Gruber-Risak*, 12/SN-94/ME XXVII. GP 3.

32 So auch *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP 4f.

2.2. Recht auf und Pflicht zum Homeoffice

Unklar war bisher auch, ob AG Homeoffice einseitig anordnen können oder AN einen Anspruch auf Telearbeit haben.

2.2.1. Rechtslage in Österreich

In Österreich wurde die einseitige Anordnung von Homeoffice unterschiedlich beurteilt. Nach *Friedrich* sei – etwa im Fall der behördlichen Betriebsschließung – eine einseitige Anordnung von Homeoffice denkbar. Dieser hätten die AN aufgrund ihrer Treuepflicht zu folgen.³³ *Felten* lehnt dies hingegen ab, weil der private Wohnraum der AN etwa durch das Recht auf Privat- und Familienleben und das Hausrecht besonders geschützt sei.³⁴ § 2h Abs 2 AVRAG³⁵ sieht nunmehr vor, dass Homeoffice zwischen den Arbeitsvertragsparteien schriftlich zu vereinbaren ist. Damit scheint die Freiwilligkeit für beide Seiten zunächst gewährleistet. Eine einseitige Anordnung der AG durch Weisung ist damit nicht mehr möglich. Weisungen können nur das vertraglich Vereinbarte konkretisieren. Ist aber Homeoffice selbst zwingend schriftlich zu vereinbaren, besteht für eine einseitige Konkretisierung kein Platz.

Um eine Homeoffice-Vereinbarung zu erzwingen, könnten AG aber zur Änderungskündigung greifen. Sie bieten also den AN eine Vertragsänderung (hier: Arbeit im Homeoffice) an und sprechen ihnen – für den Fall, dass ihr nicht zugestimmt wird – die Kündigung aus. Der Druck auf die AN ist damit offenkundig erhöht. Sie werden einem Angebot regelmäßig auch dann zustimmen, wenn es nicht ihren eigenen Interessen entspricht.

Werden AN gekündigt, weil sie auf ihren bisherigen Arbeitsplatz – und damit auf die Einhaltung ihrer Vereinbarung – beharren, liegt eine (verbotene) Motivkündigung (§ 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG) nahe. Die stRsp lehnt dies aber ab, weil die AG „auf dem durch die Rechtsordnung vorgesehenen Weg“ versuchen, dispositive Vertragspunkte zu ändern, was nicht per se rechtswidrig sein könne.³⁶

Insofern ist die Freiwilligkeit der AN nur unzureichend abgesichert. Dies steht zwar im Widerspruch zur Rahmenvereinbarung über Telearbeit der Europäischen Sozialpartner. Sie hält in Punkt 3 fest, dass „[d]ie Weigerung eines Arbeitnehmers, Telearbeit zu leisten, [...] nicht die Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses [rechtfertigt].“ Dabei handelt es sich aber um eine Vereinbarung nach Art 155 Abs 2 Alt 1 AEUV, die keine Umsetzungspflicht nach sich zieht.³⁷

33 *Friedrich*, Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB und COVID-19, ZAS 2020, 156 (157 f).

34 *Felten*, DRdA 2020, 511 (516 ff); vgl auch *Bartmann/Ondrejka*, Home-Office in Zeiten von COVID-19, ZAS 2020, 163 (164 f).

35 1301/A XXVII. GP.

36 RIS-Justiz RS0018143.

37 *Rebhahn* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar⁴ (2019) Art 155 Rz 11.

2.2.2. Blick über die Grenze

Auch außerhalb von Österreich gewann die mobile Arbeit durch die Pandemie an Bedeutung. Bemerkenswert war der deutsche Vorstoß, ein Recht auf mobile Arbeit gesetzlich zu verankern. Der Entwurf des Mobile-Arbeit-Gesetzes sah einen Anspruch von zumindest 24 Tagen mobiler Arbeit vor.³⁸ Mittlerweile wurde der Entwurf eingestampft.³⁹ Die Corona-Arbeitsschutzverordnung sieht aber vor, dass AG – als Maßnahme der Kontaktreduktion – unter bestimmten Voraussetzungen den AN anbieten müssen, die Arbeitsleistung in deren Wohnungen zu erbringen (§ 2 Abs 4 leg cit).⁴⁰

Spanien wählt einen anderen Weg. Durch das Königliche Gesetzdekret 28/2020⁴¹ wurde in Spanien ein näherer rechtlicher Rahmen für mobile Arbeit (*trabajo a distancia*) geschaffen. Darin finden sich neben einem vorgeschriebenen Mindestinhalt einer Vereinbarung über mobiles Arbeiten (Art 7) etwa auch Bestimmungen über die Arbeitsmittelbereitstellung (Art 11) und Aufwandsersatz (Art 12), die den AG übertragen werden.

Interessant ist, dass die Vereinbarung über mobile Arbeit für AG und AN gleichermaßen widerrufbar ist (Art 5 Abs 3). Konkrete Rahmenbedingungen dieses Widerrufs sind durch Kollektivvertrag oder Einzelvereinbarung näher zu regeln (Art 8 Abs 3). Jene AN, die ab Beginn ihres Arbeitsvertrages und im vollen Ausmaß ihrer Arbeitszeit mobile Arbeit leisten, sind bei der Zuweisung von Arbeitsplätzen im Betrieb vorrangig zu berücksichtigen (Art 8 Abs 2). Auch wenn diese Ansprüche von einer konkreten vertraglichen Ausgestaltung abhängen, geht dies doch in Richtung eines Rechts auf Beschäftigung im Betrieb.

2.2.3. Widerrufbarkeit auch in Österreich?

Eine vergleichbare gesetzliche Regel fehlt in Österreich. Die Homeoffice-Vereinbarung iSd § 2h AVRAG ist lediglich kündbar (Abs 4 leg cit). Nach dem ersten Entwurf⁴² wurde aber ein wichtiger Grund sowie die Einhaltung einer einmonatigen Kündigungsfrist zum Monatsletzten vorausgesetzt. Der wichtige Grund sowie Kündigungsfrist und -termin sind also kumulativ zu berücksichtigen.

Die Bestimmung wurde vielfach kritisiert, weil ein wichtiger Grund – nach zivilrechtlichen Maßstäben – zur sofortigen Vertragsbeendigung berechtigt. Hingegen ist das ordentliche Kündigungsrecht naturgemäß zwar an Kündigungsfristen und -termine gebunden, aber grundlos möglich. Eine Kombination aus wichtigem Grund und Frist wird hingegen weder dem ordentlichen noch dem außerordentlichen Kündigungsrecht gerecht.

38 *Thüsing*, Angestellte gegen Arbeiter. Wollen wir das? Welt.de 9.10.2020, www.welt.de/debatte/kommentare/article217486854/Mobile-Arbeit-Gesetz-Angestellte-gegen-Arbeiter-Wollen-wir-das.html (9.3.2020).

39 NN, Hubertus Heil rückt vom Recht auf Homeoffice ab, Zeit.de, www.zeit.de/arbeit/2020-11/recht-auf-homeoffice-hubertus-heil-union (9.3.2021).

40 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV), BAnz AT 22.01.2021 V (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/ynze>).

41 Boletín oficial del estado 23.9.2020, BOE-A-2020-11043 (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/ssnw>).

42 94/ME XXVII. GP.

Diese Kündigungsbestimmung macht die Homeoffice-Vereinbarung insgesamt unattraktiv, da sich beide Parteien in der Regel gar nicht mehr einseitig davon lösen können.⁴³ Der Ministerialentwurf wurde in diesem Punkt schließlich durch einen Initiativantrag revidiert.⁴⁴ Es wurde der Satz angefügt, wonach „[d]ie Vereinbarung [...] eine Befristung sowie Kündigungsregelungen beinhalten [kann].“ Damit will der Gesetzgeber wohl für beide Vertragsparteien zusätzliche dispositive Beendigungsmöglichkeiten ermöglichen. Dies fügt sich aber denkbar schlecht in das AVRAG ein. § 16 AVRAG ordnet nämlich an, dass die §§ 2-15 – und somit auch § 2h AVRAG – zu Gunsten der AN relativ zwingend sind. Der Gesetzgeber widerspricht sich damit selbst, wenn der Absatz selbst einen Dispositionsrahmen vorsieht, den das Gesetz nicht zulässt.

2.3. Der verstreute Betrieb

Homeoffice wirft aber nicht nur Fragen im vertraglichen Bereich auf. Betroffen ist auch die Betriebsebene. Die Organisation der Belegschaft ist auf Betriebe zugeschnitten, bei denen AN regelmäßig physisch anwesend sind. Der Betrieb ist dem Grundgedanken nach ein zentraler Ort. Befinden sich die AN nicht am selben Ort, ergeben sich dadurch einerseits soziale Probleme, aber auch rechtliche Herausforderungen.

2.3.1. Rechtliche und soziale Probleme

Zunächst ist das Betriebsverfassungsrecht kaum auf Betriebe zugeschnitten, die viele verschiedene Arbeitsstätten umfassen. Offenkundig wird dies bei Fragen zur virtuellen Betriebsversammlung oder Betriebsratssitzung.

Darüber hinaus tritt ein sozialer Aspekt hinzu. Zwar sind die Rechte und Pflichten der Belegschaft und ihrer Vertreter*innen durch das ArbVG rechtlich bestimmt, ihre Organisation hat aber auch soziale Voraussetzungen. Treffen sich AN nicht regelmäßig im Betrieb, kann sich gar nicht das bilden, was man unter einer „Betriebsgemeinschaft“ versteht; also eine Belegschaft mit gemeinsamen Interessen, die sie auch gemeinsam verfolgt. Virtuell kann diese Gemeinschaft nur schwer ersetzt werden.

Dieses Problem ist im Grunde bereits bekannt; etwa bei Betrieben, in denen AN zwar nicht örtlich, aber zeitlich getrennt arbeiten (allen voran Schichtbetriebe). Auch die verschiedenen Filialen von Handelsunternehmen sind häufig nur unselbstständige Betriebsteile, die gemeinsam einen Betrieb bilden. Die Organisation fällt offenkundig schwer, wenn Filialen über das gesamte Bundesgebiet verstreut sind und AN, die etwa einen Betriebsrat gründen wollen, gar nicht wissen, wer in anderen Filialen mitmachen will. Als Negativbeispiel bleibt hier die Farce um die gescheiterte Betriebsratsgründung bei der Drogeriekette *Müller* in Erinnerung.⁴⁵

43 *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP, 5 ff; vgl auch *Gerlach*, 25/SN-94/ME XXVII. GP 2.

44 1301/A XXVII. GP.

45 NN, Müller mag Betriebsräte nicht, *Die Presse.com* 28.2.2019, <https://www.diepresse.com/5167570/muller-mag-betriebsraete-nicht> (9.3.2021).

2.3.2. Virtuelle Betriebsversammlung

Das zentrale Organ des Betriebes ist die Belegschaft. Sie tritt in der Betriebsversammlung zusammen. Die Belegschaft kann sich in einer Vollversammlung, aber auch in Teilversammlungen zusammenfinden (§ 44 ArbVG). Das macht Sinn, wenn die Belegschaft etwa in verschiedenen Schichten arbeitet oder es zwar verschiedene Arbeitsstätten gibt, die Anzahl aber noch überschaubar ist.

Arbeitet aber ein erheblicher Teil der Belegschaft mobil, sind Teilversammlungen keine Option. Hier wäre eine virtuelle Betriebsversammlung zweckmäßiger. AN können dann entweder zu einer physischen Betriebsversammlung zugeschaltet werden⁴⁶ oder die Versammlung wird gleich zur Gänze virtuell abgehalten.

Ob virtuelle Betriebsversammlungen zulässig sind, ist umstritten. Gegen sie wird aber – vor allem in der deutschen Lehre – vorgebracht, dass sie mit dem Grundsatz der Nichtöffentlichkeit (§ 48 Abs 1 Satz 1 ArbVG) sowie mit dem Persönlichkeits- und Datenschutz der AN nicht vereinbar sei.⁴⁷

Dogmatisch überzeugt dies aber nicht. Zweifellos gelten besondere Anforderungen, um die Integrität der Betriebsversammlung an sich als auch die Persönlichkeitsrechte der AN zu schützen. Ansichten, die eine virtuelle Betriebsversammlung von vornherein ausschließen, sind in aller Regel unzureichend begründet.

Zunächst kann bei allen gängigen Videokonferenzsystemen der Zugang von Dritten durch Passwörter uä beschränkt werden. Selbstverständlich schließt dies unbefugte Dritte nicht restlos aus. Diese Anforderung kann dem Gesetz aber gar nicht unterstellt werden.⁴⁸ Die Nichtöffentlichkeit soll die unabhängige Willensbildung der Belegschaft sichern.⁴⁹ Dieser Zweck wird noch nicht vereitelt, wenn sich irgendjemand hinter dem Vorhang versteckt oder unbefugt an der Videokonferenz teilnimmt. Auch bei Präsenzversammlungen von Großbetrieben kann die Nichtöffentlichkeit nie mit letzter Gewissheit sichergestellt werden. Gerade, wenn etwa auf Messehallen ausgewichen werden muss,⁵⁰ wäre es lebensfremd davon auszugehen, dass hier Dritte nicht mithören (könnten). Die Betriebsversammlung oder ihre Beschlüsse sind deswegen aber noch lange nicht rechtswidrig.

Die virtuelle Betriebsversammlung wird auch durch den Persönlichkeitsschutz nicht schlichtweg ausgeschlossen. Zunächst ist schon unklar, was überhaupt der Eingriff in die Persönlichkeitsrechte sein soll. Dass AN sich überhaupt (etwa von einer Webcam) aufnehmen lassen, verstößt nicht von vornherein gegen ihre Persönlichkeitsrechte. Rele-

46 Es handelt sich dann um eine physische und eine virtuelle Teilversammlung.

47 Zum Grundsatz der Nichtöffentlichkeit: *Fitting*, BetrVG³⁰ (2020) § 42 Rz 1a; *Mauer* in BeckOK § 33 BetrVG Rz 3 (beck-online, Stand 1.6.2020); zum Daten- und Persönlichkeitsschutz: *Lunk* in Münchener HB zum Arbeitsrecht III⁴ (2019) § 299 Rz 22.

48 Vgl OGH 8 ObA 30/19y DRdA 2020, 359 (zust *Jabornegg*) = ZAS 2020, 282 (krit *Schöffmann*).

49 *Schneller* in *Gableitner/Mosler*, ArbVG II⁶ (2020) § 48 Rz 1.

50 So musste etwa erst kürzlich die Betriebsversammlung von FACC in einer Messehalle in Ried/Innkeis abgehalten werden, *Wiesbauer*, 650 Mitarbeiter verlieren ihren Job, MeinBezirk.at 18.9.2020, www.meinbezirk.at/ried/c-wirtschaft/650-mitarbeiter-verlieren-ihren-job_a4246692 (18.9.2020).

vant sind vielmehr (dahinterstehende) berechtigte Interessen.⁵¹ Diese können aber auch auf andere Weise gewahrt werden, etwa durch den Verzicht der Aufzeichnung oder das Unkenntlichmachen des Hintergrunds, wenn kein Einblick in das Wohnzimmer gewährt werden soll. Zusätzlich stehen den Interessen der Einzelnen jene der Belegschaft gegenüber, eine Betriebsversammlung abzuhalten.

Auch datenschutzrechtliche Bedenken – insb die behauptete Zustimmungspflicht⁵² – überzeugen nicht. Betriebsversammlungen sind (zumindest einmal je Halbjahr) verpflichtend durchzuführen. Insofern erfüllen die Einberufer*innen (also in der Regel der Betriebsrat) ihre rechtlichen Verpflichtungen (Art 6 Abs 1 lit c Datenschutz-Grundverordnung).⁵³ Die Einberufer*innen sind dabei in ihrer Entscheidung frei und haben darauf zu achten, dass möglichst viele AN teilnehmen können und der Betriebsablauf möglichst nicht gestört wird.⁵⁴ Eine virtuelle Betriebsversammlung wird häufig schon auf Grundlage dieser Interessenabwägung nahe liegen. Sind Präsenzversammlungen aufgrund der Pandemie unzweckmäßig, ist sie ohnehin die einzige Möglichkeit.

Besondere Herausforderungen stellen sich eher noch bei der Beschlussfassung. Das Betriebsverfassungsrecht sieht grundsätzlich eine Stimmabgabe durch Handheben vor; in besonderen Fällen durch Stimmzettel (§ 5 Abs 4 Betriebsrats-Geschäftsordnung 1974⁵⁵). Aufgrund der absolut zwingenden Natur des Betriebsverfassungsrecht, können auch durch eine Geschäftsordnung keine zusätzlichen Möglichkeiten geschaffen werden. Ein virtuelles Handheben ist aber grundsätzlich denkbar. Manche Videokonferenzsysteme bieten eine solche Möglichkeit. Anders als bei der Betriebsratswahl, sieht die BRGO für die Stimmzettel auch keine näheren Voraussetzungen vor. Der Einsatz von e-Votingsystemen ist hier also zumindest denkbar, wenn auch praktisch schwer umsetzbar.

Deutschland hat letztlich reagiert und mit § 129 Abs 3 Betriebsverfassungsgesetz⁵⁶ Betriebsversammlungen mittels „audiovisueller Einrichtungen“ ausdrücklich zugelassen. Es handelt sich aber laut Überschrift der Bestimmung um eine „Sonderregelung aus Anlass der COVID-19-Pandemie“. Tritt die Klausel nach der Pandemie wieder außer Kraft, steht es um die Mitbestimmung von mobilen AN also wieder schlecht. Zurecht könnte behauptet werden, dass der Gesetzgeber ja erkennbar bloß von einem Lückenbüsser ausgeht. Diesem Beispiel sollte man daher nicht folgen.

3. Abschluss

Die vorgesehenen Änderungen für das Homeoffice hinterlassen einen gemischten Eindruck. Zwar sind konkrete Regel sicher wünschenswert, die neuen Bestimmungen ziehen

51 Vgl dazu Aicher in Rummell/Lukas, ABGB⁴ § 16 Rz 29 (Stand 1.7.2015, rdb.at)

52 Lunk in Münchener HB zum Arbeitsrecht III⁴ (2019) § 299 Rz 22..

53 Vgl Schulze/Helmrich, Digitale Betriebsratsätigkeit und Datenschutz, ArbRAktuell 2020, 253 (254).

54 Vgl dazu § 39 Abs 3 ArbVG; Schmeller in Mosler/Gableitner, ArbVG II⁶ (2020) § 47 Rz 3, 10.

55 Betriebsrats-Geschäftsordnung 1974 (BRGO) BGBl 1974/355 idF BGBl II 2012/274.

56 Dt BGBl I 2020/24, 1044.

aber unzählige Fragen nach sich. Das wesentliche Problem besteht darin, dass sie sich nur schlecht in das Arbeitsrecht einfügen. Angesichts der langen Sozialpartner*innen-verhandlungen ist das doch überraschend.

Zudem wurden einige Fragen gar nicht behandelt. So sieht etwa § 26 Abs 3 Arbeitszeitgesetz (AZG)⁵⁷ vereinfachte Aufzeichnungspflichten hinsichtlich der Arbeitszeit vor. Sie betreffen vor allem die Arbeit im Homeoffice. Vor dem Hintergrund einer aktuellen EuGH-Entscheidung⁵⁸ wird die Bestimmung aber von der hL⁵⁹ als unionsrechtswidrig angesehen, weil durch § 26 Abs 3 AZG die Einhaltung der Mindestruhezeiten (Art 31 Abs 2 Grundrechtecharta) nicht gewährleistet werden kann.⁶⁰

Darüber hinaus gibt es Probleme, die das Arbeitsrecht (alleine) kaum lösen kann. So nimmt während der Pandemie (unbezahlte) Betreuungs-, Erziehungs- und Haushaltsarbeit zu, weil institutionelle Betreuungsangebote (Kindergarten, Schule) genauso wegfallen wie andere externe Dienstleistungen (etwa Reinigungskräfte). Homeoffice schafft hier zwar eine grundsätzliche (aber nur scheinbare) Vereinbarkeit von Erwerbsarbeit und unbezahlter Arbeit. Diese zusätzliche Arbeit belastet zudem Frauen deutlich stärker und das selbst in jenen Haushalten, in denen unbezahlte Arbeit vor COVID-19 gleich verteilt war.⁶¹ Hinzu kommt, dass AN im Homeoffice selbst dann noch arbeiten, wenn eigentlich ein Dienstverhinderungsgrund vorliegt. So wird im Homeoffice häufig auch dann noch Erwerbsarbeit geleistet, wenn die AN eigentlich krank sind oder eine Pflegefreistellung (bei Erkrankung naher Angehöriger) in Anspruch nehmen könnten. Auch das gilt für Frauen weit häufiger als für Männer.⁶²

Mag. Peter C. Schöffmann ist Universitätsassistent am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Wirtschaftsuniversität Wien; peter.schoeffmann@wu.ac.at

57 BGBl 1969/461 idF BGBl I 2018/53.

58 EuGH 14.5.2019, C-55/18, CCOO, ECLI:EU:C:2019:402.

59 Anstatt vieler *Mazal*, Neue Arbeitszeitaufzeichnung: Wahrheit statt Schönung, *ecolex* 2019, 656 (657 f).

60 Stellungnahme von *Schöffmann/Kager*, 14/SN-94/ME XXVII. GP 10 f mwN.

61 *Mader/Derndorfer/Disslbacher/Lechinger/Six*, Genderspezifische Effekte von COVID-19. Blog 1: Zeitverwendung von Paarhaushalten während COVID-19 (abrufbar unter: <https://short.wu.ac.at/2zep>).

62 *Zeglovits*, Zeit- und ortsungebundenes Arbeiten 9 f.