

## 3. Teil

# Arbeitsbedingungen

### I. Arbeitszeit

Das Arbeitszeitrecht ist vor allem im **AZG** und im **ARG** und in den hiezu ergangenen **Verordnungen** geregelt. § 1 regelt jeweils den Anwendungsbereich der Gesetze und Abs 2 sieht etliche Ausnahmen vor; so sind zB leitende Angestellte vom Geltungsbereich des AZG und ARG ausgenommen, seit 1. 9. 2018 auch sonstige Arbeitnehmer mit maßgeblicher selbständiger Entscheidungsbefugnis und bestimmte Familienangehörige. Sonderbestimmungen sehen ua das **KJBG** für jugendliche Arbeitnehmer und das **MSchG** für Schwangere und junge Mütter vor. **654**

Diverse **Verstöße** gegen das AZG bzw ARG, insb Verstöße gegen die **Höchstarbeitszeit** und die **Mindestruhezeiten**, aber auch gegen die **Arbeitszeitaufzeichnungspflicht**, führen zur verwaltungsrechtlichen **Strafbarkeit des Arbeitgebers** (§ 28 AZG; § 27 ARG; § 30 KJBG; § 37 MSchG). Die bloße Überschreitung der Normalarbeitszeit hat hingegen nur entgeltrechtliche Folgen (s Rz 277, 691 f).<sup>891)</sup> **655**

Der **Arbeitgeber** hat **Aufzeichnungen über die Arbeitszeiten** seiner Arbeitnehmer zu führen (§ 26 Abs 1 AZG). Dabei müssen die von jedem Arbeitnehmer geleisteten Arbeitsstunden, inkl Beginn und Ende (s Rz 668 ff); aufgezeichnet werden; dh, aus der Aufzeichnung muss auch die zeitliche Lage (s Rz 734 ff) hervorgehen, da sonst die Einhaltung der Ruhepausen (s Rz 788 ff) und der Ruhezeiten (s Rz 818 ff) nicht erkennbar ist. Der Arbeitnehmer hat einmal monatlich Anspruch auf Übermittlung der Arbeitszeitaufzeichnungen, vorausgesetzt er hat sie nachweislich verlangt (§ 26 Abs 8 AZG). **656**

**Unzulässig** ist daher im Geltungsbereich des AZG das Modell der „**Vertrauensarbeitszeit**“, bei dem der Arbeitgeber ua auf die Kontrolle der Arbeitszeit „verzichtet“. <sup>892)</sup>

#### Beispiel 192

Der **Arbeitnehmer** ist verpflichtet, **alle ihm aufgetragenen Aufgaben** nach den Weisungen des Arbeitgebers gewissenhaft **zu erledigen**. Der Arbeitnehmer darf **Beginn und Ende** seiner Arbeitszeit **selbst gestalten**, wobei er auf **betriebliche**

<sup>891)</sup> Vgl *Auer-Mayer in Auer-Mayer ua*, AZG<sup>4</sup> § 3 Rz 1; *Pfeil in ZellKomm*<sup>3</sup> § 3 AZG Rz 2; *Schrank*, Arbeitszeit<sup>6</sup> § 3 AZG Rz 3.

<sup>892)</sup> Der Unterschied zur Gleitzeit (s Rz 771 ff) liegt vor allem darin, dass bei der Gleitzeit weiterhin Arbeitszeitaufzeichnungen geführt werden, durch die der Arbeitgeber die Arbeitszeit kontrollieren kann.

**Belange Rücksicht** zu nehmen hat. Der Arbeitnehmer ist **nicht zur Führung von Arbeitszeitaufzeichnungen verpflichtet**, er hat jedoch die Vorschriften des AZG (insb Höchstarbeitszeit und Mindestruhezeiten) zu beachten.

– **Ergebnis:**

Soweit das AZG anwendbar ist, ist diese Klausel **unzulässig**. Der Arbeitnehmer schuldet bloß Arbeitsleistung auf Zeit, aber keinen Erfolg (s Rz 180, 593, 977; zur notwendigen Vereinbarung über Ausmaß und Lage der Arbeitszeit s Rz 699 ff, 735 ff). Eine Vereinbarung, die ihm aufgetragenen Arbeiten zu erledigen, auch wenn er dafür zB „länger“ brauchen sollte, widerspricht dem Wesen des Arbeitsvertrags (zur ev bestehenden Verpflichtung von Überstundenleistungen s Rz 716 ff). Der Arbeitgeber kann zwar darauf „verzichten“, dass der Arbeitnehmer Arbeitszeitaufzeichnungen führt, das entbindet den Arbeitgeber aber nicht davon, für seine dem AZG unterliegenden Arbeitnehmer Arbeitszeitaufzeichnungen zu führen.

**657** Aufzeichnungen, aus denen lediglich die Gesamtarbeitszeit pro Tag, Woche oder Monat ersichtlich ist (**Saldenaufzeichnungen**), sind nach dem AZG nur zulässig, wenn der Arbeitnehmer über Lage der Arbeitszeit und seinen Arbeitsort weitgehend selbst bestimmen kann oder seine Tätigkeit überwiegend in seiner Wohnung ausübt (§ 26 Abs 3 AZG; zur Frage, ob dies unionsrechtskonform ist, s Rz 659).<sup>893)</sup>

**658** Nur **ausnahmsweise**, wenn Beginn und Ende der Ruhepausen durch **Betriebsvereinbarung**, bzw in Betrieben ohne **Betriebsrat** durch schriftliche Einzelvereinbarung, festgelegt sind oder es den Arbeitnehmern überlassen wird, die Ruhepause innerhalb eines festgelegten Zeitraums zu nehmen (s Rz 810 Punkt 2) und davon nicht abgewichen wird, **entfällt die Verpflichtung zur Führung von Aufzeichnungen über die Ruhepausen** (§ 26 Abs 5 AZG). Wird die Pause allerdings nicht in dieser Zeit genommen, lebt die Aufzeichnungspflicht wieder auf.<sup>894)</sup>

**Beispiel 193**

Der Arbeitnehmer kann die zeitliche Lage der Ruhepause **zwischen 12:00 und 14:00 Uhr** selbst bestimmen. Wann er die Ruhepause hält, **muss er nicht in den Arbeitszeitaufzeichnungen vermerken**.

~ **Ergebnis:**

Die Klausel ist im schriftlichen Arbeitsvertrag **nur zulässig**, wenn im Betrieb **kein Betriebsrat** besteht. Selbst dann lebt aber die Aufzeichnungspflicht wieder auf, wenn der Arbeitnehmer die Ruhepause ausnahmsweise früher oder später antritt.

<sup>893)</sup> Vgl VwGH 23. 11. 2017, Ra 2017/11/0243, Arb 13.452; VwGH 15. 10. 2015, Ra 2014/11/0065, RdW 2016/93; Heilegger in *Gasteiger ua*, AZG<sup>7</sup> § 26 Rz 1; Pfeil in *Auer-Mayer ua*, AZG<sup>4</sup> § 26 Rz 3; Schrank, Arbeitszeit<sup>6</sup> § 26 AZG Rz 6; ErläutRV 319 BlgNR 25. GP 20.

<sup>894)</sup> Vgl Heilegger in *Gasteiger ua*, AZG<sup>7</sup> § 26 Rz 14.

Nach Ansicht des **EuGH**<sup>895</sup>) ergibt sich aus der Grundrechtecharta (Art 31 Abs 2), der Arbeitsschutz-Rahmen-RL (Art 4 Abs 1, Art 11 Abs 3, Art 16 Abs 3)<sup>896</sup>) und der Arbeitszeit-RL (Art 3, 5, 6)<sup>897</sup>) die Verpflichtung „ein objektives, verlässliches und zugängliches System einzurichten, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete tägliche Arbeitszeit gemessen werden kann.“<sup>898</sup>) In der Literatur<sup>899</sup>) ist daher umstritten, ob die im AZG vorgesehene Saldenaufzeichnung (s Rz 657) und die Ausnahme von der Aufzeichnungspflicht der Ruhepausen (s Rz 658) unionsrechtskonform sind, da so **die Einhaltung der Mindestruhezeiten** (Ruhepause, tägliche und wöchentliche Ruhezeiten) **nicht kontrolliert** werden kann.

659

Obwohl die Verpflichtung zur Arbeitszeitaufzeichnung den **Arbeitgeber selbst** trifft, kann mit dem **Arbeitnehmer vereinbart werden**, dass dieser die Aufzeichnungen führt (§ 26 Abs 2 AZG). Dessen ungeachtet bleibt jedoch die **Verantwortung**, dass die Aufzeichnung gesetzeskonform erfolgt, beim **Arbeitgeber**.<sup>900</sup>) Das gilt auch für die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit (§ 28 Abs 1 Z 3 AZG: Geldstrafe von € 20 bis € 436). Die **Strafe** darf auch **nicht** auf den **Arbeitnehmer überwälzt** werden.<sup>901</sup>)

660

#### Beispiel 194

Es wird vereinbart, dass der **Arbeitnehmer** die Arbeitszeiten mittels xx aufzeichnet. Ausdrücklich wird der Arbeitnehmer darauf hingewiesen, dass die **Verantwortung für die gesetzeskonforme Aufzeichnung** bei ihm liegt.

#### – Ergebnis:

Die Klausel ist **unzulässig**. Es darf zwar vereinbart werden, dass der Arbeitnehmer die Aufzeichnungen zu führen hat; die Verantwortung für die gesetzeskonforme Aufzeichnung bleibt aber beim Arbeitgeber.

<sup>895</sup>) EuGH 14. 5. 2019, C-55/18, *CCOO/Deutsche Bank*, DRdA 2020/8, 236 (*Niksova*).

<sup>896</sup>) RL 89/391/EWG.

<sup>897</sup>) RL 2003/88/EG.

<sup>898</sup>) Zu den Bedenken zur Unionsrechtskonformität des UG 2002, das keine Aufzeichnungspflicht für wissenschaftliche Mitarbeiter vorsieht, vgl *Burger-Ehrnhöfer/Glowacka*, ASoK 2019, 249f. Eine Aufzeichnungspflicht ist für diese Arbeitnehmer lediglich im Kollektivvertrag (§ 31 Abs 8) vorgesehen und dort abweichend vom AZG für den Arbeitnehmer und nicht für den Arbeitgeber.

<sup>899</sup>) Für die Unionsrechtskonformität *Burger-Ehrnhöfer/Glowacka*, ASoK 2019, 245 ff; *Mertinz/Jenny*, PV-Info 8/2019, 14 f; *Schrank*, Arbeitszeit<sup>6</sup> § 26 AZG Rz 11; aA *Kary*, Die Presse vom 16. 5. 2019; *Mazal*, *ecolex* 2019, 657 f; *Niederfriniger*, JAS 2019, 407.

<sup>900</sup>) Vgl *Heilegger in Gasteiger ua*, AZG<sup>7</sup> § 26 Rz 1, 7.

<sup>901</sup>) Vgl OGH 30. 7. 2013, 8 ObA 46/13 t, ASoK 2014, 79 (*Marhold-Weinmeier*); *Heilegger in Gasteiger ua*, AZG<sup>7</sup> §§ 27 und 28 Rz 8; *Pfeil in Auer-Mayer ua*, AZG<sup>4</sup> § 26 Rz 5 f.

### Beispiel 195

Die richtige und vollständige **Arbeitszeitaufzeichnung** gehört zu den Dienstpflichten des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber behält sich ausdrücklich das Recht vor, allfällige ihm aufgrund von Nichteinhaltung bzw Falsch- bzw Nichtaufzeichnung der Arbeitszeit und Ruhepausen **auferlegte Geldstrafen** im Wege des Schadenersatzes vom Arbeitnehmer geltend zu machen.

### Variante

Der Arbeitnehmer hat für die **Einhaltung** der täglichen sowie wöchentlichen **Ruhezeit zu sorgen**. Allfällige vom Arbeitgeber zu zahlende **Verwaltungsstrafen** aufgrund von Verstößen gegen die tägliche oder wöchentliche Ruhezeit werden vom **Gehalt des Arbeitnehmers abgezogen**.

### – Ergebnis:

Die Klauseln sind **unzulässig**, da die verwaltungsstrafrechtliche Verantwortlichkeit für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Arbeitszeitaufzeichnungen als auch für die Einhaltung der Ruhezeiten beim Arbeitgeber liegt. Vereinbarungen, wonach der Arbeitnehmer eine dem Arbeitgeber auferlegte Strafe zu ersetzen hat bzw diese von seinem Gehalt abgezogen werden darf, sind daher unwirksam.

**661** Bei den Bestimmungen zu der zulässigen **Höchst Arbeitszeit** (§ 9 AZG, s Rz 696 ff), den zulässigen **Überstunden** (§ 7f AZG, s Rz 692) sowie den **Mindestruhezeiten** (§§ 11 f AZG und §§ 3 ff ARG, s Rz 784 ff) handelt es sich um **zweiseitig zwingende Bestimmungen**, die dem Gesundheitsschutz und damit vor allem auch dem öffentlichen Interesse dienen. Vereinbarungen, die dagegen verstoßen, sind daher **absolut nichtig** (s Rz 119).<sup>902)</sup>

**662** Bestimmungen, die hingegen **primär den Schutz des einzelnen Arbeitnehmers** beabsichtigen (zB Überstundenentgelt), sind lediglich **einseitig zwingender Natur**; dies gilt insb für die vertragsrechtlichen Bestimmungen des AZG des Abschnitt 6a (zB Lage der Arbeitszeit; Teilzeitarbeit, inkl Schriftformgebot bei Änderungen des Arbeitsausmaßes, s § 19g AZG), aber auch für den Überstundenzuschlag gem § 10 AZG. Es gilt diesbezüglich das Günstigkeitsprinzip (s Rz 5 f). Der Arbeitnehmer kann daher auf seine Rechte auch nicht wirksam verzichten.<sup>903)</sup> Verstöße dagegen führen nur zur **relativen Nichtigkeit** der Vereinbarung (s Rz 120 ff).

Eine Ausnahme gilt für den **Mehrarbeitszuschlag** Teilzeitbeschäftigter, der **kollektivvertragsdispositiv** ausgestaltet ist (§ 19d Abs 3f AZG; s Rz 7, 291).

<sup>902)</sup> Vgl *Drs/Dorer* in *Kozak*, ABGB § 879 Rz 226. Die absolute Nichtigkeit kann von jedermann geltend gemacht werden (s Rz 117), dh bei Kindern und Jugendlichen (§ 30 KJBG) zB auch durch einen Lehrer oder die Eltern des Kindes.

<sup>903)</sup> Vgl *Felten* in *Auer-Mayer ua*, AZG<sup>4</sup> § 19g Rz 1; *Mosler* in *ZellKomm*<sup>3</sup> § 19g AZG Rz 1.

Im Verhältnis zum Arbeitsvertrag sind die Bestimmungen aber einseitig zwingender Natur. Dh, der Kollektivvertrag kann einen geringeren Mehrarbeitszuschlag als das Gesetz vorsehen; im Verhältnis Gesetz bzw Kollektivvertrag zum **Arbeitsvertrag** gilt wieder das **Günstigkeitsprinzip** (s Rz 5 f).

Verstöße führen in der Regel zur bloßen **Teilnichtigkeit**.<sup>904</sup>) Dh der Arbeitsvertrag ist gültig, nur die entsprechende Klausel ist nichtig, wobei die Rsp<sup>905</sup>) in der Regel nur den überschießenden Teil als nichtig einstuft, weshalb zB bei Vereinbarung unzulässig vieler Überstunden nur der unzulässige Teil nichtig ist. **663**

Gleichzeitig handelt es sich in aller Regel um eine Nichtigkeit mit Wirkung **ex tunc** (s Rz 138 ff); dh, die betreffende Klausel ist von Anfang an nichtig.<sup>906</sup>) Da dem Arbeitgeber aus seinem Verstoß gegen rechtliche Bestimmungen aber kein Vorteil erwachsen soll, ist ausnahmsweise von einer **Ex-nunc-Wirkung** auszugehen (s Rz 149), sodass der Arbeitnehmer für die erbrachten (an sich unzulässigen) Arbeitsleistungen sein (volles) Entgelt erhält bzw bereits erhaltenes Entgelt nicht zurückzahlen muss. **664**

### A. Definition Arbeitszeit

Arbeitszeit im Sinne des § 2 Abs 1 Z 1 AZG ist die Zeit von **Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne die Ruhepausen** (s Rz 788 ff). **665**

Dazu zählt aber **auch** die Zeit, während der ein Arbeitnehmer in seiner **eigenen Wohnung** oder Werkstätte oder **sonst außerhalb des Betriebes** beschäftigt wird (Abs 2). Dh, auch für Homeoffice (s Rz 952 ff) kommen das AZG und das ARG uneingeschränkt zur Anwendung.<sup>907</sup>)

Das **entscheidende Kriterium** für die Beurteilung, ob die Zeit Freizeit oder Arbeitszeit darstellt, ist die **Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber**: Wenn der Arbeitnehmer in der Gestaltung seiner Zeit nicht autonom im Rahmen seiner Selbstbestimmungsmöglichkeit agieren kann, sondern für den Arbeitgeber Handlungen setzt, die nicht Ausfluss seiner eigenen Gestaltung sind, handelt es sich um Arbeitszeit.<sup>908</sup>) **666**

Daher ist uE auch die Zeit, die der Arbeitnehmer für den **Kauf spezifischer Arbeitsmittel** benötigt (s Rz 567) als **Arbeitszeit** zu werten; handelt es sich allerdings um **sonstige Arbeitsmittel**, die der Arbeitnehmer auch privat gebraucht, wird in der Regel keine Arbeitszeit vorliegen, außer es liegt aufgrund der Vorgaben des Arbeitgebers ausnahmsweise eine ausreichende Fremdbestimmtheit vor.

<sup>904</sup>) Vgl *Drs/Dorer in Kozak*, ABGB § 879 Rz 284.

<sup>905</sup>) Vgl OGH 10. 5. 1995, 9 ObA 65/95, Arb 11.400; OGH 23. 12. 1998, 9 ObA 333/98 f, ecolex 1999/138, 346.

<sup>906</sup>) Vgl *Drs/Dorer in Kozak*, ABGB § 879 Rz 323.

<sup>907</sup>) Vgl IA 1301/A BlgNR 27. GP 4; AB 735 BlgNR 27. GP 1.

<sup>908</sup>) Vgl OGH 25. 5. 2020, 9 ObA 13/20 g, ecolex 2020/399, 924 (*Windisch-Graetz*).

### Beispiel 196

Der Arbeitnehmer hat die für die Arbeit notwendige **Schutzkleidung in seiner Freizeit** zu besorgen.

#### – Ergebnis:

Die Klausel ist **unzulässig**, da es sich bei der Schutzkleidung um ein spezifisches Arbeitsmittel handelt.

### Beispiel 197

Der Arbeitnehmer hat die bei der Arbeit zu tragende Kleidung (**Dirndl bzw Lederhose**) **in seiner Freizeit** zu besorgen.

#### ~ Ergebnis:

**Ob** die Klausel **zulässig** ist, hängt davon ab, ob der Arbeitnehmer ein Interesse hat, die Kleidung auch privat zu nutzen.

**667** Aber auch **kurze Arbeitsunterbrechungen**, um zB auf die Toilette zu gehen, kurze Dehnungsübungen, das Holen von Getränken zum Arbeitsplatz, Gähnen, Kratzen, Husten, Putzen der Brille, Zurechtrücken der Kleidung, Einnahme von Medikamenten, Aufheben von ungeschickt hinunter geworfenen Gegenständen, zählen zur **Arbeitszeit**.<sup>909)</sup>

## 1. Beginn und Ende der Arbeitszeit

**668** Die Arbeitszeit **beginnt**, sobald der Arbeitnehmer in Entsprechung der arbeitsvertraglichen Verpflichtung seine Arbeit aufnimmt oder **dem Arbeitgeber** zur Aufnahme der Arbeit **zur Verfügung steht**.<sup>910)</sup>

**669** Die Arbeitszeit **endet**, wenn der **Arbeitnehmer** dem Arbeitgeber nicht mehr zur Verfügung steht und damit über die Verwendung seiner **Zeit wieder selbst entscheiden kann**.<sup>911)</sup>

**670** Zur Arbeitszeit zählen auch vor Aufnahme der eigentlichen Tätigkeit des Arbeitnehmers notwendige **Vorbereitungshandlungen**<sup>912)</sup>, wie etwa ein Weg innerhalb des Betriebs (zB vom Zeiterfassungsgerät zum eigentlichen Arbeits-

<sup>909)</sup> Vgl OGH 17. 5. 2018, 9 ObA 29/18g, DRdA 2019/25, 256 (*Auer-Mayer*); *Gerhartl*, *ecolex* 2015, 695; *Resch*, *RdW* 2015/116, 112.

<sup>910)</sup> Vgl OGH 24. 7. 2018, 9 ObA 8/18v, ZAS 2019/14, 87 (*Wiesinger*).

<sup>911)</sup> Vgl *Auer-Mayer* in *Auer-Mayer ua*, AZG<sup>4</sup> § 2 Rz 4; *Gerhartl*, *ecolex* 2015, 694f; *Schrank* (*Arbeitszeit*<sup>6</sup> § 2 AZG Rz 11) vertritt allerdings, dass das Durchschreiten des Werk- bzw Geschäftstors noch nicht den Beginn bzw das Ende der Arbeit auslöst.

<sup>912)</sup> *Auer-Mayer* in *Auer-Mayer ua*, AZG<sup>4</sup> § 2 Rz 23.

platz)<sup>913</sup>), Hochfahren des Computers, Vorbereitungstätigkeiten an Arbeitsgeräten (zB Wechseln der Druckerpatrone), die Inangangsetzung einer Maschine, die Betätigung von Schließanlagen im Betrieb sowie das Einspielen eines Musikers<sup>914</sup>) für eine Zirkusvorstellung.

Das **Betätigen des Zeiterfassungsgeräts** (zB Stechuhr) ist grundsätzlich die jeweils erste und letzte tägliche „Arbeitshandlung“.<sup>915</sup>) Es ist allerdings zu beachten, dass ein Zeiterfassungssystem am PC ein vorheriges Hochfahren des Computers bedarf, was aber bereits zur Arbeitszeit zählt. Dh bei Zeiterfassungssystemen, die nicht gleich beim Betreten des Betriebes betätigt werden können, ist die entsprechende Zeit davor und danach zur Arbeitszeit dazu zu rechnen.

Das gilt auch bei **Homeoffice** (s Rz 952 ff), weshalb der zum Teil vertretenen These<sup>916</sup>), dass die Arbeitszeit erst beginnt, wenn der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zB durch Einloggen in ein Firmennetzwerk eine Dienstbeginnmeldung sendet, nicht zugestimmt werden kann, da der Arbeitnehmer auch im Homeoffice zuerst den Computer hochfahren muss; die Zeit, die er benötigt, bis er im Firmennetzwerk eingeloggt ist bzw dann die Arbeit aufnimmt, ist uE als Arbeitszeit zu werten und auch entsprechend zu bezahlen.

671

### Beispiel 198

Der Arbeitnehmer hat seine Arbeitszeiten aufzuzeichnen. Zu verwenden ist hierfür die vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte **Excel-Tabelle**. In dieser Tabelle sind auch Pausen aufzuzeichnen. Außerdem hat der Arbeitnehmer beim Kommen und Gehen eine **Stempelkarte** zu verwenden. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Stempelkarte lediglich die Anwesenheit des Arbeitnehmers dokumentiert. Für die Feststellung der Arbeitszeit ist die Excel-Tabelle maßgeblich.

### + Ergebnis:

Die Klausel ist nach Ansicht des **VwGH**<sup>917</sup>) **zulässig**. Seines Erachtens ist es möglich, neben der Stempelkarte ein weiteres die Arbeitszeit betreffendes Kontrollsystem einzuführen und zu vereinbaren, dass diesem System übergeordnete Bedeutung zukommt. **UE** kann das aber nicht bedeuten, dass die Zeit, die der Arbeitnehmer vom Abstempeln beim Eingang des Betriebes bis zum Eintragen des Arbeitsbeginns (bzw Arbeitsende) in die Excel-Tabelle benötigt, nicht als Arbeitszeit gewertet wird.

<sup>913</sup>) OGH 5. 9. 1967, 4 Ob 31/67, Arb 8493; VwGH 23. 5. 1989, 88/08/0005, VwSlg 12927 A/1989; aA *Schrank*, Arbeitszeit<sup>6</sup> § 2 AZG Rz 11.

<sup>914</sup>) OGH 4. 9. 2002, 9 ObA 89/02 g, infas 2003 A 34.

<sup>915</sup>) Vgl VwGH 23. 11. 2017, Ra 2017/11/0243, Arb 13.452; VwGH 15. 10. 2015, Ra 2014/11/0065, RdW 2016/93; VwGH 29. 6. 1992, 92/18/0097, ARD 4446/24/93; VwGH 2. 7. 1990, 90/19/0248, ARD 4228/3/90; VwGH 23. 5. 1989, 88/08/0005, VwSlg 12927 A/1989; aA *Schrank*, Arbeitszeit<sup>6</sup> § 2 AZG Rz 11.

<sup>916</sup>) Vgl *Bartmann* in *Köck*, Homeoffice, Kap Arbeitszeit im Homeoffice Rz 13; *Busch* in *Körber-Risak*, Home-Office 54; *Risak*, ZAS 2016/36, 207.

<sup>917</sup>) VwGH 2. 7. 1990, 90/19/0248, ARD 4228/3/90.

- 672** Als Arbeitszeit zählt auch jene Zeit, während der der Arbeitnehmer auf die **Zuteilung von Arbeit wartet** (s Rz 180, 558 Punkt 1).

## 2. Wegzeiten

- 673** Wegzeiten, die der Arbeitnehmer **während der Arbeit** zu bewältigen hat, zählen zur **Arbeitszeit** und sind daher auch zu bezahlen (zB Weg eines Servicetechnikers, Monteurs bzw Vertreters zwischen verschiedenen Einsätzen bzw Kunden oder von einer Arbeitsstätte zur nächsten, s Rz 698). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer während der Wegzeit nicht seiner eigentlichen Tätigkeit nachgeht, da in dieser Zeit die Selbstbestimmungsmöglichkeit des Arbeitnehmers (s Rz 666) über die Verwendung dieser Zeit (zumindest weitgehend) ausgeschlossen ist.<sup>918)</sup>

### Beispiel 199

Der Arbeitnehmer hat die Arbeit **primär** in der **Arbeitsstätte X** zu verrichten; auf **Anordnung** des Arbeitgebers hat er jedoch auch die **Arbeitsstätte Y aufzusuchen**. Die Zeit, die er benötigt, um von der Arbeitsstätte X zur Arbeitsstätte Y oder wieder zurückzukommen, zählt **nicht als Arbeitszeit** und ist daher **nicht zu bezahlen**.

### – Ergebnis:

Die Klausel ist **unzulässig**, da es sich bei dem Weg zwischen der Arbeitsstätte X und Y um Arbeit und damit um Arbeitszeit handelt, die zu bezahlen ist, unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer während der Wegzeit bestimmte Arbeiten zu verrichten hat (zB Lenken eines Autos).<sup>919)</sup>

- 674** Die Zeiten, die der Arbeitnehmer hingegen benötigt, um zB **von der Wohnung zur Arbeitsstätte** und zurück zu gelangen, werden grundsätzlich **nicht** zur **Arbeitszeit** gezählt und sind auch **nicht zu bezahlen**, soweit die Vertragsparteien nichts Abweichendes vereinbaren.<sup>920)</sup> Dies gilt jedenfalls für den Arbeitsort, an dem der Arbeitnehmer regelmäßig tätig ist; die WKO<sup>921)</sup> spricht auch von der „Hauptarbeitsstätte“ (zur Dienstreise s Rz 967 ff).

Den **Weg zur Arbeit** kann der **Arbeitnehmer** von jedem **beliebigen** Ort antreten und er kann ihn grundsätzlich auch so **gestalten**, wie er will. Vorgegeben ist typischerweise nur die Beginnzeit, zu der der Arbeitnehmer am Arbeits-

<sup>918)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0051347: OGH 24. 7. 2018, 9 ObA 8/18 v, ZAS 2019/14, 87 (*Wiesinger*; zu einem Außendienstmitarbeiter); OGH 30. 4. 2012, 9 ObA 47/11 v, ecolex 2012/295, 718 (*Windisch-Graetz*; zu einer Reinigungskraft); VwGH 3. 12. 1990, 90/19/0293, ARD 4274/13/91; *Tomandl*, ZAS 2019/13, 79.

<sup>919)</sup> VwGH 3. 12. 1990, 90/19/0293, ARD 4274/13/91.

<sup>920)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0051331; *Gerlach* in *Gerlach ua*, Arbeitsvertragsgestaltung<sup>2</sup> 156.

<sup>921)</sup> [wko.at/service/steuern/Fahrtkostenverguetung-und-Kilometergeld.html](http://wko.at/service/steuern/Fahrtkostenverguetung-und-Kilometergeld.html) (Stand 1. 1. 2023).



platz sein muss. Ob und gegebenenfalls was der Arbeitnehmer am Weg zur Arbeit an privaten Dingen erledigt, steht in seinem Belieben.<sup>922)</sup>

Hat der Arbeitnehmer allerdings am Weg zur oder von der Arbeit **Berufliches zu erledigen**, handelt es sich bei der Wegzeit ausnahmsweise um **Arbeitszeit**, da nun die Gestaltung des Wegs durch den Arbeitgeber fremdbestimmt ist (s Rz 666; zu den Besonderheiten der Reisezeiten s Rz 682 f).

675

#### Beispiel 200

Nach der Arbeit („am **Heimweg**“) hat der Arbeitnehmer bei Bedarf (auf Anordnung des Arbeitgebers) diverse **Schriftstücke** für den Arbeitgeber bei der **Post abzugeben**. Der Heimweg zählt **nicht als Arbeitszeit**.

#### – Ergebnis:

Die Klausel ist **unzulässig**, da die Abgabe der Schriftstücke noch als Arbeitsleistung einzustufen ist. UE stellt zumindest der Weg zur Post und die Abgabe des Schriftstücks Arbeitszeit dar. Danach endet die Fremdbestimmung durch den Arbeitgeber, sodass die restliche Zeit als Freizeit des Arbeitnehmers zu werten ist, soweit sich dadurch der Weg des Arbeitnehmers (zB nach Hause) nicht verlängert; anderenfalls sind diese zusätzlichen Wegzeiten als vom Arbeitgeber veranlasst und damit als Arbeitszeit einzustufen.

Hin- und Rückwege zur Wohnung des Arbeitnehmers (am Beginn bzw Ende der Arbeitszeit) zählen grundsätzlich auch für **Arbeitnehmer mit wechselnden Arbeitsorten** (zB Monteure) nicht zur Arbeitszeit.<sup>923)</sup>

676

Der **Weg zum ersten oder vom letzten Kunden** zum Wohnort stellt nach Ansicht des OGH<sup>924)</sup> allerdings **Arbeitszeit** dar, wenn dem Arbeitnehmer hinsichtlich des Hin- und Rückwegs **zeitliche** und **örtliche Vorgaben** (zB Start vom Wohnort aus; Wahl der kürzest möglichen Route und daher kein Nachgehen von Freizeitaktivitäten; Aufzeichnungen über die Fahrten, aus denen Unterbrechungen ersichtlich sind; Einschränkung in der Wahl des Nächtigungsorts durch erst kurzfristige Bekanntgabe des ersten Einsatzortes in der Früh des jeweiligen Arbeitstages usw) gemacht werden. Derartige Anordnungen implizieren, dass die Vertragsparteien diese Zeit der räumlichen und zeitlichen Verfügbarkeit des Arbeitgebers unterstellt haben. Der OGH orientierte sich dabei an der Rsp des EuGH in der Rs Tyco<sup>925)</sup>, in der der EuGH die tägliche Fahrtzeit zwischen Wohnort und dem ersten bzw letzten vom Arbeitgeber bestimmten Kunden als Arbeitszeit einstufte.

<sup>922)</sup> Vgl RIS-Justiz RS0051331: OGH 24. 7. 2018, 9 Oba 8/18 v, ZAS 2019/14, 87 (*Wiesinger*); OGH 15. 12. 2009, 9 Oba 6/09 m, infas 2010 A 34.

<sup>923)</sup> Vgl OGH 29. 3. 2012, 9 Oba 148/11 x, infas 2012 A 70.

<sup>924)</sup> OGH 30. 4. 2012, 9 Oba 47/11 v, ecolex 2012/295, 718 (*Windisch-Graetz*).

<sup>925)</sup> EuGH 10. 9. 2015, C-266/14, *Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones obreras (CC.OO.)/Tyco Integrated Security SL und Tyco Integrated Fire & Security Corporation Servicios SA*, Rz 32 ff, 43 f, DRdA 2016/34, 322 (*Heilegger*).

Nach Ansicht des OGH<sup>926</sup>) spielt es dabei **keine Rolle**, ob dem Arbeitnehmer ein **Firmenfahrzeug** zur Verfügung gestellt wird. Ausschlaggebend ist, ob ihm zeitliche und örtliche Vorgaben gemacht werden.

### Beispiel 201

Der Arbeitnehmer (**Monteur mit wechselnden Einsatzorten** innerhalb von **Wien**) hat

**Variante 1:** den Weg von zu Hause zum ersten Einsatzort und vom letzten Einsatzort nach Hause jeweils auf der **kürzestmöglichen Route** mit dem ihm vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Dienstwagen anzutreten. Am **ersten Einsatzort** muss der Arbeitnehmer **um 8:00 Uhr** in der Früh eintreffen. Die **Fahrten** sind vom Arbeitnehmer **aufzuzeichnen**. Die Erledigung **privater Tätigkeiten** auf dem Weg zum ersten Einsatzort und auf dem Weg vom letzten Einsatzort nach Hause ist dem Arbeitnehmer **untersagt**. Der Hinweg zum ersten Einsatzort sowie der Weg vom letzten Einsatzort zurück zu seinem Wohnort zählen **nicht als Arbeitszeit** und sind daher **nicht zu bezahlen**.

**Variante 2:** am **ersten Einsatzort um 8:00 Uhr** in der Früh einzutreffen. Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass der Weg zum ersten Einsatzort und der Weg vom letzten Einsatzort nach Hause **nicht als Arbeitszeit** gelten und daher **nicht zu bezahlen** sind.

### Ergebnis:

- **Variante 1:** Die Klausel ist **unzulässig**, da hinsichtlich des Hin- und Rückwegs weitreichende, die Selbstbestimmungsfreiheit des Arbeitnehmers einschränkende Vorgaben des Arbeitgebers vorliegen (insb kürzestmögliche Route, Verbot der Erledigung privater Tätigkeiten). Hin- und Rückweg zählen daher als Arbeitszeit und sind zu bezahlen.
- + **Variante 2:** Die Klausel ist **zulässig**, da dem Arbeitnehmer nur die Zeit des Dienstantritts vorgegeben ist.

**677** Ob auch **bei** einem sehr **weit gefassten Arbeitsort** (zB jeder Einsatzort innerhalb Österreichs – zur Zulässigkeit s Rz 939) der Weg zum ersten und vom letzten Einsatzort als **unbezahlte Freizeit** einzustufen ist, hängt nach Ansicht des OGH<sup>927</sup>) davon ab, ob der örtliche Bereich, innerhalb dessen die Einsatzorte liegen, so groß ist, dass es dem Arbeitnehmer noch **zumutbar** ist, dass er **täglich** an seinen **Wohnort zurückkehrt**. Nach *Klein*<sup>928</sup>) ist die Grenze bereits erreicht, wenn die Gesamtwegzeit das Familienleben oder sonstige Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers verunmöglicht; bei Vollzeit dürfen die Wegzeiten seines Erachtens max zwei Stunden betragen, sodass neben Arbeitszeit und Wegzeit noch ein vernünftiges Maß an Freizeit verbleibt.

<sup>926</sup>) OGH 24. 7. 2018, 9 ObA 8/18 v, ZAS 2019/14, 87 (*Wiesinger*); OGH 29. 3. 2012, 9 ObA 148/11 x, infas 2012 A 70.

<sup>927</sup>) OGH 19. 5. 1993, 9 ObA 102/93, infas 1993 A 151.

<sup>928</sup>) *Klein* in *Gasteiger ua*, AZG<sup>7</sup> § 2 Rz 6.