

1. Einleitung

Im Arbeitsleben sind viele Situationen denkbar, in denen der **AN eigenes Vermögen für die Arbeitsleistung verwendet**, weil er sich bspw ein Zugticket für eine Dienstreise kauft, mit dem eigenen Kraftfahrzeug zu einem auswärtigen Arbeitsort fährt oder den eigenen Wohnraum zum Arbeitsplatz macht und dabei den eigenen Computer und den eigenen Internetanschluss verwendet. Dabei entstehen entsprechende Kosten für den AN, und es stellt sich unweigerlich die Frage, ob ein Anspruch des AN gegen den AG auf Ersatz dieser Kosten – seines Aufwands – besteht.

Im dritten beschriebenen Fall handelt es sich außerdem um **Telearbeit**. Nach dem gängigen Begriffsverständnis ist Telearbeit Arbeit, die räumlich entfernt von der Betriebsstätte unter Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologie ausgeführt wird.¹ Inzwischen existiert auch eine gesetzliche Definition der Telearbeit: Nach § 2h Abs 1 AVRAG liegt Telearbeit vor, wenn ein AN regelmäßig Arbeitsleistungen insbesondere unter Einsatz der dafür erforderlichen Informations- und Kommunikationstechnologie in seiner Wohnung oder in einer sonstigen nicht zum Unternehmen gehörenden Örtlichkeit erbringt. Noch konkreter handelt es sich bei dem Beispiel um Telearbeit, die in der Unterform von **Homeoffice** (auch Teleheimarbeit) erbracht wird.² Große praktische Bedeutung haben Homeoffice und die Heranziehung von AN-Eigentum für betriebliche Zwecke durch die im Frühjahr 2020 ausgebrochene COVID-19 Pandemie erhalten. Die Bekämpfung der Pandemie machte umfassende Einschränkungen des öffentlichen Lebens erforderlich. Eine solche Einschränkung war die Verlegung vieler Arbeitsleistungen von der Betriebsstätte in die Wohnung des AN unter Verwendung von Informations- und Kommunikationstechnologie. 39 % aller unselbständig Erwerbstätigen haben 2020 zumindest zeitweise im Homeoffice gearbeitet, viele zum ersten Mal.³ In vielen Fällen wurden Arbeitsmittel von den AN zur Verfügung gestellt, oft auf eigene Kosten,⁴ und die mglw unangemessene Ausstattung des Arbeitsplatzes etwa wegen fehlender Infrastruktur und

1 Schaper, Neue Formen der Arbeit: Das Beispiel Telekooperation, in Nerdinger/Blickle/Schaper (Hrsg), Arbeits- und Organisationspsychologie (2019) 601.

2 Vgl bereits Risak, Home Office I – Arbeitsrecht – Vertragsgestaltung, Arbeitszeit und Arbeitnehmererschutz, ZAS 2016, 204. Die Schreibweise des Begriffs variiert: Sowohl eine zusammengesetzte Version als auch eine Version mit Bindestrich und eine getrennt geschriebene Version werden gebraucht. Für diese Arbeit wird die zusammengesetzte Schreibweise Homeoffice verwendet, da sie vom österreichischen Gesetzgeber gewählt wurde und insofern die offiziell „richtige“ Schreibweise ist (vgl § 2h AVRAG aF, idS auch Friedrich, Homeoffice-Betriebsvereinbarungen, ZAS 2022, 22).

3 Bundesministerium für Arbeit, Homeoffice: Verbreitung, Gestaltung, Meinungsbild und Zukunft (2021) 14 ff; im April 2020 waren es 42 %, IFES, Zeit- und ortsgebundenes Arbeiten November 2020.

4 IFES, Zeit- und ortsgebundenes Arbeiten November 2020; Bundesministerium für Arbeit, Homeoffice: Verbreitung, Gestaltung, Meinungsbild und Zukunft (2021). Diese Verlagerung von Kosten auf den AN wurde auch im juristischen Schrifttum bald als Problem erkannt, vgl Bremm/Mayr in Resch, Das Corona-Handbuch^{1.00} (2020) Kapitel 7 Rz 32.

Nichteinhalten ergonomischer Standards wird als ein Nachteil von Homeoffice aus AN-Sicht erkannt.⁵

Wenngleich die Pandemie ein Ende gefunden und insofern die Zahl der im Homeoffice Arbeitenden abgenommen hat,⁶ wird Homeoffice auch in Zukunft verstärkt genutzt werden.⁷ Die Tendenz geht dabei zu einem **gemischten („hybriden“) Modell** aus Bürotagen und einem bis drei Homeoffice-Tagen pro Woche. Homeoffice bietet **Vorteile sowohl aus AG- als auch aus AN-Sicht**. Für AN bedeutet Homeoffice etwa den Wegfall von Wegzeiten, eine oftmals freiere Zeiteinteilung, bessere Vereinbarkeit von Arbeit und Betreuungspflichten sowie eine ausgeglichene Work-Life-Balance. Vorteile für den AG bestehen neben einer gesteigerten Zufriedenheit der AN in der möglichen Kostenreduktion durch Verringerung der Bürofläche und sonstiger Infrastruktur.⁸ Dies ist aber von der Ausgestaltung der Homeoffice-Regelung abhängig, insb davon, ob weiterhin jeder AN einen Büroarbeitsplatz hat, Arbeitsplätze geteilt werden oder einige oder sogar alle AN ausschließlich im Homeoffice tätig werden. ZB gibt es bei sog „desk sharing“ weniger Arbeitsplätze als AN,⁹ womit die benötigte Gesamtzahl an Arbeitsplätzen sinkt.

Im Frühjahr 2021 wurden unter den Bezeichnungen „arbeitsrechtliches und steuerrechtliches **Homeoffice-Paket**“ zwei Gesetzesnovellen¹⁰ erlassen. Die Novelle zum Arbeitsrecht fügte unter anderem im neu geschaffenen § 2h AVRAG in Abs 3 eine Regelung zur Beistellung von Arbeitsmitteln und zum Ersatz entsprechender Kosten ein. In der Folge wurde eine Evaluierung der 2021 eingeführten Homeoffice-Regelungen durchgeführt, deren Ergebnisse im Juli 2023 veröffentlicht wurden. Dabei wurde festgestellt, dass die Nutzung von Homeoffice in Österreich im EU-weiten Vergleich inzwischen über dem Durchschnitt liegt. Die Neuregelung wurde von der Praxis überwiegend positiv aufgenommen. Festgestellt wurde allerdings, dass die Zurverfügungstellung von Arbeitsmitteln durch den AG und Kostenbeteiligungen des AG an privaten Arbeitsmitteln uneinheitlich erfolgen.¹¹ Anfang

5 *Forschungs- und Beratungsstelle Arbeitswelt*, Literaturstudie zu Auswirkungen der Corona-Pandemie auf die Beschäftigten und auf die (digitalisierte) Betriebsratsarbeit (2022) 51.

6 Im dritten Quartal 2022 waren es zB 14,2 % aller Erwerbstätigen, vgl *Statistik Austria*, Pressemitteilung 12 956-25422.

7 *Wolfsberger/Kellner/Korunka/Kubicek*, Deloitte Flexible Working Studie (2022); bei einer Mehrzahl der Arbeitnehmer mit Homeoffice bestand 2021 auch in Zukunft der Wunsch nach zumindest 1–2 Tagen Homeoffice pro Woche, *Bundesministerium für Arbeit*, Homeoffice. Verbreitung, Gestaltung, Meinungsbild und Zukunft (2021) 39 f.

8 *Körber-Risak* in *Körber-Risak*, Praxishandbuch Home-Office (2021) 2 ff.

9 Vgl dazu *Pacic*, Telearbeit (Remote Work) und Arbeit im Homeoffice, *JMG* 2021, 142.

10 BGBl I 2021/61 und BGBl I 2021/52.

11 *Bundesministerium für Arbeit und Wirtschaft*, Evaluierung der Regelungen zum Thema Homeoffice (Homeoffice-Maßnahmenpaket 2021) (2023) 66 f. So stellen ca 90 % der AG Laptop oder Stand-PC und Programmlizenzen zur Verfügung, aber die Beistellung von Internetverbindung und Büromöbeln erfolgt größtenteils durch den AN ohne Kostenbeteiligung des AG. Ebenso sind Unterschiede nach Branchenzugehörigkeit und Betriebsgröße zu beobachten.

Mai 2024 wurde ein Ministerialentwurf eines **Telearbeitsgesetzes** vorgestellt,¹² die Kundmachung des Telearbeitsgesetzes erfolgte im Juli 2024.¹³ Das Telearbeitsgesetz dehnt den Anwendungsbereich der 2021 eingeführten Regelungen auf alle Formen von Telearbeit aus, lässt sie inhaltlich aber sonst unverändert.

Die vorliegende Dissertation nimmt die Erfahrungen mit Homeoffice während der Pandemie sowie die in der Folge erlassene Neuregelung zum Anlass, eine **grundlegende Untersuchung der Nutzung von AN-Eigentum durch den AG und des Ersatzes entsprechenden Aufwandes** im österreichischen Arbeitsrecht vorzunehmen.

1.1. Aufwandersatz und Risikohaftung

Entscheidungen zum **Begriff des Aufwandersatzes** im Arbeitsrecht bestehen in großer Zahl.¹⁴ **Regelungen zum Aufwandersatz** sind im Arbeitsrecht indes spärlich. Solche Ansprüche können Gegenstand von Arbeitsverträgen, KollV oder BV sein. Insb KollV sehen häufig umfassende Regelungen zu Aufwandersatzansprüchen für Fahrtkosten, Verpflegung und Unterkunft bei Dienstreisen und anderen auswärtigen Dienstverrichtungen vor.¹⁵ Eine detaillierte gesetzliche Regelung besteht im öffentlichen Dienstrecht für Dienstreisen von Beamten und Vertragsbediensteten mit der RGV.¹⁶ Daneben enthält § 20 GehG (Aufwandsentschädigung) eine allgemeine Vorschrift zum Ersatz des Mehraufwandes, der dem Beamten in Ausübung des Dienstes oder aus Anlass der Ausübung des Dienstes notwendigerweise entstanden ist.¹⁷

Nach **§ 1151 Abs 2 ABGB** sind die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag auf den Arbeitsvertrag anwendbar, insoweit damit eine Geschäftsbesorgung nach § 1002 ABGB verbunden ist. Das erfasst auch **§ 1014 ABGB**. Diese Bestimmung lautet wörtlich: „Der Gewaltgeber ist verbunden, dem Gewalthaber allen zur Besorgung des Geschäftes notwendig oder nützlich gemachten Aufwand, selbst bey fehlgeschlagenem Erfolge, zu ersetzen, und ihm auf Verlangen zur Bestreitung der baren Auslagen auch einen angemessenen Vorschuß zu leisten; er muß ferner allen durch sein Verschulden entstandenen, oder mit der Erfüllung des Auftrages verbundenen Schaden vergüten.“ Die Bestimmung ist Teil der Stammfassung des ABGB und seit 1812 unverändert. Sie geht auf Vorbilder im Codex Theresianus,¹⁸

12 337/ME XXVII. GP.

13 BGBl I 2024/110.

14 Siehe 2.2.

15 ZB Abschnitt 5 KollV für Handelsangestellte (idF 1.1.2024); § 8 KollV für Angestellte von Unternehmen im Bereich Dienstleistungen in der automatischen Datenverarbeitung und Informationstechnik (idF 1.1.2024); § 9 KollV für Arbeiter der Baugewerbe und Bauindustrie (idF 1.5.2023).

16 *Ziehensack*, Vertragsbedienstetengesetz – Praxiskommentar^{28. Lfg} (2018) Vor § 8a VBG Rz 42 ff, wobei diese Regelung auch die öffentlichrechtlichen Kassen vor zu weitgehender Belastung schützen will.

17 Gem § 22 Abs 1 VBG ist diese Bestimmung sinngemäß auf Vertragsbedienstete anwendbar, vgl dazu *Ziehensack*, Vertragsbedienstetengesetz – Praxiskommentar^{32. Lfg} (2020) § 22 VBG Rz 2 ff.

18 III 15 Nr 67 HS 1.

Entwurf Hortens,¹⁹ Entwurf Martini²⁰ und WgGB²¹ zurück, wobei ein wesentlicher Unterschied von § 1014 ABGB zum WgGB und Entwurf Martini darin besteht, dass er auch auf die entgeltliche Geschäftsbesorgung anzuwenden ist.²²

Eine **allgemeine arbeitsrechtliche Bestimmung zum Aufwandersatz** besteht damit nicht.²³ § 70 des 1. Teilentwurfs²⁴ und die §§ 100 ff des Entwurfes Mayer-Maly²⁵ für eine Arbeitsrechtskodifikation hätten zwingende Ansprüche auf Ersatz von Aufwendungen vorgesehen, da das Fehlen von Bestimmungen zum Aufwandersatz als ein Manko des österreichischen Arbeitsrechts erkannt wurde.²⁶

In **Deutschland** ist ein Aufwandersatzanspruch des AN ebenfalls nicht eigens geregelt, die hA sieht die dogmatische Grundlage dafür in einer analogen Anwendung von § 670 BGB,²⁷ wonach, wenn der Beauftragte zum Zwecke der Ausführung des Auftrags Aufwendungen macht, die er den Umständen nach für erforderlich halten darf, der Auftraggeber zum Ersatz verpflichtet ist.

In der **Schweiz** wurden durch Bundesgesetz vom 25.6.1971²⁸ einschlägige Regelungen aus dem Recht der Handelsreisenden als allgemeine Bestimmungen ins Arbeitsrecht übernommen. Schrifttum und Praxis hatten einen Auslagenersatzanspruch allerdings auch davor bereits bejaht.²⁹ Art 327 OR sieht dabei vor, dass, sofern nichts Anderes vereinbart oder üblich ist, der AG den AN mit den benötigten Geräten und Material ausrüsten muss. Stellt der AN selbst Gerät oder Material zur Verfügung, ist er angemessen zu entschädigen, sofern nichts Anderes verabredet oder üblich ist. Nach Art 327a OR sind dem AN alle durch die Ausführung der Arbeit notwendig entstehenden Auslagen zu ersetzen, bei Arbeit an auswärtigen Arbeitsorten auch die für den Unterhalt erforderlichen Aufwendungen. Diese Bestimmung ist nach ihrem Abs 3, dem sog Auslagenüberwälzungsverbot, zwingend. Abs 2 ermöglicht zwar eine pauschale Abgeltung, diese muss

19 III 16 § 33.

20 III 4 §§ 12 f.

21 III 4 § 113.

22 Zur historischen Entwicklung vgl *Baumgartner/Torggler in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar*³ (2019) § 1014 ABGB Rz 2 ff; *Fitz, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse* (1985) 67 ff.

23 In der Stammfassung des ABGB, wo noch nicht klar zwischen Dienst- und Werkvertrag unterschieden wurde, war eine Auslagenersatzpflicht als § 1156 ABGB enthalten. Diese wurde allerdings im Zuge der III. Teilnovelle aufgehoben, RGBl 1916/69.

24 1. Teilentwurf, DRdA 1961, 51 (59).

25 Entwurf Mayer-Maly, ZAS 1975, 110 (115).

26 Bemerkungen zum 1. Teilentwurf, DRdA 1961, 79 (103).

27 *Jousen in Rolfs et al, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht*⁷¹ (2024) § 611a BGB Rz 273; *Koch in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*²⁰ (2023) § 93 Rz 1; *Preis in Müller-Gloge et al, Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*²⁴ (2024) § 611a BGB Rz 630; *Maties in Gsell et al, beck-online.Grosskommentar* (2024) § 611a BGB Rz 1625.

28 AS 1971 1465.

29 Zur historischen Entwicklung *Brunold, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht* (2014) Rz 11.

allerdings alle notwendig entstehenden Auslagen decken.³⁰ Art 327b OR enthält eine Sonderregelung für die Benutzung eines Motorfahrzeugs. Zuletzt regelt Art 327c OR die Fälligkeit des Anspruchs und gewährt AN, die regelmäßig Auslagen machen, Anspruch auf einen angemessenen Vorschuss.

Der OGH hat in einer **richtungsweisenden Entscheidung** aus 1983³¹ § 1014 ABGB für **analog auf Arbeitsverhältnisse, mit denen keine Geschäftsbesorgung verbunden ist, anwendbar** erklärt. Vom Kläger, einem mit Unfallerhebungen beauftragten Angestellten der AUVA, war bereits bei der Einstellung erwartet worden, dass er sein eigenes Kraftfahrzeug für die Außendiensttätigkeit benutzte. Dienstfahrzeuge gab es nicht. Auf einer Dienstreise kollidierte der AN mit einem Schneepflug, wobei sein PKW erheblich beschädigt wurde. Der OGH bejahte eine Ersatzpflicht des AG aufgrund einer analogen Anwendung von § 1014 ABGB. Er nahm dabei Bezug auf zwei Entscheidungen des deutschen BAG.³² Keinen Bezug nahm er auf eigene Vorjudikatur,³³ welche eine Anwendung von § 1014 ABGB auf Arbeitsverhältnisse, mit denen keine Geschäftsbesorgung verbunden ist, noch abgelehnt hatte. Ebenso nicht in der Leitentscheidung, sondern lediglich im Schrifttum³⁴ erwähnt wird eine Entscheidung des Gewerbegerichts Brunn, die bereits 1909 in einem einschlägigen Fall aufgrund der Fürsorgepflicht nach § 74 GewO 1859 zu einem ähnlichen Ergebnis gekommen war.³⁵ Ähnlich wie das BAG in § 670 BGB erkennt der OGH in § 1014 ABGB den Ausdruck eines **allgemeinen Prinzips der Risikohaftung bei Tätigkeit in fremdem Interesse**. Dies lasse eine analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Arbeitsverträge schlechthin „durchaus sachgerecht“ erscheinen.³⁶ Der OGH hielt daran im Zuge seiner mittlerweile gefestigten Rsp fest, wobei Gegenstand dieser Entscheidungen ähnlich wie in der Leitentscheidung fast immer Verkehrsunfälle mit AN-eigenen Fahrzeugen waren.³⁷

Die analoge Anwendung von § 1014 ABGB auf den Dienstvertrag bei bloß faktischer Tätigkeit war zum Zeitpunkt der Leitentscheidung **keine neuartige Idee**.

30 Die hA in der Schweiz sieht dabei Art 327 OR als lex specialis zu 327a, *Brunold*, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht Rz 159; *Domenig*, Homeoffice-Arbeit als besondere Erscheinungsform im Einzelarbeitsverhältnis (2016) Rz 699.

31 OGH 31.5.1983, 4 Ob 35/82.

32 BAG 10.11.1961, GS 1/60, VersR 1962, 189; BAG 8.5.1980, 3 AZR 82/79, VersR 1981, 363.

33 OGH 3.5.1932, 1 Ob 54/32, SZ 14/100; OGH 24.4.1956, 4 Ob 194/55 („keine Erfolgshaftung des AG“).

34 *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse 27; *Mayer-Maly*, Die Risikohaftung des Arbeitgebers für Eigenschäden des Arbeitnehmers, NZA-Beilage 3/1991, 5; *Kramer*, Vermögensrechtliche Aspekte der Treue- und Fürsorgepflicht, in *Tomandl* (Hrsg), Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht (1975) 107 (126); *Ch. Klein*, Der dienstbedingte Sachschaden des Arbeitnehmers, DRdA 1983, 347.

35 Gewerbegericht Brunn 29.5.1909, Cr. I, 169/9, Arb 1778 (Beschädigung der Kleidung eines Arbeiters durch Schwefelsäure). Die Entscheidung erwähnt § 1014 ABGB nicht und beachtet wohl das Prinzip der Verschuldenshaftung zu wenig.

36 Ebenso OGH 24.2.1988, 9 ObA 504/87; OGH 13.3.1997, 8 ObA 15/97g.

37 *Kissich*, Vermögens- und Gesundheitsschutz am Beispiel der Risikohaftung analog § 1014 ABGB und des Nichtrauchererschutzes, in *Resch* (Hrsg), Arbeitnehmerschutz (2005) 41 (42).

In der seinerzeit umfassendsten Arbeit zum Auftrag von *Schey* wurde diese Analogie noch nicht ausdrücklich vertreten, das zugrundeliegende Problem aber bereits erkannt.³⁸ Die Analogie wurde 1920 von *Ehrenzweig*³⁹ begründet und später von *Wilburg*,⁴⁰ *Hämmerle*,⁴¹ *Kramer*⁴² und *Stanzl*⁴³ und zuletzt *Ch. Klein*⁴⁴ vertreten. Dagegen hatte etwa *Messiner* auch vor dem Hintergrund der BAG-Entscheidungen zur Risikohaftung noch vertreten, eine Haftung nach § 1014 ABGB käme nur in Betracht, wenn dem AN eine Geschäftsbesorgung übertragen wurde.⁴⁵

Die **Risikohaftung** ist Gegenstand einer **Vielzahl wissenschaftlicher Abhandlungen** geworden. *Kerschner* spricht bei der Bedeutung von § 1014 ABGB für das Arbeitsrecht von einer Wunder- oder Zaubernorm und dem Erwachen aus einem langen Dornröschenschlaf.⁴⁶ Zur Leitentscheidung gibt es mehrere Besprechungen,⁴⁷ ebenso zu ihren Folgeentscheidungen.⁴⁸ Hervorzuheben sind die Monographie von *F. Bydlinski*,⁴⁹ die Habilitationsschriften von *Oberhofer*⁵⁰ und *Fitz*⁵¹ und die Dissertation von *Faber*.⁵² Diese Arbeiten setzen sich umfassend mit der Begründung der verschuldensunabhängigen Risikohaftung, den dafür maßgeblichen Zurechnungsmotiven, der Reichweite der Risikohaftung und der Abgrenzung zwischen dem auftragsbezogenem Risiko und dem allgemeinen Lebensrisiko auseinander. Rsp und Schrifttum haben herausgearbeitet, dass der AG nur für mit der Tätigkeit typischerweise verbundene („arbeitsadäquate“) Risiken und abstrakt

-
- 38 *Schey*, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts: Der Bevollmächtigtungsvertrag (1907) 645 f, 654; *Schey*, Anhang. Unentgeltliche Aufträge zu (nicht rechtsgeschäftlichen) Dienstleistungen (1907) 725, 735.
- 39 *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse (1920) 447 FN 75, 490, 511, 560 f.
- 40 *Wilburg*, Die Elemente des Schadensrechts (1941) 137.
- 41 *Hämmerle*, Arbeitsvertrag (1949) 251.
- 42 *Kramer* in *Tomandl* 107 (127); *Kramer*, Arbeitsvertragliche Verbindlichkeiten neben Lohnzahlung und Dienstleistung (1975) 77.
- 43 *Stanzl* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar IV² (1963) 849.
- 44 *Ch. Klein*, DRdA 1983, 347; zustimmend in der Folge *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse 47 ff.
- 45 *Messiner*, Aufwandersatzanspruch des Arbeitnehmers nach Unfällen bei Dienstfahrten mit dem eigenen Kfz? ZVR 1981, 139.
- 46 *Kerschner*, Die Reichweite der Arbeitgeberhaftung nach § 1014 ABGB oder: Zur Entmystifizierung einer neuen Wundernorm, in *Tomandl* (Hrsg), Haftungsprobleme im Arbeitsverhältnis (1991) 57.
- 47 *Schnorr*, Verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers für Sachschäden des Arbeitnehmers? RdW 1984, 77; *Ch. Klein*, DRdA 1983, 347; *Jabornegg*, Arbeitgeberhaftung für Sachschäden am Arbeitnehmerigentum, DRdA 1984, 37; *Hanreich*, Schadenersatzansprüche aus der Verwendung des eigenen Kfz für den Auftraggeber oder Arbeitgeber, JBl 1984, 361.
- 48 *Jabornegg*, OGH 18.2.1986, 4 Ob 180/85, DRdA 1988, 132; *Kerschner*, OGH 24.2.1987, 14 ObA 7/87, ZAS 1988, 176.
- 49 *F. Bydlinski*, Die Risikohaftung des Arbeitgebers; siehe dazu auch *Pfeil*, Rezension von F. Bydlinski, Die Risikohaftung des Arbeitgebers, DRdA 1989, 468.
- 50 *Oberhofer*, Außenhaftung des Arbeitnehmers (1996).
- 51 *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse (1985), wobei diese Arbeit bereits vor Ergehen der Leitentscheidung entstanden ist und diese nur in einer Fußnote (29 FN 19a) behandelt. Sie ist außerdem nicht auf das Arbeitsrecht beschränkt.
- 52 *Faber*, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht (2001).

vorhersehbare Schäden haftet,⁵³ nicht jedoch für andere Nachteile, die der AN nur zufällig (gelegentlich seiner Arbeitsleistung) erleidet.⁵⁴ Im Schrifttum fand der dogmatische Weg, den der OGH eingeschlagen hatte, nicht nur Zustimmung. Die Ableitung aus § 1014 ABGB wurde tw als nicht überzeugend angesehen und eine Ableitung als **Analogie zum DHG** oder aus der **Fürsorgepflicht** vorgeschlagen.⁵⁵ Kritisch gesehen wurde insb die Ausdehnung der Risikohaftung auf die für die vorliegende Arbeit nicht einschlägigen **Drittschadensfälle**⁵⁶ und **Personenschäden**.⁵⁷

Dass auch die **Aufwandersatzkomponente von § 1014 ABGB** bei faktischer Tätigkeit im Arbeitsvertrag analog anwendbar ist, hat der OGH erstmals 1987 entschieden.⁵⁸ Dieser Aspekt erhielt gegenüber der Risikohaftung allerdings erkennbar **weniger Aufmerksamkeit** im Schrifttum. Wurde Aufwandersatz behandelt, ging es eher um die **Unterscheidung vom Entgelt**⁵⁹ als um die Durchsetzung von Ansprüchen nach § 1014 ABGB gegen den AG. Nach der hA besteht ein **Aufwandersatzanspruch** des AN auf der Grundlage von § 1014 ABGB für alle Arbeitsverhältnisse. Kein Aufwandersatzanspruch besteht, wenn der AN Güter nutzt, die er **nach der Verkehrsauffassung selbst beizustellen** hat.⁶⁰ § 1014 ABGB ist auch im Arbeitsrecht dispositiv, was eine **vertragliche Abbedingung** von Aufwandersatzansprüchen grds erlaubt. Nach hA darf es durch die Abbedingung

- 53 Wesentlich war hier die Arbeit von *F. Bydlinski*, Die Risikohaftung des Arbeitgebers 63 ff, 73; ebenso *Faber*, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht 178 ff; *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse 83 ff; *Oberhofer*, Außenhaftung des Arbeitnehmers 157 ff; *Kissich* in *Resch* 41 (42).
- 54 Dabei handelt es sich wohl um das allgemein zur Abgrenzung der Risikosphäre verwendete Kriterium der „geschäftsspezifischen Gefahr“, vgl dazu *Schey*, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechts: Der Bevollmächtigungsvertrag 656; *Stanzl* in *Klang*, Großkommentar zum ABGB – Klang-Kommentar* 849; *Fitz*, Risikozurechnung bei Tätigkeit im fremden Interesse 82 ff; *Ehrenzweig*, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts II/1: Das Recht der Schuldverhältnisse 560 f.
- 55 Vgl *Schrank*, Betriebsrisiko und arbeitsrechtliche Wertordnung, ZAS 1985, 8 (13): „unnötiger dogmatischer Umweg“; *Tomandl*, Grundlagen und Grenzen der verschuldensunabhängigen Arbeitgeberhaftung, ZAS 1991, 37 (abzulehnen aufgrund von § 1151 Abs 2 ABGB); *Schrammel*, Arbeitsrecht II* (1999) 162 ff; *Schnorr*, RdW 1984, 77 (Ableitung aus der Fürsorgepflicht); ablehnend zu beiden alternativen Ansätzen hingegen *F. Bydlinski*, Die Risikohaftung des Arbeitgebers 54 ff.
- 56 OGH 24.5.1989, 9 ObA 139/89; kritisch *Kerschner* in *Tomandl* 57 (68 ff); *Kerschner*, Außenhaftung des Dienstnehmers und Regreß, in *FS Tomandl* (1998) 187; *Beer*, Risikohaftung bei Verschulden des Arbeitnehmers, ecolex 1991, 44; *Tomandl*, ZAS 1991, 37; zustimmend hingegen *Oberhofer*, Außenhaftung des Arbeitnehmers 123 ff mit umfassender Begründung; differenzierend *Faber*, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht 316 ff.
- 57 OGH 5.9.2002, 2 Ob 203/02w; OGH 19.12.2002, 8 ObA 117/02t; OGH 7.5.2003, 9 ObA 36/03i; *Faber*, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht 331; *Apathy*, Risikohaftung des Arbeitgebers für Personenschäden? JBl 2004, 746.
- 58 OGH 6.5.1987, 14 ObA 501/87; OGH 17.6.1987, 9 ObA 19/87; in OGH 18.10.2006, 9 ObA 92/06d übernimmt der OGH das Argument der „Sachgerechtigkeit“ einer Anwendung von § 1014 ABGB.
- 59 *Naderhirn*, Entgelt und Aufwandersatz aus arbeitsrechtlicher Sicht, in *Fritz-Schmied/Naderhirn/Resch* (Hrsg), Handbuch Aufwandersatz (2008) 17; *Kemetter*, Der Aufwandersatz im Arbeits-, Sozial- und Steuerrecht, ecolex 2008, 254; *Mazal*, Kollektivvertragsentgelt, „Aufwandsentschädigungen“ und Arbeitskräfteüberlassung, ecolex 1999, 562.
- 60 *Haider* in *Kozak*, ABGB und Arbeitsrecht (2019) §§ 1014-1016 ABGB Rz 16; *Karner* in *Gruber-Risak/Mazal*, Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar^{41. Lfg} (2023) VI. Rz 29.

allerdings nicht zu einer **sittenwidrigen Überwälzung des Unternehmerrisikos** kommen.⁶¹ Daneben sind nach der Rsp auch **kollV-liche Mindestentgelte** als Schranke zu beachten.⁶² Eine umfassende monographische Darstellung zum Aufwandersatz steht für Österreich noch aus.⁶³

In der **arbeitsrechtlichen OGH-Rsp** war es um die Aufwandersatzpflicht nach § 1014 ABGB **lange Zeit still**. Die Gründe dafür könnte man in Beweisschwierigkeiten hinsichtlich der Aufwandshöhe suchen, ebenso in zu geringen offenen Beträgen, einer mglw geringeren „Klagsfreudigkeit“ österreichischer AN, einer weitgehenden Abdeckung durch KollV mit detaillierten Spesenersatzregelungen für Dienstreisen und zuletzt in einer gewissen Zaghaftheit der österreichischen Arbeitswelt bei der Übernahme neuer Arbeitsformen wie Homeoffice. Von 2006⁶⁴ bis 2023⁶⁵ ist lediglich eine Entscheidung zum Aufwandersatz ergangen,⁶⁶ wobei der OGH schon keine Grundlage für die Anwendbarkeit von § 1014 ABGB sah. Damit konnte sich zu etlichen Fragen keine ständige Rsp bilden. Im Schrifttum wurde deshalb und aufgrund des dispositiven Charakters von § 1014 ABGB eine mangelnde Effektivierung des Aufwandersatzanspruchs beklagt.⁶⁷ Man könnte – die Metapher von *Kerschner*⁶⁸ nutzend – durchaus von einem zweiten Dornröschenschlaf sprechen, aus dem § 1014 ABGB erst durch die beschriebenen Entwicklungen auf dem Arbeitsmarkt im Zuge der Pandemie wachgeküsst wurde.

Ebenso eher ausgespart wurde die vorgelagerte Frage, ob und wann der AN überhaupt dazu angehalten werden kann, **eigenes Vermögen für den AG zu verwenden**. Im Gefolge der Leitentscheidung hat *Schrank* einen Beitrag veröffentlicht,⁶⁹ der weiterhin eine der wesentlichsten Arbeiten zu diesem Thema ist. Es ist in Rsp und Schrifttum unstrittig, dass **dem Grunde nach der AG die Arbeitsmittel beizustellen und die Kosten des Betriebes zu tragen hat**, und dass dies dem **Wesen des Arbeitsvertrages** entspricht.⁷⁰ Das Schrifttum hat herausgearbeitet, dass die Pflicht zur Beistellung von Arbeitsmitteln und die Pflicht, für ihre Kosten aufzukommen, zwei getrennte Verpflichtungen sind⁷¹ und dass eine Beistellung von Arbeitsmitteln durch den AN einer entsprechenden Vereinbarung bedarf. Die Pflicht zur Beistellung der Arbeitsmittel blieb mE aber ein blinder Fleck in der Diskussion.

61 *Haider* in *Kozak*, ABGB und Arbeitsrecht §§ 1014-1016 ABGB Rz 24; *Risak*, ZAS 2016, 204; *Windisch-Graetz* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 1014 ABGB Rz 19.

62 OGH 16.9.1986, 14 Ob 122/86; OGH 25.4.1990, 9 ObA 54/90.

63 Anders als in der Schweiz, vgl *Brunold*, Die Arbeitsauslagen im schweizerischen Individualarbeitsrecht.

64 OGH 18.10.2006, 9 ObA 92/06d.

65 OGH 27.9.2023, 9 ObA 31/23h.

66 OGH 24.8.2017, 8 ObA 40/17s, es ging um die Tragung der Kosten für ein nach Beendigung des Dienstverhältnisses geführtes Strafverfahren.

67 *Mathy/Trost* in *Felten/Trost*, Homeoffice: Praxishandbuch Arbeitsrecht (2021) Rz 9.20.

68 *Kerschner* in *Tomandl* 57.

69 *Schrank*, ZAS 1985, 8.

70 *Naderhirn* in *Fritz-Schmied/Naderhirn/Resch* 17 (23); *Mazal*, *ecolex* 1999, 562; *Tomandl*, Die Wesensmerkmale des Arbeitsvertrages (1971) 59.

71 *Risak*, ZAS 2016, 204; *Stinauer* in *Körber-Risak*, Praxishandbuch Home-Office (2021) 59 ff; *Mitschka/Steiner*, Die Beistellungs- und Kostentragungspflicht für Arbeitskleidung, ZAS 2014, 304.

1.2. Telearbeit

Eine grundlegende rechtswissenschaftliche Betrachtung von **Telearbeit** in Österreich erfolgte zu Beginn der 1990er Jahre.⁷² Als Teil der „Arbeit 4.0“,⁷³ deren Treiber und Trends auch die **Digitalisierung** und **kultureller Wandel hin zu mehr Flexibilität** sind, rückte Telearbeit in den Jahren vor der Pandemie stärker in den Fokus. Dabei wurde auch Aufwandersatz bei Telearbeit behandelt.⁷⁴ In Österreich wurde Telearbeit zunächst durch einige KollV geregelt,⁷⁵ eine erste gesetzliche Regelung fand das Phänomen 2005 in § 36a BDG und § 5c VBG.⁷⁶ Eine im Jahr 2002 unterzeichnete europäische **Rahmenvereinbarung der europäischen Sozialpartner über Telearbeit**,⁷⁷ die ua die Freiwilligkeit von Telearbeit, die Gleichbehandlung mit vergleichbaren AN im Unternehmen sowie Datenschutz und die Achtung der Privatsphäre regelte, wurde **nicht rechtsverbindlich**. Untersuchungen erfolgten auch zum Phänomen des „bring your own device“ (BYOD), wo AN private Geräte wie Smartphones und Laptops für berufliche Zwecke nutzen.⁷⁸ Mit dem Ausbruch der **Pandemie** und der sprunghaften Ausbreitung von Telearbeit in Form von **Homeoffice** ist das juristische Interesse daran stark gestiegen. Dies äußerte sich insbesondere in einer Vielzahl von Zeitschriftenbeiträgen⁷⁹ mit unterschiedlichen inhaltlichen Schwerpunkte, von der Frage nach der Einführung von Homeoffice über Entgeltfortzahlung bei Erkrankung oder behördlich angeordneter Quarantäne bis hin zu Kontroll- und Überwachungsmöglichkeiten. Homeoffice war in Österreich allerdings nie allgemein verpflichtend vorgesehen.⁸⁰ Die berufliche Tätigkeit sollte bloß vorzugsweise außerhalb der Arbeitsstätte erfolgen,

72 *Trost*, Der Arbeitnehmer in eigener Wohnung, ZAS 1991, 181; *Egger*, Telearbeit – ein neues Phänomen der Arbeitswelt, DRdA 1987, 97; *Firlei*, Flucht aus dem Arbeitsrecht (Teil I), DRdA 1987, 271; vgl auch die Dissertation von *Melzer-Azodanloo*, Tele-Arbeitsrecht (2001), die Fragen des Aufwandersatzes aber nur ganz am Rande behandelt.

73 *Risak*, Arbeitsrecht 4.0, JAS 2017, 12 unter Verweis auf eine Analyse des deutschen Bundesministeriums für Arbeit und Soziales; *BMAS*, Grünbuch Arbeit 4.0 (2015).

74 *Risak*, ZAS 2016, 204; *Köck/Prasser*, Checkliste: Home-Office-Vereinbarung, ZAS 2016, 247; *Wetsch*, Rechtliche Rahmenbedingungen für die Arbeit im „Home-Office“, in *Reichel/Pfeil/Urnik* (Hrsg), Die Arbeit ist immer und überall (2020) 47.

75 Die erste solche Regelung wurde am 14.4.1997 in einem Zusatz-KollV für die Mineralölindustrie abgeschlossen, vgl dazu *Melzer-Azodanloo*, Erster Kollektivvertrag für Tele-Arbeit, ASoK 1997, 349.

76 BGBl I 2004/176.

77 https://resourcecentre.etuc.org/sites/default/files/2019-09/Telework%202002_Framework%20Agreement%20-%20DE.pdf (abgerufen am 27.12.2023).

78 *Knyrim/Horn*, Bring Your Own Device – Ein Trend hält Einzug in Österreichs Unternehmen, ecolex 2013, 365; *Zankel*, Bring Your Own Device! Problemfelder der Übertragung von Arbeitgeberpflichten aus der Sicht des Arbeits- und des Datenschutzrechts, ASoK 2013, 423; *Huger/Latmer*, BYOD und Arbeitsrecht, ecolex 2014, 303; *Leissler*, BYOD und Datenschutz – ein unlösbarer Widerspruch? ecolex 2014, 307; für Deutschland umfassend *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD) (2017).

79 *Hitz/Schrenk*, Homeoffice während und nach der Corona-Krise, ASoK 2020, 322; *Mazal*, Home-Office – Gesetz im „rechtsfreien Raum“? ecolex 2020, 1092; *Auer-Mayer*, Dürfen Arbeitnehmer*innen im „Home-Office“ überwacht werden? CuRe 2020/88; *Felten*, Home-Office und Arbeitsrecht, DRdA 2020, 511; *Eichmeyer/Egger*, Ausgewählte Praxisrechtsfragen zum Homeoffice, RdW 2020, 848.

80 *Felten*, DRdA 2020, 511.

sofern dies möglich ist und AG und AN darüber ein Einvernehmen finden.⁸¹ Das Inkrafttreten der **Homeoffice-Pakete** im Frühjahr 2021 führte zu einem neuerlichen Anstieg an Literatur zu Homeoffice und Telearbeit.⁸² Höchstgerichtliche Rsp zu § 2h AVRAG existiert zum Zeitpunkt des Verfassens dieser Arbeit noch nicht.

Fragen zum Aufwandersatz bei Telearbeit haben hohe praktische Relevanz erlangt. Eine Beschäftigung mit **Aufwandersatz** scheint ohne Bezug zu **Telearbeit** kaum noch möglich. Infolge des fragmentarischen Charakters der spezialgesetzlichen Regelung erfordern Arbeiten zum Thema Telearbeit eine Auseinandersetzung mit den allgemeinen Rechtsgrundlagen.⁸³ Das Schrifttum stößt dabei mE erkennbar auf Probleme, die in Wahrheit immer schon bestanden haben und nicht zufriedenstellend aufgearbeitet sind.

1.3. Ziel der Arbeit

Ziel dieser Arbeit ist es, eine **umfassende Darstellung des Aufwandersatzes im österreichischen Arbeitsrecht** zu bieten und Lösung für die sich dabei ergebenden Rechtsprobleme zu erarbeiten. Die Arbeit behandelt dabei zunächst die Einordnung einer vom AG tatsächlich gewährten Leistung als Aufwandersatz und deren Folgen, insb aber den möglichen Anspruch eines AN auf eine bestimmte Aufwandersatzleistung.

Im Fokus steht die Rechtslage zum **Arbeitsverhältnis**. § 1014 ABGB ist auch auf AN-ähnliche Personen⁸⁴ anzuwenden. Auch bei **freien Dienstverträgen**, mit denen eine Geschäftsbesorgung verbunden ist, wird eine Anwendung der Vorschriften zum Auftrag durch eine Analogie zu § 1151 Abs 2 ABGB vertreten.⁸⁵ Die folgenden Ausführungen können grds auch für freie Dienstverträge herangezogen werden. Zu bedenken ist allerdings, dass die unterschiedliche Verteilung der Pflicht zur Beistellung von Arbeitsmitteln und Kostentragung ein Merkmal für die Unterscheidung zwischen dem Arbeitsvertrag und dem Werkvertrag

81 Diese Formulierung war in mehreren COVID-19-bezogenen Verordnungen enthalten, zB § 2 Z 4 der Verordnung gem § 2 Z 1 des COVID-19-MaßnahmenG, BGBl II 2020/108.

82 Hervorzuheben sind *Dullinger*, Vertragsgestaltung bei der Einführung und Ausgestaltung von Homeoffice, ZAS 2021, 187; *Pfeil*, Die neuen Homeoffice-Regelungen – wenig Substanz, aber viele Fragen, wbl 2021, 361; *Gruber-Risak*, Homeoffice-Maßnahmenpaket 2021 (Stand IA 1301/A), CuRe 2021; *Köck*, Der Homeoffice-Kommentar (2021); *Körber-Risak*, Praxishandbuch Home-Office; *Felten/Trost*, Homeoffice: Praxishandbuch Arbeitsrecht (2021); *Resch*, Homeoffice im Kontext „außergewöhnlicher Verhältnisse“, ZAS 2023, 3.

83 *Wiesinger*, Aufwand und Aufwandersatz – Abgrenzungsfragen bei pauschalen Aufwandersatzansprüchen sowie bei fehlendem Aufwand, ASoK 2023, 166; *Hitz*, Der Anspruch auf Aufwandersatz, ZAS 2023, 171; *Hitz*, Homeoffice: Aufwandersatz, Arbeitszeiterfassung und Versetzung, ASoK 2024, 47; *Deutschmeister-Letz*, Kostentragung im Homeoffice, ARD 6865/4/2023.

84 *Kerschner* in *Tomandl* 57 (63 f); *Faber*, Risikohaftung im Auftrags- und Arbeitsrecht 253 f.

85 *Wachter*, Der sogenannte freie Dienstvertrag, DRdA 1984, 405; *Bertuch/Bertuch*, Der freie Dienstvertrag² (2021) 176.