



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

„COVID-19-bedingte Dienstverhinderungsgründe in der
Arbeitnehmersphäre“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Anna Isabella Kanduth, Bakk. rer. soc. oec.

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2023 / Vienna 2023

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student record
sheet:

A 783 101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

Hon.-Prof. Dr. Stefan Köck, LL.M.

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	vii
Hinweis.....	xii
1 Einleitung	1
2 Entgeltansprüche bei COVID-19-bedingten Dienstverhinderungen.....	5
2.1 Dienstverhinderung durch Krankheit	5
2.1.1 Anspruchsvoraussetzungen.....	5
2.1.1.1 Antritt des Dienstverhältnisses.....	5
2.1.1.2 Krankheit (Berufskrankheit)	5
2.1.1.3 Unglücksfall (Arbeitsunfall)	7
2.1.1.4 Dienstverhinderung	8
2.1.1.5 Verschulden	10
2.1.1.6 Mitteilungs- und Nachweispflicht.....	14
2.1.2 Entgeltfortzahlungsdauer	16
2.2 Wichtige persönliche Dienstverhinderungsgründe.....	17
2.2.1 Überblick	17
2.2.2 Anspruchsvoraussetzungen.....	18
2.2.2.1 Dienstantritt.....	18
2.2.2.2 Dienstverhinderung	18
2.2.2.3 Wichtige Gründe	19
2.2.2.3.1 Familiäre Pflichten	20
2.2.2.3.2 Öffentlich-rechtliche Pflichten.....	21
2.2.2.4 Verschulden des Arbeitnehmers	22
2.2.2.4.1 Exkurs: Verweigerung der Vorlage eines 3G-Nachweises.....	23
2.2.2.5 Melde- und Nachweispflichten	24
2.2.3 Dauer der Entgeltfortzahlung.....	24
2.3 Pflegefreistellung gem § 16 UrlG.....	26
2.3.1 Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 16 Abs 1 UrlG.....	27
2.3.1.1 Pflegefreistellung ieS (Abs 1 Z 1).....	27
2.3.1.2 Betreuungsfreistellung (Abs 1 Z 2).....	28
2.3.1.3 Begleitfreistellung (Abs 1 Z 3)	29
2.3.2 Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 16 Abs 2 UrlG.....	30
2.3.3 Einseitiger Urlaubsantritt (Abs 3).....	31
2.3.4 Verhältnis zu § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB.....	31

2.4	Vergütungsanspruch gem § 32 EpiG	34
2.4.1	Überblick.....	34
2.4.2	Inhalt und Voraussetzung des Anspruchs	36
2.4.2.1	Anspruchsberechtigte Personen	36
2.4.2.2	Anspruchsbegründende behördliche Maßnahme	36
2.4.2.3	Verdienstentgang aufgrund der Erwerbsbehinderung.....	37
2.4.3	Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 32 Abs 3 EpiG	41
2.4.3.1	Berechnung des Vergütungsanspruchs.....	42
2.4.4	Anrechnungsbestimmungen gem § 32 Abs 5 EpiG	49
2.4.5	Antragstellung	49
2.5	Verhältnis von § 32 EpiG zu arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen .	51
2.5.1	Arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlung	51
2.5.2	Epidemierechtlicher Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG	52
2.5.3	Meinungsstand	52
2.5.4	Eigene Meinung	58
2.5.5	Folgefragen	63
2.6	Sonderbetreuungszeit.....	69
2.6.1	Überblick.....	69
2.6.2	Phase 1	71
2.6.2.1	Voraussetzungen der Sonderbetreuungszeit.....	76
2.6.2.1.1	Kein Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit	76
2.6.2.1.2	Gründe für die Gewährung der Sonderbetreuungszeit.....	76
2.6.2.1.3	Subsidiarität der Sonderbetreuungszeit.....	80
2.6.2.2	Vergütungsanspruch der Arbeitgeber.....	82
2.6.2.2.1	Höhe der Förderung.....	82
2.6.2.2.2	Förderbare Zeiten	83
2.6.2.2.3	Berechnung des Entgelts	85
2.6.3	Phase 2	86
2.6.4	Phase 3	88
2.6.5	Phase 4	91
2.6.5.1	Voraussetzungen für den Rechtsanspruch.....	95
2.6.5.2	Voraussetzungen für die Vereinbarung.....	100
2.6.6	Phase 5	100
2.6.7	Dogmatische Beurteilung.....	102
2.7	COVID-19-Risikofreistellung	104
2.7.1	Überblick.....	104

2.7.2	Genese der COVID-19-Risikofreistellung.....	105
2.7.2.1	Zeitlicher Überblick	113
2.7.3	Kennzeichen der COVID-19-Risikofreistellung	115
2.7.3.1	Definition der Risikogruppe.....	115
2.7.3.2	Ausstellung des COVID-19-Risikoattests	116
2.7.3.3	Folgen der Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe.....	118
2.7.3.4	Ausnahmetatbestand „Homeoffice“	121
2.7.3.5	Ausnahmetatbestand „Geeignete Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz und Arbeitsweg“	123
2.7.3.6	Homeoffice versus geeignete Schutzmaßnahmen.....	125
2.7.3.7	Kündigungsschutz	126
2.7.3.8	Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach § 735 Abs 4 ASVG	128
2.7.3.9	Risikogruppen und allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze	129
2.7.4	Problemstellungen	132
2.7.4.1	Umsetzung in der Praxis	132
2.7.4.2	COVID-19-Risikofreistellung und Urlaub.....	134
2.7.4.3	COVID-19-Risikofreistellung und Krankenstand	137
2.7.4.4	Exkurs: COVID-19-Risikofreistellung und Corona-Kurzarbeit	138
2.8	Sonderfreistellung COVID-19.....	140
2.8.1	Überblick	140
2.8.2	Voraussetzungen der Sonderfreistellung COVID-19	143
2.8.2.1	Verbot von Arbeiten mit physischem Körperkontakt	143
2.8.2.2	Änderung der Arbeitsbedingungen oder der Beschäftigung.....	143
2.8.2.3	Subsidiarität der Sonderfreistellung.....	146
2.8.2.4	Kein vollständiger Impfschutz	147
2.8.2.5	Ersatzanspruch des Arbeitgebers nach § 3a Abs 4 MSchG	149
2.8.3	Problemstellungen	151
2.8.3.1	Unterbleiben der Arbeitsleistung aus anderen Gründen und Sonderfreistellung	151
2.8.3.2	Unsachliche Differenzierung	153
3	Dienstverhinderung durch Kinderbetreuung.....	156
3.1	Erkrankung und/oder Absonderung eines Kindes	156
3.1.1	Krankenpflegefreistellung nach § 16 Abs 1 Z 1 und 2 UrlG.....	157
3.1.2	Einseitiger Urlaubsantritt nach § 16 Abs 3 UrlG.....	158
3.1.3	Begleitfreistellung nach § 16 Abs 1 Z 3 UrlG	158
3.1.4	Sonstiger wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund.....	159

3.1.5	Sonderbetreuungszeit nach § 18b Abs 1 Z 1 AVRAG	160
3.2	(Partielle) Schließung von Schulen und Betreuungseinrichtungen	161
3.2.1	Pflegefreistellung gem § 16 UrlG	162
3.2.2	Sonstiger wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund	162
3.2.3	Sonderbetreuungszeit	163
3.3	Erkrankung und/oder Absonderung der ständigen Betreuungsperson	163
3.3.1	Betreuungsfreistellung nach § 16 Abs 1 Z 2 UrlG.....	163
3.3.2	Sonstiger wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund	165
3.3.3	Sonderbetreuungszeit gem § 18b AVRAG	165
4	Gesundheitsbezogene Dienstverhinderungen.....	167
4.1	Dienstverhinderung aufgrund behördlicher Verfügung.....	168
4.1.1	Absonderung aufgrund des Verdachts oder der Erkrankung an COVID-19	168
4.1.2	Absonderung als Kontaktperson	173
4.1.3	Exkurs: Abdingbarkeit des § 1155 ABGB?	176
4.1.4	Homeoffice für die Dauer der Absonderung?	178
4.1.4.1	Homeoffice bei Erkrankung an COVID-19	178
4.1.4.2	Homeoffice bei Kontaktpersonen.....	179
4.1.4.3	Homeoffice bei symptomloser Infektion mit SARS-CoV-2	186
4.1.5	Behördliche Absonderung im Ausland	188
4.1.5.1	Besonderheiten im Rahmen einer Dienstreise.....	193
4.2	Dienstverhinderung ohne behördliche Verfügung.....	196
4.2.1	Unterbleiben der Absonderung aufgrund von Behördenversagen	196
4.2.2	Unterbleiben der Arbeitsleistung aufgrund Aufforderung zur Selbstisolation am Beispiel der „Tirol-Rückkehrer“	198
4.2.3	Selbstüberwachte Heimquarantäne nach § 3b EpiG	200
5	Dienstverhinderung durch Testung	201
5.1	Testung als Dienstverhinderung	201
5.2	Generalkollektivvertrag Corona-Test	202
5.3	SARS-CoV-2 Tests im Rahmen des 3G-Nachweises.....	204
6	Dienstverhinderungen iZm Urlaubsreisen.....	206
6.1	Grundsätzliches zum Urlaubsrecht	206
6.2	Dienstverhinderung und Urlaub.....	207
6.2.1	Absonderung und § 4 Abs 2 UrlG.....	208
6.2.2	Absonderung und (Teil-)Rücktritt von einer Urlaubsvereinbarung.....	208

6.2.3	Absonderung nach Urlaubsantritt – Rücktritt vs Unterbrechung analog § 5 UrlG	210
6.3	Auslandsreisen.....	215
6.3.1	Erkrankung an COVID-19	215
6.3.2	Absonderung	218
6.4	Urlaubsreisen innerhalb Österreichs.....	220
6.5	Einreise nach Österreich	222
7	Resümee	225
7.1	Dienstverhinderung durch Krankheit	225
7.2	§ 32 EpiG.....	225
7.3	Sonderbetreuungszeit.....	226
7.4	COVID-19-Risikofreistellung	228
7.5	Sonderfreistellung.....	229
7.6	Gesundheitsbezogene Dienstverhinderungsgründe.....	230
7.7	Dienstverhinderungen iZm Urlaubsreisen.....	230
7.8	Fazit	231
8	Literatur- und Quellenverzeichnis.....	233
9	Judikaturverzeichnis.....	241
10	Anhang	243
10.1	Abstract Deutsch	243
10.2	Abstract Englisch.....	243

Abkürzungsverzeichnis

aA	andere(r) Ansicht
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
abl	ablehnend
Abs	Absatz
abw	abweichend
aF	alte Fassung
AK	Kammer für Arbeiter und Angestellte
AlVG	Arbeitslosenversicherungsgesetz
aM	anderer Meinung
AMS	Arbeitsmarktservice
AngG	Angestelltengesetz
Anm	Anmerkung
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbVG	Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	ARD-Betriebsdienst
ARG	Arbeitsruhegesetz
Art	Artikel
ASchG	ArbeitnehmerInnenschutzgesetz
ASoK	Arbeits- und Sozialrechtskartei
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
Aufl	Auflage
AUVA	Allgemeine Unfallversicherungsanstalt
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz
AZG	Arbeitszeitgesetz
Bd	Band
BEinstG	Behinderteneinstellungsgesetz
betr	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BHAG	Buchhaltungsagentur des Bundes
BKA	Bundeskanzleramt
Blg	Beilage(n)

BlgNR	Beilage(n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BM	Bundesminister(ium)
BMA	Bundesminister(ium) für Arbeit
BMAFJ	Bundesminister(ium) für Arbeit, Familie und Jugend
BMASGK	Bundesminister(ium) für Arbeit, Soziales, Gesundheit und Konsumentenschutz
BMEIA	Bundesminister(ium) für europäische und internationale Angelegenheiten
BMBWF	Bundesminister(ium) für Bildung, Wissenschaft und Forschung
BMSGPK	Bundesminister(ium) für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz
BR	Betriebsrat
BReg	Bundesregierung
bspw	beispielsweise
BV	Betriebsvereinbarung(en)
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
bzgl	bezüglich
bzw	beziehungsweise
COVID-19-IG	COVID-19-Impfpflichtgesetz
COVID-19-MG	COVID-19-Maßnahmengesetz
dh	das heißt
DRdA	Das Recht der Arbeit
dzt	derzeit
E	Entscheidung
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
einH	einhellig
EpiG	Epidemiegesetz
Erläut	Erläuterung(en)
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
etc	et cetera
f	und die folgende Seite
ff	und die folgenden Seiten
FN	Fußnote
G	Gesetz
gem	gemäß

GewG	Gewerbegericht
GP	Gesetzgebungsperiode
GZ	Geschäftszahl
hA	herrschende Ansicht
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
hrsg	herausgegeben
IA	Initiativantrag
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinn
ieS	im engeren Sinn
infas	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
insb	insbesondere
iRd	im Rahmen des/der
iS	im Sinn
iSd	im Sinn des/der
iSv	im Sinn von
iVm	in Verbindung mit
iwS	im weiteren Sinn
iZm	in Zusammenhang mit
Jud	Judikatur
JB1	Juristische Blätter
Kap	Kapitel
KollV	Kollektivvertrag
Komm	Kommentar
krit	kritisch
KUA	Kurzarbeit
KSW	Kammer der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
LVwG	Landesverwaltungsgericht
lit	litera
lt	laut

mA	meiner Ansicht
Mat	Materialien
ME	Ministerialentwurf
mE	meines Erachtens
MSchG	Mutterschutzgesetz
mwN	mit weiterem Nachweis / mit weiteren Nachweisen
Nov	Novelle
Nr	Nummer
Ob	Aktenzeichen des Obersten Gerichtshofes für Zivilsachen
ObA	Aktenzeichen des Obersten Gerichtshofes für Arbeitsrechtssachen
ObS	Aktenzeichen des Obersten Gerichtshofes für Sozialrechtssachen
odgl	oder dergleichen
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖGK	Österreichische Gesundheitskasse
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	Oberlandesgericht
RdW	Recht der Wirtschaft
RGBl	Reichsgesetzblatt
RKI	Robert Koch-Institut
RL	Richtlinie(n)
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl, -ziffer
SARS-CoV-2	severe acute respiratory syndrome coronavirus 2
sog	so genannt
StF	Stammfassung
stJud	ständige Judikatur
str	strittig
stRsp	ständige Rechtsprechung
SWK	Steuer- und WirtschaftsKartei
ua	unter anderem
udgl	und dergleichen
UrlG	Urlaubsgesetz

usw	und so weiter
uU	unter Umständen
uva	und viele andere
UVS	Unabhängiger Verwaltungssenat
V	Verordnung
va	vor allem
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl	vergleiche
vs	versus
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter
WHO	Weltgesundheitsorganisation
WKO	Wirtschaftskammerorganisation
wN	weitere Nachweise
Z	Ziffer
ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
zust	zustimmend
zutr	zutreffend
zwfl	zweifelnd

Hinweis

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird in der vorliegenden Arbeit auf die durchgängige Verwendung aller Geschlechter (männlich, weiblich und divers) verzichtet. Sämtliche personenbezogenen Bezeichnungen beziehen sich auf alle Geschlechter gleichermaßen.

1 Einleitung

Ende 2019 wurden erstmals Fälle von Lungenentzündungen mit unbekannter Ursache in der chinesischen Stadt Wuhan (Provinz Hubei) bekannt. Als Ursache dafür identifizierte man ein neuartiges Coronavirus, welches vorläufig als „2019-nCoV“ und in weiterer Folge als SARS-CoV-2 (severe acute respiratory syndrome coronavirus 2) bezeichnet wurde.¹ Die durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachte Infektionskrankheit trägt den Namen COVID-19.² COVID-19 entwickelte sich 2020 in der Volksrepublik China zur Epidemie und wurde aufgrund der rapide steigenden Fallzahlen außerhalb Chinas am 11. März 2020 von der WHO offiziell zur Pandemie erklärt.³

Europa wurde Mitte März 2020 zum Epizentrum dieser Pandemie.⁴ Um die rasante Verbreitung des Virus in Österreich einzudämmen, setzte die österreichische Bundesregierung zahlreiche Maßnahmen – ua wurden in kürzester Zeit gesetzliche Grundlagen⁵ für Betretungsverbote von Betriebsstätten und öffentlichen Orten geschaffen, es wurden weitreichende Einreisebeschränkungen⁶ verhängt und Schulen geschlossen – das soziale und wirtschaftliche Leben wurde auf ein Minimum reduziert.

Die Folgen des Ausbruchs der COVID-19-Pandemie sind noch immer empfindlich spürbar und ständiger Begleiter unseres Alltags. Die Pandemie hat auch bedeutende und weitreichende Auswirkungen auf Arbeitsverhältnisse, da es durch das Coronavirus SARS-CoV-2 häufig zum Unterbleiben der Arbeitsleistung kam (und noch immer kommt). Die Gründe dafür sind vielfältig. Im Fokus der Dissertation stehen COVID-19-bedingte Dienstverhinderungen, die aus der Arbeitnehmersphäre stammen.

Ziel der Dissertation ist es, die verschiedenen Rechtsinstitute, die Arbeitnehmern einen Entgeltanspruch einräumen, zu systematisieren und darauf aufbauend die unterschiedlichen

¹ Informationen der WHO, <https://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/novel-coronavirus-2019-ncov> (abgefragt am 17.08.2020).

² Informationen des BMSPGK, <https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/Uebertragbare-Krankheiten/Infektionskrankheiten-A-Z/Neuartiges-Coronavirus.html> (abgefragt am 17.08.2020).

³ Informationen der WHO, <https://www.euro.who.int/de/health-topics/health-emergencies/coronavirus-covid-19/novel-coronavirus-2019-ncov> (abgefragt am 17.08.2020).

⁴ Timeline: Wie Europa zum Epizentrum der Corona-Pandemie wurde, <https://kurier.at/chronik/welt/timeline-wie-europa-zum-epizentrum-der-corona-pandemie-wurde/400802165> (abgefragt am 26.08.2020).

⁵ COVID-19-Maßnahmengesetz BGBl I 2020/12.

⁶ V über das Landeverbot für Luftfahrzeuge aus SARS-CoV-2 Risikogebieten BGBl II 2020/83; V über die Einstellung des Schienenverkehrs zu Italien, der Schweiz und Liechtenstein aufgrund des Ausbruchs von SARS-CoV-2 BGBl II 2020/86; V über die Einreise nach Österreich in Zusammenhang mit der Eindämmung von SARS-CoV-2 BGBl II 2020/263.

Fragestellungen sowie die pandemiebedingten Besonderheiten einzuordnen – dabei sollen auch Aspekte und Problemstellungen aus der Praxis miteinfließen.

Im ersten Teil der Dissertation erfolgt eine allgemeine Abhandlung der pandemiebedingten Entgeltansprüche. Als solche kommen va die Dienstverhinderung durch Krankheit, wichtige persönliche Dienstverhinderungsgründe, die Pflegefreistellung, der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG sowie die im Zuge der Pandemie neu geschaffenen Institute der Sonderbetreuungszeit (§ 18b AVRAG), der COVID-19-Risikofreistellung (§ 735 ASVG) sowie der Sonderfreistellung (§ 3a MSchG) in Betracht.

Bereits bei Betrachtung der einzelnen Entgeltansprüche ergeben sich viele Fragestellungen – ein Kap widmet sich dem Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG, dabei wird insb dessen Konzeption untersucht und der Frage nachgegangen, ob beim Ersatzanspruch auch das Verschulden des Arbeitnehmers eine gewisse Rolle spielt. Zu dieser Frage bestehen in der Lit unterschiedliche Meinungen. Von der Frage, ob die behördliche Absonderung schuldhaft herbeigeführt wurde, wird mE insbesondere die Frage, ob durch die behördliche Absonderung ein Verdienstentgang eingetreten ist, zu unterscheiden sein. Besonders zu erörtern sind in diesem Zusammenhang selbstverschuldete Krankenstände.

Ebenfalls von zentraler Bedeutung ist die Frage, in welchem Verhältnis die arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüche zum epidemierechtlichen Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG stehen. Wird ein Arbeitnehmer behördlich abgesondert, kommen sowohl der arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall bzw im Falle eines wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrundes als auch der Vergütungsanspruch nach dem EpiG in Frage.⁷ Zum Verhältnis dieser beiden Ansprüche werden in der Lit unterschiedliche Meinungen vertreten. Die Beantwortung dieser Frage hat nicht unbeachtliche Folgen – so wird davon abhängen, ob die Dienstverhinderung zur Verminderung des Krankenstandskontingents nach § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG führt und ob der Dienstgeber einen Zuschuss zur Entgeltfortzahlung bei der AUVA beantragen kann. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie Beendigungen des Dienstverhältnisses während einer Absonderung aufgrund einer Erkrankung an COVID-19 wirken – geht man davon aus, dass § 8 AngG bzw § 2 EFZG von § 32 EpiG verdrängt werden und somit kein Krankenstand vorliegt, könnte im ersten Moment die Vermutung entstehen, dass im Falle einer Arbeitgeberkündigung die Rechtsfolgen des § 9 Abs 1 AngG bzw des § 5 EFZG nicht eintreten.

⁷ Drs, Urlaubsrechtliche Fragen anlässlich der COVID-19-Pandemie, ASoK 2020, 282 (287).

Nach der Darstellung der pandemiebedingten Entgeltansprüche werden im zweiten Teil der Arbeit Konstellationen aus der Praxis aufgezeigt, in denen es zum Unterbleiben der Arbeitsleistung wegen in der Sphäre der Arbeitnehmer gelegenen Dienstverhinderungen kommt. Die Dienstverhinderungen lassen sich hierbei in drei Hauptkategorien einteilen:

Dienstverhinderungen durch Kinderbetreuungspflichten: Kinder werden bspw. „nach Hause geschickt“, weil es einen Verdachts- oder Krankheitsfall in der Klasse des Kindes gibt; das Kind selbst wird abgesondert; Schulen bzw. Betreuungseinrichtungen werden COVID-19-bedingt (partiell) geschlossen oder die ständige Betreuungsperson ist an COVID-19 erkrankt und/oder wird abgesondert.

Gesundheitsbezogene Dienstverhinderungen: Der Fokus liegt hier auf Quarantänemaßnahmen, wobei wiederum zwischen Dienstverhinderungen aufgrund behördlicher Absonderung und solchen ohne behördliche Absonderung differenziert werden kann. Zu Letzteren zählen etwa das Unterbleiben der Absonderung aufgrund von Behördenversagen, Aufforderungen zur Selbstisolation – wie sie bspw. bei den Tirol-Rückkehrern im März 2020 erfolgten – oder selbstüberwachte Heimquarantäne gem. § 3b EpiG.

Dienstverhinderungen iZm. Urlaubsreisen: Dabei von besonderer Relevanz sind Sachverhalte mit Auslandsbezug sowie der Rückreise nach Österreich. Darüber hinaus wird die Rechtslage bei Überschneidungen von Urlaub mit einer behördlichen Absonderung näher beleuchtet.

An jeweils passender Stelle werden auch Dienstverhinderungen iZm. mit dem Testen unter Berücksichtigung des eigens abgeschlossenen Generalkollektivvertrags zum Corona-Test sowie Dienstverhinderungen, die iZm. der COVID-19-Schutzimpfung bestehen, behandelt.

Ausgehend von diesen Konstellationen erfolgt eine Prüfung, ob und aufgrund welcher Rechtsgrundlage Arbeitnehmern Entgelt gebührt. Hierzu werden die in Frage kommenden Rechtsinstitute beleuchtet, ihr Zusammenspiel analysiert, hinterfragt und, wo nötig, versucht, mögliche Lösungsansätze für die Praxis zu finden.

In vielen Fällen von Dienstverhinderungen ist die Erbringung der Arbeitsleistung per se zwar noch möglich, allerdings nicht mehr am gewohnten Arbeitsplatz (idR. Betriebsstätte). Aspekte des Homeoffice finden daher auch Eingang in diese Arbeit. Ein Schwerpunkt liegt auf der Frage, ob Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern für die Dauer der Absonderung Homeoffice einseitig anordnen können.

Der Untersuchungszeitraum konzentriert sich auf die Zeit von März 2020 bis Juni 2022.

Abschließend ist festzuhalten, dass für die arbeitsrechtliche Beurteilung eine genaue Terminologie erforderlich ist, sodass strikt zwischen dem Coronavirus SARS-CoV-2 und der, durch das Coronavirus SARS-CoV-2 verursachten Krankheit COVID-19, differenziert werden muss. Auch hinsichtlich der Termini „Absonderung“, „Quarantäne“ und „Isolierung“ ist Achtung geboten. Während die Begriffe sowohl alltagssprachlich als auch in der Lit weitgehend gleichbedeutend verwendet werden, und es mitunter auch in den österreichischen Rechtsvorschriften zu Vermischungen der Begrifflichkeiten kommt,⁸ ist aus epidemiologischer Sicht genau zu differenzieren. In der Epidemiologie versteht man unter Absonderungsmaßnahmen einen Komplex von Schutzmaßnahmen (überwiegend behördlich angeordnet), die in einer zeitweiligen Beschränkung der Bewegungsfreiheit infektiöser oder vermutlich infektiöser Personen besteht. Als Absonderungsmaßnahmen kommen ua Isolierung und Quarantäne in Betracht.⁹ Die Maßnahmen weisen gewisse Ähnlichkeit auf, sind jedoch nicht identisch. Während die Isolierung eine zeitweilige Absonderung für Personen mit bestätigter Infektion ist, handelt es sich bei der Quarantäne um die Absonderung gesunder Personen, die verdächtig sind, von einer kontagiösen Krankheit angesteckt zu sein.¹⁰

⁸ So verwenden das Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186 und die V betreffend die Absonderung Kranker, Krankheitsverdächtiger und Ansteckungsverdächtiger und die Bezeichnung von Häusern und Wohnungen RGBI 1915/39 bspw den Terminus „Absonderung“, während in der COVID-19-Einreiseverordnung 2022 BGBl II 2022/186, von „Quarantäne“ die Rede ist.

⁹ Informationen des RKI, Fachwörterbuch Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie (2015) 11, https://www.rki.de/DE/Content/Service/Publikationen/Fachwoerterbuch_Infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile (abgefragt am 11.03.2023).

¹⁰ Informationen des RKI, Fachwörterbuch Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie (2015) 107, https://www.rki.de/DE/Content/Service/Publikationen/Fachwoerterbuch_Infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile (abgefragt am 11.03.2023).

2 Entgeltansprüche bei COVID-19-bedingten Dienstverhinderungen

2.1 Dienstverhinderung durch Krankheit

Sind Arbeitnehmer durch Krankheit oder Unglücksfall an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert, haben sie für eine gewisse Dauer Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber.

Die Entgeltfortzahlungsbestimmungen für Arbeitnehmer, die dem AngG unterliegen, finden sich in § 8 Abs 1 bis 2a AngG, jene für Arbeiter und alle sonstigen Arbeitnehmer, die nicht dem AngG unterliegen, sind im EFZG geregelt. Weitere Entgeltfortzahlungsbestimmungen finden sich in diversen Sondergesetzen, wie bspw § 17a BAG für Lehrlinge, auf die hier nicht weiter eingegangen wird. § 1154b ABGB kommt nur subsidiär zur Anwendung, wobei aufgrund der Bestimmungen des AngG sowie des EFZG kaum noch ein Anwendungsbereich verbleibt.¹¹

Die Entgeltfortzahlungsansprüche sind unabdingbar (§ 40 AngG, § 6 EFZG). Sie können daher zu Lasten des Arbeitnehmers weder durch Arbeitsvertrag, BV noch KollV abgeändert werden.

2.1.1 Anspruchsvoraussetzungen

2.1.1.1 Antritt des Dienstverhältnisses

Der Entgeltfortzahlungsanspruch setzt den vorherigen Antritt des Dienstes voraus. Der Arbeitnehmer muss seine Tätigkeit in Erfüllung des Arbeitsvertrags erstmals aufgenommen haben. Eine bestimmte Dauer der Tätigkeit ist hingegen für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht notwendig.¹²

2.1.1.2 Krankheit (Berufskrankheit)

Des Weiteren muss der Verhinderungsgrund entweder auf Krankheit bzw alternativ auf Berufskrankheit beruhen. Wird die Dienstverhinderung sozialversicherungsrechtlich als Berufskrankheit qualifiziert, sieht das Gesetz längere Entgeltfortzahlungsansprüche vor.

In den arbeitsrechtlichen Bestimmungen findet sich keine Definition für den Begriff der Krankheit. Nach § 120 Abs 1 Z 1 ASVG wird Krankheit als regelwidriger Körper- oder Geisteszustand umschrieben, der eine Krankenbehandlung notwendig macht. Der sozialversicherungsrechtliche Krankheitsbegriff sieht die Krankenbehandlung als

¹¹ Drs in Resch, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 12 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

¹² Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 13f; Reissner, AngG⁴ § 8 Rz 15.

unabdingbare Voraussetzung vor. Die Heranziehung der sozialversicherungsrechtlichen Legaldefinition für den arbeitsrechtlichen Krankheitsbegriff wird in der Lehre stark bezweifelt. Unter Krankheit iSd arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen sei vielmehr jede Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens zu verstehen, wobei es auf die Notwendigkeit einer Krankenbehandlung nicht ankomme.¹³

Hinsichtlich des Begriffs der Berufskrankheit verweist § 8 Abs 2a AngG bzw § 2 Abs 5 EFZG auf die Vorschriften über die gesetzliche Unfallversicherung. Gem § 177 Abs 1 ASVG gelten als Berufskrankheiten grds nur die in Anlage 1 zum ASVG aufgezählten Krankheiten unter den dort ausgeführten Voraussetzungen.

Bei Berufskrankheiten handelt es sich um Erkrankungen, die auf idR länger einwirkende, einschlägige berufstypische gesundheitsbedrohende Gefahrenlagen zurückzuführen sind.¹⁴ Die Liste enthält abstrakte Berufskrankheiten, bei denen davon ausgegangen wird, dass ein Ursachenzusammenhang zwischen den Einwirkungen, denen eine Beschäftigtengruppe durch die versicherte Tätigkeit ausgesetzt ist, und der Krankheit besteht. Neben der Aufzählung in Anlage 1, setzt die Bewertung einer Erkrankung als Berufskrankheit auch voraus, dass die versicherte Person den in der Liste genannten Schadstoffen oder dem in der Liste genannten sonstigen Risiko nach Art und Intensität in einer Weise ausgesetzt war, die geeignet ist, die jeweils in Betracht kommende Krankheit auszulösen.¹⁵ Zuletzt ist auch noch zu prüfen, ob zwischen der Krankheit und der Minderung der Erwerbsfähigkeit ein Kausalzusammenhang besteht.¹⁶

Unter Nummer 38 der Anlage 1 werden Infektionskrankheiten angeführt, worunter auch die Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 fällt. Die Erkrankung an COVID-19 gilt allerdings nur dann als Berufskrankheit, wenn die Infektion in den in der Anlage 1 aufgezählten Einrichtungen bzw Unternehmen erfolgte. In den Schutzbereich der Infektionskrankheiten fallen demnach Heil- und Pflegeanstalten, Entbindungsheime und sonstige Anstalten, die Personen zur Kur und Pflege aufnehmen, öffentliche Apotheken, ferner Einrichtungen und Beschäftigungen in der öffentlichen und privaten Fürsorge, in Schulen, Kindergärten und Säuglingskrippen und im Gesundheitsdienst sowie in

¹³ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 18 mwN; Burger in Reissner, AngG⁴ § 8 Rz 17 mwN; Melzer-Azodanloo in Löschnigg, AngG I¹⁰ § 8 Rz 48.

¹⁴ Rudolf Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 15 (Stand 1.7.2020, rdb.at).

¹⁵ Rudolf Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 16 (Stand 1.7.2020, rdb.at).

¹⁶ Rudolf Müller in Mosler/Müller/Pfeil, Der SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 73 (Stand 1.7.2020, rdb.at).

Laboratorien für wissenschaftliche und medizinische Untersuchungen und Versuche sowie in Justizanstalten und Hafträumen der Verwaltungsbehörden bzw in Unternehmen, in denen eine vergleichbare Gefährdung besteht. Nummer 38 enthält somit eine Generalklausel. Um eine berufsbedingt auftretende Erkrankung als Berufskrankheit anerkennen zu lassen, müssen Arbeitnehmer aller anderen Unternehmen eine „vergleichbare Gefährdung“ nachweisen.¹⁷ Den Einrichtungen bzw Unternehmen ist gemein, dass darin Tätigkeiten in geschlossenen Räumen ausgeübt werden, bei denen die Anwesenden über einen längeren Zeitraum miteinander interagieren, sodass ein erhöhtes Infektionsrisiko vorliegt.¹⁸

Unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien¹⁹ zur Einführung der Generalklausel in der Nummer 38 der Berufskrankheitenliste führt *Marcian*²⁰ aus, dass Arbeitnehmer, deren Tätigkeit persönliche Kontakte mit anderen erfordert (zB mit Kunden oder Arbeitskollegen) und nicht unter gänzlicher Vermeidung von persönlichem Kontakt ausgeübt werden kann, einem erhöhten Infektionsrisiko ausgesetzt seien und darin ein Argument für das Vorliegen einer „vergleichbaren Gefährdung“ wie in den aufgezählten Unternehmen zu sehen sei.

2.1.1.3 Unglücksfall (Arbeitsunfall)

Zwischen Krankheiten und Unfällen können auch Überschneidungen bestehen, und zwar dann, wenn die Erkrankung sowohl als Unfallfolge als auch als Berufskrankheit gilt, zB bei Infektionskrankheiten. Insofern könnte eine Infektion mit dem Coronavirus auch als Unfall gesehen werden.²¹

Unter einem Unfall wird ein von außen auf Geist und bzw oder Körper einwirkendes, meist plötzlich eintretendes, zumindest aber zeitlich eng begrenztes Ereignis verstanden.²² Eine Übertragung von SARS-CoV-2 erfolgt von Mensch zu Mensch meist über die Atemwege. Die ungewollte Aufnahme von ausgestoßenen Viren anderer Personen ist als plötzliches Ereignis, das von außen auf die angesteckte Person einwirkt, zu betrachten.²³

¹⁷ *Marcian*, COVID-19 als Berufskrankheit, DRdA-infas 2021, 142 (143).

¹⁸ *Obrecht*, Long COVID in der Sozialversicherung, ARD 6794/5/2022 (5).

¹⁹ 55. Nov zum ASVG BGBl I 1998/138.

²⁰ *Marcian*, DRdA-infas 2021, 142 (143).

²¹ Vgl *Obrecht*, ARD 6794/5/2022 (4), der zu dem Ergebnis kommt, dass die Infektion mit dem Coronavirus jedenfalls einen Unfall darstelle.

²² *Rudolf Müller* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm Vor §§ 174–177 ASVG Rz 8 (Stand 1.7.2020, rdb.at).

²³ *Obrecht*, ARD 6794/5/2022 (4).

Arbeitsunfälle sind Unfälle, die sich im örtlichen, zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Tätigkeit ereignen (§ 175 Abs 1 ASVG). Bei der Prüfung, ob bei einer Infektion mit SARS-CoV-2 ein Arbeitsunfall vorliegt, wird die erforderliche Zurechnung des Unfalls zur beruflichen Tätigkeit idR schwerer nachzuweisen sein als bei Berufskrankheiten, sodass zunächst das Vorliegen einer Berufskrankheit geprüft werden sollte.²⁴

2.1.1.4 Dienstverhinderung

Um einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu haben, muss der Arbeitnehmer durch Krankheit oder Unglücksfall an der Leistung seiner Dienste verhindert sein. Dh, es muss ein kausaler Zusammenhang zwischen Krankheit bzw Unglücksfall und Dienstverhinderung bestehen. Verhindert ist der Arbeitnehmer dann, wenn es ihm aufgrund der Gesundheitsstörung tatsächlich unmöglich oder unzumutbar ist, seine Dienste zu leisten. Die Dienstverhinderung ist bereits dann unzumutbar, wenn sie für den Arbeitnehmer nicht ohne Gefahr der Verschlechterung seines Gesundheitszustandes, aber auch nicht ohne die Gefahr der Ansteckung anderer erbracht werden kann.²⁵

Zu beachten ist, dass eine Infektion nicht automatisch mit einer Erkrankung bzw Krankheit gleichgesetzt werden darf. Die Infektion bezeichnet den Vorgang des Eindringens und der Entwicklung oder Vermehrung eines infektiösen Agens in einen Organismus mit der Folge einer symptomatischen oder asymptomatischen (aber nachweisbaren) Reaktion.²⁶ Die Infektionskrankheit ist die klinische Manifestation eines Infektionsvorganges und des Wirkens eines Erregers im Organismus, die durch charakteristische Symptome und Befunde gekennzeichnet ist.²⁷ Es wird somit generell danach unterschieden, ob eine ansteckende Person zum Zeitpunkt der Übertragung bereits erkrankt (symptomatisch) war, ob sie noch keine Symptome entwickelt hatte (präsymptomatisches Stadium) oder, ob sie auch später nie symptomatisch wurde (asymptomatische Infektion).²⁸ Diese Unterscheidung spielt nicht nur für medizinische Fragen zur Übertragung des Coronavirus

²⁴ Vgl auch Informationen der ÖGK, FAQ - Häufig gestellte Fragen zu COVID-19 als Berufskrankheit, <https://www.auva.at/cdscontent/?contentid=10007.867378&portal=auvportal#> (abgefragt am 24.05.2022).

²⁵ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 20; Melzer-Azodanloo in Löschnigg, AngG I¹⁰ § 8 Rz 83; Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 33 mwN.

²⁶ Informationen des RKI, Fachwörterbuch Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie (2015) 67, https://www.rki.de/DE/Content/Service/Publikationen/Fachwoerterbuch_Infectionsschutz.pdf?__blob=publicationFile (abgefragt am 19.09.2021).

²⁷ Informationen des RKI, Fachwörterbuch Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie (2015) 72, https://www.rki.de/DE/Content/Service/Publikationen/Fachwoerterbuch_Infectionsschutz.pdf?__blob=publicationFile (abgefragt am 19.09.2021).

²⁸ Informationen des RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html (Stand 14.07.2021).

SARS-CoV-2 eine wichtige Rolle, sondern ist auch für die arbeitsrechtliche Beurteilung der Entgeltfortzahlung von besonderer Bedeutung.

Erkrankt ein Arbeitnehmer an COVID-19 (symptomatische Infektion), ist er idR an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert. Ihm gebührt grds Entgeltfortzahlung gem § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG.

Die bloße Infektion eines Arbeitnehmers mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, ohne dass Symptome entwickelt wurden, stellt jedenfalls einen regelwidrigen Körperzustand dar.²⁹ Auch wenn Arbeitnehmer (noch) keine Symptome aufweisen, gelten sie grds als arbeitsunfähig. Die Arbeitsunfähigkeit ergibt sich dabei aus der mit der Krankheit verbundenen Ansteckungsgefahr für andere.³⁰ Auch in dieser Konstellation haben Arbeitnehmer grds Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Zu der Frage, ob bei einer asymptomatischen Infektion die Arbeitsunfähigkeit durch Vermeidung der Ansteckungsgefahr, bspw durch ein Tätigwerden im Homeoffice, verneint werden kann, verweise ich auf meine Ausführungen in Kapitel 4.1.4 „Homeoffice für die Dauer der Absonderung?“.

*Drs*³¹ führt in diesem Zusammenhang aus, dass in Einzelfällen auch bei Vorerkrankungen des Arbeitnehmers die Ansteckungsgefahr ausreiche, um eine Dienstverhinderung zu begründen. Sie argumentiert, dass in diesen Fällen die Unzumutbarkeit der Erbringung der Arbeitsleistung aus der besonderen Gefahr resultiere, dass eine Infektion mit SARS-CoV-2 einen besonders schlimmen Verlauf nehmen könnte und die Wahrscheinlichkeit zu sterben als hoch einzustufen sei. *Dullinger*³² verneint bei derartigen Fällen den Entgeltfortzahlungsanspruch. Er legt dar, dass sich bei Arbeitnehmern mit Vorerkrankung die Arbeitsunfähigkeit aus der Gefahr der Verschlechterung des Gesundheitszustandes ergeben könnte, wobei bei wertender Betrachtung in den hier interessierenden Fällen keine Verschlimmerung der bestehenden Krankheit, sondern ein besonders schwerer Verlauf einer zukünftigen Erkrankung drohe. Für dieses Ergebnis spricht auch der Umstand, dass der Gesetzgeber zum Schutz von Arbeitnehmern mit bestimmten Vorerkrankungen, bei denen die Gefahr besteht, aufgrund dieser Vorerkrankung besonders schwer an COVID-19

²⁹ So auch *Schnabl*, COVID-19: Der Absonderungsbescheid und seine (arbeitsrechtlichen) Folgen, ZAS 2022/24 (157).

³⁰ *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 16 (Stand 1.7.2021, rdb.at); *Dullinger*, COVID-19-bedingte Dienstverhinderung in der Arbeitnehmersphäre, ZAS 2021/3 (16);

³¹ *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 17 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

³² *Dullinger*, ZAS 2021/3 (15).

zu erkranken, die Notwendigkeit gesehen hat, das Rechtsinstitut der Risikofreistellung gem § 735 ASVG zu schaffen.³³

Liegt hingegen lediglich ein Infektionsverdacht vor, kann mangels regelwidrigen Körperzustandes von keiner Krankheit ausgegangen werden. Arbeitnehmer haben keinen Entgeltfortzahlungsanspruch nach den Bestimmungen des § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG.

2.1.1.5 Verschulden

Dem Arbeitnehmer steht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu, wenn er die Dienstverhinderung grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt hat. Der Arbeitnehmer handelt vorsätzlich, wenn er den Grund seiner Dienstverhinderung bewusst bewirkt oder zumindest in Kauf genommen hat. Grob fahrlässiges Verhalten liegt hingegen vor, wenn der Arbeitnehmer die gebotene Sorgfalt derart außer Acht gelassen hat, wie es bei einem ordentlichen Menschen in derselben Situation, insb auch unter Berücksichtigung der Gefährlichkeit der Situation, keinesfalls geschehen wäre, sodass das Verhalten des Arbeitnehmers als eine ungewöhnliche, auffallende Vernachlässigung zu werten ist und der Eintritt der Dienstverhinderung als wahrscheinlich, und nicht bloß als möglich, vorhersehbar war.³⁴ Rechtswidriges Verhalten des Arbeitnehmers kann grobe Fahrlässigkeit indizieren und ist daher für den Schuldvorwurf relevant, Rechtswidrigkeit ist jedoch keine Voraussetzung, denn auch rechtmäßige Handlungen können grob fahrlässig eine Dienstverhinderung herbeiführen.³⁵ Auch eine freiwillige Inkaufnahme von Gesundheitsgefährdungen, wie bspw die Nichtvornahme einer empfohlenen Impfung bei Tropenaufenthalten, kann im Einzelfall grob fahrlässiges Verhalten begründen.³⁶

IZm dem Coronavirus SARS-CoV-2 stellt sich die Frage, ob das Verweigern der COVID-19-Schutzimpfung als grob fahrlässiges Verhalten qualifiziert werden kann. Zwar trat am 05.02.2022 das COVID-19-IG³⁷ in Kraft, das eine allgemeine Impfpflicht für alle Personen ab dem 18. Lebensjahr, die in Österreich ihren Haupt- oder Nebenwohnsitz haben, vorsieht. Die allgemeine COVID-19-Impfpflicht wurde jedoch mit 12.03.2022

³³ Siehe dazu Kapitel 2.7 „COVID-19-Risikofreistellung“.

³⁴ RIS-Justiz RS0085373; *Burger in Reissner*, AngG³ § 8 Rz 24; *Drs in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 33.

³⁵ *Burger in Reissner*, AngG³ § 8 Rz 24 mwN; *Melzer-Azodanloo in Löschnigg*, AngG I¹⁰ § 8 Rz 98.

³⁶ *Burger in Reissner*, AngG³ § 8 Rz 25.

³⁷ COVID-19-Impfpflichtgesetz BGBl I 2022/4.

vorübergehend zunächst bis 31.05.2022 ausgesetzt,³⁸ da eine sofortige Umsetzung der Impfpflicht zur Verhinderung einer Überlastung des Gesundheitssystems noch nicht erforderlich bzw nicht angemessen war³⁹ Die Aussetzung wurde zunächst bis 31.08.2022 verlängert.⁴⁰ Mit Wirkung zum 29.07.2022 erfolgte die Aufhebung des COVID-19-IG sowie der damit im Zusammenhang stehenden V,⁴¹ wobei begründend ausgeführt wurde, dass dadurch keinesfalls eine Schmälerung des Beitrags der Impfung zur Bewältigung der COVID-19-Pandemie zum Ausdruck gebracht werden, sondern lediglich von einer Rechtspflicht abgesehen werden solle.⁴² Die COVID-19-Schutzimpfung wurde allerdings in die V über empfohlene Impfungen aufgenommen.⁴³ Die Aufnahme der COVID-19-Schutzimpfung in die V über empfohlene Impfungen ist Voraussetzung, um infolge eines allfälligen Impfschadens Leistungen nach dem Impfschadengesetz⁴⁴ beziehen zu können. Die in der V genannten Impfungen werden zur Abwehr einer Gefahr für den allgemeinen Gesundheitszustand der Bevölkerung im Interesse der Volksgesundheit empfohlen (§ 1b Impfschadengesetz).

*Drs*⁴⁵ stützt sich bei der Beantwortung der Frage, ob das Verweigern der COVID-19-Schutzimpfung grob fahrlässiges Verhalten darstelle, ua auf das Impfschadengesetz und dessen Zweck. Danach sei verfolgtes Ziel nicht die Gesundheit des Einzelnen, sondern die Volksgesundheit, die eine Entschädigungsleistung des Staates rechtfertige. Insofern sei es fraglich, ob man diese Impfempfehlung mit jener zum Schutz Reisender in bestimmte Länder vergleichen könne, bei der von Teilen der Lit grobe Fahrlässigkeit angenommen wird. Dieser Aspekt sowie das Fehlen von längerfristigen Erfahrungen und Erkenntnissen in Bezug auf die Schutzimpfung und den damit verbundenen Risiken lassen *Drs* zu dem Schluss kommen, dass kein ausreichend schweres Verschulden des Arbeitnehmers, welches grobe Fahrlässigkeit begründen würde, angenommen werden kann.⁴⁶

³⁸ V des BMSGPK betreffend die vorübergehende Nichtanwendung des COVID-19-Impfpflichtgesetzes und der COVID-19-Impfpflichtverordnung BGBl II 2022/103.

³⁹ Informationen des BMSGPK, Impfpflicht: Allgemeine Informationen, <https://www.sozialministerium.at/Corona-Schutzimpfung/Impfpflicht/Allgemeine-Informationen.html> (abgefragt am 24.05.2022).

⁴⁰ BGBl II 2022/198.

⁴¹ BGBl I 2022/131.

⁴² IA 2676/A BlgNR 27. GP 2.

⁴³ BGBl II 2020/577.

⁴⁴ Vgl Impfschadengesetz BGBl I 1973/371 idF BGBl I 2020/135.

⁴⁵ *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 20 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

⁴⁶ Ebenso *Burger* in *Reissner*, AngG⁴ § 8 Rz 25 mwN, nach dem allein die Ablehnung der COVID-19-Schutzimpfung nicht zur groben Fahrlässigkeit führe, da wegen Impfdurchbrüchen auch bei rechtmäßigem Alternativverhalten eine Infektion möglich sei.

Dem ist mE entgegen zu halten, dass die COVID-19-Schutzimpfung neben dem Schutz der Gesamtbevölkerung auch eindeutig dem Individualschutz dient. Durch die Impfung wird das Risiko, schwer an COVID-19 zu erkranken oder zu versterben, reduziert. Kommt es trotz Impfung zu einer COVID-19-Erkrankung, so verläuft diese deutlich milder und werden Komplikationen und Todesfälle weitgehend vermieden.⁴⁷ Darüber hinaus lassen sich in Zeiten einer Pandemie Individualschutz und der Schutz der Gesamtbevölkerung nicht trennen, sondern sind unweigerlich miteinander verbunden. Wichtigstes Ziel der Pandemiebekämpfung ist die Erreichung einer möglichst hohen Durchimpfungsrate. Es konnte nämlich gezeigt werden, dass vollständig geimpfte Personen durch eine geringere Viruslast auch eine reduzierte Virusausscheidung aufweisen und darum deutlich weniger ansteckend sind als nicht geimpfte Personen.⁴⁸

In Anbetracht der Umstände, dass die kostenlose und verfügbare COVID-19-Schutzimpfung als das wichtigste Instrument zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie gilt, der Individualschutz und der Schutz der Bevölkerung eng miteinander verknüpft sind, das Coronavirus SARS-CoV-2 nach mittlerweile mehr als zwei Jahren andauernder Pandemie noch immer enorme Auswirkungen auf Wirtschaft und Gesellschaft hat und ob der Tatsache, dass sich die Zahl der Todesfälle mit SARS-CoV-2 in Österreich bis zum 24.05.2022 auf bereits 18.607 beläuft,⁴⁹ ist es mE gerechtfertigt, das Verweigern der COVID-19-Schutzimpfung als grob fahrlässig zu qualifizieren – auch wenn die gesetzliche Impfpflicht ausgesetzt wurde. Arbeitnehmer, die sich nicht gegen COVID-19 impfen lassen und in weiterer Folge an COVID-19 erkranken, haben daher grds keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG. Voraussetzung für die Annahme von grob fahrlässigem Verhalten beim Verweigern der COVID-19-Schutzimpfung ist, dass beim Arbeitnehmer keine medizinischen Gründe vorliegen, die einer Impfung entgegenstehen.

Die Frage, welche Auswirkungen grob fahrlässig herbeigeführte Krankenstände auf den Vergütungsanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG haben, wird in Kapitel 2.4 „Vergütungsanspruch gem § 32 EpiG“ ausführlich behandelt.

⁴⁷ Informationen des BMSGPK, COVID-19-Impfungen: Anwendungsempfehlungen des Nationalen Impfgremiums⁵, 4 (Stand 17.08.2021).

⁴⁸ Informationen des BMSGPK, COVID-19-Impfungen: Anwendungsempfehlungen des Nationalen Impfgremiums⁵, 4 (Stand 17.08.2021).

⁴⁹ Informationen des BMSGPK, Zahlen aus Österreich, <https://info.gesundheitsministerium.gv.at/?re=infektionslage> (abgefragt am 24.05.2022).

Während den Arbeitnehmer die Behauptungs- und Beweislast für das Vorliegen einer Dienstverhinderung trifft, sind Arbeitgeber dafür, dass Arbeitnehmer die Dienstverhinderung grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt haben und deshalb kein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht, behauptungs- und beweislaspflichtig.⁵⁰ In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Arbeitgeber nicht nur das Verschulden zu beweisen hat, sondern auch, dass das grob fahrlässige oder vorsätzliche Verhalten für die darauffolgende Dienstverhinderung kausal war. Im Falle der Verweigerung der COVID-19-Schutzimpfung müssten Arbeitgeber daher auch beweisen, dass der Arbeitnehmer an COVID-19 erkrankt ist, weil er sich nicht hat impfen lassen. Da der Arbeitgeber diesen Beweis idR nicht erbringen können, halte ich es für denkbar, den *Prima-facie*-Beweis (Anscheinsbeweis) genügen zu lassen.⁵¹ Dabei wird auf Erfahrungssätze zurückgegriffen, um auf wesentliche tatbestandsrelevante Tatsachen, die direkt nicht erwiesen werden können, zu schließen.⁵² Um den Anscheinsbeweis zu erschüttern, müsste der Gegner die Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs nachweisen.⁵³ Im Hinblick auf die COVID-19-Schutzimpfung könnte daher folgendermaßen argumentiert werden: Da die COVID-19-Schutzimpfung derzeit den wirksamsten Schutz vor Erkrankung bietet und es nur in Ausnahmefällen trotz Impfung zu einer Infektion mit SARS-CoV-2 und zu einer COVID-19-Erkrankung kommt,⁵⁴ kann der Schluss gezogen werden, dass die Nichtinanspruchnahme der Schutzimpfung für die Erkrankung an COVID-19 kausal war (Stand September 2021).

Aufgrund neuerer wissenschaftlicher Erkenntnisse, insb in Bezug auf die derzeit vorherrschende Omikron-Variante, musste ich obige Einschätzung revidieren (Stand Mai 2022). Zwar kann es trotz Corona-Schutzimpfung zu symptomatischen Infektionen mit SARS-CoV-2 kommen, allerdings sind nach derzeitigem Wissensstand immunkompetente Personen mit der 3. Impfung ausreichend vor schweren Verläufen geschützt.⁵⁵ Da es trotz Corona-Schutzimpfung zu symptomatischen Infektionen kommen kann, wird der Beweis

⁵⁰ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 2.

⁵¹ Siehe dazu auch die Ausführungen in Kapitel 6.3.1 „Erkrankung an COVID-19“.

⁵² Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 4 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁵³ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 14 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁵⁴ Vgl Informationen des BMSGPK, Corona-Schutzimpfung: Häufig gestellte Fragen – allgemeine Fragen, <https://www.sozialministerium.at/Corona-Schutzimpfung/Corona-Schutzimpfung---Haeufig-gestellte-Fragen/Corona-Schutzimpfung-%E2%80%93-Haeufig-gestellte-Fragen---Allgemeine-Fragen.html> (Stand 07.05.2021).

⁵⁵ Informationen des BMSGPK, Corona-Schutzimpfung: Häufig gestellte Fragen – allgemeine Fragen, <https://www.sozialministerium.at/Corona-Schutzimpfung/Corona-Schutzimpfung---Haeufig-gestellte-Fragen/Corona-Schutzimpfung-%E2%80%93-Haeufig-gestellte-Fragen---Allgemeine-Fragen.html> (Stand 20.05.2022).

bzw nicht einmal der Anscheinsbeweis, wonach die Erkrankung an COVID-19 auf die unterlassene Corona-Schutzimpfung zurückzuführen ist, wohl kaum gelingen.

2.1.1.6 Mitteilungs- und Nachweispflicht

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, seinem Arbeitgeber die Dienstverhinderung ohne Verzug anzuzeigen und auf Verlangen des Arbeitgebers eine Krankenstandsbestätigung vorzulegen (§ 8 Abs 8 AngG bzw § 4 Abs 1 EFZG). Ohne Verzug bedeutet ohne schuldhaftes Zögern und soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit geben, auf den Ausfall der Arbeitskraft reagieren zu können.⁵⁶

Aufgrund der Entgeltfortzahlungsbestimmungen hat der Arbeitnehmer grds lediglich anzuzeigen, dass er wegen Krankheit vom Dienst fernbleibt. Weder muss er die Krankheit benennen, noch muss er Erklärungen zu körperlichen oder seelischen Beschwerden machen.⁵⁷

Das EpiG sieht Regelungen für anzeigepflichtige Krankheiten vor. Der Anzeigepflicht unterliegen Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfälle bzw nur Erkrankungs- und Todesfälle von in § 1 Abs 1 EpiG aufgezählten Krankheiten. Darüber hinaus enthält das EpiG eine Ermächtigung des zuständigen Bundesministers mittels V weitere übertragbare Krankheiten der Meldepflicht zu unterwerfen oder bestehende Meldepflichten zu erweitern, wenn dies aus epidemiologischen Gründen gerechtfertigt oder auf Grund internationaler Verpflichtungen erforderlich ist (§ 1 Abs 2 EpiG). Mit V des *BMASGK* wurden Ende Jänner 2020 Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfälle an 2019-nCoV („2019 neuartiges Coronavirus“) der Anzeigepflicht nach dem EpiG unterworfen.⁵⁸ Damit wurde COVID-19 zu einer anzeigepflichtigen Krankheit.

Fraglich ist, ob Arbeitnehmer verpflichtet sind, den Arbeitgeber über eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bzw über eine COVID-19-Erkrankung, eine anzeigepflichtige Krankheit, zu informieren oder zumindest auf Nachfrage nach einer solchen wahrheitsgemäß zu antworten.

Aus der Mitteilungspflicht gem § 8 Abs 8 AngG bzw § 4 Abs 1 EFZG ergibt sich, wie bereits ausgeführt, keine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Information des Arbeitsgebers über die Art der Krankheit.

⁵⁶ *Burger in Reissner*, AngG³ § 8 Rz 31.

⁵⁷ *Burger in Reissner*, AngG³ § 8 Rz 30; *Melzer-Azodanloo in Löschnigg*, AngG I¹⁰ § 8 Rz 284.

⁵⁸ V des BMASGK betreffend anzeigepflichtige übertragbare Krankheiten 2020 BGBl II 2020/15.

Es kann zunächst geprüft werden, ob öffentlich-rechtliche Schutzbestimmungen eine gesetzliche Aufklärungspflicht bei anzeigepflichtigen Krankheiten vorsehen. In Frage kommen va das EpiG und das ASchG.

Das EpiG regelt in § 3 Abs 1 leg cit, welche Personen und Einrichtungen zur Anzeige von Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfällen verpflichtet sind. Eine entsprechende Meldepflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber lässt sich aus dem EpiG nicht ableiten.⁵⁹

Nach § 15 Abs 5 ASchG haben Arbeitnehmer jede von ihnen festgestellte ernste und unmittelbare Gefahr für die Sicherheit unverzüglich den zuständigen Vorgesetzten oder den sonst dafür zuständigen Personen zu melden. *Rath*⁶⁰ führt nachvollziehbar aus, dass sich diese Meldepflicht nach dem Zweck des ASchG (Regelung des sicherheitstechnisch-arbeitshygienischen Schutzes) nur auf Gefahren beziehe, die sich aus der Beschaffenheit der Arbeitsleistung ergeben. Nicht davon erfasst seien individuelle Gefahren, die von der Person des Arbeitnehmers ausgehen und nicht durch den Arbeitsprozess verursacht werden. Aus § 15 Abs 5 ASchG könne keine Verpflichtung abgeleitet werden, die eigene Erkrankung anzuzeigen.⁶¹

Die Verpflichtung zur Meldung einer Erkrankung an COVID-19 gegenüber dem Arbeitgeber könnte aufgrund der Treuepflicht des Arbeitnehmers bestehen. Die Treuepflicht ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Pflichten zur Rücksicht- und Interessenwahrung, die aufgrund rechtsgeschäftlichen Kontakts bzw einer Vertragsbeziehung entstehen.⁶² IRd Treuepflicht treffen den Arbeitnehmer auch Anzeige- und Meldepflichten, die über die aus der Dienstpflicht rührenden Pflichten hinausgehen.⁶³ Arbeitnehmer haben aufgrund der Treuepflicht jedenfalls drohende Gefahren oder Störungen im Betriebsablauf anzuzeigen.⁶⁴ Um die Frage, ob der Arbeitnehmer den Arbeitgeber im Rahmen seiner Treuepflicht über eine anzeigepflichtige Erkrankung aufzuklären hat, beantworten zu können, hat eine Interessenabwägung zu erfolgen.⁶⁵ Dabei wird auch zu berücksichtigen sein, dass wohl nicht jede anzeigepflichtige Krankheit eine

⁵⁹ *Drs in Resch, Corona-HB*^{1.06} Kap 5 Rz 25 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

⁶⁰ *Rath*, Aufklärungspflicht des Arbeitnehmers bei anzeigepflichtiger Krankheit? *ecolex* 2007, 273 (274).

⁶¹ So auch *Drs in Resch, Corona-HB*^{1.06} Kap 5 Rz 25 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

⁶² *Rebhahn/Ettmayer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1.05} § 1153 Rz 31 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁶³ *Rebhahn/Ettmayer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON*^{1.05} § 1153 Rz 33 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁶⁴ *Kietaibl/Rebhahn in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 1153 ABGB Rz 39 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁶⁵ *Risak*, Arbeitgeberrechte im Krankenstand. Information und Überwachung – Betriebliche Mitbestimmung – Rückkehrgespräch, *ZAS* 2010/11 (53).

erhöhte Gefährdung Dritter mit sich bringt. *Rath*⁶⁶ differenziert hier bspw zwischen Krankheiten, bei denen nach medizinischem Wissensstand eine Übertragung von Mensch zu Mensch durch soziale Kontakte (zB durch Tröpfchen oder Schmierinfektion) nicht ausgeschlossen werden kann und jenen, die nach medizinischem Stand durch normale soziale Kontakte, wie zB Sitzen im gleichen Raum oder Händeschütteln, nicht übertragen werden können (HIV-Infektion, Hepatitis C).

Bei einer Erkrankung des Arbeitnehmers an COVID-19 tritt neben das Interesse des Arbeitgebers, notwendige Dispositionen für Vertretungen zu verfügen, auch das Interesse, Maßnahmen zum Schutz anderer Mitarbeiter, Kunden oder Geschäftspartner zu treffen. Das Coronavirus SARS-CoV-2 ist von Mensch zu Mensch übertragbar. Die Übertragung erfolgt hauptsächlich über die Atemwege. Virushaltige Partikel werden beim Atmen, Husten, Sprechen, Singen und Niesen verbreitet und von anderen mit der Atemluft aufgenommen.⁶⁷ Eine Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 im Betrieb ist für den Arbeitgeber idR mit massiven wirtschaftlichen Auswirkungen verbunden (zB Infektion weiterer Mitarbeiter, allenfalls faktische Betriebsschließung durch den Ausfall vieler bzw sämtlicher Arbeitskräfte, Verzug mit Aufträgen, negatives Image, etc). Darüber hinaus sind Arbeitgeber aufgrund ihrer Fürsorgepflicht auch zum Schutz der anderen Arbeitnehmer verpflichtet. Aufgrund der Gefährlichkeit sowie der hohen Infektiosität des Coronavirus SARS-CoV-2 und der damit verbundenen Auswirkungen wird das Interesse des Arbeitgebers über die unverzügliche Information, dass sich ein Arbeitnehmer mit SARS-CoV-2 infiziert hat, das Interesse des Arbeitnehmers an Geheimhaltung überwiegen.⁶⁸ Arbeitnehmer sind sohin verpflichtet, ihre Arbeitgeber über eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bzw über eine Erkrankung an COVID-19 unverzüglich zu informieren.

2.1.2 Entgeltfortzahlungsdauer

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlungsdauer wegen Krankheit ist zur Entlastung des Arbeitgebers zeitlich befristet. Mit BGBl I 2017/153 wurde die bisherige Regelung zur Entgeltfortzahlungsdauer der Angestellten an jene der Arbeiter nach § 2 EFZG angeglichen.

⁶⁶ *Rath*, *ecolex* 2007, 273 (275).

⁶⁷ Informationen des RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=C6F1F1CB3C326C0E29579F56758C6749.internet112?nn=13490888#doc13776792bodyText2 (Stand 14.07.2021).

⁶⁸ Vgl auch *Risak*, *ZAS* 2010/11 (53f); *Drs in Resch*, *Corona-HB*^{1.06} Kap 5 Rz 25 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

§ 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG sehen vor, dass dem Arbeitnehmer, abhängig von der Dienstzeit, zwischen sechs und 12 Wochen volle und vier Wochen halbe Entgeltfortzahlung pro Arbeitsjahr gebühren. Das Arbeitsjahr kann gem § 8 Abs 9 AngG bzw § 2 Abs 9 EFZG durch KollV oder BV, nicht jedoch durch Arbeitsvertrag, auf das Kalenderjahr umgestellt werden.

Das Kontingent lebt mit Beginn eines neuen Arbeitsjahres wieder voll auf (§ 8 Abs 2 AngG bzw § 2 Abs 4 EFZG). Der Zeitpunkt des Auflebens ist zwar individuell und richtet sich nach dem Eintritt des Arbeitnehmers, dafür ist dieser Zeitpunkt kalendarisch fixiert. Das Kontingent wird unabhängig davon, wie viel der Arbeitnehmer im vergangenen Arbeitsjahr verbraucht hat – zB gänzliche Ausschöpfung des Kontingents oder Ausschöpfung lediglich weniger Tage – wieder zur Gänze aufgefüllt. Wurde das Kontingent nicht zur Gänze ausgeschöpft, kann der verbleibende Teil nicht ins neue Arbeitsjahr übertragen werden.⁶⁹

Beruhet die Dienstverhinderung auf einer Berufskrankheit oder einem Arbeitsunfall, so richtet sich die Dauer der Entgeltfortzahlung nach § 8 Abs 2a AngG bzw § 2 Abs 5 EFZG. Hierbei handelt es sich um ein separates Kontingent, das nicht auf das Kontingent nach § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG angerechnet werden darf. Die Entgeltfortzahlung gebührt Arbeitnehmern, wiederum abhängig von der Dauer des Dienstverhältnisses, für acht bzw zehn Wochen. Das Kontingent gebührt pro Anlassfall und ist grds vom Arbeitsjahr unabhängig.

2.2 Wichtige persönliche Dienstverhinderungsgründe

2.2.1 Überblick

Die gesetzliche Regelung wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgründe erfolgt durch eine allgemein gehaltene Generalklausel. § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB sind als Auffangtatbestände konzipiert und anderen Anspruchsgrundlagen gegenüber daher nachrangig.⁷⁰

§ 8 Abs 3 AngG sieht vor, dass der Angestellte den Anspruch auf das Entgelt behält, wenn er durch andere wichtige, seine Person betreffende Gründe ohne sein Verschulden während einer verhältnismäßig kurzen Zeit an der Leistung seiner Dienste verhindert wird. Für

⁶⁹ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 52f mwN.

⁷⁰ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 74.

Arbeiter findet sich die, seit dem ARÄG 2000⁷¹ inhaltsgleich lautende Regelung in § 1154b Abs 5 ABGB wieder. Während dem Anspruch auf Entgeltfortzahlung für Angestellte gem § 40 AngG zwingende Wirkung zukommt und die Bestimmung somit zu Lasten des Arbeitnehmers weder durch Arbeitsvertrag, BV noch durch KollV abgeändert werden kann,⁷² war die Entgeltfortzahlungsbestimmung für Arbeiter bis 30.06.2018 gem § 1154b Abs 6 leg cit noch durch KollV abdingbar. Durch die Neuregelung des § 1164 ABGB⁷³ wurde im Zuge der Vereinheitlichung der Rechte von Arbeitern und Angestellten der Entgeltfortzahlungsanspruch von Arbeitern ab 01.07.2018 ebenfalls mit zwingender Wirkung ausgestattet.

Allfällige kollektivvertragliche Benachteiligungen von Arbeitern gegenüber der Generalklausel nach § 1154b Abs 5 ABGB wurden dadurch rechtlich unanwendbar und unwirksam. Es ist jedoch weiterhin möglich, dass Kollektivverträge sowohl für Angestellte als auch für Arbeiter unterschiedliche Ansprüche enthalten, solange diese günstiger sind als jene Ansprüche, die unmittelbar aus der Generalklausel hervorgehen.⁷⁴ Kollektivvertragliche Konkretisierungen stellen für Arbeiter seit 01.07.2018 (für Angestellte auch schon davor) daher nur einen Mindestanspruch dar – sollte der Verhinderungsgrund nicht in der kollektivvertraglichen Aufzählung erfasst sein oder der Arbeitnehmer mehr Freizeit als vom KollV vorgesehen, benötigen, kann er sich, bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen, auf die Generalklausel nach § 1154b Abs 5 bzw § 8 Abs 3 AngG ABGB berufen.⁷⁵

2.2.2 Anspruchsvoraussetzungen

2.2.2.1 Dienstantritt

Der Entgeltfortzahlungsanspruch setzt den bereits erfolgten Antritt des Dienstes voraus.⁷⁶

2.2.2.2 Dienstverhinderung

§ 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB sind sehr allgemein formuliert, sodass bei diesem Dienstverhinderungsgrund ein wesentlich größerer Interpretationsspielraum besteht als etwa bei der Dienstverhinderung durch Krankheit.⁷⁷

⁷¹ BGBl I 2000/44.

⁷² Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 10.

⁷³ BGBl I 2017/153.

⁷⁴ Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 35 Rz 3.

⁷⁵ Vgl idS auch Heinz-Ofner, Andere wichtige Dienstverhinderungsgründe des Arbeitnehmers, DRdA 2008, 114 (116); Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/648.

⁷⁶ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 76; Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 111.

Für die Beurteilung, ob ein wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund gegeben ist, welcher der Arbeitspflicht vorgeht, hat stets eine Interessenabwägung stattzufinden. Dabei sind die Interessen des Arbeitnehmers an der (bezahlten) Freistellung, den Interessen des Arbeitgebers an der Erbringung der Arbeitsleistung gegenüberzustellen. Ein Dienstverhinderungsgrund liegt nur dann vor, wenn seitens des Arbeitnehmers ein so wichtiges Interesse vorliegt, das schwerer wiegt als der Nachteil, den der Arbeitgeber durch das Unterbleiben der Dienstleistung erleidet.⁷⁸ Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung ist auch der betriebliche Anwesenheitsbedarf zu berücksichtigen. Darüber hinaus wird eine Bemühung des Arbeitnehmers vorausgesetzt, den zu einem möglichen Hinderungsgrund Anlass gebenden persönlichen Grund durch anderweitige Vorkehrungen zu bewältigen, ohne dies nur zu Lasten der Arbeitspflicht zu tun. In diesem Zusammenhang sprach der OGH aus, dass das Fernbleiben einer Angestellten wegen der Betreuung ihres dreieinviertel Jahre alten Enkelkindes aufgrund des Ausfalls der Mutter nicht notwendig war, da die Unterbringung des Enkelkindes auch bei einer anderen Person möglich gewesen wäre.⁷⁹ Der OGH wäre möglicherweise zu einem anderen Ergebnis gekommen, wenn diese Person keine geeignete Betreuungsperson gewesen wäre, sodass ein „Fremdeln“ des Kleinkindes zu befürchten gewesen wäre.⁸⁰

2.2.2.3 Wichtige Gründe

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht nicht bei jeder Dienstverhinderung, sondern nur dann, wenn der Arbeitnehmer durch „andere wichtige, seine Person betreffende Gründe“ an der Leistung seiner Dienste verhindert wird. Nicht verlangt wird, dass der Grund der Dienstverhinderung allein in der Person des Arbeitnehmers entstanden ist. Es reicht aus, dass der Grund die Ursache für den Ausfall der Person des Arbeitnehmers ist.⁸¹

Anders als bei der Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unglücksfall, geht es bei der Dienstverhinderung aus wichtigen persönlichen Gründen regelmäßig nicht um die Unfähigkeit des Arbeitnehmers, seiner Arbeitspflicht nachzukommen, sondern um die Unzumutbarkeit aufgrund sonstiger höherwertig einzustufender Verpflichtungen.⁸² Wobei

⁷⁷ Drs in Resch, Fragen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers 42.

⁷⁸ OGH 9 ObA 121/16h ecolex 2017/285 (Windisch-Graetz) = JAS 2018, 23 (Drs) = ZAS-Judikatur 2017/53 (Schörghofer) = DRdA-infas 2017/89 (Chlestil) = DRdA 2017/52 (Naderhirn).

⁷⁹ OGH 8 ObA 21/99t ASoK 1999, 331 = ARD 5024/3/99 = RdW 1999, 368.

⁸⁰ OGH 9 ObA 2202/96f ecolex 1997, 447 = ASoK 1997, 34 (Marhold).

⁸¹ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 77.

⁸² Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 112.

es bei der „Wichtigkeit“ nicht allein auf die subjektive Einschätzung des Arbeitnehmers ankommen kann.⁸³

§ 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB enthält keine Aufzählung der wichtigen Gründe. Es bestehen im Wesentlichen jedoch drei Zugänge, die sich in Lehre⁸⁴ und Rsp entwickelt haben, um die Generalklausel zu konkretisieren: Allgemein anerkannt sind solche Gründe, die den Arbeitnehmer durch eine unmittelbare Einwirkung an der Dienstleistung hindern; Gründe, die nach Recht, Sitte, Moral oder Herkommen wichtig genug erscheinen, um ihn davon abzuhalten sowie das Vorliegen von Gründen auf Seiten des Arbeitnehmers, die aufgrund einer höherwertigen Pflicht ein Fernbleiben vom Dienst rechtfertigen.⁸⁵ Grob zusammengefasst, zählen dazu Gründe familiärer Natur, tatsächliche Verhinderungen, die Befolgung öffentlich-rechtlicher Pflichten sowie religiöse Verpflichtungen.⁸⁶

Für Dienstverhinderungen aus gesundheitlichen Gründen (wie zB durch Krankheit, durch die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe, eine Schwangerschaft, etc) bestehen Spezialbestimmungen, die eingehend an anderer Stelle behandelt werden.

Aus dem Spektrum der sonstigen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründe sind für gegenständliche Arbeit besonders Dienstverhinderungen aus familiären Gründen sowie aus öffentlich-rechtlichen Pflichten relevant, weshalb der Fokus daraufgelegt wird.

2.2.2.3.1 Familiäre Pflichten

Als Dienstverhinderungsgründe, die sich aus familiären Pflichten ableiten, sind zunächst die Beistandspflicht der Ehegatten (§ 44 ABGB)⁸⁷ sowie die Fürsorgepflicht von Eltern gegenüber Kindern (§§ 137 Abs 1, 158 Abs 1, 160 ABGB) zu nennen. Aus diesen Pflichten können sich Verhinderungsgründe wie bspw die Pflege des kranken Ehegatten, der seelische Beistand bei Unglücksfällen oder Todesfällen in der Familie oder auch die Überführung der erkrankten oder schwangeren Frau ins Spital ergeben.⁸⁸ Um einen in der Fürsorgepflicht der Eltern gegenüber ihren Kindern begründeten Dienstverhinderungsgrund handelt es sich auch, wenn eine Mutter vorübergehend keine

⁸³ *Heinz-Ofner*, DRdA 2008, 114 (117).

⁸⁴ *Drs in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 120; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/645.

⁸⁵ *Heinz-Ofner*, DRdA 2008, 114 (117).

⁸⁶ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/645; für einen umfassenden Überblick über die verschiedenen Verhinderungsgründe siehe *Holzer*, Die Dienstverhinderung aus anderen wichtigen die Person des Dienstnehmers betreffenden Gründen, DRdA 1970, 107 (112ff).

⁸⁷ Für die eingetragene Partnerschaft sieht § 8 Abs 2 Eingetragene Partnerschaft-Gesetz ebenfalls eine Beistandspflicht vor.

⁸⁸ *Holzer*, DRdA 1970, 107 (112).

andere Begleitperson findet und daher ihr sechsjähriges Kind selbst in die Schule begleitet.⁸⁹ Die plötzliche Schließung von Schulen oder Kindergärten kann ebenfalls einen aus der Betreuungspflicht resultierenden wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund darstellen.⁹⁰

Abschließend kann festgehalten werden, dass familiäre Hinderungsgründe immer dann anzunehmen sind, wenn die Rechtsordnung oder Moral und Herkommen dem Arbeitnehmer familiäre Pflichten auferlegen, die gegenüber seiner Dienstpflicht vorrangig sind.⁹¹

2.2.2.3.2 Öffentlich-rechtliche Pflichten

Diese Dienstverhinderungen haben ihre Grundlage in den Pflichten des Einzelnen gegenüber der Allgemeinheit. Die meisten dieser Pflichten sind gesetzlich geregelt, manche lassen sich auch aus Sitte, Herkommen und Moral ableiten.⁹²

Dienstverhinderungen aufgrund von Bestimmungen der Sanitätsgesetze, wozu ua das EpiG zählt, stellen idR einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund dar.⁹³ So sieht § 7 Abs 1a EpiG vor, dass zur Verhütung der Weiterverbreitung einer anzeigepflichtigen Krankheit⁹⁴ kranke, krankheitsverdächtige oder ansteckungsverdächtige Personen abgesondert oder im Verkehr mit der Außenwelt beschränkt werden können. Wurde ein Arbeitnehmer behördlich abgesondert, ist er verpflichtet, den Ort der Absonderung nicht zu verlassen – kann die Arbeitsleistung von diesem Ort aus nicht erbracht werden, tritt die Dienstpflicht des Arbeitnehmers in diesem Fall hinter die Verpflichtung, zuhause zu bleiben, zurück.

Auch die Erfüllung von Impfpflichten kann einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund begründen.⁹⁵ In diesem Zusammenhang ist auf das COVID-19-IG zu verweisen, das eine Impfpflicht für alle Personen ab dem 18. Lebensjahr vorsieht, die in Österreich ihren Wohnsitz haben oder über eine Hauptwohnsitzbestätigung verfügen.⁹⁶ Während der IA⁹⁷ zum COVID-19-IG in § 10 Abs 3 noch explizit vorsah, dass

⁸⁹ OGH 4 Ob 82/62 ArbSlg 7625.

⁹⁰ *Burger in Reissner*, AngG³ § 8 Rz 83.

⁹¹ *Holzer*, DRdA 1970, 107 (113).

⁹² *Holzer*, DRdA 1970, 107 (113).

⁹³ *Holzer*, DRdA 1970, 107 (117).

⁹⁴ Wozu auch Infektionen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zählen, vgl § 4 der AbsonderungsV.

⁹⁵ *Holzer*, DRdA 1970, 107 (117).

⁹⁶ Die allgemeine COVID-19-Impfpflicht wurde mit 12.03.2022 durch die V des BMSGPK betreffend die vorübergehende Nichtanwendung des COVID-19-Impfpflichtgesetzes und der COVID-19-Impfpflichtverordnung BGBl II 2022/103, vorrübergehend ausgesetzt. Diese V war zunächst bis

Arbeitgeber verpflichtet seien, Arbeitnehmer während der für die Schutzimpfung einschließlich der An- und Abreise erforderlichen Zeit unter Fortzahlung des Entgelts von der Arbeit freizustellen, fand diese Regelung keinen Eingang in das COVID-19-IG. Auch ohne die zur Erfüllung der Impfpflicht eigens geschaffene Entgeltfortzahlungsvorschrift, wird Arbeitnehmern aufgrund der arbeitsrechtlichen Gesetze (§ 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB) ein Entgeltfortzahlungsanspruch zustehen – wobei jedoch mE im Einzelfall zu prüfen sein wird, ob die Vornahme der Schutzimpfung nicht außerhalb der Arbeitszeit möglich und auch zumutbar ist.

2.2.2.4 Verschulden des Arbeitnehmers

§ 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB sieht vor, dass die Dienstverhinderung „*ohne sein Verschulden*“ eingetreten sein muss. Anders als bei Dienstverhinderungen durch Krankheit schadet bei Dienstverhinderungen aus wichtigen persönlichen Gründen bereits leichte Fahrlässigkeit dem Entgeltfortzahlungsanspruch. Dies ergibt sich sowohl aus dem Wortlaut als auch aus der historisch-subjektiven Interpretation, wonach man nur für den Fall des Krankenstandes auch leichte Fahrlässigkeit miteinbeziehen wollte.⁹⁸

Der Verlust des Entgeltfortzahlungsanspruchs soll die Konsequenz des Vorwurfs sein, die pflichtgemäße Sorgfalt unterlassen zu haben, indem zumutbare Vorsorge- und Abwehrmaßnahmen nicht (rechtzeitig) getroffen wurden – auch wenn keine Rechtspflicht des Arbeitnehmers dazu bestand.⁹⁹

Auch die Wichtigkeit des Hinderungsgrundes für den Arbeitnehmer ist bei der Beurteilung der Zumutbarkeit von Relevanz. Je größer die persönliche Bedeutung des Grundes, umso geringer wird die Anforderung an zumutbare Vorsorge- und Abwehrmaßnahmen sein (zB Hochzeit des Arbeitnehmers vs routinemäßige Gesundenuntersuchung).¹⁰⁰

Die zumutbare Vorsorgemaßnahme umfasst ua auch das Organisieren einer Ersatzperson, welche die Handlung, die sonst den Arbeitnehmer an der Erbringung seiner Dienste hindern würde, vornimmt.¹⁰¹ Gerade in Fällen des vorhersehbaren

einschließlich 31.05.2022 gültig und wurde durch BGBl II 2022/198 bis 31.08.2022 verlängert. Mit Wirkung zum 29.07.2022 erfolgte die Aufhebung des COVID-19-IG sowie der damit im Zusammenhang stehenden V durch BGBl I 2022/131.

⁹⁷ IA 2173/A 27. GP 7.

⁹⁸ Holzer, DRdA 1970, 107 (119); trotz Bedenken hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung der Differenzierung zwischen Dienstverhinderung durch Krankheit und anderen wichtigen Gründen Drs in Resch, Fragen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers 55.

⁹⁹ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 87; Melzer-Azodanloo in Löschnigg, AngG I¹⁰ § 8 Rz 216.

¹⁰⁰ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 87.

¹⁰¹ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 90.

Kinderbetreuungsbedarfs werden Arbeitnehmer sich um alternative Betreuungsmöglichkeiten bzw -personen bemühen müssen.

In diesem Zusammenhang ist auch die Vorhersehbarkeit der Dienstverhinderung zu beachten. War die Dienstverhinderung für den Arbeitnehmer vorhersehbar und hat er nicht alle ihm zumutbaren Vorkehrungen getroffen, um den Arbeitsablauf nicht bzw so wenig wie möglich zu stören, wird man von einer verschuldeten Dienstverhinderung auszugehen haben.¹⁰² Diese Überlegungen werden eingehend in Kapitel 6 „Dienstverhinderungen iZm Urlaubsreisen“ behandelt.

2.2.2.4.1 Exkurs: Verweigerung der Vorlage eines 3G-Nachweises

Vor dem Hintergrund, dass die COVID-19-Pandemie mittlerweile mehr als zwei Jahre andauert, fielen die (das Arbeitsverhältnis betreffenden) Regelungen der epidemiologischen Situation entsprechend zweitweise strenger und dann wieder lockerer aus. So sah bspw die 5. COVID-19-NotMV¹⁰³ in § 8 Abs 2 vor, dass Arbeitsorte, an denen physischer Körperkontakt nicht ausgeschlossen ist, ua von Abreitnehmern nur betreten werden dürfen, wenn sie über einen 3G-Nachweis (geimpft, genesen oder getestet) verfügen. Aufgrund dieser Regelung waren Arbeitnehmer verpflichtet, am Arbeitsplatz über einen gültigen 3G-Nachweis zu verfügen. Bei Nichteinhaltung der 3G-Regel, waren Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitnehmer vom Dienst freizustellen. Diese Dienstfreistellung ist jedoch nicht der Sphäre des Arbeitgebers zuzurechnen, vielmehr stammt das Unterbleiben der Dienstleistung aus der Sphäre des Arbeitnehmers. Mangels Umsetzung der in der 5. COVID-19-NotMV enthaltenen Anordnung, über einen 3G-Nachweis durch Durchführung eines Tests oder der Schutzimpfung zu verfügen, sind Arbeitnehmer nicht arbeitsbereit. Besteht kein (medizinisch anerkannter) Grund für das Unterlassen der Impfung oder der Tests, wird bei einer vom Arbeitgeber auszusprechenden Dienstfreistellung von einem Verschulden des Arbeitnehmers auszugehen sein. Arbeitnehmer haben für die Dauer der Freistellung keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung.¹⁰⁴

Kam es zu verspäteten Dienstantritten, weil Arbeitnehmer das Testergebnis nicht rechtzeitig erhielten, bedarf es einer Einzelfallprüfung. Lag der Grund für den verspäteten Erhalt des negativen Testnachweises bswp in einer Überlastung der Testinfrastruktur, wird

¹⁰² Vgl dazu auch *Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm*³ § 8 AngG Rz 148.

¹⁰³ 5. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl II 2021/475.

¹⁰⁴ IdS auch *Rauch*, Rechtsfolgen der Verweigerung der Vorlage des 3-G-Nachweises, ASoK 2021, 455 (456).

idR wohl kein Verschulden der Arbeitnehmer vorliegen, sodass für die Dauer des Unterbleibens der Arbeitsleistung ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht. Arbeitnehmer trifft allerdings die Verpflichtung, sich über die Gültigkeitsdauer der Tests zu informieren bzw eine entsprechende Vorlaufzeit für die Auswertung der Tests einzuplanen. Scheitert der rechtzeitige Dienstantritt aus diesen Gründen, ist wiederum von einem Verschulden der Arbeitnehmer auszugehen, sodass kein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht.¹⁰⁵

2.2.2.5 Melde- und Nachweispflichten

Arbeitnehmer sind verpflichtet, dem Arbeitgeber die Dienstverhinderung ohne Verzug und ohne Aufforderung anzuzeigen. Dies ergibt sich sowohl aus § 8 Abs 8 AngG als auch aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers. Die Meldepflicht soll es dem Arbeitgeber ermöglichen, so früh wie möglich die nötigen Dispositionen zu treffen.¹⁰⁶

Auf Verlangen des Arbeitgebers haben Arbeitnehmer die Dienstverhinderung in geeigneter Form nachzuweisen, wobei dem Arbeitgeber kein Anspruch auf einen bestimmten Nachweis zukommt.¹⁰⁷

Als Sanktion für die Verletzung der Melde- oder Nachweispflicht tritt für die Dauer der Säumnis der Verlust der Entgeltfortzahlung ein.¹⁰⁸

2.2.3 Dauer der Entgeltfortzahlung

Das Gesetz enthält keine konkrete Entgeltfortzahlungsdauer, sondern spricht nur von einer „*verhältnismäßig kurzen Zeit*“. Mangels Nennung eines Bezugszeitraumes gebührt die verhältnismäßig kurze Zeit pro Anlassfall, was jedoch auch dazu führt, dass alle Dienstverhinderungen aufgrund derselben Ursache zusammenzurechnen sind.¹⁰⁹

Die hM zieht zur Auslegung dieses Begriffs die (bis zum ARÄG 2000 in § 1154b ABGB enthaltene) Frist von einer Woche pro Anlassfall als Richtwert heran. In besonders berücksichtigungswürdigen Fällen ist jedoch ein Überschreiten der einwöchigen Grenze möglich.¹¹⁰ In der Rsp wurde ein eine Woche übersteigender Entgeltfortzahlungsanspruch

¹⁰⁵ So auch *Rauch*, ASoK 2021, 455 (456f).

¹⁰⁶ *Burger* in *Reissner*, AngG³ § 8 Rz 92; *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 150; *Holzer*, DRdA 1970, 107 (120).

¹⁰⁷ *Holzer*, DRdA 1970, 107 (120); *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 152.

¹⁰⁸ *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 155 mwN.

¹⁰⁹ *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 156 mwN.

¹¹⁰ *Holzer*, DRdA 1970, 107 (121); 496; *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/648; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG I¹⁰ § 8 Rz 218; *Drs* in *Resch*, Fragen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers 53f; *Burger* in *Reissner*, AngG⁴ § 8. Rz 95 mwN

bisher erst einmal ausdrücklich zuerkannt. Die E¹¹¹ geht auf das Jahr 1946 zurück. Darin wurde einem Arbeitnehmer, der aufgrund der Nachkriegsverhältnisse und der Auswirkungen der militärischen Besetzung Österreichs seinen Arbeitsplatz unverschuldet zwei Monate lang nicht erreichen konnte, ein Entgeltfortzahlungsanspruch von einem Monat zuerkannt. Die Entscheidung erfolgte unter Berücksichtigung der Dienstdauer (vorliegend etwas mehr als fünf Jahre) sowie der Wichtigkeit des Dienstverhinderungsgrundes.¹¹²

In der Lit bestehen zur Dauer des Entgeltfortzahlungsanspruchs unterschiedliche Meinungen. So geht *Schrank*¹¹³ davon aus, dass man allgemein darunter einen Zeitraum bis zu einer Woche je (zusammengehörigem) Hinderungsfall verstehe – ohne auf die Möglichkeit von Ausnahmen in besonders berücksichtigungswürdigen Gründen überhaupt hinzuweisen. Dieser Ansicht kann mE nicht gefolgt werden, da gerade oben genannte E das Gegenteil nahelegt. *Naderhirn*¹¹⁴ wirft zunächst die Frage auf, ob eine längere als einwöchige Freistellung unter Entgeltfortzahlung generell nur in Extremfällen in Anspruch genommen werden könne oder aber auch bei alltäglichen Dienstverhinderungen. Sie spricht sich dafür aus, dass ein längerer als einwöchiger Anspruch auf Entgeltfortzahlung auch in alltäglichen Fällen bestehen könne, da es für den einzelnen an seiner Dienstleistung verhinderten Arbeitnehmer in seiner Betroffenheit keinen Unterschied mache, ob der Dienstverhinderungsgrund ein alltägliches oder außergewöhnliches Ereignis darstelle. *Naderhirn* führt jedoch weiter aus, dass nach Ablauf von einer Woche ein strengerer Maßstab anzulegen sei. Darüber hinaus sei der Anspruch auf Entgeltfortzahlung grds entgegen der Entscheidung des GewG Innsbruck mit zwei Wochen zu begrenzen, sodass auch der Spielraum für die Berücksichtigung der Dienstzeit für die Länge des Entgeltfortzahlungsanspruchs – im Gegensatz zu den relativ langen Entgeltfortzahlungsfristen im Krankheitsfall – relativ gering wäre. Sie begründet die Höchstfrist von zwei Wochen damit, dass es sich ohnehin bereits um das Doppelte des Richtwerts handle und verweist auch auf die Pflegefreistellung als spezielle Ausformung der Entgeltfortzahlung aus wichtigen persönlichen Gründen.

¹¹¹ GewG Innsbruck Cr 9/46 Arb 4885.

¹¹² *Drs in Resch*, Fragen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers 54; *Melzer-Azodanloo in Löschnigg*, AngG I¹⁰ § 8 Rz 218.

¹¹³ *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 35 Rz 9.

¹¹⁴ *Naderhirn*, Die Nöte einer Mutter – Probleme der Pflegefreistellung, DRdA 2008, 276 (278f).

Auch *Reissner*¹¹⁵ hält die vom GewG Innsbrucks gewährte Frist von einem Monat aus heutiger Sicht jedenfalls für zu lang. Er erachtet jedoch die Berücksichtigung der Dienstzeit für die Bestimmung der Dauer der Entgeltfortzahlung für sinnvoll und verweist auf das, der Dauer der Entgeltfortzahlung bei Krankheit zugrundeliegende Senioritätsprinzip.

Ich kann *Naderhirns* Argumentation für eine Höchstfrist von zwei Wochen einiges abgewinnen, würde die Überschreitung der Ein-Wochen-Grenze jedoch nicht für jede alltägliche Dienstverhinderung gewähren. Zwar muss es sich wohl nicht um einen Extremfall wie jenen, welcher der E des GewG Innsbrucks zugrunde lag, handeln, jedoch wird man mE auch auf die Berücksichtigungswürdigkeit bzw Wichtigkeit des Grundes abstellen müssen. Andernfalls würde dies wohl einerseits zum Ausufern der Entgeltfortzahlungspflicht der Arbeitgeber führen, andererseits hätte der Gesetzgeber eine Höchstgrenze einführen können bzw die bis zum ARÄG 2000 in § 1154b ABGB vorgesehene Höchstgrenze beibehalten bzw allenfalls erhöhen können, wenn alle Verhinderungsgründe in ihrer Wertigkeit gleich zu gewichten wären.

2.3 Pflegefreistellung gem § 16 UrlG

Die Pflegefreistellung gilt als Sonderfall der wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründe und findet ihre gesetzliche Grundlage in § 16 UrlG. Trotz ihrer Regelung im UrlG hat sie, mit Ausnahme des bedingten Rechts auf einseitigen Urlaubsantritt nach Abs 3 leg cit, mit dem Urlaub sachlich kaum etwas zu tun.¹¹⁶

Die Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden nahen Angehörigen wurde von der Jud bereits vor Einführung des § 16 UrlG als ein wichtiger Dienstverhinderungsgrund iSd § 8 Abs 3 AngG angesehen.¹¹⁷ Die Anwendbarkeit der Generalklausel des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB für derartige Fälle war für Arbeitnehmer jedoch insofern mit Rechtsunsicherheit behaftet, als weder der in Frage kommende Personenkreis umschrieben noch das Zeitausmaß näher bestimmt wurden. Um sich nicht dem Risiko einer Entlassung wegen ungerechtfertigter Unterlassung der Arbeitsleistung auszusetzen, wurde von der Generalklausel zum Zweck der Pflege erkrankter naher Angehöriger kaum Gebrauch gemacht. Die Einführung der Pflegefreistellung in § 16 des UrlG diene der

¹¹⁵ *Reissner*, Eine unfreiwillige Urlaubsverlängerung, DRdA 1995, 524.

¹¹⁶ *Schrank*, UrlG § 16 Rz 1; *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 16 Erl 1; *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 1.

¹¹⁷ OGH 4 Ob 45/58 ArbSlg 6868.

Rechtssicherheit.¹¹⁸ Darüber hinaus erfolgte durch den mit relativ zwingender Wirkung ausgestatteten § 16 UrlG eine weitere Angleichung der Rechtsstellung der Arbeiter an jene der Angestellten, da Erstere ihren Rechtsanspruch auf Freistellung wegen wichtiger Dienstverhinderungsgründe zum damaligen Zeitpunkt nur auf den dispositiven § 1154b Abs 5 ABGB stützen konnten.¹¹⁹

Die gesetzliche Sonderregelung des § 16 UrlG idGF sieht ein System von zwei „Anspruchstöpfen“ für die Dauer von jeweils insgesamt einer Woche¹²⁰ für alle Pflege- und Betreuungsverhinderungen des Arbeitnehmers pro Arbeitsjahr vor.¹²¹ Für beide „Anspruchstöpfen“ lässt das Gesetz den Antritt des Arbeitsverhältnisses genügen, eine Wartezeit ist nicht vorgesehen.¹²²

2.3.1 Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 16 Abs 1 UrlG

Der erste „Anspruchstopf“ von einer Woche umfasst drei Varianten – die Freistellung wegen notwendiger Pflege erkrankter naher Angehöriger (auch Pflegefreistellung ieS oder Krankenpflegefreistellung genannt), die Betreuungsfreistellung für gesunde Kinder infolge des Ausfalls der ständigen Betreuungsperson sowie die Begleitfreistellung erkrankter Kinder unter zehn Jahren bei stationärem Aufenthalt in einer Heil- oder Pflegeeinrichtung.

Allen drei Varianten ist gemein, dass Arbeitnehmer nach Antritt des Dienstes durch die Pflege, die Betreuung oder die Begleitung an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert sind.¹²³

2.3.1.1 Pflegefreistellung ieS (Abs 1 Z 1)

Eine solche liegt bei der notwendigen Pflege eines im Regelfall im gemeinsamen Haushalt¹²⁴ lebenden erkrankten nahen Angehörigen vor. Voraussetzung für diesen Anspruch ist, dass die Dienstverhinderung aus der notwendigen Pflege eines erkrankten und nahen Angehörigen resultiert. Die notwendige Pflegebedürftigkeit ist nur dann erfüllt, wenn der erkrankte Angehörige aufgrund der Art und Schwere der Erkrankung bzw seines Alters nicht sich selbst überlassen werden kann.¹²⁵ Darüber hinaus verlangt das Gesetz, dass der Arbeitnehmer die Pflege tatsächlich und notwendigerweise selbst erbringen muss

¹¹⁸ ErläutRV 150 BlgNR 14. GP 12.

¹¹⁹ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 2.

¹²⁰ „bis zum Höchstausmaß seiner regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit“.

¹²¹ Schrank, UrlG § 16 Rz 11.

¹²² Schrank, UrlG § 16 Rz 13.

¹²³ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 9.

¹²⁴ Zur Ausnahme von der gemeinsamen Haushaltszugehörigkeit siehe Ausführungen unten.

¹²⁵ Schrank, UrlG § 16 Rz 25.

– insofern besteht kein Anspruch, wenn die Versorgung durch andere Personen möglich ist¹²⁶ – zB Versorgung eines erkrankten Kindes durch die berufsuntätige Kindesmutter bzw den berufsuntätigen Kindesvater oder die Großeltern.

Gerade zu Beginn der COVID-19-Pandemie wurde an die Bevölkerung appelliert, möglichst wenige – noch besser, gar keine – privaten Kontakte zu pflegen.¹²⁷ Durch die Kontaktreduktion auf ein Minimum sowie dem Umstand, dass das Risiko einer schweren Erkrankung ab 50 bis 60 Jahren stetig mit dem Alter ansteigt, und insb ältere Menschen, bedingt durch das weniger gut reagierende Immunsystem, nach einer Infektion einen schwereren Krankheitsverlauf haben können,¹²⁸ fielen Großeltern vielfach als mögliche Pflegepersonen aus. Die Pflege durch einen Elternteil war daher in den meisten Fällen notwendig.

Die Pflegefreistellung kann nur für erkrankte nahe Angehörige in Anspruch genommen werden. § 16 Abs 1 UrlG enthält eine taxative Aufzählung naher Angehöriger. Dazu zählen der Ehegatte, der Lebensgefährte, Verwandte in gerader Linie, Wahl- und Pflegekinder sowie im gemeinsamen Haushalt lebende leibliche Kinder des anderen Ehegatten oder des eingetragenen Partners oder Lebensgefährten. Zusätzlich zum Erfordernis der Eigenschaft eines nahen Angehörigen verlangt das Gesetz das Vorliegen eines gemeinsamen Haushalts – wodurch der weite Angehörigenbegriff wiederum stark eingeschränkt wird.¹²⁹ Lediglich für den Freistellungsanspruch zur notwendigen Pflege leiblicher erkrankter Kinder und Wahl- oder Pflegekinder ist ein gemeinsamer Haushalt nicht erforderlich.

2.3.1.2 Betreuungsfreistellung (Abs 1 Z 2)

Eine Betreuungsfreistellung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer wegen der notwendigen Betreuung seines Kindes (Wahl- oder Pflegekindes) oder eines im gemeinsamen Haushalt lebenden leiblichen Kindes des anderen Ehegatten, des eingetragenen Partners oder Lebensgefährten infolge des Ausfalls der ständigen Betreuungsperson an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert ist. Voraussetzung für das Bestehen des Anspruchs ist, dass die Betreuungsperson aufgrund einer der im Gesetz genannten Gründe ausgefallen ist.

¹²⁶ Schrank, UrlG § 16 Rz 29; Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 15.

¹²⁷ Vienna Center for Electoral Research, Private Sozialkontakte im ersten und zweiten Lockdown, <https://viecer.univie.ac.at/corona-blog/corona-blog-beitraege/corona-dynamiken21/> (abgefragt am 24.04.2022).

¹²⁸ Informationen des RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=0652DE6158E10D611D32A3998C50E3B6.internet072?nn=13490888#doc13776792bodyText15 (Stand: 26.11.2021).

¹²⁹ Schrank, UrlG § 16 Rz 37.

Das UrlG verweist dazu auf jene Gründe, die bei Kleinkindern einen Anspruch auf „Notstands-Karenz“ entstehen lassen würden (§ 15d Abs 2 Z 1 bis 5 des MSchG). Zu diesen Gründen zählen der Aufenthalt der Betreuungsperson in einer Heil- und Pflegeanstalt, ihre schwere Erkrankung, ihr Tod, Haft, eine sonstige behördliche Anhaltung sowie der Wegfall des gemeinsamen Haushaltes des anderen Elternteils (Adoptiv- oder Pflegeelternteils) mit dem Kind oder der Betreuung des Kindes. Nicht als Ausfallsgründe gelten bspw eine leichte Erkrankung, andere wichtige, die Betreuungsperson betreffende Gründe oder etwa die Schließung des Kindergartens bzw der Schule.¹³⁰

Während der COVID-19-Pandemie kam es zeitweise immer wieder zur Schließung von Kindergärten und Schulen – mangels Ausfallsgrundes gebührte Eltern in solchen Fällen kein Anspruch auf Betreuungsfreistellung. In diesen Fällen kann jedoch uU ein Anspruch auf bezahlte Freistellung wegen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen nach § 8 Abs 3 AngG bzw nach § 1154b Abs 5 ABGB oder eine Sonderbetreuungszeit gem § 18b AVRAG vorliegen.

Entscheidend für den Anspruch auf Betreuungsfreistellung ist, dass die ausgefallene Person das Kind ständig betreuen muss. Ständige Betreuung verlangt eine hohe Kontinuität, bloß aushilfsweise Betreuung genügt nicht. Zwar wird in der Praxis die Betreuungsperson häufig aus dem Kreis betreuender Eltern- oder Großelternteile stammen, die Verwandtschaft der ausfallenden Betreuungsperson mit dem Kind ist jedoch nicht gefordert, sodass bswp auch der Ausfall einer Tagesmutter geeignet ist, den Anspruch zu begründen.¹³¹

Auch bei der Betreuungsfreistellung ist der Arbeitnehmer zur Bemühung verpflichtet, den zu einem möglichen Hinderungsgrund Anlass gebenden persönlichen Grund auch durch anderweitige Vorkehrungen zu bewältigen, ohne dies nur zu Lasten der Arbeitspflicht zu tun.¹³² Bestehen andere zumutbare Betreuungsmöglichkeiten, steht ein Anspruch auf Betreuungsfreistellung demnach nicht zu.

2.3.1.3 Begleitfreistellung (Abs 1 Z 3)

Arbeitnehmer haben Anspruch auf Begleitfreistellung, wenn sie wegen der Begleitung eines noch nicht zehn Jahre alten erkrankten eigenen oder im gemeinsamen Haushalt

¹³⁰ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 19.

¹³¹ Schrank, UrlG § 16 Rz 46.

¹³² OGH 8 ObA 21/99t ASoK 1999, 331 = ARD 5024/3/99 = RdW 1999, 368.

lebenden leiblichen Kindes des anderen Ehegatten, des eingetragenen Partners oder des Lebensgefährten bei einem stationären Aufenthalt in einer Heil- und Pflegeanstalt an der Arbeitsleistung gehindert sind.

2.3.2 Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 16 Abs 2 UrlG

Hat der Arbeitnehmer den Anspruch nach § 16 Abs 1 UrlG („erster Anspruchstopf“) verbraucht, steht ihm in bestimmten Fällen der „zweite Anspruchstopf“, also eine weitere Woche pro Arbeitsjahr, zu. Die zweite Woche gebührt für die Fälle notwendiger Pflege erkrankter Kinder, die das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet haben – dies gilt sowohl für eigene Kinder, mit denen ein gemeinsamer Haushalt nicht notwendig ist (§ 16 Abs 4 iVm Abs 2 leg cit), als auch für die im gemeinsamen Haushalt lebenden leiblichen Kinder des anderen Ehegatten, des eingetragenen Partners oder Lebensgefährten.

Der Anspruch nach Abs 2 steht erst nach Verbrauch der ersten Woche zu. Aus dem Gesetzeswortlaut „[...] an der Arbeitsleistung neuerlich verhindert [...]“ ergibt sich, dass die zweite Woche nicht nahtlos an die erste Woche angehängt werden darf, sondern dass es eines neuerlichen Verhinderungsfalles bedarf.¹³³ Darüber hinaus normiert das Gesetz, dass dem Arbeitnehmer für die neuerliche Verhinderung keine bezahlte Freistellung aufgrund einer anderen Bestimmung zustehen darf. Der Anspruch nach Abs 2 ist somit insb gegenüber den Ansprüchen nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB subsidiär. Unter Berücksichtigung der Mat¹³⁴ zur Einführung der zweiten Woche lässt sich die Subsidiarität damit begründen, dass zum damaligen Zeitpunkt § 1154b Abs 5 ABGB noch dispositiv war und wichtige persönliche Dienstverhinderungsgründe durch Arbeiter-Kollektivverträge häufig eingeschränkt oder ausgeschlossen wurden. Durch die weitere Woche sollte den Mat zufolge „für Personengruppen, für welche über den § 16 Abs 1 UrlG hinaus keine weiteren Freistellungsansprüche zum Zweck der Pflege eines erkrankten nahen Angehörigen bestehen, durch Abs 2 Verbesserung geschaffen werden.“¹³⁵

In dieser Subsidiaritätsregelung kann eine Bestätigung der Günstigkeitsklausel gem § 18 UrlG¹³⁶ gesehen werden. Der Gesetzgeber ging augenscheinlich davon aus, dass zumindest die gesetzlich geregelten sonstigen wichtigen Dienstverhinderungsgründe infolge ihrer Günstigkeit vorrangig seien und die zweite Woche sohin nur dann zur

¹³³ Siehe dazu auch ErläutRV 735 BlgNR 18. GP 48.

¹³⁴ ErläutRV 735 BlgNR 18. GP 48.

¹³⁵ Schrank, UrlG § 16 Rz 8.

¹³⁶ Siehe dazu ausführlich in Kapitel 2.3.4 „Verhältnis zu § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB“.

Anwendung kommen solle, wenn die sonstigen Verhinderungsbestimmungen Arbeitnehmern im Anlassfall keinen Entgeltfortzahlungsanspruch einräumten.¹³⁷

Nachdem wichtige persönliche Dienstverhinderungsgründe seit 01.07.2018 nunmehr auch für Arbeiter zwingend sind und in der Praxis trotz klarer Subsidiaritätsregel aus Übersichtlichkeits- und Vereinfachungsgründen idR zunächst die Pflegefreistellung nach Abs 2 UrlG beansprucht wird,¹³⁸ sollte die Überlegung angestellt werden, die Subsidiaritätsregel mittels Gesetzesänderung aus dem Rechtsbestand zu entfernen.

2.3.3 Einseitiger Urlaubsantritt (Abs 3)

Ist der Anspruch auf bezahlte Freistellung bereits erschöpft, kann zur notwendigen Pflege erkrankter Kinder unter 12 Jahren einseitig Urlaub angetreten werden. Auch hier wiederum geht es um eigene Kinder, mit denen ein gemeinsamer Haushalt nicht notwendigerweise vorliegen muss (vgl § 16 Abs 4 UrlG) sowie um im gemeinsamen Haushalt lebende leibliche Kinder des Partners.

Abweichend vom Grundsatz des § 4 Abs 1 UrlG ist der Urlaub bloß „anzumelden“. Das Ausmaß des zweckgebundenen Urlaubs unterliegt lediglich zwei Einschränkungen: Einerseits kann Urlaub höchstens in jenem Ausmaß einseitig angetreten werden, in welchem die Pflege notwendig ist, andererseits kann nur ein aktuell bestehender offener Urlaubsanspruch ausgeschöpft werden. Verfügt der Arbeitnehmer nicht über ausreichend offenes Urlaubsguthaben, hat er kein Recht auf einseitigen Urlaubsvorgriff.¹³⁹

Verfügt der Arbeitnehmer nicht über ausreichendes Urlaubsguthaben, besteht auch die Möglichkeit, eine unbezahlte Freistellung einseitig in Anspruch zu nehmen.¹⁴⁰

2.3.4 Verhältnis zu § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB

Wie eingangs erwähnt, galt die Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten Angehörigen schon nach der Jud als ein von der Generalklausel erfasster wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund.¹⁴¹ Mit § 16 UrlG wurde der Anspruch auf bezahlte Pflegefreistellung ausdrücklich gesetzlich normiert. Fraglich ist nun, in welchem Verhältnis die Pflegefreistellung nach § 16 UrlG zu der Generalklausel des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB steht.

¹³⁷ *Schrank*, UrlG § 16 Rz 8; *Kuderna*, Urlaubsrecht² § 18 Rz 25; *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 18 Erl 19.

¹³⁸ *Schrank*, UrlG § 16 Rz 8.

¹³⁹ *Schrank*, UrlG § 16 Rz 16ff; *Drs in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 25.

¹⁴⁰ *Schrank*, UrlG § 16 Rz 19; *Drs in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 28.

¹⁴¹ OGH 4 Ob 45/58 ArbSlg 6868.

Hinsichtlich des Verhältnisses der beiden Normen zueinander ist zunächst auf § 18 UrlG zu verweisen. § 18 UrlG sieht eine Günstigkeitsklausel vor, die besagt, dass gesetzliche Vorschriften, KollV, Arbeits- (Dienst)ordnungen, Betriebsvereinbarungen oder Arbeitsverträge, die den Anspruch auf Pflegefreistellung im Sinne des § 16 günstiger regeln, insoweit unberührt bleiben. Der Günstigkeitsvergleich ist dabei für jedes einzelne Tatbestandsmerkmal gesondert durchzuführen.¹⁴² Während der zum Zeitpunkt der Einführung des § 16 UrlG im Jahr 1976 durchgeführte Günstigkeitsvergleich zu unterschiedlichen Ergebnissen bei Arbeitern und Angestellten führte, besteht seit der Neuregelung des § 1164 ABGB durch BGBl I 2017/153, durch welche die Generalklausel des § 1154b Abs 5 ABGB ebenfalls mit zwigender Wirkung ausgestattet wurde, kein Unterschied mehr zwischen Arbeitern und Angestellten. Vergleicht man den Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB mit jenem nach § 16 UrlG, kommt man zu dem Ergebnis, dass die Generalklausel, zumindest aufgrund des Gesetzeswortlautes, sowohl für Arbeiter als auch für Angestellte aufgrund der Entgeltfortzahlungsdauer, die in begründeten Ausnahmefällen die Dauer einer Woche übersteigen kann, des nicht begrenzten Kreises der Angehörigen und des Umstandes, dass die Entgeltfortzahlung der Generalklausel pro Anlassfall gebührt, günstiger als § 16 UrlG ist.¹⁴³ Zu dem gleichen Ergebnis führte bereits der bei Angestellten vorgenommene Günstigkeitsvergleich im Jahr 1976. Anders verhielt es sich bei Arbeitern. Der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 1154b Abs 1 Satz 2 ABGB, idF RGBI 1916/69, setzte eine 14-tägige Dienstzeit voraus und war voll abdingbar, er war sohin eindeutig ungünstiger ausgestaltet als der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 16 UrlG. Der damals vorgenommene Günstigkeitsvergleich würde zu dem merkwürdigen Ergebnis führen, dass der neu geschaffene Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 16 UrlG lediglich für Arbeiter zur Anwendung käme, während er für Angestellte bedeutungslos wäre. Eine Auslegung, die auf die völlige Unanwendbarkeit des § 16 UrlG für Angestellte hinausliefe, ist mit dem tatsächlichen Willen des historischen Gesetzgebers nicht vereinbar und erscheint darüber hinaus systemwidrig, wenn man bedenkt, dass § 16 UrlG in jenen Abschnitt eingefügt wurde, dessen Geltungsbereich sich auf alle Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnis auf

¹⁴² Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ § 18 Erl 3; Kuderna, Urlaubsrecht² § 18 Rz 2.

¹⁴³ Melzer-Azodanloo in Löschnigg, AngG I¹⁰ § 8 Rz 195 wirft den Aspekt auf, dass § 16 UrlG keinen Bezug auf ein allfälliges Verschulden des Arbeitnehmers an der Herbeiführung der Dienstverhinderung nimmt und man darin in gewissen Konstellationen eine Günstigkeit des § 16 UrlG gegenüber § 8 Abs 3 AngG sehen könnte. Sie lehnt eine solche Auslegung jedoch zu Recht aus systematischen Gründen ab und kommt zu dem Ergebnis, dass § 16 UrlG zur Vermeidung eines Wertungswiderspruchs dahingehend teleologisch zu reduzieren sei, dass ein Entgeltfortzahlungsanspruch nur bei unverschuldeter Herbeiführung der Dienstverhinderung bestehe.

einem privatrechtlichen Vertrag beruht, sohin auf Arbeiter und Angestellte, erstreckt.¹⁴⁴ Eine mit dem Willen des historischen Gesetzgebers und dem Telos des § 16 UrlG vereinbare Interpretation wäre, die Günstigkeit in der ausdrücklichen Regelung der Pflegefreistellung zu sehen, mit welcher eine Konkretisierung, eine Präzisierung und letztlich durch die Klarstellung, dass es sich dabei um einen Rechtsanspruch handelt, sodass Arbeitnehmern, auch jenen, die dem AngG unterliegen, die Realisierung des Anspruchs wesentlich erleichtert wird.¹⁴⁵ Die Generalklausel und die ausdrückliche gesetzliche Regelung der Pflegefreistellung stehen sohin nebeneinander.¹⁴⁶ Auch der Umstand, dass § 16 UrlG zu § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB im Verhältnis der Spezialität zueinander steht, hat nicht zwingend zur Folge, dass die allgemeinere Regelung von der spezielleren verdrängt wird. Vielmehr kommt es darauf an, ob die Rechtsfolgen der spezielleren Norm nach der Regelungsabsicht des Gesetzgebers die für den allgemeinen Tatbestand gegebene Regelung nur ergänzen, modifizieren, oder aber an ihre Stelle treten sollen – was mittels teleologischer und systematischer Auslegung zu beantworten ist.¹⁴⁷ Zweck der neuen gesetzlichen Regelung war die Förderung der Rechtssicherheit durch Präzisierung und Konkretisierung der Voraussetzungen für einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Falle der Pflegebedürftigkeit erkrankter naher Angehöriger.¹⁴⁸ Der bereits bis zur Einführung des § 16 UrlG bestehende Rechtsschutz sollte durch die neue gesetzliche Regelung jedoch keinesfalls eingeschränkt oder aufgehoben werden.¹⁴⁹ Zusammengefasst bedeutet dies, dass beide Normen nebeneinander, nach Maßgabe der Gültigkeitsregelung gemäß § 18 UrlG, gelten.¹⁵⁰ Arbeitnehmer können ihren Entgeltfortzahlungsanspruch daher im Bedarfsfall auch auf § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB stützen.¹⁵¹ Eine Kombinationsmöglichkeit in dem Sinn, dass Arbeitnehmer in ein- und demselben Verhinderungsfall ihren Anspruch

¹⁴⁴ So auch *Cerny*, Zu einigen Fragen des neuen Urlaubsgesetzes, DRdA 1977, 257 (260f).

¹⁴⁵ *Cerny*, DRdA 1977, 257 (261); aA *Schwarz*, Probleme des neuen österreichischen Urlaubsrechts, DRdA 1977, 126 (128f), welcher der ausdrücklichen Regelung der Pflegefreistellung in § 16 UrlG lediglich deklaratorische Wirkung zuerkennt. Auch nach *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG I¹⁰ § 8 Rz 195 und *Schrank*, UrlG § 16 Rz 10 kommt der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung der Pflegefreistellung va deklaratorische Bedeutung zu.

¹⁴⁶ *Cerny*, DRdA 1977, 257 (261); aA *Schwarz*, DRdA 1977, 126 (128).

¹⁴⁷ *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ 88.

¹⁴⁸ ErläutRV 150 BlgNR 14. GP 12.

¹⁴⁹ *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG I¹⁰ § 8 Rz 195; *Cerny*, Urlaubsrecht¹⁰ § 16 Erl 1.

¹⁵⁰ *Cerny*, DRdA 1977, 257 (262).

¹⁵¹ *Drs in Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 39 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

zunächst für das Maximalausmaß einer Woche auf § 16 UrlG stützen und anschließend auf die Generalklausel, ist jedoch nicht vorgesehen.¹⁵²

Hinsichtlich der in § 16 Abs 2 UrlG ausdrücklich normierten Subsidiarität der erweiterten Pflegefreistellung gegenüber wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen wird auf oben gemachte Ausführungen in Kapitel 2.3.2 „Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 16 Abs 2 UrlG“ verwiesen.

2.4 Vergütungsanspruch gem § 32 EpiG

2.4.1 Überblick

Das EpiG¹⁵³ enthält in seinem III. Abschnitt Bestimmungen zur Entschädigung aufgrund von verfügten Maßnahmen, deren Grundlage in Abschnitt II. des EpiG geregelt ist, sowie verfahrensrechtliche Bestimmungen zur Geltendmachung des Vergütungsanspruchs. Während die §§ 29 bis 31 EpiG Bestimmungen zu beschädigten bzw vernichteten Gegenständen enthalten, hat § 32 EpiG die Vergütung für den Verdienstentgang zum Gegenstand.

Die ursprüngliche Regelung zum Vergütungsanspruch für den Verdienstentgang war noch auf das aus dem Jahr 1913 stammende Gesetz über die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, das als EpidemieG 1950 wiederverlautbart worden ist, zurückzuführen. Danach waren lediglich mittellose Personen, insb Kleingewerbetreibende, Kleingrundbesitzer, Kleinhändler, sowie Personen, die vom Tag- oder Wochenlohn lebten, und ausnahmslos jene, die einer Einkommenssteuer nicht unterlagen, anspruchsberechtigt. Darüber hinaus war die Entschädigung bei Anspruchsberechtigten, die in einem Arbeits- oder Lehrverhältnis standen, höchstens mit dem Betrag des Krankengeldes zu bemessen, das der betroffenen Person auf Grund ihres Einkommens gebühren würde (vgl § 32 Abs 1 EpiG idF BGBl 1950/186).

Die Einschränkung der Anspruchsberechtigung auf „mittellose Personen“ erschien, den Gesetzesmaterialien zur EpiG-Nov 1974¹⁵⁴ zufolge, nicht mehr sachlich gerechtfertigt. Vielmehr sollte im Interesse des Gleichheitsgebotes durch die Neufassung des § 32 EpiG eine Entschädigung für alle natürlichen und juristischen Personen sowie Personengesellschaften des Handelsrechtes vorgesehen werden, die durch eine

¹⁵² Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 UrlG Rz 4; Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ § 18 Erläut 3; Kuderna, Urlaubsrecht² § 18 Rz 3.

¹⁵³ Epidemiegesetz 1950 BGBl 1950/186 idF BGBl I 2021/64.

¹⁵⁴ Epidemiegesetznovelle 1974 BGBl 1974/702.

Erwerbsbehinderung infolge der im Gesetz aufgezählten behördlichen Maßnahmen einen Verdienstentgang erlitten haben.¹⁵⁵

Auch die Bemessung des Vergütungsanspruchs mit dem Betrag des Krankengeldes wurde aufgrund der damit verbundenen Nachteile und Härten für die Betroffenen stark kritisiert. Der Gesetzgeber zog daher die seines Erachtens den modernen Grundsätzen entsprechende Entschädigungsregelung des § 52b Tierseuchengesetz¹⁵⁶ als Vorlage für § 32 EpiG heran.¹⁵⁷

§ 52b TierseuchenG verfolgt das Ziel, dass sowohl Selbstständigen als auch unselbstständig Erwerbstätigen der tatsächliche Einkommensverlust ersetzt werden soll. Damit betroffene Arbeitnehmer möglichst schnell in den Genuss der Entschädigung kommen, ist vorgesehen, dass Arbeitgeber die Entschädigung zunächst vorschussweise an die Arbeitnehmer auszuzahlen haben, wofür der Entschädigungsanspruch der Arbeitnehmer gegenüber dem Bund auf den Arbeitgeber übergeht.¹⁵⁸

Im Jahre 1974 erfolgte dann die – längst überfällige und von verschiedenen Interessenvertretungen geforderte¹⁵⁹ – Novellierung des EpiG¹⁶⁰. Im Zuge dieser Novellierung erfolgte ua eine Änderung des § 32 EpiG. Die damalige Neufassung des § 32 EpiG entspricht im Wesentlichen der aktuell geltenden Rechtslage – lediglich Abs 6¹⁶¹ und Abs 7¹⁶² leg cit wurden im Zuge der COVID-19-Pandemie hinzugefügt.

§ 32 EpiG idF BGBl I 2020/104 lautet wie folgt:

Vergütung für den Verdienstentgang.

§ 32. (1) *Natürlichen und juristischen Personen sowie Personengesellschaften des Handelsrechtes ist wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbes entstandenen Vermögensnachteile dann eine Vergütung zu leisten, wenn und soweit*

- 1. sie gemäß §§ 7 oder 17 abgesondert worden sind, oder*
- 2. ihnen die Abgabe von Lebensmitteln gemäß § 11 untersagt worden ist, oder*
- 3. ihnen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäß § 17 untersagt worden ist, oder*
- 4. sie in einem gemäß § 20 im Betrieb beschränkten oder geschlossenen Unternehmen beschäftigt sind, oder*
- 5. sie ein Unternehmen betreiben, das gemäß § 20 in seinem Betrieb beschränkt oder gesperrt worden ist, oder*
- 6. sie in Wohnungen oder Gebäuden wohnen, deren Räumung gemäß § 22*

¹⁵⁵ ErläutRV 1205 BlgNR 13. GP 3.

¹⁵⁶ § 52 Tierseuchengesetz BGBl 1974/141.

¹⁵⁷ Vgl ErläutRV 1205 BlgNR 13. GP 3.

¹⁵⁸ ErläutRV 977 BlgNR 13. GP 14.

¹⁵⁹ Vgl dazu ErläutRV 1205 BlgNR 13. GP 3 sowie die Ausführungen des Abgeordneten Tonns (SPÖ) in der 119. Sitzung des NR 13. GP 48, nach dem „... das EpidemieG 1913 längst überholungsbedürftig war, ...“ sowie den Umstand, dass der Gesetzesentwurf einstimmig angenommen wurde.

¹⁶⁰ BGBl 1974/702.

¹⁶¹ BGBl I 2020/43.

¹⁶² BGBl I 2020/104.

angeordnet worden ist, oder
7. sie in einer Ortschaft wohnen oder berufstätig sind, über welche Verkehrsbeschränkungen gemäß § 24 verhängt worden sind, und dadurch ein Verdienstentgang eingetreten ist.

(2) Die Vergütung ist für jeden Tag zu leisten, der von der in Abs. 1 genannten behördlichen Verfügung umfaßt ist.

(3) Die Vergütung für Personen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, ist nach dem regelmäßigen Entgelt im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes, BGBl. Nr. 399/1974, zu bemessen. Die Arbeitgeber haben ihnen den gebührenden Vergütungsbetrag an den für die Zahlung des Entgelts im Betrieb üblichen Terminen auszuzahlen. Der Anspruch auf Vergütung gegenüber dem Bund geht mit dem Zeitpunkt der Auszahlung auf den Arbeitgeber über. Der für die Zeit der Erwerbsbehinderung vom Arbeitgeber zu entrichtende Dienstgeberanteil in der gesetzlichen Sozialversicherung und der Zuschlag gemäß § 21 des Bauarbeiterurlaubsgesetzes 1972, BGBl. Nr. 414, ist vom Bund zu ersetzen.

(4) Für selbständig erwerbstätige Personen und Unternehmungen ist die Entschädigung nach dem vergleichbaren fortgeschriebenen wirtschaftlichen Einkommen zu bemessen.

(5) Auf den gebührenden Vergütungsbetrag sind Beträge anzurechnen, die dem Vergütungsberechtigten wegen einer solchen Erwerbsbehinderung nach sonstigen Vorschriften oder Vereinbarungen sowie aus einer anderweitigen während der Zeit der Erwerbsbehinderung aufgenommenen Erwerbstätigkeit zukommen.

(6) Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister kann, wenn und soweit dies zur Gewährleistung einer einheitlichen Verwaltungsführung erforderlich ist, durch Verordnung nähere Vorgaben zur Berechnung der Höhe der Entschädigung oder Vergütung des Verdienstentgangs erlassen.

(7) Auf Grund dieser Bestimmung erlassene Bescheide, denen unrichtige Angaben eines Antragstellers über anspruchsbegründende Tatsachen zugrunde liegen, leiden an einem mit Nichtigkeit bedrohten Fehler im Sinne des § 68 Abs. 4 Z 4 AVG.

2.4.2 Inhalt und Voraussetzung des Anspruchs

Der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG setzt voraus, dass eine anspruchsberechtigte Person wegen einer der in Abs 1 leg cit genannten behördlichen Maßnahme an ihrem Erwerb behindert wird und dadurch einen Verdienstentgang erleidet.

2.4.2.1 Anspruchsberechtigte Personen

Gem § 32 Abs 1 EpiG sind natürliche und juristische Personen sowie Personengesellschaften anspruchsberechtigt. Arbeitnehmer zählen als natürliche Personen zum Kreis der Anspruchsberechtigten.

2.4.2.2 Anspruchsbegründende behördliche Maßnahme

Um in den Genuss des Vergütungsanspruchs zu kommen, muss eine in § 32 Abs 1 EpiG aufgezählte Maßnahme vorliegen. Dazu zählen Absonderungsmaßnahmen gem § 7 und § 17 EpiG, die Untersagung der Abgabe von Lebensmitteln gem § 11 EpiG oder der Ausübung der Erwerbstätigkeit gem § 17 EpiG, Betriebsbeschränkungen oder Betriebsschließungen gem § 20 EpiG, die Räumung von Wohnungen oder Gebäuden gem § 22 EpiG sowie Verkehrsbeschränkungen gem § 24 EpiG. Die Aufzählung der behördlichen Maßnahmen, die zu einem Vergütungsanspruch berechtigen, ist taxativ. Dies

ist dem Wortlaut des § 32 Abs 1 EpiG zu entnehmen, wonach den Anspruchsberechtigten eine Vergütung zu leisten ist, „wenn und soweit“ ihnen durch die genannten behördlichen Maßnahmen ein Verdienstentgang entstanden ist. Dies führt dazu, dass bei nicht ausdrücklich in § 32 Abs 1 EpiG genannten behördlichen Maßnahmen kein Vergütungsanspruch nach § 32 leg cit zusteht.¹⁶³ So haben Personen, die nach der Einreise in Österreich eine selbstüberwachte Heimquarantäne antreten müssen¹⁶⁴ oder sich bspw aufgrund einer behördlichen Empfehlung freiwillig in Selbstisolation begeben, grds keinen Anspruch auf Vergütung gem § 32 EpiG.

In diesem Zusammenhang ist auch der im Jänner 2021 mittels Nov zum EpiG¹⁶⁵ neu geschaffene § 3b leg cit zu beachten. Danach haben betroffene Personen bei Vorliegen eines positiven Testergebnisses nach Durchführung eines SARS-CoV-2-Antigentests zur Eigenanwendung unverzüglich die Gesundheitsbehörde bspw über die Hotline 1450 zu informieren oder selbständig eine Nachtestung bei einer dafür befugten Stelle zu veranlassen. Eine Nachtestung soll innerhalb von 48 Stunden erfolgen. Bis zum Vorliegen des Testergebnisses der Nachtestung ist unverzüglich eine selbstüberwachte Heimquarantäne anzutreten; dabei gilt für die Entgeltfortzahlung und den Ersatz § 32 EpiG sinngemäß.

2.4.2.3 Verdienstentgang aufgrund der Erwerbsbehinderung

Um einen Vergütungsanspruch bejahen zu können, muss die anspruchsberechtigte Person durch eine im Gesetz genannte Maßnahme an der Ausübung ihres Erwerbs gehindert worden und muss dadurch ein Verdienstentgang eingetreten sein. Die behördliche Maßnahme muss für die Erwerbsbehinderung und den dadurch erlittenen Verdienstentgang ursächlich sein.¹⁶⁶

Nach *Hummelbrunner*¹⁶⁷ sei der Begriff „Verdienstentgang“ weder iSd Schadenersatz- noch des Steuerrechts zu interpretieren. Sie führt dazu aus, dass „*der Vergütungsanspruch für den Verdienstentgang gem § 32 ein eigener, von Verschulden oder Mitverschulden unabhängiger, aus den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen begründeter Anspruch*“ sei.

¹⁶³ Vgl *Mitschka*, Kranke Arbeitnehmer in Quarantäne – wer trägt die Kosten? CuRe 2020/82; *Keisler/Hummelbrunner in Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 1 Rz 98 (Stand 29.1.2021, rdb.at)

¹⁶⁴ Vgl § 3 COVID-19-EinreiseV BGBl II 2020/445 idF BGBl II 2021/165.

¹⁶⁵ BGBl I 2021/23.

¹⁶⁶ Vgl *Mitschka*, CuRe 2020/82; *Spitzl*, Entgeltanspruch bei Quarantänemaßnahmen, ecolex 2021/204 (290).

¹⁶⁷ *Hummelbrunner*, Berechnung des Verdienstentgangs nach dem EpidemieG, ecolex 2020, 478 (478).

Auch *Resch*¹⁶⁸ vertritt die Ansicht, dass der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG ein eigenständiger Anspruch sei und unabhängig vom arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsanspruch gebühre, was sich mitunter aus den unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen ableiten lasse. Insofern kommt er zu dem Ergebnis, dass Arbeitnehmern auch bei Eigenverschulden ein Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG zustehe. *Spitzl*¹⁶⁹ ist ebenfalls der Ansicht, dass eine vom Arbeitnehmer schuldhaft herbeigeführte Verhängung einer Absonderung nicht zum Verlust des Vergütungsanspruchs nach § 32 EpiG führe, weil dies nicht dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen sei.

Nach *Gerhartl*¹⁷⁰ hingegen kann allein aus dem Umstand, dass § 32 EpiG nicht darauf abstelle, ob ein Verschulden des Arbeitnehmers an der Herbeiführung der Dienstverhinderung vorliege, nicht geschlossen werden, dass Verschulden im Anwendungsbereich des EpiG keine Rolle spiele, da dies einen Bruch im System der Entgeltfortzahlungsansprüche darstellen würde. Vielmehr geht er davon aus, dass der Gesetzgeber diese Konstellation deshalb nicht explizit geregelt habe, weil der die Dienstverhinderung unmittelbar auslösende Umstand, die behördliche Anordnung und nicht ein vom Arbeitnehmer gesetztes Verhalten sei, sodass sich die Frage, ob den Arbeitnehmer ein Verschulden an der Maßnahme der Behörde treffe, nicht aufdränge. Dazu führt er weiters aus, dass sich das Verschulden ohnehin nicht auf die unmittelbare Ursache der Dienstverhinderung, sondern auf das Herbeiführen der Dienstverhinderung beziehe und insofern Raum für die Frage nach dem Verschulden des Arbeitnehmers bestehe.

Es ist offenkundig, dass anders als die Entgeltfortzahlungstatbestände bei Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unglücksfall gem § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG bzw aus wichtigen persönlichen Gründen gem § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB, dem Wortlaut des § 32 EpiG nicht zu entnehmen ist, dass das Fehlen eines Verschuldens Voraussetzung für den Vergütungsanspruch ist.¹⁷¹ Ich stimme *Resch*¹⁷² zu, der mitunter aus den unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen beider Tatbestände schließt, dass es sich beim Anspruch nach § 32 EpiG um einen

¹⁶⁸ *Resch*, Verhältnis Vergütung nach Epidemiegesetz zur arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlung, ecolex 2021, 285 (287).

¹⁶⁹ *Spitzl*, ecolex 2021, 288 (290).

¹⁷⁰ *Gerhartl*, ASoK 2020, 362 (366).

¹⁷¹ IdS siehe auch UVS OÖ 10.02.2003, VwSen-590048/2/Gf/Gam.

¹⁷² *Resch*, ecolex 2021, 285 (287).

eigenständigen, vom arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsanspruch losgelösten Anspruch handle. Daraus lässt sich mE jedoch noch nicht zwingend ableiten, dass der Gesetzgeber Anspruchsberechtigten den Vergütungsanspruch unabhängig von jeglichem Verschulden zuerkennen wollte. Weder die Gesetzesmaterialien zu § 52b TierseuchenG noch zu § 32 EpiG enthalten Hinweise darauf, dass ein allfälliges Verschulden des Anspruchsberechtigten dem Anspruch auf Vergütung schade. *Gerhartls*¹⁷³ Argumentation, wonach es einen Systembruch der Entgeltfortzahlungsvorschriften¹⁷⁴ bedeuten würde, wenn man § 32 EpiG als verschuldensunabhängigen Vergütungsanspruch betrachten würde, ist entgegenzuhalten, dass es sich beim Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers gem § 32 EpiG gerade nicht um einen arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsanspruch handelt.¹⁷⁵ Insofern komme ich zu dem Schluss, dass der Vergütungsanspruch für den erlittenen Verdienstentgang grds verschuldensunabhängig ist.

Von der Frage, ob die behördliche Absonderung schuldhaft herbeigeführt wurde, ist die Frage, ob durch die behördliche Absonderung ein Verdienstentgang eingetreten ist, zu unterscheiden.

Trotz behördlicher Absonderung eines Arbeitnehmers gem § 7 EpiG wird keine Dienstverhinderung vorliegen, wenn sich der Arbeitnehmer symptomlos mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert hat oder der Arbeitnehmer als ansteckungsverdächtige Person¹⁷⁶ gilt und er seine Arbeitsleistung im Homeoffice erbringt.¹⁷⁷ In einem solchen Fall wurde die Erwerbsausübung des Arbeitnehmers durch die behördliche Maßnahme gerade nicht behindert, sodass kein Verdienstentgang eingetreten ist – ein Vergütungsanspruch steht nicht zu. Der Arbeitnehmer hat vielmehr Anspruch auf das iRd Dienstverhältnisses zustehende Entgelt gegenüber dem Arbeitgeber für die erbrachte Arbeitsleistung.

Anderes gilt, wenn die vertraglich vereinbarte Tätigkeit nicht geeignet ist, von zuhause aus erbracht zu werden. In diesem Fall tritt durch die behördliche Absonderung eine

¹⁷³ *Gerhartl*, Krankheit, Quarantäne und Selbstisolierung. Entgeltfortzahlung in Coronazeiten, ASoK 2020, 362 (366).

¹⁷⁴ *Gerhartl* bezieht sich dabei auf die verschuldensabhängigen Entgeltfortzahlungsansprüche bei Krankheit oder Unglücksfall sowie bei wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen.

¹⁷⁵ VwGH 29.03.1984, 84/08/0043.

¹⁷⁶ Als ansteckungsverdächtig gelten solche Personen, die zwar keine Krankheitserscheinungen aufweisen, bei denen jedoch bakteriologisch nachgewiesen ist, dass sie als Träger des Krankheitskeimes anzusehen sind, oder bei denen sonst feststeht oder erfahrungsgemäß anzunehmen ist, dass sie der Ansteckung ausgesetzt waren und die Weiterverbreitung vermitteln können, vgl § 1 AbsonderungsV RGBI 1915/39 idF BGBl II 2020/21.

¹⁷⁷ Zu der Frage nach der Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung im Homeoffice verweise ich auf Kapitel 4.1.4 „Homeoffice für die Dauer der Absonderung“.

Erwerbsbehinderung und in weiterer Folge ein Verdienstentgang ein. Der Arbeitnehmer hat gem § 32 Abs 3 EpiG einen Vergütungsanspruch.

Aus dem Umstand, dass ein durch die behördliche Maßnahme verursachter Verdienstentgang Voraussetzung für den Vergütungsanspruch ist, kann geschlossen werden, dass Arbeitnehmern für Absonderungen während Zeiten, in denen sie bereits aus anderen Gründen keinen bzw nur einen verringerten Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben, kein bzw ein nur im verringerten Umfang gebührender Vergütungsanspruch zusteht. Zu denken ist etwa an Konstellationen, in denen ein Arbeitnehmer während einer Karenz bzw während eines Krankenstandes, in dem er keinen Entgeltfortzahlungsanspruch mehr gegenüber seinem Arbeitgeber hat, abgesondert wird. Beginnt jedoch für einen sich im „entgeltfreien“ Krankenstand befindlichen Arbeitnehmer während der Absonderung ein neues Arbeitsjahr und steht ihm daher wieder ein neues Entgeltfortzahlungskontingent zur Verfügung,¹⁷⁸ gebührt ihm ab diesem Zeitpunkt wieder ein Vergütungsanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG.¹⁷⁹

Hat also die Entgeltkürzung bzw der Entfall des Entgelts bereits eine andere Ursache als die behördliche Absonderung, so gebührt für den Zeitraum der Absonderung kein bzw nur ein entsprechend verringerter Vergütungsanspruch, da die behördliche Absonderung für den Verdienstentgang gerade nicht kausal war. Es wäre nicht einzusehen, wenn allein die Absonderung die abgesonderte Person besserstellen würde als eine nicht abgesonderte Person in einer ansonsten identischen Ausgangslage.

Gleiches gilt mE daher auch für Konstellationen, in denen Arbeitnehmer ihren Entgeltfortzahlungsanspruch durch schuldhaftes Verhalten verwirkt haben. Erkrankt bspw ein Arbeitnehmer nach der Teilnahme an einer „Corona-Party“ an COVID-19, wurde der Krankenstand grob fahrlässig herbeigeführt. Durch den selbstverschuldeten Krankenstand ist der Arbeitgeber nicht zur Entgeltfortzahlung an den Arbeitnehmer verpflichtet. Wird der Arbeitnehmer in weiterer Folge auch gem § 7 EpiG behördlich abgesondert, gebührt ihm kein Vergütungsanspruch, da die behördliche Absonderung für den Verdienstentgang nicht kausal war.¹⁸⁰

Durch dieses Beispiel lässt sich gut veranschaulichen, dass zwar der Vergütungsanspruch des § 32 EpiG ein verschuldensunabhängiger ist, der Verschuldenskomponente allerdings

¹⁷⁸ Vgl *Drs* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ AngG § 8 Rz 98/1.

¹⁷⁹ Vgl dazu auch *Spitzl*, *ecolex* 2021, 288 (289).

¹⁸⁰ IdS vgl auch *Spitzl*, *ecolex* 2021, 288 (291).

insofern Beachtung zukommt, als die behördliche Maßnahme nur dann kausal für den Vermögensnachteil war, wenn und soweit auch ohne verfügte Absonderung ein Entgeltfortzahlungsanspruch bestanden hätte – idR wird aber ein Entgeltfortzahlungsanspruch am Verschulden scheitern.

Diese These wird auch durch das in § 32 Abs 3 EpiG mittels Verweises auf das regelmäßige Entgelt iSd EFZG zum Ausdruck gebrachte fiktive Ausfallsprinzip bei Berechnung des Vergütungsanspruchs gestützt.¹⁸¹ Danach bemisst sich das fortzuzahlende Entgelt nach dem am Beginn der Dienstverhinderung zu erwartenden Verdienstaussfall.¹⁸²

Im Ergebnis ist *Gerhartl*¹⁸³ daher zuzustimmen, wonach das Verschulden – indirekt – auch im Anwendungsbereich des EpiG eine Rolle spielt.

Speziell bei Bearbeitung dieses Themenblocks wurde die Diskrepanz zwischen akademischen Überlegungen und der Handhabung in der Praxis besonders deutlich. Wie eben dargestellt, müsste für die Anwendbarkeit des § 32 EpiG eigentlich geprüft werden, ob die behördliche Maßnahme für den Verdienstentgang kausal war oder der Arbeitnehmer seinen Entgeltanspruch aufgrund eines schuldhaften Handelns bereits zuvor verwirkt hatte, sodass ein Verdienstentgang in weiterer Folge gar nicht mehr eintreten konnte. Eine derartige Überprüfung durch die Behörden erfolgt in der Praxis jedoch nicht und ist aufgrund der Antragsflut und der schwierigen Nachweisbarkeit eines vorangegangenen Verschuldens wohl kaum realisierbar. Vor dem Hintergrund, dass keine behördliche Überprüfung erfolgt, sind Arbeitgeber verständlicherweise dazu geneigt, die näheren Umstände der behördlichen Absonderung nicht zu hinterfragen, sondern relativ risikolos das Entgelt weiter fortzuzahlen und im Nachhinein einen Vergütungsantrag zu stellen. Auch Arbeitnehmer, für deren Verdienstentgang die Absonderung nicht kausal war, werden keine Einwände gegen diese Vorgangsweise erheben.

2.4.3 Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 32 Abs 3 EpiG

§ 32 Abs 3 EpiG sieht für Personen, die in einem Dienstverhältnis stehen, eine eigene Anspruchsberechnung und -abwicklung vor. Danach stehen diesen Personen für den durch eine Maßnahme nach § 32 Abs 1 leg cit verursachten Verdienstentgang ein Vergütungsanspruch gegenüber dem Bund zu. Dies gilt seit der Nov BGBl I 2021/23 sinngemäß auch für die Zeit einer selbstüberwachten Heimquarantäne, die bei Vorliegen

¹⁸¹ Vgl *Spitzl*, ecolex 2021, 288 (291).

¹⁸² *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ EFZG § 3 Rz 4.

¹⁸³ *Gerhartl*, ASoK 2020, 362 (366 sowie 368).

eines positiven Testergebnisses nach Durchführung eines SARS-CoV-2-Antigentests zur Eigenanwendung bis zum Vorliegen des Testergebnisses der Nachtestung unverzüglich anzutreten ist (vgl § 3b EpiG).

Es ist nicht vorgesehen, dass Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch selbst gegenüber der Behörde geltend machen,¹⁸⁴ sondern haben Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern zunächst die Vergütung auszus zahlen. Mit Auszahlung geht der Anspruch auf Vergütung gegenüber dem Bund kraft Legalzession auf den Arbeitgeber über.

In diesem Zusammenhang ist das Erkenntnis des VwGH¹⁸⁵ aus dem Jahr 1984 zu erwähnen, aus welchem hervorgeht, dass die Vergütung für den Verdienstentgang des Arbeitnehmers gem § 32 EpiG nicht mit arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen vergleichbar ist. Bei Vergütungsansprüchen des Arbeitnehmers nach dem EpiG fungiert der Arbeitgeber lediglich als auszahlende Stelle für eine Verpflichtung des Bundes gegenüber dem Arbeitnehmer.¹⁸⁶

2.4.3.1 Berechnung des Vergütungsanspruchs

Die Höhe der Vergütung ist nach dem regelmäßigen Entgelt iSd Entgeltfortzahlungsgesetzes, BGBl I 1974/399, zu bemessen. § 32 Abs 3 EpiG differenziert nicht zwischen unterschiedlichen Arbeitnehmergruppen, sondern verweist für alle Arbeitnehmer pauschal auf die Bestimmungen des EFZG. Diese Bestimmungen sind daher für die Berechnung der Höhe des Vergütungsanspruchs unselbstständig Erwerbstätiger immer heranzuziehen, unabhängig davon, welches Arbeits- oder Dienstrecht für das konkrete Arbeitsverhältnis relevant ist.¹⁸⁷ Nach *Keisler/Hummelbrunner*¹⁸⁸ kommen die Ausnahmebestimmungen des § 1 Abs 2 bis 4 EFZG daher nicht zur Anwendung, dies mE auch schon aus dem Grund, da § 32 Abs 3 EpiG explizit auf das regelmäßige Entgelt im Sinne des EFZG verweist, welches in § 3 EFZG geregelt ist, und nicht auf sämtliche Bestimmungen des EFZG.

§ 3 EFZG regelt die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts. Als regelmäßiges Entgelt gilt das Entgelt, das dem Arbeitnehmer gebührt hätte, wenn keine Arbeitsverhinderung eingetreten wäre (§ 3 Abs 3 EFZG).

¹⁸⁴ Vgl *Keisler/Hummelbrunner* in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 1 Rz 144 (Stand 29.1.2021, rdb.at); *Höfle/Platzer*, Vergütungsanspruch des Arbeitgebers nach dem Epidemiegesetz bei Quarantäne des Arbeitnehmers, ASoK 2020, 402 (404).

¹⁸⁵ VwGH 29.03.1984, 84/08/0043.

¹⁸⁶ Vgl *Höfle/Platzer*, ASoK 2021, 12 (12).

¹⁸⁷ Vgl *Keisler/Hummelbrunner* in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 1 Rz 144 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

¹⁸⁸ Vgl *Keisler/Hummelbrunner* in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 1 Rz 144 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

Der Bemessung des fortzuzahlenden Entgelts ist der weite arbeitsrechtliche Entgeltbegriff zugrunde zu legen. Der Entgeltbegriff umfasst sämtliche Leistungen, die der Arbeitnehmer für die Zurverfügungstellung seiner Arbeitskraft vom Arbeitnehmer erhält bzw die ihm dafür zustehen.¹⁸⁹ Zu berücksichtigen sind daher neben dem laufenden Lohn bzw Gehalt auch noch die übrigen Leistungen, wie bspw die Sonderzahlungen.¹⁹⁰ Obwohl Sonderzahlungen eine Form des aperiodischen Entgelts sind, dh, mit abweichenden Fälligkeitsterminen, zählen sie anteilig zum „laufenden Entgelt“.¹⁹¹

Auch wenn durch den Verweis des § 32 Abs 3 EpiG auf das regelmäßige Entgelt iSd EFZG mE klar sein müsste, dass in den Vergütungsanspruch auch die (aliquoten) Sonderzahlungsanteile mit einzubeziehen sind,¹⁹² stieß man in der Praxis diesbezüglich auf Schwierigkeiten. Mittels Erlasses¹⁹³ des BMSGPK wurden die Bezirksverwaltungsbehörden dazu angewiesen, Sonderzahlungsanteile nur dann zu erstatten, wenn diese tatsächlich geleistet wurden.

Im Erlass wurde dazu Folgendes ausgeführt: *„Nach § 3 Abs. 3 EFZG gilt als regelmäßiges Entgelt das dem Arbeitnehmer ohne Arbeitsverhinderung gebührende Entgelt. Die Vergütung umfasst daher jenen Betrag, den der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ausbezahlt hat (dies beinhaltet etwaige Sonderzahlungen, Provisionen oder Zulagen). Hierbei ist auf die tatsächlich geleistete Zahlung abzustellen, so dass auch Sonderzahlungen zu vergüten sind. Im Rahmen der Berechnung hat eine taggenaue Abgrenzung zu erfolgen.“*

Zwar wird vom BMSGPK nicht bestritten, dass Sonderzahlungen grds zum regelmäßigen Entgelt zählen, allerdings wird eine Erstattung seitens des BMSGPK der (anteiligen) Sonderzahlungen nur bejaht, wenn diese tatsächlich geleistet wurden. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass Erlässen die Rechtsqualität genereller Weisungen zukommt, die allerdings lediglich geeignet sind, die Behörden, nicht aber die Gerichte zu binden.¹⁹⁴

¹⁸⁹ OGH 4 Ob 60/83 RdW 1984, 318 = Arb 10355; Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ EFZG § 3 Rz 9 mwN.

¹⁹⁰ Rauch, EFZG² § 3 Anm 2.2.3; Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ EFZG § 3 Rz 10.

¹⁹¹ OGH 8 ObA 11/08p infas 2008, A 72 = ASoK 2008, 429 (krit Sundl) = DRdA 2008, 44 (Chlestil/Keul/Peyrl/Weissensteiner).

¹⁹² Vgl dazu auch Höfle/Platzer, ASoK 2020, 402 (405); Spitzl, ecolex 2021, 288 (290).

¹⁹³ Erlass des BMSGPK v 20.07.2020, 2020-0.406.069, COVID 19, Kostentragung des Bundes gemäß EpG 1950 – 2. Erlass: Vollziehung der Berechnung des Verdienstentgangs gemäß EpG 1950, 1.

¹⁹⁴ UVS Oberösterreich 10.02.2003, VwSen-590048/2/Gf/Gam.

Die KSW hat anhand von Beispielen eine Anfrage an das BMSGPK gerichtet, um zu eruieren, wie und ob Sonderzahlungen vor dem Hintergrund des oben zitierten Erlasses bei der Ermittlung des Verdienstentgangs nach § 32 Abs 3 EpiG zu berücksichtigen sind.¹⁹⁵

Ergebnis der Anfrage war ua, dass eine Vergütung für Sonderzahlungen nur dann zustehe, wenn eine der beiden Sonderzahlungen, in jenem Monat geleistet wird, in dem der Arbeitnehmer abgesondert wurde. Das BMGSPK begründete diese Berechnungsmethode damit, dass der Anspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Bund mit dem Zeitpunkt der Auszahlung auf den Arbeitgeber übergehe. Voraussetzung für den Übergang des Anspruchs sei somit die tatsächliche Auszahlung. Das BMSGPK ging von einem Stichtagsprinzip aus, das vom Zufall geprägt ist – Sonderzahlungen werden lediglich dann vergütet, wenn die Absonderung zufällig in den Monat der Auszahlung fällt.¹⁹⁶

Des Weiteren schien nach Ansicht des BMSGPK grds die kollektivvertraglich festgelegte Fälligkeit der Sonderzahlung ausschlaggebend zu sein. Wurden Sonderzahlungen iSe Besserstellung zu früheren als den kollektivvertraglich vorgegebenen Terminen ausgezahlt, kam es für die Einbeziehung der Sonderzahlungen in den Vergütungsanspruch darauf an, ob die Auszahlung zu diesem Termin der betrieblichen Übung entsprach.¹⁹⁷ Im Umkehrschluss daraus folgt, dass eine einmalige frühere, nicht der betrieblichen Übung entsprechende Auszahlung der Sonderzahlung, nicht zu vergüten wäre, selbst wenn die Absonderung in den Monat der Auszahlung fallen würde. Diese Ansicht widerspricht mE wiederum dem an sich schon unsachlichen Stichtagsprinzip und der dahinterstehenden Begründung.

Aus der Beantwortung der Berechnungsbeispiele ging hervor, dass das BMGSPK die anteiligen Sonderzahlungen (dh, Urlaubs- und Weihnachtsgeld), dann in den Vergütungsanspruch miteinbezog, wenn eine der beiden Sonderzahlungen in jenem Monat geleistet wurde, in den die Absonderung fiel.¹⁹⁸ Auch dies widerspricht mE der Logik des Stichtagsprinzips und dürfte konsequenterweise nur das anteilige Urlaubs- oder Weihnachtsgeld ersetzt werden.

Der Wortlaut des Erlasses ließ zunächst die Vermutung zu, dass Sonderzahlungen, die im Absonderungsmonat ausgezahlt wurden, in voller Höhe beim Vergütungsanspruch zu berücksichtigen wären. Die Anfrage beim BMSGPK hat allerdings ergeben, dass die

¹⁹⁵ Vgl dazu ausführlich Höfle/Platzer, ASoK 2020, 402 (406f).

¹⁹⁶ Höfle/Platzer, ASoK 2020, 402 (407).

¹⁹⁷ Höfle/Platzer, ASoK 2020, 402 (408).

¹⁹⁸ Höfle/Platzer, ASoK 2020, 402 (407f).

Sonderzahlungen nur im Ausmaß der Dauer der Absonderung zu ersetzen wären. Wurde ein Arbeitnehmer bspw 14 Tage abgesondert, umfasste der Ersatzanspruch die aliquoten Sonderzahlungen von 14 Tagen.¹⁹⁹ Hinsichtlich dieses Aspekts ist der Ansicht des BMSGPK zuzustimmen, da der volle Ersatz der Sonderzahlungen zu einer nicht gerechtfertigten Bereicherung des Arbeitgebers führen würde.

Ebenfalls zuzustimmen ist der Ansicht, dass es für den Ersatz der aliquoten Sonderzahlungen nicht darauf ankomme, ob die Auszahlung tatsächlich während der Absonderung erfolgt. Vielmehr genügt es, dass die Absonderung in jenen Kalendermonat fällt, in dem die Sonderzahlung fällig ist. Wurde ein Arbeitnehmer vom 4. bis zum 15. Mai abgesondert, schadet es für die Einbeziehung der anteiligen Sonderzahlungen nicht, wenn die Auszahlung erst am 29. Mai erfolgt. Strenggenommen, ging das BMSGPK somit von einem Stichtagsmonat aus.²⁰⁰

Insgesamt halte ich das dem Erlass zugrunde gelegte Stichtagsprinzip bzw den Stichtagsmonat nicht für überzeugend. Einerseits entscheidet durch die Anknüpfung an die Auszahlung im Absonderungsmonat der reine Zufall darüber, ob Sonderzahlungen zu ersetzen sind. Andererseits verweist § 32 Abs 3 EpiG explizit auf das regelmäßige Entgelt im Sinne des EFZG – daraus geht mE klar hervor, dass der Gesetzgeber in jedem Fall (zumindest anteilige) Sonderzahlungen in den Vergütungsanspruch miteinbeziehen wollte – unabhängig von deren Fälligkeit. Das Abstellen auf die Fälligkeit bzw die Auszahlung der Sonderzahlungen ist auch vor dem Hintergrund, dass Sonderzahlungen als aperiodische Entgeltansprüche zum laufenden Entgelt zählen,²⁰¹ zu verneinen, vielmehr müsste meiner Ansicht nach geprüft werden, ob Arbeitnehmer im Absonderungsmonat grds einen (wenn auch noch nicht fälligen) Anspruch auf Sonderzahlungen hätten.²⁰² Darüber hinaus scheint das BMSGPK selbst das Stichtagsprinzip, wie bereits oben dargelegt,²⁰³ nicht konsequent zu befolgen – diese unbegründete Inkonsistenz verstärkt mE den ohnehin bereits aufgrund des Stichtagsprinzips bestehenden Anschein der Willkür.

¹⁹⁹ Höfle/Platzer, ASoK 2020, 402 (408).

²⁰⁰ Höfle/Platzer, ASoK 2020, 402 (408).

²⁰¹ OGH 8 ObA 11/08p infas 2008, A 72 = ASoK 2008, 429 (krit Sendl) = DRdA 2008, 44 (Chlestil/Keul/Peyrl/Weissensteiner).

²⁰² Arbeitnehmer haben dann Anspruch auf Sonderzahlungen in voller Höhe, wenn ein Entgeltfortzahlungsanspruch in voller Höhe besteht vgl OGH 9 ObA 135/14i ASoK 2015, 199 (Shubshizky) = ASoK 2016, 39 (Marhold-Weinmeier) = ZAS-Judikatur 2015/56 (Schörghofer) = ecolex 2015/201 (Windisch-Graetz).

²⁰³ Ersatz beider Sonderzahlungen, sobald eine der beiden in den Absonderungsmonat fällt; Abweichungen von der kollektivvertraglichen bzw arbeitsvertraglichen Fälligkeit sind nur zulässig, wenn es sich um eine betriebliche Übung handelt.

In der Rsp zum EpiG lassen sich folgende Argumente gegen die Erstattung der (anteiligen) Sonderzahlungen finden. So hat der UVS Oberösterreich²⁰⁴ entschieden, dass Sonderzahlungen nur in jenem Ausmaß beim Vergütungsanspruch berücksichtigt werden könnten, in dem der Arbeitgeber sie im Falle einer entgeltfreien Zeit hätte kürzen können. Darüber hinaus könne aufgrund des Wortlauts des § 32 Abs 3 EpiG ein Anspruch auf Vergütung nur in der Höhe auf den Arbeitgeber übergehen, in der der Betrag tatsächlich ausbezahlt wurde.

In einer erst kürzlich ergangenen E des LVwG Oberösterreich²⁰⁵ zum Vergütungsanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG wurde die Einbeziehung der Sonderzahlungsanteile in den Vergütungsanspruch ebenfalls unter Bezugnahme auf den Wortlaut des § 32 Abs 3 leg cit, wonach der Anspruch auf Vergütung in der Höhe übergehe, die tatsächlich ausbezahlt wurde, verneint.

*Spitzl*²⁰⁶ kritisiert hier zu Recht, dass das LVwG Oberösterreich in unzulässiger Weise die Frage, für welchen Zeitraum die Entgeltleistung gebühre, mit der Frage der Fälligkeit der Entgeltleistung vermische. Es komme seines Erachtens nicht darauf an, ob die Sonderzahlung zufällig im Zeitraum der Absonderung fällig wäre und somit ausbezahlt würde, sondern vielmehr ob für jenen Zeitraum solche aperiodischen Entgeltansprüche gebühren.

In einer rund eineinhalb Monate später ergangenen E des LVwG Wien²⁰⁷ hat das Gericht zur Frage, ob aliquote Sonderzahlungen auch dann in den Vergütungsanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG miteinzubeziehen sind, ohne dass die Sonderzahlungen im Absonderungsmonat zur Auszahlung gebracht wurden, folgende Ansicht vertreten:

„Vor diesem Hintergrund vertritt das Verwaltungsgericht Wien die Auffassung, dass Sonderzahlungen – sofern dem Dienstnehmer auf Grund von Kollektivvertrag, Arbeitsvertrag oder Gesetz ein Anspruch darauf eingeräumt ist und sie dem Dienstnehmer tatsächlich geleistet wurden – unter den Begriff des regelmäßigen Entgelts iSd § 3 Abs. 2 EFZG iVm § 32 Abs. 3 EpiG fallen. Im Beschwerdefall hatte der Dienstnehmer im Absonderungszeitraum Anspruch auf aliquote Leistung der Urlaubs- und der Weihnachtssonderzahlung. Dass diese Sonderzahlungen nicht im Monat der Absonderung, sondern erst im Juni 2020 bzw. November 2020 ausbezahlt wurden, ist für den Bestand des

²⁰⁴ UVS Oberösterreich 02.08.2004, VWSen-590067/4/Ste.

²⁰⁵ LVwG Oberösterreich 15.12.2020, LVwG-751121/2/MB/MAH.

²⁰⁶ *Spitzl*, Entgeltanspruch bei Quarantänemaßnahmen, *ecolex* 2021, 288 (289).

²⁰⁷ LVwG Wien 04.02.2021, VGW-101/032/16118/2020.

Vergütungsanspruchs nicht weiter relevant, weil sich die in diesen Monaten ausbezahlten Sonderzahlungen unzweifelhaft auch auf den Absonderungszeitraum bezogen und diesem verrechnungstechnisch aliquot zuzuordnen sind.“ [Hervorhebung durch Dissertantin]

Das Erkenntnis des LVwG Wien ist im Sinne oben geäußelter Kritik sehr begrüßenswert und ließ hoffen, dass dies eine Wende in der Vollzugspraxis der Bezirksverwaltungsbehörden bedeutet.

Das am 24.06.2021 ergangene Erkenntnis des VwGH ²⁰⁸ brachte zur Frage der Berücksichtigung von Sonderzahlungen bei der Vergütung des Verdienstentgangs nach § 32 EpiG die dringend benötigte Rechtssicherheit. Der VwGH führte aus, dass Sonderzahlungen eine Form des „*aperiodischen Entgelts*“ darstellen, die der Abgeltung der „*Tag für Tag*“ geleisteten Arbeit dienen. ²⁰⁹ Demnach sind Sonderzahlungen unabhängig davon zu vergüten, ob eine Auszahlung der Sonderzahlung im Monat der behördlichen Absonderung erfolgte.

Arbeitgebern sind neben dem an die Arbeitnehmer geleisteten Entgelt nach § 32 Abs 3 letzter Satz EpiG auch die vom Arbeitgeber zu entrichtenden Dienstgeberanteile in der gesetzlichen Sozialversicherung und der Zuschlag gem § 21 Bauarbeiterurlaubsgesetz zu ersetzen. Dabei handelt es sich um eine taxative Aufzählung. ²¹⁰

Nach Ansicht des BMSGPK ²¹¹ seien unter den vom Arbeitgeber zu entrichtenden Dienstgeberanteil lediglich die in § 51 ASVG genannten Beiträge zur Kranken-, Unfall- und Pensionsversicherung zu verstehen. Nicht vom Vergütungsanspruch des Arbeitgebers umfasst seien der Dienstgeberbeitrag zur Arbeitslosenversicherung, die Nebenbeiträge nach dem IESG ²¹², der Wohnbauförderungsbeitrag sowie Beiträge nach dem BMSVG ²¹³.

Diese restriktive Interpretation des BMSGPK wurde in der Lit bereits stark kritisiert. ²¹⁴ So kommt *Spitzl* zu dem Ergebnis, dass der Dienstgeberbeitrag zur Arbeitslosenversicherung sowie der als Zuschlag zum Dienstgeberanteil am Arbeitslosenversicherungsbeitrag zu

²⁰⁸ VwGH 24.06.2021, Ra 2021/09/0094.

²⁰⁹ VwGH 24.06.2021, Ra 2021/09/0094 Rz 21.

²¹⁰ VwGH 29.03.1984, 84/08/0043.

²¹¹ Erlass des BMSGPK v 20.07.2020, 2020-0.406.069, COVID 19, Kostentragung des Bundes gemäß EpG 1950 – 2. Erlass: Vollziehung der Berechnung des Verdienstentgangs gemäß EpG 1950, 2.

²¹² Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz BGBl 1977/324.

²¹³ Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz BGBl I 2002/100.

²¹⁴ *Höfle/Platzer*, Abgabepflicht der Entgeltzahlung nach dem Epidemiegesetz bei Quarantäne des Arbeitnehmers. Interpretation als Entschädigung des Bundes und nicht als Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers, ASoK 2021, 12 (18); *Spitzl*, *ecolex* 2021, 288 (291).

entrichtende IESG-Beitrag vom Vergütungsanspruch umfasst seien. Er begründet dies damit, dass § 32 Abs 3 EpiG generell auf die Dienstgeberanteile in der gesetzlichen Sozialversicherung abstelle. Hätte der Gesetzgeber gewollt, dass lediglich die Dienstgeberbeiträge nach dem ASVG ersetzt werden sollten, hätte er dies leicht durch eine explizite Bezugnahme auf das ASVG klarstellen können – was jedoch gerade nicht passiert sei. Darüber hinaus waren schon damals bei der Einführung des noch heute geltenden § 32 Abs 3 EpiG im Jahre 1974, nicht alle Dienstgeberbeiträge in der gesetzlichen Sozialversicherung im ASVG geregelt, und gab es schon damals eine paritätische Finanzierung der Arbeitslosenversicherungsbeiträge durch Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Vielmehr spreche die Bezugnahme des § 32 Abs 3 EpiG auf die Dienstgeberanteile in der gesetzlichen Sozialversicherung dafür, dass darunter jene Dienstgeberbeiträge zu verstehen seien, die in den auf den Kompetenztatbestand Sozialversicherungswesen gestützten Gesetzesregelungen vorgesehen sind – wozu der nunmehr im AMPFG²¹⁵ geregelte Dienstgeberbeitrag zur Arbeitslosenversicherung sowie der zu entrichtende IESG-Beitrag zählen. Auch *Kraft*²¹⁶ kommt zu dem Ergebnis, dass die Arbeitslosenversicherungsbeiträge als vergütungsfähige Sozialversicherungsbeiträge iSd § 32 Abs 3 EpiG zu werten seien.

Durch den Sondertatbestand des § 11 Abs 3 lit d ASVG wird ein Fortbestehen der Pflichtversicherung für Arbeitsunterbrechungen aufgrund von Maßnahmen nach dem EpiG auch ohne Entgeltzahlung normiert. An das Fortbestehen der Pflichtversicherung knüpfen auch die Arbeitslosenversicherungspflicht sowie die Verpflichtung zur Entrichtung des IESG-Beitrags und des Wohnbauförderungsbeitrags an.²¹⁷ In Anbetracht des Umstandes, dass der VwGH in seinem Erkenntnis klar zum Ausdruck gebracht hat, dass es sich bei der Vergütung für den Verdienstentgang des Arbeitnehmers nach dem EpiG um eine Verpflichtung des Bundes handelt, für die der Arbeitgeber nur als auszahlende Stelle dient, stößt nach *Höfle/Platzer*²¹⁸ die restriktive Interpretation des BMSGPK auf großes Unverständnis.

Der Vergütungsanspruch des Arbeitgebers nach § 32 EpiG umfasst keine Lohnnebenkosten. Dies allerdings aus dem Grund, da für den Zeitraum der Erwerbsbehinderung eines Dienstnehmers durch Maßnahmen nach § 32 Abs 1 EpiG keine Abgabepflicht besteht. Es handelt sich nämlich bei dem Vergütungsbetrag nach

²¹⁵ Arbeitsmarktpolitik-Finanzierungsgesetz BGBl 1994/315.

²¹⁶ *Kraft*, Umfasst die Vergütung gemäß § 32 Epidemiegesetz auch die Arbeitslosenversicherungsbeiträge? ARD 6787/4/2022 (6).

²¹⁷ *Höfle/Platzer*, ASoK 2021, 12 (13f).

²¹⁸ *Höfle/Platzer*, ASoK 2021, 12 (18).

§ 32 EpiG nicht um Entgelt (Arbeitslohn iSd § 41 Abs 3 FLAG 1967²¹⁹),²²⁰ sodass für diese Vergütung kein Dienstgeberbeitrag zum FLAG und in weiterer Folge auch kein Zuschlag zum Dienstgeberbeitrag abzuführen sind. Aufgrund des im Wesentlichen gleichen Wortlauts des § 5 Abs 1 KommStG²²¹ zu § 41 Abs 3 FLAG 1967 fällt auch keine Kommunalsteuer an.²²²

2.4.4 Anrechnungsbestimmungen gem § 32 Abs 5 EpiG

Nach § 32 Abs 5 EpiG sind auf den gebührenden Vergütungsbetrag Beträge anzurechnen, die dem Vergütungsberechtigten wegen einer solchen Erwerbsbehinderung nach sonstigen Vorschriften oder Vereinbarungen sowie aus einer anderweitigen während der Zeit der Erwerbsbehinderung aufgenommenen Erwerbstätigkeit zukommen.

Fraglich ist, ob unter die anrechenbaren Beträge alle anderen Entgeltfortzahlungsbestimmungen zu subsumieren sind, was dazu führen würde, dass der Entschädigungsanspruch nach dem EpiG zu den, die Arbeitgeber sonst treffenden Entgeltfortzahlungsansprüchen, subsidiär wäre. Diese Frage wird ausführlich an anderer Stelle behandelt.²²³

2.4.5 Antragstellung

Grds ist der Anspruch auf Vergütung des Verdienstentganges gem § 32 EpiG binnen sechs Wochen vom Tage der Aufhebung der behördlichen Maßnahmen bei der Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Bereich diese Maßnahmen getroffen wurden, geltend zu machen, widrigenfalls der Anspruch erlischt (§ 33 EpiG). Am 07.07.2020 wurde mit § 49 EpiG eine Sonderbestimmung für die Dauer der Pandemie mit SARS-CoV-2 in das EpiG eingefügt, die am 08.07.2020 in Kraft trat.²²⁴ Danach ist abweichend von § 33 leg cit der Anspruch auf Vergütung des Verdienstentganges, der aufgrund einer wegen des Auftretens von SARS-CoV-2 ergangenen behördlichen Maßnahme besteht, binnen drei Monaten vom Tag der Aufhebung der behördlichen Maßnahme bei der Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Bereich diese Maßnahme getroffen wurde, geltend zu machen. Bereits vor Inkrafttreten dieser Bestimmung laufende und abgelaufene Fristen begannen mit 08.07.2020 neu zu laufen.

²¹⁹ Familienlastenausgleichsgesetz 1967 BGBl 1967/376.

²²⁰ VwGH 29.03.1984, 84/08/0043.

²²¹ Kommunalsteuergesetz 1993 BGBl 1993/819.

²²² Höfle/Platzer, ASoK 2021, 12 (16).

²²³ Siehe dazu Kapitel 2.5 „Verhältnis von § 32 EpiG zu arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen“.

²²⁴ BGBl I 2020/62.

Die Verlängerung der Frist zur Geltendmachung von sechs Wochen auf drei Monate sollte der Erleichterung für die Betroffenen dienen. Auch bereits laufende oder abgelaufene Fristen begannen mit Inkrafttreten des § 49 EpiG neu zu laufen, sodass auch jenen Betroffenen Erleichterung zukam, deren Frist bereits abgelaufen war.²²⁵

Bei der Antragsfrist nach § 33 EpiG handelt es sich um eine materiellrechtliche Fallfrist, sodass der Antrag spätestens am letzten Tag der Frist bei der Behörde eingelangt sein muss, ansonsten der Anspruch erlischt. Die Tage des Postenlaufes sind nicht in die Frist einzurechnen.²²⁶ Da die Antragsfrist des § 33 EpiG für die Dauer der Pandemie mit SARS-CoV-2 von der Sonderbestimmung des § 49 leg cit verdrängt wird, die inhaltlich jedoch nur eine längere Antragsfrist für aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 verhängte Maßnahmen nach § 32 EpiG vorsieht, ist davon auszugehen, dass es sich bei dieser Antragsfrist ebenfalls um eine materiellrechtliche Fallfrist handelt.

Für die Geltendmachung des Anspruchs auf Verdienstentgang besteht kein österreichweites, einheitliches Antragsformular. Grds würde ein formloses Schreiben an die zuständige Bezirksverwaltungsbehörde mit folgendem Inhalt genügen: Bezeichnung als „Antrag auf Vergütung des Verdienstentganges gem § 32 Epidemiegesetz“, Bezeichnung der Firma, Name des Mitarbeiters, Zeitpunkt der Absonderung (ggf Bescheid über Absonderung), Zeitpunkt der Aufhebung der Absonderung (ggf Bescheid über Aufhebung), Nachweis der Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber an den Mitarbeiter (zB Lohnzettel oder Überweisung etc) und ggf auch über den Erhalt des Entgelts, Kontoverbindung des Unternehmens.²²⁷

Mittlerweile gibt es allerdings unterschiedlichste, von den Behörden selbst entwickelte Antragsformulare – wobei die Verwendung eines solchen Musters freiwillig ist.²²⁸ In der Praxis wurde diesbezüglich die Wahrnehmung gemacht, dass Behörden nur die von ihnen zur Verfügung gestellten Antragsformulare akzeptieren und Arbeitgeber, die nicht das vorgesehene Antragsformular verwendeten, dazu aufforderten, den Antrag erneut mit dem entsprechenden Formular zu stellen.²²⁹ Um den beantragten Vergütungsbetrag möglichst rasch zu erhalten, werden Arbeitgeber in der Praxis gut beraten sein, trotz fehlender

²²⁵ IA 622/A 27. GP 1.

²²⁶ Keisler/Hummelbrunner in Resch, Corona-HB^{1.04} Kap 1 Rz 149 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

²²⁷ Vgl Informationen der WKO, FAQ – Fragen und Antworten, <https://www.wko.at/service/faq-coronavirus-infos.html> (abgefragt am 17.03.2020).

²²⁸ Vgl Keisler/Hummelbrunner in Resch, Corona-HB^{1.04} Kap 1 Rz 147 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

²²⁹ Vgl dazu auch die Aufforderung des Landes Kärnten, wonach „[d]ie Anträge schriftlich über die nachfolgenden Formulare bei der jeweils zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde [...] einzubringen sind.“ https://katinfo.ktn.gv.at/Verdienstentgang_EpiG (abgefragt am 25.04.2021).

rechtlicher Verpflichtung, das von der jeweiligen Behörde bereitgestellte Antragsformular zu verwenden.

Die Bezirksverwaltungsbehörde entscheidet über geltend gemachte Ansprüche nach § 32 EpiG mit Bescheid (§ 36 Abs 2 EpiG). Dagegen kann das Rechtsmittel der Beschwerde an das Landesverwaltungsgericht erhoben werden.²³⁰

2.5 Verhältnis von § 32 EpiG zu arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen

Der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG gebührt ua bei der Absonderung eines Arbeitnehmers gem § 7 oder § 17 EpiG, bei Untersagung einer Erwerbstätigkeit gem § 17 EpiG, bei der Beschäftigung in einem gem § 20 EpiG beschränkten oder geschlossenen Unternehmen, bei der Verhängung einer Verkehrsbeschränkung gem § 24 EpiG über eine Ortschaft, in der Arbeitnehmer wohnen oder berufstätig sind.

Da in der Praxis am häufigsten Sachverhalte mit behördlichen Absonderungen gem § 7 EpiG erfolgten, wird im Folgenden der Fokus auf diese Quarantänemaßnahme gelegt.

Werden Arbeitnehmer gem § 7 oder § 17 EpiG behördlich abgesondert und ist die Erbringung der geschuldeten Tätigkeit im Homeoffice nicht möglich, etwa weil die Tätigkeit nicht geeignet ist, im Homeoffice erbracht zu werden oder weil es der Gesundheitszustand nicht zulässt, kommt es zum Unterbleiben der Arbeitsleistung. Die Absonderung kann dabei sowohl wegen einer Infektion oder einer Erkrankung an COVID-19 erfolgen als auch, weil die betreffende Person unter Verdacht steht, sich mit dem Coronavirus Sars-CoV-2 infiziert zu haben.

Untersucht wird im Folgenden, wie sich die arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüche zu dem, sich aus der behördlichen Verfügung ergebenden Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG verhalten.

2.5.1 Arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlung

Erkrankt ein Arbeitnehmer an COVID-19, liegt eine Arbeitsunfähigkeit vor, die zur Entgeltfortzahlung gem § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG führt.²³¹ Hat sich der Arbeitnehmer mit SARS-CoV-2 infiziert, ohne Symptome aufzuweisen, ist aufgrund des regelwidrigen Körperzustandes ebenfalls von einer Krankheit auszugehen, bei der sich die

²³⁰ Keisler/Hummelbrunner in Resch, Corona-HB^{1.04} Kap 1 Rz 47 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

²³¹ Vgl dazu auch Schrenk Friedrich/Schrenk Florian/Hitz, Entgeltfortzahlung in der "Corona-Krise" – denkbare arbeitsrechtliche Sachverhalte, ARD 6693/6/2020 (14).

Arbeitsunfähigkeit aus dem Ansteckungsrisiko für andere ergibt.²³² Ist die geschuldete Tätigkeit hingegen geeignet, im Homeoffice erbracht zu werden, ist mE auch bei symptomlosen Infektionen mangels Ansteckungsgefahr von keiner Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Werden Arbeitnehmer im Homeoffice tätig, gebührt ihnen in solchen Fällen das Entgelt als Gegenleistung für die Erbringung der Arbeitsleistung.²³³

Beim bloßen Verdacht einer Infektion, weil etwa der Arbeitnehmer im Inkubationszeitraum Kontakt mit einer mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infizierten Person hatte, liegt keine Krankheit vor.²³⁴ Zwar scheidet in einer derartigen Konstellation Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall aus, allerdings ist Entgeltfortzahlung wegen eines wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrundes denkbar. Behördliche Absonderungen nach dem EpiG gelten, allgemein anerkannt, als öffentlich-rechtliche Pflichten, währenddessen der Arbeitnehmer für eine verhältnismäßig kurze Zeit trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegenüber dem Arbeitgeber hat – sofern ihn kein Verschulden daran trifft.²³⁵

2.5.2 Epidemierechtlicher Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG

§ 32 EpiG sieht ua für Arbeitnehmer einen Entschädigungsanspruch für einen durch die Absonderung entstandenen Vermögensnachteil vor. Die Höhe des Vergütungsbetrags richtet sich nach dem regelmäßigen Entgelt iSd EFZG. Arbeitgeber haben zunächst den Vergütungsbetrag an die Arbeitnehmer zu leisten, deren Vergütungsanspruch dann im Wege der Legalzession auf die Arbeitgeber übergeht, sodass diese in weiterer Folge den Vergütungsanspruch gegenüber dem Bund geltend machen können.

2.5.3 Meinungsstand

Bei behördlich abgesonderten Arbeitnehmern kommen sohin zwei verschiedene Entgeltansprüche in Frage – der arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall oder im Falle eines wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrundes sowie der Vergütungsanspruch nach dem EpiG.²³⁶

Zur Frage, in welchem Verhältnis diese beiden Ansprüche zueinanderstehen, bestehen in der Lit unterschiedliche Meinungen. Die Diskussion um diese Frage wurde vor allem auch

²³² Drs in Resch, Corona-HB^{1.04} Kap 5 Rz 16 (Stand 29.1.2021, rdb.at); Windisch-Graetz, Arbeitsrecht¹¹ II 197; aA Gerhartl, ASoK 2020, 362 (367).

²³³ Siehe dazu ausführlich Kapitel 4.1.4 „Homeoffice für die Dauer der Absonderung?“.

²³⁴ Drs in Resch, Corona-HB^{1.04} Kap 5 Rz 16 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

²³⁵ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 137f; Holzer, DRdA 1970, 107 (117f).

²³⁶ Vgl Drs, Urlaubsrechtliche Fragen anlässlich der COVID-19-Pandemie, ASoK 2020, 282 (287).

durch den § 32 Abs 5 EpiG entfacht. Danach sind „auf den gebührenden Vergütungsbetrag [...] Beträge anzurechnen, die dem Vergütungsberechtigten wegen einer solchen Erwerbsbehinderung nach sonstigen Vorschriften oder Vereinbarungen sowie aus einer anderweitigen während der Zeit der Erwerbsbehinderung aufgenommenen Erwerbstätigkeit zukommen.“

Drs²³⁷ vertritt die Ansicht, dass mit „nach sonstigen Vorschriften“ alle anderen Entgeltfortzahlungsbestimmungen gemeint seien, sodass der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG und damit verbunden der Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nur subsidiär zustünden. Erst, wenn die in Betracht kommenden arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüche ausgeschöpft wären, hätten Arbeitnehmer gegenüber ihren Arbeitgebern Anspruch auf Vergütung nach § 32 EpiG.

Dullinger²³⁸ vertritt dieselbe Meinung. Er lehnt die Ansicht, wonach § 32 EpiG eine *lex specialis* gegenüber den übrigen arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen sei, ab und begründet dies mit dem eindeutigen Wortlaut des Abs 5 leg cit. In diesem Zusammenhang führt Dullinger auch aus, dass die Frage, welcher der beiden Ansprüche vorrangig ist, wegen des Kostenersatzes hauptsächlich für Arbeitgeber von Relevanz sei, für Arbeitnehmer jedoch nur von untergeordneter Bedeutung.

Auch Felten/Pfeil²³⁹ sind der Meinung, dass die Regelung des § 32 Abs 5 EpiG nichts anderes als eine Subsidiaritätsbestimmung sei und andere Ansprüche jenem auf Vergütung gem § 32 EpiG vorgingen. Dies kann durchaus auch bei Entgeltfortzahlungsansprüchen gegenüber dem Arbeitgeber, wie bspw bei einer COVID-19-Erkrankung der Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem § 2 EFZG bzw § 8 AngG, der Fall sein.

Mitschka²⁴⁰ kommt bei der Untersuchung des Verhältnisses vom Vergütungsanspruch nach dem EpiG zu den arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen zunächst zu dem Ergebnis, dass die Auslegungsregel *lex specialis derogat legi generali* bei genauerer Betrachtung nicht geeignet sei, das Verhältnis der beiden Ansprüche zueinander aufzuklären, da die Tatbestandsvoraussetzungen des Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG nicht dieselben seien wie jene nach § 2 EFZG bzw § 8 AngG, sodass die speziellere Norm

²³⁷ Drs in Resch, Corona-HB^{1.04} Kap 5 Rz 87 (Stand 29.1.2021, rdb.at); Drs, ASoK 2020, 282 (287).

²³⁸ Dullinger, ZAS 2021/3 (17).

²³⁹ Felten/Pfeil, Arbeitsrechtliche Auswirkungen der COVID-19-Gesetze – ausgewählte Probleme, DRdA 2020, 295 (303).

²⁴⁰ Mitschka, CuRe 2020/82.

nicht ermittelt werden könne.²⁴¹ Auch die Auslegungsregel *lex posterior derogat legi priori* sei ihres Erachtens zur Klärung der Frage nicht geeignet, da sich aufgrund der häufigen Novellierungen im Verhältnis des EpiG zu arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen nicht feststellen lasse, welche Gesetzesbestimmung klar als jüngere bzw. ältere gelte. Auch *Mitschka* verweist darüber hinaus auf § 32 Abs 5 EpiG und schließt aus der historischen Entstehungsgeschichte der Anrechnungsregel des § 32 Abs 5 EpiG, dass der Gesetzgeber für erkrankte Arbeitnehmer, die gem § 7 EpiG abgesondert wurden, lediglich einen Vergütungsanspruch gegen den Bund schaffen wollte, der zu anderen Entgeltfortzahlungsbestimmungen subsidiär sei. Sie begründet dies insb mit dem – zur ungefähr selben Zeit wie die erfolgte Novellierung des § 32 EpiG – in Kraft getretenen EFZG und dessen § 7.²⁴² Durch § 7 letzter S würden die anderen Vorschriften über die Entgeltfortzahlung (zB im KollV) für die Dauer der Entgeltfortzahlung derogiert.²⁴³

*Kietzbl/Wolf*²⁴⁴ führen iZm Betriebsschließungen und der Entgeltfortzahlungsbestimmung des § 1155 ABGB zur Regelung des § 32 Abs 5 EpiG aus, dass es sich dabei um eine allgemeine Anrechnungsregel handle, die bloß sicherstellen solle, dass es zu keinen Doppelliquidationen komme. Dies gelte für sämtliche in § 32 Abs 1 EpiG genannten Fälle. Der Entgeltanspruch nach § 1155 ABGB sei vom Wesen her zwar kein Betrag iSd § 32 Abs 5 EpiG, der „wegen“ der Erwerbsbehinderung zustehe, wie etwa Versicherungsleistungen, sondern vielmehr ein Beitrag der „trotz“ der Behinderung zustehe. Ein Ersatzanspruch nach § 32 EpiG komme aber schon deshalb nicht infrage, da bei Bestehen eines Entgeltanspruchs nach § 1155 ABGB es mangels Verdienstentgangs schon begrifflich an der Voraussetzung eines Ersatzanspruches fehle.

*Wiesinger*²⁴⁵ hingegen vertritt die Ansicht, dass der Anspruch nach § 32 EpiG anderen (arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen) Entgeltfortzahlungsansprüchen vorgehe und diese als *lex specialis* verdränge. *Trinko*²⁴⁶ teilt diese Ansicht. Er führt ergänzend aus, dass auch die Dauer der COVID-19-Erkrankung nicht auf den zeitlich begrenzten Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber angerechnet

²⁴¹ Ebenso *Schnabl*, COVID-19: Der Absonderungsbescheid und seine (arbeitsrechtlichen) Folgen, ZAS 2022/24 (160).

²⁴² EFZG BGBl 1974/399.

²⁴³ Drs in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 7 EFZG Rz 2 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

²⁴⁴ *Kietzbl/Wolf* in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 3 Rz 2/1 FN 6 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

²⁴⁵ *Wiesinger*, Arbeitsrechtliche Fragen zu Epidemien. Maßnahmen nach dem Epidemiegesetz – Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht, SWK 2020, 469 (472).

²⁴⁶ *Trinko*, Auslandsaufenthalte in Zeiten von COVID-19, DRdA-infas 2020, 384 (387).

werde. Es handle sich bei dem an den Arbeitnehmer ausgezahlten Vergütungsbetrag begrifflich nicht um Entgelt, sondern um eine auf öffentlich-rechtlichem Titel beruhende Entschädigung des Bundes, für die der Arbeitgeber in Vorlage tritt. *Stupar*²⁴⁷ sowie *Ghahramani-Hofer*²⁴⁸ sehen die Bestimmungen des EpiG ebenfalls als *leges speciales* an, die die arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen verdrängen.

Auch *Gerhartl*²⁴⁹ ist der Meinung, dass § 32 EpiG als speziellere Sachverhalte erfassende Norm, die § 1154b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG verdränge. Anders als bspw *Gruber-Risak*²⁵⁰ sieht er als allfälliges Hindernis dieser Auslegung nicht § 32 Abs 5 EpiG an, sondern dass § 32 Abs 1 EpiG einen durch die behördliche Absonderung verursachten Verdienstentgang voraussetze. Könne der Arbeitnehmer seine Entgeltfortzahlung auf eine andere Rechtsgrundlage stützen – etwa auf die Absonderung als einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund –, habe er keinen Verdienstentgang erlitten. Es stelle sich also die Frage, ob der Arbeitnehmer seinen Entgeltfortzahlungsanspruch zunächst auf § 1154b Abs 5 ABGB stützen müsse und erst nach Ablauf einer verhältnismäßig kurzen Zeit die weitere Entgeltfortzahlung während der Absonderung auf § 32 Abs 3 EpiG stützen könne. *Gerhartl* verneint dies aus Gründen der systematischen Betrachtung, da die Bestimmungen der wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründe als subsidiäre Auffangtatbestände konzipiert seien. § 32 Abs 3 EpiG schaffe jedoch einen originären Entgeltfortzahlungsanspruch, der § 1154b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 3 AngG daher voll inhaltlich vorgehe. Die in § 32 Abs 1 EpiG enthaltene Voraussetzung, wonach durch die behördliche Maßnahme ein Verdienstentgang eingetreten ist, sei damit zu begründen, dass nicht jede Absonderung zwingend zu einem Verdienstentgang führen müsse – zu denken sei etwa an Fälle, in denen die Arbeitsleistung im Homeoffice erbracht werden könne.

Hinsichtlich der Subsidiaritätsbestimmung des § 32 Abs 5 EpiG zeigt *Gruber-Risak*²⁵¹ anhand der historischen Entwicklung des EpiG auf, dass sich der Zweck des Ersatzes des Verdienstentgangs im Laufe der Zeit geändert habe. Mittlerweile gehe es nicht mehr um die Verarmungsbekämpfung aus humanitären Gründen, sondern um die Sicherung der

²⁴⁷ *Stupar*, „Quarantäne“ ohne Bescheid – arbeitsrechtliche Konsequenzen. Fragen aus der betrieblichen Praxis, ASoK 2021, 2 (2).

²⁴⁸ *Ghahramani-Hofer*, Dienstnehmer unter Corona-Verdacht: Was hat der Dienstgeber zu beachten und zu tun? PVP 2020/71 (305).

²⁴⁹ *Gerhartl*, ASoK 2020, 362 (363).

²⁵⁰ *Gruber-Risak*, Die Seuche, das Risiko und der Arbeitsvertrag. Reflexionen zu § 1155 ABGB aus Anlass der COVID-19-Pandemie, ÖJZ 2021/22 (168f).

²⁵¹ *Gruber-Risak*, ÖJZ 2021/22 (168f).

Kontinuität des Einkommens. Dies bewirke auch eine neue Risikoverteilung für den Einkommensentfall wegen behördlicher Maßnahmen bei Epidemien. Danach sollen behördliche Maßnahmen weder den Arbeitgeber noch den Arbeitnehmer belasten, sondern sich neutral auswirken. In § 32 Abs 5 EpiG sieht er vielmehr eine „ihrem Zweck beraubte willenslose Regelung, die weitgehend unerkannt durch die Rechtsordnung geistert, und endlich zur Ruhe gebracht werden sollte.“ Methodisch könnte dies seines Erachtens mit einer teleologischen Reduktion erfolgen, wobei es die schönere Lösung wäre, die Bestimmung formell aus dem Rechtsbestand zu entfernen. Insofern kommt er zu dem Ergebnis, dass das durch behördliche Maßnahmen entfallene Entgelt nach § 32 EpiG zu ersetzen sei, und zwar unabhängig davon, ob Arbeitgeber nach anderen Bestimmungen zur Entgeltfortzahlung verpflichtet wären.

*Spitzl*²⁵² kommt zum selben Ergebnis. Er stützt sich auf die Mat und führt dazu begründend aus, dass schon die vom Gesetzgeber ausdrücklich iSe bloßen Vorleistungspflicht für den Bund vorgesehene Leistungspflicht des Arbeitsgebers gegen die Subsidiarität des Vergütungsanspruchs sprechen würde. Darüber hinaus würden auch teleologische Überlegungen auf einen eigenständigen epidemierechtlichen Anspruch hindeuten, der als *lex specialis* allfälligen arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen vorgehe. Ein weiteres Argument für die Betrachtung des § 32 EpiG als *lex specialis* sei in § 11 Abs 3 lit d ASVG zu sehen, welcher normiert, dass die Pflichtversicherung auch für die Zeit einer Arbeitsunterbrechung auf Grund einer Maßnahme nach den §§ 7, 11, 17, 20, 22 oder 24 des Epidemiegesetz 1950 weiterbestehe. Daraus könne nach *Spitzl* geschlossen werden, dass der Gesetzgeber offenkundig davon ausgegangen sei, dass in den genannten Fällen des § 11 Abs 3 lit d ASVG kein Entgelt- bzw Entgeltfortzahlungsanspruch bestehe.

*Resch*²⁵³ vertritt ebenfalls die Ansicht, dass der originäre epidemierechtliche Anspruch auf Vergütung nach § 32 EpiG als *lex specialis* allfälligen anderen arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsvorschriften vorgehe. Er begründet dies einerseits mit dem aus der Entstehungsgeschichte des § 32 EpiG ableitbaren Normzweck, wonach aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer für ihren eigenen Einkommensausfall den Vergütungsanspruch hätten. Würde der Vergütungsanspruch allein deshalb wegfallen, weil eine arbeitsrechtliche Kostentragung den Schaden zwischen zwei epidemierechtlich Vergütungsberechtigten bloß verlagere,

²⁵² *Spitzl*, ecolex 2021/204 (289).

²⁵³ *Resch*, ecolex 2021/203 (287).

würde dies dem Zweck des Gesetzes zuwiderlaufen. Die Idee des § 32 EpiG sei vielmehr die Kostenübernahme durch den Bund, weil dieser die Maßnahme nach dem EpiG gesetzt habe. Andererseits würden auch die unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen des Vergütungsanspruchs nach § 32 EpiG und der arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen nach § 2 EFZG bzw § 8 AngG dafürsprechen, dass der Anspruch nach § 32 EpiG ein eigenständiger, von den arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen losgelöster Anspruch sei. Diese Ansicht teilen auch *Höfle/Platzer*²⁵⁴ die unter Bezugnahme auf ein Erkenntnis des VwGH²⁵⁵ aus dem Jahre 1984 darlegen, dass sich der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers nach dem EpiG grundlegend von jenen Fällen unterscheide, in denen Arbeitnehmern aufgrund des dem Arbeitsrecht zugrundeliegenden Schutzgedankens ein Entgeltanspruch trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung gebühre, wie bspw Zeiten einer Dienstverhinderung durch Krankheit oder wegen wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgründe.

Die WKO²⁵⁶, die AK²⁵⁷ sowie die ÖGK²⁵⁸ weisen in ihren Informationsportalen darauf hin, dass Arbeitgeber ihren abgesonderten Arbeitnehmern das Entgelt aufgrund des EpiG fortzuzahlen, Arbeitgeber jedoch in weiterer Folge einen Anspruch gegen den Bund auf Ersatz der Kosten hätten.

Im Erlass zur Berechnung des Verdienstentgangs²⁵⁹ führt das BMGPSK zum Verhältnis der Absonderung nach EpiG und der Arbeitsunfähigkeit nach ASVG aus, dass aufgrund der Absonderung nach dem EpiG offenkundig kein „normaler“ Entgeltfortzahlungsanspruch nach arbeitsrechtlichen Vorschriften bestehe, sondern der „besondere“ Vergütungsanspruch nach dem EpiG zur Anwendung komme. Gestützt werde diese Ansicht durch § 11 Abs 3 lit d ASVG, der den Weiterbestand der Pflichtversicherung für derartige Fälle ausdrücklich anordnet. Würde ein arbeitsrechtlicher Anspruch auf arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlung oder auf Krankengeld bestehen, wäre diese Bestimmung obsolet.

²⁵⁴ *Höfle/Platzer*, ASoK 2021, 12 (12).

²⁵⁵ VwGH 29.03.1984, 84/08/0043.

²⁵⁶ Informationen der WKO, Coronavirus FAQ: Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, https://www.wko.at/service/faq-coronavirus-infos.html#heading_hinweis (Stand 14.05.2021).

²⁵⁷ Informationen der AK, Infektion & Quarantäne, <https://jobundcorona.at/infektion-quarantaene/> (Stand 28.04.2021).

²⁵⁸ Informationen der ÖGK, Coronavirus: Entgeltfortzahlung, Dienstgeber-Newsletter Nr 1/März 2020, <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.857457&portal=oegkdportal> (abgefragt am 15.05.2021).

²⁵⁹ Erlass des BMSGPK v 20.07.2020, 2020-0.406.069, COVID 19, Kostentragung des Bundes gemäß EpG 1950 – 2. Erlass: Vollziehung der Berechnung des Verdienstentgangs gemäß EpG 1950, 2.

Dies entspricht auch der tatsächlichen Handhabung in der Praxis. Arbeitgeber erhalten das, während einer behördlichen Absonderung an ihre Arbeitnehmer fortgezahlte Entgelt, vom Bund ersetzt – ohne, dass eine Prüfung dahingehend erfolgt, ob Arbeitnehmer allfällige andere Entgeltfortzahlungsansprüche gegenüber ihren Arbeitgebern haben, die auf den Vergütungsbetrag angerechnet werden könnten.²⁶⁰

2.5.4 Eigene Meinung

Dass es sich bei § 32 EpiG um einen originären, eigenständigen und von allfälligen arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen unabhängigen Anspruch handelt, ist mE aus mehreren Gründen ersichtlich:

Zum einen lässt sich zwischen dem Zweck der Normen unterscheiden. Durch den Arbeitsvertrag werden die beiden Hauptleistungspflichten, die Arbeitspflicht und die Entgeltleistungspflicht, synallagmatisch miteinander verknüpft. Dem synallagmatischen Prinzip folgend, würde dies bedeuten, dass bei Unterbleiben der Arbeitsleistung auch kein Entgelt gebühre. Aus sozialpolitischen Gründen bestehen allerdings Ausnahmen davon.²⁶¹ Diese Ausnahmen basieren auf der persönlichen Abhängigkeit des Arbeitnehmers sowie auf dem sich dadurch im Arbeitsrecht ergebenden Schutzzweck.²⁶² Daraus folgt, dass das Unterbleiben der Arbeitsleistung in gewissen Fällen keine Pflichtverletzung darstellt sowie, dass bei derartigen Verhinderungen ein Fortbezug des Entgelts oder zumindest eines Teiles davon vorgesehen ist.²⁶³ Den Entgeltfortzahlungsbestimmungen kommt somit eine Lohnersatzfunktion zu. Sie dient der Sicherung der wirtschaftlichen Existenz der Arbeitnehmer sowie deren persönlicher Lebensführung bei schutzwürdigen Gründen.²⁶⁴

Bei § 32 EpiG handelt es sich hingegen um eine auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhende Entschädigung des Bundes.²⁶⁵ Hinsichtlich Personen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, enthält § 32 Abs 3 leg cit besondere Regelungen des Vergütungsanspruchs. Danach ist vorgesehen, dass der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer einen Vergütungsbetrag zu zahlen hat, der sich nach dem regelmäßigen Entgelt iSd EFZG richtet. Dieser Betrag ist an den im Betrieb üblichen Terminen zu entrichten. Mit Auszahlung des Vergütungsbetrags an den Arbeitnehmer erwirbt der Arbeitgeber den

²⁶⁰ Siehe dazu bspw die Informationen des Landes Kärnten zum Verdienstentgang unter <https://katinfo.ktn.gv.at/Verdienstentgang%5fEpiG> (abgefragt am 15.05.2021).

²⁶¹ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht¹¹ II 192.

²⁶² Vogt, Die Entgeltfortzahlungstatbestände inklusive Urlaub, Rz 3, in Gruber-Risak/Mazal, Das Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar (35. Lfg 2020).

²⁶³ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht¹¹ II 192.

²⁶⁴ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 6.

²⁶⁵ VwGH 29.03.1984, 84/08/0043.

Vergütungsanspruch gegen den Bund. § 32 Abs 3 EpiG wurde dem § 52b Abs 3 TierseuchenG nachgebildet. In den Mat findet sich dazu, dass mit dieser Konstruktion das Ziel verfolgt wurde, die betroffenen Arbeitnehmer möglichst rasch in den Genuss der ihnen gebührenden Entschädigung gelangen zu lassen. Um dies zu ermöglichen, sollten Arbeitgeber die Entschädigung vorschussweise auszahlen, wofür sie dann den Entschädigungsanspruch gegenüber dem Bund erwerben.²⁶⁶

Insofern stimme ich Höfle/Platzer²⁶⁷ zu, die unter Bezugnahme auf das VwGH-Erkenntnis 84/08/0043 erläutern, dass der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG mit den arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen nach AngG, EFZG bzw ABGB nicht vergleichbar sei.

Zum anderen unterscheidet sich der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG, wie von Resch²⁶⁸ zutreffend dargestellt, auch hinsichtlich der Anspruchsvoraussetzungen von den arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen. Während der Entgeltfortzahlungsanspruch bei Krankheit oder wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen voraussetzt, dass den Arbeitnehmer an der Dienstverhinderung kein Verschulden bzw im Krankheitsfall höchstens leichte Fahrlässigkeit trifft, ist der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG ein eigener, vom Verschulden oder Mitverschulden unabhängiger, aus den verwaltungsrechtlichen Bestimmungen begründeter Ersatzanspruch.²⁶⁹

Darüber hinaus bestehen auch hinsichtlich der Rechtsfolgen Unterschiede. Die arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüche sind hinsichtlich der Dauer und teilweise auch hinsichtlich der Höhe begrenzt. Der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG gebührt Arbeitnehmern für die gesamte Dauer der Erwerbsbehinderung durch eine in Abs 1 leg cit genannte Maßnahme in der Höhe des regelmäßigen Entgelts iSd EFZG.

Zu der von vielen vertretenen Ansicht, dass § 32 EpiG als *lex specialis* allfälligen anderen Entgeltfortzahlungsbestimmungen vorgeht, kann ausgeführt werden:

Der Tatbestand des § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG ist erfüllt, wenn ein Arbeitnehmer nach Antritt des Dienstes durch Krankheit oder Unglücksfall an der Leistung seiner Arbeit verhindert ist, ohne dass er die Verhinderung vorsätzlich oder grob fahrlässig

²⁶⁶ ErläutRV 977 BlgNR 13. GP 14.

²⁶⁷ Höfle/Platzer, ASoK 2021, 12 (12).

²⁶⁸ Resch, ecolex 2021/203 (287).

²⁶⁹ Keisler/Hummelbrunner in Resch, Corona-HB^{1.04} Kap 1 Rz 118 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

herbeigeführt hat. Auch nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB behält ein Arbeitnehmer den Anspruch auf das Entgelt, wenn er durch andere wichtige, seine Person betreffende Gründe ohne sein Verschulden während einer verhältnismäßig kurzen Zeit an der Leistung seiner Dienste verhindert wird.

§ 32 EpiG verlangt, dass eine anspruchsberechtigte Person wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbs entstandenen Vermögensnachteile durch eine in Abs 1 leg cit genannte Maßnahme einen Verdienstentgang erleidet.

Indem § 32 EpiG die Behinderung des Erwerbs und den dadurch entstandenen Vermögensnachteil an eine bestimmte Maßnahme knüpft und den Ersatzanspruch auch nur bei anzeigepflichtigen Krankheiten vorsieht, erscheint dieser Vergütungsanspruch im Vergleich zu § 8 AngG, § 2 EFZG bzw § 1154b ABGB als die speziellere Norm. Da die arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen den Anspruch an fehlendes Verschulden knüpfen bzw im Falle der Dienstverhinderung aufgrund von Krankheit oder Unglücksfall höchstens leichte Fahrlässigkeit zulassen, erscheinen diese Vorschriften im Vergleich zu § 32 EpiG wiederum spezieller. Insofern ist das Argument *Mitschkas*, wonach die Derogationsregel *lex specialis derogat legi generali* zur Klärung des Verhältnisses der beiden Ansprüche zueinander aufgrund der unterschiedlichen Tatbestandsmerkmale nicht geeignet erscheine, nicht von der Hand zu weisen.

Stehen verschiedene gesetzliche Tatbestände nicht im Verhältnis des engeren zum weiteren Begriff zueinander, sondern verhalten sich wie zwei sich überschneidende Kreise, dann lässt sich das Konkurrenzproblem oft nur mit Hilfe teleologischer Erwägungen lösen.²⁷⁰

Ziel des mit der Nov 1974 geänderten und noch immer in Geltung stehenden § 32 EpiG war es, dass jeder, der aufgrund einer im Gesetz genannten behördlichen Verfügung einen Verdienstentgang erleidet, anspruchsberechtigt sein sollte. Darüber hinaus sollte den Betroffenen der tatsächlich nachgewiesene Verdienstentgang ersetzt werden.²⁷¹

Wurden Personen durch gewisse im Gesetz genannte behördliche Verfügungen an ihrer Erwerbsausübung gehindert und ist ihnen durch den Verdienstentgang ein Vermögensschaden entstanden, ist im Hinblick auf die oben getroffenen Ausführungen zum Zweck der Bestimmung mE davon auszugehen, dass der Gesetzgeber den betroffenen Personen einen eigenen – zeitlich und der Höhe nach unbeschränkten –

²⁷⁰ Zippelius, Juristische Methodenlehre¹², 32.

²⁷¹ ErläutRV 1205 BlgNR 13. GP 3.

Entschädigungsanspruch gegenüber dem Bund gewähren wollte – insb da auch dieser die zum Verdienstentgang führende Verfügung gesetzt hat.

Aus den Mat zur Novellierung des § 32 EpiG geht ebenfalls hervor, dass der Vergütungsanspruch nach dem EpiG im Interesse des Gleichheitsgebots *allen* zukommen soll, die durch eine Erwerbsbehinderung der im Gesetz aufgezählten behördlichen Maßnahmen einen Verdienstentgang erlitten haben.²⁷² Insofern stimme ich *Resch*²⁷³ vollinhaltlich zu, der unter Berufung auf das Gleichbehandlungsgebot argumentiert, dass die endgültige Tragung der Entgeltfortzahlungskosten durch den Arbeitgeber der gesetzlichen Regelung widerspreche. In diesem Zusammenhang ist nochmals auf die von *Dullinger*²⁷⁴ getroffene Ausführung, wonach die Subsidiarität des Vergütungsanspruchs in erster Linie nur für Arbeitgeber von Bedeutung sei, Bezug zu nehmen. Auf den ersten Blick mag dies zwar so erscheinen, allerdings ist dem entgegenzuhalten, dass die Subsidiarität des Vergütungsanspruches nach dem EpiG auch für die Arbeitnehmer durchaus mit Nachteilen verbunden ist. Wurde ein an COVID-19 erkrankter Arbeitnehmer behördlich abgesondert, würde dies nach der von *Dullinger* vertretenen Ansicht dazu führen, dass sein jährlich gebührendes Entgeltfortzahlungskontingent während der Absonderung schrumpft. Dadurch trifft ihn jedoch die Gefahr, bei allfälligen weiteren Erkrankungen im selben Arbeitsjahr früher aus der Entgeltfortzahlung auszuschneiden.²⁷⁵

Ich komme daher zu dem Ergebnis, dass in jenen Fällen, in denen Arbeitnehmer sowohl einen Anspruch nach arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen als auch einen Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG haben, der Anspruch nach dem EpiG vorgeht.

Zu klären ist noch, ob die Anrechnungsbestimmung des § 32 Abs 5 EpiG an diesem Ergebnis etwas ändert.

Dazu ist zunächst die Entstehungsgeschichte des § 32 EpiG näher zu betrachten. Bereits dem Bericht des damals mit der Regierungsvorlage zum Gesetz betreffend die Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten²⁷⁶ befassten Sanitätsausschusses²⁷⁷ ist zu entnehmen, „*dass jene Personen, die nach diesem Gesetz als seuchenverdächtig isoliert werden müssen, zum mindesten wenn sie mittellos sind, eine wenn auch nur bescheidene Entschädigung zum Verdienstentgang erhalten.*“ So wurde das Gesetz samt einer

²⁷² ErläutRV 1205 BlgNR 13. GP 3.

²⁷³ *Resch*, ecolex 2021/203 (287).

²⁷⁴ *Dullinger*, ZAS 2021/3 (17).

²⁷⁵ IdS vgl auch *Resch*, ecolex 2021/203 (287).

²⁷⁶ RGBI 1913/32.

²⁷⁷ Sten Prot AbgH 21. Sess 1543 d Blg 116.

Bestimmung zur Vergütung des Verdienstentgangs am 14. April 1913 kundgemacht. Danach war für „*mittellose Personen, insbesondere Kleingewerbetreibenden, Kleingrundbesitzern, Kleinhändlern, sowie Personen, die vom Tag- oder Wochenlohn leben, und ausnahmslos jenen, die einer Einkommenssteuer nicht unterliegen*“ ein Vergütungsanspruch in Höhe von „*60 Prozent des im Gerichtsbezirke üblichen Taglohnes gewöhnlicher der Versicherungspflicht unterliegender Arbeiter [...]*“ vorgesehen. Die Gesetzesbestimmung enthielt bereits damals eine Anrechnungsbestimmung, wonach sich mittellose Personen nach sonstigen Vorschriften gebührende Vergütungen oder Leistungen aus der Krankenversicherung auf den im EpiG vorgesehenen Vergütungsbetrag anrechnen lassen mussten. Es handelte sich dabei um eine „*aus humanitären Gründen zu gewährende Vergütung*“. Erhielten diese Personen während der Maßnahme nach dem EpiG andere Einkünfte, war die Vergütung, die der Vermeidung weiterer Verarmung diene, nicht notwendig.²⁷⁸

Das als Epidemiegesetz 1950²⁷⁹ wiederverlautbarte Gesetz betreffend die Verhütung und Verbreitung anzeigepflichtiger Krankheiten hat die Anspruchsberechtigten – mittellose Personen – des Vergütungsanspruchs unverändert übernommen.

Erst mit der Nov durch BGBl 1974/184 wurde der noch heute in Geltung stehende § 32 EpiG nach dem Vorbild des § 52b TierseuchenG umfassend geändert. Erklärtes Ziel der Novellierung des EpiG war es, den Vergütungsanspruch derart auszugestalten, dass eine Abgeltung des tatsächlich nachgewiesenen Verdienstentgangs unabhängig von der Mittellosigkeit erfolgen sollte. Die Vergütung für den Verdienstentgang lediglich auf mittellose Personen einzuschränken, sei heute sachlich nicht mehr gerechtfertigt. Vielmehr sollte der in § 32 EpiG neu gefasste Vergütungsanspruch im Interesse des Gleichbehandlungsgebots für alle natürlichen und juristischen Personen sowie Personengesellschaften des Handelsrechts gelten.²⁸⁰

Die Anrechnungsbestimmung des § 32 Abs 5 EpiG wurde unverändert aus § 52b TierseuchenG, BGBl 1974/46, übernommen. Die Mat zur Novellierung des § 32 EpiG enthalten keine Ausführungen zur Anrechnungsbestimmung. Sucht man in den Mat zu § 52b TierseuchenG, BGBl 1974/46, findet man nur den Hinweis, dass Abs 5 (Anrechnungsbestimmung) und Abs 6 des § 52b Tierseuchengesetz dem geltenden Recht

²⁷⁸ Gruber-Risak, ÖJZ 2021/22 (168).

²⁷⁹ BGBl 1950/186.

²⁸⁰ ErläutRV 1205 BlgNR 13. GP 3.

entsprechen.²⁸¹ Den Erläut zur Einführung des § 52b TierseuchenG, BGBl 1954/31, lässt sich allerdings auch nur entnehmen, dass die Bemessung der Entschädigung sowie die Geltendmachung des Anspruchs und dessen Erlöschen analog zu den diesbezüglichen Vorschriften des Epidemiegesetz 1950, BGBl 1950/186, geregelt wären.²⁸² Da jedoch das EpiG in weiterer Folge die Regelung des § 52b TierseuchenG übernommen hat, ist dieser Verweis wenig wertvoll und gibt keinen Aufschluss darüber, welche Fälle von der Anrechnungsbestimmung erfasst sein sollen.²⁸³

Betrachtet man die Geschichte des § 32 EpiG wird eine Änderung des Zwecks der Norm deutlich ersichtlich. Wie bereits von *Gruber-Risak*²⁸⁴ sehr nachvollziehbar dargelegt, hat das „Gesetz seinen Zweck von der Armutsbekämpfung aus humanitären Gründen hin zur Sicherung der Kontinuität der Einkommen geändert.“

Ich komme daher ebenfalls zu dem Schluss, dass die Anrechnungsregel des § 32 Abs 5 EpiG – zumindest im Hinblick auf unselbstständig erwerbstätige Personen – ihren Zweck verloren zu haben scheint.

2.5.5 Folgefragen

Die Beantwortung der Frage nach dem Verhältnis des epidemierechtlichen Vergütungsanspruchs zur arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlung hat nicht unbeachtliche Folgen. Insb dann, wenn der Arbeitnehmer nicht nur als ansteckungsverdächtige, sondern als kranke oder krankheitsverdächtige Person abgesondert wurde. In diesen Fällen würde aus arbeitsrechtlicher Sicht eine Dienstverhinderung durch Krankheit vorliegen.

Ausgehend von dem Ergebnis, wonach der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG Vorrang vor arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen hat, führt dies zunächst dazu, dass die Tage der Absonderung nicht von dem, dem Arbeitnehmer pro Arbeitsjahr zustehenden Entgeltfortzahlungskontingent abgezogen werden dürfen.²⁸⁵ Dieses beträgt im ersten Arbeitsjahr sechs Wochen und erhöht sich ab dem zweiten Arbeitsjahr auf acht Wochen. Dauert das Dienstverhältnis ununterbrochen 15 bzw 25 Jahre an, erhöht sich die Bezugsdauer auf zehn bzw zwölf Wochen. Bei Erkrankungen, die länger als sechs (bzw acht, zehn, zwölf) Wochen andauern, hat der Arbeitnehmer für weitere vier Wochen Anspruch auf das halbe Entgelt (§ 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG).

²⁸¹ ErläutRV 977 BlgNR 13. GP 13f.

²⁸² ErläutRV 266 BlgNR 7. GP 7.

²⁸³ *Gruber-Risak*, ÖJZ 2021/22 (168f).

²⁸⁴ *Gruber-Risak*, ÖJZ 2021/22 (168f).

²⁸⁵ Zum selben Ergebnis kommt *Resch*, ecolex 2021/203 (287).

In diesem Zusammenhang ist auch auf § 53b ASVG hinzuweisen. Dieser sieht für Unternehmen, die durchschnittlich nicht mehr als 50 Dienstnehmer beschäftigen, einen beschränkten Zuschuss für fortgezahltes Entgelt gegenüber der AUVA vor, sofern die Dienstnehmer unfallversichert sind. Die Höhe des Zuschusses beträgt 50% des entsprechend fortgezahlten Entgelts einschließlich allfälliger Sonderzahlungen unter Beachtung der eineinhalbfachen Höchstbeitragsgrundlage. Für Dienstgeber, die in ihrem Unternehmen durchschnittlich weniger als zehn Dienstnehmer beschäftigen, gebührt der Zuschuss sogar iHv 75%. Der Zuschuss dient zur teilweisen Vergütung des Aufwandes für die Entgeltfortzahlungen. Geht man nun vom Vorrang des Vergütungsanspruchs nach § 32 EpiG aus, trägt den finanziellen Aufwand für das an die Arbeitnehmer während der Absonderung fortgezahlte Entgelt letztlich der Bund und nicht der Arbeitgeber. Es erscheint daher durchaus schlüssig, dass Arbeitgebern für Zeiten einer angeordneten Absonderung auch bei Erkrankung des Arbeitnehmers an COVID-19 kein Anspruch auf Zuschuss nach § 53b ASVG gebührt.²⁸⁶

Da es in der Praxis vorkam, dass Bezirksverwaltungsbehörden den Antrag auf Vergütung für den Verdienstentgang hinsichtlich der Erstattung aliquoter Sonderzahlungsanteile ablehnten, wenn diese nicht im Monat der Absonderung zur Auszahlung gebracht wurden, entstand Arbeitgebern doch ein Aufwand für die Entgeltfortzahlung, und zwar hinsichtlich der Sonderzahlungsanteile. Theoretisch wäre hier Raum für einen Zuschuss zur Entgeltfortzahlung gewesen, was in der Praxis allerdings kaum umsetzbar wäre. Insofern sprechen auch systematische Gründe dafür, dass der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG anteilige Sonderzahlungsanteile umfasst, unabhängig vom Zeitpunkt der Auszahlung.

Ein weiterer Aspekt bei der Absonderung erkrankter Arbeitnehmer, der für Arbeitgeber nicht unwesentliche Auswirkungen hat, sind jene Konstellationen, in denen Arbeitnehmer während eines Krankenstands behördlich abgesondert wurden, der Zeitraum des Krankenstandes jedoch nicht mit jenem der Absonderung ident war, sondern Arbeitnehmer vor und nach der Absonderung an der Erbringung der Dienstleistung durch Krankheit gehindert waren. In diesem Zusammenhang ist auszuführen, dass der Zuschuss nach § 53b ASVG bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit erst ab dem elften Tag der Entgeltfortzahlung gebührt, sofern der Krankenstand länger als zehn aufeinanderfolgende Tage gedauert hat. Dies führt dazu, dass Arbeitgeber in Summe (vor und nach der

²⁸⁶ Vgl. dazu auch die Informationen der AUVA, Entgeltfortzahlung, <https://www.auva.at/cdscontent/?contentid=10007.671046> (abgefragt am 21.05.2021).

Absonderung) zwar mehr als zehn Tage Entgeltfortzahlung aufgrund § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG zu leisten hatten, das Erfordernis eines länger als zehn aufeinanderfolgende Tage andauernden Krankenstandes jedoch nicht vorlag und somit dem Gesetzeswortlaut nach kein Anspruch auf Zuschuss zur Entgeltfortzahlung gebührte. Eine Nachfrage bei der AUVA hat ergeben, dass bei solchen Konstellationen die Zeiträume der Erkrankung zusammengerechnet werden dürfen, der Zeitraum der Absonderung dabei aber außer Betracht bleibt und so gegebenenfalls ein Anspruch auf Zuschuss zur Entgeltfortzahlung gebührt. Voraussetzung ist jedoch, dass unmittelbar nach Beendigung der Absonderung der vor dieser Maßnahme begonnene Krankenstand auch weitergeführt wird. Begründet wird dies mit der Ansicht der ÖGK, wonach der Krankenstand durch das Hinzutreten einer Absonderung unterbrochen bzw beendet wird und nach Beendigung der Absonderung gegebenenfalls wiederauflebt.

Weitere Fragen ergeben sich bei Beendigung des Dienstverhältnisses während der Absonderung eines erkrankten Arbeitnehmers. Zwar ist die Beendigung des Dienstverhältnisses grds auch während einer Dienstverhinderung zulässig,²⁸⁷ bestimmte Beendigungen während eines Krankenstands können allerdings dazu führen, dass Arbeitgeber Arbeitnehmern über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus Entgeltfortzahlung zu leisten haben. Wird ein Arbeitnehmer während eines Krankenstandes gekündigt, ohne wichtigen Grund vorzeitig entlassen oder trifft den Arbeitgeber ein Verschulden an dem vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers, hat der Arbeitgeber solange Entgeltfortzahlung zu leisten, bis das Entgeltfortzahlungskontingent ausgeschöpft oder der Arbeitnehmer wieder gesund ist – auch wenn das Dienstverhältnis früher endet. Dasselbe gilt für einvernehmliche Auflösungen im Krankenstand oder im Hinblick auf einen Krankenstand (§ 9 Abs 1 AngG bzw § 5 EFZG). Fraglich ist, ob dies auch für Beendigungen während der Absonderung eines erkrankten Arbeitnehmers gilt.

Der Fortbestand des Entgeltfortzahlungsanspruchs über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus ist an einige Voraussetzungen geknüpft. So führt die Beendigung des Dienstverhältnisses nicht während jedweder Dienstverhinderung zur Entgeltfortzahlung über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus. Vielmehr verweist § 9 Abs 1 AngG auf Dienstverhinderungen gem § 8 Abs 1 bis 2a leg cit, umfasst sind daher lediglich Dienstverhinderungen durch Krankheit bzw Unglücksfall sowie wegen Arbeitsunfall oder

²⁸⁷ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 9 AngG Rz 1.

Berufskrankheit – nicht hingegen Dienstverhinderungen gem § 8 Abs 3 AngG. Für Arbeiter gilt dasselbe, § 5 EFZG verweist auf Dienstverhinderungen gem § 2 EFZG.

Aus Sicht der ÖGK²⁸⁸ liegt während der Absonderung aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht kein Krankenstand des Arbeitnehmers vor. § 120 Z 1 ASVG beschreibt Krankheit als einen regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand, der die Krankenbehandlung notwendig macht. In den arbeitsrechtlichen Bestimmungen findet sich keine Definition des Begriffs Krankheit. Da § 8 Abs 1 AngG, der die Arbeitsunfähigkeit durch Krankheit oder Unglücksfall regelt, anders als Abs 2a leg cit, der die Arbeitsunfähigkeit durch Arbeitsunfall oder Berufskrankheit zum Gegenstand hat, nicht auf die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften verweist, kann bezweifelt werden, dass die Legaldefinition des Krankheitsbegriffs aus dem Sozialversicherungsrecht auch für den Krankheitsbegriff nach arbeitsrechtlichen Bestimmungen heranzuziehen ist. Daraus, sowie aus Sinn und Zweck der Entgeltfortzahlungsbestimmungen ist nach *Drs* abzuleiten, dass unter Krankheit iSd arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen jede Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens zu verstehen sei, wobei es auf die Notwendigkeit einer Krankenbehandlung nicht ankomme.²⁸⁹

Würde man aus der Ansicht der ÖGK ableiten, dass bspw die Arbeitgeberkündigung eines nach § 7 EpiG abgesonderten, erkrankten Arbeitnehmers mangels Vorliegens eines Krankenstandes den Tatbestand des § 9 AngG nicht erfülle, ist dem entgegenzuhalten, dass § 9 AngG auf § 8 Abs 1 AngG verweist, dem wie eben ausgeführt, gerade nicht der sozialversicherungsrechtliche Krankheitsbegriff zu unterstellen ist.

Auch aus dem Vorrang des Vergütungsanspruchs nach § 32 EpiG vor arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen kann mE nicht geschlossen werden, dass bei Arbeitgeberkündigungen während der Absonderung eines erkrankten Arbeitnehmers die Rechtsfolgen des § 9 AngG bzw § 5 EFZG nicht zur Anwendung kämen.

Zum einen, da lediglich der arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlungsanspruch durch § 32 EpiG verdrängt wird. Darüber hinaus setzt § 9 AngG lediglich das Vorliegen einer Dienstverhinderung gem § 8 Abs 1 bis 2a AngG (Krankheit oder Unglücksfall) voraus, ohne auf das Bestehen des Entgeltfortzahlungsanspruchs einzugehen.

²⁸⁸ Informationen der ÖGK, FAQ: Quarantäne, Epidemiegesetz, Entgeltfortzahlung etc., <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.857443&portal=oegkdgportal> (Stand März 2020).

²⁸⁹ *Drs* in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 18 mwN; Burger in Reissner, AngG⁴ § 8 Rz 17 mwN; Melzer-Azodanloo in Löschnigg, AngG I¹⁰ § 8 Rz 48.

Zum anderen würde es der Intention des Gesetzgebers zuwiderlaufen, wenn man den Entgeltfortzahlungsanspruch über das Ende des Dienstverhältnisses in derartigen Konstellationen verneinen würde. Wie bereits oben ausgeführt, besteht der Zweck der Entgeltfortzahlungsbestimmungen, in der Lohnsicherung und damit auch der Sicherung der wirtschaftlichen Existenz des Arbeitnehmers. Des Weiteren sollen sich Arbeitnehmer während der Dienstverhinderung durch Krankheit auskurieren können und nicht mit dem Umstand belastet sein, sich während des Krankenstandes eine neue Arbeitsstelle suchen zu müssen. Durch den Fortbestand des Entgeltfortzahlungsanspruchs über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus, soll es dem Arbeitgeber auch unmöglich gemacht werden, sich den Entgeltfortzahlungspflichten dadurch zu entziehen, dass er das Arbeitsverhältnis beendet.²⁹⁰

Ein Beispiel soll dies verdeutlichen: Ein Arbeiter, für den der KollV eine Kündigungsfrist von einer Woche ohne Kündigungstermin vorsieht,²⁹¹ fühlt sich krank. Er meldet seinem Arbeitgeber den Krankenstand am 1.4.; in weiterer Folge stellt sich heraus, dass der Arbeitnehmer an COVID-19 erkrankt ist. Er wird mit Bescheid zum 6.4. behördlich abgesondert; die Absonderung endet am 18.4.; der Arbeitnehmer ist zwar nicht mehr infektiös, allerdings noch so geschwächt bzw. leidet noch unter Folgen der Erkrankung, dass er nicht im Stande ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen. Die Arbeitsfähigkeit ist erst wieder am 15.5. hergestellt. Es handelt sich um die erste Dienstverhinderung durch Krankheit in diesem Arbeitsjahr.

Variante 1: Der Arbeitgeber spricht am 2.4. die Kündigung aus

Die Kündigung wurde während einer Dienstverhinderung durch Krankheit ausgesprochen (§ 2 EFZG). Das Arbeitsverhältnis endet am 9.4. Der Arbeitnehmer erhält vom 1.4. bis 5.4. Entgeltfortzahlung auf Basis des § 2 Abs 1 EFZG. Mit Beginn der behördlichen Absonderung wird, wie oben dargestellt, der Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 2 EFZG durch den Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG verdrängt. § 32 Abs 3 EpiG sieht den Vergütungsanspruch für Personen, die in einem Dienstverhältnis stehen, vor. Da das Arbeitsverhältnis am 9.4. endet, gebührt dem Arbeitnehmer der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG nur bis zu diesem Tag. Mangels aufrechten Dienstverhältnisses ab 10.4. stehen

²⁹⁰ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 9 AngG Rz 4; Melzer-Azodanloo in Löschnigg, AngG I¹⁰ § 9 Rz 4.

²⁹¹ Der Arbeitgeber gehört einer Branche mit überwiegenden Saisonbetrieben an, für welche eine kollektivvertragliche Ausnahmeregelung von der Angleichung der Kündigungsfristen und -termine iSd § 1159 Abs 2 ABGB getroffen wurde.

die Entgeltfortzahlungsbestimmungen des § 2 EFZG nicht mehr in Konkurrenz zu § 32 EpiG. Durch den Ausspruch der Kündigung während des Krankenstandes, besteht der Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 5 EFZG auch über das Ende des Arbeitsverhältnisses weiterhin fort, und zwar bis zur Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers. Der Arbeitgeber hat bis zum 14.5. Entgeltfortzahlung gem § 5 iVm § 2 EFZG zu leisten.

Auch wenn der Arbeitnehmer vom 6.4. bis 18.4. behördlich abgesondert wurde, kann der Arbeitgeber dem Gesetzeswortlaut folgend lediglich für den Zeitraum vom 6.4. bis 9.4. den Ersatz der Vergütung gem § 32 Abs 3 EpiG vom Bund verlangen, da ab dem 10.4. die Entgeltfortzahlung nicht mehr aufgrund des EpiG, sondern aufgrund arbeitsrechtlicher Entgeltfortzahlungsbestimmungen erfolgt.

Variante 2: Der Arbeitgeber spricht am 6.4. die Kündigung aus.

Der Ausspruch der Kündigung erfolgte während der Absonderung. Zwar besteht am 6.4. keine Entgeltfortzahlungspflicht gem § 2 EFZG, sondern erhält der Arbeitnehmer das Entgelt gem § 32 Abs 3 EpiG, aus arbeitsrechtlicher Sicht liegt jedoch auch eine Dienstverhinderung durch Krankheit vor, sodass den Arbeitgeber auch hier trotz Ende des Arbeitsverhältnisses am 13.4. gem § 5 EFZG eine Entgeltfortzahlungsverpflichtung bis 14.5. trifft. Der Arbeitgeber kann einen Kostenersatz gem § 32 Abs 3 EpiG gegenüber dem Bund nur für die Tage vom 6.4. bis 13.4. geltend machen.

Käme man zu dem Ergebnis, dass der Krankenstand durch Eintritt der Absonderung (6.4. bis 18.4.) beendet wäre und die Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber mit Ende des Arbeitsverhältnisses am 13.4. enden würde, würde dies zu dem mE sachlich nicht gerechtfertigten Ergebnis führen, dass der Arbeitnehmer um die Entgeltfortzahlung für den Zeitraum von 14.4. bis 14.5. gebracht werde. Diese Rechtsfolge kann im Hinblick auf den Zweck des § 5 EFZG bzw § 9 AngG, meiner Ansicht nach, nicht beabsichtigtes Ziel des Gesetzgebers gewesen sein.

Variante 3: Der Arbeitgeber spricht am 16.4. die Kündigung aus.

Der Ausspruch der Kündigung erfolgte auch hier während der Absonderung. Das Arbeitsverhältnis endet während des Krankenstandes am 23.4. Der Arbeitnehmer erhält bis 18.4. das Entgelt gem § 32 Abs 3 EpiG und ab 19.4. gem § 2 EFZG. Das Argument, wonach sich der Arbeitnehmer nur bei Ende des Arbeitsverhältnisses im Krankenstand befand, zum Zeitpunkt der Beendigungserklärung jedoch nicht, sodass es zu keiner Entgeltfortzahlung über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinauskommen könne, würde, wie bereits dargelegt, dem Schutzgedanken des AngG bzw EFZG diametral

widersprechen. Auch in dieser Variante hat der Arbeitgeber gem § 5 EFZG dem Arbeitnehmer die Entgeltfortzahlung bis 14.5. zu leisten.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass lediglich aufgrund des Umstands, dass über einen erkrankten Arbeitnehmer eine Absonderung verhängt wurde, wodurch sich zwar die Basis der Entgeltfortzahlung verändert, es nicht zur Umgehung arbeitsrechtlicher Entgeltfortzahlungsansprüche kommen kann. Dies würde dem Zweck der arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüche bei Unterbleiben der Arbeitsleistung widersprechen. Darüber hinaus kann mE dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er mit § 32 EpiG in die grundlegende Entgeltfortzahlungssystematik eingreifen und dadurch eine Verschlechterung der Rechtsposition der Arbeitnehmer bezwecken wollte.

Nachdem der Vergütungsanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG daran anknüpft, dass Personen in einem Dienstverhältnis stehen, gebührt Arbeitnehmern bei Ende des Arbeitsverhältnisses während einer behördlichen Verfügung in oben beschriebenen Fällen nicht mehr der Vergütungsanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG – insofern können Arbeitgeber mE auch keinen Ersatzanspruch für die Zeit, in der sie nach Ende des Dienstverhältnisses nach § 5 EFZG bzw § 9 AngG zur Entgeltfortzahlung verpflichtet sind, gegenüber dem Bund geltend machen – auch wenn die Tage der Entgeltfortzahlung noch in den Zeitraum der Absonderung fallen. Insofern sollten Arbeitgeber zurückhaltend mit Arbeitgeberkündigungen während der Absonderung eines erkrankten Arbeitnehmers sein – va, wenn das Arbeitsverhältnis aufgrund der kurzen Kündigungsfrist noch während der Absonderung endet.

2.6 Sonderbetreuungszeit

2.6.1 Überblick

Zweck der Sonderbetreuungszeit ist die Sicherstellung der Betreuung des im § 18b AVRAG genannten Personenkreises. Während der Sonderbetreuungszeit werden Arbeitnehmer vom Dienst freigestellt und erhalten das bisher geleistete Entgelt unverändert fortgezahlt. Arbeitgeber können als Ausgleich für die entfallene Arbeitsleistung einen Antrag auf Vergütung durch den Bund stellen.

Es erfolgt keine Anrechnung der Sonderbetreuungszeit auf Urlaubsansprüche oder Ansprüche des Zeitausgleichs. Auch hat eine Berücksichtigung der Sonderbetreuungszeit in vollem Umfang bei dienstzeitabhängigen Ansprüchen zu erfolgen.²⁹²

Bei der Gewährung der Sonderbetreuungszeit stellt § 18b AVRAG auf Arbeitnehmer ab. Daraus lässt sich schließen, dass kein gewisses Mindestbeschäftigungsausmaß verlangt wird, die Sonderbetreuungszeit daher auch mit geringfügig Beschäftigten vereinbart werden kann.²⁹³ Die Sonderbetreuungszeit kommt daher für Angestellte, Arbeiter, Lehrlinge – sowie kraft gesetzlicher Anordnung für Arbeitnehmer, die den jeweiligen Landarbeitsordnungen und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz sowie dem Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetz unterliegen, in Frage. Für freie Dienstnehmer, Beamte, Vertragsbedienstete sowie Landes- und Gemeindebedienstete kann hingegen keine Förderung im Rahmen der Sonderbetreuungszeit beantragt werden.²⁹⁴

Die Sonderbetreuungszeit wurde bereits vielfach novelliert und lässt sich in unterschiedliche, jeweils zeitlich befristete Phasen einteilen:²⁹⁵

Phase 1: Drei Wochen für den Zeitraum 16.03.2020 bis 31.05.2020 gem § 18b Abs 1 AVRAG idF BGBl I 2020/23.

Phase 2: Sonderbetreuungszeit für weitere drei Wochen für den Zeitraum vom 25.07.2020 bis 30.09.2020 gem § 18b AVRAG idF BGBl I 2020/72.

Phase 3: Sonderbetreuungszeit für weitere drei Wochen für den Zeitraum 01.10.2020 bis 31.10.2020 (ursprünglich hätte die Sonderbetreuungszeit bis 28.02.2021 gelten sollen, allerdings wurde Phase 3 vorzeitig durch das Inkrafttreten der Phase 4 beendet) gem § 18b AVRAG idF BGBl I 2020/107.

Phase 4: Sonderbetreuungszeit für weitere vier Wochen für den Zeitraum vom 01.11.2020 (rückwirkend) bis 09.07.2021 gem § 18b AVRAG idF BGBl I 2020/131.

Phase 5: Sonderbetreuungszeit im Ausmaß bis zu drei Wochen im Zeitraum 01.09.2021 (rückwirkend) bis 31.12.2021 gem § 18b AVRAG idF BGBl I 2021/180.

²⁹² Vgl Informationen der BHAG, COVID-19 Sonderbetreuungszeit, Häufig gestellte Fragen/FAQ und Berechnungsbeispiele^{2.2}, 8 (Stand 11.12.2020).

²⁹³ Vgl *Drs in Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 5 Rz 63 (Stand 30.9.2020, rdb.at).

²⁹⁴ Informationen der BHAG, COVID-19 Sonderbetreuungszeit, Häufig gestellte Fragen/FAQ und Berechnungsbeispiele^{2.2}, 6 (Stand 11.12.2020).

²⁹⁵ Vgl dazu auch die Darstellung von *Wiesinger*, Sonderbetreuungszeit (Phase 4, ab 1.11.2020), ZAS 2021/9 (46).

Phase 6: Sonderbetreuungszeit von weiteren drei Wochen für den Zeitraum vom 01.01.2022 bis 08.07.2022 idF BGBl I 2021/213.²⁹⁶

Die einzelnen Phasen der Sonderbetreuungszeit sind sehr unterschiedlich, sodass zunächst eine detaillierte Abhandlung der Entwicklung des § 18b AVRAG erfolgt. Der Fokus liegt hier insb auf den Phasen 1 bis 4, Phase 5 wird lediglich punktuell behandelt, Phase 6 enthält keine nennenswerten Änderungen zu Phase 4 bzw 5, sodass auf die dazu ergangenen Ausführungen verwiesen wird.

2.6.2 Phase 1

Der Nationalrat hat am 15.03.2020 in einer Sondersitzung ein umfassendes Gesetzespaket²⁹⁷ beschlossen, das eine (erste) gesetzliche Grundlage für die von der Regierung vorgesehenen Maßnahmen zur Bewältigung der COVID-19-Krise darstellte. Mit dem COVID-19-G erfolgte die Änderung des AVRAG, indem die Sonderbetreuungszeit für Arbeitnehmer für den Zeitraum der behördlichen Schließung von Kinderbetreuungseinrichtungen und Schulen mittels § 18b AVRAG eingeführt wurde.

§ 18b AVRAG idF BGBl I 2020/12 hat folgenden Wortlaut:

Bestimmungen in Zusammenhang mit COVID-19

§ 18b. *Werden Einrichtungen auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen und hat ein Arbeitnehmer, der nicht in einem versorgungskritischen Bereich tätig ist, keinen Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung seines Kindes, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Sonderbetreuungszeit im Ausmaß von bis zu drei Wochen, ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen, für die Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für die eine Betreuungspflicht besteht, gewähren. Arbeitgeber haben Anspruch auf Vergütung von einem Drittel des in der Sonderbetreuungszeit an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelts durch den Bund. Der Anspruch auf Vergütung nach dem ersten Satz ist mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. I. Nr. 189/1955, gedeckelt und binnen sechs Wochen vom Tage der Aufhebung der behördlichen Maßnahmen bei der zuständigen Abgabebehörde gelten zu machen. Die Regelung gilt auch für Arbeitnehmer, die den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz unterliegen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes in Kraft sind.*

§ 19 Abs 1 Z 43. *§ 18b in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 12/2020 tritt mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft und gilt bis 31.05.2020.*

²⁹⁶ Ursprünglich galt die Phase 6 für die Zeit von 01.01.2022 bis 31.03.2022, sie wurde jedoch durch V des BMA BGBl II 2022/115 iVm § 19 Abs 1 Z 51 AVRAG verlängert.

²⁹⁷ COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/12, ARD 6691/15/2020.

Für den Fall einer behördlichen Schließung von Schulen und anderen Kinderbetreuungseinrichtungen konnten Arbeitgeber Arbeitnehmern, die nicht in einem versorgungskritischen Bereich tätig sind und die keinen Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung des Kindes haben, eine Sonderbetreuungszeit im Ausmaß von bis zu drei Wochen ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung für die Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr gewähren. Als Ausgleich für die Gewährung der Sonderbetreuungszeit (und somit den Entfall der Arbeitsleistung) erhielten Arbeitgeber ein Drittel des an die Arbeitnehmer fortgezählten Entgelts. Die Sonderbetreuungszeit war zunächst bis 31.05.2020 befristet.

Arbeitnehmer mit Tätigkeiten in versorgungskritischen Bereichen waren vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. § 18b AVRAG idF BGBl I 2020/12 enthielt keine Definition des versorgungskritischen Bereichs. Der Intention des Gesetzgebers folgend zählen dazu die Bereiche Gesundheit, Pflege, öffentliche Sicherheit, Lebensmittel, Produktion, Apotheken, Drogerien, Verkehr und Energieversorgung.²⁹⁸

Bereits wenige Tage nach ihrer Einführung wurde die Sonderbetreuungszeit durch das 2. COVID-19-G²⁹⁹ novelliert und lautete wie folgt:

Bestimmungen in Zusammenhang mit COVID-19

§ 18b (1). *Werden Einrichtungen auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen und hat ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsleistung nicht für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist, keinen Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung seines Kindes, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Sonderbetreuungszeit im Ausmaß von bis zu drei Wochen, ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen, für die Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für die eine Betreuungspflicht besteht, gewähren. Dasselbe gilt, wenn eine Betreuungspflicht für Menschen mit Behinderungen besteht, die in einer Einrichtung der Behindertenhilfe oder einer Lehranstalt für Menschen mit Behinderungen bzw. einer höher bildenden Schule betreut oder unterrichtet werden, und diese Einrichtung oder Lehranstalt bzw. höher bildende Schule auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen wird. Arbeitgeber haben Anspruch auf Vergütung von einem Drittel des in der Sonderbetreuungszeit an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelts durch den Bund. Der Anspruch auf Vergütung nach dem ersten Satz ist mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, gedeckelt und binnen sechs Wochen vom Tage der Aufhebung der behördlichen Maßnahmen bei der Buchhaltungsagentur gelten zu machen. Die Regelung gilt auch für Arbeitnehmer, die den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz sowie dem Land- und Forstarbeiter-*

²⁹⁸ Mazal, Entgeltfortzahlung bei pandemiebedingter Einschränkung des sozialen Lebens, *ecolex* 2020, 280 (282).

²⁹⁹ 2. COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/16, ARD 6692/14/2020.

Dienstrechtsgesetz BGBl. Nr. 280/1980 unterliegen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes in Kraft sind.

Mit dieser Nov entfernte sich der Gesetzgeber von der Negativvoraussetzung, wonach die Gewährung der Sonderbetreuungszeit lediglich für Arbeitnehmer, die „*nicht in einem versorgungskritischen Bereich tätig sind*“ und veränderte sie dahingehend, dass „*deren Arbeitsleistung für die Aufrechterhaltung des Betriebes nicht erforderlich ist*“.

Hübelbauer³⁰⁰ sieht die Erforderlichkeit der Arbeitsleistung va in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Lebensmittelhandel und Verkehrsinfrastruktur. Was grds der Fall sein kann, allerdings ist durch die Novellierung mE gerade nicht mehr vordergründig auf den Bereich, in dem der Arbeitnehmer tätig ist, sondern auf die Frage, ob die Arbeitsleistung für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist, abzustellen. Insofern erfuhr der Anwendungsbereich der Sonderbetreuungszeit eine Erweiterung.³⁰¹ Den Gesetzesmaterialien folgend sollte ermöglicht werden, auf betrieblicher Ebene, mE unabhängig von der Branche, eine angemessene Lösung zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu finden.³⁰²

Mit dem 2. COVID-19-G erfolgte auch eine Ausdehnung der Sonderbetreuungszeit auf Menschen mit Behinderung, die in einer Einrichtung der Behindertenhilfe, einer Lehranstalt für Menschen mit Behinderungen oder einer höher bildenden Schule betreut oder unterrichtet werden, wenn diese Einrichtungen auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen werden.

Zwar enthielt die novellierte Fassung der Sonderbetreuungszeit keine Regelung bezüglich ihrer zeitlichen Dauer, doch ist dem Gesetzgeber nicht der Wille zu unterstellen, von einer unbefristeten Möglichkeit der Sonderbetreuungszeit auszugehen – vielmehr wird die Befristungsregelung des § 19 Abs 1 Z 43 AVRAG analog anzuwenden sein.³⁰³

Darüber hinaus erfolgte eine Verschiebung der Zuständigkeit für die Abwicklung der Anträge auf Kostenersatz von den Abgabenbehörden hin zur Buchhaltungsagentur des Bundes. Grund dafür war, dass immer mehr österreichische Unternehmen von den

³⁰⁰ Hübelbauer, Sonderbetreuungszeit in der COVID-Krise, CuRe 2020/43.

³⁰¹ Auch Schrank, Arbeitsrechtlich Wichtiges zur Corona-Krise, RdW 2020/224 (268), sieht durch die Einschränkung, wonach die Arbeit des Arbeitnehmers für die Aufrechterhaltung des Betriebes nicht erforderlich sein darf, eine im Gegensatz zur StF deutlich erweiterte Förderbedingung.

³⁰² Vgl IA 397/A 27. GP 29.

³⁰³ Vgl Drs in Resch, Corona-HB^{1.00} Kap 5 Rz 62 (Stand 10.4.2020, rdb.at).

negativen Auswirkungen des Coronavirus SARS-CoV-2 betroffen waren und man sich durch die Konzentration auf eine Behörde die Erzielung von Synergien erhoffte.³⁰⁴

Mit dem 3. COVID-19-G³⁰⁵ erfolgte eine weitere Adaptierung des § 18b AVRAG, wodurch dessen Anwendungsbereich erneut erweitert wurde:

Bestimmungen in Zusammenhang mit COVID-19

§ 18b. (1) Werden Einrichtungen auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen und hat ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsleistung nicht für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist, keinen Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung seines Kindes, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Sonderbetreuungszeit im Ausmaß von bis zu drei Wochen, ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen, für die Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für die eine Betreuungspflicht besteht, gewähren. Dasselbe gilt,

1. wenn eine Betreuungspflicht für Menschen mit Behinderungen besteht, die in einer Einrichtung der Behindertenhilfe oder einer Lehranstalt für Menschen mit Behinderungen bzw. einer höher bildenden Schule betreut oder unterrichtet werden, und diese Einrichtung oder Lehranstalt bzw. höher bildende Schule auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen wird, oder auf Grund freiwilliger Maßnahmen die Betreuung von Menschen mit Behinderung zu Hause erfolgt, oder
2. für Angehörige von pflegebedürftigen Personen, wenn deren Pflege oder Betreuung in Folge des Ausfalls einer Betreuungskraft nach dem Hausbetreuungsgesetz, BGBl. I Nr. 33/2007 nicht mehr sichergestellt ist oder
3. für Angehörige von Menschen mit Behinderungen, die persönliche Assistenz in Anspruch nehmen, wenn die persönliche Assistenz in Folge von COVID-19 nicht mehr sichergestellt ist.

Arbeitgeber haben Anspruch auf Vergütung von einem Drittel des in der Sonderbetreuungszeit an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelts durch den Bund. Der Anspruch auf Vergütung nach dem ersten Satz ist mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, gedeckelt und binnen sechs Wochen vom Tage der Aufhebung der behördlichen Maßnahmen bei der Buchhaltungsagentur geltend zu machen. Die Regelung gilt auch für Arbeitnehmer, die den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz sowie dem Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetz BGBl. Nr. 280/1980 unterliegen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes in Kraft sind.

§ 19 (1) Z 45. § 18b Abs. 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 23/2020 tritt mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft und gilt bis 31. Mai 2020, hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Arbeitgebers und dessen Abwicklung bis 30. Juni 2021.

Die Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Sonderbetreuungszeit zur Betreuung von Menschen mit Behinderung wurde dahingehend gelockert, dass die (partielle) Schließung von Einrichtungen bzw. Lehranstalten, in denen Menschen mit Behinderung unterrichtet oder betreut werden, nicht mehr erforderlich ist. Es kann auch dann Sonderbetreuungszeit

³⁰⁴ Vgl. IA 397/A 27. GP 29.

³⁰⁵ 3. COVID-19-Gesetz BGBl. I 2020/23, ARD 6695/12/2020.

gewährt werden, wenn die Betreuung freiwillig von zuhause aus erfolgt (§ 18b Abs 1 Z 1 AVRAG).

Durch diese Nov konnte die geförderte Sonderbetreuungszeit nun auch zur Betreuung pflegebedürftiger Angehöriger gewährt werden, wenn eine 24-Stunden-Betreuung iSd Hausbetreuungsgesetzes mangels verfügbarer Betreuungskräfte wegfällt. Die erläuternden Bemerkungen sahen als zusätzliches Erfordernis vor, dass die Sonderbetreuungszeit nur jenen Arbeitnehmern gewährt werden könne, die die überwiegende Betreuung eines Angehörigen (alle Bluts- und Wahlverwandte) übernehmen.³⁰⁶ Das Kriterium der Übernahme der überwiegenden Betreuung hat allerdings keinen Eingang in den Gesetzestext gefunden.

Weiters konnte Sonderbetreuungszeit nun auch mit Angehörigen von Menschen mit Behinderung, deren persönliche Assistenz in Folge von COVID-19 nicht mehr sichergestellt ist, vereinbart werden (§ 18b Abs 1 Z 3 AVRAG).

*Schrank*³⁰⁷ vertritt die Ansicht, dass, während es für den ersten Fall (§ 18b Abs 1 Z 1 AVRAG) nicht auf die Möglichkeit einer Alternativdisposition ankomme, die geförderte Sonderbetreuung in den Fällen der Z 2 und 3 jedoch erst dann gewährt werden könne, wenn Arbeitnehmer alle zumutbaren Alternativvorkehrungen erfolglos getroffen hätten.

Die Vereinbarung der Sonderbetreuungszeit wurde zeitlich bis 31.05.2020 befristet. Durch diese Nov erfolgte auch eine Verlängerung des Vergütungsanspruchs des Arbeitgebers und dessen Abwicklung bis zum 30.06.2021 (§ 19 Abs 1 Z 45 AVRAG).³⁰⁸

Aus den unterschiedlichen Geltungsdauern hinsichtlich der Vereinbarung der Sonderbetreuungszeit und der Geltendmachung des Vergütungsanspruchs geht hervor, dass § 18b AVRAG aus zwei Komponenten besteht. Zum einen aus der Möglichkeit des Arbeitnehmers, eine bezahlte Freistellung zu vereinbaren. Zum anderen aus der Möglichkeit des Arbeitgebers, für die gewährte Freistellung eine Förderung zu beantragen. Augenscheinliches Ziel des Gesetzgebers war es, durch die Förderung einen Anreiz für den Arbeitgeber zur Gewährung der Sonderbetreuungszeit zu schaffen – allerdings nur bei Erfüllung sämtlicher Voraussetzungen.³⁰⁹

³⁰⁶ IA 402/ 27. GP 31.

³⁰⁷ *Schrank*, RdW 2020/224 (268).

³⁰⁸ Vgl dazu auch *Drs in Resch*, Corona-HB^{1.00} Kap 5 Rz 62 (Stand 10.4.2020, rdb.at).

³⁰⁹ Vgl dazu *Felten/Pfeil*, DRdA 2020, 295 (307).

2.6.2.1 Voraussetzungen der Sonderbetreuungszeit

2.6.2.1.1 Kein Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit

Schon bisher konnten Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer grds (auch grundlos) bezahlt vom Dienst freistellen. Die Besonderheit der Sonderbetreuungszeit liegt darin, dass bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen der Arbeitnehmer vom Dienst freigestellt werden kann und der Arbeitgeber im Gegenzug dafür einen Anspruch auf Vergütung von einem Drittel des in der Sonderbetreuungszeit an den Arbeitnehmer gezahlten Entgelts durch den Bund hat. Die Betonung liegt allerdings auf „freigestellt werden kann“, wodurch klar hervorgeht, dass der Arbeitnehmer keinen Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit hat und die Entscheidung über die Gewährung der Sonderbetreuungszeit dem Arbeitgeber obliegt.³¹⁰

*Gerhartl*³¹¹ wendet allerdings zutreffend ein, dass auch bei der Gewährung der Sonderbetreuungszeit Diskriminierungsverbote, wozu auch der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zähle, zu beachten seien.

2.6.2.1.2 Gründe für die Gewährung der Sonderbetreuungszeit

Die geförderte Sonderbetreuungszeit ist an das Vorliegen bestimmter Gründe geknüpft. Der erste Grund, weshalb Sonderbetreuungszeit gewährt werden kann, liegt in der Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für die eine Betreuungspflicht besteht. Der Betreuungsbedarf muss sich aus der teilweisen oder vollständig behördlich angeordneten Schließung von Schulen oder anderen Kinderbetreuungseinrichtungen ergeben. Die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers darf nicht für die Aufrechthaltung des Betriebes erforderlich sein und es darf kein anderer Dienstfreistellungsanspruch des Arbeitnehmers zur Betreuung seines Kindes bestehen.

Die Sonderbetreuungszeit kann ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen gewährt werden – wobei „ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung“ wohl iSv frühestens ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung zu verstehen ist und nicht hingegen, dass die drei Wochen mit der behördlichen Schließung der Schulen oder Kinderbetreuungseinrichtungen zu laufen

³¹⁰ Vgl dazu *Sabara/Lindmayer*, Die neue Sonderbetreuungszeit während der Coronavirus-Krise, ARD 6694/4/2020 (3); *Schuster*, Sonderbetreuungszeit – ein bloß halbherziger Ersatz? Von zeitlichen und anderen Tücken in der Praxis, ASoK 2020, 174 (174).

³¹¹ *Gerhartl*, Sonderbetreuungszeit und Dienstfreistellung für Risikogruppen. Neue rechtliche Instrumente im Zuge von COVID-19, ASoK 2020, 411 (411).

beginnen.³¹² Die Sonderbetreuungszeit konnte demnach, solange die Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen geschlossen waren, bis längsten 31.05.2020 gewährt werden.

§ 18b Abs 1 AVRAG knüpft an das Vorliegen einer Betreuungspflicht von Kindern an. Nachdem die Gesetzesmaterialien nichts Konkretes zu diesem Terminus enthalten, zieht *Hübelbauer*³¹³ zur Beurteilung des Vorliegens einer Betreuungspflicht die Bestimmungen §§ 158 ff ABGB, insb §§ 177 ff ABGB heran. Weiters führt er aus, dass der Begriff „Kinder“ gem § 18b AVRAG iSd verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes Kinder, Wahl- und Pflegekinder umfasse. Ob dies auch für Patchwork-Familien gilt, also zur notwendigen Betreuung eines Kindes des Lebensgefährten oder der Lebensgefährtin, ist fraglich. *Hübelbauer* bejaht diese Frage. Er begründet dies mit der besonderen Situation durch COVID-19 und verweist darauf, dass die Erkrankung des Kindes des Lebensgefährten bzw der Lebensgefährtin auch einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund darstellen könne.³¹⁴ Ohne an dieser Stelle näher auf die dogmatische Beurteilung der Sonderbetreuungszeit einzugehen,³¹⁵ teile ich *Hübelbauers* Argumentation schon deshalb nicht, da auch bei der Pflegefreistellung gem § 16 Abs 1 UrlG, die in der Praxis wohl den bedeutendsten Fall eines anderen wichtigen, die Person des Dienstnehmers betreffenden Dienstverhinderungsgrund darstellt,³¹⁶ erst gesetzlich normiert werden musste, dass zu den Angehörigen iSd § 16 UrlG auch im gemeinsamen Haushalt lebende leibliche Kinder des anderen Ehegatten oder des eingetragenen Partners oder Lebensgefährten zählen³¹⁷ – wobei hier die zusätzliche Voraussetzung eines gemeinsamen Haushalts festgelegt wurde.³¹⁸ Eine entsprechende Klarstellung erfolgte hinsichtlich der Sonderbetreuungszeit gerade nicht.

Getrennt von der Frage, ob für das Kind eine Betreuungspflicht vorliegt, ist die Frage zu betrachten, ob der Arbeitnehmer die Betreuung vornehmen kann – dh, ob er zur Ausübung der Betreuung überhaupt imstande ist. Dies kann einerseits von gesundheitlichen Aspekten als auch von rechtlichen Umständen (bspw behördliche Absonderung) abhängen. So wird

³¹² Vgl dazu *Sabara/Lindmayer*, ARD 6694/4/2020 (4); Richtlinie^{1.1} der BHAG, Sonderbetreuungszeit COVID-19, 4 (Stand 08.04.2020).

³¹³ *Hübelbauer*, CuRe 2020/43.

³¹⁴ Vgl *Drs in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 125.

³¹⁵ Siehe dazu die Ausführungen in Kapitel 2.6.7 „Dogmatische Beurteilung“.

³¹⁶ Vgl *Drs in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 1.

³¹⁷ Sozialrechts-Änderungsgesetz 2012 BGBl I 2013/3.

³¹⁸ Auch *Kurzböck*, WIKU-Personal-aktuell, Ausgabe 1/2021 (32f), vertritt – ohne dies näher zu begründen – die Ansicht, dass für Kinder des Partners bzw der Partnerin keine Betreuungspflicht bestehe und daher Sonderbetreuungszeit nicht anwendbar sei.

nach *Gerhartl*³¹⁹ wohl nicht entscheidend sein, ob ein Krankenstand vorliege, sondern ob es aufgrund der körperlichen Konstitution möglich sei, die im konkreten Fall erforderliche Betreuung durchzuführen. Dabei wird man wiederum auf die im konkreten Einzelfall vorzunehmenden Betreuungshandlungen abstellen müssen. Die Betreuung von reiferen und älteren Kindern wird weniger Aktivitäten des Arbeitnehmers verlangen als jene von Kleinkindern. Insofern wäre denkbar, dass auch während eines Krankenstands Sonderbetreuungszeit vereinbart werden kann, sodass die Abwesenheit während der Arbeit nicht als Krankenstand, sondern als Sonderbetreuungszeit gilt. Da ein Krankenstand jedoch keine Dienstfreistellung zur Kinderbetreuung darstellt, stehen Sonderbetreuungszeit und Krankenstand in keiner Konkurrenzsituation zueinander. In diesem Zusammenhang ist auch auf die Ansicht des BMAFJ³²⁰ zu verweisen, wonach die Sonderbetreuungszeit durch Arbeitsleistung, Erholungsurlaub oder Zeitausgleich unterbrochen wird, nicht aber durch einen allfälligen Krankenstand. Nach *Gerhartl*³²¹ gelten diese Überlegungen auch für behördliche Absonderungen der betreuungspflichtigen Arbeitnehmer. Hierbei handelt es sich mE jedoch um rein akademische Überlegungen, die in der Praxis kaum auftreten werden, da es nicht im Interesse des Arbeitnehmers sein wird, während eines Krankenstandes oder einer Absonderung um Sonderbetreuungszeit anzusuchen, da er oder sie aufgrund dieser Dienstverhinderungsgründe ohnehin unter Entgeltfortzahlung vom Dienst freigestellt ist. Darüber hinaus können Dienstnehmer – sofern es ihre körperliche Verfassung zulässt – während des Krankenstandes oder einer Absonderung Betreuungshandlungen vornehmen, ohne das Kontingent für die Sonderbetreuungszeit schmälern zu müssen.

Die Sonderbetreuungszeit kann auch Angehörigen für die Betreuung von Menschen mit Behinderung gewährt werden, für die eine Betreuungspflicht besteht. Auch hier muss der Betreuungsbedarf durch die behördlich angeordnete vollständige oder teilweise Schließung einer Einrichtung der Behindertenhilfe, einer Lehranstalt für Menschen mit Behinderung bzw einer höheren bildenden Schule ausgelöst werden. Die Inanspruchnahme der Sonderbetreuungszeit ist seit der Novellierung durch BGBl I 2020/23 auch möglich, wenn die Betreuung aufgrund freiwilliger Maßnahmen von zuhause erfolgt. Dies ist sowohl der Fall, wenn die Betreuung von Menschen mit Behinderung aufgrund einer freiwilligen Maßnahme der Einrichtung oder aufgrund einer freiwilligen Herausnahme des Menschen

³¹⁹ *Gerhartl*, ASok 2020, 411 (413).

³²⁰ Informationen des BMAFJ, Sonderbetreuungszeit Phase 4 – Häufig gestellte Fragen / FAQ^{1.3}, 12 (Stand 26.01.2021).

³²¹ *Gerhartl*, ASok 2020, 411 (413).

mit Behinderung aus der Betreuung von zuhause erfolgt.³²² Als Rechtsgrundlage für die Betreuungspflicht dient va das Familienrecht, insb §§ 44, 90, 137, 144 ABGB.³²³ § 18b Abs 1 Z 1 AVRAG legt weder eine Altersgrenze der zu betreuenden Person fest,³²⁴ noch wird ein bestimmter Grad der Behinderung gefordert.³²⁵ Auch hier darf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers nicht für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich sein und ein Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung nicht bestehen.

Die Inanspruchnahme der Sonderbetreuungszeit kann auch Angehörigen von pflegebedürftigen Personen, deren Pflege oder Betreuung in Folge des Ausfalls einer Betreuungskraft nach dem Hausbetreuungsgesetz idF BGBl I 2007/33 nicht mehr sichergestellt ist, gewährt werden (§ 18b Abs 1 Z 2 AVRAG). Es geht um jene Fälle, in denen eine 24-Stundenpflege durch den COVID-19-bedingten Ausfall der bezahlten Pflegekräfte nicht mehr möglich ist. Unter Angehörigen sind den erläuternden Bemerkungen zur Folge alle Bluts- und Wahlverwandten zu verstehen.³²⁶

Auch mit Angehörigen von Menschen mit Behinderung, deren persönliche Assistenz in Folge von COVID-19 nicht mehr sichergestellt ist, kann Sonderbetreuungszeit vereinbart werden (§ 18b Abs 1 Z 3 AVRAG).

§ 18b Abs 1 Z 2 und 3 AVRAG stellen nicht einmal mehr auf eine *familienrechtlich fundierte Betreuungspflicht* ab, sondern sind sehr großzügig formuliert. Ausreichend ist bereits, dass die Betreuung dieser Angehörigen nicht mehr sichergestellt ist.³²⁷ Nach dem BMAFJ³²⁸ gelten Ehegatten (auch Ex-Ehegatten), Verwandte in gerader Linie, Verwandte zweiten Grades in der Seitenlinie, Verwandte dritten Grades in der Seitenlinie, Verwandte vierten Grades in der Seitenlinie, Verschwägerter in gerader Linie, Verschwägerter zweiten Grades in der Seitenlinie, Adoptiveltern und Adoptivkinder, Pflegeeltern und Pflegekinder, Lebensgefährten sowie Kinder und Enkel eines Lebensgefährten im Verhältnis zum anderen als Angehörige.

³²² IA 402/ 27. GP 31.

³²³ Hübelbauer, CuRe 2020/43.

³²⁴ Drs in Resch, Corona-HB^{1.02} Kap 5 Rz 70 (Stand 30.9.2020, rdb.at).

³²⁵ Hübelbauer, CuRe 2020/43.

³²⁶ IA 402/ 27. GP 31.

³²⁷ Vgl Felten/Pfeil, DRdA 2020, 295 (307).

³²⁸ Informationen des BMAFJ, Sonderbetreuungszeit Phase 4 – Häufig gestellte Fragen / FAQ^{1.3}, 8 (Stand 26.01.2021).

Sowohl für Fälle der Z 2 und 3 gelten die Voraussetzungen, dass der betreuende Arbeitnehmer nicht für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist und dass der Arbeitnehmer keinen sonstigen Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung hat.

2.6.2.1.3 Subsidiarität der Sonderbetreuungszeit

Kennzeichnend für die Sonderbetreuungszeit der Phase 1 ist das Erfordernis, wonach Arbeitnehmern nur dann Sonderbetreuungszeit gewährt werden kann, sofern kein Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung der in § 18b Abs 1 AVRAG idF BGBl I 2020/23 genannten Personen besteht.

Denkbar wäre ein Anspruch auf Freistellung unter Entgeltfortzahlung, wenn der Arbeitnehmer durch wichtige, seine Person betreffende Gründe während einer verhältnismäßig kurzen Zeit an der Arbeitsleistung gehindert ist (§ 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB) – bspw aufgrund familiärer Verpflichtungen wie der Kinderbetreuung. Da keine gesetzlich verordnete Schließung von Schulen und Kindergärten erfolgte, sondern nur der Unterricht ausgesetzt wurde, es jedoch weiterhin Betreuungsmöglichkeiten in Schulen und Kindergärten gab, war die Freistellung zur Betreuung nicht notwendig.³²⁹ Das Vorliegen eines wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrundes und somit eines Anspruchs auf bezahlte Dienstfreistellung kann somit verneint werden.

Auch wenn eine gesetzliche Schließung von Kindergärten nicht angeordnet wurde, kam es dennoch immer wieder vor, dass Schulen und vor allem Kindergärten gänzlich zusperren und eine Betreuungsmöglichkeit somit nicht mehr gegeben war. In diesen Fällen wird – bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB – wohl ein wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund vorliegen, sodass eine geförderte Sonderbetreuungszeit nicht gewährt werden kann. Allerdings ist zu beachten, dass weder § 8 Abs 3 AngG noch § 1154b Abs 5 ABGB genaue Angaben zur Fortzahlungsdauer machen. Vielmehr sprechen die Gesetze von einer „*verhältnismäßig kurzen Zeit*“ – die hM zieht als Richtschnur die Frist von einer Woche heran.³³⁰ In diesem Fall könnte bei Erfüllung der restlichen Voraussetzungen erst nach Verstreichen dieser Woche Sonderbetreuungszeit gewährt werden.

³²⁹ Vgl Sabara/Lindmayer, ARD 6694/4/2020 (5); Schrenk Friedrich/Schrenk Florian/Hitz, ARD 6692/6/2020 (2).

³³⁰ Vgl dazu bereits Kapitel 2.2.3 „Dauer der Entgeltfortzahlung“.

Solange das Kind nicht selbst an COVID-19 erkrankt, kommt eine Krankenpflegefreistellung gem § 16 Abs 1 Z 1 UrlG nicht in Betracht. Auch die Voraussetzungen für eine Betreuungsfreistellung gem § 16 Abs 1 Z 2 UrlG liegen mangels Ausfalls einer ständigen Betreuungsperson aus bestimmten im Gesetz taxativ genannten Gründen nicht vor.³³¹

*Hübelbauer*³³² empfiehlt bei der Prüfung, ob ein § 18b AVRAG vorgelagerter Anspruch auf Dienstfreistellung bestehe, iSd Günstigkeitsprinzips in folgender Reihenfolge vorzugehen: 1. Arbeitsvertrag, 2. BV, 3. KollV, 4. Verordnungen, 5. Gesetzliche Rechtsgrundlagen. Dabei sind nach Ansicht *Hübelbauers* nur jene Ansprüche auf Dienstfreistellung zu berücksichtigen, die zugleich einen Entgeltfortzahlungsanspruch vorsehen. Er begründet dies damit, dass Arbeitnehmer während der Sonderbetreuungszeit Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben, sodass durch die Sonderbetreuungszeit ein auf anderer Rechtsgrundlage fußender Entgeltfortzahlungsanspruch verlängert wird. Im Ergebnis stimme ich *Hübelbauer* zu, allerdings lässt sich dies mE bereits mit dem Zweck der Sonderbetreuungszeit begründen – und zwar soll die Betreuung des im § 18b AVRAG genannten Personenkreises sichergestellt werden, ohne dass es zu einer Minderung des Einkommens der Arbeitnehmer kommt.³³³ Mit dem Entfall oder der Reduktion des Entgelts verbundene Dienstfreistellungsansprüche, wie bspw Karenzen oder Teilzeitbeschäftigungen nach dem MSchG oder dem AVRAG haben daher außer Acht zu bleiben.³³⁴ Da jedoch iRd Antragstellung auf Rückerstattung des fortgezahlten Entgelts vom Arbeitgeber zum Vorliegen anderer Freistellungsansprüche weder Vorbringen zu erstatten noch Nachweise vorzulegen sind, ist davon auszugehen, dass die BHAG – zumindest vorläufig – nicht prüft, ob Arbeitnehmer noch andere Ansprüche auf Dienstfreistellung haben.³³⁵

³³¹ *Hübelbauer*, CuRe 2020/43; *Sabara/Lindmayer*, ARD 6694/4/2020 (5).

³³² *Hübelbauer*, CuRe 2020/43.

³³³ Vgl dazu auch *Sabara/Lindmayer*, ARD 6694/4/2020 (1); Informationen der BHAG, COVID-19 Sonderbetreuungszeit, Häufig gestellte Fragen/FAQ und Berechnungsbeispiele^{2,2}, 7 (Stand 11.12.2020); *Drs in Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 5 Rz 69 (Stand 30.9.2020, rdb.at), die ebenfalls aufgrund einer teleologischen Reduktion zur Ansicht gelangt, dass die Dienstfreistellung auf die bezahlte Dienstfreistellung zu beschränken sei sowie *Gerhartl*, ASoK 2020, 411 (411).

³³⁴ *Hübelbauer*, CuRe 2020/43.

³³⁵ Vgl dazu Formular Antrag Sonderbetreuungszeit^{1.0}, abrufbar unter <https://www.buchhaltungsagentur.gv.at/sonderbetreuungszeit-phase-1/>. (Stand 08.04.2020) sowie *Hübelbauer*, CuRe 2020/43.

2.6.2.2 Vergütungsanspruch der Arbeitgeber

2.6.2.2.1 Höhe der Förderung

Wird Arbeitnehmern Sonderbetreuungszeit gewährt, haben Arbeitgeber – bei Vorliegen der Voraussetzungen – Anspruch auf Vergütung von einem Drittel des in der Sonderbetreuungszeit an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelts durch den Bund. Sind hingegen nicht alle Voraussetzungen erfüllt (zB weil der Arbeitnehmer aufgrund anderer Rechtsvorschriften einen Anspruch auf Dienstfreistellung hätte) und gewährt der Arbeitgeber dennoch Sonderbetreuungszeit, ist davon auszugehen, dass die Vereinbarung über die Freistellung zwar gültig ist, dem Arbeitgeber allerdings kein Vergütungsanspruch zusteht.³³⁶

Der Anspruch auf Vergütung ist mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl 1955/189, gedeckelt (§ 18 Abs 1 AVRAG idF BGBl I 2020/23).

Die Berechnung des Ersatzanspruches erfolgt laut BHAG in Kalendertagen. Danach wird das Brutto-Monatsentgelt pauschal durch 30 Kalendertage dividiert und anschließend mit den vereinbarten Tagen der Sonderbetreuungszeit multipliziert und um die aliquoten Sonderzahlungen, die pauschal ein Sechstel des fortgezählten Entgelts ausmachen, ergänzt.³³⁷

In diesem Zusammenhang zeigt *Drs*³³⁸ treffend auf, dass nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes „*Der Anspruch auf Vergütung [...] ist mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage [...] gedeckelt.*“ der Vergütungsanspruch pro Arbeitnehmer insgesamt mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage, für das Jahr 2020 5.370,- Euro, gedeckelt ist – der maximale Erstattungsanspruch daher auch 5.370,- Euro beträgt. Würde man streng dem Gesetzeswortlaut folgen, würde diese Grenze erst bei sehr hohen Einkommen erreicht werden, da da der Arbeitgeber ohnehin nur ein Drittel des fortgezählten Entgelts ersetzt bekommt. Die Absicht des Gesetzgebers wird wohl eher dahingehend zu verstehen sein, dass das zur Berechnung der Vergütung heranzuziehende Einkommen des Arbeitnehmers mit der monatlichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage gedeckelt ist.

³³⁶ Vgl idS auch *Gerhartl*, ASoK 2020, 411 (414).

³³⁷ Informationen der BHAG, COVID-19 Sonderbetreuungszeit, Häufig gestellte Fragen/FAQ und Berechnungsbeispiele^{2.2}, 10f (Stand 11.12.2020).

³³⁸ *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.00} Kap 5 Rz 75 (Stand 10.4.2020, rdb.at).

Die BHAG folgt letzterer Interpretation. Das Berechnungsbeispiel zeigt, dass sich bei dreiwöchiger Gewährung der Sonderbetreuungszeit ein Maximalförderbetrag pro Arbeitnehmer von 1.253,- Euro ergibt ($5.370,- / 30 \text{ Kalendertage} \times 21 \text{ förderbare Kalendertage} \times 1/3 \text{ Vergütung Bund}$).³³⁹ In der Deckelung mit der monatlichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage ist laut RL der BHAG der aliquote Sonderzahlungsanteil bereits enthalten.³⁴⁰

Nicht vergütungsfähig sind Dienstgeberabgaben, wie etwa der Dienstgeberanteil zur Sozialversicherung, der Dienstgeberbeitrag zum Familienlastenausgleichsfonds, die Kommunalsteuer oder der Beitrag gem BMSVG^{341, 342}.

2.6.2.2.2 Förderbare Zeiten

Phase 1 sieht vor, dass Arbeitgeber eine Sonderbetreuungszeit von bis zu 3 Wochen gewähren können. Dabei werden keine Angaben gemacht, wie der Verbrauch der Sonderbetreuungszeit zu erfolgen hat. *Drs*³⁴³ vertritt die Ansicht, dass ein Verbrauch als Ganzes nicht zwingend erforderlich sei, sondern die Sonderbetreuungszeit auch nur tage- bzw sogar stundenweise konsumiert werden könne. Sie nimmt diesbezüglich einen Vergleich mit der Betreuungsfreistellung gem § 16 Abs 1 Z 2 UrlG vor, bei der, abhängig von der Dauer der notwendigen Betreuung, auch eine stundenweise Freistellung zulässig ist.^{344, 345}

Man konnte den FAQs³⁴⁶ der BHAG zunächst entnehmen, dass die Sonderbetreuungszeit am Stück vereinbart und konsumiert werden müsse. Eine Splittung oder eine stundenweise Konsumation sei nicht möglich. Diese Ansicht wurde mittlerweile zum Teil revidiert und könne laut RL³⁴⁷ und FAQs³⁴⁸ der BHAG die Sonderbetreuungszeit nun für 3 Wochen am „Stück“, wochen-, tage-, oder halbtagesweise vom Arbeitgeber gewährt werden. Den Ausführungen der BHAG folgend, könne Sonderbetreuungszeit bspw eine Woche in Anspruch genommen, von einer Arbeitswoche unterbrochen und danach erneut konsumiert

³³⁹ Richtlinie^{1.1} der BHAG, Sonderbetreuungszeit COVID-19, 4 (Stand 08.04.2020).

³⁴⁰ Richtlinie^{1.1} der BHAG, Sonderbetreuungszeit COVID-19, 4 (Stand 08.04.2020).

³⁴¹ Betriebliches Mitarbeiter- und Selbständigenvorsorgegesetz BGG I 2002/100.

³⁴² Richtlinie^{1.1} der BHAG, Sonderbetreuungszeit COVID-19, 5 (Stand 08.04.2020).

³⁴³ *Drs* in Resch, Corona-HB^{1.00} Kap 5 Rz 66 (Stand 10.4.2020, rdb.at).

³⁴⁴ *Drs* in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 16 UrlG Rz 3; Schrank, UrlG § 16 Rz 54.

³⁴⁵ Auch Felten/Pfeil, DRdA 2020, 295 (308) gehen beim Verbrauch der Sonderbetreuungszeit von einer Analogie zu § 16 Abs 1 UrlG aus und erachten den stundenweisen Verbrauch für zulässig.

³⁴⁶ Informationen der BHAG, COVID-19 Sonderbetreuungszeit, Häufig gestellte Fragen/FAQ und Berechnungsbeispiele 7 (Stand 01.04.2020).

³⁴⁷ Richtlinie^{1.1} der BHAG, Sonderbetreuungszeit COVID-19, 5 (Stand 08.04.2020).

³⁴⁸ Informationen der BHAG, COVID-19 Sonderbetreuungszeit, Häufig gestellte Fragen/FAQ und Berechnungsbeispiele^{2.2}, 9 (Stand 11.12.2020).

werden. Es wäre auch möglich, dass die Freistellung sechs Wochen lang immer nachmittags erfolgt. Wichtig ist, dass die förderbare Gesamtzeit 21 Kalendertage nicht überschreitet. Explizit darauf hingewiesen wird, dass eine stundenweise Konsumation nicht möglich sei – diese Beschränkung der Verbrauchsmöglichkeit ist mE weder durch das Gesetz gedeckt noch entspricht es der Lebenserfahrung.³⁴⁹

Zur Berechnung des Ersatzanspruches in Kalendertagen ist auszuführen, dass nach Ansicht der BHAG arbeitsfreie Tage nur dann zur förderbaren Sonderbetreuungszeit zählen, wenn diese wochenweise (das heißt an mindestens sieben hintereinander folgenden Kalendertagen) konsumiert werden.³⁵⁰ Drs³⁵¹ schlägt die Vornahme einer Berechnung in Arbeitstagen vor. Sie vergleicht die Situation mit dem Entgeltfortzahlungskontingent des EFZG, welches nach hM³⁵² auf Arbeitstage umzurechnen ist, sowie mit der zum tageweisen Urlaubsverbrauch bestehenden Ansicht des OGH³⁵³, wonach ebenfalls eine Umrechnung in Arbeitstage zu erfolgen hat, sodass sich insgesamt ein Gesamtanspruch von fünf bzw sechs Wochen ergebe.

Ebenfalls für Erstaunen sorgte der Umstand, dass nach Ansicht der BHAG³⁵⁴ jeweils nur ein Antrag pro Arbeitnehmer gestellt werden könne. Dies würde dazu führen, dass Arbeitgeber – um nicht Gefahr zu laufen, einen Teil des Erstattungsanspruchs wegen mehrmaliger Antragstellung zu verlieren – mit der Antragstellung so lange zuwarten müssten, bis die Maximaldauer von drei Wochen gewährt und verbraucht wurde. Da die Einmaligkeit der Antragstellung keine gesetzliche Deckung findet, bleibt im Falle einer Ablehnung des Vergütungsanspruchs wegen mehrmaliger Antragstellung nur die Möglichkeit, einen Bescheid zu beantragen und ein Rechtsmittel dagegen zu erheben.³⁵⁵

In der Praxis wurde dazu wahrgenommen, dass Arbeitgeber, um das Risiko einer Versagung des Erstattungsanspruchs bzw um allzu große Verzögerungen des Ersatzes zu vermeiden, zurückhaltender bei der Gewährung von Sonderbetreuungszeit vorgehen. Was wiederum dazu führte, dass das langfristige Ziel der Sonderbetreuungszeit – die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 einzudämmen, indem der Kontakt von

³⁴⁹ Vgl dazu auch *Schuster*, ASoK 2020, 174 (176).

³⁵⁰ Informationen der BHAG, COVID-19 Sonderbetreuungszeit, Häufig gestellte Fragen/FAQ und Berechnungsbeispiele^{2,2}, 9 (Stand 11.12.2020).

³⁵¹ Drs in *Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 5 Rz 66 (Stand 30.9.2020, rdb.at).

³⁵² Vgl Drs in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 88 mwN.

³⁵³ Drs, Urlaubsrecht¹¹ § 2 Rz 46 ff mwN.

³⁵⁴ Vgl dazu Richtlinie^{1.1} der BHAG, Sonderbetreuungszeit COVID-19, 4 (Stand 08.04.2020).

³⁵⁵ Vgl *Schuster*, ASoK 2020, 174 (176f).

Kindern untereinander in Schulen und Betreuungseinrichtungen minimiert wird – in gewisser Weise konterkariert wurde.

Der Vergütungsanspruch ist binnen sechs Wochen vom Tage der Aufhebung der behördlichen Maßnahmen bei der BHAG geltend zu machen (§ 18b Abs 1 AVRAG). Ein Abstellen auf das Ende der behördlichen Maßnahme ist allerdings nur dort möglich, wo eine Betreuungsnotwendigkeit durch behördliche Maßnahmen ausgelöst wurde. Dies ist der Fall bei behördlich angeordneten (partiellen) Schließungen von Schulen oder Behinderteneinrichtungen, nicht allerdings, wenn bspw Menschen mit Behinderung freiwillig aus der Einrichtung genommen werden oder deren persönliche Assistenz in Folge von COVID-19 ausgefallen ist. Nur in der StF konnte – mangels anderer Tatbestandselemente – Sonderbetreuungszeit vereinbart werden, wenn Schulen oder Kinderbetreuungseinrichtungen aufgrund behördlicher Maßnahmen vollständig oder teilweise geschlossen wurden. Die Anpassung des § 18b Abs 1 vorletzter Satz AVRAG scheint im Zuge der Novellierungen versehentlich verabsäumt worden zu sein.³⁵⁶ In der RL der BHAG ist diesbezüglich zu lesen, dass Anträge binnen sechs Wochen ab dem Ende der Aufhebung der behördlichen Schulschließung bzw binnen sechs Wochen nach Ende des „*gewährten Freistellungszeitraumes*“ geltend gemacht werden können.³⁵⁷

2.6.2.2.3 Berechnung des Entgelts

Bezüglich des ersatzfähigen Entgelts stellt die RL der BHAG auf das regelmäßige Entgelt iSd EFZG ab, sodass neben laufendem Lohn bzw Gehalt auch alle sonstigen Entgeltleistungen wie Zuschläge, Zulagen, Überstundenentgelte, Überstundenpauschalien, monatliche Prämien und Provisionen sowie aliquote Sonderzahlungen zu berücksichtigen sind. Nicht förderbar sind lohnsteuerbefreite Fehlgeldentschädigungen, Tages- und Nächtigungsgelder, Trennungsgelder, Entfernungszulagen, Fahrtkostenvergütungen, freie oder verbilligte Mahlzeiten oder Getränke, die Beförderung der Arbeitnehmer zwischen Wohnung und Arbeitsstätte auf Kosten des Arbeitgebers sowie der teilweise oder gänzliche Ersatz der tatsächlichen Kosten für Fahrten des Arbeitnehmers zwischen Wohnung und Arbeitsstätte.³⁵⁸ Es sind die Lohn- bzw Gehaltszettel des betroffenen

³⁵⁶ Drs in Resch, Corona-HB^{1.02} Kap 5 Rz 77 (Stand 30.9.2020, rdb.at).

³⁵⁷ Richtlinie^{1.1} der BHAG, Sonderbetreuungszeit COVID-19, 4 (Stand 08.04.2020).

³⁵⁸ Richtlinie^{1.1} der BHAG, Sonderbetreuungszeit COVID-19, 5 (Stand 08.04.2020).

Zeitraums heranzuziehen. Sind zwei Abrechnungsperioden betroffen, ist der Durchschnitt aus beiden Perioden zu ermitteln.³⁵⁹

2.6.3 Phase 2

Aufgrund der fortdauernden COVID-19-Krise wurde § 18b AVRAG mit dem Ziel, die Vereinbarkeit von Arbeit und Betreuungspflichten zu erleichtern,³⁶⁰ erneut geändert und trat am 25.07.2020 in Kraft.³⁶¹

§ 18b AVRAG idF BGBl I 2020/72 lautet wie folgt:

Bestimmungen in Zusammenhang mit COVID-19

§ 18b. (1) *Werden Einrichtungen auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen und hat ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsleistung nicht für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist, keinen Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung seines Kindes, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Sonderbetreuungszeit im Ausmaß von bis zu drei Wochen, ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen, für die Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für die eine Betreuungspflicht besteht, gewähren. Dasselbe gilt,*

1. wenn eine Betreuungspflicht für Menschen mit Behinderungen besteht, die in einer Einrichtung der Behindertenhilfe oder einer Lehranstalt für Menschen mit Behinderungen bzw. einer höher bildenden Schule betreut oder unterrichtet werden, und diese Einrichtung oder Lehranstalt bzw. höher bildende Schule auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen wird, oder auf Grund freiwilliger Maßnahmen die Betreuung von Menschen mit Behinderung zu Hause erfolgt, oder

2. für Angehörige von pflegebedürftigen Personen, wenn deren Pflege oder Betreuung in Folge des Ausfalls einer Betreuungskraft nach dem Hausbetreuungsgesetz, BGBl. I Nr. 33/2007 nicht mehr sichergestellt ist oder

3. für Angehörige von Menschen mit Behinderungen, die persönliche Assistenz in Anspruch nehmen, wenn die persönliche Assistenz in Folge von COVID-19 nicht mehr sichergestellt ist.

Arbeitgeber haben Anspruch auf Vergütung von einem Drittel des in der Sonderbetreuungszeit an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelts durch den Bund. Der Anspruch auf Vergütung nach dem ersten Satz ist mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, gedeckelt und binnen sechs Wochen vom Tage der Aufhebung der behördlichen Maßnahmen bei der Buchhaltungsagentur geltend zu machen. Die Regelung gilt auch für Arbeitnehmer, die den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz sowie dem Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetz BGBl. Nr. 280/1980 unterliegen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes in Kraft sind.

³⁵⁹ Richtlinie^{1,1} der BHAG, Sonderbetreuungszeit COVID-19, 5 (Stand 08.04.2020).

³⁶⁰ Sten Prot vom 08.07.2020, 45. Sitzung des NR 27. GP 68.

³⁶¹ BG, mit dem das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geändert wird BGBl I 2020/72, ARD 6709/16/2020.

(1a) Abs. 1 gilt sinngemäß für weitere bis zu drei Wochen für die notwendige Betreuung eines Kindes bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für das eine Betreuungspflicht besteht, sowie von Personen gemäß Abs. 1 Z 1 bis 3 im Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten dieser Bestimmung und dem 30. September 2020. Der Arbeitgeber hat den Anspruch auf Vergütung bis 31. Oktober 2020 geltend zu machen. [. . .]

Mit Einführung des § 18b Abs 1a AVRAG wurde die Möglichkeit geschaffen, auch im Sommer 2020 für bis zu drei weitere Wochen Sonderbetreuungszeit für die notwendige Betreuung eines Kindes bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für das eine Betreuungspflicht besteht, zu vereinbaren. Dasselbe gilt für die notwendige Betreuung von Menschen mit Behinderung und von pflegebedürftigen Personen (Sommer-Sonderbetreuungszeit). Die Sommer-Sonderbetreuungszeit konnte vom 25.07.2020 bis 30.09.2020 gewährt werden. Die Sonderbetreuungszeit der Phase 1³⁶² lief Ende Mai 2020 aus – insofern war die Möglichkeit der Vereinbarung einer geförderten Sonderbetreuungszeit in der Zeit von 01.06.2020 bis 24.07.2020 unterbrochen.

Der Unterschied zur Sonderbetreuungszeit der Phase 1³⁶³ besteht darin, dass für die geförderte Sonderbetreuungszeit zur notwendigen Betreuung eines minderjährigen Kindes die (teilweise) behördliche Schließung von Schulen oder Betreuungseinrichtungen nicht mehr Voraussetzung ist – vielmehr wird vereinfacht auf die Notwendigkeit der Betreuung abgestellt.³⁶⁴ Im Fall einer (teilweisen) Schließung von Schulen oder Kinderbetreuungseinrichtungen kann auch weiterhin zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer Sonderbetreuungszeit vereinbart werden.³⁶⁵

In der RL³⁶⁶ des BMAFJ wurde dazu festgehalten, dass die Notwendigkeit zur Betreuung des Kindes durch den Arbeitnehmer dann vorliegt, wenn tatsächlich keine andere geeignete Betreuungsperson (oder Betreuungseinrichtung) in diesem Zeitraum zur Verfügung steht.

Obige Ausführungen galten auch für die Betreuung von Menschen mit Behinderung, wenn ihnen gegenüber eine Betreuungspflicht besteht und deren Betreuungseinrichtung geschlossen ist.

³⁶² § 18b AVRAG idF BGBl I 2020/23.

³⁶³ § 18b AVRAG idF BGBl I 2020/23.

³⁶⁴ Sten Prot vom 08.07.2020, 45. Sitzung des NR 27. GP 68.

³⁶⁵ Sten Prot vom 08.07.2020, 45. Sitzung des NR 27. GP 68.

³⁶⁶ Richtlinie^{1,2} des BMAFJ, Sommer-Sonderbetreuungszeit 4 (Stand 09.09.2020).

Die Sommer-Sonderbetreuungszeit konnte auch Angehörigen von pflegebedürftigen Personen, deren 24-Stunden-Betreuung ausgefallen ist, sowie Angehörigen von Menschen mit Behinderung bei Ausfall ihrer persönlichen Assistenz gewährt werden.

„§ 18b Abs 1 AVRAG gilt für die Sommer-Sonderbetreuungszeit sinngemäß“ – daraus und in Zusammenschau mit den Unterlagen des BMAFJ³⁶⁷ kann geschlossen werden, dass auch die Sommer-Sonderbetreuungszeit nur jenen Arbeitnehmern gewährt werden konnte, deren Arbeitsleistung für die Aufrechterhaltung des Betriebes nicht erforderlich war und welche keinen anderen Rechtsanspruch auf bezahlte Dienstfreistellung zur notwendigen Betreuung ihres Kindes bzw ihres Angehörigen hatten. Ebenfalls nicht verändert hatte sich der Umstand, dass Arbeitnehmern weiterhin kein Rechtsanspruch auf Sonderbetreuung zukam, sondern die Gewährung, wie bereits in Phase 1, von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig war.

Arbeitgeber hatten ihren Vergütungsanspruch – unabhängig von der Lage der Sonderbetreuungszeit – spätestens bis 31.10.2020 bei der BHAG geltend zu machen.³⁶⁸ Der Antrag war über die Website der BHAG bzw über das Unternehmensserviceportal durch den Arbeitgeber selbst oder durch dessen Steuerberater einzubringen.³⁶⁹

Die Höhe des Vergütungsanspruchs (ein Drittel des an den Arbeitnehmer gezahlten Entgelts) und die Berechnung des Entgelts hatten sich nicht geändert, sodass auf die Ausführungen zu Phase 1 verwiesen werden kann.

2.6.4 Phase 3

Durch § 18b Abs 1 AVRAG idF BGBl I 2020/107 hat der Gesetzgeber die Möglichkeit geschaffen, dass Arbeitgeber in der Zeit vom 1.10.2020 bis 28.02.2021 ihren Arbeitnehmern erneut Sonderbetreuungszeit bis zu drei Wochen gewähren konnten, wobei Arbeitgebern nun die Hälfte des fortgezählten Entgelts durch den Bund ersetzt wurde.³⁷⁰

§ 18b AVRAG idF BGBl I 2020/107 lautet wie folgt:

Bestimmungen in Zusammenhang mit COVID-19

§ 18b. (1) Werden Einrichtungen auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen oder sind Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen in der Zeit der Ferien oder der für schulfrei erklärten Tage nach § 2 Abs. 2 Z 1 lit. b, Abs. 4

³⁶⁷ Richtlinie^{1,2} des BMAFJ, Sommer-Sonderbetreuungszeit 4f (Stand 09.09.2020).

³⁶⁸ Vgl dazu Drs in Resch, Corona-HB^{1,02} Kap 5 Rz 77 (Stand 30.9.2020, rdb.at).

³⁶⁹ Richtlinie^{1,2} des BMAFJ, Sommer-Sonderbetreuungszeit 6 (Stand 09.09.2020).

³⁷⁰ BG, mit dem das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geändert wird BGBl I 2020/107, ARD 6720/16/2020.

Z 3 und Abs. 5 des Schulzeitgesetzes 1985, BGBl. Nr. 77/1985, geschlossen und hat ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsleistung nicht für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist, keinen Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung seines Kindes, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Sonderbetreuungszeit im Ausmaß von bis zu drei Wochen, ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen, für die Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für die eine Betreuungspflicht besteht, gewähren. Dasselbe gilt,

1. wenn eine Betreuungspflicht für Menschen mit Behinderungen besteht, die in einer Einrichtung der Behindertenhilfe oder einer Lehranstalt für Menschen mit Behinderungen bzw. einer höher bildenden Schule betreut oder unterrichtet werden, und diese Einrichtung oder Lehranstalt bzw. höher bildende Schule auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen wird, oder auf Grund freiwilliger Maßnahmen die Betreuung von Menschen mit Behinderung zu Hause erfolgt, oder

2. für Angehörige von pflegebedürftigen Personen, wenn deren Pflege oder Betreuung in Folge des Ausfalls einer Betreuungskraft nach dem Hausbetreuungsgesetz, BGBl. I Nr. 33/2007 nicht mehr sichergestellt ist oder

3. für Angehörige von Menschen mit Behinderungen, die persönliche Assistenz in Anspruch nehmen, wenn die persönliche Assistenz in Folge von COVID-19 nicht mehr sichergestellt ist.

Arbeitgeber haben Anspruch auf Vergütung von der Hälfte des in der Sonderbetreuungszeit an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelts durch den Bund. Der Anspruch auf Vergütung ist mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, gedeckelt und binnen sechs Wochen ab dem Ende der Sonderbetreuungszeit bei der Buchhaltungsagentur geltend zu machen. Die Buchhaltungsagentur entscheidet über die Zuerkennung der Vergütung mittels Mitteilung. Der Arbeitgeber hat das Recht, binnen vier Wochen nach Zustellung dieser Mitteilung darüber einen Bescheid zu verlangen, wenn dem Antrag auf Vergütung nicht vollinhaltlich stattgegeben wird. Die Regelung gilt auch für Arbeitnehmer, die den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz sowie dem Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetz BGBl. Nr. 280/1980 unterliegen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes in Kraft sind.

(1a) Abs. 1 gilt sinngemäß für weitere bis zu drei Wochen für die notwendige Betreuung eines Kindes bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für das eine Betreuungspflicht besteht, sowie von Personen gemäß Abs. 1 Z 1 bis 3 im Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten dieser Bestimmung und dem 30. September 2020. Der Arbeitgeber hat den Anspruch auf Vergütung bis 31. Oktober 2020 geltend zu machen. [. . .]

§ 19 Abs. 1 Z 47. § 18b Abs. 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 107/2020 tritt mit dem 1. Oktober 2020 in Kraft und gilt bis 28. Februar 2021, hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Arbeitgebers und dessen Abwicklung bis 30. Juni 2022.

Mit Verlängerung der Sonderbetreuungszeit um weitere drei Wochen wollte der Gesetzgeber Eltern auch im Schuljahr 2020/2021 für die Zeit der teilweisen oder gänzlichen Schließung von Schulen oder Kinderbetreuungseinrichtungen, die Betreuung

ihrer Kinder erleichtern.³⁷¹ Gleiches galt für den in § 18b Abs 1 AVRAG genannten betreuungstauglichen Personenkreis, der durch die Novellierung keine Änderung erfahren hat, sodass auf die Ausführungen zu Phase 1 verwiesen werden kann.³⁷²

In den ErläutRV ausdrücklich festgehalten wurde, dass die Sonderbetreuungszeit der Phase 3 im Ausmaß von bis zu drei Wochen unabhängig von einer allfälligen Inanspruchnahme der Sonderbetreuungszeit in Phase 1 und 2 gewährt werden kann.³⁷³

Wie bereits in Phase 2, konnte die geförderte Sonderbetreuungszeit auch in Phase 3 während der Schulferien vereinbart werden. Explizit festgehalten wurde nun, dass die Inanspruchnahme auch während schulautonomer Tage zulässig war (§ 18b Abs 1 AVRAG). Der Gesetzgeber hatte dabei insb die Betreuung während der Herbstferien (schulautonome Tage), der Weihnachtsferien sowie der Semesterferien im Sinn. Voraussetzung hierbei war wiederum, dass die Betreuung durch den Arbeitnehmer notwendig ist.³⁷⁴

Ebenfalls unverändert geblieben sind die Voraussetzungen, dass Sonderbetreuungszeit nur jenen Arbeitnehmern, deren Arbeitsleistung zur Aufrechterhaltung des Betriebes nicht erforderlich ist, gewährt werden kann, sowie dass die Sonderbetreuungszeit gegenüber anderen Rechtsansprüchen auf bezahlte Dienstfreistellung subsidiär ist.³⁷⁵ Auch in Phase 3 hatten Dienstnehmer keinen Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit.³⁷⁶

§ 18b Abs 1 AVRAG hat durch die Novellierung auch insofern eine Neuerung erfahren, als normiert wurde, dass die BHAG über die Zuerkennung der Vergütung zunächst mittels Mitteilung entscheidet. Der Arbeitgeber hat jedoch das Recht, binnen vier Wochen nach Zustellung dieser Mitteilung einen Bescheid darüber zu verlangen, wenn dem Antrag auf Vergütung nicht vollinhaltlich stattgegeben wird.

In Phase 3 hatten Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern die Sonderbetreuungszeit gewährt haben, einen Anspruch auf Vergütung der Hälfte des in der Sonderbetreuungszeit fortgezählten Entgelts (§ 18b Abs 1 AVRAG) – an der Berechnung des Entgelts selbst hat sich nichts geändert.³⁷⁷

³⁷¹ ErläutRV 351 BlgNR 27. GP 1.

³⁷² Sie dazu Kapitel 2.6.2.1.2 „Gründe für die Gewährung der Sonderbetreuungszeit“.

³⁷³ ErläutRV 351 BlgNR 27. GP 1.

³⁷⁴ AB 361 BlgNR 27. GP 1.

³⁷⁵ Siehe dazu Kapitel 2.6.2.1.3 „Subsidiarität der Sonderbetreuungszeit“.

³⁷⁶ Siehe dazu Kapitel 2.6.2.1.1 „Kein Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit“.

³⁷⁷ Siehe dazu Kapitel 2.6.2.2.3 „Berechnung des Entgelts“.

Arbeitgeber hatten den Vergütungsanspruch binnen sechs Wochen ab dem Ende der Sonderbetreuungszeit bei der BHAG geltend zu machen (§ 18b Abs 1 AVRAG).

Ursprünglich galt als Zeitraum, während dessen Sonderbetreuungszeit vereinbart bzw. gewährt werden konnte, der 01.10.2020 bis 28.02.2021.³⁷⁸ Durch das Inkrafttreten der Sonderbetreuungszeit der Phase 4³⁷⁹ wurde die Geltungsdauer der Phase 3 jedoch verkürzt und endete vorzeitig mit 31.10.2020.

2.6.5 Phase 4

Phase 4 der Sonderbetreuungszeit hatte – salopp formuliert – einige Startschwierigkeiten. Eingeleitet wurde der Gesetzwerdungsprozess mittels IA vom 05.11.2020.³⁸⁰ Der IA sah vor, dass Arbeitnehmer im Zeitraum 01.11.2020 bis 09.07.2021 einen Rechtsanspruch auf Sonderbetreuung von insgesamt bis zu vier Wochen haben sollten – unabhängig von bereits allfällig zuvor gewährten Sonderbetreuungszeiten in den Phasen 1 bis 3. Im Gegenzug sollten Arbeitgeber 100% des in der Sonderbetreuungszeit gezahlten Entgelts, gedeckelt mit der monatlichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage, als Vergütungsanspruch erhalten.

Zu den bisher erfassten Betreuungsfällen der Sonderbetreuungszeit³⁸¹ wurde ein neues Tatbestandselement hinzugefügt. Seitdem hatten Arbeitnehmer auch dann Anspruch auf Sonderbetreuungszeit, wenn ein Kind bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für das eine Betreuungspflicht besteht, nach § 7 Epidemiegesetz 1950, BGBl 1950/186, abgesondert wird.³⁸² Die Erläuterungen sehen jedoch insofern eine Einschränkung vor, als dass der Anspruch auf Sonderbetreuungszeit nur im Falle einer Absonderung wegen Krankheits- oder Ansteckungsverdacht des Kindes zustehe. Bei der Absonderung eines erkrankten Kindes könne der Arbeitnehmer den Anspruch auf Sonderbetreuungszeit erst dann geltend machen, wenn kein Anspruch auf Pflegefreistellung mehr bestehe.³⁸³

Die Unterscheidung hinsichtlich des Grundes der Absonderung mutet mir insofern seltsam an, als sie einerseits aus dem Gesetzesentwurf nicht hervorgeht, andererseits der Entwurf im Vergleich zu den vorherigen gesetzlichen Bestimmungen der Sonderbetreuungszeit gerade nicht mehr die Voraussetzung enthält, dass Sonderbetreuungszeit nur dann in

³⁷⁸ § 18b Abs 1 AVRAG idF BGBl I 2020/107.

³⁷⁹ BG, mit dem das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch und das Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz geändert werden BGBl I 2020/131, ARD 6730/9/2021; siehe dazu Kapitel 2.6.5 „Phase 4“.

³⁸⁰ IA 986/A BlgNR 27. GP; ARD 6724/22/2020.

³⁸¹ Siehe dazu Kapitel 2.6.2.1.2 „Gründe für die Gewährung der Sonderbetreuungszeit“.

³⁸² IA 986/A BlgNR 27. GP 2.

³⁸³ IA 986/A BlgNR 27. GP 3.

Anspruch genommen werden könne, wenn kein anderer Rechtsanspruch auf Freistellung bestehe.

Ebenfalls entfallen sollte die Einschränkung, wonach Sonderbetreuungszeit nur jenen Arbeitnehmern gewährt werden kann, deren Arbeitsleistung nicht für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist.

Im Ausschuss für Arbeit und Soziales³⁸⁴ erfolgten gegenüber dem IA 986/A BlgNR 27. GP noch weitere Änderungen. Es wurde beschlossen, dass ein Rechtsanspruch nur bei notwendiger Betreuung gebühre. Der Arbeitnehmer habe den Arbeitgeber unverzüglich nach Bekanntwerden der Schließung zu verständigen und alles Zumutbare zu unternehmen, damit die vereinbarte Arbeitsleistung zustande komme. Es wurde dazu ausgeführt, dass auch während weiterführender Schulschließungen ein alternatives Kinderbetreuungsangebot so weit als möglich sichergestellt werden solle. Arbeitnehmer haben sich um diese alternativen Kinderbetreuungsmöglichkeiten zu bemühen. Nur dort, wo es solche nicht gibt, gebühre ein Anspruch auf Sonderbetreuungszeit.

Durch einen zweiten Abänderungsantrag³⁸⁵, der in weiterer Folge auch Eingang in den Gesetzesbeschluss des Nationalrats fand, wurde sichergestellt, dass zusätzlich zur Regelung des Anspruchs auf Sonderbetreuungszeit, weiterhin die Möglichkeit bestand, die geförderte Sonderbetreuungszeit unter gewissen Voraussetzungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu vereinbaren.

Am 15.12.2020 erfolgte die Kundmachung des novellierten § 18b AVRAG idF BGBl I 2020/131, der wie folgt lautet:

Bestimmungen in Zusammenhang mit COVID-19

§ 18b. (1) *Werden Einrichtungen auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen, so hat der Arbeitnehmer für die notwendige Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für die eine Betreuungspflicht besteht, Anspruch auf eine Sonderbetreuungszeit gegen Fortzahlung des Entgelts im Ausmaß von insgesamt bis zu vier Wochen ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen. Der Arbeitnehmer hat den Arbeitgeber unverzüglich nach Bekanntwerden der Schließung zu verständigen und alles Zumutbare zu unternehmen, damit die vereinbarte Arbeitsleistung zustande kommt. Dasselbe gilt,*

1. wenn ein Kind bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für das eine Betreuungspflicht besteht, nach § 7 Epidemiegesetz 1950, BGBl. Nr. 186/1950, abgesondert wird, oder

³⁸⁴ AB 460 BlgNR 27 GP 3.

³⁸⁵ AA-85 27. GP.

2. wenn eine Betreuungspflicht für Menschen mit Behinderungen besteht, die in einer Einrichtung der Behindertenhilfe oder einer Lehranstalt für Menschen mit Behinderungen bzw. einer höher bildenden Schule betreut oder unterrichtet werden, und diese Einrichtung oder Lehranstalt bzw. höher bildende Schule auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen wird, oder auf Grund freiwilliger Maßnahmen die Betreuung von Menschen mit Behinderung zu Hause erfolgt, oder

3. für Angehörige von pflegebedürftigen Personen, wenn deren Pflege oder Betreuung in Folge des Ausfalls einer Betreuungskraft nach dem Hausbetreuungsgesetz, BGBl. I Nr. 33/2007 nicht mehr sichergestellt ist oder

4. für Angehörige von Menschen mit Behinderungen, die persönliche Assistenz in Anspruch nehmen, wenn die persönliche Assistenz in Folge von COVID-19 nicht mehr sichergestellt ist.

Arbeitgeber haben Anspruch auf Vergütung des in der Sonderbetreuungszeit an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelts durch den Bund aus Mitteln des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds. Der Anspruch auf Vergütung ist mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, gedeckelt und binnen sechs Wochen ab dem Ende der Sonderbetreuungszeit bei der Buchhaltungsagentur geltend zu machen. Die Buchhaltungsagentur entscheidet über die Zuerkennung der Vergütung mittels Mitteilung. Der Arbeitgeber hat das Recht, binnen vier Wochen nach Zustellung dieser Mitteilung darüber einen Bescheid zu verlangen, wenn dem Antrag auf Vergütung nicht vollinhaltlich stattgegeben wird. Die Regelung gilt auch für Arbeitnehmer, die dem Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetz, BGBl. Nr. 280/198, oder den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz unterliegen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes in Kraft sind.

(1a) Abs. 1 gilt sinngemäß für weitere bis zu drei Wochen für die notwendige Betreuung eines Kindes bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für das eine Betreuungspflicht besteht, sowie von Personen gemäß Abs. 1 Z 1 bis 3 im Zeitraum zwischen dem Inkrafttreten dieser Bestimmung und dem 30. September 2020. Der Arbeitgeber hat den Anspruch auf Vergütung bis 31. Oktober 2020 geltend zu machen.

(1b) Werden Einrichtungen auf Grund behördlicher Maßnahmen teilweise oder vollständig geschlossen und hat ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsleistung nicht für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist, weder einen Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung seines Kindes noch auf Sonderbetreuungszeit nach Abs. 1, kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine Sonderbetreuungszeit im Ausmaß von bis zu vier Wochen, ab dem Zeitpunkt der behördlichen Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen, für die Betreuung von Kindern bis zum vollendeten 14. Lebensjahr, für die eine Betreuungspflicht besteht, gewähren. Dasselbe gilt für die in Abs 1 Z 1 bis Z 4 genannten Personengruppen. Arbeitgeber haben Anspruch auf Vergütung des in der Sonderbetreuungszeit an die Arbeitnehmer gezahlten Entgelts durch den Bund aus Mitteln des COVID-19-Krisenbewältigungsfonds. Der Anspruch auf Vergütung ist mit der monatlichen Höchstbeitragsgrundlage nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, gedeckelt und binnen sechs Wochen ab dem Ende der Sonderbetreuungszeit bei der Buchhaltungsagentur geltend zu machen. Die Buchhaltungsagentur entscheidet über die Zuerkennung der Vergütung mittels Mitteilung. Der Arbeitgeber hat das Recht, binnen vier Wochen nach Zustellung dieser Mitteilung darüber einen Bescheid zu verlangen, wenn dem Antrag auf Vergütung nicht vollinhaltlich stattgegeben wird. Für eine nach dieser Bestimmung vereinbarte Sonderbetreuungszeit und Sonderbetreuungszeit nach Abs. 1 gilt insgesamt ein Höchstausmaß von vier Wochen

im Zeitraum zwischen 1. November 2020 und 9. Juli 2021. Die Regelung gilt auch für Arbeitnehmer, die den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz sowie dem Land- und Forstarbeiter-Dienstrechtsgesetz BGBl. Nr. 280/1980 unterliegen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes in Kraft sind.

(1c) Eine zu Unrecht bezogene Vergütung ist zurückzuzahlen. [. . .]

§ 19. (1) 47. § 18b Abs. 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 107/2020 tritt mit dem 1. Oktober 2020 in Kraft und gilt bis 31. Oktober 2020, hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Arbeitgebers und dessen Abwicklung bis 30. Juni 2022.

48. § 18b Abs. 1, Abs. 1b und Abs. 1c in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 131/2020 tritt mit 1. November 2020 in Kraft und gilt bis 9. Juli 2021, hinsichtlich des Vergütungsanspruchs des Arbeitgebers und dessen Abwicklung bis 31. Dezember 2022. Dem Arbeitnehmer ab 1. November 2020 bereits gewährte Sonderbetreuungszeit ist auf einen geltend gemachten Anspruch auf Sonderbetreuungszeit oder eine vereinbarte Sonderbetreuungszeit nach diesem Bundesgesetz anzurechnen; für die Vergütung dieser Zeiten gilt § 18b Abs. 1 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 131/2020.

Gleichzeitig mit der Einführung der Phase 4 wurde geregelt, dass Phase 3 – nicht wie ursprünglich vorgesehen am 28.02.2021 – sondern bereits am 31.10.2020 endet (§ 19 Abs 1 Z 47 AVRAG). Die Sonderbetreuungszeit der Phase 4 trat (rückwirkend) mit 01.11.2020 in Kraft und galt vorerst bis 09.07.2021 (§ 19 Abs 1 Z 49 AVRAG).

Ein Novum in der Geschichte der Sonderbetreuungszeit war, dass der Gesetzgeber durch § 18b Abs 1 AVRAG idF BGBl I 2020/131 die Sonderbetreuungszeit insofern erweitert hat, als Arbeitnehmer nun für die Dauer von insgesamt bis zu vier Wochen einen Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit hatten. Weiterhin bestand die Möglichkeit, Sonderbetreuungszeit bis zu vier Wochen zu vereinbaren, falls die Voraussetzungen für den Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit nicht gegeben waren. Der Arbeitgeber konnte sich sowohl im Fall des Rechtsanspruchs als auch im Fall der vereinbarten Sonderbetreuungszeit das während der Sonderbetreuungszeit gezahlte Entgelt zu 100% rückerstatten lassen (§ 18b Abs 1 und Abs 1b AVRAG).

Wie bereits den erläuternden Bemerkungen zum IA³⁸⁶ als auch der RL³⁸⁷ des BMAFJ zu entnehmen ist, konnte Phase 4 der Sonderbetreuungszeit unabhängig von den Vorgängerregelungen in Anspruch genommen werden. Dh, bereits gewährte Zeiten der Sonderbetreuungszeiten im Frühling, Sommer und Oktober 2020 waren auf die Sonderbetreuungszeit der Phase 4 nicht anzurechnen. In diesem Zusammenhang ist

³⁸⁶ IA 986/A BlgNR 27. GP 2.

³⁸⁷ Richtlinie des BMAFJ, Sonderbetreuungszeit – Phase 4, 4 (Stand 15.12.2020).

allerdings zu beachten, dass ab 01.11.2020 auf Grundlage der Sonderbetreuungszeit der Phase 3 gewährte Sonderbetreuungszeiten auf geltend gemachte Ansprüche der Sonderbetreuungszeit oder eine vereinbarte Sonderbetreuungszeit für die Phase 4 (BGBl I 2020/131) anzurechnen waren (§ 19 Abs 1 Z 48 AVRAG). Für die Vergütung dieser Zeiten galten bereits die Grundsätze der Sonderbetreuungszeit der Phase 4.

Im Ergebnis konnte dies dazu führen, dass Arbeitnehmer insgesamt 13 Wochen iRd der ersten vier Phasen der Sonderbetreuungszeit unter Entgeltfortzahlung der Arbeit fernbleiben konnten.

Mit der Nov durch BGBl I 2020/131 ebenfalls neu eingeführt wurde der Passus, wonach eine zu Unrecht bezogene Vergütung zurückzuzahlen ist (§ 18b Abs 1c AVRAG).

Wie bereits ausgeführt, sieht das Gesetz nunmehr sowohl einen Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit als auch die Möglichkeit der Vereinbarung der Sonderbetreuungszeit vor. Die Voraussetzungen beider Varianten variieren. Dauer, Vergütungsanspruch und Fristen sind hingegen gleich.³⁸⁸

Das Ausmaß der Sonderbetreuungszeit von bis zu vier Wochen umfasst mE sowohl § 18b Abs 1 und Abs 1b AVRAG. Dh, die vier Wochen stellen das Maximalausmaß dar, sodass wenn bspw bereits eine Woche Sonderbetreuungszeit vereinbart und verbraucht wurde und erst später die Voraussetzungen für den Rechtsanspruch gegeben waren, Sonderbetreuungszeit nur noch für weitere drei Wochen in Anspruch genommen werden konnte. Dies lässt sich mE mit § 18b Abs 1b vorletzter Satz AVRAG begründen, der wie folgt lautet: *„Für eine nach dieser Bestimmung vereinbarte Sonderbetreuungszeit und Sonderbetreuungszeit nach Abs. 1 gilt insgesamt ein Höchstausmaß von vier Wochen im Zeitraum zwischen 1. November 2020 und 9. Juli 2021.“*

2.6.5.1 Voraussetzungen für den Rechtsanspruch

Ein Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit bestand in folgenden Konstellationen:

1. Betreuungspflichtiges Kind unter 14 Jahren und Schließung von Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen (§ 18b Abs 1 AVRAG). Folgende Tatbestandselemente mussten hierzu vorliegen:

³⁸⁸ Vgl Hitz, Neues zur Sonderbetreuungszeit ab November 2020 – Gibt es nun einen Rechtsanspruch? ARD 6727/6/2020 (6).

- Teilweise oder vollständige Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen aufgrund behördlicher Maßnahmen,
- notwendige Betreuung von Kindern unter 14 Jahren, für die eine Betreuungspflicht besteht,
- Verständigung des Arbeitgebers unverzüglich nach Bekanntwerden der Schließung.
- Arbeitnehmer hatten alles Zumutbare zu unternehmen, damit die vereinbarte Arbeitsleistung zustande kommt.

Waren die Voraussetzungen erfüllt, hatten Arbeitnehmer Anspruch auf eine Sonderbetreuungszeit von bis zu vier Wochen ab Zeitpunkt der behördlichen Schließung.

Den Ausführungen des BMAFJ³⁸⁹ folgend, setzt die behördliche Schließung der Schule grds eine Schließung durch behördliche Anordnung der zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde voraus. Wird der ortsgebundene Unterricht auf Grund einer Verordnung nach Schulunterrichtsgesetzen (wie dies in den Lockdowns erfolgte) ausgesetzt, stellt dies eine behördliche (teilweise) Schließung der Schule/Lehranstalt dar, die zu einer Sonderbetreuungszeit führen kann.

Solange Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen lediglich den Unterricht bzw die pädagogische Kinderbetreuung, nicht jedoch die Betreuungsleistungen per se einstellten, war mangels notwendiger Betreuung ein Rechtsanspruch nicht gegeben. In diesem Fall wäre die Vereinbarung der Sonderbetreuungszeit denkbar gewesen. Wurde hingegen keine Betreuung der Kinder angeboten, weil etwa Schulen oder Kindergärten zur Gänze behördlich geschlossen oder einzelne Klassen oder Kindergartengruppen geschlossen wurden (ohne dass alle Kinder behördlich abgesondert wurden), konnten Arbeitnehmer den Rechtsanspruch geltend machen.³⁹⁰

Unter dem Aspekt der Notwendigkeit der Betreuung war es grds auch nicht möglich, dass beide Elternteile gleichzeitig Sonderbetreuungszeit in Anspruch nahmen, da die Betreuung durch einen Elternteil idR ausreichend ist. Es war jedoch möglich, dass Elternteile die Sonderbetreuungszeit nacheinander in Anspruch nahmen (jeweils bis zu vier Wochen).³⁹¹ Der Arbeitgeber konnte sich in der Praxis dadurch behelfen, indem er sich von dem Elternteil, der Sonderbetreuungszeit geltend macht, eine Bestätigung über die Nicht-

³⁸⁹ Richtlinie des BMAFJ, Sonderbetreuungszeit – Phase 4, 5 (Stand 15.12.2020).

³⁹⁰ Vgl *Hitz*, ARD 6727/6/2020 (4).

³⁹¹ Vgl dazu auch Informationen des BMAFJ, Sonderbetreuungszeit Phase 4 – Häufig gestellte Fragen/FAQ^{1.3}, 13 (Stand 26.01.2021).

Inanspruchnahme der Sonderbetreuungszeit des anderen Elternteils, die von dessen Arbeitgeber auszustellen ist, verlangte. Diese Vorgangsweise ist aus dem Bereich der Elternkarenz bekannt, wo § 15 Abs 1a MSchG ebenfalls normiert, dass die gleichzeitige Inanspruchnahme der Karenz durch beide Elternteile grds nicht zulässig ist.³⁹²

Entgegen der Vorgängerregelung (Sonderbetreuungszeit Phase 3, BGBl I 2020/107) sowie des IA³⁹³ konnte Sonderbetreuungszeit in der Phase 4 nicht für schulautonome Tage oder Ferienzeiten geltend gemacht werden.

Um einen Anspruch auf Sonderbetreuungszeit geltend machen zu können, waren Arbeitnehmer verpflichtet, den Arbeitgeber unverzüglich über die Schließung der Schule zu informieren. Dies galt mE nur für jene Fälle, in denen Sonderbetreuungszeit ab dem Tag der Schulschließung bzw der Schließung der Betreuungseinrichtung geltend gemacht werden soll. Konnte für das betreuungspflichtige Kind zu Beginn und für die erste Zeit der Schulschließung zunächst noch eine andere Betreuung organisiert werden und wollte der Arbeitnehmer erst zu einem späteren Zeitpunkt Sonderbetreuungszeit für die noch immer andauernde Schulschließung in Anspruch nehmen, hätte es ausreichen müssen, wenn er seinen Arbeitgeber erst dann über die Schulschließung informiert. Damit das Kriterium der Unverzüglichkeit als erfüllt gilt, hätte der Arbeitnehmer, sobald für ihn der konkrete Antrittszeitpunkt der Sonderbetreuungszeit feststand, den Arbeitgeber über die Schulschließung und zugleich wohl auch über den beabsichtigten Antrittszeitpunkt informieren müssen – spätestens jedoch mit Antritt der Sonderbetreuungszeit.

Weiters hatten Arbeitnehmer alles Zumutbare zu unternehmen, damit die vereinbarte Arbeitsleistung zustande kam. Das Gesetz definiert nicht, was „alles Zumutbare“ bedeutet. Hitz³⁹⁴ verweist in diesem Zusammenhang zutreffend auf die Ähnlichkeit der Sonderbetreuungszeit mit einem persönlichen Dienstverhinderungsgrund nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB, sodass die dazu vorhandene Lit zur Auslegung dieses Begriffs heranzuziehen sei. Danach haben Arbeitnehmer „den Eintritt eines Dienstversäumnisses möglichst zu vermeiden und alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um eine Dienstverhinderung hinten zu halten“.³⁹⁵ Insofern werden bei der Prüfung, ob der Arbeitnehmer alle ihm zumutbaren Vorkehrungen getroffen hat und somit einen

³⁹² Vgl Hitz, ARD 6727/6/2020 (5).

³⁹³ IA 986/A BlgNR 27. GP.

³⁹⁴ Vgl Hitz, ARD 6727/6/2020 (5).

³⁹⁵ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 113; Melzer-Azodanloo in Löschnigg, AngG I¹⁰ § 8 Rz 181.

Anspruch auf Sonderbetreuungszeit geltend machen kann, wohl die in der Jud und Lit zu den persönlichen Dienstverhinderungsgründen entwickelten Grundsätze heranzuziehen sein. So wird vorliegend insb zu prüfen sein, ob alternative Betreuungspersonen, wie bspw nicht berufstätige nahe Familienangehörige vorhanden sind.³⁹⁶

2. Betreuungspflichtiges Kind unter 14 Jahren in behördlicher Absonderung (§ 18b Abs 1 Z 1 AVRAG). Folgende Tatbestandselemente mussten gegeben sein:

- Untervierzehnjähriges Kind wurde behördlich gem § 7 EpiG abgesondert,
- für das Kind bestand eine Betreuungspflicht,
- unverzügliche Verständigung des Arbeitgebers über die Absonderung
- Arbeitnehmer hatten alles Zumutbare zu unternehmen, damit die vereinbarte Arbeitsleistung zustande kam.

Wie bereits ausgeführt, sahen die Erläut zum IA³⁹⁷ vor, dass ein Anspruch auf Sonderbetreuungszeit aufgrund einer Absonderung wegen Krankheits- oder Ansteckungsverdachts des Kindes bestehe. Bei der Absonderung eines erkrankten Kindes könne der Arbeitnehmer den Anspruch hingegen erst dann geltend machen, wenn kein Anspruch auf Pflegefreistellung mehr bestehe. Die RL des BMAFJ (Stand 15.12.2020)³⁹⁸ unterschied zwar nicht zwischen Krankheits- oder Ansteckungsverdacht und Erkrankung an COVID-19, es wurde allerdings ausgeführt, dass ein Anspruch auf Sonderbetreuungszeit nur dann vorliege, wenn das Kind gem § 7 EpiG wegen eines Krankheits- oder Ansteckungsverdachts abgesondert wurde. In den FAQs des BMAFJ zur Sonderbetreuungszeit (Stand 26.01.2021)³⁹⁹ wurde hingegen nur noch auf die behördliche Absonderung des Kindes abgestellt, ohne auf den Grund der Absonderung näher einzugehen. Daraus ist mE zu schließen, dass das BMAFJ (zumindest nunmehr) auch die Ansicht vertritt, dass es hinsichtlich des Anspruchs auf Sonderbetreuungszeit nicht auf den Grund der Absonderung ankomme. Da eine solche Unterscheidung auch nicht aus dem Gesetzestext hervorgeht, teile ich diese Ansicht.

³⁹⁶ Vgl Hitz, ARD 6727/6/2020 (5); Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 114.

³⁹⁷ IA 986/A BlgNR 27. GP 3.

³⁹⁸ Richtlinie des BMAFJ, Sonderbetreuungszeit – Phase 4, 5 (Stand 15.12.2020).

³⁹⁹ Informationen des BMAFJ, Sonderbetreuungszeit Phase 4 – Häufig gestellte Fragen/FAQ^{1,3}, 10 (26.01.2021).

Hinsichtlich der Voraussetzung „*alles Zumutbare zu unternehmen, damit die vereinbarte Arbeitsleistung zustande kommt*“, ist in der RL des BMAFJ⁴⁰⁰ zu lesen, dass bei Absonderung eines betreuungspflichtigen Kindes unter 14 Jahren es dem Arbeitnehmer grds nicht zumutbar sei, dass die Arbeitsleistung zustande komme. Dieser pauschalen Aussage ist mE nicht zuzustimmen, vielmehr wird auch hier im konkreten Einzelfall auf die in der Jud und Lit entwickelten Grundsätze zu den persönlichen Dienstverhinderungsgründen abzustellen sein. So wird insb dem Alter des Kindes bei der Prüfung ein hohes Gewicht beizumessen sein.

3. Betreuungspflicht für Menschen mit Behinderung und Schließung der Einrichtung bzw Lehranstalt oder höher bildenden Schule (§ 18b Abs 1 Z 2 AVRAG). Folgende Voraussetzungen mussten erfüllt sein:

- Bestehen einer Betreuungspflicht für Menschen mit Behinderung,
- Teilweise oder vollständige Schließung der Einrichtung der Behindertenhilfe bzw der Lehranstalt oder der höher bildenden Schule aufgrund behördlicher Maßnahmen oder Betreuung aufgrund freiwilliger Maßnahmen von zu Hause aus,
- Verständigung des Arbeitgebers unverzüglich nach Bekanntwerden der Dienstverhinderung
- Arbeitnehmer hatten alles Zumutbare zu unternehmen, damit die vereinbarte Arbeitsleistung zustande kam.

Lagen die Voraussetzungen vor, bestand der Anspruch auf eine Sonderbetreuungszeit von bis zu vier Wochen ab dem Zeitpunkt der Schließung der Einrichtung bzw des Betreuungsausfalles.

Dieselben Voraussetzungen galten für Angehörige von pflegebedürftigen Personen, deren Pflege oder Betreuung in Folge des Ausfalls einer Betreuungskraft nach dem Hausbetreuungsgesetz nicht mehr sichergestellt war (§ 18b Abs 1 Z 3 AVRAG) sowie für Angehörige von Menschen mit Behinderungen, deren persönliche Assistenz in Folge von COVID-19 nicht mehr sichergestellt war (§ 18b Abs 1 Z 4 AVRAG).

Der Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit bestand unabhängig vom Vorliegen anderer Rechtsansprüche auf bezahlte Dienstfreistellung zur Betreuung des im § 18b Abs 1 AVRAG genannten Personenkreises. Es war daher nicht mehr erforderlich,

⁴⁰⁰ Richtlinie des BMAFJ, Sonderbetreuungszeit – Phase 4, 5 (Stand 15.12.2020).

dass vor Inanspruchnahme der Sonderbetreuungszeit allfällige andere Ansprüche ausgeschöpft wurden.

2.6.5.2 Voraussetzungen für die Vereinbarung

Lagen die Voraussetzungen für den Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit nicht vor – was durch die in Schulen und Kindergärten angebotene Betreuung idR der Fall gewesen sein wird – bestand unter gewissen Umständen die Möglichkeit, Sonderbetreuungszeit von insgesamt bis zu vier Wochen zu vereinbaren. Auch bei der gewährten Sonderbetreuungszeit war Arbeitgebern das während der Sonderbetreuungszeit an ihre Arbeitnehmer gezahlte Entgelt zu 100% durch den Bund zu ersetzen.

Sonderbetreuungszeit konnte zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zur Betreuung des in § 18b Abs 1 AVRAG genannten Personenkreises vereinbart werden, sofern die Arbeitsleistung der Arbeitnehmer nicht zur Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich war und kein Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung zur Betreuung (dies schließt auch den Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit nach Abs 1 leg cit mit ein) bestand. Ein Anspruch auf Dienstfreistellung zur Betreuung war gerade durch die in Schulen und Kindergärten angebotenen Betreuungsleistungen nicht gegeben, sodass Sonderbetreuungszeit bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen vereinbart werden konnte.

2.6.6 Phase 5

Aufgrund der andauernden Pandemie und einer noch nicht sehr weit fortgeschrittenen Durchimpfungsrate wurde die Sonderbetreuungszeit der Phase 5 geschaffen, die sich an den Regelungen der Phase 4 orientierte. Es kann daher im Wesentlichen auf die Ausführungen zu Phase 4 verwiesen werden.

Erwähnenswert ist jedoch die Regelung zum rückwirkenden Inkrafttreten. Phase 5 trat rückwirkend mit 01.09.2021 in Kraft. Gem § 18b Abs 1b AVRAG sind Entgeltfortzahlungen für Dienstfreistellungen (insb § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB) sowie Pflegefreistellungen in den § 18b Abs 1 und Abs 1a AVRAG genannten Fällen, die im Zeitraum vom 01.09.2021 bis 12.10.2021 (Kundmachung des Gesetzes) erfolgten, als Sonderbetreuungszeit vergütungsfähig. Kraft gesetzlicher Anordnung wurden diese Dienstfreistellungen und Pflegefreistellungen mit 12.10.2021 in Sonderbetreuungszeit umgewandelt. Umgewandelte Pflegefreistellungen wurden nicht auf

den Anspruch nach § 16 UrlG angerechnet.⁴⁰¹ Der Grund für diese gesetzliche Umwandlung lag wohl darin, dass eine Verlängerung der Sonderbetreuungszeit nach den Sommerferien von Seiten des Arbeitsministeriums aufgrund der gesetzten COVID-19-Maßnahmen, insb der fortgeschrittenen Impfung, zunächst nicht angedacht war und man relativ lange mit der Einführung der Phase 5 zögerte.⁴⁰² Die Kundmachung des Gesetzes erfolgte erst am 12.10.2021. Bis dahin konnten sich Eltern aufgrund der hohen Infektionszahlen in Schulen und dem damit einhergehenden Anstieg an abgesonderten Schulklassen zunächst nur auf die klassischen Dienstverhinderungsgründe sowie Pflegefreistellungen stützen, die aufgrund ihrer beschränkten Dauer und den bestimmten Voraussetzungen jedoch nur bedingt Abhilfe schafften.

Auffallend ist, dass *expressis verbis* nur Fälle von Dienstfreistellungen nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB sowie Pflegefreistellungen nach § 16 UrlG in Sonderbetreuungszeit umgewandelt wurden. Fälle, in denen sich Eltern wegen der Betreuung ihrer abgesonderten bzw erkrankten Kinder Urlaub genommen haben, werden im Gesetz nicht genannt. Nach § 4 Abs 2 UrlG darf für Zeiträume, während denen ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung hat, ein Urlaubsantritt nicht vereinbart werden, wenn diese Umstände bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung bereits bekannt waren. Geschieht dies dennoch, gilt der Zeitraum der Arbeitsverhinderung nicht als Urlaub. Da es sich bei der Sonderbetreuungszeit dogmatisch um einen Fall der wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründe handelt, konnte jedenfalls seit politischer Ankündigung des Arbeitsministeriums am 15.09.2021, wonach Phase 5 der Sonderbetreuungszeit rückwirkend zum 01.09.2021 in Kraft treten würde, für Abwesenheiten zur Kinderbetreuung Urlaub nicht mehr wirksam vereinbart werden.⁴⁰³

Da in den meisten Fällen von abgesonderten Kindern bzw geschlossenen Klassen, die entsprechende Betreuungsbedürftigkeit vorausgesetzt, auch von einem wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund gem § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB auszugehen ist, ist Brokes⁴⁰⁴ zuzustimmen, der auch Urlaubsvereinbarungen ab 01.09.2021, die zur Betreuung von Kindern in Unkenntnis der rückwirkenden Anwendbarkeit der Sonderbetreuungszeit getroffen wurden, für unwirksam erachtet.

⁴⁰¹ AB 1039 BlgNR 27. GP 1f.

⁴⁰² Vgl dazu Brokes, Sonderbetreuungszeit Phase 5 – Die späte Einsicht, DRdA-infas 2021, 504.

⁴⁰³ Brokes, DRdA-infas 2021, 504 (505).

⁴⁰⁴ Brokes, DRdA-infas 2021, 504 (505).

2.6.7 Dogmatische Beurteilung

Wie bereits ausgeführt, diente die Sonderbetreuungszeit der Sicherstellung der Betreuung des im § 18b AVRAG genannten Personenkreises. Darüber hinaus sollte mit dieser Regelung auch die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 durch die Vermeidung persönlicher Kontakte hintangehalten werden. Auf den ersten Blick könnte man zunächst geneigt sein, die Sonderbetreuungszeit dogmatisch als einen Sonderfall wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgründe nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB einzuordnen. So konnte die plötzliche Schließung von Schulen oder Kindergärten bereits vor Schaffung der Sonderbetreuungszeit einen aus der Betreuungspflicht resultierenden wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund darstellen.⁴⁰⁵ Da in aller Regel keine gesetzlich verordneten Schließungen von Schulen und Kindergärten erfolgten, sondern nur der Unterricht ausgesetzt wurde, es jedoch weiterhin Betreuungsmöglichkeiten in Schulen und Kindergärten gab, war die Freistellung zur Betreuung nicht notwendig.⁴⁰⁶ Die Anwendbarkeit der Generalklausel des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB auf derartige Sachverhalte scheiterte an der Notwendigkeit der Betreuung. Der Anwendungsbereich der Sonderbetreuungszeit ist insofern weiter gefasst als jener der Generalklausel, da die Betreuung nicht notwendig sein musste.

Ein wesentlicher Unterschied der Sonderbetreuungszeit zu den wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen bestand – jedenfalls bis Phase 4 – darin, dass Arbeitnehmer gerade keinen Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung hatten. Die Inanspruchnahme der Sonderbetreuungszeit war in gewissen Phasen und Sachverhaltskonstellationen von der Zustimmung des Arbeitgebers abhängig. In dogmatischer Hinsicht lassen sich insofern gewisse Parallelen mit § 1155 ABGB erkennen. Auch wenn das hinter der Sonderbetreuungszeit stehende Motiv für den Entfall der Arbeitsleistung ua den Arbeitnehmer treffende Betreuungspflichten sind, unterbleibt die Arbeitsleistung in jenen Fällen, auf welche das „Vereinbarungsmodell“ der Sonderbetreuungszeit anwendbar ist, gerade nicht aufgrund von Betreuungspflichten. Die Arbeitsleistung unterbleibt vielmehr deshalb, weil Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer bezahlt von der Arbeit freistellen, um ihnen einerseits die Betreuung ihrer Kinder vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie zu erleichtern und andererseits, um der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 – insb auch im eigenen Betrieb – entgegenzuwirken.

⁴⁰⁵ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 83.

⁴⁰⁶ Vgl Sabara/Lindmayer, ARD 6694/4/2020 (5); Schrenk Friedrich/Schrenk Florian/Hitz, ARD 6692/6/2020 (2).

Diesem Gedanken folgend, kommt es bei der Gewährung von Sonderbetreuungszeit an grds leistungsbereite Arbeitnehmer zur willentlichen Nichtannahme der Arbeit durch den Arbeitgeber. Die Arbeitsleistung entfällt sohin aufgrund von Umständen, die auf Arbeitgeberseite liegen.⁴⁰⁷ Ebenso wie Dienstfreistellungen hat die Gewährung der Sonderbetreuungszeit zur Folge, dass Arbeitgeber trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung weiterhin zur Entgeltfortzahlung verpflichtet sind. Man könnte die „vereinbarte“ Sonderbetreuungszeit daher auch als Dienstfreistellung besonderer Art bezeichnen, nämlich in der Hinsicht, dass Arbeitgeber das an Arbeitnehmer fortgezahlte Entgelt wiederum selbst – abhängig von der jeweiligen Phase teilweise oder gänzlich – ersetzt erhalten. Im Unterschied zu § 1155 ABGB ist die auf die Sonderbetreuungszeit gestützte Entgeltfortzahlungsdauer allerdings zeitlich befristet.

Der seit Phase 4 bestehende Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit macht eine neuerliche Beurteilung der Sonderbetreuungszeit in dogmatischer Hinsicht erforderlich. Bei Vorliegen gewisser Gründe (zB Absonderung eines unter 14-jährigen Kindes, teilweise oder vollständige Schließung von Lehranstalten und Kinderbetreuungseinrichtungen aufgrund behördlicher Maßnahmen) hatten bzw haben Arbeitnehmer nunmehr einen Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit – vorausgesetzt, die Betreuung war notwendig, der Grund für die Dienstverhinderung wurde unverzüglich angezeigt und es wurde alles Zumutbare unternommen, damit die vereinbarte Dienstleistung zustande kommen kann. Die als Rechtsanspruch ausgestaltete Sonderbetreuungszeit ist den wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen sehr ähnlich. Für Auslegungsfragen wird man sich daher auch der zu § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB in Jud und Lit entwickelten Grundsätze bedienen können.⁴⁰⁸ Aufgrund der Ähnlichkeit der beiden Normen werden häufig Sachverhalte sowohl vom Anwendungsbereich der als Rechtsanspruch ausgestalteten Sonderbetreuungszeit als auch vom Anwendungsbereich der Generalklausel nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB erfasst sein. Treffen mehrere Normen ihrem Wortlaut nach auf den gleichen Sachverhalt zu, liegt Normenkonkurrenz vor.⁴⁰⁹ Aufgrund der genauen Anführung der Gründe, für welche Sonderbetreuungszeit in Anspruch genommen werden kann, der Angabe des zeitlichen Ausmaßes der Sonderbetreuungszeit sowie des vorgesehenen Ersatzanspruchs für Arbeitgeber, erscheint die als Rechtsanspruch ausgestaltete Sonderbetreuungszeit als die speziellere Norm, die

⁴⁰⁷ Vgl in diesem Zusammenhang *Reissner in Reissner/Neumayr, ZellHB AV-Klauseln*² Rz 49.07f.

⁴⁰⁸ So auch *Hitz*, ARD 6727/6/2020 (5).

⁴⁰⁹ *Zippelius*, Juristische Methodenlehre¹² 30.

der Generalklausel vorgeht. Auch teleologische und subjektiv-historische Erwägungen sprechen für die vorrangige Anwendung der als Rechtsanspruch ausgestalteten Sonderbetreuungszeit. Durch den Rechtsanspruch auf Sonderbetreuungszeit sollten Familien, persönliche Angehörige und insb Alleinerzieher im Zuge der weiter anhaltenden COVID-19-Pandemie unterstützt werden.⁴¹⁰ Für den Arbeitnehmer liegt der Vorteil der als Rechtsanspruch ausgestalteten Sonderbetreuungszeit gegenüber der Generalklausel va in der Rechtssicherheit und der damit erleichterten Rechtsdurchsetzung des Entgeltfortzahlungsanspruchs sowie der gesetzlich festgelegten Dauer von drei bzw vier Wochen, die in aller Regel die Entgeltfortzahlungsdauer der Generalklausel übersteigt. Die ausdrückliche Regelung des bezahlten Freistellungsanspruch war sozialpolitisch durchaus sinnvoll. Damit es nicht zu einer übergebührlchen finanziellen Belastung auf Arbeitgeberseite kam, war es notwendig, den Anspruch so auszugestalten, dass Arbeitgeber das an die Arbeitnehmer fortgezahlte Entgelt – teilweise oder gänzlich – ersetzt erhielten. Die Sonderbetreuungszeit stellt sohin einen Kompromiss zwischen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen dar. Neben der Auslegungsregel *lex specialis derogat legi generali* komme ich auch aufgrund der teleologischen und subjektiv-historischen Interpretation zu dem Ergebnis, dass in jenen Fällen, in denen Normenkonkurrenz zwischen der Generalklausel und der Sonderbetreuungszeit besteht, es zur Verdrängung der Generalklausel kommt und Arbeitnehmer ihren Anspruch auf Entgeltfortzahlung auf die Sonderbetreuungszeit stützen müssen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Sonderbetreuungszeit nach § 18b AVRAG Elemente von Dienstverhinderungen enthält, die sowohl der Arbeitnehmerseite als auch der Arbeitgeberseite zugerechnet werden können. Während die „vereinbarte“ Sonderbetreuungszeit eine Dienstfreistellung eigener Art darstellt, lässt sich die als Rechtsanspruch ausgestaltete Sonderbetreuungszeit als Sonderfall wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgründe klassifizieren.⁴¹¹

2.7 COVID-19-Risikofreistellung

2.7.1 Überblick

Mit der COVID-19-Risikofreistellung wurde eine weitere Schutzmaßnahme getroffen, um erwerbstätige Personen zu schützen, für die im Falle einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 aufgrund ihrer medizinischen Vorgeschichte (schwere chronische

⁴¹⁰ IA 986/A 27. GP 3.

⁴¹¹ In diesem Sinne auch Brokes, DRdA-infas 2021, 504.

Grunderkrankung) ein besonders hohes Risiko besteht, einen sehr schweren Krankheitsverlauf zu erleiden.⁴¹²

Es ist zu beachten, dass Arbeitgeber bereits vor Inkrafttreten der COVID-19-Risikofreistellung verpflichtet waren, COVID-19-Risikogruppen besonders zu schützen. Dies ergibt sich aus dem Arbeitnehmerschutzrecht, wonach Arbeitgeber Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer gesundheitlichen Verfassung bei bestimmten Arbeiten einer besonderen Gefahr ausgesetzt wären, nicht mit Arbeiten dieser Art beschäftigen dürfen (§ 6 Abs 3 ASchG). Dies setzt allerdings voraus, dass die gesundheitlichen Probleme des Arbeitnehmers dem Arbeitgeber bekannt sind.⁴¹³

2.7.2 Genese der COVID-19-Risikofreistellung

Im Rahmen des 3. COVID-19-Gesetzes⁴¹⁴ wurde explizit ein Anspruch auf Freistellung für Angehörige der COVID-19-Risikogruppe in § 735 ASVG geschaffen. Der Gesetzestext lautet wie folgt:

COVID-19-Risiko-Attest

§ 735. (1) Der Krankenversicherungsträger hat einen Dienstnehmer oder Lehrling (im Folgenden: Betroffener) über seine Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe zu informieren. Die Definition dieser allgemeinen Risikogruppe, die sich nach medizinischen Erkenntnissen und wenn möglich aus der Einnahme von Arzneimitteln herleitet, erfolgt durch eine Expertengruppe, die das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz und das Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend einrichtet. Der Expertengruppe gehören jeweils 3 Experten des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, des Dachverbandes der Sozialversicherungsträger und der Ärztekammer und ein Experte des Bundesministeriums für Arbeit, Familie und Jugend an.

(2) Der den Betroffenen behandelnde Arzt hat infolge dieser allgemeinen Information des Krankenversicherungsträgers dessen individuelle Risikosituation zu beurteilen und gegebenenfalls ein Attest über die Zuordnung des Betroffenen zur COVID-19-Risikogruppe auszustellen (COVID-19-Risiko-Attest).

(3) Legt ein Betroffener seinem Dienstgeber dieses COVID-19-Risiko-Attest vor, hat er Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung und Fortzahlung des Entgelts, außer

- 1. der Betroffene kann seine Arbeitsleistung in der Wohnung erbringen (Homeoffice) oder*
- 2. die Bedingungen für die Erbringung seiner Arbeitsleistung in der Arbeitsstätte können durch geeignete Maßnahmen so gestaltet werden, dass eine Ansteckung mit COVID-19 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist; dabei sind auch Maßnahmen für den Arbeitsweg mit einzubeziehen.*
- 3. eine Kündigung die wegen der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung ausgesprochen wird, kann bei Gericht angefochten werden.*

Die Freistellung kann bis längstens 30. April 2020 dauern. Dauert die COVID-19-Krisensituation über den 30. April 2020 hinaus an, so hat die Bundesministerin für

⁴¹² Informationen des BMSGPK, FAQ: Risikogruppen, <https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Haeufig-gestellte-Fragen/FAQ--Risikogruppen.html> (Stand 12.11.2020).

⁴¹³ Heider/Schneeberger, ArbeitnehmerInnenschutzgesetz⁶ CLXIII 109 sowie Streithofer, Schutz der COVID-19-Risikogruppe, Teil 2: ArbeitnehmerInnenschutz und Arbeitsrecht, DRdA-infas 2020, 282 (282).

⁴¹⁴ 3. COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/23; ARD 6694/12/2020.

Arbeit, Familie und Jugend im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung den Zeitraum, in dem eine Freistellung möglich ist, zu verlängern, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2020.

(4) Abs. 3 gilt nicht für Betroffene, die in Bereichen der kritischen Infrastruktur beschäftigt sind.

(5) Der Dienstgeber mit Ausnahme des Dienstgebers Bund hat Anspruch auf Erstattung des an den Dienstnehmer bzw. Lehrling geleisteten Entgelts sowie der Dienstgeberanteile am Sozialversicherungsbeitrag, Arbeitslosenversicherungsbeitrag und sonstigen Beiträgen durch den Krankenversicherungsträger. Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung beim Krankenversicherungsträger einzubringen. Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die daraus resultierenden Aufwendungen zu ersetzen.

(6) Mit der Vollziehung dieser Bestimmung ist in Bezug auf Abs. 3 und 4 die Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend, soweit für Arbeitnehmer nach Art. 11 B-VG die Vollziehung dem Land zukommt, die Landesregierung, jeweils im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, im Übrigen der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz alleine betraut. Der Krankenversicherungsträger ist im übertragenen Wirkungsbereich unter Bindung an die Weisungen dieser obersten Organe tätig.

Durch Einführung des § 735 ASVG wurde ausdrücklich klargestellt,⁴¹⁵ dass Dienstnehmer und Lehrlinge (im Folgenden: Betroffene) aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe für einen befristeten Zeitraum Anspruch auf besondere Schutzmaßnahmen haben. Der Zeitraum für die Freistellung war zunächst bis 30.04.2020 befristet. Für den Fall, dass die COVID-19-Krise über den 30.04.2020 andauern sollte, wurde der Arbeitsministerin im Einvernehmen mit dem Gesundheitsminister die Möglichkeit eingeräumt, den Zeitraum durch V zu verlängern, längstens jedoch bis 31.12.2020.⁴¹⁶

Bei der Risikofreistellung nach § 735 ASVG handelt es sich um keine Dienstverhinderung durch Krankheit, sondern, wie der Name schon sagt, um eine Freistellung, bei der die Pflicht zur Dienstleistung entfällt.⁴¹⁷

Die Definition der allgemeinen Risikogruppe sollte durch eine Expertengruppe, die vom BMSGPK gemeinsam mit dem BMAFJ zu errichten ist, erfolgen und aus jeweils drei Experten des BMSGPK, des Dachverbandes der Sozialversicherungsträger und der Ärztekammer sowie aus einem Experten des BMAFJ bestehen. Bei der Definition der allgemeinen Risikogruppe war vorgesehen, dass sich die Expertengruppe an medizinischen Erkenntnissen sowie, wenn möglich, anhand der Medikamenteneinnahme orientieren sollte (§ 735 Abs 1 ASVG).

⁴¹⁵ Arbeitgeber waren aufgrund des Arbeitnehmerschutzrechts bereits vor Einführung des § 735 ASVG verpflichtet, Arbeitnehmer mit schweren chronischen Vorerkrankungen vor einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu schützen. Vgl dazu auch Streithofer, DRdA-infas 2020, 282 (282).

⁴¹⁶ Die gesetzliche Grundlage für die Verlängerung des Freistellungszeitraums wurde schrittweise bis derzeit 30.06.2022 geschaffen, zuletzt durch BGBl I 2021/197.

⁴¹⁷ AB 120 BlgNR 27. GP 3.

Aufgrund ihrer Medikation, welche den Krankenversicherungsträgern bekannt ist, sollten die konkret Betroffenen identifiziert werden.⁴¹⁸ Dabei sollten sie vom Krankenversicherungsträger über ihre Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe informiert werden. Es handelte sich dabei um eine allgemeine Information, die noch keinen Freistellungsanspruch begründete. Aufgrund der allgemeinen Information des Krankenversicherungsträgers über die Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe sollten sich Betroffene an ihren behandelnden Arzt wenden. Der behandelnde Arzt hatte sodann die individuelle Risikosituation des Betroffenen zu beurteilen und gegebenenfalls ein Attest über die Zuordnung zur Risikogruppe auszustellen (COVID-19-Risiko-Attest). Die StF sah vor, dass das COVID-19-Risikoattest lediglich eine ärztliche Bestätigung darüber zu enthalten habe, dass der Betroffene aufgrund seiner individuellen gesundheitlichen Situation ein erhöhtes Risiko auf einen schweren Krankheitsverlauf bei einer Infektion mit SARS-CoV-2 habe. Eine konkrete Diagnose sollte im Attest nicht enthalten sein (§ 735 Abs 3 ASVG).

Betroffene konnten in weiterer Folge das COVID-19-Risikoattest ihren Arbeitgebern vorlegen – die Entscheidung darüber oblag den Arbeitnehmern. Daraus ergab sich ein Anspruch auf eine bezahlte Dienstfreistellung, sofern die Arbeitsleistung nicht im Homeoffice erbracht werden konnte oder die Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz nicht so gestaltet werden konnten, dass eine Ansteckung mit COVID-19 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen worden wäre. Dies galt auch für den Arbeitsweg.

Ausdrücklich normiert wurde, dass Betroffene, die in Bereichen der kritischen Infrastruktur beschäftigt sind, vom Anspruch auf Dienstfreistellung unter Fortzahlung des Entgelts ausgeschlossen sind – unabhängig davon, ob Homeoffice oder eine Veränderung der Arbeitsbedingungen möglich gewesen wären. In den Gesetzesmaterialien⁴¹⁹ wurde dies damit begründet, dass die Gewährleistung der kritischen Infrastruktur vorrangig sei. Zur kritischen Infrastruktur zählen jedenfalls die Versorgung mit Lebensmitteln, Verkehrs-, Telekommunikations-, Post-, Energie- und Finanzdienstleistungen wie auch eine gesicherte Versorgung mit Sozial-, Gesundheits- und Pflegedienstleistungen, sowie die staatliche Hoheitsverwaltung. Weiters wird in den Erläut. ausgeführt, dass für die hier Beschäftigten das Infektionsrisiko durch geeignete vom Dienstgeber zu veranlassende

⁴¹⁸ Informationen des BMSGPK, FAQ: Risikogruppen, <https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Haeufig-gestellte-Fragen/FAQ--Risikogruppen.html> (Stand 13.01.2021).

⁴¹⁹ Sten Prot vom 03.04.2020, 22. Sitzung des NR 27. GP 98.

Schutzmaßnahmen so weit wie nur möglich gesenkt werden müsse, sodass ein allenfalls verbleibendes Restrisiko so gering ausfiele, dass es sachlich gerechtfertigt sei, dass diesen Beschäftigten im Vergleich zu anderen Bereichen kein Freistellungsanspruch zukomme.

Die Ausnahmeregelung wurde aus verfassungsrechtlichen Gründen scharf kritisiert.⁴²⁰ Zum einen würde die undifferenzierte Ausnahme von Beschäftigten in Bereichen der kritischen Infrastruktur vom Anwendungsbereich des § 735 ASVG dazu führen, dass ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung auch erbringen müsse, obwohl er dabei dem Risiko eines schweren oder sogar tödlichen Krankheitsverlaufs ausgesetzt wäre. Dadurch werde das Recht auf Leben nach Art 2 EMRK verletzt. Zum anderen sei der Bereich der kritischen Infrastruktur unverhältnismäßig weit gefasst und daher als überschießend anzusehen. So werde bspw die gesamte staatliche Hoheitsverwaltung undifferenziert vom Anwendungsbereich ausgenommen, obwohl nicht jede Tätigkeit, die iRd Hoheitsverwaltung verrichtet wird, versorgungskritisch sei.⁴²¹

Der StF zufolge, hatten Arbeitgeber Anspruch auf Erstattung des während der Freistellung an die Betroffenen geleisteten Entgelts sowie der Dienstgeberanteile am Sozialversicherungsbeitrag, Arbeitslosenversicherungsbeitrag und sonstigen Beiträgen durch den Krankenversicherungsträger. Der Antrag auf Ersatz war beim Krankenversicherungsträger spätestens sechs Wochen nach Ende der Freistellung geltend zu machen. Die daraus resultierenden Aufwendungen sollten dem Krankenversicherungsträger vom Bund ersetzt werden.

Darüber hinaus wurde geregelt, dass eine Kündigung, die wegen der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung ausgesprochen wird, bei Gericht angefochten werden könne.

Bereits einen Monat nach Inkrafttreten der StF wurde die COVID-19-Risikofreistellung durch das 9. COVID-19-G⁴²² novelliert. § 735 ASVG idF BGBl I 2020/31 lautet folgendermaßen:

COVID-19-Risiko-Attest

⁴²⁰ Vgl dazu Mayer, Risikogruppen-Regelung ist verfassungswidrig, trend, <https://www.trend.at/branchen/rechtsschutz/jurist-heinz-mayer-risikogruppen-regelung-11433499> (abgefragt am 06.04.2020).

⁴²¹ Mayer, Risikogruppen-Regelung ist verfassungswidrig, trend, <https://www.trend.at/branchen/rechtsschutz/jurist-heinz-mayer-risikogruppen-regelung-11433499> (abgefragt am 06.04.2020), führt als treffendes Beispiel den Beschäftigten in einer Bauabteilung an.

⁴²² 9. COVID-19-Gesetz BGBl I 2020/31

§ 735. (1) Der Dachverband hat einen Dienstnehmer, eine geringfügig beschäftigte Person oder einen Lehrling (im Folgenden: betroffene Person) über seine Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe zu informieren. Die Definition dieser allgemeinen Risikogruppe, die insbesondere schwere Erkrankungen zu berücksichtigen hat und sich aus medizinischen Erkenntnissen und wenn möglich aus der Einnahme von Arzneimitteln herleitet, ist durch Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend auf Grundlage der Empfehlung einer Expertengruppe, die das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz und das Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend einrichten, festzulegen. Der Expertengruppe gehören jeweils drei Experten des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, des Dachverbandes und der Österreichischen Ärztekammer sowie ein Experte des Bundesministeriums für Arbeit, Familie und Jugend an. Die Verordnung kann rückwirkend mit dem Tag der Kundmachung dieses Bundesgesetzes in Kraft treten.

(2) Der die betroffene Person behandelnde Arzt hat nach Vorlage des Informationsschreibens auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Abs. 1 die individuelle Risikosituation der betroffenen Person zu beurteilen und gegebenenfalls ein Attest ohne Angabe von Diagnosen über die Zugehörigkeit zur Risikogruppe auszustellen (COVID-19-Risiko-Attest). Die Beurteilung der individuellen Risikosituation auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Abs. 1 und die damit zusammenhängende Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests ist auch unabhängig davon zulässig, dass die betroffene Person ein Informationsschreiben durch den Dachverband nach Abs. 1 erhalten hat.

(3) Legt eine betroffene Person ihrem Dienstgeber dieses COVID-19-Risiko-Attest vor, so hat sie Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung und Fortzahlung des Entgelts, außer

1. die betroffene Person kann ihre Arbeitsleistung in der Wohnung erbringen (Homeoffice) oder
2. die Bedingungen für die Erbringung ihrer Arbeitsleistung in der Arbeitsstätte können durch geeignete Maßnahmen so gestaltet werden, dass eine Ansteckung mit COVID-19 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist; dabei sind auch Maßnahmen für den Arbeitsweg mit einzubeziehen.

Die Freistellung kann bis längstens 31. Mai 2020 dauern. Dauert die COVID-19-Krisensituation über den 31. Mai 2020 hinaus an, so hat die Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung den Zeitraum, in dem eine Freistellung möglich ist, zu verlängern, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2020. Eine Kündigung, die wegen der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung ausgesprochen wird, kann bei Gericht angefochten werden. (Anm. 1)

(4) Der Dienstgeber hat Anspruch auf Erstattung des an den Dienstnehmer bzw. Lehrling zu leistenden Entgelts, der für diesen Zeitraum abzuführenden Steuern und Abgaben sowie der zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge, Arbeitslosenversicherungsbeiträge und sonstigen Beiträge durch den Krankenversicherungsträger, unabhängig davon, von welcher Stelle diese einzuheben bzw. an welche Stelle diese abzuführen sind. Von diesem Erstattungsanspruch sind politische Parteien und sonstige juristische Personen öffentlichen Rechts, ausgenommen jene, die wesentliche Teile ihrer Kosten über Leistungsentgelte finanzieren und am Wirtschaftsleben teilnehmen, ausgeschlossen. Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung unter Vorlage der entsprechenden Nachweise beim Krankenversicherungsträger einzubringen. Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die daraus resultierenden Aufwendungen aus dem COVID-19 Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen.

(4a) Für Dienstnehmer, die den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz unterliegen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes in Kraft sind, ist Abs. 4 so anzuwenden, dass an die Stelle des Krankenversicherungsträgers das Land tritt.

(5) Die Abs. 2 bis 4 finden keine Anwendung auf Bedienstete der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden sowie auf Bedienstete, auf deren Dienstverhältnis § 29p VBG anzuwenden ist.

(6) Mit der Vollziehung dieser Bestimmung ist in Bezug auf Abs. 3 die Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, im Übrigen der

Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz alleine betraut. Der Dachverband und der Krankenversicherungsträger sind im übertragenen Wirkungsbereich unter Bindung an die Weisungen dieser obersten Organe tätig. Soweit für Arbeitnehmer nach Art. II B-VG die Vollziehung dem Land zukommt, ist die Landesregierung betraut.

Die Nov sollte Klarstellungen der arbeitsrechtlichen Regelung zur COVID-19-Risikofreistellung bringen⁴²³ sowie verfassungsrechtliche Bedenken beseitigen. So wurde explizit normiert, dass die Regelung der Risikofreistellung auch für geringfügig beschäftigte Arbeitnehmer (§ 735 Abs 1 ASVG) gelte. Die Bestimmung, wonach Beschäftigte im Bereich der kritischen Infrastruktur vom Anwendungsbereich des § 735 ASVG ausgenommen sind, entfiel.

Weiters wurde präzisiert, dass die allgemeine Risikogruppe aus Gründen der Rechtssicherheit durch eine V des BMSGPK definiert werden solle, welche auf Empfehlungen der Expertengruppe⁴²⁴ basiert. Bei Konkretisierung der Definition seien schwere Erkrankungen zu berücksichtigen und soll sie sich aus medizinischen Erkenntnissen sowie, wenn möglich, aus der Einnahme von Arzneimitteln herleiten.⁴²⁵ Am 07.05.2020 erfolgte die Kundmachung der COVID-19-Risikogruppe-V.⁴²⁶ Gesetzlich wurde geregelt, dass die V rückwirkend mit dem Tag der Kundmachung der Nov zu § 735 ASVG in Kraft treten solle (§ 735 Abs 1 letzter Satz ASVG), sodass die V gemeinsam mit § 735 ASVG idF BGBl I 2020/31 am 06.05.2020 in Geltung trat.

Neu geregelt wurde, dass die Information über die Zugehörigkeit zur Risikogruppe nunmehr durch den Dachverband der Sozialversicherungsträger erfolgt – die StF sah die Information durch den Krankenversicherungsträger vor. Das Informationsschreiben hat dabei nur deklarativen Charakter. Die Ausstellung eines COVID-19-Attests kann auch ohne ein solch vorangegangenes Informationsschreiben des Dachverbandes unter Berücksichtigung der Definition der COVID-19-Risikogruppe durch den behandelnden Arzt erfolgen.⁴²⁷

Arbeitgeber erhielten nunmehr auch Anspruch auf Erstattung der für den Zeitraum der Freistellung abzuführenden Steuern und Abgaben.

⁴²³ IA 483/A 27. GP 6.

⁴²⁴ Die Zusammensetzung der Expertengruppe wurde nicht verändert.

⁴²⁵ IA 483/A 27. GP 6.

⁴²⁶ COVID-19-Risikogruppe-Verordnung BGBl II 2020/203.

⁴²⁷ IA 483/A 27. GP 6.

Durch das BGBl I 2020/54 erfuhrt § 735 ASVG weitere Änderungen, die am 17.06.2020 kundgemacht wurden:

COVID-19-Risiko-Attest

§ 735. (1) Der Dachverband hat einen Dienstnehmer, eine geringfügig beschäftigte Person oder einen Lehrling (im Folgenden: betroffene Person) über seine Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe zu informieren. Die Definition dieser allgemeinen Risikogruppe, die insbesondere schwere Erkrankungen zu berücksichtigen hat und sich aus medizinischen Erkenntnissen und wenn möglich aus der Einnahme von Arzneimitteln herleitet, ist durch Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend auf Grundlage der Empfehlung einer Expertengruppe, die das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz und das Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend einrichten, festzulegen. Der Expertengruppe gehören jeweils drei Experten des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, des Dachverbandes und der Österreichischen Ärztekammer sowie ein Experte des Bundesministeriums für Arbeit, Familie und Jugend an. Die Verordnung kann rückwirkend mit dem Tag der Kundmachung dieses Bundesgesetzes in Kraft treten.

(2) Der die betroffene Person behandelnde Arzt hat nach Vorlage des Informationsschreibens auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Abs. 1 die individuelle Risikosituation der betroffenen Person zu beurteilen und gegebenenfalls ein Attest ohne Angabe von Diagnosen über die Zugehörigkeit zur Risikogruppe auszustellen (COVID-19-Risiko-Attest). Die Beurteilung der individuellen Risikosituation auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Abs. 1 und die damit zusammenhängende Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests ist auch unabhängig davon zulässig, dass die betroffene Person ein Informationsschreiben durch den Dachverband nach Abs. 1 erhalten hat.

(2a) Der Krankenversicherungsträger hat jedem behandelnden Arzt für die Beurteilung der individuellen Risikosituation nach Abs. 2 ein pauschales Honorar in Höhe von 50,00 € zu bezahlen, und zwar unabhängig davon, ob in der Folge ein COVID-19-Risiko-Attest ausgestellt wird. Zuzahlungen der betroffenen Person sind unzulässig. Hat die betroffene Person allerdings mehr als einen Arzt aufgesucht, so ist der Krankenversicherungsträger berechtigt, den 50,00 € übersteigenden Betrag des ausbezahlten Honorars von der betroffenen Person zurückzufordern. Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die ausgewiesenen tatsächlichen Kosten für das Honorar aus dem COVID-19 Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen. Eine Kostentragung des Bundes über den 31. Dezember 2020 hinaus ist ausgeschlossen.

(3) Legt eine betroffene Person ihrem Dienstgeber dieses COVID-19-Risiko-Attest vor, so hat sie Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung und Fortzahlung des Entgelts, außer

1. die betroffene Person kann ihre Arbeitsleistung in der Wohnung erbringen (Homeoffice) oder
2. die Bedingungen für die Erbringung ihrer Arbeitsleistung in der Arbeitsstätte können durch geeignete Maßnahmen so gestaltet werden, dass eine Ansteckung mit COVID-19 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist; dabei sind auch Maßnahmen für den Arbeitsweg mit einzubeziehen.

Die Freistellung kann bis längstens 31. Mai 2020 dauern. Dauert die COVID-19-Krisensituation über den 31. Mai 2020 hinaus an, so hat die Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung den Zeitraum, in dem eine Freistellung möglich ist, zu verlängern, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2020. Eine Kündigung, die wegen der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung ausgesprochen wird, kann bei Gericht angefochten werden. (Anm. 1)

(4) Der Dienstgeber hat Anspruch auf Erstattung des an den Dienstnehmer, die geringfügig beschäftigte Person bzw. den Lehrling zu leistenden Entgelts, der für diesen Zeitraum abzuführenden Steuern und Abgaben sowie der zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge, Arbeitslosenversicherungsbeiträge und sonstigen Beiträge durch den Krankenversicherungsträger, unabhängig davon, von welcher Stelle diese einzuheben bzw. an welche Stelle diese abzuführen sind. Von diesem Erstattungsanspruch sind politische Parteien und sonstige juristische Personen öffentlichen Rechts,

ausgenommen jene, die wesentliche Teile ihrer Kosten über Leistungsentgelte finanzieren und am Wirtschaftsleben teilnehmen, ausgeschlossen. Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung unter Vorlage der entsprechenden Nachweise beim Krankenversicherungsträger einzubringen. Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die daraus resultierenden Aufwendungen aus dem COVID-19 Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen.

(4a) Für Dienstnehmer, die den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz unterliegen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes in Kraft sind, ist Abs. 4 so anzuwenden, dass an die Stelle des Krankenversicherungsträgers das Land tritt.

(5) Die Abs. 2 bis 4 finden keine Anwendung auf Bedienstete der Länder, Gemeindeverbände und Gemeinden sowie auf Bedienstete, auf deren Dienstverhältnis § 29p VBG anzuwenden ist.

(6) Mit der Vollziehung dieser Bestimmung ist in Bezug auf Abs. 3 die Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, im Übrigen der Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz alleine betraut. Der Dachverband und der Krankenversicherungsträger sind im übertragenen Wirkungsbereich unter Bindung an die Weisungen dieser obersten Organe tätig. Soweit für Arbeitnehmer nach Art. 11 B-VG die Vollziehung dem Land zukommt, ist die Landesregierung betraut.

Im Zuge dieser Nov wurde klargestellt, dass der behandelnde Arzt nach Vorlage des Informationsschreibens die individuelle Risikosituation der betroffenen Person zu beurteilen und ein Attest über die Zugehörigkeit oder Nichtzugehörigkeit zur Risikogruppe auszustellen habe. Bis zur gegenständlichen Nov hatte der behandelnde Arzt nur gegebenenfalls ein Attest über die Zugehörigkeit zur Risikogruppe auszustellen.⁴²⁸ Daraus ist mE zu schließen, dass der Gesetzgeber allfälligen Raum für Zweifel über die Zugehörigkeit zur Risikogruppe beseitigen wollte, indem er anordnete, dass der behandelnde Arzt in jedem Fall ein (negatives oder positives) Attest ausstellen müsse.

Für das Ausstellen des COVID-19-Risiko-Attests hat der Krankenversicherungsträger jedem behandelnden Arzt ein pauschales Honorar iHv 50,00 Euro zu bezahlen. Zuzahlungen der betroffenen Person sind unzulässig. Hat die betroffene Person allerdings mehr als einen Arzt aufgesucht, so ist der Krankenversicherungsträger berechtigt, den 50,00 Euro übersteigenden Betrag des ausbezahlten Honorars von der betroffenen Person zurückzufordern. In weiterer Folge hat der Bund dem Krankenversicherungsträger die ausgewiesenen tatsächlichen Kosten für das Honorar aus dem COVID-19-Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen. Eine Kostentragung des Bundes über den 31.12.2020 hinaus war ursprünglich ausgeschlossen, die Frist wurde jedoch schrittweise bis 30.06.2022 erstreckt (Stand 22.05.2022).⁴²⁹ Diese Regelung (§ 735 Abs 2a ASVG) trat

⁴²⁸ Vgl § 735 Abs 2 erster Satz ASVG idF BGBl I 2020/31.

⁴²⁹ BGBl I 2021/114; BGBl I 2021/197.

mit 01.06.2020 in Kraft und ist auf COVID-19-Risikoatteste anzuwenden, die ab dem 01.06.2020 ausgestellt wurden.⁴³⁰

Für die Zeit davor (06.05.2020 bis 31.05.2020) hatte der behandelnde Arzt dieses Honorar bereits für die Beurteilung der individuellen Risikosituation zu erhalten, und zwar unabhängig davon, ob in der Folge ein COVID-19-Risikoattest ausgestellt wurde.⁴³¹ Dies deshalb, da der behandelnde Arzt nach der damals geltenden Rechtslage nur dann ein COVID-19-Risikoattest auszustellen hatte, wenn die Zugehörigkeit zur Risikogruppe gegeben war – bei Nichtzugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe erfolgte keine Ausstellung des Attests.

Der bezahlte Freistellungsanspruch wurde im Laufe der letzten beiden Jahre noch mehrfach novelliert, wobei eine Erläuterung der inhaltlichen Änderungen an jeweils passender Stelle erfolgt.

2.7.2.1 Zeitlicher Überblick

Die Freistellung für Angehörige von COVID-19-Risikogruppen trat in ihrer StF am 05.04.2020 in Kraft und war zunächst bis 30.04.2020 (BGBl I 2020/23) befristet. Durch BGBl I 2020/31 wurde der Freistellungszeitraum bis 31.05.2020 verlängert, wobei gleichzeitig eine Verordnungsermächtigung für Freistellungen bis 31.12.2020 geschaffen wurde. Mittels V wurde verfügt, dass der Freistellungszeitraum zunächst bis 30.06.2020 verlängert wurde (BGBl II 2020/230). In weiterer Folge wurde die gesetzliche Grundlage für Freistellungen bis 30.06.2021 verlängert. Davon wurde auch Gebrauch gemacht, sodass die Zeiträume, in denen Freistellungen erfolgen konnten, mittels V schrittweise – zunächst monatlich – vom 01.07.2020 bis 31.07.2020 (BGBl II 2020/284), vom 01.08.2020 bis 31.08.2020 (BGBl II 2020/345), vom 01.09.2020 bis 31.12.2020 (BGBl II 2020/375) sowie vom 01.01.2021 bis 31.03.2021 (BGBl II 2020/609) verlängert wurden. In der Zwischenzeit wurde die Risikofreistellung neuerlich durch BGBl I 2021/28 novelliert. Weitere Freistellungszeiträume wurden mittels V verfügt, und zwar zunächst vom 01.04.2021 bis 31.05.2021 sowie vom 01.06.2021 bis 30.06.2021.

Aufgrund der deutlichen Verbesserung der epidemiologischen Gesamtsituation im Frühjahr bzw im Sommer 2021 sowie der fortgeschrittenen Impfquote und der damit einhergehenden Immunisierung in Österreich, wurde von der unmittelbaren Fortführung

⁴³⁰ § 737 Abs 6 ASVG idF BGBl I 2020/54.

⁴³¹ § 737 Abs 3 ASVG idF BGBl I 2020/54.

der Regelungen über die Möglichkeit zur Freistellung aufgrund der Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe mit 01.07.2021 Abstand genommen (BGBl I 2021/114).⁴³² Vor dem 01.07.2022 ausgestellte COVID-19-Risikoatteste verloren mit Ablauf des 30.06.2021 ihre Gültigkeit. Gleichzeitig wurde für den Zeitraum 01.07.2021 bis 31.12.2021 eine neue Verordnungsermächtigung zur Festlegung von Zeiträumen geschaffen, in denen neuerlich eine Freistellung in Anspruch genommen werden konnte, sollte dies die epidemiologische Gesamtsituation erforderlich machen (§ 735 Abs 3a ASVG idF BGBl I 2021/114). Von der Möglichkeit der Erlassung einer V wurde Gebrauch gemacht und wurde darin verfügt, dass Freistellungen nach § 735 Abs 3 ASVG im Zeitraum vom 22.11.2021 bis 14.12.2021 möglich sind (BGBl II 2021/474). Arbeitnehmer hatten bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen wieder Anspruch auf Freistellung unter Entgeltfortzahlung, allerdings musste dem Arbeitgeber dafür ein neues, dh, ein nach dem 30.06.2021 ausgestelltes COVID-19-Risikoattest vorgelegt werden.

Im Hinblick auf die weiter fortdauernde Pandemie sowie die steigenden Infektionszahlen wurde mit BGBl I 2021/197 die gesetzliche Grundlage für die Freistellung wegen Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe bis 30.06.2022 verlängert. Am 13.12.2021 wurde – noch rechtzeitig vor Auslaufen der bis zum 14.12.2021 geltenden Freistellungs-V – eine neue V erlassen, die einen Freistellungsanspruch vom 15.12.2021 bis 31.03.2022 ermöglichte (BGBl II 2021/538). Voraussetzung für den Anspruch auf Freistellung in dem genannten Zeitraum war ua die Vorlage eines nach dem 02.12.2021 ausgestellten COVID-19-Risikoattests.

Ab 01.04.2022 wurde die COVID-19-Risikofreistellung weiter fortgesetzt, allerdings unter verschärften Bedingungen (BGBl I 2022/32). Einerseits wurde der Kreis der Personen, die als Angehörige der COVID-19-Risikogruppe in Frage kommen, konkretisiert, andererseits wurden strengere Regelungen für COVID-19-Risikoatteste eingeführt. Der Zeitraum für die Freistellung von Risikogruppen wurde über den 31.03.2022 hinaus zunächst bis 31.05.2022 (BGBl II 2022/126) und anschließend bis 30.06.2022 (BGBl II 2022/200) verlängert.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass seit Inkrafttreten des § 735 ASVG am 05.04.2020 die Freistellung für Angehörige von COVID-19-Risikogruppen – bis auf eine Unterbrechung in der Zeit von 01.07.2021 bis 22.11.2021 – aus derzeitiger Sicht (Stand

⁴³² AB 888 BlgNR 27. GP 2.

16.06.2022) zumindest bis 30.06.2022 unter unterschiedlichen Voraussetzungen vorgesehen war.

2.7.3 Kennzeichen der COVID-19-Risikofreistellung

2.7.3.1 Definition der Risikogruppe

Die COVID-19-Risikogruppe-V enthält eine Auflistung der medizinischen Gründe (Indikationen) für die Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe.

Gem § 2 Abs 1 COVID-19-Risikogruppe-V gelten als medizinische Hauptindikationen:

1. fortgeschrittene chronische Lungenkrankheiten, welche eine dauerhafte, tägliche, duale Medikation benötigen
2. chronische Herzerkrankungen mit Endorganschaden, die dauerhaft therapiebedürftig sind, wie ischämische Herzerkrankungen sowie Herzinsuffizienzen
3. aktive Krebserkrankungen mit einer jeweils innerhalb der letzten sechs Monate erfolgten onkologischen Pharmakotherapie (Chemotherapie, Biologika) und/oder einer erfolgten Strahlentherapie sowie metastasierende Krebserkrankungen auch ohne laufende Therapie
4. Erkrankungen, die mit einer Immunsuppression behandelt werden müssen
5. fortgeschrittene chronische Nierenerkrankungen
6. chronische Lebererkrankungen mit Organumbau und dekompenzierter Leberzirrhose ab Childs-Stadium B
7. ausgeprägte Adipositas ab dem Adipositas Grad III mit einem BMI ≥ 40
8. Diabetes mellitus
9. arterielle Hypertonie mit bestehenden Endorganschäden, insbesondere chronische Herz- oder Niereninsuffizienz, oder nicht kontrollierbarer Blutdruckeinstellung.

Anhand dieser Hauptindikationen, die in der V weiter unterteilt und näher beschrieben sind, erfolgt die Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe.

COVID-19-Risikoatteste dürfen nur auf Grundlage dieser medizinischen Indikationen sowie bei sonstigen schweren Erkrankungen mit funktionellen oder körperlichen Einschränkungen, die einen ebenso schweren Krankheitsverlauf von COVID-19 wie bei den in der V genannten Krankheitsbildern annehmen lassen, ausgestellt werden. Der behandelnde Arzt hat dies in seinen Aufzeichnungen entsprechend zu begründen und zu dokumentieren.

Schwangere Arbeitnehmerinnen zählen allein aufgrund ihrer Schwangerschaft nicht zur COVID-19-Risikogruppe. Für sie wurde allerdings ein eigener, von anderen Bedingungen abhängiger Anspruch auf Freistellung geschaffen.⁴³³

Seit der Novellierung durch BGBl I 2021/114 ist bei der Beurteilung der individuellen Risikosituation auch der Impf- und Immunstatus in Hinblick auf SARS-CoV-2 bzw COVID-19 der betroffenen Person zu berücksichtigen.

Durch die am 03.12.2021 in Kraft getretene Nov des § 735 Abs 2 ASVG (BGBl I 2021/197) wurde die Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe insofern eingeschränkt, als Ärzte künftig nur noch jenen Personen ein positives COVID-19-Risikoattest ausstellen durften, bei denen entweder trotz mindestens dreimal erfolgter Impfung gegen SARS-CoV-2 medizinische Gründe vorliegen, die einen schweren Krankheitsverlauf von COVID-19 annehmen lassen, oder die aus medizinischen Gründen nicht gegen SARS-CoV-2 geimpft werden können. Arbeitgebern wurde nun auch die Möglichkeit eingeräumt, eine Bestätigung des vorgelegten COVID-19-Risiko-Attests durch amtsärztliches Zeugnis oder den chef- und kontrollärztlichen Dienst des zuständigen Krankenversicherungsträgers zu verlangen.

Im Zuge einer weiteren Nov des § 735 Abs 2 ASVG (BGBl I 2022/32) erfolgte durch den Verweis auf das COVID-19-IG eine Konkretisierung jener medizinischen Gründe, die eine Zugehörigkeit zur Risikogruppe trotz fehlender bzw nicht vollständiger Impfung begründen können. Danach ist die Ausstellung eines positiven COVID-19-Risikoattests für ungeimpfte oder nicht ausreichend geimpfte Personen nur zulässig, wenn sie nicht ohne konkrete und ernstliche Gefahr für Leben oder Gesundheit geimpft werden können oder, wenn bei ihnen aus medizinischen Gründen eine Immunantwort auf eine Impfung gegen COVID-19 nicht zu erwarten ist (§ 3 Abs 1 Z 2 lit a und b COVID-19-IG). Über das Vorliegen der Ausnahmegründe ist dem das COVID-19-Risikoattest ausstellenden Arzt eine entsprechende Bestätigung nach § 3 Abs 3 COVID-19-IG samt entsprechender Befunde vorzulegen.

2.7.3.2 Ausstellung des COVID-19-Risikoattests

Grds ist vorgesehen, dass der Dachverband der Sozialversicherungsträger⁴³⁴ die betroffene Person über ihre Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe informiert. Mit dem

⁴³³ Siehe dazu Ausführungen unter Kapitel 2.8 „Sonderfreistellung COVID-19“.

Informationsschreiben werden die betroffenen Personen über die Möglichkeit einer Risikofreistellung gem § 735 ASVG in Kenntnis gesetzt und dazu aufgefordert, mit ihrem behandelnden Arzt Kontakt aufzunehmen.⁴³⁵ Der Arzt, der mit der Krankengeschichte sowie der gesundheitlichen Verfassung der betroffenen Person vertraut ist, nimmt sodann auf Grundlage der in der COVID-19-Risikogruppe-V genannten Kriterien eine individuelle Risikobeurteilung vor. Besteht eine schwere Grunderkrankung, die eine Zuordnung zur Risikogruppe gem der V des BMGSPK indiziert, ist ein COVID-19-Risikoattest auszustellen.⁴³⁶

Das Informationsschreiben und die darin enthaltenen Schritte stellen für die betroffenen Personen lediglich eine Empfehlung dar und sollen helfen, das Risiko einzuschätzen. Betroffene sind weder verpflichtet, aufgrund dieses Schreibens ihren Arzt zu kontaktieren noch sich ein COVID-19-Risikoattest ausstellen zu lassen.⁴³⁷

In den Erläut zum 9. COVID-19-G wurde klargestellt, dass das Informationsschreiben über die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe bloß deklarativen Charakter habe.⁴³⁸ Das Informationsschreiben ist somit nicht Voraussetzung für die Ausstellung eines COVID-19-Risikoattests. Arbeitnehmer, die kein derartiges Schreiben vom Dachverband der Sozialversicherungsträger erhalten haben, können sich dennoch bei ihrem Arzt zur individuellen Risikoanalyse melden.

Seit 01.04.2022 gelten in Bezug auf COVID-19-Risikoatteste strengere Regelungen, die mittels BGBl I 2022/32 umgesetzt wurden. Danach sind COVID-19-Risikoatteste, die vor dem 01.04.2022 ausgestellt wurden, bis spätestens 14.04.2022 bestätigen zu lassen, sofern die betroffene Person tatsächlich von der Arbeitsleistung freigestellt wurde, da Homeoffice nicht möglich ist und die Bedingungen am Arbeitsplatz nicht so gestaltet werden können, dass eine Ansteckung mit SARS-CoV-2 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist. Die Bestätigung hat bei Personen, die aus medizinischen Gründen als nicht impfbar gelten, durch eine fachlich geeignete Ambulanz von Krankenanstalten, einen Amtsarzt oder einen Epidemiarzt zu erfolgen. Bei Personen, bei denen trotz dreimaliger Impfung medizinische

⁴³⁴ Die StF sah die Informationspflicht durch den Krankenversicherungsträger vor.

⁴³⁵ Betroffene Personen sind dazu allerdings nicht verpflichtet.

⁴³⁶ Vgl dazu auch *Lindmayr*, Der Anspruch auf Freistellung von der Dienstleistung für COVID-19-Risikogruppen, ARD 6699/5/2020 (3).

⁴³⁷ Vgl Informationen der ÖGK, Fragen und Antworten zum Thema Risikogruppen^{6,2}, <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.859047&portal=oegkportal> (Stand 01.09.2020).

⁴³⁸ IA 483/A 27. GP 6.

Gründe vorliegen, die einen schweren Krankheitsverlauf von COVID-19 erwarten lassen, kann die Bestätigung durch den chef- und kontrollärztlichen Dienst des Krankenversicherungsträgers erfolgen. Erfolgt bis 14.04.2022 keine Bestätigung, so endet der Anspruch auf Freistellung (§ 735 Abs 3e ASVG idF BGBl I 2022/32).

2.7.3.3 Folgen der Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe

Aus dem Wortlaut „*Legt eine betroffene Person [...] vor, so hat sie [...]*“ in § 735 Abs 3 ASVG geht hervor, dass Arbeitnehmer nicht verpflichtet sind, ihren Arbeitgebern das COVID-19-Risikoattest vorzulegen. Wollen die Arbeitnehmer jedoch eine Freistellung oder besondere Schutzmaßnahmen in Anspruch nehmen, muss das COVID-19-Risikoattest vorgelegt werden. Zwar enthält das Attest keine konkrete Diagnose des Arbeitnehmers, allerdings wird mit Vorlegen eines Risikoattests bekannt, dass der Arbeitnehmer unter einer schweren chronischen Grunderkrankung leidet – es besteht somit die Gefahr einer Stigmatisierung oder einer Diskriminierung. Arbeitnehmer sollen daher selbst abwägen und entscheiden, ob sie ihren Arbeitgebern das Attest vorlegen.⁴³⁹

Legen Betroffene ihren Arbeitgebern ein COVID-19-Risikoattest vor, sind Arbeitgeber verpflichtet, für den besonderen Schutz der Arbeitnehmer zu sorgen. § 735 Abs 3 ASVG sieht dabei folgende Vorgangsweise vor:

Grds sind Betroffene nach Vorlage des COVID-19-Risikoattests vom Dienst freizustellen. Das Gesetz normiert von diesem Grundsatz jedoch zwei Ausnahmen – Homeoffice und Maßnahmen zur größtmöglichen Sicherheit am Arbeitsplatz und am Arbeitsweg. Diese Ausnahmetatbestände sind eng auszulegen. Dass § 735 Abs 3 ASVG grds die Dienstfreistellung als die Regel ansieht, währenddessen Homeoffice und die Erbringung der Arbeitsleistung am Arbeitsplatz unter adäquaten und geeigneten Schutzmaßnahmen als Ausnahmen gelten, steht mit § 7 ASchG (Grundsätze der Gefahrenverhütung) im Einklang.⁴⁴⁰ Aus den Grundsätzen der Gefahrenverhütung lässt sich eine Reihenfolge der zu setzenden Maßnahmen ableiten, die in der Praxis auch als „STOP-Prinzip“ bekannt ist.⁴⁴¹

⁴³⁹ Vgl Lindmayr, ARD 6699/5/2020 (5).

⁴⁴⁰ Streithofer, DRdA-infas 2020, 282 (284).

⁴⁴¹ Informationen des BMASGK, Grundsätze der Gefahrenverhütung – Reihenfolge von Maßnahmen. ArbeitnehmerInnenschutzstrategie 2013-2020, 1f (Stand September 2017).

Substitution: Kann eine Gefahr beseitigt werden, indem bspw ein gefährlicher Arbeitsstoff durch einen ungefährlichen oder weniger gefährlichen ersetzt (substituiert) wird? Das Virus kann nicht ersetzt werden. Die Gefahr könnte durch die Corona-Schutzimpfung beseitigt werden. Nach derzeitigem Wissensstand bietet die Schutzimpfung jedenfalls einen Individualschutz. Zwar kann die Corona-Schutzimpfung eine symptomatische Infektion mit SARS-CoV-2 nicht in jedem Fall verhindern, aber bereits nach zwei Corona-Schutzimpfungen ist eine Schutzwirkung insb gegen schwere Verläufe von COVID-19 gegeben, die durch die dritte Impfung noch verbessert wird.⁴⁴² Gerade für Personen, die aufgrund ihres Gesundheitszustandes oder chronischen Erkrankungen einem erhöhten Risiko für einen schweren Verlauf von COVID-19 unterliegen, ist die Corona-Schutzimpfung besonders wichtig.⁴⁴³ Die medizinische Erkenntnis, wonach die Corona-Schutzimpfung derzeit der nachhaltigste Schutz vor einer Erkrankung an COVID-19 und schweren Krankheitsverläufen ist, scheint auch den geänderten bzw strengeren Voraussetzungen für die Ausstellung eines positiven COVID-19-Risikoattests zugrunde zu liegen (BGBl I 2021/197 sowie BGBl I 2022/32). Die Ausstellung eines positiven COVID-19-Risikoattests ist für ungeimpfte oder nicht ausreichend geimpfte Personen nur noch dann zulässig, wenn die betroffene Person von der COVID-19-Impflicht gem § 3 Abs 2 Z 2 lit a oder lit b COVID-19-IG ausgenommen ist.

Durch Dienstfreistellung oder die Verlagerung der Arbeitstätigkeit ins Homeoffice kann das Expositionsrisiko am Arbeitsplatz jedenfalls vermieden werden.

Technik: Sofern die Beseitigung der Gefahr durch Substitution nicht möglich ist, sind technische Maßnahmen zu treffen, um den Menschen von einer Gefahr zu trennen oder die Gefahr zu minimieren. Vorliegend wäre an das Anbringen von Plexiglaswänden oder Trennwänden zu denken.⁴⁴⁴

Organisation: Sind weder die Substitution der Gefahr noch technische Maßnahmen möglich, sind organisatorische Maßnahmen zu treffen. Vor dem Hintergrund von COVID-

⁴⁴² Informationen des BMSGPK, Corona-Schutzimpfung – Häufig gestellte Fragen – Allgemeine Fragen, <https://www.sozialministerium.at/Corona-Schutzimpfung/Corona-Schutzimpfung---Haeufig-gestellte-Fragen/Corona-Schutzimpfung-%E2%80%93-Haeufig-gestellte-Fragen---Allgemeine-Fragen.html#wirksamkeit> (Stand 20.05.2022).

⁴⁴³ Informationen des BMSGPK, Corona-Schutzimpfung – Häufig gestellte Fragen – Allgemeine Fragen, <https://www.sozialministerium.at/Corona-Schutzimpfung/Corona-Schutzimpfung---Haeufig-gestellte-Fragen/Corona-Schutzimpfung-%E2%80%93-Haeufig-gestellte-Fragen---Allgemeine-Fragen.html#wirksamkeit> (Stand 20.05.2022).

⁴⁴⁴ Vgl dazu etwa auch § 6 Abs 2 der 4. COVID-19-SchuMaV idF BGBl II 2021/58.

19 wäre hier an die Einführung von „Schichtarbeit“⁴⁴⁵ zu denken. Dabei werden Arbeitnehmer in feste Teams eingeteilt, wobei vermieden werden soll, dass ein Arbeitsteam mit einem anderen in Kontakt tritt – auch bei „Schichtwechsel“. Dadurch soll im Falle der Infektion eines Arbeitnehmers mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 einerseits die Ausbreitung auf die gesamte Arbeitnehmerschaft verhindert und andererseits auch die Fortführung des Betriebes sichergestellt werden. Weitere organisatorische Maßnahmen wären das Sicherstellen von Abständen zwischen Personen durch Bodenmarkierungen oder das Festlegen von einer Maximalanzahl von Personen in Räumen – abhängig von der Raumgröße und der Aufteilungsmöglichkeiten, die Einrichtung von Waschgelegenheiten nur mit fließendem, warmen Wasser, Seifenspender, Einweghandtücher, Desinfektionsmittel und Hautpflegemittel, die regelmäßige Reinigung und Desinfektion von Objekten, die oft von mehreren Personen angefasst werden, aber auch die zeitliche Staffelung der Arbeitspausen oder des Arbeitsbeginns, um die Ansammlung einer größeren Anzahl von Arbeitnehmern zu vermeiden.⁴⁴⁶ Zu beachten ist allerdings, dass organisatorische Maßnahmen zwar das Risiko einer Ansteckung mit SARS-CoV-2 mindern, sie jedoch unterlaufen werden können.⁴⁴⁷

Personenbezogen: Die Anwendung von personenbezogenen Maßnahmen kann ergänzend zu technischen oder organisatorischen Maßnahmen sinnvoll sein – sie stehen in der Reihenfolge jedoch an letzter Stelle. Dazu zählen Maßnahmen wie die Anweisung zum richtigen Umgang mit COVID-19, bspw richtiges Händewaschen, Verwenden von Desinfektionsmitteln, regelmäßiges Lüften, oder zur Verwendung persönlicher Schutzausrüstung, wie zB das korrekte An- und Ablegen von Masken.

Wie bereits erwähnt, kann die Gefahr einer beruflichen Infektion mit SARS-CoV-2 durch eine Dienstfreistellung jedenfalls ausgeschlossen werden. Arbeitnehmer sind dadurch weder am Arbeitsplatz noch auf dem Weg zur Arbeit dem Risiko ausgesetzt, sich mit dem Coronavirus zu infizieren. Dasselbe Schutzniveau bietet die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice (erste Ausnahme). Ob die Verrichtung der Arbeitsleistung im Homeoffice möglich ist, hängt einerseits von der Art der vereinbarten Tätigkeit und andererseits von der technischen Infrastruktur des Arbeitnehmers zuhause ab. Als zweite

⁴⁴⁵ Was jedoch nicht mit der arbeitszeitrechtlichen Schichtarbeit und deren Rechtsfolgen gem § 4a AZG zu verwechseln ist.

⁴⁴⁶ Vgl dazu auch Informationen des AI, https://www.arbeitsinspektion.gv.at/Gesundheit_im_Betrieb/Gesundheit_im_Betrieb_1/Allgemeine_Hinweise.html#heading_Aktuelles_COVID_19_Lockerungsverordnung (abgefragt am 14.02.2021).

⁴⁴⁷ Vgl dazu auch Streithofer, DRdA-infas 2020, 282 (283).

Ausnahme vom Grundsatz der Dienstfreistellung gilt die Erbringung der Arbeitsleistung in der Arbeitsstätte, allerdings nur dann, wenn die Arbeitsbedingungen so gestaltet werden, dass eine Ansteckung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist – dabei ist auch der Arbeitsweg zu berücksichtigen. *Streithofer* bringt hierzu richtigerweise vor, dass die zweite Ausnahme eng auszulegen sei. Sie begründet dies einerseits mit dem hohen Schutzniveau, das von § 735 Abs 1 erster Satz (gemeint wird wohl § 735 Abs 3 erster Satz ASVG sein) und Z 1 ASVG vorgesehen ist sowie aufgrund des Wortlauts „größtmögliche Sicherheit“, der im Vergleich zur absoluten Sicherheit vor berufsbedingten Ansteckungen wohl nur geringe Abstriche zulässt.

2.7.3.4 Ausnahmetatbestand „Homeoffice“

Arbeitnehmer haben dann keinen Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung, wenn sie ihre Arbeitsleistung im Homeoffice erbringen können (§ 735 Abs 3 Z 1 ASVG). Die Erbringung ist den Mat zu Folge dann möglich, wenn die Art der vereinbarten Arbeitsleistung geeignet ist, von zuhause aus erbracht zu werden und darüber hinaus die technischen Möglichkeiten in der Wohnung des Dienstnehmers vorliegen - wobei gegebenenfalls der Arbeitgeber die erforderliche technische Infrastruktur (Hard- und Software) bereitzustellen hat.⁴⁴⁸ Da es sich bei § 735 ASVG um eine Bestimmung zum Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers handelt, gilt umso mehr, dass etwaige Mehrkosten (zB Internet, Telefon) vom Arbeitgeber zu tragen sind, da für den Gesundheitsschutz anfallende Kosten gem § 3 Abs 1 ASchG nicht zulasten der Arbeitnehmer gehen dürfen. Darüber hinaus wird man auch die konkrete Wohn- und Familiensituation des Arbeitnehmers berücksichtigen müssen. Insgesamt wird der Ausnahmetatbestand nur vorliegen, wenn dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice zumutbar ist.⁴⁴⁹

Ist die Tätigkeit geeignet, im Homeoffice erbracht zu werden, tritt der Ausnahmetatbestand der Z 1 nicht *ex lege* in Kraft, sondern muss Homeoffice zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vereinbart werden.⁴⁵⁰ Ist die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice möglich und auch zumutbar, wird den Arbeitnehmer jedoch eine Obliegenheit zur Zustimmung treffen. Verweigert der Arbeitnehmer ohne sachlich gerechtfertigte Gründe die Zustimmung zur Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice, verwirkt er damit

⁴⁴⁸ Sten Prot vom 03.04.2020, 22. Sitzung des NR 27. GP 98.

⁴⁴⁹ *Felten/Pfeil*, DRdA 2020, 295 (309).

⁴⁵⁰ *Streithofer*, DRdA-*inf*as 2020, 282 (283) sowie *Felten/Pfeil*, DRdA 2020, 295 (309); aA *Dullinger*, ZAS 2021/3 (13).

seinen Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung und ist zur Arbeit verpflichtet.⁴⁵¹ Scheitert eine Homeoffice-Vereinbarung hingegen am Arbeitgeber, weil dieser etwa die erforderliche Infrastruktur nicht zur Verfügung stellt oder ohne sachliche Rechtfertigung gegen die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice ist, liegt das Unterbleiben der Arbeitsleistung in der Sphäre des Arbeitgebers, sodass der Arbeitnehmer gem § 1155 ABGB seinen Entgeltanspruch behält.⁴⁵² Eine Kostenerstattung gem § 735 Abs 4 ASVG kommt für den Arbeitgeber nicht in Betracht, da die Tätigkeit im Homeoffice möglich gewesen wäre.⁴⁵³

Ein Recht auf Homeoffice des Arbeitnehmers könnte nach *Gerhartl*⁴⁵⁴ in jenen Konstellationen bestehen, in denen Arbeitnehmer, die, neben ihrer Zugehörigkeit zur Risikogruppe, auch zu einer Gruppe gehören, denen ein Recht auf tatsächliche Beschäftigung eingeräumt wird. In diesen Fällen werden Arbeitnehmer wohl darauf bestehen können, dass Arbeitgeber alle zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um ihnen Homeoffice zu ermöglichen. Ein allgemeines Recht des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung besteht allerdings nicht. Neben bestimmten gesetzlichen Bestimmungen (§ 18 BAG⁴⁵⁵, § 18 TAG⁴⁵⁶) wurde das Recht auf tatsächliche Beschäftigung Arbeitnehmern nur in Ausnahmefällen zuerkannt, und zwar dann, wenn das Brachliegen ihrer Fähigkeiten zwangsläufig zu einem Qualitätsverlust und zur Minderung des Niveaus führt. Dies wurde in der Rsp bei Berufen wie Neurochirurgen, Gefäßchirurgen oder Profifußballern bejaht.⁴⁵⁷ Da diese Berufe idR allerdings auch nicht im Homeoffice erbracht werden können, handelt es sich dabei wohl eher um eine Frage akademischer Natur. Mehr Bedeutung könnte diesem Aspekt im Hinblick auf das Treffen geeigneter Schutzmaßnahmen zukommen, sodass eine Beschäftigung am Arbeitsplatz möglich wäre.

⁴⁵¹ So auch *Drs in Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 5 Rz 17/4 (Stand 30.9.2020, rdb.at); *Dullinger*, ZAS 2021/3 (13); *Gerhartl*, Homeoffice aus arbeitsrechtlicher Sicht, ARD 6711/4/2020 (4); aA *Kühteubl/Leissler*, Wenn die Krankheit im Personalakt steht, Der Standard, <https://www.derstandard.at/story/2000117585006/wenn-die-krankheit-im-personalakt-steht> (Stand 20.05.2020), die aus dem Erfordernis der Vereinbarung von Homeoffice folgern, dass mangels einer zustande kommenden Vereinbarung der Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung hat. *Drs* wendet dagegen zutreffend ein, dass § 735 Abs 3 Z 1 ASVG lediglich darauf abstelle, dass die Arbeitsleistung im Homeoffice erbracht werden „kann“ und nicht, dass der Arbeitnehmer zu Homeoffice verpflichtet ist.

⁴⁵² *Drs in Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 5 Rz 17/4 (Stand 30.9.2020, rdb.at).

⁴⁵³ *Dullinger*, ZAS 2021/3 (13).

⁴⁵⁴ *Gerhartl*, ARD 6711/4/2020 (4).

⁴⁵⁵ Berufsausbildungsgesetz BGBl 1969/142.

⁴⁵⁶ Theaterarbeitsgesetz BGBl I 2010/100.

⁴⁵⁷ *Löschnigg*, Kein Recht auf Beschäftigung eines Universitätslehrers, JAS 2017, 196 (198).

2.7.3.5 Ausnahmetatbestand „Geeignete Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz und Arbeitsweg“

Ein Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung liegt auch dann nicht vor, wenn durch geeignete Maßnahmen die Arbeitsbedingungen am Arbeitsplatz und auf dem Weg in die Arbeit so gestaltet werden können, dass eine Ansteckung mit SARS-CoV-2 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist (§ 735 Abs 3 Z 2 ASVG). Welche Schutzmaßnahmen zu treffen sind, hängt von Aufgabenstellung und Arbeitsumgebung ab.⁴⁵⁸ Wie bereits ausgeführt, ist § 735 Abs 3 Z 2 ASVG eng auszulegen. Zwar kann der Begriff „größtmögliche Sicherheit“ nicht mit „absoluter Sicherheit“ gleichgesetzt werden, allerdings wird das Schutzniveau nur geringfügig von der Dienstfreistellung und der Tätigkeit im Homeoffice abweichen dürfen. Der Schutzstandard ist daher viel umfassender als das allgemeine sich aus der Fürsorgepflicht und dem technischen Arbeitnehmerschutz ergebende Schutzniveau.⁴⁵⁹

Arbeitgeber sollten sich hinsichtlich der Frage, ob und welche Schutzmaßnahmen getroffen werden können, an die ihnen zur Verfügung stehenden Präventivfachkräfte wenden.⁴⁶⁰ Seitens der AUVA wurde zur Unterstützung eine eigene Checkliste zur Erbringung der Arbeitsleistung in der Arbeitsstätte von Personen mit einem COVID-19-Risikoattest entwickelt.⁴⁶¹

Die größtmögliche Sicherheit, sich nicht mit SARS-CoV-2 zu infizieren, muss jedoch für alle Arbeitnehmer einer Risikogruppe – unabhängig von ihrer Tätigkeit, ihrem Arbeitsumfeld oder ihrer Branche – gleich hoch sein. Es wäre daher falsch, abhängig von einer konkreten Tätigkeit jene Maßnahmen als ausreichend anzusehen, welche für diese Tätigkeit die gerade noch erreichbare größtmögliche Sicherheit bietet. Genauso wenig ausreichend wäre es, den betroffenen Personen ein bloß gegenüber den restlichen Arbeitnehmern deutlich erhöhtes Schutzniveau zu bieten. Bestehen bei den Schutzmaßnahmen mehrere Alternativen, kann nach dem Wortlaut „größtmögliche Sicherheit“ nur jene in Betracht kommen, die am meisten Sicherheit bietet.⁴⁶²

⁴⁵⁸ Sten Prot vom 03.04.2020, 22. Sitzung des NR 27. GP 98.

⁴⁵⁹ Dullinger, ZAS 2021/3 (13f).

⁴⁶⁰ Informationen der WKO, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, <https://www.wko.at/service/faq-coronavirus-infos.html> (Stand 02.03.2021).

⁴⁶¹ Informationen der AUVA, Checkliste und Dokumentation, <https://www.auva.at/cdscontent/load?contentid=10008.735608&version=1589475117> (abgefragt am 03.03.2021).

⁴⁶² Streithofer, DRdA-infas 2020, 282 (286).

Aus dem Vorrang der Gefahrenvermeidung ergibt sich, dass potenzielle Infektionsquellen zu vermeiden sind. Um ein derartiges Schutzniveau zu ermöglichen, werden direkte Kontakte zu Kollegen oder Kunden idR nicht möglich sein. Darüber hinaus wird eine räumliche Trennung notwendig sein. Zu beachten ist allerdings, dass, auch wenn Arbeitnehmern ein eigener Arbeitsraum zur Verfügung gestellt wird, gerade bei der Benützung allgemeiner Räumlichkeiten, wie Betriebsküchen, Toiletten, Eingangsbereiche, Lifte, die Gefahr einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besteht. Um dieses Risiko mit größtmöglicher Sicherheit auszuschließen, werden sowohl organisatorische Maßnahmen (erweiterter Mindestabstand, begrenzte Personenanzahl im Lift, Hygienekonzepte, etc) als auch personenbezogene Maßnahmen (wie das Tragen einer die betroffene Person selbst schützenden FFP2-Maske) erforderlich sein.⁴⁶³

Lediglich eine individuelle Anreise zur Arbeit (zu Fuß, mit dem Fahrrad oder dem Auto) kann größtmögliche Sicherheit vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus bieten, da nur so persönliche Kontakte vermieden werden können. Die Einflussmöglichkeiten des Arbeitgebers auf den Arbeitsweg des Arbeitnehmers sind in den meisten Fällen gering. Insb auch deshalb, da der Weg zur Arbeit grds nicht als Arbeitszeit gilt und er Sache des Arbeitnehmers ist.⁴⁶⁴ Im Idealfall verfügen Arbeitnehmer über einen eigenen Pkw, ist dies nicht der Fall würde es eine geeignete Maßnahme darstellen, dem Arbeitnehmer einen Dienstwagen für die private Anreise zur Verfügung zu stellen – dies könnte wiederum mit Auswirkungen auf die Personalverrechnung verbunden sein (Sachbezug), wobei grds zu hinterfragen wäre, ob das Zurverfügungstellen eines Dienstwagens (lediglich für den Weg zur Arbeit und zurück) in dieser Konstellation tatsächlich einen geldwerten Vorteil für den Arbeitnehmer darstellt – immerhin kann sich so der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers erhalten, was wiederum für ihn vorteilhaft ist.

*Zankel*⁴⁶⁵ führt richtigerweise aus, dass durch technisches Nachrüsten am Arbeitsplatz ein zunächst bestehender Anspruch auf Dienstfreistellung beendet werden könne und der Dienstnehmer dann wieder zur Arbeit verpflichtet sei.

⁴⁶³ Vgl dazu ausführlich *Streithofer*, DRdA-infas 2020, 282 (285).

⁴⁶⁴ *Streithofer*, DRdA-infas 2020, 282 (285).

⁴⁶⁵ *Zankel*, Freistellung von Dienstnehmern, die zur COVID-19-Risikogruppe gehören. Der neue § 735 ASVG, ASoK 2020, 202 (206).

2.7.3.6 Homeoffice versus geeignete Schutzmaßnahmen

Kann die Arbeitsleistung sowohl im Homeoffice als auch unter adäquaten und ausreichenden Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz erbracht werden, stellt sich die Frage, welcher Ausnahmetatbestand vorrangig ist bzw ob allenfalls dem Arbeitgeber oder dem Arbeitnehmer ein Wahlrecht zukommt. Diese Frage ist insb dann von Bedeutung, wenn sich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber keine Einigung erzielen lässt.

Weder § 735 ASVG noch die Mat⁴⁶⁶ sehen eine Regelung für diese Konstellation vor. *Dullinger*⁴⁶⁷ weist zurecht darauf hin, dass das Vorliegen beider Ausnahmen (Homeoffice und geeignete Schutzmaßnahmen) in der Praxis nicht allzu selten vorkommen wird. Gerade Bürotätigkeiten bzw Tätigkeiten iZm modernen Kommunikations- und Informationstechnologien, die keinen unmittelbaren Kundenkontakt erfordern, werden idR sowohl im Homeoffice als auch in einem Einzelbüro erbracht werden können.

Für ein Wahlrecht des Arbeitgebers würde auf den ersten Blick das dem Arbeitsverhältnis immanente Weisungsrecht des Arbeitgebers sprechen – was wiederum ein Wahlrecht des Arbeitnehmers ausschließen würde.⁴⁶⁸ Dagegen spricht allerdings, dass mittels Weisung nur der vereinbarte Vertragsinhalt genauer bestimmt werden kann. Es kommt somit darauf an, was die Parteien vereinbart haben bzw hätten, wobei grds nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Wohnung als Arbeitsort zur Verfügung stellen wollte – insb da es sich hierbei um einen grundrechtsgeschützten Bereich handelt.⁴⁶⁹

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass aus § 735 ASVG weder ein Wahlrecht zugunsten des Arbeitgebers noch zugunsten des Arbeitnehmers abgeleitet werden kann.⁴⁷⁰

Anderes würde gelten, wenn Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice vereinbart hätten – in diesem Fall würde dem Arbeitgeber ein Wahlrecht zukommen.⁴⁷¹

⁴⁶⁶ Sten Prot vom 03.04.2020, 22. Sitzung des NR 27. GP 97ff.

⁴⁶⁷ *Dullinger*, ZAS 2021/3 (14).

⁴⁶⁸ *Dullinger*, ZAS 2021/3 (14).

⁴⁶⁹ *Felten*, Homeoffice und Arbeitsrecht, DRdA 2020, 511 (516).

⁴⁷⁰ *Dullinger*, ZAS 2021/3 (14); aA *Gerhartl*, ASok 2020, 411 (416), der von einem Wahlrecht des Arbeitgebers ausgeht.

⁴⁷¹ Eine „echte Homeoffice-Vereinbarung“ gemessen am Maßstab der Sittenwidrigkeit wird nach *Felten*, DRdA 2020, 511 (516), allerdings nur dann vorliegen, wenn die Vereinbarung auch im Interesse des Arbeitnehmers erfolgte, um zB besser den familiären Verpflichtungen nachkommen zu können oder um über mehr Freizeit durch die Zeitersparnis der Anreise zu verfügen; aA *Stupar*, Arbeitsrechtliche und

Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Arbeitsleistung im Homeoffice aufgrund einer aus der Treuepflicht abgeleiteten Notarbeitspflicht wird schon allein an dem Umstand scheitern, dass andere Alternativen (geeignete Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz) zur Verfügung stehen.⁴⁷² Dagegen spricht außerdem, dass die Notarbeitspflicht als Instrument zur kurzfristigen und spontanen Gefahren- und Schadensabwehr gedacht ist. Nachdem die COVID-19-Pandemie mittlerweile mehr als zwei Jahre andauert, ist die Notarbeitspflicht als rechtliche Grundlage für die Verpflichtung zum Homeoffice in diesen Fällen nicht geeignet.⁴⁷³

Vor dem Hintergrund, dass § 735 ASVG eng mit dem Arbeitnehmerschutz verzahnt ist, räumt *Streithofer*⁴⁷⁴ dem Homeoffice den Vorrang vor der Arbeit unter geeigneten Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz ein und begründet dies mit der Systematik des § 7 ASchG und des daraus abgeleiteten STOP-Prinzips. Ausgehend vom Zweck der Norm, ist diese Argumentation durchaus nachvollziehbar, da der Schutz von Risikogruppen vor Infektionen im Homeoffice am stärksten verwirklicht wird. Andererseits fordert der Gesetzgeber für die Zulässigkeit der Arbeitstätigkeit am Arbeitsplatz ein sehr hohes Schutzniveau, das über das allgemeine sich aus der Fürsorgepflicht und dem technischen Arbeitnehmerschutz ergebende Schutzniveau weit hinausreicht.⁴⁷⁵ Da sich, wie bereits ausgeführt, weder in § 735 ASVG noch in den Gesetzesmaterialien ein Hinweis zum Verhältnis der beiden Ausnahmetatbestände zueinander finden lässt, scheint der Gesetzgeber das Schutzniveau beider Tatbestände für ausreichend zu erachten. Insofern stimme ich *Dullinger*⁴⁷⁶ zu, der den geeigneten Schutzmaßnahmen als typischerweise gelinderen Eingriff in die vertragliche Gestaltung der Parteien den Vorrang einräumt.

2.7.3.7 Kündigungsschutz

Durch die Vorlage des COVID-19-Risikoattests wird zwangsläufig bekannt, dass Arbeitnehmer an einer schweren chronischen Grunderkrankung leiden. Um Arbeitnehmer in diesem Zusammenhang vor negativen Auswirkungen im weiteren Berufsleben zu bewahren, ist neben der Freiwilligkeit der Vorlage des Risikoattests auch ein damit

gesundheitliche Fragen und Antworten zum Thema „Coronavirus“, ARD 6689/5/2020 (4), nach dem die Anordnung des Arbeitgebers auf Homeoffice bereits durch eine Versetzungsklausel gedeckt sei.

⁴⁷² *Dullinger*, ZAS 2021/3 (14).

⁴⁷³ *Felten*, DRdA 2020, 511 (516).

⁴⁷⁴ *Streithofer*, DRdA-infas 2020, 282 (284).

⁴⁷⁵ *Dullinger*, ZAS 2021/3 (14).

⁴⁷⁶ *Dullinger*, ZAS 2021/3 (14).

verbundener Kündigungsschutz vorgesehen.⁴⁷⁷ § 735 Abs 3 letzter Satz ASVG⁴⁷⁸ normiert, dass eine Kündigung, die wegen der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung ausgesprochen wird, bei Gericht angefochten werden kann.

Kündigungen aus personenbezogenen oder wirtschaftlichen Gründen sind weiterhin zulässig. Die Kündigung darf jedoch nicht wegen der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung erfolgen. Ist dies der Fall, kann die Kündigung angefochten werden. Es ist zunächst nicht klar, um welche Art der Kündigungsanfechtung es geht. Die üA in der Lit⁴⁷⁹ geht von einem Motivkündigungsschutz aus. *Lindmayr* begründet dies mit dem Wortlaut des § 735 Abs 3 ASVG „wegen der Inanspruchnahme einer Dienstfreistellung“. Nach *Streithofer* spreche ebenfalls für das Vorliegen eines Motivkündigungsschutzes iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG, dass der Arbeitnehmer gem § 735 ASVG einen individualrechtlichen Anspruch auf Dienstfreistellung hat und daher die Kündigung iZm diesem Anspruch zu sehen sei.

Da das Gesetz keine Vorgaben hinsichtlich der Modalitäten der Kündigungsanfechtung enthält (Anfechtungsrecht, Fristen, Beweislast), werden die Bestimmungen über die Kündigungsanfechtung bei verpönten Motiven nach § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG „wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer“ sowie deren Rechtsfolgen auf § 735 Abs 3 ASVG analog anzuwenden sein.⁴⁸⁰ *Schrank*⁴⁸¹ vertritt die Ansicht, dass wohl nur eine Kündigung wegen der *rechtmäßigen* Inanspruchnahme angefochten werden kann. Geht man jedoch von der analogen Anwendung des § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG⁴⁸² aus, ist es mE für die Kündigungsanfechtung ausreichend, dass die Geltendmachung des Anspruchs auf Freistellung nicht offenbar unberechtigt erfolgt.⁴⁸³

*Zankel*⁴⁸⁴ äußert sich diesbezüglich kritisch und argumentiert, dass in anderen Fällen des Motivkündigungsschutzes, die nicht in § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG genannt sind, zumindest

⁴⁷⁷ *Lindmayr*, ARD 6699/5/2020 (6).

⁴⁷⁸ IdF BGBl I 2021/28.

⁴⁷⁹ *Lindmayr*, ARD 6699/5/2020 (6); *Dullinger*, ZAS 2021/3 (14); *Eichmeyer/ Andréewitch*, COVID-bedingte Beendigungen von Arbeitsverhältnissen, RdW 2021, 34 (39); aA *Kühteubl/Leissler*, der bei § 735 Abs 3 ASVG von einem eigenständigen Anfechtungstatbestand ausgeht, Der Standard, <https://www.derstandard.at/story/2000117585006/wenn-die-krankheit-im-personalakt-steht> (abgefragt am 18.02.2021).

⁴⁸⁰ *Streithofer*, DRdA-infas 2020, 282 (287f), gelangt im Wege einer authentischen Interpretation zum Motivkündigungsschutz.

⁴⁸¹ *Schrank*, RdW 2020/224 (268).

⁴⁸² Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22.

⁴⁸³ Vgl idS auch *Drz in Resch*, Corona-HB^{1.02} Kap 5 Rz 17/4 (Stand 30.9.2020, rdb.at).

⁴⁸⁴ *Zankel*, ASoK 2020, 202 (205).

ein Verweis auf den Motivkündigungsschutz nach § 105 ArbVG enthalten ist (so etwa bei einer Elternteilzeit, die über den Ablauf des 4. Lebensjahres des Kindes hinausgeht oder erst nach dem Ablauf des 4. Lebensjahres beginnt gem § 15n Abs 2 MSchG oder bei einer Bildungskarenz gem §§ 11 iVm 15 AVRAG). Auch wenn § 735 ASVG keinen ausdrücklichen Verweis auf den Motivkündigungsschutz nach § 105 ArbVG enthält, bin ich ebenfalls der Ansicht, dass aufgrund des Wortlauts von einem Motivkündigungsschutz auszugehen ist. Der fehlende Verweis könnte durchaus dem Umstand einer vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie rasch zu erfolgenden Gesetzgebung geschuldet gewesen sein.

Erfolgte wegen der Inanspruchnahme der Freistellung eine Entlassung, wird in Analogie zu §§ 105 iVm 106 Abs 2 ArbVG auch in diesem Fall eine Möglichkeit zur Anfechtung bei Gericht bestehen.

2.7.3.8 Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach § 735 Abs 4 ASVG

Wird ein Arbeitnehmer aufgrund seiner Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe freigestellt, hat ihm der Arbeitgeber das Entgelt fortzuzahlen. Der Arbeitgeber hat in weiterer Folge Anspruch auf Erstattung des an den Arbeitnehmer zu leistenden Entgelts, der für diesen Zeitraum abzuführenden Steuern und Abgaben⁴⁸⁵ sowie der zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge, Arbeitslosenversicherungsbeiträge und sonstigen Beiträge. Der Anspruch ist beim Krankenversicherungsträger geltend zu machen – unabhängig davon, von welcher Stelle die Abgaben, Steuern, Sozialversicherungsbeiträge, etc einzuheben bzw an welche Stelle sie abzuführen sind.

Den Erläut zum IA ist zu entnehmen, dass der Anspruch auf Erstattung auch unabhängig davon bestehe, ob diese Steuern, Abgaben oder Beiträge im konkreten Zeitraum tatsächlich entrichtet wurden oder aufgrund von Stundungen erst später zu entrichten sind.⁴⁸⁶

Hinter dem Umstand, dass die Zuständigkeit der Erstattung beim Krankenversicherungsträger liegt, steht ua die Überlegung, dass dem Krankenversicherungsträger eine effiziente Prüfung hinsichtlich der Berechtigung der Freistellung möglich ist, da dieser über die Gesundheitsdaten der betroffenen Personen sowie über die Daten zum Beschäftigungsverhältnis verfügt.⁴⁸⁷ Hinsichtlich der Prüfung

⁴⁸⁵ Ein Anspruch auf Erstattung der abzuführenden Steuern und Abgaben wurde iRd 9. COVID-19-G BGBl I 2020/31 eingeführt.

⁴⁸⁶ IA 483/A 27. GP 6f.

⁴⁸⁷ Sten Prot vom 03.04.2020, 22. Sitzung des NR 27. GP 98.

der Berechtigung der Freistellung ist einzuwenden, dass eine Prüfung wohl nur hinsichtlich der Zugehörigkeit zur Risikogruppe erfolgen kann, nicht jedoch hinsichtlich des konkreten Freistellungsanspruchs, der von den Umständen des Einzelfalls abhängt – ein Anspruch auf Freistellung besteht nur dann, wenn die Arbeitsleistung nicht im Homeoffice oder unter geeigneten Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz erbracht werden kann.

Für Landarbeiter ist anstelle des Krankenversicherungsträgers das Land für die Erstattung an die Arbeitgeber zuständig.

Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung unter Vorlage der entsprechenden Nachweise beim Krankenversicherungsträger einzubringen. Aus dem Wortlaut kann geschlossen werden, dass auch mehrere Anträge während einer aufrechten Risikofreistellung gestellt werden können – bspw monatlich nach geleisteter Zahlung.⁴⁸⁸ Dies ist insofern von großer Bedeutung als Freistellungen zum jetzigen Zeitpunkt bereits seit mehr als zwei Jahren andauern können. Wäre eine mehrmalige Antragstellung ausgeschlossen und erst nach Ende der Freistellung möglich, wäre dies mit einer enormen finanziellen Belastung des Arbeitgebers verbunden.

Politische Parteien und sonstige juristische Personen öffentlichen Rechts, ausgenommen jene, die wesentliche Teile ihrer Kosten über Leistungsentgelte finanzieren und am Wirtschaftsleben teilnehmen, sind vom Erstattungsanspruch ausgeschlossen. Dazu zählen auch Kammern oder der Dachverband bzw die Sozialversicherungsträger.⁴⁸⁹ So konnte bspw von der WKO kein Erstattungsanspruch geltend gemacht werden.

2.7.3.9 Risikogruppen und allgemeine arbeitsrechtliche Grundsätze

Nachdem § 735 ASVG effektiv erst auf Risikoatteste, die ab dem 06.05.2020 ausgestellt wurden, zur Anwendung kam⁴⁹⁰ und § 735 ASVG darüber hinaus zeitlich befristet ist,⁴⁹¹ stellt sich die Frage, wie mit Angehörigen einer Risikogruppe aus allgemein arbeitsrechtlicher Sicht umzugehen ist.

§ 1157 ABGB enthält den gesetzlichen Anhaltspunkt für die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, worunter im Allgemeinen ein Bündel an Pflichten zu verstehen ist, die Interessen des Arbeitnehmers zu wahren.⁴⁹² Nach Ansicht des OGH⁴⁹³ war historischer

⁴⁸⁸ Vgl *Schrank*, RdW 2020/224 (269).

⁴⁸⁹ IA 483/A 27. GP 7.

⁴⁹⁰ Da die Konkretisierung der Definition der COVID-19-Risikogruppe durch die COVID-19-Risikogruppe-V erst mit Wirkung zum 06.05.2020 erfolgte.

⁴⁹¹ Nach derzeitigem Stand (16.06.2022) bis zum Ablauf des 30.06.2022.

⁴⁹² *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1157 Rz 1 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Ausgangspunkt und Kernbereich der Fürsorgepflicht der Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers, wie er seither in den Bestimmungen des ASchG und den dazu erlassenen V konkretisiert worden ist.

§ 3 Abs 1 ASchG normiert die Verpflichtung des Arbeitgebers, für Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle Aspekte, welche die Arbeit betreffen, zu sorgen und die zum Schutz des Lebens, der Gesundheit sowie der Integrität und Würde erforderlichen Maßnahmen zu treffen. IRd Arbeitsplatzevaluierung haben Arbeitgeber Sicherheits- und Gesundheitsrisiken systematisch zu ermitteln, zu beurteilen und auf Basis dieser Ergebnisse Maßnahmen zur Gefahrenverhütung festzulegen. Es sind dabei die Grundsätze der Gefahrenverhütung (§ 7 ASchG) heranzuziehen. Ermittlung und Beurteilung der Gefahren als auch die festgelegten Maßnahmen sind zu überprüfen und erforderlichenfalls anzupassen – insb wenn Umstände oder Ereignisse eintreten, die auf eine Gefahr für Sicherheit oder Gesundheit der Arbeitnehmer schließen lassen. Der Ausbruch der COVID-19-Pandemie wird wohl jedenfalls als derartiger Umstand zu betrachten sein. Arbeitgeber sind durch die Fürsorgepflicht angehalten, die Gesundheit aller Arbeitnehmer zu schützen.⁴⁹⁴ Darüber hinaus sieht § 6 Abs 3 ASchG vor, dass Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer gesundheitlichen Verfassung bei bestimmten Arbeiten einer besonderen Gefahr ausgesetzt wären, nicht zu diesen Arbeiten eingesetzt werden dürfen – sofern die gesundheitlichen Probleme dem Arbeitgeber bekannt sind.

Daraus lässt sich ableiten, dass sich bereits aus dem ASchG die Verpflichtung des Arbeitgebers ergibt, Arbeitnehmer, die der Risikogruppe angehören, besonders zu schützen. Es sind daher geeignete Schutzmaßnahmen im Betrieb sicherzustellen oder dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice, sofern dies aufgrund der Art der Tätigkeit möglich und dem Arbeitnehmer auch zumutbar ist, zu ermöglichen.⁴⁹⁵

*Gerhartl*⁴⁹⁶ ist ebenfalls der Ansicht, dass Arbeitgeber aufgrund der Fürsorgepflicht dazu angehalten sind, dem Homeoffice-Wunsch eines Arbeitnehmers zuzustimmen,⁴⁹⁷ wenn die Interessen des Arbeitgebers dadurch nicht nachteilig berührt werden, was insb dann der Fall sein wird, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung in nahezu gleicher Weise von zuhause wie vom Arbeitsplatz aus erbringen kann. Stellt sich allerdings heraus, dass dies

⁴⁹³ OGH 4 Ob 35/82 DRdA 1984, 56 = DRdA 1984, 58 = ÖJZ 1983/154 (EvBI).

⁴⁹⁴ *Streithofer*, DRdA-infas 2020, 282 (282).

⁴⁹⁵ *Streithofer*, DRdA-infas 2020, 282 (282).

⁴⁹⁶ *Gerhartl*, Treue- und Fürsorgepflicht in Krisenzeiten, *ecolex* 2020, 577 (579).

⁴⁹⁷ Um bspw das Infektionsrisiko mit SARS-CoV-2 am Weg zur Arbeit oder am Arbeitsplatz zu vermeiden.

doch nicht der Fall ist, weil zB der Arbeitnehmer von zuhause aus mehr Zeit als am ursprünglichen Arbeitsplatz zur Bewältigung der Arbeit benötigt, gesteht *Gerhartl* dem Arbeitgeber das Recht zu, die Homeoffice-Vereinbarung wieder zu beenden.

Weigert sich hingegen der Arbeitnehmer, obwohl es ihm objektiv zumutbar wäre, seine Arbeitsleistung im Homeoffice zu erbringen, kann er jedenfalls keinen Anspruch auf Freistellung geltend machen.⁴⁹⁸ Für den Einsatz des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz ist § 6 Abs 3 ASchG zu beachten. Kann der Arbeitnehmer mangels geeigneter Schutzmaßnahmen auch nicht am Arbeitsplatz beschäftigt werden, verliert er mE den Anspruch auf Entgeltfortzahlung, da er durch das grundlose Verweigern der Tätigkeit im Homeoffice gerade nicht arbeitsbereit ist. Aufgrund des öffentlich-rechtlichen Charakters von § 6 Abs 3 ASchG dürfte der Arbeitnehmer auch dann nicht am Arbeitsplatz eingesetzt werden, wenn er damit einverstanden wäre.

*Dullinger*⁴⁹⁹ vertritt die Ansicht, dass es anders als zur Rechtslage nach § 735 ASVG⁵⁰⁰ keinen Unterschied mache, ob der Arbeitnehmer selbst einer Risikogruppe angehört oder mit jemandem zusammenlebt, der besonders gefährdet ist, und beruft sich dabei auf die Fürsorgepflicht. Dagegen kann in einem ersten Schritt eingewendet werden, dass Begünstigter der Fürsorgepflicht primär der Arbeitnehmer ist,⁵⁰¹ woraus mE geschlossen werden kann, dass die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers grds nicht gegenüber Angehörigen des Arbeitnehmers gilt. Anknüpfungspunkt sollte daher der Arbeitnehmer selbst sein, sodass zu prüfen wäre, ob das Interesse des Arbeitnehmers am Schutz seiner Angehörigen durch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gedeckt ist. Zu den Persönlichkeitsrechten, die durch die Fürsorgepflicht geschützt sind, zählt ua das Privatleben. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass die ideellen und materiellen Interessen des Arbeitnehmers gewahrt bleiben.⁵⁰² Vor diesem Hintergrund könnte mE eine Verpflichtung des Arbeitgebers gesehen werden, dem Arbeitnehmer Homeoffice

⁴⁹⁸ *Dullinger*, ZAS 2021/3 (15). Darüber hinaus ist bei § 6 Abs 3 ASchG aufgrund des Wortlauts schon nicht von einem klassischen Freistellungsanspruch auszugehen. ME ist § 6 Abs 3 ASchG wie ein Beschäftigungsverbot iSd § 4 Abs 1 MSchG zu sehen, sodass zunächst zu prüfen ist, ob die Beschäftigung unter geänderten Bedingungen bzw ob überhaupt eine andere Beschäftigung des Arbeitnehmers möglich ist. Nur falls dies nicht der Fall ist, ist der Arbeitnehmer freizustellen.

⁴⁹⁹ *Dullinger*, ZAS 2021/3 (15).

⁵⁰⁰ § 735 ASVG sieht nur für Arbeitnehmer, die selbst einer Risikogruppe angehören, einen Anspruch auf Dienstfreistellung vor, sofern Homeoffice oder eine Arbeitsplatzumgestaltung nicht möglich ist. Besonders gefährdete Angehörige des Arbeitnehmers sind nicht von dieser Regelung erfasst, vgl dazu auch Informationen des BMSGPK, FAQ: Risikogruppen, <https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Haeufig-gestellte-Fragen/FAQ--Risikogruppen.html> (Stand 13.01.2021).

⁵⁰¹ *Marhold* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 18 Rz 11 (Stand 1.6.2012, rdb.at).

⁵⁰² OGH 16.07.2004, 8 Ob A 111/03m.

anzubieten – allerdings nur unter der Voraussetzung, dass die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice genauso gut gewährleistet ist wie am ursprünglichen Arbeitsplatz. Ist Homeoffice allerdings nicht möglich, etwa aufgrund der Art der Tätigkeit oder aber auch, weil dem Arbeitnehmer Homeoffice objektiv unzumutbar ist, kann daraus jedoch nicht geschlossen werden, dass der Arbeitnehmer aufgrund der Fürsorgepflicht bezahlt vom Dienst freizustellen ist, um das Risiko zu vermeiden, sich am Arbeitsplatz mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren und in weiterer Folge seine besonders gefährdeten Angehörigen anzustecken. In diesem Zusammenhang ist nämlich zu beachten, dass die Fürsorgepflicht eine vertragliche Nebenleistungspflicht darstellt. Dass aufgrund einer vertraglichen Nebenleistungspflicht die vertragliche Hauptleistungspflicht, die Arbeitsleistung, durchbrochen wird, würde dem arbeitsrechtlichen Synallagma widersprechen. Durchbrechungen des arbeitsrechtlichen Synallagmas können, sofern sie nicht vereinbart wurden, nur aufgrund einer expliziten Rechtsgrundlage erfolgen,⁵⁰³ – was vorliegend jedoch gerade nicht der Fall ist. Darüber hinaus wäre die Interpretation, dass ein Arbeitnehmer deshalb vom Dienst freizustellen sei, um seinen Angehörigen, der der Risikogruppe angehört, vor einer möglichen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu schützen, mE schlichtweg überschießend – insb weil durch die Freistellung von der Arbeit nicht sichergestellt ist, dass sich der Arbeitnehmer nicht in seiner Freizeit mit dem SARS-CoV-2 infiziert und es in weiterer Folge zu einer Ansteckung des besonders gefährdeten Angehörigen käme. Es würde zu einer undifferenzierten Risikoüberwälzung auf den Arbeitgeber kommen – was umso unverständlicher wäre, wenn man berücksichtigt, dass es vordergründig nicht einmal um die Person des Arbeitnehmers geht und die Gefahr durch den Arbeitgeber auch nicht im Geringsten zu beherrschen ist.

2.7.4 Problemstellungen

2.7.4.1 Umsetzung in der Praxis

In der Praxis kämpfte man mit dem Zustand der Ungewissheit.⁵⁰⁴ Der Freistellung für Angehörige einer COVID-19-Risikogruppe kam durch die Medien und durch Ankündigungen der Bundesregierung große Aufmerksamkeit zu. Die Regelung zum Freistellungsanspruch trat am 05.04.2020 in Kraft.

⁵⁰³ Gerhartl, *ecolex* 2020, 577 (580).

⁵⁰⁴ Vgl dazu auch Krammer, Schutz der COVID-19-Risikogruppe, Teil 1: Sozialversicherungsrecht, *DRdA-infas* 2020, 278 (280f).

§ 735 ASVG in seiner StF sah als Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Risikofreistellung ein COVID-19-Risikoattest über die Zugehörigkeit zur Risikogruppe basierend auf der von der Expertengruppe getroffenen Definition der COVID-19-Risikogruppe vor. Die Definition sollte die Expertengruppe nach medizinischen Erkenntnissen und wenn möglich aus der Einnahme von Arzneimitteln herleiten – was sowohl für datenschutzrechtliche als auch medizinische Bedenken sorgte. Hinsichtlich der medizinischen Bedenken wurde eingewendet, dass eine Vielzahl von Einzelkonstellationen denkbar seien, die einer pauschalen Handhabung entgegenstünden. Darüber hinaus erwies sich die Beurteilung anhand des Medikamentenkonsums als nicht praktikabel, da die Indikatorwirkung des Konsums bestimmter Medikamente zu unscharf ist.⁵⁰⁵

Des Weiteren war zunächst davon auszugehen, dass das Informationsschreiben durch den Krankenversicherungsträger, auf dessen Basis das COVID-19-Risikoattest auszustellen ist, konstitutive Wirkung hatte.⁵⁰⁶ Mangels Definition der Risikogruppe konnten jedoch keine Informationsschreiben erfolgen, dennoch legten viele Betroffene ihren Arbeitgebern Arztbriefe und Diagnosemitteilungen vor. Meine Wahrnehmungen aus der Praxis waren, dass sowohl bei Arbeitnehmern als auch bei Arbeitgebern große Verunsicherung hinsichtlich der rechtlichen Wirkung dieser Mitteilungen herrschte – zu Recht. Dies führte zu dem von *Mazal*⁵⁰⁷ treffend dargestellten und – etwas absurd anmutenden – Ergebnis, dass in der Praxis Krankenkassen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von Hausärzten nicht akzeptierten, obwohl konkrete Gefährdungssituationen vorlagen, umgekehrt jedoch eine Dienstfreistellung nach rein abstrakt definierten Kriterien ohne konkrete Gefährdungssituation erfolgen sollte.⁵⁰⁸

Auch die individuelle Risikoanalyse durch den behandelnden Arzt kann in der Praxis von Schwierigkeiten behaftet sein. Die Vornahme der Risikoanalyse setzt nämlich in der Theorie voraus, dass der behandelnde Arzt zumindest grob über die Situation am konkreten Arbeitsplatz sowie die arbeitsvertraglichen Verpflichtungen der betroffenen Person informiert ist.⁵⁰⁹ Bei der Beurteilung wird man in der Praxis auf ähnliche Probleme

⁵⁰⁵ *Mazal*, COVID-19-Risikofgruppe: Dienstfreistellung nach abstrakten Kriterien und Krankschreibung im konkreten Gefährdungsfall, *ecolex* 2020, 385 (385); *Krammer*, DRdA-infas 2020, 278 (279).

⁵⁰⁶ *Krammer*, DRdA-infas 2020, 278 (280); aA *Zankel*, ASoK 2020, 202 (203).

⁵⁰⁷ *Mazal*, *ecolex* 2020, 385 (385).

⁵⁰⁸ Um diese Situation zu entschärfen, wurde in der COVID-19-Risikogruppen-V ein Auffangtatbestand eingeführt, sodass ein COVID-19-Risikoattest auch dann ausgestellt werden kann, wenn sonstige schwere Erkrankungen mit funktionellen oder körperlichen Einschränkungen vorliegen, die einen ebenso schweren Krankheitsverlauf von COVID-19 wie bei den in der V taxativ aufgezählten Krankheitsbildern annehmen lassen.

⁵⁰⁹ *Felten/Pfeil*, DRdA 2020, 295 (309).

wie bei der Arbeitsunfähigkeit hinsichtlich der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall stoßen⁵¹⁰ – die Ausstellung der Atteste erfolgt häufig ohne nähere Kenntnis von Arbeitsplatz und Tätigkeit.

Die Konkretisierung der Definition der COVID-19-Risikogruppe erfolgte jedoch erst mit V, die rückwirkend zum 06.05.2020 in Kraft trat. Erst ab diesem Zeitpunkt konnten erstmals wirksam COVID-19-Risikoatteste gem § 735 ASVG ausgestellt werden. Die kolportierten Informationen, wonach die geförderte Freistellung rückwirkend zum Beginn der Pandemie (März 2020) oder zumindest zum Inkrafttreten der Erstfassung von § 735 ASVG (April 2020) erfolgen sollte, wurden nicht umgesetzt.

Viele vermeintlich Betroffene legten ihren Arbeitgebern bereits im April von Ärzten ausgestellte Risikobestätigungen vor. Diese Risikobestätigungen sind zwar allgemein iSd Arbeitnehmerschutzrechts zu berücksichtigen, allerdings stellen sie keine COVID-19-Risikoatteste iSd § 735 ASVG dar, sodass Arbeitgeber bei gewährten Dienstfreistellungen vor dem 06.05.2020 keinen Anspruch auf Erstattung der Entgeltfortzahlungskosten geltend machen konnten.

2.7.4.2 COVID-19-Risikofreistellung und Urlaub

Für Arbeitgeber in der Praxis ebenfalls sehr problematisch ist der Umstand, dass auch während einer COVID-19-Risikofreistellung der Urlaub des Betroffenen ungeschmälert anwächst. Die Möglichkeit der geförderten Risikofreistellungen besteht bereits seit 06.05.2020 und können derartige Freistellungen aus derzeitiger Sicht, die entsprechende V des BMAFJ vorausgesetzt, bis 30.06.2022 in Anspruch genommen werden (§ 735 Abs 3 ASVG idF BGBl I 2022/32). Bei Verlängerung der Risikofreistellung bis 30.06.2022 würde dies eine Zeitspanne von mehr als zwei Jahren ergeben und können weitere Verlängerungen des Freistellungszeitraums durch den Gesetzgeber nicht ausgeschlossen werden. Der Urlaubsanspruch von Arbeitnehmern und damit unweigerlich verbunden die Urlaubskosten für Arbeitgeber wachsen somit kontinuierlich an. Die Kosten für den, während der COVID-19-Risikofreistellung anwachsenden Urlaub, sind allerdings nicht vom Erstattungsanspruch des § 735 Abs 4 ASVG erfasst.

Weiters stellt sich die Frage, ob während der Risikofreistellung Urlaub überhaupt verbraucht werden darf. Wovon in weiterer Folge wohl auch die Beantwortung der Frage

⁵¹⁰ Vgl dazu die ausführliche Darstellung in *Mazal*, Der Informationsanspruch des Arbeitgebers bei EFZ im Krankheitsfall. Überlegungen zur pauschalen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, *ecollex* 2020, 118.

abhängt, ob bereits vor der Risikofreistellung erworbener Urlaub der Arbeitnehmer verjährt oder die Verjährung durch die Risikofreistellung gehemmt wird.

Zur Frage des Urlaubsverbrauchs während der Risikofreistellung ist zunächst auszuführen, dass diesbezüglich weder § 735 ASVG noch den dazu ergangenen Mat etwas zu entnehmen ist.

Es ist zunächst an § 4 Abs 2 UrlG zu denken, der besagt, dass ein Urlaubsantritt nicht während der Zeiträume eines Krankenstandes, während einer Pflegefreistellung oder für Zeiträume, während der Arbeitnehmer sonst Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Entfall der Arbeitsleistung haben, vereinbart werden darf, wenn diese Umstände bereits bei Abschluss der Vereinbarung bekannt waren. Durch diese Bestimmung soll der Erholungszweck des Urlaubs gewährleistet werden – Urlaub soll nicht zu Zeiten konsumiert werden dürfen, während der eine Dienstverhinderung aus anderen im Gesetz angeführten Gründen vorliegt.⁵¹¹ Der Erholungszweck wird einerseits durch den vorübergehenden Entfall der arbeitsrechtlichen Pflichtbindung sowie durch die Schaffung eines Freiraums zur Selbstbestimmung erreicht.⁵¹² Nachdem die eingeführten Maßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie seit Inkrafttreten der Risikofreistellung immer wieder gelockert wurden, hatten aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Risikogruppe freigestellte Arbeitnehmer jedenfalls die Gelegenheit sich einen derartigen Freiraum zu schaffen. Anders als eine Erkrankung oder die Pflege eines nahen Angehörigen, hindert die Risikofreistellung den Arbeitnehmer nicht daran, sich zu erholen, sodass § 4 Abs 2 UrlG der Zulässigkeit des Urlaubsverbrauchs während einer Risikofreistellung mE nicht entgegen steht.

Insgesamt komme ich zu dem Ergebnis, dass ein Urlaubsverbrauch, eine Vereinbarung vorausgesetzt, während einer Risikofreistellung grds möglich ist. Es ist in diesem Zusammenhang allerdings zu beachten, dass ein Urlaubsverbrauch während einer geförderten COVID-19-Risikofreistellung zu einer Bereicherung des Arbeitgebers führen würde, wenn der Arbeitgeber für die Zeit des Urlaubs einen Ersatz des fortgezahlten Entgelts geltend machen und sich zugleich das Urlaubskontingent des Arbeitnehmers verringern würde (va dann, wenn während der Risikofreistellung Alturlaube in einem Ausmaß abgebaut würden, das den während der Freistellung entstandenen aliquoten Urlaubsanspruch überstiege). Um bereicherungsrechtlichen Vorwürfen zu entgehen und

⁵¹¹ ErläutRV 150 BlgNR 14. GP 9.

⁵¹² OGH 9 ObA 306/89 ecolex 1990, 171 (*Mazal*) = RdW 1990, 411 (zust *Gahleitner*) = infas 1990, A 39 = ZASB 1990, 13.

weil es gem § 735 Abs 4 ASVG nicht vorgesehen ist, dürften Arbeitgeber für die Zeiten des Urlaubsverbrauchs während der Risikofreistellung keinen Ersatzanspruch gegenüber dem Krankenversicherungsträger geltend machen.

Von der Frage der Zulässigkeit des Urlaubsverbrauchs während der Risikofreistellung ist die Frage, wann ein Urlaub als vereinbart gilt, zu unterscheiden. Obwohl der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen einen Anspruch auf Risikofreistellung hat und somit die Initiative bei der Risikofreistellung vom Arbeitnehmer ausgeht, erfolgt die Freistellung vom Dienst per se dennoch durch den Arbeitgeber, sodass hier auf die Rechtslage bei einseitigen Dienstfreistellungen während der Kündigungsfrist verwiesen werden kann. Danach ist bei längeren einseitigen Dienstfreistellungen regelmäßig von einem schlüssigen Angebot des Arbeitgebers zum Urlaubsverbrauch auszugehen. Der Arbeitnehmer kann dieses Angebot einseitig annehmen, auch iSe Realannahme, indem er den Urlaub tatsächlich antritt bzw während der Dienstfreistellung ein Verhalten setzt, für welches er sonst Urlaub nehmen müsste.⁵¹³ Kommt eine Urlaubsvereinbarung nicht zustande und wird Urlaub auch nicht real angenommen, bleibt dem Arbeitgeber zuletzt noch die Möglichkeit, den Verbrauch des Urlaubs auf die rechtsmissbräuchliche Verweigerung der angebotenen und zumutbaren Urlaubsvereinbarungen zu stützen. Von Rechtsmissbrauch ist sowohl bei schikanöser Verweigerung der Einwilligung als auch bei krassem Missverhältnis zwischen den Arbeitnehmerinteressen und beeinträchtigten Betriebsinteressen, also bei eindeutigem Überwiegen unlauterer Verweigerung, auszugehen.⁵¹⁴ Bei Beurteilung des Rechtsmissbrauchs hat jedoch stets eine im Einzelfall anzustellende Gesamtbetrachtung zu erfolgen.⁵¹⁵

Der Urlaubsanspruch verjährt nach Ablauf von zwei Jahren ab dem Ende des Urlaubsjahres, in dem er entstanden ist. Kraft gesetzlicher Anordnung verlängert sich diese Frist um Zeiträume einer in Anspruch genommenen Karenz nach dem MSchG⁵¹⁶ oder dem VKG⁵¹⁷ (§ 4 Abs 5 UrlG). Darüber hinaus wird auch nach gefestigter Rsp der Ablauf der Verjährungsfrist wegen der Unmöglichkeit des Verbrauchs während Krankenständen gehemmt.⁵¹⁸ Von der Annahme ausgehend, dass ein Urlaubsverbrauch während der Risikofreistellung möglich ist, kommt es aufgrund der COVID-19-Risikofreistellung zu

⁵¹³ *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 32 Rz 92.

⁵¹⁴ *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 32 Rz 60.

⁵¹⁵ *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 32 Rz 61.

⁵¹⁶ Mutterschutzgesetz 1979 BGBl 1979/221.

⁵¹⁷ Väter-Karenzgesetz BGBl 1989/651.

⁵¹⁸ *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 32 Rz 58.

keiner Hemmung des Verjährungsablaufes von bereits vor der Freistellung erworbenen Urlaubsansprüchen. Der EuGH-Rsp⁵¹⁹ Rechnung tragend, sollten Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer rechtzeitig auf eine allenfalls eintretende Verjährung des Urlaubsanspruchs hinweisen und auffordern, ihren Urlaub zu konsumieren, damit der Urlaubsanspruch aus unionsrechtlicher Sicht verjähren kann.

2.7.4.3 COVID-19-Risikofreistellung und Krankenstand

Hierbei gilt es zu unterscheiden, ob ein Krankenstand bereits vor Risikofreistellung vorliegt oder erst während der Risikofreistellung eintritt.

Nach Informationen des BMSGPK sowie der WKO kann die Risikofreistellung nur von arbeitsfähigen Arbeitnehmern, die einer Risikogruppe angehören, in Anspruch genommen werden. § 735 ASVG findet auf akut erkrankte und krankgeschriebene Arbeitnehmer keine Anwendung, sondern gelten hier die Entgeltfortzahlungsregeln des § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG.⁵²⁰

Erkrankt der Arbeitnehmer hingegen während einer aufrechten Risikofreistellung, stellt sich die Frage, ob dem Arbeitnehmer nun Entgeltfortzahlung gem § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG oder aufgrund der Risikofreistellung gem § 735 ASVG gebührt. Von der Beantwortung dieser Frage hängt ab, ob der Arbeitgeber einen Erstattungsanspruch für das fortgezahlte Entgelt gem § 735 Abs 4 ASVG geltend machen kann oder ob er allenfalls nur einen Anspruch auf Zuschuss zur Entgeltfortzahlung gegenüber der AUVA hat.

Für den Arbeitnehmer macht es zunächst keinen Unterschied, auf welcher Rechtsgrundlage seine Entgeltfortzahlung basiert. Die Frage ist jedoch auch für den Arbeitnehmer insofern von Bedeutung, als sich bei der Entgeltfortzahlung nach § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 EFZG sein Krankenstandskontingent reduziert und er bei längeren Krankenständen ab einem gewissen Zeitraum⁵²¹ nur noch Anspruch auf das Entgelt in halber Höhe bzw überhaupt keinen Anspruch mehr auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber hat.

⁵¹⁹ EuGH C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874; EuGH C-518/20, *Fraport Frankfurt Airport Services Worldwide*, ECLI:EU:C:2022:707; EuGH C-120/21, *LB*, ECLI:EU:C:2022:718.

⁵²⁰ Vgl Informationen des BMSGPK, FAQ: Risikogruppen, <https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Haeufig-gestellte-Fragen/FAQ--Risikogruppen.html> (Stand 13.01.2021); Informationen der WKO, FAQs – Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, <https://www.wko.at/service/faq-coronavirus-infos.html> (Stand 26.02.2021).

⁵²¹ Abhängig von der Dauer des Dienstverhältnisses beträgt der Anspruch auf Krankenentgelt in voller Höhe entweder sechs, acht, zehn oder zwölf Wochen.

Hinsichtlich der Erkrankung eines Arbeitnehmers an einem Feiertag und der damit zusammenhängenden Frage, welche Entgeltfortzahlungsregelung (§ 9 ARG ⁵²² oder § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG) Vorrang genießt, führte der OGH in der E 9 ObA 2060/96y aus, dass es ohne Belang sei, ob der Arbeitnehmer an diesem Tag gesund oder krank ist, da die Arbeit an einem Arbeitstag, der auf einen Feiertag fällt, schon *a priori* ausfällt. Diese Rsp ist mE auch auf das Eintreten eines Krankenstands während der COVID-19-Risikofreistellung anwendbar. Der Arbeitnehmer erhält die Entgeltfortzahlung gem § 735 Abs 3 ASVG, und der Arbeitgeber kann sich in weiterer Folge das fortgezahlte Entgelt vom Krankenversicherungsträger erstatten lassen. Es kommt zu keiner Reduktion des Krankenstandskontingents, was jedoch im Vergleich zum Urlaubsanspruch insofern keine Probleme aufwirft, als das Krankenstandskontingent von sechs, acht, zehn oder zwölf Wochen voller, zuzüglich vier Wochen halber Entgeltfortzahlung pro Arbeitsjahr gebührt. Nicht verbrauchtes Kontingent „verfällt“ und kann nicht in das nächste Arbeitsjahr übertragen werden. ⁵²³

2.7.4.4 Exkurs: COVID-19-Risikofreistellung und Corona-Kurzarbeit

Corona-Kurzarbeit konnte erstmals rückwirkend zum 01.03.2020 vereinbart werden. Es kam daher durchaus vor, dass auch mit Angehörigen der COVID-19-Risikogruppe Corona-Kurzarbeit vereinbart wurde. Insb auch deshalb, da zum Zeitpunkt der Einführung der Corona-Kurzarbeit die gesetzliche Grundlage für die Risikofreistellung nach § 735 ASVG noch nicht geschaffen war.

Legten Arbeitnehmer, die von der Corona-Kurzarbeit erfasst waren, ihren Arbeitgebern ab bzw nach dem 06.05.2020 COVID-19-Risikoatteste vor, war unabhängig von der vereinbarten Corona-Kurzarbeit zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Freistellung der Arbeitnehmer vorlagen. Kam man zu dem Ergebnis, dass eine Beschäftigung im Homeoffice oder unter anderen geeigneten Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz nicht möglich sei, waren die Arbeitnehmer unter Entgeltfortzahlung vom Dienst freizustellen.

Es stellte sich nun die Frage, in welcher Höhe die Entgeltfortzahlung zu erfolgen hat, und damit verbunden, in welcher Höhe dem Arbeitgeber ein Erstattungsanspruch zusteht – auf Basis des gekürzten Entgelts iRd Kurzarbeit (Nettoersatzrate) oder auf Basis des Entgelts vor Kurzarbeit.

⁵²² Arbeitsruhegesetz BGBl 1983/144.

⁵²³ Schrank, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 34 Rz 74.

Nach Informationen des BMAFJ ⁵²⁴ hätten Arbeitgeber auf der Basis der Kurzarbeitsvereinbarung und nicht des vorher geleisteten Entgelts Anspruch auf Vergütung durch den Bund. Auch wenn dies die Antwort der gedanklich nachrangigen Frage darstellt, da der Ersatzanspruch des Arbeitgebers an das, an den Arbeitnehmer während der Freistellung fortgezahlte Entgelt anknüpft, lässt sie Rückschlüsse auf die Beantwortung der gedanklich vorrangigen Frage, welche Höhe das an die Arbeitnehmer fortgezahlte Entgelt zu betragen hat, zu. Es deutet darauf hin, dass das BMAFJ der Ansicht ist, dass Arbeitnehmer lediglich Anspruch auf Entgeltfortzahlung idH ihrer Nettoersatzrate hätten. Diese Ansicht wird durch den Umstand untermauert, dass Arbeitnehmer mit der Kurzarbeitsvereinbarung einer Reduktion ihres Entgelts für einen bestimmten Zeitraum zugestimmt haben. Die nachträglich festgestellte Zugehörigkeit zur Risikogruppe lässt die Vereinbarung über die Corona-Kurzarbeit unberührt. Darüber hinaus würde die Bezahlung auf Basis des Entgelts vor Kurzarbeit zu dem unerwünschten Effekt führen, dass Arbeitnehmer, die sich in Kurzarbeit befänden und aufgrund ihrer Zugehörigkeit zur Risikogruppe gänzlich vom Dienst freigestellt würden – und somit gar keine Arbeitsleistung erbringen – plötzlich ein höheres Entgelt erhielten als ihre Arbeitskollegen, die weiterhin iRd Kurzarbeit, wenn auch weniger als unter normalen Umständen, Arbeitsleistungen erbringen.

Aus eigener Wahrnehmung kann berichtet werden, dass in der Praxis Arbeitgeber, die einen Ersatzanspruch für das auf Basis der Corona-Kurzarbeit fortgezahlte Entgelt geltend machten, von der ÖGK dazu aufgefordert wurden, Nachzahlungen an die Arbeitnehmer zu leisten, da diese für den Zeitraum der Freistellung nicht die Nettoersatzrate, sondern das Entgelt vor Kurzarbeit zu erhalten hätten. Arbeitgeber könnten sich dieses Entgelt in weiterer Folge auch rückerstatten lassen. Nachdem diese Vorgangsweise den oben angeführten Argumenten sowie der Ansicht des BMAFJ widerspricht, sind Arbeitgeber gut beraten, wenn sie ihren Arbeitnehmern weiterhin nur die Nettoersatzrate zahlen. Darüber hinaus ist festzuhalten, dass die Höhe der Entgeltfortzahlung keine Agenda der ÖGK ist, sondern das Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer betrifft.

Hinsichtlich einer Risikofreistellung während der Corona-Kurzarbeit ist grds zu beachten, dass für Zeiten einer Risikofreistellung keine Ausfallstunden iRd Corona-Kurzarbeit

⁵²⁴Informationen des BMAFJ, FAQ: Kurzarbeit, <https://www.bmafj.gv.at/Services/News/Coronavirus/FAQ--Kurzarbeit.html> (abgefragt am 28.02.2021).

geltend gemacht werden können und Arbeitgeber für diese Zeiten somit keine Kurzarbeitsbeihilfe erhalten.⁵²⁵

2.8 Sonderfreistellung COVID-19

2.8.1 Überblick

Mit IA ⁵²⁶ vom 20.11.2020 sollte zunächst nur eine redaktionelle Adaptierung des § 15 Abs 3 MSchG, der die aufgeschobene Karenz regelt, erfolgen. In der Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales am 26.11.2020 wurde oben genannter IA in Verhandlung genommen und im Zuge der Debatte ein Abänderungsantrag eingebracht, der die Einführung eines Freistellungsanspruchs für schwangere Arbeitnehmerinnen vorsah. Medizinischen Erkenntnissen zufolge gebe es Anzeichen dafür, dass bei Schwangeren COVID-19-Erkrankungen schwerer verlaufen könnten und schwangere Frauen daher häufiger auf der Intensivstation aufgenommen werden müssten. Diesem Risiko wollte man mit der Sonderfreistellung für schwangere Arbeitnehmerinnen begegnen. Der Gesetzesentwurf wurde unter Berücksichtigung des Abänderungsantrags beschlossen.⁵²⁷ Am 11.12.2020 erteilte der Nationalrat seine Zustimmung zum Gesetzesentwurf. Nachdem der Bundesrat keinen Einspruch dagegen erhob, wurde die Gesetzesnovelle am 31.12.2020 kundegemacht und trat am 01.01.2021 in Kraft.⁵²⁸

Ihre gesetzliche Grundlage hat die Sonderfreistellung für schwangere Arbeitnehmerinnen in dem neu geschaffenen § 3a MSchG, der wie folgt lautet:

Sonderfreistellung COVID-19

§ 3a. (1) *Werdende Mütter dürfen bis 31. März 2021 ab Beginn der 14. Schwangerschaftswoche bis zum Beginn eines Beschäftigungsverbotes nach § 3 mit Arbeiten, bei denen ein physischer Körperkontakt mit anderen Personen erforderlich ist, nicht beschäftigt werden.*

(2) *Wird eine werdende Mutter mit solchen Arbeiten beschäftigt, hat die Dienstgeberin bzw. der Dienstgeber die Arbeitsbedingungen so zu ändern, dass kein physischer Körperkontakt erfolgt und der Mindestabstand eingehalten wird. Ist dies nicht möglich, ist die Dienstnehmerin auf einem anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen, an dem kein physischer Körperkontakt erforderlich ist und der Mindestabstand eingehalten werden kann. Dabei ist auch zu prüfen, ob die Dienstnehmerin ihre Tätigkeit in ihrer Wohnung ausüben kann (Homeoffice). In beiden Fällen hat die Dienstnehmerin Anspruch auf das bisherige Entgelt.*

(3) *Ist eine Änderung der Arbeitsbedingungen oder die Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz aus objektiven Gründen nicht möglich, hat die Dienstnehmerin Anspruch auf Freistellung und Fortzahlung des bisherigen Entgelts. Beschäftigungsverbote nach § 3 gehen jedoch der Sonderfreistellung vor.*

⁵²⁵ Informationen des BMAFJ, FAQ: Kurzarbeit, <https://www.bmafj.gv.at/Services/News/Coronavirus/FAQ-Kurzarbeit.html> (abgefragt am 28.02.2021).

⁵²⁶ IA 1104/A 27. GP.

⁵²⁷ AB 527 BlgNR 27. GP 1f.

⁵²⁸ BG, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979 geändert wird BGBl I 2020/160.

(4) Dienstgeberinnen und Dienstgeber mit Ausnahme des Bundes als Dienstgeber haben Anspruch auf Ersatz des Entgelts, bis zur monatlichen Höchstbeitragsgrundlage nach dem Allgemeinen Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955, nach Abs. 3, der für diesen Zeitraum abzuführenden Steuern und Abgaben sowie der zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge, Arbeitslosenversicherungsbeiträge und sonstigen Beiträge durch den Krankenversicherungsträger, unabhängig davon, von welcher Stelle diese einzuheben bzw. an welche Stelle diese abzuführen sind. Von diesem Erstattungsanspruch sind politische Parteien und sonstige juristische Personen öffentlichen Rechts, ausgenommen jene, die wesentliche Teile ihrer Kosten über Leistungsentgelte finanzieren und am Wirtschaftsleben teilnehmen, ausgeschlossen. Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung beim Krankenversicherungsträger einzubringen. Dabei hat die Dienstgeberin bzw. der Dienstgeber schriftlich zu bestätigen, dass eine Änderung der Arbeitsbedingungen oder die Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz aus objektiven Gründen nicht möglich war. § 107 ASVG ist sinngemäß anzuwenden. Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die daraus resultierenden Aufwendungen aus dem COVID-19 Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen. Eine Kostentragung des Bundes über den 31. Dezember 2021 hinaus ist ausgeschlossen.

(5) Abs. 1 bis 4 gelten für

1. Dienstnehmerinnen nach § 1 Abs. 1 mit Ausnahme von Dienstnehmerinnen, die in einem Dienstverhältnis zu einem Land, einer Gemeinde oder einem Gemeindeverband stehen,
2. Dienstnehmerinnen nach § 1 Abs. 3,
3. für Dienstnehmerinnen, die den Landarbeitsordnungen der Bundesländer und in Vorarlberg dem Land- und Forstarbeitsgesetz unterliegen, die bei Inkrafttreten der Abs. 1 bis 4 als Bundesrecht in Kraft sind,
4. freie Dienstnehmerinnen im Sinne des § 4 Abs. 4 ASVG.

Für Dienstnehmerinnen nach Z 3 ist Abs. 4 so anzuwenden, dass an die Stelle des Krankenversicherungsträgers das Land tritt.

(6) Abs. 1 bis 5 treten mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft und treten mit Ablauf des 31. März 2021 außer Kraft. Sie sind jedoch weiterhin auf Freistellungen vor diesem Zeitpunkt anzuwenden.

(7) Abweichend von § 39 Abs. 1 ist mit der Vollziehung der Abs. 1 bis 3 für Dienstnehmerinnen nach Abs. 5 Z 2 und 3 die Landesregierung betraut.

(8) Die Krankenversicherungsträger sind im übertragenen Wirkungsbereich unter Bindung an die Weisungen der Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend tätig.

Seit 01.01.2021 dürfen schwangere Arbeitnehmerinnen ab Beginn der 14. Schwangerschaftswoche ⁵²⁹ bis zum Beginn des absoluten oder individuellen Beschäftigungsverbots nicht mehr mit Arbeiten, bei denen ein physischer Körperkontakt mit anderen Personen erforderlich ist, beschäftigt werden. Kraft gesetzlicher Anordnung haben bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen neben Arbeitnehmerinnen in der Privatwirtschaft auch Arbeitnehmerinnen in der Land- und Forstwirtschaft, Bundesbedienstete und freie Dienstnehmerinnen Anspruch auf Sonderfreistellung.

Der Grund dafür, dass die Sonderfreistellung erst ab Beginn der 14. Schwangerschaftswoche in Anspruch genommen werden kann, liegt den Erläut. zufolge

⁵²⁹ Der Beginn der 14. Schwangerschaftswoche berechnet sich, indem man vom voraussichtlichen Geburtstermin 189 Kalendertage abzieht, vgl. dazu Informationen der ÖGK, Sonderbestimmungen für werdende Mütter, die in Berufen mit Körperkontakt arbeiten, <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.863268&portal=oegkdportal> (abgefragt am 06.04.2021).

darin, dass sich das Risiko eines schwereren Krankheitsverlaufs bei Erkrankung an COVID-19 vor allem bei fortgeschrittener Schwangerschaft abzeichne und nicht auf das erste Trimenon der Schwangerschaft zutrefte.⁵³⁰

Freistellungen gem § 3a MSchG konnten erstmals mit 01.01.2021 in Anspruch genommen werden. Der Freistellungszeitraum war vorerst bis 31.03.2021 begrenzt, wurde jedoch schrittweise bis 30.06.2022 (Stand 12.05.2022) verlängert.⁵³¹

Der Wortlaut der StF ließ den Schluss zu, dass freigestellte Arbeitnehmerinnen auch nach Außerkrafttreten der Sonderfreistellung (ursprünglich war der 31.03.2021 vorgesehen) freigestellt bleiben (§ 3a Abs 6 MSchG idF BGBl I 2020/160). Um zu verhindern, dass die Arbeitspflicht von bereits einmal gem § 3a MSchG freigestellten Arbeitnehmerinnen, deren absolutes Beschäftigungsverbot erst nach dem 31.03.2021 eintritt, nicht wieder auflebt und die Sonderfreistellung dadurch im Prinzip unterlaufen würde, macht eine derartige Auslegung mE durchaus Sinn.

Bereits im Zuge der erstmaligen Verlängerung der Sonderbetreuungszeit durch BGBl I 2021/44 wurde Abs 6 jedoch umformuliert:

Abs. 1 bis 5 treten mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft und treten mit Ablauf des 30. Juni 2021 außer Kraft. Die Abs. 4, 5, 7 und 8 sind jedoch weiterhin auf erfolgte Freistellungen gemäß Abs. 1 anzuwenden.

Aus der Änderung, wonach nur mehr die Absätze 4, 5, 7, und 8 weiterhin auf erfolgte Freistellungen anzuwenden sind,⁵³² folgt, dass dies nicht für die Absätze 1, 2 und 3 gilt, die inhaltlich die Freistellung regeln (§ 3a Abs 6 MSchG *e contrario*). Den Erläut zu dieser Nov ist in diesem Zusammenhang auch zu entnehmen, dass in Abs 6 *präzisiert* werde, dass Freistellungen mit dem 30.06.2021 enden, aber die Anträge der Arbeitgeber wie auch die Erstattungen für diese Freistellungen über den 30.06.21 hinaus möglich seien. Diese Regelung wurde auch bei den Verlängerungen der Sonderfreistellung beibehalten und führt dazu, dass freigestellte schwangere Arbeitnehmerinnen, deren absolutes bzw individuelles Beschäftigungsverbot erst nach Außerkrafttreten der Sonderfreistellung eintritt, wieder an ihren Arbeitsplatz zurückkehren müssen. Auch wenn der Wille des Gesetzgebers nun im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut steht, entzieht sich mir der Sinn dieser Regelung. Darüber hinaus liegt die Vermutung nahe, dass diese Regelung in der Praxis wohl dazu führen wird, dass sich bereits freigestellte Arbeitnehmerinnen, die nach Außerkrafttreten

⁵³⁰ AB 527 BlgNR 27. GP 1.

⁵³¹ Verlängerungen durch BGBl I 2021/44; BGBl I 2021/119; BGBl I 2021/184; BGBl I 2021/212; BGBl I 2022/19.

⁵³² Dieser Verweis umfasst insb die Rückerstattung.

der Sonderfreistellung wieder zum Arbeitsplatz zurückkehren müssten, krankschreiben lassen – was aus Arbeitgebersicht besonders nachteilig ist – oder den vorzeitigen Mutterschutz anstreben.

2.8.2 Voraussetzungen der Sonderfreistellung COVID-19

2.8.2.1 Verbot von Arbeiten mit physischem Körperkontakt

Voraussetzung für den Anspruch auf Sonderfreistellung ist, dass physischer Körperkontakt für die Ausübung der Tätigkeit erforderlich ist. Hautkontakt ist hingegen keine Voraussetzung, sodass Körperkontakt auch beim Tragen von Handschuhen oder beim Berühren einer bekleideten Person vorliegt. Als Beispiele für Tätigkeiten, bei denen physischer Körperkontakt erforderlich ist, werden in den Erläut die Dienstleistungen von Friseurinnen, Stylistinnen, Kosmetikerinnen, Piercerinnen und Tätowiererinnen, Masseurinnen, Physiotherapeutinnen und Kindergärtnerinnen sowie teilweise Lehrerinnen genannt.⁵³³

In den Erläut wurde ein unmittelbarer physischer Körperkontakt als Erfordernis für die Freistellung angesehen. Zwar hat das Wort „unmittelbar“ keinen Eingang in § 3a MSchG gefunden, so ist mE dennoch davon auszugehen, dass § 3a MSchG eng auszulegen und nicht auf Dienstleistungen anzuwenden ist, bei welchen es lediglich zu einem fallweisen Berühren kommt.⁵³⁴ Eine Freistellung aufgrund des Umstandes, dass lediglich der Mindestabstand unterschritten wird, ist mE bereits aufgrund des Gesetzeswortlauts ausgeschlossen, der explizit auf Tätigkeiten mit physischem Körperkontakt und nicht etwa auf das Ansteckungsrisiko abstellt.

Ist für die Tätigkeit kein Körperkontakt erforderlich, was idR im Handel oder der Gastronomie der Fall sein dürfte, sind für schwangere Arbeitnehmerinnen entsprechende Schutzmaßnahmen zu treffen, um das Ansteckungsrisiko zu verhindern – wohl insb durch das Einhalten des Mindestabstands und durch das Tragen eines Mund-Nasenschutzes.⁵³⁵

2.8.2.2 Änderung der Arbeitsbedingungen oder der Beschäftigung

Wird eine werdende Mutter mit Arbeiten, die einen physischen Körperkontakt erfordern, beschäftigt, hat der Arbeitgeber die Arbeitsbedingungen so zu ändern, dass kein physischer

⁵³³ AB 527 BlgNR 27. GP 1; vgl dazu auch Informationen des BMAFJ, FAQ: Freistellung von Schwangeren 7f (Stand 04.01.2021).

⁵³⁴ Vgl Informationen des BMAFJ, Handbuch COVID-19: Sicheres und gesundes Arbeiten 18 (Stand: 18.02.2021) sowie Informationen des BMAFJ, FAQ: Freistellung von Schwangeren 7f (Stand 04.01.2021).

⁵³⁵ Es ist allerdings zu berücksichtigen, dass Schwangeren das Tragen einer FFP2-Maske nicht zuzumuten ist, vgl dazu bspw § 15 Abs 6 der 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl II 2021/27.

Körperkontakt erfolgt und der Mindestabstand eingehalten wird. Zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Sonderfreistellung gem § 3a MSchG betrug der einzuhaltende Mindestabstand noch einen Meter, mit der 3. COVID-19-NotMV⁵³⁶ wurde der einzuhaltende Mindestabstand auf zwei Meter erhöht.

Können die Arbeitsbedingungen nicht derart geändert werden, dass Körperkontakt vermieden und der Mindestabstand gewährleistet wird, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die schwangere Arbeitnehmerin an einem anderen Arbeitsplatz beschäftigt werden kann, an dem kein physischer Körperkontakt erforderlich und der Mindestabstand eingehalten werden kann. Dabei ist auch zu prüfen, ob die Arbeitnehmerin ihre Tätigkeit in ihrer Wohnung ausüben kann (Homeoffice). Nachdem Homeoffice bei körpernahen Dienstleistungen, bspw bei Friseurinnen, aufgrund der Art der Tätigkeit nicht möglich ist bzw § 3a MSchG *ad absurdum* geführt werden würde, wenn angestellte Friseurinnen ihren Kunden nun zuhause statt im Friseursalon die Haare schneiden würden, kann hier nur gemeint sein, dass zu prüfen ist, ob die geänderte Tätigkeit allenfalls im Homeoffice ausgeübt werden kann.

Schwangere Arbeitnehmerinnen haben sowohl bei geänderten Arbeitsbedingungen als auch beim Einsatz auf einem anderen Arbeitsplatz Anspruch auf das bisherige Entgelt (§ 3a Abs 2 letzter Satz MSchG). Diese Regelung erinnert an § 14 MSchG, der die Weiterzahlung bei schwangerschaftsbedingten Änderungen der Beschäftigung regelt. Auch hier ist vorgesehen, dass die schwangere Arbeitnehmerin Anspruch auf das Entgelt in Höhe des Durchschnittsverdiensts der letzten 13 Wochen vor dieser Beschäftigungsänderung hat (§ 14 Abs 1 und 2 MSchG).

Hinsichtlich der Änderung der Beschäftigung oder der Versetzung ins Homeoffice ist allerdings zu prüfen, ob die Änderung vom Arbeitsvertrag gedeckt ist.⁵³⁷ Ist dies nicht der Fall, würde die Versetzung grds der Zustimmung der Arbeitnehmerin bedürfen. Besteht ein BR und dauert die Versetzung voraussichtlich mindestens 13 Wochen (dauernde Versetzung), ist diesem die Versetzung unverzüglich mitzuteilen. Handelt es sich um eine

⁵³⁶ 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl II 2021/27.

⁵³⁷ Vgl dazu auch *Zischka/Guerrero*, 3 besondere COVID-19-Freistellungen: Wissenswertes zu Voraussetzungen, Rechtsweg etc (Teil 1), PVP 2021, 45 (49); Informationen des BMAFJ, FAQ: Freistellung von Schwangeren 5 (Stand 04.01.2021).

dauernde, verschlechternde Versetzung, muss der BR der Versetzung ausdrücklich zustimmen (vgl § 101 ArbVG).⁵³⁸

Verweigert die schwangere Arbeitnehmerin ihre Zustimmung, ist in weiterer Folge zu prüfen, ob aus der Treuepflicht eine Verpflichtung zur Änderung der Tätigkeit abgeleitet werden kann. Arbeitnehmer sind im Rahmen ihrer Treuepflicht grds zur Wahrung der sachlich gerechtfertigten wirtschaftlichen und betrieblichen Interessen des Arbeitgebers verpflichtet. Dabei ist diese Interessenwahrungspflicht in ihrem Kern auf den Bereich der zugesagten Arbeitsleistung zu beziehen. Maßgebend für die Arbeitspflicht allein ist grds, was im Arbeitsvertrag vereinbart wurde. Sollte der Arbeitnehmer ausnahmsweise bei Arbeiten, die nicht zu seiner eigentlichen Arbeitspflicht zählen, einspringen müssen, unterliegt die Treueverpflichtung daher engen Grenzen. Darüber hinaus muss dem Arbeitnehmer die Verrichtung anderer als der vertraglich geschuldeten Tätigkeiten zumutbar sein.⁵³⁹ Hinsichtlich der sich aus der „Treue“ ergebenden Verpflichtung, auch andere als die geschuldete Leistung zu erbringen, wird grds danach differenziert, ob der Arbeitnehmer geringere, gleichwertige oder höherrangige Tätigkeiten ausüben soll.⁵⁴⁰ Nach *Rebhahn/Ettmayer*⁵⁴¹ sind Arbeitnehmer zu gleichwertigen Diensten verpflichtet, wenn andere Arbeitnehmer fehlen, zu geringerwertigen Tätigkeiten nur in Katastrophenfällen und zu höherwertigen Tätigkeiten wohl nur dann, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer haftungsfrei stellt oder sich zur Schadloshaltung verpflichtet.

Der genaue Inhalt der Treuepflicht lässt sich im Einzelfall nur durch Interessenabwägung ermitteln, wobei auch grundrechtlich geschützte Interessen zu berücksichtigen sind.⁵⁴² In Fällen der Sonderfreistellung liegt die Beschäftigung der Arbeitnehmerin an einem anderen Arbeitsplatz allerdings nicht nur im Interesse des Arbeitgebers (Erhalt einer Arbeitsleistung),⁵⁴³ sondern auch im Interesse der Arbeitnehmerin – müsste man jedenfalls

⁵³⁸ In Anbetracht der Tatsache, dass eine Sonderfreistellung erst ab Beginn der 14. Schwangerschaftswoche möglich ist, sowie, dass das absolute Beschäftigungsverbot acht Wochen vor dem Geburtstermin beginnt, verbleibt insgesamt ein Zeitraum von rund mehr als 17 Wochen, sodass das Vorliegen einer dauernden Versetzung und damit verbunden die Zustimmungspflicht des BR denkbar wären.

⁵³⁹ OGH 9 Ob A 23/94 Arb 11.177.

⁵⁴⁰ *Friedrich*, Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB und COVID-19. Muss die Sphärentheorie angesichts der Neuregelung des § 1155 Abs 3 ABGB im Zusammenhang mit der Corona-Krise neu überdacht werden? ZAS 2020/26 (158).

⁵⁴¹ *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1153 Rz 33 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁵⁴² *Kietzibl/Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, Zellkomm³ § 1153 ABGB Rz 34.

⁵⁴³ Die Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz wird allerdings nur dann im Interesse des Arbeitgebers sein, wenn er tatsächlich Bedarf an der anderen Arbeitsleistung hat. Durch den Kostenersatz gem

meinen, wenn damit der Schutz vor einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 einhergeht. Der Aspekt, dass eine gänzliche Freistellung unter Entgeltfortzahlung für die Arbeitnehmerin angenehmer ist, ist mE nicht bei der Interessenabwägung miteinzubeziehen, da eine bezahlte Dienstfreistellung aus Arbeitnehmersicht idR wohl immer sehr vorteilhaft erscheint und zu anderen Alternativen außer Konkurrenz steht.

Verweigert die schwangere Arbeitnehmerin eine ihr zumutbare Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz oder im Homeoffice aus objektiv nicht nachvollziehbaren Gründen, verliert sie mE den Anspruch auf Dienstfreistellung gem § 3a MSchG. Dies geht auch aus § 3a Abs 3 MSchG hervor, der explizit klarstellt, dass die schwangere Arbeitnehmerin nur dann einen Anspruch auf Dienstfreistellung unter Fortzahlung des bisherigen Entgelts hat, wenn eine Änderung der Arbeitsbedingungen oder eine Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz aus *objektiven Gründen* nicht möglich ist. Aus dem Abstellen auf objektive Gründe wird wohl eine Obliegenheit der schwangeren Arbeitnehmerin abzuleiten sein, ihre Beschäftigung unter geänderten Arbeitsbedingungen oder an einem anderen Arbeitsplatz, Zumutbarkeit vorausgesetzt, zu erbringen.

Die schwangere Arbeitnehmerin kann, muss allerdings nicht, von ihrem Recht auf Freistellung Gebrauch machen. Es handelt sich bei § 3a MSchG um kein Beschäftigungsverbot, da der schwangeren Arbeitnehmerin ein Anspruch auf Freistellung eingeräumt wird.⁵⁴⁴

Macht die schwangere Arbeitnehmerin nicht von ihrem Anspruch auf Sonderfreistellung Gebrauch oder vereitelt sie diesen schuldhaft, haben Arbeitgeber dennoch die allgemeinen aus der Schwangerschaft resultierenden Beschäftigungsbeschränkungen und -verbote, die öffentlich-rechtliche Vorschriften darstellen, zu beachten. Darüber hinaus sind bei der Beschäftigung schwangerer Arbeitnehmerinnen besondere Schutzmaßnahmen zu setzen und einzuhalten, um eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu vermeiden.

2.8.2.3 Subsidiarität der Sonderfreistellung

§ 3a Abs 3 letzter Satz MSchG normiert, dass Beschäftigungsverbote nach § 3 MSchG Sonderfreistellungen vorgehen. § 3 MSchG regelt sowohl das absolute als auch das individuelle Beschäftigungsverbot.

§ 3a Abs 4 MSchG sind seine Interessen durch die Freistellung der Arbeitnehmerin wohl nicht wesentlich betroffen.

⁵⁴⁴ Informationen des BMA, FAQ: Freistellung von Schwangeren 4 (Stand 04.01.2021).

Das absolute Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs 1 MSchG ist zweiseitig zwingendes Recht, danach dürfen Arbeitgeber eine schwangere Arbeitnehmerin acht Wochen vor der voraussichtlichen Entbindung nicht beschäftigen.⁵⁴⁵ Das in § 3 Abs 3 MSchG geregelte individuelle Beschäftigungsverbot sieht vor, dass werdende Mütter dann nicht beschäftigt werden dürfen, wenn nach einem von ihr vorgelegten fachärztlichen Zeugnis Leben oder Gesundheit von Mutter oder Kind bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet wäre. Es kann im Einzelfall daher die Dauer des Beschäftigungsverbots vor der Entbindung verlängert werden.⁵⁴⁶

Aufgrund der gesetzlich normierten Subsidiarität der Sonderfreistellung hat das Zusammentreffen dieser mit einem Beschäftigungsverbot nach § 3 MSchG zur Folge, dass die Sonderfreistellung gem § 3a MSchG endet. Damit endet auch die Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber und gebührt der schwangeren Arbeitnehmerin ab Beginn des absoluten oder individuellen Beschäftigungsverbots das Wochengeld.⁵⁴⁷

2.8.2.4 Kein vollständiger Impfschutz

Mit neuerlicher Novellierung des MSchG, durch BGBl I 2021/119, wurde neben der Verlängerung der Sonderfreistellung bis Ende September 2021 eine weitere Negativvoraussetzung eingeführt. Danach war die Sonderfreistellung ab ersten Juli 2021 nicht anzuwenden, wenn die werdende Mutter gegen SARS-CoV-2 geimpft war und ein vollständiger Impfschutz vorlag. Bereits erfolgte Freistellungen endeten mit Zeitpunkt des Vorliegens eines vollständigen Impfschutzes. Freigestellte werdende Mütter hatten dem Arbeitgeber 14 Tage im Vorhinein mitzuteilen, wann der vollständige Impfschutz eintritt (§ 3a Abs 3a MSchG). Durch die Mitteilungspflicht sollte vermieden werden, dass Arbeitgeber über Impfdatum und Impfstoff Kenntnis erlangen.⁵⁴⁸

Der Einführung des Abs 3a MSchG lag die Überlegung zugrunde, dass für bereits geimpfte und einem vollständigen Impfschutz unterliegende werdende Mütter eine Freistellung ausschließlich wegen des Körperkontakts nicht mehr notwendig sei, da das Risiko, schwer an COVID-19 zu erkranken oder zu versterben, durch den Impfschutz minimiert werde.

⁵⁴⁵ Vgl dazu *Burger-Ehrnhofer/Schrittwieder/Thomasberger*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz², 67.

⁵⁴⁶ Vgl dazu *Burger-Ehrnhofer/Schrittwieder/Thomasberger*, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz², 73.

⁵⁴⁷ *Schrank*, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 37 Rz 17a.

⁵⁴⁸ AB 913 BlgNR 27. GP 2.

Sollte die werdende Mutter ausnahmsweise trotz Impfung an COVID-19 erkranken, sei der Verlauf deutlich milder und werden Komplikationen und Todesfälle vermieden.⁵⁴⁹

Im Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales⁵⁵⁰ wurde festgelegt, wann von einem ausreichenden Impfschutz auszugehen sei, wobei eine Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Impfstoffen erfolgte:

8 Tage nach der 2. Impfung mit Comirnaty (Pfizer); 14 Tage nach der 2. Impfung mit Moderna; 15 Tage nach der 2. Impfung mit Vaxzevria (Astra Zeneca); 15 Tage nach der Impfung mit Janssen.

Darüber hinaus wurde klargestellt, dass bei Erreichen der 14. Schwangerschaftswoche nach dem ersten Juli 2021 und bei Vorliegen eines vollen Impfschutzes, werdenden Müttern kein Anspruch auf Sonderfreistellung gem § 3a MSchG zustehe. Erfolgte zunächst eine Freistellung und trat erst während dieser der volle Impfschutz ein, würde dies zum Ende der Sonderfreistellung führen.

Zwar sah die Neuregelung eine Verpflichtung der schwangeren Arbeitnehmerinnen vor, ihren Arbeitgebern 14 Kalendertage im Vorhinein mitzuteilen, wann der vollständige Impfschutz eintritt, in der Praxis sorgte diese Regelung allerdings für große Unsicherheit. § 3a Abs 3a MSchG idF BGBl I 2021/119 enthielt nämlich keine Regelung für die Verletzung der Mitteilungspflicht durch die Arbeitnehmerinnen. Teilten freigestellte Arbeitnehmerinnen ihren Arbeitgebern nicht mit, dass bereits eine vollständige Impfung vorliege, bestünde durchaus das Risiko, dass Arbeitgeber davon ausgingen, die Freistellungen erfolgten weiterhin zurecht. Wenn sie deshalb in Unkenntnis des vollständigen Impfschutzes wie bisher Entgeltfortzahlung leisteten, könnte ihnen im Nachhinein der Kostenersatz mit dem Verweis auf den vollständigen Impfschutz der Arbeitnehmerinnen verwehrt werden. Um solche Szenarien zu vermeiden, waren Arbeitgeber gut beraten, ihre (möglicherweise bereits freigestellten) schwangeren Arbeitnehmerinnen über die neue Regelung zu informieren und unter Berücksichtigung des Datenschutzes dazu aufzufordern, unter Einhaltung der 14-tägigen Frist nachweislich das genaue Datum des Eintritts des vollständigen Impfschutzes mitzuteilen. Sollten Arbeitnehmerinnen trotz Information ihrer Arbeitgeber über die neue Regelung zur Sonderfreistellung dennoch ihrer Mitteilungspflicht nicht nachkommen und unrichtigerweise eine bezahlte Freistellung für sich beanspruchen, könnten sie sich bei

⁵⁴⁹ AB 913 BlgNR 27. GP 1.

⁵⁵⁰ AB 913 BlgNR 27. GP 1.

Rückforderungen durch den Arbeitgeber mE zumindest nicht auf den Einwand des gutgläubigen Verbrauchs stützen.

Die Regelung, wonach ein vollständiger Impfschutz für die Inanspruchnahme der Sonderfreistellung schädlich war, ist mE auch aus gesundheitspolitischen Überlegungen fragwürdig. Überspitzt formuliert: Schwangere Arbeitnehmerinnen wurden dadurch vor die Wahl gestellt – ließen sie sich impfen, waren sie zur Arbeitsleitung verpflichtet, entschieden sie sich gegen die Impfung, wurden sie freigestellt. Va einmal bereits freigestellte Arbeitnehmerinnen wurden in ihrer Entscheidung, sich nicht impfen zu lassen, darin wohl zusätzlich noch bestärkt.

Die Regelung, wonach vollständig gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpfte werdende Mütter vom Freistellungsanspruch nach § 3a MSchG ausgenommen wurden, stand bis 31.03.2022 in Geltung. Mit BGBl I 2020/19 wurde die Bestimmung aus dem Rechtsbestand entfernt, sodass die Sonderfreistellung ab 01.04.2022 wieder von allen schwangeren Arbeitnehmerinnen – unabhängig von ihrem Impfstatus – bei Vorliegen der restlichen Voraussetzungen in Anspruch genommen werden kann. Als Grund für den Entfall wurden neue medizinische Erkenntnisse angegeben⁵⁵¹ und ausgeführt, dass nur sehr wenige Schwangere während der gesamten Schwangerschaft durchgehend über einen vollständigen Impfstatus verfügten, sodass die Ausnahme von Schwangeren mit vollständigem Impfschutz nicht weiter sinnvoll sei.⁵⁵²

2.8.2.5 Ersatzanspruch des Arbeitgebers nach § 3a Abs 4 MSchG

Nehmen schwangere Arbeitnehmerinnen die Sonderfreistellung in Anspruch, sind sie unter Fortzahlung des bisherigen Entgelts vom Dienst freizustellen. Arbeitgeber können in der Folge einen Ersatzanspruch geltend machen.

Vom Ersatzanspruch umfasst ist das fortgezahlte Entgelt, gedeckelt mit der monatlichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage, sowie der für den Zeitraum der Sonderfreistellung abzuführenden Lohnnebenkosten (Steuern und Abgaben, Sozialversicherungsbeiträge, Arbeitslosenversicherungsbeiträge und sonstigen Beiträge – unabhängig davon, von welcher Stelle diese einzuheben bzw an welche Stelle diese abzuführen sind).

⁵⁵¹ Danach könne die zweite Impfung nur für vier Monate einen vollen Impfschutz sicherstellen und werde die dritte Impfung erst ab dem zweiten Schwangerschaftsdrittel empfohlen, was von Schwangeren auch kaum angenommen werde.

⁵⁵² AB 1337 BlgNR 27. GP.

Vom Erstattungsanspruch sind politische Parteien und sonstige juristische Personen öffentlichen Rechts, ausgenommen jene, die wesentliche Teile ihrer Kosten über Leistungsentgelte finanzieren und am Wirtschaftsleben teilnehmen, ausgeschlossen (§ 3a Abs 4 MSchG). Dazu zählen laut Mat ⁵⁵³ der Dachverband bzw die Sozialversicherungsträger oder Kammern.

Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung beim Krankenversicherungsträger einzubringen. Für Arbeitnehmer in der Land- und Forstwirtschaft ist der Antrag an das Amt der Landesregierung zu richten. ⁵⁵⁴ Der Gesetzeswortlaut schließt eine mehrmalige Antragstellung nicht aus. Vielmehr scheint eine mehrmalige Antragsstellung auch der Vorstellung des Gesetzgebers zu entsprechen, da ausdrücklich erläutert wurde, dass der Antrag bzw die Anträge erstmalig binnen sechs Wochen nach dem ersten Monat der Freistellung und letztmalig binnen sechs Wochen nach Ende der Freistellung eingebracht werden können. ⁵⁵⁵ Unterstützt wird diese These dadurch, dass der Wortlaut des § 3a Abs 4 MSchG „[...]Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung beim Krankenversicherungsträger einzubringen. [...]“ mit jenem der COVID-19-Risikofreistellung gem § 735 Abs 4 ASVG „[...] Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung unter Vorlage der entsprechenden Nachweise beim Krankenversicherungsträger einzubringen. [...]“ übereinstimmt. Zur Antragstellung des Erstattungsanspruchs bei der COVID-19-Risikofreistellung wird die Ansicht vertreten, dass auch mehrere Anträge während einer aufrechten Risikofreistellung gestellt werden können. ⁵⁵⁶

Im Zuge der Antragstellung hat der Arbeitgeber schriftlich zu bestätigen, dass eine Änderung der Arbeitsbedingungen oder die Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz aus objektiven Gründen nicht möglich war. § 107 ASVG (Rückforderung zu Unrecht erbrachter Leistungen) ist sinngemäß anzuwenden. Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass eine Freistellung und ein Kostenersatz nur in unbedingt notwendigen Fällen erfolgen sollen. ⁵⁵⁷

⁵⁵³ AB 527 BlgNR 27. GP 2.

⁵⁵⁴ Informationen des BMA, FAQ: Freistellung von Schwangeren 6 (Stand 04.01.2021).

⁵⁵⁵ AB 527 BlgNR 27. GP 2.

⁵⁵⁶ Vgl *Schrank*, RdW 2020/224 (269).

⁵⁵⁷ AB 527 BlgNR 27. GP 2.

Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die daraus resultierenden Aufwendungen aus dem COVID-19 Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen.

2.8.3 Problemstellungen

2.8.3.1 Unterbleiben der Arbeitsleistung aus anderen Gründen und Sonderfreistellung

Vorliegend beschäftigt die Frage, was zu gelten hat, wenn schwangere Arbeitnehmerinnen, die die Voraussetzungen des § 3a MSchG erfüllen, bereits aus anderen Gründen nicht beschäftigt werden können oder dürfen.

Zu denken ist hier insb an Beschäftigungsverbote nach § 4 MSchG. Danach dürfen werdende Mütter keinesfalls mit schweren körperlichen Arbeiten oder mit Arbeiten oder in Arbeitsverfahren beschäftigt werden, die nach der Art des Arbeitsvorganges oder der verwendeten Arbeitsstoffe oder -geräte für ihren Organismus oder für das werdende Kind schädlich sind (§ 4 Abs 1 MSchG). So werden bspw Ganzkörpermassseurarbeiten als schwere körperliche Arbeit unter Zwangshaltung qualifiziert und dürfen daher gem § 4 Abs 1 MSchG von werdenden Müttern nicht ausgeübt werden.⁵⁵⁸ Unter die Beschäftigungsverbote nach § 4 Abs 1 MSchG fallen auch Arbeiten, die von werdenden Müttern überwiegend im Stehen verrichtet werden müssen oder diesen in ihrer statischen Belastung gleichkommen, als Beispiel werden die Tätigkeiten von Friseurinnen genannt.⁵⁵⁹

Besteht für die schwangere Arbeitnehmerin aufgrund eines Beschäftigungsverbots nach § 4 MSchG keine Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb, ist sie von der Arbeit freizustellen und hat Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe des Durchschnittsverdienstes der letzten 13 Wochen vor dieser Beschäftigungsänderung (§ 14 Abs 1 und 2 MSchG).

Weiters war das Betreten des Kundenbereichs von Dienstleistungsunternehmen zur Inanspruchnahme von körpernahen Dienstleistungen im Jahr 2021 den gesamten Jänner bis einschließlich 7. Februar untersagt. Zu den körpernahen Dienstleistern zählen insb Friseure, Kosmetiker, Masseure und Fußpfleger.⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ Informationen des AI, Kommentiertes Mutterschutzgesetz § 4, https://www.arbeitsinspektion.gv.at/Personengruppen/Werdende_und_stillende_Muetter/Kommentiertes_MSchG.html#heading_heading_4_4 (abgefragt am 21.03.2021).

⁵⁵⁹ Informationen des AI, Kommentiertes Mutterschutzgesetz § 4, https://www.arbeitsinspektion.gv.at/Personengruppen/Werdende_und_stillende_Muetter/Kommentiertes_MSchG.html#heading_heading_4_4 (abgefragt am 21.03.2021).

⁵⁶⁰ Vgl § 5 der 2. COVID-19-NotMV BGBl II 2020/598 idF BGBl II 2021/2; § 5 der 3. COVID-19-NotMV BGBl II 2021/27; § 5 der 4. COVID-19-NotMV BGBl II 2021/49.

Sowohl in den Fällen der Betretungsverbote als auch in den oben aufgezeigten Fällen der Beschäftigungsverbote kam es bereits aufgrund anderer Rechtsvorschriften und nicht aufgrund § 3a MSchG zum Unterbleiben der Dienstleistung.

Für die schwangere Arbeitnehmerin wird es idR keinen Unterschied machen, ob sie bei Nichterbringung ihrer Arbeitsleistung ihr Entgelt gem § 14 Abs 1 und 2 MSchG bzw § 1155 ABGB oder etwa aufgrund § 3a MSchG erhält. Für ihren Arbeitgeber macht es hingegen einen gravierenden Unterschied. Während er im Falle eines Beschäftigungsverbotes gem § 4 MSchG oder bei Nichtzustande-Kommen der Dienstleistung wegen Betriebsschließungen Entgeltfortzahlung leisten muss,⁵⁶¹ ohne eine Refundierungsmöglichkeit zu haben, kann er sich bei der Sonderfreistellungen gem § 3a MSchG das fortgezahlte Entgelt samt Lohnnebenkosten rückerstatten lassen.

§ 3a MSchG zielt darauf ab, durch den Freistellungsanspruch das Risiko eines schweren Verlaufs im Falle einer Erkrankung an COVID-19 zu vermindern.⁵⁶² Nachdem aufgrund des Unterbleibens der Dienstleistung aus anderen Gründen jedoch keine Gefahr besteht, sich – am Arbeitsplatz – mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren und daran zu erkranken, ist fraglich, ob Arbeitgeber schwangere Arbeitnehmerinnen, die grds vom Anwendungsbereich des § 3a MSchG erfasst sind und einen Anspruch auf Sonderfreistellung hätten, sich auf § 3a MSchG stützen könnten, um in weiterer Folge einen Anspruch auf Kostenersatz geltend zu machen.

Dies ist mE zu verneinen. Einerseits deshalb, weil sich Arbeitgeber nicht von sich aus auf § 3a MSchG stützen können, sondern die Arbeitnehmerin den Anspruch auf Freistellung geltend machen müsste. Selbst wenn die Arbeitnehmerin einen Anspruch nach § 3a MSchG geltend machen würde, wäre fraglich, ob ein solcher Erfolg hätte. Dies ist meiner Meinung nach deshalb zu bezweifeln, da die schwangere Arbeitnehmerin aufgrund eines Beschäftigungsverbots bzw einer Betriebsschließung gar nicht über die Möglichkeit verfügt, körpernahe Dienstleistungen auszuüben und daher nicht in den Anwendungsbereich von § 3a MSchG fällt. Darüber hinaus soll die Sonderfreistellung den

⁵⁶¹ Mit dem 2. COVID-19-G BGBl I 2020/16 wurde § 1155 ABGB dahingehend novelliert, dass mittels befristeter Einführung des Abs 3 ausdrücklich normiert wurde, dass Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. Nr. 12/2020, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, als Umstände in der Sphäre des Arbeitgebers gelten, sodass der arbeitsbereite Arbeitnehmer im Falle des Unterbleibens der Dienstleistung dennoch Anspruch auf sein Entgelt hat (§ 1155 Abs 1 iVm Abs 3 ABGB idF BGBl I 2020/16). Diese Regelung war zwar bis 31.12.2020 befristet, allerdings sprechen gute Gründe dafür, dass Betriebsschließungen auch nach dem 31.12.2021 nicht als in der neutralen Sphäre gelegene Umstände zu betrachten sind, vgl dazu insb *Gruber-Risak*, ÖJZ 2021/22.

⁵⁶² AB 572 BlgNR 27. GP 1.

Erläut zur Folge nur in unbedingt notwendigen Fällen erfolgen – was in derartigen Konstellationen gerade nicht der Fall ist, da die Arbeitnehmerin ohnehin nicht beschäftigt wird.

Es liegen keine validen Erfahrungswerte vor, wie derartige Sachverhalte in der Praxis von den Krankenversicherungsträgern gehandhabt bzw überprüft werden. Während zeitliche Überschneidungen von Betriebsschließungen und Sonderfreistellungen relativ leicht festzustellen sein werden, wird es hingegen bei Feststellung von Überschneidungen der Sonderfreistellung mit Beschäftigungsverboten nach § 4 MSchG um Einiges schwieriger sein, da letztere nur mangels konkreter Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb vorliegen. Aus eigener Wahrnehmung wurden seitens der Betriebe keine Probleme gemeldet, sodass davon auszugehen ist, dass keine derartigen Überprüfungen stattfanden.

2.8.3.2 Unsachliche Differenzierung

Aus der Konzeption des Freistellungsanspruchs gem § 3a MSchG ergibt sich eine Ungleichbehandlung von schwangeren Arbeitnehmerinnen und in weiterer Folge auch ihrer Arbeitgeber.

Gem § 3a Abs 1 MSchG dürfen werdende Mütter nicht mit Arbeiten beschäftigt werden, bei denen ein physischer Körperkontakt mit anderen Personen erforderlich ist. Liegen physische Körperkontakte vor, dann ist nach § 3a Abs 2 MSchG in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Arbeitsbedingungen derart geändert werden können, dass kein physischer Körperkontakt erfolgt und der Mindestabstand eingehalten wird. Ist dies nicht möglich, ist die Arbeitnehmerin an einem anderen Arbeitsplatz zu beschäftigen, an dem kein physischer Körperkontakt erforderlich ist und der Mindestabstand eingehalten werden kann (wobei auch die Möglichkeit der Erbringung der Tätigkeit im Homeoffice zu prüfen ist). Ist weder die Änderung der Arbeitsbedingungen noch die Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz aus objektiven Gründen möglich, hat die Arbeitnehmerin Anspruch auf Freistellung und Fortzahlung des bisherigen Entgelts (§ 3a Abs 3 MSchG).

Die Ungleichbehandlung wird anhand des Prüfschemas deutlich, wenn man Arbeitnehmerinnen, deren Tätigkeit physischen Körperkontakt mit anderen Personen erfordert, mit Arbeitnehmerinnen, bei deren Tätigkeit zwar kein physischer Körperkontakt mit anderen Personen erforderlich ist, der Mindestabstand jedoch nicht eingehalten werden kann, vergleicht. Folgendes Beispiel soll die Ungleichbehandlung verdeutlichen:

Die schwangere Arbeitnehmerin ist Friseurin, ihre Tätigkeit (Haarewaschen, -schneiden, -färben, etc) erfordert physischen Körperkontakt mit anderen Personen, sodass sie vom

Anwendungsbereich des § 3a MSchG erfasst ist. Zunächst ist zu prüfen, ob ihre Arbeitsbedingungen so geändert werden können, dass kein physischer Körperkontakt erfolgt und der Mindestabstand von zwei Metern⁵⁶³ eingehalten wird (kumulative Tatbestandsmerkmale). Unter Umständen könnte die Arbeitnehmerin zum Kassadienst, zu Terminvereinbarungen oder zu anderen Hilfstätigkeiten (bspw Aufkehren von Haaren, Unterstützung der anderen Friseure, indem Friseurutensilien wie Glätteisen, Föhn, etc vorbereitet und allenfalls dem Kunden Kaffee bzw Wasser serviert⁵⁶⁴ oder Zeitungen gebracht werden) eingesetzt werden. Zwar kann bei diesen Tätigkeiten physischer Körperkontakt vermieden werden, allerdings wird aufgrund der Größe vieler Friseursalons der notwendige Mindestabstand von zwei Metern vermutlich nicht eingehalten werden können. Mangels eines anderen Arbeitsplatzes oder der Möglichkeit der Beschäftigung im Homeoffice, ist die schwangere Arbeitnehmerin daher unter Entgeltfortzahlung vom Dienst freizustellen. Der Arbeitgeber kann in weiterer Folge einen Ersatzanspruch gegenüber dem Krankenversicherungsträger geltend machen.

Eine schwangere Arbeitnehmerin, die als Verkäuferin im Einzelhandel, bspw in einer Parfümerie oder Modeboutique, tätig ist, ist mangels physischen Körperkontakts von vornherein vom Anwendungsbereich des § 3a MSchG ausgenommen. Jedoch wird auch in diesen Konstellationen einerseits aufgrund der Größe der Geschäftsräumlichkeit, andererseits auch aufgrund der Tätigkeit (zB Zeigen der Produkte, Kassieren, Unterstützen beim An- und Auskleiden, etc) das Einhalten des Mindestabstands von zwei Metern in vielen Fällen nicht möglich sein.

An dieser Stelle erfolgt nun die mE nicht gerechtfertigte Differenzierung. Während die schwangere Friseurin, deren ursprüngliche Tätigkeit physischen Körperkontakt mit anderen Personen erfordert, einen Anspruch auf Dienstfreistellung nach § 3a MSchG hat, auch wenn die Arbeitsbedingungen so geändert wurden, dass ein physischer Körperkontakt zwar nicht mehr erforderlich ist, jedoch der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann (vorausgesetzt die Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz oder im Homeoffice ist nicht möglich), hat die schwangere Verkäuferin, deren Tätigkeit zwar von vornherein keinen physischen Körperkontakt mit anderen Personen erfordert, bei deren Tätigkeit der Mindestabstand jedoch auch nicht eingehalten werden kann, keinen Anspruch auf Sonderfreistellung gem § 3a MSchG.

⁵⁶³ Vgl zB Rechtslage während 3. COVID-19-NotMV BGBl II 2021/27.

⁵⁶⁴ Wobei nach damals geltender Rechtslage (Stand 15.03.2021) während der Dienstleistungserbringung keine Speisen und Getränke konsumiert werden durften (vgl § 5 Abs 3 Z 3 der 4. COVID-19-SchuMaV).

Die Unterscheidung und damit der Anspruch auf Dienstfreistellung basiert auf dem Kriterium des physischen Körperkontakts bei der ursprünglich ausgeübten Tätigkeit. In weiterer Folge wird bei der Prüfung nach § 3a MSchG jedoch nicht mehr nur auf den physischen Körperkontakt als Abgrenzungskriterium, sondern auch auf das Einhalten des Mindestabstands abgestellt. Richtigerweise müsste § 3a MSchG dahingehend korrigiert werden, dass sowohl schwangere Arbeitnehmerinnen, deren Tätigkeit physischen Körperkontakt mit anderen Personen erfordert als auch schwangere Arbeitnehmerinnen, bei deren Tätigkeit der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann, in den Anwendungsbereich des § 3a MSchG fallen.

3 Dienstverhinderung durch Kinderbetreuung

Viele berufstätige Eltern werden bereits in „normalen“ Zeiten regelmäßig vor die Herausforderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf gestellt. Durch die COVID-19-Pandemie und der damit einhergehenden Schließung von Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen, dem Ausfall von Betreuungspersonen und der oft gleichzeitig stattfindenden Verlagerung der Arbeitsleistung ins Homeoffice wurde die Situation deutlich verschärft.

Eltern sind grds zur Obsorge für ihre minderjährigen Kinder verpflichtet.⁵⁶⁵ Danach haben sie ua für die Pflege und Erziehung ihrer Kinder zu sorgen.⁵⁶⁶ Der Umfang der Pflege ist von Alter und Entwicklung abhängig – je jünger das Kind, umso intensiver werden gewisse Obsorgepflichten ausfallen.⁵⁶⁷

Dieses Kapitel behandelt Konstellationen aus der Praxis, in denen es zum Unterbleiben der Arbeitsleistung aufgrund von Kinderbetreuungspflichten kommt. Es wird geprüft, auf welche Rechtsgrundlagen Arbeitnehmer sich stützen können, um ihr Entgelt trotz Unterbleiben der Arbeitsleistung zu erhalten.

An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass Arbeitnehmer auch im Homeoffice durch Kindebetreuungspflichten an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung gehindert werden können, denn die Betreuung von Kindern lässt sich nicht unbeschränkt mit Homeoffice kombinieren.⁵⁶⁸ Insofern ist auch bei Tätigkeiten im Homeoffice zu prüfen, ob ein bezahlter Dienstverhinderungsgrund vorliegt. Wie so oft, spielen dafür Alter und Entwicklung des Kindes eine zentrale Rolle.

3.1 Erkrankung und/oder Absonderung eines Kindes

Unterbleibt die Arbeitsleistung wegen der Absonderung eines Kindes, ist für die Systematisierung der Entgeltansprüche zunächst zu differenzieren, ob der Absonderung eine Erkrankung an COVID-19 oder lediglich ein Ansteckungsverdacht (zB als Kontaktperson) zugrunde liegt. Abhängig davon, kommen unterschiedliche Entgeltansprüche in Frage.

⁵⁶⁵ §§ 177 ff ABGB.

⁵⁶⁶ § 158 Abs 1 ABGB.

⁵⁶⁷ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 160 Rz 2 (Stand 1.10.2018, rdb.at).

⁵⁶⁸ Vgl dazu auch Drs in Resch, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 40 (Stand 1.7.2021, rdb.at); Ettl, Corona, Arbeit und wo bleiben die Kinder? Kinderbetreuung und Dienstverhinderung in Zeiten einer Pandemie, DRdA-infas 2021, 58 (58).

3.1.1 Krankenpflegefreistellung nach § 16 Abs 1 Z 1 und 2 UrlG

Die Pflegefreistellung ieS gewährt dem Arbeitnehmer eine bezahlte Freistellung zur notwendigen Pflege seines erkrankten Kindes im Ausmaß von bis zu einer Woche. Anspruchsvoraussetzung ist die Pflegebedürftigkeit, die nach den konkreten Lebensumständen und nicht abstrakt beurteilt werden muss.⁵⁶⁹ Von Pflegebedürftigkeit ist dann auszugehen, wenn der erkrankte Angehörige nicht sich selbst überlassen werden kann.⁵⁷⁰

Die Notwendigkeit der Pflege ist von der Art und Intensität der Krankheit, dem Alter des Erkrankten sowie der familiären Situation des Arbeitnehmers und anderen Umständen abhängig.⁵⁷¹ Bei einer COVID-19-Erkrankung des Kindes wird sich die Notwendigkeit der Pflege idR entweder aufgrund des Alters und allenfalls auch aufgrund der Schwere der Erkrankung ergeben. Während bei Kleinkindern schon eine Infektion mit leichten Symptomen die Pflegebedürftigkeit begründen wird, ist dies bei älteren, beinahe schon mündigen Minderjährigen nicht mehr so klar – für den Anspruch auf Pflegefreistellung wird wohl eine gewisse Intensität der Erkrankung erforderlich sein. Eine Einschränkung auf Kinder, die das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, ist nur für den Anwendungsbereich der erweiterten Pflegefreistellung nach § 16 Abs 2 UrlG relevant.⁵⁷² Die Pflegefreistellung nach Abs 1 leg cit sieht keine konkrete Altersbegrenzung vor – zumal sie nicht bloß für die notwendige Pflege von Kindern, sondern auch bestimmter erwachsener naher Angehöriger vorgesehen ist.

Aus der Notwendigkeit der Pflege ergibt sich auch die Verpflichtung des Arbeitnehmers, alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um den Eintritt der Dienstverhinderung möglichst hintanzuhalten.⁵⁷³ Daher sind zunächst geeignete, nicht berufstätige Angehörige für die Pflege erkrankter Kinder heranzuziehen.⁵⁷⁴ In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass aufgrund des Risikofaktors „Alter“ va zu Beginn der COVID-19-Pandemie viele Großeltern als geeignete Betreuungs- bzw Pflegepersonen ausfielen. Dadurch sowie aufgrund der damaligen Empfehlung bzw Verpflichtung, persönliche Kontakte generell – dh, nicht nur mit älteren Personen – zu vermeiden, schrumpfte das Repertoire an geeigneten Betreuungspersonen beträchtlich.

⁵⁶⁹ Kuderna, *Urlaubsrecht*² § 16 Rz 8.

⁵⁷⁰ Schrank, *UrlG* § 16 Rz 25; *Drs in Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 16 *UrlG* Rz 15.

⁵⁷¹ *ErläutRV* 150 *BlgNR* 14. GP 12.

⁵⁷² Cerny, *Urlaubsrecht*¹⁰ § 16 Erl 26.

⁵⁷³ Kuderna, *Urlaubsrecht*² § 16 Rz 9.

⁵⁷⁴ *Drs in Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 8 *AngG* Rz 113; OGH 28 ObA 71/03d *ecolex* 2004/299 = *ASoK* 2004, 412 = *inf*as 2004, A 58.

Hat der Arbeitnehmer seinen Pflegefreistellungsanspruch nach § 16 Abs 1 UrlG bereits verbraucht, gebührt ihm nach Abs 2 leg cit ein weiterer bezahlter Freistellungsanspruch im Ausmaß von einer Woche je Arbeitsjahr zur notwendigen Pflege erkrankter Kinder unter 12 Jahren. Anspruchsvoraussetzungen für die erweiterte Pflegefreistellung sind wie nach Abs 1 leg cit die Pflegebedürftigkeit des Kindes sowie die Notwendigkeit, dass die Pflege durch den Arbeitnehmer zu erfolgen hat. Darüber hinaus sieht die erweiterte Pflegefreistellung eine Einschränkung hinsichtlich des Personenkreises vor. Demnach kann die Pflegefreistellung nur für erkrankte Kinder unter 12 Jahren in Anspruch genommen werden. Weitere Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 16 Abs 2 UrlG ist, dass es sich um eine neuerliche Dienstverhinderung handeln muss – die unmittelbare Aneinanderreihung von zwei Wochen Pflegefreistellung ist demnach nicht möglich.

3.1.2 Einseitiger Urlaubsantritt nach § 16 Abs 3 UrlG

Wurde der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 16 UrlG und nach anderen persönlichen Dienstverhinderungsgründen bereits erschöpft, können Arbeitnehmer zum Zweck der notwendigen Pflege ihres im gemeinsamen Haushalt lebenden erkrankten Kindes einseitig (bezahlten) Urlaub antreten. Wie schon bei der Krankenpflegefreistellung nach Abs 1 Z 1 und Abs 2 UrlG wird auch für den einseitigen Urlaubsantritt bei eigenen Kindern auf das Vorliegen eines gemeinsamen Haushalts verzichtet (§ 16 Abs 4 UrlG). Arbeitnehmer sind somit berechtigt, entgegen des Grundsatzes des Vereinbarungsgebots Urlaub ohne vorherige Absprache mit ihrem Arbeitgeber anzutreten.

3.1.3 Begleitfreistellung nach § 16 Abs 1 Z 3 UrlG

Ist die COVID-19-Erkrankung derart schwer, dass das Kind in stationäre Behandlung muss, könnte der Anspruch auf Krankenpflegefreistellung nach § 16 Abs 1 Z 1 UrlG daran scheitern, dass die Pflege durch den Arbeitnehmer aufgrund der Versorgung in einer Heil- und Pflegeanstalt gerade nicht notwendig ist. Sollten jedoch nach einer außerordentlich schwierigen und den Zustand des Kindes stark beeinträchtigenden Operation intensive Besuchskontakte durch den Arbeitnehmer für die psychische Betreuung des Kindes erforderlich sein, ist trotz der im Krankenhaus gegebenen Betreuung des Kindes dennoch von der Notwendigkeit der Pflege durch den Arbeitnehmer auszugehen, sodass § 16 Abs 1 Z 1 UrlG erfüllt wäre.⁵⁷⁵

⁵⁷⁵ OGH 9 ObA 335/99a DRdA 2000, 537 = ÖJZ 2000/142 (EvBl) = ASoK 2000, 362 = RdW 2000/465 = ARD 5109/12/2000.

In der Rsp wurde auch das Vorliegen eines wichtigen Dienstverhinderungsgrundes nach § 8 Abs 3 bzw § 1154b Abs 5 ABGB für die Betreuung eines erkrankten Kindes im Krankenhaus durch die Eltern verneint – Ausnahmen würden nur bei einem Akutfall, der die persönliche Anwesenheit eines Elternteils erforderlich macht, bestehen.⁵⁷⁶

Durch die Einführung der Begleitfreistellung gem § 16 Abs 1 Z 3 UrlG im Jahr 2013 wurde das eben beschriebene Problem insofern entschärft, als die Begleitung eines noch nicht zehn Jahre alten erkrankten eigenen oder im gemeinsamen Haushalt lebenden Kindes des Partners bei einem stationären Aufenthalt in einem Krankenhaus als Entgeltfortzahlungsgrund im Rahmen der ersten Woche anerkannt wurde.⁵⁷⁷

3.1.4 Sonstiger wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund

Die Pflegefreistellung nach § 16 UrlG gilt als Sonderfall sonstiger persönlicher Dienstverhinderungen. Wie bereits ausgeführt, unterscheidet sich § 16 UrlG von wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB durch einen klar bestimmten Personenkreis, ein vorgegebenes zeitliches Ausmaß sowie den konkreten Grund der Dienstverhinderung. Sind die Voraussetzungen gem § 16 Abs 1 oder Abs 2 UrlG nicht erfüllt bzw ungünstiger, können sich Arbeitnehmer noch immer auf die fortzahlungspflichtige Verhinderungsnorm des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB stützen (§ 18 UrlG). § 18 UrlG stellt nämlich klar, dass die Weitergeltung gesetzlicher, also gleichrangiger, Regelungen wie insb jene des § 8 Abs 3 AngG im Umfang ihrer Günstigkeit unberührt bleiben.⁵⁷⁸

Handelt es sich bspw nicht um das leibliche Kind des Arbeitnehmers, sondern um das nicht im gemeinsamen Haushalt lebende leibliche Kind des anderen Ehegattens würde ein Anspruch auf Pflegefreistellung gem § 16 UrlG mangels Vorliegens eines gemeinsamen Haushalts ausscheiden. § 16 Abs 4 UrlG bestimmt nämlich, dass nur für die notwendige Pflege eines erkrankten leiblichen Kindes (Wahl- oder Pflegekindes) ein gemeinsamer Haushalt nicht erforderlich ist. In diesem Fall könnte sich der Arbeitnehmer jedoch uU auf § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB stützen, da dieser Entgeltfortzahlungsanspruch keinen bestimmten Verwandtschaftsgrad verlangt, sondern vielmehr auf die Beziehung des

⁵⁷⁶ OGH 9 ObA 231/93 ARD 4524/10/94.

⁵⁷⁷ *Schrank*, UrlG § 16 Rz 40.

⁵⁷⁸ *Schrank*, UrlG § 18 Rz 2.

Arbeitnehmers zu dem betreffenden Menschen abstellt. Es muss daher auch eine sonstige menschlich-soziale enge Bindung berücksichtigt werden.⁵⁷⁹

Ein ähnliches Problem ergibt sich für den Fall, dass der Arbeitnehmer bereits zwei Wochen Pflegefreistellung innerhalb des Arbeitsjahres konsumiert hat und das eigene Kind ein weiteres Mal erkrankt.⁵⁸⁰ Da das Kontingent des § 16 UrlG bereits ausgeschöpft ist, wäre es denkbar, dass Arbeitnehmer wiederum einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund geltend machen.

Es ist allerdings nicht möglich, dass Arbeitnehmer zunächst eine Woche Pflegefreistellung in Anspruch nehmen und bei länger andauernder Erkrankung des Kindes ihren Entgeltfortzahlungsanspruch unmittelbar im Anschluss auf § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB stützen.⁵⁸¹ Denkbar wäre jedoch, dass sich der Arbeitnehmer für die notwendige Pflege des Kindes von vornherein auf § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB beruft, da dem Arbeitnehmer in diesem Fall Entgeltfortzahlung für eine verhältnismäßig kurze Zeit gebührt. Zwar zieht die hM für den Begriff „verhältnismäßig kurze Zeit“ den Richtwert von einer Woche heran, es wird jedoch vielfach vertreten, dass es in besonders berücksichtigungswürdigen Gründen zu einem Überschreiten der Ein-Wochen-Grenze kommen kann.⁵⁸²

3.1.5 Sonderbetreuungszeit nach § 18b Abs 1 Z 1 AVRAG

Seit Phase 4 der Sonderbetreuungszeit⁵⁸³, die rückwirkend zum 01.11.2020 in Kraft getreten ist, haben Arbeitnehmer für die notwendige Betreuung von Kindern Anspruch auf bezahlte Freistellung im Ausmaß von bis zu vier Wochen, wenn das Kind gem § 7 EpiG behördlich abgesondert wurde. Voraussetzungen für den Rechtsanspruch sind, dass für das Kind, welches das 14. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, eine Betreuungspflicht besteht und der Arbeitgeber rechtzeitig von der Absonderung verständigt wurde. Da bei einer Erkrankung an COVID-19 grds eine Absonderung zu erfolgen hat, können sich Eltern zur Betreuung ihrer erkrankten Kinder auch mit der Sonderbetreuungszeit behelfen. Die Sonderbetreuungszeit ist gegenüber den anderen Entgeltansprüchen va für den Arbeitgeber

⁵⁷⁹ LGZ Wien 44 Cg 163/80 Arb9918.

⁵⁸⁰ Dass § 16 Abs 2 UrlG gegenüber § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB subsidiär ist, wird in der Praxis verkannt. Siehe zu dieser Thematik Kapitel 2.3.2 „Entgeltfortzahlungsanspruch gem § 16 Abs 2 UrlG“.

⁵⁸¹ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 UrlG Rz 4; Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ § 18 Erl 3; Kuderna, Urlaubsrecht² § 18 Rz 3.

⁵⁸² Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 157 mwN; Naderhirn, DRdA 2008, 276 (277).

⁵⁸³ BGBl I 2020/31.

von Vorteil, da dieser in weiterer Folge Kostenersatz für das während der Freistellung fortgezahlte Entgelt gegenüber dem Bund geltend machen kann.

Hat sich das Kind lediglich mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert, weist es jedoch keine Symptome auf, ist fraglich, ob Arbeitnehmer sich überhaupt auf die Entgeltfortzahlungstatbestände der Pflegefreistellung stützen können. Dasselbe Problem besteht, wenn der Absonderung lediglich ein Ansteckungsverdacht zugrunde liegt. Die von § 16 UrlG geforderte Pflegebedürftigkeit liegt gerade nicht vor. Für derartige Fälle kommen als Entgeltanspruch am ehesten ein wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB sowie wiederum die Sonderbetreuungszeit in Betracht. Wie oben ausgeführt,⁵⁸⁴ komme ich in diesen Konstellationen zu dem Ergebnis, dass Arbeitnehmer ihren Entgeltanspruch vorrangig auf die Sonderbetreuungszeit stützen müssen.

3.2 (Partielle) Schließung von Schulen und Betreuungseinrichtungen

Wird die vom Kind besuchte Schule oder Kinderbetreuungseinrichtung gänzlich oder teilweise geschlossen, kommt es häufig zur Kollision von Betreuungspflichten mit beruflichen Verpflichtungen.

Die COVID-19-Pandemie führte in Österreich zum ersten Lockdown ab dem 16.03.2020. Zur Eindämmung der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 erging vom BMBWF die Anordnung, dass Schulen zwar nicht geschlossen, der reguläre Unterricht jedoch ausgesetzt werde. Ziel sei es, dass möglichst viele Kinder der Volksschule, Sekundarstufe I (Mittelschule und AHS Unterstufe) und der Sonderschule nicht in die Schule kommen sollen und mit Übungsmaterialien für zu Hause versorgt werden. Für jene Schüler der Volksschule, Sekundarstufe I und Sonderschule, deren Eltern beruflich unabhkömmlich sind bzw die keine Möglichkeit einer Betreuung zu Hause haben, werde die Betreuung in den Schulen weiterhin sichergestellt.⁵⁸⁵

Im Laufe der Pandemie kam es jedoch auch immer wieder zur Schließung einzelner Klassen oder Kindergartengruppen ohne Betreuungsmöglichkeiten.

Folgende Entgeltansprüche kommen in Betracht:

⁵⁸⁴ Siehe dazu die Ausführungen in Kapitel 2.6.7 „Dogmatische Beurteilung“.

⁵⁸⁵ Erlass des BMBWF – Umgang des Bildungssystems mit dem Coronavirus <https://www.bmbwf.gv.at/Themen/schule/beratung/corona.html> (abgefragt am 20.04.2023).

3.2.1 Pflegefreistellung gem § 16 UrlG

Mangels Erkrankung der Kinder ist auf vorliegende Sachverhalte weder die Krankenpflegefreistellung nach § 16 Abs 1 Z 1 UrlG noch die erweiterte Pflegefreistellung nach Abs 2 UrlG anwendbar.

In einem ersten Moment könnte man zunächst geneigt sein, an die Betreuungsfreistellung nach § 16 Abs 1 Z 2 UrlG zu denken. Diese steht Arbeitnehmern zur notwendigen Betreuung ihrer Kinder wegen dem Ausfall der ständigen Betreuungsperson zu, wobei der Ausfall auf einen der im § 15d Abs 2 Z 1 bis 5 MSchG taxativ genannten Gründe zurückzuführen sein muss. Der Ausfall der ständigen Betreuungsperson aufgrund von Schulschließungen oder Kindergartenschließungen ist jedoch nicht von diesen Gründen erfasst, sodass für vorliegende Sachverhaltskonstellationen kein Anspruch auf Betreuungsfreistellung nach § 16 Abs 1 Z 2 UrlG vorliegt.

3.2.2 Sonstiger wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund

Grds kann auch die unerwartete Schließung der Schule oder des Kindergartens einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund darstellen.⁵⁸⁶ Diese Ansicht wurde auch iZm der Schulschließung bzw Schließung von Kinderbetreuungseinrichtungen wegen der Ansteckungsgefahr bei Schweinegrippe vertreten.⁵⁸⁷ Voraussetzung für die Entgeltfortzahlung ist allerdings, dass die Betreuung des Kindes durch den Arbeitnehmer notwendig ist – bestehen noch alternative Betreuungsmöglichkeiten ist von keinem Betreuungsnotstand, der das bezahlte Fernbleiben von der Arbeit rechtfertigt, auszugehen. Wurde in Schulen und Kindergärten weiterhin eine Betreuung für Kinder bis zur 8. Schulstufe angeboten, werden Eltern daher keinen persönlichen Dienstverhinderungsgrund geltend machen können.

Anders mag die Situation zu beurteilen sein, wenn ausnahmsweise doch keine Betreuungsmöglichkeit angeboten wurde oder wenn ganze Klassen oder Kindergartengruppen bspw wegen Ansteckungsverdacht geschlossen wurden. In diesen Fällen sind Arbeitnehmer zwar verpflichtet, alle zumutbaren Vorkehrungen zu treffen, um die Dienstverhinderung hintanzuhalten⁵⁸⁸ – gelingt ihnen dies jedoch nicht, weil etwa auch die Betreuung durch die Großeltern, die als besonders gefährdete Personen gelten, nicht möglich ist, haben sie Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung für eine verhältnismäßig

⁵⁸⁶ Burger in Reissner, AngG³ § 8 Rz 83; Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 125; Hübelbauer, CuRe 2020/43.

⁵⁸⁷ ARD 6004/1/2009.

⁵⁸⁸ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 113.

kurze Zeit.⁵⁸⁹ Probleme können sich hier wiederum ergeben, wenn die Schulschließung bzw Schließung des Kindergartens die Dauer von einer Woche übersteigt – insofern stellt die Berufung auf einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund nur ein beschränkt geeignetes Instrument dar, um allfälligen Schließungen zu begegnen.⁵⁹⁰

3.2.3 Sonderbetreuungszeit

Ein Hauptanwendungsfall der bereits mehrfach novellierten und im Zuge der COVID-19-Pandemie eingeführten Sonderbetreuungszeit sind teilweise oder gänzliche Schulschließungen bzw Schließungen von Kinderbetreuungseinrichtungen. Hauptziel der Sonderbetreuungszeit ist die Sicherstellung der notwendigen Betreuung. Auch jene Fälle, die zwar mit dem Wortlaut des Erlasses des BMBWF⁵⁹¹, wonach Schulen zwar nicht *geschlossen*, jedoch der Unterricht ausgesetzt werde, wie es bspw während des ersten Lockdowns geschah, nicht vereinbar sind, haben zumindest als teilweise Schließung iSd Bestimmung des § 18b AVRAG zu gelten, andernfalls der Zweck dieser Norm völlig unterlaufen würde.⁵⁹²

Die genauen Tatbestandsvoraussetzungen für einen allfälligen Anspruch auf oder die Möglichkeit der Vereinbarung von Sonderbetreuungszeit sind von der jeweiligen Phase der Sonderbetreuungszeit abhängig.⁵⁹³

3.3 Erkrankung und/oder Absonderung der ständigen Betreuungsperson

Während der Pandemie kam es nicht nur zur Schließung von Bildungs- bzw Betreuungseinrichtungen, sondern auch zum COVID-19-bedingten Ausfall jener Personen, die das Kind normalerweise betreuen, während Eltern idR ihrer Arbeitspflicht nachgehen. Betreuungspersonen können aus dem Familienkreis stammen, wie Großeltern oder Elternteile selbst, sie können jedoch auch familienfremde Personen, wie Tagesmütter, sein.

3.3.1 Betreuungsfreistellung nach § 16 Abs 1 Z 2 UrlG

Als Entgeltfortzahlungsanspruch für derartige Fälle prädestiniert ist die Betreuungsfreistellung. Arbeitnehmer haben in solchen Fällen Anspruch auf fortzahlungspflichtige Freistellung zur notwendigen Betreuung ihres eigenen Kindes

⁵⁸⁹ Zum Begriff „*verhältnismäßig kurze Zeit*“ siehe Ausführungen in Kapitel 2.2.3 „Dauer der Entgeltfortzahlung“.

⁵⁹⁰ Vgl dazu auch Sabara/Lindmayr, ARD 6694/4/2020 (5).

⁵⁹¹ Erlass des BMBWF – Umgang des Bildungssystems mit dem Coronavirus, <https://www.bmbwf.gv.at/Themen/schule/beratung/corona.html> (abgefragt am 20.04.2023).

⁵⁹² Hübelbauer, CuRe 2020/43.

⁵⁹³ Siehe hierzu ausführlich in Kapitel 2.6 „Sonderbetreuungszeit“.

(Wahl- oder Pflegekindes) oder eines im gemeinsamen Haushalt lebenden leiblichen Kindes des Partners infolge Ausfalls der ständigen Betreuungsperson. Neben dem Umstand, dass die Betreuungsperson das Kind ständig, dh, regelmäßig und nicht bloß aushilfsmäßig, betreut haben muss,⁵⁹⁴ setzt dieser Anspruch voraus, dass diese Betreuungsperson aufgrund eines der im Gesetz taxativ aufgezählten Grundes ausfällt.

Als Ausfallsgründe kommen vorliegend insb die schwere Erkrankung, die behördliche Anhaltung sowie allenfalls der stationäre Krankenhausaufenthalt der Betreuungsperson in Betracht.

Eine Erkrankung wird dann als schwer anzusehen sein, wenn sie die Betreuung deshalb ausschließt, weil sie etwa unzumutbare nachteilige Auswirkungen auf den Gesundheitszustand und die Wiedergenesung der Betreuungsperson hat oder wegen deren Auswirkungen auf das notwendige Mindestausmaß an Betreuungsqualität und Betreuungssicherheit oder durch Gefährdung des Gesundheitszustandes des Kindes.⁵⁹⁵ Bei der Infektion mit SARS-CoV-2 wird man mE bereits aus Gründen der Betreuungssicherheit bzw des Schutzes der Gesundheit des Kindes vom Vorliegen des Ausfallsgrundes der schweren Erkrankung ausgehen müssen, selbst wenn die Betreuungsperson keine bis leichte Symptome aufweist – insb wenn es sich um familienfremde Betreuungspersonen handelt. Ist der Krankheitsverlauf so schwer, dass die Betreuungsperson stationär in einem Krankenhaus behandelt werden muss, liegt ebenfalls ein entgeltfortzahlungspflichtiger Ausfallsgrund vor. Wurde die Betreuungsperson hingegen lediglich als Kontaktperson abgesondert, scheidet der Ausfallsgrund schwere Erkrankung aus, allerdings wird dann der Ausfallsgrund behördliche Anhaltung einschlägig sein.

Wurde bspw die im gemeinsamen Haushalt und das Kind ständig betreuende Mutter als Kontaktperson abgesondert, wird idR gar kein Ausfall der Betreuungsperson vorliegen, da das Kind auch zuhause während der Quarantäne von ihr betreut werden kann. Nur wenn das Kind aus bestimmten Gründen die Wohnung verlassen muss, zB für etwas Bewegung und frische Luft, wird ein Anspruch des anderen Elternteils auf Betreuungsfreistellung gegeben sein. Von einem fortzahlungspflichtigen Freistellungsanspruch wird auch dann auszugehen sein, wenn die Erkrankung des abgesonderten Vaters, der das Kind ständig

⁵⁹⁴ *Schrank*, UrIG § 16 Rz 46.

⁵⁹⁵ *Schrank*, UrIG § 16 Rz 48.

betreut, derart schwer ist, dass er sich nicht um das Kind kümmern kann bzw sich, um zu genesen, schonen muss.

Ist der Anspruch auf Betreuungsfreistellung erfüllt, können Arbeitnehmer bis zu einer Woche pro Arbeitsjahr vom Dienst bezahlt fernbleiben. Probleme ergeben sich, wenn die Dauer der Erkrankung bzw der Absonderung der ständigen Betreuungsperson eine Woche übersteigt. Die Betreuungsfreistellung ist mit maximal einer Woche pro Arbeitsjahr begrenzt. Die Günstigkeitsklausel des § 18 UrlG normiert, dass alle auch gegenüber § 16 UrlG arbeitnehmergeünstigere (ältere) gesetzliche oder kollektivvertragliche Regelungen unberührt bleiben. Arbeitnehmer könnten uU ihren Betreuungsbedarf innerhalb der Familie daher auch auf § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB stützen, wenn diese den Begrenzungen des § 16 UrlG im Umfang ihrer Günstigkeit vorgehen.⁵⁹⁶ § 18 UrlG ermöglicht jedoch keine Kombination der beiden Entgeltfortzahlungstatbestände. Es ist daher nicht möglich, dass sich Arbeitnehmer im selben Verhinderungsfall zunächst auf § 16 UrlG und unmittelbar anschließend auf § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB berufen.⁵⁹⁷

3.3.2 Sonstiger wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund

Arbeitnehmer könnten für die notwendige Betreuung auch einen wichtigen Dienstverhinderungsgrund geltend machen, sollte dieser für sie günstiger als § 16 UrlG sein (Günstigkeitsklausel gem § 18 UrlG).⁵⁹⁸ Den unerwarteten Ausfall einer Betreuungsperson wird man mE mit einer unerwarteten Schul- bzw Kindergartenschließung gleichsetzen können. Liegen die übrigen Voraussetzungen nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB vor, haben Arbeitnehmer Anspruch auf eine bezahlte Freistellung für eine verhältnismäßig kurze Zeit.

3.3.3 Sonderbetreuungszeit gem § 18b AVRAG

Die Sonderbetreuungszeit verfolgt das Ziel, die Betreuung des in § 18b AVRAG genannten Personenkreises, wozu mitunter betreuungspflichtige Kinder unter 14 Jahren zählen, sicherzustellen. Der Betreuungsbedarf ist bei der Sonderbetreuungszeit an gewisse Gründe geknüpft. Neben der behördlichen Absonderung des unter 14-jährigen Kindes nach dem EpiG, kann sich der Betreuungsbedarf aus der teilweisen oder vollständig behördlich angeordneten Schließung von Schulen oder anderen Kinderbetreuungseinrichtungen

⁵⁹⁶ Schrank, UrlG § 16 Rz 3.

⁵⁹⁷ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 18 UrlG Rz 4.

⁵⁹⁸ Naderhirn, DRdA 2008, 276 (277).

ergeben. Die Sonderbetreuungszeit erfasst in ihrem Anwendungsbereich zwar jene Fälle, in denen die Betreuung infolge des Ausfalls einer Betreuungskraft für pflegebedürftige Personen oder infolge des Ausfalls der persönlichen Assistenz für Menschen mit Behinderung nicht mehr sichergestellt ist.⁵⁹⁹ Der Ausfall der ständigen Betreuungsperson des Kindes ist vom Anwendungsbereich der Sonderbetreuungszeit hingegen nicht erfasst, sodass weder ein Anspruch auf Sonderbetreuungszeit besteht noch Sonderbetreuungszeit vereinbart werden kann.

⁵⁹⁹ Eingeführt iRd 2. COVID-19-G BGBl I 2020/16 und des 3. COVID-19-G BGBl I 2020/23.

4 Gesundheitsbezogene Dienstverhinderungen

Gesundheitsbezogene Dienstverhinderungen können einerseits ohne einen konkreten Vorfall, sondern allein aufgrund des Status des Arbeitnehmers, bspw als Angehöriger einer Risikogruppe oder aufgrund einer Schwangerschaft, vorliegen.⁶⁰⁰ Als Grundlage für die Entgeltfortzahlung kommen hier va die COVID-19-Risikofreistellung gem § 735 ASVG⁶⁰¹ sowie die COVID-19-Sonderfreistellung gem § 3a MSchG⁶⁰² in Betracht.

Andererseits kann die Arbeitsleistung aufgrund vorübergehender Umstände, wie etwa eines Verdachts auf Infektion oder einer bestätigten Infektion mit SARS-CoV-2 oder einer Erkrankung an COVID-19, unterbleiben.⁶⁰³ Als Entgeltfortzahlungsstatbestände kommen hier sowohl die arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlung durch Krankheit in Frage, wichtige persönliche Dienstverhinderungsgründe als auch der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG, deren Verhältnis zueinander in der Lit stark umstritten ist.⁶⁰⁴

Bei vorübergehenden Dienstverhinderungen kann wiederum zwischen Dienstverhinderungen infolge behördlicher Verfügung und jenen ohne diese differenziert werden. Als behördlich Verfügungen, die zum Unterbleiben der Arbeitsleistung führen, kommen va die in § 32 EpiG genannten Maßnahmen in Betracht. Dazu zählen ua die Absonderung eines Arbeitnehmers gem § 7 oder § 17 EpiG, die Untersagung einer Erwerbstätigkeit gem § 17 EpiG, die Beschäftigung in einem gem § 20 EpiG beschränkten oder geschlossenen Unternehmen, die Verhängung einer Verkehrsbeschränkung gem § 24 EpiG über eine Ortschaft, in der Arbeitnehmer wohnen oder berufstätig sind.

Von Dienstverhinderungen aufgrund behördlicher Verfügung sind jene Fälle zu unterscheiden, in denen sich Arbeitnehmer zwar in Quarantäne begeben müssen, dies jedoch nicht unmittelbare Folge einer behördlichen Verfügung ist. Diesen Dienstverhinderungen ist gemein, dass mangels Aufzählung in § 32 EpiG, Arbeitgebern für diese Quarantänen kein Vergütungsanspruch gegenüber dem Bund zusteht.⁶⁰⁵ Als

⁶⁰⁰ Dullinger, ZAS 2021/3 (13).

⁶⁰¹ Eingeführt iRd 3. COVID-19-G BGBl I 2020/23.

⁶⁰² Eingefügt durch das BG, mit dem das Mutterschutzgesetz 1979 geändert wird BGBl I 2020/160.

⁶⁰³ Dullinger, ZAS 2021/3 (13).

⁶⁰⁴ Vgl dazu die Ausführungen in Kapitel 2.5 „Verhältnis von § 32 EpiG zu arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen“.

⁶⁰⁵ Ausgenommen die in § 3b EpiG vorgesehene Heimquarantäne bei SARS-CoV-2-Antigentests zur Eigenanwendung.

Beispiele dafür können die verpflichtende Heimquarantäne aufgrund der COVID-19-Einreiseverordnung⁶⁰⁶ sowie freiwillige Selbstisolationen genannt werden.

4.1 Dienstverhinderung aufgrund behördlicher Verfügung

Hinsichtlich behördlicher Verfügungen wurden in der Praxis am häufigsten Sachverhalte mit behördlichen Absonderungen gem § 7 EpiG⁶⁰⁷ wahrgenommen, sodass im Folgenden der Fokus auf diese Quarantänemaßnahme gelegt wird.

Wie bereits ausgeführt, löst eine behördliche Absonderung nach § 7 EpiG idR sowohl arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlungsansprüche als auch einen epidemierechtlichen Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG aus. Das Verhältnis der Entgeltansprüche zueinander ist umstritten. Wie in Kapitel 2.5 „Verhältnis von § 32 EpiG zu arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen“ dargelegt, vertrete ich die Ansicht, dass der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG den arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen vorgeht.

4.1.1 Absonderung aufgrund des Verdachts oder der Erkrankung an COVID-19

Um das Ansteckungsrisiko in Ordinationen zu minimieren, wurde im März 2020 die telefonische Krankmeldung eingeführt. Ab 01.09.2020 wurde die telefonische Krankmeldung auf COVID-19-Verdachtsfälle eingeschränkt.⁶⁰⁸ Um die Absonderung von COVID-19-Verdachtsfällen sicherzustellen und auch Ordinationen und Ärzte zu entlasten, legte die ÖGK eine österreichweite Vorgehensweise bei COVID-19-Verdachtsfällen fest.⁶⁰⁹

Laut Falldefinition des BMSGPK⁶¹⁰ galt als COVID-19-Verdachtsfall jede Person, die die klinischen Kriterien erfüllte. Die klinischen Kriterien waren erfüllt, wenn die Person mindestens eines der Symptome (Husten, Fieber, Kurzatmigkeit, plötzliches Auftreten einer Störung bzw Verlust des Geschmacks- oder Geruchssinns) aufwies.

⁶⁰⁶ ZB COVID-19-Einreiseverordnung BGBl II 2020/445.

⁶⁰⁷ Siehe dazu ausführlich Kapitel 2.4 „Vergütungsanspruch gem § 32 EpiG“.

⁶⁰⁸ Rauch, ASoK-Spezial Arbeitsrecht (2021) 24; aufgrund des anhaltend hohen Infektionsgeschehens wurde die telefonische Krankmeldung schrittweise bis Ende Mai 2022 verlängert.

⁶⁰⁹ Informationen der ÖGK zum Corona-Virus für Vertragspartner/innen, <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.861100&portal=oegkportal> (abgefragt am 16.06.2021).

⁶¹⁰ Informationen des BMSGPK, Falldefinition COVID-19, 2f, <https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/Uebertragbare-Krankheiten/Infektionskrankheiten-A-Z/Neuartiges-Coronavirus.html> (Stand 26.05.2021).

COVID-19-Verdachtsfälle konnten ohne persönlichen Ordinationsbesuch auf Basis einer telemedizinischen Abklärung ihrer Arbeitsunfähigkeit krankgeschrieben werden. Dabei war laut Informationsschreiben der ÖGK⁶¹¹ folgendermaßen vorzugehen:

Kontaktierten Arbeitnehmer, bei welchen Symptome auftraten, die auf eine COVID-19-Erkrankung schließen ließen, ihren Arzt, waren sie von ihm zunächst darauf hinzuweisen, dass jedenfalls die Gesundheitshotline 1450 zu kontaktieren sei. In den meisten Bundesländern erfolgte sodann über die Gesundheitshotline 1450 eine Anmeldung zur Testung, in manchen Bundesländern konnte die Anmeldung zur Testung auch direkt über den Arzt erfolgen.

Zu diesem Zeitpunkt stand noch nicht fest, ob Arbeitnehmer in weiterer Folge auch behördlich abgesondert wurden. War aufgrund der Krankheitssymptome von einer Arbeitsunfähigkeit auszugehen, erfolgte zunächst eine telefonische Krankschreibung für fünf Arbeitstage. Die Krankmeldung war als COVID-19-Verdachtsfall zu codieren und an die ÖGK zu übermitteln. Zur lückenlosen Erfassung von COVID-19-Verdachtsfällen informierte die ÖGK auch die zuständige Gesundheitsbehörde. Es lag daher aus arbeits- und sozialversicherungsrechtlicher Sicht ein Krankenstand vor.

Das weitere Prozedere hing von dem Testergebnis ab:

Bei positivem Testergebnis war vorgesehen, dass für Arbeitnehmer rückwirkend zum Zeitpunkt des Anrufs bei der Gesundheitshotline 1450 eine Absonderung angeordnet wurde. Dabei wurde die telefonische Krankschreibung storniert und rückwirkend durch die Absonderung ersetzt. Arbeitnehmer hatten daher keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 EFZG, sondern nach § 32 Abs 3 EpiG. Das Krankenstandskontingent wurde nicht geschmälert.

Bei negativem Testergebnis erfolgte keine Absonderung. Die telefonische Krankmeldung blieb aufrecht und erlosch nach fünf Arbeitstagen. Sollten Arbeitnehmer darüber hinaus weiterhin krank sein, konnte eine weitere Krankschreibung nur aufgrund eines persönlichen Arztbesuches erfolgen.

Lag kein Testergebnis vor, weil die Gesundheitshotline eine Testung nicht für notwendig erachtete oder weil der Verdachtsfall die Gesundheitshotline gar nicht kontaktierte, erlosch die Krankschreibung ebenfalls nach fünf Arbeitstagen. Bestand aus ärztlicher Sicht

⁶¹¹ Informationsschreiben der ÖGK bzgl AU-Meldung bei COVID-19-Verdachtsfällen VI Nr 1940/2020, <https://www.aekooe.at/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=4874&token=d7eae563535a560392de78560ae574f708f3f950> (Stand 31.08.2020).

weiterhin eine COVID-19-Verdachtslage, konnte eine Verlängerung des Krankenstandes wiederum telefonisch aufgrund einer telemedizinischen Konsultation erfolgen.

In all diesen Fällen war vorgesehen, dass die ÖGK den COVID-19-Verdachtsfall kontaktieren und mit ihm die jeweilige Vorgangsweise besprechen sollte.⁶¹²

Unklar war allerdings, was galt, wenn Arbeitnehmer das Testergebnis erst nach Verstreichen der fünf Arbeitstage erhielten und eine Verlängerung der Krankschreibung wegen Genesung nicht nötig war. Für den Zeitraum nach Ablauf der fünf Arbeitstage bis zum Erhalt des Testergebnisses lag jedenfalls keine Dienstverhinderung durch Krankheit vor. Auch wenn der Arbeitnehmer keine Symptome mehr aufwies, konnte das Testergebnis noch positiv ausfallen und der Arbeitnehmer in weiterer Folge das Virus übertragen. Fiel das Testergebnis tatsächlich positiv aus, sollte die Absonderung laut Informationsschreiben der ÖGK rückwirkend zum Zeitpunkt des Anrufs bei der Gesundheitshotline 1450 angeordnet werden. War dies der Fall, waren Arbeitnehmer während des gesamten Zeitraums durch die behördliche Absonderung an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung verhindert. Sie hatten Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem § 32 Abs 3 EpiG.

In diesen Konstellationen war es besonders problematisch, wenn die behördliche Absonderung im Falle eines positiven Ergebnisses nicht rückwirkend zum Zeitpunkt des Anrufs bei der Gesundheitsberatung 1450 erfolgte, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt, bzw wenn das Testergebnis negativ ausfiel und daher gar keine behördliche Absonderung verhängt wurde.

Beiden Fällen ist gemein, dass Arbeitnehmer idR bis zum Vorliegen des Testergebnisses der Arbeit fernblieben. Die Rechtslage hinsichtlich des Bestehens eines Entgeltfortzahlungsanspruchs für die Dauer des Fernbleibens ist unklar. Als Entgeltfortzahlungstatbestand könnte ein persönlicher Dienstverhinderungsgrund nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB in Betracht kommen.⁶¹³

Als wichtige persönliche Dienstverhinderungsgründe gelten sowohl Gründe, die dem Arbeitnehmer zuzurechnen sind und durch die er unmittelbar an der Erbringung der Leistung gehindert wird, als auch solche, die nach Recht, Sitte oder Herkommen wichtig genug erscheinen, um ihn davon abzuhalten. Dazu zählen insb Gründe familiärer Natur,

⁶¹² Informationsschreiben der ÖGK bzgl AU-Meldung bei COVID-19-Verdachtsfällen VI Nr 1940/2020, <https://www.aekoee.at/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=4874&token=d7eae563535a560392de78560ae574f708f3f950> (Stand 31.08.2020).

⁶¹³ Höfle/Platzer, ASoK 2020, 402 (403).

tatsächliche Verhinderungen und öffentliche Pflichten.⁶¹⁴ Nach *Holzer*⁶¹⁵ handelt es sich bei öffentlichen Pflichten um Verhinderungsgründe, die „ihre Wurzeln in den Pflichten des einzelnen gegenüber der Allgemeinheit haben. Die meisten dieser Pflichten sind gesetzlich geregelt, doch auch hier gibt es Pflichten, die sich aus Sitte, Herkommen und Moral ableiten.“

Bei Kontaktaufnahme mit der Gesundheitsberatung 1450 wird dem Arbeitnehmer grds geraten, zuhause zu bleiben und Kontakte zu vermeiden. An dieser Stelle wendet *Stupar*⁶¹⁶ richtigerweise ein, dass es sich bei der Gesundheitsberatung um keine Gesundheitsbehörde handle, die eine behördliche Absonderung iSd § 7 oder § 17 EpiG verhängen könne. Ihr Rat, zuhause zu bleiben, stelle lediglich eine unverbindliche Empfehlung dar. Die Empfehlung sei weder ein Absonderungsbescheid noch eine Krankmeldung.

*Stupar*⁶¹⁷ verneint das Vorliegen eines persönlichen Dienstverhinderungsgrundes und argumentiert, dass die bloße Befürchtung, krank zu sein, faktisch weder Gründe der Sitte, des Herkommens, einer öffentlich-rechtlichen Pflicht oder einer tatsächlichen Unmöglichkeit, den Arbeitsplatz zu erreichen, darstelle. Darüber hinaus sei der persönliche Dienstverhinderungsgrund gem § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB klar von anderen gesetzlich geregelten Dienstverhinderungsgründen (Krankheit oder Unfall) abgegrenzt. Ist ein Arbeitnehmer nicht krank, ist er arbeitsfähig und es liege kein persönlicher Dienstverhinderungsgrund vor. Ein solcher könne seines Erachtens nicht als Auffangtatbestand dienen, wenn die Voraussetzungen einer Dienstverhinderung durch Krankheit, Unfall oder Anstaltsaufenthalt nicht erfüllt seien. Darüber hinaus müsse die Dienstverhinderung ohne Verschulden des Arbeitnehmers eingetreten sein. Nach *Stupars* Auffassung liege bereits leichte Fahrlässigkeit vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Arbeitsaufnahme auffordere, der Arbeitnehmer der Aufforderung aber nicht nachkomme und weder einen Absonderungsbescheid noch eine Krankenstandsbestätigung vorlegen könne.

Ich teile diese Einschätzung nicht. Gerade in Zeiten einer Pandemie könnte sich der Hinderungsgrund, wie von *Holzer*⁶¹⁸ beschrieben, aus der Moral gegenüber der Allgemeinheit ableiten – die Vermeidung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2.

⁶¹⁴ *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/645.

⁶¹⁵ *Holzer*, DRdA 1970, 107 (113).

⁶¹⁶ *Stupar*, ASoK 2021, 2 (2).

⁶¹⁷ *Stupar*, ASoK 2021, 2 (3).

⁶¹⁸ *Holzer*, DRdA 1970, 107 (113).

Auch *Gerhartl*⁶¹⁹ nimmt von einer allzu restriktiven Handhabung der Anwendbarkeit der Entgeltfortzahlungsvorschriften iZm COVID-19 Abstand und begründet dies damit, dass es nicht nur um den Eigenschutz des Arbeitnehmers gehe, sondern vordergründig vor allem auch um die Minimierung der Gefährdung anderer Personen – was mE bei einem genesenen COVID-19-Verdachtsfall, dessen Testergebnis noch ausständig ist, wohl gut nachvollziehbar ist.

Des Weiteren halte ich *Stupars*⁶²⁰ Umkehrschluss, wonach ein nicht kranker Arbeitnehmer arbeitsfähig ist und deshalb kein Dienstverhinderungsgrund vorliegen könne, nicht für nachvollziehbar. Zwar ist es richtig, dass mangels Erkrankung keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, allerdings kann daraus mE nicht geschlossen werden, dass nur aus diesem Grund kein anderer Dienstverhinderungsgrund bestehen kann. Wäre dies der Fall, würde man § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB jegliche Anwendbarkeit aberkennen.

Ich halte es daher grds für vertretbar, dass COVID-19-Verdachtsfälle, deren Krankmeldung wegen Ablaufs der Fünf-Tages-Frist erloschen ist und die keine Symptome mehr aufweisen, bis zum Vorliegen des (negativen) Testergebnisses durch einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert sind. Die Dienstverhinderung resultiert aus einer öffentlichen Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit, die zwar nicht aus einem Gesetz, jedoch aus moralischen Gründen abgeleitet werden kann.

Anders verhält es sich, wenn der genesene COVID-19-Verdachtsfall sich zu einem Zeitpunkt, zu dem sein Testergebnis noch nicht vorliegt, arbeitsbereit erklärt. Wie bereits ausgeführt, stellt der Rat der Gesundheitshotline 1450 lediglich eine unverbindliche Empfehlung dar, die nicht mit einer behördlichen Absonderung gleich zu setzen ist. Solange keine behördliche Absonderung angeordnet wurde, darf der Arbeitnehmer weiterhin seine Arbeitsleistung – grds auch im Betrieb – erbringen. Da noch nicht ausgeschlossen ist, dass sich der Arbeitnehmer tatsächlich mit SARS-CoV-2 infiziert hat, werden Arbeitgeber idR kein großes Interesse an der Beschäftigung des Arbeitnehmers im Betrieb haben. Um das Risiko einer Verbreitung des Virus im Betrieb zu vermeiden, werden Arbeitgeber daher wohl tunlichst versuchen, die Zeit bis zum Vorliegen des Testergebnisses mit Urlaub, Zeitausgleich oder Homeoffice zu überbrücken. Sollte dies nicht möglich sein und möchte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, solange dessen

⁶¹⁹ *Gerhartl*, ASoK 2020, 302 (363).

⁶²⁰ *Stupar*, ASoK 2021, 2 (3).

Gesundheitsstatus unklar ist, nicht im Betrieb beschäftigen, bleibt als letzte Option die bezahlte Dienstfreistellung. Entgeltfortzahlung gebührt nach § 1155 Abs 1 ABGB.

Es mutet seltsam an, dass der zugrundeliegende Sachverhalt einmal als Grund in der Sphäre des Arbeitnehmers – als persönlicher Dienstverhinderungsgrund wegen moralischen Erwägungen gegenüber der Allgemeinheit – und einmal als Grund auf Seiten des Arbeitgebers gesehen werden kann. Einzig die Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers entscheidet, ob die Dienstverhinderung auf Seiten des Arbeitnehmers oder auf Seiten des Arbeitgebers liegt. Zwar hat in beiden Fällen der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung zu leisten, allerdings ist der Entgeltfortzahlungsanspruch im Falle eines persönlichen Dienstverhinderungsgrundes zeitlich befristet und verschuldensabhängig, während die Entgeltfortzahlung nach § 1155 Abs 1 ABGB verschuldensunabhängig und hinsichtlich der Dauer nicht beschränkt ist.

Ist das verspätete Testergebnis auf erhöhtes Testaufkommen oder gar Behördenversagen zurückzuführen, erscheint die Konsequenz, dass Arbeitgeber faktisch gezwungen sind, Entgeltfortzahlung zu leisten, um einerseits nicht die Aufrechterhaltung des Betriebs zu riskieren und andererseits die restlichen Arbeitnehmer zu schützen, nicht sachgerecht und äußerst unbefriedigend.

Diese Problematik konnte durch die Einführung des § 3b EpiG, durch BGBl I 2021/23, zumindest in der Theorie, teilweise entschärft werden. Weisen Arbeitnehmer nämlich klinische Symptome auf, ist es mittlerweile ein Leichtes, zusätzlich zur Kontaktaufnahme mit dem Arzt bzw der Gesundheitshotline einen SARS-CoV-2-Antigentest zur Eigenanwendung durchzuführen. Sollte der Test positiv ausfallen, haben sich Arbeitnehmer unverzüglich in selbstüberwachte Heimquarantäne zu begeben und eine Nachtestung zu veranlassen. Die selbstüberwachte Heimquarantäne hat bis zum Vorliegen des Testergebnisses der Nachtestung zu erfolgen. Der Gesetzgeber normiert in diesem Zusammenhang, dass für die Entgeltfortzahlung bzw den Ersatz § 32 EpiG sinngemäß gilt. Durch den in § 32 Abs 3 EpiG für Arbeitgeber vorgesehenen Ersatzanspruch gegenüber dem Bund, werden Arbeitgeber zumindest teilweise von der finanziellen Belastung und dem Risiko einer Weiterverbreitung von SARS-CoV-2 in der Arbeitsstätte befreit.

4.1.2 Absonderung als Kontaktperson

Die Regelungen zur Kontaktpersonennachverfolgung haben sich im Laufe der Pandemie entsprechend der jeweiligen epidemiologischen Situation immer wieder geändert. Aufgrund der im Frühjahr 2022 vorherrschenden und sehr infektiösen „Omikron“-Variante

wurde in manchen Bundesländern (zB in Kärnten) die Kontaktpersonennachverfolgung bis auf wenige Ausnahmen (vulnerable Gruppen, Gesundheits- und Schlüsselpersonal, etc) wegen Behördenüberlastung eingestellt.⁶²¹ Die Darstellung arbeitsrechtlicher Probleme iZm der Absonderung von Kontaktpersonen erfolgt daher anhand einer ausgewählten Rechtslage, und zwar jener vom Juni 2021. Die daraus gezogenen Schlüsse haben jedoch allgemeine Aussagekraft.

Hinsichtlich der Absonderung von Kontaktpersonen wurde von den Behörden zwischen verschiedenen Kategorien von Kontaktpersonen unterschieden. Als Kontaktpersonen der Kategorie I wurden solche mit Hoch-Risiko-Exposition bezeichnet, während als Kontaktpersonen der Kategorie II Personen mit Niedrig-Risiko-Exposition galten.⁶²²

Lediglich Kontaktpersonen der Kategorie I wurden gem § 7 EpiG abgesondert.⁶²³ Arbeitnehmer, die als Kontaktperson der Kategorie I abgesondert wurden, hatten daher für die Dauer der Absonderung einen Vergütungsanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG gegenüber ihren Arbeitgebern.

Galten Arbeitnehmer als Kontaktperson der Kategorie II, erfolgte eine Aufforderung, soziale Kontakte und die Nutzung öffentlicher Verkehrsmittel sowie Reisetätigkeiten freiwillig stark zu reduzieren und die wissentlichen Kontakte und Gesprächskontakte zu notieren. Über Kontaktpersonen der Kategorie II konnten Behörden allenfalls nach sorgfältiger Abwägung Verkehrsbeschränkungen (bspw Fernhaltung von Gemeinschaftseinrichtungen und Versammlungsorten, von der Benützung öffentlicher Transportmittel sowie die Fernhaltung von Beschäftigungen, die einen häufigen Kontakt mit anderen Personen bedingen) verhängen.⁶²⁴

Auch bei der Aufforderung, soziale Kontakte zu reduzieren, handelte es sich lediglich um eine unverbindliche Empfehlung. Das BMSGPK selbst sprach von „freiwilliger“ Reduktion sozialer Kontakte. Es oblag den betroffenen Arbeitnehmern, ob sie dieser Empfehlung in ihrem Privatleben nachkamen. Hinsichtlich des Dienstverhältnisses war

⁶²¹ Presseaussendung des Landes Kärnten v 08.02.2022, Coronavirus 1003: Contact Tracing nur mehr für bestimmte Personengruppen.

⁶²² Informationen des BMSGPK, Behördliche Vorgangsweise bei SARS-CoV-2 Kontaktpersonen: Kontaktpersonennachverfolgung (Stand 16.06.2021).

⁶²³ Informationen des BMSGPK, Behördliche Vorgangsweise bei SARS-CoV-2 Kontaktpersonen: Kontaktpersonennachverfolgung, 5 (Stand 16.06.2021).

⁶²⁴ Informationen des BMSGPK, Behördliche Vorgangsweise bei SARS-CoV-2 Kontaktpersonen: Kontaktpersonennachverfolgung, 10 (Stand 16.06.2021).

allerdings zu beachten, dass durch die Qualifikation als Kontaktperson der Kategorie II die Erbringung der Arbeitsleistung idR nicht untersagt bzw eingeschränkt wurde.

Anders als genesene Verdachtsfälle, deren Testergebnis sich verzögert hat, waren Kontaktpersonen der Kategorie II mE daher zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet und konnten sich auch nicht auf das Vorliegen eines wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrundes berufen – auch wenn sie der Arbeit fernbleiben wollten, um einer möglichen Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 entgegenzuwirken. Der Unterschied zwischen genesenen Verdachtsfällen und Kategorie-II-Kontaktpersonen besteht mE schon darin, dass das BMSGPK sich bewusst dazu entschlossen hatte, Letzteren lediglich ein niedriges Expositionsrisiko beizumessen. Hätte das BMSGPK das Risiko der Weiterverbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 auch bei Kontaktpersonen der Kategorie II als hoch eingestuft, hätte es durchaus regeln können, dass auch über diese eine behördliche Quarantäne oder zumindest ausnahmslos berufliche Verkehrsbeschränkungen zu verhängen seien. Dies ist jedoch gerade nicht der Fall gewesen. Ich gehe davon aus, dass auch Gedanken zum Schutz der Allgemeinheit in die Entscheidung, Kontaktpersonen der Kategorie II nicht abzusondern, Eingang gefunden haben. Anders verhält es sich hingegen bei genesenen Verdachtsfällen, bei denen durchaus eine erhöhte Chance besteht, sich mit SARS-CoV-2 infiziert zu haben und noch immer ansteckend zu sein. Wie bereits ausgeführt, war für den Regelfall vorgesehen, dass jene Verdachtsfälle, die sich tatsächlich als positiver Fall bestätigten, durch die telefonische Krankmeldung in Kombination mit der rückwirkenden Absonderung gar keine Möglichkeit hatten, zur Arbeit zu erscheinen und so weitere Personen anzustecken.

Wollten nun Kontaktpersonen der Kategorie II aufgrund der Empfehlung, soziale Kontakte zu reduzieren, der Arbeit fernbleiben, und waren Homeoffice, Urlaub oder Zeitausgleich nicht möglich, hatten sie mE keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB. Ein wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund lag nicht vor. Erklärte sich hingegen der Arbeitnehmer arbeitsbereit und wollte der Arbeitgeber diesen aus präventiven Gründen nicht beschäftigen, um etwa die restlichen Dienstnehmer vor einer allfälligen Infektion zu schützen bzw um die Aufrechterhaltung des Betriebes nicht zu gefährden, lag eine bezahlte Dienstfreistellung vor. Der Grund für das Unterbleiben der Arbeitsleistung galt als Umstand, der auf Seiten des Arbeitgebers liegt. Entgeltfortzahlung gebührte gem § 1155 Abs 1 ABGB.

4.1.3 Exkurs: Abdingbarkeit des § 1155 ABGB?

§ 1155 ABGB regelt die Entgeltfortzahlung bei Arbeitsverhinderungen, die auf Seiten des Arbeitgebers anknüpfen. Nach § 1155 ABGB gebührt dem Arbeitnehmer auch für nicht zustande gekommene Dienstleistungen das Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seiten des Arbeitgebers liegen, daran gehindert wurde. Die wesentlichen Tatbestandsmerkmale des § 1155 ABGB sind zum einen die Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers, die aus einer rechtlichen (der Willenserklärung des Arbeitnehmers, leisten zu wollen) und einer faktischen Komponente (der Fähigkeit des Arbeitnehmers, die Arbeit zu erbringen) besteht. Zum anderen müssen Umstände vorliegen, die auf Seiten des Arbeitgebers gelegen sind.⁶²⁵ Die willentliche Nichtannahme der Arbeit durch den Arbeitgeber, also die Dienstfreistellung, ist ein typischer Fall, der von § 1155 ABGB erfasst wird.⁶²⁶

Aus § 1164 ABGB ergibt sich, dass § 1155 ABGB nicht zwingend, sondern abdingbar ist. Durch das Abbedingen des § 1155 ABGB verlagert sich das Entgeltrisiko und damit das wirtschaftliche Risiko der Nutzung der Arbeitskraft (Unternehmerrisiko). Ein pauschales Abbedingen des § 1155 ABGB, das zur völligen Überwälzung des Unternehmerrisikos auf den Arbeitnehmer führt, ist daher sittenwidrig.⁶²⁷ In Einzelfällen kann allerdings eine zeitliche oder höhenmäßige Grenze bzw sogar der gänzliche Entfall der Entgeltfortzahlung gerechtfertigt sein.⁶²⁸

Der OGH hat in seiner E⁶²⁹ aus dem Jahr 1997 ausgesprochen, dass im Falle der (grundlosen) Dienstfreistellung durch den Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer der volle Entgeltanspruch verbliebe, aus diesem Grund könne auch der Arbeitnehmer – jedenfalls im vorhinein – auf diese Ansprüche nicht wirksam verzichten.

Folgende Begründungen sprechen gegen die Zulässigkeit des Abbedingens des § 1155 ABGB: der Entfall des Entgelts soll schon bald nach Eintritt der Störung erfolgen; der Entgeltanspruch soll schon bei „normalen“ Unsicherheiten des Geschäftsverlaufs entfallen; der Entgeltanspruch soll auch bei vom Arbeitgeber verschuldeten Störungen entfallen; der Entgeltanspruch soll auch dann entfallen, wenn der Arbeitgeber rechtswidrig oder ohne äußeren Anlass die Arbeitsleistung nicht mehr zulässt. Ist der Grund der Störung

⁶²⁵ Reissner in Reissner/Neumayr, ZellHB AV-Klauseln² Rz 49.04 ff.

⁶²⁶ Reissner in Reissner/Neumayr, ZellHB AV-Klauseln² Rz 49.08.

⁶²⁷ Rebhan in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 1155 ABGB Rz 5f.

⁶²⁸ Reissner in Reissner/Neumayr, ZellHB AV-Klauseln² Rz 49.21f.

⁶²⁹ OGH 8 ObA 2046/96g ARD 4840/12/97 = RdW 1997, 354 = WBl 1997, 254 = ZAS 1997, 168 (Risak) = SZ 70/20 = ZAS 2018/13 (Aichberger-Beig).

vom Arbeitgeber hingegen nicht oder nur schwer beeinflussbar, die Störung für den Betrieb und Geschäftszweig nicht typisch und daher unvorhersehbar, oder tritt der Ausschluss der Entgeltfortzahlung erst nach einiger Zeit ein, kann das Abbedingen zulässig sein.⁶³⁰

Vorliegend erfolgt die Untersuchung, ob der Entgeltanspruch für den Fall einer Dienstfreistellung von Arbeitnehmern, die als leistungsbereiter genesener Verdachtsfall, deren Testergebnis noch nicht vorliegt⁶³¹ oder die als Kontaktpersonen der Kategorie II⁶³² gelten, im Arbeitsvertrag abbedungen werden kann:

Zwar wird die Arbeitsverhinderung (Dienstfreistellung) durch ein willentliches Vorgehen des Arbeitgebers ausgelöst, allerdings ist dieses weder rechtswidrig (dh, es verstößt bspw nicht gegen Kündigungsschutz- oder Versetzungsschutzvorschriften) noch erfolgt es ohne allgemein verständlichen Grund. Vielmehr soll vorliegend der Arbeitnehmer zu dem Zweck dienstfrei gestellt werden, um die restlichen Arbeitnehmer oder Kunden vor einer möglichen Infektion mit SARS-CoV-2 zu schützen. Darüber hinaus handelt es sich bei den skizzierten Fällen grds auch nicht um „natürliche“ Unsicherheiten des Geschäftsverlaufs, wie etwa wechselnde Kundenfrequenzen oder immer wieder auftretende kleine Probleme bzw Wartungserfordernisse von Maschinen, wodurch es zu „Stehzeiten“ der Arbeitnehmer kommen kann.⁶³³ Je nach Dauer und Eindämmung der COVID-19-Pandemie wird es mE davon abhängen, ob die Qualifikation als COVID-19-Verdachtsfall oder Kontaktperson der Kategorie II als außergewöhnliche Unregelmäßigkeit gilt. Vom Vorliegen einer solchen geht *Reissner*⁶³⁴ aus, wenn bei gewöhnlichem Ablauf der Ereignisse damit nicht unmittelbar zu rechnen ist, die also von ihrer Wahrscheinlichkeit her höchstens einmal in mehreren Jahren eintritt. Es geht hier um Ereignisse, die vom Arbeitgeber nicht beeinflussbar sind und worauf sich der Arbeitgeber daher auch nicht ausreichend vorbereiten kann. Eine mögliche Infektion des Arbeitnehmers mit SARS-CoV-2 wird durch den Arbeitgeber idR nicht beeinflussbar sein – insb wenn es sich um das Verhalten im Privatleben der Arbeitnehmer handelt. Anderes wird mE jedoch gelten, wenn das Risiko, sich am Arbeitsplatz mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren deshalb erhöht ist, weil Sicherheitsvorschriften, wie Abstandregelungen, das Tragen von Masken, Hygienevorschriften nicht bestehen bzw durch den Arbeitgeber nicht kontrolliert oder

⁶³⁰ *Rebhan* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*³ § 1155 ABGB Rz 7.

⁶³¹ Vgl dazu Kapitel 4.1.1 „Absonderung aufgrund des Verdachts oder der Erkrankung an COVID-19“.

⁶³² Vgl dazu Kapitel 4.1.2 „Absonderung als Kontaktperson“.

⁶³³ *Reissner* in *Reissner/Neumayr*, *ZellHB AV-Klauseln*² Rz 49.25ff.

⁶³⁴ *Reissner* in *Reissner/Neumayr*, *ZellHB AV-Klauseln*² Rz 49.30.

allenfalls sogar vom Arbeitgeber unterlaufen werden, indem bspw angeordnet wird, dass eine Gruppe von fünf Arbeitnehmern in nur einem Pkw zu einer Baustelle fahren soll. Das Abbedingen des § 1155 ABGB wird demnach unzulässig sein, wenn es sich auf Umstände bezieht, deren Eintritt vom Arbeitgeber verschuldet wurde bzw durch entsprechende Vorkehrungen leicht vermieden hätten werden können.⁶³⁵

Insgesamt komme ich zu dem Ergebnis, dass § 1155 ABGB im Falle einer Dienstfreistellung für leistungsbereite genesene COVID-19-Verdachtsfälle, deren Testergebnis noch nicht vorliegt, sowie für Kontaktpersonen der Kategorie II abbedungen werden kann – allerdings nicht gänzlich, sondern nur teilweise. Um das Risiko der Sittenwidrigkeit zu vermindern, sollte der Entgeltanspruch im Falle einer Dienstfreistellung zeitlich bzw betraglich beschränkt werden.⁶³⁶

4.1.4 Homeoffice für die Dauer der Absonderung?

Da primär häusliche Absonderungen verhängt werden, stellt sich die Frage, ob für Arbeitnehmer eine Verpflichtung oder eine Obliegenheit besteht, ihre Arbeit während der Absonderung im Homeoffice zu erbringen. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre zu prüfen, ob Homeoffice für die Dauer der Absonderung vereinbart werden kann. Um diese Fragen zu behandeln, ist zunächst zu prüfen, ob die geschuldete Tätigkeit geeignet ist, im Homeoffice erbracht zu werden, ob Homeoffice dem Arbeitnehmer aufgrund der technischen Ausstattung sowie seiner Wohn- und Familiensituation möglich und zumutbar ist sowie, ob der Arbeitnehmer aufgrund seiner gesundheitlichen Verfassung in der Lage ist, die Arbeitsleistung zu erbringen.

4.1.4.1 Homeoffice bei Erkrankung an COVID-19

Ist der Arbeitnehmer an COVID-19 erkrankt, ist er wegen der Arbeitsunfähigkeit nicht zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet – unabhängig davon, ob schon vor Auftreten der Erkrankung Homeoffice vereinbart wurde.⁶³⁷ Wie bereits dargelegt, haben Arbeitnehmer in diesen Fällen gegenüber ihren Arbeitgebern einen Entgeltanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG, Arbeitgeber können den Vergütungsanspruch in weiterer Folge gegenüber dem Bund geltend machen.

⁶³⁵ *Reissner in Reissner/Neumayr*, ZellHB AV-Klauseln² Rz 49.29.

⁶³⁶ Diese Einschätzung stammte aus Juni 2021.

⁶³⁷ *Naderhirn in Felten/Trost*, Homeoffice, Rz 7.125.

4.1.4.2 Homeoffice bei Kontaktpersonen

Wurden Arbeitnehmer lediglich wegen eines Ansteckungsverdachts als Kontaktpersonen abgesondert, scheidet mangels Arbeitsunfähigkeit eine Dienstverhinderung durch Krankheit aus.⁶³⁸

Bestand mit dem Arbeitnehmer bereits vor der Absonderung eine konkrete Homeoffice-Vereinbarung, ist er zur Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice auch während der Quarantäne jedenfalls verpflichtet. Dem Arbeitnehmer gebührt sein Entgelt wegen der Zurverfügungstellung seiner Arbeitsleistung. Eine Entgeltfortzahlung nach § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG scheidet aus. Mangels Verdienstentgangs kommt es auch zu keinem Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG.⁶³⁹

Bestand vor Absonderung keine Vereinbarung zum Homeoffice, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber für die Dauer der Quarantäne die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice einseitig anordnen kann oder der Arbeitnehmer eine Obliegenheit hat, der Arbeit im Homeoffice zuzustimmen.

Nach § 905 ABGB ist der Erfüllungsort (Arbeitsort) jener Ort, an dem der Schuldner (Arbeitnehmer) seine Leistung zu erbringen hat und der Gläubiger (Arbeitgeber) diese annehmen soll.⁶⁴⁰ Primär ergibt sich der Arbeitsort aus der Parteienvereinbarung. Mangels einer solchen, bestimmt er sich aus Natur und Zweck des Geschäfts. Natur und Zweck des Arbeitsverhältnisses sprechen grds für die Erbringung der Arbeitsleistung im Betrieb.⁶⁴¹ Eine Änderung der Erfüllungsortvereinbarung ist zulässig.⁶⁴² Stimmen Arbeitgeber und Arbeitnehmer überein, kann die Arbeitsleistung während der Quarantäne daher jedenfalls im Homeoffice erbracht werden.

Bis zur Einführung der Homeoffice-Regelung in § 2h AVRAG⁶⁴³ mit 1. April 2021, konnte die Vereinbarung von Homeoffice jedenfalls ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Dort, wo von Arbeitgebern aufgrund der Quarantäne Homeoffice „angeordnet“ wurde und Arbeitnehmer dieser „Anordnung“ widerspruchslos Folge leisteten, war daher

⁶³⁸ Drs in Resch, Corona-HB^{1.04} Kap 5 Rz 16 (Stand 29.1.2021, rdb.at); Dullinger, ZAS 2021/3 (16); Spitzl, ecolex 2021/204 (288).

⁶³⁹ Naderhirn in Felten/Trost, Homeoffice, Rz 7.127.

⁶⁴⁰ Kietaihl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 905 Rz 2 (Stand 1.2.2020, rdb.at).

⁶⁴¹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/034; OGH 4 Ob 93/55, Arb 6298.

⁶⁴² Kietaihl in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} § 905 Rz 14 (Stand 1.2.2020, rdb.at).

⁶⁴³ BGBl I 2021/61.

von einer konkludenten Vereinbarung auszugehen, durch die es zu einer für die Dauer der Quarantäne befristeten Änderung des Arbeitsortes kam.⁶⁴⁴

§ 2h Abs 2 AVRAG normiert nun, dass Homeoffice zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aus Beweisgründen schriftlich zu vereinbaren ist. Sieht das Gesetz das Erfordernis der Schriftlichkeit vor, ist nach § 886 ABGB grds „Unterschriftlichkeit“ gemeint. Die Erläut zum IA⁶⁴⁵ stellen allerdings klar, dass dies vorliegend gerade nicht der Fall sein soll. Die Vereinbarung könne auch im elektronischen Wege zustande kommen. Begründen lässt sich diese Abweichung von § 886 ABGB mit dem verfolgten Zweck dieser Bestimmung, der auch im Wortlaut des § 2h AVRAG enthalten ist. Die Schriftlichkeit soll lediglich „aus Beweisgründen“ erfolgen. Das Fehlen der Schriftlichkeit hat auch nicht die Nichtigkeit der Vereinbarung zur Folge.⁶⁴⁶ Darüber hinaus ist fraglich, ob bei Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice lediglich für die Dauer der Quarantäne überhaupt Homeoffice iSd § 2h AVRAG vorliegt. Danach liegt Arbeit im Homeoffice vor, wenn eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer regelmäßige Arbeitsleistungen in der Wohnung erbringt. Tatbestandsmerkmal ist die „regelmäßige“ Arbeitsleistung im Homeoffice. Eine regelmäßige Tätigkeit wird mE somit von der Ausübung des Homeoffice im Anlassfall, ohne dass von den Vertragsparteien weitere regelmäßige Einsätze im Homeoffice beabsichtigt sind, zu unterscheiden sein.⁶⁴⁷ Insofern komme ich zu dem Ergebnis, dass auch nach Einführung der gesetzlichen Homeoffice-Regelung⁶⁴⁸ konkludente Vereinbarungen von Homeoffice für die Dauer einer Quarantäne möglich sind und nicht in Widerspruch zu § 2h AVRAG stehen.

Leistet der Arbeitnehmer der „Anordnung“ des Arbeitgebers, die Arbeitsleistung während der Quarantäne im Homeoffice zu erbringen, nicht Folge bzw widerspricht er dieser, kann nicht von einer konkludenten Vereinbarung des Homeoffice ausgegangen werden. In diesem Fall, ist die Zulässigkeit der einseitigen Anordnung von Homeoffice durch den Arbeitgeber zu prüfen. Galt bisher lediglich der Betriebsstandort des Arbeitgebers als Arbeitsort, bewirkt die einseitige Anordnung von Homeoffice eine Änderung des

⁶⁴⁴ Vgl idS auch *Mazal*, Home-Office-Gesetz im „rechtsfreien Raum“? *ecolex* 2020, 1092.

⁶⁴⁵ IA 1301/A 27. GP 4f.

⁶⁴⁶ IA 1301/A 27. GP 4.

⁶⁴⁷ Vgl dazu auch AB 735 BlgNR 27. GP 2; so auch *Hitz/Schrenk*, Homeoffice 2021. Detailfragen zur Neuregelung, ASoK 2021, 122 (123); *Schnabl*, ZAS 2022/24 (158); *Resch*, Homeoffice im Kontext "außergewöhnlicher Verhältnisse", ZAS 2023/2 (4); *Auer-Mayer/Dullinger* in *Köck*, Homeoffice § 2h AVRAG Rz 20 (Stand 1.6.2021), nach denen Regelmäßigkeit iSd § 2h bereits dann vorliegt, wenn Homeoffice nicht nur einmalig bzw vereinzelt oder ad hoc vereinbart wird.

⁶⁴⁸ BGBl I 2021/61.

ursprünglichen Arbeitsvertrags.⁶⁴⁹ Andere als im Arbeitsvertrag vereinbarte Dienstorte kann der Arbeitgeber grds nicht einseitig festlegen. Auch vorübergehende Dienstortänderungen muss sich der Arbeitnehmer nur bei entsprechendem Vertragsinhalt oder Verkehrssitte gefallen lassen.⁶⁵⁰

Will der Arbeitgeber von dem im Arbeitsvertrag vereinbarten Arbeitsort abweichen, liegt eine Versetzung vor. Es wird bei der Versetzung zwischen direktorialen und vertragsändernden Versetzungen unterschieden. Während Erstere durch den Arbeitsvertrag gedeckt sind, führen vertragsändernde Versetzungen zu einer Änderung des Arbeitsvertrags. Direktorale Versetzungen sind dadurch gekennzeichnet, dass sie der Arbeitgeber durch Weisung verfügen kann.⁶⁵¹ Unter der Voraussetzung, dass dem Arbeitnehmer Homeoffice zumutbar ist, bestand bis zur Einführung der Homeoffice-Regelung in § 2h AVRAG⁶⁵² jedenfalls auch dann eine Verpflichtung zur Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice, wenn sich der Arbeitgeber das Recht, den Arbeitnehmer bei Bedarf ins Homeoffice zu versetzen, vorbehalten hatte und von diesem Recht Gebrauch machte.⁶⁵³ Wie bereits ausgeführt, bedarf es seit Inkrafttreten des § 2h AVRAG mit 1. April 2021 für die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice stets einer Vereinbarung. Es wurde in den Mat⁶⁵⁴ ausdrücklich festgehalten, dass die Vereinbarung eines einseitigen Weisungsvorbehalts des Arbeitgebers, ob überhaupt Homeoffice ausgeübt wird, nicht zulässig sei, da dies dem Grundsatz widerspreche, dass Arbeiten im Homeoffice grds einvernehmlich festzulegen ist. Dies gilt für Arbeit im Homeoffice iSd § 2h AVRAG, das, wie bereits ausgeführt, ein regelmäßiges Tätigwerden im Homeoffice verlangt. Soll Homeoffice lediglich für die Dauer der Quarantäne ausgeübt werden, ohne dass weitere regelmäßige Einsätze im Homeoffice beabsichtigt sind, ist § 2h AVRAG mE nicht einschlägig und können Arbeitgeber weiterhin aufgrund des vereinbarten Versetzungsvorbehalts Arbeitnehmern die Weisung erteilen, während der Quarantäne im Homeoffice zu arbeiten.

Ob sich der Arbeitgeber bei der einseitigen Anordnung von Homeoffice auch auf einen allgemein formulierten Versetzungsvorbehalt berufen kann, ist jedoch kritisch zu

⁶⁴⁹ OGH 4 Ob 93/55, Arb 6298; *Felten in Felten/Trost*, Homeoffice, Rz 4.26.

⁶⁵⁰ OGH 4 Ob 93/55 Arb 6298; *Rebhahn/Ettmayer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.05} § 1153 Rz 20 (Stand 1.10.2017, rdb.at); *Kietaibl/Rebhahn in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 25.

⁶⁵¹ *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht¹¹ II 70.

⁶⁵² Siehe dazu auch *Bremm/Mayr in Resch*, Corona-HB^{1.05} Kap 7 Rz 3 (Stand 12.4.2021, rdb.at), die zwischen der Rechtslage vor Inkrafttreten des § 2h AVRAG und jener danach differenzieren.

⁶⁵³ *Bartmann/ Ondrejka*, Home-Office in Zeiten von COVID-19. Überblick und aktuelle Fragen, ZAS 2020/27 (165); *Ghahramani-Hofer*, PVP 2020/71 (310).

⁶⁵⁴ IA 1301/A 27. GP 4.

hinterfragen und bedarf stets einer Einzelfallprüfung. Eine Versetzung ins Homeoffice wird in dieser Konstellation nur dann zulässig sein, wenn für den Arbeitnehmer aufgrund der allgemeinen Vertragsauslegungsregeln gem §§ 914 f ABGB erkennbar war, dass auch Homeoffice von dem Versetzungsvorbehalt mitumfasst ist. Bei einer allgemeinen Versetzungsklausel werden Arbeitnehmer als redliche Erklärungsempfänger idR eher davon ausgehen, dass die Versetzung an einen Ort in der Sphäre des Arbeitgebers erfolgt, was wiederum gegen Homeoffice spricht.⁶⁵⁵ *Bremm*⁶⁵⁶ weist mE jedoch zu Recht darauf hin, dass die diesbezügliche Prüfung durchaus differenziert erfolgen muss und gerade während Zeiten der COVID-19-Pandemie auch andere Aspekte, wie Schutzüberlegungen oder Aspekte eines höheren Zwecks, in die Beurteilung miteinfließen müssen. Nach ihm könne man daher schon aus Vernunftgründen ein Anordnungsrecht des Arbeitgebers, insb bei weit gefassten Versetzungsklauseln, nicht verneinen, zumal auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für das Homeoffice spreche. Nachdem Arbeitnehmer bereits aufgrund der behördlichen Absonderung ihr Zuhause nicht verlassen dürfen und daher ohnehin nicht am Arbeitsplatz erscheinen können, stellt die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers per se kein geeignetes Argument für die Versetzung ins Homeoffice dar. In die Beurteilung, ob die Versetzung ins Homeoffice für die Dauer der Quarantäne vom Versetzungsvorbehalt gedeckt ist, müssten in dieser Konstellation mE vielmehr auch die Aspekte der Treuepflicht miteinfließen.

Auch bei vereinbarten Versetzungsvorbehalten ist wie bei sonstigen Veränderungen des Arbeitsortes im Einzelfall stets zu prüfen, ob die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice dem Arbeitnehmer zumutbar ist.⁶⁵⁷

Wurde hingegen lediglich ein Arbeitstort vereinbart und enthält der Dienstvertrag keinen Versetzungsvorbehalt, stellt die Änderung des Arbeitsortes eine vertragsändernde Versetzung dar, deren Wirksamkeit die Zustimmung des Arbeitnehmers erfordert. Erteilt der Arbeitnehmer seine Zustimmung zur Versetzung nicht und verweigert der Arbeitgeber die Entgegennahme der Arbeitsleistung am ursprünglich vereinbarten Arbeitsort, hat der

⁶⁵⁵ *Bartmann/ Ondrejka*, ZAS 2020/27 (165); *Auer-Mayer/Dullinger* in *Köck*, Homeoffice § 2h AVRAG Rz 98 (Stand 1.6.2021) mwN; aA *Stupar*, ARD 6689/5/2020 (4), der eine allgemein formulierte Versetzungsklauseln für die Anordnung von Homeoffice als ausreichend erachtet.

⁶⁵⁶ *Bremm*, Home-Office nach COVID-19, wbl 2020, 417 (419); *Bremm/Mayr* in *Resch*, Corona-HB^{1.05} Kap 7 Rz 3 (Stand 12.4.2021, rdb.at).

⁶⁵⁷ *Bremm/Mayr* in *Resch*, Corona-HB^{1.05} Kap 7 Rz 3 (Stand 12.4.2021, rdb.at).

Arbeitnehmer bei Bereitschaft zur Arbeitsleistung am bisherigen Arbeitsort Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem § 1155 ABGB.⁶⁵⁸

Neben der arbeitsrechtlichen Ebene (Zustimmung des Arbeitnehmers) ist auch die betriebsverfassungsrechtliche Ebene zu beachten. § 101 ArbVG sieht bei Versetzungen Mitwirkungsrechte des BR vor. Danach ist die dauernde Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz dem BR unverzüglich mitzuteilen, worauf auf dessen Verlangen mit ihm darüber zu beraten ist. Eine dauernde Einreihung liegt nicht vor, wenn sie für einen Zeitraum von voraussichtlich weniger als 13 Wochen erfolgt. Ist mit der dauernden Einreihung auf einen anderen Arbeitsplatz eine Verschlechterung der Entgelt- oder sonstigen Arbeitsbedingungen verbunden, so bedarf sie zu ihrer Rechtswirksamkeit der Zustimmung des BR. Dem BR kommt bei allen dauerhaften und verschlechternden Versetzungen ein Mitbestimmungsrecht zu, unabhängig davon, ob es sich um eine direktoriale oder vertragsändernde Versetzung handelt.⁶⁵⁹

Nachdem die Versetzung ins Homeoffice für die Dauer der Quarantäne wohl nur einige Tage bis wenige Wochen, im Regelfall jedenfalls aber weniger als 13 Wochen betragen wird, ist von keiner dauerhaften Versetzung auszugehen, sodass dem BR aufgrund der fehlenden Dauerhaftigkeit per se keine Mitwirkungsbefugnisse gem § 101 ArbVG zukommen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass, wenn die Änderung des Arbeitsortes durch den Arbeitsvertrag nicht gedeckt ist, in der Anordnung, die Arbeitsleistung im Homeoffice zu erbringen, zunächst lediglich ein Angebot zur Änderung des Arbeitsvertrags zu sehen ist. Es bedarf daher grds noch der Zustimmung des Arbeitnehmers.

Abweichend vom Grundsatz, wonach Homeoffice stets zu vereinbaren ist, wird in der Lit iZm der COVID-19-Pandemie teilweise die Meinung vertreten, dass Arbeitnehmer in bestimmten Fällen dazu verhalten sind, dem Angebot des Arbeitgebers zum Homeoffice zuzustimmen, sofern nicht berechnete Interessen dagegensprechen. Begründen lässt sich das einseitige Anordnungsrecht des Arbeitgebers über die Treue- und Fürsorgepflicht, sofern keine berechneten Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen.⁶⁶⁰

⁶⁵⁸ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/039.

⁶⁵⁹ Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ Rz 6/050.

⁶⁶⁰ Hitz/Schrenk, ASoK 122 (125); Hitz/Schrenk, Homeoffice während und nach der Corona-Krise. Was ist zu beachten? ASoK 2020, 322 (323f); Bremm/Mayr in Resch, Corona-HB^{1.05} Kap 7 Rz 3 (Stand 12.4.2021, rdb.at); Dullinger, ZAS 2021/3 (16); Gerhartl, Gesetzliche Regelung des Homeoffice. Arbeitsrechtliche Aspekte der Neuregelung, ASoK 2021, 162 (163); Friedrich, ZAS 2020/26 (157f);

Wollen Arbeitgeber Homeoffice lediglich für die Dauer der Quarantäne anordnen, kommt als Rechtsgrundlage wohl nur die Treuepflicht in Frage – nicht jedoch die Fürsorgepflicht, da sich der Arbeitnehmer aufgrund der behördlichen Absonderung ohnehin nur zuhause aufhalten darf, sodass weder im Hinblick auf den abgesonderten Arbeitnehmer noch auf die restlichen Arbeitnehmer die Gefahr einer Infektion besteht.

Die Treuepflicht ist, anders als die Fürsorgepflicht, zwar nicht explizit im Gesetz geregelt, sie ergibt sich jedoch aus den allgemeinen Grundsätzen über gegenseitige Rücksichts- und Interessenswahrungspflichten, die aufgrund rechtsgeschäftlichen Kontakts oder einer Vertragsbeziehung entstehen. Was im Einzelfall von der Treuepflicht umfasst ist, lässt sich nur durch Interesseabwägung ermitteln, wobei auch grundrechtlich geschützte Interessen zu berücksichtigen sind.⁶⁶¹ Inhaltlich äußert sich die Treuepflicht idR in Unterlassungspflichten, manchmal ergeben sich aus ihr jedoch auch Handlungspflichten.⁶⁶² Auch krisenbedingte Änderungen der Interessenlage fließen in die konkrete Ausgestaltung der Treuepflicht mit ein.⁶⁶³

Die aus der Treuepflicht abgeleitete Notarbeitspflicht kann den Arbeitnehmer mitunter auch zu inhaltlich anderen Tätigkeiten als den vertraglich vereinbarten verpflichten.⁶⁶⁴ Explizit geregelt ist die Notarbeitspflicht in § 20 AZG. Danach ist vorgesehen, dass in außergewöhnlichen Fällen unter bestimmten, sehr eng gefassten Voraussetzungen bestimmte Regelungen über Arbeitszeitgrenzen, Ruhezeiten, Ruhepausen, etc vorübergehend nicht zur Anwendung kommen, sofern andere Maßnahmen nicht zumutbar sind.⁶⁶⁵

Hinsichtlich der Verpflichtung, auch andere als die vertraglich geschuldete Tätigkeit zu leisten, wird bei der Notarbeitspflicht grds danach differenziert, ob der Arbeitnehmer gleichwertige, geringerwertige oder sogar höherwertige Dienste ausüben soll. Zu gleichwertigen Tätigkeiten kann der Arbeitnehmer bereits beim Ausfall anderer Arbeitnehmer und zu geringerwertigen Tätigkeiten erst bei Katastrophen verpflichtet sein. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Leistung höherqualifizierter Tätigkeiten fehlt Rsp,

Windisch-Graetz, Arbeitsrecht¹¹ II 66f; *Zischka*, PVP 2021/22 (121); *Schnabl*, ZAS 2022/24 (158f); aA *Brokes*, Covid-19 und Arbeitsrecht: Die fünf häufigsten Fragen aus der aktuellen Beratungspraxis, DRdA-infas 2020, 196 (196); *Bartmann/Ondrejka*, ZAS 2020/27 (165); *Felten*, DRdA 2020, 511; *Streithofer*, DRdA-infas 2020, 204 (204). *Resch*, ZAS 2023/2 (4).

⁶⁶¹ *Kietaibl/Rebhan* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 34.

⁶⁶² *Kietaibl/Rebhan* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 35 und 38.

⁶⁶³ *Gerhartl*, ecolex 2020, 577 (577).

⁶⁶⁴ *Kietaibl/Rebhan* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1153 ABGB Rz 38.

⁶⁶⁵ *Pfeil* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 23 AZG Rz 5.

allerdings wird dies wohl nur dann zu verneinen sein, wenn der Arbeitnehmer der höheren Verantwortung nicht gewachsen ist, es sei denn der Arbeitgeber stellt ihn von der Haftung frei.⁶⁶⁶

Wenn Arbeitnehmer aufgrund der Notarbeitspflicht sogar zu anderen als der vertraglich vereinbarten Tätigkeit verpflichtet werden können, werden Arbeitnehmer umso eher aufgrund der Notarbeitspflicht dazu verpflichtet sein, eine identische Tätigkeit im Homeoffice auszuüben – sofern keine berücksichtigungswürdigen Interessen dagegen sprechen.⁶⁶⁷ So wäre Homeoffice bspw aufgrund beengter Wohnverhältnisse oder der Anwesenheit von Kleinkindern idR nicht zumutbar.⁶⁶⁸ Da es bei der Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice weder zur Ausdehnung der Arbeitszeit noch zu einer Änderung der Tätigkeit kommt, wird die Arbeitspflicht mE an nicht so strenge Voraussetzungen wie in § 20 AZG geknüpft sein.

*Felten*⁶⁶⁹ führt zur Notarbeitspflicht aus, dass die Wertungen des § 20 AZG über die Arbeitszeit hinaus, auf den Dienstort sowie die vereinbarte Tätigkeit übertragen werden können. Die Notarbeitspflicht sei jedoch nur als Instrument der kurzfristigen, spontanen Gefahren- oder Schadensabwehr konzipiert, sodass diese als Rechtsgrundlage für Homeoffice während des Lockdowns, der sich über mehrere Monate hinzog, nicht geeignet sei.

Dem Einwand *Feltens* hinsichtlich der Notarbeitspflicht als Rechtsgrundlage für Homeoffice kommt durchaus Berechtigung zu. Gerade jene Konstellationen, in denen Arbeitnehmer behördlich abgesondert wurden, stehen im Hinblick auf die relativ kurze Dauer (idR zehn bzw 14 Tage) mE jedoch nicht in Widerspruch dazu.⁶⁷⁰ Darüber hinaus kann es durchaus sein, dass gerade in die Zeit der behördlichen Absonderung äußerst dringende Ereignisse fallen, die ein Tätigwerden des Arbeitnehmers iSd Notarbeitspflicht verlangen.

⁶⁶⁶ Kietzbl/Rebhan in Neumayr/Reissner, ZeltKomm³ § 1153 ABGB Rz 38.

⁶⁶⁷ So auch Friedrich, ZAS 2020/26 (158), der im Falle von Betriebsschließungen aufgrund des COVID-19-MG regelmäßig von der Zumutbarkeit des Homeoffice ausgeht.

⁶⁶⁸ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht¹¹ II 67.

⁶⁶⁹ Felten, DRdA 2020, 511 (516f).

⁶⁷⁰ AA Auer-Mayer/Dullinger in Köck, Homeoffice § 2h AVRAG Rz 147f (Stand 1.6.2021), die aufgrund der Regelung des § 2h Abs 2 AVRAG, insb im Hinblick auf den Zeitpunkt der Erlassung dieser Bestimmung während der laufenden COVID-19-Pandemie, zu dem Schluss kommen, dass Arbeitgeber idR auch unter Berufung auf die Treuepflicht der Arbeitnehmer kein Recht zur einseitigen Anordnung von Homeoffice zukomme.

Nachdem Arbeitgeber im Falle behördlicher Absonderungen ihrer Arbeitnehmer durch den Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG grds keinen finanziellen Ausfall erleiden, wird das Hauptaugenmerk bei der Interessenabwägung mE darauf gerichtet sein, welche Rolle die Arbeit des abgesonderten Arbeitnehmers für den Betrieb spielt. So wird von Bedeutung sein, ob die Leistung des Arbeitnehmers für die Aufrechterhaltung des Betriebes erforderlich ist – wobei auch hier mE kein allzu strenger Maßstab angelegt werden darf. Sofern die Tätigkeit des Arbeitnehmers für den Betrieb erforderlich und dem Arbeitnehmer Homeoffice zumutbar ist, komme ich daher zu dem Ergebnis, dass auch ohne vertragliche Grundlage ein Anordnungsrecht des Arbeitgebers zum Homeoffice für die Dauer der Absonderung aufgrund der Treuepflicht besteht.⁶⁷¹ Dabei sollte der Beurteilung des Arbeitgebers, ob die Tätigkeit im Homeoffice erforderlich ist, erhöhte Bedeutung zukommen. Dies würde mE zu einem angemessenen Ergebnis führen, da Arbeitgeber idR wohl nur jenen Arbeitnehmern Homeoffice anordnen werden, deren Arbeitsleistung sie als erforderlich erachten – andernfalls wäre es für den Arbeitgeber günstiger auf die Arbeitsleistung zu verzichten und den Kostenersatz gem § 32 EpiG geltend zu machen.⁶⁷²

4.1.4.3 Homeoffice bei symptomloser Infektion mit SARS-CoV-2

Bei dieser Fallkonstellation geht es um jene Sachverhalte, in denen sich Arbeitnehmer zwar mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert haben, allerdings (noch) keine Krankheitssymptome aufweisen.

Hat sich der Arbeitnehmer mit SARS-CoV-2 infiziert, ohne Krankheitssymptome aufzuweisen, ist aufgrund des regelwidrigen Körperzustandes dennoch von einer Krankheit auszugehen.⁶⁷³ Der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG setzt allerdings voraus, dass Arbeitnehmer unmittelbar durch die Erkrankung an der Leistung ihrer Dienste verhindert sind.⁶⁷⁴ Eine Dienstverhinderung liegt demnach dann vor, wenn es dem Arbeitnehmer – kausal durch die Gesundheitsstörung – *tatsächlich unmöglich oder unzumutbar* ist, seine Dienste zu leisten.⁶⁷⁵ Die arbeitsrechtlichen Bestimmungen enthalten keine Definition des Begriffs der

⁶⁷¹ So auch *Schnabl*, ZAS 2022/24 (158); aA *Naderhirm* in *Felten/Trost*, Homeoffice (2021) Rz 7.129, die der Ansicht ist, dass der Arbeitnehmer auch nicht für die Dauer der Quarantäne dazu angehalten sei, seine Privatwohnung für dienstliche Zwecke zur Verfügung zu stellen.

⁶⁷² Ähnlich der Sonderbetreuungszeit ab Phase 2, wonach Sonderbetreuungszeit nur jenen Arbeitnehmern gewährt werden kann, deren Arbeitsleistung für die Aufrechterhaltung des Betriebes nicht erforderlich ist. In den Gesetzesmaterialien, IA 397/A 27. GP 29, findet sich dazu, dass auf betrieblicher Ebene eine angemessene Lösung gefunden werden soll.

⁶⁷³ *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 5 Rz 16 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

⁶⁷⁴ *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 34.

⁶⁷⁵ *Burger* in *Reissner*, AngG³ § 8 Rz 20.

Dienstverhinderung, sodass man sich mit einer Anlehnung an § 106 Abs 1 Z 1 GSVG behilft. Demnach liegt eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit dann vor, wenn und solange der Arbeitnehmer infolge Krankheit nicht oder nur mit Gefahr der Verschlechterung seines Gesundheitszustands in der Lage ist, seiner Arbeit nachzugehen. Dies gilt nach hA auch dann, wenn die Weiterarbeit infolge der mit der Krankheit verbundenen Gefährdung von Mitmenschen unzumutbar ist.⁶⁷⁶ Die Arbeitsunfähigkeit ergibt sich diesfalls aus der Ansteckungsgefahr für andere.⁶⁷⁷ *Naderhirn*⁶⁷⁸ weist zurecht daraufhin, dass es dabei nicht auf die Ansteckungsgefahr von im gemeinsamen Haushalt lebenden Angehörigen ankommen könne, da die Gefahr der Ansteckung dieser Personen unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer zuhause im Krankenstand ist oder zuhause seine Arbeitsleistung erbringt, bestehe.

Da bei Arbeiten im Homeoffice die Ansteckungsgefahr für andere ausgeschlossen ist, sind Arbeitnehmer trotz des Vorliegens einer Krankheit gerade nicht an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung gehindert. Es ist daher mE davon auszugehen, dass Arbeitnehmer bei symptomlosen Infektionen im Homeoffice arbeitsfähig sind.⁶⁷⁹

Zu einem anderen Ergebnis kommt *Naderhirn*⁶⁸⁰. Ihrer Ansicht nach müssten Arbeitnehmer auch bei „bloßer“ Infektion im vereinbarten Homeoffice nicht arbeiten. Die Arbeitsunfähigkeit ergebe sich aus der Gefahr, dass durch die Arbeitsleistung eine Verschlechterung der Corona-Erkrankung drohen könnte. Es könne nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass sich der mit Arbeiten im Homeoffice verbundene Stress nachteilig auf den Gesundheitszustand des Arbeitnehmers auswirke.

Diese Argumentation erscheint mE überschießend und kann nicht verallgemeinert werden. Zunächst steht nicht fest, dass Homeoffice per se in jedem Fall zu einer erhöhten Stressbelastung des Arbeitnehmers führt – dies ist insb wohl dann zu verneinen, wenn der Arbeitnehmer regelmäßig im Homeoffice tätig ist. Auch eine plötzliche Umstellung auf Homeoffice allein ist grds noch nicht geeignet, eine erhöhte Stressbelastung anzunehmen, insb wenn man bedenkt, dass sich die Tätigkeit nicht ändert; es ändert sich lediglich der Arbeitsort. Es müsste daher jedenfalls geprüft werden, ob tatsächlich eine erhöhte

⁶⁷⁶ Drs in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 33.

⁶⁷⁷ Drs in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 5 Rz 16 (Stand 29.1.2021, rdb.at); *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht¹¹ II 197.

⁶⁷⁸ *Naderhirn* in *Felten/Trost*, Homeoffice, Rz 7.61.

⁶⁷⁹ Vgl dazu auch *Resch*, *ecolex* 2021/203 (285) in FN 3; *Spitzl*, *ecolex* 2021/204 (288); *Ghahramani-Hofer*, PVP 2020/71 (310).

⁶⁸⁰ *Naderhirn* in *Felten/Trost*, Homeoffice, Rz 7.62.

Stressbelastung, bspw durch die zusätzliche Betreuung von jüngeren Kindern aufgrund von Schul- und Kindergartenschließungen oder durch die konkrete Wohnsituation vorliegt.

Nachdem die Ansteckungsgefahr durch die Tätigkeit im Homeoffice beseitigt werden kann, ist es aus dem Blickwinkel des Krankenstandsrechts Arbeitnehmern grds zumutbar, ihre Dienste zu leisten. Nur wenn weitere Umstände zur Homeofficearbeit hinzutreten, die geeignet sind, zu einer deutlich erhöhten Stressbelastung zu führen, ist denkbar, dass Arbeitsunfähigkeit wegen der Gefahr der Verschlechterung des Gesundheitszustands vorliegen kann.

Zu der arbeitsrechtlichen Zulässigkeit von Homeoffice während der Absonderung wird auf die Ausführungen in Kapitel „Homeoffice bei Kontaktpersonen“ verwiesen.

4.1.5 Behördliche Absonderung im Ausland

Die Frage des Entgeltanspruchs bei behördlicher Absonderung im Ausland unterscheidet sich hinsichtlich der Entgeltfortzahlung grundlegend von Fällen, in denen Arbeitnehmer in Österreich abgesondert werden. Werden Arbeitnehmer nämlich im Ausland abgesondert gestellt, kommt das österreichische EpiG nicht zur Anwendung.⁶⁸¹ Für diese Fälle sind daher die arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungstatbestände einschlägig, die grds unabhängig davon gelten, ob sich der Arbeitnehmer im In- oder Ausland befindet. Dies hat zur Folge, dass Arbeitgeber, die zur Entgeltfortzahlung verpflichtet sind, keinen Ersatzanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG gegenüber dem Bund geltend machen können. Das Epidemierecht anderer Staaten sieht keine mit § 32 Abs 3 EpiG vergleichbare Entschädigung an österreichische Arbeitgeber vor, wenn diese das Entgelt fortzahlen.⁶⁸²

Zu behördlichen Absonderungen im Ausland kann bzw kommt es vor allem während Urlaubsreisen sowie – und dies vermutlich sogar in viel größerem Umfang – bei Arbeitnehmern, die zwar in Österreich arbeiten, ihren Wohnsitz jedoch im Ausland haben. Bei Fällen, in denen Arbeitnehmer während ihres Urlaubs behördlich abgesondert wurden, sind zusätzlich noch urlaubsrechtliche Aspekte zu beachten. Auf Dienstverhinderungen iZm Urlaubsreisen wird daher in einem separaten Kap näher eingegangen.⁶⁸³

Beiden Konstellationen (Urlaub im Ausland sowie Wohnsitz im Ausland) ist gemein, dass zunächst zu prüfen ist, ob Arbeitnehmer wegen einer Infektion mit dem Coronavirus

⁶⁸¹ Engelbrecht, Reisen in Zeiten von COVID-19 aus arbeitsrechtlicher Sicht, ZAS 2021/4 (25).

⁶⁸² Informationen der WKO, Keine Kostenrückerstattung laut Epidemiegesetz bei ungarischem Quarantänebescheid, <https://www.wko.at/service/aussenwirtschaft/keine-kostenrueckerstattung-ungarischer-quarantaenebescheid.html> (abgefragt am 16.07.2021).

⁶⁸³ Siehe dazu Kapitel 6 „Dienstverhinderungen iZm Urlaubsreisen“.

SARS-CoV-2, einer Erkrankung an COVID-19 oder wegen eines anderen Grundes abgesondert wurden – etwa, weil der Arbeitnehmer als Kontaktperson gilt.

Liegt der Absonderung eine symptomlose Infektion oder ein Infektionsverdacht zugrunde und ist die Arbeitsleistung geeignet, im Homeoffice erbracht zu werden, gelten meine Ausführungen zu Kapitel 4.1.4 „Homeoffice für die Dauer der Absonderung?“ sinngemäß. Mangels Dienstverhinderung haben Arbeitnehmer in diesen Konstellationen Anspruch auf Entgeltfortzahlung aufgrund des § 1153 ABGB.⁶⁸⁴ Anders verhält es sich hingegen, wenn die Arbeitsleistung nicht im Homeoffice erbracht werden kann. Durch die Absonderung sind Arbeitnehmer gehindert, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Da das österreichische EpiG auf ausländische Sachverhalte nicht zur Anwendung gelangt, kommt als Entgeltfortzahlungstatbestand in erster Linie jener wegen eines wichtigen, die Person des Arbeitnehmers betreffenden Dienstverhinderungsgrundes gem § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB in Frage. Der Entgeltfortzahlungsanspruch besteht nur, wenn der Arbeitnehmer ohne sein Verschulden an der Leistung seiner Dienste verhindert ist. Schon aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt sich, dass bereits leichte Fahrlässigkeit die Entgeltfortzahlung ausschließt.⁶⁸⁵ Ein Verschulden würde bspw vorliegen, wenn verpflichtende Schutzmaßnahmen, wie etwa Abstandsregeln, nicht eingehalten wurden oder Arbeitnehmer bei Grenzübertritt ins Ausland keinen negativen COVID-19-Test vorlegen konnten und deshalb in Quarantäne bzw Isolierung mussten.⁶⁸⁶

Hinsichtlich der Entgeltfortzahlungsdauer spricht das Gesetz von einer verhältnismäßig kurzen Zeit, die mangels Bezugszeitraums pro Anlassfall zu verstehen ist. Die hM geht bei dem Terminus „verhältnismäßig kurzen Zeit“ von einer Woche aus. Nur in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen soll diese Grenze überschritten werden können.^{687,688}

Grds wird Arbeitnehmern bei einer Absonderung im Ausland daher die Entgeltfortzahlung für die Dauer von einer Woche gebühren – fehlendes Verschulden vorausgesetzt. Sollte die Absonderung länger als eine Woche andauern, was sehr häufig der Fall ist, müsste, damit Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben, für die restliche Zeit Urlaub oder Zeitausgleich vereinbart werden. Hier ist zunächst an § 4 Abs 2 UrlG zu denken,

⁶⁸⁴ Auf sozialversicherungsrechtliche Aspekte beim Homeoffice im Ausland wird im Rahmen meiner Dissertation nicht näher eingegangen.

⁶⁸⁵ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 147 mwN.

⁶⁸⁶ Informationen der WKO, Coronavirus FAQ: WKO-Informationen für Unternehmen, https://www.wko.at/service/faq-coronavirus-infos.html#heading_hinweis (Stand 19.07.2021).

⁶⁸⁷ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 156f.

⁶⁸⁸ Siehe dazu Kapitel 2.2.3 „Dauer der Entgeltfortzahlung“.

wonach für Zeiträume eines Krankenstandes, einer Pflegefreistellung oder eines sonstigen wichtigen Dienstverhinderungsgrundes Urlaub nicht vereinbart werden darf. Das Verbrauchsverbot gilt allerdings nur dann, wenn der Umstand dem Arbeitgeber bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung bekannt ist.⁶⁸⁹ Auch wenn in vorliegenden Fällen dem Arbeitgeber die Dienstverhinderung bekannt ist, steht § 4 Abs 2 UrlG dem Urlaubsverbrauch nach einer Woche nicht entgegen. Zwar dürfen Zeiträume eines Krankenstandes auch dann, wenn kein Entgeltfortzahlungsanspruch mehr besteht, nicht mit Urlaub überbrückt werden. Für Zeiträume von Pflegefreistellungen und sonstigen Dienstverhinderungen gilt dieses Vereinbarungsverbot jedenfalls nur bei Fortzahlungspflicht.⁶⁹⁰ Nachdem die Entgeltfortzahlungspflicht idR bereits nach einer Woche endet, Arbeitnehmer jedoch unter Umständen länger an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung gehindert sind, wäre es denkbar, für den die Ein-Wochen-Grenze übersteigenden Zeitraum Urlaub zu vereinbaren.

Hinterfragt werden könnte allerdings, ob es überhaupt zulässig ist, für die Dauer einer Absonderung Urlaub zu vereinbaren, da die Selbstbestimmungsfreiheit eines Arbeitnehmers wegen seiner zwingenden Absonderung in der Wohnung dermaßen eingeschränkt ist, dass Urlaubsverbrauch während dieser Zeit idR unzumutbar sein wird. Aus diesem Grund berechtigt eine Absonderung während des Urlaubs grds auch zur Unterbrechung des Urlaubs.⁶⁹¹ Soll Urlaub hingegen auf Wunsch des Arbeitnehmers für die Dauer der Absonderung vereinbart werden, um einen Entgeltanspruch zu haben, halte ich dies für vertretbar. In diesen Fällen ist den Parteien nämlich nicht nur bekannt, dass Urlaub während der Absonderung verbraucht werden soll, vielmehr stellt die Absonderung sogar den Grund für den Urlaubsverbrauch dar. Zwar erfolgt der Urlaubsverbrauch nicht primär wegen des Erholungszwecks, wobei man sich auch in der eigenen Wohnung erholen kann, sondern um dem Arbeitnehmer seine Entgeltfortzahlung trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung zu sichern. Der Umstand, dass das Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers während dieses Urlaubs aufgrund der Absonderung stark eingeschränkt ist, ist diesem bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung jedoch bekannt und erfolgt die Urlaubsvereinbarung wohl auch auf Wunsch des Arbeitnehmers. Insofern scheint eine Urlaubsvereinbarung für die eine einwöchige Absonderung übersteigende Zeit mE zulässig

⁶⁸⁹ *Drs*, ASoK 2020, 282 (284).

⁶⁹⁰ *Schrank*, UrlG § 4 Rz 24f.

⁶⁹¹ Vgl idS *Egermann/Ziembicka*, *ecolex* 2020, 490 (492).

– auch wenn nicht primär der Erholungszweck des Arbeitnehmers ausschlaggebend für die Urlaubsvereinbarung war.

Für diese Rechtsansicht spricht auch die Ähnlichkeit mit dem in § 16 Abs 3 UrlG geregelten einseitigen Recht zum Urlaubsantritt zum Zweck der notwendigen Pflege eines im gemeinsamen Haushalt lebenden eigenen erkrankten Kindes (Wahl- oder Pflegekindes) unter dem 12. Lebensjahr oder ebensolcher leiblicher Kinder des Partners in einer Ehe, eingetragenen Partnerschaft oder Lebensgemeinschaft. Ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 16 UrlG erschöpft, können Arbeitnehmer zum oben geschilderten Zweck ohne Einwilligung des Arbeitgebers Urlaub antreten.⁶⁹² Auch in diesen Fällen steht nicht der Zweck der Erholung des Arbeitnehmers im Vordergrund, insb da im umgekehrten Fall, Eintritt einer Krankenpflegefreistellung während eines bereits angetretenen Urlaubs, der Urlaub analog zu der Regel „Krankheit unterbricht Urlaub“ unterbrochen wird. Das einseitige Urlaubsantrittsrecht dient mE daher ebenfalls der Sicherstellung der Entgeltfortzahlung.

Wurde über den Arbeitnehmer hingegen eine Isolierung wegen der Erkrankung an COVID-19 verhängt, ist mangels Anwendbarkeit des EpiG grds von einer Dienstverhinderung durch Krankheit auszugehen. Gem § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZ besteht dann kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn die Dienstverhinderung grob fahrlässig oder vorsätzlich herbeigeführt wurde. Im Gegensatz zu wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen schadet leichte Fahrlässigkeit dem Entgeltfortzahlungsanspruch bei Krankheit nicht. Verschulden setzt Rechtswidrigkeit voraus.⁶⁹³ Grob fahrlässiges Verhalten wird idR dann vorliegen, wenn Arbeitnehmer gegen anlässlich der COVID-19-Pandemie ausgesprochene Empfehlungen oder gegen in V vorgesehene Verhaltensregeln grob verstoßen. Einmaliges Vergessen von Händewaschen oder das kurzfristige Unterschreiten von Mindestabständen beim Einkaufen oder am Gehsteig werden idR nicht als grob fahrlässig zu qualifizieren sein. Als grob fahrlässiges Verhalten werden aber wohl das Verweigern des Tragens einer Maske, das bewusste Verletzen von Mindestabständen oder die Teilnahme an „Corona-Feiern“ anzusehen sein. Auch das Reisen in Gebiete, für die eine Reisewarnung gilt, was zeitweise für sämtliche Länder der Welt der Fall war, stellt grds grob fahrlässiges Verhalten dar.⁶⁹⁴

⁶⁹² *Schrank*, UrlG § 16 Rz 16.

⁶⁹³ *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ § 1154b ABGB Rz 43f.

⁶⁹⁴ *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 5 Rz 20 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

Für welche Gebiete eine Reisewarnung besteht, erfährt man auf der Homepage des BMEIA. Dabei werden die vom BMEIA erfassten Länder in sechs Stufen, abhängig von der jeweiligen Sicherheitssituation, kategorisiert. Die Kategorisierung erfolgt anhand umfangreicher Informationen von österreichischen und europäischen Vertretungsbehörden und wird regelmäßig aktualisiert. Das Sicherheitsrisiko ist dabei aufsteigend gestaffelt und findet seine höchsten Stufen in der Reisewarnung (dazu zählen die Sicherheitsstufe 5: Partielle Reisewarnung für ein bestimmtes Gebiet und die Sicherheitsstufe 6: Reisewarnung).⁶⁹⁵

Wie bereits ausgeführt, gilt die Reise in ein Risikogebiet grds als grob fahrlässig. Gerade bei ausländischen Grenzgängern bzw Tagespendlern, stellt sich die Frage, ob auch ihnen, allein aufgrund des Umstands der Reise in ein Risikogebiet, grob fahrlässiges Verhalten unterstellt werden kann. Unter ausländischen Grenzgängern bzw Tagespendlern sind Arbeitnehmer zu verstehen, die im angrenzenden Ausland wohnen, im Inland ihren Arbeitsort haben, und sich idR nach jedem Arbeitstag zum Wohnort ins Ausland zurückbegeben.⁶⁹⁶ Vor dem Hintergrund der COVID-19-Pandemie wird die Reise in ein Risikogebiet, in das sich der Arbeitnehmer begibt, um seinen Wohnsitz zu erreichen, nicht mit einer Urlaubsreise in ein Risikogebiet gleichzusetzen sein – insb dann nicht, wenn der Arbeitnehmer bereits vor Beginn der COVID-19-Pandemie seinen Wohnsitz im Ausland hatte. Diese Unterscheidung geht mE auch aus den Erläut zu den Reisewarnungen des BMEIA⁶⁹⁷ hervor, wonach in Bezug auf COVID-19 „*vor allen touristischen und nicht notwendigen Reisen, einschließlich Urlaubs- und Familienbesuchsreisen, in dieses Land gewarnt*“ wird. Erkrankt ein Grenzgänger daher in seinem Wohnsitzstaat, für den eine Reisewarnung ausgesprochen wurde, ist der Umstand, dass sich der Arbeitnehmer in ein Risikogebiet begeben hat und dort erkrankt ist, per se nicht geeignet, grob fahrlässiges Verhalten zu begründen. Um die Entgeltfortzahlung auszuschließen, müssten weitere Umstände hinzutreten (zB Verstöße gegen COVID-19-Verhaltensregeln), die für die Dienstverhinderung kausal waren.

⁶⁹⁵ Informationen des BMEIA, Reisewarnungen, <https://www.bmeia.gv.at/reise-aufenthalt/reisewarnungen/> (abgefragt am 20.07.2021).

⁶⁹⁶ Die Bezeichnung stammt aus dem Steuerrecht; LStR 2002 v 27.11.2006, BMF-010203/0544-VI/7/2006 Rz 6.

⁶⁹⁷ Informationen des BMEIA, Reisewarnungen, <https://www.bmeia.gv.at/reise-aufenthalt/reisewarnungen/> (abgefragt am 20.07.2021).

4.1.5.1 Besonderheiten im Rahmen einer Dienstreise

Besondere Beachtung verlangen jene Fälle, in denen Arbeitnehmer während einer Dienstreise im Ausland behördlich abgesondert wurden. In diesen Konstellationen begeben sich Arbeitnehmer im Auftrag und im Interesse ihrer Arbeitgeber im Rahmen einer Dienstreise ins Ausland. Ist aufgrund der Absonderung eine Rückreise und damit der rechtzeitige Dienstantritt nur verspätet möglich, stellt sich die Frage, ob Arbeitgeber für die Dauer der Dienstverhinderung Entgeltfortzahlung leisten müssen. Darüber hinaus werden idR auch Kosten für die Unterbringung während der Absonderung im Ausland anfallen.

*Gerhartl*⁶⁹⁸ unterscheidet bei Dienstverhinderung aufgrund von Absonderungen, die iZm einer Dienstreise stehen, zwischen verpflichtenden Heimquarantänen nach der jeweils geltenden COVID-19-Einreiseverordnung und individuell angeordneten Absonderungen iSd § 7 EpiG. Hat der Arbeitnehmer im Falle einer Rückkehr nach Österreich eine verpflichtende Heimquarantäne anzutreten und ist für die Dauer der Quarantäne an der Dienstleistung gehindert, spricht sich *Gerhartl* für die Zuordnung der Heimquarantäne als Folge einer Dienstreise zur Sphäre des Arbeitgebers aus. Er begründet die Anwendbarkeit von § 1155 ABGB damit, dass die fehlende Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers auf eine Anordnung des Arbeitgebers zurückgeführt werden kann. Erfolgt hingegen eine individuelle Absonderung iSd § 7 EpiG –, etwa wegen einer symptomlosen Infektion oder weil der Arbeitnehmer als Kontaktperson gilt, verwirklichte sich nach *Gerhartl* ein speziell in der Person des Arbeitnehmers bestehendes Risiko, sodass die Dienstverhinderung der Arbeitnehmersphäre zuzuordnen ist. Es spiele für ihn keine Rolle, ob sich der der Absonderung zugrundeliegende Sachverhalt in Ausübung einer dienstlichen Tätigkeit verwirklicht habe oder nicht.

Dieser Differenzierung kann im Hinblick auf die Zuordnung zur Arbeitgeber- bzw zur Arbeitnehmersphäre mE nicht gefolgt werden. In beiden Fällen ist der Arbeitnehmer an der Leistungserbringung durch die Quarantäne gehindert und steht die Absonderung mit der Dienstreise im Zusammenhang. Darüber hinaus ist ein wesentliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen einem Umstand auf Seiten des Arbeitgebers und auf Seiten des Arbeitnehmers der Umstand, ob der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung bereit ist.

Der hinsichtlich seiner Dauer unbegrenzte Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 1155 ABGB setzt Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers voraus. Leistungsbereitschaft

⁶⁹⁸ *Gerhartl*, Quarantäne nach Auslandsdienstreise, *ecolex* 2020, 816 (817f).

wiederum erfordert die Fähigkeit zur Leistung und ihr Anbieten zur geschuldeten Zeit.⁶⁹⁹ Die Fähigkeit zur Leistung fehlt bei Verhinderung durch Krankheit oder wenn der Arbeitnehmer die Leistung aus einem anderen rechtfertigenden Grund unterlässt.⁷⁰⁰

Da der Arbeitnehmer während einer Absonderung – sei es nun aufgrund einer allgemeinen, verpflichtenden Heimquarantäne bei Rückkehr nach Österreich oder aufgrund einer individuell angeordneten Absonderung iSd § 7 EpiG – an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert ist, liegt die von § 1155 ABGB verlangte Leistungsbereitschaft gerade nicht vor. Der Arbeitnehmer ist nicht fähig, die Leistung während der geschuldeten Zeit zu erbringen. Eine Zuordnung zur Arbeitgebersphäre scheidet mE daher aus.

Auch *Schrenk*⁷⁰¹ argumentiert iZm Dienstverhinderungen aufgrund der neutralen Sphäre zugehörigen Ereignissen, wie etwa der Behinderung des Flugverkehrs in weiten Teilen Europas durch einen Vulkanausbruch, dass Dienstreisen einen Sonderfall darstellen würden. Trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung durch ein der neutralen Sphäre zuordenbares Ereignis sei der Arbeitgeber zur Fortzahlung des Entgelts sowie zum Ersatz der dadurch entstehenden Mehrkosten verpflichtet. Begründen ließe sich dies damit, dass die vorgegebene Dienstreise jedenfalls der Sphäre des Arbeitgebers zuzurechnen sei bzw der Verhinderungstatbestand vom Arbeitgeber verursacht worden sei, sodass Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB gebühre. Auch hier kann wieder der dogmatische Einwand erfolgen, dass § 1155 leg cit die Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers voraussetzt, was im genannten Beispiel ja nicht der Fall ist.

Eine weitere Möglichkeit zur Begründung eines Entgeltfortzahlungsanspruchs sieht *Schrenk*⁷⁰² in § 1014 ABGB gegeben. Danach muss der Auftraggeber dem Auftragnehmer jeden mit der Erfüllung eines Auftrages verbundenen Aufwand bzw unmittelbar erlittenen Sachschaden verschuldensunabhängig ersetzen. *Schrenk* kommt, ohne dies näher auszuführen, zu dem Schluss, dass die Bestimmung des § 1014 ABGB der bessere Ansatz zur Begründung einer Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers als § 1155 ABGB sei.

Ich bin der Meinung, dass es zur Begründung der Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers weder über § 1155 ABGB noch über § 1014 ABGB kommt. Anders als § 1155 ABGB setzt § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB die Leistungsbereitschaft des Arbeitnehmers nicht voraus. Das Unterbleiben der Arbeitsleistung wird der Sphäre des

⁶⁹⁹ *Rebhahn/Ettmayer in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.04} § 1155 Rz 12 (Stand 1.10.2017, rdb.at).

⁷⁰⁰ *Rebhahn in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 1155 ABGB Rz 19f.

⁷⁰¹ *Schrenk*, Die Dienstverhinderung im Arbeitsrecht, taxlex 2010, 254 (255).

⁷⁰² *Schrenk*, taxlex 2010, 254 (255).

Arbeitnehmers zugerechnet. Unterbleibt die Arbeitsleistung aufgrund einer Absonderung, sei es nun aufgrund einer individuell im Ausland verhängten Quarantäne iSd § 7 EpiG oder aufgrund einer generellen Heimquarantäne nach Einreise in Österreich, ist mE jedenfalls vom Vorliegen eines wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrundes auszugehen – auch bei Reisetätigkeiten iZm Dienstreisen. Aufgrund der Anordnung der Dienstreise durch den Arbeitgeber scheidet Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers hinsichtlich der Auswahl des Reiseziels aus. Dem Arbeitnehmer gebührt Entgeltfortzahlung nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB für eine verhältnismäßig kurze Zeit. Wie bereits ausgeführt, zieht die hM als Richtschnur für die Dauer der Entgeltfortzahlung die Frist von einer Woche heran, wobei deren Überschreiten in besonders berücksichtigungswürdigen Fällen möglich sein soll.⁷⁰³ Dies könnte mE bei Quarantänen, die iZm Dienstreisen stehen, der Fall sein. Ist der Arbeitnehmer, der im Auftrag und im Interesse des Arbeitgebers eine Reisetätigkeit unternimmt, aufgrund der Quarantäne länger als eine Woche an der Arbeitsleistung gehindert, gebührt ihm mE auch für den die eine Woche übersteigenden Zeitraum Entgeltfortzahlung.⁷⁰⁴

Liegt der ausländischen Absonderung hingegen eine Erkrankung an COVID-19 zugrunde, handelt es sich aus arbeitsrechtlicher Sicht um eine Dienstverhinderung durch Krankheit.⁷⁰⁵ Arbeitnehmer haben Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG. Ordnet der Arbeitgeber eine Dienstreise in ein Land an, für das eine Reisewarnung, dh Sicherheitsstufe 5 oder 6, besteht, und erkrankt der Arbeitnehmer dort, trifft ihn, das Einhalten der COVID-19-Verhaltensregeln vorausgesetzt, kein Verschulden an der Erkrankung. Anders als bei privaten Reisen ins Ausland, wählt im Falle einer Dienstreise der Arbeitgeber und nicht der Arbeitnehmer das Reiseziel aus. Sogar wenn man zu dem Schluss käme, dass der Arbeitnehmer der Anordnung des Arbeitgebers, eine Dienstreise in ein bestimmtes Land mit Reisewarnung anzutreten, nicht nachkommen müsste, und der Arbeitnehmer der Weisung dennoch folgen würde, wäre es wertungsmäßig nicht gerechtfertigt, dem Arbeitnehmer daraus einen Nachteil hinsichtlich der Rechtsfolgen entstehen zu lassen. Dh, auch wenn der Arbeitnehmer zur Dienstreise nicht verpflichtet wäre und er der Anordnung des Arbeitgebers dennoch nachkommt, würde ihm im Falle

⁷⁰³ Drs in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 157.

⁷⁰⁴ Vgl idS auch *Schima*, Vulkanausbrüche, Naturkatastrophen und andere Fälle höherer Gewalt – arbeitsrechtliche Auswirkungen, ZAS 2012/25 (136).

⁷⁰⁵ So auch *Gerhartl*, *ecolex* 2020, 816 (818).

einer Erkrankung mangels grob fahrlässig herbeigeführter Dienstverhinderung ein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 Abs 1 EFZG gebühren.⁷⁰⁶

4.2 Dienstverhinderung ohne behördliche Verfügung

Gegenstand dieses Abschnitts bilden Sachverhalte, in denen sich Arbeitnehmer, ohne behördlich abgesondert worden zu sein, in Selbstisolation begeben. Die Gründe dafür sind vielfältig. So kann eine behördliche Absonderung gem § 7 EpiG in gewissen Konstellationen einfach nicht vorgesehen sein – bspw nach einem Aufenthalt in einem Risikogebiet mit erhöhten Infektionszahlen oder bei Vorliegen eines positiven Testergebnisses eines Antigentests zur Eigenanwendung, oder weil die zuständige Behörde kein hohes Risiko einer Infektion feststellen konnte (zB bei Kontaktpersonen der Kategorie II). Das Unterbleiben der Absonderung kann jedoch auch schlichtweg auf Behördenüberlastung zurückzuführen sein.

Ob Arbeitnehmer für die Dauer ihrer Selbstisolation einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben, wird in erster Linie davon abhängen, ob die Selbstisolation aus objektiv nachvollziehbaren Gründen erfolgt.⁷⁰⁷ Dabei wird zu prüfen sein, ob die vom Arbeitnehmer vertraglich geschuldete Arbeitspflicht erwartet werden kann oder ob sie aufgrund der Kollision mit anderen Pflichten unzumutbar ist.⁷⁰⁸ Bei der Prüfung sind die Interessen des Arbeitnehmers an der (bezahlten) Freistellung den Interessen des Arbeitgebers an der Erbringung der Arbeitsleistung gegenüber zu stellen.⁷⁰⁹

4.2.1 Unterbleiben der Absonderung aufgrund von Behördenversagen

Hätten Arbeitnehmer eigentlich abgesondert werden müssen, weil sie sich mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert haben oder bei ihnen ein hoher Infektionsverdacht festgestellt wurde, die Absonderung jedoch wegen eines Fehlers oder der Überlastung der Behörde unterblieben ist, gebührt ihnen grds im Falle der Infektion Entgeltfortzahlung durch Krankheit, und im Falle des Infektionsverdachts, Entgeltfortzahlung aus wichtigem, persönlichen Grund.⁷¹⁰

So ist es, wie bereits in Kapitel 4.1.1 „Absonderung aufgrund des Verdachts oder der Erkrankung an COVID-19“ dargelegt, nachvollziehbar, dass sich genesene Verdachtsfälle

⁷⁰⁶ Gerhartl, *ecolex* 2020, 816 (817).

⁷⁰⁷ Gerhartl, *ASoK* 2020, 362 (363); Ghahramani-Hofer, *PVP* 2020/71 (303f).

⁷⁰⁸ Vgl Drs in Neumayr/Reissner, *ZellKomm*³ § 8 AngG Rz 122.

⁷⁰⁹ OGH 9 ObA 121/16h *ecolex* 2017/285 (*Windisch-Graetz*) = JAS 2018, 23 (*Drs*) = ZAS-Judikatur 2017/53 (*Schörghofer*) = DRdA-infas 2017/89 (*Chlestil*) = DRdA 2017/52 (*Naderhirn*).

⁷¹⁰ Dullinger, *ZAS* 2021/3 (17).

bis zum Vorliegen ihrer Testergebnisse selbst isolieren. Mangels Krankheitssymptomen gebührt ihnen die Entgeltfortzahlung gem § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB für grds eine Woche.

In der Praxis stellt sich allerdings die Frage, wie Arbeitnehmer einen ausreichenden Nachweis gegenüber ihren Arbeitgebern erbringen können, der ihre Entgeltfortzahlung sichert. Weisen Arbeitnehmer Krankheitssymptome auf, könnten sie zunächst versuchen, als sogenannter Verdachtsfall eine telefonische Krankschreibung zu erwirken bzw wäre es denkbar, dass sie dem Arbeitgeber den positiven Test vorlegen. Schwieriger gestaltet sich die Lage hingegen bei Vorliegen eines Infektionsverdachts. Arbeitnehmer können lediglich versuchen, ihren Arbeitgebern glaubhaft zu machen, dass bei ihnen ein erhöhtes Infektionsrisiko bestehe und daher eine Quarantäne notwendig sei. Diese Vorgehensweise bietet einen nährreichen Boden für Missbrauch.⁷¹¹

Ist es Arbeitnehmern gelungen, einen Nachweis für die Notwendigkeit der Quarantäne zu erbringen, können in weitere Folge Probleme bei der Regressmöglichkeit des Arbeitgebers gegenüber dem Bund nach §§ 32, 33 EpiG auftreten. Zwar erhalten Arbeitnehmer ihr Entgelt (aufgrund arbeitsrechtlicher Bestimmungen) fortgezahlt, Arbeitgebern wird in aller Regel jedoch der ihnen grundsätzlich gebührende Vergütungsbetrag verwehrt, da § 32 EpiG eine behördliche Absonderung verlangt.

Das Unterbleiben der behördlichen Absonderung ist jedoch nicht nur für Arbeitgeber, sondern auch für Arbeitnehmer mit Nachteilen verbunden. Wie in Kapitel 2.5 „Verhältnis von § 32 EpiG zu arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen“ dargelegt, geht der Entgeltanspruch nach dem EpiG den arbeitsrechtlichen Entgeltansprüchen vor. Dadurch kommt es bei abgesonderten Arbeitnehmern bei Erkrankung an COVID-19 zu keiner Verminderung des Krankenstandskontingents bzw ist die Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung aus wichtigem Grund (zB Infektionsverdacht) nicht an eine verhältnismäßig kurze Zeit geknüpft. Arbeitnehmer werden daher auch im eigenen Interesse dazu angehalten sein, die Ausstellung eines Bescheids bei der Gesundheitsbehörde zu urgieren.

Stellen Arbeitgeber für den Zeitraum der Selbstisolation einen Antrag auf Vergütung gem § 32 Abs 3 EpiG und erfolgt eine Ablehnung mangels Vorliegens einer behördlichen Absonderung, bleibt Arbeitgebern lediglich die Möglichkeit, gegen den

⁷¹¹ Siehe dazu auch *Klinger*, Wer zahlt bei Quarantäne ohne Bescheid, Der Standard 2020/46/02.

Ablehnungsbescheid ein Rechtsmittel unter Beweisangebot samt Einvernahme des Arbeitnehmers zu erheben.

Anders verhält es sich hingegen bei jenen Fällen, in denen die zuständige Behörde kein ausreichendes Risiko feststellen konnte und daher bewusst von einer Absonderung abgesehen hat. Dies ist insb bei Kontaktpersonen der Kategorie II der Fall.⁷¹² Begeben sich Arbeitnehmer, die als Kategorie-II-Kontaktpersonen qualifiziert wurden, freiwillig in Quarantäne, gebührt ihnen grds keine Entgeltfortzahlung.⁷¹³

4.2.2 Unterbleiben der Arbeitsleistung aufgrund Aufforderung zur Selbstisolation am Beispiel der „Tirol-Rückkehrer“

Am 13. März 2020 kündigte der ehemalige Bundeskanzler *Sebastian Kurz* im Rahmen einer Pressekonferenz an, dass das soziale Leben ab dem darauffolgenden Montag auf ein Minimum reduziert werde. Darüber hinaus wurden Gebiete in Österreich, in der sich das Virus besonders rasch ausbreitete, wie in Teilen Tirols, unter Quarantäne gestellt. So wurde zunächst über das Paznauntal und Sankt Anton am Arlberg eine 14-tägige Quarantäne verhängt.⁷¹⁴ Die Ereignisse in den darauffolgenden Tagen überschlugen sich. Am 14. März 2020 rief die Bundesregierung dazu auf, dass alle, die sich seit dem 28. Februar 2020 in Ischgl, Kappl, See, Galtür, Heiligenblut oder St. Anton aufgehalten hatten, zwei Wochen „daheimbleiben“ sollten - unabhängig davon, ob sie Symptome verspürten oder nicht. Das gelte auch für alle Personen, die mit den Rückkehrern Kontakt hatten.⁷¹⁵ Drei Tage später, am Dienstag, den 17. März 2020, wurde die gesamte Arlbergregion in Vorarlberg mit den Gemeinden Lech, Klösterle, Warth und Schröcken nach mehreren COVID-19-Fällen unter Quarantäne gestellt und abgeriegelt. Alle Personen und Urlauber, die sich in den vergangenen zwei Wochen in der Arlbergregion aufgehalten hatten, mussten sich in häusliche Quarantäne begeben. Auch Kontaktpersonen sollten sich freiwillig isolieren.⁷¹⁶ Noch am selben Tag, wenige Stunden später, erfolgte die Bekanntgabe, dass zwei weitere Tiroler Skigebiete, Sölden im Ötztal und St. Christoph am Arlberg, ab sofort unter Quarantäne gestellt wurden. Es erging die Aufforderung an alle, die in den letzten 14 Tagen in Sölden, dem Paznaun oder der Arlbergregion waren,

⁷¹² Dullinger, ZAS 2021/3 (17).

⁷¹³ Siehe dazu die Ausführungen in Kapitel 4.1.2 „Absonderung als Kontaktperson“.

⁷¹⁴ Informationen des BKA, Nachrichten: Bundesregierung präsentiert aktuelle Beschlüsse zum Coronavirus, <https://www.bundestkanzleramt.gv.at/bundestkanzleramt/nachrichten-der-bundesregierung/2020/bundesregierung-praesentiert-aktuelle-beschluesse-zum-coronavirus.html> (Stand 13.03.2020).

⁷¹⁵ Bericht der unabhängigen Expertenkommission, Management COVID-19-Pandemie Tirol (2020) 280.

⁷¹⁶ Bericht der unabhängigen Expertenkommission, Management COVID-19-Pandemie Tirol (2020) 283.

dringend für zwei Wochen in häuslicher Quarantäne zu bleiben.⁷¹⁷ Einen Tag später, am Mittwoch, den 18. März 2020, wurde verkündet, dass neben Sölden nun im Ötztal auch die Orte Obergurgl und Vent unter Quarantäne stünden. Es erging wiederum der Appell, dass diejenigen, die sich in den letzten beiden Wochen dort aufhielten, sich in häusliche Quarantäne begeben sollten. Am Donnerstag, den 19. März 2020, wurde schließlich ganz Tirol unter Quarantäne gestellt.⁷¹⁸

Die Verhängung von Quarantänen in Gebieten Tirols erfolgte mittels diverser V.⁷¹⁹ Die Aufforderung, sich in Selbstisolation zu begeben, wenn man sich innerhalb eines bestimmten Zeitraums in einem der Risikogebiete aufgehalten hatte, war in den jeweiligen V nicht enthalten. Letztendlich werden sie wohl als dringende, aber unverbindliche Empfehlung der Bundesregierung zu qualifizieren sein. Derartige Aufforderungen wurden an die Bevölkerung über Pressekonferenzen mitgeteilt. Betroffene erhielten keinen Absonderungsbescheid, sodass ein Entgeltanspruch nach § 32 Abs 3 EpiG ausschied.

Als Entgeltfortzahlungstatbestand in Frage kam ein wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund gem § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB. Die Selbstisolation diene in erster Linie der Eindämmung der Weiterverbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2. Im Vordergrund stand hierbei unmittelbar der Schutz anderer Personen sowie mittelbar eine Vermeidung der Überlastung des Gesundheitssystems. Hielten sich Betroffene in einem bestimmten Zeitraum in einem Risikogebiet mit hoher Infektionsrate auf, war die Gefahr der Weiterverbreitung des Virus durchaus begründet. In dieser Konstellation stellte mE der Schutz der Allgemeinheit, zu der mitunter auch Arbeitskollegen, Kunden oder Vertragspartner des Arbeitgebers zählen, eine höherwertige Pflicht als die vom Arbeitnehmer geschuldete, vertragliche Pflicht dar.

Darüber hinaus wird man aufgrund der damaligen Ausnahmesituation, sich binnen kürzester Zeit ändernder Rechtslagen sowie der Art und Weise der Kommunikation seitens der Politik – Quarantänemaßnahmen, die zunächst iRv Pressekonferenzen und erst im Nachhinein mittels Verordnungen verkündet wurden –, es den Tirol-Rückkehrern wohl nicht vorwerfen können, dass sie davon ausgingen, sich in Selbstisolation begeben zu müssen. Ein Verschulden liegt daher nicht vor.

⁷¹⁷ Bericht der unabhängigen Expertenkommission, Management COVID-19-Pandemie Tirol (2020) 283f.

⁷¹⁸ Bericht der unabhängigen Expertenkommission, Management COVID-19-Pandemie Tirol (2020) 284.

⁷¹⁹ V nach § 2 Z 2 des COVID-19-Maßnahmengesetzes LGBl für Tirol 2020/33 (Änderung durch LGBl 2020/34; ersetzt ab 20.03.20 durch LGBl 2020/35, dieses geändert durch LGBl 2020/41 und aufgehoben am 06.04.20 durch LGBl 2020/44).

Tirol-Rückkehrer, die sich in Selbstisolation begaben, hatten mE daher Anspruch auf Entgeltfortzahlung wegen eines wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrunds für eine verhältnismäßig kurze Zeit.⁷²⁰

4.2.3 Selbstüberwachte Heimquarantäne nach § 3b EpiG

Von einer freiwilligen Selbstisolation zu unterscheiden sind jene Fälle, in denen Arbeitnehmer gem § 3b EpiG eine selbstüberwachte Heimquarantäne anzutreten haben, wenn nach Durchführung eines SARS-CoV-2-Antigentests zur Eigenanwendung ein positives Testergebnis vorliegt. Arbeitnehmer haben unverzüglich die Gesundheitsbehörde bspw über die Hotline 1450 zu informieren oder selbständig eine Nachtestung bei einer dafür befugten Stelle zu veranlassen. Eine Nachtestung soll innerhalb von 48 Stunden erfolgen. Die selbstüberwachte Heimquarantäne hat bis zum Vorliegen des Testergebnisses der Nachtestung zu erfolgen. § 3b EpiG normiert, dass für die Entgeltfortzahlung und den Ersatz § 32 EpiG sinngemäß gelte.

Die wesentlichen Unterschiede zur freiwilligen Selbstisolation bestehen einerseits darin, dass der Arbeitnehmer die selbstüberwachte Heimquarantäne nach § 3b EpiG anzutreten hat, ihr Antritt liegt somit nicht im Ermessen des Arbeitnehmers, und andererseits in der Rechtsgrundlage der Entgeltfortzahlung. Während Arbeitnehmern bei freiwilliger Selbstisolation allenfalls einen arbeitsrechtlichen Entgeltanspruch nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB bzw § 8 Abs 1 AngG bzw § 2 EFZG zukommt, haben Arbeitnehmer für die Dauer einer selbstüberwachten Heimquarantäne gem § 3b EpiG kraft gesetzlicher Anordnung einen Entgeltanspruch nach § 32 EpiG. Auch bei Vorliegen von Symptomen verringert sich daher das Krankenstandskontingent nicht. Arbeitgeber können in weiterer Folge einen Antrag auf Ersatz des fortgezählten Entgelts gegenüber dem Bund stellen.

⁷²⁰ So auch *Friedrich Schrenk/Florian Schrenk/Hitz*, ARD 6693/6/20 (14); *Gerhartl*, ASoK 2020, 362 (363); *Ghahramani-Hofer*, PVP 2020/71 (303f).

5 Dienstverhinderung durch Testung

Im Kampf gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 spielten auch die COVID-19-Testungen eine wichtige Rolle. So kündigte der ehemalige Bundeskanzler *Sebastian Kurz* im November 2020 die Durchführung von Massentests quer durch die Bevölkerung nach slowakischem Vorbild an.⁷²¹ „Um möglichst virenfreie Festtage“ zu ermöglichen, sollten vor Weihnachten noch breite Bevölkerungsteile getestet werden. Zusätzlich war eine zweite Massentestung zu Beginn des Jahres 2021 geplant. Zwar wurde seitens des ehemaligen Bundeskanzlers darauf hingewiesen, dass die Teilnahme an der Testung freiwillig sei, zugleich wurde jedoch deren Wichtigkeit betont und appellierte man an die gesamte Bevölkerung, die Testung zu unterstützen und sich daran zu beteiligen.⁷²²

5.1 Testung als Dienstverhinderung

Mit Ankündigung der Massentests stellte sich die Frage, ob die Teilnahme daran während der Arbeit erfolgen dürfe, allenfalls auch unter Entgeltfortzahlung. Soweit ersichtlich, liegt zu dieser Frage keine Rsp vor. Es bedarf zu ihrer Lösung daher allgemein arbeitsrechtlicher Instrumente.

Als Entgeltfortzahlungstatbestand könnte ein wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB in Frage kommen. Ob ein solcher vorliegt, ist im Einzelfall nach Durchführung einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen zu beurteilen.

Die Teilnahme an der Massentestung, die bis dato ein Novum zur Pandemiebekämpfung war, ist zwar nicht gesetzlich geregelt, sie lässt sich mE jedoch aus Sitte, Herkunft und Moral ableiten und kann als Ausfluss der Staatsbürgerpflicht des Einzelnen gegenüber der Allgemeinheit gewertet werden. Die Teilnahme an den ersten Massentests wird trotz Freiwilligkeit insb aufgrund der, durch die Bundesregierung hervorgehobenen Dringlichkeit sowie des enormen öffentlichen Interesses, asymptomatische Personen rasch zu identifizieren und zu isolieren, als wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund zu

⁷²¹ *Kurier*, Massentests in Österreich: Was die Regierung nun vorhat, <https://kurier.at/politik/inland/massentests-in-oesterreich-was-die-regierung-nun-vorhat/401098359> (Stand 15.11.2020).

⁷²² *Der Standard*, Massentests starten am 5. Dezember: Zuerst für Lehrer, danach für Polizei – und auch virusbelastete Gemeinden, <https://www.derstandard.at/story/2000121860840/erste-massentests-starten-ab-5-dezember-fuer-lehrer-danach-fuer> (Stand 20.11.2020).

qualifizieren sein.⁷²³ Voraussetzung für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung ist jedoch, dass die Teilnahme an der Testung nicht außerhalb der Arbeitszeit erfolgen kann.⁷²⁴

Von den ersten Massentests sind mE jene Tests zu unterscheiden, die abhängig von der jeweiligen epidemiologischen Situation immer wieder Voraussetzung für die Inanspruchnahme von Dienstleistungen waren. So sah bspw die COVID-19-ÖV⁷²⁵ hinsichtlich des Gastgewerbes vor, dass Kunden die Betriebsstätte nur betreten durften, wenn diese einen Nachweis einer geringen epidemiologischen Gefahr vorweisen konnten (§ 6 Abs 4 Z 5 leg cit). Auch für das Betreten von Betriebsstätten zur Inanspruchnahme von körpernahen Dienstleistungen wurde der Nachweis einer geringen epidemiologischen Gefahr verlangt (§ 5 Abs 3 Z 1 14. COVID-19-SchuMaV⁷²⁶). Diese Regelungen erfolgten iZm den Lockerungen des 3. Lockdowns. Der Beweggrund des Einzelnen, sich testen zu lassen, liegt hier mE idR jedoch nicht in der Pandemiebekämpfung, sondern darin, diverse Dienstleistungen für sich persönlich in Anspruch zu nehmen. Auch wenn die Testung der Weiterverbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 faktisch entgegenwirkt, bin ich der Ansicht, dass eine Interessenabwägung im Falle eines gewöhnlichen Gasthaus- oder Friseurbesuchs jedenfalls zugunsten des Arbeitgebers und dessen Interesse an der Arbeitsleistung ausfallen wird – ein persönlicher Dienstverhinderungsgrund liegt nicht vor. Kann die Testung aufgrund eingeschränkter Öffnungszeiten der Teststationen nicht außerhalb der Arbeitszeit erfolgen, müssten sich Arbeitnehmer im Einvernehmen mit ihren Arbeitgebern Urlaub oder Zeitausgleich nehmen. Anderes könnte mE nur gelten, wenn bspw der Gasthausbesuch im Zuge eines anderen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrundes stattfindet – so könnte die Durchführung eines Tests während der Arbeitszeit, um an einem Leichenschmaus im Anschluss an eine Beerdigung teilnehmen zu können, einen wichtigen persönlichen Verhinderungsgrund darstellen.

5.2 Generalkollektivvertrag Corona-Test

Seit Beginn des Jahres 2021 erfolgte ein stetiger Ausbau der bevölkerungsweiten Screeningprogramme. Der Bevölkerung standen im Rahmen dieser Programme Tests ohne

⁷²³ Zum selben Ergebnis kommend *Brokes*, Der Corona-Generalkollektivvertrag – ein Meilenstein, DRdA-*inf*as 2021, 245 (245); *Drs in Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 56 (Stand 1.7.2021, rdb.at); *Gerhartl*, Arbeitsrechtliche Fragen der COVID-19-Schutzimpfung, ASoK 2021, 131 (133).

⁷²⁴ *Drs in Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 113.

⁷²⁵ COVID-19-Öffnungsverordnung BGBl II 2021/214.

⁷²⁶ 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung BGBl II 2021/58.

Beschränkungen zur Verfügung.⁷²⁷ Mit dem bekanntermaßen verfolgten Ziel von regelmäßigen und flächendeckenden Tests wurde allerdings die Diskussion entfacht, ob das regelmäßige und freiwillige Testen tatsächlich einen Dienstverhinderungsgrund darstellen könne.⁷²⁸

Um dieses Problem zu lösen und Rechtssicherheit zu schaffen, wurde zwischen den Sozialpartnern ein Generalkollektivvertrag betreffend arbeitsrechtliche und betriebliche Maßnahmen zur Umsetzung von COVID-19-Tests abgeschlossen. Der Generalkollektivvertrag trat, zeitgleich mit der 3. COVID-19-NotMV⁷²⁹, am 25.01.2021 in Kraft und war bis 31.08.2021 befristet. Der Generalkollektivvertrag galt für alle Betriebe, für die die Wirtschaftskammer die Kollektivvertragsfähigkeit besitzt. Durch Satzung⁷³⁰ wurde der Geltungsbereich des Generalkollektivvertrages erweitert, sodass auch Betriebe, die nicht der Wirtschaftskammer angehören und für die kein eigener Branchenkollektivvertrag gilt (kollektivvertragsfreie Bereiche), davon erfasst waren.

§ 2 des Generalkollektivvertrags differenzierte bei Dienstverhinderungen aufgrund von SARS-CoV-2-Tests zwischen verpflichtenden Tests und freiwilligen Tests. Waren Arbeitnehmer verpflichtet, für das Betreten ihres Arbeitsortes ein negatives Testergebnis vorzulegen, hatten Arbeitgeber sie während der für die Teilnahme an einem Test erforderliche Zeit unter Entgeltfortzahlung vom Dienst freizustellen. Von der Dauer der Entgeltfortzahlung umfasst war auch die erforderliche An- und Abreisezeit zum Test. Sofern im Betrieb keine Testmöglichkeiten bestanden, waren Arbeitnehmer dazu angehalten, den Test tunlichst auf dem Weg von zuhause zur Arbeitsstätte oder von der Arbeitsstätte nach zuhause zu absolvieren (§ 2 Abs 1 des Generalkollektivvertrags Corona-Test). Durch den Verweis auf § 1 Abs 5c COVID-19-MG⁷³¹ ergibt sich, dass zu den verpflichteten Arbeitnehmern Arbeitnehmer mit Kundenkontakten, Arbeitnehmer, an deren Arbeitsorten ein bestimmter Abstand regelmäßig nicht eingehalten werden konnte, Arbeitnehmer in Alten-, Pflege- und Behindertenheimen sowie Arbeitnehmer in Krankenanstalten und Kuranstalten zählten.

⁷²⁷ Informationen des BMSGPK, Österreichische Teststrategie SARS-CoV-2, 3 (Stand 22.04.2022).

⁷²⁸ Brokes, DRdA-infas 2021, 245 (245).

⁷²⁹ 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl II 2021/27. Mit dieser V wurde ua verfügt, dass bestimmte Arbeitsorte nur betreten werden dürfen, wenn von den Mitarbeitern regelmäßig ein Antigen-Test oder ein molekularbiologischer Test auf SARS-CoV-2 durchgeführt wird, dessen Ergebnis negativ ist.

⁷³⁰ V des Bundeseinigungsamtes beim Bundesministerium für Arbeit, mit der der Generalkollektivvertrag Corona-Tests zur Satzung erklärt wird BGBl II 2021/91.

⁷³¹ COVID-19-Maßnahmegesetz BGBl I 2020/12 idF BGBl I 2021/23.

Arbeitnehmer in Kurzarbeit waren von dem Freistellungsanspruch nach § 2 Z 1 nicht erfasst. Dem lag wohl der Gedanke zugrunde, dass jenen Arbeitnehmern aufgrund ihrer reduzierten Arbeitszeit die Teilnahme an Tests außerhalb der Arbeitszeit möglich sein sollte. Sollte die Teilnahme am Test in Einzelfällen wegen eingeschränkter Testangebote bzw eingeschränkten Öffnungszeiten der Teststationen dennoch nur während der Arbeitszeit möglich sein, wird man das Vorliegen eines wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrundes zu prüfen haben. Von einem solchen wird mE jedenfalls dann auszugehen sein, wenn es sich um Arbeitnehmer handelt, die zur Vorlage eines negativen Testergebnisses nach § 1 Abs 5c COVID-19-MG verpflichtet waren.⁷³²

Bestand für Arbeitnehmer hingegen keine Verpflichtung zur Vorlage eines negativen Testnachweises, hatten Testungen tunlichst außerhalb der Arbeitszeit zu erfolgen. Sollte dies nicht möglich sein, hatten jene Arbeitnehmer maximal einmal wöchentlich Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung zur Teilnahme an einer Testung (§ 2 Abs 2 des Generalkollektivvertrags Corona-Test).

Die Regelungen des Generalkollektivvertrags hinsichtlich der Corona-Tests wurden nicht in den neuen Generalkollektivvertrag Corona-Maßnahmen, der für den Zeitraum 1. 9. 2021 bis 30. 4. 2022 galt, übernommen. Sie sind damit seit 01.09.2021 nicht mehr in Geltung.⁷³³

Zu beachten ist allerdings, dass die Regelungen des Generalkollektivvertrags neben den allgemein arbeitsrechtlichen Bestimmungen bestanden. Gerade bei freiwilligen Testungen bzw bei Testungen nach Außerkrafttreten des Generalkollektivvertrags ist im Einzelfall daher zu prüfen, ob Arbeitnehmern ein Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB zukommt.

5.3 SARS-CoV-2 Tests im Rahmen des 3G-Nachweises

Mit der 3. COVID-19-MV⁷³⁴ erfolgte eine Verschärfung der Maßnahmen zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie, indem ua für den Ort der beruflichen Tätigkeit eine 3G-Pflicht (geimpft, getestet, genesen) eingeführt wurde.⁷³⁵ Danach durften Arbeitnehmer, Inhaber und Betreiber Arbeitsorte, an denen physische Kontakte zu anderen

⁷³² Siehe dazu auch *Plucinska/Zankel*, Rechtliche Rahmenbedingungen für Testungen und Impfungen im Zusammenhang mit SARS-CoV-2 im Arbeitsverhältnis, ASoK 2021, 82 (86).

⁷³³ *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 35 Rz 101.

⁷³⁴ 3. COVID-19-Maßnahmenverordnung BGBl II 2021/441.

⁷³⁵ Informationen des BMSGPK, Rechtliche Begründung zur 3. COVID-19-Maßnahmenverordnung 2, [http://www.orth.at/i_Corona_NEU/20211112/Rechtliche_Begrueendung_zur_3_%20COVID-19-Massnahmenverordnung%20\(2\).pdf](http://www.orth.at/i_Corona_NEU/20211112/Rechtliche_Begrueendung_zur_3_%20COVID-19-Massnahmenverordnung%20(2).pdf).

Personen nicht ausgeschlossen werden konnten, nur noch betreten, wenn sie über einen 3G-Nachweis verfügten.

Die verordnungsmäßig vorgesehene 3G-Pflicht stellt eine verwaltungsrechtliche Vorschrift dar, die dem Arbeitgeber nicht zuzurechnen ist.⁷³⁶ Arbeitgeber durften Arbeitnehmer ohne 3G-Nachweis vor Ort nicht zur Arbeit zulassen. Um rechtlich in der Lage zu sein, die Arbeit zu erbringen, dh, um arbeitsbereit zu sein, mussten Arbeitnehmer selbst für die Beibringung des 3G-Nachweises sorgen. Ein Anspruch auf Freistellung während der Arbeitszeit für die Durchführung der Tests bestand nicht.⁷³⁷ *Gerhartl*⁷³⁸ begründet dies damit, dass andernfalls ein Anreiz geschaffen werden könnte, sich in der Arbeitszeit testen zu lassen und dafür auf eine Impfung zu verzichten.

Zu der Frage, welche entgeltrechtlichen Auswirkungen sich bei der Weigerung des Arbeitnehmers, der 3G-Pflicht nachzukommen, ergeben, verweise ich auf meine Ausführungen in Kapitel 2.2.2.4.1 „Exkurs: Verweigerung der Vorlage eines 3G-Nachweises“.

⁷³⁶ Siehe dazu auch Informationen der AK, 3G und Schutz im Betrieb, <https://jobundcorona.at/schutz-im-betrieb/> (Stand 31.05.2021).

⁷³⁷ *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022) Kap 35 Rz 105.

⁷³⁸ *Gerhartl*, 3G am Arbeitsplatz. Ein problemorientierter Überblick, ASoK 2021, 447 (452).

6 Dienstverhinderungen iZm Urlaubsreisen

6.1 Grundsätzliches zum Urlaubsrecht

Eine wesentliche Funktion des Urlaubs als Anspruch auf bezahlte Freizeit besteht in der Erholung und Wiederherstellung der Arbeitskraft.⁷³⁹ § 12 UrlG normiert, dass die dem Arbeitnehmer aufgrund der §§ 2 bis 10 leg cit⁷⁴⁰ zustehenden Rechte weder durch Arbeitsvertrag, Arbeits-(Dienst)ordnung oder, soweit im UrlG nicht anderes bestimmt ist, durch KollV oder BV aufgehoben noch beschränkt werden können. Für die dem Arbeitnehmer nach § 16 UrlG zustehenden Rechte sieht § 17 leg cit die Unabdingbarkeit vor. Es handelt sich bei den genannten Vorschriften grds um einseitig zugunsten des Arbeitnehmers zwingendes Recht, dh, es kann zum Nachteil des Arbeitnehmers nicht abgeändert werden.⁷⁴¹

Das Urlaubsausmaß beträgt bei einer Dienstzeit von weniger als 25 Jahren 30 Werktage und erhöht sich nach Vollendung des 25. Jahres auf 36 Werktage (§ 2 Abs 1 UrlG). Der Anspruch auf Urlaub entsteht in den ersten sechs Monaten des Arbeitsjahres nur dienstzeitanteilig, nach sechs Monaten in voller Höhe. Ab dem zweiten Arbeitsjahr entsteht der gesamte Urlaubsanspruch mit Beginn des Arbeitsjahres (§ 4 Abs 2 UrlG).

Urlaubsverbrauch kann grds weder durch den Arbeitgeber noch durch den Arbeitnehmer einseitig festgelegt werden. Das UrlG sieht vor, dass der Zeitpunkt des Urlaubsantrittes zwischen den Parteien unter Rücksichtnahme auf die Erfordernisse des Betriebes und die Erholungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zu vereinbaren ist. Nur in Ausnahmefällen kann vom Grundsatz der Vereinbarung abgewichen werden. Arbeitnehmern kommt in folgenden Fällen ein einseitiges Urlaubsantrittsrecht zu: Arbeitnehmer können gem § 16 Abs 3 UrlG einseitig Urlaub antreten, wenn die gesetzlich vorgesehene, entgeltfortzahlungspflichtige Freistellung zur notwendigen Pflege eines Kindes, welches das zwölfte Lebensjahr noch nicht überschritten hat, bereits ausgeschöpft ist. Eine weitere Ausnahme bildet der „persönliche Feiertag“ gem § 7a ARG, wonach Arbeitnehmer einen Tag ihres Jahresurlaubs unter rechtzeitiger Bekanntgabe einseitig bestimmen können. Darüber hinaus können Arbeitnehmer im Rahmen eines Verfahrens gem § 4 Abs 4 UrlG bei Vorliegen der Voraussetzungen ohne Zustimmung des Arbeitgebers einseitig Urlaub antreten.

⁷³⁹ Windisch-Graetz, Arbeitsrecht¹¹ II 217f.

⁷⁴⁰ Es handelt sich wohl um ein Versehen, dass § 12 UrlG nicht auch § 10a leg cit nennt, sodass davon auszugehen ist, dass sich die Unabdingbarkeit auch auf § 10a leg cit erstreckt, Schrank, UrlG § 12 Rz 1.

⁷⁴¹ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 12 UrlG Rz 2.

Durch die befristete und mit 31.12.2020 bereits wieder außer Kraft getretene Neuregelung des § 1155 ABGB durch das 2. COVID-19-G⁷⁴² war vorgesehen, dass Arbeitgeber ihren Arbeitnehmern unter bestimmten Voraussetzungen und in einem gewissen Umfang Urlaub einseitig anordnen konnten.⁷⁴³

Weder sind Arbeitnehmer verpflichtet, ihren Arbeitgebern mitzuteilen, wo sie ihren Urlaub verbringen, noch sind Arbeitgeber berechtigt, ihren Arbeitnehmern anzuordnen, wo sie ihren Urlaub verbringen bzw wo sie ihn nicht verbringen dürfen. Daran ändert grds auch die COVID-19-Pandemie nichts.⁷⁴⁴ Auch wenn die Informationspflicht des Arbeitnehmers über das Urlaubsziel unter Berufung auf den Persönlichkeitsschutz zu verneinen ist, stellt sich die Frage, inwiefern Arbeitnehmer verpflichtet sind, zumindest nach der Rückkehr Angaben über Reisen in Risikogebiete zu machen. Dem Recht auf Persönlichkeitsschutz steht hier nämlich das objektive Informationsinteresse des Arbeitgebers gegenüber, ob der Arbeitnehmer während seines Urlaubs einem erhöhten Ansteckungsrisiko ausgesetzt war. Darunter fallen va Reisen in Länder mit Reisewarnung oder in Landesteile mit hohen Infektionsraten. Es muss dem Arbeitnehmer im Hinblick auf die geordnete und wirtschaftliche Betriebsführung sowie die ihn gegenüber anderen Mitarbeitern und seinen Kunden treffende Fürsorgepflicht möglich sein, das Gefährdungsrisiko einzuschätzen. Insofern wird wohl eine dahingehende Informationspflicht des Arbeitnehmers, die aus der Treuepflicht resultiert, bestehen.⁷⁴⁵ Arbeitnehmer werden daher zumindest auf Nachfrage des Arbeitgebers, ob sie in ein Land mit Reisewarnung gereist sind, wahrheitsgemäß antworten müssen, wobei es in aller Regel reichen wird, anzugeben, ob man sich in einem Land mit Reisewarnung aufgehalten hat oder nicht – die Nennung des Urlaubslandes wird nicht erforderlich sein.⁷⁴⁶

6.2 Dienstverhinderung und Urlaub

Im Folgenden soll die Rechtslage bei Überschneidungen von Urlaub mit einer Absonderung näher beleuchtet werden. Während der Gesetzgeber für gewisse Kollisionen Regelungen getroffen hat, muss in anderen Fällen aus Zweck und Funktion der

⁷⁴² BGBl I 2020/16.

⁷⁴³ Vgl dazu ausführlich *Kietzbl/Wolf* in *Resch*, Corona-HB^{1.04} Kap 3 (Stand 29.1.2021, rdb.at).

⁷⁴⁴ *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 102f (Stand 1.7.2021, rdb.at); *Vogt-Majarek/Springer*, Brennpunkt Urlaub: Die Urlaubsvereinbarung während der Corona-Krise, ARD 6703/4/2020 (7); *Hahn/Pfitzner*, Urlaube und Feiern in Zeiten von Corona, ARD 6707/5/2020 (5); *Drs*, ASoK 2020, 282 (288).

⁷⁴⁵ *Engelbrecht*, ZAS 2021/4 (23f); *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 103 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

⁷⁴⁶ *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 103 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

Tatbestände durch Auslegung geklärt werden, auf welcher Rechtsgrundlage die Entgeltfortzahlung zu leisten ist.⁷⁴⁷

6.2.1 Absonderung und § 4 Abs 2 UrlG

§ 4 Abs 2 UrlG sieht vor, dass für Zeiträume, in denen sonstige wichtige Gründe mit Entgeltfortzahlung vorliegen, der Urlaubsantritt nicht vereinbart werden darf, wenn diese Umstände bereits bei Abschluss der Vereinbarung bekannt waren. Geschieht dies dennoch, gilt der Zeitraum der Arbeitsverhinderung nicht als Urlaub.

Zu den wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen zählen ua Verhinderungen aufgrund von Bestimmungen der Sanitätsgesetze. Diese stellen öffentlich-rechtliche Hinderungsgründe dar, worunter auch Maßnahmen nach dem EpiG fallen.⁷⁴⁸ Wird ein Arbeitnehmer gem § 7 oder § 17 EpiG abgesondert, ist er grds durch einen wichtigen, die Person des Arbeitnehmers betreffenden Dienstverhinderungsgrund an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert. Es liegt somit ein wichtiger Dienstverhinderungsgrund gem § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB vor und dem Arbeitnehmer gebührt weiterhin Entgeltfortzahlung – wobei § 32 EpiG dem arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsanspruch vorgeht.

Die aus der Absonderung resultierende Dienstverhinderung auf Seiten des Arbeitnehmers stellt somit einen Verhinderungsgrund iSd § 4 Abs 2 UrlG dar.⁷⁴⁹ Ist daher bekannt, dass der Arbeitnehmer für einen bestimmten Zeitraum behördlich abgesondert wurde, kann für diesen Zeitraum keine rechtswirksame Urlaubsvereinbarung abgeschlossen werden. Der Zeitraum der Dienstverhinderung gilt nicht als Urlaub.

War die Absonderung bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung noch nicht bekannt, greift das Verbot des § 4 Abs 2 UrlG nicht und die Urlaubsvereinbarung kommt wirksam zustande.

6.2.2 Absonderung und (Teil-)Rücktritt von einer Urlaubsvereinbarung

Auch im Urlaubsrecht gilt der Grundsatz, dass eine ordnungsgemäß zustande gekommene Urlaubsvereinbarung beide Parteien bindet. Die Urlaubsvereinbarung kann im

⁷⁴⁷ *Vogt*, Die Entgeltfortzahlungstatbestände inklusive Urlaub, Rz 180 in *Gruber-Risak/Mazal*, Das Arbeitsrecht - System und Praxiskommentar (37. Lfg 2021).

⁷⁴⁸ *Holzer*, DRdA 1970, 107 (117); *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 138.

⁷⁴⁹ *Rauch*, Quarantäne und Betriebsschließung nach bereits vereinbarten Urlaub. Ist ein Rücktritt bzw Teilrücktritt von der Urlaubsvereinbarung möglich? ASoK 2021, 7 (7).

Einvernehmen jederzeit aufgehoben oder abgeändert werden. Einseitige Änderungen oder Aufhebungen sind grds nicht zulässig.⁷⁵⁰

Das UrlG enthält keine besonderen Regelungen für den Fall, dass ein Verhinderungsgrund erst nach Abschluss der Urlaubsvereinbarung oder nach Antritt des Urlaubs bekannt wird oder eintritt. Zur Lösung dieser Konstellationen müssen die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts herangezogen werden.⁷⁵¹ Sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber können daher bei Vorliegen eines wichtigen Grundes von der Urlaubsvereinbarung zurücktreten.

Der Rücktritt ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Rücktrittserklärung selbst ist an keine Form gebunden und kann somit auch schlüssig erfolgen.⁷⁵² Auch Teilrücktritte sind möglich. Der Rücktritt bewirkt die Auflösung der Urlaubsvereinbarung *ex nunc*. Erfolgt der Rücktritt vor Urlaubsantritt, wird die Urlaubsvereinbarung in jenem Umfang aufgehoben, der aus der Rücktrittserklärung hervorgeht. Erklärt der Arbeitnehmer hingegen erst nach Urlaubsantritt den Rücktritt, wird der Urlaub mit Wirkung für die Zukunft aufgehoben, es sei denn, der Rücktritt erfolgt nur für einen Teil des Urlaubs.⁷⁵³

Als wichtige Gründe, die den Arbeitnehmer zum Rücktritt berechtigen, gelten va die Person des Arbeitnehmers oder seine Familie betreffende Umstände, die den Urlaubsverbrauch im Hinblick auf den Erholungszweck unzumutbar machen.⁷⁵⁴ Für das Rücktrittsrecht nicht relevant ist, ob der wichtige Grund vom anderen Teil verschuldet wurde oder in dessen Sphäre eingetreten ist.⁷⁵⁵ Der OGH hat ausgesprochen, dass ein Verhinderungsgrund iSd § 4 Abs 2 UrlG immer ein berechtigter Rücktrittsgrund ist.⁷⁵⁶ Bei Eintritt eines Verhinderungsgrundes iSd § 4 Abs 2 nach Abschluss der Vereinbarung, ist der Arbeitnehmer daher berechtigt, von der Urlaubsvereinbarung oder eines Teils der Urlaubsvereinbarung mit Wirkung *ex nunc* zurückzutreten.

Wird ein Arbeitnehmer nach Abschluss der Urlaubsvereinbarung behördlich abgesondert, kann er daher von seiner Urlaubsvereinbarung – abhängig von der Dauer der Absonderung – gänzlich oder zum Teil zurücktreten. Beginnt die Absonderung vor dem Urlaubsantritt

⁷⁵⁰ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 4 UrlG Rz 14.

⁷⁵¹ AB 276 BlgNR 14. GP 3.

⁷⁵² OGH 9 ObA 2082/96 RdW 1997, 225 = infas 1997, A 11 = ARD 4832/21/97.

⁷⁵³ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 4 UrlG Rz 15f.

⁷⁵⁴ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 4 UrlG Rz 19.

⁷⁵⁵ Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ § 4 Erl 12.

⁷⁵⁶ OGH 9 ObA 2082/96 RdW 1997, 225 = infas 1997, A 11 = ARD 4832/21/97.

und umfasst sämtliche Tage der Urlaubsvereinbarung, ist der Arbeitnehmer zum Rücktritt berechtigt. Fallen hingegen nur die restlichen Tage einer Absonderung in den Zeitraum des beginnenden Urlaubs, so kann der Arbeitnehmer von jenem Teil der Urlaubsvereinbarung zurücktreten, der sich mit der Absonderung überschneidet.⁷⁵⁷

Da der (Teil-)Rücktritt an keine Form gebunden ist und auch schlüssig erfolgen kann, ist bereits die Verständigung des Arbeitgebers von der angeordneten Absonderung samt Vorlage des Absonderungsbescheids ausreichend.⁷⁵⁸

6.2.3 Absonderung nach Urlaubsantritt – Rücktritt vs Unterbrechung analog § 5 UrlG

Das UrlG enthält, abgesehen von § 5 UrlG, keine Regelung für das Zusammentreffen von bereits angetretenem Urlaub mit Dienstverhinderungen auf Arbeitnehmerseite.

§ 5 UrlG regelt jene Fälle, in denen Arbeitnehmer während des Urlaubs erkranken bzw. verunglücken. Krankheit und Unglücksfall führen nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut allerdings erst dann zur Unterbrechung des Urlaubs, wenn sie eine länger als drei Kalendertage andauernde Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben. Darüber hinaus darf die Arbeitsunfähigkeit weder grob fahrlässig noch vorsätzlich herbeigeführt worden sein und darf kein Zusammenhang mit einer Erwerbstätigkeit im Urlaub, wenn diese dem Erholungszweck widerspricht, bestehen.

Damit es zu einer Urlaubsunterbrechung kommt, müssen Arbeitnehmer zum einen den Krankenstand nach dreitägiger Krankheitsdauer unverzüglich mitteilen und zum anderen bei Wiederantritt des Dienstes ohne schuldhafte Verzögerung ein ärztliches Zeugnis oder eine Bestätigung der zuständigen Krankenkasse über Beginn, Dauer und Ursache der Arbeitsunfähigkeit vorlegen.

§ 5 UrlG umfasst seinem Wortlaut nach lediglich Erkrankungen bzw. Unfälle. Fraglich ist, was für bei Urlaubsvereinbarung noch nicht bekannten Fälle sonstiger persönlicher Dienstverhinderungsgründe gilt, die in den Urlaub fallen.

Der OGH befasste sich mit dieser Frage bereits im Jahr 1989. Dieser E⁷⁵⁹ lag der Sachverhalt zugrunde, wonach sowohl die Hochzeit der Tochter als auch der Tod des Vaters der Arbeitnehmerin, in den bereits vereinbarten und angetretenen Sommerurlaub

⁷⁵⁷ So auch *Rauch*, ASoK 2021, 7 (8).

⁷⁵⁸ *Rauch*, ASoK 2021, 7 (8).

⁷⁵⁹ OGH 9 ObA 306/89 ecolex 1990, 171 (*Mazal*) = RdW 1990, 411 (zust. *Gahleitner*) = infas 1990, A 39 = ZASB 1990, 13.

fielen. Der auf das Dienstverhältnis anzuwendende KollV sah für beide Ereignisse insgesamt vier Tage bezahlte Dienstfreistellung vor. Der OGH sprach sich für eine analoge Anwendung der Bestimmungen über die Unterbrechung des Urlaubs bei Krankheit (§ 5 UrlG) für den Fall aus, dass der Arbeitnehmer nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts von der Urlaubsvereinbarung zur Gänze zurücktreten hätte können, von diesem Rücktrittsrecht aber keinen Gebrauch machen wollte. Er sprach aus, dass neben der Möglichkeit der analogen Anwendung des § 5 UrlG, es va auch auf Sinn und Zweck der kollektivvertraglichen Bestimmungen ankomme. Im Ergebnis würden die in die Zeit des Urlaubs fallenden vier Tage der kollektivvertraglichen Dienstfreistellung den Urlaub zwar nicht verlängern, seien aber auf das Urlaubsausmaß nicht anzurechnen.

Der OGH hat in seiner E aus dem Jahr 2002⁷⁶⁰ klargestellt, dass bei Auftreten eines Pflegebedarfs für einen im gemeinsamen Haushalt lebenden nahen Angehörigen während des Urlaubs, bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 16 UrlG in Analogie zu § 5 Abs 1 leg cit, eine Urlaubsunterbrechung eintritt. Es bedürfe dazu keines Rücktritts und sei dieser auch nicht befriedigend, da er die Auflösung der Urlaubsvereinbarung *ex nunc* bewirken würde, sodass eine neue Urlaubsvereinbarung zu treffen wäre. Auch die tatsächliche Inanspruchnahme von nur wenigen Tagen, würde bei einem Rücktritt auch immer die Vereinbarung eines länger dauernden Urlaubs zunichtemachen. Dies sei weder im Interesse des Arbeitnehmers noch im Interesse des Arbeitgebers gelegen. Der von *Kuderna*⁷⁶¹ vorgeschlagenen Lösung des „Teilrücktritts“ sei regelmäßig nicht beizukommen, weil im Zeitpunkt der Erklärung des „Teilrücktritts“ für beide Teile völlig unbestimmt sei, für welchen Zeitraum dieser erfolgen solle. Trotz der anders lautenden Meinung des Ausschusses in den Mat⁷⁶², dränge sich daher die Annahme auf, dass der Gesetzgeber den vorliegenden Fall des Auftretens eines Pflegebedarfs für Angehörige während eines Urlaubs nicht bedacht habe und somit eine durch Analogie zu schließende ungewollte Regelungslücke vorliege. In genannter E ging es um die notwendige Pflege des Gatten für die Dauer von acht Kalendertagen. Es war daher nicht notwendig, näher darauf

⁷⁶⁰ OGH 9 ObA 90/02d DRdA 2003, 362 (*Kallab*) = ZAS 2004, 34 (*Aubauer*) = RdW 2003, 277 (*Kreil*) = ASoK 2003, 273.

⁷⁶¹ *Kuderna*, Urlaubsrecht² § 4 Rz 17.

⁷⁶² AB 276 BlgNR 14. GP 3; darin wird zu § 4 UrlG ausgeführt, dass keine besonderen Regelungen für jene Fälle getroffen werden, in denen erst nach Abschluss der Vereinbarung oder nach Urlaubsantritt ein Verhinderungsgrund bekannt wird oder eintritt. Vielmehr sollen diese Fallgruppen unter Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts zu lösen sein. Als Beispiel wird der einseitige Rücktritt aus wichtigem Grund genannt.

einzugehen, ob auch die anderen Voraussetzungen des § 5 UrlG, insb eine länger als drei Kalendertage dauernde Verhinderung, gegeben sein müsste.

Zur Frage, ob auch die notwendige Betreuung gesunder Kinder infolge Ausfalls der ständigen Betreuungsperson (§ 16 Abs 1 Z 2 UrlG), einen bereits angetretenen Urlaub unterbreche, führte der OGH unter Bezugnahme auf die grundlegende Aussage der E 9 ObA 90/02d aus, dass nicht jede Beeinträchtigung des Erholungszwecks zur Unterbrechung eines angetretenen Erholungsurlaubs führen könne, sondern nur eine solche, die – wie die Pflege eines erkrankten Angehörigen – den Erholungszweck gleich einer eigenen Erkrankung einschränke.⁷⁶³

Schon vor der E vom 16.10.2002 bestanden in der Lehre kontroverse Ansichten, wie das Zusammentreffen von Urlaub mit sonstigen persönlichen Dienstverhinderungsgründen dogmatisch zu lösen sei.⁷⁶⁴ Durch die nachfolgenden E des OGH zum Eintritt einer Pflegefreistellung sowie einer Betreuungsfreistellung nach Urlaubsantritt, wurde diese Diskussion erneut angefacht.⁷⁶⁵

In der Lehre besteht weitgehend Übereinstimmung darin, dass § 5 UrlG, die Sachverhalte, die zu einer Unterbrechung des Urlaubs führen, nicht vollständig und abschließend regle. Uneinigkeit besteht darüber, ob es sich dabei um eine planwidrige oder eine bewusste Lücke des Gesetzgebers handle, sodass die analoge Anwendung des § 5 UrlG auf andere Fälle einer Dienstverhinderung zulässig sei oder eben nicht.⁷⁶⁶

Der Fall einer Absonderung nach Antritt des Urlaubs lässt sich mE sowohl im Wege einer Analogie als auch durch Heranziehung von allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechts (Teilrücktritt) dogmatisch lösen. Die jeweiligen Voraussetzungen und Rechtsfolgen richten sich nach der Wahl des dogmatischen Ansatzes.

Voraussetzungen für den einseitigen Rücktritt von einem vereinbarungsgemäß angetretenen Urlaub sind die Unzumutbarkeit des jeweiligen Urlaubsverbrauchs und eine entsprechende Willenserklärung.⁷⁶⁷ Nach der Rsp⁷⁶⁸ wird der Erholungszweck durch den

⁷⁶³ OGH 9 ObA 28/09x DRdA 2011, 327 (Cerny) = ecolex 2010, 381 (Windisch-Graetz) = ASoK 2010, 232 (Marhold-Weinmeier) = infas 2010, 95.

⁷⁶⁴ Vgl dazu die Übersicht von Mayr/Andexlinger, Urlaubsabbruch – Austritt aus dem Urlaubsverhältnis, RdW 1989, 367.

⁷⁶⁵ Vgl Naderhirn, Zum Verhältnis ausgewählter Entgeltfortzahlungstatbestände zueinander. Pflegefreistellung – wichtiger Grund – § 1155 ABGB – Urlaub, ZAS 2007/18; Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ § 4 Erl 12; Kuderna, Urlaubsrecht² § 5 UrlG Rz 3.

⁷⁶⁶ Cerny, Urlaubsunterbrechung durch Pflegefreistellung, nicht aber durch Betreuungsfreistellung, DRdA 2011/26 (238);

⁷⁶⁷ Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ § 4 Erl 12.

vorübergehenden Entfall der arbeitsrechtlichen Pflichtbindungen einerseits und durch die Schaffung eines Freiraums andererseits erreicht. Wie bereits ausgeführt, gelten Verhinderungsgründe iSd § 4 Abs 2 UrlG als berechtigte Rücktrittsgründe.⁷⁶⁹ Eine behördlich angeordnete Absonderung als wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgrund und somit als Verhinderungsgrund iSd § 4 Abs 2 UrlG berechtigt den Arbeitnehmer daher grds schon per se zum Rücktritt.⁷⁷⁰ Ebenfalls für das Vorliegen eines wichtigen, den Arbeitnehmer zum Rücktritt berechtigenden Grundes, spricht die Einschränkung der Selbstbestimmungsfreiheit durch die behördliche Absonderung. Durch die zwingende Absonderung in der Wohnung des Arbeitnehmers wird diese derart eingeschränkt, dass ein Urlaubsverbrauch für die Dauer der Absonderung unzumutbar ist.⁷⁷¹

Der vom OGH⁷⁷² zum Rücktritt geäußerten Kritik, die va darin besteht, dass es weder im Interesse des Arbeitnehmers noch des Arbeitgebers liege, dass durch den Rücktritt auch immer die Vereinbarung eines länger andauernden Urlaubs zunichte gemacht würde, wird man im Fall einer Absonderung die von *Kuderna*⁷⁷³ vorgeschlagene Lösung des Teilrücktritts entgegenhalten können. Gerade im Fall einer behördlichen Absonderung ist die Dauer der Absonderung regelmäßig bereits zu Beginn der Absonderung bekannt. Es ist idR somit bereits im Zeitpunkt der Erklärung des Teilrücktritts für beide Teile ersichtlich, für welchen Zeitraum von der Urlaubsvereinbarung zurückgetreten werden soll.

Wird ein Arbeitnehmer während des bereits angetretenen Erholungsurlaubs behördlich abgesondert, ist er jedenfalls berechtigt, für die Dauer der Absonderung von der Urlaubsvereinbarung zurückzutreten. Die Tage der Absonderung werden nicht auf den Urlaub angerechnet. Wird lediglich ein Teilrücktritt erklärt, bleibt die von der Erklärung des Teilrücktritts nicht umfasste Urlaubsvereinbarung weiterhin aufrecht. Wurde bspw ein zweiwöchiger Urlaub vereinbarungsgemäß angetreten und der Arbeitnehmer für die erste Woche des Urlaubs abgesondert, bleibt im Falle eines Teilrücktritts für die Dauer der Absonderung, die Urlaubsvereinbarung für die zweite Woche weiterhin aufrecht, die erste Woche ist auf den Erholungsurlaub nicht anzurechnen.

⁷⁶⁸ OGH 9 ObA 306/89 ecolex 1990, 171 (*Mazal*) = RdW 1990, 411 (zust *Gahleitner*) = infas 1990, A 39 = ZASB 1990, 13.

⁷⁶⁹ OGH 9 ObA 2082/96 RdW 1997, 225 = infas 1997, A 11 = ARD 4832/21/97.

⁷⁷⁰ Wobei für den Rücktritt nach Urlaubsantritt das Vorliegen eines wichtigen Grundes strenger zu beurteilen ist als vor Urlaubsantritt, vgl *Kuderna*, *Urlaubsrecht*² § 4 Rz 21.

⁷⁷¹ *Egermann/Ziembicka*, ecolex 2020, 490 (492); *Rauch*, ASoK 2021, 7 (8).

⁷⁷² OGH 9 ObA 90/02d DRdA 2003, 362 (*Kallab*) = ZAS 2004, 34 (*Aubauer*) = RdW 2003, 277 (*Kreil*) = ASoK 2003, 273.

⁷⁷³ *Kuderna*, *Urlaubsrecht*² § 4 Rz 17.

Die Kollision eines bereits angetretenen Urlaubs mit einer behördlich angeordneten Absonderungen könnte, ausgehend vom Erholungszweck des Urlaubs als tragender Grundsatz des Urlaubsrechts, auch durch analoge Anwendung des § 5 UrlG gelöst werden. Ob im Falle einer analogen Anwendung sämtliche Voraussetzungen des § 5 UrlG (insb länger als drei Tage dauernde Verhinderung, Mitteilung, Nachweis) vorliegen müssen, wurde vom OGH explizit nicht beantwortet. Viele Teile der Lehre vertreten jedoch diese Ansicht.⁷⁷⁴ So führt *Naderhirn*⁷⁷⁵ mE zutreffend aus, dass hinter der Regelung des § 5 UrlG der Grundgedanke stehe, wonach dem Arbeitnehmer Urlaubstage, an denen der Erholungszweck des Urlaubs durch Krankheit beeinträchtigt ist, nicht auf den Urlaubsanspruch angerechnet werden sollen. Allerdings solle nicht jede Erkrankung während des Urlaubs zu dessen Unterbrechung führen. Gewisse Beeinträchtigungen des Erholungszwecks seien daher vom Arbeitnehmer hinzunehmen. Dieser Grundgedanke müsse auch dann gelten, wenn der Erholungsurlaub durch andere Umstände als Krankheit oder Unglücksfall beeinträchtigt werde.

Auf den ersten Blick würde man zu folgendem Ergebnis gelangen: Wird der Arbeitnehmer während seines Urlaubs lediglich für drei oder weniger Urlaubstage abgesondert, ist davon auszugehen, dass eine Urlaubsunterbrechung analog zu § 5 UrlG mangels Vorliegens der Voraussetzungen scheitert. *Rauch*⁷⁷⁶ führt darüber hinaus aus, dass seines Erachtens auch kein Rücktritt von der Urlaubsvereinbarung nach den vertragsrechtlichen Grundsätzen in Frage komme, wenn die Absonderung drei Kalendertage oder kürzer andauere, weil es damit zu einer Umgehung des § 5 UrlG kommen würde. An dieser Stelle ist allerdings die von *Resch*⁷⁷⁷ vorgebrachte Meinung ins Treffen zu führen. *Resch* weist richtigerweise auf den mit der Absonderung nach § 7 bzw § 17 EpiG einhergehenden Vergütungsanspruch nach § 32 leg cit hin, der allfälligen arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsvorschriften vorgeht. Der Zweck der epidemierechtlichen Vergütung liege den Mat zufolge in der

⁷⁷⁴ *Schrank*, UrlG § 5 Rz 25; *Schrank*, Aktuelle Rechtsfragen zu Ausmaß und Verbrauch des Urlaubs, ZAS 1992, 181 (190); *Gerhartl*, Zusammentreffen mehrerer Dienstverhinderungsgründe. Welche Regelung geht vor? ASoK 2006, 373; *Naderhirn*, ZAS 2007/18 (115); aA *Kallab*, Pflegefreistellung unterbricht Urlaub, DRdA 2003, 362 (364).

⁷⁷⁵ *Naderhirn*, ZAS 2007/18 (115); aA *Kallab*, DRdA 2003, 362 (364), der im Fall der Dienstverhinderung aus sonstigen wichtigen Gründen schon vom ersten Tag der Verhinderung eine Urlaubsunterbrechung annimmt und dazu ausführt, dass sowohl bei der Pflegefreistellung als auch bei Dienstverhinderungen aus sonstigen wichtigen Gründen eher eine Analogie zu § 4 Abs 2 UrlG geboten sei; zust *Reissner* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 5 UrlG Rz 6.

⁷⁷⁶ *Rauch*, ASoK 2021, 7 (8); ebenso *Gerhartl*, ASoK 2006, 373; nach dem zur Vermeidung von Wertungswidersprüche bei Dienstverhinderungen, die erst nach Urlaubsantritt eintreten, die Dienstverhinderung zur Ermöglichung der Ausübung des Rücktrittsrechts so lange andauern müsse, wie es zur Herbeiführung der Rechtsfolgen des § 5 Abs 1 UrlG (Urlaubsunterbrechung) erforderlich sei.

⁷⁷⁷ *Resch*, eolex 2021, 285 (287f).

Entschädigung bzw Ausfallsvergütung für die Erwerbsbehinderung, unabhängig davon, ob diese nun beim Arbeitnehmer oder beim Arbeitgeber eintrete. Der Gedanke der Gleichbehandlung sei erklärtes Anliegen des Gesetzgebers gewesen. Daher werden beim Zusammentreffen einer Verfügung nach § 7 oder § 17 EpiG mit einem vereinbarten Urlaub, losgelöst von der Dreikalentertagesregel des § 5 UrlG, für die Dauer eines Vergütungsanspruchs gem § 32 EpiG keine Urlaubstage verbraucht.

Werden Arbeitnehmer während ihres vereinbarungsgemäß angetretenen Urlaubs behördlich abgesondert, kann die Anrechnung der Tage der Absonderung auf den Urlaubsanspruch sowohl mittels Teilrücktritts als auch mittels Urlaubsunterbrechung in Analogie zu § 5 UrlG erfolgen, wobei § 5 UrlG dahingehend teleologisch zu reduzieren ist, dass die Minstdauer von mehr als drei Kalendertagen nicht erforderlich ist.

6.3 Auslandsreisen

Wie bereits dargelegt, finden die Bestimmungen des EpiG auf Auslandssachverhalte keine Anwendung. Erkrankten Arbeitnehmer im Ausland oder werden sie im Ausland abgesondert, richtet sich die arbeitsrechtliche Beurteilung der Dienstverhinderung daher ausschließlich nach den entgeltfortzahlungs- sowie urlaubsrechtlichen Bestimmungen.

6.3.1 Erkrankung an COVID-19

Erkrankt ein Arbeitnehmer während seines Urlaubs an COVID-19 im Ausland, ohne dies vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt zu haben, so werden, wenn die Erkrankung länger als drei Kalendertage gedauert hat, die auf Werktage fallenden Tage der Erkrankung, an denen der Arbeitnehmer arbeitsunfähig war, nicht auf das Urlaubsausmaß angerechnet (§ 5 UrlG).

Das BMA⁷⁷⁸ führte als Beispiele für grob fahrlässiges oder vorsätzliches Verhalten Reisen in Länder, für die eine Reisewarnung ausgesprochen wurde, Feiern einer Party unter Missachtung von Abstandsregeln und Hygienemaßnahmen sowie gemeinsames Trinken aus Gefäßen und gemeinsamer Gebrauch von Strohhalmen an.

Zur Beurteilung der Sicherheitssituation im Ausland bedient sich das BMEIA nach dem Sicherheitsrisiko aufsteigend gestaffelter Stufen (Stufen 1 bis 6). Die höchste Stufe bilden Reisewarnungen. Während Reisewarnungen erst ab Sicherheitsstufe 5 und 6 gelten, steht die Klassifikation „Sicherheitsstufe 4“ für ein hohes Sicherheitsrisiko in einem Land. Das BMEIA rät in diesem Fall von nicht unbedingt notwendigen Reisen in das Land ab. Für

⁷⁷⁸ Informationen des BMA, Handbuch COVID-19: Urlaub und Entgeltfortzahlung 9f (Stand 16.08.2021).

Länder mit Sicherheitsstufe 4 besteht laut Einstufung des BMEIA jedoch noch keine Reisewarnung.⁷⁷⁹

Wie bereits ausgeführt, ging das BMA bei Reisen in Länder, für die eine (partielle) Reisewarnung bestand (Sicherheitsstufe 5 und 6), grds von grober Fahrlässigkeit aus.⁷⁸⁰ *Hahn/Pfitzner*⁷⁸¹ weisen in diesem Zusammenhang richtigerweise darauf hin, dass auch der Rechtsmeinung des Ministeriums keine einem Gesetz gleichwertige Bindungswirkung zukomme. Mittlerweile scheint das BMA seine Meinung, wonach Reisen in Länder mit Risikowarnung jedenfalls grob fahrlässig seien, revidiert zu haben. Danach sei aus der Einreise in diese Länder grds keine grobe Fahrlässigkeit abzuleiten, sofern die jeweiligen ausländischen Corona-Regeln eingehalten würden.⁷⁸²

In der Lehre wird hinsichtlich des Verschuldens des Arbeitnehmers die Ansicht vertreten, dass im Einzelfall auch eine Dienstverhinderung aufgrund einer Fernreise trotz ausgesprochener Reisewarnung des Außenministeriums als grob fahrlässig qualifiziert werden kann.⁷⁸³ *Hahn/Pfitzner*⁷⁸⁴ schließen sich der ursprünglichen Ansicht des BMA an und gehen bei Reisewarnungen, die aufgrund der Ausbreitung von COVID-19 ausgesprochen wurden, vom Entfall einer Einzelfallbetrachtung aus. Sie vertreten die Ansicht, dass sorgfältig handelnde Arbeitnehmer wegen der umfangreichen Medienberichterstattung über steigende Fallzahlen bei Reisen in Länder und Regionen, für die das BMEIA eine (partielle) Reisewarnung ausgesprochen hat, davon ausgehen müssten, an COVID-19 zu erkranken oder abgesondert zu werden. Bei Dienstverhinderungen aufgrund einer Erkrankung mit COVID-19 bzw einer einschlägigen Absonderung infolge einer Reise in ein Risikogebiet, bestehe daher kein Entgeltfortzahlungsanspruch.

An dieser Stelle ist *Drs*⁷⁸⁵ Einwand ins Treffen zu führen, wonach grobe Fahrlässigkeit per se noch nicht ausreiche. Der Arbeitnehmer müsse in der Folge auch deswegen erkranken. Dh, das grob fahrlässige Verhalten muss für die Erkrankung und die dadurch bedingte Arbeitsunfähigkeit kausal sein.

⁷⁷⁹ Informationen des BMEIA, Reisewarnungen, <https://www.bmeia.gv.at/reise-services/reisewarnungen/> (abgefragt am 05.09.2021).

⁷⁸⁰ Informationen des BMA, Handbuch COVID-19: Urlaub und Entgeltfortzahlung 9f (Stand 16.08.2021).

⁷⁸¹ *Hahn/Pfitzner*, ARD 6707/5/2020 (4).

⁷⁸² Informationen des BMA, Handbuch COVID-19: Urlaub und Entgeltfortzahlung 9f (Stand 22.02.2022).

⁷⁸³ *Drs* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 55; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG I¹⁰ § 8 Rz 103.

⁷⁸⁴ *Hahn/Pfitzner*, ARD 6707/5/2020 (4).

⁷⁸⁵ *Drs*, ASoK 2020, 282 (285).

Die Behauptungs- und Beweislast, dass der Arbeitnehmer eine Dienstverhinderung vorsätzlich oder zumindest grob fahrlässig herbeigeführt hat, obliegt dem Arbeitgeber.⁷⁸⁶ Dabei hat der Arbeitgeber auch zu behaupten und zu beweisen, dass das Verhalten für die Erkrankung kausal gewesen ist. Die Reise in ein Land mit Reisewarnung (Sicherheitsstufe 5 oder 6) stellt grds noch keinen ausreichenden Beweis für die Kausalität dar.⁷⁸⁷ Um den typischen Beweisnotstand des Arbeitgebers in diesen Fällen zu entschärfen, wird in der Lit⁷⁸⁸ erwogen, den *Prima-facie-Beweis* (Anscheinsbeweis) als ausreichend anzusehen. Beim Anscheinsbeweis werden Erfahrungssätze herangezogen, um auf wesentliche tatbestandsrelevante Tatsachen, die direkt nicht erwiesen werden können, zu schließen. Der Beweisbelastete muss danach nur bestimmte Tatsachen beweisen, aus denen sich nach der Lebenserfahrung mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auf andere Tatsachen schließen lässt.⁷⁸⁹ Der Gegner muss in solchen Fällen den Anscheinsbeweis erschüttern, indem er die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufs nachweist.⁷⁹⁰ Lässt man den Anscheinsbeweis für Erkrankungen iZm Urlaubsreisen zu, käme der Arbeitgeber seiner Beweislast nach, wenn er den Beweis erbringt, dass der Arbeitnehmer in ein Land mit Reisewarnung wegen COVID-19 gereist ist. Aus der Reise in ein derartiges Land wird sodann der Schluss gezogen, dass die Reise für die COVID-19-Erkrankung kausal war. Der Arbeitnehmer müsste sodann den Anscheinsbeweis erschüttern, indem er bspw nachweist, dass er alleine mit seiner Familie im eigenen Auto in ein Ferienhaus fern ab von anderen Menschen gefahren ist und alle Sicherheitsvorschriften eingehalten wurden.⁷⁹¹ Gelingt der Erschütterungsbeweis, so trägt die volle Beweislast wieder der an sich Beweisbelastete, dh, der Arbeitgeber.⁷⁹²

Damit es zur Unterbrechung des Urlaubs kommt, müssen Arbeitnehmer darüber hinaus den vorgesehenen Mitteilungs- und Nachweispflichten nachkommen. Erkrankungen während eines Auslandsurlaubs unterliegen einer strengeren Nachweispflicht.⁷⁹³ Dem ärztlichen Zeugnis muss eine behördliche Bestätigung beigelegt sein, dass es von einem zur Ausübung des Arztberufes zugelassenen Arzt ausgestellt wurde. Kann der Nachweis der Erkrankung durch Vorlage einer entsprechenden Bestätigung über die stationäre oder

⁷⁸⁶ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 48.

⁷⁸⁷ Drs, ASoK 2020, 282 (285f); Kuderna, Urlaubsrecht² § 5 Rz 3 und 7f.

⁷⁸⁸ Drs, ASoK 2020, 282 (286).

⁷⁸⁹ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 4 und 7 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁷⁹⁰ Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 14 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁷⁹¹ Drs, ASoK 2020, 282 (286).

⁷⁹² Kodek in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.03} § 1296 Rz 15 (Stand 1.1.2018, rdb.at).

⁷⁹³ Reissner in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 5 UrlG Rz 21.

ambulante Behandlung in einer ausländischen Krankenanstalt erbracht werden, und wurde die Bestätigung von dieser Anstalt ausgestellt, bedarf es keiner behördlichen Bestätigung.

Hat der Arbeitnehmer eine COVID-19-Erkrankung weder grob fahrlässig noch vorsätzlich herbeigeführt und ist allen Melde- und Nachweisverpflichtungen nachgekommen, wird der Urlaub, sofern die Erkrankung länger als drei Kalendertage gedauert hat, gem § 5 Abs 1 UrlG unterbrochen. Die Krankenstandstage werden nicht auf die Urlaubstage angerechnet.

6.3.2 Absonderung

Wird ein an COVID-19 erkrankter Arbeitnehmer im Ausland abgesondert, geht die Erkrankung als *lex specialis* der Dienstverhinderung aus wichtigem Grund vor. Es kann daher auf die zuvor gemachten Ausführungen verwiesen werden.

Erfolgt die Absonderung hingegen wegen des Verdachts einer Erkrankung gilt Folgendes: Verhinderungen auf Grund von Bestimmungen der Sanitätsgesetze gelten als wichtige persönliche Dienstverhinderungsgründe.⁷⁹⁴ Die Absonderung eines Arbeitnehmers im Ausland stellt grds einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund dar.⁷⁹⁵ Dem Arbeitnehmer gebührt Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber für eine verhältnismäßig kurze Zeit. Voraussetzung für den Entgeltfortzahlungsanspruch ist, dass den Arbeitnehmer kein Verschulden an der Dienstverhinderung trifft. Im Gegensatz zur Dienstverhinderung durch Krankheit, schadet bei der Dienstverhinderung aus wichtigem persönlichen Grund bereits leichte Fahrlässigkeit. Leichte Fahrlässigkeit liegt vor, wenn einem Arbeitnehmer unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ein Fehler bzw eine Sorgfaltswidrigkeit unterläuft, die in dieser Situation gelegentlich auch einem sorgfältigen Menschen unterlaufen kann.⁷⁹⁶ Dem Verschulden kommt insb bei der Vorhersehbarkeit der Dienstverhinderung Bedeutung zu. Es muss geprüft werden, ob die Dienstverhinderung im Einzelfall vorhersehbar war und den Arbeitnehmer daher ein Verschulden trifft.⁷⁹⁷

Reist ein Arbeitnehmer in ein Land, für das eine Reisewarnung des BMEIA besteht, ist wie zuvor geschildert, grds von grob fahrlässigem Verhalten auszugehen. Auch hinsichtlich der Frage, ob die Reise in ein derartiges Land für die Absonderung kausal gewesen ist, wird man sich wohl mit dem *Prima-facie-Beweis* behelfen können. Kann der Arbeitnehmer den

⁷⁹⁴ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 138.

⁷⁹⁵ Trinko, DRdA-infas 2020, 384 (389).

⁷⁹⁶ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 147.

⁷⁹⁷ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 148.

Anschein nicht erschüttern, ist von einer grob fahrlässig herbeigeführten Dienstverhinderung auszugehen. In einem solchen Fall berechtigt die Absonderung den Arbeitnehmer nicht, vom Urlaub zurückzutreten bzw erfolgt keine Urlaubsunterbrechung, vielmehr werden die Tage der Absonderung auf den Urlaub angerechnet.

Unklar ist, ob Reisen in Länder mit Sicherheitsstufe 4 als leicht fahrlässig gelten. Wird für ein Land die Sicherheitsstufe 4 ausgesprochen, bedeutet dies, dass von nicht unbedingt notwendigen Reisen in das Land abgeraten wird.⁷⁹⁸ Wie bereits ausgeführt, handelt es sich bei dem hohen Sicherheitsrisiko um keine Reisewarnung. Aufgrund der noch immer⁷⁹⁹ weltweit angespannten COVID-19-Situation, können Absonderungen iZm Auslandsreisen nicht ausgeschlossen werden. Ob die Verhängung einer Absonderung in einem Land, für welches Sicherheitsstufe 4 besteht, aufgrund der Sicherheitsstufe 4 bereits vorhersehbar und dem Arbeitnehmer somit auch vorwerfbar war, wird man mE nicht pauschal beurteilen können. Es wird im Einzelfall zu prüfen sein, wie sich die Lage im jeweiligen Landesteil verhielt und bzw oder, ob sich bereits anhand von Medienberichten abzeichnete, dass die Situation gerade im Begriff war, sich wieder zuzuspitzen – bspw durch Berichte über rasant steigende Infektionszahlen.⁸⁰⁰

Haben Arbeitnehmer aufgrund diverser Einreisebestimmungen im Urlaubsland eine Quarantäne anzutreten, führt die Quarantäne mE grds nicht zur Unterbrechung des Urlaubs und ist auf den Urlaub anzurechnen. Es ist mittlerweile allgemein bekannt, dass Reisen aufgrund der COVID-19-Pandemie bestimmten Einschränkungen unterliegen können bzw sich die Einreisebestimmungen schnell verschärfen können. Arbeitnehmer haben sich daher vor Reisen über die genauen Einreisebestimmungen im jeweiligen Urlaubsland zu informieren. Stand bei Antritt der Reise bereits fest, dass, um in das Urlaubsland einreisen zu dürfen, eine verpflichtende Quarantäne anzutreten ist, wird man dem Arbeitnehmer idR jedenfalls grob fahrlässiges bzw sogar vorsätzliches Verhalten vorwerfen können.⁸⁰¹ Selbst wenn sich erst während der Reise die Einreisebestimmungen für ein Urlaubsland verschärfen, wird sich der Arbeitnehmer den Einwand, die Quarantäne zumindest leicht fahrlässig verursacht zu haben, gefallen lassen müssen. Der Grund liegt darin, dass

⁷⁹⁸ Informationen des BMEIA, Reisewarnungen, <https://www.bmeia.gv.at/reise-services/reisewarnungen/> (abgefragt am 06.09.2021).

⁷⁹⁹ Stand: September 2021.

⁸⁰⁰ Vgl in diesem Zusammenhang auch *Trinko*, DRdA-infas 2020, 384 (389), der zwar grds von der Nichtvorhersehbarkeit von Absonderungen in Ländern der Sicherheitsstufe 4 ausgeht, im Ergebnis aber auch eine Einzelfallprüfung als notwendig erachtet.

⁸⁰¹ Vgl idS auch *Drs* in *Resch*, Corona-HB^{1.06} Kap 5 Rz 5 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

Arbeitnehmer während einer weltweiten Pandemie nicht darauf vertrauen können, dass die Lage stabil bleibt.

6.4 Urlaubsreisen innerhalb Österreichs

Erkranken Arbeitnehmer während ihres Urlaubs in Österreich an COVID-19, werden sie grds abgesondert. Aufgrund der Dienstverhinderung durch Krankheit würde ihnen eigentlich der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 8 Abs 1 AngG bzw § 4 Abs 1 EFZG zustehen, sofern der Krankenstand weder grob fahrlässig noch vorsätzlich herbeigeführt wurde. Auch bei Urlaubsreisen innerhalb Österreichs werden Arbeitnehmer wohl die jeweilige Corona-Situation am Urlaubsziel zu berücksichtigen haben.⁸⁰² Wie auch bei Erkrankungen oder Absonderungen während einer Auslandsreise in Risikoländer, wird sich der Arbeitgeber im Falle einer Erkrankung oder Absonderung des Arbeitnehmers im Zuge der Urlaubsreise in eine Gemeinde oder ein Tal mit sehr hohen Infektionszahlen mE ebenfalls auf den *Prima-facie-Beweis* stützen können, sodass grds von Verschulden auszugehen ist. Der Arbeitnehmer müsste in weiterer Folge den Anscheinsbeweis entkräften.

War über die Medien bereits bekannt, dass eine bestimmte Gemeinde oder ein bestimmtes Tal als Corona-Cluster gilt, der Arbeitnehmer seine Urlaubsreise aber dennoch in dieses Gebiet antrat, es in der Folge zur Absperrung des Gebietes kam und der Arbeitnehmer deshalb nicht rechtzeitig seine Arbeit wieder antreten konnte, wird er sich den Vorwurf der Vorhersehbarkeit der Dienstverhinderung gefallen lassen müssen.⁸⁰³ Umgekehrt gilt: wird die Urlaubsdestination abgesperrt und sollten für Urlauber vor Abriegelung des Gebietes Ausreisemöglichkeiten bestehen, werden Arbeitnehmer diese wahrnehmen müssen, andernfalls von einer Obliegenheitsverletzung, die dem Entgeltanspruch nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB schadet, auszugehen ist.⁸⁰⁴ Engelbrecht⁸⁰⁵ merkt in diesem Zusammenhang an, dass Arbeitnehmer trotzdem einen Entgeltanspruch hätten, wenn die Gebietssperre auf eine behördliche Verfügung nach dem EpiG zurückgehe. Hierzu ist zunächst auszuführen, dass der von § 32 Abs 3 EpiG vorgesehene Vergütungsanspruch als *lex specialis* den arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen vorgeht.⁸⁰⁶ Wie in Kapitel 2.4 „Vergütungsanspruch gem § 32 EpiG“ ausführlich

⁸⁰² Engelbrecht, ZAS 2021/4 (25).

⁸⁰³ Rauch, Verspätete Urlaubsrückkehr wegen COVID-19, ARD 6757/4/2021 (4).

⁸⁰⁴ Rauch, ARD 6757/4/2021 (4).

⁸⁰⁵ Engelbrecht, ZAS 2021/4 (25).

⁸⁰⁶ Siehe dazu ausführlich Kapitel 2.3.4 „Verhältnis von § 32 EpiG zu arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen“.

dargelegt, ist mE von der Frage, ob die behördliche Absonderung schuldhaft herbeigeführt wurde, die Frage zu unterscheiden, ob durch die behördliche Absonderung ein Verdienstentgang eingetreten ist. Haben Arbeitnehmer ihren arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsanspruch aufgrund von schuldhaftem Verhalten verwirkt, gebührt ihnen mE auch kein Vergütungsanspruch nach dem EpiG, da die behördliche Absonderung für den Verdienstentgang nicht kausal war.

Wurde die Erkrankung bzw die Absonderung während der Urlaubsreise nicht schuldhaft herbeigeführt, sind in weiterer Folge auch die urlaubsrechtlichen Auswirkungen zu beachten:

Tritt während des Urlaubs ein länger als drei Kalendertage andauernder Krankenstand auf, wird der Urlaub nach den Bestimmungen des Urlaubsrechts unterbrochen (§ 5 UrlG). Hier ist zunächst anzumerken, dass bei Zusammentreffen von Krankheit mit einer Absonderung hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen grds die Dienstverhinderung durch Krankheit als *lex specialis* der Absonderung als wichtigem persönlichen Dienstverhinderungsgrund nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB vorgeht. Durch den mit der behördlichen Absonderung nach dem EpiG verbundenen Vergütungsanspruch, der wiederum der arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlung vorgeht, muss § 5 UrlG bei einer Erkrankung an COVID-19 und einer damit einhergehenden Absonderung dahingehend teleologisch reduziert werden, dass der Urlaub bereits ab dem ersten Tag des Krankenstandes bzw der Absonderung unterbrochen wird. Der mit § 32 EpiG verfolgte Zweck, nämlich die Entschädigung sowie die Gleichbehandlung, lässt sich nämlich mit der von § 5 UrlG geforderten Mindestdauer nicht in Einklang bringen.⁸⁰⁷

Gleiches gilt im Ergebnis auch für Absonderungen aufgrund eines Krankheitsverdachts. Das EpiG unterscheidet nicht, ob der Absonderung eine Erkrankung, eine Infektion oder ein Krankheitsverdacht zugrunde liegt. § 32 EpiG knüpft, neben weiteren Voraussetzungen, an das Vorliegen einer Maßnahme nach dem EpiG – wie die Absonderung nach § 7 oder § 17 EpiG – an. Erfolgte die Absonderung wegen eines Krankheitsverdachts, liegt aus arbeitsrechtlicher Sicht, keine Dienstverhinderung durch Krankheit, sondern eine Dienstverhinderung aus wichtigen persönlichen Gründen vor. § 5 UrlG regelt allerdings nur die Urlaubsunterbrechung bei Auftreten von Krankenständen. Dogmatisch müsste man sich entweder auf die analoge Anwendung des

⁸⁰⁷ Siehe dazu die Ausführungen in Kapitel 6.2.3 „Absonderung nach Urlaubsantritt – Rücktritt vs Unterbrechung analog § 5 UrlG“.

§ 5 UrlG, wobei auch hier hinsichtlich der Minstdauer der Dienstverhinderung eine teleologische Reduktion zu erfolgen hat, oder auf den Teilrücktritt von der Urlaubsvereinbarung stützen.⁸⁰⁸

Wird ein Arbeitnehmer während seines Urlaubs behördlich abgesondert, sind die Tage der Absonderung daher nicht auf das Urlaubsmaß anzurechnen – unabhängig davon, ob der Absonderung eine Erkrankung oder lediglich ein Krankheitsverdacht zugrunde liegt.

6.5 Einreise nach Österreich

Auf Basis von § 25 EpiG können Verkehrsbeschränkungen gegenüber dem Ausland verhängt werden. Verkehrsbeschränkungen werden definiert als Voraussetzungen, Auflagen und die Untersagung der Einreise in das Bundesgebiet, einschließlich Lande-, Anlege- und Halteverbote.⁸⁰⁹

Seit Ausbruch der COVID-19-Pandemie wurden zahlreiche und weitgehende Einreisebeschränkungen verhängt, die abhängig von den jeweiligen Infektionszahlen gelockert und wieder verschärft wurden. Zur Regelung dieser Einreisebestimmungen wurden bereits mehrere, mitunter vielfach novellierte, V erlassen, die einander ablösen.⁸¹⁰

Die auf Grundlage von § 25 EpiG erlassenen Einreiseverordnungen sehen Regelungen für gesundheits- und sanitätspolizeiliche Maßnahmen für die Einreise nach Österreich iZm der Eindämmung von SARS-CoV-2 vor. Den Einreiseverordnungen ist gemein, dass sie im Wesentlichen zwischen der Einreise aus Staaten und Gebieten mit einem geringen epidemiologischen Risiko und Virusvariantengebieten und -staaten, in denen ein erhöhtes Risiko vorliegt, unterscheiden. Je nachdem, aus welchem Staat bzw Gebiet österreichische Staatsbürger⁸¹¹ nach Österreich einreisen, sind verschiedene Auflagen bzw

⁸⁰⁸ Siehe dazu ebenfalls Kapitel 6.2.3 „Absonderung nach Urlaubsantritt – Rücktritt vs Unterbrechung analog § 5 UrlG“.

⁸⁰⁹ *Keisler/Hummelbrunner in Resch, Corona-HB*^{1.06} Kap 1 Rz 40 (Stand 1.7.2021, rdb.at).

⁸¹⁰ ZB V des BMSGPK über Maßnahmen bei der Einreise aus SARS-CoV-2 Risikogebieten BGBl II 2020/80/2020; V des BMSGPK über Maßnahmen bei der Einreise aus Nachbarstaaten BGBl II 2020/87; V des BMSGPK über die Einreise auf dem Luftweg nach Österreich BGBl II 2020/105; alle abgelöst durch die V über die Einreise nach Österreich in Zusammenhang mit der Eindämmung von SARS-CoV-2 BGBl II 2020/263; abgelöst durch die COVID-19-Einreiseverordnung BGBl II 2020/445; abgelöst durch die COVID-19-Einreiseverordnung 2021 BGBl II 2021/276, abgelöst durch die COVID-19-Einreiseverordnung 2022 BGBl II 2022/186.

⁸¹¹ Diesen gleichgestellt sind ua EU-/EWR-Bürger, Schweizer sowie Personen mit Wohnsitz oder gewöhnlichem Aufenthalt in Österreich sowie Personen, die mit den genannten im gemeinsame Haushalt leben, vgl zB § 6 der COVID-19-Einreiseverordnung 2021 BGBl II 2021/276 idF BGBl II 2021/357.

Einreisebeschränkungen vorgesehen – dazu können auch selbstüberwachte Heimquarantänen zählen.⁸¹²

Müssen sich Arbeitnehmer nach der Einreise aus einem ausländischen Risikogebiet in eine von der Einreiseverordnung vorgesehene, selbstüberwachte Heimquarantäne begeben, gebührt kein Vergütungsanspruch nach dem EpiG.⁸¹³ Dies deshalb, da die jeweiligen Einreiseverordnungen ihre rechtliche Grundlage in § 25 EpiG haben. Mangels Aufzählung des § 25 EpiG in § 32 Abs 1 leg cit, gebührt bei Verkehrsbeschränkungen gegenüber dem Ausland keine Vergütung für den Verdienstentgang.

Manche Autoren⁸¹⁴ äußerten gegen den Ausschluss eines Vergütungsanspruchs bei Heimquarantänen nach der Einreiseverordnung verfassungsrechtliche Bedenken, die sie damit begründeten, dass man in der Einreiseverordnung bereits eine Absonderung nach § 7 EpiG sehen könne und somit eine gleichheitswidrige Differenzierung vorliege. Der VwGH ist in seinem Erkenntnis vom 22.04.2021 diesen Bedenken nicht gefolgt.⁸¹⁵

*Schrank*⁸¹⁶ hingegen wendet keine verfassungsrechtlichen Bedenken ein, sondern vertritt grds die Ansicht, dass der Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG auch für, anlässlich der Einreise an der Grenze verlangte, selbstverpflichtende Heimquarantänen gelte. Da die notwendige Selbstquarantäne ordnungsmäßig festgehalten sei und ohne Unterschrift des Einreisenden unter das jeweilige Behördenformular die Einreise von den Grenzbehörden verweigert würde bzw werde, seien diese faktischen, dem Bund zurechenbaren Behördenhandlungen in Verbindung mit beweisbaren Grenzübertritten glaubhaft und auch überprüfbar. Der Bund könne sich daher seiner Regresspflicht nicht entziehen. Ablehnungsbescheide müssten daher mittels Rechtsmittel erfolgreich bekämpfbar sein. Da der § 32 EpiG genau regelt, für welche Maßnahmen ein Vergütungsanspruch gebührt und sich § 25 EpiG nicht in dieser Aufzählung findet, teile ich diese Ansicht nicht. Ob Arbeitnehmern ein Entgeltanspruch während der verpflichteten Heimquarantäne gebührt, richtet sich daher ausschließlich nach arbeitsrechtlichen Bestimmungen.

⁸¹² Vgl bspw § 6 Abs 2 iVm § 4 der COVID-19-Einreiseverordnung 2021 BGBl II 2021/276 idF BGBl II 2021/357; § 4 Abs 2 iVm § 3 der COVID-19-Einreiseverordnung BGBl II 2020/445 idF BGBl II 2021/270; § 2 der V über die Einreise nach Österreich in Zusammenhang mit der Eindämmung von SARS-CoV-2 BGBl II 2020/263 idF BGBl II 2020/372.

⁸¹³ Vgl idS auch Informationen des BMA, Handbuch COVID-19: Urlaub und Entgeltfortzahlung 14 (Stand: 16.08.2021); *Drs in Resch, Corona-HB*^{1.06} Kap 5 Rz 78 (Stand 1.7.2021, rdb.at); *Engelbrecht, ZAS* 2021/4 (25).

⁸¹⁴ Ua *Mitschka*, CuRe 2020/82 in FN 3.

⁸¹⁵ VwGH Ra 2021/09/0005 ecolex 2021/506 (*Primosch*).

⁸¹⁶ *Schrank*, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (85. Lfg 2020) Kap 36 Rz 51.

Die selbstüberwachte Heimquarantäne ist als Dienstverhinderung aus wichtigem persönlichen Grund zu qualifizieren. Grds hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für eine verhältnismäßig kurze Zeit nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB. Anderes gilt hingegen, wenn die Heimquarantäne vom Arbeitnehmer verschuldet wurde. Bereits leichte Fahrlässigkeit ist für den Entgeltfortzahlungsanspruch schädlich.⁸¹⁷ Haben die Einreisebeschränkungen, insb die Verpflichtung zur Heimquarantäne, bei Antritt der Urlaubsreise schon bestanden und müssen Arbeitnehmer bei Rückreise nach Österreich eine verpflichtende Heimquarantäne antreten, haben sie grds keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegenüber ihren Arbeitgebern. Das BMA⁸¹⁸ führt in diesem Zusammenhang aus, dass Arbeitnehmer bereits bei Antritt der Auslandsreise wüssten, dass sie mit entsprechenden Einreisebeschränkungen konfrontiert sein würden. Gleiches gelte für jene Konstellation, in denen zwar bei Antritt der Auslandsreise für die Rückreise aus diesem Land keine verpflichtende Heimquarantäne vorgesehen war, jedoch während des Auslandsaufenthalts Einreisebeschränkungen, insb Heimquarantänen, für die Rückreise nach Österreich verhängt wurden. Arbeitnehmer dürften während einer Pandemie nicht auf gleichbleibende Einreisebestimmung vertrauen.⁸¹⁹

⁸¹⁷ Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm³ § 8 AngG Rz 147.

⁸¹⁸ Informationen des BMA, Handbuch COVID-19: Urlaub und Entgeltfortzahlung 14 (Stand 16.08.2021).

⁸¹⁹ Informationen des BMA, Handbuch COVID-19: Urlaub und Entgeltfortzahlung 15 (Stand 16.08.2021).

7 Resümee

Abschließend werden die wichtigsten Ergebnisse gegenständlicher Arbeit dargestellt. Dabei erfolgt auch eine kritische Bewertung der gesetzgeberischen Tätigkeit.

7.1 Dienstverhinderung durch Krankheit

Eine der wohl am meisten interessierenden Fragen während der COVID-19-Pandemie handelt von der COVID-19-Schutzimpfung. Stellt die Verweigerung der COVID-19-Schutzimpfung grob fahrlässiges Verhalten dar, sodass Arbeitnehmer ihren Entgeltfortzahlungsanspruch verlieren, wenn sie sich nicht impfen lassen und in der Folge an COVID-19 erkranken?

Die COVID-19-Schutzimpfung wird kostenlos und flächendeckend angeboten. Sie dient sowohl dem Individualschutz als auch dem Schutz der Bevölkerung und stellt das wichtigste Instrument zur Pandemiebekämpfung dar. Durch die Impfung wird das Risiko, schwer an COVID-19 zu erkranken oder zu versterben, erheblich reduziert. Auch das Nationale Impfgremium empfiehlt allgemein die COVID-19-Schutzimpfung. Aufgrund dieser Tatsachen sowie dem Umstand, dass die COVID-19-Pandemie bereits seit mehr als zwei Jahren – mit enormen Auswirkungen auf Wirtschaft und Gesellschaft – andauert und noch immer kein Ende in Sicht ist, erachte ich das Verweigern der COVID-19-Schutzimpfung als grob fahrlässig – vorausgesetzt es sprechen keine medizinischen Gründe des Betroffenen gegen die Impfung.

Arbeitgeber haben allerdings nicht nur das Verschulden zu beweisen, sondern auch, dass das grob fahrlässige oder vorsätzliche Verhalten für die darauffolgende Dienstverhinderung kausal war. Da es trotz Corona-Schutzimpfung zu symptomatischen Infektionen kommen kann, wird der Beweis bzw nicht einmal der Anscheinsbeweis, wonach die Erkrankung an COVID-19 auf die unterlassene Corona-Schutzimpfung zurückzuführen ist, jedoch wohl kaum gelingen.

7.2 § 32 EpiG

Neben der Schaffung neuer Entgeltansprüche erfuhr der, bis zu Beginn der COVID-19-Pandemie einigermaßen unbekannte § 32 EpiG, große Aufmerksamkeit. Im Rahmen gegenständlicher Arbeit erfolgte eine eingehende Untersuchung von § 32 EpiG, die zu folgenden Ergebnissen geführt hat:

Bei § 32 EpiG handelt es sich um einen originären, eigenständigen und von allfälligen arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen unabhängigen Anspruch. Dies ergibt

sich zum einen aus den unterschiedlichen Zwecken der Normen als auch aus deren unterschiedlichen Anspruchsvoraussetzungen. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs von § 32 EpiG hat die Untersuchung ergeben, dass zwar der Vergütungsanspruch des § 32 EpiG ein verschuldensunabhängiger ist, der Verschuldenskomponente allerdings insofern Beachtung zukommt, als die behördliche Maßnahme nur dann kausal für den Vermögensnachteil war, wenn und soweit auch ohne verfügte Absonderung ein Entgeltfortzahlungsanspruch bestanden hätte.

Mit Hilfe teleologischer Erwägungen kam ich zu dem Ergebnis, dass in jenen Fällen, in denen Arbeitnehmer sowohl einen Anspruch nach arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsbestimmungen als auch einen Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG haben, der Anspruch nach dem EpiG vorgeht. An diesem Ergebnis vermag auch die Anrechnungsbestimmung des § 32 Abs 5 EpiG nichts zu ändern, die durch den geänderten Zweck des § 32 EpiG jegliche Bedeutung verloren hat und aus Gründen der Übersichtlichkeit aus dem Rechtsbestand entfernt werden sollte.

Darüber hinaus wurde dargelegt, dass gewisse Beendigungen des Dienstverhältnisses während einer Absonderung die Entgeltfortzahlungsfolgen des § 9 Abs 1 AngG bzw § 5 EFZG auslösen – auch wenn diese Zeiten nicht als Krankenstand im sozialversicherungsrechtlichen Sinn gelten. Ein anders lautendes Ergebnis wäre mit dem Telos der Entgeltfortzahlungssystematik nicht vereinbar und würde zu einer – vom Gesetzgeber sicher nicht gewollten – Verschlechterung der Rechtsposition der Arbeitnehmer führen.

7.3 Sonderbetreuungszeit

Durch die Einführung der Sonderbetreuungszeit sollten zum einen Eltern bei der Vereinbarkeit von Beruf und Kinderbetreuungspflichten unterstützt und zum anderen die Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 durch stark reduzierte soziale Kontakte in Schulen und Kindergärten eingedämmt werden.

Auf den ersten Blick brachte die Sonderbetreuungszeit für Eltern eine Erleichterung – bei genauer Betrachtung wird allerdings ersichtlich, dass die Inanspruchnahme der Sonderbetreuungszeit mit einigen Hindernissen verbunden ist – so hatten Eltern bis zur Phase 4 (somit bis 01.11.2020) keinen Rechtsanspruch auf Gewährung der Sonderbetreuungszeit. Weiters durften für Arbeitnehmer keine anderen Rechtsansprüche für die bezahlte Freistellung zur Kinderbetreuung bestehen. Seit Phase 4 hatten Arbeitnehmer unter strengen Voraussetzungen einen Rechtsanspruch auf

Sonderbetreuungszeit. IdR lagen diese Voraussetzungen jedoch nicht vor (der Präsenzunterricht war zwar geschlossen, allerdings bestanden in den meisten Fällen alternative Betreuungsangebote in Kindergärten und Schulen), sodass Arbeitnehmer wiederum auf die Zustimmung des Arbeitgebers angewiesen waren.

Aus Arbeitgebersicht war die Gewährung der Sonderbetreuungszeit zunächst nicht sonderlich attraktiv, da zu Beginn lediglich ein Vergütungsanspruch für ein Drittel des fortgezählten Entgelts geltend gemacht werden konnte. Der Umfang des Vergütungsanspruchs wurde zwar ab 01.10.2020 auf die Hälfte und ab 01.11.2020 auf 100% erhöht, weiterhin nicht erstattungsfähig sind jedoch Dienstgeberabgaben und Einkommensteile, die über der monatlichen ASVG- Höchstbeitragsgrundlage liegen.

Arbeitgeber können den Vergütungsanspruch nur dann geltend machen, wenn die Voraussetzungen für die Sonderbetreuungszeit erfüllt sind. Die Problematik in der Praxis besteht einerseits darin, dass die Bestimmung per se sehr komplex ist und andererseits, dass es Arbeitgebern wohl nicht zumutbar sein wird, im Detail zu prüfen, ob sämtliche Voraussetzungen vorliegen (insb, warum die Betreuung genau erforderlich ist, in welchem Naheverhältnis der Arbeitnehmer zu der zu betreuenden Person steht – vor allem in den Fällen des § 18b Abs 1 Z 3 und 4 AVRAG idF BGBl I 2020/131 – und ob allenfalls noch andere alternative Betreuungspersonen bzw -möglichkeiten zur Verfügung stehen).

Trotz der va anfangs bestehenden Hürden hinsichtlich der Inanspruchnahme der geförderten Sonderbetreuungszeit (kein Rechtsanspruch, Ausnahme von Arbeitnehmern, die in einem versorgungskritischen Bereich tätig sind, Subsidiarität der Sonderbetreuungszeit, Kostenüberlegungen), die im Laufe der Zeit einigermaßen gut beseitigt wurden, stellt die Sonderbetreuungszeit während der COVID-19-Pandemie ein geeignetes Mittel zur Abhilfe dar. Gerade bei flächendeckenden Schließungen von Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen, Absonderungen von Kindern sowie dem immer wieder erfolgten Appell der Bundesregierung, Kinder nach Möglichkeit zuhause zu betreuen, wäre man mit den vorhandenen Rechtsinstituten (insb § 8 Abs 3 AngG und § 1154b Abs 5 ABGB) schnell an deren Grenzen gestoßen. Durch die – seit 01.11.2020 – gänzliche Kostenübernahme des fortgezählten Entgelts durch den Bund, erfolgt die mit der Eindämmung der COVID-19-Pandemie verbundene finanzielle Belastung nun auch weitgehend nicht mehr auf dem Rücken der Arbeitgeber.

7.4 COVID-19-Risikofreistellung

Die Regelung zur COVID-19-Risikogruppe verfolgte einen klaren sozialpolitischen Ansatz – der Schutz besonders vulnerabler Personengruppen. Arbeitgeber waren allerdings bereits vor Einführung des § 735 ASVG aufgrund der Fürsorgepflicht sowie des ASchG verpflichtet, besonders gefährdete Arbeitnehmer zu schützen.

Die ausdrückliche Klarstellung, dass besonders gefährdete Personen unter gewissen Voraussetzungen einen Freistellungsanspruch haben, ohne um ihr Entgelt bangen zu müssen, machte in diesen herausfordernden Zeiten durchaus Sinn. Darüber hinaus ist es auch begrüßenswert, dass Arbeitgeber in weiterer Folge einen Ersatzanspruch gegenüber den Krankenversicherungsträgern geltend machen können.

Im Ergebnis war § 735 ASVG von in der Vergangenheit, wie bereits aufgezeigt, mit einigen Unsicherheiten und Unklarheiten behaftet. Zwar ist es verständlich, dass die Regelung dieser einzigartigen Ausnahmesituation geschuldet, besonders schnell erfolgen musste, allerdings ging die damit verbundene Rechtsunsicherheit idR zulasten der Betroffenen – einerseits zulasten der Arbeitnehmer, die sich doch einer gewissen Konfrontation mit ihren Arbeitgebern aussetzen mussten, um ihren Anspruch auf Dienstfreistellung geltend zu machen – der nicht immer von vornherein klar war – und andererseits zulasten der Arbeitgeber, die letztendlich die Entscheidung trafen, ob Arbeitnehmer freizustellen sind und daher auch das Risiko trugen, bei Fehleinschätzung mit Rückforderungen des Erstattungsanspruchs durch den Krankenversicherungsträger konfrontiert zu werden.

Darüber hinaus konnte gezeigt werden, dass ein Urlaubsverbrauch bei entsprechender Vereinbarung während einer Risikofreistellung grds möglich ist. Zu der Frage, wann Urlaub als vereinbart gilt, können mE Parallelen zu der Rechtslage bei einseitigen Dienstfreistellungen während der Kündigungsfrist gezogen werden, sodass die dazu bestehenden Meinungen und Rsp heranzuziehen sind. Von dem Ergebnis ausgehend, dass ein Urlaubsverbrauch während der Risikofreistellung möglich ist, wird auch der Verjährungsablauf von Urlaubsansprüchen aufgrund der COVID-19-Risikofreistellung nicht gehemmt.

Hinsichtlich der Frage, auf welcher Basis die Entgeltfortzahlung für während der COVID-19-Risikofreistellung auftretende Krankenstände zu leisten ist, ist mE die Rsp⁸²⁰ zur Erkrankung eines Arbeitnehmers an einem Feiertag heranzuziehen. Danach ist es ohne

⁸²⁰ OGH 12.06.1996, 9 ObA 2060/96y.

Belang, ob der Arbeitnehmer an einem Feiertag gesund oder krank ist, da die Arbeit an einem Arbeitstag, der auf einen Feiertag fällt, schon *a priori* ausfällt. Der Arbeitnehmer erhält die Entgeltfortzahlung gem § 735 Abs 3 ASVG und kann sich der Arbeitgeber in weiterer Folge das fortgezahlte Entgelt vom Krankenversicherungsträger erstatten lassen.

Abschließend ist anzumerken, dass der Umstand, wonach besonders gefährdeten Personen unter gewissen Voraussetzungen zwar ein Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung zukommt, es für ihr Privatleben allerdings keinerlei Verhaltensvorschriften oder stichprobenartige Überprüfungen gibt, ob zumindest die allgemein geltenden Schutzvorschriften eingehalten werden, in Anbetracht der Tatsache, dass die Kosten letztendlich von Steuerzahlern getragen werden, zu hinterfragen ist. So ist in keiner Weise gewährleistet, dass Arbeitnehmer, die sich unter Berufung auf die Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe freistellen lassen, sich während ihrer Freistellung ausreichend sorgfältig verhalten, um sich nicht mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu infizieren.

7.5 Sonderfreistellung

Die Freistellung von schwangeren Arbeitnehmerinnen, um sie vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu schützen, ist sehr begrüßenswert. Dies umso mehr, als Arbeitgeber in weiterer Folge einen Ersatzanspruch durch die Krankenversicherungsträger haben.

Problematisch ist allerdings der oben aufgezeigte Umstand, dass die Sonderfreistellung gem § 3a MSchG zu einer Ungleichbehandlung von schwangeren Arbeitnehmerinnen und in weiterer Folge auch ihrer Arbeitgeber führt.

Es würde auch iSd Arbeitnehmerschutzes liegen, wenn der Anwendungsbereich der Sonderfreistellung nicht nur vom tatsächlichen physischen Körperkontakt, sondern generell von der Ansteckungsgefahr abhängen würde. Bei einem Vergleich der Sonderfreistellung gem § 3a MSchG mit der Risikofreistellung gem § 735 ASVG, die als Voraussetzung nicht auf den physischen Körperkontakt abstellt, sondern darauf, dass die Arbeitsleistung nicht im Homeoffice erbracht werden kann oder die Arbeitsbedingungen nicht derart geändert werden können, dass eine Ansteckung mit COVID-19 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist, wird ersichtlich, dass die Schutzbestimmungen für Angehörige einer Risikogruppe viel umfassender sind als jene von schwangeren Arbeitnehmerinnen.

In diesem Zusammenhang kann auch kritisch hinterfragt werden, weshalb die Schaffung einer derartigen Schutzbestimmung für schwangere Arbeitnehmerinnen mehr als ein Dreivierteljahr gedauert hat.

Abschließend lässt sich festhalten, dass die Grundintention des Gesetzgebers, schwangere Arbeitnehmerinnen, bei denen im Falle einer Infektion mit SARS-CoV-2 die Gefahr eines schweren Krankheitsverlaufs besteht, zu schützen, positiv ist. Hinsichtlich der Ausgestaltung des Anwendungsbereichs besteht allerdings Verbesserungspotential.

7.6 Gesundheitsbezogene Dienstverhinderungsgründe

Im Zuge der Untersuchung von gesundheitsbezogenen Dienstverhinderungsgründen kam ich zu dem Ergebnis, dass COVID-19-Verdachtsfälle, deren Krankmeldung wegen Ablaufs der Fünf-Tages-Frist erloschen ist und die keine Symptome mehr aufweisen, bis zum Vorliegen des (negativen) Testergebnisses durch einen wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrund an der Erbringung der Arbeitsleistung gehindert sind. Die Dienstverhinderung resultiert aus einer öffentlichen Verpflichtung gegenüber der Allgemeinheit, die zwar nicht aus einem Gesetz, jedoch aus moralischen Gründen abgeleitet werden kann. Anders verhält es sich hingegen bei Kontaktpersonen der Kategorie II. Wollten diese der Arbeit fernbleiben, um einer möglichen Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 entgegenzuwirken, konnten sie sich nicht auf das Vorliegen eines wichtigen persönlichen Dienstverhinderungsgrundes stützen.

Im Zuge der Behandlung von gesundheitsbezogenen Dienstverhinderungsgründen wurde auch die Frage untersucht, ob für die Dauer der Absonderung Homeoffice einseitig angeordnet werden kann. Ich kam zu dem Ergebnis, dass auch ohne vertragliche Grundlage ein Anordnungsrecht des Arbeitgebers zum Homeoffice für die Dauer der Absonderung aufgrund der Treuepflicht besteht – sofern Arbeitsfähigkeit vorliegt, die Tätigkeit des Arbeitnehmers für den Betrieb erforderlich und dem Arbeitnehmer Homeoffice zumutbar ist.

7.7 Dienstverhinderungen iZm Urlaubsreisen

Die (Heim-)Quarantäne stellt einen Verhinderungsgrund iSd § 4 Abs 2 UrlG dar. Die Vereinbarung von Urlaub für die Dauer einer bekannten Absonderung oder Heimquarantäne ist daher grds nicht zulässig. Anderes könnte mE nur in jenen Fällen gelten, in denen während einer Absonderung bzw einer Heimquarantäne auf ausdrücklichen Wunsch des Arbeitnehmers Urlaub vereinbart wird, um seinen Entgeltfortzahlungsanspruch zu erhalten. Zu denken ist hier vor allem an Konstellationen, in denen weder ein arbeitsrechtlicher Entgeltfortzahlungsanspruch noch ein Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG besteht. Dies ist va bei selbstverschuldeten Heimquarantänen im Ausland oder bei der Einreise nach Österreich der Fall.

Tritt die Absonderung erst nach erfolgter Urlaubsvereinbarung, aber noch vor Urlaubsantritt, ein, sind Arbeitnehmer grds dazu berechtigt, von der Urlaubsvereinbarung bzw eines Teils davon mit Wirkung *ex nunc* zurückzutreten.

Wurde der Urlaub bereits angetreten und kam es während des Urlaubs zu einer Absonderung, können Arbeitnehmer mE entweder von der Urlaubsvereinbarung zurücktreten – auch mittels Teilrücktritts – oder sich auf eine Urlaubsunterbrechung analog § 5 UrlG stützen, wobei eine teleologische Reduktion hinsichtlich der Dreikalentagesregel zu erfolgen hat.

7.8 Fazit

Selbst wenn man bei manchen der COVID-19-bedingten Dienstverhinderungen auch über die Generalklausel des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB bzw das Krankenstandsrecht zu einem Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gelangen würde, war die Schaffung neuer Rechtsinstitute, die Arbeitnehmern einen Entgeltanspruch einräumten, mE aus mehreren Gründen nötig:

Trotz mancher Startschwierigkeiten schafften die neuen Entgeltfortzahlungstatbestände durch eine einigermaßen präzise Ausgestaltung ihres Anwendungsbereiches Rechtssicherheit – sowohl für Arbeitnehmer als auch für Arbeitgeber. Während die Berufung auf die Generalklausel idR mit Interpretations- und Auslegungsfragen und damit in weiterer Folge mit Unsicherheiten bei der Rechtsdurchsetzung behaftet ist, waren bei den neu eingeführten Rechtsinstituten der Grund der Dienstverhinderung (zB zur Betreuung, aufgrund der Zugehörigkeit zur COVID-19-Risikogruppe, etc), die jeweiligen Voraussetzungen für die Inanspruchnahme (zB behördlich angeordnete Schließung von Schulen, ärztliche Atteste, Meldepflichten etc) sowie die Dauer der Entgeltfortzahlung im Wesentlichen klar vorgegeben. Gerade in Pandemie-Zeiten ist es nötig, sich auf rasch ändernde und unerwartete Umstände einzustellen. Um diese Herausforderungen bewältigen zu können, bedarf es klarer gesetzlicher Bestimmungen, ohne allzu großen Interpretationsspielraum.

Eine Besonderheit der im Zuge der COVID-19-Pandemie geschaffenen Rechtsinstitute ist es, dass ihre Finanzierung durch den Staat erfolgt. Während bei Dienstverhinderungen aufgrund von Krankheit oder wegen wichtiger persönlicher Dienstverhinderungsgründe

das Entgeltrisiko im Wesentlichen beim Arbeitgeber verbleibt,⁸²¹ haben Arbeitgeber einen Ersatzanspruch für das während der Sonderbetreuungszeit, der COVID-19-Risikofreistellung sowie der Sonderfreistellung an die Arbeitnehmer fortgezahlte Entgelt gegenüber dem Bund. Überlegungen, wonach man sich die teils komplizierten Regelungen hätte sparen und stattdessen die Generalklausel mit einem Ersatzanspruch des Arbeitgebers – befristet für die Dauer der COVID-19-Pandemie – hätte ausstatten können, ist entgegenzuhalten, dass gerade aufgrund der Finanzierung durch staatliche Mittel Bestimmungen mit klar definierten Voraussetzungen für eine kontrollierte Mittelverwendung und Überprüfung erforderlich waren.

Ein weiterer Grund für die Schaffung der neuen Rechtsinstitute war, dass die Generalklausel nicht zur Lösung sämtlicher COVID-19-bedingter Dienstverhinderungen herangezogen werden konnte. Es bedurfte aus sozialpolitischer und epidemiologischer Sicht neuer Regelungen, die Arbeitnehmern in gewissen der Pandemie geschuldeten Konstellationen einen Entgeltanspruch trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung einräumten. Darüber hinaus hatten die neu geschaffenen Rechtsinstitute nicht nur die Funktion der Entgeltsicherung, sondern dienten auch der Verfolgung gesundheitspolitischer bzw epidemiologischer Ziele – bspw der Verhinderung der weiteren Ausbreitung der Pandemie durch Kontaktminimierung in Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen. Für die Zielerreichung war die Schaffung eines bezahlten Freistellungsanspruches, kombiniert mit einem Kostenersatz für Arbeitgeber, schlichtweg erforderlich.

Abschließend ist festzuhalten, dass die COVID-19-Pandemie auch das österreichische Arbeitsrecht vor große Herausforderungen gestellt hat. Die noch nie dagewesene Anlassgesetzgebung sowie die sich binnen kürzester Zeit ändernden Rechtslagen erschwerten die rechtliche Beurteilung und verlangten eine intensive und ständige Auseinandersetzung mit den angesprochenen Themen.

Ich hoffe, mit meiner Arbeit in diesem Sinn einen Beitrag geleistet zu haben.

⁸²¹ Maßnahmen, um Arbeitgeber finanziell zu entlasten, bestehen etwa im Krankenstandsrecht durch die Möglichkeit, Zuschüsse zur Entgeltfortzahlung bei der AUVA zu beantragen.

8 Literatur- und Quellenverzeichnis

AI, https://www.arbeitsinspektion.gv.at/Gesundheit_im_Betrieb/Gesundheit_im_Betrieb_1/Allgemeine_Hinweise.html#heading_Aktuelles_COVID_19_Lockerungsverordnung (abgefragt am 14.02.2021).

AI, Kommentiertes Mutterschutzgesetz § 4, https://www.arbeitsinspektion.gv.at/Personengruppen/Werdende_und_stillende_Muetter/Kommentiertes_MSchG.html#heading_heading_4_4 (abgefragt am 21.03.2021).

AK, 3G und Schutz im Betrieb, <https://jobundcorona.at/schutz-im-betrieb/> (Stand 31.05.2021).

AK, Infektion & Quarantäne, <https://jobundcorona.at/infektion-quarantaene/> (Stand 28.04.2021).

Auer-Mayer/Dullinger in Köck (Hrsg), Der Homeoffice-Kommentar (Stand 01.06.2021).

AUVA, Checkliste und Dokumentation, <https://www.auva.at/cdscontent/load?contentid=10008.735608&version=1589475117> (abgefragt am 03.03.2021).

AUVA, Entgeltfortzahlung, <https://www.auva.at/cdscontent/?contentid=10007.671046> (abgefragt am 21.05.2021).

Bartmann/ Ondrejka, Home-Office in Zeiten von COVID-19. Überblick und aktuelle Fragen, ZAS 2020/27.

BHAG, COVID-19 Sonderbetreuungszeit, Häufig gestellte Fragen/FAQ und Berechnungsbeispiele, <https://www.buchhaltungsagentur.gv.at/sonderbetreuungszeit-phase-1/> (Stand 01.04.2020).

BHAG, COVID-19 Sonderbetreuungszeit, Häufig gestellte Fragen/FAQ und Berechnungsbeispiele^{2.2} <https://www.buchhaltungsagentur.gv.at/sonderbetreuungszeit-phase-1/> (Stand 11.12.2020).

BHAG, Richtlinie^{1.1} Sonderbetreuungszeit COVID-19, <https://www.buchhaltungsagentur.gv.at/sonderbetreuungszeit-phase-1/> (Stand 08.04.2020).

BMA, FAQ: Freistellung von Schwangeren (Stand 04.01.2021).

BMA, Handbuch COVID-19: Urlaub und Entgeltfortzahlung (Stand 16.08.2021).

BMAFJ, Handbuch COVID-19: Sicheres und gesundes Arbeiten (Stand: 18.02.2021).

BMAFJ, FAQ: Kurzarbeit, <https://www.bmafj.gv.at/Services/News/Coronavirus/FAQ--Kurzarbeit.html> (abgefragt am 28.02.2021).

BMAFJ, Richtlinie^{1.2} Sommer-Sonderbetreuungszeit <https://www.buchhaltungsagentur.gv.at/sommer-sonderbetreuungszeit/> (Stand 09.09.2020).

BMAFJ, Richtlinie Sonderbetreuungszeit – Phase 4 <https://www.buchhaltungsagentur.gv.at/sonderbetreuungszeit-phase-4/> (Stand 15.12.2020).

BMAFJ, Sonderbetreuungszeit Phase 4 – Häufig gestellte Fragen/FAQ^{1.3} <https://www.buchhaltungsagentur.gv.at/sonderbetreuungszeit-phase-4/> (Stand 26.01.2021).

BMASGK, Grundsätze der Gefahrenverhütung – Reihenfolge von Maßnahmen. ArbeitnehmerInnenschutzstrategie 2013-2020 (Stand September 2017).

BMBWF, Erlass – Umgang des Bildungssystems mit dem Coronavirus, <https://www.bmbwf.gv.at/Themen/schule/beratung/corona.html> (abgefragt am 20.04.2023).

BMEIA, Reisewarnungen, <https://www.bmeia.gv.at/reise-aufenthalt/reisewarnungen/> (abgefragt am 20.07.2021).

BMSGPK, Aktuelle Informationen: Zahlen aus Österreich, <https://info.gesundheitsministerium.gv.at/?re=infektionslage> (abgefragt am 24.05.2022).

BMSGPK, Behördliche Vorgangsweise bei SARS-CoV-2 Kontaktpersonen: Kontaktpersonennachverfolgung, <https://www.sozialministerium.at/> (Stand 16.06.2021).

BMSGPK, Corona-Schutzimpfung: Häufig gestellte Fragen – allgemeine Fragen, <https://www.sozialministerium.at/Corona-Schutzimpfung/Corona-Schutzimpfung---Haeufig-gestellte-Fragen/Corona-Schutzimpfung-%E2%80%93-Haeufig-gestellte-Fragen---Allgemeine-Fragen.html> (Stand 07.05.2021).

BMSGPK, Corona-Schutzimpfung – Häufig gestellte Fragen – Allgemeine Fragen, <https://www.sozialministerium.at/Corona-Schutzimpfung/Corona-Schutzimpfung---Haeufig-gestellte-Fragen/Corona-Schutzimpfung-%E2%80%93-Haeufig-gestellte-Fragen---Allgemeine-Fragen.html#wirksamkeit> (Stand 20.05.2022).

Informationen des BMSGPK, COVID-19-Impfungen: Anwendungsempfehlungen des Nationalen Impfgremiums⁵ (Stand: 17.08.2021).

BMSGPK, FAQ: Risikogruppen, <https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Haeufig-gestellte-Fragen/FAQ--Risikogruppen.html> (Stand 12.11.2020).

BMSGPK, FAQ: Risikogruppen, <https://www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus---Haeufig-gestellte-Fragen/FAQ--Risikogruppen.html> (Stand 13.01.2021).

BMSGPK, Falldefinition COVID-19, <https://www.sozialministerium.at/Themen/Gesundheit/Uebertragbare-Krankheiten/Infektionskrankheiten-A-Z/Neuartiges-Coronavirus.html> (Stand 26.05.2021).

BMSGPK, Impfpflicht: Allgemeine Informationen, <https://www.sozialministerium.at/Corona-Schutzimpfung/Impfpflicht/Allgemeine-Informationen.html> (abgefragt am 24.05.2022).

BMSGPK, Österreichische Teststrategie SARS-CoV-2, <https://www.sozialministerium.at/> (Stand 22.04.2022).

BMSGPK, Rechtliche Begründung zur 3. COVID-19-Maßnahmenverordnung, <https://www.sozialministerium.at/> (abgefragt am 30.10.2021).

Böhmer, Massentests in Österreich: Was die Regierung nun vorhat, *Kurier* <https://kurier.at/politik/inland/massentests-in-oesterreich-was-die-regierung-nun-vorhat/401098359> (Stand 15.11.2020).

Brokes, Covid-19 und Arbeitsrecht: Die fünf häufigsten Fragen aus der aktuellen Beratungspraxis, *DRdA-infas* 2020, 196.

Brokes, Der Corona-Generalkollektivvertrag – ein Meilenstein, *DRdA-infas* 2021, 245.

Brokes, Sonderbetreuungszeit Phase 5 – Die späte Einsicht, *DRdA-infas* 2021, 504.

Burger in Reissner (Hrsg), *Angestelltengesetz*³ (2019).

Burger in Reissner (Hrsg), Angestelltengesetz⁴ (2022).

Burger-Ehrnhofer/Schrittwieder/Thomasberger, Mutterschutzgesetz und Väter-Karenzgesetz² (2013).

Bremm/Mayr, Homeoffice, in *Resch* (Hrsg), Das Corona-Handbuch – Österreichs Rechtspraxis zur aktuellen Lage.

Bremm, Home-Office nach COVID-19, wbl 2020, 417.

Cerny, Urlaubsrecht¹⁰ (2011).

Cerny, Urlaubsunterbrechung durch Pflegefreistellung, nicht aber durch Betreuungsfreistellung, DRdA 2011/26.

Cerny, Zu einigen Fragen des neuen Urlaubsgesetzes, DRdA 1977, 257.

Drs in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018).

Drs, Arbeitnehmerseitige Dienstverhinderung und Urlaub, in *Resch* (Hrsg), Das Corona-Handbuch – Österreichs Rechtspraxis zur aktuellen Lage.

Drs, Sonstige Dienstverhinderungsgründe, in *Resch* (Hrsg), Fragen der Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers (2004).

Drs, Urlaubsrechtliche Fragen anlässlich der COVID-19-Pandemie, ASoK 2020, 282.

Dullinger, COVID-19-bedingte Dienstverhinderung in der Arbeitnehmersphäre, ZAS 2021/3.

Egermann/Ziembicka, Urlaub in Zeiten von Corona, ecolex 2020, 49.

Eichmeyer/Andréewitch, COVID-bedingte Beendigungen von Arbeitsverhältnissen, RdW 2021, 34.

Engelbrecht, Reisen in Zeiten von COVID-19 aus arbeitsrechtlicher Sicht, ZAS 2021/4.

Ettl, Corona, Arbeit und wo bleiben die Kinder? Kinderbetreuung und Dienstverhinderung in Zeiten einer Pandemie, DRdA-InfAS 2021, 58.

Felten/Pfeil, Arbeitsrechtliche Auswirkungen der COVID-19-Gesetze – ausgewählte Probleme, DRdA 2020, 295.

Felten, Homeoffice und Arbeitsrecht, DRdA 2020, 511.

Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.05} (Stand 1.10.2018, rdb.at).

Friedrich, Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB und COVID-19. Muss die Sphärentheorie angesichts der Neuregelung des § 1155 Abs 3 ABGB im Zusammenhang mit der Corona-Krise neu überdacht werden? ZAS 2020/26 (158).

Gerhartl, Arbeitsrechtliche Fragen der COVID-19-Schutzimpfung, ASoK 2021, 131.

Gerhartl, Gesetzliche Regelung des Homeoffice. Arbeitsrechtliche Aspekte der Neuregelung, ASoK 2021, 162.

Gerhartl, Homeoffice aus arbeitsrechtlicher Sicht, ARD 6711/4/2020.

Gerhartl, Krankheit, Quarantäne und Selbstisolierung. Entgeltfortzahlung in Coronazeiten, ASoK 2020, 362.

Gerhartl, Quarantäne nach Auslandsdienstreise, ecolex 2020, 816.

Gerhartl, Sonderbetreuungszeit und Dienstfreistellung für Risikogruppen. Neue rechtliche Instrumente im Zuge von COVID-19, ASoK 2020, 411.

Gerhartl, Treue- und Fürsorgepflicht in Krisenzeiten, *ecolex* 2020, 577.

Gerhartl, 3G am Arbeitsplatz. Ein problemorientierter Überblick, *ASoK* 2021, 447.

Gerhartl, Zusammentreffen mehrerer Dienstverhinderungsgründe. Welche Regelung geht vor? *ASoK* 2006, 373.

Ghahramani-Hofer, Dienstnehmer unter Corona-Verdacht: Was hat der Dienstgeber zu beachten und zu tun? *PVP* 2020/71.

Gruber-Risak, Die Seuche, das Risiko und der Arbeitsvertrag. Reflexionen zu § 1155 ABGB aus Anlass der COVID-19-Pandemie, *ÖJZ* 2021/22.

Hahn/Pfitzner, Urlauben und Feiern in Zeiten von Corona, *ARD* 6707/5/2020.

Heider/Schneeberger, ArbeitnehmerInnenschutzgesetz⁶ (2013) CLXIII.

Heinz-Ofner, Andere wichtige Dienstverhinderungsgründe des Arbeitnehmers, *DRdA* 2008, 114.

Hitz, Neues zur Sonderbetreuungszeit ab November 2020 – Gibt es nun einen Rechtsanspruch? *ARD* 6727/6/2020.

Hitz/Schrenk, Homeoffice 2021. Detailfragen zur Neuregelung, *ASoK* 2021, 122.

Hitz/Schrenk, Homeoffice während und nach der Corona-Krise. Was ist zu beachten? *ASoK* 2020, 322.

Holzer, Die Dienstverhinderung aus anderen wichtigen die Person des Dienstnehmers betreffenden Gründen, *DRdA* 1970, 107.

Höfle/Platzer, Abgabepflicht der Entgeltzahlung nach dem Epidemiegesetz bei Quarantäne des Arbeitnehmers. Interpretation als Entschädigung des Bundes und nicht als Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers, *ASoK* 2021, 12.

Höfle/Platzer, Vergütungsanspruch des Arbeitgebers nach dem Epidemiegesetz bei Quarantäne des Arbeitnehmers, *ASoK* 2020, 402.

Hübelbauer, Sonderbetreuungszeit in der COVID-Krise, *CuRe* 2020/43.

Hummelbrunner, Berechnung des Verdienstentgangs nach dem EpidemieG, *ecolex* 2020, 478.

Kallab, Pflegefreistellung unterbricht Urlaub, *DRdA* 2003, 362.

Keisler/Hummelbrunner, Epidemierecht, in *Resch* (Hrsg), *Das Corona-Handbuch – Österreichs Rechtspraxis zur aktuellen Lage*.

Kietaibl/Wolf, § 1155 ABGB, Urlaubsverbrauch, Zeitausgleich, in *Resch* (Hrsg), *Das Corona-Handbuch – Österreichs Rechtspraxis zur aktuellen Lage*.

Kietaibl/Rebhahn in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), *Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht*³ (2018).

Kietaibl in *Kletečka/Schauer* (Hrsg), *ABGB-ON*^{1.05} (Stand 1.2.2020, rdb.at).

Klinger, Wer zahlt bei Quarantäne ohne Bescheid, *Der Standard* 2020/46/02.

Kodek in *Kletečka/Schauer*(Hrsg), *ABGB-ON*^{1.03} (Stand 1.1.2018, rdb.at).

Kühteubl/Leissler, Wenn die Krankheit im Personalakt steht, *Der Standard* <https://www.derstandard.at/story/2000117585006/wenn-die-krankheit-im-personalakt-steht> (20.05.2020).

Kraft, Umfasst die Vergütung gemäß § 32 Epidemiegesetz auch die Arbeitslosenversicherungsbeiträge? ARD 6787/4/2022.

Krammer, Schutz der COVID-19-Risikogruppe, Teil 1: Sozialversicherungsrecht, DRdA-infas 2020, 278.

Krejci in Rummel (Hrsg), ABGB³ (Stand 1.1.2000, rdb.at).

Kuderna, Urlaubsrecht² (1995).

Kurzböck, WIKU-Personal-aktuell, Ausgabe 1/2021.

Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft³ (1995).

Lindmayr, Der Anspruch auf Freistellung von der Dienstleistung für COVID-19-Risikogruppen, ARD 6699/5/2020.

Löschnigg, Arbeitsrecht¹³ (2017).

Löschnigg, Kein Recht auf Beschäftigung eines Universitätslehrers, JAS 2017, 196.

Marcian, COVID-19 als Berufskrankheit, DRdA-infas 2021, 142.

Marhold in Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg), Angestelltengesetz (Stand 1.6.2012, rdb.at).

Mayer, Risikogruppen-Regelung ist verfassungswidrig, trend, <https://www.trend.at/branchen/rechtsschutz/jurist-heinz-mayer-risikogruppen-regelung-11433499> (Stand 06.04.2020).

Mayr/Andexlinger, Urlaubsabbruch – Austritt aus dem Urlaubsverhältnis, RdW 1989, 367.

Mazal, COVID-19-Risikofgruppe: Dienstfreistellung nach abstrakten Kriterien und Krankschreibung im konkreten Gefährdungsfall, ecolex 2020, 385.

Mazal, Der Informationsanspruch des Arbeitgebers bei EFZ im Krankheitsfall. Überlegungen zur pauschalen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, ecolex 2020, 118.

Mazal, Entgeltfortzahlung bei pandemiebedingter Einschränkung des sozialen Lebens, ecolex 2020, 280.

Mazal, Home-Office-Gesetz im „rechtsfreien Raum“? ecolex 2020, 1092.

Melzer-Azodanloo in Löschnigg (Hrsg), Angestelltengesetz I¹⁰ (2016).

Mitschka, Kranke Arbeitnehmer in Quarantäne – wer trägt die Kosten? CuRe 2020/82.

Naderhirn in Felten/Trost (Hrsg), Homeoffice (2021).

Naderhirn, Die Nöte einer Mutter – Probleme der Pflegefreistellung, DRdA 2008, 276.

Naderhirn, Zum Verhältnis ausgewählter Entgeltfortzahlungstatbestände zueinander. Pflegefreistellung – wichtiger Grund – § 1155 ABGB – Urlaub, ZAS 2007/18.

Obrecht, Long COVID in der Sozialversicherung, ARD 6794/5/2022.

ÖGK, Coronavirus: Entgeltfortzahlung, Dienstgeber-Newsletter Nr. 1/März 2020, <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.857457&portal=oegkdportal> (abgefragt am 15.05.2021).

ÖGK, FAQ: Quarantäne, Epidemiegesetz, Entgeltfortzahlung etc., <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.857443&portal=oegkdportal> (Stand März 2020).

ÖGK, FAQ - Häufig gestellte Fragen zu COVID-19 als Berufskrankheit, <https://www.auva.at/cdscontent/?contentid=10007.867378&portal=auvaportal#> (abgefragt am 24.05.2022).

ÖGK, Fragen und Antworten zum Thema Risikogruppen^{6,2}, <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.859047&portal=oegkportal> (Stand 01.09.2020).

ÖGK, Informationen zum Corona-Virus für Vertragspartner/innen, <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.861100&portal=oegkportal> (abgefragt am 16.06.2021).

ÖGK, Informationsschreiben bzgl AU-Meldung bei COVID-19-Verdachtsfällen, VI Nr 1940/2020, <https://www.aekoee.at/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=4874&token=d7eae563535a560392de78560ae574f708f3f950> (Stand 31.08.2020).

ÖGK, Sonderbestimmungen für werdende Mütter, die in Berufen mit Körperkontakt arbeiten, <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.863268&portal=oegkdgportal> (abgefragt am 06.04.2021).

Pfeil in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018).

Plucinska/Zankel, Rechtliche Rahmenbedingungen für Testungen und Impfungen im Zusammenhang mit SARS-CoV-2 im Arbeitsverhältnis, ASoK 2021, 82.

Rath, Aufklärungspflicht des Arbeitnehmers bei anzeigepflichtiger Krankheit? *ecolex* 2007, 273.

Rauch, ASoK-Spezial Arbeitsrecht (2021).

Rauch, Quarantäne und Betriebsschließung nach bereits vereinbarten Urlaub. Ist ein Rücktritt bzw Teilrücktritt von der Urlaubsvereinbarung möglich? ASoK 2021, 7.

Rauch, Rechtsfolgen der Verweigerung der Vorlage des 3-G-Nachweises, ASoK 2021, 455.

Rauch, Verspätete Urlaubsrückkehr wegen COVID-19, ARD 6757/4/2021.

Rebhahn/Ettmayer in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON^{1.05} (Stand 1.10.2017, rdb.at).

Rebhan in Neumayr/Reissner (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018).

Resch, Homeoffice im Kontext "außergewöhnlicher Verhältnisse", ZAS 2023/2.

Resch, Verhältnis Vergütung nach Epidemiegesetz zur arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlung, *ecolex* 2021, 285.

Reissner, Eine unfreiwillige Urlaubsverlängerung, DRdA 1995, 524.

Reissner, Regelungen über die Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderungen in der AG-Sphäre, in *Reissner/Neumayr* (Hrsg), Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln² (2019).

Risak, Arbeitgeberrechte im Krankenstand. Information und Überwachung – Betriebliche Mitbestimmung – Rückkehrgespräch, ZAS 2010/11.

RKI, Fachwörterbuch Infektionsschutz und Infektionsepidemiologie (2015), https://www.rki.de/DE/Content/Service/Publikationen/Fachwoerterbuch_Infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile (abgefragt am 19.09.2021).

RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html (Stand 14.07.2021).

Rudolf Müller in *Mosler/Müller/Pfeil* (Hrsg), Kommentar zur gesamten Sozialversicherung (Stand 1.7.2020, rdb.at).

Sabara/Lindmayer, Die neue Sonderbetreuungszeit während der Coronavirus-Krise, ARD 6694/4/2020.

Schima, Vulkanausbrüche, Naturkatastrophen und andere Fälle höherer Gewalt – arbeitsrechtliche Auswirkungen, ZAS 2012/25.

Schnabl, COVID-19: Der Absonderungsbescheid und seine (arbeitsrechtlichen) Folgen, ZAS 2022/24.

Schrank, Aktuelle Rechtsfragen zu Ausmaß und Verbrauch des Urlaubs, ZAS 1992, 181.

Schrank, Arbeitsrecht und Sozialversicherungsrecht (89. Lfg 2022).

Schrank, Arbeitsrechtlich Wichtiges zur Corona-Krise, RdW 2020/224.

Schrank, Urlaubsgesetz (2018).

Schrenk Friedrich/Schrenk Florian/Hitz, Entgeltfortzahlung in der "Corona-Krise" – denkbare arbeitsrechtliche Sachverhalte, ARD 6693/6/2020.

Schrenk, Die Dienstverhinderung im Arbeitsrecht, taxlex 2010, 254.

Schuster, Sonderbetreuungszeit – ein bloß halbherziger Ersatz? Von zeitlichen und anderen Tücken in der Praxis, ASoK 2020, 174.

Schwarz, Probleme des neuen österreichischen Urlaubsrechts, DRdA 1977, 126.

Spitzl, Entgeltanspruch bei Quarantänemaßnahmen, ecolex 2021/204.

Streithofer, Schutz der COVID-19-Risikogruppe, Teil 2: ArbeitnehmerInnenschutz und Arbeitsrecht, DRdA-infas 2020, 282.

Stupar, „Quarantäne“ ohne Bescheid – arbeitsrechtliche Konsequenzen. Fragen aus der betrieblichen Praxis, ASoK 2021, 2.

Stupar, Arbeitsrechtliche und gesundheitliche Fragen und Antworten zum Thema „Coronavirus“, ARD 6689/5/2020.

Trinko, Auslandsaufenthalte in Zeiten von COVID-19, DRdA-infas 2020, 384.

Unabhängige Expertenkommission, Bericht - Management COVID-19-Pandemie Tirol (2020).

Vienna Center for Electoral Research, Private Sozialkontakte im ersten und zweiten Lockdown, <https://viecer.univie.ac.at/corona-blog/corona-blog-beitraege/corona-dynamiken21/> (abgefragt am 24.04.2022).

Vogt, Die Entgeltfortzahlungstatbestände inklusive Urlaub, in *Gruber-Risak/Mazal* (Hrsg), Das Arbeitsrecht: System- und Praxiskommentar (35. Lfg 2020).

Vogt-Majarek/Springer, Brennpunkt Urlaub: Die Urlaubsvereinbarung während der Corona-Krise, ARD 6703/4/2020.

Weissensteiner, Massentests starten am 5. Dezember: Zuerst für Lehrer, danach für Polizei – und auch virusbelastete Gemeinden, Der Standard, <https://www.derstandard.at/story/2000121860840/erste-massentests-starten-ab-5-dezember-fuer-lehrer-danach-fuer> (Stand 20.11.2020).

Wiesiniger, Arbeitsrechtliche Fragen zu Epidemien. Maßnahmen nach dem Epidemiegesetz – Arbeitsrecht – Sozialversicherungsrecht, SWK 2020, 469.

Wiesinger, Sonderbetreuungszeit (Phase 4, ab 1.11.2020), ZAS 2021/9.

Windisch-Graetz, Arbeitsrecht¹¹ II (2020).

WKO, Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, <https://www.wko.at/service/faq-coronavirus-infos.html> (Stand 02.03.2021).

WKO, FAQ – Fragen und Antworten, <https://www.wko.at/service/faq-coronavirus-infos.html> (abgefragt am 17.03.2020).

WKO, Keine Kostenrückerstattung laut Epidemiegesetz bei ungarischem Quarantänebescheid, <https://www.wko.at/service/aussenwirtschaft/keine-kostenrueckerstattung-ungarischer-quarantaenebescheid.html> (abgefragt am 16.07.2021).

Zankel, Freistellung von Dienstnehmern, die zur COVID-19-Risikogruppe gehören. Der neue § 735 ASVG, ASoK 2020, 202.

Zischka/Guerrero, 3 besondere COVID-19-Freistellungen: Wissenswertes zu Voraussetzungen, Rechtsweg etc (Teil 1), PVP 2021, 45.

Zippelius, Juristische Methodenlehre¹² (2021).

9 Judikaturverzeichnis

EuGH 22.09.2022, C-518/20, *Fraport Frankfurt Airport Services Worldwide*, ECLI:EU:C:2022:707

EuGH 22.09.2022, C-120/21, *LB*, ECLI:EU:C:2022:718

EuGH 29.05.2018, C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874

OGH 29.04.1958, 4 Ob 45/58, ArbSlg 6868

OGH 24.07.1962, 4 Ob 82/62, ArbSlg 7625

OGH 31.05.1983, 4 Ob 35/82, DRdA 1984, 56 = DRdA 1984, 58 = ÖJZ 1983/154 (EvBl)

OGH 05.06.1984, 4 Ob 60/83 RdW 1984, 318 = Arb 10355

OGH 24.11.1993, 9 ObA 231/93, ARD 4524/10/94

OGH 20.04.1994, 9 ObA 23/94, Arb 11.177 = ARD 4561/17/94

OGH 06.09.1995, Ob 93/55, Arb 6298

OGH 12.06.1996, 9 ObA 2060/96y

OGH 30.10.1996, 9 ObA 2202/96f, ecolex 1997, 447 = ASoK 1997, 34 (*Marhold*)

OGH 12.06.1996, 9 ObA 2082/96, RdW 1997, 225 = infas 1997, A 11 = ARD 4832/21/97

OGH 30.01.1997, 8 ObA 2046/96g, ARD 4840/12/97 = RdW 1997, 354 = WBl 1997, 254 = ZAS 1997, 168 (*Risak*) = SZ 70/20 = infas 1997, A 71

OGH 22.11.1989, 9 ObA 306/89, ecolex 1990, 171 (*Mazal*) = RdW 1990, 411 (zust *Gahleitner*) = infas 1990, A 39 = ZASB 1990, 13

OGH 11.02.1999, 8 ObA 21/99t, ASoK 1999, 331 = ARD 5024/3/99 = RdW 1999, 368

OGH 16.02.2000, 9 ObA 335/99a, DRdA 2000, 537 = ÖJZ 2000/142 (EvBl) = ASoK 2000, 362 = RdW 2000/465 = ARD 5109/12/2000.

OGH 16.10.2002, 9 ObA 90/02d, DRdA 2003, 362 (*Kallab*) = ZAS 2004, 34 (*Aubauer*) = RdW 2003, 277 (*Kreil*) = ASoK 2003, 273

OGH 16.07.2004, 8 ObA 111/03m, DRdA 2004, 561 = EvBl 2005/149

OGH 26.02.2004, 8 ObA 71/03d, ecolex 2004/299 = ASoK 2004, 412 = infas 2004, A 58

OGH 28.02.2008, 8 ObA 11/08p, infas 2008, A 72 = ASoK 2008, 429 (krit *Sundl*) = DRdA 2008, 44 (*Chlestil/Keul/Peyrl/Weissensteiner*)

OGH 15.12.2009, 9 ObA 28/09x, DRdA 2011, 327 (*Cerny*) = ecolex 2010, 381 (*Windisch-Graetz*) = ASoK 2010, 232 (*Marhold-Weinmeier*) = infas 2010, 95

OGH 29.01.2015, 9 ObA 135/14i, ASoK 2015, 199 (*Shubshizky*) = ASoK 2016, 39 (*Marhold-Weinmeier*) = ZAS-Judikatur 2015/56 (*Schörghofer*) = ecolex 2015/201 (*Windisch-Graetz*)

OGH 26.01.2017, 9 ObA 121/16h, ecolex 2017/285 (*Windisch-Graetz*) = JAS 2018, 23 (*Drs*) = ZAS-Judikatur 2017/53 (*Schörghofer*) = DRdA-infas 2017/89 (*Chlestil*) = DRdA 2017/52 (*Naderhirn*)

RIS-Justiz RS0085373

LGZ Wien 17.11.1980, 44 Cg 163/80, Arb9918.

VwGH 29.03.1984, 84/08/0043, ÖJZ 1985/33 A (VwGH A) = ZfVB 1985/83.

VwGH 22.04.2021, Ra 2021/09/0005, ecolex 2021/506 (*Primosch*) = RdW 2021/505 (*Kriwanek/Tuma*) = Jus-Extra VwGH-A 2021/7188 (*Lehofer*)

LVwG Oberösterreich 15.12.2020, LVwG-751121/2/MB/MAH

LVwG Wien 04.02.2021, VGW-101/032/16118/2020

UVS OÖ 10.02.2003, VwSen-590048/2/Gf/Gam

UVS Oberösterreich 10.02.2003, VwSen-590048/2/Gf/Gam

UVS Oberösterreich 02.08.2004, VWSen-590067/4/Ste

GewG Innsbruck 16.04.1946, Cr 9/46, Arb 4885.

10 Anhang

10.1 Abstract Deutsch

Im Fokus der Dissertation stehen COVID-19-bedingte Dienstverhinderungsgründe in der Arbeitnehmersphäre.

Ziel der Dissertation ist es, die verschiedenen Rechtsinstitute, die Arbeitnehmern einen Entgeltanspruch einräumen, zu systematisieren und darauf aufbauend die unterschiedlichen Fragestellungen sowie die pandemiebedingten Besonderheiten einzuordnen – dabei sollen auch Aspekte und Problemstellungen aus der Praxis miteinfließen. Der Untersuchungszeitraum konzentriert sich auf die Zeit von März 2020 bis Juni 2022.

Im ersten Teil der Dissertation erfolgt eine allgemeine Abhandlung der pandemiebedingten Entgeltansprüche, wobei der Schwerpunkt auf den im Zuge der Pandemie neu geschaffenen Rechtsinstituten liegt. Im zweiten Teil der Arbeit werden Konstellationen aus der Praxis aufgezeigt, in denen es zum Unterbleiben der Arbeitsleistung wegen in der Sphäre der Arbeitnehmer gelegenen Dienstverhinderungen kommt.

An jeweils passender Stelle werden auch Dienstverhinderungen iZm mit dem Testen unter Berücksichtigung des eigens abgeschlossenen Generalkollektivvertrags zum Corona-Test sowie Dienstverhinderungen, die iZm der COVID-19-Schutzimpfung bestehen, behandelt.

Ausgehend von diesen Konstellationen erfolgt eine Prüfung, ob und aufgrund welcher Rechtsgrundlage Arbeitnehmern Entgelt gebührt. Hierzu werden die in Frage kommenden Rechtsinstitute beleuchtet, ihr Zusammenspiel analysiert, hinterfragt und, wo nötig, versucht, mögliche Lösungsansätze für die Praxis zu finden.

In vielen Fällen von Dienstverhinderungen ist die Erbringung der Arbeitsleistung per se zwar noch möglich, allerdings nicht mehr am gewohnten Arbeitsplatz (idR Betriebsstätte). Aspekte des Homeoffice finden daher auch Eingang in diese Arbeit.

Die Arbeit zeigt, dass die COVID-19-Pandemie die Schaffung neuer Rechtsinstitute, die Arbeitnehmern einen Entgeltanspruch einräumen, nötig machte, da mit der Generalklausel des § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b Abs 5 ABGB bzw dem Krankenstandsrecht nicht das Auslangen gefunden werden konnte.

10.2 Abstract Englisch

The doctoral thesis focuses on aspects of non-performing work caused by COVID-19.

This thesis is subject to the systematization of various legal bases that provide employees a right to remuneration. Based on this, different COVID-19-related questions and particularities will be classified by considering practical aspects and problems. The observation period lasts from March 2020 until June 2022.

The first part of the thesis provides a general treatise regarding pandemic-related rights to remuneration by mainly focusing on the legal bases created during the COVID-19 pandemic. The second part presents practical constellations concerning non-performing work due to reasons in the sphere of employees.

The absence of work due to COVID-19 tests in consideration of the general collective agreement and the absence of work due to COVID-19 vaccinations will be discussed accordingly.

Based on these constellations will be assessed, whether there is any legal base that ensures employees a right to remuneration. In the course of the assessment the possible legal bases will be examined and their interaction analyzed as well as questioned. If needed, possible solutions for the practice will be proposed.

In many cases of the absence of work, work performance per se is still possible, but not in the familiar work environment (usually the permanent establishment). Therefore, also aspects of home office will be considered in this thesis.

The results of the thesis will show the necessity of creating new legal bases that give employees a right to remuneration in the light of the COVID-19-pandemic. The general clause of Article 8 para 3 Employee Act and Article 1154 para 5 General Civil Code or laws regarding sick leave have not been sufficient for solving the COVID-19-related obstacles in the world of employment.