



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bei Wiener
Gemeindebediensteten“

Verfasserin/Verfasser

Mag. Johann Mandl

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, im Juli 2009

Studienkennzahl lt. Studienblatt: A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt: Rechtswissenschaften
Betreuerin / Betreuer: Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal

Eidesstattliche Erklärung

„Ich, Mag. Johann Mandl, geboren am 21. Juli 1958, wohnhaft in 3430 Tulln, Franz Lehar-Straße 12, erkläre an Eides statt, dass ich die beiliegende Dissertation selbständig und ohne fremde Hilfe verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und der benutzten Literatur wörtlich oder inhaltlich entnommene Stellen als solche gekennzeichnet habe.“

Tulln, im Dezember 2007

Vorwort

Als Leiter der Bezugsverrechnung für die Wiener Landeslehrer/innen in der MA 2 – Personalservice bin ich beruflich mit der administrativen und verrechnungstechnischen Umsetzung dienstrechtlicher und va besoldungsrechtlicher Bestimmungen befasst. Die korrekte Anweisung der Bezüge unter Beachtung sozialversicherungs- und steuerrechtlicher Vorschriften gehört dabei genauso zu meinem Aufgabenbereich wie die EDV-system-adäquate Erfassung der sich ständig ändernden gesetzlichen Regelungen, die dem Willen des Gesetzgebers im Hinblick auf eine individuelle Einkommensbemessung gerecht werden sollen. Die Besoldung hat nach den Grundsätzen der Sparsamkeit und Zweckmäßigkeit unter Beachtung der budgetgebundenen Grenzen an verfügbaren Geldmitteln zu erfolgen. Die Ressourcen im Personalbereich und die vielgepriesene Bürgernähe mit dem Ziel einer transparenten und nachvollziehbaren Verwaltung sind dabei zusätzlich ins Kalkül zu ziehen.

Die Entgeltfortzahlung ist in dem Konvolut von Rechtsvorschriften wohl neben den ständig neuen Pensionsregelungen und Gehaltsänderungen in Richtung einer möglichst leistungsgerechten Bezahlung eines der brisantesten Themen der Bezugsverrechnung und seit Jahren ein „Dauerbrenner“, va die Probleme in der Umsetzung betreffend.

Herausragend ist für mich dieses Thema deshalb, weil es einerseits de lege lata sehr interessante und differenzierte Lösungen zum Thema Entgeltfortzahlung in den einschlägigen Rechtsvorschriften gibt und andererseits, weil der Rechtsanwender allgemein bei der Interpretation sowie der Lohnverrechner und die Datenverarbeitung speziell bei der substantiellen Realisierung der Normen gefordert werden. Aber auch der Rechtsunterworfene, der von den unterschiedlichen Bestimmungen direkt betroffen ist, wird gefordert, wenn es darum geht, seine Einkommensplanung danach auszurichten, ob ihm ein gewohnter Auszahlungsbetrag am Valutatag zur Gänze, zur Hälfte oder vielleicht gar nicht mehr tatsächlich zur Verfügung steht. Ergo ist die Entgeltfortzahlung für mich ein interessantes Thema, das im Detail viele Probleme in sich birgt, die es wert sind, dass man sich näher mit ihnen befasst. Persönlich würde ich es dabei besonders begrüßen, wenn meine Arbeit einen Denkanstoß bewirken

könnte, sodass de lege ferenda eine stärkere Vereinheitlichung auf diesem Gebiet eintreten möge.

Tulln, im Dezember 2007

Mag. Johann Mandl

Inhaltsverzeichnis

Deckblatt	1
Eidesstattliche Erklärung	2
Vorwort	3
Inhaltsverzeichnis	5
Abkürzungsverzeichnis	14

I. Einleitung

Einleitung	24
------------	----

II. Grundlagenprobleme

1. Allgemeines zur Problemanalyse	25
2. Erfassung des Personenkreises	25
2.1. Stadt Wien als Dienstgeber	25
2.2. Bedienstetengruppen	29
2.3. Beamte	30
2.4. Vertragsangestellte und Vertragsarbeiter	31
2.5. Aushilfs- und Saisonbedienstete	32
2.6. Kollektivvertragsbedienstete	33
2.7. Lehrlinge, Schüler und Praktikanten	33
2.8. Politische Funktionäre und Funktionärspensionen	34
2.9. Gemeindepensionen	34
2.10. Pragmatische Landeslehrer	34
2.11. Vertragliche Landeslehrer	35
2.12. Landeslehrerpensionen	35
3. Anzuwendende Entgeltfortzahlungsnormen	35
3.1. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch	35
3.2. Angestelltengesetz	36
3.3. Entgeltfortzahlungsgesetz	38
3.4. Besoldungsordnung 1994	40
3.5. Vertragsbedienstetenordnung 1995	41
3.6. Dienstvorschrift für Lehrlinge 1996	42
3.6.1. Bestimmungen der Dienstvorschrift	43
3.6.2. Anwendung der Vertragsbedienstetenordnung 1995	43
3.6.3. Anwendung des Berufsausbildungsgesetzes	44
3.6.4. Anwendung des Entgeltfortzahlungsgesetzes	44
3.6.5. Anwendung der Wiener Landarbeitsordnung 1990	45

3.6.6. Die Problematik des Günstigkeitsprinzips	46
3.7. Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete 1997	49
3.7.1. Bestimmungen der Dienstvorschrift	49
3.7.2. Anwendung der Vertragsbedienstetenordnung 1995	49
3.8. Vertragsbedienstetengesetz 1948	50
3.8.1. Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes 1948	50
3.8.2. Einfluss des Entgeltfortzahlungsgesetzes	51
3.9. Gehaltsgesetz 1956	53
3.10. Hausbesorgergesetz	54
3.10.1. Anwendung des Hausbesorgergesetzes	54
3.10.2. Anwendung des Entgeltfortzahlungsgesetzes	55
3.11. Gesundheits- und Krankenpflegegesetz	55
3.12. Kollektivvertrag für Gutsangestellte	56
3.12.1. Bestimmungen des Kollektivvertrages	56
3.12.2. Anwendung des Gutsangestelltengesetzes	56
3.12.3. Anwendung der Wiener Landarbeitsordnung 1990	57
3.13. Kollektivvertrag für Landarbeiter	57
3.13.1. Bestimmungen des Kollektivvertrages	57
3.13.2. Anwendung der Wiener Landarbeitsordnung 1990	58
3.14. Kollektivvertrag für Forstarbeiter	58
3.14.1. Bestimmungen des Kollektivvertrages	58
3.14.2. Anwendung der Wiener Landarbeitsordnung 1990	59
3.15. Kollektivvertrag für Lehrer der Musiklehranstalten	59
3.15.1. Anwendung des Kollektivvertrages	59
3.15.2. Anwendung der Vertragsbedienstetenordnung 1995	60
3.15.3. Anwendung des Angestelltengesetzes	60
3.16. Kollektivvertrag für pharmazeutische Fachkräfte	60
3.16.1. Bestimmungen des Kollektivvertrages	60
3.16.2. Bestimmungen des Gehaltsskassengesetzes 2002	61
3.16.3. Anwendung des Angestelltengesetzes	61

III. Sachprobleme

1. Entgeltfortzahlungsfristen	62
1.1. Anspruchsfristen für volles und vermindertes Krankentgelt	62
1.1.1. Angleichung der Arbeiter an Angestellte	62
1.1.2. Regelungen für Angestellte	64
1.1.3. Regelungen für Arbeiter	66
1.1.4. Zuschussregelungen	67
1.1.5. Dienstunfall bei Lehrlingen	67
1.1.6. Nachträgliche Anerkennung als Dienstunfall	68
1.1.7. Fristenzählung	68

1.2. Koppelungs- oder Halbjahresfrist und Arbeitsjahr	69
1.2.1. Halbjahreskoppelungsfrist	69
1.2.2. Koppelung innerhalb des Arbeits- bzw Lehrjahres	70
1.3. Anspruchswechsel oder Etappensprung	72
1.4. Krankenstand und Dienstunfall	73
1.4.1. Allgemeine Regelungen zum Dienstunfall	73
1.4.2. Koppelung von Dienstunfällen	75
1.4.3. Nachträgliche Feststellung eines Arbeitsunfalles	75
1.5. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit	76
1.6. Arbeitsjahr- bzw Lehrjahrwechsel	78
1.7. Lehrzeit und Behaltefrist, Ständigmachung, Pragmatisierung sowie Entpragmatisierung	82
1.7.1. Problemstellung	82
1.7.2. Lehrzeit und Behaltefrist	82
1.7.3. Ständigmachung	83
1.7.4. Pragmatisierung	83
1.7.5. Entpragmatisierung	84
1.8. Vordienstzeitenanrechnung auf Entgeltfortzahlungstichtag	84
1.8.1. Problemstellung	84
1.8.2. Reichweite der Anrechnungsnormen	85
1.8.3. Karenzierungsvereinbarung und Wiedereintrittsabrede	86
1.8.4. Grundrecht auf Freizügigkeit der Arbeitskräfte	87
1.8.5. Kettendienstverträge	87
1.9. Senioritätsprinzip und Geschlechtergleichbehandlung	88
1.9.1. Senioritätsprinzip	88
1.9.2. Karenzurlaube und unentschuldigtes Fernbleiben vom Dienst	89
1.9.3. Präsenz- und Zivildienst	90
1.9.4. Geschlechtergleichbehandlung	90
1.10. Einschränkungen bei Teilzeitbeschäftigten	91
1.11. Günstigkeitsvergleich, lex contractus und zwingendes Recht	92
1.12. Kürzung bei Beamten	93
1.13. Anrechnung bei zweitem Dienstverhältnis	94
1.14. Arbeitszeitmodelle	95
2. Fortzuzahlendes Entgelt und Zuschuss	96
2.1. Entgeltbegriff, regelmäßiges Entgelt und Durchschnittsberechnung	96
2.1.1. Entgeltbegriff	96
2.1.2. Regelmäßiges Entgelt	99
2.1.3. Beurteilung der Regelmäßigkeit	100
2.1.4. Irrelevanz der Regelmäßigkeit	102
2.1.5. Durchschnittsberechnung	103
2.1.6. Rein mathematischer Durchschnitt	104

2.2. Entgeltausfall- und Bezugsprinzip sowie wesentliche Änderung im Arbeitsanfall	106
2.2.1. Allgemeines	106
2.2.2. Das Entgeltausfallprinzip und wesentliche Änderungen im Arbeitsanfall	106
2.2.3. Das Bezugsprinzip	108
2.2.4. Das Fortzahlungsprinzip bei klassischen Gemeindebediensteten und Landeslehrer	109
2.2.5. Der Einfluss von Valorisierungen, Vorrückungen uä auf die Entgeltfortzahlungsprinzipien	112
2.3. Entgelt und Monatsbezug, Zulagen, Nebengebühren, Sachbezüge uä	114
2.3.1. Allgemeines	114
2.3.2. Begriffe aus BO 1994 und VBO 1995	116
2.3.3. Begriffe aus dem GehG	116
2.3.4. Begriffe aus dem VBG	117
2.3.5. Sachbezüge	118
2.4. Arbeitszeitmodelle und Entgeltfälligkeit	119
2.4.1. Arbeitszeitmodelle	119
2.4.2. Fälligkeit des Entgelts	120
2.5. Zuschussregelungen	121
2.5.1. Allgemeines	121
2.5.2. Der Zuschuss in der VBO 1995	122
2.5.3. Das Teilentgelt im BAG	125
2.5.4. Der Zuschuss im Kollektivvertrag für Lehrer der Musiklehranstalten	125
2.6. Spezielle Fortzahlungsprobleme bei einzelnen Entgeltbestandteilen	126
2.6.1. Verbot von Anwesenheitsprämien	126
2.6.2. Aufwandsentschädigungen und Wegzeitvergütungen	128
2.6.3. Überstunden, Mehrstunden und Zeitausgleich	132
2.6.4. Schmutzzulagen	133
2.6.5. Provisionen und Gewinnbeteiligungen	134
2.6.6. Turnusärzte	135
2.6.7. Weitere noch nicht erörterte Probleme im Zusammenhang mit dem Nebengebührenkatalog	137
3. Krankenstand und Urlaub	140
3.1. Konkurrenz in der Entgeltfortzahlung	140
3.2. Urlaubsvereinbarung und Urlaubsantritt	141
3.3. Urlaubsaliquotierung im Krankenstand	142
3.4. Urlaubsentschädigung und –abfindung	144
3.5. Erkrankung im Urlaub und Urlaubsrefundierung	146
3.5.1. Voraussetzungen für eine Urlaubsrefundierung	146
3.5.2. Die Nichtmeldung einer Erkrankung im Urlaub	147
3.5.3. Krankenstand bei Urlaubsantritt	147
3.5.4. Die Unverzüglichkeit der Mitteilungspflicht	148

3.5.5. Grundsatz Krankheit bricht Urlaub	148
3.6. Krankheit in den Schulferien bei Landeslehrern	149
3.6.1. Vergleichbarkeit mit Werkferien	149
3.6.2. Krankheit versus Schulferien bei Landeslehrern	150
4. Das Wesen der Sonderzahlung in der Entgeltfortzahlung	152
4.1. Problemstellung	152
4.2. Entgeltcharakter der Sonderzahlung und Urlaubs- bzw Weihnachtsgeld	153
4.2.1. Die Judikatur des OGH	153
4.2.2. Die Judikatur des VwGH	155
4.2.3. Die verschiedenen Meinungen in der Lehre	157
4.2.4. Persönliche Meinung	160
4.2.5. Situation in den für Wiener Gemeindebedienstete geltenden Rechtsvorschriften	161
5. Krankenstand und andere Abwesenheiten außer Urlaub	164
5.1. Krankenstand und Feiertag	164
5.1.1. Der Vorrang des ARG	164
5.1.2. Analoge Anspruchsgrundlage nach <i>Dobesberger/Eibensteiner</i>	165
5.1.3. Die Subsidiarität der Feiertagsentgeltregeln	166
5.1.4. Die überzeugende Meinung von <i>Schrank</i>	166
5.2. Krankenstand und Karenz	167
5.3. Krankenstand und Ersatzruhe	167
5.4. Krankenstand und Zeitausgleich bzw Einarbeitstage	168
5.4.1. Problemstellung	168
5.4.2. Krankenstand versus Zeitausgleich	168
5.4.3. Krankenstand und Einarbeitstage	170
5.5. Krankenstand und sonstige Verhinderungsgründe	171
6. Meldepflichten und Nachweispflicht	172
6.1. Allgemeines	172
6.2. Meldepflichten und Entfall der Entgeltfortzahlung	173
6.3. Die Nachweispflicht des Arbeitnehmers	175
6.4. Besonderheiten bei Erkrankung im Ausland	177
7. Entgeltfortzahlungsprobleme im Zusammenhang mit dem Ende des Dienstverhältnisses – abgesehen von Urlaubersatzansprüchen	178
7.1. Entgeltfortzahlung über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus	178
7.2. Krankenstand und Abfertigung	180
7.2.1. Problemstellung	180
7.2.2. Einfluss auf die Dienstzeitberechnung für den Abfertigungsanspruch	181

7.3. Krankenstand und Kündigungsentschädigung	182
8. Weitere interessante Problemstellungen im Zusammenhang mit der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung – reduziert auf den Untersuchungsbereich	183
8.1. Entgeltfortzahlung und Krankheitsbegriff	183
8.2. Karenzzeiten ohne Entgeltfortzahlungsanspruch	184
8.3. Entgeltfortzahlung ohne Krankengeldanspruch	185
8.3.1. Problemstellung	185
8.3.2. Entgeltfortzahlung trotz fehlendem (fiktiven) Krankengeldanspruch	186
8.3.3. Entgeltfortzahlung bei noch nicht bestehendem (fiktiven) Krankengeldanspruch	186
8.3.4. Entgeltfortzahlung bei nicht mehr bestehendem (fiktiven) Krankengeldanspruch	187
8.4. Entgeltfortzahlung bei Tagelöhnern und Ferialpraktikanten	187
8.4.1. Tagelöhner	187
8.4.2. Ferialpraktikanten	188
8.5. Hinweis auf sekundär untersuchungsrelevante Problemstellungen	189
8.5.1. Auslandsverwendung	189
8.5.2. Erstattungsbeiträge nach dem EFZG	189

IV. Auswertung und Ausblick

1. Allgemeines	191
2. Die Dienstrechtskompetenz der Gebietskörperschaften vor dem 1. Jänner 1975	192
2.1. Allgemeine Situation	192
2.2. Die Situation im Bereich der Gemeinde Wien	193
2.2.1. Vertragsbedienstete	193
2.2.2. Pragmatisierte Bedienstete	194
3. Das Homogenitätsprinzip mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 1975 bis 31. Dezember 1998	196
3.1. Die neue Rechtssituation im Dienstrecht	196
3.2. Die neue Rechtssituation im Bereich der Gemeinde Wien	196
3.3. Der Inhalt des Homogenitätsprinzips und seine verfassungsrechtliche Bedeutung	197
3.3.1. Das Homogenitätsprinzip oder Homogenitätsgebot	197
3.3.2. Der Gesamtgünstigkeitsvergleich	199
3.3.3. Das Verbot des Gesamtgünstigkeitsvergleiches	200
3.3.4. Die rechtliche Auswirkung des Verstoßes gegen das Homogenitätsprinzip	201

3.4. Dienstwechsel und subjektives Verfassungsrecht	204
3.5. Berufsbeamtentum als Institutionsgarantie, Typenzwang und Funktionsvorbehalt	205
3.5.1. Allgemeines	205
3.5.2. Der Typenzwang	206
3.5.3. Der Funktionsvorbehalt	209
3.6. Der Dienstrechtsbegriff und der Umfang der Dienstvertragsrechtskompetenz	209
3.6.1. Der Dienstrechtsbegriff	209
3.6.2. Der Umfang der Dienstvertragsrechtskompetenz	210
3.7. Wesentliche Abweichungen von Bundesstrukturprinzipien mit und ohne Kompetenzergreifung der Länder	214
3.7.1. Allgemeines zu den Judikaturbeispielen	214
3.7.2. Fälle mit bestehenden Landesgesetzen im Dienstrecht	214
3.7.3. Fälle ohne bestehende Landesgesetze im Dienstrecht (Übergangsregeln)	216
3.7.4. Fall einer späteren Kompetenzergreifung durch das Land	220
3.8. Diensthoheit, Disziplinarsachen und Personalvertretung	221
3.9. Situation im Landeslehrerbereich	223
4. Das Informationsprinzip mit Wirksamkeit ab 1. Jänner 1999	224
4.1. Die Entstehungsgeschichte zum Wegfall des Homogenitätsprinzips und die Auswirkungen des Wegfalls	224
4.2. Das Informationsprinzip und seine Bedeutung	227
4.3. Überkommene Begriffsbilder und Wegfall des Typenzwanges, Dienstrecht und Beschränkung des Dienstvertragsrechtes, Diensthoheit und Personalvertretungsrecht	228
4.3.1. Überkommene Begriffsbilder und Wegfall des Typenzwanges	228
4.3.2. Dienstrecht und Beschränkung des Dienstvertragsrechtes	231
4.3.3. Diensthoheit und Personalvertretungsrecht	233
4.4. Der Dienstwechsel heute und die Bedeutung für Vordienstzeiten	233
4.5. Europäisches Gemeinschaftsrecht iZm Hoheitsverwaltung und Freizügigkeit	235
4.6. Umsetzung der Informationspflicht	236
5. Die Gesamtsituation im Untersuchungsbereich und der Ausblick auf die Zukunft	237
5.1. Resümee und persönliche Bewertung der aktuellen Situation im Allgemeinen	237
5.2. Kritik an den heranzuziehenden Grundlagen für die Entgeltfortzahlung im Krankenstand	238
5.2.1. Die Tätigkeitsbereiche der Staatsdiener	238
5.2.2. Vielfältigkeit der Grundlagen im Wiener Bereich	239

5.2.3. Vielfältigkeit der Grundlagen im Bundesstaat	240
5.3. Kritik an den einzelnen Entgeltfortzahlungsbestimmungen	244
5.4. Vorschläge de lege ferenda	245
5.4.1. Der Traum von einheitlichen Fortzahlungsbestimmungen für Arbeiter und Angestellte nach dem Vorbild des Arbeitsverhältnissesgesetzes (AVHG)	245
5.4.2. Die Suche nach der im Zuge der Pensionsharmonisierung und für Pläne zur Abschaffung der Pragmatisierung so wichtig erscheinenden und in der Europäischen Union notwendigen, aber verloren gegangenen, Homogenität im öffentlichen Dienst	248
5.4.3. Die Vereinfachung der Entgeltfortzahlungsregeln als frommer Wunsch bei Scheitern weitreichenderer Reformen	251

V. Zusammenfassung

1. Allgemeines zur Themenbewältigung	254
2. Grundlagenprobleme	255
2.1. Allgemeines zur Problemanalyse	255
2.2. Erfassung des Personenkreises	255
2.3. Anzuwendende Entgeltfortzahlungsnormen	256
3. Sachprobleme	257
3.1. Anspruchsfristen für volles und vermindertes Krankentgelt	257
3.2. Fortzuzahlendes Entgelt und Zuschuss	258
3.3. Krankenstand und Urlaub	260
3.4. Das Wesen der Sonderzahlung in der Entgeltfortzahlung	260
3.5. Krankenstand und andere Abwesenheiten außer Urlaub	261
3.6. Meldepflichten und Nachweispflicht	261
3.7. Entgeltfortzahlungsprobleme im Zusammenhang mit dem Ende des Dienstverhältnisses	262
3.8. Weitere interessante Problemstellungen im Untersuchungsbereich	262
4. Auswertung und Ausblick	262
4.1. Verfassungsrechtliche Überlegungen, Kritik an der aktuellen Rechts-situation und Vorschläge de lege ferenda	262
4.2. Die Dienstrechtskompetenz der Gebietskörperschaften vor dem 1. Jänner 1975	263
4.3. Das Homogenitätsprinzip mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 1975 bis 31. Dezember 1998	263
4.4. Das Informationsprinzip mit Wirksamkeit ab 1. Jänner 1999	265
4.5. Die Gesamtsituation im Untersuchungsbereich und der Ausblick auf die Zukunft	266
5. Abschließende persönliche Stellungnahme insgesamt	268

Abkürzungsverzeichnis

aA	=	anderer Ansicht
ABGB	=	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch 1811 JGS 946
ABl	=	Amtsblatt der Stadt Wien
abl	=	ablehnend
Abs	=	Absatz
aE	=	am Ende
aF	=	alte Fassung
AG	=	Aktiengesellschaft
Allg	=	Allgemeiner Teil
aM	=	anderer Meinung
AngG	=	Angestelltengesetz
APA	=	Austria Presse Agentur
APSG	=	Arbeitsplatz-Sicherungsgesetz 1991 BGBl 683
ARÄG 2000	=	Arbeitsrechts-Änderungsgesetz 2000 BGBl I 44
Arb	=	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
ArbAbfG	=	Arbeiter-Abfertigungsgesetz BGBl 1979/107
ArbG	=	Arbeitsgericht
ArbVG	=	Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22
ARD	=	Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis; Arbeits-, sozialversicherungs-, lohnabgabenrechtlicher Informationsdienst für Personal- und Lohnbüros, Arbeitgeber und Betriebsräte, Behörden, Körperschaften und freie Berufe
ARG	=	Arbeitsruhegesetz BGBl 1983/144
Art	=	Artikel
ASG	=	Arbeits- und Sozialgericht
ASoK	=	Arbeits- und Sozialrechtspartei
ASRÄG	=	Arbeits- und Sozialrechtsänderungsgesetz
ASVG	=	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz BGBl 1955/189
AÜG	=	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz BGBl 1988/196
AVHG	=	Arbeitsverhältnisgesetz
AVRAG	=	Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz BGBl 1993/459

AVRG	=	Arbeitsvertragsrechtsgesetz
AZ	=	Aktenzeichen
AZG	=	Arbeitszeitgesetz BGBl 1969/461
AZR	=	Abkürzungs- und Zitierregeln der österreichischen Rechtssprache und europarechtlicher Rechts- quellen ⁵ (2001) hrsg von <i>Friedl/Loebenstein</i>
B	=	Belgien
BAG	=	Berufsausbildungsgesetz BGBl 1969/142; auch: Bundesarbeitsgericht
BDG	=	Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 BGBl 333
BGBI	=	Bundesgesetzblatt
Bgld	=	Burgenland
Bgm	=	Bürgermeister
BlgNR	=	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BLVG	=	Bundeslehrer-Lehrverpflichtungsgesetz BGBl 1965/244
BMAS	=	Bundesminister(ium) für Arbeit und Soziales
BMBWK	=	Bundesminister(ium) für Bildung, Wissenschaft und Kultur
BMF	=	Bundesminister(ium) für Finanzen
BMG	=	Bundesministeriengesetz 1986 BGBl 76 (Wv); auch: Beteiligungsmanagement GmbH
BMöLS	=	Bundesminister(ium) für öffentliche Leistung und Sport
BMUK	=	Bundesminister(ium) für Unterricht und Kunst
BMUKS	=	Bundesminister(ium) für Unterricht, Kunst und Sport
BMVG	=	Betriebliches Mitarbeitervorsorgegesetz BGBl I 2002/100
BO 1994	=	Besoldungsordnung 1994 LGBl f Wien 55 (Wv)
BPGG	=	Bundespflegegeldgesetz BGBl 1993/110
B-VG	=	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1 (Wv)
B-VGN	=	Bundes-Verfassungsgesetz-Novelle
bzw	=	beziehungsweise
ders	=	derselbe
DG-Info	=	Dienstgeberinformation
dgl	=	dergleichen

dh	=	das heißt
dies	=	dieselbe
DO 1994	=	Dienstordnung 1994 LGBl f Wien 56 (Wv)
DPL 1972	=	Dienstpragmatik der Landesbeamten 1972 LGBl f NÖ 93
Dr.	=	Doktor
Dr. iur.	=	Doctor iuris
DRdA	=	Das Recht der Arbeit
EB	=	Erläuternde Bemerkungen
ecolex	=	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EDV	=	Elektronische Datenverarbeitung
EFZ	=	Entgeltfortzahlung
EFZG	=	Entgeltfortzahlungsgesetz BGBl 1974/399
EG	=	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (idF des Vertrages von Amsterdam); auch: Europäische Gemeinschaft(en)
EGV	=	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften (idF des Vertrages von Maastricht)
E-Mail	=	Electronic Mail
EMRK	=	Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210
Erk	=	Erkenntnis
ESG	=	Entgeltsicherungsgesetz
EStG 1972	=	Einkommensteuergesetz 1972 BGBl 440
EStG 1988	=	Einkommensteuergesetz 1988 BGBl 400
etc	=	et cetera
EU	=	Europäische Union
EuGH	=	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
ev	=	eventuell
EvBl	=	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen
EVÜ	=	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht BGBl III 1998/166
EWG	=	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	=	Europäischer Wirtschaftsraum
f	=	und der, die folgend(e); auch: für

ff	=	und der, die folgenden
FN	=	Fußnote
FRG	=	Feiertagsruhegesetz 1957 BGBl 153
GAG 2005	=	Gemeindeangestelltengesetz 2005 LGBl f VIbg 19
GBDO	=	Gemeindebeamtendienstordnung 1976 LGBl f NÖ 111
GBGO	=	Gemeindebeamtenehaltsordnung 1976 LGBl f NÖ 113
GehG	=	Gehaltsgesetz 1956 BGBl 54
gem	=	gemäß
GEM	=	Geschäftseinteilung für den Magistrat der Stadt Wien
Gem-VBG	=	Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 2001 LGBl f Sbg 2002/17
GIF	=	Geschäftsgruppe Integration, Frauenfragen, KonsumentInnenenschutz und Personal
GKK	=	Gebietskrankenkasse(n)
GmbH	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbH & Co KG	=	Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Compagnie Kommanditgesellschaft
GP	=	Gesetzgebungsperiode
grds	=	grundsätzlich
GuKG	=	Gesundheits- und Krankenpflegegesetz BGBl I 1997/108
GutsangG	=	Gutsangestelltengesetz BGBl 1923/538
GVBG	=	Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 1976 LGBl f NÖ 112
G-VBG	=	Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz LGBl f Tir 2001/68
GZ	=	Geschäftszahl
HbG	=	Hausbesorgergesetz BGBl 1979/16
HdB	=	Handbuch
HebG	=	Hebammengesetz BGBl 1994/310
hL	=	herrschende(-r) Lehre
hM	=	herrschende(-r) Meinung
hpts	=	hauptsächlich
hrsg	=	herausgegeben

http	=	Hyper-Text Transfer – Protocol (Internet)
HVSVT	=	Hauptverband der Sozialversicherungsträger
IA	=	Initiativantrag
idF	=	in der Fassung
idgF	=	in der geltenden Fassung
idjgF	=	in der jeweils geltenden Fassung
IndRME	=	Index der Rechtsmittelentscheidungen und des Schrifttums
infas	=	Informationen aus dem Arbeits- und Sozialrecht
Info	=	Information
insb	=	insbesondere
IPRG	=	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht BGBl 1978/304
iS	=	im Sinn
iSd	=	im Sinn des, – der
I-VBG	=	Innsbrucker Vertragsbedienstetengesetz LGBl f Tir 2003/35
iVm	=	in Verbindung mit
iwS	=	im weiteren Sinn
iZm	=	im Zusammenhang mit
JBl	=	Juristische Blätter
JGS	=	Justizgesetzsammlung
JRP	=	Journal für Rechtspolitik
JUS extra	=	Aktuelle Information über Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur
KAPOVAZ	=	kapazitätsorientierte variable Arbeitszeit
KAV	=	Wiener Krankenanstaltenverbund
K-DRG 1994	=	Dienstrechtsgesetz 1994 LGBl f Krnt 71
K-GBG	=	Gemeindebedienstetengesetz 1992 LGBl f Krnt 56
K-GVBG	=	Gemeindevertragsbedienstetengesetz LGBl f Krnt 95
K-LVBG 1994	=	Landesvertragsbedienstetengesetz 1994 LGBl f Krnt 73
KMOG	=	Kapitalmarktöffensive-Gesetz BGBl I 2001/2
K-StBG 1993	=	Stadtbeamtengesetz 1993 LGBl f Krnt 115
KoIV	=	Kollektivvertrag

krit	=	kritisch
Krnt	=	Kärnten
LAG	=	Landesarbeitsgericht
L-BG	=	Landesbeamtengesetz 1987 LGBl f Sbg 1
LDG 1962	=	Landeslehrer-Dienstgesetz BGBl 1962/245
LDG 1984	=	Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz BGBl 1984/302
LDHG 1978	=	Wiener Landeslehrer und Landeslehrerinnen-Diensthöheitsgesetz 1978 LGBl f Wien 1979/4
leg cit	=	legis citatae
LG	=	Landesgericht
LGBl	=	Landesgesetzblatt
lit	=	litera
lt	=	laut
LVBG	=	Landes-Vertragsbedienstetengesetz LGBl f NÖ 1982/113
L-VBG	=	Landes-Vertragsbedienstetengesetz 2000 LGBl f Sbg 4; auch: Landes-Vertragsbedienstetengesetz LGBl f Tir 2001/2
LVG	=	Landesvertragslehrergesetz 1966 BGBl 172
mA	=	meiner Ansicht
MA	=	Magistratsabteilung
Mag.	=	Magister
MagBG	=	Magistrats-Beamten- und Magistrats- Beamtenengesetz 2002 LGBl f Sbg 2003/42
MD	=	Magistratsdirektion
MD-PWS	=	Magistratsdirektion – Personalstelle Wiener Stadtwerke
MDZ	=	Magistratsdirektion – Zivil- und Strafrecht
mE	=	meines Erachtens
mM	=	meiner Meinung
MSchG	=	Mutterschutzgesetz 1979 BGBl 221 (Wv)
NGZG	=	Nebengebührengesetz BGBl 1971/485
NÖDIS	=	Servicemagazin der NÖ GKK (vormals Dienstgeberinformation)
NÖ	=	Niederösterreich
nö	=	niederösterreichisch, -e, -es

NÖ GKK	=	Nö Gebietskrankenkasse
NÖ SÄG	=	NÖ Spitalsärztegesetz 1992 LGBl f NÖ 126
Nr	=	Nummer
Ob	=	Oberster (Gerichtshof)
ÖGB	=	Österreichischer Gewerkschaftsbund
OGH	=	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	=	Österreichische Juristen-Zeitung
OLG	=	Oberlandesgericht
OÖ	=	Oberösterreich
Oö	=	oberösterreichisch, -es
Oö. GBG 2001	=	Gemeindebedienstetengesetz 2001 LGBl f OÖ 48
Oö. GG	=	Gehaltsgesetz 2001 LGBl f OÖ 28
OÖ GKK	=	Oö Gebietskrankenkasse
Oö. LBG	=	Landesbeamtengesetz 1993 LGBl f OÖ 1994/11
Oö. LVBG	=	Landes-Vertragsbedienstetengesetz LGBl f OÖ 1994/10
Oö. StGBG 2002	=	Statutargemeinden-Beamtengesetz 2002 LGBl f OÖ 50
ÖPWZ	=	Österreichisches Produktivitäts- und Wirtschaftlichkeitszentrum (Publikationen)
öS	=	österreichische Schillinge
o. Univ.-Prof.	=	ordentlicher Universitätsprofessor
PG 1965	=	Pensionsgesetz 1965 BGBl 340
PO 1995	=	Pensionsordnung 1995 LGBl f Wien 67 (Wv)
PrZ	=	Protokollzahl
RdM	=	Recht der Medizin
RdW	=	Österreichisches Recht der Wirtschaft
REDOK	=	Rechtsdokumentation (Datenbank)
RGBl	=	Reichsgesetzblatt
RL	=	Richtlinie der EU
RV	=	Regierungsvorlage
RVZG 1995	=	Ruhe- und Versorgungsgenusszulagegesetz 1995 LGBl f Wien 72 (Wv)
RWZ	=	Österreichische Zeitschrift für Recht und Rechnungswesen

RZ	=	Österreichische Richterzeitung
Rz	=	Randziffer
S	=	Seite
Sbg	=	Salzburg(er)
SchG	=	Schiedsgericht
Slg	=	Sammlung
SMS	=	Short Message Service
SozSi	=	Soziale Sicherheit, Fachzeitschrift der österreichischen Sozialversicherung
SRÄG 1995	=	Sozialrechts-Änderungsgesetz 1995 BGBl 832
SSV	=	Entscheidungen des Oberlandesgerichtes Wien im Leistungsstreitverfahren zweiter Instanz der Sozialversicherung
SSV-NF	=	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Sozialrechtssachen – Neue Folge
StGBI	=	Staatsgesetzblatt für die Republik Österreich
StGG	=	Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger RGBI 1867/142
Stmk	=	Steiermark
stmk	=	steiermärkisch, -es
Stmk. L-DBR	=	Gesetz über das Dienst- und Besoldungsrecht der Bediensteten des Landes Steiermark LGBl f Stmk 2003/29
StRsp	=	ständige Rechtsprechung
SVSlg	=	Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen
SWK	=	Österreichische Steuer- und Wirtschaftskartei
Tel.	=	Telefon
Tir	=	Tirol(er)
tw	=	teilweise
u	=	und
ua	=	und andere, -s; auch: unter anderem
uä	=	und ähnliche(s)
uam	=	und andere mehr
UFG 1967	=	Unfallfürsorgegesetz 1967 LGBl f Wien 1969/8
Univ.-Prof.	=	Universitätsprofessor
UrlG	=	Urlaubsgesetz BGBl 1976/390
usw	=	und so weiter

uU	=	unter Umständen
uva	=	und vieles andere
uvm	=	und viele mehr
UVS-DRG	=	Wiener Verwaltungssenat-Dienstrechtsgesetz 1995 LGBI f Wien 35 (Wv)
V	=	Verordnung
v	=	vom, von
va	=	vor allem
VBG	=	Vertragsbedienstetengesetz 1948 BGBl 86
VBO 1979	=	Vertragsbedienstetenordnung 1979 LGBI f Wien 20
VBO 1995	=	Vertragsbedienstetenordnung 1995 LGBI f Wien 50 (Wv)
VfGH	=	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	=	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	=	vergleiche
VKG	=	Väter-Karenzgesetz BGBl 1989/651
Vlbg	=	Vorarlberg(er)
VO	=	EG-Verordnung
VwGH	=	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	=	Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	=	Wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
W-MVG	=	Wiener MitarbeiterInnenvorsorgegesetz LGBI f Wien 2004/45
Wr	=	Wiener
Wr. LAO 1990	=	Wiener Landarbeitsordnung 1990 LGBI f Wien 33
WStV	=	Wiener Stadtverfassung LGBI f Wien 1968/28 (Wv)
Wv	=	Wiederverlautbarung
WW	=	Wiener Wohnen
Z	=	Ziffer
ZAS	=	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
ZASB	=	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht, Judikaturbeilage
zB	=	zum Beispiel
ZER	=	Euro-Info, Zeitschrift für EuropaRecht

ZfRV	=	Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht
ZfV	=	Zeitschrift für Verwaltung
ZfVB	=	Die administrativrechtlichen Entscheidungen des VwGH und die verwaltungsrechtlich relevanten Entscheidungen des VfGH in lückenloser Folge (Beilage zur ZfV)
ZIK	=	Zeitschrift für Insolvenzrecht und Kreditschutz
ZI	=	Zahl
ZRS	=	Zivilrechtssachen
zust	=	zustimmend
ZVR	=	Zeitschrift für Verkehrsrecht

I. Einleitung

Diese Dissertation verfolgt das Ziel, die rechtliche Situation im Bereich der Entgeltfortzahlung zu beleuchten, wobei sich die Untersuchung auf den Personenkreis der Wiener Gemeindebediensteten konzentriert und auf die krankheitsbedingte Abwesenheit vom Dienst beschränkt ist. Die Einbeziehung externer Arbeitnehmergruppen und die inhaltliche Behandlung von Abwesenheiten wie Dienstunfall oder Kuraufenthalt im Rahmen dieser Untersuchung würde den Umfang der Arbeit bei weitem sprengen. Diese Bereiche können und sollen nur im gegebenen Sachzusammenhang mit der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung Berücksichtigung finden. Allerdings ist es sinnvoll und zielführend, von der allgemeinen Rechtslage, Judikatur und Literatur zur Entgeltfortzahlung auszugehen, um dann in weiterer Folge die Situation in Wien darzustellen. Schlussendlich ist es wertvoll, grundlegende Vergleiche mit anderen Bundesländern anzustellen, um die Eingliederung der Wiener Regelungen ins Gesamtgefüge dienst- und besoldungsrechtlicher Lösungen der Länder im Hinblick auf ein mögliches verfassungsrechtliches Homogenitätsgebot beurteilen zu können.

Der Autor vertritt vehement eine rechtspositivistische Haltung, zumal der nicht akademisch gebildete Rechtsunterworfenen, der mit der Materie Entgeltfortzahlung auch beruflich nicht befasst ist, prima vista als Betroffener als höchstes der Gefühle nur den Normtext für die Beurteilung seiner Rechte und Pflichten zur Verfügung hat und die Rechtsvorschriften standardmäßig auch für den einfachen Menschen zumindest in den Grundzügen sprachlich verständlich sein sollten.

Die Arbeit soll ein umfassendes Bild zum Thema bezogen auf die verschiedenen Personengruppen des Dienstgebers „Stadt Wien“ als Gemeinde, Stadt mit eigenem Statut und Bundesland abgeben. Besonderes Augenmerk soll auch auf die Stellung der zahlreichen Nebengebühren in der Entgeltfortzahlung gelegt werden.

Die in dieser Arbeit verwendeten personenbezogenen Bezeichnungen umfassen Frauen und Männer stets gleichermaßen, soweit nicht ausdrücklich anderes angegeben ist.

II. Grundlagenprobleme

1. Allgemeines zur Problemanalyse

Bevor man sich den vielschichtigen Sachproblemen im Zusammenhang mit der Entgeltfortzahlung im Krankenstand widmen kann, ist es zwingend notwendig und unumgänglich, zuvor zwei wichtige Schritte zu setzen. In einem ersten Schritt ist der in dieser Arbeit zu behandelnde Personenkreis eindeutig festzulegen und – wie man unten sehen wird – ist das eine nicht zu unterschätzende Aufgabenstellung. In einem weiteren Schritt sind dann die auf diesen Personenkreis anzuwendenden, weit verstreuten, Entgeltfortzahlungsnormen zu ermitteln und ihr – in manchen Bereichen unklarer – Anwendungsbereich abzustecken bzw überhaupt ihre formale Anwendbarkeit im Gesamtkontext zu untersuchen. Sind Personenkreis und Anwendungsnormen einmal präzisiert, können die Sachprobleme der Entgeltfortzahlung abgehoben von den einzelnen speziellen Gesetzesbezügen – natürlich unter Beachtung der unterschiedlichen und vielfach umstrittenen Regelungsinhalte – gegliedert nach verschiedenen Schwerpunkten eingehend analysiert werden.

2. Erfassung des Personenkreises

2.1. Stadt Wien als Dienstgeber

Nach Art 2 Abs 2 B-VG ist Wien ein selbständiges Bundesland, in dem nach Art 108 leg cit ua der Gemeinderat auch die Funktion des Landtages, der Stadtsenat auch die Funktion der Landesregierung, der Bürgermeister auch die Funktion des Landeshauptmannes und der Magistrat auch die Funktion des Amtes der Landesregierung ausübt. Die Bestimmungen über die Gemeinden (Abschnitt C des Vierten Hauptstückes des B-VG) sind gemäß Art 112 leg cit mit wenigen Einschränkungen auch auf die Bundeshauptstadt Wien anzuwenden. Das Gemeinderecht ist nach Art 115 leg cit gemäß den Grundsätzen des B-VG durch die Landesgesetzgebung zu regeln.

Nach Art 118 Abs 3 Z 2 leg cit obliegt der Gemeinde im eigenen Wirkungsbereich ua auch die Bestellung der Gemeindebediensteten und die Ausübung der Diensthoheit. Die kompetenzrechtliche Grundlage für das Dienst- und Dienstvertragsrecht der

Bediensteten der Länder und Gemeinden ist der Art 21 Abs 1 leg cit, welcher die Länder in der Materie fast uneingeschränkt zur Gesetzgebung und Vollziehung beruft.

Wien ist gemäß Art 116 Abs 3 leg cit iVm § 1 WStV eine Stadt mit eigenem Statut und hat daher neben der Gemeinde- auch die Bezirksverwaltung zu besorgen. Die Bestellung der Gemeindebediensteten und Ausübung der Diensthoheit ist in § 76 Z 2 WStV normiert. Die Aufnahme in den Gemeindedienst erfolgt nach § 69 leg cit durch den Bürgermeister, sofern nicht eine Übertragung auf eine Dienststelle des Magistrats erfolgt. Das gilt grds auch für Unternehmungen nach § 71 Abs 1 leg cit, welche selbständige Wirtschaftskörper ohne eigene Rechtspersönlichkeit sind. Die Zuweisung des Personals obliegt nach § 91 Abs 4 letzter Satz leg cit ebenfalls dem Bürgermeister, soweit er diese Angelegenheit nicht auf eine Dienststelle überträgt.

Mit EntschlieÙung des Bürgermeisters vom 26.9.1996 idF ABI 2003/29 wurde die Aufnahme in den Gemeindedienst nach §§ 1 bis 5 leg cit im jeweiligen Umfang auf verschiedene Dienststellen des Magistrats übertragen. Der Grundsatz ist dabei, dass die Aufnahme von Beamten und Vertragsbediensteten mit abgeschlossener Hochschulbildung der Magistratsdirektion¹ obliegt. Das Gros der Aufnahmen wird allerdings der MA 2² zugewiesen, nur Aushilfs- und Saisonbedienstete im Sinne der Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete fallen diesbezüglich in die besondere Kompetenz der jeweiligen Dienststelle der Dienstausbübung.³ Weiters werden als Kollektivvertragsbedienstete die Lehrer der Musiklehranstalten grds der

¹ In der Geschäftseinteilung für den Magistrat der Stadt Wien (GEM) ABI 2006/16A, erlassen durch den Bürgermeister gemäß § 91 Abs 4 WStV, S 7 ff idgF sind ua die Geschäfte des Magistratsdirektors geregelt. Die Aufgabenbereiche der Magistratsdirektion werden durch den Magistratsdirektor in Erlassform (zB MD-833-1/04 vom 29.4.2004) festgelegt.

² Nach der GEM Magistratsabteilung 2 – Personalservice in der Geschäftsgruppe Integration, Frauenfragen, Konsumentenschutz und Personal.

³ Nach § 3 der EntschlieÙung des Bgm sind derzeit die MA 7, 13, 20, 34, 41, 42, 43, 44, 48, 49, 51, 54, 56, 60, 70 sowie der KAV und die magistratischen Bezirksämter betroffen.

MA 13⁴ zugeordnet, als weitere Kollektivvertragsbedienstete die Angestellten des Landwirtschaftsbetriebes der Stadt Wien, die Landarbeiter sowie die Forstarbeiter der Gemeinde Wien der MA 49⁵. Die Personalzuweisung wird in ähnlicher Weise funktional im § 8 leg cit geregelt.

Die Unternehmungen der Stadt Wien werden in eigenen Statuten gemäß § 71 WStV geregelt, in denen auch die Wahrnehmung der Personalangelegenheiten normiert wird. Das Statut für die Unternehmung „Wiener Stadtwerke“ ABI 1966/15⁶, regelt Personalangelegenheiten in § 4 leg cit. Das Statut für die Unternehmung „Wiener Krankenanstaltenverbund“ ABI 2000/52 regelt solches in § 2 Abs 3, wobei auch Apotheker und Aspiranten nach dem Kollektivvertrag für pharmazeutische Fachkräfte in den jeweiligen Anstaltsapotheken beschäftigt werden. Das Statut für die Unternehmung „Stadt Wien – Wiener Wohnen“ ABI 1999/20 regelt Personalangelegenheiten ebenfalls in § 2 Abs 3.

Die Kompetenzgrundlage für das Dienstrecht der Lehrer an öffentlichen Pflichtschulen ist der Art 14 B-VG, der in seinem Abs 2 den Bund zur Gesetzgebung und die Länder zur Vollziehung beruft. Landessache ist nach Abs 4 lit a leg cit die Gesetzgebung und Vollziehung in Angelegenheiten der Behördenzuständigkeit zur Ausübung der Diensthoheit über die Lehrer auf Grund der nach Abs 2 leg cit ergehenden Gesetze. In § 1 LDG 1984 wird demgemäß vom Anwendungsbereich der in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu den Ländern stehenden Lehrern (Landeslehrern) gesprochen und bezüglich der Ausübung der Diensthoheit in § 2 leg cit auf zu erlassende Landesgesetze verwiesen. Analog dazu erlaubt § 1 LVG die Anstellung von Landesvertragslehrern im Rahmen der Stellenpläne.

Darauf stützend wird die Ausübung der Diensthoheit über die Wiener Landeslehrer in § 1 LDHG 1978 LGBl f Wien 1979/4 der Landesregierung vorbehalten, allerdings

⁴ Nach der GEM Magistratsabteilung 13 – Bildung und außerschulische Jugendbetreuung in der Geschäftsgruppe Bildung, Jugend, Soziales, Information und Sport.

⁵ Nach der GEM Magistratsabteilung 49 – Forstamt und Landwirtschaftsbetrieb der Stadt Wien in der Geschäftsgruppe Umwelt.

⁶ Das Statut galt nur bis zur Betriebsaufnahme der einzelnen rechtlich selbständigen Kapitalgesellschaften, welche durch V frühestens ab 1.1.1999 geschah (siehe auch FN 8).

generalklauselartig die Durchführung von nicht anderen Behörden – eben der Landesregierung – vorbehaltenen Maßnahmen zur Ausübung der Diensthoheit dem Stadtschulrat für Wien übertragen.

Aktivbezüge und Pensionen der politischen Funktionäre der Stadt Wien werden im Wiener Bezügegesetz 1997 LGBl f Wien 1997/42 bzw im Wiener Bezügegesetz 1995 LGBl f Wien 1995/71 geregelt. Die Übernahme einer politischen Funktion begründet allerdings kein Dienstverhältnis, da die typischen Merkmale eines Arbeitnehmers fehlen. Daran ändert auch die Fiktion des § 25 Abs 1 Z 4 EStG 1988⁷ nichts, dass Einkünfte aus nichtselbständiger Tätigkeit vorliegen.

Somit ist es notwendig, die Gemeinde Wien als Dienstgeber der Bediensteten der Stadt Wien, vertreten durch den Bürgermeister, – ungeachtet der funktionalen Aufteilung der Personalangelegenheiten im Magistratsbereich – zu betrachten. Soweit es sich um Wiener Landeslehrer handelt, ist aber das Land Wien, vertreten durch die Landesregierung, als Dienstgeber anzusehen.

Die Gemeinde Wien ist in Einzelbereichen auch bezugsverrechnende und auszahlende Stelle für externe Dienstgeber. So werden kirchlich (religionsgesellschaftlich) bestellte Religionslehrer gemäß § 3 Abs 1 lit b Religionsunterrichtsgesetz BGBl 1949/190 durch die MA 2 besoldet. Für den Bereich der Privatschullehrer gemäß § 19 Abs 3 Privatschulgesetz BGBl 1962/244 wurde die Zuständigkeit zur Auszahlung der Bezüge nur bis 31. August 2003 wahrgenommen. Diese beiden Berufsgruppen sind folglich nicht Gegenstand dieser Untersuchung. Wohl aber sind diejenigen Berufsgruppen einzubeziehen, die aufgrund von Zuweisungsgesetzen an ausgegliederte, selbständige Rechtsträger zur Dienstleistung zugewiesen werden, da in diesen Fällen der Dienstgeber Gemeinde Wien erhalten bleibt. Zuweisungsgesetze bestehen derzeit für die Wiener Stadtwerke⁸, die Wiener Museen⁹, dem Fonds Soziales Wien¹⁰ und der Konservatorium Wien GmbH¹¹.

⁷ *Sailer/Bernold/Mertens*, Die Lohnsteuer in Frage und Antwort (2006) S 615, Rz 999.

⁸ Wiener Stadtwerke – Zuweisungsgesetz LGBl f Wien 1999/17. Die Betriebsaufnahme der einzelnen Gesellschaften des Konzerns, derzeit WIEN ENERGIE GmbH, WIENGAS GmbH, WIENER LINIEN GmbH & Co KG, BESTATTUNG WIEN GmbH, BMG Beteiligungsmanagement GmbH und WIENER STADTWERKE Holding AG geschah durch V, frühestens ab 1.1.1999.

2.2. Bedienstetengruppen

Nachstehende Tabelle gibt zur Transparenz eine Aufstellung der Bediensteten der Stadt Wien nach Bedienstetengruppen wieder und soll die Vielzahl der potenziell anzuwendenden Normen betreffend Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall iZm der Quantität der Bediensteten vor Augen führen. Die Tabelle stellt eine Übersicht der einzelnen Verrechnungsstellen dar. Die Anzahl der Bediensteten wurde anhand verfügbarer Daten erhoben, jeweils kaufmännisch gerundet und hat nahezu aktuelle Aussagekraft.

Bedienstetengruppen	MA 2	MD-PWS	WW	MA 49
Beamte	28.200	8.100	-	-
Vertragsangestellte	22.500	3.600	-	-
Vertragsarbeiter	13.800	700	2.700	-
Aushilfs- und Saisonbedienstete ¹²	500	-	-	-
Kollektivvertragsbedienstete ¹³	200	-	-	200
Lehrlinge und Schüler	3.400	-	-	-
Politische Funktionäre	1.100	-	-	-
Funktionärspensionen	300	-	-	-
Gemeindepensionen	20.200	12.400	-	-
Pragmatische Landeslehrer	7.900	-	-	-

⁹ Wiener Museen – Zuweisungsgesetz LGBl f Wien 2001/99, wissenschaftliche Anstalt öffentlichen Rechts seit 1. Jänner 2002.

¹⁰ Fonds Soziales Wien – Zuweisungsgesetz LGBl f Wien 2004/19, öffentlich-rechtlicher Fonds seit 1. Juli 2004.

¹¹ Konservatorium Wien GmbH – Zuweisungsgesetz LGBl f Wien 2004/29, GmbH seit 1. September 2004.

¹² Die Anzahl der Aushilfs- und Saisonbediensteten schwankt im Kalenderjahr enorm, daher muss hier ein Näherungswert pro Monat nach dem Jahresschnitt als repräsentativ angesehen werden.

¹³ Kollektivverträge umfassen auch dort geregelte Saisonarbeiter und Lehrlinge, dh diese werden unter dem Begriff Kollektivvertragsbedienstete gezählt.

Vertragliche Landeslehrer	3.600	-	-	-
Landeslehrerpensionen	5.200	-	-	-
Summe der Bediensteten	106.900	24.800	3.000	200

Anmerkung zu den Verrechnungsstellen:

Ungeachtet der Verteilung der Bediensteten der Stadt Wien auf Dienststellen des Magistrats und auf Unternehmungen, ist die Bezugsverrechnung und –auszahlung im Sinne der GEM bzw der Statute der Unternehmungen bestimmten Stellen zugewiesen. Der Löwenanteil der Bediensteten wird in der MA 2 verrechnet. Die Magistratsdirektion – Personalstelle Wiener Stadtwerke (MD-PWS) ist eine eigene Verrechnungsstelle für die zugewiesenen Aktiven sowie für Pensionisten der früheren Unternehmung Wiener Stadtwerke. Die MA 49 verrechnet intern die Kollektivvertragsbediensteten des Landwirtschafts- und Forstbetriebes sowie fallweise beschäftigte Tages- und Stundenaushelfer¹⁴. Auch die MA 7 – Kultur, die MA 44 – Bäder, die MA 48 – Abfallwirtschaft, Straßenreinigung und Fuhrpark und die MA 54 – Zentraler Einkauf verrechnen selbständig Tages- und Stundenaushelfer. Aufgrund der extrem kurzen Beschäftigungsdauer, der verhältnismäßig geringen Anzahl von Personen und der äußerst schwankenden Aufnahmeperioden werden Tages- und Stundenaushelfer als auch tageweise Angestellte (externe Vortragende) nicht in die Tabelle aufgenommen. Die Unternehmung Wiener Wohnen (WW) hat eine eigene Bezugsverrechnung nur für die Hausbesorger.

2.3. Beamte

Beamte sind gemäß § 1 Abs 2 der DO 1994 – die pragmatischen Landeslehrer werden wörtlich ausgenommen – Personen mit einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Stadt Wien. Eine ausdrückliche Unterstellung unter die DO 1994 ist nach § 2 leg cit Anwendungsvoraussetzung derselben. Die Zuweisung zur Dienstleistung an selbständige ausgegliederte Rechtsträger aufgrund der oben genannten Zuweisungsgesetze ändert nichts an dieser Rechtsstellung. Die

¹⁴ Die Möglichkeit der Beschäftigung von Tages- und Stundenaushelfern wird in § 19 der Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete normiert. Die Bezugsregelung erfolgt darauf basierend in Erlassform (MA 1 – Allgemeine Personalangelegenheiten).

besoldungsrechtlichen Bestimmungen für die Beamten sind nach dessen § 1 in der BO 1994 enthalten. Nach § 3 UVS-DRG¹⁵ werden Mitglieder des Unabhängigen Verwaltungssenates mit Wirksamkeit der Ernennung (durch die Landesregierung), unabhängig von sonst vorgesehenen Anstellungserfordernissen (auch) der DO 1994 unterstellt.

2.4. Vertragsangestellte und Vertragsarbeiter

Vertragsbedienstete sind nach § 1 Abs 1 VBO 1995 Personen mit einem vertraglich begründeten Dienstverhältnis zur Gemeinde Wien und fallen daher dienstrechtlich in den Anwendungsbereich der VBO 1995. Nach § 2 Z 1 bis 8 leg cit sind folgende Personengruppen von der Anwendung der VBO 1995 ausgenommen:

- Hausbesorger, die dem Geltungsbereich des Hausbesorgergesetzes BGBl 1970/16 (HbG) unterliegen. Allerdings ist das HbG nach § 31 Abs 5 leg cit nur auf Dienstverhältnisse (weiterhin) anzuwenden, die vor dem 1. Juli 2000 abgeschlossen wurden. Der Personalbedarf für die Zeit ab 1. Juli 2000 wird teilweise durch Dienstnehmer der neu gegründeten Hausbetreuungs GmbH gedeckt, aber vielfach wird auf Fremdreinigungsfirmen zurückgegriffen. Hausbesorger sind als Vertragsarbeiter in der Tabelle erfasst.
- Apotheker und Aspiranten unterliegen nach dessen § 1 Abs 2 Z 1 dem Gehaltsskassengesetz 2002 BGBl I 2001/154 – für sie gilt auch der Kollektivvertrag für pharmazeutische Fachkräfte – und sind als Kollektivvertragsbedienstete – siehe unter Punkt 2.6. – erfasst.
- Vertragliche Landeslehrer – sie werden unter Punkt 2.11. beschrieben. Lehrer und Erzieher an land- und forstwirtschaftlichen Lehranstalten, Fachschulen bzw Schülerheimen sind ebenfalls ausgenommen, aber derzeit in Wien nicht existent.
- Lehrer der Musiklehranstalten der Stadt Wien sind ebenso wie Bedienstete des Landwirtschaftsbetriebes und Forstarbeiter des Forstbetriebes Kollektivvertragsbedienstete, die unter Punkt 2.6. beschrieben werden.
- Aushilfs- und Saisonbedienstete – sie werden unter Punkt 2.5. beschrieben.
- Lehrlinge – sie werden unter Punkt 2.7. beschrieben.

¹⁵ Wiener Verwaltungssenat-Dienstrechtsgesetz 1995 (UVS-DRG) LGBl f Wien 1995/35.

- Personen mit Tätigkeit im Ausland und Dienstvertrag nach Recht des ausländischen Dienstortes sind ebenfalls ausgenommen. Als Beispiel können einige wenige sur-place-Bedienstete im „Wien-Haus“ in Brüssel¹⁶ mit einem Verbindungsbüro der Stadt Wien und dem Büro des Wiener Wirtschaftsförderungsfonds dienen, die nach belgischem Recht angestellt sind.

§ 17 VBO 1995 erklärt mit verschiedenen Maßgaben grundsätzlich die BO 1994 – einige wenige Bestimmungen werden ausgenommen – für Vertragsbedienstete für anwendbar. Die VBO 1995 macht also keinen grundsätzlichen Unterschied zwischen Vertragsangestellten und Vertragsarbeitern in der Anwendbarkeit der dienst- und besoldungsrechtlichen Vorschriften. Allerdings ist zu beachten, dass bei den Gehaltsansätzen (Anlage 1 zur VBO 1995) und den Nebengebühren (Nebengebührenkatalog¹⁷) aufgrund der verschiedenen Bedienstetenkategorien natürliche Unterschiede bestehen.

2.5. Aushilfs- und Saisonbedienstete

Aushilfs- und Saisonbedienstete gemäß der Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete ABI 1997/8 – einem Gemeinderatsbeschluss – werden in durch die EntschlieÙung des Bürgermeisters vom 26.9.1996 bestimmten Dienststellen (siehe FN 3) verwendet. Die Saisonen sind in den betreffenden Dienststellen unterschiedlich gestaltet.¹⁸ Die Hauptanteile an Saisonarbeitern entfallen bei weitem auf die MA 42 – Stadtgartenamt, die MA 44 – Bäder sowie auf die MA 48 – Abfallwirtschaft, Straßenreinigung und Fuhrpark. Saisonangestellte sind in der Minderzahl und va im Bereich der Unternehmung KAV als Sanitätsgehilfen und in der MA 7 – Kultur in Verwendung.

¹⁶ (B-1040) Brüssel, Avenue de Tervuren 58.

¹⁷ Dabei handelt es sich um einen Beschluss des Stadtsenates, der jährlich mit den valorisierten Beträgen der darin enthaltenen Nebengebühren neu gefasst wird.

¹⁸ ZB in der MA 42 beginnt die Saison im April/Mai und endet im September, in der MA 44 ist Mai bis Oktober Saison, in der MA 48 sind die Saisonen je nach Berufsgruppe im Jahr verteilt..

2.6. Kollektivvertragsbedienstete¹⁹

Im Bereich des Landwirtschaftsbetriebes der Stadt Wien in der MA 49 beschäftigte Arbeiter – Landarbeiter, Gutshandwerker und Saisonarbeiter – unterliegen dem Kollektivvertrag für die Landarbeiter der Gemeinde Wien und Angestellte – Gutsangestellte – unterliegen dem Kollektivvertrag für die Angestellten des Landwirtschaftsbetriebes der Stadt Wien. Bedienstete des Forstbetriebes der MA 49 – Forstarbeiter, Sägearbeiter, Saisonarbeiter und Forst- und Sägearbeiterlehrlinge – unterliegen dem Kollektivvertrag für die Forstarbeiter der Gemeinde Wien. Musiklehrer der MA 13 unterliegen dem Kollektivvertrag für die Lehrer der Musiklehranstalten der Stadt Wien. Apotheker und Aspiranten unterliegen einem eigenen Kollektivvertrag²⁰, abgeschlossen zwischen dem Österreichischen Apothekerverband und dem Verband Angestellter Apotheker Österreichs.

2.7. Lehrlinge, Schüler und Praktikanten

Lehrlinge gemäß der Dienstvorschrift für Lehrlinge ABI 1995/46 – einem Gemeinderatsbeschluss – finden in den gemäß § 1 Abs 2 leg cit festgelegten Lehrberufen Verwendung in verschiedenen Dienststellen und Unternehmungen der Stadt Wien. Die überwiegende Anzahl im Angestelltenbereich sind Bürokaufmannslehrlinge und im Arbeiterbereich Gärtnerlehrlinge sowie technisch handwerkliche Lehrlinge.²¹ Daneben werden Krankenschwesternschüler/innen (rund 2.300) in der Unternehmung KAV beschäftigt. Es finden auch Praktikanten²² sowie

¹⁹ Kollektivverträge (ausgenommen für pharmazeutische Fachkräfte) in der angeführten Reihenfolge aufgrund von Gemeinderatsbeschlüssen: PrZ 2181 vom 21.9.1981, PrZ 1496 vom 19.6.1991, PrZ 1497 vom 19.6.1991 und PrZ 1746 vom 19.6.1991.

²⁰ Kollektivvertrag für pharmazeutische Fachkräfte in öffentlichen Apotheken und Anstaltsapotheken Österreichs vom 22.1.1982 idF vom 1.1.2002 (Letztfassung 1.1.2003).

²¹ Derzeit sind 46 Lehrberufe von der Dienstvorschrift umfasst. Dazu kommen noch Uhrmacherlehrlinge der MA 56 – Städtische Schulverwaltung, die allerdings mangels Aufnahme in die Lehrberufsliste keine Lehrlingsentschädigung erhalten.

²² Praktikanten (nicht Ferialpraktikanten) erhalten keine Entlohnung, es besteht keine Dienstleistungspflicht.

Sonder- und Ferialpraktikanten in untergeordneter Zahl (unter 100) neben anderen, ebenfalls in den Gruppensondervertragsnormen 1998 geregelten Berufsgruppen²³, Verwendung im Magistrat.

2.8. Politische Funktionäre und Funktionärspensionen

Auf Landes-(Gemeinde) und Bezirksebene sind demokratisch gewählte politische Funktionäre im Einsatz, die ihre rechtliche Grundlage in den einschlägigen bundes- und landes(verfassungs)gesetzlichen Regelungen haben. Es handelt sich dabei um den Landeshauptmann, Landtagsabgeordnete (Gemeinderäte) sowie Mitglieder der Landesregierung (des Stadtsenates), Bezirksvorsteher, Bezirksräte sowie Präsident(in) und Vizepräsident(in) des Stadtschulrates für Wien. Funktionärspensionen werden als Auslaufmodell noch nach dem Bezügesetz 1995 von der Stadt Wien ausbezahlt, wobei Übergangsfälle zu beachten sind. Aktuelle Pensionsregelung des Bezügesetzes 1997 ist eine Pensionskassenregelung.

2.9. Gemeindepensionen

Pensionierte Beamte der Gemeinde Wien haben einen Pensionsanspruch nach der PO 1995²⁴. Auch Hinterbliebenenpensionen nach verstorbenen Beamten werden gewährt. Dazu kommen in Einzelfällen Unfallrenten nach dem UFG 1967²⁵.

2.10. Pragmatische Landeslehrer

Pragmatische Landeslehrer sind Lehrer gemäß § 1 LDG 1984, somit Landeslehrer in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zu einem Bundesland – hier dem Land

²³ Erlässe der MA 1 umfassen Sonder- und Ferialpraktikanten; Hausinspektoren; Sport- und Spielplatzaufseher; Physikatsärzte/Innen; teilzeitbeschäftigte Gruppen von Ärzte/Innen nach Monatswochenstunden, Sozialarbeiter/Innen und mobile Hebammen, Schulärzte, Zeremonienmeister; Kindergarten- und Sozialarbeiterassistenten/Innen.

²⁴ Pensionsordnung 1995 LGBl f Wien 1995/67.

²⁵ Es handelt sich dabei um Leistungen aus Anlass eines Dienstunfalles oder einer Berufskrankheit an Beamte, Hinterbliebene und Angehörige nach dem Unfallfürsorgegesetz 1967 LGBl f Wien 1969/8.

Wien – für Volks-, Haupt- und Sonderschulen, Polytechnische Schulen und Berufsschulen.

2.11. Vertragliche Landeslehrer

Landesvertragslehrer können nach § 1 LVG an öffentlichen Volks-, Haupt- und Sonderschulen, Polytechnischen Schulen sowie Berufsschulen angestellt werden. Nicht zu subsumieren sind hier kirchlich(religionsgesellschaftlich) bestellte Religionslehrer gemäß § 3 Abs 1 lit b iVm § 5 Abs 1 Religionsunterrichtsgesetz BGBl 1949/190, da es sich dabei um keine Landesbediensteten handelt, wenn auch die Verrechnung iSd § 7 leg cit durch die MA 2 zu erfolgen hat.

2.12. Landeslehrerpensionen

Landeslehrerpensionen sind aus dem Dienstverhältnis eines Landeslehrers gemäß § 1 LDG 1984 resultierende Ansprüche auf Ruhegenuss sowie davon abgeleitete Versorgungsgenüsse.

3. Anzuwendende Entgeltfortzahlungsnormen²⁶

3.1. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

Das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch 1811 JGS 946 (ABGB) regelt iSd § 1 die privatrechtlichen Rechte und Pflichten der Bürger untereinander und betrifft auch den Staat, soweit er als Träger von Privatrechten am Rechtsverkehr teilnimmt. Dienstverträge werden im 26. Hauptstück § 1151 ff behandelt, wobei die Entgeltfortzahlung im § 1154b normiert ist.

Bei nicht vorsätzlich oder grob fahrlässig verschuldeter Dienstverhinderung wegen Krankheit oder Unglücksfall wird ein Grundanspruch von sechs Wochen Entgeltfortzahlung zugestanden, wobei nach fünf Jahren Dauer des Dienstverhältnisses eine Erweiterung des Anspruches auf acht Wochen bzw nach 15 Jahren auf zehn Wochen sowie nach 25 Jahren auf zwölf Wochen eintritt. Für weitere vier Wochen gebührt das halbe Entgelt. Bei wiederholter krankheitsbedingter

²⁶ Alle im folgenden Abschnitt zitierten §§ ohne Gesetzesangabe beziehen sich auf die in der jeweiligen Überschrift des Unterabschnittes genannte Norm.

Dienstabwesenheit kommt es innerhalb eines Arbeitsjahres bei Addition der Abwesenheitstage nur soweit zu einer Entgeltfortzahlung als die jeweilige Anspruchsdauer noch nicht erschöpft ist. Bei Arbeitsunfall oder Berufskrankheit wird ohne Rücksicht auf andere Dienstverhinderungen ein Grundanspruch von acht Wochen zugestanden, der sich nach 15 Dienstjahren auf zehn Wochen erhöht. Auch hier kommt es bei wiederholten Dienstverhinderungen im ursächlichem Zusammenhang mit dem Dienstunfall bzw der Berufskrankheit zu einer Koppelung innerhalb eines Arbeitsjahres. Nach § 1156 zweiter Satz bleiben obige Ansprüche bei Entlassung wegen der Dienstverhinderung oder Kündigung während der Verhinderung auch über das dadurch herbeigeführte Ende des Dienstverhältnisses hinaus gewahrt.

Nach § 1164 können ua die Rechte des Dienstnehmers nach § 1154b Abs 1 bis 4 und § 1156 als relativ zwingende Bestimmungen durch den Dienstvertrag und Normen der kollektiven Rechtsgestaltung nicht aufgehoben oder beschränkt werden.

Die Bestimmungen des ABGB sind durch arbeitsrechtliche Sondergesetze für verschiedene Berufsgruppen im Arbeiter- und Angestelltenbereich fast vollständig überlagert. Vor allem im Bereich des öffentlichen Dienstes bei den Gebietskörperschaften kann von einer lückenlosen Regelung für Vertragsbedienstete in den diversen Bundes- und Landesgesetzen ausgegangen werden.²⁷ Öffentlich-rechtliche Anstellungsverhältnisse sind vom Anwendungsbereich des ABGB ohnehin nicht erfasst. Nichtsdestoweniger sind die Bestimmungen des ABGB subsidiär als Sicherung eines Mindeststandards anzusehen, an denen arbeitsrechtliche Sondergesetze zu messen sind.

3.2. Angestelltengesetz

Das Angestelltengesetz BGBl 1921/292 (AngG) ist nach § 1 konzipiert für Dienstverhältnisse von Angestellten in privaten kaufmännischen Betrieben und gilt unter den Voraussetzungen des § 2 auch noch für weitere private Dienstgeber. Für Unternehmungen der Länder und Gemeinden gilt das AngG nur unter den

²⁷ Ausnahmen sind möglich, wenn man zB § 1 Abs 3 Z 1 EFZG betrachtet, wo von Dienstverhältnissen zum Bund, die ausschließlich auf dem ABGB beruhen, die Rede ist. Im Untersuchungsbereich dieser Arbeit kann dies aber vernachlässigt werden.

Voraussetzungen des § 3 für Vertragsbedienstete in vorwiegend kaufmännischen oder höheren, nicht kaufmännischen Diensten oder bei Verwendung für Kanzleiarbeiten. Bundesbedienstete sind nach § 4, Lehrlinge nach dem Berufsausbildungsgesetz und Angestellte in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben sind – sofern es sich nicht um Handlungsgehilfen handelt – nach § 5 vom Anwendungsbereich nicht umfasst.

Bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung wegen Krankheit oder Unglücksfall wird dem Angestellten gemäß § 8 ein Grundanspruch an Entgeltfortzahlung von sechs Wochen gewährt, der bei Arbeitsunfall oder Berufskrankheit um höchstens zwei Wochen verlängert wird. Nach fünf Dienstjahren beträgt der Grundanspruch acht Wochen, nach fünfzehn Dienstjahren zehn Wochen und nach fünfundzwanzig Dienstjahren zwölf Wochen. Für weitere vier Wochen besteht Anspruch auf halbes Entgelt als Grundanspruch. Bei einer abermaligen Dienstverhinderung innerhalb der Koppelungsfrist von einem halben Jahr besteht nach Ausschöpfen der Grundansprüche Anspruch auf die Hälfte des für die bezeichneten Zeiträume bestimmten vollen und halben Entgelts. Voraussetzung für die Entgeltfortzahlung ist auch die unverzügliche Anzeige der Dienstverhinderung sowie die Vorlage einer Krankenbestätigung auf Verlangen des Dienstgebers. Nach § 9 bleibt der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Kündigung durch den Dienstgeber, Entlassung ohne wichtigen Grund oder wegen der Dienstverhinderung sowie einem durch den Dienstgeber verschuldeten vorzeitigen Austritt sogar über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus gewährt, sofern die Auflösung während der Dienstverhinderung erfolgt. Nach § 40 sind ua die Bestimmungen der §§ 8 und 9 gegenüber dem Dienstvertrag relativ zwingend.

Unter Berücksichtigung der Kompetenzbestimmung des Art 21 Abs 1 B-VG iVm Art XI Abs 2 der B-VGN BGBl 1974/444 – Gesetzgebung und Vollziehung im Dienstrecht einschließlich Dienstvertragsrecht für Landes- und Gemeindebedienstete obliegt grds den Ländern – und der §§ 3, 4 und 5 ist dem AngG der direkte Anwendungsbereich für Bedienstete von Gebietskörperschaften praktisch entzogen, da entsprechende Landesgesetze nahezu lückenlos vorhanden sind. Auch im Bundesbereich sowie für durch § 5 ausgenommene Bedienstetengruppen sind einschlägige Sondergesetze²⁸

²⁸ So va GehG, VBG, BAG und GutsangG.

längst wirksam. Der unter die Art 14 B-VG fallende, von Art 21 leg cit ausgeklammerte Bereich der – hier interessierenden – Landeslehrer unterliegt einschlägigen Bundesgesetzen²⁹. Die Bestimmungen des AngG gelten hier subsidiär. Es darf allerdings nicht übersehen werden, dass in manchen generellen Normen Verweise auf Bestimmungen des AngG enthalten sind, auf die im gegebenen Zusammenhang hinzuweisen sein wird. Im Bereich der noch zu behandelnden kollektivvertraglichen Musiklehrer und pharmazeutischen Fachkräfte besteht ein direkter Anwendungsbereich. Das AngG kann – unter Beachtung der dazu reichhaltigen Judikatur und Literatur aufgrund ihres langen Bestandes – als Mustergesetz im Bereich der Angestellten angesehen werden und ist in vielen Teilen analogiefähig.

3.3. Entgeltfortzahlungsgesetz

Der Anwendungsbereich des Entgeltfortzahlungsgesetzes BGBl 1974/399 (EFZG) umfasst nach § 1 alle Vertragsbediensteten mit Ausnahme von Arbeitnehmern, die dem Angestelltengesetz, Gutsangestelltengesetz, Journalistengesetz, Schauspielergesetz, Landarbeitsgesetz oder Heimarbeitsgesetz 1960 sowie – abgesehen von den in den folgenden Gesetzen aufgenommenen Rückverweisungen auf Bestimmungen des EFZG – dem Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz, dem Hausbesorgergesetz oder dem Berufsausbildungsgesetz³⁰ unterliegen. Weitere Ausnahmen vom Anwendungsbereich bestehen – nur für den Fall, dass auf die folgenden Arbeitsverhältnisse zwingend zumindest genauso günstige Regelungen Anwendung finden³¹ – für Arbeitsverhältnisse zum Bund, abgesehen von

²⁹ So va LDG 1984, GehG, LVG und VBG.

³⁰ Siehe § 17a Abs 7 BAG bezüglich Rückverweisung auf das EFZG.

³¹ Diese Einschränkung der Ausnahme vom Geltungsbereich (Günstigkeitsregel) bezieht sich mE entsprechend der Einrückung im Text des § 1 Abs 3 letzter Teilsatz EFZG auf Z 1 bis 3 dieses Absatzes. Äußerst verwirrend dazu *Rauch*, Kommentar zum EFZG und zu den wichtigsten weiteren Krankenstandsregelungen des privaten Arbeitsrechts (2006), der zwar die Texteinrückung so setzt, dass nur § 1 Abs 3 Z 3 leg cit – somit nur der Bereich der privaten Arbeitsverhältnisse zu einem Land, Gemeindeverband oder einer Gemeinde nur bei Besorgung keiner behördlichen Aufgaben – von der Günstigkeitsregel betroffen ist, aber in FN 11, S 27 die Anwendung der Regel doch auf sämtliche privatrechtliche Arbeitsverhältnisse (außer auf den Bund) ausdehnt.

Kollektivvertragsbediensteten und Dienstverträgen nach ABGB, für Arbeitsverhältnisse zu einem Land, einem Gemeindeverband, einer Gemeinde, einer juristischen Person öffentlichen Rechts und zu bestimmten Stiftungen, Anstalten und Fonds.

Nach § 2 besteht bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unglücksfall ein Grundanspruch an Fortzahlung des vollen Entgelts bis zu sechs Wochen, der sich nach fünf Jahren Dienstzeit auf acht Wochen, nach 15 Dienstjahren auf zehn Wochen und nach 25 Dienstjahren auf zwölf Wochen erhöht und jeweils ein Anspruch auf halbes Entgelt für weitere vier Wochen. Eine Zusammenrechnungsregel bei kurzer Unterbrechung der Dienstzeit³² von längstens jeweils 60 Tagen unter bestimmten Voraussetzungen ist vorgesehen. Der Anspruch kann innerhalb eines Arbeitsjahres ausgeschöpft werden. Bei Arbeitsunfall oder Berufskrankheit besteht ohne Rücksicht auf sonstige Dienstverhinderungen ein Fortzahlungsanspruch bis zu acht Wochen, der sich nach 15 Dienstjahren auf zehn Wochen erhöht, wobei bei mit dem Arbeitsunfall oder der Berufserkrankung ursächlich zusammenhängenden Folgeerkrankungen eine Koppelung innerhalb desselben Arbeitsjahres vorzunehmen ist. Durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung ist eine Umstellung der Berechnung vom Arbeitsjahr auf das Kalenderjahr zulässig. Die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts ist in § 3, Mitteilungs- und Nachweispflichten in § 4 geregelt. Bei Kündigung, Entlassung ohne wichtigen Grund oder vorzeitigem Austritt des Arbeitnehmers aus Verschulden des Arbeitgebers bleibt – sofern dies während der Dienstverhinderung geschieht – der Anspruch auch über das Dienstende hinaus gewahrt. Die Unabdingbarkeit der Normen des EFZG gegenüber Arbeitsvertrag, Dienstordnung, Betriebsvereinbarung oder Kollektivvertrag ist in § 6 normiert. Die Günstigkeitsregelung des § 7 schließlich lässt günstigere Regelungen der Entgeltfortzahlung generell unberührt, was

³² Eine Zusammenrechnung erfolgt auch bei Unternehmens- bzw Betriebs(teil)übergang nach § 2 Abs 3a unter bestimmten Voraussetzungen.

Anspruchsdauer und Verschuldensgrad betrifft, allerdings gelten für die Anspruchsdauer des EFZG auch dessen Regelungen.³³

Unter Berücksichtigung der Kompetenzbestimmung des Art 21 Abs 1 B-VG iVm Art XI Abs 2 der B-VGN BGBl 1974/444 – Gesetzgebung und Vollziehung im Dienstrecht einschließlich Dienstvertragsrecht für Landes- und Gemeindebedienstete obliegt grds den Ländern – und des § 1 ist dem EFZG – ähnlich wie dem AngG – der direkte Anwendungsbereich für Bedienstete von Gebietskörperschaften praktisch entzogen, da entsprechende Landesgesetze mE lückenlos vorhanden sind. Im Bundesbereich sind einschlägige Sondergesetze längst wirksam. Das EFZG ist als Regelung für privatrechtliche Arbeiter – wenn auch mit Ausnahmen – konzipiert, erhebt aber den Anspruch, auch einen Mindeststandard für Vertragsbedienstete im öffentlichen Dienst festzulegen.

3.4. Besoldungsordnung 1994

Die Besoldungsordnung 1994 LGBl f Wien 1994/55 (BO 1994) gilt nach § 1 für die Beamten des Dienststandes der Stadt Wien. Die darin geregelten Aufgaben sind nach § 50 im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zu besorgen.

Die Fortzahlung der Monatsbezüge iSd § 3 wird mangels einschränkender Regelung durch eine Dienstverhinderung wegen Krankheit oder Unfall nicht behindert. Bezüglich der Fortzahlung der gemäß § 2 Abs 1 Ruhe- und Versorgungsgenusszulagegesetz LGBl f Wien 1995/72 für anrechenbar erklärten Nebengebühren³⁴ ist aber § 38 zu beachten, der bei weniger als zwei Jahren Dienstzeit eine Fortzahlung bis zu sechs Wochen, nach zwei Dienstjahren von neun Wochen, nach drei Dienstjahren von zwölf Wochen, nach fünf Dienstjahren von vierzehn Wochen und nach acht Dienstjahren von sechzehn Wochen vorsieht. Es

³³ Damit sind va die Bestimmungen des Abschnitts 2 über die Erstattungsansprüche nach den §§ 8 und 19 und die Beitragspflicht des Arbeitgebers nach § 13 gemeint, die gemäß § 19a nur für Dienstverhinderungen, die vor Ablauf des 30. September 2000 eintraten, gegolten haben.

³⁴ Das ist dann der Fall, wenn es sich bei der Nebengebühr vergleichsweise um Entgelt iSd § 49 Abs 1 iVm § 49 Abs 3 ASVG handelt und die begründende Tätigkeit in unmittelbarem Zusammenhang mit der dienstlichen Verwendung des Beamten steht.

besteht eine Zusammenrechnungsregelung bei kurzer Unterbrechung der Dienstzeit von längstens jeweils 60 Tagen unter bestimmten Voraussetzungen und eine Koppelungsfrist von sechs Monaten. Bei Dienstunfall oder Berufskrankheit wird ohne Rücksicht auf sonstige Dienstverhinderungen eine einheitliche Fortzahlungsdauer von sechsundzwanzig Wochen und eine Sechsmonatskoppelung von Folgeerkrankungen aufgrund desselben Dienstunfalles oder derselben Berufskrankheit festgelegt.³⁵ § 38 Abs 8 normiert, dass nicht pauschalierte Nebengebühren in dem Ausmaß weiterzuzahlen sind, in dem sie im Kalendermonat vor Beginn der Dienstverhinderung zustanden, es sei denn es wäre seither eine wesentliche Änderung in der Tätigkeit eingetreten. Bei wesentlicher Änderung der Tätigkeit wird für die Fortzahlung der Nebengebühren eine fiktive Dienstleistung unterstellt.

3.5. Vertragsbedienstetenordnung 1995

Die Vertragsbedienstetenordnung 1995 LGBl f Wien 1995/50 (VBO 1995) gilt nach § 1 für Vertragsbedienstete der Gemeinde Wien mit Ausnahme von Personen im Geltungsbereich des Hausbesorger- oder Gehaltskassengesetzes, Landeslehrern, Kollektivvertragsbediensteten, Aushilfs- und Saisonbediensteten, Lehrlingen und Personen mit Dienstverträgen nach ausländischem Recht bei Dienstort und Mittelpunkt der Lebensinteressen im Ausland. Die Aufgaben sind nach § 65 im eigenen Wirkungsbereich der Gemeinde zu besorgen.

Unverzügliche Meldepflicht und Bescheinigungspflicht auf Verlangen bzw bei über drei Tage dauernder Dienstverhinderung wird in § 13 iVm § 21 Abs 1 normiert. Die Bezugsfortzahlung bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung wegen Krankheit und Unfall regelt § 19, wobei bei weniger als zwei Jahren Dienstzeit eine Fortzahlung bis zu sechs Wochen, nach zwei Dienstjahren von neun Wochen, nach drei Dienstjahren von zwölf Wochen, nach fünf Dienstjahren von vierzehn Wochen und nach acht Dienstjahren von sechzehn Wochen vorgesehen ist. Neben einer Zusammenzählung von Dienstzeiten bei Unterbrechung wird eine Koppelungsfrist von sechs Monaten festgelegt. Bei Dienstunfall oder Berufskrankheit wird ohne Rücksicht auf sonstige Dienstverhinderungen eine einheitliche

³⁵ Nach § 38 Abs 5 letzter Satz gilt bei Dienstunfällen von Beamten der Feuerwehr keine Fortzahlungsbeschränkung.

Fortzahlungsdauer von sechsundzwanzig Wochen und eine Sechsmonatskoppelung von Folgeerkrankungen aufgrund desselben Dienstunfalles oder derselben Berufskrankheit normiert. Fortzuzahlende Bezüge sind nach § 19 Abs 5 der Monatsbezug sowie die zum Entgelt gemäß § 49 ASVG gehörenden Nebengebühren, wobei nicht pauschalierte Nebengebühren in dem Ausmaß weiterzuzahlen sind, in dem sie im Kalendermonat vor Beginn der Dienstverhinderung zustanden, es sei denn es wäre seither eine wesentliche Änderung in der Tätigkeit eingetreten. Bei wesentlicher Änderung der Tätigkeit wird für die Fortzahlung der Nebengebühren eine fiktive Dienstleistung unterstellt. Nach § 17 Abs 1 Z 2 iVm § 20 Abs 1 wird durch das Erschöpfen der Entgeltfortzahlungsfrist der Anspruch auf Sonderzahlung dann nicht berührt, wenn ein Zuschuss im Ausmaß der Differenz zwischen den Geldleistungen aus der Krankenversicherung und dem Nettomonatsbezug – maximal 49 % des Nettomonatsbezuges – gebührt.³⁶ Bei Entlassung ohne wichtigen Grund oder bei Verschulden der Gemeinde am vorzeitigen Austritt des Dienstnehmers – sofern dies während der Dienstverhinderung geschieht – gebührt das fortzuzahlende Entgelt bis zum Zeitablauf bzw. der sonst zustehenden ordnungsgemäßen Kündigungsfrist weiter. Ab dem vierten Monat nach Dienstende ist allerdings ein anderes – auch zu erwerben versäumtes – Erwerbseinkommen auf die Fortzahlung anzurechnen. Für teilzeitbeschäftigte Vertragsbedienstete ist nach § 50 Abs 2 beim fortzuzahlenden Entgelt und Zuschuss die durchschnittliche Arbeitszeit während der letzten sechs Monate zugrunde zu legen.

3.6. Dienstvorschrift für Lehrlinge 1996

Die Dienstvorschrift für Lehrlinge ABl 1995/46 ist ein Beschluss des Gemeinderates und bezieht sich nach § 1 auf Personen mit einem Lehrverhältnis zur Gemeinde Wien, das je nach Lehrberuf im Anwendungsbereich des Berufsausbildungsgesetzes bzw der Wiener Landarbeitsordnung 1990 eingegangen werden kann. Ausbildungsverhältnisse gemäß § 29 (va in Erziehungsheimen) und § 30 des Berufsausbildungsgesetzes (besondere selbständige

³⁶ Der Zuschuss gebührt auch, wenn laufende Geldleistungen nach § 138 Abs 1 ASVG noch nicht zustehen oder aus Gründen des § 139 ASVG erschöpft sind, und er hat eine Maximaldauer von zwölf Monaten unter Anwendung der Koppelungsbestimmungen für die Entgeltfortzahlung.

Ausbildungseinrichtungen) sowie Kollektivvertragslehrlinge – siehe später beim Kollektivvertrag für Forstarbeiter – werden von der Dienstvorschrift nicht erfasst.

3.6.1. Bestimmungen der Dienstvorschrift

Die Fortzahlung der Lehrlingsentschädigung und der Pauschalabgeltung für Nebengebühren bei Dienstverhinderung wird in § 12 normiert. Es wird eine sinngemäße Anwendung des § 19 Abs 1 bis 5 der VBO 1995 festgelegt. Außerdem bleiben weitergehende Ansprüche nach den in § 2 angeführten Rechtsvorschriften – das sind das Berufsausbildungsgesetz bzw die Wiener Landarbeitsordnung 1990³⁷ – unberührt.

3.6.2. Anwendung der Vertragsbedienstetenordnung 1995

Es kann auf die Ausführungen zu § 19 unter Punkt 3.5. verwiesen werden, allerdings bewirkt die sinngemäße Anwendung eine Adaptierung der Regelung iSd lehrlingsspezifischen Inhalte der Dienstvorschrift. Demnach ist eine Bezugsfortzahlung bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung wegen Krankheit und Unfall vorzunehmen, wobei bei weniger als zwei Jahren Lehrzeit eine Fortzahlung bis zu sechs Wochen, nach zwei Lehrjahren von neun Wochen, nach drei Lehrjahren von zwölf Wochen, nach fünf Lehrjahren von vierzehn Wochen und nach acht Lehrjahren von sechzehn Wochen³⁸ gilt. Es ist von einer Koppelungsfrist von sechs Monaten auszugehen. Bei Dienstunfall oder Berufskrankheit ist ohne Rücksicht auf sonstige Dienstverhinderungen eine einheitliche Fortzahlungsdauer von sechsundzwanzig Wochen und eine Sechsmonatskoppelung von Folgeerkrankungen aufgrund desselben Dienstunfalles oder derselben Berufskrankheit zu gewähren. Fortzuzahlende Bezüge sind – beim Lehrling – nach § 19 Abs 5 die Lehrlingsentschädigung sowie die Pauschalabgeltung für Nebengebühren als pauschalierte und auch einzige Nebengebühr.

³⁷ Das ebenfalls dort genannte Kinder- und Jugendbeschäftigungsgesetz ist hier nicht relevant.

³⁸ Nachdem die maximale Lehrzeit nach § 1 Abs 3 der Dienstvorschrift viereinhalb Jahre beträgt, sind die Bestimmungen des § 19 Abs 1 teleologisch zu reduzieren, sodass die beiden letzten Ansprüche zu vernachlässigen sind.

3.6.3. Anwendung des Berufsausbildungsgesetzes

Das Berufsausbildungsgesetz BGBl 1969/142 (BAG) erfasst nach § 1 Lehrlinge, die zur Erlernung eines in der Lehrberufsliste nach § 7 angeführten Lehrberufes fachlich ausgebildet und im Rahmen dieser Ausbildung verwendet werden. 45 der derzeit 46 Lehrberufe der Dienstvorschrift sind davon betroffen. Der Festlegung einer unverzüglichen Meldepflicht bei Erkrankung in § 10 Abs 2 folgt in § 17a eine Entgeltfortzahlungsregelung. Als Grundanspruch ist bei Krankheit oder Unglücksfall für vier Wochen die volle Lehrlingsentschädigung sowie für weitere zwei Wochen ein Teilentgelt in der Höhe der Differenz zwischen derselben und dem (fiktiven) Krankengeld aus der gesetzlichen Krankenversicherung zu gewähren, wobei nach Ausschöpfen dieses Anspruches innerhalb eines Lehrjahres bei einer weiteren Arbeitsverhinderung im selben Lehrjahr für die ersten drei Tage volle Lehrlingsentschädigung sowie bis zu sechs Wochen oben bezeichnetes Teilentgelt gebührt. Bei Arbeitsunfall oder Berufskrankheit steht ohne Rücksicht auf andere Arbeitsverhinderungen volle Lehrlingsentschädigung für acht Wochen und ein Teilentgelt für weitere vier Wochen zu.

3.6.4. Anwendung des Entgeltfortzahlungsgesetzes

§ 17a BAG enthält einen Verweis auf Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes BGBl 1974/399 (EFZG), der auch in § 1 Abs 4 angesprochen ist. Er betrifft – im hier interessierenden Bereich – die Höhe des fortzuzahlenden Entgeltes als regelmäßiges Entgelt nach § 3 Abs 2, die Mitteilungspflicht auf Verlangen des Arbeitgebers in § 4, die Unabdingbarkeit dieser Regelungen gegenüber Arbeitsvertrag, Dienstordnung, Betriebsvereinbarung und Kollektivvertrag nach § 6 sowie die Günstigkeitsregelung des § 7³⁹.

³⁹ Dazu siehe schon oben unter Punkt 3.3., zweiter Absatz, letzter Satz.

3.6.5. Anwendung der Wiener Landarbeitsordnung 1990

Die Wiener Landarbeitsordnung LGBl f Wien 1990/33 (Wr. LAO 1990) regelt in Ausführung des Bundes-Grundsatzgesetzes Landarbeitsgesetz 1984 BGBl 1984/287⁴⁰ ua nach § 1 das Arbeitsvertragsrecht der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter (Landarbeiterrecht). Nach § 4 Abs 1 iVm Abs 3 ist das Gesetz nur insoweit auf Dienstnehmer in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben der Stadt Wien anzuwenden, als keine besonderen Vorschriften für diese Rechtsgebiete bestehen. Solche sind in den Kollektivverträgen für den Landwirtschafts- und Forstbetrieb iSd des § 25 vorhanden. Kollektivvertragsbediensteten (auch Lehrlingen) ist die Anwendung der VBO 1995 nach deren § 1 Abs 2 Z 4 und 5 bzw der Dienstvorschrift für Lehrlinge nach deren § 1 Abs 4 verwehrt. Einzig für den in § 1 Abs 2 Z 2 leg cit genannten Lehrberuf „Gärtner/in“ ist der direkte Verweis des § 12 der Dienstvorschrift auf die Entgeltfortzahlungsnormen der Wr. LAO 1990 wirksam.

§ 21 gewährt bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung wegen Krankheit oder Unglücksfall einen Grundanspruch auf volle Entgeltfortzahlung für sechs Wochen, nach 5 Dienstjahren von acht Wochen, nach 15 Dienstjahren von zehn Wochen und nach 25 Dienstjahren von zwölf Wochen. Für weitere vier Wochen besteht Anspruch auf halbes Entgelt als Grundanspruch. Auch besteht eine Zusammenrechnungsregelung bei kurzer Unterbrechung der Dienstzeit von längstens jeweils 60 Tagen unter bestimmten Voraussetzungen und eine Koppelungsfrist für Dienstverhinderungen von sechs Monaten. Zusätzlich besteht nach Ausschöpfen des Grundanspruches noch eine Fortzahlung von 40 % des Entgelts für die jeweils halben Zeiträume⁴¹. Bei Dienstunfall oder Berufskrankheit wird ohne Rücksicht auf andere Dienstverhinderungen eine Fortzahlung des Entgelts von acht Wochen bzw nach 15 Dienstjahren von zehn Wochen gewährt, wobei eine Koppelung von Folgeerkrankungen aufgrund desselben Dienstunfalles oder derselben Berufskrankheit innerhalb eines Dienstjahres vorgesehen ist. Die Höhe des fortzuzahlenden Entgelts als regelmäßiges Entgelt sowie Mitteilungs- und

⁴⁰ Das Landarbeitsgesetz 1984 enthält – ungeachtet dessen – in seinem § 2 unmittelbar anwendbares Bundesrecht, mit dem Arbeiter und Angestellte in bestimmten land- und forstwirtschaftlichen Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften vom Anwendungsbereich ausgenommen werden.

⁴¹ Diese Zeiträume sind mangels Einschränkung inklusive des vierwöchigen Zeitraums mit halbem Entgelt zu verstehen.

Nachweispflichten normieren die §§ 22 bzw 23. Bei Kündigung, Entlassung ohne wichtigen Grund oder vorzeitigem Austritt des Arbeitnehmers aus Verschulden des Arbeitgebers bleibt – sofern dies während der Dienstverhinderung geschieht – der Fortzahlungsanspruch – abgesehen von den Zeiträumen mit 40 % Entgelt – auch über das Dienstende hinaus gewahrt. Die Unabdingbarkeit der Normen gegenüber Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung und Kollektivvertrag regelt § 25, wobei günstigere Regelungen hinsichtlich Wartezeit⁴², Verschuldensgrad oder Anspruchsdauer unberührt bleiben.

3.6.6. Die Problematik des Günstigkeitsprinzips

Die Normierung eines Günstigkeitsprinzips in § 12 der Dienstvorschrift im Verhältnis BAG bzw Wr. LAO 1990 zu § 19 Abs 1 bis 5 VBO 1995 birgt einige Probleme bei der Rechtsanwendung im Einzelfall. Eine Analogie zu § 3 Arbeitsverfassungsgesetz BGBl 1974/22 (ArbVG), der die Unabdingbarkeit von Kollektivvertragsregelungen durch Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag normiert, bietet sich an. Ein Günstigkeitsvergleich wäre in diesem Sinne – so auch die einschlägige Judikatur und hL⁴³ – als Gruppenvergleich im Gegensatz zu einem Gesamt- oder punktuellen Vergleich zu verstehen.

Umgelegt auf die zu behandelnde Problematik würde sich – mit Einschränkungen – mE folgende Anwendungsschiene – es werden nur divergierende Regelungen betrachtet – ergeben:

Lehrlinge gemäß § 1 Abs 2 Z 1 der Dienstvorschrift		
Regelungstatbestand	Norm	Inhalt
EFZ bei weniger als zwei Lehrjahren	§ 19 Abs 1 iVm Abs 3 VBO	sechs Wochen voll
EFZ nach zwei Lehrjahren	§ 19 Abs 1 iVm Abs 3 VBO	neun Wochen voll
EFZ nach drei Lehrjahren	§ 19 Abs 1 iVm Abs 3 VBO	zwölf Wochen voll
Verschuldensgrad	§ 17a Abs 1 BAG	unabhängig vom Verschulden

⁴² Dieser Einschub kann seit der Novelle LGBl f Wien 2006/11 als obsolet angesehen werden.

⁴³ Siehe dazu Teil IV, Punkt 3.7.3. iZm Vertragsschablonen und verdrängtem Bundesrecht.

Anrechnung früherer Dienstzeiten auf die EFZ-Dauer	§ 19 Abs 2 VBO	uneingeschränkte Anrechnung
Koppelungsfrist	§ 19 Abs 3 VBO	sechs Monate
EFZ bei Dienstunfall	§ 19 Abs 4 VBO	sechszwanzig Wochen
Koppelung beim Dienstunfall	§ 17a Abs 4 BAG	keine Koppelung

Lehrlinge gemäß § 1 Abs 2 Z 2 der Dienstvorschrift		
Regelungstatbestand	Norm	Inhalt
EFZ bei weniger als zwei Lehrjahren	§ 21 Abs 1 iVm Abs 4 Wr. LAO 1990	sechs Wochen voll vier Wochen halb fünf Wochen 40 %
EFZ nach zwei Lehrjahren	§ 21 Abs 1 iVm Abs 4 Wr. LAO 1990	sechs Wochen voll vier Wochen halb fünf Wochen 40 %
EFZ nach drei Lehrjahren	§ 19 Abs 1 iVm Abs 3 VBO	zwölf Wochen voll
Anrechnung früherer Dienstzeiten auf die EFZ-Dauer	§ 19 Abs 2 VBO	uneingeschränkte Anrechnung
EFZ bei Dienstunfall	§ 19 Abs 4 VBO	sechszwanzig Wochen
Koppelung beim Dienstunfall	§ 19 Abs 4 VBO	sechs Monate

Allerdings ergibt sich einerseits aufgrund des Abstellens auf das Lehrjahr in § 17a BAG im Unterschied zur Koppelungsfrist von sechs Monaten in § 19 VBO 1995 und andererseits aufgrund der zeitlich unterschiedlich zusammengesetzten Gesamtansprüche des § 21 Abs 1 iVm Abs 4 Wr. LAO 1990 im Vergleich zu § 19 Abs 1 iVm Abs 3 VBO 1995 ein nicht zu unterschätzender Graubereich an Sachverhalten, bei denen der Anwendungsvorrang im Einzelfall geprüft werden muss. Zur Illustration mögen die folgenden Fallkonstellationen dienen:

a) Bei der ersten Wiedererkrankung im Lehrjahr nach Erschöpfen der Fristen des § 17a Abs 1 BAG gewährt Abs 3 leg cit noch einen zusätzlichen vollen Fortzahlungsanspruch von drei Tagen und sechs Wochen Teilentgelt. Somit würde bei offener Wiedererkrankung innerhalb der selben Koppelungsfrist des § 19 Abs 3

VBO 1995 beim Sechswochenanspruch der VBO 1995 ein solcher zusätzlicher Anspruch für sechs Wochen und drei Tage (insgesamt allerdings vermindert um die Differenz zwischen vollem und Teilentgelt für einen Zeitraum von 14 Tagen) an Entgelt zustehen. Beim Neunwochenanspruch der VBO 1995 würden dies drei Wochen und drei Tage (Verminderung für 35 Tage) an Entgelt sowie beim – noch bei Lehrlingen denkbaren – Zwölfwochenanspruch drei Tage (Verminderung hier für 56 Tage und daher im Ergebnis grds null) an Entgelt sein. Diese Aussage kann aber nicht für die Fälle getroffen werden, bei denen durch das Entstehen eines neuen Grundanspruches gemäß VBO 1995 nach Ablauf von sechs Monaten im selben Lehrjahr ohnehin maximal für die doppelte Zeit volles Entgelt zusteht. Hier könnte nur bei der Sechs(=Zwölf)Wochenfrist ein (wie oben allerdings grds rein akademischer) Restanspruch für drei Tage bestehen.

b) Nach Erschöpfen der Anspruchsfristen nach § 19 Abs 1 iVm Abs 3 bzw nach § 19 Abs 4 VBO 1995 kommt es mit Beginn des neuen Lehrjahres stets zum Aufleben der Ansprüche nach den Regeln des § 17a Abs 1 iVm Abs 3 bzw nach § 17a Abs 4 BAG. Im neuen Lehrjahr ist daher bei Wiedererkrankung penibel auf die bereits verbrauchten Fortzahlungstage zu achten – allerdings nur für die Anwendung des BAG. Beim Anspruchsvergleich iSd Beispiels a) wären die Ansprüche für die zu gewährenden Fortzahlungstage auf die VBO-Fristen entsprechend anzurechnen.

c) Nach einer Lehrzeit von mehr als zwei, aber weniger als drei Jahren ist zwar der längere Maximalanspruch des § 21 Abs 1 iVm Abs 4 Wr. LAO 1990 günstiger, allerdings ist bei Erkrankungen mit einer (gekoppelten) Gesamtdauer zwischen sechs und neun Wochen für die letzten drei Wochen das volle Entgelt iSd § 19 Abs 1 iVm Abs 3 VBO 1995 zu zahlen. Bei längerer Dienstverhinderung vermindert sich die Entgeltfortzahlung nach der Wr. LAO 1990 entsprechend der Abwesenheitsdauer maximal um den halben Entgeltanspruch für drei Wochen.

d) Nach Erschöpfen der Anspruchsfrist des § 19 Abs 4 VBO 1995 kommt es mit Beginn des neuen Arbeitsjahres bei Dienstunfällen nach herrschender Rechtslage zum Aufleben der Ansprüche nach § 21 Abs 5 Wr. LAO 1990. Im Koppelungsfall wäre dann im neuen Arbeitsjahr auf die bereits verbrauchten Fortzahlungstage zu achten – allerdings nur bei Anwendung der Wr. LAO 1990. Beim Anspruchsvergleich

wären diese vollen Ansprüche für die zu gewährenden Fortzahlungstage auf die VBO-Frist anzurechnen.

3.7. Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete 1997

Die Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete ABI 1997/8 ist ein Beschluss des Gemeinderates und bezieht sich gemäß § 1 auf den im § 2 definierten Personenkreis der Aushilfs- und Saisonbediensteten⁴⁴ mit einem befristeten Dienstvertrag und nimmt Kollektivvertragsbedienstete aus.

3.7.1. Bestimmungen der Dienstvorschrift

Die Fortzahlung der Bezüge und allfälliger Nebengebühren bei Dienstverhinderung wird in § 11 normiert. Es wird eine sinngemäße Anwendung des § 19 Abs 1 und Abs 3 bis 5 VBO 1995 mit bestimmten Abweichungen festgelegt. Der Grundanspruch bei Krankheit oder Unfall iSd § 19 Abs 1 leg cit wird mit sechs Wochen, bei Dienstunfall oder Berufskrankheit iSd § 19 Abs 4 leg cit mit 10 Wochen vereinheitlicht. Allerdings wird der Grundanspruch bei Krankheit und Unfall auf acht Wochen erweitert, wenn in den zwanzig unmittelbar vorangegangenen Kalenderjahren jedes Jahr mindestens acht Monate ein Dienstverhältnis zur Gemeinde Wien bestand. Sonderbestimmungen gelten für Tages- und Stundenaushelfer nach § 19, wobei eine Entgeltfortzahlung wegen Dienstverhinderung hier – schon wegen der kurzen zulässigen Beschäftigungsdauer von maximal sechs aufeinanderfolgenden Tagen – ausgeschlossen wird.

3.7.2. Anwendung der Vertragsbedienstetenordnung 1995

Es kann auf die Ausführungen zu § 19 in Punkt 3.5. verwiesen werden, allerdings bewirkt die sinngemäße Anwendung nach § 11 der Dienstvorschrift eine Adaptierung der Regelung iS der seasonspezifischen Inhalte der Dienstvorschrift – vorbehaltlich der beschriebenen Einschränkungen des § 11 leg cit. Demnach ist eine Bezugsfortzahlung bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung

⁴⁴ Aushilfsbedienstete erfüllen Aufgaben, die vorübergehend zu bestimmten Anlässen anfallen, während Saisonbedienstete Aufgaben wahrnehmen, die nur zu bestimmten Zeiten des Jahres anfallen.

wegen Krankheit und Unfall bei einer Koppelungsfrist von sechs Monaten vorzunehmen. Bei Dienstunfall oder Berufskrankheit ist ohne Rücksicht auf sonstige Dienstverhinderungen vorzugehen und eine Sechsmonatskoppelung von Folgeerkrankungen aufgrund desselben Dienstunfalles oder derselben Berufskrankheit zu beachten. Fortzuzahlende Bezüge sind nach § 19 Abs 5 der Monatsbezug sowie die zum Entgelt gemäß § 49 ASVG gehörenden Nebengebühren, wobei nicht pauschalierte Nebengebühren in dem Ausmaß weiterzuzahlen sind, in dem sie im Kalendermonat vor Beginn der Dienstverhinderung zustanden, es sei denn, es wäre seither eine wesentliche Änderung in der Tätigkeit eingetreten. Bei wesentlicher Änderung der Tätigkeit wird für die Fortzahlung der Nebengebühren eine fiktive Dienstleistung unterstellt.

3.8. Vertragsbedienstetengesetz 1948

Durch § 2 Landesvertragslehrgesetz 1966 BGBl 1966/172 (LVG) wird für die in § 1 leg cit zulässigerweise anzustellenden Landesvertragslehrer ua das Vertragsbedienstetengesetz 1948 BGBl 1948/86 (VBG) mit bestimmten Maßgaben – va betreffend die Stellung des jeweiligen Bundeslandes als Dienstgeber anstelle des Bundes – für anwendbar erklärt. Das VBG umfasst nach § 1 nur Vertragsbedienstete und enthält in § 1 Abs 3 einen langen Ausnahmekatalog für seine Anwendung, wobei in dieser Arbeit nur die Ausnahmen für Dienstverhältnisse nach dem Gehaltsgesetz 2002, nach dem Hausbesorgergesetz, für Land- und Forstarbeiter und Lehrlinge interessieren. Die Bestimmung des § 1 Abs 3 Z 2, mit der Personen mit einem Beschäftigungsausmaß von weniger als ein Drittel der für Vollbeschäftigung vorgeschriebenen Wochendienstleistung von der Anwendung prinzipiell ausgenommen werden, wird aber gemäß § 37 Abs 2 bei vertraglichen Landeslehrern nicht angewendet.

3.8.1. Bestimmungen des Vertragsbedienstetengesetzes 1948

Nach § 46 iVm § 24 steht Vertragslehrern des Entlohnungsschemas I L nach einer Wartefrist von 14 Tagen bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung durch Krankheit oder ohne Wartefrist bei Unfall innerhalb einer Koppelungsfrist von sechs Monaten ein Fortzahlungsanspruch für Monatsentgelt und Kinderzulage bis zu 42, nach fünf Dienstjahren bis zu 91 und nach 10 Dienstjahren

bis zu 182 Kalendertagen zu.⁴⁵ Zusätzlich gebührt für die jeweils gleichen Zeiträume noch halbes Entgelt. Bei Dienstunfall kann die Fortzahlung durch den Dienstgeber über obige Zeiträume – sogar über das Ende des Dienstverhältnisses – hinaus gewährt werden. Unter den Voraussetzungen des § 24 Abs 10 ist auch eine Zusammenrechnungsregel für Dienstzeiten bei Gebietskörperschaften mit bis zu sechs Wochen Zwischenraum normiert.

Für Vertragslehrer des Entlohnungsschemas II L steht nach § 46 bei einer Wartefrist von 14 Tagen bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unfall innerhalb einer Koppelungsfrist von sechs Monaten ein Fortzahlungsanspruch für Monatsentgelt und Kinderzulage bis zu 42 Kalendertagen zu, wobei in bestimmten Ausnahmefällen weitere 42 Tage Fortzahlung gewährt werden können. Zusätzlich gebührt für den gleichen Zeitraum noch halbes Entgelt.⁴⁶

3.8.2. Einfluss des Entgeltfortzahlungsgesetzes

Wie bereits unter Punkt 3.3. erwähnt, findet nach § 1 Abs 3 Z 2 und 3 lit a⁴⁷ das Entgeltfortzahlungsgesetz BGBl 1974/399 (EFZG) auf Arbeitsverhältnisse zu einem Land – und somit auf vertragliche Landeslehrer – nur dann keine Anwendung, wenn für diese Personen zwingend zumindest genauso günstige Regelungen Anwendung finden als das EFZG. Im Kompetenzbereich desselben Gesetzgebers ergibt dies hier – wieder in Analogie zum Günstigkeitsprinzip gemäß § 3 ArbVG – eine Diskrepanz beim Entgeltanspruch von Vertragslehrern des Entlohnungsschemas II L, nach einem Dienstunfall und bei der Wartefrist:

⁴⁵ Nach § 24 Abs 2 besteht bei Versehrtenrentnern nach dem Kriegsopferversorgungsgesetz oder dem Opferfürsorgegesetz bei einem bestimmten Grad der Erwerbsminderung eine verkürzte Anrechnung der Dienstverhinderungen auf die genannten Zeiträume.

⁴⁶ Halbes Entgelt für weitere 42 Tage kann allerdings nur anstelle des erweiterten vollen Entgeltanspruches gewährt werden.

⁴⁷ Die strittige Anwendbarkeit des EFZG auf Privatwirtschafts- und (ev auch) Hoheitsverwaltung kann im Landeslehrerbereich dahingestellt bleiben, da nach Auffassung des EuGH – siehe später in Teil IV, Punkt 4.5. – Landeslehrer nicht in der Hoheitsverwaltung tätig sind.

a) Vertragslehrern des Entlohnungsschemas II L muss anstelle des § 46 Abs 2 zweiter Satz VBG in der Zeit vor dem 30. September 2006 nach fünf Arbeitsjahren⁴⁸ eine längere Entgeltfortzahlungsfrist als 42 Kalendertage für volles sowie 42 Kalendertage für halbes Entgelt – nämlich acht Wochen volles und vier Wochen halbes Entgelt nach § 2 Abs 1 im Arbeitsjahr – gewährt werden, sofern durch die zeitliche Lagerung der Koppelungsfristen im Arbeitsjahr nicht ohnehin eine zumindest ebenso lange Fortzahlung nach dem VBG zusteht. Zu beachten ist auch der Umstand, dass nach dem EFZG mit Beginn eines neuen Arbeitsjahres bei offener Dienstverhinderung auch ein neuer Fortzahlungsanspruch entsteht.

b) Beim Dienstunfall gewährt § 2 Abs 5 eine von sonstigen Dienstverhinderungen unabhängige Entgeltfortzahlung von acht Wochen bzw zehn Wochen nach 15 Dienstjahren, die unter Beachtung des § 24 Abs 6 iVm § 46 VBG dann zu einer Verlängerung des Anspruches führen kann, wenn durch die zeitliche Lagerung der Koppelungsfristen im Arbeitsjahr nicht ohnehin eine zumindest ebenso lange Fortzahlung nach dem VBG zusteht. Zeiten mit halbem Entgelt nach dem VBG sind in den Vergleich genauso einzubeziehen wie die Tatsache, dass das VBG keine getrennte Behandlung von Dienstunfällen vornimmt. Das Entstehen eines neuen Anspruches nach dem EFZG mit Beginn eines neuen Arbeitsjahres bei offener Dienstverhinderung ist auch hier zu beachten.

c) Das EFZG kennt keine Wartefrist für das Entstehen des Fortzahlungsanspruches, während gemäß § 24 VBG nur bei Vertragslehrern des Entlohnungsschemas I L – und das nur bei einem Unfall – keine Wartefrist besteht. Bei Anwendung des Gruppenvergleiches kann aber mE in diesem Bereich die Schlechterstellung durch die insgesamt längeren Anspruchsfristen des § 24 VBG kompensiert werden. Bei Vertragslehrern des Entlohnungsschemas II L erscheint eine analoge Auffassung zumindest fragwürdig, da nach fünf Dienstjahren in der Zeit vor dem 30. September 2006 schon eine Benachteiligung beim Grundanspruch im Vergleich zum EFZG denkbar ist. Allerdings kann diese Schlechterstellung mE durch die meist keine fünf Jahre anhaltende Verweildauer im Entlohnungsschema II L und der geringeren Zahl der Lehrer gemäß § 42b Abs 1 VBG, die in ausschließlich nicht gesicherter

⁴⁸ Nach § 42e Abs 1 VBG darf die Verwendung als Vertragslehrer des Entlohnungsschemas sieben Jahre, ab 1. Oktober 2004 sechs Jahre, ab 1. Oktober 2006 fünf Jahre nicht übersteigen.

Verwendung stehen, im Verhältnis zu Vertragslehrern des Entlohnungsschemas I L gerechtfertigt werden.

3.9. Gehaltsgesetz 1956

Das Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz BGBl 1984/302 (LDG 1984) ist nach § 1 auf die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Landeslehrer anzuwenden. § 106 leg cit verfügt die grundsätzliche Anwendbarkeit von dem – sonst nur für Bundesbeamte geltenden – Gehaltsgesetz 1956 BGBl 1956/54 (GehG) mit bestimmten Maßgaben auf Landeslehrer. Vor allem die Stellung des jeweiligen Bundeslandes als Dienstgeber anstelle des Bundes ist zu beachten. Das GehG umfasst im Sinne seines § 1 demnach auch pragmatische Landeslehrer.

Nach § 13c gebührt bei Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unfall – nicht bei Dienstunfall – nach 182 Kalendertagen innerhalb einer Koppelungsfrist von sechs Monaten nur mehr eine Entgeltfortzahlung von 80% des Monatsbezuges, wobei die Kinderzulage nicht zu kürzen ist. Die Kürzung wird allerdings um 80% der bei der Dienstverhinderung einzustellenden Zulagen und Nebengebühren⁴⁹ gemindert, wobei bei nicht pauschalierten Nebengebühren von einem Zwölftel der Summe dieser Nebengebühren auszugehen ist, die der Lehrer in den letzten 12 Monaten vor Beginn des koppelungsauslösenden (ersten) Krankenstandes bezogen hat. Es muss zumindest ein Monatsbezug in der Höhe der Mindestsätze nach dem Pensionsgesetz 1965 verbleiben. Nach § 15 Abs 5 sind pauschalierte Nebengebühren – außer bei Dienstunfall – bei einer länger als einen Monat dauernden Dienstverhinderung ab dem nächsten Monatsersten bis zum letzten Tag des Monats einzustellen, in dem der Dienstantritt erfolgt. Für die Gewährung einer Bildungszulage, welche eine Aufwandsentschädigung darstellt, auf die jeder Lehrer Anspruch hat, sind in den Ländern – basierend auf einem Rundschreiben des BMUK⁵⁰ – Erlasse maßgeblich, die bei Dienstverhinderung wegen Krankheit und

⁴⁹ Nicht anrechenbar sind lediglich Belohnungen (§ 19), der Fahrtkostenzuschuß (§ 20b) und die Jubiläumswendung (§ 20c).

⁵⁰ Nr 124 vom 22.11.1976, ZI 626/27 – 18A/a/76.

Unfall eine längere Fortzahlung als § 15 Abs 5 vorsehen.⁵¹ Nicht pauschalierte Nebengebühren werden nicht fortgezahlt, wobei für Mehrdienstleistungen gemäß § 50 LDG 1984 aufgrund der – nunmehr unbefristet geltenden – Jahresnormbestimmungen⁵² im Bereich der allgemeinbildenden Pflichtschulen eine eigene Kürzungsregelung geschaffen wurde.

3.10. Hausbesorgergesetz

Das Hausbesorgergesetz BGBl 1970/16 (HbG) gilt nach § 1 Abs 1 für privatrechtliche Dienstverhältnisse von Hausbesorgern mit den in § 1 Abs 2 genannten Ausnahmen⁵³, allerdings ist dasselbe nach § 31 Abs 5 zweiter Satz (weiterhin) nur mehr auf Dienstverhältnisse anzuwenden, die vor dem 1. Juli 2000 eingegangen wurden – später begonnene Dienstverhältnisse sind, wie schon erwähnt, aufgrund des externen Dienstgebers hier nicht relevant.

3.10.1. Anwendung des Hausbesorgergesetzes

Nach § 14⁵⁴ ist bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unglücksfall das Entgelt iSd §§ 7, 12 und 13⁵⁵ innerhalb eines Dienstjahres bis zu sechs Wochen, nach fünf Arbeitsjahren bis zu acht Wochen, nach fünfzehn Arbeitsjahren bis zu zehn Wochen und nach fünfundzwanzig Arbeitsjahren bis zu zwölf Wochen fortzuzahlen, wobei für jeweils vier Wochen Anspruch auf halbes Entgelt besteht. Bei einer weiteren Dienstverhinderung innerhalb eines Dienstjahres gebührt nach Ausschöpfung des Grundanspruches

⁵¹ In Wien regelt der Erlass des Stadtschulrates für Wien GZ 000.291/0000-kanz0/1976 vom 28.2.1977 in Punkt 3. eine zweimonatige Weiterzahlung bei Dienstunfähigkeit.

⁵² Siehe § 123 Abs 38 LDG 1984.

⁵³ Für Vertretungen nach § 17, in Geschäftshäusern, als Nebendienst in der Land- und Forstwirtschaft, in Amtshäusern und Schulen bei Bestand eines Dienstverhältnisses zur Gebietskörperschaft.

⁵⁴ § 14 Abs 1 gilt ab 1. Jänner 2001 in der gemäß § 31 Abs 1c geltenden Fassung.

⁵⁵ Die Dienstwohnung iSd § 13 ist ein Sachbezug, wobei bei Verzicht auf die Dienstwohnung ein monatliches Entgelt dafür zu leisten ist.

noch eine Fortzahlung von 49% bis zur Dauer von 14 Tagen, nach zwei Arbeitsjahren bis zu 21 Tagen und nach fünf Arbeitsjahren bis zu 28 Tagen. Bei Arbeitsunfall oder Berufskrankheit besteht ohne Rücksicht auf andere Dienstverhinderungen ein Fortzahlungsanspruch von acht Wochen, nach 15 Arbeitsjahren von zehn Wochen. Nach § 28 sind ua die Bestimmungen des § 14 unabdingbar gegenüber Vereinbarungen.

3.10.2. Anwendung des Entgeltfortzahlungsgesetzes

§ 14a HbG⁵⁶ enthält einen Verweis auf Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes BGBl 1974/399 (EFZG), der auch in § 1 Abs 4 angesprochen ist. Er betrifft – im hier interessierenden Bereich – die Zusammenrechnungsregel des § 2 Abs 3, die Höhe des fortzuzahlenden Entgeltes als regelmäßiges Entgelt nach § 3 Abs 2, die Mitteilungs- sowie die Nachweispflicht auf Verlangen des Arbeitgebers in § 4, die unter bestimmten Voraussetzungen zustehende Fortzahlung auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses nach § 5, die Unabdingbarkeit dieser Regelungen gegenüber Arbeitsvertrag, Dienstordnung, Betriebsvereinbarung und Kollektivvertrag nach § 6 sowie die Günstigkeitsregelung des § 7⁵⁷.

3.11. Gesundheits- und Krankenpflegegesetz

In einem Ausbildungsverhältnis der allgemeinen Gesundheits- und Krankenpflege an Schulen im Sinne des § 49 Gesundheits- und Krankenpflegegesetzes BGBl I 1997/108 (GuKG) stehenden Schülern wird für die Zeit der Ausbildung iSd § 41 ein nach § 49 Abs 5 bestimmtes Taschengeld⁵⁸ zugestanden, welches im Krankheitsfall bis zu drei Monaten – längstens bis zum Ausscheiden aus der Schule – weiterzuzahlen ist.

⁵⁶ Gilt ab 1. Juli 2000 in der gemäß § 31 Abs 1b geltenden Fassung.

⁵⁷ Dazu siehe schon oben unter Punkt 3.3., zweiter Absatz, letzter Satz.

⁵⁸ Bei verkürzten Ausbildungen iSd §§ 44 (Pflegehelfer), 45 (Sanitätsunteroffiziere), 46 (Spezialausbildungen), 47 (Hebammen), 48 (Mediziner) sowie nach § 92 (Pflegehilfe), gebührt kein Taschengeld.

3.12. Kollektivvertrag für Gutsangestellte

Das Gutsangestelltengesetz BGBl 1923/538 (GutsangG) erfasst – iVm Art XI Abs 2 der B-VGN 1974/444 – nach § 1 die in ständiger Verwendung stehenden Angestellten in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben oder Nebengewerben einschließlich solcher Betriebe der Länder oder Gemeinden nach § 3 Abs 1 leg cit und nimmt Angestellte im Anwendungsbereich des AngG wörtlich aus. Der Kollektivvertrag für die Angestellten des Landwirtschaftsbetriebes der Stadt Wien, Gemeinderatsbeschluss vom 21.9.1981 PrZ 2181, erfasst personell va Gutsverwalter, Assistenten, Wirtschaftler und Personal- und Finanzreferenten, die nach § 1 Abs 1 unter das GutsangG fallen.

3.12.1. Bestimmungen des Kollektivvertrages

Der Kollektivvertrag normiert in § 4 neben Dienstzeitanrechnungsbestimmungen in Abs 1 in den nicht im Vertrag selbst geregelten Fällen die Anwendung des GutsangG und sonstiger Normen für Land- und Forstangestellte wie va das Landarbeitsgesetz 1984 iVm der Wiener Landarbeitsordnung 1990.

3.12.2. Anwendung des Gutsangestelltengesetzes

Das GutsangG gewährt in § 8 bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unglücksfall bei einer halbjährigen Koppelungsfrist eine Entgeltfortzahlung bis zu sechs Wochen – bei Arbeitsunfall oder Berufskrankheit verlängert sich diese Frist um bis zu zwei Wochen – sowie nach fünf Dienstjahren bis zu acht Wochen, nach fünfzehn Dienstjahren von bis zu zehn Wochen und nach fünfundzwanzig Dienstjahren bis zu zwölf Wochen, wobei noch jeweils für weitere vier Wochen halbes Entgelt zusteht. Nach Erschöpfen der genannten Ansprüche besteht bei einer weiteren Dienstverhinderung Anspruch auf die Hälfte dieser Ansprüche. Sachbezüge⁵⁹ gebühren auch bei Fortzahlung von vermindertem Entgelt in voller Höhe. Auch Anzeige- und Vorlagepflichten für eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf Verlangen des Dienstgebers werden festgelegt. Nach § 9 bleibt der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Kündigung durch den Dienstgeber, Entlassung ohne wichtigen Grund sowie einem durch den

⁵⁹ Naturalwohnung, Verköstigung, Beleuchtung, Beheizung und Landnutzung.

Dienstgeber verschuldeten vorzeitigen Austritt sogar über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus gewahrt, sofern die Auflösung während der Dienstverhinderung erfolgt. § 4 regelt die Unabdingbarkeit gegenüber dem Dienstvertrag und § 41 Abs 1 die Subsidiärgeltung des ABGB.

3.12.3. Anwendung der Wiener Landarbeitsordnung 1990

Die Wiener Landarbeitsordnung 1990 LGBl f Wien 1990/33 (Wr. LAO 1990) regelt in Ausführung des Bundes-Grundsatzgesetzes Landarbeitsgesetz 1984 BGBl 1984/287 ua nach § 1 auch den Arbeiter- und Angestelltenschutz von land- und forstwirtschaftlich Bediensteten. Die Regelungen über die Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung durch Krankheit gemäß den §§ 21 bis 25 leg cit sind nach § 4 Abs 2 auf Angestellte in Land- und Forstbetrieben nicht anzuwenden.

3.13. Kollektivvertrag für Landarbeiter

Die Wiener Landarbeitsordnung 1990 LGBl f Wien 1990/33 (Wr. LAO 1990) regelt in Ausführung des Bundes-Grundsatzgesetzes Landarbeitsgesetz 1984 BGBl 1984/287 ua nach § 1 das Arbeitsvertragsrecht der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter (Landarbeiterrecht). Nach § 4 Abs 1 iVm § 4 Abs 3 Wr. LAO 1990 ist das Gesetz nur insoweit auf Dienstnehmer in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben der Stadt Wien anzuwenden, als keine besonderen Vorschriften für diese Rechtsgebiete bestehen. Eine solche ist hier iSd § 25 Wr. LAO 1990 mit dem Kollektivvertrag für die Landarbeiter der Gemeinde Wien, Gemeinderatsbeschuß vom 19.6.1991 PrZ 1496, der nach § 3 Abs 1 Landarbeiter, Gutshandwerker und Saisonarbeiter umfasst, vorhanden. Diesen Kollektivvertragsbediensteten ist die Anwendung der VBO 1995 nach deren § 1 Abs 2 Z 4 verwehrt.

3.13.1. Bestimmungen des Kollektivvertrages

Der Kollektivvertrag normiert in § 4 Abs 1 in nicht im Vertrag selbst günstiger geregelten Fällen die Anwendung der Wr. LAO 1990. Neben einer Zusammenrechnungsregel für Dienstzeiten in § 21 normiert § 8 eine Anwendung der §§ 21 bis 24 und 26 Wr. LAO 1990 mit der Maßgabe, dass für fünf Arbeitstage iSd § 5 eine Woche des Entgeltfortzahlungsanspruches als konsumiert gilt und dass nach

Erschöpfung der Fortzahlung noch durch zweiundzwanzig Wochen 40% des Entgelts weitergebühren.

3.13.2. Anwendung der Wiener Landarbeitsordnung 1990

Auf die Ausführungen zu Punkt 3.6.5., letzter Absatz, unter Beachtung des Zusatzanspruches nach § 8 des Kollektivvertrages nach Ausschöpfen des Grundanspruches, ist zu verweisen.

3.14. Kollektivvertrag für Forstarbeiter

Die Wiener Landarbeitsordnung 1990 LGBl f Wien 1990/33 (Wr. LAO 1990) regelt in Ausführung des Bundes-Grundsatzgesetzes Landarbeitsgesetz 1984 BGBl 1984/287 ua nach § 1 das Arbeitsvertragsrecht der land- und forstwirtschaftlichen Arbeiter (Landarbeiterrecht). Nach § 4 Abs 1 iVm Abs 3 Wr. LAO 1990 ist das Gesetz nur insoweit auf Dienstnehmer in land- und forstwirtschaftlichen Betrieben der Stadt Wien anzuwenden, als keine besonderen Vorschriften für diese Rechtsgebiete bestehen. Eine solche ist hier iSd § 25 Wr. LAO 1990 mit dem Kollektivvertrag für die Forstarbeiter der Gemeinde Wien, Gemeinderatsbeschluß vom 19.6.1991 PrZ 1497, der nach § 3 Abs 1 Forstarbeiter, Sägearbeiter, Saisonarbeiter und Lehrlinge umfasst, vorhanden. Diesen Kollektivvertragsbediensteten ist die Anwendung der VBO 1995 nach deren § 1 Abs 2 Z 5 verwehrt.

3.14.1. Bestimmungen des Kollektivvertrages

Der Kollektivvertrag normiert in § 4 Abs 1 in nicht im Vertrag selbst günstiger geregelten Fällen die Anwendung der Wr. LAO 1990. Neben einer Zusammenrechnungsregel für Dienstzeiten in § 19 regelt § 15 eine Anwendung des § 21 Wr. LAO 1990 mit der Maßgabe, dass für fünf Arbeitstage iSd § 5 eine Woche des Entgeltfortzahlungsanspruches als konsumiert gilt und bei Arbeitsunfällen nach Erschöpfung der Entgeltfortzahlung für achtzehn Wochen, nach fünfzehn Dienstjahren für sechzehn Wochen 49% des Entgelts weitergebühren.⁶⁰ Die Höhe

⁶⁰ Auch eine spezielle Zusammenrechnungsregel für Dienstzeiten gemäß § 21 Abs 3 Wr. LAO 1990 unter bestimmten Voraussetzungen bei Unterbrechungen bis zu sechs Monaten wird in § 15 Abs 1 lit d bestimmt.

des fortzuzahlenden Entgelts regelt § 16 unter Festlegung eines Durchschnittszeitraumes für die Bemessung sowie der einzubeziehenden Entgeltbestandteile und einer speziellen Stundensatzberechnung mit einem Mindestsatz des kollektivvertraglichen Zeitlohnes für eine Stunde in der entsprechenden Lohnkategorie.

3.14.2. Anwendung der Wiener Landarbeitsordnung 1990

Auf die Ausführungen zu Punkt 3.6.5., letzter Absatz, unter Beachtung des verlängerten Anspruches nach § 15 des Kollektivvertrages bei Arbeitsunfällen, ist zu verweisen.

3.15. Kollektivvertrag für Lehrer der Musiklehranstalten

Der Kollektivvertrag für die Lehrer der Musiklehranstalten Wien und die an die Konservatorium Wien GmbH zugewiesenen Lehrer, Gemeinderatsbeschuß vom 19.6.1991 PrZ 1746, umfasst nach § 2 Lehrer/innen der Musiklehranstalten Wien mit den Schularten Musikschulen und Kindersingschule sowie des Konservatoriums. Diesen Kollektivvertragsbediensteten ist die Anwendung der VBO 1995 nach deren § 1 Abs 2 Z 3 verwehrt. Nach Art XI Abs 2 der B-VGN BGBl 1974/444 sind in Angelegenheiten der Länderzuständigkeit des Art 21 Abs 1 und 2 B-VG solange Bundesgesetze anzuwenden, bis die Länder gleichartige Bestimmungen erlassen haben – für die Musiklehrer gilt daher noch immer (subsidiär) das AngG iSd § 3 leg cit.

3.15.1. Anwendung des Kollektivvertrages

Der Kollektivvertrag definiert in § 4 Verweise auf die VBO 1995 und das AngG und normiert neben Melde- und Bescheinigungspflichten (§ 9) in § 20 bei nicht vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Dienstverhinderung durch Krankheit oder Unfall – für Lehrer mit mindestens halber Lehrverpflichtung – eine Entgeltfortzahlung bis zu 6 Wochen und einen Zuschuß von 49% für weitere vier Wochen. Nach 2 Jahren Dienstzeit steht eine Fortzahlung bis zu 10 Wochen, nach 3 Dienstjahren bis zu 12 Wochen, nach 5 Dienstjahren bis zu 14 Wochen und nach 8 Dienstjahren bis zu 16

Wochen zu. Bei weniger als halber Lehrverpflichtung gebühren zwei Monate volle Entgeltfortzahlung.

3.15.2. Anwendung der Vertragsbedienstetenordnung

Verweise auf die VBO 1995 va in den §§ 14 und 17 des Kollektivvertrages betreffen Kinderzulagen, Teuerungszulagen und Sonderzahlungen sowie die Valorisierung der Gehälter.

3.15.3. Anwendung des Angestelltengesetzes

Verweise auf das AngG va in § 27 des Kollektivvertrages betreffen die Abfertigung. Ansonsten ist unter Beachtung der stets günstigeren Fortzahlungsfristen des § 20 des Kollektivvertrages auf die Ausführungen in Punkt 3.2. zu verweisen, va was die Koppelungsfrist und die Dienstunfallsregelung des § 8 sowie die Fortzahlung über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus in § 9 betrifft.

3.16. Kollektivvertrag für pharmazeutische Fachkräfte

Apotheker und Aspiranten iSd § 1 Abs 2 Z 1 Gehaltsskassengesetz 2002 BGBl I 2001/154 fallen in puncto Bemessung und Auszahlung der Bezüge grundsätzlich unter die Zuständigkeit der Pharmazeutischen Gehaltskasse iSd § 1 Abs 2 Z 1 leg cit. Für pharmazeutische Fachkräfte in den Anstaltsapotheken ist auch der zwischen dem Österreichischen Apothekerverband und dem Verband Angestellter Österreichs am 22.1.1982 abgeschlossen Kollektivvertrag zu beachten, auf den das Gehaltsskassengesetz 2002 mehrfach hinweist oder diesem auch bestimmte Regelungen vorbehält.⁶¹

3.16.1. Bestimmungen des Kollektivvertrages

Der Kollektivvertrag regelt neben einer Zusammenrechnung von Dienstzeiten beim selben Arbeitgeber in Art III Abs 3 und Melde- und Nachweispflichten bei Dienstverhinderung in Art VIII Abs 2 – im in dieser Arbeit interessierenden Bereich – va die Geltung des AngG in Art VIII Abs 1 durch Wiederholung der Bestimmung des

⁶¹ So zB § 15 Abs 2 bezüglich des Dienstaussesmaßes.

§ 32 Gehaltsskassengesetz 2002. Interessant ist der nach Art XII Abs 8 als dessen Bestandteil geltende Apothekenleitervertrag insofern, als dort in Art VI Abs 4 der Dienstgeber die Lohnverrechnung einem befugten Wirtschaftstreuhand übertragen kann – eine Funktion, die durch die MA 2 in Gegenverrechnung mit der Pharmazeutischen Gehaltskasse wahrgenommen wird.⁶²

3.16.2. Bestimmungen des Gehaltsskassengesetzes 2002

Das Gehaltsskassengesetz 2002 normiert in § 32 die Anwendung des AngG in Bezug auf die Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung.

3.16.3. Anwendung des Angestelltengesetzes

Auf die Ausführungen in Punkt 3.2. ist zu verweisen.

⁶² Aufgrund einer Vereinbarung zwischen der Gehaltskasse und der MA 3 (nunmehr MA 2) erfolgt die Auszahlung durch die MA 2 auf Rechnung der Gehaltskasse – siehe *Delabro/Schubert/Rauscher*, Das Dienstrecht der Vertragsbediensteten der Gemeinde Wien, (1981) S 18, FN 4.

III. Sachprobleme

1. Entgeltfortzahlungsfristen

1.1. Anspruchsfristen für volles und vermindertes Krankentgelt¹

1.1.1. Angleichung der Arbeiter an Angestellte

Schon seit 1958 gibt es Bemühungen um eine Kodifikation im Arbeitsrecht, die aber letztlich nur in Etappen möglich ist.² Mit dem Ziel der Vereinheitlichung bzw Angleichung der Arbeiter an die Angestellten wurde 1974 va für den Bereich der Entgeltfortzahlung das EFZG geschaffen, das neben dem bereits bestehenden AngG – selbst keine Kodifikation des Angestelltenrechts – in Kraft trat. Mit der Bundeskompetenz Arbeitsrecht gemäß Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG – ausgenommen Landarbeitsrecht – und der Abgrenzung zum öffentlichen Dienst in Art 21 leg cit durch die B-VGN BGBl 1974/444 mit Wirksamkeit 1. Jänner 1975 ist nur eine Teilkodifikation realistisch denkbar. Ein solcher Versuch endete 1978 beim Entgeltsicherungsgesetz im Entwurfstadium.³ Die Schaffung eines Arbeitsverhältnisgesetzes (AVHG)^{4,5} im Jahr 1998 unter dem Schlagwort „Aktion Fairness“ mit einer umfassenden Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten scheiterte – im hier interessierenden Entgeltfortzahlungsbereich – schließlich va

¹ Regelungen bei Beamten werden unter Punkt 1.12. behandelt.

² Siehe *Weißenberg*, Die österreichische Arbeitsrechtskodifikation, DRdA 1979, 1.

³ Siehe dazu auch *Messiner*, Geplante Reformen im Rahmen des Entwurfes eines Entgeltsicherungsgesetzes (ESG), ZVR 1978, 332.

⁴ Siehe dazu *C. Klein*, Gesetzesentwurf für die Angleichung der Rechte der Arbeiter an jene der Angestellten, ASoK 1998, 379; *Löschnigg*, Arbeitsverhältnisgesetz-(AVHG)Entwurf: Überblick, RdW 1999, 149; *Grießer*, Zum Entwurf des Arbeitsverhältnisgesetzes, ecolex 1999, 105; vgl auch *Schefbeck* zum Ministerialentwurf vom 3.11.1998 in JRP 1999, 80; *B. Schwarz*, AVHG-Entwurf: Rechtspolitischer Hintergrund, RdW 1999, 153; ZAS 1999, 28, Entwurf eines Arbeitsverhältnisgesetzes.

⁵ Siehe auch zum AVR in ZAS 1998, 61, Arbeitsvertragsrechtsgesetz.

wegen der empfindlichen Mehrkosten auf Seiten der Unternehmer⁶ und dem beharrlichen Wunsch der Sozialpartner auf volle Angleichung.

*Drs*⁷ hält die sachliche Rechtfertigung der Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten im Entgeltfortzahlungsrecht für fraglich und meint, die Differenzierung widerspricht dem Gleichheitsgrundsatz, da die historische Zweiteilung wegen der höheren Qualifikation von unentbehrlichen Angestellten gegenüber Hilfsarbeiten verrichtenden Arbeitern heute nicht mehr zeitgemäß ist, wenn man an die vielen Spezialfacharbeiter einerseits und Bürohilfskräfte andererseits denkt. Die sukzessive Ausweitung des Angestelltenkreises ist uneinheitlich. Sachliche Gründe der Unterscheidung liegen nicht mehr vor, daher wäre ein Gesetzesprüfungsverfahren wegen Gleichheitswidrigkeit – angeregt zB durch den OGH – denkbar. Die Abhängigkeit der Differenzierung von zahlreichen – auch nur indirekt einfließenden – Faktoren wie zB körperliche Belastung, Außen- oder Innendienst, Stressanfälligkeit, Zuverlässigkeit, Ausbildung, Verantwortung, Gefahrenpotenzial, Berufskrankheiten, Saisonarbeit, Dauer des Dienstverhältnisses uva würde mE eine spannende Entscheidung des VfGH erwarten lassen, obwohl die Gerichte – nach *Drs* – bisher keine Verfassungsbedenken gehabt haben.

Mit dem ARÄG 2000 BGBl I 2000/44 kam es in § 2 Abs 1 EFZG und § 1154b ABGB dann zu einer teilweisen Anpassung der Arbeiter- an die Angestelltenregeln des § 8 Abs 1 AngG,⁸ zumindest was die Entgeltfortzahlungsfristen betrifft,⁹ in Beibehaltung

⁶ So *B. Gruber* (Wirtschaftskammer Österreich), AVHG-Entwurf: Fairneß, Unfairneß und noch mehr, RdW 1999, 156; *Drs* (Wirtschaftsuniversität Wien), AVHG-Entwurf: Analyse und Kritik, RdW 1999, 158.

⁷ Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Abwesenheit (Serie: „Der praktische Fall“), DRdA 1999, 495 mit tw Verweis auf ihre Monographie: Arbeiter und Angestellte; Verfassungsrechtliche Aspekte arbeitsrechtlicher Ungleichbehandlung (1999).

⁸ Der zusätzliche halbe Fortzahlungsanspruch des § 8 Abs 2 AngG wurde nicht übernommen, vgl *C. Klein*, Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 (ARÄG 2000), DRdA 2000, 437 mit sehr gutem Hinweis auf die noch ausstehenden Maßnahmen zur Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten im Allgemeinen; siehe auch *Drs*, Neues aus dem Arbeits- und Sozialrecht: Das Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000, RdW 2000, 453; *Mayerhofer*, Arbeitsrechts-Änderungsgesetz 2000 (ASRÄG 2000), infas 2000, 119; gute Darstellung im Vergleich auch bei *Trattner*, Wann haben Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlte Freizeit? Neuerungen aufgrund des

der davon unterschiedlichen Lehrlingsregeln des § 17a BAG.¹⁰ Für Hausbesorger mit Beginn des Dienstverhältnisses nicht vor 1. Juli 2000 – ältere unterliegen weiterhin § 14 HbG, allerdings mit Fristenverlängerung ab 1. Jänner 2001 – wurde mit der Wohnrechtsnovelle 2000 BGBl I 2000/36 die Anwendung des EFZG ab 1. Jänner 2001 und damit eine Angleichung an die Angestellten festgeschrieben.¹¹

1.1.2. Regelungen für Angestellte

Regelungen für Angestellte iwS gewähren, abhängig von der Dienstzeit, im Krankheitsfall volle Entgeltfortzahlung für bestimmte Höchstfristen, denen Ansprüche auf halbe bzw viertel Bezüge und Zuschüsse zum Krankengeld bis zu 49 % des Nettomonatsbezuges nachgeschaltet sind. Einschlägige Bestimmungen¹² wie § 8

Arbeitsrechtsänderungsgesetzes 2000, ASoK 2001, 144, siehe auch *ecolex* 2000, 410, Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000; *Schefbeck* zum Ministerialentwurf vom 13.3.2000 in JRP 2000, 125.

⁹ Dazu speziell ZAS 2000, 91, Arbeitsrechtsänderungsgesetz – ASRÄG 2000; ZAS 2000, 125, Angleichung Arbeiter – Angestellte (Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 – ARÄG 2000); ARD 5109/1/2000 zum Ministerialentwurf; ARD 5129/1/2000 zum Ministerialentwurf idF des Sozialausschusses; ARD 5140/10/2000, Änderungen bei der Entgeltfortzahlung durch das ARÄG 2000; ARD 5195/2/2001, Krankenstand der Arbeiter, Neuregelung mit Vergleich alte – neue Rechtslage usw.; *C. Klein*, Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000, ASoK 2000, 146; *Kaszanits*, Das Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 – ARÄG 2000, Soziale Gerechtigkeit am Arbeitsplatz, ASoK 2000, 235; vgl auch *Choholka*, Krankenversicherung der unselbständig Erwerbstätigen, SozSi 2000, 685; weiters *Kaun*, Änderungen im Arbeits- und Sozialrecht ab 1.1.2001, Angleichung von Arbeitern und Angestellten – Urlaubsaliquotierung – Entfall des Postensuchtages bei Selbstkündigung etc., ASoK 2001, 2; praxisbezogen *Kocher/E. Müller*, Die Lohnverrechnung 2001, Kurzfassung der wichtigsten Bestimmungen und Neuerungen für 2001, SWK 2001, S 1.

¹⁰ Siehe dazu ARD 5140/9/2000, Entgeltfortzahlung bei Lehrlingen; ganz allgemein ARD 5250/3/2001, Entgeltfortzahlung bei Lehrlingen, Anspruch bei Arbeitsverhinderung auf volle Lehrlingsentschädigung und auf Teilentgelt, durch Arbeitsunfall, bei Beginn eines neuen Lehrjahres, bei Übertritt in ein Arbeitsverhältnis (Personalverrechnung spezial).

¹¹ Siehe dazu *Winkler*, Das neue Dienstrecht der Hausbesorger. Hausbesorgergesetz nur mehr auf vor dem 1.7.2000 abgeschlossene Dienstverhältnisse anwendbar, ASoK 2000, 366.

Abs 1 und 2 AngG, § 8 Abs 1 GutsangG, §§ 24 und 46 VBG, §§ 19 Abs 1 und 20 Abs 1 VBO 1995, sind – im Untersuchungsbereich dieser Arbeit – dabei zu beachten. Innerhalb einer Koppelungsfrist von sechs Monaten ab Wiederantritt nach erster Erkrankung – bei Dienstunfall bzw Berufskrankheit nur bei ursächlichem Zusammenhang – steht nach Ausschöpfung des vollen Fortzahlungsanspruches infolge Koppelung mit weiteren Dienstverhinderungen (im VBG Geltung als Fortsetzung der früheren Krankheit) ein verminderter Anspruch – als Grundanspruch oder weiterer Anspruch – zu.

Die verminderten Ansprüche des AngG – und auch des fast gleichlautenden GutsangG – bereiten in der Praxis allerdings enorme Schwierigkeiten, die sich in der älteren Judikatur und Literatur¹³ durchaus widerspiegeln. Nach älterer Meinung beginnt die zweite Frist des § 8 Abs 2 AngG erst nach Ausschöpfen der ersten Frist des § 8 Abs 1 AngG (Grundanspruch beinhaltet stets auch vier Wochen halbe Bezüge). Es stehen also – am Beispiel sehr kurzer Dienstzeit und unabhängig ob Erst- und Folgeerkrankung(en) – sechs Wochen volles und vier Wochen halbes Entgelt als Grundanspruch sowie sechs Wochen halbes und vier Wochen viertel Entgelt als weiterer Anspruch zu, zusammen somit 20 Wochen. Nach Ansicht des OGH¹⁴ läuft für jede (koppelbare) Folgeerkrankung jeweils nur die Gesamtfrist – im Beispiel also 10 Wochen Höchstausmaß.¹⁵ Zumindest soll dies für die ersten beiden Erkrankungen gelten. Das führt folglich dazu, dass nach Verbrauch eines offenen Grundanspruches von zB drei Wochen mit vollem Entgelt bei offener Wiedererkrankung nur mehr sechs Wochen halbes und eine Woche viertel Entgelt zustehen, obwohl noch ein weiterer Anspruch von drei Wochen viertel Entgelt zur Verfügung stehen würde. Diese beschränkte Koppelung ist umso ungünstiger, je

¹² § 17a Abs 1, 3 und 4 BAG wird wegen seines Konnexes mit dem EFZG – ungeachtet der vorhandenen Angestelltenlehrlinge – bei den Arbeitern behandelt. VBG und VBO 1995 machen grds keinen Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten und werden hier mitbehandelt.

¹³ Siehe *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, *Arbeitsrecht I*³ (1988) 210 ff; *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht 2*⁴ (1999) XXXI, 126 f.

¹⁴ Arb 5289 (1951).

¹⁵ Weitere Beispiele siehe ARD 5467/7/2004, Krankenstand der Angestellten.

kürzer die Ersterkrankung war und ist – so auch *Strasser*¹⁶ – sachlich nicht begründbar, da länger Kranke schlechter gestellt werden. Da gerade bei einer Entgeltfortzahlung infolge Krankheit länger Kranke umso schützenswerter erscheinen, ist mE die Gleichheitswidrigkeit evident. Ein zwischenzeitlicher Dienstantritt und die Inanspruchnahme des offenen Restanspruches ist in diesen (schweren) Fällen grds unmöglich. Die ältere Meinung ist die gerechtere, nach dem Wortlaut des § 8 Abs 2 AngG: „... Anspruch nur auf die Hälfte des nach Absatz 1 gebührenden Entgeltes“ – sofern die Gesamtdauer der Verhinderungen den Grundanspruch übersteigt – aber durchaus auch vertretbar, denn im obigen Beispiel steht dem Angestellten durch Ausschöpfen des restlichen Grundanspruches doch mehr zu als das „Entgelt“ für die Hälfte des Grundanspruches.

1.1.3. Regelungen für Arbeiter

Regelungen für Arbeiter iwS gewähren, abhängig von der Dienstzeit, im Krankheitsfall volle Entgeltfortzahlung für bestimmte Höchstfristen, denen Ansprüche auf halbe Bezüge, 40 % und 49 % Bezüge als Zuschüsse zum Krankengeld und Teilentgelt als Differenz zum Krankengeld nachgeschaltet sind.¹⁷ Einschlägige Bestimmungen wie § 2 Abs 1, 4 und 5 EFZG, § 21 Abs 1, 4 und 5 Wr. LAO 1990, § 14 § Abs 1, 3 und 4 HbG sind – im Untersuchungsbereich dieser Arbeit – neben einzelnen Bestimmungen in Dienstvorschriften und Kollektivverträgen dabei zu beachten. Eine Koppelungsfrist von sechs Monaten ab Wiederantritt nach erster Erkrankung kennt nur die Wr. LAO 1990, ansonsten ist auf Dienstverhinderungen im Arbeits- bzw Lehrjahr – Übergang zum Kalenderjahr ist möglich¹⁸ – abzustellen. Im Arbeitsjahr – bei Dienstunfall bzw Berufskrankheit nur bei ursächlichem Zusammenhang – steht nach Ausschöpfung des vollen Fortzahlungsanspruches

¹⁶ Siehe *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, 211 f.

¹⁷ Siehe *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, 212 f; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 127 f.

¹⁸ Nach § 2 Abs 8 EFZG durch Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 21 ArbVG.

infolge Koppelung mit weiteren Dienstverhinderungen ein verminderter Anspruch – als Grundanspruch oder weiterer Anspruch – zu.¹⁹

1.1.4. Zuschussregelungen

Problematisch ist die Bestimmung über den Zuschuss zum (fiktiven) Krankengeld in § 17a Abs 6 BAG, die nicht auf den Grund des Versagens des Krankengeldes abstellt, während § 14 Abs 3 HbG 49 % Entgelt ohne Abstellen auf die Höhe eines ev Krankengeldes gewährt, so wie dies auch § 21 Abs 4 Wr. LAO 1990 bei seiner 40 %-Fortzahlung vorsieht. Im Vergleich dazu gewährt § 20 VBO 1995 einen Zuschuss von bis zu 49 % des Nettomonatsbezuges zum (fiktiven) Krankengeld nur in den Fällen des § 138 Abs 1 ASVG und nach Erschöpfung der Leistung nach § 139 leg cit.

1.1.5. Dienstunfall bei Lehrlingen

Die Regelung des § 17a Abs 4, 6 und 7 BAG über Dienstunfälle bei Lehrlingen wird in Lehre und Judikatur nicht ganz einheitlich beantwortet.²⁰ Im Zusammenhang mit der Ablehnung der Zahlung des Krankengeldes für Zeiträume, in denen der Arbeitgeber zur Fortzahlung des Entgeltes verpflichtet gewesen wäre, hat der OGH²¹ auch die einschlägige Fortzahlungsregel – wie folgt – näher beleuchtet. Unbestritten ist demnach – da das BAG nicht auf § 2 Abs 5 EFZG verweist – die von sonstigen krankheitsbedingten Abwesenheiten unabhängige Fristenberechnung sowie die Berechnung pro Dienstunfall bei Außerachtlassung der Arbeitsjahrbetrachtung. Nach *Berger/Fida/Gruber* sind Folgeunfälle in ursächlichem Zusammenhang mit dem Dienstunfall zusammenzuzählen. Mangels Sonderregel bei Wiederdienstunfällen sind nach *Schrank* Folgedienstunfälle nicht anzurechnen, dh ein neuer Fristenlauf ist anzunehmen. Diese Meinung teilt auch der Hauptverband der

¹⁹ ME entsteht so wie nach *Cerny* bei einem Folgedienstunfall im nächsten Arbeitsjahr (Spätfolgen) aber wieder ein neuer Grundanspruch (aus *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴ XXXI, 128 oben und FN 34 dort unten).

²⁰ Übersichtliche Darstellung der Ansprüche siehe ARD 5480/8/2004, Entgeltfortzahlungsansprüche von Lehrlingen.

²¹ 26.3.1996, 10 ObS 261/95, SSV-NF 1996/10/28; ecolex 1996, 617 = ARD 4752/5/96.

Sozialversicherungsträger. Der OGH schließt somit gerade aus dem Nichtverweisen des BAG auf § 2 Abs 5 EFZG, dass der Gesetzgeber bewusst eine Besserstellung der Lehrlinge wollte – auch was den verbotenen Fortzahlungsausschluss bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit betrifft – und entscheidet sich ebenfalls für den Neubeginn des Fristenlaufes auch bei Folgedienstunfällen im ursächlichen Zusammenhang. Das BAG ist eben eine Spezialnorm zum EFZG und die Bestimmungen des EFZG sind nicht analogiefähig.²² Aufgrund des Wortlautes des § 17a Abs 4 BAG, der von „... ohne Rücksicht auf andere Zeiten einer Arbeitsverhinderung ...“ spricht, ist mE die Entscheidung des OGH durchaus nachvollziehbar, denn der Gesetzgeber hätte – wenn er eine Zusammenrechnung von Dienstunfällen bzw Folgedienstunfällen beabsichtigte – nach dem Wort „Arbeitsverhinderung“ die spezielle Abgrenzung einfügen müssen, wie zB „... wegen Krankheit ...“ oder „ ... wegen Krankheit bzw Dienstunfall oder Berufskrankheit, sofern es sich nicht um eine Arbeitsverhinderung infolge desselben Arbeitsunfalles oder derselben Berufskrankheit handelt ...“.

1.1.6. Nachträgliche Anerkennung als Arbeitsunfall

Völlig klar erscheint mir hingegen die Neuberechnung bzw Verlängerung der Entgeltfortzahlungsfristen bei nachträglicher Anerkennung als Arbeitsunfall, wenn sie auch mit einer Rückzahlung des sozialversicherungsrechtlichen Krankengeldes verbunden ist.²³

1.1.7. Fristenzählung

Die Fristenberechnung nach Wochen (zB in § 2 EFZG und § 17a BAG) bedeutet die Zählung von 5 Werktagen für eine Kalenderwoche, ungeachtet der Lage der Werktage.²⁴ Es sind die Kalendertage der Krankheit zu zählen und nicht die Arbeitstage.²⁵ Diese – nur mehr bei Feiertagen²⁶ – problematische Zählung ist ansonsten heute unumstritten.

²² Zustimmend DRdA 1997, 16 (Mayr).

²³ Zum EFZG siehe LG Leoben 3.8.1999, 23 Cgs 105/98, SVSlg 46.827.

²⁴ So ASG Wien 6.6.2000, 19 Cga 232/99x, ARD 5293/7/2002.

²⁵ Siehe ARD 5421/3/2003, Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs in Kalendertagen.

1.2. Koppelungs- oder Halbjahresfrist und Arbeitsjahr

1.2.1. Halbjahreskoppelungsfrist

Eine Koppelungsfrist für Krankenstände – ausnahmslos als Halbjahres- oder Sechsmonatsfrist – findet man in allen Normen für Angestellte, so in § 8 Abs 2 AngG und § 8 Abs 2 GutsangG, aber auch in § 24 Abs 5 und § 46 Abs 5 VBG²⁷, in § 19 Abs 3 VBO 1995 sowie in § 21 Abs 4 Wr. LAO 1990, einer Regelung für Arbeiter.²⁸ Sie bedeutet eine Koppelung von krankheitsbedingten Dienstverhinderungen,²⁹ welche innerhalb eines halben Jahres ab Wiederantritt des Dienstes³⁰ nach der Ersterkrankung eintreten.³¹ Dabei ist eine Dienstverhinderung, die in diesem Zeitraum eintritt, auch dann zur Gänze anzurechnen, wenn ihre Dauer – auch weit – über das Ende der Sechsmonatsfrist hinausgeht, wobei das Kalender- oder Arbeitsjahr in diesem Zusammenhang keine Bedeutung hat. Die Probleme der beschränkten Koppelung bei den Entgeltfortzahlungsfristen (Gesamtfrist für jede koppelbare Erkrankung)³² wurden bereits unter Punkt 1.1.2., zweiter Absatz, erwähnt, führen aber keinesfalls dazu, Krankenstände nicht zu koppeln, sondern nur dazu, Entgeltfristen nicht zu gewähren. § 13c Abs 2 GehG sowie § 38 Abs 4 BO 1995 bezüglich der Fortzahlung von anrechenbar erklärten Nebengebühren sehen – beide betreffend Beamte – ebenfalls eine Sechsmonatskoppelung von Dienstverhinderungen vor. Die in der Praxis auftretenden Probleme mit der

²⁶ Auf die Feiertagsproblematik wird später noch eingegangen.

²⁷ Das VBG bezeichnet neuerliche Dienstverhinderungen innerhalb der Koppelungsfrist als Fortsetzungen der früheren Krankheit.

²⁸ Siehe dazu *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, *Arbeitsrecht I*³, 212; auch *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht 2*⁴, XXXI, 127.

²⁹ Die Koppelung bei Arbeitsunfällen wird später behandelt.

³⁰ Dieser Dienstantrittstag wird in der Praxis „Ersterkrankungstichtag“ bezeichnet.

³¹ Siehe schon OGH Arb 6635 (1957).

³² OGH Arb 5289 (1951).

Halbjahresregel³³ sind nicht zu unterschätzen. Bei Fehlern sind uU die Dienstverhinderungen des gesamten Arbeitsverhältnisses nachzuprüfen, weil eben nur dann ein völliger Neubeginn von Koppelung und Zählung eintritt, wenn zwischen dem Dienstantritt nach der letzten Erkrankung aus der alten Koppelungsfrist und dem nächsten Krankheitsbeginn zumindest genau sechs Monate vergangen sind. Eine penibel geführte Evidenz über die Krankenstände und Dienstunfälle sowie deren belegter Verlauf lassen diese Probleme allerdings bewältigen.³⁴ Zu beachten gilt dabei auch, dass – zwar gemeldete oder/und belegte – Krankenstände von der Zählung dann nicht zu erfassen sind, wenn sie gemäß § 31 Abs 1 und 4 DO 1994 iVm § 6 Abs 8 Z 3 BO 1994 wegen nicht unverzüglicher Meldung als unentschuldigtes Fernbleiben – bei Vertragsbediensteten iVm § 17 Abs. 1 VBO 1995 auch in Widerspruch mit der Evidenz des Krankenversicherungsträgers – gelten.

1.2.2. Koppelung innerhalb des Arbeits- bzw Lehrjahres

Eine Koppelung der Krankenstände im Arbeits-, Dienst- bzw Lehrjahr findet man in Normen für Arbeiter wie § 2 Abs 5 EFZG – eine Arbeitsjahrumstellung nach § 2 Abs 8 leg cit ist möglich – und in § 14 Abs 3 HbG sowie für Lehrlinge in § 17a Abs 3 BAG.³⁵ Allerdings werden für die Bemessung der Entgeltfortzahlungsfristen neben vollständig in die Jahresbetrachtung fallenden Dienstverhinderungen nur die Teile der Krankenstände angerechnet, die kalendermäßig schon bzw noch in das betreffende Jahr fallen, da die Ansprüche pro Arbeitsjahr zustehen. Als Einzelmeinung kann die Ansicht von *Rothe*³⁶ angesehen werden, der sich wegen der Nichtnennung des Arbeitsjahres in § 2 Abs 1 EFZG von der hM (Kontingent pro Arbeitsjahr) distanziert. Die Abstellung auf den Anlassfall auch bei

³³ Siehe ARD 5467/7/2004.

³⁴ So ist es zB in Einzelfällen denkbar, dass ein bisher nicht erfasster Krankheitstag einzufügen ist, der noch dazu einen neuen (geänderten) Ersterkrankungstichtag auslöst.

³⁵ Siehe dazu *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, 212; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 127.

³⁶ Neues Jahr – neuer Anspruch? Entgeltfortzahlung bei fortdauernder Arbeitsverhinderung im neuen Arbeitsjahr, *ecolex* 2000, 518 mit heftiger Kritik an der Arbeitsjahrtheorie des OGH.

arbeitsjahrübergreifenden Krankenständen würde in Einzelfällen zu insgesamt kürzerer Fortzahlung führen. § 2 Abs 4 EFZG mit der Abstellung auf das Arbeitsjahr bei Wiedererkrankung sowie – so auch *Rothe* in seiner Zusammenfassung – auch die naheliegende Auslegung des OGH sprechen doch für die hM, auch wenn nach den Gesetzesmaterialien die legislative Umsetzung dessen, was dem Gesetzgeber vorschwebte, seiner Meinung nach misslungen ist. Jahresüberschneidende Krankenstände sind also anteilig nach ihrer Lagerung zwei oder mehr verschiedenen Jahren zuzuordnen.³⁷ Die Koppelungslogik kann – je nach Lage der Dienstverhinderungen und somit abhängig vom Zufall – ungeachtet der unterschiedlichen Fortzahlungsfristen bei Einzelfallbetrachtung Vor- oder Nachteile im Vergleich der Regelungen mit Sechsmonatskoppelung und mit Jahresbetrachtung bedeuten.³⁸ Daher kann mE den Ausführungen von *Drs*³⁹ mit dem Ergebnis einer unsachlichen Differenzierung zwischen Arbeitern und Angestellten im Entgeltfortzahlungsrecht und damit einer Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes durch die reine Anknüpfung an den Status nicht bedenkenlos gefolgt werden. Schließlich wären – im Vergleich EFZG mit AngG – nur solche Arbeiter benachteiligt, die im Arbeitsjahr erst nach Ablauf von sechs Monaten nach Wiederantritt nach Ersterkrankung abermals krank werden, weil bei Angestellten hier ein neuer Fristenlauf ausgelöst werden würde. Andererseits sind viele Angestellte schlechter gestellt, die lang andauernde Krankenstände aufweisen, denn die Sechsmonatskoppelung bezieht alle Krankenstände zur Gänze mit ein, die nur innerhalb der Koppelungsfrist beginnen, wo ein Arbeiter durch den Beginn eines neuen Arbeitsjahres schon wieder nach nunmehr gefestigter Judikatur⁴⁰ einen neuen Fortzahlungsanspruch erwirbt.

³⁷ Wie in solchen Fällen die Anrechnung auf die Entgeltfortzahlung vorzunehmen ist, wird in Punkt 1.6. behandelt.

³⁸ Siehe schon in Teil II, Punkt 3.6.6. iZm der Problematik des Günstigkeitsprinzips nach § 2 der Dienstvorschrift für Lehrlinge.

³⁹ DRdA 1999, 495, Punkt III.

⁴⁰ Siehe unter Punkt 1.6.

1.3. Anspruchswechsel oder Etappensprung

Probleme bereitete bis 1982⁴¹ auch die Frage, wie bei Erreichen einer längeren Dienstzeit mit dem erweiterten Entgeltfortzahlungsanspruch bei Krankheit⁴² umzugehen ist – eine Frage, die sich praktisch bei allen einschlägigen Regelungen stellt, aber im Gesetz selbst nie klärend beantwortet wird. Dieser Anspruchswechsel oder Etappensprung ist problemlos, wenn der Arbeitnehmer zum bezeichneten Zeitpunkt (Etappensprung) im Dienst ist, wird aber interessant, wenn sich der Dienstnehmer am Stichtag bereits im Krankenstand befindet. Bei noch aufrechter – voller – Entgeltfortzahlung verlängern sich die Anspruchsfristen ab dem Etappensprung entsprechend. Ein Aufleben des Differenzanspruches bei bereits erschöpfter – voller – Entgeltfortzahlung war noch vor 1982 nach der herrschenden Judikatur nicht möglich,⁴³ denn ein neuer Anspruch entstand demnach nur, wenn am Stichtag ein behaltfähiger Anspruch auf Arbeitsentgelt da war. Diese für die Wartefrist nach Dienst Eintritt geltende Entscheidung wurde allerdings für den Anspruchswechsel im EFZG schon in der Literatur nicht geteilt.^{44,45} Obige Aussage musste mE auch für Fälle mit halbem oder viertel Entgelt analog gelten.⁴⁶ Erst seit der Judikatur 1982 ist generell vom Aufleben des vollen Differenzanspruches – damit ist auch ein fiktiver Einschub eines vollen Anspruches bei bereits gekürzten Bezügen

⁴¹ Siehe OGH 4 16.2.1982, Ob 96/81, Arb 10.077 = ZAS 1982, 32 = REDOK 1982/425 = ÖJZ 1982/155 (EvBl) = DRdA 1983, 15 (*Csebrenyak*); näher DRdA 1982, 249, OGH: Eine von der Dauer des Arbeitsverhältnisses abhängige Erhöhung des Krankenentgeltanspruches kann noch während des Krankenstandes eintreten; auch *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, 211; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 126; hilfreich auch ARD 5467/7/2004.

⁴² ZB nach § 8 Abs 1 AngG erhöht sich der Fortzahlungsanspruch nach fünf Dienstjahren um zwei Wochen.

⁴³ OGH 7.10.1975, 4 Ob 56/75 betraf den Ablauf der im EFZG damals noch geregelten vierzehntägigen Wartefrist nach Dienst Eintritt – diese Problematik wird später näher behandelt.

⁴⁴ Siehe DRdA 1983, 15 (*Csebrenyak*), der dazu *va Adametz* und *Tutschka* (DRdA 1982, 489) anführt.

⁴⁵ Nach *Andexlinger*, Kommentar zu OGH 16.2.1981, 4 Ob 96/81, ZAS 1982, 228, galt das nach dem ARD HdB 1963 aber nicht für das AngG.

⁴⁶ Siehe zB § 8 Abs 2 AngG.

zu verstehen,⁴⁷ verbunden mit auch verlängerten Folgeansprüchen auf gekürzte Bezüge – auszugehen, wobei diese Problematik nicht mit der ähnlichen – auch umstrittenen und später angesprochenen – Problematik der Entgeltfortzahlung bei Beginn eines neuen Arbeitsjahres⁴⁸ verwechselt werden soll. Entscheidend für den verlängerten Anspruch ist nur mehr die Dienstzeitdauer, denn sonst würden Personen, die erst kurz nach dem Etappensprung erkranken, bessergestellt sein. *Andexlinger*⁴⁹ beschreibt das ganz gut, wenn er meint, dass aus dem Lohnausfallprinzip des § 8 AngG die Dauer des Dienstverhältnisses von der Krankheit unberührt bleibt, mit einem „Behalten“ des Anspruchs (so die Praxis) kann nicht argumentiert werden,⁵⁰ denn es sei der Grundsatz zu beachten, dass der Anspruch von der Fälligkeit der Bezüge abhängt, folglich ein Etappensprung vor Fälligkeit zu beachten ist. Die jüngere Judikatur⁵¹ verfestigt die bereits herrschende Auffassung.

1.4. Krankenstand und Dienstunfall

1.4.1. Allgemeine Regelungen zum Dienstunfall

Grundsätzlich in allen hier interessierenden Regelungen – für Arbeiter, Angestellte, und Lehrlinge – wird die Entgeltfortzahlung für Dienst- oder Arbeitsunfälle unabhängig von der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall normiert. Die wichtigsten einschlägigen Bestimmungen sind dabei § 17a Abs 4 und 5 BAG, § 11 Abs 1 Z 2 der Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete, § 2 Abs 5 EFZG, § 14 Abs 4 HbG, § 21 Abs 5 Wr. LAO 1990 und § 19 Abs 4 VBO 1995. Verlängerte

⁴⁷ ME wird damit auch das Höchstausmaß für die Folgeerkrankung iS von OGH (1951), Arb 5289, entsprechend verlängert.

⁴⁸ ZB § 2 Abs 1 und 4 EFZG und § 17a Abs 1 und 4 BAG.

⁴⁹ In ZAS 1982, 228.

⁵⁰ Später sehr gut formuliert später in OGH 28.1.1999, 8 ObA 163/98y, ZAS 1999/18 (*Pernkopf*), wo mit „Behalten“ tatsächlich ins Verdienen gebracht gemeint ist, dh das Entgelt, das grds vor der Erkrankung zustand.

⁵¹ Siehe OGH 28.1.1999, ObA 163/98y; 18.3.1999, ObA 215/98w; iZm der Arbeitsjahrtheorie zum EFZG siehe *Rothe*, *ecolex* 2000, 518.

Entgeltfortzahlungsfristen – bis zum Höchstmaß von zwei Wochen beim Grundanspruch – gewährt § 8 Abs 1 AngG, der sich iSd § 8 Abs 2 leg cit bei Folgeansprüchen aber nicht niederschlägt.⁵² Wenn also die Ersterkrankung ein Dienstunfall ist, wird das Höchstausmaß der Entgeltfortzahlung für Folgeerkrankungen – sofern keine Dienstunfälle – ohne erhöhten Grundanspruch berechnet. Das VBG kennt in § 24 Abs 6 unter bestimmten Voraussetzungen eine unbegrenzte Ermächtigung an den Dienstgeber zur Fortzahlung über die Krankenstandsfristen hinaus, wobei für II L-Lehrer in § 46 VBG eine solche Ermächtigung allerdings nicht besteht.⁵³ Ein Dienstunfall kann auch nur bei jenem Arbeitgeber als solcher gewertet werden, in dessen Betrieb er eintrat, während die Dienstverhinderung bei einem ev. vorhandenen zweiten Dienstgeber – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – als Krankenstand zu werten ist.⁵⁴

Die „Aktion Fairness“ wollte schon im Jahr 1999 mit der Schaffung eines Arbeitsverhältnissesgesetzes (AVHG) eine Gleichstellung von Arbeitern und Angestellte erreichen, allerdings blieb es bei einem – offensichtlich wegen einseitiger Rechtsangleichung auf Arbeitnehmerseite⁵⁵ – nicht umgesetzten Entwurf. Interessant ist die darin enthaltene Besserstellung der Arbeiter gegenüber den Angestellten beim Dienstunfall aufgrund des erhöhten Risikos.⁵⁶ Das Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 (ARÄG 2000) hat ab 1. Jänner 2001 eine Angleichung va durch die Verlängerung der Entgeltfortzahlungsfristen für Arbeiter gebracht, aber – erwartungsgemäß – die Sonderregelung bei Arbeitsunfällen der Arbeiter nach dem EFZG beibehalten.^{57,58}

⁵² Siehe dazu schon OGH Arb 5289 (1951); auch *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, 211; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 126.

⁵³ Zur Problematik der Anwendung von EFZG-Bestimmungen siehe schon in Teil II, Punkt 3.8.2. lit b).

⁵⁴ So schon OGH 15.3.1989, 9 ObA 73/89.

⁵⁵ So *Drs*, RdW 1999, 158 Punkt 4.

⁵⁶ Dazu *Löschnig*, RdW 1999, 149; *Drs*, RdW 1999, 158; *Grießer*, Zum Entwurf des Arbeitsverhältnissesgesetzes, *ecolex* 1999, 105.

⁵⁷ Siehe dazu *C. Klein*, DRdA 2000, 437; *Kaszanits*, ASoK 2000, 235; auch ARD 5129/1/2000; ARD 5140/9/2000; ARD 5140/10/2000.

1.4.2. Koppelung von Dienstunfällen

In den oben genannten Gesetzen besteht auch der einhellige – in einzelnen Fällen umstrittene – Grundsatz der Koppelung von Dienst- oder Arbeitsunfällen mit ursächlichem Zusammenhang⁵⁹ – natürlich nur unter Beachtung der Sechsmonatskoppelung bzw der Arbeitsjahr Betrachtung.⁶⁰ Teilweise umstritten war (ist) die Bestimmung des § 17a Abs 4 BAG bezüglich der Behandlung von solchen Folgedienstunfällen, die der OGH mit Hinweis auf die gewollte Besserstellung der Lehrlinge gegenüber § 2 Abs 5 EFZG – diese Bestimmung ist gerade deswegen nicht als anwendbar erklärt – so löste, dass er eine Zusammenrechnung mit dem ursächlichen Dienstunfall ebenso wie – die im Erk genannten – *Schrank* und der Hauptverband der Sozialversicherungsträger im Gegensatz zu *Berger/Fida/Gruber* verneinte.⁶¹ Die Ablehnung einer Analogie zum EFZG durch den OGH erscheint mE überzeugend, va was die sachliche Rechtfertigung der Besserstellung der Lehrlinge mit dem Beginn der Berufslaufbahn und dem leichter eintretenden Dienstunfall durch jugendlichen Leichtsinns betrifft.

1.4.3. Nachträgliche Feststellung eines Arbeitsunfalles

Schwierigkeiten bereitet auch oftmals die Tatsache, dass Arbeitsunfälle nicht sofort als solche gewertet werden dürfen, da der Entscheidung des zuständigen Unfallversicherungsträgers⁶² nicht vorgegriffen werden darf. In der Praxis wird daher

⁵⁸ Zur EFZG-Judikatur siehe schon *Tades/Molterer*, Die arbeitsrechtliche Judikatur in den Jahren 1976 bis 1978 (Teil 2), DRdA 1980, 194.

⁵⁹ Zu § 2 Abs 5 EFZG siehe OGH Arb 9475 (1976).

⁶⁰ Daher, so der OGH Arb 9475 (1976), gebührt mit *Cerny* bei „Spätfolgen“ daher volle neue Entgeltfortzahlung. In ein neues Arbeitsjahr hineinreichende Zeiten sind bei Folgedienstunfall in diesem Arbeitsjahr aber zu koppeln.

⁶¹ Siehe OGH 26.3.1996, 10 ObS 261/95, SSV-NF 1996/10/28 = DRdA 1997, 16 (*Mayr*); *ecolex* 1996, 617 = ARD 4752/5/96; vgl auch ARD 5250/3/2001; übersichtlich ARD 5480/8/2004.

⁶² Das ist entsprechend der gesetzlichen Unfallversicherung die Allgemeine Unfallversicherungsanstalt, die Versicherungsanstalt öffentlich Bediensteter bzw mangels einer

bei der Entgeltfortzahlung vorläufig das Vorliegen eines Krankenstandes angenommen und daraus resultierend auch die entsprechende Koppelung mit anderen Krankenständen sowie die Minderung bzw Einstellung des Entgelts vorgenommen. Nach Bestätigung des Arbeitsunfalles muss die Entgeltfortzahlung entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen für Arbeitsunfälle rückwirkend korrigiert werden, was zumeist für den Arbeitnehmer grds mit einer Entgeltnachzahlung und unter Umständen – sofern eine Leistung überhaupt erfolgte – mit einer Rückzahlung von Krankengeld⁶³ verbunden ist. Analoges gilt für Abwesenheiten als Folge eines vorangegangenen Dienstunfalles. Obwohl die Feststellung aufgrund von Melde- und Verfahrensvorschriften oft längere Zeit in Anspruch nimmt, erscheint mE eine andere Vorgangsweise va für den Arbeitgeber nicht zielführend, da eine Nachforderung von zuviel ausbezahltem Arbeitslohn arbeitsrechtlich in vielen Fällen problematisch ist.⁶⁴

1.5. Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit

In den einschlägigen Rechtsgrundlagen – so va in § 1154b Abs 1 ABGB, § 8 Abs 1 AngG, § 19 Abs 1 VBO 1995, § 2 Abs 1 EFZG, § 14 Abs 1 HbG, §§ 24, 46 VBG – wird die Anwendung der Entgeltfortzahlungsbestimmungen davon abhängig gemacht, dass die Dienstverhinderung weder vorsätzlich noch grob fahrlässig herbeigeführt wurde, widrigenfalls eine Bezugseinstellung zu erfolgen hat. Bei den Beamten der Gemeinde Wien gilt dies nach § 38 Abs 1 BO 1994 nur für die Fortzahlung von Nebengebühren und bei pragmatischen Landeslehrern ist die Entgeltfortzahlung nach § 13c Abs 1 GehG verschuldensunabhängig.⁶⁵ Im vertraglichen Bereich ist einzig bei den Lehrlingen im Anwendungsbereich des § 17a Abs 1 BAG die Entgeltfortzahlung vom Verschulden unabhängig.

gesetzlichen Unfallversicherung für Beamte die Bundeshauptstadt Wien nach den Bestimmungen des UFG 1967.

⁶³ Siehe dazu LG Leoben 2.8.1999, 23 Cgs 105/98, SVSlg 46.827.

⁶⁴ Zu denken ist ua an Bestimmungen über guten Glauben, einen bereits erfolgter Austritt, kein oder sehr geringes Entgelt zum Zeitpunkt der Rückforderung und Ratenwünsche.

⁶⁵ Zu diesen beiden Personengruppen siehe auch unter Punkt 1.12.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang wohl vor allem der Begriff der groben Fahrlässigkeit bzw die Grenze zwischen leichter und grober Fahrlässigkeit⁶⁶ mit reichhaltiger Judikatur und Literatur zu diesem Thema – oft iZm dem Arbeitgeberrisiko, trotz erfolgter Entgeltfortzahlung keine Erstattungsbeträge gemäß § 8 EFZG idF vor der Novelle BGBl I 2000/142 zu erhalten oder bereits erhaltene Erstattungsbeträge nach § 9 *leg cit* wieder zurückzahlen zu müssen.⁶⁷ So sind Folgen einer Geschlechtskrankheit grds unverschuldet,⁶⁸ ist das Mitverschulden eines Beifahrers ohne Gurtbenützung an einem Verkehrsunfall nur leicht,⁶⁹ ein Verkehrsunfall unter Alkoholeinfluss zumindest grob fahrlässig.⁷⁰ Auch das Vertrauen eines nicht voll berauschten Beifahrers in einen alkoholisierten Lenker ist grob fahrlässig.⁷¹ Die Provokation eines Arbeitskollegen, der mit einem Faustschlag reagiert, ist noch nicht grob fahrlässig, da eine solche Reaktion nicht anzunehmen ist.⁷² Die Nichtmeldung einer Nebenbeschäftigung allein ist noch kein grobes Verschulden für einen bei Ausübung der Nebentätigkeit erlittenen Wegunfall.⁷³ Bei Hinzutreten einer weiteren Krankheit während der Zeit einer grob fahrlässigen

⁶⁶ Siehe schon *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 125, auch *Tades/Molterer*, DRdA 1980, 194.

⁶⁷ Siehe dazu VwGH 7.12.1983, 82/08/0092, *inf* 1984, A 89 = *RdW* 1984, 181 = *SozSi* 1984, 441 = *SWK* 1984, K 28 = *ZfVB* 1984/1602; DRdA 1984, 360; auch VwGH 21.11.1990, 89/08/0125; ARD 4169/4/90; ARD 4225/2/90; ARD 4250/13/91; ARD 4428/29/93; ARD 5097/6/2000.

⁶⁸ Siehe OGH 9.2.1960, 4 Ob 139/59.

⁶⁹ Siehe OGH 28.6.1978, 8 Ob 73/78.

⁷⁰ Siehe VwGH 7.12.1983, 82/08/0092 vom 7.12.1983, *inf* 1984, A 90 ua bei einem Mopedunfall; nach VwGH 21.11.1990, 89/08/0125 genügt Mitverursachung iSd Adäquanztheorie; dazu auch ARD 4250/13/91; anders aber nach VwGH 28.11.1989, 88/08/0301, wenn bei Vorrangmissachtung und Alkoholisierung mangels Trennbarkeit der Verletzung die Kausalität nicht beweisbar ist.

⁷¹ Siehe VwGH 1.6.1999, 94/08/0065; gute Definitionen zur Fahrlässigkeit liefert VwGH 17.11.1999, 94/08/0159; dazu ARD 5097/6/2000.

⁷² Siehe VwGH 17.11.1992, 91/08/0073, der hier die grobe Fahrlässigkeit mit der auffallenden Sorglosigkeit iSd § 1324 ABGB gleichsetzt.

⁷³ Sehr transparent OGH 15.3.1989, 9 ObA 73/89; siehe auch ARD 4076/15/89; DRdA 1989, 427; *inf* 1989, A 100; *RdW* 1990, 56.

Arbeitsunfähigkeit kommt es aber zu einem Wiederaufleben der Entgeltfortzahlung, sofern nicht die weitere Erkrankung auch zumindest grob fahrlässig herbeigeführt wurde,⁷⁴ was in der Praxis wohl für den Arbeitgeber nur schwer zu beurteilen bzw vom Arbeitnehmer schwer nachweisbar sein wird.

Problematisch ist in all diesen Fällen die Aufbürdung des Risikos ungerechtfertigter Entgeltfortzahlung auf den Arbeitgeber – unabhängig von ev (ehemaligen) Erstattungsbeträgen –, denn er ist mit der Gefahr konfrontiert, einmal irrtümlich ausbezahltes Geld vom Arbeitnehmer wieder rückverlangen zu müssen, um keinen finanziellen Schaden zu erleiden. Dabei trifft ihn nicht nur die Verschwiegenheitspflicht von Arzt bzw Krankenversicherungsträger bezüglich der Diagnose, sondern der Arbeitgeber hat selbst unter Mitwirkung des Arbeitnehmers über den Verschuldensgrad zu entscheiden.⁷⁵ Eine Schadenersatzpflicht des Dienstnehmers über die Entgelteinbuße hinaus aus § 1324 ABGB mit Beweislast beim Arbeitgeber wird in bestimmten Fällen auch argumentiert.⁷⁶

1.6. Arbeitsjahr- bzw Lehrjahrwechsel

In engem Zusammenhang mit der unter Punkt 1.2.2. behandelten Frage der Koppelung von Krankenständen im Arbeitsjahr bei Arbeitern iSd § 2 Abs 4 EFZG bzw bei Hausbesorgern iSd § 14 Abs 3 HbG sowie im Lehrjahr bei Lehrlingen iSd § 17a Abs 3 BAG steht die Problematik, ob bei offenem Krankenstand nach Ablauf der Entgeltfortzahlungsfristen und darauf folgendem Beginn eines neuen Arbeits- bzw Lehrjahres sofort neue Entgeltfortzahlungsfristen zu beachten sind – und damit Entgeltfortzahlung zu leisten ist – oder ob dies erst ab dem ersten Krankenstand gilt, der im neuen Anspruchsjahr eintritt. Die Interpretation der einschlägigen Bestimmungen war lange Zeit zwischen Lehre und Judikatur heftig umstritten und verdient eine nähere Betrachtung der zum Meinungsstreit führenden Umstände.

⁷⁴ Siehe SozSi 1984, 296, § 125 Abs 1 ASVG; ARD HdB 1985, 203.

⁷⁵ Siehe ARD 4674/24/95.

⁷⁶ Siehe *Kleiner*, Entgeltfortzahlung und Schadenersatzanspruch des Dienstgebers bei selbstverschuldeter Arbeitsunfähigkeit des Dienstnehmers, Dienstverhinderung und Eigenverschulden, ASoK 1998, 336.

Ähnlich der Problematik beim Etappensprung⁷⁷ urteilte der OGH in älterer Judikatur⁷⁸, dass im Anwendungsbereich des § 2 EFZG ein Anspruchswechsel – dh ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch ab 1. Jänner des folgenden Kalenderjahres – bei offenem Krankenstand nur dann entsteht, wenn zum Jahreswechsel ein behaltenswürdiger Anspruch auf Arbeitsentgelt vorhanden ist.^{79,80} Sehr deutlich bestätigte der OGH seine Auffassung dann – entgegen der Kritik der hL^{81,82} – im Jahr 1997⁸³, wonach neue Entgeltfortzahlungsfristen – ableitbar schon aus dem Begriff Entgeltfortzahlung – erst ab Wiederantritt des Dienstes entstehen können. Allerdings revidierte er seine bisherige Ansicht im Jahr 1999^{84,85} und sieht nun – im Einklang mit

⁷⁷ Siehe schon unter Punkt 1.3.

⁷⁸ Siehe OGH 7.10.1975, 4 Ob 56/75; 15.6.1976, 4 Ob 52/76; auch *Tades/Molterer*, DRdA 1980, 194.

⁷⁹ Anders erkannte er bei einem Etappensprung gemäß § 8 AngG in OGH 16.2.1982, 4 Ob 96/81, Arb 10.077 = DRdA 1983, 15 (*Csebrenyak*) ua.

⁸⁰ Etwas verwirrend OLG Wien 24.1.1984, 35 R 219/83 mit nicht rückforderbarem Krankengeld im Anschluss an einen neuen Entgeltanspruch im neuen Arbeitsjahr; dazu *inf*as 1984, S 36.

⁸¹ So zB *Cerny* ua, auch des Hauptverbandes der Sozialversicherungsträger, weil gegen die langjährige Praxis verstoßend, zu lesen in ARD 4859/23/97, Erstattungsanspruch für Entgeltfortzahlung nach Überschreitung der Arbeitsjahrgrenze, – wobei die Handhabung der Erstattung nach dem EFZG den einzelnen GKK überlassen wurde.

⁸² Sehr transparent *Andexlinger*, Krankenstand von Arbeitern, *ecolex* 1997, 599 mit Hinweis auf die Kritik von *Adametz* und *Tomandl*. Die systematische Auslegung spricht nach *Andexlinger* für einen Krankenentgeltanspruch pro Arbeitsjahr mit neuem Anspruch ab eines neuen Jahres, unabhängig vom Begriff „Behalten“.

⁸³ Siehe OGH 17.4.1997, 8 ObA 2132/96d, ARD 4841/36/97 = ASoK 1997, 324 = *ecolex* 1997, 686 = *inf*as 1997, A 102 = ZASB 1997, 42 = DRdA 1998, 4 (zustimmend *Pfeil*); *ecolex* 1997, 599; *Andexlinger*, *ecolex* 1997, 599.

⁸⁴ Siehe OGH 28.1.1999, 8 Ob A 163/98y, Arb 11.819 = ARD 5009/11/99 = ASoK 1999, 303 = *ecolex* 1999, 195 = *inf*as 1999, A 74 = RdW 1999, 367 = ZAS 1999, 18 (*Pernkopf*) = ZASB 1999, 25; ARD 5022/20/99, Entgeltfortzahlung nach Überschreiten der Arbeitsjahrgrenze, HVSVT-Besprechung vom 7.4.1999; *Höfle*, Entgeltfortzahlung bei ununterbrochenem Krankenstand im neuen Arbeitsjahr (OGH 8 ObA 168/98y vom 28.1.1999, ARD 5009/11/99), ASoK 1999, 303. Übersichtliche Darstellung des Judikaturwandels bei *Drs*, RdA 1999, 495.

der hL – einen neuen Entgeltfortzahlungsanspruch im nächsten Arbeitsjahr auch dann als gegeben an, wenn bei einem ununterbrochenen Krankenstand die Fortzahlung bereits vor Jahreswechsel erschöpft ist. Behalten meint tatsächlich ins Verdienen gebracht, dh Entstehen neuer Ansprüche – „neues Kontingent“ – und daher gebührt grds das vor der Erkrankung zustehende Entgelt ab Jahresbeginn. Anderes galt aufgrund der Ereignisabhängigkeit nur bei koppelbaren Dienstunfällen, wenn der Erstunfall ins nächste Jahr reicht,⁸⁶ doch geht der OGH in jüngster Judikatur⁸⁷ nun auch bei Arbeitsunfällen von einer analogen Sichtweise aus (Arbeitsjahrkontingent trotz Anlassfallbezogenheit). Analoges gilt – abgesehen von der Koppelung beim Dienstunfall⁸⁸ – gemäß § 17a BAG auch für Lehrlinge, allerdings war der neue Anspruch ab Beginn des neuen Lehrjahres bei offenem Krankenstand – auch wenn die Entgeltfortzahlung bereits erschöpft ist – aufgrund der anderen Formulierung ohne dem Wort „Behalten“ nie umstritten.⁸⁹

Etwas differenzierter sieht *Rothe*⁹⁰ die Problematik des Arbeitsjahrwechsels bei offenem Krankenstand und vertritt einen Lösungsansatz entgegen der – nach nunmehr gefestigter OGH-Judikatur – vorherrschenden Arbeitsjahr-Theorie. Dieser Auffassung kann mE – in Konzentration auf die Bestimmungen des § 2 EFZG – im Ergebnis wenig abgewonnen werden. Zweifellos regelt § 2 Abs 1 leg cit einen Grundanspruch auf Entgeltfortzahlung nach erfolgter – erster oder auch weiterer – Erkrankung, sofern überhaupt der Dienst bereits angetreten wurde. *Rothe* meint nun, (erst) § 2 Abs 4 leg cit schränke diesen Anspruch für wiederholte Arbeitsverhinderungen ein, dh der Grundanspruch sei daher pro Anlassfall zu

⁸⁵ Siehe auch OGH 18.3.1999, 8 Ob A 215/98w mit Hinweis auf die Materialien; dazu infas 1999, A 75.

⁸⁶ Siehe *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 127, mit Bezug auf OGH 15.6.1976, 4 Ob 52/76, Arb 9475.

⁸⁷ OGH 7.6.2006, 9 ObA 13/06m; ARD 5708/9/2006, Neuer Entgeltfortzahlungsanspruch im neuen Arbeitsjahr auch bei Krankenstand nach Arbeitsunfall.

⁸⁸ Siehe schon oben unter Punkt 1.4.2.

⁸⁹ Siehe ARD 5250/3/2001; ARD 5480/8/2004.

⁹⁰ Übersichtlich in *ecolex* 2000, 518.

verstehen und eine fortlaufende „Erst“-Erkrankung könne nicht „... willkürlich in eine wiederholte Verhinderung umgedeutet werden ...“, somit könne eine Erkrankung über den Jahreswechsel hinaus ab Beginn des neuen Arbeitsjahres auch keinen neuen Anspruch entstehen lassen. Auch die Ereignisabhängigkeit beim Dienstunfall spräche gegen die Arbeitsjahr-Theorie des OGH, ebensowenig ließen die EB zu § 2 leg cit keine klare Gesetzgeberabsicht erkennen, weil durchgehende Dienstverhinderungen nicht angesprochen werden und somit erst bei neuer Erkrankung im neuen Arbeitsjahr neue Ansprüche entstehen würden.

Als Ergebnis dieser anlassfallbezogenen Betrachtung lässt *Rothe* keinen vollen Grundanspruch ab Arbeitsjahrbeginn – so aber die Arbeitsjahr-Theorie – entstehen, sondern gewährt nur einen – sofern noch nicht ausgeschöpften – Restanspruch aus dem auslösenden Krankenstand. Bei einer jahresüberschneidenden Folgeerkrankung⁹¹ gewährt er aber, trotz Ausschöpfung des restlichen Grundanspruches im alten Arbeitsjahr, ab Beginn des neuen Arbeitsjahres einen Differenzanspruch auf den neuen anlassbezogenen Grundanspruch.⁹² Obwohl die Grundansprüche nach beiden Theorien bei Gesamtjahresbetrachtung gleich sind, setzt dies mE aber doch voraus, dass der Arbeitnehmer seinen Krankenstandskonsum entsprechend ausnutzt. Denn während bei der Arbeitsjahr-Theorie bei andauerndem Krankenstand die vollen Ansprüche sofort gewährt werden, ist bei *Rothes* Betrachtung erst bei erfolgtem Dienstwiederantritt und erneuter (Erst)erkrankung eine Ausschöpfung des Grundanspruches möglich und – da man nicht zu beliebiger Zeit krank werden kann – entstünde dadurch ein finanzieller Nachteil. Ich vermisse bei *Rothe* auch sehr die Einbeziehung der Ansprüche auf halbes Entgelt gemäß § 2 Abs 1 letzter Satz iVm Abs 4 EFZG. Schlussendlich überzeugt aufgrund des Gesagten doch die einfachere Arbeitsjahr-Theorie des OGH mit dem „neuen Kontingent“ ab Beginn des neuen Arbeitsjahres.

⁹¹ Siehe *Rothe*, *ecolex* 2000, 518, Beispiel 3.

⁹² Oder anders ausgedrückt: Es steht der (volle) Grundanspruch des neuen Arbeitsjahres, allerdings vermindert um den restlichen alten, (vollen) Grundanspruch zu.

1.7. Lehrzeit und Behaltefrist, Ständigmachung, Pragmatisierung sowie Entpragmatisierung

1.7.1. Problemstellung

Diese dienstrechtlichen Vorgänge bzw Situationen haben gemeinsam, dass bereits ein Dienstverhältnis mit dem Arbeitnehmer besteht, das zu einem entweder vorbestimmten Zeitpunkt (beim Lehrling) oder während eines befristeten (Saisonarbeiter) oder unbefristeten Dienstverhältnisses (beim Vertragsbediensteten und Beamten) endet, aber – ausnahmslos ohne Unterbrechung – sofort mit nächstem Kalendertag ein neues – befristetes oder unbefristetes – Dienstverhältnis als Vertragsbediensteter bzw Beamter begründet wird. Es stellt sich die Frage, ob und wenn ja, welche Auswirkungen ein offener Krankenstand auf die Entgeltfortzahlungsfristen im neuen Dienstverhältnis hat.

1.7.2. Lehrzeit und Behaltefrist

Mit Beginn der Behaltefrist gemäß § 18 Abs 1 BAG bzw § 123 Abs 8 Wr. LAO 1990 wird bei Arbeiter- und Angestellten- sowie bei Landarbeiterlehrlingen⁹³ stets ein vertragliches Dienstverhältnis gemäß § 1 Abs 1 VBO 1995 bzw § 1 Abs 1 Wr. LAO 1990 begründet. Es gelten damit auch die entsprechenden Entgeltfortzahlungsregeln für das neue Dienstverhältnis, unabhängig von offenen oder erschöpften Fortzahlungsfristen aus dem Lehrverhältnis.⁹⁴ Da § 19 Abs 1 VBO 1995 auf den erfolgten Dienstantritt als Bedingung dafür abstellt, bei später eintretender Krankheit auch Entgeltfortzahlung zu leisten, wäre konsequenterweise bei Krankheit ab Beginn der Behaltefrist solange kein Entgelt zu zahlen, bis der „erstmalige“ Dienstantritt⁹⁵ erfolgt. Dies kann mE nicht für diejenigen Arbeitnehmer gelten, die lückenlos „quasi in einer durchgehenden dienstlichen Verwendung“ stehen, wie Lehrlinge iSd Dienstvorschrift für Lehrlinge bei Übernahme in die Behaltefrist. § 19 Abs 1 VBO

⁹³ Zu diesen Berufsgruppen siehe Teil II, Punkt 2.7. und 2.6. (als Kollektivvertragsbedienstete).

⁹⁴ Dies ist unstrittig, siehe ARD HdB 1978, 566; ARD 5250/3/2001; ARD 5480/8/2004.

⁹⁵ Siehe *Delabro/Schubert/Rauscher*, Das Dienstrecht der Vertragsbediensteten der Gemeinde Wien (1981) S 69, FN 1 ff zum vergleichbaren § 17 VBO 1979; *Blaha/Pollak*, Dienst- und Besoldungsrecht der Wiener Gemeindebediensteten, Kurzkommentar (2000) S 219, FN 1 zu § 19 VBO 1995.

1995 muss daher teleologisch auf die Fälle reduziert werden, die am Vortag des neuen Dienstverhältnisse ohnehin bereits in einem Dienst- oder Lehrverhältnis zur Gemeinde Wien gestanden sind.⁹⁶ Eine Analogie zu § 8 Abs 1 AngG ist mE etwas problematisch, da diese Bestimmung vom „... Antritt des Dienstverhältnisses ...“ spricht und damit auch der Beginn des vereinbarten Dienstverhältnisses und nicht unbedingt der tatsächliche – wenn auch nur versuchte – Dienstantritt verstanden werden kann.⁹⁷ Problemlos hingegen ist § 21 Abs 1 der Wr. LAO 1990, wo ein Dienst(verhältnis)antritt nicht Voraussetzung für die Gewährung von Entgeltfortzahlungsfristen ist.

1.7.3. Ständigmachung

Hier wird das nach § 1 Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete – neben Saisonbediensteten in bereits früher erwähnten Kollektivverträgen – begründete saisonale Dienstverhältnis in ein ständiges – wenn auch oft befristetes – Vertragsverhältnis „umgewandelt“, dh ein neues, sofort anschließendes vertragliches Dienstverhältnis gemäß § 1 Abs 1 VBO 1995 begründet. Auch hier muss mE § 19 Abs 1 VBO 1995 teleologisch reduziert werden.

1.7.4. Pragmatisierung

Mit Unterstellung unter die Dienstordnung gemäß § 2 DO 1994 wird ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis begründet, wobei das Vertragsverhältnis nach § 1 VBO 1995 mit Ende des vorangegangenen Kalendertages endet. Eine Erkrankung zu Dienstbeginn hindert nicht die – stets – volle Entgeltfortzahlung in Höhe des Bruttobezuges bei Gemeindebeamten. Bei pragmatisierten Wiener Landeslehrern ist durch § 13c Abs 1 GehG iVm § 106 Abs 1 LDG 1984 ebenfalls auch bei Erkrankung ab dem ersten Tag des Dienstverhältnisses volle Entgeltfortzahlung – wenn auch nicht zeitlich unbegrenzt – gewährleistet.

⁹⁶ Siehe *Delabro/Schubert/Rauscher*, Dienstrecht der Wr Vertragsbediensteten, 76 oben, zur Entscheidung des LG f ZRS Wien 17.2.1953, 44 Cg 34/53, Arb 5626 (1953). Dieses Ergebnis wird mit einer Analogie zu § 8 Abs 1 AngG erzielt.

⁹⁷ So aber offensichtlich die Auslegung des zitierten LG f ZRS Wien 17.2.1953, 44 Cg 3453, Arb 5626.

1.7.5. Entpragmatisierung

Mit Austritt⁹⁸ nach § 73 DO 1994 bzw § 16 Abs 1 Z 1 LDG 1984 endet das pragmatische Dienstverhältnis, das eine vertragliche Anstellung nach § 1 VBO 1995 bzw § 1 Abs 1 VBG iVm § 2 Abs 1 lit a LVG nicht ausschließt. Auch hier muss mE – bei Gemeindebediensteten – § 19 Abs 1 VBO 1995 teleologisch reduziert werden. Bei vertraglichen Landeslehrern ist mE § 24 Abs 1 VBG bzw § 46 Abs 1 leg cit sogar soweit teleologisch zu reduzieren, dass nicht nur die Dienstantrittsbedingung durch die lückenlose Dienstverwendung entfällt, sondern auch die Wartefristvoraussetzung^{99,100} von 14 Tagen nicht wirksam ist.

1.8. Vordienstzeitenanrechnung auf Entgeltfortzahlungstichtag

1.8.1. Problemstellung

Der Entgeltfortzahlungstichtag ist entscheidend für die Frage der Dauer der Entgeltfortzahlung bei Krankheit, da in den einschlägigen Normen nach Vollendung einer vorgegebenen Anzahl von Dienstjahren längere Anspruchsfristen gewährt werden, dh ein sogenannter Etappensprung oder Anspruchswechsel eintritt. Dabei gibt es sehr unterschiedliche Anrechnungsbestimmungen über Zeiten aus vorangegangenen Dienstverhältnissen, die in bestimmten Fällen interpretationsbedürftig sind.

⁹⁸ Bei einer Kündigung nach § 72 DO 1994 bzw § 16 Abs 1 Z 2 iVm § 106 Abs 1 LDG 1984 ist mE nicht von der praktischen Möglichkeit eines anschließenden vertraglichen Dienstverhältnisses auszugehen.

⁹⁹ Zur Wartefrist allgemein siehe unter Punkt 8.2.

¹⁰⁰ Dasselbe musste theoretisch mE auch für § 2 Abs 1 EFZG idF BGBl 1990/200 bis 31. Dezember 2000 gelten. Ab 1. Jänner 2001 gilt die teleologische Reduktion nur mehr für das Dienstantrittserfordernis, allerdings hat das EFZG – siehe in Teil II, Punkt 3.3. letzter Absatz – im öffentlichen Dienst praktisch keinen Anwendungsbereich (mehr).

1.8.2. Reichweite der Anrechnungsnormen

Am weitestgehenden ist die Vordienstzeitenanrechnung gemäß § 19 Abs 2 VBO 1995, der Zeiten früherer Dienstverhältnisse zur Gemeinde Wien uneingeschränkt als anrechenbar erklärt,¹⁰¹ und zwar unabhängig von den anwendbaren Rechtsvorschriften, wobei mE Dienstzeiten als Wiener Landeslehrer – nach bundesgesetzlichen Vorschriften – hier nicht einbezogen werden können. Die anderen hier interessierenden Regelungen lassen eine Anrechnung unter bestimmten, sehr eingeschränkten Voraussetzungen zu, wobei zumeist ein Zeitraum von mehr als 60 Tagen¹⁰² bzw sechs Wochen¹⁰³ zwischen Dienstverhältnissen beim selben Arbeitgeber nicht verstrichen sein darf und eine nicht dem Arbeitnehmer zuzuschreibende Beendigung voriger Dienstverhältnisse vorliegen darf.¹⁰⁴ Bestimmungen für Saisonbedienstete enthalten davon abweichende Bedingungen.¹⁰⁵ Einige betroffene Gesetze enthalten keine speziellen Anrechnungsbestimmungen¹⁰⁶ und sind hier unproblematisch. Anrechnungsprobleme aufgrund unklarer

¹⁰¹ Siehe dazu va *Blaha/Pollak*, Dienstrecht der Wiener Gemeindebediensteten, Kurkommentar, S 219 f, FN 4 und 5 zu § 19 Abs 2; auch *Delabro/Schubert/Rauscher*, Dienstrecht der Wr Vertragsbediensteten, S 69 f, FN 5 und 7 zum vergleichbaren § 17 VBO 1979.

¹⁰² Va in § 2 Abs 3 EFZG; siehe auch § 2 Abs 3a leg cit bei Betriebsübergang oder Unternehmensveräußerung; dazu vgl auch SWK 1981, B I 45, Verbrauch des Urlaubes; infas 1990, H 4, 9, Novelle zum Entgeltfortzahlungsgesetz, Bundesgesetz vom 17.5.1990, BGBl 1990/300; *Rebhahn*, Individualarbeitsverhältnisse bei Unternehmensveräußerung, *ecolex* 1990,167; ARD 4168/1/90, Änderung des Entgeltfortzahlungsgesetzes, Regierungsvorlage 1246 der Beilage zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP.

¹⁰³ Gemäß § 24 Abs 10 VBG sind dann alle Zeiten bei Gebietskörperschaften anzurechnen, wenn die Auflösung des früheren Dienstverhältnisses durch Dienstgeberkündigung oder Zeitablauf erfolgte.

¹⁰⁴ § 21 Kollektivvertrag für Landarbeiter verlangt zB auch, dass keine Abfertigung gezahlt wurde.

¹⁰⁵ Siehe § 11 Abs 2 Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete bzw § 33 Kollektivvertrag für Landarbeiter.

¹⁰⁶ ZB GehG, BAG und AngG.

Zusicherungsvereinbarungen für dienstzeitabhängige Rechte sind wegen der diesbezüglich eindeutigen Gesetzeslage nicht vorhanden.¹⁰⁷

1.8.3. Karenzierungsvereinbarung und Wiedereintrittsabrede

Teilweise umstritten ist der Einfluss von Unterbrechungen des Dienstverhältnisses auf den Entgeltfortzahlungstichtag, wobei echte Unterbrechungen nach den einschlägigen Normen zu beurteilen sind und unechte Unterbrechungen – so bei Karenzierungsvereinbarungen – hier nicht interessieren, wenn man davon ausgeht, dass das laufende Dienstverhältnis nicht unterbrochen wird.^{108,109,110} Auf die Probleme eines Aussetzungsvertrages mit Wiedereintrittsabrede im Vergleich zu einer Karenzierung¹¹¹ sei hingewiesen, treten im Bereich der Gemeinde Wien aber nicht auf, da sowohl § 1 der Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete als auch § 3 des Kollektivvertrages für Landarbeiter als die einschlägigen Regelungen für saisonale Dienstverhältnisse stets einen Zeitablauf – ev auch eine mit Weiterbefristung des Dienstverhältnisses – vorsehen. Für die Anrechnung auf

¹⁰⁷ Siehe dazu zB OGH 21.2.1984, 4 Ob 14/84, DRdA 1985, 4; OGH 16.12.1986, 14 Ob 195/86; OGH 5.4.2000, 9 ObA 25/00t, ARD 5144/8/2000 = infas 2000, A 92 = wbl 2000, 314 = ZIK 2000, 282; IndRME 2000, 314; OGH 16.10.2003, 8 ObA 1/03k; dazu ARD 5482/2/2004, Umfang einer Vordienstzeiten-Anrechnungsklausel im Dienstvertrag.

¹⁰⁸ Siehe dazu *Steinbauer*, Zur einvernehmlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, Teil II, ZAS 1984, 43, wonach (*R.*) *Müller* von einer Unterbrechung des Dienstverhältnisses ausgeht, *Tomandl* für eine Dienstzeithemmung, *Martinek uam* für eine Karenzanrechnung eintreten.

¹⁰⁹ Hemmungen der Anrechnung auf den Entgeltfortzahlungstichtag bei Karenz u dgl werden im Rahmen des Senioritätsprinzips, Punkt 1.9. angesprochen.

¹¹⁰ Interessant dazu *Mosler*, Probleme der Gelegenheitsarbeit (Serie: „Der praktische Fall“), DRdA 1986, 65 mit dem Beispiel eines durchgehenden Dienstverhältnisses einer Gelegenheitstaxilenkerin.

¹¹¹ Siehe dazu *Marhold*, Arbeits- und Sozialrechtliche Probleme der Aussetzungsverträge, RdW 1984, 246; *Mosler*, Aussetzungsverträge und Anrechnung der Aussetzungszeiten, RdW 1986, 309; zur Bildungskarenz siehe *W. Schwarz*, Nochmals: Das AVRAG im Zwielficht, RdW 2000/16. Interessant *Melzer-Azoldanloo*, Aneinanderreihung von Arbeitsverhältnissen, Zulässigkeitsgrenzen von Kettendienstverträgen, ASoK 1998, 297, wonach iSd OGH eine Karenzierung als „echter Aussetzungsvertrag“ mit voller Dienstzeitanrechnung möglich ist.

dienstzeitabhängige Rechte sind die unter Punkt 1.8.2. erwähnten Sonderregelungen für die Vordienstzeitenanrechnung zu beachten.

1.8.4. Grundrecht auf Freizügigkeit der Arbeitskräfte

Nicht völlig klar ist auch – bei Betrachtung des Zusammenspiels zwischen § 12 GehG bzw § 26 VBG mit Art 48 EGV beim Vorrückungstichtag in Bezug auf die Vordienstzeitenanrechnung bei anderen Gebietskörperschaften – die Auswirkung des Grundrechtes auf Freizügigkeit der Arbeitskräfte – unter Ausklammerung der öffentlichen Verwaltung mit Hoheitsgewalt nach Art 48 Abs 4 leg cit¹¹² – auf § 24 Abs 10 VBG bezüglich des Entgeltfortzahlungstichtages. Wenn beim Vorrückungstichtag eine gänzliche Ausklammerung von Zeiten im ausländischen Verwaltungsdienst zumindest eine mittelbare Diskriminierung darstellt,¹¹³ ist mE diese Auffassung für § 24 Abs 10 VBG analog zu vertreten.

1.8.5. Kettendienstverträge

Aneinandergereihte Dienstverhältnisse sind nach der Judikatur des OGH¹¹⁴ dann unzulässig, wenn keine Rechtfertigungsgründe aus persönlicher oder organisatorischer Sicht vorliegen.¹¹⁵ Im Bereich der Wiener Landeslehrer führten gerichtsanhängige Fälle aneinandergereihter, auf jeweils ein Schuljahr befristete, Dienstverhältnisse von Vertragslehrern des Entlohnungsschemas II L gemäß § 42d VBG iVm § 2 Abs 1 lit a LVG letztlich zur Einfügung des § 42e VBG mit BGBl 1995/522 ab 1. Jänner 1996 mit einer auf maximal insgesamt sieben Jahre dauernden solchen Verwendungsmöglichkeit bzw einer gemäß § 42e leg cit idgF

¹¹² Siehe dazu im Detail in Teil IV, Punkt 4.5.

¹¹³ Siehe EuGH 23.2.1994, C-419/92 (Vorabentscheidung); DRdA 1994, 436 (Kirschbaum).

¹¹⁴ Dazu besteht schon einschlägige ältere OGH-Judikatur aus 1962; aktuell siehe OGH 4.9.1996, 9 ObA 2226/96d; 26.3.1997, ObA 30/97w; dazu *Anzenberger*, Entgeltfreie Dienstzeiten und Abfertigung – Welchen Einfluß haben entgeltfreie Zeiten bei aufrechtem Dienstverhältnis auf anwartschaftsabhängige Ansprüche, ASoK 1997, 238.

¹¹⁵ Siehe OGH 6.7.1998, 8 ObA 15/98h, DRdA 1999, 44 (Krapf) – Arbeit auf Abruf und KAPOVAZ; *Melzer-Azoldanloo*, ASoK 1998, 297.

stufenweisen Reduzierung der Verwendungsdauer auf insgesamt maximal fünf Jahre ab 1. Oktober 2006. Nach § 42e Abs 2 iVm § 42b Abs 1 letzter Satz leg cit soll das für Lehrer mit Verwendung bis zu zehn Wochenstunden nicht gelten. Das ist mE doch bedenklich, da gerade in Zeiten einer Dienstpostenknappheit und auch der nach den §§ 15h ff iVm § 1 Abs 3 MSchG sehr großzügigen Teilzeitbeschäftigungsmöglichkeit von Lehrern im pragmatischen und I L-Vertragsbereich gemäß § 39 VBG – von auch unter zehn Wochenstunden – grds bis zum siebenten Lebensjahr des Kindes, eine solche starre Grenze diskriminierend erscheint. Eine deswegen doch erheblich größere Anzahl von zu besetzenden Stunden im Lehrerbereich würde einerseits eher eine vermehrte Aufnahme gerade eben von II L-Vertragslehrern mit auch geringerer Wochenstundenzahl – ohne Überziehung des Dienstpostenplanes – rechtfertigen, andererseits sich der Erklärungsbedarf bezüglich der Zulässigkeit einer Ungleichbehandlung von Gruppen von Landeslehrern erübrigen, auch wenn diese Argumentation auf Zeiten der Kindererziehung im Vorschulalter durch andere teilzeitbeschäftigte Lehrer eingeschränkt wäre.

1.9. Senioritätsprinzip und Geschlechtergleichbehandlung

1.9.1. Senioritätsprinzip

Senioritätsprinzip¹¹⁶ bedeutet die Anrechenbarkeit von Nichtarbeitszeiten auf dienstzeitabhängige Ansprüche – hier interessiert nur die Anrechnung auf den Entgeltfortzahlungstichtag – bei ununterbrochenem Dienstverhältnis, wobei nur Karenzurlaube nach §§ 15 ff MSchG^{117,118}, außerordentliche Karenzurlaube,

¹¹⁶ Siehe gute Darstellung bei *Wagner*, Elternkarenz versus Heeresdienste: Ungerechtfertigte gesetzliche Ungleichbehandlung bei der Anrechnung auf dienstzeitabhängige Ansprüche?, DRdA 1997, 77; *Mayr*, Anrechnung des Karenzurlaubes bei dienstzeitabhängigen Ansprüchen?, eolex 1998, 934.

¹¹⁷ Siehe dazu *Schrank*, Karenzurlaubserweiterungsgesetz: Neue Formen der Teilzeitbeschäftigung und ihre Auswirkungen auf die arbeitsrechtlichen Ansprüche (Teil I), ZAS 1990, 145 zu Teilzeitbeschäftigung und Karenzurlaub.

¹¹⁸ Zur freiwilliger Karenz siehe *Rauch*, Zur freiwilligen Verlängerung der Karenzzeit für Mütter bzw Väter – Die vom Arbeitgeber gewährte Verlängerung der Karenzzeit verursacht Kosten, die bei der gesetzlichen Karenzzeit nicht entstehen können, ASoK 2002,106.

Präsenz- bzw. Zivildienstzeiten und Zeiten unentschuldigter Fernbleibens zu untersuchen bleiben.¹¹⁹ Krankenstände nach erschöpfter Entgeltfortzahlung sind nach den einschlägigen Bestimmungen grds. stets als Dienstzeit anzurechnen.¹²⁰

1.9.2. Karenzurlaube und unentschuldigtes Fernbleiben vom Dienst

a. Bereich der Landeslehrer und Gemeindebetriebe

Im Anwendungsbereich der §§ 15 ff iVm § 1 MSchG sind die Karenzurlaube nach § 15f Abs 1 leg. cit. in der gemäß BGBl I 2001/103 ab 1. Jänner 2002 geltenden Fassung für dienstzeitabhängige Rechte nicht anzurechnen, soweit nicht anderes vereinbart wurde, allerdings ist die erste Karenz im Dienstverhältnis für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall jedenfalls bis maximal zehn Monate anzurechnen.¹²¹ Zusätzliche, zeitlich großzügig limitierte, volle Anrechnung normieren für bestimmte sonstige Karenzurlaube §§ 58a¹²² und § 58c LDG 1984 – beide iVm § 10 Abs 4 GehG – sowie nahezu analog §§ 29c und 29e VBG. Karenzurlaube nach MSchG bzw. VKG werden nach § 29c Abs 2 VBG bzw. § 10 Abs 1 Z 3 GehG stets ohne zeitliche Beschränkung voll auf dienstzeitabhängige Rechte angerechnet, während „außerordentliche“ Karenzurlaube zur Kindesbetreuung nach § 29b VBG bzw. § 10 GehG – nur – für die Vorrückung zur Hälfte angerechnet werden. Im Bereich des gemeindeeigenen Landwirtschafts- und Forstbetriebes ist die Anwendung des MSchG und des VKG ausgenommen, jedoch normiert § 26i Wr. LAO 1990 eine dem § 15f MSchG gleichlautende Anrechnungsregelung. Zeiten unentschuldigter Fernbleibens werden in den bezeichneten Gesetzen nicht dezidiert für die Anrechnung auf den Entgeltfortzahlungstichtag ausgenommen, daher ist mE

¹¹⁹ Übersichtliche Darstellung im ARD HdB 1978, 568, Anrechenbare Dienstzeit für das Ausmaß des Entgeltfortzahlungsanspruches nach dem EFZG.

¹²⁰ Anders nur § 21 Abs 2 Kollektivvertrag für die Landarbeiter der Gemeinde Wien und § 19 Abs 2 Kollektivvertrag für die Forstarbeiter der Gemeinde Wien.

¹²¹ Siehe dazu OGH 27.3.1997, 8 ObS 88/97t, SSV-NF 1997/11/38 = ARD 4864/50/97 = infas 1997, A 93 bei schlechterer Kollektivvertragsregelung.

¹²² So für Karenzurlaube mit Eintritt kraft Gesetz unbeschränkt, auf Antrag zur Lehrerausbildung bis höchstens drei Jahre, für den Dienst bei Einrichtungen der Europäischen Union etc. bis höchstens fünf Jahre.

von einer Anrechnung auszugehen, was va bei § 21 Abs 2 Kollektivvertrag für die Landarbeiter bzw § 19 Abs 2 Kollektivvertrag für die Forstarbeiter etwas eigentümlich erscheint, da somit nur „Tage einer Dienstverhinderung mit Anspruch auf Entgeltfortzahlung“ als Dienstzeit gelten – also nicht Zeiten nach erschöpfter Entgeltfortzahlung –, wohl aber Zeiten „ohne Dienstverhinderung“ – wenn auch ohne Entgeltanspruch – mit eingeschlossen sind.

b. Bereich der Gemeindeverwaltung

Nach § 13 DO 1994 sind alle Dienstzeiten ab Beginn des Dienstverhältnisses bis zum Ausscheiden für dienstzeitabhängige Rechte voll anzurechnen, wobei eine Einschränkung gemäß § 32 Abs 2 leg cit nur für eigenmächtiges und unentschuldigtes Fernbleiben vom Dienst von mehr als drei Tagen bzw Haft gemacht wird. Eine analoge Regelung – bezüglich der Einschränkung – enthält § 13 Abs 4 VBO 1995.

1.9.3. Präsenz- und Zivildienst

Im Anwendungsbereich des APSG^{123,124} besteht nach dessen § 8 volle Anrechnung auf die Dauer der Dienstzeit,¹²⁵ was mE auch den Entgeltfortzahlungstichtag – mangels Einschränkung – mit einschließt. Auch in den einschlägigen Landesgesetzen wird eine volle Anrechnung vorgenommen.

1.9.4. Geschlechtergleichbehandlung

Die unterschiedliche Behandlung der – bereits erwähnten Mutterschaftskarenz gemäß §§ 15 ff MSchG bzw § 7c VKG im Verhältnis zu § 8 APSG für dienstzeitabhängige Rechte – somit auch für die Entgeltfortzahlung – stößt in der

¹²³ Landes- und Gemeindebedienstete sind nach § 1 Abs 2 ausgenommen. Arbeiter iSd Landarbeitsgesetzes 1984 sind durch Verfassungsbestimmung in § 1 Abs 3 aber mitumfasst.

¹²⁴ Zur Neuregelung des APSG ab 1. Jänner 1992 siehe infas 1992, H 4, 3, Neuerungen im Arbeitsplatzsicherungsgesetz.

¹²⁵ Siehe dazu ARD 4974/5/98 zu OLG Wien 21.8.1998, 9 Ra 191/98v.

Lehre auf heftige Kritik.^{126,127} Von der – hier nicht interessierenden – unterschiedlichen Anrechnung auf die Abfertigungszeiten abgesehen, wird das – meist Frauen treffende – Anrechnungsdefizit bei der Mutterschaftskarenz, va wenn mehrere Karenzen in Anspruch genommen werden, im Verhältnis zu – meist Männer treffenden – Heeresdiensten, die regelmäßig ungleich kürzer sein werden, im Bereich des Entgeltfortzahlungstichtages ohnehin nur die seltenen Fälle treffen, welche exakt in später schlagend werdenden Zeiträumen längere Krankenstände aufweisen, wo – bei Fiktion einer Anrechnung – eine längere Entgeltfortzahlung die Folge sein würde. Aus diesem Grund und der Tatsache, dass – wie oben analysiert – im Bereich der Wiener Gemeindebediensteten nahezu ausschließlich eine gesetzliche Vollarrechnung von Mutterschaftskarenzurlauben zu erfolgen hat, kann mE im Untersuchungsbereich von keiner Diskriminierung gesprochen werden.

1.10. Einschränkungen bei Teilzeitbeschäftigten

Eigenartig erscheint – nach heutigem Recht – die Ungleichbehandlung bezüglich Teilzeitbeschäftigung durch die Bestimmung des § 1 Abs 3 Z 2 VBG bei Vertragsbediensteten des Bundes, da bei einem Beschäftigungsausmaß unter einem Drittel der Vollbeschäftigung die Anwendung des VBG grds ausgeschlossen wird und damit das AngG¹²⁸ anzuwenden ist, abgesehen davon, dass die Regelungen des § 8

¹²⁶ Siehe *Wagner*, DRdA 1997, 77 mit Kritik an der Ungleichbehandlung von Mutterschaftskarenz und Heeresdiensten; *Mayr*, ecolex 1998, 934 mit dem Vorschlag einer generellen Sechsmonatsanrechnung von Erstkarenzen auf die Abfertigungsberechnung; *B. Gruber*, Anrechnung des Karenzurlaubes bei dienstzeitabhängigen Rechten, ecolex 1999, 786 va zur fehlenden Abfertigungszeitanrechnung.

¹²⁷ Der EuGH 12.2.2004, C-220/02 sieht in der Nichtanrechnung der Karenz bei der Abfertigungsberechnung keine Diskriminierung der Frauen. Eine Abfertigung ohne Einrechnung von Zeiten elterlichen Erziehungsurlaubes steht Art 141 EG und RL 75/117/EWG nicht entgegen, da die Abfertigung in Österreich nicht als Entgelt iS dieser Vorschriften zu qualifizieren ist. Siehe dazu auch ARD 5482/1/2004, Keine Diskriminierung wegen Nichtanrechnung der Karenz bei Abfertigung.

¹²⁸ Siehe OGH 29.8.1990, 9 ObA 606/90 bei Musiklehrern in der Steiermark.

AngG für die krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung ohnehin oft günstiger sind.¹²⁹ Da für vertragliche Landeslehrer gemäß § 37 Abs 2 VBG iVm § 2 Abs 1 lit a LVG die obgenannte Regelung ohnehin als nicht anwendbar bezeichnet wird, darf die Ungleichbehandlung dahingestellt bleiben. Nicht einzusehen ist mE – mangels sachlicher Differenzierung – die Unterscheidung zu vertraglichen Bundesbediensteten dadurch noch mehr, auch hätte sich der Rechtsanwender mehr Transparenz bei den Anwendungsbestimmungen gewünscht und auch nicht eine – viel weiter hinten im Gesetz stehende – versteckte Regelung erwartet, die schon einmal Normiertes wieder – partiell – zurücknimmt.

1.11. Günstigkeitsvergleich, lex contractus und zwingendes Recht

Abgesehen vom „Günstigkeitsvergleich“ bei Anwendung des § 12 der Dienstvorschrift für Lehrlinge¹³⁰ findet man das Günstigkeitsprinzip oder den Günstigkeitsvergleich – im interessierenden Bereich – zwischen Dienstvertrag und gesetzlicher Norm, wobei dieser als Gruppenvergleich zu verstehen ist.¹³¹ Dabei wird – nach Lehre und Judikatur – mit Ausgangspunkt in § 3 Abs 2 ArbVG in Rechtsanalogie – statt dem Verhältnis Sondervereinbarung zu Kollektivvertrag – eine Anwendung auf sonstige verschiedenrangige Rechtsquellen erlaubt.¹³² Judikaturbeispiele sind va zur Entgeltfortzahlung des § 8 AngG – dem nach § 40 leg cit relativ zwingender Charakter unterlegt ist¹³³ – zu finden,¹³⁴ wobei in vielen Fällen

¹²⁹ Siehe dazu OGH 25.1.1989, 9 ObA 517/88 mit Vertragsschablone bei Kärntner Turnusärzten (Verhältnis VBG zu AngG).

¹³⁰ Siehe bereits oben in Teil II, Punkt 3.6.6.

¹³¹ Siehe dazu später iZm dem Homogenitätsprinzip va in Teil IV, Punkt 3.3.3.

¹³² Sehr exakte Darstellung des Günstigkeitsprinzips bei *Binder*, Vertragsschablonen für Spitalsärzte und zwingendes Recht, RdW 1998, 746, Abschnitt C iZm OGH 29.1.1998, 8 ObA 361/97i mit Betonung des rechtlichen und sachlichen Zusammenhanges. ME zu Recht verlangt am überzeugendsten *Tomandl* – so *Binder* – in funktioneller Betrachtungsweise eine gewisse Sachnähe.

¹³³ Daher auch durch Kollektivvertrag nicht beschränkbar, so schon OGH 12.6.1969, 2 Ob 102/69.

¹³⁴ Siehe OGH 29.1.1998, 8 ObA 361/97i, Arb 11.692 – Tiroler Turnusarzt; dazu RdM 1998/17; ausführlich dazu *Binder*, RdW 1998, 746; *ders* insofern klarstellend in seiner Bearbeitung zum

die Geltung einer anderen Rechtsvorschrift als Vertragsschablone – somit als *lex contractus* Vertragsinhalt¹³⁵ – vereinbart wird.

Im Bereich der Stadt Wien ist mE va bei Sonderverträgen iSd § 54 VBO 1995 bzw iSd § 36 VBG iVm § 2 Abs 1 lit a LVG¹³⁶ auf die einschlägige Judikatur und Lehre zum Günstigkeitsvergleich insofern Rücksicht zu nehmen, als die anzuwendenden Entgeltfortzahlungsbestimmungen aufgrund ihres relativ zwingenden Charakters unabdingbar sind, was ergo bedeutet, dass durch höhere Entgeltzahlung eine Verkürzung der Fortzahlungsfristen bei Krankheit nicht aufgewogen werden kann, da durch die diesbezüglich zwingenden Gesetzesnormen der §§ 19 VBO 1995 bzw der §§ 24 und 46 VBG ein Günstigkeitsvergleich verboten ist.

1.12. Kürzung bei Beamten

Neu ist die erstmalige Einführung von Gehaltskürzungen bei Beamten bei längerer Krankheit durch § 13c GehG ab 1. Oktober 2000 – mit erster praktischer Auswirkung frühestens am 1. April 2001 – um zuerst ein Drittel des Bezuges,¹³⁷ später geändert in eine Kürzung auf 80% des Monatsbezuges,¹³⁸ idgF gemindert durch eine – unter bestimmten Voraussetzungen mögliche – Kürzungsminderung durch den Bezug von

genannten Erk, RdW 1998, 757, als Entgeltbeschränkungen durch Vertrag wirkungslos sind, da zwingende Normen den Günstigkeitsvergleich verbieten. Siehe auch *Stärker*, Zulagen auch für Urlaubs- und Krankheitszeiten? OGH zu den Anspruchsvoraussetzungen bei Ärzten, ASoK 1998, 231; auch ARD 4958/23/98.

¹³⁵ Siehe OGH 25.1.1989, 9 ObA 517/88 mit VBG als *lex contractus* bei Kärntner Turnusärzten; 13.9.1989, 9 ObA 507/89 vom 13.9.1989; 29.8.1990, 9 ObA 606/90 bei steirischen Musiklehrern; 29.1.1998, 8 ObA 361/97i, Arb 11.692 – Tiroler Turnusarzt.

¹³⁶ Im Bereich der Berufsschullehrer wird aufgrund einer Richtlinie des BMBWK mit Sondervertrag eine höhere Entgeltleistung ermöglicht und durch den Stadtschulrat für Wien auch verstärkt in Anspruch genommen.

¹³⁷ Pensionsreformgesetz 2000 BGBl I 2000/95; siehe dazu Alvarado-Dupuy, Pensionsreformgesetz 2000 – Änderungen im Beamtenpensionsrecht und Dienstrecht.

¹³⁸ Pensionsreformgesetz 2001 BGBl I 2001/86; vorangegangen war eine Aufhebung durch den VfGH BGBl I 2001/34 aus formalen Gründen.

gewissen Nebengebühren. Die Stadt Wien hat diese Regelung bei den Landeslehrern anzuwenden, aber bei Gemeindebediensteten eine gleichartige Regelung bislang nicht in die BO 1994 aufgenommen. Probleme bereitete in der Praxis zuerst die in der ursprünglichen Fassung normierte Fortzahlungsfrist von sechs Monaten, was je nach Lage der Dienstverhinderungen – durch die unterschiedliche Tageszahl der Kalendermonate – zu einer unterschiedlichen Gesamtzahl von Fortzahlungstagen führte,¹³⁹ wobei auch die Materialien zum Pensionsreformgesetz 2000 zu dieser Verunsicherung beigetragen haben.¹⁴⁰ Die Änderung auf 182 Kalendertage¹⁴¹ Fortzahlung mit dem Pensionsreformgesetz 2001 BGBl I 2001/86 hat zwar die Vollziehung erleichtert,¹⁴² den ursprünglichen Wunsch einer Weiterzahlung von (realen) sechs Monaten bei krankheitsbedingter Dienstverhinderung aber nunmehr – wegen unterschiedlich langer Kalendermonate – doch in vielen Fällen nicht erreicht. Man hätte sich mE die ganze Aufregung durch eine sofortige Normierung von Kalendertagen oder -wochen – wie sonst in allen einschlägigen bestehenden Rechtsvorschriften – sparen können, ohne nur für Beamte partout eine „Sechsmonatsfortzahlung“ ins Auge zu fassen.

1.13. Anrechnung bei zweitem Dienstverhältnis

Nahezu trivial klingt die Problematik der Behandlung krankheitsbedingter Abwesenheiten bei Bestand mehrerer Dienstverhältnisse. Abgesehen von der Tatsache, dass – aufgrund der Verschiedenheit beruflicher Tätigkeiten – eine krankheitsbedingte Abwesenheit in einem Dienstverhältnis nicht zwingend auch eine

¹³⁹ Siehe dazu das Rundschreiben des BMÖLS vom 21.3.2001 mit einer mE etwas „abenteuerlichen“ Interpretation der Kürzungsvorschrift mit zwischen 181 und 184 Kalendertagen Fortzahlung ohne Rücksicht darauf, dass auch mit einer Vielzahl an kurzen Krankenständen die Sechsmonatsfrist – nun mit ungewisser Tageszahl! – überschritten werden kann.

¹⁴⁰ Siehe die EB zur Regierungsvorlage, Besonderer Teil: „Zu Art 2 Z 1 und 8 (§ 13c und § 175 Abs 37 zweiter Satz GehG)“.

¹⁴¹ Das entspricht 26 Wochen.

¹⁴² Siehe dazu das Rundschreiben des BMÖLS vom 25.10.2001 mit Betonung der Verwaltungsvereinfachung (<http://www.bmol.s.intra.gv.at>).

solche im weiteren Dienstverhältnis darstellen muss,¹⁴³ ist auch die Beurteilung von Dienstunfällen bzw Berufskrankheiten betriebsbezogen. So führt ein Dienstunfall nur beim Dienstgeber des Ereignisses zu längeren Fortzahlungsfristen nach den einschlägigen Vorschriften, beim weiteren Dienstgeber aber nur zu den kürzeren Fortzahlungsfristen für krankheitsbedingte Abwesenheit.¹⁴⁴ Die Betonung des OGH mit „... bei mehreren Dienstgebern gleichzeitig beschäftigt ...“ ist mE nicht konsequent genug, da auch mehrere Dienstverhältnisse beim selben Dienstgeber – allerdings mit der gebotenen Vorsicht¹⁴⁵ – zu einer betriebsbezogen getrennten Betrachtungsweise führen können.¹⁴⁶ Eine Spezialität – aber keine Rarität – ist die Situation, dass ein Landeslehrer mit einer Lehrpflichtermäßigung im öffentlichen Interesse iSd § 44 Abs 1 Z 2 LDG 1984¹⁴⁷ auch im Magistrat der Stadt Wien Verwendung findet. Ein Dienstunfall in dem einen Dienstverhältnis schlägt hier – ungeachtet einer funktionellen Differenzierung zwischen Landes- und Gemeindeverwaltung je nach Einsatzbereich – schon aufgrund der Anwendung von Bundes- bzw Landesrecht grds mit LDG 1984 bzw VBO 1995 – mangels zu vereinheitlichendem Dienstverhältnis nicht auch auf das weitere Dienstverhältnis durch.

1.14. Arbeitszeitmodelle

Abgesehen von der im Magistratsbereich weit verbreiteten – hier unproblematischen – Gleitzeitarbeit mit unterschiedlichen Rahmen- und Blockzeiten und der klassischen

¹⁴³ ZB wird ein gebrochener linker Daumen bei einem Bauarbeiter eine Dienstverhinderung darstellen, obwohl dies vielleicht für dessen weitere Tätigkeit als – sporadischer – Gemeindesekretär mE nicht (für dieselbe Zeit) zutreffen wird.

¹⁴⁴ Siehe dazu OGH 15.3.1989, 9 ObA 73/89, unabhängig vom Unterlassen der Meldung einer Nebenbeschäftigung; auch ARD 4076/15/89 = infas 1989, A 100; RdA 1989, 427.

¹⁴⁵ Im Normalfall ist von einem einheitlichen Dienstverhältnis auszugehen.

¹⁴⁶ Das wird grds dann der Fall sein, wenn aufgrund der Verschiedenartigkeit der Tätigkeiten auch verschiedene Rechtsgrundlagen heranzuziehen sind, zB das HbG und die VBO 1995.

¹⁴⁷ Analoges gilt für eine Lehrpflichtermäßigung iSd § 44 Abs 1 Z 3 LDG 1984.

Teilzeitarbeit¹⁴⁸ – sei noch die – zumeist bei Teilzeitbeschäftigten aufzufindende – Arbeitszeiteinteilung auf weniger als fünf bzw sechs Werktagen zu erwähnen.¹⁴⁹ Ungeachtet der logischen Urteilsquotierung bei weniger als sechs Werktagen – ausgenommen bei Landeslehrern – sind die Entgeltfortzahlungsfristen bei Dienstverhinderung nach den einschlägigen Rechtsvorschriften keinesfalls zu aliquotieren, was einleuchtend ist, da ein ununterbrochenes Dienstverhältnis mit dienstfreien Tagen vorliegt. Zweifelsohne ist dies mE dienstnehmerfreundlich, da eine Dienstfähigkeitsmeldung – mit oder ohne ärztlicher Bestätigung über die Dienstverhinderung – gerade an dienstfreien Tagen bevorzugt werden wird, um Entgeltfortzahlungstage zu „sparen“. De lege lata kann der Arbeitgeber zumindest im Anlassfall „vorbeugend“ eine Arztbestätigung verlangen, um diese Vorgangsweise zumindest zu erschweren bzw ev einen Missbrauchsverdacht durch ein ernstes Gespräch mit dem Arbeitnehmer zu bereinigen. Es besteht keine – hinlängliche – sachliche Rechtfertigung für eine gesetzliche Ausnahmeregelung.

2. Fortzuzahlendes Entgelt und Zuschuss

2.1. Entgeltbegriff, regelmäßiges Entgelt und Durchschnittsberechnung

2.1.1. Entgeltbegriff

Ungeachtet der Fortzahlungsfristen stellt sich bei jeder Entgeltfortzahlung – hier speziell für die Dienstverhinderung bei Krankheit und Unglücksfall – die grundlegende Frage, was man unter dem fortzuzahlenden „Entgelt“ in den einschlägigen Vorschriften prima vista zu verstehen hat, ohne noch näher auf die Fortzahlungsfähigkeit einzelner Entgeltbestandteile oder Währungsprinzipien und dgl einzugehen. Eine Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag als synallagmatischen Vertrag ist die – grundsätzliche – Entgeltleistungspflicht des Arbeitgebers, wobei unbestritten das vertraglich zugesicherte oder gesetzlich normierte Entgelt¹⁵⁰ zu

¹⁴⁸ Allgemein siehe dazu *G. Klein*, Arbeitsrechtliche Probleme neuer Arbeitsformen, DRdA 1984, 301.

¹⁴⁹ ZB bei Landeslehrern sind dienstfreie Tage nach Maßgabe des Stundenplanes grds keine Seltenheit.

¹⁵⁰ Die bescheidmäßige Festsetzung der Monatsbezüge im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis der Beamten wird näher unter Punkt 2.3. behandelt.

leisten ist. Ungeachtet der etwas verwirrenden Formulierungen im Zusammenhang mit dem Entgeltbegriff in einigen – hier relevanten – Vorschriften,^{151,152} ist mE von einem ähnlichen Verständnis der diversen Gesetzgeber bzw Kollektivvertragspartner wie zu § 49 ASVG auszugehen, wenn auch die Sozialversicherung einen engeren Entgeltbegriff normiert als das Arbeitsrecht. Beispielhaft ist die klare Formulierung des § 19 Abs 5 VBO 1995, der neben dem Monatsbezug auch die zum Entgelt gemäß § 49 ASVG zählenden Nebengebühren in die Fortzahlung hineinnimmt. Unbeschadet davon wird in den einschlägigen Vorschriften oft die Möglichkeit, bestimmte Entgeltteile wie va Nebengebühren von der Fortzahlung auszuklammern, – wie das zB die §§ 8a iVm 24 bzw 46 VBG offensichtlich zum Ausdruck bringen wollen – wahrgenommen.

§ 49 Abs 1 ASVG definiert – in Vorbildfunktion – sehr klar den Entgeltbegriff im sozialversicherungsrechtlichen Sinn und bezieht auch Sonderzahlungen iSd § 49 Abs 2 leg cit mit ein,¹⁵³ wobei der Ausnahmekatalog des § 49 Abs 3 leg cit strikt zu beachten ist und Bezeichnungen va von Nebengebühren – so wie auch nach arbeitsrechtlichem Verständnis – stets unbeachtlich sind, wenn sie von ihrer Beschaffenheit her als Entgelt zu qualifizieren sind.^{154,155} Das Arbeitsrecht kennt keine Legaldefinition des Entgelts, es wird in hL und stRsp nur allgemein umschrieben. Unstrittig ist, dass arbeitsrechtlich von einem einheitlichen und weiten

¹⁵¹ So zB in § 8a VBG mit Monatsentgelt, Zulagen und Sonderzahlungen bzw Monatsentgelt in den §§ 24, 46 leg cit, in § 17a BAG mit Lehrlingsentschädigung als Entgelt, in den §§ 11, 14, 20 Kollektivvertrag für Musiklehrer mit Monatsbezügen und Sonderzahlung.

¹⁵² Siehe *Tades/Molterer*, Die arbeitsrechtliche Judikatur in den Jahren 1976 bis 1978 (Teil 1), DRdA 1980, 97 mit Verweis auf OGH Arb 9430 (1976), wo Bezug umfassender als Gehalt, aber gleich wie Entgelt, mit auch in größeren Abständen zu zahlenden Leistungen verstanden wird.

¹⁵³ Bei aufrechter Fortzahlung von laufendem Monatsentgelt ist das unproblematisch. Die Sonderzahlungsproblematik nach Ende der Fortzahlungsfristen wird später unter Punkt 4. behandelt.

¹⁵⁴ Siehe auch später zu einzelnen Arbeitgeberleistungen va unter Punkt 2.6.

¹⁵⁵ Klar in OGH 26.1.1994, 9 ObA 365/93, DRdA 1994, 47 (*Andexlinger*), Nachtdienstzulage als Entgelt; siehe auch OGH 24.5.1995, 8 ObA 323/94, Arb 11.404, Außendienstzulage als Entgelt; dazu ARD 4671/32/95 = DRdA 1995, 523.

Entgeltbegriff ist von Entgelt als jeder vermögenswerten Leistung für die eingesetzte Arbeitskraft inklusive Naturallohn und exklusive Aufwandsentschädigungen auszugehen ist¹⁵⁶ – sofern es sich dabei um einen reinen Aufwand- oder Auslagenersatz handelt – ,^{157,158} wobei es nicht auf die Steuer- oder Sozialversicherungspflicht ankommt.¹⁵⁹

In Übereinstimmung mit dem OGH¹⁶⁰ und ua *Kallab*¹⁶¹ sind mE die Grundsätze des Generalkollektivvertrages über den Begriff des Entgelts aufgrund einer Ermächtigung in § 6 Abs 5 URLG¹⁶² in gleicher Weise im Ergebnis auch für die Entgeltfortzahlung im Krankenstand heranzuziehen, auch da der diesbezügliche Generalkollektivvertrag zu § 3 Abs 5 EFZG¹⁶³ nahezu das selbe Ergebnis hervorbringt.¹⁶⁴ Den Entgeltbegriff

¹⁵⁶ Siehe va OGH 19.4.1977, 4 Ob 23, DRdA 1978, 252 (B. Schwarz); OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96, wbl 1997, 254 = ZAS 1997/19 (Risak).

¹⁵⁷ Solche klassischen Aufwandsentschädigungen sind zB Auslagenersätze, Fahrtvergütungen, Nächtigungsgelder und Kleidungsvergütungen.

¹⁵⁸ So ist zB nach OGH 5.6.1984, 4 Ob 60/83, Arb 10.355 = RdW 1984, 318 = REDOK (1984) 14.043 eine Wegzeitvergütung Entgelt, wenn sie keinen Spesenersatz darstellt; siehe auch OGH 16.4.1998, 8 ObA 94/98a zum Wegegeld bzw Fahrgeld; 28.9.2000, 8 ObA 173/00z; dazu Röpke, OGH: Zur Regelung der Fahrtkostenvergütung im Kollektivvertrag für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigerbetriebe, DRdA 2001, 72; OGH 13.10.1999, 9 ObA 228/99s, ASoK 2000, 219 = DRdA 2000, 177 = infas 2000, A 28 = RdW 2001, 57 = wbl 2000, 82 zum Übernachtungsgeld; dazu ARD 5144/11/2000.

¹⁵⁹ So zählen zB Schmutzzulagen – ungeachtet § 49 Abs 3 Z 2 ASVG – zum Entgelt, siehe dazu SozSi 1978, 74, Sind Schmutzzulagen, die in dem an Dienstnehmer im Krankheitsfalle fortzuzahlende Entgelt enthalten sind, in der Sozialversicherung beitragsfrei?

¹⁶⁰ 17.10.2002, 8 ObA 67/02i, Provisionen in der Entgeltfortzahlung bei Urlaub und Krankenstand; siehe dazu ARD 5379/1/2003, Berücksichtigung von Provisionen bei Bemessung des Urlaubs- und des Krankenentgelts.

¹⁶¹ Generalkollektivvertrag zum Begriff des Entgelts, DRdA 2003, 45, ausführlich zu OGH 17.10.2002, 8 ObA 67/02i vom 17.10.2002.

¹⁶² Generalkollektivvertrag zwischen der Bundeskammer der gewerblichen Wirtschaft und dem Österreichischem Gewerkschaftsbund vom 22. Februar 1978.

¹⁶³ Generalkollektivvertrag aus dem Jahre 1974.

analog auch auf § 8 Abs 1 AngG auszudehnen, erscheint schon gewagter, zumal das AngG nicht von einem „regelmäßigen“ Entgelt spricht und nach § 40 leg cit eine Abänderung durch Dienstvertrag – nicht aber durch Kollektivvertrag – erlaubt. Da aber eine echte Regelungslücke vorliegt, ist ein Analogieschluss mit § 6 UrlG, § 3 EFZG und § 9 ARG – und somit mit den Grundsätzen des Generalkollektivvertrages – iS des OGH angebracht und auch sinnvoll. Inhaltlich entsprechen die Grundsätze der bezeichneten Generalkollektivverträge im wesentlichen ohnehin dem bisher Gesagten und können verallgemeinert werden.

2.1.2. Regelmäßiges Entgelt

Der strapazierte Entgeltbegriff in den einschlägigen Rechtsvorschriften ist sowohl im Arbeiter- wie auch im Angestelltenbereich¹⁶⁵ iS eines regelmäßigen Entgelts – wörtlich bezeichnet in § 3 EFZG und § 22 Abs 3 Wr. LAO 1990 – zu verstehen, was viele Judikaturbeispiele und die hL – ungeachtet des anzuwendenden Währungsprinzips und repräsentativer Durchrechnungszeiträume – übereinstimmend belegen.¹⁶⁶ Zu fragen bleibt allerdings, wann überhaupt von einer Regelmäßigkeit eines Entgeltbezuges gesprochen werden kann, wobei zB der obgenannte analogiefähige Generalkollektivvertrag zum UrlG in seinem § 2 Z 2 und 3 – genauso wie die gleichartige Regelung des Generalkollektivvertrages zu § 3 EFZG – zwar in unwiderlegbarer Vermutung von erbrachten regelmäßigen Überstunden ausgeht, aber das Tatbestandsmerkmal „regelmäßig“ nicht näher definiert.¹⁶⁷ Dass der Begriff der Regelmäßigkeit demnach nicht strittig sein soll, wie dies der VwGH¹⁶⁸ schließt, ist

¹⁶⁴ Einzig Fehlgeldentschädigungen gelten – nach hM unabhängig von der Steuerpflicht – beim Urlaubsentgelt als Entgelt, beim Krankenentgelt als Aufwandsentschädigung.

¹⁶⁵ Siehe schon oben zu OGH 17.10.2002, 8 ObA 67/021.

¹⁶⁶ Konkrete Nachweise – dazu unten immer im gegebenen Zusammenhang – finden sich va zum AngG und EFZG. Die Geltung für das BAG ist durch dessen § 17a Abs 7 und für das Gehaltsskassengesetz durch dessen § 32 evident, mE auch analoge Geltung für die – hier interessierende – Wr. LAO 1990, das GutsangG und das HbG.

¹⁶⁷ Daher die mE berechtigte Kritik von *Tomandl*, Die Berücksichtigung von Überstunden im Rahmen der Entgeltfortzahlung, ZAS 1993, 169.

¹⁶⁸ 24.6.1997, 95/08/0041.

mE nicht nachvollziehbar, vielmehr wird – gerade bei nicht pauschalieren und nicht feststehenden Überstunden – die Regelmäßigkeit undefiniert vorausgesetzt und demgemäß auch nicht einhellig beurteilt.

2.1.3. Beurteilung der Regelmäßigkeit

Der OGH sagte schon 1980¹⁶⁹, dass Regelmäßigkeit nur aus der Beobachtung längerer Zeit ableitbar ist und dass für die Höhe der Fortzahlung eher derselbe Zeitraum¹⁷⁰ wie für diese Beobachtung heranzuziehen ist. So wird eine sechsmonatige Überstundenleistung im letzten Jahr als regelmäßig eingestuft,¹⁷¹ obwohl auch das eine Ausnahmeerscheinung gewesen sein könnte, was dann die Konsequenz der Ausklammerung von nur „unregelmäßig“ angefallenen Überstunden bei Berechnung der Fortzahlung hätte und folglich bei dieser Beurteilung mE auf die konkrete Betriebssituation im Einzelfall¹⁷² abzustellen ist, dessen ungeachtet ein Beobachtungszeitraum von einem Jahr im Anwendungsbereich des AngG auch mE als befriedigend angesehen werden kann.

§ 3 Abs 4 EFZG sieht als „Richtwert“ für die Berechnung der Entgeltfortzahlung bei Leistungsentgelten uä einen Zeitraum von 13 Wochen – das sind 3 Monate bei monatlicher Gehaltszahlung – vor. Eine generelle Orientierung an diesen 13 Wochen – subsidiär bei nicht ohnehin feststehender Leistung – wird tw vertreten,¹⁷³ ist aber mE rein für die Beurteilung der Regelmäßigkeit – in der Praxis va bei Überstunden – doch zu kurz angesetzt, wenn auch der VwGH¹⁷⁴ beim Feiertagsentgelt, das er nach gleichen Maßstäben beurteilt, einen Beobachtungszeitraum von 13 Wochen als

¹⁶⁹ Arb 9874 (1980); dazu auch *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 121 ff.

¹⁷⁰ Der geeignete Zeitraum für die Durchschnittsberechnung wird später unter Punkt 2.1.5. untersucht.

¹⁷¹ Siehe OGH 18.11.1987, 9 ObA 97/87 vom 18.11.1987; dazu kritisch ZAS 1988, 13 (*Andexlinger/Spitzl*).

¹⁷² Kurz- bis mittelfristige Mehrleistungen wegen Urlaubs- und Krankenvertretung sind noch keine regelmäßigen Überstunden.

¹⁷³ Siehe ZAS 1988, 13 (*Andexlinger/Spitzl*).

¹⁷⁴ 5.3.1991, 88/08/0239; dazu RdW 1992, 86.

besser empfindet als ein Jahr und nur bei besonderen Gründen – zB bei Saisonschwankungen – wegen der Kontinuität eine längere Zeitspanne als zielführend erachtet. Auch der OGH¹⁷⁵ spricht – abgesehen von Überstundenpauschalen und Überstunden in feststehender Einteilung – von der Ermittlung der „regelmäßigen“ Überstunden in einem grds Beobachtungszeitraum von 13 Wochen, aber eine allgemeine Antwort sei nicht möglich und so sind auch die Einzelfallumstände anzusehen und grds sei nur eine Jahresbetrachtung wegen der Kontinuität befriedigend.¹⁷⁶ Diesen Auffassungen kann mE schon deswegen – für den Krankheitsfall – nicht widerspruchlos gefolgt werden, wenn als conclusio wohl am Beispiel einer monatlichen Gehaltszahlung nur eine Überstundenleistung in zumindest zwei von drei Monaten als regelmäßig anzusehen sein würde, obwohl dies bei Monatsüberschneidung uU nur zwei zusammenhängende Kalenderwochen betreffen könnte, andererseits vier zusammenhängende Kalenderwochen in nur einem Monat aber zuwenig für eine Regelmäßigkeit sein würden.¹⁷⁷ Diese Pauschalbetrachtung ist nicht sinnvoll, wenn man mE nicht ungeachtet davon auch die betriebliche Situation als Korrektiv einbezieht. Die Neutralisierung von Nichtarbeitszeiten im Beobachtungszeitraum – auch bei der Feststellung der Regelmäßigkeit – erscheint dabei logisch. Ausführlich untersucht hat dies *Tomandl*¹⁷⁸ – neben der Höhe der Fortzahlung bei Fehlzeiten im Beobachtungszeitraum – iZm dem Branchenkollektivvertrag der Metaller, der eine Regelmäßigkeit bei Leistung von Überstunden in mindestens 7 Wochen im Beobachtungszeitraum von 13 Wochen festlegt und *Tomandl* hat mE zutreffenderweise festgehalten, dass bei ungewissen Überstunden – anders als der OGH – zu differenzieren ist, ob neben einer mindestens in 7 Wochen erbrachten Überstundenleistung am Ausfalltag auch im Betrieb Überstunden angefallen sind oder nicht, wobei eben auch eine länger als 7

¹⁷⁵ 11.11.1992, 9 ObA 166/92, ZAS 1993, 15; 26.1.1994, 9 ObA 365/93, DRdA 1994, 47 (*Andexlinger*).

¹⁷⁶ Sehr deutlich va OGH 14.4.1999, 9 ObA 20/99b, Arb 11.859, ein Jahr Beobachtungszeitraum bei 13 Wochen Überstundenschnitt; dazu ARD 5054/7/99 = infas 1999, A 92 = RdW 1999, 741.

¹⁷⁷ Sehr guter Fall zur Beurteilung der Regelmäßigkeit bei *Drs*, DRdA 1999, 495 mit einer Regalbetreuerin, die nahezu jede Woche zusätzlich an einem weiteren Tag arbeitet.

¹⁷⁸ Siehe ZAS 1993, 169 mit Kritik an OGH 11.11.1992, 9 ObA 166/92.

Wochen dauernde Überstundenleistung nicht zwingend zur Anrechnung dieser „regelmäßigen“ Überstunden führen muss,¹⁷⁹ was bei wesentlicher Änderung des Arbeitsanfalls im Betrieb ansonsten schon klar aus den Bestimmungen des Generalkollektivvertrages hervorgeht.¹⁸⁰

2.1.4. Irrelevanz der Regelmäßigkeit

Abgesehen von der – oben erwähnten – Nichtbeachtung der Regelmäßigkeit bestimmter Entgeltteile im Anwendungsbereich des Generalkollektivvertrages zu § 3 EFZG wegen wesentlicher Änderung des Arbeitsanfalls ist die Regelmäßigkeit in wichtigen – hier interessierenden – Normen von vornherein kein Kriterium für die Fortzahlung von Entgelt im Krankheitsfall.

a. VBO 1995 und BO 1994

In den inhaltlich nahezu gleichlautenden Bestimmungen des § 19 Abs 5 VBO 1995 und § 38 Abs 8 BO 1994¹⁸¹ wird bezüglich der Nebengebühren die Weiterzahlung im Ausmaß des vorangegangenen Monats unabhängig von einer Regelmäßigkeit normiert, schon aber mit Rücksicht auf – ungeachtet der Dienstverhinderung – eintretende wesentliche Änderungen in der Tätigkeit des Erkrankten.¹⁸²

b. VBG und GehG

Die einschlägigen – auch auf Landeslehrer anzuwendenden – bundesgesetzlichen Normen kennen überhaupt, abgesehen von der befristeten Fortzahlung des

¹⁷⁹ Das ergibt sich allerdings eher aus dem unter Punkt 2.2.2. noch zu behandelnden Entgeltausfallprinzip iZm § 3 EFZG.

¹⁸⁰ Siehe dazu auch OGH 18.5.1998, 8 ObA 497/97d, Arb 11.724; ARD 4952/14/98.

¹⁸¹ § 38 Abs 8 bezieht anrechenbare Nebengebühren nach § 2 Abs 1 RVZG 1995 mit ein, wobei iZm dem dortigen Hinweis auf die Vergleichbarkeit mit § 49 ASVG letztlich der Gleichklang mit § 19 Abs 5 VBO 1995 hergestellt wird. § 2 Abs 1 RVZG 1995 verweist wiederum auf die in diesem Sinne gemäß Abschnitt II des (jeweiligen) Nebengebührenkatalogs für die Ruhegenusszulage anrechenbar erklärten Nebengebühren.

¹⁸² Dazu noch später unter Punkt 2.2.2. iZm dem Entgeltausfallprinzip.

„Entgelts“ in voller bzw halber Höhe nach den §§ 24 und 46 VBG sowie der befristeten, vollen bzw an sich unbefristeten, gekürzten Fortzahlung¹⁸³ des „Monatsbezugs“ nach § 13c GehG, nur eine äußerst kurze befristete Weiterzahlung von pauschalierten Nebengebühren bei Dienstunfähigkeit nach § 22 Abs 1 erster Satz VBG bzw nach § 15 Abs 5 GehG – das gilt allerdings nicht für dauernde Mehrdienstleistungen nach § 50 Abs 9 LDG 1984 – und keinerlei Fortzahlung von einzeln verrechneten Nebengebühren, womit sich die Frage der Regelmäßigkeit erübrigt. Auch die Kürzungsminderung des § 13c Abs 3 und 4 GehG nimmt trotz Jahresbetrachtung keine Rücksicht auf eine Regelmäßigkeit von Nebengebühren.

2.1.5. Durchschnittsberechnung

Ungeachtet der Festlegung des Beobachtungszeitraumes für die Feststellung der Regelmäßigkeit variabler Entgeltteile – va von ungewissen Überstunden – ist die Frage offen, nach welchem Zeitraum die Durchschnittsberechnung dieser Entgeltteile für die Entgeltfortzahlung bei Fiktion gleichbleibender betrieblicher Verhältnisse während des Krankenstandes nun zu erfolgen hat, nachdem nicht regelmäßig zustehende Entgeltteile entsprechend der obigen Ausführungen weggelassen wurden, wobei sich – wie schon erwähnt – diese beiden relevanten Zeiträume grds decken.¹⁸⁴ Der gegenüber Kollektivverträgen subsidiäre Zeitraum von 13 Wochen in § 3 Abs 4 EFZG kann dabei als Maßstab für die Durchschnittsberechnung auch nach anderen Vorschriften¹⁸⁵ gewertet werden, wobei iZm den Ausführungen zur Beurteilung der Regelmäßigkeit unter Punkt 2.1.3. in den dort genannten Entscheidungen des VwGH und des OGH unstrittig festgehalten werden kann, dass bei Ausreichen eines grds Beobachtungszeitraumes von 13 Wochen für die Beobachtung der Regelmäßigkeit derselbe Zeitraum jedenfalls für die

¹⁸³ Bei dauernder Dienstunfähigkeit ist der Landeslehrer nach § 12 LDG 1984 von Amts wegen oder auf seinen Antrag in den Ruhestand zu versetzen.

¹⁸⁴ Siehe schon unter Punkt 2.1.3. erster Satz.

¹⁸⁵ Siehe den Geltungshinweis in der FN zu Punkt 2.1.2. erster Satz aE iZm den Judikaturnachweisen zum regelmäßigen Entgelt.

Durchschnittsberechnung dieser Entgeltteile ausreichend ist. Es muss sich aber um 13 voll gearbeitete Wochen handeln,¹⁸⁶ widrigenfalls Nichtarbeitszeiten zu neutralisieren sind, indem man die geleisteten Überstunden durch die tatsächliche Normalarbeitszeit¹⁸⁷ dividiert oder – mit anderen Worten – nur Zeiten mit tatsächlicher Arbeitszeit – schon iSd Ausfallprinzips – für die mathematische Durchschnittsberechnung heranzieht.¹⁸⁸ Kritisch gegenüber dem OGH äußert sich auch diesbezüglich *Tomandl*¹⁸⁹, der – gerade für die Durchschnittsberechnung – ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Arbeitstage beim Divisor nur entgeltfortzahlungslose Arbeitstage abziehen will, nicht jedoch Entgeltfortzahlungstage im 13-Wochen-Zeitraum. Ich kann mich dieser Meinung nicht anschließen, schon aufgrund des bitteren Beigeschmacks, dass auch Zeiten mit verminderter – grds 50 %-iger – Entgeltfortzahlung in den einschlägigen Normen den Divisor nicht vermindern würden. Gerade durch den Krankenstand – auch durch bereits abgelaufene Krankenstände – soll der Arbeitnehmer iS einer Entgeltfortzahlung keinen finanziellen Schaden erleiden, aber genau das wäre bei Einrechnung aller Entgeltfortzahlungszeiten – wenn auch nur betreffend der Überstunden – vielfach der Fall und daher mE abzulehnen, zumal der Arbeitnehmer in Fällen einer Fortzahlung von halben Bezügen ohnehin schon die Hälfte der eingerechneten Durchschnittsüberstunden eingebüsst hat.¹⁹⁰

2.1.6. Rein mathematischer Durchschnitt

Es versteht sich von selbst, dass das Heranziehen eines Kalendermonats als Zeitraum für die Berechnung der Weiterzahlung nicht ständiger Nebengebühren iSd

¹⁸⁶ Siehe schon *Binder*, Die Entgeltbemessungsgrundlage für Nichtarbeitszeiten, RdW 1983, 44, Punkt 1. lit e.

¹⁸⁷ Dh Sollarbeitszeit abzüglich Fehlzeiten.

¹⁸⁸ Siehe eingehend OGH 11.11.1992, 9 ObA 166/92, ZAS 1993, 15; OGH 14.4.1999, 9 ObA 20/99b, Arb 11.859; ARD 5054/7/99 = infas 1999, A 92 = RdW 1999, 741.

¹⁸⁹ ZAS 1993, 169.

¹⁹⁰ Siehe auch später unter Punkt 2.2.2. va zum Ausfallprinzip des EFZG, nach dem der Arbeitnehmer keinen wirtschaftlichen Nachteil erleiden soll.

§ 19 Abs 5 VBO 1995 bzw iSd § 38 Abs 8 BO 1994 – ungeachtet deren Regelmäßigkeit – nur einen rein mathematischen Durchschnitt bedeuten kann, bei dem nicht nur Zeiten mit tatsächlicher Arbeitszeit in die Betrachtung einfließen. Vielmehr sind auch diejenigen weiterzahlungsfähigen nicht ständigen Nebengebühren einzurechnen, die im Rahmen einer erfolgten Entgeltfortzahlung aufgrund einer Dienstverhinderung ausbezahlt wurden. In der Praxis wird ein sogenannter „Nebengebührenfortzahlungssatz“¹⁹¹ als Tagessatz für eine krankheitsbedingte Fortzahlung dieser Nebengebühren festgehalten, der – abgesehen von der Situation einer wesentlichen Änderung in der Tätigkeit¹⁹² – auch nicht positiv oder negativ zu korrigieren ist. Es ist also demnach völlig unerheblich, ob solche anspruchsbegründenden Nebengebühren einzig an einem Kalendertag anfielen oder gleichmäßig an jedem Tag einer Woche oder sogar des gesamten Kalendermonats.

Ähnliches gilt in diesem Zusammenhang auch für die bereits erwähnte Kürzungsminderung gemäß § 13c Abs 4 GehG mit dem Unterschied, dass dort von einem rein mathematischen Zwölfmonatsschnitt an anrechenbaren Nebengebühren¹⁹³ auszugehen ist, aber ansonsten eine Weiterzahlung einzeln verrechneter Nebengebühren nach dem GehG schon grundsätzlich nicht in Betracht kommt.¹⁹⁴

¹⁹¹ Siehe dazu schon *Delabro/Schubert/Rauscher*, Dienstrecht der Wr Vertragsbediensteten, S 72, FN 21.

¹⁹² Dazu später unter Punkt 2.2.2. zweiter Absatz iZm dem Entgeltausfallprinzip.

¹⁹³ Offene – vielfach strittige – Detailfragen dazu werden später unter Punkt 2.2.5. lit b näher behandelt.

¹⁹⁴ Das GehG kennt keine Fortzahlung einzeln verrechneter Nebengebühren im Krankenstand.

2.2. Entgeltausfall- und Bezugsprinzip sowie wesentliche Änderungen im Arbeitsanfall

2.2.1. Allgemeines

Bevor man die zahlreichen Fälle in Judikatur und Lehre zur Anrechenbarkeit bestimmter Entgeltteile auf die krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung nun – nach erschöpfender Erarbeitung des in den interessierenden Vorschriften grundzulegenden Entgelts – unter die Lupe nehmen kann, ist es an der Zeit, zuvor die Grundprinzipien der Entgeltfortzahlung zu beleuchten, um auch deren Wirkungen im Einzelfall verstehen zu können. Nach heute geltender (überwiegender) Auffassung kann man davon ausgehen, dass im Prinzip bei Arbeitern das Entgeltausfallprinzip und bei Angestellten das Bezugsprinzip vorherrscht, wobei man dabei die klassischen Regelungen des EFZG bzw des AngG vor Augen hat. Darauf aufbauend sind die im öffentlichen Dienst anzuwendenden tragenden Vorschriften für Gemeindebedienstete bzw Landeslehrer einer näheren Untersuchung zu unterziehen.

2.2.2. Das Entgeltausfallprinzip und wesentliche Änderungen im Arbeitsanfall

Richtungsweisend versteht § 3 EFZG in Zusammenschau seiner Absätze – subsidiär zu erlaubten Kollektivvertragsregelungen (Abs 5) – das Entgeltausfallprinzip so, dass bei Verbot der Minderung *va des* (feststehenden) Monatsentgelts (Abs 1) auf Basis des regelmäßigen Entgelts (Abs 2) bei Erkrankung dasjenige Entgelt zusteht, das ohne Eintritt einer Arbeitsverhinderung zugestanden wäre (Abs 3), wobei für bestimmte Entgeltarten und –teile ein Durchschnittszeitraum von 13 Wochen festgelegt wird (Abs 4).¹⁹⁵ Durch die Entgeltfortzahlung soll also der Arbeitnehmer keinen wirtschaftlichen Nachteil erleiden, aber auch keinen ungerechtfertigten Vorteil aus seiner Dienstverhinderung genießen,¹⁹⁶ wobei das – noch zu erläuternde –

¹⁹⁵ In *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, 213 f; *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 121 ff wird generell nur vom Ausfallprinzip gesprochen.

¹⁹⁶ Siehe dazu zB OGH 22.3.1977, 4 Ob 21/77, wo eine bei einem allgemeinen Arbeitsausfall allen Arbeitnehmern zustehende Schlechtwetterentschädigung – im Betrag niedriger als das regelmäßige Entgelt – auch bei Kranken anzusetzen ist; auch SWK 1978, B I 34.

Bezugsprinzip¹⁹⁷ sich grds ebenfalls am Ausfallprinzip orientiert¹⁹⁸ und die in Folge zu behandelnden Problematiken – mit den dazu beschriebenen Einschränkungen – bei diesem genauso auftreten bzw zu lösen sind.^{199,200} Nicht ohne Grund war schon in einem – diesbezüglich nicht umgesetzten – Entwurf eines Entgeltsicherungsgesetzes im Jahr 1978²⁰¹ die Übernahme des Ausfallprinzips des EFZG auch auf Angestellte zur Verbesserung bzw Klarstellung der Rechtssituation dieses Personenkreises vorgesehen. Im direkten sowie indirekten Anwendungsbereich des EFZG und der Wr. LAO 1990 ist – aufgrund der diesbezüglich fast identen Formulierung²⁰² – von der Anwendung des Entgeltausfallprinzips auszugehen.

Erwähnenswert ist noch im Allgemeinen – ohne den speziellen Problemstellungen vorzugreifen – , dass das Entgeltausfallprinzip durch bereichsmäßige Entgeltveränderungen wie Kürzungen oder Neueinführungen abgeschwächt wird,^{203,204} wobei mE diese genauso wie wesentliche Änderungen im Arbeitsanfall

¹⁹⁷ Siehe unter Punkt 2.2.3.

¹⁹⁸ Siehe dazu va OGH 17.10.2002, 8 ObA 67/02i, DRdA 2003, 45 (*Kallab*); ARD 5379/1/2003.

¹⁹⁹ ZB OGH 26.1.1994, 9 ObA 365/93, DRdA 1994, 47 (*Andexlinger*); OLG Wien 22.2.1993, Ra 161/92; dazu ARD 4520/52/94 betrachten das Entgeltausfallprinzip auch einheitlich für Angestellte iSd § 8 Abs 1 AngG anwendbar. Aber zB OGH 6.4.1994, 9 ObA 603/93, Arb 11.172 = infas 1994, A 159; OGH 29.1.1998, 8 ObA 361/97i – Tiroler Turnusarzt; dazu ARD 4958/23/98; *Stärker*, ASoK 1998, 231; RdM 1998, 17; *Binder*, RdW 1998, 746; RdW 1998, 757 (*Binder*); OLG Wien 23.2.2000, 9 Ra 344/99w; dazu ARD 5144/12/2000 gehen diesbezüglich vom Bezugsprinzip aus.

²⁰⁰ Übersichtliche tabellarische Darstellung Arbeiter/Angestellte/Lehrlinge auch in www.wkw.at/.

²⁰¹ Siehe dazu *Messiner*, ZVR 1978, 332.

²⁰² Siehe § 3 EFZG und § 22 Wr. LAO 1990.

²⁰³ Vgl dazu *Binder*, RdW 1983, 44 mit ausführlicher Untersuchung der Entgeltansprüche in Nichtaktivitätszeiten.

²⁰⁴ Somit war für den VwGH 29.9.1986, 85/08/0204 nach § 8 EFZG nur die Kurzarbeiterunterstützung erstattungsfähig, nicht aber eine darüber hinaus tatsächlich geleistete Fortzahlung; siehe dazu auch RdW 1987, 298 = ZfVB 1987/1298.

unstrittig Einfluss auf die Fortzahlung nehmen müssen – auch mit negativer Wirkung – , da es dem Wesen des Ausfallprinzips entspricht, dass die Erbringung der Dienstleistung an den konkreten Krankenstandstagen fingiert wird. Nach der Arbeitszeiteinteilung bereits feststehendes Entgelt – dh auch Überstunden – sind iSd § 3 Abs 1 EFZG unstrittig zu zahlen und nicht einer Durchschnittsberechnung der letzten 13 Wochen zu unterwerfen, denn dieser Vorgang ist nur bei nicht feststehenden Entgeltteilen einzuhalten,²⁰⁵ womit das Ausfallprinzip – treffend bemerkt von *Andexlinger*²⁰⁶ – Entgeltkontinuität will und Prognosen korrigierende Funktion haben, wobei er mE mit Prognosen eintretende betriebliche Veränderungen oder Änderungen in der Tätigkeit des Arbeitnehmers meint.

2.2.3. Das Bezugsprinzip

Das gerade oben – im Rahmen des Entgeltausfallprinzips – mit angesprochene Bezugsprinzip erfährt seine wichtigste Ausformung in § 8 Abs 1 AngG, wo – im Zusammenhang mit Krankenständen – vom „Behalten“ des Anspruchs auf Entgelt die Rede ist, also der Arbeitnehmer das vor Eintritt der Dienstverhinderung bezogene Entgelt auch während des Krankenstandes weiter zu erhalten hat, wobei die Behandlung einzelner Entgeltbestandteile in Anlehnung an das Entgeltausfallprinzip iVm den Generalkollektivverträgen zu § 3 Abs 5 EFZG bzw zu § 6 Abs 5 UrlG genauso zu erfolgen hat. Bei starken Schwankungen – zB beim Leistungsentgelt oder bei Provisionen – ist ein längerer Beobachtungszeitraum daher genauso sinnvoll und auch das Durchschnittsprinzip anzuwenden.²⁰⁷ Im direkten sowie indirekten Anwendungsbereich des AngG und des gleichlautenden § 8 Abs 1

²⁰⁵ Siehe dazu zB OGH 29.6.1988, 9 ObA 141/88, infas 1989, A 33 = ZAS 1989, 22 (*Andexlinger*); ausführlich auch *Tomandl*, ZAS 1993, 169 mit Differenzierung zwischen eingeteilten und ungewissen (regelmäßigen) Überstunden.

²⁰⁶ Siehe ZAS 1988, 13 (*Andexlinger/Spitzl*) zu OGH 18.11.1987, 9 ObA 97/87.

²⁰⁷ Sehr klar zB schon OLG Wien 23.2.2000, 9 Ra 344/99w; dazu ARD 5144/12/2000; siehe später iZm der Provisionsproblematik OGH 17.10.2002, 8 ObA 67/02i, DRdA 2003, 45 (*Kallab*); ARD 5379/1/2003.

GutsangG ist somit nach hL und Judikatur²⁰⁸ von einer Anwendung des Bezugsprinzips auszugehen.

Erwähnenswert ist im Allgemeinen – bei identen Problemen zu speziellen Entgeltteilen – die Irrelevanz betrieblicher Änderungen oder wesentlicher Änderungen im Arbeitsanfall, weil eben das vorher bezogene Entgelt unverändert erhalten bleiben soll, was somit die Weiterzahlung von im Beobachtungszeitraum erhaltenen, regelmäßigen, nicht feststehenden Entgeltteilen nicht hindert.²⁰⁹ Ein korrigierender Eingriff ist freilich nicht möglich.²¹⁰

2.2.4. Das Fortzahlungsprinzip bei klassischen Gemeindebediensteten und Landeslehrern

a. VBO 1995 und BO 1994

Ich würde das Entgeltfortzahlungsprinzip nach den nahezu gleichlautenden Bestimmungen des § 19 Abs 5 VBO 1995 bzw des § 38 Abs 8 BO 1994 vorsichtig als erweitertes Entgeltausfallprinzip bezeichnen, denn es werden die anspruchsbegründenden, nicht nach Monaten bemessenen, Nebengebühren²¹¹ des der Erkrankung vorangegangenen Monats ungeachtet der Regelmäßigkeit fortgezahlt. Allerdings werden wesentliche Änderungen in der Tätigkeit – die im

²⁰⁸ Siehe die FN unter diesem Punkt und auch tw schon unter Punkt 2.2.2. zum Entgeltausfallprinzip.

²⁰⁹ Etwas verwirrend OGH 26.1.1994, 9 ObA 365/93, DRdA 1994, 47 (*Andexlinger*) mit mE Berechtigter Kritik von *Andexlinger*, da bei festen Zulagen keine Durchschnittsberechnung anzustellen ist. Siehe auch OLG Wien 6.5.1998, 8 Ra 64/98k; dazu ARD 4999/32/99; wo deutlich gesagt wird, dass bei wesentlicher Änderung des Arbeitsanfalles, wie zB kein Anfall von Überstunden mehr, die regelmäßigen Überstunden aus der Durchschnittsberechnung anzusetzen sind.

²¹⁰ Siehe daher OGH 29.1.1998, 8 ObA 361/97i, Arb 11.692 – Tiroler Turnusarzt; dazu ARD 4958/23/98; *Stärker*, ASoK 1998, 231; RdM 1998, 17; *Binder*, RdW 1998, 746; RdW 1998, 757 (*Binder*); Zulagenwegfall im Krankenstand irrelevant.

²¹¹ Im Gegensatz dazu werden pauschalierte anspruchsbegründende Nebengebühren nach § 19 Abs 1 VBO 1995 bzw nach § 38 Abs 1 BO 1994 in unveränderter Höhe für die gesamte Fortzahlungsfrist weiterbezahlt.

Zeitraum der Erkrankung auftreten – entsprechend dem Grundprinzip berücksichtigt, was je nach Dienstenteilung – wie schon erwähnt – positiv oder negativ auf die Fortzahlung wirken kann. In der Praxis führt das dazu, dass – sofern nachvollziehbar – bei Erkrankung eines Dienstnehmers und eingeteilter Vertretung durch einen anderen Dienstnehmer bei dessen ebenfalls eintretender Erkrankung sowohl der Ersterkrankte als auch der erkrankte Vertreter sowie der tatsächlich den Dienst versehende für dieselbe (geplante) Mehrleistung eine Entschädigung erhalten. Ich halte das für eine übersoziale Interpretation der Fortzahlungsnorm, da sich grds die Frage stellt, wie lange ein erkrankter Dienstnehmer bzw sein Vertreter überhaupt noch in der Dienstenteilung geführt werden sollen, gestehe aber in Einzelfällen mit relativ kurzer Abfolge²¹² diese Logik zu. Bei Dienstnehmern im ständigen Wechsel- oder Tourendienst²¹³ uä ist die Handhabung aber kaum zu kritisieren, wobei diese Mehrleistungen ohnehin zumeist pauschaliert gewährt werden. Es darf allerdings nicht unerwähnt bleiben, dass die Regelmäßigkeit über das Tatbestandselement der wesentlich geänderten Tätigkeit in den Fällen ohnehin wieder negativ korrigierend einfließt, in denen abwesende Dienstnehmer nur sehr kurzfristig – logisch ohne Dienstplanänderung für folgende Monate – vertreten werden.²¹⁴ Summa summarum überwiegen die positiven Korrekturen der anspruchsbegründenden Nebengebühren des Vormonats und es kann mE bei Betrachtung des Gesamtergebnisses durchaus von einem erweiterten Entgeltausfallprinzip gesprochen werden.

b. VBG und GehG

Völlig anders zu beurteilen ist die Fortzahlung nach der für Landeslehrer geltenden bundesgesetzlichen Normen der §§ 24 und 46 iVm § 22 Abs 1 VBG bzw des § 13c iVm § 15 Abs 5 GehG, da – wie schon oben iZm der Regelmäßigkeit erwähnt – eine Fortzahlung von nicht nach Monaten bemessenen „einzeln verrechneten“

²¹² Eine Dienstenteilung für ein Monat im Vorhinein erschiene mir noch akzeptabel.

²¹³ Siehe zB die Mehrstundenentschädigung für Spitalsbedienstete in Beilage E-II/IV/KAV/3 des Nebengebührenkatalogs, Stadtsenatsbeschluss vom 18.1.2005, PrZ 00023-2005/0001-GIF.

²¹⁴ ZB ein Mitarbeiter mit Mehrleistungen für eine Woche Urlaubsvertretung und darauffolgender vierwöchiger Erkrankung erhält diese Mehrleistungen nicht in der Entgeltfortzahlung, weil eine Urlaubsvertretung den Dienstplan grds nicht auf längere Dauer verändert hat.

Nebengebühren nicht in Frage kommt und auch dauernde Mehrdienstleistungen nach § 50 Abs 9 LDG 1984 im Bereich der allgemein bildenden Pflichtschulen nach dem Jahresnormmodell bei Erkrankung²¹⁵ – nicht aber bei Dienstunfällen²¹⁶ – entsprechend zu kürzen bzw im Bereich der berufsbildenden Schulen nach § 61 Abs 5 GehG bei Erkrankung – aber auch bei Dienstunfällen – einzustellen sind. Diese unterschiedliche Behandlung von allgemein bildenden Pflichtschul- und Berufsschullehrern bei Dienstunfällen ist mE nicht nachvollziehbar, auch wenn nach § 13c Abs 1 GehG gerade bei Dienstunfällen keine Bezugskürzung bei pragmatischen Landeslehrern eintreten soll, weil § 13c leg cit auch für Berufsschullehrer gilt. Trotz dieser Bedenken meine ich, dass § 50 Abs 9 LDG 1984 bewusst so formuliert wurde,²¹⁷ zumal in anderen Fortzahlungsregeln des Bundes, wie va in den §§ 24 und 46 VBG stets die Worte „Unfall“ und „Krankheit“ – damit auch den Dienstunfall erfassend²¹⁸ – Verwendung finden. Die Anwendung der Jahresnorm (nur) auf den allgemein bildenden Pflichtschullehrerbereich ab 1. September 2001 durch das Budgetbegleitgesetz 2002 BGBl I 2001/47 und die damit verbundene „zwingende“ Neuregelung der dauernden Mehrleistungen für diesen Bereich kann mE diese insgesamt gleichheitswidrige Behandlung der Berufsschullehrer sachlich nicht rechtfertigen. Bei analog zu behandelnden Vertragslehrern des Entlohnungsschemas I L im allgemein bildenden Pflichtschulbereich muss mE – iS dieser Interpretation – bei Verkürzung bzw Einstellung des Monatsentgelts wegen Überschreitung der Fortzahlungsfristen bei einem Dienstunfall stets auch eine entsprechende Behandlung der dauernden Mehrdienstleistungen erfolgen.²¹⁹

²¹⁵ Dabei ist nach hM ein Kuraufenthalt einer Krankheit gleichzusetzen, was nach § 60 Abs 4 LDG 1984 auch einleuchtend ist.

²¹⁶ Diese Einschränkung ergibt sich aus dem Wortlaut des § 50 Abs 9 LDG 1984.

²¹⁷ Auch die EB zum Budgetbegleitgesetz 2002 BGBl I 2001/47, GP XXI RV 499 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen, lassen dies vermuten.

²¹⁸ Die Problematik der Entgeltfortzahlungsfristen bei Dienstunfällen wurde bereits in Teil II, Punkt 3.8. 2. lit b näher behandelt.

²¹⁹ Diese Situation kann aber eher als rein akademisch eingestuft werden, da bei längerer Abwesenheit durch Änderung der Lehrfächerverteilung grds bereits ein Wegfall der Dauermehrleistung bewirkt wurde.

Ungeachtet der Tatsache, dass bei längerer Krankheit – va zu Schulbeginn – durch eine geänderte Lehrfächerverteilung Dienstzulagen uU einzustellen sind, ist auch die Behandlung pauschalierter Nebengebühren gemäß § 15 Abs 5 GehG mit einer einmonatigen Weitergewährung bis zum Monatsletzten und Wiederaufleben mit dem, – wenn der Dienstantritt nicht ohnehin am Monatsersten erfolgt – dem Dienstantritt folgenden Monatsersten einzigartig, wobei für den Bereich der Landeslehrer nur der Fahrtkostenzuschuss gemäß § 20b leg cit²²⁰ und die Bildungszulage – einer Aufwandsentschädigung iSd § 20 leg cit – relevant und erwähnenswert sind. Die Bildungszulage wird in Erlassform²²¹ geregelt, wobei eine fixe Höhe von 7,27 € bei Vollbeschäftigung sowie – abweichend von § 15 Abs 5 GehG – eine zweimonatige Weitergewährung festgelegt wird. Interessant ist dabei, ob bei Eintritt verminderter Entgeltfortzahlung – gemeint sind 50 % bei Krankheit – mit dem Tag der Entgeltreduktion auch die Bildungszulage²²² zu halbieren ist oder ob der volle Betrag von 7,27 € ungeachtet dessen für zwei volle Monate zusteht. In Anbetracht der Verwendung des Begriffes „Monatsentgelt“ in den §§ 24 Abs 1 bzw 46 Abs 2 VBG, der ohne Kinderzulage zu verstehen ist, würde mE auch die Bildungszulage das Schicksal des fortzuzahlenden Entgelts teilen, obwohl der Begriff „Monatsentgelt“ in § 8a leg cit ohne Einbeziehung aller Dienstzulagen, Kinderzulagen uä und der Sonderzahlung zu verstehen ist. Erst § 8a Abs 1 zweiter Satz ist kann als Rettungsanker für diese Sichtweise gedeutet werden, da zur Bemessung von Ansprüchen nach dem Monatsentgelt – ohne die Begriffsdefinition zu verändern - stets die „Dienstzulagen“²²³ miteinzubeziehen sind.

²²⁰ Nach § 20b Abs 7 GehG ist § 15 Abs 5 leg cit sinngemäß anzuwenden.

²²¹ Erlass des Stadtschulrates für Wien vom 28.2.1977, ZI 000291/76, basierend auf ein Rundschreiben des BMUK Nr 124 vom 22.11.1976, ZI 626/27-18A/a/76.

²²² Das gilt grds auch für den – sehr selten auftretenden – Fall eines ev zu kürzenden Fahrtkostenzuschusses.

²²³ Einzig die Kinderzulage wird ausgeklammert, wird aber bei den Fortzahlungsbestimmungen ohnehin stets gesondert angeführt.

Unter Bedachtnahme auf all diese Umstände kann im Landeslehrerbereich überhaupt nur von einem „Minimalbezugsprinzip“²²⁴ gesprochen werden, da – fast ausnahmslos – nur der Schemabezug und die Kinderzulage sowie, zumindest für eine längere Zeitspanne, auch die meisten Dienstzulagen weiterbezahlt werden. Korrekterweise muss man ab Eintritt einer Kürzung gemäß § 13c Abs 1 GehG bei pragmatischen Lehrern von einem „Minimalentgeltausfallprinzip“²²⁵ – bezüglich 80% des Monatsbezuges – ausgehen. Mit diesen verwirrenden Regelungen in Einklang mit der missglückten Wortwahl des Begriffes „Monatsentgelt“ befindet man sich sowohl im Bereich der Leistungshöhe als auch legislativ auf einem äußerst niedrigem Niveau.

2.2.5. Der Einfluss von Valorierungen, Vorrückungen uä auf die Entgeltfortzahlungsprinzipien

Es ist unstrittig und trivial, dass gesetzliche oder vertraglich vereinbarte Gehaltserhöhungen – gemeint sind hier va die meist jährlichen Valorierungen sowie die Stufenvorrückungen, Überstellungen, Beförderungen u dgl – insofern keinen Einfluss auf das anzuwendende Fortzahlungssystem haben, als sie stets – dessen ungeachtet – ab der geforderten Wirksamwerdung umzusetzen sind. Fraglich ist in diesem Zusammenhang aber, wie mit den oft fortzuzahlenden oder anzurechnenden Nebengebühren – va bei Abhängigkeit von der Einstufung, wie bei Mehrleistungen – zu verfahren ist.

a. Entgeltausfall- und Bezugsprinzip

Unproblematisch sind mE die Fälle, wo beim Entgeltausfallprinzip eine positive oder negative Korrektur aufgrund der tatsächlichen Tätigkeit zu erfolgen hat, da Mehrleistungen hier quasi so zu ermitteln sind, als würden sie ohnehin laufend erbracht. Bei der Bemessung eines (regelmäßigen) Mehrstundendurchschnittes müsste man nicht den ermittelten monetären Betrag der Nebengebühren der

²²⁴ Die §§ 24 und 46 VBG sprechen vom „Behalten des Anspruchs auf Monatsentgelt“, § 15 Abs 5 GehG vom „Behalten des Anspruchs auf Monatsbezüge“.

²²⁵ § 13c Abs 1 GehG spricht vom „... Monatsbezug in der Höhe von 80%, der dem Beamten ohne Dienstverhinderung gebührt hätte.“

Fortzahlung unterwerfen, sondern die Anzahl der Leistungseinheiten, um diese dann erst – entsprechend der Einstufung – berechnen zu können.

In keiner der interessierenden Fortzahlungsbestimmungen²²⁶ erhält man exakte Aufklärung über die Berechnungsweise. Es wären mE unstrittig beim Entgeltausfallprinzip – weil kein wirtschaftlicher Nachteil durch den Krankenstand entstehen soll – die bezugsabhängigen Entgeltbestandteile stets einer sich ändernden Einstufung anzupassen und ich würde diese Meinung – obwohl abweichend vom vor dem Krankenstand bezogenen Entgelt – auch für das Bezugsprinzip vertreten, weil mE die Durchschnittsberechnung bei nicht ständigen Entgeltbestandteilen nur zur Ermittlung der jeweiligen Anzahl dienen soll, während die betragsmäßige Fortzahlung erst aufgrund der – sich möglicherweise auch ändernden – Einstufung pro Monat²²⁷ vorzunehmen ist.

b. Die Kürzungsminderung nach § 13c Abs 3 und 4 GehG

Ungeachtet des bei Landeslehrern unter Punkt 2.2.4. lit b letzter Absatz festgehaltenen „Minimalentgeltausfallprinzips“ ist auch die – nach erfolgter Kürzung des Monatsbezuges exklusive der Kinderzulage auf 80% – vorzunehmende Berechnung der angesprochenen Kürzungsminderung um 80% der Bemessungsbasis iSd § 13c Abs 4 GehG iZm Einstufungsänderungen nicht unproblematisch, da die zitierte Bestimmung stets von Summen ausgeht. Da auch hier die Materialien zur Dienstrechts-Novelle 2004 BGBl I 176²²⁸ nichts Gegenteiliges vermuten lassen, wären mE an sich die tatsächlichen – auf einen Kalendermonat umgerechneten – Summen der Bemessungsbasis heranzuziehen. Da aber auch im ersten Satz des § 13c Abs 4 leg cit, auf den auch der zweite Satz betreffend nicht pauschalierter Nebengebühren Bezug nimmt, die Worte „... die der Beamte ohne Dienstverhinderung beziehen würde ...“ iS eines „Entgeltausfallprinzips für die Kürzungsminderung“ verwendet werden, ist mE hier dennoch eine Berechnung entsprechend der jeweiligen Einstufung vorzunehmen. Aufgrund der Vielfältigkeit der anzurechnenden Entgeltbestandteile kann es dabei auch vorkommen, dass gewisse

²²⁶ Auch in der Judikatur oder Literatur gibt es keine konkreten, brauchbaren Aussagen dazu.

²²⁷ Die monatliche Gehaltsauszahlung kann – im Untersuchungsbereich – grds unterstellt werden.

²²⁸ EB, GP XXII RV 685 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen.

Zulagen, Vergütungen etc durch eine Gesetzesänderung zwischenzeitlich auch abgeschafft werden und dieser Umstand wäre dann auch zu berücksichtigen.

2.3. Entgelt und Monatsbezug, Zulagen, Nebengebühren, Sachbezüge uä

2.3.1. Allgemeines

In Punkt 2.1.1. wurde das Entgelt iS eines weiten Entgeltbegriffes als jede vermögenswerte Leistung des Arbeitgebers mit Ausnahme von Aufwandsentschädigungen – sofern diese reine Auslagenersätze darstellen – erschöpfend behandelt sowie danach dessen Zugrundelegung im traditionellen Entgeltausfall- bzw Bezugsprinzip dargestellt. Zweifellos umfasst sind somit Entgeltbestandteile wie zB Monatsgehalt, Monatsbezug, Schemaeinstufung, Zulagen, Nebengebühren, Sachbezüge, Sonderzahlungen oder Begriffe wie zB Dienstzulagen, Teuerungszulagen, Kinderzulagen, Ergänzungszulagen, Vergütungen, Belohnungen, Prämien, Bilanzgelder, Abgeltungen, Überstunden, Mehrstunden, Zuschläge, Entschädigungen, aber auch pauschalierte Aufwandsentschädigungen und Wegzeitvergütungen. Hingegen sind aber nur sehr vereinzelt während des Dienstverhältnisses anfallende – auch unter den weiten Entgeltbegriff fallende – Zahlungen für Dienst- oder Firmenjubiläen mE mangels Regelmäßigkeit und gegenteiliger Anordnung genausowenig bei der Entgeltfortzahlung anzusetzen wie Zahlungen anlässlich der Beendigung des Dienstverhältnisses, wie zB Abfertigungen, Urlaubsentschädigungen oder -abfindungen und Kündigungsentschädigungen.²²⁹ Aufgrund der meist nur auf ganz bestimmte Entgeltbegriffe zugeschnittenen Fortzahlung in den klassischen Normen für den öffentlichen Dienst ist es notwendig, die in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffe²³⁰ und ihre Wirkung auf die Entgeltfortzahlung abzuklären, ohne vorerst auf einzelne Nebengebühren einzugehen.

²²⁹ Auch nicht anzusetzen sind Trinkgelder im Gastgewerbe, weil sie zwar Einkommen, aber nicht Lohn für einen Entgeltanspruch darstellen; siehe dazu *Tades/Molterer*, DRdA 1980, 97.

²³⁰ Zu finden va in den §§ 17 und 19 VBO 1995, in den §§ 3 und 38 BO 1994 sowie in den §§ 3, 13c und 15 GehG und in den §§ 8a, 22, 24 und 46 VBG.

2.3.2. Begriffe aus BO 1994 und VBO 1995

Nach § 3 Abs 2 BO 1994 umfasst der Monatsbezug den (Monats)gehalt, die ruhegenussfähigen Zulagen, die Kinderzulage und die Teuerungszulage – § 19 Abs 5 VBO 1995 iVm § 17 Abs 1 leg cit ist diesbezüglich gleichlautend –, nicht aber Sonderzahlungen, welche aber nach § 3 Abs 3 BO 1994 bzw nach § 17 Abs 1 VBO 1995 zusätzlich zu gewähren sind. Mit ruhegenussfähigen Zulagen sind für den Ruhegenuss anrechenbar erklärte Dienstzulagen gemäß § 22 BO 1994 zu verstehen, die vierzehnmal jährlich zustehen, nicht aber Nebengebühren iSd § 33 leg cit²³¹ – va aber sind diese im bereits erwähnten, gemäß § 42a Abs 2 leg cit erlassenen, Nebengebührenkatalog festgelegt –, wobei aber die Nebengebühren – sofern sie zum Entgelt gemäß § 49 ASVG gehören – nach § 19 Abs 5 VBO 1995 bzw nach § 38 Abs 1 BO 1994 iVm § 2 Abs 1 RVZG 1995 bei der Entgeltfortzahlung zu berücksichtigen sind. Der (Monats)gehalt iSd § 13 BO 1994 stellt – als kleinste Grundeinheit – den Ansatz der Gehaltsstufe des jeweiligen Gehaltsschemas²³² dar und kann nach einer längeren Dienstzeit mit einer Dienstalterszulage gemäß § 14 BO 1994 sowie uU mit einer Ergänzungszulage gemäß § 19 leg cit aufgefettet sein.

Der Begriff Monatsbezüge wird iSd § 3 Abs 1 BO 1994 bzw iSd § 17 Abs 1 VBO 1995 einerseits als Vielfaches des Monatsbezuges iSd § 3 Abs 2 BO 1994 verstanden, andererseits wird der Begriff der Bezüge iSd § 19 Abs 1 und 5 VBO 1995 als Summe von Monatsbezug, Ersatzleistung nach § 21 BO 1994 und anrechenbaren Nebengebühren verstanden.

2.3.3. Begriffe aus dem GehG

Nach § 3 Abs 2 GehG umfasst der Monatsbezug – ähnlich wie § 3 Abs 2 BO 1994 – den (Monats)gehalt und allfällige – in einer Klammer aufgezählte – Zulagen, hier aber ungeachtet einer Pensionsanrechenbarkeit, wobei Sonderzahlungen nach § 3 Abs 3 leg cit zusätzlich zu gewähren sind und der Monatsbezug auch der

²³¹ Der Wegfall von Zulagen nach einer bestimmten Frist ist verfassungskonform, weil nicht willkürlich, denn Nebengebühren nach § 33 BO 1994 sind nicht Bestandteil des Monatsbezuges, so VfGH 13.3.2003, B 1745/02; dazu JUS extra (2003) 220/8/2658, Besonderes Dienst- und Besoldungsrecht – Dienstrecht, Bezüge, Entgeltfortzahlung, Nebengebühren.

²³² Grds laut Anlage 1 bis 3 zur BO 1994 bzw laut Anlage 1 zur VBO 1995.

Entgeltfortzahlung iSd § 13c Abs 1 leg cit zugrunde zu legen ist. Diese genannten Zulagen – im Fachjargon grds als „Dienstzulagen“ bezeichnet – sind für den Landeslehrerbereich fast ausschließlich in den §§ 4, 12a, 12b bzw 56 ff leg cit geregelt und stehen im Unterschied zu den Nebengebühren iSd § 15 leg cit, die wieder nur sehr eingeschränkt gemäß § 15 Abs 5 leg cit bei der Entgeltfortzahlung zu berücksichtigen sind, vierzehnmals jährlich zu. Bei der Kürzungsminderung nach § 13c Abs 4 leg cit finden – abgesehen von Zulagen und Nebengebühren mit Einschränkung – auch Vergütungen und Abgeltungen Berücksichtigung, welche für den Landeslehrerbereich als eigene Entgeltbestandteile sui generis grds in den §§ 61 ff leg cit geregelt sind. Der entsprechende (Monats)gehalt als kleinste Grundeinheit ist aus § 55 leg cit abzuleiten.

Der Begriff Monatsbezüge gemäß § 3 Abs 1 GehG kann hier als Vielfaches des Monatsbezuges gemäß § 3 Abs. 2 leg cit verstanden werden.

2.3.4. Begriffe aus dem VBG

Das VBG versteht nach seinem § 8a Abs 1 unter Monatsentgelt dasselbe, was § 3 Abs 2 GehG unter (Monats)gehalt²³³ versteht, zu dem die schon zum GehG bezeichneten Zulagen²³⁴ hinzuzuzählen sind und es kann diesbezüglich und betreffend der Sonderzahlung auf obige Ausführungen verwiesen werden. Allerdings sind für die Bemessung von Ansprüchen nach dem Monatsentgelt diesem stets die genannten Dienstzulagen – mit Ausnahme der Kinderzulage – zuzuzählen. Wie schon unter Punkt 2.2.4. lit b zweiter und dritter Absatz erwähnt, setzen die §§ 24 und 46 VBG für die Entgeltfortzahlung dann – in verwirrender Weise – auf diesen Begriff des Monatsentgelts zuzüglich Kinderzulage auf. Im Sinne des § 22 VBG kann auch bezüglich Nebengebühren, Vergütungen und Abgeltungen auf das zum GehG Gesagte verwiesen werden.

²³³ Die Gehaltsansätze der Vertragslehrer sind grds in den §§ 41 bzw 44 VBG zu finden.

²³⁴ Dienstzulagen sind iSd § 41 Abs 2 VBG für Lehrer des Entlohnungsschemas I L grds im 5 % erhöhten Ausmaß der für pragmatische Lehrer vorgesehenen Beträge bzw für Lehrer des Entlohnungsschemas II L nach den §§ 44a ff VBG zu gewähren.

2.3.5. Sachbezüge

Neben dem Monatsbezug können noch Naturalbezüge gemäß § 12 BO 1994 – das sind Sachbezüge gegen angemessene Vergütung²³⁵ – geleistet werden. Diese sind mE unstrittig von den Fortzahlungsbestimmungen nicht umfasst, schon weil sie ohnehin im Krankenstand weiterbezogen werden. Sachleistungen können gegen angemessene Vergütung nach den §§ 24 ff GehG bzw dieselben iVm § 22 VBG – mit dem gleichen Verständnis – als Sachbezüge zusätzlich gewährt werden. So kennen va auch die im Bereich der Stadt Wien anzuwendenden Kollektivverträge Sachbezüge, wie zB freie Wohnung bzw Dienstwohnung, Beheizung und Beleuchtung sowie Brennmaterial, Weideausübungen usw.²³⁶ Sachbezüge sind vom weiten Entgeltbegriff erfasst und – sofern sie nicht weiterbezogen werden – an sich im Rahmen der Entgeltfortzahlung zu berücksichtigen, allerdings sind Sachbezüge, welche wegen ihres unmittelbaren Zusammenhanges mit der Erbringung der Arbeitsleistung während der Dienstunfähigkeit nicht in Anspruch genommen werden können, nicht als Entgelt zu betrachten.^{237,238} Naturalleistungen nach § 8 AngG sind nach Meinung von *Binder*²³⁹ unklar, weil bei Spitalspflege keine Entschädigung für Unterkunft und Essen geleistet wird und daher sei das Naturalentgelt – sofern von Krankenversicherungsleistungen nach § 8 Abs 7 leg cit nicht abgedeckt – , mangels Konsumationsmöglichkeit in Geld abzulösen, außer bei Unzumutbarkeit für den

²³⁵ ZB für Arbeitskleidung, Dienstwohnung, Holzdeputate u dgl.

²³⁶ Siehe § 10 Kollektivvertrag für Angestellte des Landwirtschaftsbetriebes, § 14 Kollektivvertrag für Landarbeiter der Gemeinde Wien, die §§ 21 und 22 Kollektivvertrag für Forstarbeiter der Gemeinde Wien.

²³⁷ Das trifft va auf freie und verbilligte Mahlzeiten und Beförderungskosten iSd Generalkollektivvertrages zu § 3 EFZG bzw zum analog anzuwendenden § 2 Z 1 zweiter Absatz des Generalkollektivvertrages gemäß § 6 UrlG zu; siehe dazu auch *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 122; siehe aber auch OGH 19.4.1977, 4 Ob 23, DRdA 1978, 252 (*B. Schwarz*), Fleischbezugsscheine bzw Äquivalent als Entgelt.

²³⁸ Übersichtlich mit Fragen und Antworten den zu Sachbezügen ARD 5298/2/2002, Spezialfragen zum Sachbezug in den Bereichen Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht, Steuer- und Abgabenrecht und Exekutionsrecht.

²³⁹ RdW 1983, 44.

Arbeitgeber, welche aber bei einem Spitalsaufenthalt eines Dienstnehmers mit Dienstwohnung vorliegt. Diese Aussage trifft mE – unter analoger Zugrundelegung der Kriterien des Generalkollektivvertrages zu § 3 EFZG – bei zwar gleichem Ergebnis schon mangels Forderbarkeit gerade bei Spitalsversorgung nicht zu. Während Gewinn- und Unternehmensbeteiligungen unstrittig Entgelt darstellen, sind Betriebspensionszusagen uä mE zutreffenderweise zwar Entgelt, aber wegen sonst ungerechtfertigter Doppelliquidierung bei der krankheitsbedingten Fortzahlung nicht anzusetzen.²⁴⁰

2.4. Arbeitszeitmodelle und Entgeltfälligkeit

2.4.1. Arbeitszeitmodelle

Die Problemzonen bei Anwendung der einschlägigen Fortzahlungslogiken auf flexiblere Arbeitszeitformen wie Teilzeitarbeit, Gleitzeit, diverse Bandbreitenmodelle und Job-sharing uä²⁴¹ sollten – eingeschränkt auf bei der Stadt Wien aufzufindende Arbeitszeitregelungen²⁴² – auch angesprochen werden.

a. Teilzeitbeschäftigte Vertragsbedienstete

Für teilzeitbeschäftigte Vertragsbedienstete ist nach § 50 Abs 2 VBO 1995 bei Änderung des Ausmaßes der Arbeitszeit zur Berechnung der Fortzahlung gemäß § 19 leg cit die durchschnittliche Arbeitszeit der letzten sechs Monate zugrunde zu legen, was – trotz klarem Telos dieser einmaligen Regelung – nicht unproblematisch ist. Ungeachtet des Umstandes, dass diese Regelung nur für die Fortzahlung des Monatsbezuges gilt, – dh die Nebengebühren werden stets iSd § 19 Abs 5 leg cit berechnet – werden Bedienstete mit erst kurz vor der Erkrankung erfolgter Stundenreduzierung übervorteilt, da sie mit Krankenstandbeginn eine

²⁴⁰ Siehe dazu *Schindler*, „Deferred compensations“, insb Betriebspensionszusagen als abfertigungsrelevante Entgelte, DRdA 1999, 187.

²⁴¹ Zu Problemen neuer Arbeitszeitformen siehe *G. Klein*, DRdA 1984, 301; zur Kurzarbeit siehe VwGH 29.9.1986, 85/08/0204, SVSlg 32.320; RdW 1987, 298 = ZfVB 1987/1298; *Schnorr*, Rechtsfragen der Kurzarbeit, DRdA 1987, 261; zum Akkordlohn siehe VwGH 20.9.2000, 97/08/0389, DRdA 2001/27 (*Löschnigg*).

²⁴² Die Untersuchung kann sich grds auf Teilzeitarbeit und Gleitzeitmodelle beschränken.

Entgelterhöhung erfahren, während bei kurzfristiger Stundenerhöhung eine Entgeltminderung eintritt. Bei Vergleich mit der Weiterzahlung des unverändert bleibenden – vertraglichen – Beschäftigungsmaßes erscheint diese Regelung in Einzelfällen aus gleichheitsrechtlichen Überlegungen zumindest bedenklich, va wenn man berücksichtigt, dass bei kurz vor der Erkrankung vereinbarter Vollbeschäftigung trotz vorhergehender lange zurückreichender Teilzeitbeschäftigung mit auch wenigen Wochenstunden obige Regelung keine Anwendung findet.

b. Gleitzeitmodelle

Die verschiedenen Gleitzeitmodelle mit einer – an die jeweilige Dienststelle angepassten – Kernarbeitszeit oder Blockzeit mit Anwesenheitspflicht und einer Rahmenzeit zur Ermöglichung einer flexiblen Erbringung der restlichen Wochenstunden – oft verbunden mit einem längeren Abrechnungszeitraum für die erbrachten Gleitzeitstunden – bergen keine zusätzlichen Probleme bei der Entgeltfortzahlung, weil man mE akzeptieren muss, dass vorhandene Gleitzeitguthaben bzw Fehlstunden vorderhand bei der Fortzahlung keine Beachtung finden. Die Abrechnung der Gleitzeitstunden – in Form von (fortzahlungswirksamen) Mehrleistungen oder Zeitausgleich – hat zu den festgesetzten Zeitpunkten über die Leistungsperioden bzw bei einem Austritt zu erfolgen.

2.4.2. Fälligkeit des Entgelts

Entgelt (Bezug) ist stets der regelmäßig zufließende – auch außerordentliche Leistungen umfassende – Geldwert für die Arbeitsleistung, dh maßgeblich ist immer die Fälligkeit der jeweiligen Entgeltbestandteile, nicht deren tatsächlich erfolgende Auszahlung, sodass Nachzahlungen unstrittig grds zu einer Neuberechnung der Entgeltfortzahlungsbeträge führen. Am Rande interessierende Folgeprovisionen sind demnach – strittig – nicht bereits verdiente und erst später fällig werdende Ansprüche, sondern vom Dienstvertrag abhängiges Entgelt, auch wenn das Grundgeschäft schon früher abgeschlossen wurde,²⁴³ daher auch unabhängig von einer Entgeltfortzahlung laut Vertrag – „zur Fälligkeit“ – auszuführen. Auch macht zB

²⁴³ Siehe OGH 30.11.1987, 10 ObS 94/87, SSV-NF 1988/1/59 = SozSi 1989, 24 = ZAS 1988, 27 (krit *Jabornegg*). Die Kritik von *Jabornegg* erfolgt mE zu Recht, wenn er meint, die Bezeichnung – so auch früher der OGH – „Erfolgseingehalt für bereits abgeschlossene Verträge war treffender“.

das Zurückbehalten einer nach § 17 Abs 1 Z 4 VBO 1995 – wie das Arbeitsentgelt im Nachhinein – fälligen Entgeltfortzahlungsleistung bis zur Abklärung eines Dienstunfalles gemäß § 19 Abs 4 leg cit den Arbeitgeber schadenersatzpflichtig.²⁴⁴

2.5. Zuschussregelungen

2.5.1. Allgemeines

In einigen der einschlägigen Normen wird auch die Zahlung eines Zuschusses festgelegt, der im Rahmen der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung im Anschluss an die Fortzahlung von Krankentgelt – auch für einen befristeten Zeitraum – zu leisten ist. Die Problemanalyse soll dabei von den praktisch wichtigen Zuschuss zum Krankengeld gemäß § 20 VBO 1995 bis maximal 49 % des Nettomonatsbezuges beinhalten, weiters aber auch das sehr ähnliche Teilentgelt nach § 17a Abs 1, 3, 4 und 6 BAG²⁴⁵ in Höhe der Differenz zwischen Krankengeld und Lehrlingsentschädigung sowie den Zuschuss nach § 20 Abs 1 des Kollektivvertrages für Lehrer der Musiklehranstalten in Höhe von 49 % des Gehaltes behandeln. Die Weiterzahlung verminderter Bezüge im Ausmaß von 25²⁴⁶, 40²⁴⁷, 49²⁴⁸ oder 50 %²⁴⁹ nach den einschlägigen Normen mag auch prima facie wie ein Zuschuss aussehen, da diese Fortzahlung zumeist neben einer Krankengeldleistung des zuständigen Sozialversicherungsträgers²⁵⁰ besteht, ist aber – auch schon mangels einer solchen Bezeichnung – als Entgeltfortzahlung zu interpretieren, deren Wirkungen

²⁴⁴ Siehe ASG Wien 8.3.2001, 32 Cga 158/00i; ARD 5276/47/2002; Zurückbehalten ist Arbeitgeberrisiko.

²⁴⁵ In der Praxis wird diese Bestimmung – im Untersuchungsbereich – wegen der Subsidiaritätsregelung des § 2 Dienstvorschrift für Lehrlinge gegenüber der VBO 1995 meist nicht schlagend; siehe dazu schon in Teil II, Punkt 3.6.3.

²⁴⁶ Va § 8 Abs 2 AngG.

²⁴⁷ Va § 21 Abs 4 Wr. LAO 1990.

²⁴⁸ § 15 Abs 1 lit b Kollektivvertrag der Forstarbeiter der Gemeinde Wien und § 14 Abs 3 HbG.

²⁴⁹ Va § 8 Abs 1 AngG und die §§ 24 Abs 3 und 46 Abs 3 VBG.

²⁵⁰ Bei 50 % Fortzahlung ruht das Krankengeld gemäß § 143 Abs 1 Z 3 ASVG zur Hälfte.

besoldungsrechtlich von der eines Zuschusses zu unterscheiden sind. Zuschüsse nach § 49 Abs 3 Z 9 ASVG²⁵¹ sind nicht als Entgelt anzusehen – und unterliegen daher nicht der Sozialversicherungspflicht – solange sie neben laufenden Geldleistungen aus der Krankenversicherung gewährt werden und weniger als 50 % des (letzten) vollen Entgelts betragen.²⁵² Der Einfluss des Zuschusses auf die Höhe der periodischen Sonderzahlungen ist ebenfalls näher zu behandeln.

2.5.2. Der Zuschuss in der VBO 1995

Nach § 20 Abs 1 VBO 1995 ist dieser Zuschuss – nach erschöpfter Entgeltfortzahlung – als Differenz zwischen dem Krankengeld des Sozialversicherungsträgers und dem fiktiven Nettomonatsbezug – längstens insgesamt für zwölf Monate – zu gewähren, wobei die maximale Höhe mit 49 % des Nettobezuges festgelegt wird. In diesem Zusammenhang sind drei Problemkreise eine nähere Untersuchung wert.

a. Zuschussberechnung als Nettodifferenz zum Krankengeld

Problematisch ist die Verwendung des Begriffes „Nettomonatsbezug“ schon deswegen, als darunter die Monatsbezüge iSd § 3 Abs 2 BO 1994 iVm § 17 Abs 1 VBO 1995 zu verstehen sind²⁵³ und demnach keine Nebengebühren miteinzubeziehen sind, was mE verständlich ist, da diese bereits mit Erschöpfung der Entgeltfortzahlung eingestellt wurden. Eine Neuberechnung des Monatsbezuges ist nur bei einer zwischenzeitlich eingetretenen Zeitvorrückung, Überstellung uä vorzunehmen, da mE unzweifelhaft stets der zur Monatsabrechnung dem Grunde nach zustehende fiktive Monatsbezug heranzuziehen ist. Nettomonatsbezug indiziert allerdings stets auch eine fiktive Berechnung der gesetzlichen Abzüge, wobei mE va die Sozialversicherungsbeiträge abzuziehen sind und im Zuge der

²⁵¹ Diese Bestimmung subsumiert auch Entgeltfortzahlungsleistungen von weniger als 50 % der vollen Geld- und Sachbezüge unter dem Begriff Zuschuss. Siehe auch zB ARD Betriebsdienst, Betriebswichtige Rechtsdaten 2002, 453.

²⁵² Siehe ARD HdB 1979, 456.

²⁵³ So schon *Delabro/Schubert/Rauscher*, Dienstrecht der Wr Vertragsbediensteten, S 80, FN 2 zum vergleichbaren § 18 der VBO 1979.

Lohnsteuerberechnung auch sonstige Werbungskosten²⁵⁴, steuermindernde Freibeträge²⁵⁵ und Absetzbeträge²⁵⁶ zu berücksichtigen sind. Einzig der vom Dienstgeber auf Antrag des Dienstnehmers steuermindernd abgezogene Gewerkschaftsbeitrag ist mE aufgrund der Freiwilligkeit der Leistung nicht zu berücksichtigen, zumal eine solche Leistung gerade nicht erbracht wird und dem Arbeitgeber eine solchermaßen fingierte Nettoerhöhung nicht zugemutet werden kann. Fraglich ist, ob das Krankengeld als Basiswert hier brutto oder netto zu verstehen ist, denn ab einer bestimmten täglichen Höhe²⁵⁷ hat der zuständige Kranken- bzw Unfallversicherungsträger nach § 69 Abs 2 EStG 1988 eine Lohnsteuer in Höhe von fixierten 22 %²⁵⁸ abzuziehen. Hier ist mE aufgrund der Tatsache, dass eine Zuschussregelung analog § 20 VBO 1995 bereits in der Vorgängerbestimmung des § 18 VBO 1979 bestanden hat, die Festlegung der Abzugssteuer in § 69 EStG 1988 aber erst mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 1989 eingeführt wurde, die Berechnung stets vom Bruttokrankengeld vorzunehmen, da dem Landesgesetzgeber nicht unterstellt werden kann, dass er aufgrund der – nur den Dienstnehmer berührenden Steuerbelastung – ab der Einführung der Abzugssteuer in bestimmten Fällen höhere Zuschüsse leisten wollte.²⁵⁹ Verstärkt wird diese Auffassung dadurch, dass die „laufenden Geldleistungen aus der gesetzlichen Krankenversicherung“ selbst – unbeeinflusst von der Steuerbelastung – unvermindert vom Sozialversicherungsträger zu leisten sind.

²⁵⁴ Das Pendlerpauschale gemäß § 16 Abs 1 Z 6 EStG 1988 stellt zB auch Werbungskosten dar.

²⁵⁵ Gemeint ist ein Freibetrag laut Mitteilung zur Vorlage beim Arbeitgeber gemäß § 63 Abs 3 EStG 1988.

²⁵⁶ So va der Alleinverdiener- bzw Alleinerzieherabsetzbetrag gemäß § 33 Abs 4 EStG 1988.

²⁵⁷ Derzeit 20 €

²⁵⁸ Die Leistungen des Sozialversicherungsträgers unterliegen gemeinsam mit dem Jahreseinkommen auch dem zwingenden Veranlagungsverfahren gemäß § 41 Abs 1 Z 3 EStG 1988.

²⁵⁹ Der Gesetzgeber hätte sonst wohl die Bestimmung in § 20 Abs 1 VBO 1995 entsprechend angepasst.

b. Zuschussgewährung zum fiktiven Krankengeld

Der Zuschuss gebührt nach § 20 Abs 1 letzter Satz VBO 1995 auch für Zeiträume, für welche gemäß § 138 Abs 1 ASVG noch kein Krankengeldanspruch besteht²⁶⁰ bzw gemäß § 139 leg cit der Krankengeldanspruch bereits erschöpft ist²⁶¹ – dabei ist auch die Koppelung der Krankenstände sowie die Wartezeit nach § 139 Abs 4 leg cit für einen neuerlichen Krankengeldanspruch zu beachten – und wäre in diesen Fällen als Entgelt gemäß § 49 Abs 3 Z 9 leg cit zu werten^{262,263} und folglich der Sozialversicherung zu unterwerfen. In der Praxis ist grds eine monatliche Aufteilung der Zuschussbeträge – sofern nicht ohnehin null²⁶⁴ – nach Vorlage der Abrechnungsscheine des Krankenversicherungsträgers nicht erforderlich, da mit den Zuschussbeträgen die tägliche Geringfügigkeitsgrenze nach § 5 Abs. 2 leg cit kaum überschritten wird.²⁶⁵

c. Sonderzahlung bei grundsätzlichem Zuschussanspruch

Nach § 17 Abs 1 Z 2 VBO 1995 wird die Höhe der nach § 3 Abs 3 und 4 BO 1994 zu bemessenden Sonderzahlung durch die Gebührlichkeit eines Zuschusses anstelle eines Monatsbezuges nicht beeinträchtigt. Diese Aussage gilt mE auch bei einer

²⁶⁰ Aus dem Versicherungsfall der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit besteht erst ab dem vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf Krankengeld.

²⁶¹ Der Mindestanspruch beträgt 26 Kalenderwochen bei weniger als sechs Versicherungsmonaten in den letzten zwölf Kalendermonaten vor Eintritt des Versicherungsfalles und erhöht sich danach auf 52 bzw auf bis zu 78 Kalenderwochen.

²⁶² Das Gleiche gilt auch für die unter Punkt 2.5.1. erwähnten Fortzahlungsbestimmungen von bis zu 49 % des Entgelts.

²⁶³ Siehe *Delabro/Schubert/Rauscher*, Dienstrecht der Wr Vertragsbediensteten, S 80, FN 5 zum vergleichbaren § 18 der VBO 1979.

²⁶⁴ Da die komplexe Krankengeldberechnung letztlich von der Sozialversicherungsbasis vor der Erkrankung – dh inklusive Nebengebühren – vorzunehmen ist, ist ein Zuschuss von null Euro keine Seltenheit.

²⁶⁵ Somit sind nur, durch den Dienstgeber zu leistende, – von der Geringfügigkeitsgrenze unabhängige – Unfallversicherungsbeiträge abzuführen.

Zuschusshöhe von null, da der Zuschussanspruch dem Grunde nach besteht – ungeachtet der fehlenden Höhe. Eine restriktive Interpretation dieser Bestimmung würde zu dem mE untragbaren Ergebnis führen, dass bei einer Zuschusshöhe von monatlich 1 Eurocent die volle Sonderzahlung und bei einem Ergebnis von null keine Sonderzahlung zu leisten wäre, was dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden kann.

2.5.3. Das Teilentgelt im BAG

Das Teilentgelt gemäß § 17a Abs 1, 3, 4 und 6 BAG ist anders als der Zuschuss nach der VBO 1995 nach § 49 Abs 3 Z 22 ASVG stets kein Entgelt iSd ASVG, dh der Höhe nach uneingeschränkt und auch unabhängig davon, ob der Lehrling ein Krankengeld erhält.²⁶⁶ Bei der Berechnung des Teilentgelts ist von der vollen (fiktiven) Lehrlingsentschädigung im Brutto auszugehen und – trotz Versagung – das Krankengeld auch fiktiv zu errechnen.²⁶⁷ Da nach § 11 der Dienstvorschrift für Lehrlinge § 3 Abs 3 und 4 der BO 1994 sinngemäß gilt und die Pauschalabgeltung für Nebengebühren ausgeschlossen wird, ist die Sonderzahlung mE für die Zeit eines Teilentgelts zu kürzen.²⁶⁸ Die Bestimmung des § 17 Abs 1 Z 2 VBO 1995 über den Zuschuss kann diesbezüglich nicht anwendbar gemacht werden, da Lehrlinge keinen Anspruch auf einen Zuschuss iSd § 20 leg cit haben, – eine sinngemäße Anwendung hätte man allerdings normieren können – ergo liegt mE nur eine nicht analogiefähige unechte Lücke vor.²⁶⁹

2.5.4. Der Zuschuss im Kollektivvertrag für Lehrer der Musiklehranstalten

Problematisch ist der Zuschuss gemäß § 20 Abs 1 Z 1 des Kollektivvertrages für Lehrer der Musiklehranstalten, da darin – im Unterschied zu den bekannten Zuschussarten – die Höhe nicht in einer Differenzberechnung ermittelt wird, sondern

²⁶⁶ Somit auch dann, wenn das Krankengeld gemäß § 142 ASVG versagt wird.

²⁶⁷ Es existiert kein Abrechnungsschein des Krankenversicherungsträgers mit Tagessatzangabe.

²⁶⁸ Da die Entgeltfortzahlungsfristen der VBO 1995 grds länger sind, ist die Situation mit Teilentgeltzeiten in der Praxis sehr selten.

²⁶⁹ Indizwirkung hat auch die Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete, die in § 9 wortgleich die Sonderzahlung regelt. Auch diese Dienstvorschrift sieht keinen Anspruch auf Zuschuss vor.

mit fixen 49 % des Gehaltes gemäß § 12 leg cit festgelegt wird und daher eine analoge Behandlung wie in der VBO 1995 unmöglich gemacht wird. Vielmehr ist mE dieser Zuschuss als „falsch bezeichnete“ Entgeltfortzahlung – allerdings unter bewusster Abwendung vom Bezugsbegriff²⁷⁰ zu verstehen, was dadurch verstärkt wird, dass dieser „Zuschuss“ bewusst nicht vom Anspruch auf Krankengeld abhängig gemacht wird. Kurios, aber mE mit dieser Ansicht kompatibel, ist die Tatsache, dass gemäß § 14 des Kollektivvertrages Sonderzahlungen in gleicher Höhe unter den gleichen Voraussetzungen, wie in der VBO 1995 festgelegt, gebühren. Das bedeutet mE für Zeiten der Gewährung eines „Zuschusses“, dass die Sonderzahlungen nach § 3 Abs 3 und 4 BO 1994 iVm § 17 VBO 1995 zu berechnen sind, weil durch die Wortwahl in § 14 des Kollektivvertrages hier ein analoges Verständnis des Begriffes „Zuschuss“ im Kollektivvertrag mit dem Begriff „Zuschuss“ in der VBO 1995 intendiert ist.²⁷¹

2.6. Spezielle Fortzahlungsprobleme bei einzelnen Entgeltbestandteilen

2.6.1. Verbot von Anwesenheitsprämien

Nach ständiger – in Einzelfällen umstrittener – Judikatur des OGH²⁷² ist die Knüpfung einer Anwesenheitsbedingung an einen Entgeltanspruch rechtswidrig und daher sind solche Anwesenheitsprämien auch bei der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall mitzuberechnen.²⁷³ Die Rechtswidrigkeit basiert dabei prinzipiell auf dem Gleichbehandlungsgrundsatz mit Wurzeln in der Fürsorgepflicht oder in den guten

²⁷⁰ Daher sind iVm § 11 des Kollektivvertrages die dort genannten Zulagen nicht einzubeziehen.

²⁷¹ Die Kollektivvertragspartner hätten sonst statt dem allgemein gebräuchlichen Begriff Zuschuss eine Entgeltfortzahlung von 49 % vereinbaren können, wie dies zB mit der Regelung in § 15 Abs 1 lit b des Kollektivvertrages für die Forstarbeiter der Gemeinde Wien geschehen ist.

²⁷² ZB OGH 19.4.1977, 4 Ob 23, DRdA 1978, 252 (abl *B. Schwarz*), Fleischbezugsscheine bzw deren Äquivalent als Entgelt.

²⁷³ Nach *Boldt*, Die Tätigkeit des Deutschen Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1978 (Serie: „Aus dem Ausland – Bundesrepublik Deutschland“), DRdA 1980, 69 sind auch nach Ansicht des BAG Anwesenheitsprämien Bestandteil des fortzahlungsfähigen Entgelts.

Sitten gemäß § 879 ABGB,²⁷⁴ wobei nicht sachfremde Differenzierungen iZm den Bedingungen durch den OGH als zulässig erachtet werden.²⁷⁵ Zustimmend zu *B. Schwarz*²⁷⁶ ist das Motiv für die Bedingung entgegen der Meinung des OGH mE irrelevant, denn nach zwingendem Norminhalt – hier § 3 Abs 1 EFZG – ist das Entgelt zu zahlen, das mangels Krankenstand zugestanden wäre und weil weder das EFZG noch der Generalkollektivvertrag zu § 3 EFZG diesbezüglich eine Einschränkung des Entgelts auf die Anwesenheit zulassen, ist somit die Bedingung als nicht beigesetzt zu betrachten. Mit anderen Worten – aber mit gleichem Ergebnis – drückt dies *G. Klein*²⁷⁷ mE zutreffend aus, wenn er sagt, dass Anwesenheitsprämien wegen des Anreizes nicht krank zu sein, dann nichtig sind, wenn der Schutzzweck der Norm verletzt wird und somit zB eine Knüpfung der Gewährung eines Entgeltbestandteils an eine Anwesenheit von mindest vier Stunden eines Tages zulässig ist. Die Berücksichtigung der Anwesenheitsprämie bei der Entgeltfortzahlung hat – dessen ungeachtet – mE die vorgeschobene Voraussetzung der Qualität als Entgelt iS der jeweils anzuwendenden Rechtsgrundlage.²⁷⁸ In diesem beschriebenen Sinne wurden durch die Judikatur wegen rechtswidriger Bindung an die tatsächliche Arbeitsleistung ua freiwillige Zusatzabfertigungen²⁷⁹,

²⁷⁴ Sehr deutlich OGH 22.5.2003, 8 Ob A15/03v; ARD 5446/11/2003, Sittenwidrige Anwesenheitsprämie.

²⁷⁵ Siehe dazu OGH 19.4.1977, 4 Ob 23, wo das Motiv der Gleichstellung mit einem Schwesterbetrieb mit Werksküche, welche nur bei Anwesenheit beansprucht werden kann, für die Nichtgewährung des Wertes von Fleischbezugsscheinen im Krankenstand ausreichte.

²⁷⁶ DRdA 1978, 252.

²⁷⁷ DRdA 1983, 10 zu OGH 4 17.2.1981, Ob 6/81

²⁷⁸ Siehe dazu *Weiss*, Die Berücksichtigung von Unternehmensbeteiligungen und Aktienoptionen bei Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüchen – Ist der durch das KMOG eingefügte § 2a AVRAG mit den bisher geltenden Grundregeln des Arbeitsrechts vereinbar?, ASoK 2001, 245 zu § 2a AVRAG, das eine bedenkliche Abkehr vom Verbot von Anwesenheitsprämien bei Unternehmensbeteiligungen und Aktienoptionen vorsieht.

²⁷⁹ Siehe OGH 16.11.1988, 9 ObA 283/88, wbl 1989, 62 = DRdA 1991, 1 (zust *Grillberger*), Zusatzabfertigung gemäß § 3 EFZG Bestandteil des Leistungslohnes. *Grillberger* im Ergebnis zustimmend, weil nach dem Zweck des EFZG fortzuzahlendes und in Aussicht gestelltes Entgelt gleich zu behandeln sind. Ähnlich auch OGH 7.9.2000, 8 ObS 13/00w; ARD 5189/22/2001.

Fehlzeitenprämien²⁸⁰ und Schichtzulagen mit anteiliger Widmung für die Entgeltfortzahlung²⁸¹ und Druckwerkszulagen²⁸² als unzulässige Anwesenheitsprämien qualifiziert und unter Ausfall der Bedingung als Entgeltbestandteil angesehen.

2.6.2. Aufwandsentschädigungen und Wegzeitvergütungen

a. Allgemeines

Wie schon unter Punkt 2.1.1. festgestellt, sind Aufwandsentschädigungen – sofern es sich dabei um einen reinen Aufwand- oder Auslagenersatz handelt²⁸³ – , unbestritten nicht unter den arbeitsrechtlichen Entgeltbegriff zu subsumieren,²⁸⁴ wobei es nicht auf die Steuer- oder Sozialversicherungspflicht ankommt und daher zB Schmutzzulagen zum Entgelt zählen.²⁸⁵ Eine Abstellung auf den Entgeltbegriff des § 49 ASVG – so wie in § 19 Abs 5 VBO 1995 normiert – bleibt dem Gesetzgeber natürlich unbenommen, führt aber in den weitaus überwiegenden Fällen zum gleichen Ergebnis für die Fortzahlung.

²⁸⁰ Siehe OGH 30.1.1991, 9 ObA 310/90, Arb 10.907 = infas 1991, A 128 = RdW 1991, 270, volle Prämie nur bei keinen Fehlzeiten ist unzulässig.

²⁸¹ Siehe OGH 7.6.2001, 9 ObA 295/00y; ASoK 2002, 58 = DRdA 2002, 60 = RdW 2002, 162 = ZASB 2001, 42; ARD 5276/45/2002, infas 2002, A 4; eine 20 %-ige Widmung für die Entgeltfortzahlung stellt Kranke schlechter und ist daher nichtig, somit ist die Zulage voll dem Entgeltbegriff iSd § 8 Abs 1 AngG zu unterwerfen. Anders noch OLG Wien 25.9.2000, 8 Ra 251/00s; ARD 5186/28/2001, zulässig wegen Günstigkeitsprinzip im Verhältnis von Kollektivvertrag zu Gesetz und auch, weil keine Anwesenheitsprämie vorliegt.

²⁸² Siehe OGH 30.6.2005, 8 ObA 72/04b; ARD 5629/1/2005.

²⁸³ Das sind – wie schon erwähnt – va Auslagenersätze, Fahrtvergütungen, Nächtigungsgelder, und Kleidungsvergütungen.

²⁸⁴ Siehe auch schon die oben erwähnten Generalkollektivverträge zu § 3 EFZG bzw zu § 6 UrlG, abgesehen von den Leistungen, die während Krankenstand bzw Urlaub nicht in Anspruch genommen werden können.

²⁸⁵ Siehe dazu SozSi 1978, 74.

b. Ausgewählte Beispiele aus der Judikatur

Außendienstvergütungen wie Tages-, Nächtigungsgelder, Trennungs- und Entfernungszulagen sowie Fahrtkostenvergütungen, auch steuerfreie Fehlgeldentschädigungen²⁸⁶ sind als reiner Auslagenersatz nicht anrechenbar. Eine Wegzeitvergütung für Tätigkeiten außerhalb des Betriebes, die vom tatsächlichen Aufwand unabhängig ist und statt dessen als Vergütung für den Zeitaufwand²⁸⁷ gewährt wird, stellt – da kein Spesenersatz – Entgelt iSd § 3 EFZG dar.²⁸⁸ Dasselbe gilt auch für eine Außendienstzulage zur Abdeckung von Unbequemlichkeiten im Außendienst.²⁸⁹ Egal ist in diesem Zusammenhang unbestritten die Bezeichnung der Zahlung, was bei einer Nachtdienstzulage²⁹⁰ für die Leistung regelmäßiger Nachtdienste iZm § 8 AngG (mit Entgeltqualität) unzweifelhaft erscheint. Auch wenn Fahrgeld als Aufwandsersatz für längere Anreise zusteht, ist ein daneben gewährtes Wegegeld zur Abdeckung des Mehraufwandes zur Anreise zu Baustellen mE davon völlig unabhängig eindeutig Entgelt.²⁹¹ Interessant ist eine Entscheidung des OGH zum Übernachtungs- und Trennungsgeld,²⁹² wo die Qualität als Aufwandsentschädigung iS eines Auslagenersatzes nicht in Frage gestellt wird – beide dienen zur Abdeckung der Mehrkosten wegen nicht möglicher Rückkehr von der Baustelle zum Wohnort – , die von der Entgeltfortzahlung unabhängige kollektivvertragliche Weitergewährung in Krankenstandszeiten wird hier mE richtigerweise auch für die Zeiträume befürwortet, in denen trotz eintretender

²⁸⁶ Siehe *Binder*, RdW 1983, 44.

²⁸⁷ Siehe OGH 18.3.1992, 9 ObA 59/92; *ecolex* 1992, 492.

²⁸⁸ Siehe OGH 5.6.1984, 4 Ob 60/83, Arb 10.355 = RdW 1984, 318 = REDOK (1984) 14.043 zur Wegzeitvergütung im Metall-KollV.

²⁸⁹ Siehe OGH 24.5.1995, 8 ObA 323/94, Arb 11.404; ARD 4671/32/95; DRdA 1995, 523 iZm § 8 AngG.

²⁹⁰ Siehe OGH 26.1.1994, 9 ObA 365/93, DRdA 1994, 47 (*Andexlinger*).

²⁹¹ So auch OGH 16.4.1998, 8 ObA 94/98a beim Maler-KollV.

²⁹² 13.10.1999, 9 ObA 228/99s, Arb 11.947 = ASoK 2000, 219 = DrdA 2000, 177 = infas 2000, A 28 = RdW 2001, 57 = wbl 2000, 82; ARD 5144/11/2000 beim Bau-KollV.

Arbeitsunfähigkeit die Rückkehr zum Wohnort nicht zumutbar ist, sofern natürlich der Wohnsitz nicht zwischenzeitlich aufgelassen wird.

c. Fahrtkostenzuschuss und Fahrtkostenvergütung

Bei der Fahrtkostenvergütung gibt es eine prima facie eigentümliche Entscheidung des OGH,²⁹³ welche allerdings bei näherer Betrachtung im Ergebnis mE zu bejahen ist. Als reiner Aufwandsersatz – dh eine Nachweisobliegenheit des Arbeitnehmers ist gegeben – liegt zweifellos eine nicht zum Entgelt zählende Aufwandsentschädigung vor, womit e contrario pauschalierte Fahrtkostenzuschüsse, welche ungeachtet des tatsächlichen Aufwandes gewährt werden – auch ungeachtet der fehlenden Sozialversicherungspflicht – zum arbeitsrechtlichen Entgelt zu zählen sind und somit klar auch die Bezeichnung egal ist. Dass nun die Qualität als Aufwandsentschädigung auch in den Fällen nicht verloren geht, in denen pauschal und ohne Nachweis die Monatskarte ersetzt wird, ist mE durch den OGH folgerichtig damit begründbar, dass die Monatskarte grds die tarifgünstigste Variante bei der Gestaltung der monatlichen Fahrtkosten darstellt und sich Nachweise dadurch erübrigen. Auch mE korrekt ist der Schluss, dass bei unvorhersehbarer Erkrankung und bereits erfolgtem Kauf einer Monatskarte aus Gründen der Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers keine Aliquotierung des Ersatzes zu erfolgen hat. Somit bleibt mE ein geringerer Ersatz als die Monatskarte nur in den Fällen übrig, wo der Krankenstand vorhersehbar war²⁹⁴ und bei einem Dienstantritt nach krankheitsbedingter Abwesenheit in der zweiten Monatshälfte, weil hier die Anschaffung günstigerer Wochenkarten zumutbar ist. Alles über die genannten Prämissen hinaus Geleistete muss mE als fortzahlungsfähiges Entgelt angesehen werden.

Im Anwendungsbereich von VBO 1995 und BO 1994²⁹⁵ werden (pauschalierte) Fahrtkostenzuschüsse – sofern sie überhaupt noch zu gewähren sind²⁹⁶ – wegen der

²⁹³ 28.9.2000, 8 ObA 173/00z; dazu anschaulich *Röpke*, DRdA 2001, 72 mit Zitierung von *Mazal* (ecolx 1999, 562-566).

²⁹⁴ ZB geplante Operationen, Kur- und Erholungsaufenthalte.

²⁹⁵ § 17 Abs 1 VBO 1995 bzw § 35 Abs 2 BO 1994.

²⁹⁶ Siehe Stadtsenatsbeschluss über den Anspruch auf Fahrtkostenzuschuß, ABI 1999/27.

fehlenden Sozialversicherungspflicht im Krankenstand nicht fortgezahlt, im Anwendungsbereich von VBG und GehG²⁹⁷ ist diesbezüglich eine Einstellung mit Monatsende sowie eine Wiederanweisung ab dem dem Dienstantritt folgenden (oder zeitgleichen) Monatsersten – ohne Anbindung an die Sozialversicherungspflicht – normiert. Diese Fahrtkostenzuschüsse sind realiter ebenfalls pauschalierte Fahrtkostenersätze, da sie maximal nur in Höhe der Kosten einer Monatskarte der nächsten in Betracht kommenden öffentlichen Verkehrsmittel und unter Abschlag eines Anteils für den gesetzlich zustehenden Erholungsurlaub gewährt werden, wobei die Kosten für die Benützung öffentlicher Verkehrsmittel in Wien jedenfalls nicht vom Dienstgeber getragen werden.

d. Weitere Aufwandsentschädigungen im Bereich der VBO 1995 bzw BO 1994

Da in diesen Rechtsvorschriften die Fortzahlungsfähigkeit von Aufwandsentschädigungen letztlich von der Interpretation der Ausnahmebestimmung des § 49 Abs 3 Z 1 ASVG abhängt, sind die einschlägigen Aufwandsentschädigungen im gemäß § 33 Abs 3 iVm § 42a BO 1994 erlassenen Nebengebührenkatalog 2005²⁹⁸ va in Hinblick auf die gemäß Abschnitt II desselben zu den einzelnen Nebengebühren vorgenommenen Zusatzangaben „Aufwandsentschädigung“ bzw „Auslagenersatz“ zu betrachten.²⁹⁹

So ist die „Pauschalierte Weggebühr“ in den Beilagen A-I/III/Allg/3 (Aufwandsentschädigung) bzw E-I/III/34/6, E-I/III/42/11, die für die Anreise zur Leistung außerplanmäßiger Überstunden – zumeist an Sams- oder Sonntagen – ohne Nachweis gewährt wird,³⁰⁰ mE zweifellos Entgelt gemäß § 49 Abs 1 ASVG

²⁹⁷ § 22 Abs 1 VBG bzw die §§ 15 Abs 5 und 20b GehG.

²⁹⁸ Stadtsenatsbeschluss vom 18.1.2005, PrZ 00023-2005/0001-GIF. Der Nebengebührenkatalog wird jährlich mit valorisierten Beträgen neu beschlossen und – bei Bedarf – während des Jahres auch abgeändert. Gewonnene allgemeine Erkenntnisse zum Nebengebührenkatalog 2005 können ohne weiteres sinngemäß auf spätere Ausgaben übertragen werden.

²⁹⁹ Die Trennung in (pauschalierte) Aufwandsentschädigung und (echten) Auslagenersatz hat va auch steuerliche Gründe. Nebengebühren mit dem Vermerk „Tagesgeld“ sind unstrittig kein Entgelt im Sinne des § 49 Abs 3 Z 1 ASVG, wenn sie eine bestimmte Höhe nicht überschreiten.

³⁰⁰ Die Abgeltung erfolgt in Form zusätzlicher Überstunden.

darstellt, während der Anteil von zumindest 6 bzw 3 % (Aufwandentschädigung) an der „Gebühr für den Veranstaltungsstätten-Aufsichtsdienst“ in den Beilagen A-II/IV/Allg/22, E-II/IV/36/3, E-II/IV/37/1 bzw E-II/IV/68/4 sowie der Anteil von 15 sowie 17, 22 bzw 13 % (Aufwandentschädigung) an der „Entschädigung“ in den Beilagen A-II/IV/Allg/24, E-I/III/61 bzw E-II/IV/61/2 für bestimmte Tätigkeiten außerhalb der normalen Arbeitszeit und außerhalb der Amtsräume mE unter die Ausnahmebestimmung des § 49 Abs 3 Z 1 letzter Satz leg cit fällt, da die Tätigkeit außerhalb des Betriebes erfolgt und die Gebühr somit unter Tages- und Nächtigungsgeld fällt. Dasselbe kann mE auch für den Anteil von 50 % an der „Zulage“ in den Beilagen E-II/IV/MDZ bzw E-II/IV/Wiener Wohnen/1 für Außendienstbeamte mit Prozessermächtigung und für den Anteil von 41 % der „Ballgebühr“ (Aufwandentschädigung) in Beilage E-II/IV/68/1 für die Tätigkeit bei Ballveranstaltungen sowie für die „Filmaufsichtsgebühr“ (Aufwandentschädigung) in Beilage E-II/IV/68/3 behauptet werden. Der Anteil von 30 % der „Erschwerniszulage“ in Beilage E-I/III/59/2 (Aufwandentschädigung) für die Leiter der Marktamtsabteilung Großmarkt Wien-Inzersdorf und die sehr unbestimmt definierte „Aufwandentschädigung“ in Beilage E-II/IV/61/1 für Standesbeamte ua stellen mE mangels Vorliegen eines Ausnahmegrundes Entgelt nach dem ASVG dar.

2.6.3. Überstunden, Mehrstunden und Zeitausgleich

Im Zuge der Berücksichtigung von Überstunden bei der Entgeltfortzahlung im Krankenstand ist zu klären, ob auch bei Konsumation von Mehrarbeitsstunden in Form eines Freizeitausgleiches eine Anrechnung auf das regelmäßige Entgelt vorzunehmen ist. Nach OGH und hL³⁰¹ ist eine Zeitausgleichsvereinbarung wegen des zwingenden Charakters des § 10 Abs 1 AZG nur wirksam, wenn sie den Arbeitnehmer besser oder gleich günstig stellt wie bei einer Überstundenvergütung, dh regelmäßige Überstunden als unabdingbarer Entgeltanspruch gehören auch bei Umwandlung in Freizeitkonsum zum Entgelt und somit ist das Grundentgelt und der entsprechende Überstundenzuschlag zu berücksichtigen. Bei Vereinbarung der Leistung von Mehrstunden als Urlaubsvertretung zur Abdeckung früherer Fehlstunden gelten diese bei eintretender Erkrankung mE grds als erbracht, da

³⁰¹ Siehe OGH 15.7.1986, 14 Ob 114/86; infas 1988, H 2, 8, Zeitausgleich und Entgeltbegriff; beachte den Umkehrschluss aus dem AZG.

wesentliche Änderungen im Arbeitsanfall mitzuberücksichtigen sind,³⁰² was freilich zu keiner (zusätzlichen) Heranziehung als Überstunden führen kann. Selbstverständlich ist mE die analoge Behandlung von übervertraglichen Mehrstunden – dh zusätzliche Normalarbeitsstunden – bei teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern unabhängig von der Anzahl der beschäftigten Wochentage.³⁰³ Keine analoge Behandlung ist mE bei noch nicht abgerechneten Guthaben aus der gleitenden Arbeitszeit bzw aus Modellen der variablen Arbeitszeit geboten, da in diesen Konstellationen – auch bei Teilzeitbeschäftigung – nur eine flexible Verteilung der Normalarbeitszeit vorliegt und im Entgeltfortzahlungsfall von der Einhaltung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit ausgegangen werden muss.

2.6.4. Schmutzzulagen

Nach den beispielhaften Regelungen des § 3 EFZG bzw des § 8 AngG sind Schmutzzulagen iSd Ausfall- bzw Bezugsprinzips bei der Entgeltfortzahlung im Krankenstand miteinzubeziehen, obwohl sie gemäß § 49 Abs 3 Z 2 ASVG – soweit sie nach § 68 Abs 1, 5 und 7 EStG 1988 steuerfrei sind – nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen. Vielmehr sind Schmutzzulagen nach hM und mE auch zu Recht bei Zahlung in Nichtarbeitszeiten – hier im Krankenstand – entsprechend sozialversicherungs- und steuerfrei zu belassen, da sonst dem Arbeitnehmer ein Nachteil gegenüber Gesunden entstehen würde.³⁰⁴ Ein Abhängigmachung der Entgeltfortzahlung im Krankenstand vom Entgeltbegriff des § 49 ASVG durch den Gesetzgeber – so wie va in § 19 Abs 5 VBO 1995 praktiziert – führt zwar – wie schon mehrmals erwähnt – zumeist zum gleichen Ergebnis für die Fortzahlung, aber gerade die Schmutzzulagen stellen die wichtigste Ausnahme dar. Da Schmutzzulagen im (beispielhaften) Nebengebührenkatalog 2005 sehr häufig enthalten sind³⁰⁵ und für einige – quantitativ nicht zu unterschätzende –

³⁰² In diesem Sinne auch OGH 11.6.1997, 9 ObA 169/97m; ASoK 1997, 363 = infas 1997, A 124 = ARD 4910/5/98.

³⁰³ Siehe *Drs*, DRdA 1999, 495 bei einer nur an drei Wochentagen beschäftigten Regalbetreuerin.

³⁰⁴ Siehe dazu SozSi 1978, 74.

³⁰⁵ In den Beilagen A-I/III/Allg/7, va wichtig A-I/III/Allg/24 und A-I/III/Allg/25, dann E-I/III/11/5, E-I/III/11A/5, E-I/III/11A/6 zu 50%, E-I/III/13/3 zu 33%, E-I/III/13/4, E-I/III/21A/1, E-I/III/28/1 zu 60%,

Berufsgruppen einen nicht unerheblichen Einkommensbestandteil bilden,³⁰⁶ halte ich die Ausklammerung von der Entgeltfortzahlung für gleichheitsrechtlich zumindest bedenklich, da eine sachliche Rechtfertigung für eine diesbezüglich unterschiedliche Behandlung von Schmutzzulagen im Vergleich mit Nebengebühren anderer Berufsgruppen mE fehlt. Das Fehlen der Sozialversicherungspflicht als grundsätzliches Ausschlusskriterium stellt für diese Berufsgruppen mE keinen im Endeffekt nur geringfügigen Eingriff dar.

2.6.5. Provisionen und Gewinnbeteiligungen

Sehr umstritten in Judikatur und Lehre ist die Behandlung von Provisionen und Gewinnbeteiligungen, va weil – ungeachtet der Einbeziehung derselben in den Dreizehnwochenschnitt – spätere Geldeinbußen mangels Geschäftsabschlüssen im Krankenstand mE zu Recht nicht von der Entgeltfortzahlung gedeckt werden können.³⁰⁷ Es werden hierbei die Problematiken der Folge-, Abschluss- und Betreuungsprovisionen, Erfolgsprämien, Leistungs- und Umsatzprovisionen sowie Gewinnbeteiligungen vorwiegend von Vertretern sowie auch der

E-I/III/28/2, E-I/III/28/3 zu 25%, E-I/III/29/1 zu 25%, E-I/III/30/1A zu 53%, E-I/III/30/3 zu 28%, E-I/III/30/5, E-I/III/31/2, E-I/III/31/3 zu 50%, E-I/III/31/4 zu 50%, E-I/III/31/8 zu 25%, E-I/III/33/2 zu 33%, E-I/III/33/3 zu 25%, E-I/III/41/1 zu 50%, E-I/III/41/2 zu 50%, E-I/III/41/3 zu 29%, E-I/III/42/2, E-I/III/42/3, E-I/III/42/5, E-I/III/42/6, E-I/III/42/10 zu 25%, E-I/III/43/C3 zu 50%, E-I/III/43C6 zu 37%, E-I/III/43/D2 zu 50%, E-I/III/45/3 zu 25%, E-I/III/45/4 zu 25%, E-I/III/48/2 zu 25%, E-I/III/48/6 zu 50%, E-I/III/48/7 zu 25%, E-I/III/48/12, E-I/III/48/13 zu 25%, E-I/III/48/16 zu 10%, E-I/III/48/17 zu 10%, E-I/III/53/1, E-I/III/54/6, E-I/III/56/1 zu 105 bzw. 20%, E-I/III/56/13 zu 50%, E-I/III/56/14 zu 50%, E-I/III/56/17 zu 50%, E-I/III/68/1, E-I/III/68/2, va wichtig E-I/III/KAV/13 und E-I/III/KAV/15, dann E-I/III/KAV/19 zu 25%, E-I/III/KAV/22, E-I/III/KAV/23 zu 10%, E-II/IV/4/2 zu 34%, E-II/IV/10/2 zu 40%, E-II/IV/21A/1, E-II/IV/28/3 zu 50%, E-II/IV/29/1 zu 50%, E-II/IV/29/2 zu 29%, E-II/IV/30/1 zu 50%, E-II/IV/31/3 zu 25% bzw. 50%, E-II/IV/31/4 zu 50%, E-II/IV/37/2 zu 29%, E-II/IV/41/2 zu 50%, E-II/IV/41/3 zu %0%, E-II/IV/41/4 zu 29%, E-II/IV/46/1, E-II/IV/48/5 zu 40%, E-II/IV/48/6 zu 50%, E-II/IV/49/1 zu 50%, E-II/IV/49/2 zu 30%.

³⁰⁶ So va für Raumpflegerinnen, Bedienstete in Anstaltswäschereien und Gärtner. Geringere Einkommensverluste ergeben sich zB bei Kanalarbeitern und im Bereich der Müllabfuhr.

³⁰⁷ Siehe dazu zB schon OGH 17.2.1981, 4 Ob 6/81, DRdA 1983, 10 (G. Klein).

Mitarbeiterbeteiligungsmodelle angesprochen.^{308,309} Für den Bereich der Gemeinde Wien sind diese Entgeltformen (derzeit) aber nicht üblich und daher sei auf obige Problematik aus dem Anwendungsbereich des AngG und EFZG nur hingewiesen.

2.6.6. Turnusärzte

Eine spezielle Behandlung der Turnusärzte gebietet sich wegen besonderer Zulagenkonstellationen dieser Berufsgruppe, die in engem Zusammenhang mit der atypischen Arbeitszeit steht. Die Judikatur des OGH ist oft mit dem – später noch zu behandelnden – Homogenitätsprinzip³¹⁰ verbunden, bringt aber auch wertvolle sachbezogene Hinweise zur Entgeltfortzahlung und ist im Bereich des Wiener Krankenanstaltenverbundes von Bedeutung.

a. Günstigkeitsprinzip

Aufgrund der relativ zwingenden Vorschrift des § 8 AngG ist eine vertragliche Entgeltbeschränkung nicht durch längere Anspruchszeiten kompensierbar, wobei

³⁰⁸ Siehe näher zu Provisionen OGH 30.11.1987, 10 ObS 94/87, SSV-NF 1988/1/59 = SozSi 1989, 24 = ZAS 1988, 27 (*Jabornegg*); *Gahleitner*, Urlaubsentgelt für Provisionsbezieher, DRdA 1992, 485; OGH 22.12.1993, 9 ObA 137/93; OGH 6.4.1994, 9 ObA 603/93, Arb 11.172 = DRdA 1995, 12 (ausführlich dazu *Geist*) = infas 1994, A 159; auch OLG Wien 22.2.1993, 32 Ra 161/92; ARD 4520/52/94; sowie OLG Wien, 21.12.1995, 8 Ra 1357/95 (abweichende Provisionsvereinbarung zulässig); ARD 4743/34/96; und ASG Wien, 17.4.1996, 24 Cga 149/95; ARD 4786/27/96; später OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96g, wbl 1997, 254 = ZAS 1997, 19 (*Risak*). Interessant iZm einer Produktionsprämie LG Linz, 29.4.1997, 9 Cga 3/97d; dazu *Mayr*, LG Linz: Betriebliche Sonderzahlung bei Arbeitgeberkündigung, DRdA 1997, 522; ARD 4902/3/98. Gute übersichtliche Darstellung über erfolgsabhängige Entgelte DRdA 2000, 467, Die Vereinbarung erfolgsabhängiger Entgelte. Siehe auch *Mosler*, Ansprüche eines gekündigten Provisionsvertreters (Serie: "Der praktische Fall"), DRdA 2000, 539; zur Mitarbeiterbeteiligung *Zehetner/Wolf*, Arbeitsrechtliche Probleme bei Stock Option Modellen, eoclex 2001, 12; zu Umsatzprämien VwGH 20.6.2001, 96/08/0331, 0332, RdW 2002, 303.

³⁰⁹ Zur aktuellen Situation bei Provisionen siehe OGH 17.10.2002, 8 ObA 67/02i, DRdA 45, 2003 (*Kallab* mit sehr guter Darstellung); ARD 5379/1/2003; ergo ist die Einbeziehung von Folge- und Betreuungsprovisionen wegen dem zeitlichem Konnex weiterhin strittig, Abschlussprovisionen sind unstrittig einzubeziehen.

³¹⁰ Siehe dazu va in Teil IV, Punkt 3.7.3.

diese Feststellung des OGH³¹¹ zu Tiroler Turnusärzten wegen der dispositiven Vorschrift des § 54 VBO 1995 zu den Sonderverträgen iZm § 19 Abs 5 leg cit mE bei Wiener Spitalsärzten nicht zutrifft und daher eine Vereinbarung der Anwendung des VBG – rein theoretisch – hier zulässig und auch wirksam wäre. Interessant und umstritten ist die Nichtbeachtung des Günstigkeitsprinzips durch den OGH, der – bei Fehlen einer exakten Grenze zum Gruppenvergleich³¹² – einen solchen „Gesamtgünstigkeitsvergleich“ iZm § 8 AngG generell ablehnt, obwohl er noch in einem vergleichbaren Erkenntnis zum Kärntner Verwaltungs-, Pflege- und Spitalsarztpersonal³¹³ anders entschied. Übereinstimmend mit *Binder*³¹⁴ wiegen mE – durch den eben als zulässig angenommenen Gruppenvergleich³¹⁵ – die Vorteile der Anwendung des VBG die Nichtberücksichtigung der Dienstzulagen in der Entgeltfortzahlung – hier bei alter Fassung des § 8 Abs 1 AngG mit noch vier Wochen Grundanspruch – klar auf. Die Tatsache, dass das Land³¹⁶ seine Kompetenz iSd Art 21 Abs 1 B-VG idF BGBl 1974/444 nicht wahrgenommen hat, kann aber mE für den – hier als zulässig angenommenen – Günstigkeitsvergleich ein anderes Ergebnis bringen – den Untersuchungen zum Homogenitätsprinzip va in Teil IV, Punkt 3.3.3. soll hier aber nicht vorgegriffen werden.

³¹¹ 29.1.1998, 8 ObA 361/97i, Arb 11.692 = RdM 1998, 17 = RdW 1998, 757 (*Binder*) – Tiroler Turnusarzt; ARD 4958/23/98; *Stärker*, ASoK 1998, 231; ausführliche Kritik durch *Binder*, RdW 1998, 746; die Vereinbarung ist daher diesbezüglich wirkungslos.

³¹² Nach *Binder*, RdW 1998, 746, ist ein Gruppenvergleich nach hL und (früherer) Judikatur zulässig, er schreibt: nach *Strasser* ist eine objektive Konnexität geboten, nach *Marhold* die Vertragsauslegung wichtig und nach *Tomandl* eine gewisse Sachnähe erforderlich.

³¹³ OGH 25.1.1989, 9 ObA 517/88 mit isolierter Anwendung des Günstigkeitsvergleiches.

³¹⁴ RdW 1998, 746, III. 3. Die Folgerungen.

³¹⁵ Das Ansetzen am Anspruchskomplex „Entgeltfortzahlung“ widerlegt auch den Einwand eines unzulässigen punktuellen Vergleiches.

³¹⁶ Der Anlassfall betraf das Land Tirol.

b. Feiertagszulage

Interessant ist auch das Erk des OGH³¹⁷, in dem Spitalsärzten in Niederösterreichs Spitälern eine Turnusdienstzulage sowie eine Sonn- und Feiertagszulage nach dem NÖ SÄG neben dem Feiertagsentgelt gemäß § 9 ARG zugestanden wird und das somit regelmäßiges Entgelt darstellt, da die Anrechnung der Zulagen auf das Feiertagsentgelt wegen unzulässiger Kompetenzergreifung durch das Land rechtswidrig ist. Die nach Art 21 Abs 2 B-VG (weiterhin) dem Bund zukommende ausschließliche Kompetenz zur Regelung des Arbeitnehmerschutzes in Betrieben der Länder – umgesetzt durch § 1 Abs 2 Z 1 lit a ARG – kann durch den Landesgesetzgeber nicht ergriffen werden und daher dürfen die Länder zwar weitere Zulagen für Feiertagsarbeit schaffen, nicht aber den Mindeststandard des ARG an Arbeitnehmerschutz untergraben. Da Spitäler Betriebe iSd § 1 Abs 2 Z 1 lit a leg cit darstellen, ist diese Entscheidung auch für den Wiener Krankenanstaltenverbund bindend. Die Gemeinde Wien gewährt im Nebengebührenkatalog 2005³¹⁸ diesbezügliche Nebengebühren unabhängig vom Feiertagsentgelt.

2.6.7. Weitere noch nicht erörterte Probleme im Zusammenhang mit dem Nebengebührenkatalog

a. Ausgleichszulage im Nebengebührenkatalog

Die in Beilage A-I/III/Allg/12 des Nebengebührenkatalogs 2005 festgelegte Ausgleichszulage gebührt Bediensteten bei zumindest ununterbrochen sechs Tage dauernder Verwendung auf einem höherwertigen Dienstposten, sofern sie auch die Voraussetzungen für die Überstellung in die höhere Verwendungsgruppe erfüllen. Rechnerisch stellt der entsprechende Tageswert eine Gehaltsdifferenz auf der Grundlage einer durchschnittlichen Gehaltsstufe dar und ist als Leistungsentgelt auch unzweifelhaft entgeltfortzahlungsfähig, mE aber nach seinem Zweck nicht als

³¹⁷ 15.3.2000, 9 ObA 215/99d; dazu *Stärker*, Das Arbeitsruhegesetz gilt auch in Niederösterreichischen Spitälern – Zum Verhältnis der Feiertagsregelungen von NÖ SÄG und ARG, ASoK 2000, 311; iZm der Arbeitszeiteinteilung siehe später va OGH 30.5.2005, 8 ObA 135/04t; *Radner*, Feiertagsentlohnung bei Spitalsärzten, DRdA 2006, 225.

³¹⁸ Siehe va die Beilagen A-II/IV/Allg/3 (Wechseldienstentschädigung), A-II/IV/Allg/8 (Feiertagsablöse) und A-II/IV/Allg/15 (Sonn- und Feiertagszulage).

Nebengebühr, sondern als Zulage iSd § 3 Abs 2 BO 1994 bzw des § 17 Abs 1 VBO 1995 iVm § 3 Abs 2 BO 1994 analog der Ergänzungszulage des § 19 BO 1994 bei Überstellung in eine höhere Verwendungsgruppe einzustufen. Somit geht dem Arbeitnehmer die anteilige Sonderzahlung gemäß § 3 Abs 3 leg cit – nicht nur – bei der Entgeltfortzahlung verloren.

b. Kassierzulagen

Die Kassierzulagen in den Beilagen A-I/III/Allg/30 und A-II/IV/Allg/5 des Nebengebührenkatalogs 2005 sind nach dessen Abschnitt II als Fehlgeldentschädigung bis 14,53 € monatlich für den Ruhegenuss nicht anrechenbar und – im schon dargestellten Zusammenhang – bei Beamten und Vertragsbediensteten iSd § 49 Abs 3 Z 3 ASVG im Krankenstand nicht fortzahlungsfähig. Eine sozialversicherungsrechtliche Grenzziehung mit einem fixierten Eurobetrag, der wiederum seine Wurzeln in der Bestimmung des § 3 Z 15 EStG 1972 mit einer Steuerbefreiung bis 200 öS monatlich hat,³¹⁹ kann mE nur sehr schwer als sachlich gerechtfertigtes Kriterium auch für die krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung herhalten. Auch wenn diese Kassierzulagen – abgesehen von der Gefahrenklasse V – zumeist weit über diesem Grenzwert liegen, kann eine durch die Reduktion um 14,53 € verursachte unterschiedliche Behandlung ein und derselben Zulage im Krankheitsfall mE aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen im Vergleich mit Bediensteten mit fortzahlungsfähigen Nebengebühren nicht befürwortet werden.

c. Vortragshonorare

Bei den als Entschädigungen bezeichneten Vortragshonoraren der Beilage D/1-8 des Nebengebührenkatalogs 2005 stellt sich – ungeachtet der Sozialversicherungspflicht gemäß § 49 ASVG – mE die Frage, ob die Fortzahlungsfähigkeit überhaupt gegeben sein kann, da die Tätigkeit als Vortragender regelmäßig nicht am Ort der vertraglichen Dienstleistung ausgeübt wird³²⁰ und daher schon deswegen die einschlägigen Bestimmungen des § 38 Abs 1 BO 1994 bzw § 19 Abs 5 VBO 1995 uU nicht greifen. Im Ergebnis ist aber mE auch bei erlaubter dienststellenferner

³¹⁹ Das ab 1. Jänner 1989 in Kraft getretene EStG 1988 kennt diese Steuerbefreiung nicht mehr.

³²⁰ Zumeist handelt es sich um Vorträge an der Verwaltungsakademie, Schulen, Ausbildungszentren oder auch im Rahmen der Rundfahrten „Modernes Wien“.

Dienstausübung – abgesehen von externen Vortragenden von fremden Dienstgebern – von einer Dienstleistung mit Relevanz für die Entgeltfortzahlung auszugehen, allerdings wird durch § 38 Abs 1 BO 1994 iVm § 2 Abs 1 RVZG 1995 iVm Abschnitt II des Nebengebührenkatalogs bei Beamten die Anrechenbarkeit für die Ruhegenusszulage und damit auch für die Fortzahlung ausgeschlossen. Korrekterweise ist daher mE bei Wiener Landeslehrern, welche – ohne Zusammenhang mit ihrer Unterrichtsverpflichtung an städtischen Pflichtschulen – Vorträge an Gemeindeinstitutionen, va an der Verwaltungsakademie halten, von einem externen Vortragenden auszugehen. Das ist auch deswegen logisch, da Zahlungen der Gemeinde Wien für vom Bundesbudget getragene Landeslehrer keine Subsumtion unter eine Regelung des GehG finden können.

d. Vertretungsgebühren

Kurios ist die Gestaltung von Vertretungsgebühren schon wegen der tw irreführenden Bezeichnungen ungleicher Sachverhalte. Während die Vertretungsgebühren in den Beilagen E-I/III/70/2 und E-II/IV/70/10 des Nebengebührenkatalogs 2005 wegen vorübergehender Verwendung auf einem anderen höherwertigen Dienstposten unstrittig als Leistungsentgelt iS einer Ausgleichszulage – mit der unter lit a beschriebenen Kritik – anzusehen sind, stellen die Vertretungsgebühren in den Beilagen E-I/III/34/3, E-I/III/51/1 und E-I/III/56/15 leg cit – von der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung auszunehmende – Auslagenersätze dar, die Hauswarten, Sport- und Spielplatzaufseher bzw Schulwarten mit Dienstwohnung³²¹ gewährt werden, wenn sie im Erkrankungsfall selbst für Vertretung sorgen. Da diese – nicht geringfügigen – Auslagenersätze offensichtlich dafür dienen, selbstbestimmten Vertretern weitergegeben zu werden, um die Dienstverrichtung auszuüben, können sie mE zu Recht auch nicht fortgezahlt werden. Kurios ist diese Regelung aber allemal, weil der Vertreter kein Dienstverhältnis zur Gemeinde Wien begründet, somit keinen Arbeitnehmerschutz und keinen Sozialversicherungsschutz aus dieser Tätigkeit – ungeachtet von Haftungsfragen – genießt und er für seine Arbeitsleistung eine nicht auf Gehaltsschema oder Kollektivvertrag etc rückführbare Entschädigung durch den

³²¹ Bei Schulwarten muss es sich aber um Familienangehörige oder von der MA 56 zugelassene Personen handeln.

primär Verpflichteten erhält.³²² Die Anlehnung an die §§ 1 und 17 HbG ist evident, wenn auch die Bezahlung für die Vertretung dort angemessen geregelt ist. Allerdings wird in § 1 Abs 2 lit a leg cit von einem Dienstverhältnis des Vertreters gesprochen, daher würden den Arbeitgeber – das müsste dann offensichtlich der Hausbesorger selbst sein – umfangreiche arbeitsvertragliche, sozialversicherungs- und steuerrechtliche Pflichten treffen. Ob dieser „Freundschaftsdienst“ nun nach arbeitsrechtlichen Kriterien uU als Dienstverhältnis zu qualifizieren ist, ist mE zu diskutieren, würde aber den Umfang dieser Arbeit sprengen.

3. Krankenstand und Urlaub

3.1. Konkurrenz in der Entgeltfortzahlung

Krankenstand und Gebührenurlaub sind – neben anderen gleichartigen Dienstabwesenheiten³²³ – Zeiträume mit Entgeltansprüchen trotz Unterbleibens der Arbeitsleistung,³²⁴ wobei in den einschlägigen Rechtsvorschriften – für die Dienstabwesenheit infolge Krankheit bereits ausführlich dargestellt – vergleichbare Fortzahlungsregeln bestehen. Eine Konkurrenzsituation bei der Anwendung der Entgeltfortzahlungsregeln ist deswegen unmöglich, weil bei erfolgtem Eintritt einer der beiden obgenannten Tatbestände bereits eine Dienstabwesenheit vorliegt und dadurch schon begrifflich der Eintritt einer (weiteren) Dienstabwesenheit ausgeschlossen ist. Ergo kann nach erfolgtem Urlaubsantritt aufgrund einer Urlaubsvereinbarung keine krankheitsbedingte Dienstabwesenheit eintreten und genauso wenig nach Eintritt einer krankheitsbedingten Dienstabwesenheit keine (rechtsgültige) Urlaubsvereinbarung abgeschlossen werden. Allerdings ist es selbstverständlich nicht ausgeschlossen, dass bei Eintritt eines weiteren Abwesenheitsgrundes die ursprüngliche Dienstabwesenheit beendet wird bzw als

³²² Heute werden immer häufiger „Springer“ mit Dienstverhältnis zur Gemeinde Wien für Vertretungszwecke eingesetzt, va da Vertreter mangels angemessener Bezahlung immer schwerer zu finden sind.

³²³ Die wichtigsten sind va die kurzzeitige Verhinderung aus wichtigem Grund, die Mutterschaft (grds aber hier nur Leistung aus der gesetzlichen Sozialversicherung) und der Pflegeurlaub.

³²⁴ So auch die treffende Bezeichnung in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 120 ff; übersichtlich auch *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, 207 ff.

beendet anzusehen ist. Ich denke dabei einerseits an die – noch zu behandelnden – Vorschriften über die Urlaubsrefundierung³²⁵ bzw an Urlaubsvereinbarungen Hand in Hand mit einer einvernehmlichen Beendigung des Krankenstandes. Trotz prinzipiell klarer Ausgangslage sind im eben beschriebenen Zusammenhang sowie bezüglich eines uU negativen Einflusses des Krankenstandes auf den Gebührenurlaub einige wichtige Probleme zu erörtern, wobei die Situation von Werkferien und va der Schulferien bei Landeslehrern nicht einfach zu lösen erscheint.

3.2. Urlaubsvereinbarung und Urlaubsantritt

Nach § 4 Abs 2 UrlG kann ein Urlaubsantritt nicht für Zeiträume vereinbart werden, in denen der Arbeitnehmer nach § 2 EFZG an der Arbeitsleistung verhindert ist. Diese nach § 1 Abs 2 Z 3 UrlG nicht auf Dienstverhältnisse zu einem Land oder einer Gemeinde anzuwendende Regelung ist allgemein gültig und mE unstrittig analogiefähig bezüglich der – hier interessierenden – einschlägigen Urlaubsregelungen von Vertragsbediensteten und Beamten. Wenn bei einer Leistungsstörung das Lohnzahlungsrisiko in die Arbeitgebersphäre fällt,³²⁶ ist – (auch) mE – eine Urlaubsvereinbarung aufgrund der Regelung des § 1155 ABGB nichtig und daher führt eine später eintretende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit mangels Arbeitsbereitschaft zur Fortzahlung iSd § 2 Abs 1 EFZG. Bei Abdingung des dispositiven § 1155 ABGB gilt allerdings die Urlaubsvereinbarung und der Krankenstand ist uU als Urlaubsunterbrechung nach § 5 UrlG zu werten. Auch kann ein laufender zwingender Fortzahlungsanspruch des EFZG durch Abdingung des § 1155 ABGB als Folge des Entgeltausfallprinzips beseitigt werden. Ebenso ist mE va zur Verhinderung von Umgehungen – und nicht nur aus historischen Gründen – mit *G. Klein*³²⁷ festzuhalten, dass auch nach Erschöpfung der Entgeltfortzahlung im

³²⁵ Nach OGH 22.11.1989, 9 ObA 306/89; ZASB 1990, 13 gilt der Grundsatz „Krankheit bricht Urlaub“ bei mehr als drei Kranktagen. Siehe auch OGH 17.6.1992, 9 ObA 78/92, DRdA 1993, 18 (*Weinmeier*); übersichtlich *Schrank*, Aktuelle Rechtsfragen zu Ausmaß und Verbrauch des Urlaubs – Zugleich ein Beitrag zu mehr Gleichmaß und Verhältnismäßigkeit im Urlaubsrecht, ZAS 1992, 181.

³²⁶ Siehe *Holler*, Smogalarm (Serie: „Der praktische Fall“), DRdA 1985, 225.

³²⁷ Urlaubsvereinbarung und Mutterschaft, RdW 1986, 115, va zur „Vernichtung“ der Urlaubsvereinbarung.

Krankenstand eine Urlaubsvereinbarung nichtig ist, es somit nicht auf eine aufrechte volle oder geminderte Entgeltleistung ankommt. Dass ein Krankenstand nach erfolgter Urlaubsvereinbarung – aber vor Urlaubsantritt – zum Rücktritt aus wichtigem Grund berechtigt, ist nur zu bejahen.³²⁸ Als rein akademisch ist der Fall einer Urlaubsvereinbarung zu werten, die ohne Aufklärung des Arbeitgebers für einen Kuraufenthalt abgeschlossen wird,³²⁹ da eine Meldung der Kur regelmäßig erfolgt und gemäß § 35 Abs 3 Z 5 DO 1994 auch der damit verbundene Domizilwechsel zu melden ist, mE aber konsequenterweise in einem solchen Fall trotz Rechtsirrtum erst ab Anzeigezugang von einer Unterbrechung desurlaubes durch Krankheit, verbunden mit einer unter Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen möglichen Urlaubsrefundierung, ausgegangen werden kann.

3.3. Urlaubsaliquotierung bei Krankheit

Es ist eine nicht zu unterschätzende und umstrittene Frage, ob Krankenstände den Anspruch auf Gebührenurlaub – hier iS eines Naturalurlaubes – mindern können. So geht *Tomandl*³³⁰ sehr augenscheinlich im Zusammenhang mit der revidierten Entgelttheorie – entgegen alten Entgelttheorien – und entgegen Judikatur und hL, welche vom Ausnahmecharakter der Urlaubskürzungsnormen ausgehen, wegen des Entfalls der Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag vom Nichtentstehen eines Anspruches auf Naturalurlaub iSd § 2 UrlG idF BGBl 1993/502³³¹ für Zeiten nach Ablauf der Entgeltfortzahlungsfristen im Krankenstand aus. *Schrank*³³² sieht – später gemeinsam mit dem OGH³³³ – in der expliziten Urlaubskürzung in den gesetzlich

³²⁸ Siehe OGH 12.6.1996, 9 ObA 2082/96h; infas 1997, A 11.

³²⁹ Siehe *Andexlinger*, Rechtsunkenntnis im Arbeitsrecht, RdW 1986, 148.

³³⁰ Die Vergütung nicht verbrauchten Urlaubs – zugleich ein Beitrag über arbeitsrechtliche Theorienbildung (Teil II), ZAS 1987, 45; siehe darin auch die Zusammenfassung mit inkludiertem Teil I (ZAS 1987, 1).

³³¹ IVm § 17 AngG auch auf Angestellte anzuwenden.

³³² Siehe ZAS 1992, 181.

³³³ 25.5.1994, 9 ObA 38/94 im Einklang mit *Schrank*, DRdA 1995, 31 (abl *Trost*, sieht keine analogiefähige Lücke); ähnlich OGH 31.8.1994, 8 ObA 268/94; OGH 27.10.1994, 8 ObA 279/94,

geregelten Fällen wie zB bei Karenzurlaub ein auch auf den ebenso entgeltlosen – aber gesetzlich nicht umfassten – Krankenstand anzuwendendes analogiefähiges allgemeines Prinzip, weil man sonst die Entgeltfortzahlung unterlaufen würde. Im Einklang mit *Schindler*³³⁴ sehe ich kein einheitliches Prinzip zur Urlaubsreduktion, denn eben die Spezialgesetze³³⁵ zeigen vielmehr, dass der Gesetzgeber nur dort – aber nicht generell – eine Urlaubskürzungsregel schaffen wollte und auch die zur Erklärung der Urlaubsabgeltung dienende, den reinen Entgeltcharakter desurlaubes voraussetzende,³³⁶ revidierte Entgelttheorie mag nicht überzeugen.³³⁷ Die Interpretationsproblematik findet mE ihr positives Ende in der Judikatur des OGH 1996³³⁸ iZm dem neugefassten § 2 Abs 2 letzter Satz UrlG idF des SRÄG 1995 BGBl 832, wo nun dezidiert festgeschrieben ist, dass eine Urlaubskürzung in entgeltlosen

Analogieschluss wie *Schrank*, ARD 4624/32/95 = JBI 1995, 603 = RdW 1995, 143 = DRdA 1995, 32 (wieder abl *Trost*).

³³⁴ Urlaubskürzung wegen Fehlzeiten ohne Entgeltanspruch?, DRdA 1995, 106.

³³⁵ Gemeint sind MSchG, APSG und ArbVG.

³³⁶ Vgl *Kuderna*, Die durch das Sozialrechts-Änderungsgesetz vorgenommenen Ergänzungen der §§ 2, 9, 10 und 19 des Urlaubsgesetzes, DRdA 1996, 465 – Entgeltlichkeit keine Voraussetzung für den Arbeitsvertrag.

³³⁷ Aussagekräftig dazu mE *Runggaldier*, Sozialrückbau durch Rechtsprechung?, DRdA 1996, 101, der sich der Kritik von *Trost*, *Schindler* und *Kuderna* anschließt.

³³⁸ 14.3.1996, 8 ObA 215/96, Klarstellung, dass keine Aliquotierung bei entgeltlosen Krankenständen erfolgt, infas 1996, A 136 = RdW 1997, 469 = DRdA 1997, 21 (rekapitulierend *Trost*); OGH 19.9.1996, 2 Ob 2268/96k, RdW 1997, 470. Für *R. Müller*, Zur Rückwirkung von Rechtsprechung und Urlaubsaliquotierung bei Krankheit, ecolex 1996, 190 ist Rückwirkung der Rechtsprechung unproblematisch (aA der zitierte *Wilhelm* und *Schrank*, Zur Beseitigung der Aliquotierungsjudikatur durch die UrlG-Novelle – eine Replik, ecolex 1996, 290); dazu dann OGH 7.8.1997, 8 ObA 92/97f, Arb 11.635 = infas 1998, A 155 = DRdA 1998, 40 (*Karl*). Siehe ebenso OGH 15.1.1997, 9 ObA 2299/96w, Arb 11.575 = ARD 4827/29/97, keine Analogie mehr zulässig; zustimmend auch *Anzenberger*, ASoK 1997, 238.

Zeiten nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Normierung eintritt.³³⁹ Die Ausnahmen des Gesetzgebers sind aus sachlichen Gründen gewählt und nicht analogiefähig.³⁴⁰ Dass diese Gesetzesänderung der Judikaturwendung entgegenwirken und die alte Rechtslage wieder herstellen wollte, ist mE³⁴¹ auch gelungen. Im – wichtigen – Anwendungsbereich des § 46 DO 1994 bzw des § 23 VBO 1995 ist eine solche Urlaubsaliquotierung aufgrund des eindeutigen Gesetzeswortlautes nicht zu diskutieren.

3.4. Urlaubsentschädigung und -abfindung

Ähnlich wie das Problem der Aliquotierung des Naturalurlaubes war auch die Kürzung der Urlaubsentschädigung bzw Urlaubsabfindung nach den §§ 9 bzw 10 UrlG idF BGBl 1995/832^{342,343} lange Zeit heftig umstritten. Nach der revidierten Entgelttheorie von *Tomandl*³⁴⁴ entspricht die Urlaubsabfindung – übereinstimmend mit *Schrank*³⁴⁵ – dem schon erworbenen Urlaubsentgelt aliquot zur Dienstzeit, wobei für den entgeltlosen Krankenstand kein Urlaubsentgelt erwerbbar ist. Die Urlaubsentschädigung wird davon unabhängig als pauschalierter Schadenersatz oder vereinbarungsabhängige gerechtfertigte Besserstellung gesehen, wobei der

³³⁹ Siehe dazu auch *E. Müller*, Die Lohnverrechnung 1996 – Kurzfassung der wichtigsten Bestimmungen und Neuerungen für 1996, SWK 1996, A 1; *Sladeczek*, Das Arbeitsrecht der Strukturanpassungsgesetze 1995/96 – Ausländerbeschäftigung - Entsendung - Urlaub, ASoK 1997, 19.

³⁴⁰ Siehe schon zum Gesetzesentwurf ARD 4698/16/95, Änderung des Urlaubsgesetzes – in der am 14. November 1995 mehrheitlich im Ausschuß beschlossenen Fassung eines Initiativantrages über ein Sozialrechtsänderungsgesetz 1995.

³⁴¹ Vgl auch *Drs*, DRdA 1998, 7 zu OGH 26.3.1997, 9 ObA 30/97w.

³⁴² IVm § 17 AngG auch auf Angestellte anzuwenden.

³⁴³ Mit BGBl I 2000/44 wurden die §§ 9 und 10 UrlG mit Wirksamkeit 31. Dezember 2000 aufgehoben.

³⁴⁴ ZAS 1987, 45.

³⁴⁵ ZAS 1992, 181.

OGH in den bereits erwähnten drei Judikaten mit Zitierung von *Schrank*³⁴⁶ nach Ende der Entgeltfortzahlung im Krankenstand auch hier kein Urlaubsentgelt entstehen lässt und daher eine auf dessen Basis zu leistende Urlaubssentschädigung mit null bemisst. Heftige Kritik am OGH übten *va Schindler*³⁴⁷, der bei Dienstende von einer fiktiven Höhe des Urlaubsentgelts nach § 6 UrlG zur Berechnung der Urlaubssentschädigung ohne fiktiven Verbrauchszeitraum ausgeht, sowie *R. Müller*³⁴⁸, der von einer isolierten unsachlichen Betrachtung spricht und *Runggaldier*³⁴⁹, der eine Aliquotierung der Urlaubssentschädigung bei entgeltfreier Zeit dogmatisch nicht ableiten kann, aber ev vom Ausfallprinzip des UrlG bei nicht mehr zu erwartender Gesundung des Arbeitnehmers einen Urlaubssentschädigungsentfall bei entgeltlosen Krankenständen schon zu Beginn des Urlaubsjahres herleiten will. Erst die durch das SRÄG 1995 BGBl 832 neu gefassten § 9 Abs 1 und 10 Abs 1 UrlG normieren eindeutig das fiktive Urlaubsentgelt zur Berechnung der Urlaubssentschädigung bzw der Urlaubsabfindung im Falle entgeltloser Zeiten,³⁵⁰ was sich auch in der nunmehr gefestigten Judikatur des OGH ab 1996^{351,352} niederschlägt. Ab 1. Jänner 2001 gebührt nach dem neuen § 10 UrlG nur mehr eine einheitliche, aliquote – bei

³⁴⁶ OGH 25.5.1994, ObA 38/94, Arb 11.197 = ARD 4583/16/94 = infas 1994, A 155 = RdW 1994, 405, = wbl 1994, 339 = DRdA 1995, 31 (abl *Trost*); DRdA 1994, 523; OGH 31.8.1994, 8 ObA 268/94; OGH 27.10.1994, 8 ObA 279/94, ARD 4624/32/95 = JBl 1995, 603 = RdW 1995, 143 = DRdA 1995, 32 (wieder abl *Trost*); die Entgeltfortzahlung würde unterlaufen werden.

³⁴⁷ DRdA 1995, 106.

³⁴⁸ ecolex 1996, 190.

³⁴⁹ DRdA 1996, 101.

³⁵⁰ Siehe schon zum Gesetzesentwurf ARD 4698/16/95.

³⁵¹ Va OGH 14.3.1996, 8 ObA 215/96, infas 1996, A 136; OGH 19.9.1996, 2 Ob 2268/96k, DRdA 1997, 21 (*Trost*); *Kuderna*, DRdA 1996, 465, spricht vom Ende der Irrwege der Judikatur; *E. Müller*, SWK 1996, A 1; OGH 15.1.1997, 9 ObA 2299/96w, Arb 11.575 = RdW 1997, 470; ARD 4827/29/97.

³⁵² Zum Problem der Rückwirkung siehe OGH 7.8.1997, 8 ObA 92/97f, Arb 11.635 = infas 1998, A 155 = DRdA 1998, 40 (*Karl*); und OGH 5.11.1997, 9 ObA 72/97, Arb 11.060 = ecolex 1998, 243 = infas 1998, A 37 = RdW 1998, 566.

Krankheit ungeschmälerte – Ersatzleistung, berechnet nach der zurückgelegten Dienstzeit mit dem fiktiven Urlaubsentgelt als Berechnungsgrundlage, und ist weitgehend problemlos.³⁵³ Die aufrechten Regelungen über Urlaubsentschädigung und –abfindung in den §§ 28 bzw 29 VBO 1995 stellen auf die Dauer des Dienstverhältnisses ab und sind – bezüglich Krankenstand – ebenso unproblematisch.

3.5. Erkrankung im Urlaub und Urlaubsrefundierung

3.5.1. Voraussetzungen für eine Urlaubsrefundierung

§ 5 UrlG³⁵⁴ und va auch die analogen Regelungen der § 49 BO 1994 sowie § 26 VBO 1995 normieren eine Urlaubsrefundierung – bei Einhaltung der Melde- und Nachweispflichten durch den Arbeitnehmer – für den Fall einer länger als drei Kalendertage dauernden Erkrankung, wobei die Dreitagesfrist mE nicht unbedingt vollständig in der Zeit des Gebührenurlaubes erfüllt sein muss, wohl aber die Erkrankung mE – mangels einer sonst gültigen Urlaubsvereinbarung – erst nach Urlaubsantritt eintreten muss. Der Forderung von *Schrank*³⁵⁵ iSd Prinzips „Krankheit unterbricht Urlaub“ nach einer Harmonisierung der Arbeitsunfähigkeit mit der Urlaubsstörung durch Normierung eines Mindestausmaßes an gestörten Urlaubstagen kann ich mich nicht anschließen, da die Kalendertagszählung auch bei der Berechnung der Entgeltfortzahlungsfristen anzuwenden ist und weil eine Urlaubsunterbrechung in speziellen Koppelungsfällen auch bei schon erschöpfter Fortzahlungsfrist eintreten würde. Etwas unklar ist mE die Ansicht von *Trattner*³⁵⁶, der mehrere aufeinanderfolgende kurze Erkrankungen zwar zusammenzählen will, obwohl er die zeitliche Dauer pro Krankheit beurteilt, schließlich aber nur bei fehlendem Zusammenhang mehrerer Kurzerkrankungen mE zu Recht – auch bei

³⁵³ Siehe im Überblick *Kaszanits*, ASoK 2000, 235; *Kocher/ E. Müller*, Die Lohnverrechnung 2001 – Kurzfassung der wichtigsten Bestimmungen und Neuerungen für 2001, SWK 2001, S 1.

³⁵⁴ IVm § 17 AngG auch auf Angestellte anzuwenden.

³⁵⁵ ZAS 1992, 181.

³⁵⁶ Erkrankung im Urlaub – Unter bestimmten Voraussetzungen wird der Urlaub unterbrochen, ASoK 2005, 126.

insgesamt mehr als drei Tagen – zu keiner Urlaubsrefundierung gelangt. Die Versagung der Urlaubsrefundierung bei Verletzung der Nachweispflicht nach Wiederantritt des Dienstes ist unstrittig.

3.5.2. Die Nichtmeldung einer Erkrankung im Urlaub

Gerade im Hinblick auf eine bereits erschöpfte krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung – ist es mE zulässig, auf die Urlaubsrefundierung durch „Nichtmeldung“ zu verzichten. Die im Bereich der Gemeinde Wien praktizierte Auslegung der „Nichtmeldung“ als Meldeverstoß iSd § 6 Abs 8 Z 3 BO 1994 – bei Vertragsbediensteten iVm § 17 Abs 1 VBO 1995 – und damit als eigenmächtiges oder unentschuldigtes Fernbleiben gemäß § 31 Abs 4 DO 1994 bzw gemäß § 21 Abs 1 Z 1 VBO 1995 halte ich für zu extensiv, da schließlich für die Zeit der „Nichtmeldung“ immerhin eine gültige gesetzeskonforme Urlaubsvereinbarung mit Entgeltfortzahlung aufrecht ist.

3.5.3. Krankenstand bei Urlaubsantritt

Die nach Auffassung von *Schrank*³⁵⁷ anzuwendende Unterbrechungsregel auch auf Krankenstände, die schon vor Urlaubsantritt vorliegen, stößt auf Unverständnis, da ein Urlaubsantritt bei laufender Abwesenheit – hier ein Krankenstand – nicht möglich ist³⁵⁸ und die Urlaubsvereinbarung mE – zumindest schlüssig – durch den Krankenstand wieder beseitigt wird. Es ist aber mE – so auch *Trattner*³⁵⁹ – durchaus denkbar, dass ein Urlaub unmittelbar an das Ende eines Krankenstandes – dh ohne erfolgten Wiederantritt des Dienstes – angetreten wird.

³⁵⁷ ZAS 1992, 181.

³⁵⁸ Schon begrifflich kann man nicht dienstabwesend werden, wenn man schon dienstabwesend ist.

³⁵⁹ ASoK 2005, 126 (127).

3.5.4. Die Unverzüglichkeit der Mitteilungspflicht

Die unverzügliche Mitteilungspflicht nach dreitägiger Erkrankung³⁶⁰ meint eine solche – abgesehen von Fällen mit einem anerkannten Hinderungsgrund – ab dem vierten Kalendertag,³⁶¹ was mE auch so streng aufzufassen ist, da die Zählung der Krankentage auch dienstfreie Tage mitumfasst und daher eine Meldung am vierten Werktag va iZm Feiertagen und arbeitsfreien Tagen für den Arbeitgeber bezüglich Prüfung der Rechtzeitigkeit unzumutbar wäre. Sinnvoll ist es daher mE für den Arbeitnehmer, die Erkrankung wegen der Erreichbarkeit des Arbeitgebers im eigenen Interesse bereits am letzten Werktag innerhalb der Dreitagesfrist zu melden – ungeachtet dessen, ob die Erkrankung dann auch zumindest vier Tage dauern wird.³⁶²

3.5.5. Grundsatz Krankheit bricht Urlaub

Der Grundsatz „Krankheit bricht Urlaub“³⁶³ ist mE unzutreffend, sonst wären gerade Urlaubsrefundierungsregeln nicht notwendig und für Erkrankungen bis zu drei Tagen gilt sogar der Grundsatz „Krankheit kann Urlaub nicht brechen“, weil die Erkrankung ein bestimmtes Gewicht iS einer Mindestdauer³⁶⁴ für eine Urlaubsstörung erreichen muss. Ungeachtet dessen ist eine – an Voraussetzungen gebundene – Urlaubsrefundierung in den einschlägigen Rechtsvorschriften aber grds vorgesehen.

³⁶⁰ Das gilt auch für die verspätete Meldung eines Kuraufenthaltes („Kurlaub“), dazu *Andexlinger* in RdW 1986, 148.

³⁶¹ Siehe dazu *Kryda*, Das Urlaubsrecht der Dienstnehmer, Urlaubsanspruch – Anrechnungen – Verbrauch – Abrechnungsvorschrift, SWK 1985, B I 17; *ders.*, - „ - , SWK 1987, B I 9.

³⁶² Die Meldung eines für eine Refundierung zu kurzen Krankenstandes ist nicht verboten.

³⁶³ Siehe OGH 22.11.1989, 9 ObA 306/89; ZASB 1990, 13.

³⁶⁴ Zustimmend zu *Schrank*, ZAS 1992, 181.

3.6. Krankheit in den Schulferien bei Landeslehrern

3.6.1. Vergleichbarkeit mit Werkferien

Bevor das mE schwierige Problem der Erkrankung von Landeslehrern in den Schulferien behandelt wird,³⁶⁵ könnte man die – nicht ganz so spärliche – Judikatur und Literatur zu den Werkferien oder zum Betriebsurlaub betrachten, um eine ev Vergleichbarkeit zu konstatieren. Der für Urlaubsteile arbeitsvertraglich zu vereinbarende Betriebsurlaub³⁶⁶ ist – wie die Schulferien – zeitlich fixiert, beruht aber wie eine Urlaubsvereinbarung auf einem Vertrag – und hat andere Folgewirkungen als eine absolut zwingende Rechtsvorschrift wie va § 56 LDG 1984, § 47 VBG, beide iVm den §§ 2, 8 und 10 Schulzeitgesetz 1985. So ist eine gesetzlich zwingende Urlaubsrefundierung gemäß § 5 UrlG mE unstrittig – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – auch auf Erkrankungen in den vereinbarten Werkferien anzuwenden,³⁶⁷ was eben wegen der Unabdingbarkeitsvorschrift des § 12 leg cit quasi zur Verlängerung des Anspruchs auf den daneben bestehenden – nicht zeitlich fixierten – Gebührenurlaub führt. Das Gesagte gilt auch für einen Kuraufenthalt, der aufgrund der Fixierung durch den Sozialversicherungsträger – zumindest teilweise – in die Werkferien fällt.³⁶⁸ Gesetzlich vorgeschriebene Schulferien ohne der Möglichkeit der Vereinbarung eines Gebührenurlaubes³⁶⁹ und folglich auch einer Urlaubsrefundierung können also mit vertraglich vereinbarten Werkferien absolut nicht verglichen werden und Analogieschlüsse sind unhaltbar.

³⁶⁵ Dasselbe Problem ist auch im Bereich der Lehrer der Musiklehranstalten der Stadt Wien anzutreffen, auch wenn in § 21 des Kollektivvertrages vom 19.6.1991, PrZ 1746 idGF von einem Erholungsurlaub gesprochen wird.

³⁶⁶ Siehe OGH 5.4.1989, 9 ObA 72/89, RdW 1989, 230 (Spitzl): Eine Regelung durch eine fakultative Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 10 (Grundsätze für den Urlaubsverbrauch) ist nicht zulässig; dazu *Brodil/Risak/Wolf*, Arbeitsrecht in Grundzügen⁴ (2006).

³⁶⁷ Siehe dazu die Argumentation des OGH 16.12.1986, 14 Ob 204/86, Arb 10.602 = ARD 3867/17/87 = DRdA 1988, 20 (*G. Klein*) = ZAS 1988, 7 (*Pfeil*) iZm einer Freistellung am Reformationstag.

³⁶⁸ Siehe dazu OGH 13.9.1995, 9 ObA 88/95, Arb 11.444; ARD 4699/32/95 = infas 1996, A 42.

³⁶⁹ Der VwGH 14.5.1975, 0428/75, VwSlg 8825 A (1975), stellte das dezidiert schon bezüglich der Schulferien im vergleichbaren § 41 Abs 1 LDG 1962 fest und hatte auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken zur zeitlichen Lagerung des Urlaubes wegen dem besonderen Charakter der Schulorganisation.

3.6.2. Krankheit versus Schulferien bei Landeslehrern

Somit stellt sich die ungelöste Frage, wie die Entgeltfortzahlungsregeln va des § 13c GehG sowie der §§ 24 und 46 VBG ergo auf vier Sachverhalte anzuwenden sind, die bei Landeslehrern iZm den Schulferien immer wieder auftreten, nämlich:

- Ferienbeginn bei laufendem Krankenstand
- Ende der Erkrankung in den Schulferien
- Beginn einer Erkrankung in den Schulferien und
- Krankenstand unter Einschluss der Zeit der Schulferien.

Der VwGH hat in einem Erk³⁷⁰ zum vergleichbaren § 219 BDG bei einem Bundeslehrer iZm einer Bezugseinstellung wegen unentschuldigtem Fernbleibens gemäß § 13 Abs 3 Z 2 GehG idF BGBl 1992/12 mit Stützung auf die unmittelbar auf dem Gesetz beruhende Beurlaubung während der Schulferien³⁷¹ festgestellt, dass ein „Dienstantritt“ bzw eine „Abwesenheit vom Dienst“ während der Schulferien begrifflich nicht vorliegen kann. Das BMUKS klammerte in einem Erlass vom 16.2.1988 neben den Hauptferien auch sonstige Ferien der Lehrer von der Anwendung der Entgeltfortzahlungsfristen aus, revidierte seine Meinung in einem Schreiben an die Salzburger Landesregierung vom 10.5.1988³⁷² als Abänderung des vorgenannten Erlasses insofern, als bloß die Zeit des mit Beamten der allgemeinen Verwaltung vergleichbaren Erholungsurlaubes – das wären die Hauptferien – auf die Fortzahlungsfristen nicht anzurechnen ist. Obwohl die Praxis – zumindest im Wiener Bereich – dieser Rechtsmeinung folgt, ist mE dogmatisch kein Unterschied zwischen den Hauptferien und sonstigen Ferien³⁷³ der Lehrer festzustellen, soweit die in den §§ 2, 8 und 10 Schulzeitgesetz 1985 bezeichneten „Ferien“ bundesgesetzlich bzw durch Landes-Ausführungsgesetz zwingend angeordnet werden und daher der Lehrer schon aus diesem Grund dienstabwesend ist. Aus dem Gesagten sind daher

³⁷⁰ VwGH 17.2.1993, 91/12/0165.

³⁷¹ Unter Hinweis auf VwGH 14.5.1975, 0428/75, VwSlg 8825 A (1975).

³⁷² GZ 558/4-I/14a/88.

³⁷³ Das Schulzeitgesetz 1985 kennt va noch Semesterferien, Weihnachtsferien, Osterferien, Pfingstferien, schulautonome Tage, Allerseelen und den Landesfeiertag.

für die vier Sachverhalte – als Beispiel mögen die Hauptferien dienen – mE die unten folgende Schlüsse zu ziehen.

a. Ferienbeginn bei laufendem Krankenstand

Beispiel: Krankenstand ab 5. Juni 2005, Hauptferien ab 2. Juli 2005.

Da mE die Dienstabwesenheit infolge Krankheit bereits zu Beginn der Hauptferien gegeben ist, sind zwar die Kalendertage ab 2. Juli 2005 auf die Entgeltfortzahlungsfristen nicht anzurechnen, da die einschlägigen Normen für die Zeit der Ferien – und das ungeachtet eines Krankenstandes – keine Bezugskürzung vorsehen, allerdings kann der Krankenstand mangels eines in den Schulferien möglichen Dienstantrittes am 2. Juli 2005 mit diesem Datum auch nicht beendet werden. Der Lehrer gilt daher als krank im dienstrechtlichen Sinn.

b. Ende der Erkrankung in den Schulferien

Beispiel: Krankenstand vom 5. Juni 2005 bis 2. August 2005, Hauptferien vom 2. Juli 2005 bis 4. September 2005.

Da der Lehrer in den Schulferien nicht den Dienst antreten kann, müsste konsequenterweise der Krankenstand nach erfolgtem Dienstwiederantritt am ersten Schultag – das ist der 5. September 2005 – als beendet gelten. Ungeachtet der Nichtanrechnung der Ferientage auf die Entgeltfortzahlungsfristen würde dies aber – unter der Annahme einer Ersterkrankung – auch zu einer Fixierung des Koppelungsstichtages für Folgeerkrankungen mit 5. September 2005 führen. Diese Benachteiligung gegenüber Gesunden kann mE nicht rechtens sein, da nach ärztlicher Bestätigung die Erkrankung ab 3. August 2005 nicht mehr bestanden hat. Somit wären die einschlägigen Fortzahlungsnormen teleologisch so zu interpretieren, dass Wiederantritt des Dienstes in den Schulferien mit „Wiedererlangung der Dienstfähigkeit“ gleichzusetzen ist und daher ein Koppelungsstichtag 3. August 2005 (plus sechs Monate) ausgelöst werden muss. Das gilt analog auch für den Fall, dass eine Erkrankung in den Ferien wegfällt und ab Beginn des neuen Schuljahres eine neuerliche Erkrankung vorliegt, somit eine ev alte Koppelungsfrist hier in den Ferien ihr Ende finden muss.

c. Beginn einer Erkrankung in den Schulferien

Beispiel: Erkrankung ab 2. August 2005, Hauptferien vom 2. Juli 2005 bis 4. September 2005.

Da der Lehrer aufgrund der Schulferien dienstabwesend ist, kann er auch nicht dienstunfähig infolge Krankheit werden. Ein Beginn des Krankenstandes am 4. September 2005 ist mE hier insofern problematisch – obwohl die Zeit der Schulferien nicht auf die Entgeltfortzahlungsfristen anzurechnen ist – als die Beachtung des Erkrankungsbeginnes mit 2. August 2005 zur Einbeziehung des gesamten offenen Krankenstandes in eine am 2. August 2005 noch nicht abgelaufene alte sechsmonatige Koppelungsfrist führen kann. Aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen wäre es mE sachlich nicht gerechtfertigt, eintretende Dienstunfähigkeiten in den Schulferien anders zu behandeln als beendete Dienstunfähigkeiten und deshalb wäre die Erkrankung für die Durchführung einer ev Koppelung mit Vorkrankständen als relevant anzusehen.

d. Krankenstand unter Einschluss der Zeit der Schulferien

Beispiel: Krankenstand ab 5. Juni 2005, Hauptferien vom 2. Juli 2005 bis 4. September 2005.

Die Zeit der Hauptferien ist auf die Entgeltfortzahlungsfristen nicht anzurechnen und das Problem einer „Wiedererlangung der Dienstfähigkeit“ stellt sich nicht. Daher ist mE für die Einbeziehung in eine ev offene alte Koppelungsfrist von einem ununterbrochenen Krankenstand ab 5. Juni 2005 auszugehen. Auch dienstrechtlich kann wohl nicht ernsthaft eine „Gesundung“ in den Hauptferien unterstellt werden, was für eine ev krankheitsbedingte Pensionierung von Bedeutung sein kann.

4. Das Wesen der Sonderzahlung in der Entgeltfortzahlung

4.1. Problemstellung

Es ist nicht diskussionsbedürftig, dass die gesetzlich oder vertraglich fixierte Sonderzahlung für Zeiten voller Entgeltfortzahlung im Krankenstand – am jeweiligen Fälligkeitstag – in unverminderter Höhe zusteht, somit also das Schicksal des laufenden Entgelts teilt. Heftig umstritten ist aber die Höhe der Sonderzahlung bei

verminderter Entgeltfortzahlung bzw. va in entgeltlosen Krankenstandszeiten. In der Folge ist es daher notwendig, die unterschiedlichen Positionen von OGH, VwGH und Lehre – eingeschränkt auf den untersuchungsrelevanten Zusammenhang – transparent zu machen, um abschließend auch die Rechtsvorschriften für Gemeinde- und Landesbedienstete Wiens diesbezüglich unter die Lupe zu nehmen.

4.2. Entgeltcharakter der Sonderzahlung und Urlaubs- bzw. Weihnachtsgeld

4.2.1. Die Judikatur des OGH

Der OGH judizierte in einer älteren Entscheidung,³⁷⁴ dass – im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Kündigungsentschädigung gemäß § 29 AngG – iSd § 8 leg cit auch nach erschöpfter Fortzahlung des laufenden Entgelts die Sonderzahlung ungeschmälert zustehe³⁷⁵ und begründete diese Auffassung – später sehr deutlich³⁷⁶ – damit, dass bei Regelung einer Sonderzahlungsaliquotierung im jeweils anzuwendenden Kollektivvertrag bei Ein- und Austritt und sonstiger Abstellung der Gebührllichkeit der Sonderzahlung einzig auf die Dauer des Dienstverhältnisses dies der Grundsatz wäre. Bereits zuvor³⁷⁷ ist diese Auffassung zu finden, wobei eine Analogie zur Aliquotierungsregel des § 14 Abs 4 MSchG – das Wochengeld enthält einen Sonderzahlungsanteil – als unzulässig angesehen wird. Das Argument der Verhinderung einer Doppelliquidierung in Mutterschutzzeiten treffe zwar an sich auch beim Krankengeld zu – auch dieses enthält einen Sonderzahlungsanteil – , aber das Krankengeld ist niedriger und gebühre grds für kürzere Zeit und daher soll die Aliquotierungsregel dort nicht gelten.

³⁷⁴ OGH 29.9.1981, 4 Ob 107/81; DRdA 1982, 338, OGH: Kein Anspruch auf Kündigungsentschädigung für Zeiträume, für die auch bei Weiterbestand des Arbeitsverhältnisses kein Entgelt zu zahlen gewesen wäre?

³⁷⁵ Im gleichen Sinne siehe auch ASG Wien 18.4.1989, 15 Cga 1011/89; ARD 4125/15/89.

³⁷⁶ OGH 11.8.1993, 9 ObA 177/93; ARD 4508/22/93; DRdA 1995, 174; wbl 1993, 403.

³⁷⁷ OGH 30.8.1989, 9 ObA 221/89; infas 1990, A 29.

Seit einer Judikaturänderung betrachtet der OGH Sonderzahlungen als Teil des geschuldeten Entgelts,³⁷⁸ das mangels abweichender Regelung im Kollektivvertrag für entgeltlose Krankenstandszeiten wegen Analogie zu den Aliquotierungstatbeständen der §§ 14 Abs 4, 15 Abs 2 MSchG, des § 10 APStG und des § 119 Abs 3 ArbVG nicht zusteht, wobei auch eine taxative Aufzählung im Kollektivvertrag die Analogie nicht verbietet^{379,380} und § 16 AngG auch nicht retten kann, da diese Bestimmung den Anspruch auf Sonderzahlung voraussetzt. Der OGH betont also den Entgeltcharakter der Sonderzahlung³⁸¹ und vertritt in gefestigter Judikatur ein ungeschriebenes Kürzungsrecht aufgrund seines weiten Entgeltbegriffes. Für ein anderes Verständnis müssten Kollektivvertrag oder Gesetz dezidiert bzw ein außerhalb des Synallagmas stehender Rechtsgrund Gegenteiliges anordnen.³⁸² Als Ausreißer will das ASG Wien³⁸³ – unverständlicherweise – in einem Fall mit einer Kollektivvertragsregelung mit Aliquotierung nur bei Ein- und Austritten wieder die alte OGH-Judikatur angewendet sehen, was in eindeutigen Widerspruch zu einem zeitnahen Erk des OGH³⁸⁴ mit gleicher Kollektivvertragskonstruktion steht,

³⁷⁸ Erstmals OGH 25.5.1994, 9 ObA 38/94, Arb 11.197 = ARD 4583/16/94 = DRdA 1994, 523 = infas 1994, A 155 = RdW 1994, 405; später routinemäßig formuliert zB OGH 10.7.1996, 9 ObA 2132/96m; 19.9.1996, 2 Ob 268/96k; 28.5.1997, 9 ObA 64/97w; 18.10.2000, 9 ObA 209/00a, RdW 2001, 247; ARD 5276/46/2002 .

³⁷⁹ OGH 16.6.1994, 8 ObA 264-266/94, Arb 11.209; ARD 4594/4/94; DRdA 1994, 523; ecolex 1994, 705; infas 1994, A 154; RdW 1995, 26.

³⁸⁰ In einigen Kollektivverträgen finden sich authentische Interpretationen, die außer in den gesetzlich geregelten Fällen nur bei ungerechtfertigtem Fernbleiben eine Kürzung vorsehen; siehe dazu näher *Adamovic*, Die Novelle zum Urlaubsgesetz – eine Verwirrung?, RdW 1996, 118.

³⁸¹ Ganz deutlich OGH 17.10.1994, 8 ObA 279/94, ARD 4624/32/95 = JBI 1995, 603 = RdW 1995, 143, wo schon der anzuwendende Kollektivvertrag Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration an den Entgeltbezug knüpft. Später – wie bereits erwähnt – routinemäßig formuliert zB OGH 10.7.1996, 9 ObA 2132/96m uam.

³⁸² Sehr deutlich OGH 14.9.1995, 8 ObA 289/95, RdW 1996, 371; zuvor schon im Verfahren OLG Wien 29.5.1995, 10 Ra 16/95; ARD 4671/31/95.

³⁸³ 16.10.1995, 13 Cga 122/95; ARD 4704/27/95; mit Berufung auf OGH 30.8.1989, 9 ObA 221/89.

³⁸⁴ 23.5.1996, 8 ObA 2059/96v, Arb 11.525; ARD 4760/26/96 = infas 1996, A 95.

das nunmehr die Doppelzahlung der Sonderzahlung für Zeiten mit Krankengeldbezug – im Gegensatz zur früheren Judikatur – als Argument für einen vom Gesetzgeber gewollten Aliquotierungsgrund ansieht. Der OGH³⁸⁵ kann auch von der Anbindung der Urlaubszuschussberechnung an das Urlaubsentgelt im Kollektivvertrag keine Besserstellung bei den Sonderzahlungen ableiten. Zum anderen Rechtsgrund argumentiert der OGH³⁸⁶ auch, dass der Zusammenhang der Sonderzahlung mit Urlaub und Weihnachten heute weitgehend weggefallen sei, was den Charakter der Sonderzahlung als besonderen Entgeltteil und seine Gleichartigkeit mit dem übrigen Entgelt deutlich mache.

Der OGH hat in jüngster Entscheidung³⁸⁷ zur Höhe der Sonderzahlung bei Wechsel zwischen Teilzeit- und Vollbeschäftigung – anders als bisher in Erkenntnissen zu entgeltlosen Krankenstandsfällen³⁸⁸ – argumentiert, dass ein allgemeiner Rechtssatz der Nichtgebühr von Sonderzahlungen in entgeltlosen Zeiten nicht bestehe und in der Aliquotierungsfrage jeder Kollektivvertrag für sich einer entsprechenden Beurteilung unterzogen werden müsse. Glaubhaft hat der OGH nach Schindler³⁸⁹ heute kaum mehr Gelegenheit, zur Frage der Sonderzahlungskürzung bei langer Krankheit Stellung nehmen, da die Kollektivverträge fast durchgehend explizite Regelungen beinhalten und ein gerichtlicher Klärungsbedarf nur selten besteht.

4.2.2. Die Judikatur des VwGH

Schon in einer etwas älteren Entscheidung stellte der VwGH³⁹⁰ iZm der Prüfung der Sozialversicherungsbeiträge bei – als Entgelt gemäß § 49 ASVG zählenden –

³⁸⁵ 26.3.1996, 9 ObA 19/96.

³⁸⁶ 28.3.1996, 8 ObA 2019/96m, infas 1996, A 115 va am Beispiel des öffentlichen Dienstes.

³⁸⁷ 15.4.2004, 8 Ob A 30/04a, RdW 2004, 503.

³⁸⁸ Zuletzt va OGH 18.10.2000, 9 ObA 209/00a.

³⁸⁹ Kürzung von Sonderzahlungen bei entgeltlosen Zeiten: Ende der Judikaturdivergenz?, DRdA 2005, 255 (259).

³⁹⁰ 8.2.1994, 93/08/0219; ZfVB 1995, 1036; ARD 4547/16/94.

Sonderzahlungen fest, dass bei Kollektivvertragsregeln mit Aliquotierung der Sonderzahlungen einzig bei Ein- und Austritt sonst nur vom Bestehen des Dienstverhältnisses als Voraussetzung auszugehen ist und daher in entgeltlosen Krankenstandszeiten – auch bei Krankengeldbezug – im Einvernehmen mit der älteren OGH-Judikatur Sonderzahlungen ungekürzt zustehen. Dabei ist es unerheblich, dass die Sonderzahlung als Zuschlag bei der Krankengeldberechnung zu berücksichtigen ist. Die Bestimmung des § 16 AngG setze einen aus Kollektivvertrag oder Gesetz abzuleitenden Sonderzahlungsanspruch voraus.

Bei Kritik am Rechtssatz des OGH – nach der Judikaturwende – mit allgemeiner Aliquotierung außer günstigerer Regelung im Kollektivvertrag erkennt der VwGH³⁹¹ keinen Grund, einen Entgeltbezug als Voraussetzung überhaupt oder zumindest bei der Fälligkeit der Sonderzahlung abzuleiten, schon weil es für entgeltlose Krankenstände im Unterschied zu anderen Aliquotierungsfällen keine allgemeine gesetzliche Kürzungsnorm gibt. Selbstverständlich ist der Kollektivvertrag bezüglich seiner Aliquotierungsvorschriften zu interpretieren. Die eingeschränkte Höhe des Krankengeldes kann auch nicht als Argument für eine Doppelliquidation von Sonderzahlungen herhalten. Der VwGH beleuchtet auch den Zweck der Sonderzahlungen aus Bestimmungen wie Fälligkeit, Ausmaß, Rückzahlung, Bezeichnung etc und kann – entgegen der OGH-These – doch oft einen Zusammenhang der Sonderzahlung mit Urlaub und Weihnachten erkennen.

Der VwGH hat in einem jüngeren Erkenntnis³⁹² mE irreführenderweise festgehalten, dass bei einer nicht abschließenden Regelung eines Kollektivvertrages bezüglich Sonderzahlungsaliquotierung – nur Monatsentgelt als Basis, aber weder Stichtag noch Ermittlungszeitraum sind festgelegt – im Zweifel vom durchschnittlichen Monatsentgelt im Kalenderjahr vor der Fälligkeit auszugehen ist, wobei im Anlassfall Fall entgeltlose Krankenstandszeiten wohl das Monatsentgelt im Ergebnis mindern.

³⁹¹ 17.10.1996, 95/08/0341; siehe auch zum EFZG VwGH 29.3.2000, 96/08/0233, ARD 5140/12/2000, SVSlg 46.826 = ARD 5140/12/2000 = RdW 2000, 602; Höfle, Keine Erstattung von Sonderzahlungen bei Entgeltfortzahlung, VwGH 29.3.2000, 96/08/0233, ARD 4140/12/2000 – , ASoK 2000, 359.

³⁹² 4.8.2004, 2001/08/0154, ARD 5571/12/2005; siehe dazu auch die Kritik von Schindler, DRdA 2005, 255.

Ein allgemeiner Rechtssatz für die Sonderzahlungsaliquotierung bei langem Krankenstand ist daraus nicht abzuleiten.

4.2.3. Die verschiedenen Meinungen in der Lehre

Die oben dargestellten unterschiedlichen Positionen der Höchstgerichte zur Sonderzahlungsaliquotierung in entgeltfreien Krankenstandszeiten, nämlich einerseits der OGH mit grds Aliquotierung entgeltfreier Perioden aus dem Austauschverhältnis Arbeit gegen Entgelt heraus und andererseits der VwGH mit grds Nichtaliquotierung entgeltfreier Perioden mangels abweichender Regelung in Gesetz oder Kollektivvertrag, spiegeln sich auch in den Stellungnahmen der Lehre wieder, wobei die wichtigsten Lehrmeinungen kurz dargestellt werden sollen.³⁹³

a. Nahebezug zur OGH-Judikatur

Nach *Schrank*³⁹⁴ ist – unisono mit dem OGH – ein Schweigen des Kollektivvertrages noch keine abweichende Regelung, daher ist im Zweifel von einer Entgeltbindung und daher bei Entgeltentfall – wie in den gesetzlich geregelten Fällen von der Wochenhilfe, des Karenzurlaubs und des Präsenzdienstes – von einer Sonderzahlungskürzung auszugehen. Nur eine – selten vorkommende – ausdrückliche Kollektivvertragsregelung könne dies verhindern. Bloße Bezeichnungen oder Fälligkeiten als Begründung für eine unterschiedliche Bewertung sieht *Schrank*³⁹⁵ als ungeeignet an, um vom Synallagma Arbeit gegen Entgelt abzugehen.

³⁹³ Sehr gute Übersicht von bei Naderhirn, Anspruch auf Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration in entgeltfreien Krankenstandszeiten, ZAS 2002, 7.

³⁹⁴ Sonderzahlungen bei entgeltfreien Krankenständen, *ecolex* 1995, 193.

³⁹⁵ Doch Anspruch auf Sonderzahlungen für entgeltfreie Krankenstandszeiten? Eine Replik auf *Naderhirn* in ZAS 2002, 7 – , ZAS 2002, 43 mit Kritik an *Naderhirn*.

*Trost*³⁹⁶ sieht – wie der OGH – auch den Entgeltcharakter der Sonderzahlungen iS einer besonderen Gegenleistung für Arbeit, kann sich aber mit einem diesbezüglichen – aus der Tradition stammenden – Grundsatz nicht anfreunden, vielmehr kann sich aus einem Kollektivvertrag auch ein Vollanspruch ergeben.

Für *Karl*³⁹⁷ hat die Sonderzahlung eine Funktion wie laufendes Entgelt und ist daher mangels anderer Regelung iSd OGH im entgeltfreien Raum auch zu aliquotieren.

*R. Müller*³⁹⁸ bestätigt zwar den OGH, wenn er sagt, Günstigeres kann nur ausdrücklich angeordnet werden – nicht durch Schweigen. Allerdings in Sachverhalten mit fehlender Gesetzesregel sei das nicht denkbar, vielmehr ist einzig die Auslegung des Kollektivvertrages über die Auswirkung entgeltfreier Zeiten auf die Sonderzahlung entscheidend. Er bezeichnet auch das arbeitsrechtliche Synallagma in diesem Zusammenhang als OGH-Irrtum.

*Rauch*³⁹⁹ kritisiert den VwGH und sieht in der Sonderzahlung schon ein Entgelt, sonst wäre die Richtigkeit der Einbeziehung der Sonderzahlung in die Urlaubsabfindung und Abfertigung fraglich.

b. Nahebezug zur VwGH-Judikatur

Runggaldier⁴⁰⁰ meint bei Kritik an der Meinung des OGH, dass Sonderzahlungen allgemein gesetzlich nicht vorgeschrieben, sondern von den Parteien konkret festzulegen sind, daher allgemeine Aussagen über die Gebühr in entgeltfreier Zeit als Motto „Entgelt für Arbeit“ nicht getroffen werden können.

³⁹⁶ DRdA 1995, 31 (zu OGH 25.5.1994, 9 ObA 38/94); DRdA 1995, 32 (zu OGH 27.10.1994, 8 ObA 279/94); etwas missverständlich *dies*, Anspruch auf Sonderzahlungen in entgeltfreien Zeiten – Zugleich eine Besprechung von 9 ObA 38/94 und 8 ObA 264-266/94 –, DRdA 1995, 116.

³⁹⁷ Aus *Naderhirn*, ZAS 2002, 7.

³⁹⁸ Arbeitsrecht und Sozialrecht – Probleme der Divergenz von Rechtsprechung, DRdA 1998, 305.

³⁹⁹ Aus *Naderhirn*, ZAS 2002, 7.

⁴⁰⁰ Sozialrückbau durch Rechtsprechung, DRdA 1996, 101.

Nach *Schneller*⁴⁰¹ liegt – entgegen der OGH-Meinung – im Schweigen des Gesetzgebers kein Vergessen und damit auch keine durch Analogie zu schließende Regelungslücke vor, weil Krankenstände typischerweise nur kurze Zeit andauern.

*Schindler*⁴⁰² vertritt – entgegen dem OGH – eine differenziertere Meinung und kann sich eine Lösung nur in einer vorverständnisfreien Auslegung des Kollektivvertrages quasi als Gesamtschau in einem beweglichen System vorstellen, wo die Bezeichnung Urlaubszuschuss und Weihnachtsgeld als Abgeltung von Mehraufwand für eine Zweckbindung und 13., 14. Monatsgehalt für einen reinen Entgeltcharakter sprechen können sowie Wartezeit, Wegfallklauseln und Rückzahlungsregeln wichtig für die Bewertung sind. Somit sei auch – trotz prinzipieller Zustimmung – die Methode des VwGH nicht auf alle Kollektivverträge übertragbar. Der jüngste Irrweg des VwGH⁴⁰³ durch Vermengung der Aliquotierungsfrage mit der Frage der Berechnungsgrundlage der Sonderzahlungen ist nach *Schindler* nicht zu beschreiten.

*Naderhirm*⁴⁰⁴ meint – bei Kritik am OGH – , dass der Gesetzgeber Sonderzahlungen selten normiert, sondern den Anspruch eher Kollektiv- oder Einzelvertrag überlässt und manche Kollektivverträge – entgegen dem Rechtssatz Entgelt für Arbeit – einen starken Zusammenhang mit Urlaub und Weihnachten erkennen lassen. Wenn der Gesetzgeber einen allgemeinen Aliquotierungsgrundsatz gesehen hätte, wären zusätzliche Aliquotierungsregeln wie zB bei Wochenhilfe nicht nötig gewesen, umgekehrt fehlt auch eine Regelung über eine stete Gebührllichkeit. Da der Gesetzgeber also einen solchen Fall nicht regelt, ist der Kollektiv- oder Einzelvertrag zu interpretieren. Schutzwürdigkeit ist genauso wenig ein Argument für den Entfall der Sonderzahlung wie die Doppelliquidation, da einerseits auch länger Kranke schutzwürdig sind und andererseits auch niemand der volle Krankengeldbezug bei einer Viertelfortzahlung gemäß § 8 Abs 2 AngG stört.

⁴⁰¹ Aus *Naderhirm*, ZAS 2002, 7.

⁴⁰² DRdA 1997, 18 (zu OGH 28.3.1996, 8 ObA 2019/96m); DRdA 1997, 53 (zu VwGH 17.10.1996, 95/08/0341).

⁴⁰³ 4.8.2004, 2001/08/0154; dazu *Schindler*, DRdA 2005, 255.

⁴⁰⁴ Ausführlich ZAS 2002, 7.

4.2.4. Persönliche Meinung

Ich kann mich – gerade in der heutigen Zeit – mit dem Gedanken des Entgeltcharakters der Sonderzahlung iSd OGH als aperiodisches Entgelt resultierend aus dem arbeitsrechtlichen Synallagma durchaus anfreunden, wobei durch die Arbeitsleistung auch die Sonderzahlung – sie ist heute praktisch in allen arbeitsrechtlichen Normen ungeachtet der Höhe als Standard vorgeschrieben – verdient wird. Indizwirkung haben dabei auch die Vorschriften des § 49 Abs 2 ASVG über das sozialversicherungsrechtliche Entgelt sowie § 67 Abs 1 EStG 1988⁴⁰⁵ über die steuerrechtliche Behandlung sonstiger Bezüge und der traditionell durch den OGH weit auszulegende Entgeltbegriff.⁴⁰⁶ Durch den heute auch zumeist üblichen Verbrauch des Erholungsurlaubes in vielen Teilen und zu unregelmäßigen Zeiten, kann auch die Fälligkeit nicht mehr argumentativ für einen Ausfluss des „Urlaubsgeldes“ für treue Dienste aus dem Fürsorgeverhältnis des Arbeitgebers herhalten, was noch eher für das „Weihnachtsgeld“ behauptet werden kann. Aber heute wird kaum mehr jemand diese Sonderzahlung für Weihnachten reservieren, vielmehr sind dafür speziellere – zugegebenermaßen regelmäßig kleinere – zumeist ohne Rechtsanspruch gewährte (zusätzliche) Weihnachtsremunerationen vorgesehen. Nur mehr in ganz bestimmten seltenen Konstellationen von Urlaubsverbrauch und Nahebezug zu Weihnachten iZm Kollektivvertragsregelungen wäre dieser Grundsatz uU durchbrochen.

Trotzdem sehe ich – so wie der VwGH – keinen Grund, für die Gebührlichkeit einer Sonderzahlung die Leistung laufenden Entgelts – wenn auch bereits aus der Entgeltfortzahlung stammend – als Voraussetzung abzuleiten. Mangels einer abweichenden Regelung in Gesetz, Kollektiv- oder Einzelvertrag steht die Sonderzahlung mE für Zeiträume der erschöpften krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung ungeschmälert zu, einzig die Fälle der §§ 14 Abs 4 und 15 Abs 2 MSchG, des § 10 APSG und des § 119 Abs 3 ArbVG führen trotz vertraglicher Nichtnennung zu einer Kürzung. Ich meine, dass durch die erbrachte Arbeit in Anwesenheitszeiten und die prinzipielle Arbeitswilligkeit in Krankenstandszeiten – ein

⁴⁰⁵ Siehe dazu *Sailer/Bernold/Mertens*, Die Lohnsteuer in Frage und Antwort, 662 ff.

⁴⁰⁶ Zuletzt wieder deutlich OGH 30.6.2005, 8 ObA 72/04b, ARD 5629/1/2005 zu einer unzulässigen Anwesenheitsprämie.

Krankenstand tritt doch ungewollt ein – die Sonderzahlung auch für Zeiten, wo die Entgeltfortzahlung bereits erschöpft ist, damit ins Verdienen gebracht wurde. Krass ausgedrückt hat ein Dienstnehmer durch eine Arbeitsleistung nur in der ersten Jahreshälfte auch schon die Sonderzahlung – das Weihnachtsgeld – für die zweite Jahreshälfte erarbeitet. Logisch erscheint dabei auch, dass in Zeiten einer krankheitsbedingten (laufenden) „Entgeltfortzahlung“ die Sonderzahlung unstrittig stets begrifflich mitumfasst wird.

4.2.5. Situation in den für Wiener Gemeindebedienstete geltenden Rechtsvorschriften

a. Bereich der Kollektivverträge

Der Kollektivvertrag für die Gutsangestellten⁴⁰⁷ regelt in § 13 Abs 1 ein jährliches Weihnachtsgeld und einen Urlaubszuschuss in Höhe von jeweils 110 % des Gehaltes für den Monat Oktober bzw Juli mit darauf anschließender Auszahlung, wobei in § 13 Abs 3 leg cit letzter Satz ganz klar normiert ist, dass Dienstverhinderungen wegen Krankheit und Unfall – damit auch mE Zeiten erschöpfter Entgeltfortzahlung – wie Dienstleistungszeiten anzurechnen sind.

Der Kollektivvertrag für Landarbeiter⁴⁰⁸ regelt die Sonderzahlungen – Urlaubszuschuss und Weihnachtsgeld – in den §§ 17 bzw 31 in Höhe von jeweils 187 bzw 173 Stundenlöhnen der jeweiligen Lohnkategorie, wobei aber nach § 17 Abs 3 leg cit bei verminderter Entgeltfortzahlung iSd § 8 leg cit auch nur der verhältnismäßige Teil der Sonderzahlung zusteht. E contrario ist es mE daher – ungeachtet einer fiktiven vollen Bemessungsbasis – schlüssig und unstrittig, dass für Zeiten völlig erschöpfter Entgeltfortzahlung im jeweiligen Kalenderhalbjahr auch keine Sonderzahlung zu gewähren ist.

⁴⁰⁷ Kollektivvertrag für die Angestellten des Landwirtschaftsbetriebes der Stadt Wien, Beschluss des Gemeinderates vom 21. 9. 1981, PrZ 2181 idgF.

⁴⁰⁸ Kollektivvertrag für die Landarbeiter der Gemeinde Wien, Beschluss des Gemeinderates vom 19.6.1991, PrZ 1496 idgF.

Der Kollektivvertrag für Forstarbeiter⁴⁰⁹ regelt die Sonderzahlungen – Urlaubszuschuss und Weihnachtsgeld – in § 13 in Höhe von jeweils 174 Stundensätzen mit Basis des Fälligkeitsmonates – bei inkludierten Zeiten verminderter oder erschöpfter Fortzahlung ist nach § 16 Abs 2 leg cit zumindest der kollektivvertragliche Zeitlohn für eine Stunde der Lohnkategorie anzusetzen – , enthält aber nur eine Aliquotierungsregel für den Ein- und Austrittsfall in § 13 Abs 2 leg cit. Somit ist mE einerseits wegen der Wendung „...für jedes Kalenderhalbjahr...“ in § 13 Abs 1 erster Satz leg cit vom Entgeltcharakter der Sonderzahlungen, andererseits dessen ungeachtet iS meiner obigen Ausführungen und auch iSd VwGH von einer ungekürzten Sonderzahlungsgebühr auszugehen.

Der Kollektivvertrag für Musiklehrer⁴¹⁰ verweist in § 14 Abs 1 bezüglich Höhe und Voraussetzungen auf die – unter lit b noch zu behandelnden – Bestimmungen der VBO 1995. Da der Kollektivvertrag keinen analogen Zuschuss gemäß § 20 VBO 1995 gewährt, können allerdings die diesbezüglichen Sonderzahlungsregeln des § 17 Abs 1 Z 2 leg cit nicht angewendet werden.

Der Kollektivvertrag für pharmazeutische Fachkräfte⁴¹¹ regelt in seinem Punkt XVII iVm § 37 Abs 2 Gehaltsskassengesetz 2002 eine Urlaubs- und Weihnachtswendung, wobei § 37 Abs 3 leg cit einzig eine Aliquotierung bei Austritten erschließen lässt. Da die Sonderzahlung gemäß § 37 Abs 2 leg cit für bestimmte Zeiträume gebührt, ist der Entgeltcharakter evident, aber mE ist dessen ungeachtet – wie oben – von einer ungekürzten Sonderzahlung im Krankheitsfall auszugehen, zumal hier sogar bei einem Eintritt innerhalb der Sonderzahlungsperiode mE die volle Sonderzahlung am Fälligkeitstag zusteht.

⁴⁰⁹ Kollektivvertrag für die Forstarbeiter der Gemeinde Wien, Beschluss des Gemeinderates vom 19.6.1991, PrZ 1497 idgF.

⁴¹⁰ Kollektivvertrag für die Lehrer der Musiklehranstalten Wien und die an die Konservatorium Wien GmbH zugewiesenen Lehrer, Beschluss des Gemeinderates vom 19.6.1991, PrZ 1746 idgF.

⁴¹¹ Kollektivvertrag für pharmazeutische Fachkräfte in öffentlichen Apotheken und Anstaltsapotheken Österreichs vom 22.1.1982 idgF.

b. Einschlägige gesetzliche Vorschriften

Nach dem – grds nur subsidiär zur Anwendung gelangenden – § 16 Wr. LAO 1990 gebühren Urlaubszuschuss und Weihnachtsgeld anteilmäßig zur zurückgelegten Dienstzeit, wobei trotz Entgeltcharakter mE – wie oben – eine Aliquotierung bei langer Krankheit nicht vorzunehmen ist. Die Wendung in § 16 Abs 1 leg cit „neben dem laufenden Entgelt...“ ist mE nicht wörtlich zu verstehen, sondern meint die prinzipielle Gebührlichkeit von Sonderzahlungen, abgesehen vom laufenden Entgelt. Ähnlich regelt auch § 7 Abs 2 HbG mit gleicher Bezeichnung Sonderzahlungsansprüche, wobei der Urlaubszuschuss grds bei Urlaubsantritt, spätestens bis 30. Juni jeden Jahres ausbezahlt ist. Insgesamt und auch wegen der heute doch obsoleten „Urlaubsfinanzierungsbestimmung“ ist aber mE vom Entgeltcharakter ungeachtet des Aliquotierungsverbotes auszugehen.

Die Sonderzahlungsregelung des § 3 Abs 3 und 4 BO 1994 mit Kürzung bei fehlendem Anspruch auf das volle Gehalt⁴¹² kann insofern dahingestellt bleiben, als bei Beamten der Gemeinde Wien keine krankheitsbedingte Kürzung des Monatsbezuges eintritt. Im Bereich des § 17 Abs 1 VBO 1995, der bezüglich der Vertragsbediensteten eben auf die obgenannte Bestimmung verweist, würde das aber mE recht eindeutig eine Aliquotierungsregelung für entgeltlose Krankenstände bedeuten, wenn nicht § 17 Abs 1 Z 2 leg cit auch für Zeiten eines Zuschusses iSd § 20 leg cit den vollen Sonderzahlungsanspruch garantieren würde. Dabei ist mE – so auch die Praxis – die Sonderzahlung dann zu leisten, wenn ein Zuschuss dem Grunde nach gebührt, auch wenn er rechnerisch mit null zu bemessen wäre.

Eindeutig erscheint auch die Regelung des § 3 Abs 2 GehG⁴¹³, der die vierteljährlichen Sonderzahlungen bei pragmatischen Landeslehrern mangels vollen Monatsbezuges – so auch nach § 13c leg cit bei langem Krankenstand – aliquotiert. Fast wortgleich ist § 8a Abs 2 VBG und es ist auch hier von einer klaren Aliquotierungsregel nach erschöpfter Entgeltfortzahlung auszugehen.

⁴¹² Gemeint sind hier teilzeitbeschäftigte Beamte.

⁴¹³ Sonderzahlung im öffentlichen Dienst mit Zweck nur mehr in der Steuerbegünstigung ist trivial; siehe OGH 14.9.1995, 8 ObA 289/95, RdW 1996, 371; vgl auch OGH 28.3.1996, 8 ObA 2019/96m, infas 1996, A 115 = DRdA 1997, 18 (*Schindler*).

5. Krankenstand und andere Abwesenheiten außer Urlaub

5.1. Krankenstand und Feiertag

Ungeachtet der im Anwendungsbereich des ARG gemäß § 9 Abs 2 bzw im Anwendungsbereich des FRG gemäß § 3 Abs 2 zu gewährenden – am Ausfallprinzip orientierten – Entgeltfortzahlung an Feiertagen⁴¹⁴ und auch der diesbezüglich problemlosen Bezugsweiterzahlung nach den Vorschriften für den öffentlichen Dienst, wirft die Kollision von Feiertag(en) mit einem Krankenstand im Anwendungsbereich des AngG bzw EFZG interessante Probleme auf, welche die Priorität der Entgeltfortzahlungsregeln betreffen.

5.1.1. Der Vorrang des ARG

Der Vorrang des ARG entspricht der Judikatur des OGH⁴¹⁵ und auch des VwGH⁴¹⁶, womit ergo bei laufendem Krankenstand und Eintritt eines Feiertages – sofern dieser nicht auch ein Sonntag ist⁴¹⁷ – für den Feiertag Feiertagsentgelt zu zahlen ist und die krankheitsbedingte Anspruchsdauer nicht um diesen Tag zu kürzen ist. Es tritt quasi die Unterbrechung eines laufenden Krankenstandes ein, ja im Zeitraum halber Bezüge ist für den Feiertag sogar halbes Feiertagsentgelt zu zahlen.⁴¹⁸ Diese Auffassung wird sowohl für den Bereich des EFZG als auch für den Bereich des

⁴¹⁴ Siehe *Floretta/Spielbühler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, 209.

⁴¹⁵ Va 12.6.1996, 9 ObA 2060/96y; RdW 1996, 600.

⁴¹⁶ 23.4.2003, 98/08/0287, ARD 5421/3/2003; siehe auch: Feiertag unterbricht Krankenstand, ÖPWZ 11/2003.

⁴¹⁷ Am Sonntag als grds arbeitsfreien Tag steht iSd § 7 Abs 7 ARG stets nur krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung zu.

⁴¹⁸ Zu OGH 12.6.1996, 9 ObA 2060/96y siehe ARD 5179/13/2000, Krankenstand am Feiertag – Verlängerung von Anspruchsfristen – OÖ GKK, DG-Info Nr 151/2000, Dezember 2000; ausführlich allgemein zum Krankenstand der Arbeiter ARD 5195/2/2001; deutlich zu 50 % Feiertagsentgelt siehe ARD 5586/9/2005, DG-Info NÖ GKK, NÖDIS 2/2005.

AngG vertreten.⁴¹⁹ Die Begründung für dieses Ergebnis liefert mE sehr treffend schon *Vogt*⁴²⁰ – bei Kritik an der Auffassung von *Dobesberger-Eibensteiner* –, indem er sagt, dass – vorschnell beurteilt – nach reiner Wortinterpretation von § 9 Abs 1 und 2 ARG iVm § 3 Abs 1 EFZG aufgrund der normierten Kausalitätsprüfung als groteskes Ergebnis an Feiertagen im Krankenstand keinerlei Entgeltfortzahlung zustehen würde, da man iSd ARG wegen des Krankenstandes am Feiertag ohnehin nicht gearbeitet hätte bzw iSd EFZG am Feiertag nicht gearbeitet hätte. Der Arbeitnehmer soll nach dem Telos des Entgeltfortzahlungsprinzips keinen Nachteil erleiden, aber auch keinen Vorteil erzielen. Der Arbeitsausfall hat zwei Ursachen aus der kumulativen Kausalität von Krankheit und Feiertag und § 9 Abs 2 ARG ist sehr wohl Grundlage für eine Entgeltfortzahlung, weil durch die Anordnung von Feiertagsruhe gemäß § 7 leg cit keine Arbeitsbereitschaft erforderlich ist, wogegen § 2 Abs 1 EFZG durch die Wendung „...an der Leistung seiner Arbeit...“ eine konkretere Betrachtung des Arbeitsausfalls nahelegt als § 9 Abs 1 ARG mit der abstrakten Formulierung „...infolge Feiertag...“ und daher subsidiär ist.

5.1.2. Analoge Anspruchsgrundlage nach *Dobesberger/Eibensteiner*

*Dobesberger/Eibensteiner*⁴²¹ kommen zwar zum gleichen Ergebnis wie die Höchstgerichte, liefern aber doch eine davon abweichende Begründung. Sie kritisieren dabei sowohl *Cerny* mit Vorrang des ARG als auch *Adametz*, der sich für den Vorrang der einschlägigen Bestimmungen über Krankheitsverhinderungen wie das EFZG ausspricht und schließen aus Kausalitätsgründen § 9 ARG und § 3 EFZG – wie schon bei *Vogt* erwähnt – als Rechtsgrundlage aus. Als eigenen Lösungsansatz wollen sie die systemwidrige Lücke durch teleologische Reduktion

⁴¹⁹ Deutlich LG Linz 11.2.1997, 11 Cga 2/97x; ARD 5186/27/2001; *Höfle*, Krankenstand am Feiertag – Verlängerung von Anspruchsfristen – OÖ GKK, DG-Info Nr 151/2000, Dezember 2000, ASoK 2001, 68. Aus sozialversicherungsrechtlicher Sicht erfolgte auch eine Anwendungsempfehlung des HVSVT ab 1. Jänner 2001.

⁴²⁰ Nochmals: Feiertag im Krankheitsfall, *ecolex* 1993, 472; *ders*, Replik: Feiertag im Krankheitsfall, *ecolex* 1994, 631.

⁴²¹ Vergütung eines Feiertages im Krankheitsfall, *ecolex* 1993, 257; *Eibensteiner*, Sozialversicherungsrechtliche Rückerstattung für Feiertags-Entgeltfortzahlung, *ecolex* 1994, 482.

des Wortlautes lösen, indem sie durchgehende Entgeltfortzahlung bei Nichtanrechnung des Feiertages auf die Anspruchsdauer – zur Vermeidung eines Nachteils gegenüber Gesunden – zuerkennen wollen. Die Fortzahlung am Feiertag erfolgt mE hier also nur aufgrund einer analogen Anwendung der Entgeltfortzahlungsrechtsfolgen beider angesprochenen Bestimmungen.

5.1.3. Die Subsidiarität der Feiertagsentgeltregeln

Diese mE schlecht begründete Meinung vertreten – va zitiert von *Vogt*⁴²² – *Adametz* und *Dungl* mit dem Vorrang des EFZG als *lex specialis* bei Krankheit bzw aufgrund des Zeitargumentes, weil der Arbeitsausfall schon aufgrund der Krankheit und nicht erst durch den Feiertag eintrat.

5.1.4. Die überzeugende Meinung von *Schrank*

Sehr überzeugend und mE einleuchtend ist die – der Judikatur widersprechende – Meinung von *Schrank*⁴²³, der sich für eine Subsidiarität des Feiertagsentgelts gegenüber anderen Entgeltansprüchen ausspricht, denn das Entgelt sei nach § 9 ARG so zu zahlen, wie wenn die Arbeit eben nicht aufgrund eines Feiertages ausgefallen wäre und genau dann wäre der Arbeitnehmer aber krank gewesen und daher steht kein Feiertagsentgelt zu. Als Argument dient auch, dass jemand, der keine Arbeit leisten muss, auch keine Feiertagsruhe benötigt und dass die Besserstellung Kranker bei Gewährung des Feiertagsentgelts gegenüber Gesunden mit arbeitsfreiem Tag nicht einzusehen ist. Auch ist die daraus resultierende Anspruchsdauerverschiebung – verbunden mit einer An- und Abmeldung beim Sozialversicherungsträger und dem Ruhen des Krankengeldes für den Feiertag – schon aus Zweckmäßigkeitsgründen dem Gesetzgeber nicht unterstellbar.⁴²⁴

⁴²² Replik, *ecolex* 1994, 631.

⁴²³ Krankenstände: Verlängern Feiertage wirklich die Entgeltfortzahlungsfristen?, *ecolex* 2001, 387.

⁴²⁴ Die kollisionsrechtliche Begründung des OGH, 23.10.2000, 8 ObA 174/00x mit Ablehnung einer Zusatzleistung bei Postensuche und Kündigungsentschädigung gibt – so *Schrank* – Hoffnung auf Umdenken bei Kollision von Krankenstand mit Feiertag(en).

5.2. Krankenstand und Karenz

Aus § 15 iVm § 5 Abs 1 und 2 MSchG lässt sich die unstrittige Folge ableiten, dass eine krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung neben einem Karenzurlaub nicht bestehen kann, sonst bräuchte man die Karenz auf Verlangen der Dienstnehmerin nicht aufzuschieben. Als Gegenschluss aus den Bestimmungen des MSchG endet daher eine Entgeltfortzahlung wegen Krankheit mit Beginn eines schon zuvor (fix) vereinbarten Karenzurlaubes.⁴²⁵ Diese Aussage kann mE auf jede Art eines – im Untersuchungsbereich denkbaren – Karenzurlaubes⁴²⁶ gegen Entfall der Bezüge problemlos übernommen werden.

5.3. Krankenstand und Ersatzruhe

Schrank⁴²⁷ sieht – im Anwendungsbereich des ARG – bei Zusammentreffen einer Ersatzruhe gemäß § 6 leg cit mit einem Krankenstand die Ersatzruhe als verbraucht an, da der Arbeitnehmer ohnedies bezahlt frei ist und keine Norm zur Unterbrechung der Ersatzruhe besteht, wobei er bezüglich der konkurrenzierenden Entgeltfortzahlung einen Vorrang des § 9 Abs 1 und 2 leg cit gegenüber der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung dann sieht, wenn der krankheitsbedingte Anspruch niedriger wäre. Auch der OGH⁴²⁸ spricht sich für den Verlust des Ersatzruheanspruches, aber einem generellen Vorrang des Ausfallprinzips aus dem Titel der Ersatzruhe aus. Es spiegelt sich mE in der Fortzahlung die gleiche Problematik wie bei der Konkurrenz zwischen Krankenstand und Feiertag wieder,

⁴²⁵ Siehe dazu VwGH 23.4.2003, 99/08/0035; ARD 5467/6/2004, Dauer des Entgeltfortzahlungsanspruches bei vereinbarter Karenzierung.

⁴²⁶ Nicht umfasst ist zB die Bildungskarenz nach § 11 AVRAG, wo *W. Schwarz*, RdW 2000, 16 iS einer korrigierenden Interpretation die Regelungen über die Urlaubsrefundierung anwendet.

⁴²⁷ Sonderfälle des Ersatzruheverbrauches, RdW 1985, 187.

⁴²⁸ 9.12.1998, 9 ObA 157/98y, Arb 11.801 = ARD 5011/4/99 = DrdA 1999, 233 = infas 1999, A 56 = wbl 1999, 249 = ZAS 2000, 3 (*Bollenberger*); OGH 26.8.1999, 8 ObA 220/98f, infas 2000, A 8 = RdW 2000, 263.

wobei die Lösung von *Schrank* zur Feiertagsproblematik⁴²⁹ mE mit allen daraus resultierenden Konsequenzen analog anzuwenden ist.

5.4. Krankenstand und Zeitausgleich bzw Einarbeitstage

5.4.1. Problemstellung

Es stellt sich – letztlich in allen hier interessierenden Normbereichen – einerseits die Frage der Gültigkeit einer Zeitausgleichsvereinbarung, wenn vor der Konsumation des Zeitausgleiches eine krankheitsbedingte Abwesenheit eintritt, andererseits die Frage des Vorrangs bei Eintritt einer Erkrankung während eines bereits angetretenen Zeitausgleichskonsums. Judikatur und Literatur zu gemäß § 1 AZG (ua) auf Kollektivvertragsbedienstete einer Gebietskörperschaft und Arbeitnehmer nach dem HbG anwendbaren Vorschriften sind diesbezüglich analog auch für Beamte und Vertragsbedienstete der Gemeinde Wien von Bedeutung. Fraglich ist auch, ob die dabei gewonnenen Erkenntnisse auch ohne weiteres auf vorher fixierte eingearbeitete Zeiträume anwendbar sind.

5.4.2. Krankenstand versus Zeitausgleich

a. Zeitausgleichvereinbarung und Definition von Zeitausgleich

Schon nach älterer Judikatur des OGH⁴³⁰ – und wohl auch in der Literatur⁴³¹ – war unstrittig, dass eine Zeitausgleichvereinbarung für Krankenstandszeiten unzulässig ist, da kumulativ keine Freistellungsgründe verbrauchbar sind und somit die krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung vorgeht. Ein Freizeitausgleich statt Überstundenentgelt ist im Unterschied zur damals geltenden Rechtslage heute – so auch iSd § 10 AZG idgF – unproblematisch und eine weit verbreitete Praxis, wobei auch der Verbrauch von Gleitzeitguthaben aus der gleitenden Arbeitszeit in Form von „Gleittagen“ sehr beliebt ist. Es handelt sich jedenfalls – ungeachtet der

⁴²⁹ Siehe unter Punkt 5.1.4.

⁴³⁰ Siehe zB 3.6.1986, 14 Ob 65/86.

⁴³¹ Siehe zB *Adamovic*, Kommentar zu OGH 3.6.1986, 14 Ob 65/86, ZAS 1987, 169.

Bezeichnung, der Höhe der Abgeltung und der Umrechnung in Freizeit – stets um einen Ausgleich aus der Verteilung der Arbeitszeit. Eine Zeitausgleichsvereinbarung ist – so der OGH⁴³² – ein Kauf von Freizeit, deren Anspruch durch die Überstundenleistung entsteht und dieser unabdingbare Entgeltanspruch auf Überstunden zählt – auch bei Freizeitkonsum – zum Entgelt und ist daher ua bei der krankheitsbedingten Fortzahlung mit anzusetzen.

b. Anwendbarkeit der Regeln über die Urlaubsrefundierung

Ein Zeitausgleich kann im Sinne der Judikatur⁴³³ nicht zur Abdeckung des Überstundenguthabens dienen, wenn der Arbeitnehmer erkrankt, womit die Frage einer ev Unterbrechungswirkung angesprochen ist, wenn sich der Arbeitnehmer bereits im Zeitausgleich befindet. Da Zeitausgleich für Überstunden nicht der Erholung, sondern dem Ausgleich von Arbeitszeit dient, ist gemäß der Judikatur eine Analogie zur Urlaubsrefundierung gemäß § 5 UrlG nicht möglich, vielmehr geht zB § 8 AngG bei eintretender Krankheit als *lex specialis* vor und somit bleiben Zeitausgleichsstunden erhalten.⁴³⁴ Nach einer übersichtlichen Darstellung von *Mayr*⁴³⁵ sind Lehrmeinungen – konkret dazu – spärlich, nach dem zitierten *Schrank* bleibe ein allgemeiner Zeitausgleich durch einen eintretenden Krankenstand gewahrt. *Mayr* votiert für ein Rücktrittsrecht nach §§ 1117, 1162 ff ABGB mit Wirkung *ex nunc* bei Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund – egal ob die Erkrankung während des Zeitausgleichkonsums oder schon vor dessen Antritt, aber nach Vereinbarungsabschluss eintritt – , sofern eine schwere Erkrankung vorliegt und eine entsprechende Willenserklärung bezüglich Rücktritt zugegangen ist. Er hält aber auch die analoge Anwendung der §§ 4 und 5 UrlG für geboten, da eine ähnliche Interessenslage vorliegt und eine Unterscheidung von Erholung und Muße zu spitzfindig wäre. Somit habe der Arbeitnehmer die Wahl zwischen einem Rücktritt *ex nunc* und einer Urlaubsrefundierung bei über drei Tagen währender Erkrankung.

⁴³² 15.7.1986, 14 Ob 114/86; infas 1988, H 2, 8 – Zeitausgleich und Entgeltbegriff.

⁴³³ Siehe OLG Linz 13.2.1996, 12 Ra 117/95; ARD 4755/23/96; ZASB 1997, 4.

⁴³⁴ So schon OLG Wien 28.11.1994, 34 Ra 132/94.

⁴³⁵ Zeitausgleich und Krankenstand, *ecolex* 1996, 186.

Ich persönlich finde beide Lösungsvarianten als völlig überspitzt, vielmehr wäre mE darauf Bedacht zu nehmen, dass es sich – wie schon unter lit a festgestellt – beim Zeitausgleich um eine besondere Art der Arbeitszeitverteilung handelt, dh an den Überstundentagen werden die Normalarbeitszeit übersteigende Stunden erbracht, die an den vereinbarten Zeitausgleichstagen zu einer solchen Arbeitszeitverteilung führen, dass eben an diesen Tagen eine Arbeitszeit von null Stunden „erbracht wird“, aber immerhin handelt es sich trotz Befreiung von einer (zusätzlichen) Dienstleistung um einen Arbeitstag – wenn auch nur dem Namen nach. Somit ist es auch unzweifelhaft, dass der Arbeitnehmer an einem solchen Tag erkranken kann und Entgeltfortzahlung aus dem Titel der krankheitsbedingten Dienstverhinderung erhält. Den Anspruch auf Überstunden verliert er dadurch nicht, vielmehr kann er sich diese nun doch auszahlen lassen oder eine neuerliche Zeitausgleichsvereinbarung treffen, denn bei Abwesenheit aufgrund eines Krankenstandes ist – so wie bei allen Tatbeständen mit einem fortzuzahlenden Entgelt – von der Normalarbeitszeit dieses (fiktiven) Arbeitstages auszugehen.

5.4.3. Krankenstand und Einarbeitstage

Ich halte meine oben in Punkt 5.4.2. lit b letzter Absatz dargestellte Lösung zum Zeitausgleich für das Einarbeiten von zuvor vereinbarten konkreten Arbeitstagen im Betrieb – der Betrieb oder Betriebsteile sind am Einarbeitstag geschlossen – für nicht analog anwendbar, da va mangels anderslautender Vereinbarung die Dienstfreistellung ausschließlich nur für den Einarbeitstag gilt. *Mayr*⁴³⁶ zitiert *Schrank*, der trotz eingearbeiteter Arbeitszeit bei Erkrankung am Einarbeitungs- oder Ausfalltag mE zutreffend – mangels anderslautender Vereinbarung – keinen anderen Freizeittag zugesteht. Der Einarbeitungstag ist also – hier ähnlich der Lösung zur Feiertagsproblematik – als konsumiert anzusehen, anders ausgedrückt, niemand kann logisch bei Dienstverhinderung durch Krankheit ein zweites Mal – eine nur bei Gesunden eintretende – Dienstfreistellung erfahren und für zeitlich fixierte Feiertage wie Einarbeitstage kann man sich bei Krankenstand keinen Ersatzfeiertag oder Ersatzeinarbeitstag aussuchen. Dieses „echte Einarbeiten“ wird in der Judikatur nicht dezidiert angesprochen, die wenigen knappen Hinweise halte ich im genannten Sinne wegen dem Vorrang gesetzlich zwingender Fortzahlungsregeln im

⁴³⁶ ecolex 1996, 186.

Krankenstand gegenüber vertraglich vereinbarten Ausfalltagen aufgrund Zeitausgleiches für nicht zutreffend.⁴³⁷

5.5. Krankenstand und sonstige Verhinderungsgründe

Allgemeine Arbeitsausfälle wie zB solche mit Bezug einer Schlechtwetterentschädigung in der Baubranche⁴³⁸ bedingen unstrittig bei Krankenstand den Ansatz genannter Entschädigung für den Ausfalltag aus dem Titel der Fortzahlung im Krankenstand. Allerdings geht ein „allgemeiner Arbeitsausfall“, der alle Arbeitnehmer des Betriebes oder solche aus Betriebsteilen, unabhängig davon, ob sie gesund oder krank sind, trifft,⁴³⁹ dem Krankenstand bevor. Doch trägt der Arbeitgeber nur dann das dispositiv normierte Lohnrisiko iSd § 1155 ABGB, wenn der Arbeitnehmer arbeitsbereit war, was gerade bei laufendem Krankenstand nicht der Fall ist,⁴⁴⁰ – es ist aber Entgelt aus dem Titel der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung zu leisten. Bei Abdingung des § 1155 leg cit steht nach dem Lohnausfallprinzip mE – iS der Auffassung von *Holler*⁴⁴¹ – für einen als Krankenstandstag zählenden Ausfalltag keine Entgeltfortzahlung zu.⁴⁴²

⁴³⁷ So aus Deutschland BAG 7.9.1988, AZ: 5 AZR 558/87; ARD 4046/1/89 – keine Krankenstandsanrechnung (Einarbeiten am 24.12.); dgl LAG Berlin 20.3.1991, 13 Sa 113/90; ARD 4288/4/91.

⁴³⁸ Siehe OGH 22.3.1977, 4 Ob 21/77; SWK 1978, B I 34.

⁴³⁹ Siehe OGH 18.5.1998, 8 ObA 407/97d, Arb 11.724.

⁴⁴⁰ Siehe dazu näher *Holler*, DRdA 1985, 225 – behördlicher Smogalarm mit Arbeitgeber als Mitverursacher.

⁴⁴¹ DRdA 1985, 225, 3. Die Rechtsstellung der Arbeitnehmer.

⁴⁴² Auch Gesunde erhalten bei Abdingung keine Bezüge für den Ausfalltag.

6. Meldepflichten und Nachweispflicht

6.1. Allgemeines

Die im Untersuchungsbereich einschlägigen Rechtsvorschriften gewähren nahezu gleichlautend eine krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung – sofern die Dienstabwesenheit nicht grob fahrlässig oder vorsätzlich verschuldet wurde⁴⁴³ – nur unter der Bedingung der unverzüglichen Anzeige⁴⁴⁴ sowie der (unverzüglichen) Vorlage einer ärztlichen Bestätigung derselben fakultativ auf Verlangen des Arbeitgebers⁴⁴⁵ bzw nach einigen Bestimmungen zusätzlich obligatorisch⁴⁴⁶ bei mehr als dreitägiger Dauer der Dienstverhinderung. Eine – schuldhafte – Nichtbefolgung der genannten Verpflichtungen führt grds zur Untersagung der Entgeltfortzahlung⁴⁴⁷ und ergo handelt es sich dann um ein ungerechtfertigtes Fernbleiben vom Dienst unter Nichtanrechnung auf die jeweiligen Fortzahlungsansprüche im Krankenstand. Es können daher die Aussagen von Judikatur und Lehre zu Problemen im Zusammenhang mit der Melde- und Nachweispflicht mE ohne weiteres analog auf sämtliche vergleichbaren Tatbestände der anzuwendenden Rechtsnormen bezogen werden. Auf dienstrechtliche Folgen wie eine mögliche Entlassung oder ev

⁴⁴³ Siehe § 8 Abs 1 AngG, § 2 Abs 1 EFZG, § 14a HbG iVm § 2 Abs 1 EFZG, § 2 Abs 1 LVG iVm § 24 Abs 1 bzw iVm § 46 Abs 2 VBG, § 38 Abs 1 BO 1995, § 19 Abs 1 VBO 1995 und § 21 Abs 1 Wr. LAO 1990. Diese Einschränkung gilt nicht bei Lehrlingen gemäß § 17a Abs 1 BAG sowie bei Landeslehrern gemäß § 106 Abs 1 Z 1 LDG 1984 iVm § 13c Abs 1 GehG.

⁴⁴⁴ Siehe § 8 Abs 8 AngG, § 4 Abs 1 EFZG, § 14a HbG iVm § 4 Abs 1 EFZG, § 2 Abs 1 LVG iVm § 7 Abs 1 VBG, § 31 Abs 1 DO 1994, § 13 Abs 1 VBO 1995, § 23 Abs 1 Wr. LAO 1990, § 17a Abs 7 BAG iVm § 4 Abs 1 EFZG und § 35 Abs 1 LDG 1984.

⁴⁴⁵ Siehe § 8 Abs 8 AngG, § 4 Abs 1 EFZG, § 14a HbG iVm § 4 Abs 1 EFZG, § 2 Abs 1 LVG iVm § 7 Abs 1 VBG, § 31 Abs 1 DO 1994, § 13 Abs 1 VBO 1995, § 23 Abs 1 Wr. LAO 1990, § 17a Abs 7 BAG iVm § 4 Abs 1 EFZG. Einzig § 35 Abs 1 LDG 1984 spricht bloß von einer Rechtfertigung der Abwesenheit.

⁴⁴⁶ Siehe § 31 Abs 1 DO 1994, § 13 Abs 1 VBO 1995 und § 35 Abs 2 LDG 1984.

⁴⁴⁷ Siehe § 8 Abs 8 AngG, § 4 Abs 4 EFZG, § 14a HbG iVm § 4 Abs 4 EFZG, § 2 Abs 1 LVG iVm § 7 Abs 3 VBG, § 31 Abs 4 DO 1994, § 21 Abs 1 Z 1 VBO 1995, § 23 Abs 3 Wr. LAO 1990, § 17a Abs 7 BAG iVm § 4 Abs 4 EFZG. Einzig § 35 Abs 2 LDG 1984 sanktioniert nur den Verstoß gegen die obligatorische Vorlage der ärztlichen Bescheinigung.

disziplinarische Konsequenzen beharrlicher Pflichtverletzung soll hier nicht eingegangen werden.

6.2. Meldepflichten und Entfall der Entgeltfortzahlung

Unverzögliche Bekanntgabe der Dienstverhinderung meint ohne schuldhaftes Verzug durch den Arbeitnehmer – bei sonstigem Entfall der Entgeltfortzahlung⁴⁴⁸ – und umfasst mE auch die Meldung eines Verschuldens an der Verhinderung, sodass dem Arbeitgeber die Prüfung einer grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Herbeiführung^{449,450} derselben ermöglicht wird,⁴⁵¹ hier va auch um unnötige Fehlauszahlungen zu vermeiden. So reicht eine telefonische Krankmeldung am ersten Abwesenheitstag⁴⁵² – bzw nach Wegfall eines gerechtfertigten Hinderungsgrundes – jedenfalls aus, wobei der Arbeitnehmer zB auch bei Verständigung eines Arbeitskollegen⁴⁵³ auf die Weiterleitung und dadurch der Kenntnis des Arbeitgebers vertrauen darf.^{454,455} In der modernen Zeit sind die

⁴⁴⁸ Siehe allgemein *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht 2*⁴, XXXI, 124 ff; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, *Arbeitsrecht I*³, § 16, 214.

⁴⁴⁹ Das trifft va auf Unfälle zu, die iVm Raufhandel, Trunksucht und Drogenmissbrauch stehen und diesbezüglich ist die Beurteilung durch den zuständigen Krankenversicherungsträger iZm § 142 Abs 1 ASVG (Versagung des Krankengeldes) als Indiz zu werten; siehe dazu VwGH 7.12.1983, 82/08/0092; *Scholz*, *Sorgenspende Alkohol*, *SozSi* 1988, 531.

⁴⁵⁰ Nach OGH 15.3.1989, 9 ObA 73/89; ARD 4076/15/89 = *inf* 1989, A 100 schließt eine nicht gemeldete Nebenbeschäftigung trotz Risikoerhöhung nur deswegen nicht die Fortzahlungspflicht aus.

⁴⁵¹ Nach *Kleiner*, *ASoK* 1998, 336 – zu Entgeltfortzahlung und Schadenersatzanspruch des Dienstgebers – liegt die Beweislast beim Arbeitgeber.

⁴⁵² Siehe schon *Wachter*, *Eine folgenschwere Entlassung* (Serie: „Der praktische Fall“), *DRdA* 1980, 57.

⁴⁵³ Siehe OGH 13.1.1988, 9 ObA 179/87 – die telefonische Meldung an einen Vorarbeiter liegt im Machtbereich des Arbeitgebers und ist diesem daher zuzurechnen.

⁴⁵⁴ Siehe *E. Gruber*, *Der Schadenersatz aus Meldepflichtverletzungen* (Zum Mitverschulden des Arbeitnehmers), *DRdA* 1984, 119; *Rauch*, *Frist zur Vorlage von Krankenstandsbestätigungen*, *ARD* 5397/6/2003 – eine Vertrauensperson des Arbeitnehmers reicht zur Meldung aus.

Formvorschriften weit auszulegen und eine unverzügliche Mitteilung auf die Mailbox des Diensthandys oder per SMS, Telefax oder E-Mail an den „Arbeitgeber“, alles mit schlichter Bekanntgabe einer Erkrankung ohne Diagnosenennung reicht zur Pflichterfüllung aus.⁴⁵⁶ Ist bereits eine ununterbrochene Arbeitsverhinderung gemeldet worden, bewirkt eine weitere Erkrankung – gemeint ist wohl eine zusätzliche Diagnose – keine neuerliche Anzeigepflicht,⁴⁵⁷ wobei ich die kritische Einschränkung durch *Rebhahn*⁴⁵⁸ bei ablaufender Ersterkrankungsmeldung bzw bezüglich der Art der Arbeitsunfähigkeit aufgrund der den Arbeitgeber nicht zu interessierenden Diagnose und der grds unvorhersehbaren Dauer eines Krankenstandes nicht undifferenziert vertreten würde.

Der Arbeitnehmer ist mE mit *Wachter*⁴⁵⁹ – bei sonstiger Untersagung der Entgeltfortzahlung – zur Mitteilung des Gesundheitszustandes aus der Treuepflicht dann verpflichtet, wenn ihm die Zuweisung anderer – vom Arbeitsvertrag umfasster – Tätigkeiten zumutbar ist, wobei hier mE die Initiative vom Arbeitgeber auszugehen hat.

Eine Krankmeldung hat mE zutreffenderweise auch bei Erkrankung im Gebührenurlaub spätestens am vierten Kalendertag für eine ev Urlaubsrefundierung zu erfolgen,⁴⁶⁰ wobei später vorgenommene Anzeigen der Erkrankung nur ex nunc

⁴⁵⁵ Bei verliehenen Arbeitnehmern iSd AÜG ist die Dienstverhinderung dem Beschäftigten zu melden; siehe dazu OLG Wien 21.11.2003, 9 Ra 134/03x; ARD 5480/5/2004 – Krankmeldung beim Beschäftigten.

⁴⁵⁶ Siehe ARD 5437/1/2003 – 5437/2/2003 – 5437/3/2003, Pflicht zur Vorlage einer Krankenstandsbestätigung – Krankmeldung per SMS – Keine Informationspflicht über Art einer Erkrankung; OGH 16.10.2003, 8 ObA 92/03t; ARD 5480/4/2004 zur Krankmeldung per SMS.

⁴⁵⁷ Siehe OGH 27.9.1989, 9 ObA 236/89 neben Erkrankung/Dienstunfall.

⁴⁵⁸ Zum erforderlichen Inhalt der Krankenbestätigung, wbl 1991, 185.

⁴⁵⁹ Bemerkungen zum Austrittsgrund der Arbeitsunfähigkeit bzw Gesundheitsgefährdung, DRdA 1989, 179.

⁴⁶⁰ Siehe dazu *Kryda*, SWK 1985, B I 17, *ders*, SWK 1987, B I 9.

wirken können. Bei einem Kuraufenthalt reicht unstrittig die schon vor Antritt desselben ausgestellte Kurbescheinigung über Zeitpunkt und Dauer⁴⁶¹ zur Erfüllung der normierten Meldepflicht, wobei eine Terminverschiebung nicht der Disposition des Arbeitnehmers unterliegt und ihm daher auch nicht vorgeworfen werden kann.

6.3. Die Nachweispflicht des Arbeitnehmers

Die unverzügliche⁴⁶² Nachweispflicht in Form einer ärztlichen Bestätigung über die Dienstverhinderung hat der Arbeitnehmer – abgesehen von den gesetzlich normierten Fällen von über drei Tagen Dauer, der Kurbescheinigung sowie im eigenen Interesse iZm einer ev Urlaubsrefundierung⁴⁶³ – nur auf Verlangen des Arbeitgebers zu erfüllen, wobei das – nach angemessener Frist auch wiederholbare – Verlangen nach OGH⁴⁶⁴ und hL^{465,466} bei jedem einzelnen Krankenstand ausgesprochen werden muss. Das ärztliche Zeugnis eines frei wählbaren Vertragsarztes, ua eines Kassen-, Gemeinde- oder Amtsarztes, hat den Beginn, die voraussichtliche Dauer⁴⁶⁷ und die Ursache⁴⁶⁸ zu enthalten, wobei die Verpflichtung zu Angaben zur Arbeitsunfähigkeit bzw der Umfang dieser Angaben strittig ist.

⁴⁶¹ Siehe OGH 13.9.1995, 9 ObA 88/95, Arb 11.444; ARD 4699/32/95 = infas 1996, A 42.

⁴⁶² Siehe OLG Wien 25.10.1996, 9 Ra 193/96 – Vorlage erst bei Dienstantritt ändert nichts an der versagten Fortzahlung.

⁴⁶³ Siehe dazu *Kryda*, SWK 1985, B I 17; *ders*, SWK 1987, B I 9.

⁴⁶⁴ 15.6.1988, ObA 122/88, ZASB 1988, 21; eine pauschale Aufforderung wäre eine unzulässige Beschränkung iSd § 40 AngG.

⁴⁶⁵ Siehe allgemein *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, § 16, 214; aM *Tomandl* in *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 124f.

⁴⁶⁶ Siehe ua auch *Wachter*, DRdA 1980, 57; DRdA 1990, 42 (krit *Rebhahn*) zu OGH 15.6.1988, 9 ObA 122/88 mit eingeschränkter Beachtlichkeit abstrakter Vorlagebegehren, va aufgrund der (damaligen) Erstattungsregeln im EFZG.

⁴⁶⁷ Siehe *Rauch*, Jüngste Judikatur zum Krankenstand – Der Arbeitgeber kann eine Krankenstandsbestätigung mit einem Endtermin verlangen, ASoK 2005, 122 (mE unstrittig).

⁴⁶⁸ Gemeint ist zB Krankheit oder Unfall, nicht die Diagnose.

Konform mit *Mazal*⁴⁶⁹ steht mE dem Arbeitgeber die schwer umsetzbare Zuweisung einer zulässigen Alternativtätigkeit offen, dazu sind aber in der Praxis die Aussagen des Arztes über die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu pauschal und ein Recht des Arbeitgebers auf Mitteilung der in die geschützte Privatsphäre fallenden Diagnose⁴⁷⁰ besteht – außer in Extremfällen wie va bei Ansteckungsgefahr – nicht. Die Lösung von *Mazal* – ähnlich auch *Rebhahn*⁴⁷¹ – mit Anführung des Ausmaßes der Einschränkung der Körperfunktionen⁴⁷² auf einer ausreichenden Arztbestätigung zur diesbezüglichen Orientierung des Arbeitgebers mit Berufung auf die Treuepflicht des Arbeitnehmers ist mE nachvollziehbar, aber in der Praxis bei vielen Krankheiten wegen der Abhängigkeit vom Erkrankungsgrad auch für den Arzt pro futuro schwer einzuschätzen. Trotz fachlicher Bestätigung des Arztes über die Arbeitsunfähigkeit ist der Gegenbeweis durch den Arbeitgeber – va bei offensichtlich unrichtigen Angaben des Arbeitnehmers gegenüber dem behandelnden Arzt – zulässig.⁴⁷³ Die Versagung der Entgeltfortzahlung für die Säumnisdauer bei Nichtvorlage – dh bei untätigem Verstreichen der gesetzten Vorlagefrist⁴⁷⁴ – des Nachweises tritt analog auch bei

⁴⁶⁹ Ausführlich Kommentar zu OGH 3.6.1985, 4 Ob 59/85, ZAS 1987, 165.

⁴⁷⁰ Auch die Krankenkassen sind gegenüber den Arbeitgebern zur Verschwiegenheit verpflichtet, einzig über die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit ist Auskunft zu geben; siehe dazu *Meggeneder*, Die Rolle der Ärzte und Chefärzte bei Krankenständen, ASoK 2005, 118 (119).

⁴⁷¹ wbl 1991, 185; abstrakte Bestätigung über Ursache und Dauer der Arbeitsunfähigkeit allein ist bei Kostentragung der Fortzahlung durch den Arbeitgeber nicht vertretbar.

⁴⁷² *Mazal*, Ärztliche Bestätigungen bei Krankenstand, RdW 1989, 273 – auch Zeitraum der Einschränkung soll aufscheinen.

⁴⁷³ Siehe OGH 14.7.1981, 4 Ob 42/81, Arb 10.004; OGH 20.5.1998, 9 ObA 15/98s, Arb 11.728; infas 1998, A 138 = DRdA 1999, 16 (*Resch*); *Drs*, DRdA 1999, 495.

⁴⁷⁴ Nach *Rauch*, ARD 5397/6/2003 sind drei Tage Vorlagefrist durch den Arbeitgeber angemessen; das ist mE auch analog auf die gesetzlich normierten Vorlagefristen anzuwenden. Nach ARD 5452/4/2003 – Frist zur Vorlage einer Krankenstandsbestätigung – wäre eine Vorlagefrist unter drei Tagen wegen der nicht durchgehenden Ordinationen der Vertragsärzte unangemessen; siehe dazu ausführlich *Rauch*, ASoK 2005, 122.

grundlosem Nichtnachkommen einer Untersuchung durch den Kontroll- bzw. Amtsarzt⁴⁷⁵ ein.

6.4. Besonderheiten bei Erkrankung im Ausland

Ungeachtet der Anwendungsproblematik bei Entsendung von Arbeitnehmern und bei Wanderarbeitnehmern sind Besonderheiten bei Erkrankung im Ausland – sei es während des Urlaubes oder bei Ausflugsfahrten – zu beachten. So genügt nach *Kryda*⁴⁷⁶ bei Unfällen die Anstaltsbestätigung des Krankenhauses, sonst ist aber zusätzlich zum Arzzeugnis eine – nach § 5 Abs 3 UrlG als Standard geforderte – behördliche Bestätigung über die Zulassung des ausstellenden Arztes beizubringen,⁴⁷⁷ wobei diese Norm nach EuGH⁴⁷⁸ aufgrund der freien Arztwahl wohl als inländerdiskriminierend einzustufen ist. Zweifellos halte ich die Anforderungen an eine Arztbestätigung aus dem Ausland für höher (va wegen der sprachlichen Probleme) und würde die Behördenbestätigung – ungeachtet einer möglichen Diskriminierung – generell – nicht nur für Zwecke der Urlaubsrefundierung – zumindest in Zweifelsfällen auch beim noch nicht judizierten Ausflugskrankenstand im Ausland einfordern, sofern nicht ohnehin eine sofortige Rückkehr erfolgt und eine inländische Arztbestätigung zumutbarer Weise möglich ist.

⁴⁷⁵ Nach OLG Wien 28.2.1994, 32 Ra 169/93; ARD 4557/18/94; sind zumutbare Kontrollen arbeits- und sozialversicherungsrechtlich zulässig.

⁴⁷⁶ SWK 1985, B I 17; SWK 1987, B I 19.

⁴⁷⁷ Ausführlich dazu *Trattner*, ASoK 2005, 126 zur Erkrankung im Urlaub.

⁴⁷⁸ 3.6.1992, C-45/90 zur deutschen Rechtslage bei Erkrankung im Italienurlaub; dazu *Andexlinger*, *ecolex-Glosse: Typischer Ärger? Der EuGH im Arbeitsrecht*, *ecolex* 1993, 112. Siehe auch *Resch*, *Europäisches Sozialrecht – erste oberstgerichtliche Entscheidungen*, RdW 1997, 461 zu VO (EWG) 1408/71 und VO (EWG) 574/72; OGH 20.5.1998, 9 ObA 15/98s; DRdA 1999, 16 (*Resch*), der Art 18 VO (EWG) 574/72 analog für Erkrankungen im Urlaub im Ausland anwenden will.

7. Entgeltfortzahlungsprobleme im Zusammenhang mit dem Ende des Dienstverhältnisses – abgesehen von Urlaubersatzansprüchen

7.1. Entgeltfortzahlung über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus

Nach einigen – im Untersuchungsbereich anzuwendenden – Bestimmungen⁴⁷⁹ endet die krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung dann nicht mit dem Ende des Dienstverhältnisses, wenn dieses durch eine Kündigung durch den Arbeitgeber während eines Krankenstandes, durch eine vorzeitige Entlassung ohne wichtigen Grund oder einen durch den Arbeitgeber verschuldeten vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers – dh aufgrund dem Arbeitgeber vorzuwerfender Endigungsgründe – gelöst wird.⁴⁸⁰ Vielmehr ist – ungeachtet der Beendigung – die Fortzahlung entsprechend den Anspruchsfristen und der Dauer der (fiktiven) Dienstverhinderung weiter zu gewähren.⁴⁸¹ Eine Arbeitgeberkündigung mit nachfolgender Berufsunfähigkeitspension ändert nichts an der Fortzahlungspflicht.⁴⁸² Es muss sich bei der vorliegenden Erkrankung nicht unbedingt um einen „ununterbrochenen Krankenstand“ handeln, sondern es kann ausnahmsweise auch eine „begünstigte“ zweite Erkrankung als Folge der Ersterkrankung sein,⁴⁸³ wobei diese Situation mE auch nach Ende des Dienstverhältnisses – sofern in die Anspruchsfrist fallend – eintreten kann. Anderes gilt bei einer Auflösung in der Probezeit, obwohl diese den

⁴⁷⁹ Siehe § 9 Abs 1 AngG, § 5 EFZG, § 14a HbG iVm § 5 EFZG und § 24 Wr. LAO 1990. Nach § 24 Abs 6 VBG besteht in allen Beendigungsfällen eine im Ermessen des Dienstgebers liegende ganz oder teilweise zu gewährende Fortzahlung bei Dienstunfällen.

⁴⁸⁰ Siehe allgemein *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, *Arbeitsrecht I*³, § 16, 210 sowie *Tomandl/Schrammel*, *Arbeitsrecht 2*⁴, XXXI, 125.

⁴⁸¹ Siehe auch OLG Linz 11.8.1995, 11 Ra 68/95; ZASB 1996, 6.

⁴⁸² Siehe VwGH 11.12.1986, 86/08/0209, ARD 3870/4/87 iZm der aufrechten Versicherungspflicht.

⁴⁸³ Siehe OGH 27.5.2004, 8 ObA 13/04a, ARD 5526/3/2004; dazu *Rauch*, *ASok* 2005, 122 (123 f).

Charakter einer Kündigung ohne Kündigungsfrist hat,⁴⁸⁴ aber nach Ansicht des OGH⁴⁸⁵ ist hier eine Auflösung ohne Grund und ohne Beachtung einer Kündigungsfrist zulässig und daher nicht vorwerfbar.⁴⁸⁶ Die taxative Aufzählung in § 5 EFZG schließt zwar nach hA eine Analogie nicht aus, allerdings sind die Rechtsfolgen mE mit *Spitzl*⁴⁸⁷ auch auf eine einvernehmliche Lösung des Dienstverhältnisses – auch wenn diese während eines aufrechten Krankenstandes vereinbart wird – infolge Fehlens einer einseitigen Arbeitgeberdisposition nicht übertragbar, sofern es sich natürlich nicht um ein Schein- oder Umgehungsgeschäft iSd §§ 914 ff ABGB handelt. Selbstverständlich ist mE – wie für jede krankheitsbedingte Fortzahlung – die Bedingung des Vorliegens einer (fiktiven) Dienstverhinderung und nicht nur einer bloßen Krankheit⁴⁸⁸ genauso wie die zwingende Leistung der Sonderzahlung nach dem Ausfallprinzip⁴⁸⁹ wie bei einem aufrechten Dienstverhältnis. Nach jüngster Judikatur des OGH ist bei fortdauerndem Krankenstand mE konsequenterweise (auch) vom fiktiven Beginn eines neuen Arbeitsjahres – und damit des Entstehens eines ev neuen Entgeltfortzahlungsanspruches – auszugehen.⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ Nach älterer Judikatur aber Analogie – keine Befristung und Weiterleistung – ASG Wien 15.5.1987, 5 Cga 1055/87; ARD 3913/15/87; aA aber schon OLG Wien 28.9.1987, 32 Ra 103/87; ARD 3939/19/87. Später aber entgegen der stRsp nochmals ASG Wien 13.9.1996, 5 Cga 203/95; ARD 4826/12/97.

⁴⁸⁵ 28.8.1991, 9 ObA 161/91, DRdA 1992, 21 (*Mosler*); später auch OLG Wien 20.9.1996, 9 Ra 266/96w; OLG Wien 10.10.2003, 7 Ra 134/03g; übersichtlich dazu *Rauch*, Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfall und DV-Lösung in der Probezeit, ARD 5470/5-7/2004.

⁴⁸⁶ Das gilt mE zu Recht auch für Dienstunfälle; siehe OGH 8.7.1999, 8 Ob A 188/99a; zust auch *Rauch*, ASoK 2005, 125.

⁴⁸⁷ Einvernehmliche Auflösung im Krankenstand, *ecolex* 2002, 195.

⁴⁸⁸ Siehe dazu ASG Wien 18.11.1993, 10 Cga 241/93w; ARD 4536/9/94.

⁴⁸⁹ Zu § 5 EFZG siehe OLG Wien 16.6.1994, 32 Ra 41/94; ARD 4577/4/94; zust Kallab, OLG Wien: Sonderzahlungen und Entgeltbegriff gem § 5 EFZG, DRdA 1995, 73; § 3 Abs 1 EFZG (Sonderzahlung als Entgeltbestandteil) ist auch auf diese Sachverhalte anzuwenden.

⁴⁹⁰ OGH 7.6.2006, 9 ObA 115/05k; ARD 5708/8/2006, Kündigung im Krankenstand – auch nach DV-Ende neuer Krankenentgeltanspruch bei neuem Arbeitsjahr.

7.2. Krankenstand und Abfertigung

7.2.1. Problemstellung

Ungeachtet der – iZm der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung – nicht interessierenden Frage der in den einschlägigen Rechtsvorschriften unterschiedlich geregelten Basis für die Berechnung der Abfertigung und der im Bereich des AngG strittigen Analogie zum Ausfallprinzip⁴⁹¹ erscheint es aber wichtig, die Auswirkung entgeltloser Zeiträume auf dienstzeitabhängige Rechte – hier auf das Ausmaß einer ev zustehenden Abfertigung – zu untersuchen, auch wenn dies für Diensteintritte ab 1. Jänner 2003 aufgrund der Regelungen des BMVG und dem damit geltenden Beitragssystem samt den zu wählenden Mitarbeitervorsorgekassen – grds für Bedienstete außerhalb des Bereiches der Gebietskörperschaften⁴⁹² – keine Rolle mehr spielt. Infolge der sich heute doch mehrheitlich noch im „alten“ Abfertigungssystem befindlichen Arbeitnehmer, der an das BMVG angelehnten⁴⁹³ oder auf dieses zumindest partiell verweisenden Regelungen⁴⁹⁴ im Bereich der Stadt Wien sowie der speziellen – sehr eingeschränkten – Abfertigungsregeln im pragmatischen Bereich⁴⁹⁵ sind die Erkenntnisse zu den (noch) aufrechten Vorschriften bzw zu Übergangs- oder Auslaufbestimmungen trotzdem aufschlussreich.

⁴⁹¹ Siehe schon zB OGH 18.11.1987, 9 ObA 97/87, ZAS 1988, 13 (*Andexlinger/Spitzl*) uvm.

⁴⁹² Für Hausbesorger-Arbeitsverhältnisse greift für „Altfälle“ das auf das AngG verweisende ArbAbfG idgF. Auf nach dem 31. Dezember 2002 neu begründete Hausbetreuer-Arbeitsverhältnisse ist ausnahmslos das BMVG anzuwenden. Siehe dazu näher *Brunner/Rath*, *Ausgewählte Fragen zum Arbeitsrecht der Hausbesorger und Hausbetreuer – Unterschiede im Hinblick auf Inhalt und Umfang der Arbeitspflichten und dem Entgelt(fortzahlungs)anspruch*, ASoK 2004, 253 (256 f).

⁴⁹³ Siehe die §§ 48 ff VBO 1995 iVm dem ab 1. Jänner 2005 geltenden W-MVG idgF und § 31 iVm den §§ 39j ff und Art II Wr. LAO 1990 idF LGBl f Wien 2004/6.

⁴⁹⁴ Siehe § 2 Abs 1 lit a LVG iVm § 35 und § 84 VBG mit voller Auswirkung ab 1. Jänner 2003 sowie va § 27 Kollektivvertrag für Lehrer der Musiklehranstalten iVm §§ 23 f und § 42 Abs 3 AngG iVm dem BMVG, wirksam ab 1. Jänner 2003.

⁴⁹⁵ Siehe § 41 BO 1994 sowie § 106 Abs 1 Z 1 LDG 1984 iVm den §§ 26 f GehG.

7.2.2. Einfluss auf die Dienstzeitberechnung für den Abfertigungsanspruch

Krankheitsbedingte entgeltlose Zeiten sind im Bereich der Beamten nach den einschlägigen Bestimmungen der BO 1994 bzw des GehG unmöglich und daher erübrigt sich die Frage der Auswirkung auf eine ev Abfertigung. Mangels einer dezidierten einschränkenden Anrechnungsregel für den Krankheitsfall im VBG⁴⁹⁶, in der VBO 1995⁴⁹⁷ sowie in der Wr. LAO 1990⁴⁹⁸ sind mE diese Regelungen diesbezüglich ebenfalls unverdächtig. Bei einer Abfertigung als Treueprämie für lange Dienstzeit mit Wurzel in der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers schaden mE unstrittig entgeltlose Krankenstandszeiten trotz Entfall der synallagmatischen Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag – mangels expliziter Einschränkungregelung – nicht.⁴⁹⁹ Folgerichtig normieren auch die Regelungen über die „neue“ Abfertigung für solche Zeiträume fiktive Basen für die Beitragsberechnung in solchen Fällen.⁵⁰⁰

⁴⁹⁶ Siehe va § 2 Abs 1 lit a LVG iVm § 84 VBG und vgl die Einschränkung bei bestimmten Karenzurlauben gemäß § 29c leg cit.

⁴⁹⁷ Siehe va § 48 VBO 1995 und vgl die Einschränkung bei bestimmten Karenzurlauben gemäß § 34 leg cit.

⁴⁹⁸ Siehe va § 31 Wr. LAO 1990 und vgl die Einschränkung bei Karenzurlauben gemäß § 26i leg cit.

⁴⁹⁹ Siehe OGH 26.3.1997, 9 ObA 30/97w, ASoK 1997, 255 = DRdA 1998, 7 (zust Drs) – tatsächliche Beschäftigung ist nicht relevant, Anknüpfung am Bestand des Dienstverhältnisses; weiters ua *Runggaldier*, DRdA 1996, 101; *Anzenberger*, ASoK 1997, 238; *S. Leitner*, Dienstzeitabhängige Ansprüche bei Entgeltfreiheit, RdW 1997, 138.

⁵⁰⁰ Siehe § 7 Abs 3 BMVG, § 6 Abs 3 W-MVG sowie § 39k Abs 3 Wr. LAO 1990; auch ARD 5139/2/2002, Abfertigung neu – Mitarbeitervorsorge; ARD 5310/1/2002, Abfertigung neu – Neugestaltung der betrieblichen Mitarbeitervorsorge, Regierungsvorlage 17.5.2002, 1131 der BlgNR XXI GP, Gesetzwerdung bleibt abzuwarten; *Höfle/C. Klein*, „Abfertigung neu“ – Betriebliche Mitarbeitervorsorge, ASoK 2002, 200; *Zeiler/Kühteubl*, Überblick über die Grundlagen der „Abfertigung neu“, RWZ 2002, 54.

7.3. Krankenstand und Kündigungsentschädigung

Nach stRsp des OGH⁵⁰¹ handelt es sich bei der Kündigungsentschädigung⁵⁰² um einen Schadenersatz für die nicht gewährte Kündigungsfrist, dh wie wenn dieselbe ordnungsgemäß verstrichen wäre. Somit ist bei einem entgeltlosen Krankenstand mangels entstandenem Schaden auch kein pauschalierter Schadenersatz in Form der Kündigungsentschädigung möglich,⁵⁰³ die allgemein sozialversicherungsrechtlich als Entgelt gemäß § 11 Abs 2 iVm § 49 ASVG zu verstehen ist.⁵⁰⁴ Die Entgeltfortzahlung nach § 9 Abs 1 AngG verdrängt für den zu gewährenden Zeitraum den Ersatz durch die Kündigungsentschädigung.⁵⁰⁵ Aufgrund der Betrachtung des fiktiven Arbeitsverlaufes gebühren – nochmals klarstellend – im Krankenstand gemäß § 8 AngG volle und verminderte Entgeltfortzahlungsbeträge als Kündigungsentschädigung.⁵⁰⁶

⁵⁰¹ Ua 16.11.1976, 4 Ob 68/6; aber va 29.9.1981, 4 Ob 107/81, Arb 10.041 = ÖJZ 1982, 8 (EvBl) = ZAS 1982, 25 = ARD HdB 1983, 517; DRdA 1982, 338; auch 13.7.1982, 4 Ob 71/82; 14.9.1982, 4 Ob 70/82; 8.11.1983, 9 ObA 154/82; 11.8.1993, 9 ObA 177/93; ARD 4508/22/93; sowie 14.9.1994, 9 ObA 160/94; 27.3.1996, 9 ObA 2010/96w; 12.9.1996, 8 Ob 2092/96x; 11.12.1997, 8 ObA 217/97p.

⁵⁰² Übersichtlich *Wagnest*, Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Kündigungsentschädigung bzw Schadenersatz bei vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses, DRdA 2002, 254.

⁵⁰³ Deutlich OGH 29.9.1981, 4 Ob 107/81; DRdA 1982, 338; der Schadenersatz kann nie größer als der Erfüllungsanspruch sein.

⁵⁰⁴ Siehe OLG Wien 29.1.1981, 35 R 245/80, SSV 21/10; das Krankengeld ruht für die (umgelegte) Zeit der Kündigungsentschädigung.

⁵⁰⁵ Siehe ArbG Wien 11.11.1980, 6 Cr 304/80; ARD 3270/14/80; ARD HdB 1981, 424; OGH 28.1.1998, 9 ObA 396/97v, ARD 4925/8/98 = DRdA 1998, 63 (*Kallab*) = infas 1998, A 91 = ZASB 1998, 33 – Fortzahlungsanspruch bleibt trotz Verfall der Kündigungsentschädigung aufrecht.

⁵⁰⁶ Siehe ASG Wien 18.4.1989, 15 Cga 1011/89; ARD 4125/15/89; bei einem unverschuldeten vorzeitigen Austritt des Arbeitnehmers.

8. Weitere interessante Problemstellungen im Zusammenhang mit der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung – reduziert auf den Untersuchungsbereich

8.1. Entgeltfortzahlung und Krankheitsbegriff

Abgesehen von der schon unter der Nachweispflicht⁵⁰⁷ behandelten Diskrepanz zwischen Krankheit als regelwidrigen Körper- oder Geisteszustand, der eine Krankenbehandlung notwendig macht⁵⁰⁸ bzw Störung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens⁵⁰⁹ und Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit⁵¹⁰ ist das Vorliegen einer Krankheit in manchen Konstellationen klärungsbedürftig. So gilt ein über die Fristen des § 5 Abs 1 MSchG hinausgehendes Beschäftigungsverbot nach der Entbindung iSd § 5 Abs 2 leg cit als Krankenstand,⁵¹¹ ebenso wie – va wegen der notwendigen Wundheilung danach – die Organspende von Gesunden an Angehörige⁵¹² aufgrund der ausdrücklichen Krankheitsgleichstellung in § 120 Abs 2 ASVG – , somit sind Organspenden an fremde Personen nicht umfasst. Eine Fehlgeburt ist arbeitsrechtlich aufgrund (sonst) fehlender Definitionen iSd § 8 Abs 1 Z 3 HebG zu verstehen,⁵¹³ aber trotz wertungsmäßiger Zuordnung zur Geburt im Unterschied zur Lebend-, Früh- und Totgeburt gemäß § 8 Abs 1 leg cit als Krankheit zu betrachten, wobei sich die Krankheitsdauer je nach Zeitpunkt des Abortus bis in

⁵⁰⁷ Siehe oben unter Punkt 6.3.

⁵⁰⁸ Sozialversicherungsrechtlicher Krankheitsbegriff – siehe § 120 Abs 1 Z 1 ASVG.

⁵⁰⁹ Arbeitsrechtlicher Krankheitsbegriff – siehe dazu zB *Dusak*, Hat der Organspender einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung, RdW 1988, 48.

⁵¹⁰ Siehe § 278 ASVG; auch *Karl*, Krankheit und Arbeitsunfähigkeit – die zentralen Begriffe des Rechts der Entgeltfortzahlung, ASoK 1999, 112.

⁵¹¹ Siehe OGH 11.5.1965, 4 Ob 54/65; ARD HdB 1981, 87.

⁵¹² Siehe *Dusak*, RdW 1988, 48 zu einer Hauttransplantation zur Rettung des Bruders.

⁵¹³ Kein erkennbares Lebenszeichen und Gewicht der Leibesfrucht unter 500 Gramm.

die Nähe der Totgeburtsfristen erstrecken wird.⁵¹⁴ Krankhafte Zustände in der Schwangerschaft gelten nach Ansicht des EuGH⁵¹⁵ bei Arbeitsunfähigkeit mit Arztbestätigung als Krankenstand, nicht aber bei aufrechter Arbeitsfähigkeit, es sei denn der Arbeitgeber gewährt eine Freistellung.⁵¹⁶ Entbehrlich erscheinen mE die Regelungen des § 13c Abs 8 erster Satz GehG, des § 24 Abs 8 letzter Satz und des § 46 Abs 7 letzter Satz VBG, die für Zeiten des Beschäftigungsverbotes nach dem MSchG die Anwendung der Krankenstandsregeln untersagen.

8.2. Karenzzeiten ohne Entgeltfortzahlungsanspruch

Grds unstrittig ist mE die Handhabung der vierzehntägigen Wartefrist ab Beginn des Dienstverhältnisses⁵¹⁷ für das Eingreifen der Entgeltfortzahlungsbestimmungen in manchen Rechtsvorschriften,⁵¹⁸ wobei nach der stRsp va zum § 2 Abs 1 EFZG in der Fassung bis 31. Dezember 2000⁵¹⁹ bei Krankenstandsbeginn vor Ablauf der Wartefrist – unabhängig von der Dauer des Krankenstandes und unbeschadet eines ev Anspruchs auf Krankengeld – keine Entgeltfortzahlung zu leisten ist. Der OGH meint aufgrund der Wendung „behält“ in § 2 Abs 1 EFZG aF – zustimmend *Binder*⁵²⁰ – , dass bei Krankenstandsbeginn in der Wartefrist bis zum tatsächlichen Dienstantritt kein Entgelt zu leisten ist. Bei Arbeitsunfähigkeit zum

⁵¹⁴ Übersichtliche Darstellung durch *Mazal*, Geburt oder Abortus? Rechtliche Qualifikation und mutterschutzrechtliche Konsequenzen, ÖJZ 1992, 480.

⁵¹⁵ 19.11.1998, C-66/96 iZm Art 119 EGV, RL 75/117/EWG, RL 76/207/EWG und RL 92/85/EWG; wbl 1999, 3.

⁵¹⁶ Dabei handelt es sich aber mE um eine von den Krankenstandsfristen unabhängige freiwillige Fortzahlung durch den Arbeitgeber.

⁵¹⁷ Siehe dazu *Tomandl/Schrammel*, Arbeitsrecht 2⁴, XXXI, 127; *Floretta/Spielbüchler/Strasser*, Arbeitsrecht I³, 208.

⁵¹⁸ Siehe § 2 Abs 1 EFZG bis 31. Dezember 2000 (Beseitigung durch ARÄG 2000), § 21 Abs 1 Wr. LAO 1990 idF LGBl f Wien 2005/40 (Beseitigung mit Novelle LGBl f Wien 2006/11) und § 24 Abs 1 bzw § 46 Abs 2 VBG bei Krankheit (nicht bei Dienstanfall).

⁵¹⁹ Siehe OGH 7.10.1975, 4 Ob 56/75, Arb 9402; SchG Bgld 15.12.1975, 2 C 456/75, SVSlg 25.207.

⁵²⁰ Bedarf es für das Arbeitsrecht einer besonderen Interpretationsmethode?, DRdA 1986, 1.

Diensteintrittszeitpunkt gebührt mE zu Recht – nach den meisten einschlägigen Bestimmungen – (ebenfalls) keine Entgeltfortzahlung,⁵²¹ da für einen solchen Anspruch stets aufgrund von Wendungen wie „... nach Antritt des Dienstes ...“⁵²², ... nach Antritt des Dienstverhältnisses ...⁵²³ oder „... wird an der Dienstleistung verhindert ...“⁵²⁴ der Dienstantritt („Diensteintritt“) als Grundvoraussetzung erforderlich ist.⁵²⁵

8.3. Entgeltfortzahlung ohne Krankengeldanspruch

8.3.1. Problemstellung

Gemeint sind hier Konstellationen, in denen eine krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung – ungeachtet der schon behandelten Problematiken iZm Zuschuss und Sonderzahlung⁵²⁶ – zu leisten ist, obwohl eine (fiktive) Krankengeldzahlung durch den Krankenversicherungsträger nicht erfolgt (nicht erfolgen würde), noch nicht oder nicht mehr erfolgt (erfolgen würde). Somit sind hier Gründe für das Versagen der Entgeltfortzahlung wegen vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Herbeiführung der Arbeitsverhinderung in den einschlägigen Gesetzen – soweit im Einklang mit den Gründen für das Versagen des (fiktiven) Krankengeldes gemäß § 142 Abs 1 ASVG,⁵²⁷ – auch nicht gemeint. Nach § 143 Abs 1 Z 3 ASVG ruht der

⁵²¹ Ausnahmen sind mE § 17a Abs 1 BAG und die Regelungen für Beamte, hier va § 13c Abs 1 GehG.

⁵²² § 24 Abs 1 und § 46 Abs 2 VBG, § 19 Abs 1 VBO 1995, § 2 Abs 1 EFZG und § 14 Abs 1 HbG.

⁵²³ Etwas unscharf § 8 Abs 1 AngG.

⁵²⁴ § 21 Abs 1 Wr. LAO 1990.

⁵²⁵ Siehe OGH 21.1.1999, 8 ObA 4/99t; wbl 1999, 251; auch bei Wegunfall zum Dienstantritt keine Entgeltfortzahlung. Siehe auch BAG 26.7.1989, AZ: 5 AZR 301/88; ARD 4155/24/90; sogar ein Arbeitsbeginn trotz Arbeitsunfähigkeit ist dabei egal.

⁵²⁶ Siehe schon unter Punkt 2.5. bzw 4.2.

⁵²⁷ Bei (unbedenklicher) Neuerkrankung in der Zeit des Versagens des Krankengeldes ist aber von einem Eingreifen der Fortzahlungsregeln auszugehen; siehe dazu SozSi 1984, 296 = ARD HdB 1985, 203, § 125 Abs 1 ASVG.

Anspruch auf Krankengeld bei einer Weiterzahlung von mehr als 50 % der Bezüge, andernfalls gebührt Krankengeld neben den Bezügen in voller Höhe, wobei allerdings bei exakt 50 %-iger Weiterzahlung der Bezüge das Krankengeld zur Hälfte ruht. Im Untersuchungszusammenhang sind va die Ruhensbestimmungen des § 143 Abs 6 leg cit⁵²⁸ zu beachten. Der Krankenversicherungsträger hat somit auch bei aufrechter Entgeltfortzahlung vom Ruhen des fiktiven Krankengeldes gemäß § 143 Abs 1 Z 3 bzw Abs 6 leg cit und vom Versagen des fiktiven Krankengeldes gemäß § 142 Abs 1 leg cit auszugehen.

8.3.2. Entgeltfortzahlung trotz fehlendem (fiktiven) Krankengeldanspruch

Nach § 17a Abs 6 BAG ist die Lehrlingsentschädigung und das Teilentgelt ungeachtet von oben bezeichneten Ruhens- bzw Versagungsbestimmungen zum (fiktiven) Krankengeld zu leisten. Auch nach allen einschlägigen Bestimmungen im Untersuchungsbereich führt das Ruhen des (fiktiven) Krankengeldes – auch im Anwendungsfall des § 143 Abs 6 ASVG – zu keiner Einschränkung der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung. Nach § 122 Abs 1 vorletzter Satz ASVG sind mE auch bei Diensteintritt bereits bestehende Leiden – va wegen der mangelnden klaren Abgrenzbarkeit von neuen Krankheiten – für den Anspruch auf Krankengeld nicht schadend.⁵²⁹

8.3.3. Entgeltfortzahlung bei noch nicht bestehendem (fiktiven) Krankengeldanspruch

Obwohl der (fiktive) Krankengeldanspruch gemäß § 138 Abs 1 ASVG grds erst ab dem vierten Tag der Arbeitsverhinderung entsteht,⁵³⁰ wenden alle einschlägigen Vorschriften die Fortzahlungsregeln dessen ungeachtet ab dem ersten Tag an.

⁵²⁸ Ruhen des Krankgeldes trotz diesbezüglichem schriftlichen Hinweis va bei Nichtbefolgung einer Ladung zum Kontrollarzt, Verweigerung der Anstaltspflege und Verletzung der Krankenordnung.

⁵²⁹ Anders aber OGH 18.1.1994, 10 ObS 246/93, da § 122 Abs 1 ASVG die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit nicht auch anführt; abl *Ivansits*, OGH: Krankengeldanspruch bei Vorerkrankungen, DRdA 1994, 433.

⁵³⁰ Bei weiteren Erkrankungen aus demselben Versicherungsfall ist unter Beachtung des § 139 ASVG die dreitägige Stehzeit nur einmal anzusetzen. Das gilt auch bei einem Krankenstand unmittelbar

8.3.4. Entgeltfortzahlung bei nicht mehr bestehendem (fiktiven) Krankengeldanspruch

Da die Dauer des Krankengeldanspruches gemäß § 139 Abs 1 und 2 ASVG – mindestens 26 und maximal 78 Wochen sind denkbar – samt der Bestimmungen über die Zusammenrechnung bei gleicher Diagnose gemäß § 139 Abs 3 und 4 leg cit nicht mit den Ansprüchen auf krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung in den einschlägigen Vorschriften harmoniert, sind va aufgrund der Koppelungslogik bei Folgeerkrankungen Sachverhalte denkbar, wo der (fiktive) Krankengeldanspruch bereits erloschen ist, trotzdem aber volle oder verminderte Entgeltfortzahlung zu leisten ist.

8.4. Entgeltfortzahlung bei Tagelöhnern und Ferialpraktikanten

8.4.1. Tagelöhner

Der Begriff Tagelöhner als Tatsachen- und Rechtsbegriff⁵³¹ meint einerseits befristete oder unbefristete Dienstverhältnisse, welche tatsächlich aber nur einen Tag dauern – für diese gelten formal die einschlägigen Fortzahlungsregeln, wenn auch grds ohne praktische Relevanz – und andererseits das für einen Tag vereinbarte Dienstverhältnis. Der „Tagelöhner“⁵³² ist demgemäß einem „vorübergehend Beschäftigten“ iSd § 69 Abs 1 EStG 1988⁵³³ und – im relevanten Untersuchungsbereich – dem Tages- und Stundenaushelfer gemäß § 19 Abs 2 der Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete gleichzusetzen, nicht jedoch dem Aushilfsbediensteten iSd § 2 Abs 1 leg cit, da der dort normierte Zweck der – wenn auch auf kurze Zeit befristeten – Anstellung für vorübergehend anfallende Arbeiten allein für die Zuordnung unerheblich ist. Dieses Verständnis deckt sich auch

im Anschluss an einen Kuraufenthalt gegen die Verschlimmerung der Krankheit; siehe dazu OGH 6.12.1994, 10 ObS 281/94, SSV-NF 8/120 (1995) = ARD 4633/50/95.

⁵³¹ Siehe LG Wien 14.1.1977, 44 Cg 258/76; ARD HdB 1978, 566.

⁵³² Siehe sehr gute Übersicht ARD 5225/2/2001, Ferialpraktikanten – Volontäre – Schnupperlehre – Fallweise Beschäftigte – Vorübergehend Beschäftigte.

⁵³³ Siehe *Sailer/Bernold/Mertens*, Die Lohnsteuer in Frage und Antwort, 790.

mit dem Begriff des „fallweise Beschäftigten“ gemäß § 471b ASVG, welcher eine tageweise Beschäftigung für kürzer als eine Woche zulässt, was auch der Regelung in § 19 Abs 3 der bezeichneten Dienstvorschrift mit „... nur an sechs aufeinanderfolgenden Kalendertagen ...“ entspricht. Da auf die Tages- und Stundenaushelfer dezidiert gemäß § 19 Abs 2 iVm § 11 der bezeichneten Dienstvorschrift die Entgeltfortzahlungsregeln nicht anzuwenden sind,⁵³⁴ gebührt somit auch keine Fortzahlung bei einer sechstägigen Verwendung, wenn der Dienstnehmer ab dem dritten Tag erkrankt. Das ist mE etwas eigentümlich und erklärt sich dadurch, dass die Anstellung stets für einen Tag vereinbart wird, wenn auch die Gesamtverwendungsdauer schließlich ununterbrochen bis zu sechs Tagen dauern darf. Dass die Anstellungstage keine Regelmäßigkeit aufweisen dürfen – weil sonst ein durchgehendes Dienstverhältnis vorliegt⁵³⁵ – ist in diesen Fällen strikt zu beachten und entspricht dem Inhalt des § 471b ASVG.

8.4.2. Ferialpraktikanten

Nach Art XI der gemäß § 54 VBO 1995 beschlossenen Gruppensondervertragsnormen 1998⁵³⁶ werden für Ferialpraktikanten spezielle Gehälter festgelegt, was eine prinzipielle Anwendung der Fortzahlungsregeln des § 19 VBO 1995 nicht behindert. Das kann aber nicht für ebenfalls zugelassene sonstige Praktikanten und Volontäre⁵³⁷ gelten, die – mangels Erfüllung der Voraussetzungen für einen Arbeitnehmer im arbeitsrechtlichen Sinn – ohne Bezahlung oder bestenfalls unter Zuerkennung eines Taschengeldes und ohne Arbeitsverpflichtung Verwendung finden.

⁵³⁴ Auch § 2 EFZG ist auf Tagelöhner nicht anwendbar; siehe schon LG Wien 14.1.1977, 44 Cg 258/76; ARD HdB 1978, 566; siehe auch SWK 1984, K 33, Rechtliche Bestimmungen zur Teilzeitbeschäftigung – Wann SV-Anmeldung notwendig ist – Lohnsteuerkarte erforderlich; ARD HdB 1985, 586, Teilzeitbeschäftigte – Arbeitsrechtliche Stellung.

⁵³⁵ Siehe zB ARD HdB 1984, 139 – „ständige“ Ultimokräfte als Aushilfsangestellte.

⁵³⁶ Beschluss der gemeinderätlichen Personalkommission iVm einem Erlass der MA 1.

⁵³⁷ Siehe Überblick in ARD 5225/2/2001.

8.5. Hinweis auf sekundär untersuchungsrelevante Problemstellungen

8.5.1. Auslandsverwendung

Obwohl in einigen wenigen Fällen Bedienstete im Bereich der Gemeinde Wien nach belgischem Recht⁵³⁸ anzustellen sind, können – die umfangreichen – Randprobleme bezüglich Entsendung, Arbeitsrechtsstatut und Eingriffsnormen sowie Arbeitsortrecht u dgl im Rahmen der Untersuchung iZm der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall hier nicht näher dargestellt werden. Es sei auf einige wichtige Quellen aus Judikatur und Lehre⁵³⁹ verwiesen.

8.5.2. Erstattungsbeiträge nach dem EFZG

Nach den Bestimmungen des § 8 EFZG idF BGBl I 1997/139 waren im Bereich der Gemeinde Wien für Lehrlinge gemäß § 1 Abs 2 Z 1 der Dienstvorschrift für Lehrlinge im Anwendungsbereich des BAG durch den gesetzlichen Krankenversicherungsträger aus dem Entgeltfortzahlungsfonds Erstattungsbeiträge zu leisten. Aufgrund der primären Anwendbarkeit des § 19 Abs 1 und 5 VBO 1995 und der dort normierten Günstigkeitsklausel gemäß § 12 der bezeichneten Dienstvorschrift gab es in der Praxis zahlreiche Probleme iZm dem Unterschied zwischen Entgeltfortzahlungszeitraum und Zeitraum der Erstattung nach EFZG. Da

⁵³⁸ Siehe schon in Teil II, Punkt 2.4.

⁵³⁹ Siehe *Rebhahn*, Ein Arbeitsunfall auf der Heimreise nach Österreich (Serie: „Der praktische Fall“), DRdA 1979, 333 (Entsendung und IPRG als Kollisionsnorm); *ders*, Anwendbares Arbeitsrecht bei Beschäftigung von Arbeitnehmern im Ausland, RdW 1992, 148 (IPRG und EVÜ); *ders*, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – Arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173 (Entsende-RL und Arbeitsortprinzip); Schwimann, Neues Arbeitskollisionsrecht in Österreich, DRdA 1981, 281; *ders*, Zur Lage des österreichischen Internationalen Arbeitsrechts, ZAS 1992, 1 (IPRG und Sonderanknüpfung mit Eingriffsnormen); *Petrovic*, ecolex-Checklist: Entsendungsvertrag, ecolex 1991, 634 (Arbeitsrechtsstatut); *Kirschbaum*, Billig-Arbeitskräfte aus EU-Staaten?, DRdA 1995, 533 (§ 44 IPRG und § 7 AVRAG); OGH 11.3.1998, 9 ObA 361/97x (Arbeitsrechtsstatut und Entgeltfortzahlung im Urlaub); *Gerlach*, Praktisches zum Entsendungsrecht – Arbeitsverhältnisse im Ausland, ASoK 1998, 269 (Eingriffsnormen); ARD 5457/10/2003, Beschäftigungsverhältnisse in einem „Drittstaat“ (Kriterien für Entsendung); *R. Leitner*, EU-Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerentsendung – EU-Kommission möchte Binnenmarkt für Dienstleistungen vollenden, ASoK 2005, 129.

nach § 19a Abs 1 bis 3 EFZG Erstattungsbeiträge nur mehr bis 30. September 2000 bei Geltendmachung bis 31. Dezember 2000 zu leisten waren, sind die zahlreichen Randprobleme bezüglich Erstattungsfristen, Erstattungsversagen, Erstattungshöhe u dgl mE nur mehr von historischer Bedeutung. Es sei auf einige wichtige Quellen aus der umfangreichen Judikatur und Lehre⁵⁴⁰ verwiesen.

⁵⁴⁰ Siehe VwGH 7.12.1983, 82/08/0092, infas 1984, A 90 = RdW 1984, 181 = SozSi 1984, 441 = SWK 1984, K 28 = ZfVB 1984, 1602; DRdA 1984, 360 (Keine Erstattung bei irrtümlicher Annahme der Entgeltfortzahlung); VwGH 29.9.1986, 85/08/0204, SVSlg 32.320 = ZAS 1988, 8 (*G. Klein*); RdW 1987, 298 = ZfVB 1987, 1298 (Erstattung bei Kurzarbeit); ArbG Wien 3.12.1985, 8 Cr 1590/85; ARD 3911/12/87 (Erstattung erst nach Fortzahlungsleistung); VwGH 21.11.1990, 89/08/0125; ARD 4250/13/91 (Erstattungsversagen wegen Mitverursachung an einem Unfall); VwGH 28.11.1989, 88/08/0301; ARD 4169/4/90; ARD 4225/2/90; VwGH 17.11.1992, 91/08/0073; ARD 4428/29/93 (Rückforderung unrechter Erstattungsbeiträge); VwGH 17.11.1992, 91/08/0007, SVSlg 39.179; ARD 4437/20/93; ÖJZ 1993, 152 A = RdW 1993, 155 (Erstattungsverjährung); ARD 4376/20/92, Entgeltfortzahlungserstattung bei kurzen und langen Arbeitswochen in der Baubranche (Keine Erstattung von Einarbeitstagen); VwGH 22.11.1994, 91/08/0164; ARD 4695/37/95 (Verjährung der Rückforderung von Erstattungsbeiträgen); ARD 4885/17/97, Letzte Änderungen zum Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetz (ASRÄG) und zur Pensionsreform; *Karl*, Die Einbeziehung geringfügig Beschäftigter in die Sozialversicherung – Entscheidende Änderung der Rechtslage, ASoK 1997, 383 (Keine Erstattung bei Geringfügigen ab 1. Jänner 1998); VfGH 10.6.1996, B 3814/95, ARD 4908/32/98 = SozSi 1998, 48 (*Pirkner*) (Arbeitgeberversicherung fällt unter Sozialversicherungswesen); VwGH 1.6.1999, 94/08/0065, VwGH 17.11.1999, 94/08/0159; ARD 5097/6/2000 (Erstattungsversagen für Beifahrer); VwGH 29.3.2000, 96/08/0233, SVSlg 46.826 = ARD 5140/12/2000 = RdW 2000, 602; ASoK 2000, 359, Keine Erstattung von Sonderzahlungen bei Entgeltfortzahlung – VwGH 29.3.2000, 96/08/0233, ARD 5140/12/2000 (Keine Erstattung der Sonderzahlung). Siehe zum ASRÄG 2000 ua *Kaszanits*, ASoK 2000, 235; *C. Klein*, Vermischtes aus der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, ASoK 2000, 252; ASoK 2000, 305, Abschaffung des Entgeltfortzahlungsfonds; *C. Klein*, DRdA 2000, 437; *Drs*, RdW 2000, 453; *Choholka*, SozSi 2000, 685; ZAS 2000, 125; *Kaun*, ASoK 2001, 2; auch VfGH 17.6.2002, B 688/01; ARD 5358/5/2002, Verfassungskonformität des neuen Systems der Entgeltfortzahlung durch ARÄG 2000 (Auflösung des Erstattungsfonds).

IV. Auswertung und Ausblick

1. Allgemeines

Nachdem sich die vorliegende Arbeit in den Teilen II und III eingehend mit Grundlagenproblemen – welche Vorschriften überhaupt auf welchen Personenkreis anzuwenden sind – bzw Sachproblemen – wie die anzuwendenden Vorschriften zu verstehen sind – in Bezug auf die Entgeltfortzahlung im Krankenstand bei Wiener Gemeindebediensteten befasst hat, stellt sich nunmehr anschließend die Frage, ob das dabei erzielte Ergebnis der Untersuchung ohne weiteres zur Kenntnis zu nehmen oder ob nicht vielmehr aus verfassungsrechtlichen Erwägungen sowohl an den heranzuziehenden Grundlagen als auch an deren Inhalten Kritik zu üben ist. Auf den Punkt gebracht ist es – ungeachtet sonstiger Fragestellungen va iZm Art 7 B-VG (Gleichheitsgrundsatz), den Art 10 – 15 leg cit (allgemeine Kompetenzartikel) und Art 18 leg cit (Legalitätsprinzip) und vielen (weiteren) verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten (Grundrechten) – jedenfalls erforderlich, die Harmonie mit den Bestimmungen des Art 21 leg cit (Dienstrecht) eingehend zu prüfen und auszuwerten. Dabei ist es zum Verständnis der heutigen Rechtslage unerlässlich, die historische Entwicklung zu beleuchten, die einerseits in diesem für die Länder äußerst wichtigen Kompetenzartikel zur Schaffung des „Homogenitätsprinzips“ (auch Homogenitätsgebot genannt) ab 1. Jänner 1975, andererseits zur Abschaffung desselben mit 1. Jänner 1999 und Ersetzung durch ein „Informationsprinzip“ geführt hat. Die gegenwärtige bundesstaatliche Rechtssituation soll danach generell und auch im Lichte der europarechtlichen Vorgaben iZm dem Beitritt Österreichs zur Europäischen Union am 1. Jänner 1995 einer Betrachtung unterzogen sowie insgesamt ein Ausblick auf die Zukunft iS anderer Lösungsmöglichkeiten gegeben werden.

2. Die Dienstrechtskompetenz der Gebietskörperschaften vor dem 1. Jänner 1975¹

2.1. Allgemeine Situation

Die Regelung des Dienstrechtes der Landesbediensteten² in der Hoheitsverwaltung war gemäß Art 21 Abs 1 B-VG – unbeschadet der Regelung betreffend die Personalvertretung – vor dem 1. Jänner 1975 der Grundsatzgesetzgebung des Bundes nach Art 12 B-VG idjgF³ mit dem Ziel der Vereinheitlichung überlassen. Für Bundesbedienstete wurde diesbezüglich auf die Bundeskompetenz des Art 10 B-VG idjgF⁴ verwiesen. Vertragsbedienstete aller Gebietskörperschaften in der Privatwirtschaftsverwaltung unterlagen der ausschließlichen Bundeskompetenz nach Art 10 B-VG idjgF⁵. In der (alleinigen) Landeskompetenz verblieben somit nur Regelungen für Beamte in der Privatwirtschaftsverwaltung der Länder sowie dienstrechtliche Regelungen für alle Gemeindebediensteten in der Hoheitsverwaltung sowie für pragmatisierte Gemeindebedienstete in der Privatwirtschaftsverwaltung.⁶ Allerdings hat der Bundesgesetzgeber kein oben bezeichnetes Grundsatzgesetz erlassen und somit galten in den Ländern bis auf weiteres – vorbehaltlich einer späteren Kompetenzwahrnehmung durch die Länder^{7,8}

¹ Art 21 B-VG idF BGBl 1920/1, 1925/367, 1930/1, idF StGBI 1945/4 und idF BGBl 1962/205.

² Besoldungssystem und Disziplinarrecht waren mitumfasst; siehe dazu ua *Handstanger*, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Institution des „Dienstwechsels“ in Art 21 Abs 4 B-VG, ZfV 1993, 449.

³ Kompetenzbestimmung „Dienstrecht der Angestellten der Länder, die behördliche Aufgaben zu besorgen haben“.

⁴ Kompetenzbestimmung: „... Dienstrecht der Bundesangestellten“.

⁵ Kompetenzbestimmung: „Zivilrechtswesen ...“ bzw „Arbeiterrecht sowie Arbeiter- und Angestelltenschutz, ...“.

⁶ Siehe VfSlg 4533 (1963).

⁷ Siehe dazu unter Punkt 2.2. zur Situation im Bereich des Landes Wien.

⁸ Auch die inhaltliche Vorgaben für die ausschließliche Bundeskompetenz zur Dienstrechtsregelung der Bundesangestellten waren strittig in Lehre und Judikatur. Siehe dazu *Faber*, Die Wachkörper

– die Bestimmungen des ABGB⁹ – mE auch Sondergesetze wie das AngG, GutsangG, Landarbeitsgesetz 1984 u dgl¹⁰ – als *legi generali*.¹¹ Dieser für die ab den Sechzigerjahren nach Ausbau des Föderalismus strebenden Länder untragbare Zustand fand Aufnahme in das Forderungsprogramm der Länder 1963 zur Stärkung der Länderrechte und führte schließlich zur Neugestaltung des Dienst- und Arbeitsrechtes ab 1. Jänner 1975, jedoch unter Festlegung eines Homogenitätsprinzips.

2.2. Die Situation im Bereich der Gemeinde Wien

2.2.1. Vertragsbedienstete¹²

Der VfGH stellte in einem Erk vom 29.3.1950¹³ iZm der Erlassung eines Personalvertretungsgesetzes fest, dass der im B-VG mehrfach verwendete Begriff

und das Erste Bundesrechtsbereinigungsgesetz – Ein Nachruf auf die „Organisationsstatute der Bundessicherheits- und Kriminalbeamtenkorps“, JRP 2000, 35, der meint, dass Art 21 B-VG eine Kompetenzausübungsschranke für den Bundesgesetzgeber (VfGH VfSlg 3422 [1958]) darstellte, weil auch in der ausschließlichen Bundeskompetenz keine anderen Grundsätze als im Grundsatzgesetz nach Art 12 Abs 1 Z 12 B-VG aF erlaubt waren. Nach *Schäffer* (aus VfSlg 2956 [1956]) war – so *Faber* – das Homogenitätsprinzip damals nur ein Programmsatz mit der Verpflichtung von Bund und Ländern zur Orientierung am vom Bund zu erlassenden Grundsatzmodell.

⁹ Aus der Bundeskompetenz für Zivilrecht (umfasste allgemeines Zivilrecht und allgemeines Arbeitsvertragsrecht); siehe dazu OGH 17.3.1993, 9 ObA 317/92, DRdA 1994, 2 (*Schnorr*); mE überzeugend va *Thienerl*, Arbeitsrecht und Vertragsbedienstetenrecht in der Kompetenzverteilung, DRdA 1994, 222; siehe auch *Spielbüchler*, Der Arbeitsvertrag in der Kompetenzverteilung – Eine kurze Antwort auf eine gründliche Kritik, DRdA 1994, 297, der keine Unterscheidung zwischen allgemeinem Arbeitsvertragsrecht und Zivilrecht erkannte und daher nur von Zivilrecht ausging, also nur eine andere Grenzziehung vornahm.

¹⁰ So auch *Delabro/Schubert/Rauscher*, Das Dienstrecht der Vertragsbediensteten der Gemeinde Wien (1981), 10.

¹¹ Siehe va *Kucsko-Stadlmayer*, Kommentar zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar zum B-VG, II/1, Art 1 – 59b, (Stand 5. Grundlieferung 2002), 3 ff.

¹² Siehe *Delabro/Schubert/Rauscher*, Dienstrecht der Wr Vertragsbediensteten, 9 ff.

„öffentliche Angestellte“ ohne Rücksicht auf die Art ihrer Bestellung alle im Bereich der Hoheitsverwaltung der Gebietskörperschaften tätigen Angestellten umfasst. Somit war die Bundeskompetenz für den Bundesbereich nach Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG in der damals geltenden Fassung gegeben, für den Hoheitsbereich der Länder Art 12 Abs 1 Z 8 *leg cit* maßgeblich und mangels Erlassung eines Grundsatzgesetzes durch den Bund die Landesgesetzgebung gemäß § 3 Verfassungs-Übergangsgesetz 1920 zur selbständigen Regelung der Materie bei ausdrücklicher Bundeszustimmung befugt. Für den Privatwirtschaftsbereich der Länder und Gemeinden verblieb die Zuständigkeit – ausgenommen für Dienstnehmer in der Land- und Forstwirtschaft – nach Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG in der Zivilrechtskompetenz des Bundes. Für Gemeindebedienstete wurde die Ansicht vertreten, dass für den Hoheitsbereich die Länder gemäß Art 15 Abs 1 *leg cit* zuständig seien.

Das Land Wien hat von seinem Gesetzgebungsrecht für Vertragsbedienstete im Hoheitsbereich – mit dem Grundgedanken der einheitlichen Behandlung von Bediensteten der Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung – allerdings keinen Gebrauch gemacht und somit waren – wie schon unter Punkt 2.1. genannt – die Vorschriften des ABGB und bestimmter Sondergesetze maßgeblich. Die Vertragsbedienstetenordnung 1948 auf Basis des § 88 Abs 1 lit a WStV idjgF trug nur den Charakter eines Musterdienstvertrages, dessen Bestimmungen im Einzelfall als „*lex contractus*“ Vertragsinhalt des Einzeldienstvertrages wurden¹⁴ und daher das Günstigkeitsprinzip im Verhältnis zu den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften, zB zum AngG, zu beachten war.

2.2.2. Pragmatisierte Bedienstete¹⁵

Der VfGH stellte in einem Erk vom 30.6.1951¹⁶ – entgegen seiner früher vertretenen Meinung¹⁷ – fest, dass das öffentlich-rechtliche Dienstverhältnis grundsätzlich nur

¹³ Slg 1936 (BGBl 1950/107).

¹⁴ Siehe VfGH 30.6.1951, Slg 2168.

¹⁵ Siehe *Schubert/Vesely*, Das Dienstrecht der Beamten der Stadt Wien (1989), 47 ff.

¹⁶ Slg 2168.

durch Gesetz geregelt werden kann, weil es die Ausnahme von den für alle Arten von Dienstverhältnissen zwingenden Normen des ABGB und seiner Neben- und Sondergesetze bedeute und hob die vom Wiener Gemeinderat beschlossene Dienst- und Gehaltsordnung (Dienstpragmatik) für die Beamten der Bundeshauptstadt Wien wegen Gesetzwidrigkeit auf. Das Ordnungsrecht der Gemeinden darf nicht mehr Recht schaffen, sondern iSd Art 18 Abs 1 und 2 B-VG in der damals geltenden Fassung nur die gesetzlichen Anordnungen näher ausführen. Des weiteren sind aufgrund der gleichzeitigen Stellung Wiens als Bundesland die Bestimmungen für Landesangestellte nach den Art 21, 12 Abs 1 Z 9 – später Z 8 – leg cit anzuwenden und daher – wie schon unter Punkt 2.1. erwähnt – mangels Erlassung eines Grundsatzgesetzes durch den Bund die Landesgesetzgebung gemäß § 3 Verfassungs-Übergangsgesetz 1920 zur selbständigen Regelung der Materie bei ausdrücklicher Bundeszustimmung befugt. Unter „Angestellte“ iSd B-VG und der WStV waren – so offenbar auch die Terminologie des VfGH¹⁷ – stets auch die Beamten nach heutigem Sprachgebrauch zu verstehen.

Das Land Wien hat daraufhin durch Landesgesetz vom 22.9.1951 LGBl f Wien 1951/34 das Dienst- und Besoldungsrecht der Beamten der Stadt Wien geregelt, wobei für den Hoheitsbereich obzittierter § 3 Verfassungs-Übergangsgesetz 1920 und für den Privatwirtschaftsbereich Art 15 B-VG als Rechtsgrundlage diente, aber aufgrund der Schaffung eines einheitlichen Dienstrechtes die Verschiedenartigkeit der Rechtsgrundlagen praktisch unerheblich war. Eine Wiederverlautbarung erfolgte danach mit LGBl f Wien 1959/24 und schließlich wurde das Beamtendienstrecht durch die Schaffung der Pensionsordnung 1966 LGBl f Wien 1967/19, der Besoldungsordnung 1967 LGBl f Wien 18 und der Dienstordnung 1966 LGBl f Wien 1967/37 modernisiert.

¹⁷ VfGH 17.12.1921, Slg 80.

¹⁸ Siehe *Schubert/Vesely*, Dienstrecht der Wr Beamten, 49.

3. Das Homogenitätsprinzip mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 1975 bis 31. Dezember 1998¹⁹

3.1. Die neue Rechtssituation im Dienstrecht

Mit der B-VG-Novelle 1974 BGBl 444 wurde die Dienstrechtskompetenz für Landes- und Gemeindebedienstete durch Neugestaltung des Art 21 B-VG weitgehend an die Länder übertragen – von (punktuellen) Einschränkungen im Dienstvertragsrecht, Arbeitnehmerschutz und Personalvertretungsrecht sowie für den Bereich der Landeslehrer gemäß Art 21 Abs 2 bzw Abs 1 erster Satz B-VG idjF abgesehen – und stellte im Prinzip das Gegenstück zur umfassenden Dienstrechtskompetenz des Bundes für Bundesbedienstete gemäß Art 10 Abs 1 Z 16 leg cit dar. Auffallend ist der nunmehrige Wegfall der Unterscheidung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung und die Koordinierung zwischen dem Dienstrecht der Beamten und dem Arbeitsrecht der sonstigen Dienstnehmer durch Verwendung des klar erkennbaren Begriffes des (öffentlich) Bediensteten. Bereits bestehende Landesgesetze sind mE unbehindert aufrecht, bergen aber die Gefahr der Verfassungswidrigkeit bei Verstoß gegen das – hier vorweggenommene – Homogenitätsgebot. Nicht den Ländern Vorbehaltenes fällt in die Restkompetenz des Bundes und das meint grds allgemeine Zivil- und Arbeitsrechtsregeln wie zB ArbVG und ABGB und bei Fehlen landesgesetzlicher Normen überhaupt wirken iSd Art 21 Abs 1 zweiter Satz B-VG die Gesetze und Verordnungen des Bundes subsidiär als Maßstab. Allerdings wurde statt der Grundsatzgesetzgebung gegen das Auseinandertriften von Bundes- und Landesrecht im zweiten Satz des Art 21 Abs 1 iVm Abs 4 B-VG iS einer Mobilität der Bediensteten das Homogenitätsprinzip eingeführt und damit die – dem Föderalismusstreben der Länder zugestandene – Freiheit im Dienstrecht empfindlich eingeschränkt.²⁰

3.2. Die neue Rechtssituation im Bereich der Gemeinde Wien

Die für die Beamten der Stadt Wien – bereits unter Punkt 2.2.2. letzter Absatz erwähnten – Regelungen in der Dienstordnung 1966, Besoldungsordnung 1967 und

¹⁹ Art 21 B-VG idF BGBl 1974/444, 1981/350 und 1994/1013.

²⁰ Siehe *Kucsko-Stadlmayer* zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 3 ff.

Pensionsordnung 1966 entfaltet über den 1. Jänner 1975 hinaus – unbeschadet eines möglichen Widerspruchs gegen das Homogenitätsprinzip – ihre Wirksamkeit, allerdings wurden diese als DO 1994, BO 1994 sowie PO 1995 wiederverlautbart und stellen in der heute geltenden Fassung – neben anderen Vorschriften – das dienstrechtliche Grundgerüst im pragmatischen Bereich dar.²¹

Da das Land Wien für den Bereich der Vertragsbediensteten – wie unter Punkt 2.2.1. letzter Absatz erwähnt – keine gesetzliche Regelung erlassen hatte, galten ab 1. Jänner 1975 vorläufig die nach den alten Kompetenzbestimmungen erlassenen Bundesgesetze wie zB ABGB, AngG, GutsangG und Landarbeitsgesetz 1984 – mE auch hier unbeschadet eines möglichen Widerspruchs gegen das Homogenitätsprinzip – solange weiter, bis das Land Wien gleichartige Bestimmungen erlässt. Mit LGBl f Wien 20 wurde dementsprechend die VBO 1979 geschaffen, welche ab 1. Juli 1979 in Kraft trat und erstmals das Dienstverhältnis (aller) Vertragsbediensteten der Gemeinde Wien gesetzlich regelte.²² Diese wurde als VBO 1995 wiederverlautbart und stellt in der heute geltenden Fassung – va zusammen mit der BO 1994 und neben anderen Vorschriften – die dienstrechtliche Grundlage der Vertragsbediensteten dar.²³

3.3. Der Inhalt des Homogenitätsprinzips und seine verfassungsrechtliche Bedeutung

3.3.1. Das Homogenitätsprinzip oder Homogenitätsgebot

Art 21 Abs 1 zweiter Satz B-VG idF BGBl 1974/444 normiert *expressis verbis*, dass in Angelegenheiten des Dienstrechts die Gesetze und Verordnungen der Länder von denen des Bundes nicht in einem Ausmaß abweichen dürfen, dass der gemäß Art 21 Abs 4 *leg cit* vorgesehene Dienstwechsel – dieser „Individualanspruch“ wird unter Punkt 3.4. noch näher behandelt – nicht wesentlich behindert wird. Die Länder haben

²¹ Allgemein zu DO 1994 und BO 1994 siehe *Blaha/Pollak*, Dienst- und Besoldungsrecht der Wiener Gemeindebediensteten, Kurzkomentar (2000).

²² Siehe dazu *Delabro/Schubert/Rauscher*, Dienstrecht der Wr Vertragsbediensteten, 10 f.

²³ Allgemein zu VBO 1995 und BO 1994 siehe *Blaha/Pollak*, Dienstrecht der Wr Gemeindebediensteten.

also bei ihren dienstrechtlichen Vorschriften einen Spielraum, der seine umstrittene Grenze in der „wesentlichen Behinderung des Dienstwechsels“ – einem äußerst unklaren und daher interpretationsbedürftigen, unbestimmten Gesetzesbegriff – findet und sowohl die bereits vorgefundenen, als auch die später geschaffenen und novellierten Regelungen tragen stets die latente Gefahr in sich, vom VfGH im außerordentlichen Rechtsmittelverfahren als verfassungswidrig und daher unanwendbar entlarvt zu werden. Diese sklavische Bindung der Länder an die Strukturprinzipien des Bundesdienstrechts²⁴ soll mE eine massive Streuung von „zu phantasievollen heterogenen und damit kontraproduktiven Regelungen“ der Länder im öffentlichen Dienst zugunsten einer größtmöglichen Mobilität der Staatsdiener über das gesamte Bundesgebiet verhindern und stellt den Preis für die Länderforderungen nach einer sehr großzügigen Übertragung von Dienstrechtskompetenzen dar. Obwohl als reine Länderbeschränkung formuliert, hindert Art 21 Abs 1 zweiter Satz B-VG aber nach hL und Judikatur²⁵ auch den Bund vor solcherweise ausufernden Reformen im Dienstrecht, was mE auch völlig klar erscheint, denn wenn man eine einseitige und ohne Rücksichtnahme auf die Länder beschlossene, schwerwiegende Bundesreform zulassen würde, hätte das die Invalidation von Länderregelungen zur Folge – eine vorangehende Koordination der Gebietskörperschaften wäre mE trotz fehlender, ausdrücklicher Normierung va bei tiefgreifenden Reformplänen schon aus Gründen der Rechtssicherheit angebracht.²⁶

²⁴ Siehe übersichtliche Darstellung bei *Kucsko-Stadlmayer* zu Art. 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 3 ff.

²⁵ Siehe dazu ua OGH 17.3.1993, 9 ObA 317/92 vom 17.3.1993, ARD 4476/12/93 = DRdA 1993, 387 = DRdA 1994, 2 (*Schnorr*) = JBl 1994, 57 (*Spielbüchler*); OGH 24.5.1995, 8 ObA 222/95; ARD 4717/26/96; OGH 24.4.1996, 9 ObA 2042/96a, DRdA 1997, 11 (*Wachter*) = RdW 1997, 87; OGH 13.11.1996, 9 ObA 2272/96z, Arb 11.516; DRdA 1997, 225 = ARD 4866/39/97 = *ecolex* 1997, 282 = RdW 1997, 420. Vgl auch OGH 9.12.1998, 9 ObA 232/98b, Arb 11.803; ARD 5016/7/99 = ASoK 1999, 240 = RdW 1999, 613; OGH 21.12.2000, 8 ObA 144/00k; OGH 14.11.2001, 9 ObA 240/01m; fast übereinstimmend wird eine unmittelbare Verpflichtung des Landesgesetzgebers und eine mittelbare Verpflichtung aller Gebietskörperschaften zur Beachtung des Homogenitätsprinzips gesehen, um nicht durch unterschiedliches Dienstrecht einen möglichen Dienstwechsel zu behindern. Auch der VwGH, 22.4.1991, 89/12/0037, ZVfB 1992, 1416 spricht iZm dem Homogenitätsprinzip von einem allgemeinen Berücksichtigungsgebot der Gebietskörperschaften.

²⁶ Siehe zur Kürzung der Bundespensionen aufgrund von Ruhensbestimmungen VfGH 16.3.1988, G 184, ZAS 1988, 29; *Tomandl*, Der VfGH zum Ruhen von Beamtenpensionen, ZAS 1988, 181; *ders*,

Die Übereinstimmung in den Grundsätzen ist also die verfassungsmäßige Voraussetzung für einen nicht wesentlich behinderten Dienstwechsel – das Ausmaß des Abweichens erfordert ein komplementäres Ausmaß an Homogenität²⁷ – , ein ausdrücklicher Nachvollzug von Bundesrecht ist damit auch mE nicht gefordert,²⁸ obwohl für das Ausmaß der Berücksichtigung keine ausdrückliche Norm existiert und dieses daher in Lehre und Judikatur ungeklärt ist.²⁹

3.3.2. Der Gesamtgünstigkeitsvergleich

Nach der Judikatur des VfGH³⁰ sind jedenfalls solche Abweichungen zulässig, die nur eine „unwesentliche Dienstwechselbehinderung“ darstellen, wobei nur ein materieller Vergleich der Gesamtsituation der Regelungen und ihre praktische Bedeutung für die Beurteilung relevant sind (Gesamtgünstigkeitsvergleich)³¹, dh es sind keine punktuellen oder formalen, inhaltlichen Vergleiche anzustellen – mE ist gerade die Grenzziehung zwischen „keiner bzw einer unwesentlichen zu einer

Rechtspolitische Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers bei der Pensionsreform, ZAS 1996, 73; *Pernthaler/Rath-Kathrein*, Zum Pensionsrecht der Beamten, JBI 1993, 475; abl *Kucsko-Stadlmayer*, Ruhensbestimmungen für Beamte als verfassungsrechtliches Problem, ÖJZ 1990, 649, die keine Verpflichtung zur Koordination von Bund und Ländern ableiten will.

²⁷ So VfGH 3.12.1986, G 117/86, VfSlg 11.151; REDOK 9947 (1986) = ZfVB 1987, 1842.

²⁸ So aber *Schäffer*, zu lesen bei *Mayer*, Amtswegige Versetzung in den Ruhestand und Homogenitätsprinzip, ÖJZ 1990, 771.

²⁹ Siehe dazu *Handstanger*, ZfV 1993, 449, der mE zu Recht jedenfalls die Anrechnung der Dienstzeit als zwingend ansieht. Gute Übersicht später bei *Bußjäger*, Bemerkungen zur Neuregelung der Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Dienstrechtes der öffentlich Bediensteten, JBI 1999, 773 als Nekrolog iZm der Beseitigung des Homogenitätsprinzips.

³⁰ Sehr deutlich 10.3.1994, G 197/92, ÖJZ 1995, 11 = DRdA 1995, 17 (*Waas*); 1.12.1994, G 186/94; 25.9.1996, G 149/96.

³¹ Siehe dazu ausführlich unisono OGH 29.1.1998, 8 ObA 361/97i trotz Nichtanwendung im konkreten Fall; *Stärker*, Zulagen auch für Urlaubs- und Krankenstandszeiten? OGH zu den Anspruchsvoraussetzungen bei Ärzten, ASoK 1998, 231; *Steiner*, Das Vertragsbedienstetengesetz 1948 als *lex contractus* – Eine Fußangel für den Dienstgeber?, ASoK 1998, 236; *Binder*, Vertragsschablonen für Spitalsärzte und zwingendes Gesetz, RdW 1998, 746.

wesentlichen Behinderung des Dienstwechsels“ das Problem und in der Judikatur keine allgemeine Linie zu erkennen. Es kann nur auf die in der Folge speziell zu erörternden wichtigen dienstrechtlichen Problemstellungen – das sind va das Berufsbeamtentum, der Umfang der Dienstvertragsrechtskompetenz und der Dienstrechtsbegriff – verwiesen werden, um ein Bild zur theoretischen Beschreibung zu gewinnen.

3.3.3. Das Verbot des Gesamtgünstigkeitsvergleiches

Voraussetzung für die Anwendung des Gesamtgünstigkeitsvergleiches ist die Wahrnehmung der Gesetzgebungsbefugnis durch das betreffende Land, ansonsten ist nur ein sogenannter „Gruppenvergleich“ als Vergleich materiell zusammenhängender Regelungen zulässig, was insofern verständlich ist, als bei Fehlen landesgesetzlicher Regelungen subsidiär iSd Art 21 Abs 1 zweiter Satz B-VG die Gesetze und Verordnungen des Bundes als Maßstab wirken. Nach Judikatur des OGH³² – zumeist anzutreffen in Fällen einer lex contractus-Lösung in Dienstverträgen³³ – liegt eine Rechtswidrigkeit und damit eine Nichtigkeit der Vertragsbestimmungen – die Vereinbarung ist diesbezüglich wirkungslos und es kommt zur Anwendung der rechtswidrig überlagerten bundesgesetzlichen Bestimmungen va des AngG und des UrlG – nur bei einer erheblichen Schlechterstellung vor, die bei Überschreitung der Wesentlichkeitsgrenze gegeben ist. Diese Grenze ist schwer zu ermitteln, weil nicht nur dienstrechtliche Regelungen verglichen werden, sondern auch reale Auswirkungen und Wertungsmaßstäbe

³² Siehe va OGH 29.1.1998, 8 ObA 361/97i, Arb 11.692 = RdW 1998, 757 (*Binder*); ARD 4958/23/98 = ASoK 1998, 318 = RdM 1998, 17; Stärker, ASoK 1998, 231; Steiner, ASoK 1998, 236 – Tiroler Spitalsarzt; OGH 9.12.1998, 9 ObA 232/98b, Arb 11.803; ARD 5016/7/99 = ASoK 1999, 240 = RdW 1999, 613 – Tiroler Musiklehrer. Anders noch va OGH 17.3.1993, 9 ObA 317/92, ARD 4476/12/93 = DRdA 1993, 387 = DRdA 1994, 2 (zust *Schnorr*) = JBl 1994, 57 (krit *Spielbüchler*) mit analoger Anwendung des VBG wegen Verstoß gegen ein Strukturprinzip im Bundesdienstrecht; ähnlich auch OGH 24.4.1996, 9 ObA 2042/96, DRdA 1997, 11 (*Wachter*) = RdW 1997, 87 mit analoger Vertragsergänzung. OGH 29.1.1998, 8 ObA 134/97g, DRdA 1999, 14 (*Waas*) spricht von Verdrängung durch Bundesrecht.

³³ In den angeführten Erk des OGH, Arb 11.692; Arb 11.803; ging es um einen Tiroler Spitalsarzt (Turnusarzt) mit VBG als lex contractus bzw um eine vom BLVG abweichende, einzelvertragliche Lehrverpflichtung bei einem Tiroler Musiklehrer.

einzu beziehen sind. Bei der Handhabung dieses Günstigkeitsvergleiches in Form eines Gruppenvergleiches dient nach Lehre und Judikatur³⁴ § 3 Abs 2 ArbVG, der das Verhältnis von Sondervereinbarungen zum Kollektivvertrag regelt, als Ausgangspunkt und wird in Rechtsanalogie iSd § 7 ABGB auch auf sonstige verschiedenrangige Rechtsquellen angewendet, indem man Regeln im rechtlichen und sachlichen Zusammenhang bündelt und gegenüberstellt. Es wird auf objektive sozialpolitische Wertmaßstäbe bei den einzelnen Komponenten abgestellt – zB ist Freizeit nicht gegen Entgelt austauschbar³⁵ –, nicht auf praktische Bedürfnisse und auch ist das Arbeitnehmerinteresse nur subsidiär relevant. *Binder*³⁶ nennt dazu *Strasser* mit – mE anschaulicher – objektiver und subjektiver Konnexität der Regelungen, *Marhold* mit Heranziehung der subjektiven Vorstellungen durch Vertragsauslegung sowie *Tomandl* mit einer funktionellen Betrachtungsweise mit gewisser Sachnähe³⁷. Sofern nicht schon die zwingende Natur von Gesetzesbestimmungen – zB § 8 AngG und § 6 UrlG sind relativ zwingende Vorschriften – eine Kompensation mit vergleichbaren Besserstellungen unmöglich macht, ist das Günstigkeitsprinzip in Form des Gruppenvergleiches solange anzuwenden, bis das betreffende Land selbst einschlägige Regelungen schafft, was dann aber mE nur für Vertragsabschlüsse pro futuro wirken kann und für bereits existente Einzelverträge mit „lex contractus“ der status quo nur durch zweiseitige Vertragsänderung beseitigt werden kann.

3.3.4. Die rechtliche Auswirkung des Verstoßes gegen das Homogenitätsprinzip

a. Anwendungsgrund und Wirkungsweise

Abgesehen von der unstrittigen Rechtsfolge einer Gesetzesaufhebung durch den VfGH gemäß Art 140 Abs 6 und 7 B-VG – die Gesetzesbestimmung oder auch das

³⁴ Siehe OGH 9.1.1998, 8 ObA 361/97i; dazu ausführlich *Binder*, RdW 1998, 746 – Vertragsschablonen bei Spitalsärzten.

³⁵ Daher ua Ablöseverbot von Urlaub oder Fortbildung.

³⁶ RdW 1998, 745.

³⁷ So ist zB zwischen Sonderurlaub und 15. Bezug kein Sachzusammenhang gegeben.

ganze Gesetz ist auf den/die Anlassfall/Anlassfälle jedenfalls nicht anzuwenden, auf alle anderen vor der Aufhebung oder innerhalb einer oftmals bestimmten Aufhebungsfrist (Legisvakanz) verwirklichten Tatbestände ist die Gesetzesbestimmung oder das Gesetz aber weiterhin anzuwenden – stellt sich die Frage der realen Auswirkung auf den obsiegenden Antragsteller. Diese Frage der Auswirkung stellt sich auch im Falle einer erfolgreichen Bescheidbeschwerde gemäß Art 144 Abs 1 B-VG sowie erfolgreicher Anrufung des VwGH bzw der Anrufung des OGH bei Vertragsbediensteten, also in allen Fällen, die nicht schon im vorgelagerten Rechtsmittelverfahren rechtskräftig erledigt werden konnten. Im Klartext liegen stets „reparaturbedürftige“ Bescheide bzw Dienstverträge vor, weil entweder der Gesetzgeber, der hoheitliche Dienstgeber oder der vertraglich gebundene Arbeitgeber Verfassungsrecht verletzt hat. Wie diese „Reparatur“ in den einzelnen Konstellationen auszusehen hat, hängt unmittelbar mit dem Anwendungsgrund und der Wirkungsweise des Homogenitätsprinzips zusammen.

b. Unmittelbare Fiskalgeltung der Grundrechte

*Öhlinger*³⁸ spricht in diesem Zusammenhang – im Privatrechtsbereich – von einer Wirkung wie die unmittelbare Fiskalgeltung der Grundrechte mit teilweiser Nichtigkeit des Dienstvertrages und einer Heilung durch Vertragsergänzung mit Analogie zum Bundesrecht. Die Fiskalgeltung ist eine Frage des bürgerlichen Rechts bzw hier eben des Arbeitsrechts und meint die Bindung der Gebietskörperschaften auch beim privatrechtsförmigen Handeln an das Homogenitätsprinzip, sofern es sich um typisch staatliche Aufgaben handelt. ME ist diese Aussage – typisch staatliche Aufgaben – nur für die Hoheits-, nicht aber für die Privatwirtschaftsverwaltung zutreffend, zumal die vertragliche Anstellung im öffentlichen Dienst nicht per se als Akt der Hoheitsverwaltung qualifiziert werden kann. Anders ist mE dazu die öffentlich-rechtliche Anstellung durch Bescheid stets ein hoheitlicher Akt, auf den die Grundrechte direkt wirken, somit ein Verstoß zur Nichtigkeit und damit zur Aufhebung eines im Laufe dieses Beamtendienstverhältnisses erlassenen Bescheides führt – die Erlassung eines verfassungskonformen Bescheides wäre gegebenenfalls erforderlich.

³⁸ Verfassungsrecht³ (1997), Die Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des öffentlichen Dienstrechts, 121.

c. Gute-Sitten-Klausel

Besser gefällt mir die Argumentation des OGH³⁹ zur Wirkungsweise des Homogenitätsprinzips, wobei er aufgrund des Zwecks der Nichtbehinderung des Dienstwechsels durch unterschiedliches Dienstrecht eine mittelbare Verpflichtung der Gebietskörperschaften⁴⁰ sieht, das Homogenitätsprinzip zu beachten, eine Verletzung des § 879 Abs 1 ABGB – dh wegen Verstoß gegen die guten Sitten – zur grds teilweisen Nichtigkeit des Dienstvertrages führt und somit eine Vertragsergänzung mit generellen Bundesnormen⁴¹ vorzunehmen ist. Die Regelungslücke ist durch Analogie zu schließen. Nur eine Vertragsgestaltung unter Beachtung des Homogenitätsprinzips stellt daher eine verfassungskonforme Konkretisierung der Generalklausel iSd § 879 ABGB dar. Kritisch zum OGH äußert sich diesbezüglich *Schnorr*⁴², indem er meint, dass die Gute-Sitten-Klausel rechtsdogmatisch überall als Maßstab gelten sollte, wo gesetzlicher Schutz nicht ausreicht – so auch bei der Kündigungswillkür. Ich meine, dass die Grenze zwischen Vertragsfreiheit und zulässiger Vertragsbeschränkung im gegebenen Zusammenhang nur schwer zu ziehen ist und man sollte nicht zuviel Restriktionen in die guten Sitten hineininterpretieren, sondern dem OGH einen Auslegungsspielraum offenlassen.

³⁹ 17.3.1993, 9 Ob 317/92, ARD 4476/12/93 = DRdA 1993, 387 =DRdA 1994, 2 (*Schnorr*) = JBI 1994, 57 (*Spielbücher*); 24.5.1995, 8 ObA 222/95; ARD 4717/26/96; 24.4.1996, 9 ObA 2042/96a = DRdA 1997, 11 (Wachter) = RdW 1997, 87; 13.11.1996, 9 ObA 2272/96z, Arb 11.516; ARD 4866/39/97 = DRdA 1997, 225 = ecolex 1997, 282 = RdW 1997, 420; 9.12.1998, 9 ObA 232/98b, Arb 11.803; ARD 5016/7/99 = ASoK 1999, 240 = RdW 1999, 613; 21.12.2000, 8 ObA 144/00k; 14.11.2001, 9 ObA 240/01m.

⁴⁰ Siehe dazu OGH 17.3.1993, 9 Ob 317/92, DRdA 1994, 2 (*Schnorr*), wobei *Schnorr* in seiner Glosse von der Fortsetzung der Drittwirkungslehre der Verfassung im OGH spricht (zuvor schon OGH, 16.12.1992, 9 ObA 602/92 mit Bindung des normativen Teils des Kollektivvertrages an den Gleichheitssatz).

⁴¹ So auch *Waas*, Zum Homogenitätsprinzip, DRdA 1997, 439; Strukturprinzipien des Bundesvertragsbedienstetenrechts zur Lückenschließung bzw Vertragsergänzung bei Gesetzesaufhebung.

⁴² Glosse zu OGH 17.3.1992, 9 Ob 317/92, DRdA 1994, 2.

d. Analoge Vertragsergänzung, Verdrängung durch Bundesrecht und Anwendung überlagerter bundesgesetzlicher Bestimmungen

Diese Wirkungsweisen des Homogenitätsprinzips entstammen der sich im Laufe der Zeit geänderten Judikatur des OGH zum Fall der Säumigkeit des Landesgesetzgebers in Bezug auf die Wahrnehmung seiner Dienstrechtskompetenz gemäß Art 21 Abs 1 B-VG, wurden bereits unter Punkt 3.3.3⁴³ ausreichend erörtert und sollen nur der Vollständigkeit halber hier nochmals erwähnt werden.

3.4. Dienstwechsel und subjektives Verfassungsrecht

Im Zusammenhang mit dem vom öffentlichen Dienstgeber zu beachtenden Homogenitätsgebot stellt sich zwangsläufig sofort die Frage, ob der öffentliche Bedienstete einen subjektiven, verfassungsrechtlichen Anspruch auf einen Dienstwechsel gemäß Art 21 Abs 4 erster Satz B-VG hat, der dann gemäß Art 21 Abs 1 letzter Satz *leg cit* nicht wesentlich behindert werden darf und somit vor dem VfGH mit einer Bescheidbeschwerde nach Art 144 Abs 1 *leg cit* unter Berufung auf dieses Grundrecht bzw im Verfahren vor dem OGH als vertragliche Grundrechtsverletzung geltend gemacht werden kann. Die Meinungen dazu sind nicht völlig einhellig. Nach *Kucsko-Stadlmayer*⁴⁴ hat der VfGH die Frage nach einem subjektiven Verfassungsrecht bisher stets offengelassen⁴⁵ und sie selbst sieht im Beamteninteresse genauso wie die von ihr zitierten *Thienel* und *Schäffer* sowie *Kelsen/Froehlich/Merkl*⁴⁶ eine B-VG-Garantie – eine Freizügigkeitsgarantie – , dass Bund und Länder die Freizügigkeit öffentlich Angestellter nicht hindern können. Der VfGH nimmt nach *stRsp* ein verfassungsgesetzlich gewährleistetetes Recht gemäß Art 144 *leg cit* nur bei hinlänglichem Parteieninteresse an der Einhaltung der objektiven Verfassungsnorm an und wird deswegen in der hL iS eines subjektiven Rechtes

⁴³ „Das Verbot des Gesamtgünstigkeitsvergleiches“.

⁴⁴ Zu Art 21 B-VG in *Korinek-Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 8 f.

⁴⁵ Zumeist waren Gesetzesprüfungsverfahren gemäß Art 140 B-VG anhängig, so zB VfGH 3.12.1986, G 117/86 und VfGH 10.3.1994, G 197/92, bzw auch andere Grundrechte berührt.

⁴⁶ Kommentar zum B-VG 1920.

gedeutet. *Handstanger*⁴⁷ sieht als Argument für ein Verfassungsrecht die Zielsetzung des Art 21 Abs 4 leg cit als Recht auf Freizügigkeit mit Nichteinschränkung durch Bund und Länder ähnlich der Wortwahl in Art 6 StGG, will dies aber auch aus Kommentaren von *Kelsen* uU als eine besondere Verfassungsprävention deuten und hält teleologisch an dieser Dienstwechselverbürgung fest, einzig der Schutzzumfang bleibe zu untersuchen. Wenn der Dienstwechsel im Einvernehmen der Diensthoheitsbehörden vollzogen wird, – so Art 21 Abs 4 zweiter Satz B-VG – , hat der Beamte bzw Vertragsbedienstete ein Recht auf seine bisherige Rechtsstellung. So stellt nach *Thiener*⁴⁸ – dazu passend – dieses subjektive Verfassungsrecht auf Dienstwechsel zwischen den Gebietskörperschaften nicht nur ein Abwehrrecht, sondern auch ein Recht auf Leistungsansprüche iS einer Stellung ohne Nachteil dar und demnach sind zB Vordienstzeiten anzurechnen. Dem ist mM nach nichts hinzuzufügen.

3.5. Berufsbeamtentum als Institutionengarantie, Typenzwang und Funktionsvorbehalt

3.5.1. Allgemeines

Nach Art 20 Abs 1 erster Satz B-VG führen auf Zeit gewählte oder ernannte berufsmäßige Organe die Verwaltung, womit das aus der Monarchie übernommene Berufsbeamtentum angesprochen wird. Neben der bescheidmäßigen Ernennung der Beamten (Pragmatisierung) auf Lebenszeit kennt das öffentliche Dienstrecht auch eine Bestellung von Vertragsbediensteten durch Vertrag, welche gemäß Art 21 Abs 2 erster Satz B-VG idF BGBl 1994/1013 bzw gemäß Art 21 Abs 1 erster Satz leg cit idgF zulässig ist. Der VfGH geht demnach von einem Typenzwang im öffentlichen Dienst mit dem vorgegebenen Bild des Berufsbeamten neben Vertragsbediensteten aus, was den Spielraum der zuständigen Gesetzgeber einengt. Eine gewisse Durchbrechung wird durch die befristete Ernennung gemäß Art 21 Abs 5 bzw 6 leg

⁴⁷ ZfV 1993, 449.

⁴⁸ DRdA 1994, 222 iZm der Kompetenzverteilung im Arbeitsrecht.

cit idjgF erreicht. Nach hL und Judikatur⁴⁹ gibt es keinen allgemeinen Funktionsvorbehalt als Institutionengarantie im öffentlichen Dienst, dh Vertragsbedienstete und Beamte sind gleichermaßen in der Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung verwendbar. *Kucsko-Stadlmayer*⁵⁰ meint mit anderen Worten, dass die Rechtsfigur „Homogenitätsprinzip“ das Fehlen der verfassungsrechtlichen Verankerung von hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums substituieren und das B-VG immer vom bloßen Schutz des Kernbestandes dieser Grundsätze ausging (Versteinigung der Berufsbilder durch den VfGH). Aus dem Beamtenvorbehalt für einzelne Leitungsfunktionen⁵¹ – wenn auch nun Beamte auf Zeit möglich sind – ist nur ein Verbot der vollkommenen Abschaffung des Berufsbeamtentums abzuleiten, nicht ist aber eine Beschränkung der Beamten auf die Kernbereiche der Hoheitsverwaltung untersagt. Es ist daher mE bei der Analyse der Bedeutung des Homogenitätsprinzips nicht unerheblich, wo die Grenzen des Typenzwanges liegen oder anders ausgedrückt, wie weit eine Typenabweichung oder vielleicht auch eine einseitige „Typenbevorzugung“⁵² gehen darf, ohne eine wesentliche Behinderung eines möglichen Dienstwechsels zu bewirken.

3.5.2. Der Typenzwang

Grundlegend ist mE die Rechtsprechung des VfGH⁵³ im Fall der Änderung des Vorarlberger Landesbedienstetengesetzes 1979, wo mehrere Bestimmungen insofern wegen Verstoß gegen das Homogenitätsprinzip aufgehoben wurden, als das historische Begriffsbild des Berufsbeamten als auch das bei der B-VG-Novelle 1974 vorgefundene Verständnis des Dienstvertragsrechts missachtet wurde. Die

⁴⁹ Siehe dazu gute Übersicht bei *Öhlinger*, Verfassungsrecht³, 119 f; *ders*, Verfassungsrecht⁴ (1999) 223 f; auch *Walter/ Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000) 243 ff.

⁵⁰ Zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 20 ff.

⁵¹ Siehe va die Art. 71, 73, 106, 117, 122, 124 und 147 B-VG.

⁵² Gemeint ist eine fließende Festlegung auf den Typ „Beamter“ bzw „Vertragsbediensteter“ zB durch Einstellung der Pragmatisierungen.

⁵³ VfGH 3.12.1986, G 117/86, VfSlg 11.151; REDOK 9947 (1986) = ZfVB 1987, 1842.

Schaffung des Typus eines Landesangestellten mit vergleichbarer Stellung eines Vertragsbediensteten iSd VBG, allerdings öffentlich-rechtlicher Gestaltung des Dienstverhältnisses mit Kündigungsmöglichkeit widerspricht einerseits klar dem Begriffsbild eines Beamten mit öffentlich-rechtlicher Ernennung in ein Dienstverhältnis auf Lebenszeit und grds Unauflöslichkeit etc, andererseits auch dem eines Vertragsbediensteten, dessen Dienstvertragsrecht von ordentlichen Gerichten zu vollziehen ist. Es ist also mE eine solchermaßen völlige Durchmischung der historischen Begriffsbilder der beiden Personengruppen – zu Recht – ein Verstoß gegen das Homogenitätsprinzip, da eine sinnvolle Eingliederung in das System einer anderen Gebietskörperschaft bei einem gewünschten Dienstwechsel aus vielerlei Gründen⁵⁴ nicht möglich ist.

Nach *Bußjäger*⁵⁵ geht die Konstruktion des verfassungsrechtlich vorgegebenen Beamtenbildes in Judikatur und Lehre weit über die Gesetzgebungsschranken bei Gestaltung des Dienstrechtes hinaus, Verfassungsvorgaben aus Art 21 B-VG wären nur die bescheidmäßige Ernennung und die Undkündbarkeit und somit stehe der Beamtenbegriff der Bundesverfassung einer Reform des Beamtentums nicht im Wege. Damit kritisiert er die Herleitung des angeblich vorgefundenen Beamtenbildes aus Art 20 Abs 1 B-VG, va da der Beamtenbegriff dem B-VG bekannt war (Dienstpragmatik 1914), aber in Art 20 leg cit nicht verwendet wurde. Er schließt daraus, dass die Verwaltung nicht nur durch Beamte zu führen ist und daher nur Ernennung und berufsmäßig als typische Merkmale zu übernehmen sind, nicht aber zB Pensionsbegriff und zeitliche Grenze. Auch sei der ua von *Thienel* aus Art 21 B-VG und auch der vom VfGH⁵⁶ abgeleitete Typenzwang – Dualismus Beamte und Vertragsbedienstete – nur bei extremer Versteinerung haltbar und somit scheitere die Schaffung eines öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnisses mit Privatrechtselementen am Homogenitätsprinzip, nicht aber an den vorgegebenen Strukturen eines Beamten oder Vertragsbediensteten. Die VfGH-Konstruktion sichere des vorgegebene

⁵⁴ Hierzu zählen mE Gründe wie Entgeltfortzahlung, Sozialversicherung, Pensionsrecht, Arbeitslosenversicherung uvm.

⁵⁵ Zur Konstruktion des verfassungsrechtlich vorgegebenen Beamtenbildes, ÖJZ 1997, 681; *ders*, JBl 1999, 773.

⁵⁶ VfSlg 11.151 (1986).

Beamtenbild aus Art 21 leg cit ab und befriedige damit den Föderalismus, der Begriff „vorgegebenes Beamtenbild“ bleibe aber auch außerhalb Art 21 Abs 5 bzw 6 leg cit weiterhin unbestimmt.

Es ist mE leichter, sich der Konstruktion des VfGH anzuschließen, da die Freigabe einer allzu starken Verzahnung der Typusbegriffe Beamter und Vertragsbediensteter zu einer Reihe von Folgeproblematiken führt, im Lichte des Untersuchungsgegenstandes dieser Arbeit mag es auch dahingestellt bleiben, ob eine Länderregelung aufgrund des vorgegebenen Beamtenbildes oder „nur“ wegen Verstoßes gegen das Homogenitätsprinzip verfassungswidrig ist. Demgemäß ist mE auch die Regelung einer freien Kündbarkeit bzw einer Unkündbarkeit bei Vertragsbediensteten eine Verletzung des Typenzwanges.⁵⁷ Der „Wesenskern“ eines Vertragsbedienstetendienstverhältnisses kann auch bei einem unzureichenden Kündigungsschutz verletzt sein,⁵⁸ nur würde ich hier – trotz schwieriger Grenzziehung – (auch) nicht mehr von einer klassischen Typenzwangverletzung sprechen. Die Garantie des Berufsbeamtentums iZm dem Entgeltcharakter der Beamtenpension⁵⁹ (Typusmerkmal) war auch schon zweimal der Grund für die Aufhebung von Ruhensbestimmungen bei Beamten.⁶⁰ Schließlich dürfte die generelle Bindung des Beamtenstatus an die Staatsbürgerschaft nach den europarechtlichen Vorgaben⁶¹ nur für den Bereich der Hoheitsverwaltung

⁵⁷ Siehe OGH 17.3.1993, 9 ObA 317/92, ARD 4476/12/93 = DRdA 1993, 387 = DRdA 1994, 2 (*Schnorr*) = JBI 1994, 57 (krit *Spielbüchler*) – nach *Spielbüchler* sind frei kündbare Dienstverhältnisse zur Gemeinde ev vom Homogenitätsgebot gar nicht umfasst.

⁵⁸ Siehe VfGH 10.3.1994, G 197/92, DRdA 1995, 17 (*Waas*).

⁵⁹ Siehe dazu *Kucsko-Stadlmayer*, ÖJZ 1990, 649; auch *Pernthaler/Rath-Kathrein*, JBI 1993, 475; *Tomandl*, ZAS 1996, 73.

⁶⁰ Zuletzt VfGH 14.10.2005, G 67/05-8, G 89/05-7, G 90/05-6, G 92/05-6, G 95/05-7 mit Aufhebung von § 2 Teilpensionsgesetz in allen seinen bisherigen Fassungen; abl dazu *Tomandl*, Paradigmenwechsel in der Pensionsversicherung, ZAS 2006, 104 (111), der in diesem Zusammenhang von einem Irrtum des VfGH spricht.

⁶¹ Siehe dazu *Bachmann*, Der öffentliche Dienst in Österreich und in den Europäischen Gemeinschaften, ZfV 1991, 233 iZm Art 48 Abs 4 EGV und VO (EWG) 1612/68.

gerechtfertigt sein, was mE auch zu einer Förderung der Ausgliederungsbestrebungen geführt hat.

3.5.3. Der Funktionsvorbehalt

Akkordierend mit der hL und Judikatur kann auch *Jablonec*⁶² – im bereits unter Punkt 3.5.1. erwähnten Sinn – keinen Funktionsvorbehalt in den Bestimmungen des B-VG erkennen und will genauso einzig eine institutionelle Garantie des Berufsbeamten­tums aus Art 20 Abs 1 B-VG ableiten. In einer befristeten Funktionszuweisung gemäß § 9 BMG sieht er ev einen Funktionsvorbehalt, keinesfalls aber einen Beamten auf Zeit, da nur die Funktion befristet ist.

3.6. Der Dienstrechtsbegriff und der Umfang der Dienstvertragsrechtskompetenz

3.6.1. Der Dienstrechtsbegriff

Die Interpretation des Dienstrechtsbegriffes in Art 21 Abs 1 B-VG ist essentielle Voraussetzung für die Beurteilung einer Verletzung des Homogenitätsgebotes, das ja expressis verbis auf dessen Handhabung aufbaut. Es sollte primär der formale Inhalt und der eigentliche Umfang dieses Begriffes geklärt werden, um überhaupt gegenseitige Abweichungen untersuchen zu können. Das Dienstrecht des Bundes hat seine Kompetenzgrundlage in Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG, das der Landes- und Gemeindebediensteten in Art 21 leg cit mit den dort normierten Beschränkungen, wobei öffentliches Dienstrecht zwei Formen der Bestellung öffentlicher Bediensteter – jetzt ungeachtet des schon behandelten Typenzwanges – kennt, nämlich die bescheidmäßige Ernennung bei Beamten und die vertragliche Anstellung von Vertragsbediensteten.⁶³ *Kucsko-Stadlmayer*⁶⁴ folgend geht der Dienstrechtsbegriff des VfGH sehr weit und umfasst – in Abgrenzung zum Arbeitsrecht gemäß Art 10

⁶² Zur Verfassungskonformität des § 9 des Bundesministeriengesetzes 1986 – eine Replik!, JBI 1988, 402.

⁶³ Siehe zB *Öhlinger*, Verfassungsrecht³, 120; *ders*, Verfassungsrecht⁴, 223.

⁶⁴ Zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 12 f.

Abs 1 Z 11 leg cit – personell alle Personen mit Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft mit den daraus resultierenden Rechten und Pflichten,⁶⁵ aber auch den Arbeitnehmerschutz⁶⁶ und das Kollektivvertragsrecht, wobei die Anstellungsart als Beamter (öffentlich-rechtlich) oder Vertragsbediensteter (privatrechtlich) als Formalkriterium egal ist. Inhaltlich ist bei Beamten neben dem „klassischen“ Dienstrecht auch das Besoldungsrecht und – abgeleitet vom Entgeltcharakter – auch das Pensionsrecht und bei Vertragsbediensteten das Dienstvertragsrecht zum Dienstrecht zu zählen, generell aber nicht das Personalvertretungsrecht. Die wesentlichen Elemente des öffentlichen Dienstrechtes werden anschaulich dargestellt bei *Hartmann*⁶⁷. Hingewiesen sei noch auf die Kompetenzregelungen für (vertragliche) Land- und Forstarbeiter – auch mit Dienstverhältnis zu einer Gebietskörperschaft – in Art 12 Abs 1 Z 6 leg cit sowie für die – unter Punkt 3.9. noch zu behandelnden – Landeslehrer in Art 14 und 14a leg cit.

3.6.2. Der Umfang der Dienstvertragsrechtskompetenz

a. Die allgemeine Situation

Mitentscheidend bei der Beurteilung einer möglichen Verletzung des Homogenitätsgebotes ist die Frage, wie weit die Dienstvertragsrechtskompetenz der Länder in Art 21 Abs 2 erster Satz B-VG idF BGBl 1994/1013 tatsächlich reicht bzw was die Beschränkung auf Regelungen über die Begründung und Auflösung des Dienstverhältnisses sowie auf die sich aus diesem ergebenden Rechte und Pflichten

⁶⁵ Gute Beschreibung bei *Thienerl*, DRdA 1994, 222 mit Dienstrecht, Arbeitsrecht und Zivilrecht.

⁶⁶ Die Kompetenzteilung Bund/Land gemäß Art 21 Abs 2 zweiter Satz B-VG ist abhängig vom Betriebsbegriff, dh va unselbständige Wirtschaftsbetriebe (Regiebetriebe), aber auch ausgegliederte Unternehmen mit Zuweisungspersonal sind auch umfasst. Siehe dazu OGH 15.3.2000, 9ObA 215/99d, Arb 12.000; *Stärker*, Das Arbeitsruhegesetz gilt auch in Niederösterreichs Spitälern – Zum Verhältnis der Feiertags-Entgeltregelungen von NÖ SÄG und ARG, ASoK 2000, 311, Punkt 4 (Kommentar) – ARG ist Arbeitnehmerschutz.

⁶⁷ Die Flexibilität des öffentlichen Dienstes – Dienst- und besoldungsrechtliche Aspekte – o. Univ.-Prof. Dr. *Raschauer* zum 50. Geburtstag, ZfV 1998, 92.

bedeutet. Strittig war nach *Kucsko-Stadlmayer*⁶⁸ ua auch die Zulässigkeit dispositiver Normen in den Vertragsbedienstetenordnungen der Länder. Nach dem vorgefundenen Verständnis zur Zeit der B-VG-Novelle 1974 war nach dem VfGH⁶⁹ Dienstvertragsrecht von ordentlichen Gerichten zu vollziehen, was auch ein Kompetenzfeststellungserkenntnis⁷⁰ bestätigt.⁷¹ *Moritz*⁷² teilt zwar die Meinung des VfGH im Ergebnis, kritisiert aber dessen Begründung wegen Nichtbeachtung des Art 21 Abs 2 dritter Satz B-VG (Generalklausel Bundeskompetenz) und sieht aufgrund der nach Art 6 EMRK zu beurteilenden Tribunalqualität der ab 1. Jänner 1999 eingerichteten Unabhängigen Verwaltungssenate in den Ländern eine Übertragung der Vollziehung des Dienstvertragsrechts als „zivilrechtliche Angelegenheit“ an dieselben als überlegenswert an und mangels Schaffung einer Mischform zwischen öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Gestaltung des Dienstverhältnisses würde dies auch nicht gegen das Homogenitätsgebot sprechen. Ich halte diesen Vorschlag schon deswegen für bedenklich, da eine solcherart dezentralisierte Rechtsprechung in potentiell neun Bundesländern zusätzlich zu den Arbeitsgerichten unüberschaubar wäre und damit nicht der Rechtssicherheit dienen würde, va dann, wenn ein Dienstwechsel geplant ist und die Beurteilung eines gleichartigen Sachverhaltes im neuen Bundesland mangels Bindungswirkung zu einem anderen Ergebnis führen kann. Der VfGH hat eine solche Interpretation des Art 21 Abs 2 leg cit bis dato nicht vertreten. Jedenfalls sollte die Regelung der Sachmaterie durch die Länder nicht weiter gehen als der Musterinhalt des VBG, Kollektivvertragsrecht war nicht mitumfasst,⁷³ allerdings waren auch Kollektivvertragsbedienstete für privatrechtliche

⁶⁸ Zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 9 f.

⁶⁹ Siehe 3.12.1986, G 117/86, VfSlg 11.151; REDOK 9947 (1986) = ZfVB 1987, 1842; auch *Waas*, Zur Rechtsstellung der Spitals(Turnus)ärzte in Salzburg, DRdA 1990, 181.

⁷⁰ VfGH 12.6.1980, K II-2/79.

⁷¹ *Bußjäger*, JBI 1999, 773 meint mE zu Recht, dass auch der Bund trotz eigentlicher Kompetenzgrundlage in Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG an die Gerichtszuständigkeit gebunden ist.

⁷² Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Vollziehung der Vertragsbedienstetengesetze der Länder, ZAS 1990, 121.

⁷³ Siehe dazu *Waas*, DRdA 1990, 181 – Salzburger Turnusärzte.

Dienstverhältnisse bei Bund und Ländern vorgegeben und nunmehr insoweit zulässig, als nicht zwingende landesgesetzliche Regelungen vorhanden waren.

Treffend formuliert die Rechtslage mE *Leeb*⁷⁴, indem er sagt: „Art 21 Abs 2 erster Satz B-VG enthält eine taxative Aufzählung der Länderzuständigkeiten, wobei die Länder nicht mehr regeln durften als das Bundesmuster VBG – so auch die Materialien zur B-VG-Novelle 1974 – und aus der Versteinerung sich keine Dienstvertragsentscheidungsregeln aus dem VBG ergaben“. Daraus folgte nach *Leeb* der VfGH eine Unanwendbarkeit des Adhäsionsprinzips⁷⁵ auf Art 21 Abs 2 erster Satz B-VG und somit ist dazu passend die Generalklausel in Art 21 Abs 2 dritter Satz zugunsten des Bundes formuliert, der nach Vorverständnis ordentliche Gerichte mit dem Vollzug zu betrauen hatte.

b. Der Meinungsstreit zwischen *Thienerl* und *Spielbüchler*

Ausführlich beschäftigt sich *Thienerl*⁷⁶ mit Arbeitsvertragsrecht und Vertragsbedienstetenrecht in der Kompetenzverteilung und kritisiert dabei die Auffassung von *Spielbüchler*. Er sieht nach der B-VG-Novelle BGBl 1974/444 eine klare Abgrenzung zwischen Arbeits-, Dienst- und Zivilrecht als gegeben an, dh Arbeitsrecht gemäß Art 10 Abs 1 Z 11 B-VG als sachlich umschriebenen Bereich inklusive dem Arbeitsvertragsrecht für Arbeiter und Angestellte als Herauslösung aus – aber nicht Loslösung vom – allgemeinen Zivilrecht, Dienstrecht als personelle Umschreibung mit inhaltlich gleicher Reichweite wie das Arbeitsrecht und Mitumfassung des Arbeitsvertragsrechtes der Vertragsbediensteten. Das Dienstvertragsrecht der Bundesvertragsbediensteten gründet sich demnach auf Art 10 Abs 1 Z 16 leg cit, das der Länder auf Art 21 Abs 2 leg cit und der Bund kann aus seiner Arbeitsrechts- oder Zivilrechtskompetenz – ergo – keine Arbeitsvertragsregelungen für Landes- und Gemeindevertragsbedienstete schaffen.

⁷⁴ Dürfen die Länder das Verfahren und die Zuständigkeit der Gerichte auf dem Gebiet des Dienstvertragsrechts regeln?, JBI 2000, 359.

⁷⁵ Zuständigkeit für Materienrecht zieht auch Verfahrensrecht nach sich.

⁷⁶ DRdA 1994, 222.

Im Gegensatz dazu sieht *Spielbüchler*⁷⁷ das Dienstrecht als Sonderregelung öffentlich Bediensteter und die allgemeinen Regeln des Zivil- und Arbeitsrechts greifen dann, wenn keine Sondernormen (va der Länder) vorhanden sind, was *Thienel* als Überlagerung der Kompetenzen sieht und so gesehen – mE dann auch zu Recht – aufgrund dieser Subsidiärkompetenz die Übergangsregeln in Art XI Abs 2 zur B-VG-Novelle 1974 mit Normierung einer transitorischen Bundeskompetenz – dh bestehende Bundesgesetze zu den nun neuen Landesangelegenheiten gelten solange als Bundesgesetze weiter, bis gleichartige Landesgesetze erlassen werden – als überflüssig angesehen werden könnten. In der Antwort von *Spielbüchler* sieht dieser nur eine falsche Wortwahl seinerseits – also keine konkurrierenden Kompetenzen – und eine prinzipielle Übereinstimmung mit dem Modell von *Thienel*. Er meint abschließend, heute lassen Landarbeiter- und Dienstrechtsregelungen wenig Raum für allgemeines Zivil- und Arbeitsvertragsrecht, aber für unvollständige Regelungen für einen ungeregelten Bereich muss Gleiches gelten wie für das Unterbleiben einer Regelung überhaupt und spricht damit Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG an.

Thienel meint zum Umfang der Dienstvertragsrechtskompetenz der Länder mit taxativer Aufzählung der Landeskompetenzen und eben dieser Generalklausel zugunsten des Bundes, dass dies keine Zuständigkeitskonkurrenz darstelle, sondern eine Kompetenz-Kompetenz der Länder bedeute, so wie auch die Übergangsregeln eine solche darstellen. Die Länder können nicht mehr regeln als das Muster VBG als Leitlinie iSd Homogenitätsprinzips vorgibt, somit ist Kollektivvertragsrecht nicht mitumfasst, anderes unterliegt der Sonderkompetenz des Bundes und der Umfang der Landeskompetenz wäre durch Versteinerung auf den Zeitpunkt der Schaffung des VBG idF von 1974 zu lösen. Da verschiedene Bundesbedienstete – neben möglichen Sondervertragsbediensteten – von der VBG-Anwendung ausgenommen sind und andere Arbeitsrechtsregeln für solche schlichte Arbeitnehmer gelten, könne auch das Land Gruppen völlig herausnehmen oder zwingend regeln, nur dispositive Landesnormen sind unzulässig, da auch im VBG nicht vorgesehen.⁷⁸ Durch das

⁷⁷ Siehe zuerst *Thienel*, DRdA 1994, 222 wegen der guten Gegenüberstellung; daraufhin die Antwort von *Spielbüchler* auf die Kritik von *Thienel*, DRdA 1994, 297.

⁷⁸ *Spielbüchler*, der OGH und ein Teil der Lehre lassen zwar – so *Thienel* – auch dispositive Regelungen zu, aber da zumeist keine gleichartigen Landesgesetze vorliegen, sind aufgrund der

Unterlassen einer Regelung kann also das Land als Kompetenz-Kompetenz Kompetenzen zum Bund verschieben. Ich halte wegen dem auch von *Thienel* erwähnten, sich aus Wortlaut und Materialien ergebenden Grundsatz der Exklusivität der Kompetenzverteilung die Annahme einer Überschneidung der Kompetenzen auch für unhaltbar, glaube aber nach der Antwort von *Spielbüchler*, dass er in der besonderen Verzahnung von allgemeinem und besonderem Zivilrecht keine Subsidiärgeltung ausdrücken will, sondern nur eine – wie er es ausdrückt – andere Grenzziehung vornimmt.

3.7. Wesentliche Abweichungen von Bundesstrukturprinzipien mit und ohne Kompetenzergreifung der Länder

3.7.1. Allgemeines zu den Judikaturbeispielen

Nachdem nunmehr eingehend die rechtliche Qualität des Homogenitätsprinzips, die Vorgehensweise zur Prüfung seiner Verletzung sowie die dem Art 21 B-VG wesentlichen inhärenten Begrifflichkeiten bzw Kompetenzbereiche wie Berufsbeamtentum, Typenzwang und Funktionsvorbehalt sowie Dienstrecht und Dienstvertragsrecht behandelt wurden, ist an dieser Stelle mE zur Transparenz und zum praktischen Verständnis ergänzend eine kurze Erläuterung anhand vorgegebener Judikaturbeispiele angebracht. Es empfiehlt sich dabei – im Hinblick auf die bereits unter den Punkten 3.3.2. bzw 3.3.3. dargestellte Vergleichsproblematik – eine Trennung zwischen Fällen mit bereits existenten Landesregelungen (Gesamtgünstigkeitsvergleich) und solchen aus dem Bereich der Übergangsregeln (Gruppenvergleich) vorzunehmen.

3.7.2. Fälle mit bestehenden Landesgesetzen im Dienstrecht

Wie schon unter Punkt 3.3.1. beschrieben, verlangt die einschlägige Judikatur des VfGH stets eine Bindung an die Strukturprinzipien des Bundesdienstrechts und die geforderte Konkordanz des Dienstrechts der Gebietskörperschaften lässt auch den Bund aufgrund der vorgegebenen Verfassungssituation nicht völlig frei handeln. Eine

Übergangsbestimmung weiterhin Bundesgesetze anzuwenden. Ich halte die Lösung von *Thienel* wegen der Regelungslücken und der Uneinheitlichkeit nicht für zielführend.

Typenzwangverletzung erblickte der VfGH⁷⁹ im Fall des – schon in Punkt 3.5.2. dargestellten – Vorarlberger Landesangestellten als Mischung zwischen einem Beamten und einem Vertragsbediensteten. Unter anderem aus dem in diesem Erk beschriebenen, vorgefundenen Verständnis des Dienstvertragsrechts leitet *Waas*⁸⁰ mE folgerichtig ab, dass Salzburger Landes- und Gemeindespitals(turnus)ärzte Vertragsbedienstete mit zwingender landesgesetzlicher Regelung⁸¹ sind und eine Kollektivvertragsregelung daher ausgeschlossen ist. Eine Verletzung des Homogenitätsprinzips sah der VfGH⁸² auch in § 132 Abs 1 VlbG Landesbedienstetengesetz 1988 und später auch im wortgleichen § 135 Abs 1 VlbG Gemeindebedienstetengesetz 1988, welche einen dem § 32 VBG gleichwertigen besonderen Bestandschutz erst nach zwanzig Dienstjahren zugestanden, wobei mE mit *Waas*⁸³ tatsächlich zu fragen wäre, wo für den VfGH die Jahresgrenze anzusetzen ist, um den Wesenskern im Verhältnis zu § 32 VBG noch nicht zu verletzen.

Keinen Verstoß gegen das Homogenitätsgebot sah der OGH⁸⁴ in der geringeren Bemessungsgrundlage für die Abfertigungsberechnung gemäß § 43 Abs 4 VBO 1979 iVm § 3 Abs 2 Besoldungsordnung 1967 im Verhältnis zu dem gleichartigen § 35 Abs 4 iVm § 8a VBG, da der besondere Kündigungsschutz eine geringere Bemessungsgrundlage sachlich rechtfertigt, was auch für die etwas bessere Bemessung der Urlaubsentschädigung bei geringerem Anspruch auf Erholungsurlaub gilt. Nur eine unwesentliche Behinderung ist für den OGH⁸⁵ auch die Abstellung des Kündigungsgrundes auf die körperliche Nichteignung zur

⁷⁹ 3.12.1986, G 117/86 vom 3.12.1986, VfSlg 11.151; REDOK 9947 (1986) = ZfVB 1987, 1842.

⁸⁰ DRdA 1990, 181.

⁸¹ Sbg Landes-Vertragsbedienstetengesetz 1987 und Sbg Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 1968.

⁸² 10.3.1994, G 197/92, ÖJZ 1995, 11 = DRdA 1995, 17 (*Waas*); 1.12.1994, G 186/94.

⁸³ Glosse zu VfGH 10.3.1994, G 197/92, DRdA 1995, 17.

⁸⁴ 8.5.1991, 9 ObA 62/91.

⁸⁵ 24.5.1995, 8 ObA 222/95; ARD 4717/26/96.

Aufgabenerfüllung in § 37 Abs 2 Z 2 VBO 1979 im Vergleich zur Nichteignung für die entsprechende Verwendung in § 32 Abs 2 lit b VBG. Auch der Sonderzahlungsentfall für Zeiten erschöpfter Entgeltfortzahlung im Krankenstand bei sonst aber voller Sonderzahlung bei nur gekürzter Entgeltfortzahlung in § 7 Abs 3 Nö GVBG ist nach Auffassung des OGH⁸⁶ gleichartig genug. Der VwGH⁸⁷ hegt wiederum keine Bedenken gegen § 12 NGZG bezüglich der Gutschriftsfestsetzung anhand vergleichbarer Bundesbeamter anstelle der tatsächlich bezogenen Nebengebühren aus einem Vordienstverhältnis zu einem Bundesland, allerdings spricht er mE etwas irreführend mit Zitierung von *Pernthaler* und *Weber* von einer alleinigen Länderbeschränkung und einem allgemeinen Berücksichtigungsverbot, das nicht verletzt wurde. Auch das Fehlen eines dem § 75a BDG vergleichbaren Karenzurlaubes für ein behindertes Kind in der Besoldungsordnung 1967 ist für den VwGH⁸⁸ kein solcher Verstoß, genauso wenig wie die Nichtberücksichtigung von Nachtdiensten bei anderen Gebietskörperschaften zur Verminderung der Kürzung der Ruhegenussbemessungsgrundlage nach § 4 PO 1995⁸⁹. Erwähnenswert auch die – mE ohnehin unbestrittene – Bemerkung des VfGH⁹⁰, dass das Homogenitätsprinzip – solange es noch in Geltung stand – auf Nebengebühren nicht anwendbar war.

3.7.3. Fälle ohne bestehende Landesgesetze im Dienstrecht (Übergangsregeln)

Auch hier verlangt – wie schon unter Punkt 3.3.1. beschrieben – der OGH unter Einbeziehung der einschlägigen Judikatur des VfGH stets eine Bindung an die Strukturprinzipien des Bundesdienstrechts, einzig die Vergleichsgrundlage bilden formal nicht Gesetze auf beiden Seiten, sondern zumeist Vertragsschablonen (*lex contractus*) oder Sonderverträge, welche kraft Einzelvertrag bestimmte Gesetzesnormen, Gemeinderatsbeschlüsse oder Sondervereinbarungen zum

⁸⁶ 14.9.1995, 8 ObA 289/95, RdW 1996, 371.

⁸⁷ 22.4.1991, 89/12/0037, ZfVB 1992, 1416.

⁸⁸ 8.6.1994, 94/12/0014; ZfVB 1995, 1708.

⁸⁹ VwGH 23.2.2000, 97/12/0370; ZfVB 2001, 817.

⁹⁰ 13.3.2003, B 1745/02; JUS extra 220/8/2658.

Vertragsinhalt auf Landes(Gemeinde)seite machen und mit aufgrund der Übergangsregeln – vorläufig – weitergeltenden Bundesgesetzen in Beziehung zu bringen sind.

Eine mittelbare Bindung des öffentlich-rechtlichen Dienstgebers an das Homogenitätsprinzip in Art 21 Abs 1 zweiter Satz B-VG mit verfassungskonformer Konkretisierung der Generalklausel iSd § 879 ABGB sieht der OGH⁹¹ als Verstoß gegen die guten Sitten dann verletzt, wenn eine Vertragsschablone (Vertragsbedienstetenordnung der Stadt Innsbruck als Gemeinderatsbeschluss) ein freies Kündigungsrecht schafft. Eine „analoge“ Anwendung des § 32 VBG als Vertragsergänzung und die Unwirksamkeit der Kündigung – ist die nicht ganz logische Folge,⁹² wobei die freie Kündbarkeit oder auch die Unkündbarkeit von Vertragsbediensteten mE – so klar auch der vom OGH erwähnte *Thienerl* – schon gegen den Typenzwang im öffentlichen Dienst verstoßen. Andererseits sieht der OGH⁹³ bei Vereinbarung derselben Vertragsschablone bei mangelnder Definition des Begriffes „Monatsentgelt“ für die Abfertigungsberechnung den weiten Arbeitsrechtsbegriff für Entgelt mE auch zu Recht als geltend an, da die Säumigkeit des Landes mit der Folge der Anwendung des § 35 VBG als „verdrängtes Bundesrecht“ in diesem Fall dem Dienstnehmer nicht zum Nachteil gereichen kann, schließlich war doch das VBG nicht als *lex contractus* vereinbart. Die Beurteilung der sachlichen Rechtfertigung eines Kettenarbeitsvertrages mit *lex contractus*

⁹¹ 17.3.1993, 9 ObA 317/92, ARD 4476/12/93 = DRdA 1993, 387 = JBI 1994, 57 (krit *Spielbüchler*) = DRdA 1994, 2 (*Schnorr*). *Spielbüchler* bezeichnet in seiner Glosse – entgegen mA und der hL – eine Bindung der Gemeinden an das Homogenitätsprinzip als strittig und auch die generelle Anwendung auf frei kündbare Dienstverhältnisse sei zweifelhaft. Ich kann ein solches Schlupfloch für Gemeindebedienstete (Dienstrecht Landessache) nicht erkennen. Die Beurteilung eines freien Dienstverhältnis (freier Dienstvertrag) ist iZm dem Arbeitnehmerbegriff zu stellen – und das ist nicht Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit. *Schnorr* hingegen begrüßt in seiner Glosse am Ende die Analogielösung des OGH aufgrund der Sittenwidrigkeitsprüfung.

⁹² Die Länder haben sich iSd OGH an Bundes-Vertragsbediensteten zu orientieren, daher sind nicht allgemeine Bundesgesetze wie ABGB etc maßgeblich, sondern das VBG. Ansonsten würden die Länder eine Regelungslücke zum Nachteil des Bediensteten schließen. Das insgesamt günstigere VBG macht die Anwendung der allgemeinen Kündigungsschutzbestimmungen überflüssig.

⁹³ 18.11.1995, 9 ObA 119/95; DRdA 1996, 160 = infas 1996, A 92.

(Vertragsbedienstetenordnung der Stadt Linz als Gemeinderatsbeschluss) orientiert sich nach *Geist*⁹⁴ bei prinzipieller Anwendbarkeit des AngG aber auch an den Ausnahmeregelungen des VBG – mE aus Gründen der Befolgung von Bundesstrukturprinzipien nachvollziehbar.

Der OGH⁹⁵ stellte auch fest, dass ein Gemeinde-Vertragsbediensteter mit Sondervertrag und *lex contractus* stmk Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz⁹⁶ wegen mangelnder Kompetenzergreifung des Landes schon aufgrund der zwingenden – durch die Vertragsregelung nicht aufhebbare – weitergeltende Regelung des § 40 iVm § 23a AngG als Vater nach Ablauf des Karenzurlaubes – bei Erfüllung der sonstigen Voraussetzungen – einen Abfertigungsanspruch bei Austritt erworben hat. Eine Vertragsergänzung durch „analoge“ Anwendung des VBG und damit der Abfertigungsberechnung nach § 35 Abs 4 *leg cit* erkennt der OGH⁹⁷ auch in dem Fall, wo bei einem Tiroler Gemeindearbeiter als *lex contractus* das VBG nur für die Entlohnung vereinbart wurde. Interessant ist dabei, dass für eine Arbeiter-Abfertigung in diesem Fall das ArbAbfG – ungeachtet seines Anwendungsbereiches – schon deswegen als (analoge) Rechtsgrundlage ausfiel, da der Bund nach den Übergangsregeln zur B-VG-Novelle 1974 später – im Fall 1979 – keine länderverbindliche Regelung mehr treffen durfte und somit aus Sittenwidrigkeitsgründen – die Gemeinde darf eine Rechtslücke nicht zum Nachteil nützen – das VBG auch als Grundlage für eine Abfertigung heranzuziehen ist. In dieselbe Kerbe schlägt der OGH⁹⁸ bei Bediensteten der Stadt Salzburg mit

⁹⁴ Mehrfach befristetes Dienstverhältnis mit einem leitenden Arzt an einem städtischen Krankenhaus (Der praktische Fall), DRdA 1995, 426.

⁹⁵ 17.1.1996, 9 ObA 197/95.

⁹⁶ Gilt unmittelbar nur für den Hoheitsbereich, im Fall aber Verwendung bei der Stadtwerke-GmbH.

⁹⁷ 24.4.1996, 9 ObA 2042/96, DRdA 1997, 11 (*Wachter*) = RdW 1997, 87. Treffend mE *Wachter* in seiner Glosse, da er die Entscheidung mit Analogie VBG als Meilenstein gegen säumige Länder sieht, die statt der Kompetenzergreifung als Gnadenakt – um nicht ABGB-Mindeststatus zu schaffen – nur gewisse Bundesregeln als *lex contractus* vereinbaren.

⁹⁸ 29.1.1998, 8 ObA 134/97g, DRdA 1999, 14 (krit *Waas*); strittig nach *Waas* in seiner Glosse ist hier *va* die Arbeitgebersituation, wobei auf einen ev privaten Arbeitgeber Stadtwerke-AG und damit der Anwendbarkeit des § 2 Abs 1 ArbAbfG iVm § 23 AngG hingewiesen sei.

Vertragsschablone (Vertragsbedienstetenordnung der Stadt Salzburg mit Verweis auf VBG und somit VBG als *lex contractus*) und unterstellt den Begriff Monatsentgelt nach § 8a VBG.

Von der Bemessung der Entgeltfortzahlung im Urlaub und Krankenstand – es geht um die Einrechnung bestimmter Dienstzulagen für Zwischen-, Nacht- und Bereitschaftsdienst – handelt die Entscheidung des OGH⁹⁹ zu Tiroler Turnusärzten mit einer Vertragsschablone (VBG als *lex contractus*). Wegen fehlender landesgesetzlicher Regelungen sind die aufrechten bundesgesetzlichen Vorschriften bis zur Kompetenzzuweisung des Landes „weiterhin anzuwenden“ und somit ist das Urlaubsentgelt aufgrund des unabdingbaren § 6 Abs 1 UrlG nach dem Ausfallprinzip und das Krankentgelt aufgrund des unabdingbaren § 8 Abs 1 AngG nach dem Bezugsprinzip zu bemessen, denn gesetzliche Mindestansprüche sind zu wahren und eine Kompensation (trotz Gesetzesnorm) niedrigeren Entgelts durch (vertraglich) längere Fortzahlungsfristen – mE einleuchtend – und damit auch der Gruppenvergleich nicht möglich. Gerade deswegen nicht berechtigt ist mE die Kritik von *Binder*¹⁰⁰, der den „Günstigkeitsvergleich“ sachlicher handhaben und nicht isolierte Einzelpositionen wie Kranken- und Urlaubsentgelt bzw Abfertigung abwägen will, somit einen umfassenden Gruppenvergleich verlangt und summa summarum in allen drei Teilbereichen eine Vorteil der Regelungen des VBG erkennt und daher dieses anwenden will. Ev anzudenken – aber am Ende doch abzulehnen – wäre hingegen die etwas abenteuerliche Auffassung, das VBG – ungeachtet der Anwendbarkeit als *lex contractus* – als „analoge“ Rechtsgrundlage heranzuziehen, wie dies der OGH in älteren Erk¹⁰¹ schon getan hat. Dies wäre aber – auch hier dem OGH folgend – mE aus Sittenwidrigkeitsgründen abzulehnen, da eine – leicht durch Kompetenzergreifung zu behebende – Regelungslücke nicht zum Nachteil des Bediensteten geschlossen werden darf. Im Endeffekt ähnlich – aber hier nur am

⁹⁹ 29.1.1998, 8 ObA 361/97i; dazu ausführlich *Stärker*, ASoK 1998, 231; *Steiner*, ASoK 1998, 236; Nebenwirkung im Urlaubsverbrauch und in der Lohnanpassung.

¹⁰⁰ RdW 1998, 746 zu Vertragsschablonen für Spitalsärzte und zwingendem Gesetz.

¹⁰¹ Va 17.3.1993, 9 ObA 317/92, ARD 4476/12/93 = DRdA 1993, 387 = DRdA 1994, 2 (zust *Schnorr*) = JBI 1994, 57 (krit *Spielbüchler*).

Rande interessierend – ist mE auch die vom OGH¹⁰² festgestellte vertikale, unmittelbare Wirkung der – auch Musikschulen umfassenden – Betriebsübergangs-RL 77/187/EWG, da auch hier wegen Untätigkeit des Landes Tirol ein Gruppenvergleich mit der genannten RL bzw mit dem AVRAG unzulässig ist.

Eine Vereinbarung der Rückzahlung von Ausbildungskosten iS der Regelung im VBG ist nach Ansicht des OGH¹⁰³ – trotz fehlender landesgesetzlicher Vorschrift im Tiroler Landes- bzw Gemeindebedienstetenwesen – auch durch Einzelvertrag ersetzbar, allerdings verstößt eine Differenzierung in der Höhe der Ausbildungskosten gegen kein tragendes Strukturprinzip – mE einleuchtend, sonst würde der Spielraum für die Homogenität praktisch null sein. Im selben Sinne liegt nach Ansicht des OGH¹⁰⁴ auch eine einzelvertragliche Lehrverpflichtungsabweichung eines vertraglichen Musiklehrers – bei fehlender Landesregelung – gegenüber dem BLVG im autonomen Gestaltungsspielraum des Landes.

3.7.4. Fall einer späteren Kompetenzergreifung durch das Land

Interessant ist mE die Entscheidung des OGH¹⁰⁵ im Fall eines Tiroler Landes-Vertragsbediensteten mit Vertragsschablone (VBG als *lex contractus*), dem ein Zusatzurlaubstag aufgrund des anzuwendenden § 27c VBG zustand, dessen Anwendung aber folglich im Zuge einer Novelle zum Tir Landesbeamtenrecht¹⁰⁶ ab 1. März 1998 untersagt wurde. Der OGH sah in der Schlechterstellung bei der Urlaubstageumrechnung keine Verletzung eines tragenden Prinzips und damit des Homogenitätsgebotes und wertete diese Regelung auch als teilweise Kompetenzergreifung des Landes, welche mit dem Tir Landes-

¹⁰² 15.4.1999, 8 ObA 221/98b, DRdA 2000, 12 (*Wachter*).

¹⁰³ 13.11.1996, 9 ObA 2272/96z, Arb 11.516; ARD 4866/39/97 = DRdA 1997, 225 = *ecolex* 1997, 282, = RdW 1997, 420.

¹⁰⁴ 9.12.1998, 9 ObA 232/98b, Arb 11.803; ARD 5016/7/99 = ASoK 1999, 240 = RdW 1999, 613 zu einem Feststellungsantrag des ÖGB.

¹⁰⁵ 14.11.2001, 9 ObA 240/01m.

¹⁰⁶ Art IV der 27. Landesbeamten-Novelle 1998.

Vertragsbedienstetengesetz ab 1. Oktober 1998 in umfassender Weise geschah, wobei abweichende Dienstvertragsbestimmungen als Sonderbestimmungen gemäß § 36 VBG weitergelten sollten. Etwas verwirrend, aber mE nachvollziehbar, wird der rechtskonforme, unbedenkliche Wegfall des Zusatzurlaubstages bei „Altverträgen aus der Zeit vor 1. März 1998“ damit begründet, dass Vertragsschablonen keine Sonderverträge iSd § 36 VBG darstellen und daher am 1. Oktober 1998 auch keine diesbezüglichen Sonderbestimmungen im Sinne des neuen Rechts weitergelten können.

3.8. Diensthoheit, Disziplinarsachen und Personalvertretung

Im Zusammenhang mit dem Untersuchungsgegenstand nur am Rande zu erwähnen ist die nach Art 21 Abs 3 B-VG als Summe aller dienstrechtlicher Zuständigkeiten grds durch die obersten Organe von Bund bzw Ländern¹⁰⁷ auszuübende, für Beamte und Vertragsbedienstete gleichermaßen geltende Diensthoheit,¹⁰⁸ die – *Kucsko-Stadlmayer*¹⁰⁹ folgend – nach Ansicht des VfGH umfassend mit Rechtsakten wie der Begründung und Ausgestaltung des Dienstverhältnisses zu verstehen ist, zur Sicherung geordneter Amtsführung mit Ernennung, Versetzung, Dienstzuteilung, Pensionierung, Auszahlung, Qualifikation, Disziplinarsachen usw dient und daher nicht nur die Dienstaufsicht mit höchster Weisungsautorität der obersten Verwaltungsorgane meint. Die Grenzen der Diensthoheit ergeben sich aus der Hierarchie, oberste Organe üben sie ungeteilt aus, wobei die Übertragung bestimmter Befugnisse an nachgeordnete Organe zulässig ist, sofern ein Kernbereich erhalten bleibt. Einzig die Übertragung der Diensthoheit an ausgegliederte Unternehmen sei bei Zuweisung öffentlich Bediensteter strittig, nach

¹⁰⁷ Im Bundesbereich sind das der Bundespräsident, der Bundeskanzler, die Bundesminister, der Nationalratspräsident, der Präsident des Rechnungshofes und der Vorsitzende der Volksanwaltschaft. Im Landesbereich ist das grds die Landesregierung, wobei die Landesverfassung die Diensthoheit gleichartigen Organen mit Orientierung am Bund zuweisen kann und bei den Gemeinden liegt die Ausübung im eigenen Wirkungsbereich.

¹⁰⁸ Siehe dazu zB *Öhlinger*, Verfassungsrecht³, 121; *ders*, Verfassungsrecht⁴, 224 f; *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹, 245.

¹⁰⁹ Zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 14 ff.

*Holzer*¹¹⁰ aber nach Ansicht des VwGH zulässig. Im Sinne des VfGH¹¹¹ liegen die Grundsätze der Homogenität auf wirtschaftlicher Seite, dh bei Besoldung, Zulagen, Schemata oder Vorrückung und somit haben andere Dienstrechtsbereiche wie zB das Disziplinarrecht keinen wirtschaftlichen Einfluss und sind folglich vom Homogenitätsprinzip nicht erfasst. Ein Besoldungsreflex aus dem Disziplinarrecht wie ein Vorrückungsaufschub als finanzieller Nachteil wäre wohl uU nur in Einzelfällen zu relevieren und mE – wenn überhaupt im Disziplinarrecht – schon deshalb keine Verletzung des Homogenitätsprinzips, allerdings brauchte der VfGH mangels Antrag darauf nicht einzugehen.

Das Personalvertretungsrecht wurde nach *Kucsko-Stadlmayer*¹¹² stets als Organisationsrecht mit Inhalt nicht nur der Organisation wie Einrichtung und Kompetenzen, sondern auch der Rechte und Pflichten der Personalvertreter, nicht aber als Dienstrecht¹¹³ mit nunmehr geteilter Kompetenz zwischen Bund und Ländern gesehen, wobei gemäß Art 21 Abs 1 iVm Abs 2 zweiter Satz B-VG idF BGBl 1981/350¹¹⁴ die Länder für das Personalvertretungsrecht der Gemeinden uneingeschränkt, für das der Länder aber nur für nicht in Betrieben tätige Bedienstete zuständig sind. Obwohl Lehrverhältnisse im öffentlichen Dienst nicht der Dienstrechtskompetenz zuzuordnen und dem Bund vorbehalten sind, können nach *Alvarado-Dupuy*¹¹⁵ – mE unbestritten – die Personalvertreter nach den ausreichenden gesetzlichen Grundlagen auch Lehrlingsfragen wahrnehmen. In einer

¹¹⁰ Arbeitsrechtliche Probleme der „Privatisierung“, DRdA 1994, 376 zur Ausgliederung, Zuweisung und zur Überlassung von Arbeitskräften.

¹¹¹ 25.9.1996, G 149/96.

¹¹² Zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 5 f.

¹¹³ So mE auch aus dem Wortlaut des Art 21 Abs 1 B-VG mit Zitierung „...Angelegenheiten des Dienstrechtes und des Personalvertretungsrechtes...“ ableitbar.

¹¹⁴ Art 21 Abs 1 und 3 B-VG idF BGBl 1974/444 sahen noch für Gemeindebedienstete in Betrieben ebenfalls die Bundeskompetenz vor.

¹¹⁵ Betriebliche Berufsausbildung und Personalvertretungsrecht – ein erster Überblick, ZfV 1999, 366.

Entscheidung betont der OGH¹¹⁶ die – mE aus Art 21 Abs 1 B-VG klar abzuleitende und unstrittige – Nichtgeltung des Homogenitätsprinzips für das Personalvertretungsrecht und prüft ungeachtet des Verfahrensverstößes gegen das Tir Gemeinde-Personalvertretungsgesetz die Wirksamkeit einer Kündigung nach § 32 des als Vertragsschablone geltenden VBG, das er gegenüber dem allgemeinen Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG – ähnlich wie schon in einer früheren Entscheidung¹¹⁷ – insgesamt aus Günstigkeitserwägungen (va besserer Kündigungsschutz) vorrangig anwendet.

3.9. Situation im Landeslehrerbereich

Dienst- und Personalvertretungsrecht der – hier interessierenden – Landeslehrer¹¹⁸ für öffentliche Pflichtschulen obliegt dem Kompetenzregime des Art 14 Abs 2 B-VG¹¹⁹ und sind daher – so auch der klare Wortlaut des Art 21 Abs 1 leg cit – vom Homogenitätsprinzip nicht umfasst, wobei die grds Bundeskompetenz in der Gesetzgebung mE auch diese Einschränkung mangels Homogenitätsproblematik erforderlich macht. Schon deswegen geht mE auch die Stellungnahme der Bundesregierung im Feststellungsverfahren vor dem OGH¹²⁰ bezüglich der unterschiedlichen Anrechnung von in- und ausländischen Vordienstzeiten bei Vertragslehrern ins Leere, weil behauptet wird, dass die durch das Homogenitätsprinzip des Art 21 leg cit bestehende enge Verbindung der Gebietskörperschaften anders zu sehen sei als die Freizügigkeit in den EU-Ländern. Übrigens wurde die Klärung dieser Frage zur Vorabentscheidung dem EuGH

¹¹⁶ 11.5.2000, 8 ObA 204/99d.

¹¹⁷ Siehe OGH 17.3.1993, 9 ObA 317/92 mit Analogielösung VBG contra allgemeiner Kündigungsschutz.

¹¹⁸ Siehe dazu *Kucsko-Stadlmayer* zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 6.

¹¹⁹ Für Kindergärtnerinnen und Erzieher ist Art 14 Abs 3 lit d B-VG maßgeblich.

¹²⁰ 30.4.1998, 8 ObA 224/97t JBI 1998, 598 = ZfRV 1000, 29.

vorgelegt, der in seiner Entscheidung¹²¹ von einem Verstoß gegen die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Wanderarbeitnehmer) nach Art 48 EGV (nun Art 30 EG) und Art 7 VO (EWG) 1612/68 in Form einer mittelbaren Diskriminierung spricht und eine generelle Anrechnung auch von Zeiten vor dem EU-Beitritt festlegt und schon aus dem nationalen B-VG – mE noch als Zusatzargument – den Verfassungsgrundsatz der Homogenität und damit den Willen zur größtmöglichen Mobilität innerhalb der Arbeitgeber im öffentlichen Dienst allgemein ableitet.

4. Das Informationsprinzip mit Wirksamkeit ab 1. Jänner 1999¹²²

4.1. Die Entstehungsgeschichte zum Wegfall des Homogenitätsprinzips und die Auswirkungen des Wegfalls

Der Art 21 Abs 1 B-VG idF BGBl I 1999/8 enthält keine Bindung der Länder mehr an die Grundzüge des Bundesdienstrechts, das Homogenitätsprinzip in Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG aF wurde beseitigt.¹²³ Damit wurden den Forderungsprogrammen der Bundesländer 1976 und dem Forderungskatalog 1985 zur Dezentralisierung mit Ausbau der Länderkompetenzen und Beseitigung der Bundesmitwirkung neben der Vereinbarung über einen Konsultationsmechanismus und künftigen Stabilitätspakt 1999¹²⁴ teilweise Rechnung getragen.¹²⁵ Die – unter Punkt 4.2. näher zu erläuternde – gegenseitige Informationspflicht (Informationsprinzip) samt einem Diskriminierungsverbot bei Vordienstzeiten soll nach *Kucsko-Stadlmayer*¹²⁶ den –

¹²¹ EuGH 27.1.2000, C-195/98 (Schlussantrag Generalanwalt *Jacobs*); 30.11.2000, C-195/98 (Urteil);,; ARD 5102/1/2000; ARD 5181/40/2001 = wbl 2001, 100; siehe dazu *Mayr*, Anrechnung von Vordienstzeiten aus anderen /EU/EWR-Mitgliedstaaten, DRdA 2001, 285.

¹²² Art 21 B-VG idF BGBl I 1999/8, 2001/121 und 2003/100. Das Informationsprinzip in Art 21 Abs 4 letzter Satz B-VG wurde mit der B-VG-Novelle BGBl I 1999/8 eingeführt und korrespondierend dazu der Wegfall des Homogenitätsprinzips in Art 21 Abs 1 letzter Satz B-VG verfügt.

¹²³ Siehe schon *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁴, 224 f.

¹²⁴ Siehe BGBl I 1999//35.

¹²⁵ Siehe dazu im Überblick *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹, 54 f.

¹²⁶ Zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 18 f.

wörtlich im Initiativantrag – geforderten „Entfall des Homogenitätsprinzips“ ersetzen und hat den Bedeutungsgehalt des Dienstwechsels stark reduziert und ihn als Maßstab von Landes- zu Bundesdienstrecht verloren gehen lassen. Der Landesgesetzgeber muss sich demnach nicht mehr am Bund orientieren, um den Dienstwechsel zu erleichtern, vielmehr haben heute die Länder – bei meist besserer Besoldung – das BDG bzw VBG weitgehend nachvollzogen und es herrscht kaum eine Fluktuation zwischen den Gebietskörperschaften. Nach *Bußjäger*¹²⁷ sollte durch den Wegfall des Homogenitätsprinzips die Länderautonomie in der Dienstrechtsgesetzgebung gestärkt werden, durch die Beseitigung der Bindung an die Strukturprinzipien des Bundesdienstrechts sei aber ein föderalistischer Wettbewerb in der Reform des Dienstrechts öffentlich Bediensteter denkbar. Diese Formulierung halte ich im Hinblick auf die immer enger werdenden personellen und finanziellen Ressourcen für übertrieben – , auch weil die faktische Vorbildwirkung Bund weiter besteht. Nach *Schrammel*¹²⁸ werde damit (eher) ein – mE besorgniserregender – Rückfall des Landesrechts hinter Bundesrecht ermöglicht.

Waas sieht schon in einer Glosse 1995¹²⁹ die Homogenität gefährdet und gibt mE sehr anschaulich einen Abriss über die Entwicklung, indem er schon früher – Mitte der Achtzigerjahre¹³⁰ – aus Äußerungen der Gebietskörperschaften unverhüllte Wünsche zu Verfassungsänderungen mit dem Anschein der „Flucht aus dem Dienstrecht“ mit Befreiung von Bund und Ländern von der Fessel Homogenitätsgebot erkennt, was später auch in einer kritischen Stellungnahme des Landes Vorarlberg zu einem Diskussionsentwurf zu einer B-VG-Novelle 1987 sowie der Aussage des VlbG Landeshauptmann *Purtscher* über die Notwendigkeit einer Lockerung des Homogenitätsgebotes im Dienstrecht anlässlich einer Landtagspräsidenten-Konferenz am 11. Mai 1992 über Verhandlungen zu einem Föderalismuspaktum im Dienstrecht gipfelte. Die Ergebnisse einer Landeshauptleute-Konferenz vom 8.

¹²⁷ JBI 1999, 773.

¹²⁸ Siehe *Panhözl*, Bericht der arbeits- und sozialrechtlichen Tagung in Altmünster, DRdA 1999, 509; *Schurz-Wörth*, Fortbildungsveranstaltung aus Arbeits- und Sozialrecht in Altmünster, RZ 2000, 37; zur arbeits- und sozialrechtliche Tagung in Altmünster vom 27. September – 1. Oktober 1999.

¹²⁹ VfGH 10.3.1994, G 197/92, DRdA 1995, 17 (*Waas*).

¹³⁰ und nicht nur zum Anlassfall.

Oktober 1992 fanden schließlich in der „Perchtoldsdorfer Vereinbarung“ mit Neuordnung des Bundesstaates inklusive Neufassung des Art 21 B-VG und dem Entfall des Homogenitätsprinzips sowie der Länderbeschränkungen im Dienstvertragsrecht, umgesetzt in der Regierungsvorlage zur B-VG-Novelle 1994 vom 7. November 1994 ihren Niederschlag. Allerdings brachte die Landeshauptleute-Konferenz vom 12. Dezember 1994 überraschend die Bundesstaatsreform zu Fall, weil Landeshauptmann *Purtscher* noch das EU-Begleitgesetz im Bundesrat verhindern wollte, da der Länderwunsch auf Beseitigung des Homogenitätsgebotes dort nicht berücksichtigt wurde. Die Beseitigung des Homogenitätsgebotes mit Ausschaltung des VfGH hätte eine kleine Staatskrise heraufbeschwört und wäre eine Gefährdung des Institutes des Berufsbeamtentums gewesen.¹³¹

Das durch Landeshauptmann *Purtscher* selbst verursachte Scheitern der Bundesstaatsreform hat aber – so *Waas* weiter – das Homogenitätsprinzip nicht gerettet, vielmehr war im Sinne des Wunsches von Bundespräsident *Klestil* nach Fortsetzung der Gespräche eine Etappenregelung zur Bundesstaatsreform geplant, wobei mit dem Schlagwort Föderalismus unter Ausschaltung des VfGH-Entscheidungskriteriums auch die Gefährdung der Grundprinzipien des Berufsbeamtentums in Kauf genommen wurde. Interessant auch die Zitierung von Bundesminister *Einem*, der im Sinne einer „Pan-Homogenität“ ein vergleichbares Arbeits- und Sozialrecht für alle Beschäftigten – bei noch weitergehenden Verfassungsänderungen – anstrebt. Überzogen mE auch die von *Waas*¹³² zitierte Aussage des Abgeordneten *Kostelka*, der das Homogenitätsprinzip als Argument für dessen Beseitigung negativ als Rasenmäherprinzip bezeichnet. In weiterer Folge kam es auf Antrag der Abgeordneten *Kostelka*, *Feurstein* und Genossen¹³³ – auch

¹³¹ *Waas* spricht später auch in DRdA 1997, 439 vom Perchtoldsdorfer Paktum und der pannenreichen Verhinderung der Abschaffung der Homogenität bis 1995, sieht die Gefährdung aber weiter aufrecht.

¹³² DRdA 1997, 439.

¹³³ IA 972/A, 20. GP vom 27. November 1998 idF des Abänderungsantrages, 1562 BlgNR XX. GP; siehe schon zuvor die RV zur B-VGN 1996 (Strukturreform des Bundesstaates), 14 BlgNR XX. GP, aufbauend auf und in Umsetzung der (weiterverhandelten) Ergebnisse der Perchtoldsdorfer Vereinbarung und der RV zur B-VGN 1994.

Staatssekretär *Ruttensdorfer* und Abgeordneter *Khol* sprachen sich schon zuvor für eine Abschaffung aus¹³⁴ – auch tatsächlich zur Beseitigung des Homogenitätsprinzips.¹³⁵

4.2. Das Informationsprinzip und seine Bedeutung

Es darf nicht übersehen werden, dass in Art 21 Abs 4 letzter Satz B-VG idgF eine der gleichwertigen Entwicklung des Dienstrechtes, Personalvertretungsrechtes und des Arbeitnehmerschutzes der Gebietskörperschaften dienende, wechselseitige Informationspflicht über Vorhaben in diesen Angelegenheiten – in Verfassungsrang! – normiert wird und ich darf die heutigen dienstrechtlichen Vorgaben in Anspielung auf das vormalige Homogenitätsprinzip als Preis für den nicht wesentlich zu behindernden Dienstwechsel als „Informationsprinzip“ bezeichnen, wobei der Dienstwechsel – davon mE losgelöst – „nur mehr“ durch ein – unter Punkt 4.4. zweiter Absatz noch zu behandelndes – Diskriminierungsverbot bei der Vordienstzeitenanrechnung unmittelbar geschützt wird. Offen ist freilich, worüber alles ein Informationsaustausch erfolgen soll, wie die Information aussehen soll oder kann und ob eine Disharmonie unter den Austauschpartnern irgendwelche Konsequenzen zeitigen soll, zumal eine nicht rechtskonforme Ausübung der Informationspflicht zweifellos eine Verfassungswidrigkeit des „Vorhabens“ bedeuten würde.¹³⁶ Keine diesbezüglichen Hinweise bringt die Vereinbarung der Gebietskörperschaften über einen Konsultationsmechanismus und künftigen Stabilitätspakt BGBl I 1999/35, einer Vereinbarung nach Art 15a B-VG, da darin Vorhaben – gemeint sind Gesetzes- und Verordnungsentwürfe grds ohne materielle Einschränkung¹³⁷ – nur dann auf Verlangen in einem Konsultationsgremium verhandelt werden müssen, wenn die finanziellen Auswirkungen voraussichtlich eine

¹³⁴ Nach *Khol* sei das Homogenitätsprinzip ein „Relikt aus 1920“ (Debatte zum Initiativantrag).

¹³⁵ Siehe OGH 29.1.1998, 8 ObA 134/97g, DRdA 1999, 14 (*Waas*); va aber die Glosse von *Waas* mit Darstellung der letzten Entwicklung.

¹³⁶ Siehe *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁴, 225.

¹³⁷ Ausnahmen enthält Art 6 der Vereinbarung bezüglich Maßnahmen des Gemeinschaftsrechts, der Privatwirtschaftsverwaltung und des Abgabenrechts.

bestimmte Betragsgrenze gemäß Art 4 Abs 5 der Vereinbarung – unterschiedlich für Bundes- bzw Landesvorhaben¹³⁸ – überschreiten werden.

Die Abgeordneten *Kostelka*, *Feurstein* und Genossen sprechen im Initiativantrag zur B-VGN 1999¹³⁹ von einer „... Informationspflicht, ... damit Erfahrungen über die Gestaltung des Dienstrechtes ausgetauscht und Lösungen optimiert werden können ...“. ¹⁴⁰ Nach *Kucsko-Stadlmayer*¹⁴¹ wirft die Novelle (Initiativantrag) wegen der vielen Inkonsistenzen schwierige neue Auslegungsfragen auf, auch betreffend die gegenseitige, unpräzise Informationspflicht, welche einen weiten Auslegungsspielraum offenlässt, bei Verstoß gegen diese Rechtspflicht aber Gesetze, Verordnungen verfassungswidrig macht. Daher ist nach *Bußjäger*¹⁴² – mE der primäre Ansatz – der neue Begriff „Vorhaben“ im B-VG zu klären, wobei auch die schon zitierte Vereinbarung über einen Konsultationsmechanismus und künftigen Stabilitätspakt in seinem Art 1 Abs 3 als Oberbegriff „Vorhaben“ für eine beabsichtigte Regelung in Form eines Gesetzes- oder Verordnungsentwurfes nennt und diesbezüglich mE durchaus analogiefähig erscheint. Somit wären Maßnahmen wie zB ein Aufnahmestopp als „geringfügige Information“ hier im Sinne der Sicherstellung einer gleichwertigen Entwicklung des Dienstrechtes usw wohl nicht umfasst.

Zu bemerken ist abschließend, dass die Kompetenzbestimmungen im Verfassungsentwurf von Präsident *Fiedler*¹⁴³ als Ergebnis des Österreich-Konvents zur Staats- und Verfassungsreform – die Umsetzung bleibt abzuwarten – in den Art 91 Z 24 und 92 Z 16, beide iVm Art 94 des Entwurfes stets von einer direkten und

¹³⁸ Die Betragsgrenze für 2006 beträgt lt Kundmachung des BMF, BGBl II 2006/38 für Bundesvorhaben 1.372.815,9 Euro sowie lt Kundmachung des BMF, BGBl II 2006/233 für Landesvorhaben für das Land Wien 409.207 Euro.

¹³⁹ IA 972/A, 20. GP vom 27. November 1998 idF des Abänderungsantrages, 1562 BlgNR XX. GP.

¹⁴⁰ Die „Perchtoldsdorfer Vereinbarung“ bzw die (weiterverhandelte) RV zur B-VGN 1996 sah keine Informationspflicht der Gebietskörperschaften vor.

¹⁴¹ Zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 5.

¹⁴² JBl 1999, 773.

¹⁴³ Österreich-Konvent, Entwurf einer Bundesverfassung (2005).

uneingeschränkten Zuweisung der Zuständigkeit auf dem Gebiet des Dienstrechtes an Bund bzw Länder ausgehen.

4.3. Überkommene Begriffsbilder und Wegfall des Typenzwanges, Dienstrecht und Beschränkung des Dienstvertragsrechtes, Diensthoheit und Personalvertretungsrecht

4.3.1. Überkommene Begriffsbilder und Wegfall des Typenzwanges

Es gilt im wesentlichen das schon iZm dem Homogenitätsprinzip festgestellte Verständnis von Berufsbeamtentum, Vertragsbediensteten und Typenzwang, allerdings sind diese überkommenen Berufsbilder nur noch tw geschützt, wobei der Typus des Berufsbeamten schon wegen Art 20 Abs 1 B-VG jedenfalls weiter besteht, genauso wie der Typus des Vertragsbediensteten nunmehr neugefasst in Art 21 Abs. 1 leg cit mit der Kompetenzzuweisung im Dienstvertragsrecht mittelbar festgeschrieben wird. Wieweit eine gegenseitige Zurückdrängung erfolgen darf, ist damals wie heute fraglich.¹⁴⁴ Nach *Kucsko-Stadlmayer*¹⁴⁵ blieb zwar der duale Bestand der beiden Typen erhalten, aber nur mehr in dem Sinn, dass es beide Typen öffentlicher Bediensteter geben muss – mE ein sehr verdünnter Typenzwang – , denkbar sind aber heute zB – früher vom VfGH als unzulässig angesehene – zusätzliche Beamte auf Zeit, Lockerungen des Bestandschutzes im Vertragsbereich oder eine inhaltliche Angleichung des Vertragsbediensteten- an das Beamtendienstrecht. Einen Funktionsvorbehalt gibt es auch nur für einzelne Leitungsfunktionen von Beamten gemäß Art 21 Abs 5 leg cit, wobei zwar die „befristete Ernennung auf Zeit“ ein Abgehen vom vorgegebenen historischen Begriffsbild des – auf Dauer ernannten – Berufsbeamten darstellt, aber eine Beschränkungsmöglichkeit der Beamten auf den Kernbereich Hoheitsverwaltung nicht tangiert, der durch *Bachmann* schon 1991¹⁴⁶ im Hinblick auf den möglichen Beitritt Österreichs zur EG iSd allgemeinen Freizügigkeit nach Art 48 EGV angeraten

¹⁴⁴ Siehe dazu auch *Walter/ Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹, 244.

¹⁴⁵ Zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 7 f.

¹⁴⁶ ZfV 1991, 233.

wird. *Bußjäger*¹⁴⁷ kann – mE abgesehen von der Bestandsgarantie – keinen Typenzwang mehr aus Art 21 B-VG ableiten, eine bescheidmäßige Kündigung von Beamten sei denkbar, nicht aber eine solche von Vertragsbediensteten, da zumindest eine sukzessive Gerichtskompetenz nötig wäre. Er geht mE mit der Aussage, dass das verfassungsrechtlich vorgegebene Beamtenbild ein Phantom ist, das nur sehr zweifelhaft aus Art 20 leg cit ableitbar ist, – va aus den schon unter Punkt 3.5. getätigten historischen Überlegungen – doch zu weit.

Die neueste – geplante – Entwicklung geht allerdings in die Richtung der generellen Abschaffung der Pragmatisierung im Bundesbereich durch ein „... einheitliches und modernes ‚Bundesmitarbeitergesetz‘ für alle neu eintretenden Bundesbediensteten mit Geltung eines Angestelltenstatus, da im Regierungsprogramm nachhaltige Schritte im Sinne einer Angleichung der öffentlichen Dienst-, Besoldungs- und Pensionsrechte an das private Arbeitsrecht vorgesehen sind ...“,¹⁴⁸ wobei im Pensionsbereich im Rahmen der Pensionsharmonisierung 2004 bereits eine solche Vereinheitlichung erfolgt ist.¹⁴⁹ Nach Vizekanzler *Gorbach*¹⁵⁰ sei man den Wünschen der Bevölkerung nach Gleichstellung¹⁵¹ verpflichtet – er erwartet auch ein gleichartige Umsetzung im Bereich der Länder und Gemeinden – und er will einen Kündigungsschutz nur für den Hoheitsbereich beibehalten. Schon zuvor bezeichnete Nationalratspräsident *Khol*¹⁵² wörtlich „... das Berufsbeamtentum als Auslaufmodell ...“ und meint auch, dass „... Beamtenstaatssekretär *Finz* aufgrund der Aufhebung der Ruhensbestimmungen bei Beamten Rückenwind für die recht mühsame Änderung des Beamtenstatus bekommen hat ...“ und überlegt wird, eine Möglichkeit des Wechsels von „Altpragmanen“ ins neue Modell zu schaffen. Ich halte dieses

¹⁴⁷ JBI 1999, 773.

¹⁴⁸ Siehe Bundeskanzleramt, Das Personal des Bundes 2005, Daten und Fakten (2005), 53 f.

¹⁴⁹ Siehe zuletzt *Tomandl*, ZAS 2006, 104; *Pinggera*, Pensionsharmonisierung – Reform mit Entwicklungspotenzial?, ZAS 2006, 114.

¹⁵⁰ So ua eine APA-Meldung vom 26. Dezember 2005.

¹⁵¹ Laut einer aktuellen Umfrage sollen 63% der Bevölkerung für die Abschaffung der Pragmatisierung bei Beamten sein.

¹⁵² „Presse“-Interview am 3. Dezember 2005.

Vorhaben – wie schon unter Punkt 3.5. thematisiert – ohne eine verfassungsrechtliche Absicherung bei völliger Abschaffung des Typus Beamter bei Neueintritten – ungeachtet der „Altrugmanen“ als Auslaufmodell – für rechtlich unzulässig, ohne den noch nicht umgesetzten Ergebnissen des Österreich-Konvents zur Staats- und Verfassungsreform¹⁵³ vorgehen zu wollen.

4.3.2. Dienstrecht und Beschränkung des Dienstvertragsrechts

Bezüglich des Begriffsinhaltes von Dienstrecht bzw Dienstvertragsrecht kann auf die unveränderten Ausführungen iZm dem Homogenitätsprinzip verwiesen werden, allerdings ist va die Frage nach den aufgrund der Neufassung des Art 21 Abs 1 und 2 B-VG heute geltenden Beschränkungen im Dienstvertragsrecht zu stellen, zumal – durch den Wegfall des Homogenitätsprinzips und der damit verbundenen Strukturbindung – nur die – jetzt wörtlich normierte – Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Streitigkeiten aus vertraglichen Dienstverhältnissen vorgesehen ist, wobei auch die Einschränkung auf Ein- und Austritte sowie auf Rechte und Pflichten aus dem Dienstverhältnis weggefallen ist. Abgesehen davon, dass aufgrund der schon erwähnten Typenbildung der Dienstrechtsgesetzgeber heute nicht völlig frei ist, haben die Länder im Dienstvertragsrecht somit erstmals einen dem Bund gleichwertigen Regelungsumfang und somit ist allgemein die subsidiäre Geltung von allgemeinen Zivil- und Arbeitsrechtsregeln bei Fehlen von Landesnormen nicht mehr argumentierbar.¹⁵⁴

Nach *Bußjäger*¹⁵⁵ ist eine sukzessive Kompetenz der Gerichte quasi mit vorgeschaltetem Disziplinarverfahren in der Verwaltung nicht ausgeschlossen, er empfindet aber die Normierung der Gerichtszuständigkeit für Streitigkeiten aufgrund des Wegfalls der Einschränkungen sinnvoll, um Zivilrecht zweifelsfrei bei den Gerichten zu belassen, wobei er – trotz eigentlicher Kompetenzgrundlage in Art 10 Abs 1 Z 16 B-VG – auch eine Bindung des Bundes annimmt, obwohl die Regelung

¹⁵³ Siehe *Fiedler*, Entwurf einer Bundesverfassung, der in Art 155 Abs 2 – anders als Art 20 Abs 1 B-VG – nur mehr von den obersten Organen unterstellten Organen der Verwaltung spricht; siehe auch *Machold*, Entwurf einer Verfassung der Republik Österreich (2004).

¹⁵⁴ Siehe *Kucsko-Stadlmayer* zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 12, FN 48.

¹⁵⁵ JBI 1999, 773.

auf die Länderkompetenzen abziele. Auch kann er – auch mE – trotz Wegfall der Einschränkung in Art 21 Abs 2 erster Satz B-VG aF keinen Kompetenzgewinn der Länder erkennen und es gelten offenbar, da Art 21 leg cit mit der B-VGN 1999 ohne Normierung von Übergangsbestimmungen geändert wurde, auch die Übergangsbestimmungen der B-VGN 1974 bzw der B-VGN 1981 weiter. Auch *Spielbüchler* geht weiter bei fehlender Kompetenzergreifung der Länder von der Bundeszuständigkeit aus, nur *Thienel* sieht aufgrund des Wegfalls der Generalklausel zugunsten des Bundes in der Neufassung des Art 21 leg cit eine Invalidation.¹⁵⁶

Eingehend untersucht *Leeb*¹⁵⁷, ob nunmehr die Länder das Verfahren und die Zuständigkeit der Gerichte auf dem Gebiet des Dienstvertragsrechts iSd Adhäsionsprinzips¹⁵⁸ regeln dürfen oder ob dieses Prinzip hier ausnahmsweise durchbrochen wird. Vor 1. Jänner 1999 war – so *Leeb* – nach Meinung des VfGH – in der Literatur strittig – das Adhäsionsprinzip unanwendbar¹⁵⁹ und wegen der Generalklausel zugunsten des Bundes in Art 21 Abs 2 letzter Satz B-VG hatte der Bund laut Vorverständnis ordentliche Gerichte zu betrauen. Die neue Rechtslage setzt zwar die Gerichte zur Streitschlichtung ein, sagt aber nicht, welcher Gesetzgeber diese damit zu betrauen hat. Nach *Leeb* ist die Länderzuständigkeit für Streite aus dem Dienstverhältnis nicht beschränkt, sondern durch das inhärente Adhäsionsprinzip gegeben, wobei Art 83 Abs 1 leg cit durch die lex specialis des Art 21 Abs 1 leg cit nur soweit verdrängt wird, als die Länder die Zuständigkeit der Gerichte ausnahmsweise und nur mehr begrenzt durch das Sachlichkeits- und Rücksichtnahmegebot regeln können.¹⁶⁰ Der Umfang der Dienstvertragsrechtskompetenz ergibt sich jedenfalls aus der umfassenden

¹⁵⁶ Nachzulesen bei *Leeb*, JBI 2000, 359.

¹⁵⁷ JBI 2000, 359.

¹⁵⁸ Die materielle Zuständigkeit zieht nach Art 15 Abs 9 B-VG auch die verfahrensrechtliche Zuständigkeit nach sich.

¹⁵⁹ Länder durften nicht mehr als der Bund im VBG regeln, das versteinert mit 1. Jänner 1975 keine Regelung über Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis enthält.

¹⁶⁰ Die Determinanten des Bundes in Art 82-94 B-VG sind zu beachten bei Anknüpfung an die Bundesgerichtsorganisation.

Zuständigkeit zur Regelung der Materie und des Verfahrens, womit also bei Streiten aus Vertragsdienstverhältnissen Gesetzgebung des Landes und Vollziehung des Bundes – durch ordentliche Gerichte – vorliegt. *Leeb* geht weiter in seiner Argumentation von einer föderalistischen Normhypothese aus, nach der die Durchbrechung des Adhäsionsprinzips ab 1. Jänner 1999 beseitigt wurde und die Länder auch Gerichtszuständigkeit und –verfahren regeln dürfen und wählt eine Zwischenvariante, in der nur die Gerichtsorganisation des Bundes gemäß Art 83 Abs 1 leg cit zu beachten ist. Ich halte demgegenüber die zentralistische Normhypothese mit Land als Materiengesetzgeber und Bundesvollzug betreffend Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis zwingend durch ordentliche Gerichte für die zutreffende, da die Novelle an diesem auch für den Bund geltenden Grundverständnis des Verfassungsgesetzgebers mE nichts geändert hat.

4.3.3. Diensthoheit und Personalvertretungsrecht

Hier kann bemerkt werden, dass sich an den bereits iZm dem Homogenitätsprinzip getätigten Aussagen zur Diensthoheit prinzipiell durch die Neufassung des Art 21 B-VG nichts geändert hat. Die Zuständigkeit im Bereich des Personalvertretungsrechts ist zur Gänze gleich geblieben. Im Bereich der Diensthoheit ist es den Ländern aufgrund des Zusatzes in Art 21 Abs 3 leg cit nun auch erlaubt, durch Landesverfassungsgesetz die Ausübung der Diensthoheit auch anderen Organen – als den obersten – zu übertragen, sofern diese den durch das B-VG als Ausnahme vorgesehenen Organen des Bundes gleichartig sind und meint damit die Diensthoheit in Kontrolleinrichtungen.^{161,162}

4.4. Der Dienstwechsel heute und die Bedeutung für die Vordienstzeiten

Die Möglichkeit des Dienstwechsels – seine rechtliche Qualifikation wurde schon unter Punkt 3.4. erörtert – bleibt den öffentlich Bediensteten nach dem inhaltlich unverändert gebliebenen Art 21 Abs 4 erster Satz B-VG – trotz stark reduziertem Bedeutungsgehalt – weiterhin jederzeit gewahrt, das Weglassen der Bestimmung

¹⁶¹ ZB Präsident des Rechnungshofes, Präsident des Nationalrates und Vorsitzender der Volksanwaltschaft.

¹⁶² Siehe dazu auch *Bußjäger*, JBl 1999, 773.

über das Einvernehmen der Diensthoheitsbehörden bei Vollzug des Dienstwechsels in Art 21 Abs 4 zweiter Satz leg cit aF ist mE zu Recht erfolgt, da diese Voraussetzung trivial ist – ohne dieses Einvernehmen kann niemand den Arbeitgeber wechseln. Die Einführung und Bedeutung des Informationsprinzips in Art 21 Abs 4 letzter Satz leg cit wurde auch schon unter Punkt 4.2. behandelt, festzustellen ist mE aber, dass dieses keinen direkten Konnex mit dem Recht auf Dienstwechsel hat und daher eine Verletzung der Informationspflicht einer Individualbeschwerde beim VfGH nicht zugänglich ist.

Neu ist die Einführung eines Diskriminierungsverbotes bei der Anrechnung von Vordienstzeiten gemäß Art 21 Abs 4 zweiter Satz B-VG, nach dem die Art und Weise der Anrechnung von Vordienstzeiten im öffentlichen Dienst generell zwar der Regelung der einzelnen Gebietskörperschaften vorbehalten bleibt, aber keine unterschiedliche Bewertung dieser Vordienstzeiten erlaubt ist, somit eine wechselseitige, undifferenzierte, keinesfalls aber eine zwingende Vordienstzeitenanrechnung garantiert ist, was uU der – unter Punkt 4.5. noch zu behandelnden – EuGH-Judikatur widersprechen könnte. Bei denkunmöglicher Vorrückungstichtagberechnung (Vollzugsfehler) ist – so weiter *Kucsko-Stadlmayer*¹⁶³ – nach Auffassung des VfGH auch die Gewährleistung des Dienstwechsels verletzbar, wobei bei Neueintritt beim Bund mit nicht notwendiger Beendigung des Landesdienstverhältnisses nicht von einem Dienstwechsel gesprochen werden kann. Ich meine aber, wie schon im ersten Absatz, konform mit dem VfGH, – entgegen der zitierten Auffassung von *Handstanger*¹⁶⁴ – dass ein Dienstwechsel Einvernehmen der Diensthoheitsbehörden als essentialia negotii voraussetzt und somit mE trotz nicht lückenlosem Übergang bei Einvernehmen darüber schon ein solcher geschützter Dienstwechsel vorliegt.

Nach den einschlägigen Bestimmungen der § 14 Abs 1 Z 1 DO 1994, § 18 VBO 1995, § 12 Abs 1 Z 1 GehG bzw § 26 Abs 1 Z 1 VBG sind Vordienstzeiten bei einer inländischen Gebietskörperschaft stets zur Gänze anzurechnen.

¹⁶³ Siehe *Kucsko-Stadlmayer* zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 19.

¹⁶⁴ ZfV 1993, 449.

4.5. Europäisches Gemeinschaftsrecht iZm Hoheitsverwaltung und Freizügigkeit

Das Europäische Gemeinschaftsrecht normiert nach der Judikatur des EuGH eine umfassende Pflicht zur Vordienstzeitenanrechnung im öffentlichen Dienst, abgeleitet aus Art 48 EGV (nun Art 39 EG), wo die allgemeine Freizügigkeit der Arbeitnehmer geregelt wird, aber nicht für den Bereich der öffentlichen Verwaltung (Hoheitsverwaltung) anzuwenden ist. Im Widerspruch dazu steht nunmehr Art 21 B-VG mit keiner verpflichtenden Vordienstzeitenanrechnung der Gebietskörperschaften – uneingeschränkt auf die Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung –, der damit möglicherweise gleichheitswidrig erscheinen könnte.¹⁶⁵ Symptomatisch dazu war die vom OGH beantragte Vorabentscheidung des EuGH¹⁶⁶ bezüglich der Anrechnung von Vordienstzeiten in anderen EU/EWR-Mitgliedstaaten in Bezug auf § 26 VBG aF, der Inlandszeiten im öffentlichen Dienst, an öffentlichen und privaten Schulen mit Öffentlichkeitsrecht uneingeschränkt, gleichartige Auslandszeiten nur bei öffentlichem Interesse und Zustimmung des BMF anrechnen wollte. Nachdem der OGH¹⁶⁷ – bei Fiktion der Unterwerfung der Vertragslehrer unter Art 48 EGV – eine Diskriminierung wegen nicht sachlich begründbarer Schlechterstellung bei der Vorrückung trotz Bemühens um Verhältnismäßigkeit durch den BMF aus Sicht des EuGH für möglich hielt, sollte eine Vorabentscheidung darüber und auch über die zeitlich begrenzte (Stichtag EWR/EU-Beitritt) oder unbegrenzte Anrechnung von gleichartigen Auslandszeiten Klarheit bringen. Der EuGH sah Vertragslehrer nicht von der öffentlichen Verwaltung umfasst, daher dem Regime des Art 48 EGV unterworfen und erblickte eine mittelbare Diskriminierung bei der Vorrückungsstichtagberechnung und damit der Beschäftigungsbedingungen für Wanderarbeitnehmer. Vielmehr können größtmögliche Mobilität im öffentlichen Sektor iSd B-VG und die Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer nach EU-Vertrag nebeneinander bestehen und mangels sachlicher Rechtfertigung sind daher gleichartige Auslandszeiten zeitlich unbegrenzt anzurechnen.

¹⁶⁵ Siehe *Kucsko-Stadlmayer* zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Kommentar zum B-VG, 19.

¹⁶⁶ 27.1.2000, C-195/98 (Schlussantrag Generalanwalt *Jacobs*); 30.11.2000, C-195/98 (Urteil); ARD 5102/1/2000; ARD 5181/40/2001 = wbl 2001, 100; siehe dazu *Mayr*, DRdA 2001, 285.

¹⁶⁷ 30.4.1998, 8 ObA 224/97t, JBI 1998, 598 = ZfRV 1999, 29.

Ergo erscheint mE die Freigabe bundes- und landesgesetzlicher Regelungen mit unterschiedlicher Vordienstzeitenanrechnung im öffentlichen Dienst in Art 21 Abs 4 zweiter Satz B-VG mit großer Wahrscheinlichkeit gleichheitswidrig iSd Art 48 EGV zu sein, wobei mE zur Rettung eine Einschränkung der Bestimmung nur auf den Hoheitsbereich schon nach innerstaatlichem Rechtsbewusstsein – trotz rechtsgültiger Verfassungsnorm – aufgrund der Benachteiligung der hoheitlichen Staatsdiener rechtspolitisch unververtretbar und kontraproduktiv wäre.

4.6. Umsetzung der Informationspflicht

Es ist zu fragen, ob – abgesehen von den Stellungnahme- und Einspruchsregelungen der Art 42 bzw 98 B-VG zu Bundes- bzw Landesgesetzesbeschlüssen – mit dem der Gesetzes- und Verordnungserlassung vorgeschalteten, aufwendigen Begutachtungsverfahren zu Gesetzes- und Verordnungsentwürfen dem Informationsprinzip Genüge getan ist oder nicht. Den Zweck des Art 21 Abs 4 letzter Satz leg cit in Erreichung einer gleichwertigen Entwicklung in verschiedenen Rechtsbereichen kann eine reine Information allein unbestrittenermaßen nicht erreichen. Es ist mE fast aussichtslos, bei diesen Minimalanforderungen den Weg einer Verfassungsprüfung nach Art 140 leg cit erfolgreich zu beschreiten, um ein Gesetz zu Fall zu bringen, es müssten schon eklatante Informationsnotstände vorliegen. Als mE zutreffendes Beispiel kann die – nach meinem Wissensstand nicht oder nur fragmentarisch zur Begutachtung versendete – Regierungsvorlage zur Dienstrechts-Novelle 2005 BGBl I 80 genannt werden, die zum rechtskonform versendeten Ministerialantrag einschneidende, mE legislativ an Provinzialgesetze erinnernde, Zusatzregelungen enthielt.¹⁶⁸

Schlussendlich ist der Vollständigkeit halber zu bemerken, dass der Dienstrechtskompetenz des Art 21 B-VG einige zusätzliche Schranken – abgesehen vom Konsultationsmechanismus – verblieben sind, von denen va die gegenseitige Rücksichtnahmepflicht zur Koordination der Kompetenzausübung mit wechselseitiger Abstimmung zu erwähnen ist, wonach iSd VfGH der Grundsatz der Kompetenztrennung nicht zur gegenseitigen Behinderung der Kompetenzausübung

¹⁶⁸ Diese waren ua die Einführung eines besonderen Sterbekostenbeitrages in § 42 PG 1965 und einer zusätzlichen „Jubiläumswendung“ in § 20c Abs 6 GehG sowie die Einfügung der Bestimmungen über eine Pensionskassenvorsorge in § 22a leg cit bzw in § 78a Abs 5 VBGl.

führen darf.¹⁶⁹ Die Bindung von Gesetzgebung und Vollziehung an allgemeine Prinzipien, wie va an die Schranken der Grundrechte wird nach Abschaffung des Homogenitätsprinzips auch vom OGH¹⁷⁰ betont.

5. Die Gesamtsituation im Untersuchungsbereich und der Ausblick auf die Zukunft

5.1. Resümee und persönliche Bewertung der aktuellen Situation im Allgemeinen

Nachdem nunmehr sehr ausführlich die historische Entwicklung im Dienstrecht – gemessen an seinen verfassungsrechtlichen Vorgaben va in Art 21 B-VG – von der nie verwirklichten Grundsatzgesetzgebung des Bundes über das dem Föderalismusstreben der Länder entgegenkommende, aber dieses doch stark einengende, Homogenitätsprinzip bis hin zum heute bestehenden – die Länderinteressen weitgehend befriedigenden, dafür aber zahnlosen – Informationsprinzip vor Augen geführt wurde, stehen wir mE vor einer für den Bundesstaat Österreich äußerst unvorteilhaften Situation. In einer Zeit der – auch auf Österreich seit dem Beitritt am 1. Jänner 1995 einwirkende – immer mehr auf Homogenisierung großer Rechtsbereiche drängenden Europäischen Union, in der sogar eine gemeinsame Verfassung mit schleppendem Erfolg debattiert und verhandelt wird, schafft es die Republik Österreich in einer kontraproduktiven und nicht vorausschauenden Vorgangsweise, dass in ihrem Bundesgebiet gerade im Bereich des öffentlichen Dienstrechts ihrer Beamten und Vertragsbediensteten vier Jahre nach dem EU-Beitritt ein großer Schritt gegen die Homogenisierung gesetzt wird. Die fast völlige inhaltliche Freigabe der Dienstrechtskompetenz an Bund und Länder und den damit bereits entstandenen Wildwuchs an Regelungen – man denke nur an die unter dem Schlagwort „Pensionsharmonisierung“ bestehende Situation in den Ländern, welche alle ihr eigenes Süppchen kochen – kann man sicherlich mit einer reinen Informationsverpflichtung, die mangels näheren Auflagen einfach zu erfüllen ist, nicht in den Griff bekommen. Wenn heute zB ein Beamter einen

¹⁶⁹ Siehe dazu *Funk*, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht¹⁰ (2000), 146 f, der hier freilich das Verhältnis von Jagd- zu Forstrecht vor Augen hat.

¹⁷⁰ Siehe wörtlich 20.2.2002, 9 ObA 225/01f iZm mit Ketten-Dienstverhältnissen.

Dienstwechsel begehrt, ist er gut beraten, sich zuvor eingehend darüber zu informieren, wie die – absolut nicht homogen zu vermutende – dienstrechtliche Situation beim neuen potenziellen Arbeitgeber aussieht. Ein Dienstwechsel eines Wiener Beamten zum Bund hatte schon bisher die negative Konsequenz eines – das Homogenitätsprinzip nicht berührende, aber finanziell zu verkraftenden – Verlustes gleichartiger Nebengebühren und einer fast völlig versagenden Fortzahlung von Nebengebühren in Krankenstand und Urlaub, nun aber ist ua auch der Verlust einer – doch noch – weit lukrativeren Pensionsanwartschaft in Kauf zu nehmen, für die man eine solche mit sofortiger Lebenszeitdurchrechnung unter schlechteren Bedingungen erwirbt. Dessen ungeachtet ist es mE sogar denkbar – im Zuge des sehr bedeckt gehaltenen und noch umzusetzenden Bundesmitarbeitergesetzes – den Pragmatisiertenstatus gar nicht „mitübernehmen“ zu können und damit plötzlich uU – so wird gemunkelt – sogar dem AngG unterworfen zu werden.¹⁷¹ Der Status quo ist daher mE mehr als unerträglich – sowohl innerstaatlich als auch nach außen – und die Situation schreit förmlich nach einer Reparatur, dazu noch später unter Punkt 5.4. bei den Vorschlägen de lege ferenda.

5.2. Kritik an den heranzuziehenden Grundlagen für die Entgeltfortzahlung im Krankenstand

5.2.1. Die Tätigkeitsbereiche der Staatsdiener

Bezogen auf den Untersuchungsgegenstand dieser Arbeit und den vielen einschlägigen, oft inhomogenen, Vorschriften österreichweit stellt sich die Frage, was die Staatsdiener in den einzelnen Gebietskörperschaften voneinander so unterscheiden soll, dass eine solche Flut an differenzierenden Regelungen erforderlich ist und zwar so, dass nicht nur zehn gesetzgeberische Autoritäten ihr Personal – und auch das der Gemeinden – reglementieren, sondern dass sie auch im eigenen Bereich keine einheitlichen Bestimmungen in Geltung setzen. Einerseits wird – nicht nur – bei der Entgeltfortzahlung in keinem Gesetzgebungsbereich eine Unterscheidung zwischen der Tätigkeit in der Hoheits- bzw. Privatwirtschaftsverwaltung gemacht, wenn man von den Kollektivverträgen absieht, die von vornherein nur einem Betrieb zuzuordnen sind, andererseits wird in den

¹⁷¹ Das dürfte aber nach dem bisher Gesagten zumindest finanziell in der Aktivzeit – abgesehen von Langzeiterkrankungen – eher ein Vorteil sein.

tragenden Entgeltfortzahlungsregelungen – nicht aber bei Einstufung, Nebengebühren etc – aber auch nicht zwischen Arbeitern und Angestellten unterschieden – auch hier sind wieder die spezifischen Kollektivverträge sowie einzelne Berufsgruppen, die va in den Anwendungsbereich des AngG bzw EFZG fallen, auszunehmen. Die einzige schwerwiegende Unterscheidung im öffentlichen Dienst ist die Anstellungsart als Beamter oder Vertragsbediensteter, wobei für beide Gruppen notwendigerweise getrennte – in der Entgeltfortzahlung die Beamten grds bevorzugende – Regelungen greifen, allerdings eine zukünftig geplante Abschaffung der Pragmatisierung – so die Überlegungen zum Entwurf eines Bundesmitarbeitergesetzes auf Bundesebene – auch diesen Unterschied langfristig beseitigen würde. Es ist also festzuhalten, dass die Entgeltfortzahlung für Bedienstete im öffentlichen Dienst in der Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltung prinzipiell nach gleichen Kriterien österreichweit geregelt ist und folglich mE eine unterschiedliche Ausformung – aus diesem Blickwinkel her betrachtet – sachlich nicht gerechtfertigt erscheint. Freilich geht die Realität mit der Kompetenzzuweisung in Art 21 B-VG und dem Informationsprinzip genau den konträren Weg.

5.2.2. Vielfältigkeit der Grundlagen im Wiener Bereich

Wie in Teil II Punkt 3 eingehend dargestellt, bereitet in der Gemeinde Wien bei einigen Berufsgruppen schon die Anwendung der korrekten Fortzahlungsbestimmung – va bei Normierung eines Günstigkeitsprinzips – einige Schwierigkeiten. Dessen ungeachtet entsprechen die tragenden Bestimmungen der BO 1994 bzw der VBO 1995 den unter Punkt 5.2.1. dargestellten Kriterien und decken das Gros der Bediensteten ab. Nicht zu vergessen ist aber, dass va durch die Dienstvorschrift für Lehrlinge und die Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete auch Bestimmungen des BAG, des EFZG und der Wr. LAO 1990 neben speziellen Zusatzregelungen in der jeweiligen Dienstvorschrift Eingang finden. Neben dem HbG und dem GuKG gelten noch Kollektivverträge für Landarbeiter, Forstarbeiter, Gutsangestellte, Lehrer an Musiklehranstalten und pharmazeutische Fachkräfte, welche zusätzlich zu eigenen Bestimmungen auch (wiederum) der Wr. LAO 1990, dem GutsangG, dem AngG und dem Gehaltskassengesetz 2002 zu einem Anwendungsbereich verhelfen. Die bundesgesetzlichen Regelungen für die Landeslehrer im GehG und im VBG sind ebenfalls zu beachten. Auch wenn man die

kompetenzrechtlich dem Bund zustehenden Regelungen für die Landeslehrer, Hausbesorger und für den Bereich der Krankenpflegeschülerinnen und Apotheker außer Acht lässt, scheint es mE nicht ohne weiteres einzuleuchten, warum man den Weg dieser Rechtszersplitterung gegangen ist. Ich könnte mir eine – wenn auch sehr differenzierte – Aufnahme der Saisonbediensteten, Lehrlinge und Kollektivvertragsbediensteten (exklusive Apotheker) in das Regime der VBO 1995 und damit eine einheitliche und somit homogenere Entgeltfortzahlung im Krankenstand vorstellen. Das Argument einer betrieblich bedingt unterschiedlichen, nicht mit anderen Verwaltungsbereichen vergleichbaren Krankenstandssituation kann mE schon deswegen als *argumentum ad absurdum* bezeichnet werden, als in den gerade von den speziell geregelten Berufsgruppen frequentierten Dienststellen des Magistrates der Stadt Wien¹⁷² sowohl Lehrlinge, als auch Saisonbedienstete, teilweise auch Kollektivvertragsbedienstete, neben Vertragsbediensteten iSd VBO 1995 und Beamten regelmäßig Dienst versehen und die Eingliederung va als Saisonbediensteter, Vertragsbediensteter iSd VBO 1995 oder als Beamter im überwiegenden Ausmaß von der Dauer der Dienstzeit abhängig ist und grds nur sekundär von der ausgeübten Tätigkeit.

5.2.3. Vielfältigkeit der Grundlagen im Bundesstaat

Aufgrund der durch Art 21 B-VG bestimmten Dienstrechtskompetenzen stehen wir heute vor der – ungeachtet einer dem früheren Homogenitätsprinzip ev noch (weitgehend) entsprechenden – Situation, dass zehn gesetzgebende Autoritäten für zwar gleichartige, tendenziell sich aber in zunehmendem Maße immer weiter voneinander entfernende Regelungen¹⁷³ über die Entgeltfortzahlung im Krankenstand eine Unmenge von Vorschriften strapazieren. Der Vorschriftenschwungel wird dabei durch viele Landesgesetze für die Gemeinden als Gebietskörperschaft und für Statutarstädte noch zusätzlich erweitert, wenn auch die

¹⁷² Das sind va die MA 42 – Stadtgartenamt, die MA 44 – Bäder, die MA 48 – Abfallwirtschaft, Straßenreinigung und Fuhrpark und die MA 49 – Forstamt und Landwirtschaftsbetrieb der Stadt Wien.

¹⁷³ Man denke nur an die Kürzungsbestimmungen des § 13c GehG bei Bundesbeamten und Landeslehrern, die keineswegs in allen Bundesländern Nachahmer gefunden haben, so auch und va nicht im Land Wien.

Fortzahlungsregelungen zumeist auf Bestimmungen für Landesbedienstete verweisen und daher diese analog anzuwenden sind. Bezugnehmend auf die schon beschriebene Gleichartigkeit der Tätigkeitsbereiche der Staatsdiener und der Ungerechtigkeit im Bundesländervergleich bzw im Vergleich mit den Bundesbediensteten erscheint diese Normenflut im Bereich des öffentlichen Dienstes – ungeachtet aller verfassungsrechtlichen Fesseln – mE nur schwer erträglich und es ist nicht verwunderlich, dass va der Beamtenstand in der Bevölkerung mit seinen „vielerorts aufgrund der unübersichtlichen Situation versteckt vermuteten Privilegien“ zusehends – trotz der „Harmonisierungsrufe“ von Bundesseite – an Respekt einbüßt. In einer Übersicht¹⁷⁴ kann demnach – vorbehaltlich künftiger Veränderungen – in demonstrativer Aufzählung der „klassischen“ Dienstrechtvorschriften ohne die schon bezeichneten Sondergruppen folgender Normenkomplex augenscheinlich aufgelistet werden:

Bund ¹⁷⁵
Beamten-Dienstrechtsgesetz 1979 – BDG 1979 BGBl 333
Vertragsbedienstetengesetz 1948 – VBG BGBl 86
Gehaltsgesetz 1956 – GehG BGBl 54
Landeslehrer-Dienstrechtsgesetz – LDG 1984 BGBl 302
Landesvertragslehrgesetz 1966 BGBl 172

Burgenland ¹⁷⁶
Gemeindebedienstetengesetz 1971 LGBl 1972/13
Landesbeamten-Besoldungsrechtsgesetz 2001 LGBl 67
Landesbeamten-Dienstrechtsgesetz 1997 LGBl 1998/17
Landesbeamtengesetz 1985 LGBl 48
Landesvertragsbedienstetengesetz 1985 LGBl 49

¹⁷⁴ Sie soll eine Momentaufnahme (Frühjahr 2006) darstellen, soweit die Daten elektronisch eruiert waren, was mE in allen Bundesländern der Fall gewesen sein sollte.

¹⁷⁵ <http://www.ris.bka.gv.at/bundesrecht/>

¹⁷⁶ <http://ris.bka.gv.at/lr-burgenland/>

Kärnten ¹⁷⁷
Dienstrechtsgesetz 1994 – K-DRG 1994 LGBl 71
Gemeindebedienstetengesetz 1992 – K-GBG LGBl 56
Gemeindevertragsbedienstetengesetz – K-GVBG LGBl 1992/95
Landesvertragsbedienstetengesetz 1994 – K-LVBG 1994 LGBl 73
Stadtbeamtenengesetz 1993 – K-StBG 1993 LGBl 115

Niederösterreich ¹⁷⁸
Dienstpragmatik der Landesbeamten 1972 – DPL 1972 LGBl 93
Gemeindebeamtendienstordnung 1976 – GBDO LGBl 111
Gemeindebeamtenehaltsordnung 1976 – GBGO LGBl 113
Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 1976 – GVBG LGBl 112
Landes-Vertragsbedienstetengesetz – LVBG LGBl 1982/113

Oberösterreich ¹⁷⁹
Gemeindebedienstetengesetz 2001 – Oö. GBG 2001 LGBl 48
Gehaltsgesetz 2001 – Oö. GG 2001 LGBl 28
Landesbeamtengesetz 1993 – Oö. LBG LGBl 1994/11
Landes-Vertragsbedienstetengesetz – Oö. LVBG LGBl 1994/10
Statutargemeinden-Beamtengesetz 2002 – Oö. StGBG 2002 LGBl 50

Salzburg ¹⁸⁰
Gemeindebeamtengesetz 1968 LGBl 27
Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 2001 – Gem-VBG LGBl 2002/17
Landes-Beamtengesetz 1987 – L-BG LGBl 1
Landes-Vertragsbedienstetengesetz 2000 – L-VBG LGBl 4
Magistrats-Beamtinnen- u Magistrats-Beamtengesetz 2002 – MagBG LGBl 2003/42

¹⁷⁷ <http://ris.bka.gv.at/lr-kaernten/>

¹⁷⁸ <http://ris.bka.gv.at/lr-niederoesterreich/>

¹⁷⁹ <http://ris.bka.gv.at/lr-oberoesterreich/>

¹⁸⁰ <http://ris.bka.gv.at/lr-salzburg/>

Steiermark ¹⁸¹
Grazer Gemeindevertragsbedienstetengesetz LGBl 1974/30
Gemeindebedienstetengesetz 1957 LGBl 34
Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 1962 LGBl 160
Gesetz über das Dienst- und Besoldungsrecht der Bediensteten des Landes Steiermark – Stmk. L-DBR LGBl 2003/29

Tirol ¹⁸²
Innsbrucker Gemeindebeamtengesetz 1970 LGBl 44
Innsbrucker Vertragsbedienstetengesetz – I-VBG LGBl 2003/35
Gemeindebeamtengesetz 1970 LGBl 9
Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz – G-VBG LGBl 2001/68
Landesbeamtengesetz 1998 LGBl 65
Landes-Vertragsbedienstetengesetz – L-VBG LGBl 2001/2

Vorarlberg ¹⁸³
Gemeindebedienstetengesetz 1988 LGBl 49
Gemeindeangestelltengesetz 2005 – GAG 2005 LGBl 19
Landesbedienstetengesetz 1988 LGBl 1
Landesbedienstetengesetz 2000 LGBl 50

Wien ¹⁸⁴
Besoldungsordnung 1994 – BO 1994 LGBl 55
Dienstordnung 1994 – DO 1994 LGBl 56
Vertragsbedienstetenordnung 1995 – VBO 1995 LGBl 50

¹⁸¹ <http://ris.bka.gv.at/lr-steiermark/>

¹⁸² <http://ris.bka.gv.at/lr-tirol/>

¹⁸³ <http://ris.bka.gv.at/lr-vorarlberg/>

¹⁸⁴ <http://ris.bka.gv.at/lr-wien/>

5.3. Kritik an den einzelnen Entgeltfortzahlungsbestimmungen

Ungeachtet des massiv kritisierten Vorschriftenschungels ist mE auch nicht zu leugnen, dass die einzelnen Fortzahlungsregelungen in vielen Fällen für eine effiziente Verwaltung und auch für die Leistungsberechnung durch den zuständigen Sozialversicherungsträger zu kompliziert sind, damit Fehlerquellen eröffnen und last not least – wie in Teil III sehr deutlich zum Ausdruck kommend – die Gerichte und die Wissenschaft dadurch in einem überproportionalen Ausmaß in Anspruch nehmen. Die Regelungen sind mE fast durchwegs nicht mehr zeitgemäß, da sie – dazu auch unter Punkt 5.4.1. – im Bereich des AngG bzw des EFZG und diesen gleichartigen – vorwiegend außerhalb des öffentlichen Dienstes wirksamen – Vorschriften von einer Unterscheidung zwischen Arbeitern und Angestellten ausgehen und dabei übersehen, dass die Stellung zB als qualifizierter Facharbeiter oder als einfacher Kanzleiangestellter (als Rahmengruppen) keine Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung der krankheitsbedingten Abwesenheit bietet. Aber auch im Vergleich mit den traditionell den öffentlichen Dienst betreffenden vertraglichen Regelungen, welche grds keinen Unterschied zwischen Arbeitern und Angestellten machen und von Vertragsbediensteten sprechen, ist es mE nicht einzusehen, wieso dort bessere oder schlechtere Fortzahlungsregeln greifen sollen, wo die vielschichtigen Arbeitsplätze wohl unstrittig mit privaten Bürotätigkeiten, Straßen- und Gartenarbeiten usw verglichen werden können. Bestätigt wird diese Kritik zweifelsfrei durch die immer häufiger werdenden Ausgliederungen und der Gründung eigener juristischer Personen, bei denen für die gleiche Tätigkeit nun privates Arbeitsrecht zur Anwendung kommt, sowie auch durch die auch bei den Gebietskörperschaften vorhandenen Kollektivvertragsbereiche. Zumindest müsste à la Longe – wenn man schon die Kompetenzaufteilung beachtet – wenigstens im öffentlichen Bereich eine inhaltliche Harmonisierung angestrebt werden, man denke zum Beispiel allein an die vielen sich ergebenden Unterschiede zwischen dem in den Teilen II und III thematisierten VBG und der VBO 1995 mit den Schlagworten Fortzahlungsfristen, Nebengebühren und Dienstunfall. Ich persönlich würde auch bei den Saisonbediensteten und Lehrlingen für eine Angleichung plädieren.

Selbst im Beamtenbereich finde ich den einseitigen Vorstoß des Bundes in § 13c GehG – neben der viele Fragen aufwerfenden Legistik – wegen der fehlenden Harmonie mit – zweifellos gleichartigen – Landes- und Gemeindebeamten für verfehlt

und auch aus Kostenersparnisgründen nicht gerechtfertigt. Eine platzgreifende Eindämmung der „finanziell reizvollen“ Langzeitkrankenstände bei Beamten kann dadurch auch nicht erreicht werden, denn einerseits sind gerade längere Krankenstände wohl erzwungen und andererseits sind Vertragsbedienstete bei längerer Krankheit durch – relativ großzügige – Leistungen der Sozialversicherungsträger manchmal sogar über eine geraume Zeitspanne finanziell besser abgesichert. Außerdem muss immer wieder darauf hingewiesen werden, dass die Arbeitsplätze der Beamten mit denen von Arbeitern und Angestellten (Vertragsbediensteten) ident sind – es liegt doch nur eine andere Art der Anstellung vor – und kann nur aus dem Statusunterschied heraus und dem bisher Gesagten keine vergleichende Statistik über laufende Krankenstände überzeugen, die den Handlungsbedarf gerade bei Beamten rechtfertigen würde.

5.4. Vorschläge de lege ferenda

5.4.1. Der Traum von einheitlichen Fortzahlungsbestimmungen für Arbeiter und Angestellte nach dem Vorbild des Arbeitsverhältnissesgesetzes (AVHG)

a. Der Forderungskatalog des AVHG

Schon in Teil III, Punkt 1.1.1. wurde – im für den Untersuchungsgegenstand notwendigen Ausmaß – über einen schlussendlich an den empfindlichen Mehrkosten auf Unternehmerseite gescheiterten Entwurf zu einem Arbeitsverhältnissesgesetz (AVHG) berichtet, der im Bereich der Entgeltfortzahlung im Krankenstand eine völlige Gleichstellung von Arbeitern und Angestellten beabsichtigte, daneben aber auch eine Homogenisierung von im Kündigungsrecht und bezüglich der Abfertigungsansprüche vorsah. Über die schließlich am 7. Juni 2000 geführte parlamentarische Debatte und Abstimmung über den von den Abgeordneten *Verzetnitsch* und Genossen eingebrachten – ein AVHG beinhaltenden – gesamtändernden Abänderungsantrag zur „Aktion Fairness“ zur – idF des Ausschussberichtes später auch mehrheitlich angenommenen – Regierungsvorlage zum ARÄG 2000 gibt das Stenographische Protokoll¹⁸⁵ ausführlich Auskunft, wobei der vom Abgeordneten *Verzetnitsch* nach Ablehnung des Antrages getätigte Ausruf; „Das wäre jetzt eine Chance gewesen!“ mE absolut nicht unbegründet erfolgte. Mit dem – auch in dieser Arbeit – schon

¹⁸⁵ Über die 30. Sitzung des Nationalrates, XXI GP, vom 7. und 8. Juni 2000, va 80-134 und 153-157.

strapazierten Hauptargument der unzeitgemäßen Behandlung der beiden Tätigkeitsinhalte im Verhältnis zur Krankenstandssituation und auch der Tatsache der vielfach durch die Unternehmenszuordnung bedingten Qualifikation als Arbeiter oder Angestellter ist die Gleichstellungsforderung auch berechtigt.

Wenn man die Gleichstellungsambitionen auf den – hier nur interessierenden – Bereich der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung reduziert, dh die auch im Verfahren geäußerten massiven Bedenken va zum gleichen Kündigungsrecht ad acta legt, bleiben von dem genannten Entwurf zum AVHG nur die §§ 7 bis 10, und da eigentlich essentiell die – hpts kostenintensiven – §§ 7 und 8 erhalten, über die es zu diskutieren gilt. Inhaltlich stellt § 7 AVHG „Höhe des fortzuzahlenden Entgelts“ eine Subsumption von Regelungen des § 8 AngG und § 2 EFZG – jeweils in der damals geltenden Fassung – dar, wobei das Ergebnis wohl den „bestmöglichen“ Zusammenschritt mit Vorrang des AngG, aber – beim Dienstunfall – mit Weiterbestand der großzügigeren EFZG-Bestimmungen für die Arbeiter wiedergibt. So rezipiert § 8 AVHG auch die Anwendung des Bezugsprinzips aus dem Angestelltenrecht und die Regelung über Akkord-, Stück- oder Gedinglöhne aus dem Arbeiterrecht.

b. Der gegenwärtige Angleichungsbedarf gemessen an den §§ 7 und 8 AVHG

Betrachtet man die geltenden Fassungen des – interessierenden – AngG oder GutsangG bzw des EFZG oder HbG, stellt man fest, dass durch zwischenzeitliche Novellierungen grds eine Gleichschaltung im Grundanspruch mit der Formel 6/8/10/12 + 4 bei analoger Dienstzeitabstufung 0/5/15/25 und auch durch die Abschaffung der vierzehntägigen Wartefrist im Arbeiterbereich erfolgt ist.¹⁸⁶ Nichtsdestoweniger blieben die – bei Verweis auf Teil III – nicht unerheblichen Unterschiede mit den Schlagworten Sekundäranspruch, Arbeitsjahrlogik, Sechsmonatskoppelung, Dienstunfall, Ausfalls- und Bezugsprinzip usw erhalten. Somit muss weiterhin von einem dringenden Angleichungsbedarf ausgegangen werden, dessen Umsetzung sich nicht nur positiv auf den Lohnverrechner, sondern monetär oft auch positiv auf den Arbeitnehmer auswirken würde.

¹⁸⁶ Auffällig ist, dass va § 17a BAG nicht angepasst wurde.

c. Der bestmögliche Zusammchnitt und die Ablehnung wegen erhöhter Unternehmerkosten als Déjà-vu

Nun hat man mE den Unternehmern bzw der Wirtschaftskammer durch die Verlängerung der Fortzahlungsfristen im Arbeiterbereich ohnehin schon – unbeschadet eventuell anderwärtiger Entlastungen – kostenintensive Zugeständnisse abringen können, da wird eine Forderung nach völliger Gleichstellung nach dem Vorbild des AVHG iS eines bestmöglichen Zusammchnittes im Parlament wohl wieder wegen der Zusatzkosten auf Ablehnung stoßen. Somit meine ich, dass die Lösung nur ein Mittelweg sein kann, der auch den Arbeitnehmern bzw der Gewerkschaft für den Preis der Gleichbehandlung Zugeständnisse wert sein muss, wobei – das haben uns die diffizilen Sachverhaltskonstellationen in Teil III des öfteren gezeigt – eine vermeintlich schlechtere Lösung für einen nicht zu vernachlässigenden Teil der Arbeitnehmer ein messbar positives Ergebnis bringen kann.

d. Ein „Krankenstandsgesetz“ als Mittelweg

Summa summarum wäre mein Vorschlag de lege ferenda – ohne sich in legistische Detailformulierungen und Anpassungsregelungen zu verlieren – die Schaffung eines speziellen „Krankenstandsgesetzes“ für Arbeitnehmer mit einem privatrechtlichen Dienstverhältnis bei Ausklammerung des öffentlichen Dienstes analog § 1 AVHG, wobei aufgrund des eingeschränkten Regelungsbereiches die Ausnahme der – hier interessierenden – Dienstverhältnisse nach dem HbG und BAG vom Anwendungsbereich mE nicht erforderlich wäre. Ungeachtet der fakultativ – aber aus Zweckmäßigkeitsgründen zu befürwortenden – Aufnahme sonstiger Bestimmungen zur krankheitsbedingten Abwesenheit analog oder ähnlich den §§ 9 bis 10 AVHG ist mE aber ein gangbarer Mittelweg bei der „Höhe des fortzuzahlenden Entgelts“ iSd §§ 7 und 8 AVHG einzuschlagen. Mein Vorstoß würde dabei inhaltlich so aussehen, dass – bei Beibehaltung des ohnehin de lege lata identen Grundanspruches – die klaren Vorgaben des EFZG übernommen werden. Das bedeutet eindeutige befristete Fortzahlungsansprüche pro Arbeitsjahr unabhängig davon, ob zu Beginn des Arbeitsjahres ein aufrechte Erkrankung mit oder ohne (voller) Bezugsfortzahlung besteht und das bedeutet auch keine wie im Angestelltenrecht überkompliziert ausgestalteten Sekundäransprüche und auch keine Sechsmonatskoppelung, die bei

sehr langen Krankenständen in der Praxis in manchen Fällen sogar zu mehrjährigen (sic!) Bezugseinstellungen¹⁸⁷ führt. Der aus einigen Konstellationen resultierende Nachteil durch den Entfall eines zweiten Grundanspruches aufgrund der fehlenden Sechsmonatskoppelung ist insoweit ertragbar, wenn dafür die mE jedenfalls besseren Regelungen des EFZG zum Dienstunfall – mit Fortzahlung ohne Rücksicht auf andere Zeiten einer Arbeitsverhinderung – anzuwenden sind. Einzig die Berechnung des – in Teil III eingehend behandelten – regelmäßigen Entgelts, dessen Definition auch einen Paragraphen wert sein dürfte, würde ich nach dem aus dem Angestelltenrecht ableitbaren Bezugsprinzip vornehmen, da ich es schlicht und einfach gerechter und auch mangels notwendiger laufender Beobachtung der betrieblichen Situation unproblematischer empfinde, wenn der Arbeitnehmer ein zum Erkrankungszeitpunkt anhand eines vorgegebenen Berechnungszeitraumes bestimmtes, grds gleich bleibendes, Durchschnittsentgelt für den gesamten Krankenstand – wenn auch befristet oder später zur Hälfte – erhält. Schließlich würde ich es als Übergangsregel sinnvoll erachten, im Arbeiterbereich den Beginn des der Gesetzwerdung folgenden Arbeitsjahres, im Angestelltenbereich den Beginn des Arbeitsjahres, das dem Zeitpunkt der letzten erschöpften Sechsmonatskoppelung nach der Gesetzwerdung folgt, als Wirksamkeitsbeginn festzulegen.

5.4.2. Die Suche nach der im Zuge der Pensionsharmonisierung und für Pläne zur Abschaffung der Pragmatisierung so wichtig erscheinenden und in der Europäischen Union notwendigen, aber verloren gegangenen, Homogenität im öffentlichen Dienst

a. Änderung der Kompetenzbestimmungen

Aus dem zum Informationsprinzip Gesagten kann wohl – aufgrund massivem Widerstandes der Länder – nicht davon ausgegangen werden, dass eine Dienstrechtsgestaltung in Art 21 B-VG in die Richtung einer „wiederkehrenden“ oder ähnlich gestalteten Homogenitätsbindung eine qualifizierte Mehrheit im Parlament finden würde, um dem schon beschriebenen Regelungsdschungel von sich immer

¹⁸⁷ Dieses Phänomen ist zumeist bei begünstigten Behinderten mit besonderem Kündigungsschutz anzutreffen, wobei grds auch der Krankengeldanspruch an den Sozialversicherungsträger bereits erschöpft ist.

mehr inhaltlich voneinander entfernenden Regelungen für den öffentlichen Dienst Herr zu werden. Eine Herausnahme der Kompetenzzuweisungen aus Art 21 leg cit und eine Unterbringung in den Art 10 oder 11 leg cit mit einer zentralistischen Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist schlichtweg aus Ländersicht undenkbar. Eine Aufteilung mit einer Dienstrechtskompetenz der Länder für Landes- und Gemeindebedienstete gemäß Art 15 leg cit würde – abgesehen von der Sinnhaftigkeit der automatisierten Übernahme in die Generalkompetenz der Länder – an der Situation und an den Homogenitätswünschen nichts ändern.¹⁸⁸ Einzig eine Neuregelung der Dienstrechtskompetenzen in Art 12 leg cit würde mE zumindest einen Sinn ergeben, da die Grundsätze von Bundesseite vorgegeben würden und die rechtliche Verbindlichkeit der Ausführungsgesetze der Länder an den aufgestellten Grundsätzen gemessen würde, somit entsprechend der Regelungstiefe der Grundsatzgesetze eine Homogenität erzielbar wäre. Genau diese Kompetenzlage im Dienstrecht bestimmte zum Teil auch Art 21 leg cit in der bis 31. Dezember 1974 geltenden Fassung, nur hat der Bund damals – wie schon unter Punkt 2.1. dargestellt – nie ein solches Grundsatzgesetz erlassen. Der sich aufgrund der Forderungsprogramme der Länder und ihrem Föderalismusstreben historisch sich entwickelte Inhalt des Art 21 leg cit in der heutigen Fassung würde einen solchen Schritt zurück durch die Länder mE aber keinesfalls mehr auch nur erwägen lassen.

b. Abschluss einer Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG

Um wieder eine Homogenität im Dienstrecht erreichen zu können – ohne allerdings die herrschende Gesetzesflut zehn gesetzgeberischer Autoritäten eindämmen zu können – bietet sich mE als denkbare Möglichkeit zumindest zur Stoppung eines sonst unaufhaltsamen Wildwuchses der Abschluss einer Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG an. Als gelungenes Beispiel einer solchen Vereinbarung fällt mir stante pede die Bundes- und Ländervereinbarung gemäß Art 15a leg cit über gemeinsame Maßnahmen des Bundes und der Länder für pflegebedürftige Personen, BGBl 1993/866¹⁸⁹ ein, die gemäß Art 14 am 1. Jänner 1994 in Kraft trat und schlussendlich zum BPGG und neun gleichartigen Landespflegegeldgesetzen führte. Die

¹⁸⁸ Die im Verfassungsentwurf von Präsident *Fiedler*, Entwurf einer Bundesverfassung, als Ergebnis des Österreich-Konvents, vorgeschlagenen direkten Kompetenzzuweisung an Bund und Länder in den Art 91 Z 24 und 92 Z 16, beide iVm Art 94 des Entwurfes hat denselben Effekt.

¹⁸⁹ Siehe zB *Doralt*, Kodex Pflegegeldgesetze² (Stand 1. Mai 2000) 32 ff.

Vertragsparteien könnten vereinbaren, die Gestaltung des Dienstrechtes – im Untersuchungsgegenstand zumindest die krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung – nach gleichen Zielsetzungen und Grundsätzen zu gestalten, wobei die Vorgaben des AngG und/oder des EFZG, vielleicht auch des VBG, im pragmatischen Bereich eventuell des GehG als Ausgangsregelungen – mit Umfang und Dichte je nach Konsenslage – für das Ziel einer größtmöglichen Homogenität prädestiniert erscheinen. Der Abschluss und Erfolg einer diesbezüglichen Vereinbarung hängt natürlich von Kriterien wie *va* Willen, Ausdauer, Überzeugungskraft, Geduld und Budgetsituation ab, hat aber den Vorteil vom Regelungsumfang her nicht voreingenommen zu sein, somit mE schon der kleinste gemeinsame Nenner – und sei es nur die Festlegung gleich langer Fortzahlungsfristen – der erste Schritt zu einer „neuen Homogenität“ iSd Gleichbehandlung aller Staatsdiener im Bereich der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung wäre. Im Beamtenrecht würde die Bekenntnis aller Länder zu einer grundsätzlichen Kürzung der Bezüge auch von Beamten bei längerem Krankenstand wohl Grundvoraussetzung überhaupt für eine Einigung sein.

c. Homogenisierungsbestrebungen der Europäischen Union

Die Freizügigkeit der Arbeitnehmer auf dem Gebiet der stets auf Erweiterung drängenden Europäischen Union führt dazu, dass immer mehr Unionsbürger ihren Wohnsitz und ihre Arbeitsstätte nicht in ihrem Heimatland haben wollen, wobei der weitgehend ungehinderte und neutrale Zugang zum Arbeitsmarkt – die Einschränkungen *va* bezüglich der Hoheitsverwaltung wurden schon unter Punkt 4.5. dargestellt – als Ziel angesehen werden kann. Nachdem weite Rechtsbereiche in den Mitgliedsstaaten eine Homogenisierung erfahren, kann diese Entwicklung vor dem Arbeitsrecht auch nicht Halt machen bzw können die bereits erfolgten und noch zu erwartenden Anpassungen – ohne hier ins Detail zu gehen – nicht ignoriert werden. Die Verwirklichung europäischer Harmonisierungsbestrebungen ist umso schwerer, je inhomogener die Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten selbst sind, dh auch diese Erkenntnis sollte im Lichte einer eventuellen Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG dazu führen, dass – künftig zu erwartende, die krankheitsbedingte Entgeltfortzahlung betreffende – Rechtsakte im Rahmen der Europäischen Integration iSd Art 23d Abs 5 *leg cit* auch harmonischer umgesetzt werden können.

5.4.3. Die Vereinfachung der Entgeltfortzahlungsregeln als frommer Wunsch bei Scheitern weitreichenderer Reformen

a. Entlastung durch Entflechtung überkomplizierter Bestimmungen

Kritik an einzelnen für die Verwaltung unökonomischen, antiquiert anmutenden Regelungen und an den für den Dienstnehmer schwer bis gar nicht nachvollziehbaren Ergebnissen krankheitsbedingter Abwesenheit wurde in Teil III bei den neuralgischen Punkten bereits geübt und soll hier nicht inhaltlich wiederholt werden. Zu konstatieren bleibt aber, dass eine vernünftige Entflechtung der teils verwirrenden, komplizierten Fortzahlungsregeln – zB die Viertelbestimmungen im AngG – im Gegenzug zu einer Freierwerb von Personalressourcen im Verwaltungsbereich, damit zumindest zu einer indirekten Senkung der Personalkosten bzw externer Lohnverrechnerkosten und schlussendlich zu einer Niederschlagung auf der Habenseite des Unternehmens führen müsste. Nebenbei würden auch die Gerichte, Sozialversicherungsträger und zuletzt auch die Wissenschaft entlastet. Hier geht es aber letztendlich um die Möglichkeiten, eine – schon in Punkt 5.4.2. geforderte – Homogenität zumindest innerhalb der Gesetze zu erreichen, wenn die bereits debattierten, weitreichenderen Instrumentarien scheitern.

b. Inhaltlich weitere Annäherung von Arbeitern und Angestellten

Das im Vergleich zwischen AngG und EFZG grds günstigere Fortzahlungsrecht bei Arbeitsunfällen im EFZG mit separater Zählung könnte auch für den Angestelltenbereich schmackhaft gemacht werden, als Kompromiss dazu könnte man überlegen, die Sekundäransprüche bei Folgeerkrankung mit der Höchstausmaßbeschränkung überhaupt fallen zu lassen. Zugegebenermaßen insofern ein schwieriges Unterfangen, als die Anzahl der Dienstunfälle doch geringer sein wird als die Fälle mit länger dauernden Folgeerkrankungen, wobei sich allerdings dieses Argument durch die umstrittene Höchstausmaßbeschränkung relativiert. Für den Arbeiterbereich könnte ich mir als ersten Schritt die Übernahme des Bezugsprinzips – wie schon im AVHG gefordert – vorstellen, zumal der monetäre Preis nicht zu hoch sein sollte.

c. Inhaltliche Annäherungen im Bereich des öffentlichen Dienstes

Hier gilt vorrangig die Aufforderung von den Ländern – für den Wiener Bereich wurde dies schon unter Punkt 5.2.2. dargestellt – die Gesetzesflut einzudämmen und im Idealfall nur ein Regelwerk über die krankheitsbedingte Abwesenheit der Vertragsbediensteten im Landes- und Gemeindebereich zu pflegen, wenn man schon zusätzlich von Kollektivverträgen und Landeslehrerbestimmungen leben muss. Inhaltlich können die im Vertragsbedienstetenbereich geltenden Landesgesetze nur sehr mühsam mit dem „Vorbild“ VBG verglichen werden – eine solche Studie würde den Rahmen dieser Untersuchung sprengen, man halte sich nur den aus Teil III im Detail erkennbaren Unterschied der Wiener VBO 1995 zum VBG vor Augen – und mein frommer Wunsch kann mit Bedacht auf die geforderte Homogenität nur eine möglichst weite – freiwillige eigenständige oder ev gemäß Art 15a B-VG vereinbarte – Annäherung an das VBG sein. Allerdings ist zum VBG einige Kritik angebracht und mE erst nach erforderlichen Adaptierungen eine „Vorbildwirkung“ desselben sinnvoll zu argumentieren.

d. Ein modernisiertes VBG als Vorbild für die Länder

Überraschend großzügig ist das VBG in § 24 mit den Fortzahlungsfristen mit der Formel $6/13/26 + 50\%$ für die Dienstzeiten 0/5/10 und stellt somit grds einen höheren Standard als AngG oder EFZG dar. Dass allerdings für den – auch untersuchungsrelevanten – Bereich der Vertragslehrer des Entlohnungsschemas II L grds nur eine sechswöchige Fortzahlung voller und halber Bezüge normiert ist, stößt aus gleichheitsrechtlichen Erwägungen auf Unverständnis, auch wenn diese Berufsgruppe der nach Jahreswochenstunden entlohten Landeslehrer¹⁹⁰ als Vertretungslehrer nach Erreichen einer bestimmten Dienstzeit einen Anspruch auf Überstellung in das Entlohnungsschema I L haben. Ein frühzeitiger Krankenstand eines neu angestellten Vertretungslehrers unterscheidet sich vom frühzeitigen Krankenstand eines neu angestellten „Schemalehrers“ doch absolut nicht. Daher fordere ich entweder die Anpassung des als Spezialnorm formulierten § 46 VBG an

¹⁹⁰ Wieso eine im öffentlichen Dienst bestehende antiquierte „Stundenentlohnung“ für maximal fünf Schuljahre (Regelung ab 1. Oktober 2006 gemäß § 42e Abs 1 VBG) heute noch geltendes Recht darstellt, hat offensichtlich mit den damit gegenüber dem Entlohnungsschema I L höheren Anfangsgehältern der Junglehrer zu tun, ist aber mE sachlich nicht gerechtfertigt.

die Regelung des § 24 leg cit oder besser dessen ersatzlose Streichung.¹⁹¹ Ebenfalls nicht zeitgemäß – und auch im EFZG inzwischen beseitigt – ist die vierzehntägige Wartefrist im VBG – dazu schon näher in Teil III, Punkt 8.2. – bevor ein Entgeltfortzahlungsanspruch erst entstehen kann, da mE das ab Beginn des Dienstverhältnisses einsetzende Wirksamwerden der Fortzahlungsbestimmungen heute schon zum Standardinhalt der gebräuchlichen Fortzahlungsvorschriften zählen sollte – das gilt selbstverständlich auch für uU noch im Landesrecht versteckten Wartefristen. Auch wäre eine eigene Regelung für Dienstunfälle einzufordern, welche mE derzeit überhaupt nur in den besseren Grundansprüchen versteckt zu sein scheint, – siehe dazu Teil II, Punkt 3.8.2. lit b – , die sinnvoll nur aus dem EFZG abgeleitet werden könnte.

e. Akzeptanz der Kürzung der Beamtenbezüge bei langem Krankenstand

Aus den getätigten Homogenitätserwägungen wären auch die Kürzungsvorschriften gemäß § 13c GehG – dazu schon ausführlich in Teil III, Punkt 1.12. – als Standard auch im Bereich der Landes- und Gemeindebeamten zu akzeptieren bzw einer Vereinbarung zu unterwerfen, wobei zur Zeit keineswegs von einem Ländernachvollzug gesprochen werden kann – so auch nicht in Wien. Andererseits könnte ich mir hier auch eine Abschaffung der umstrittenen – doch hpts aus Budgetgründen eingeführten – Kürzungsbestimmungen vorstellen, da sie im geltenden Zustand mit maximal 20 % Kürzung bei offenem Ende systemwidrig anmuten – sie sind „weder Fisch noch Fleisch“, wenn man eine echte Harmonisierung mit den Vertragsbediensteten im Auge hatte, können aber andererseits nicht (noch) viel weiter gehen, da Beamte keinen Anspruch auf Krankengeld vom Sozialversicherungsträger haben. Bei Beibehaltung des Kürzungsniveaus wäre aber ein – schon in Teil III, Punkt 2.2.5. lit b, erkennbarer – dringender Novellierungsbedarf gegeben, der va die Handhabung der zur Kürzungsminderung anrechenbaren Nebengebühren betrifft.

¹⁹¹ Zu beachten ist auch mein in Teil II, Punkt 3.8.2. lit a, thematisierter Einfluss des EFZG.

V. Zusammenfassung

1. Allgemeines zur Themenbewältigung

Die Arbeit versucht auf transparente und übersichtliche Art und Weise, dem Leser im Allgemeinen – und dem Begutachter – im Besonderen das Thema „Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bei Wiener Gemeindebediensteten“ näher zu bringen und scheut weder davor zurück, aus der Lohnverrechnungspraxis aufgeworfene Rechtsfragen – die in der Tiefe selten gestellt werden – in die Analyse mit einzubeziehen, noch – und das möge man mir verzeihen – sich manchmal etwas weiter hinauszulehnen und einige eher der Rechtspolitik zuzuordnende Bemerkungen und Anregungen zu geben bzw auf die teils schlechte Qualität schlampig ausgestalteter oder überhastet formulierter Gesetze oder einzelner Bestimmungen hinzuweisen. Ich habe in einer Art Gutachtensform in Teil II bewusst mit der Aufstellung der derzeit im Wiener Magistratsbereich verrechneten Bedienstetengruppen mit quantitativ fassbaren Zahlen über die Personenanzahl – sohin fast 100.000 laufend beschäftigten aktiven Dienstnehmern – sowie mit der Darstellung aller dazugehörigen grundlegenden, einschlägigen Anwendungsnormen – nach dem Motto: „Auch Kleinvieh macht Mist“ – versucht, Problembewusstsein zu schaffen. Nach der Behandlung der Anspruchsgrundlagenproblematiken werden in Teil III intensiv die inhaltlichen Sachprobleme erörtert, wobei der Behandlung der Kernbereiche wie va der Entgeltfortzahlungsfristen und dem fortzuzahlenden Entgelt mehr Zeit und Platz geopfert wurde, als den sogenannten Randbereichen, obwohl wichtige Einzelaspekte daraus unbedingt, andere wieder zumindest der Vollständigkeit halber¹ Erwähnung in dieser Arbeit finden mussten. Ich meine, dass schon die Kapitelbezeichnungen die Themensetzung und ihre Abstufung sehr plausibel erkennen lassen. Anschließend wird unter Einbeziehung verfassungsrechtlicher Aspekte – va der durch die Beseitigung des Homogenitätsprinzips und der Einführung einer Informationspflicht geschaffenen Situation im Dienstrecht der öffentlich Bediensteten – eine Auswertung

¹ Die Angst vor der Peinlichkeit des Vergessens eines themenrelevanten Aspektes hängt bei so einer Gesamtdarstellung stets wie ein Damoklesschwert über dem Kopf des Verfassers, nichtsdestoweniger habe ich aber mit guten Gründen viele Abstriche gemacht und bei Randproblemen neben einer Kurzdarstellung der „Problemzonen“ die eingelesenen Literaturhinweise angegeben und insgesamt eine klare Schwerpunktsetzung erkennen lassen.

vorgenommen, welche bei kritischer Betrachtung die Schwachpunkte der derzeitigen Rechtslage im Untersuchungsbereich aufzeigen soll. Fokussierend auf die Schwerpunktproblematiken wird abschließend eine Aussicht auf zukünftige legislative Lösungsmöglichkeiten – unter Einbeziehung vielleicht auch etwas an fromme Wünsche der Lohnverrechner erinnernde Aspekte – und ihre Umsetzungschancen geboten. Ausgehend von den Kopfzeilen der Teile und Unterpunkte lässt sich eine sehr brauchbare Zusammenfassung erstellen.

2. Grundlagenprobleme

2.1. Allgemeines zur Problemanalyse

Zur Schaffung eines Problembewusstseins und zur Einschätzung der Sachprobleme auch bezüglich ihrer quantitativen Komponente werden in Teil II die in der Bundeshauptstadt Wien als Gemeinde, Bezirk und Bundesland zu analysierenden Personenkreise und die zu untersuchenden einschlägigen Rechtsvorschriften erschöpfend erfasst und vorgestellt.

2.2. Erfassung des Personenkreises

Nachdem eingangs die Kompetenzgrundlagen für das Dienstrecht der Landes- und Gemeindebediensteten, die für die Anstellung der Gemeindebediensteten in der Stadt Wien relevanten Übertragungsvorschriften mit der EntschlieÙung des Bürgermeisters vom 26.9.1996 idF ABI 2003/29 und die in § 1 LDHG 1978 vorgesehenen Regelungen zu den Landeslehrern kurz erörtert wurden, sind zur Transparenz die einzelnen Bedienstetengruppen iVm ihrer Größenordnung aufgelistet. Die übersichtliche Darstellung der Bedienstetenzahl pro Berufsgruppe und auszählender Dienststelle soll einen ersten Einblick in die Komplexität des Untersuchungsgegenstandes bieten. Anschließend werden die einzelnen Bedienstetengruppen und die rechtlichen Grundlagen ihrer Existenz beschrieben, wobei die Definition des Vertragsbediensteten in § 1 Abs 1 VBO 1995 mit den in § 2 Z 1 bis 8 leg cit bezeichneten Ausnahmen schon einigermaßen schwierig anmutet.

2.3. Anzuwendende Entgeltfortzahlungsnormen

Daraufhin werden penibel alle im Untersuchungsbereich anzuwendenden Entgeltfortzahlungsnormen erarbeitet und eine selbst gewählte Kurzfassung der aus dem Normenkonvolut tatsächlich zu verwendenden Bestimmungen dargeboten. Auffällig, aber logisch, ist dabei, – abgesehen von der schwierig zu vermittelnden Komplexität vieler Bestimmungen – , dass bei Bedienstetengruppen mit klar definierten Fortzahlungsregeln in einer eigens für sie geltenden *lex specialis* zu den allgemeinen Arbeitsrechtsbestimmungen des ABGB, EFZG oder AngG – das sind die BO 1994, die VBO 1995 und das GehG sowie grds auch das VBG – auch keine nennenswerten Probleme bei der Zuordnung der anzuwendenden Grundlagen bestehen.

Anders verhält es sich bei den dienstrechtlichen Normkomplexen mit – zumeist zusätzlichen – Verweisungsvorschriften, Günstigkeitsbestimmungen und bei Subsidiärgeltung überlagerter Normen. Die Dienstvorschrift für Lehrlinge wendet zwar sinngemäß tragende Bestimmungen der VBO 1995 an, lässt aber weitergehende Ansprüche nach dem BAG bzw der Wr. LAO 1990 in einer Art Günstigkeitsprinzip unberührt und eröffnet dadurch je nach Lehrberuf indirekt dem EFZG und direkt der Wr. LAO 1990 einen kompliziert zu ermittelnden subsidiären Anwendungsbereich, wobei die Graubereiche va bezüglich Aufeinandertreffen von Koppelungs- und Arbeitsjahrlogik sowie bei Dienstunfällen näher beleuchtet werden. Auch die Dienstvorschrift für Aushilfs- und Saisonbedienstete behilft sich neben eigenen Fortzahlungsbestimmungen des Verweises auf tragende Regeln der VBO 1995. Interpretativ schwierig ist die Behauptung eines Einflusses des verdrängten EFZG im Anwendungsbereich der Vertragsbediensteten iSd VBG, der sich zumindest beim Dienstunfall niederschlägt und auch für den Bereich der II L-Lehrer zu thematisieren ist. Zusammenschau ist auch nach dem HbG mit seinem Verweis auf einige Bestimmungen des EFZG zu halten und last not least bei sämtlichen bestehenden Kollektivverträgen, wo neben eigenen, überlagernden, günstigeren Kollektivvertragsbestimmungen für Gutsangestellte, Land- und Forstarbeiter, Lehrer an Musiklehranstalten und pharmazeutische Fachkräfte Verweisungen auf gesetzliche Vorschriften wie das GutsangG, die Wr. LAO 1990, die VBO 1995, das AngG bzw das Gehaltsskassengesetz 2002 vorgesehen sind.

3. Sachprobleme

3.1. Anspruchsfristen für volles und vermindertes Krankentgelt

Einen Kernbereich des Untersuchungsgegenstandes stellt die Darstellung der mit den Anspruchsfristen zusammenhängenden – wohl als Dauerbrenner zu bezeichnenden – Probleme dar, welche mit einem Kurzabriss über den missglückten Versuch der vollständigen Angleichung der Arbeiter an die Angestellten unter dem Schlagwort „Aktion Fairness“ im einmal geplanten AVHG eingeleitet wird und danach va mit der in Judikatur und Lehre – und natürlich auch in der Praxis – vieldiskutierten Höchstausmaßbetrachtung im Angestelltenrecht und der Arbeitsjahrlogik im Arbeiterrecht fortgesetzt wird. Festgehalten werden auch die unterschiedlichen Zuschussregelungen, die umstrittene Bevorzugung der Lehrlinge bei Dienstunfällen sowie Probleme bei nachträglicher Anerkennung als Arbeitsunfall und die Fristenberechnung.

Des weiteren werden anstehende Probleme bei der Handhabung der Halbjahreskoppelung dargestellt, welche nicht nur im Angestelltenbereich zu finden ist, sondern auch zB in § 21 Abs 4 Wr. LAO 1990. Dem folgend werden die nur bei Arbeitern und Lehrlingen zu findenden Probleme betreffend die Arbeitsjahrlogik behandelt, wobei die Diskussion über die Koppelung auch arbeitsjahrüberschneidender Krankenstände und neuem Fortzahlungsanspruch einigen Zündstoff enthält. Dazu passend wird die lebhafteste Diskussion und nunmehr gefestigte Judikatur zum Anspruchswechsel oder Etappensprung v.a. bei bereits erschöpfter Entgeltfortzahlung und laufendem Krankenstand erörtert.

Ein eigener Unterpunkt wird der juristischen Behandlung von Dienstunfällen gewidmet, wobei die Koppelung im EFZG-Bereich, die Sonderstellung der Lehrlinge und die nachträgliche Feststellung eines Arbeitsunfalles problemträchtig sind und daher näher dargestellt werden. Nicht minder problembehaftet ist auch die Relevanz von Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, welche va mit der Feststellung des Verschuldensgrades zusammenhängt, aber bei pragmatischen Landeslehrern und Lehrlingen im Anwendungsbereich des § 17a Abs 1 BAG nicht releviert werden darf.

Ein Themenschwerpunkt zu den Anspruchsfristen ist sicherlich der Arbeitsjahr- bzw Lehrjahrwechsel im EFZG-Bereich, da hier eine wechselnde OGH-Judikatur und

uneinheitliche Lehrmeinungen zu einiger Verwirrung beigetragen haben, wobei heute die Arbeitsjahr-Theorie des OGH mit neuem Kontingent ab Beginn des neuen Arbeitsjahres vorherrschend ist.

Vielfach unterschätzt und daher in einem eigenen Punkt behandelt werden die Übergangsproblematiken beim Wechsel von der Lehrzeit in die Behaltefrist, bei der Ständigmachung von Saisonbediensteten, bei der Pragmatisierung und Entpragmatisierung, die va auf den fehlenden Dienstantritt im neuen Arbeitsverhältnis bei offenem Krankenstand zurückzuführen sind.

Der nächste Block behandelt Probleme der Vordienstzeitenanrechnung auf den Entgeltfortzahlungstichtag iZm der Reichweite der Anrechnungsnormen, der Karenzierungsvereinbarung und Wiedereintrittsabrede, der Anrechnung ausländischer Dienstzeiten und der Kettendienstverträge im Bereich der II L-Vertragslehrer. Ähnlich ist die Problematik zum Senioritätsprinzip, dh der Anrechenbarkeit von Nichtarbeitszeiten auf den Entgeltfortzahlungstichtag, da dieses bei Karenzurlauben, Zeiten unentschuldigter Fernbleibens und Zeiten erschöpfter Entgeltfortzahlung nicht unumstritten ist.

Am Ende werden noch Einschränkungen bei Teilzeitbeschäftigten kritisiert, die Situation von lex contractus-Lösungen und das Verhältnis von Günstigkeitsvergleich zu zwingendem Recht beleuchtet sowie die legislativ korrigierte Monatszählung bei der Kürzungsregelung gemäß § 13c GehG im Bereich der pragmatisierten Landeslehrer, die Anrechnungsprobleme bei Dienstunfällen im Rahmen zweier Dienstverhältnisse und Arbeitszeitmodelle – hier va die Gleitzeit – angesprochen.

3.2. Fortzuzahlendes Entgelt und Zuschuss

Den zweiten Kernbereich des Untersuchungsgegenstandes stellen sicher – ebenfalls als Dauerbrenner – die Probleme mit den Begriffen Entgelt, regelmäßiges Entgelt und Durchschnittsberechnung iZm der krankheitsbedingten Fortzahlung dar. Der Entgeltbegriff orientiert sich im Großen und Ganzen entweder an den Bestimmungen des § 49 ASVG bzw an den Regelungen des analogiefähigen Generalkollektivvertrages zu § 3 Abs 5 EFZG, wobei im Normalfall vom undefinierten Begriff des regelmäßigen Entgelts auszugehen ist und für die Feststellung der Regelmäßigkeit der OGH als Richtwert eine Zeitspanne von 13 Wochen judiziert.

Anschließend werden der uU davon abweichende Zeitraum für die Durchschnittsberechnung, der Berechnungsmodus und Fälle mit einem rein mathematischen Durchschnitt unter die Lupe genommen.

Besonders wichtig ist die Darstellung des Entgeltausfallprinzips mit seinen Feinheiten va bei wesentlichen Änderungen im Arbeitsanfall sowie des Bezugsprinzips in der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung. Anschließend kann dann auf das vorherrschende Fortzahlungsprinzip der klassischen Gemeindebediensteten und der Landeslehrer, dh gemäß VBO 1995 und BO 1994 bzw gemäß VBG und GehG, Bezug genommen werden, wobei ein erweitertes Entgeltausfallprinzip, ein Minimalbezugsprinzip bzw ein Minimalentgeltausfallprinzip abgeleitet werden kann. Schlussendlich wird auch der Einfluss von Valorisierungen und Vorrückungen auf die Entgeltfortzahlungsprinzipien und auf die Kürzungsminderung des § 13c GehG dargestellt. Weiters werden im Verhältnis zum weit verstandenen Entgeltbegriff aus den einschlägigen Rechtsvorschriften Begriffe wie Monatsgehalt, Monatsbezug, Zulagen, Nebengebühren und Sachbezüge sowie ihre Relevanz iZm der Entgeltfortzahlung beleuchtet. Die Darstellung der etwas problematischen Behandlung von Teilzeitbeschäftigten in der Entgeltfortzahlung und Klarstellungen bezüglich der Entgeltfälligkeit dienen zur Abrundung.

In der Folge wird auf die nicht unproblematischen Zuschussregelungen im Allgemeinen, dann auf den Zuschuss in der VBO 1995 als Nettodifferenz zum (fiktiven) Krankengeld und die damit zusammenhängende spezielle Sonderzahlungslogik, auf das Teilentgelt nach dem BAG und schließlich auf den Zuschuss im Kollektivvertrag für Lehrer der Musiklehranstalten im Besonderen eingegangen.

Zu guter Letzt wird in diesem Block auf spezielle Fortzahlungsprobleme bei einzelnen Entgeltbestandteilen Bezug genommen, wobei zuerst kurz das etwas abstrakt wirkende Verbot von Anwesenheitsprämien behandelt wird. Anschließend werden auch mit Bezug auf den Nebengebührenkatalog interessante Problemstellungen zu Aufwandsentschädigungen und Wegzeitvergütungen, Überstunden, Mehrstunden und Zeitausgleich, Schmutzzulagen und Provisionen behandelt und auch den Turnusärzten va wegen der Feiertagsproblematik ein eigener Punkt gewidmet. Als Restposten werden noch nicht erörterte Probleme iZm dem Nebengebührenkatalog,

zu finden bei Ausgleichs- und Kassierzulagen, Vortragshonoraren und Vertretungsgebühren, behandelt.

3.3. Krankenstand und Urlaub

Ein sehr wichtiger Problemkreis ist auch die Konkurrenz von Krankenstand und Urlaub in der Entgeltfortzahlung, da schon begrifflich bei bereits vorliegender Dienstabwesenheit eine weitere Dienstabwesenheit ausgeschlossen ist. Abgesehen davon sind strittige Probleme zur Urlaubsvereinbarung und zum Urlaubsantritt, aber auch die lange Zeit verwirrende Judikatur des OGH zur Urlaubsaliquotierung bei Krankheit jedenfalls genauso zu analysieren wie die in der Lehre bis 31. Dezember 2000 heftig umstrittene Kürzung der Urlaubsentschädigung bzw –abfindung in entgeltlosen Krankenstandszeiten.

Einen eigenen Ansatz bietet das Problem der Erkrankung im Urlaub und das Vorliegen der Voraussetzungen für eine Urlaubsrefundierung, wobei va die Folgen von Meldeverstößen und die Unverzüglichkeit der Mitteilungspflicht interessieren. So ist auch der vom OGH aufgestellte Grundsatz „Krankheit bricht Urlaub“ kritisch zu betrachten.

Ein ungeklärtes und daher notwendigerweise zu untersuchendes Sonderproblem stellt die Erkrankung der Landeslehrer in den Schulferien dar, das bei Ablehnung des Vergleiches mit Werkferien in den in der Praxis vorkommenden Varianten in Abhängigkeit von Beginn und Ende eines Krankenstandes bzw der Schulferien dargestellt wird. Es interessieren dabei va die Auswirkungen auf die Fortzahlungsfristen und die Krankenstandskoppelung.

3.4. Das Wesen der Sonderzahlung in der Entgeltfortzahlung

Ein bis in die jüngste Zeit andauernder, heftiger Meinungsstreit herrscht über das Schicksal der Sonderzahlung in entgeltgeminderten bzw entgeltlosen Krankenstandszeiten, der es notwendig macht, auf die unterschiedlichen Positionen in Judikatur und Lehre näher einzugehen. Der teils widersprüchlichen Judikatur des OGH mit nunmehriger Betonung des Entgeltcharakters der Sonderzahlung und dem Grundsatz eines ungeschriebenen Kürzungsrechtes steht die ebenfalls teils irreführende Judikatur des VwGH gegenüber, die keinen allgemeinen Rechtssatz für

die Sonderzahlungsaliquotierung bei langem Krankenstand erkennen will. Die verschiedenen Lehrmeinungen werden folglich, eingeteilt nach ihrer Nahebeziehung zur OGH- bzw VwGH-Literatur, näher dargestellt und schließlich wird meine davon abweichende, persönliche Sichtweise nicht vorenthalten. Konsequenterweise wird endlich die Sonderzahlungssituation in den relevanten Kollektivverträgen und einschlägigen Gesetzen im Bereich der Stadt Wien untersucht.

3.5. Krankenstand und andere Abwesenheiten außer Urlaub

Vielleicht schon in den Randbereich des Untersuchungsgegenstandes fallend, aber keinesfalls zu vernachlässigen, sind die Konkurrenzsituationen zwischen einem Krankenstand und anderen Abwesenheiten. Die Darstellung beginnt mit der heftig diskutierten, konkurrierenden Entgeltfortzahlung an Feiertagen, welche von OGH und VwGH mit einem Vorrang des ARG, in der Lehre teilweise mit einer analogen Anspruchsgrundlage bzw mit Subsidiarität der Feiertagsregeln gelöst wird, und wird fortgesetzt mit dem Verhältnis des Krankenstandes zu Karenzurlaub und Ersatzruhe. Eingehender zu behandeln ist jedenfalls auch die etwas unklare Konkurrenz zum Zeitausgleich mit der ev analogen Anwendung der Vorschriften über die Urlaubsrefundierung sowie die Handhabung des „echten Einarbeitens“ in diesem Zusammenhang.

3.6. Meldepflichten und Nachweispflicht

In diesem Block werden die als Bedingung für das Einsetzen der Entgeltfortzahlungsregeln nicht unwichtigen Obliegenheiten des Dienstnehmers beleuchtet und die in Judikatur und Lehre behandelten strittigen Problemsituationen bei Meldepflichtverletzungen bzw Nichtnachkommen der Nachweispflicht auf Verlangen des Arbeitgebers sowie auch die Besonderheiten bei einer Erkrankung im Ausland dargestellt.

3.7. Entgeltfortzahlungsprobleme im Zusammenhang mit dem Ende des Dienstverhältnisses

Unbeschadet ev Urlaubersatzansprüche werden hier interessante Randprobleme iZm der krankheitsbedingten Fortzahlung über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus im Falle einer während des Krankenstandes erfolgenden, dem Arbeitgeber zuzurechnenden, Beendigung des Arbeitsverhältnisses behandelt sowie der Einfluss entgeltloser Krankenstände auf die Abfertigungsberechnung und die Höhe der Kündigungsentschädigung thematisiert.

3.8. Weitere interessante Problemstellungen im Untersuchungsbereich

Zum Abschluss der Sachproblemanalyse werden kritische, noch offene Randbereiche angeschnitten und interessante Problemstellungen aus Judikatur und Lehre entsprechend ihrer Wichtigkeit festgehalten. Diese Bereiche betreffen den Krankheitsbegriff, Karenz- oder Wartezeiten ohne Entgeltfortzahlungsanspruch, die Entgeltfortzahlung ohne (fiktivem) Krankengeldanspruch sowie die Fortzahlungssituation bei Tagelöhnern und Ferialpraktikanten. Bezüglich der kurz vorgestellten Probleme einer Auslandsverwendung von Dienstnehmern und iZm den bis 30. September 2000 nach § 19a EFZG zu leistenden Erstattungsbeiträgen werden va Literaturhinweise angegeben.

4. Auswertung und Ausblick

4.1. Verfassungsrechtliche Überlegungen, Kritik an der aktuellen Rechtssituation und Vorschläge de lege ferenda

Im Anschluss an die kritische inhaltliche Auseinandersetzung mit den vielfältigen, nach Schwerpunkten geordneten und gefilterten Sachproblemen iZm der Entgeltfortzahlung im Krankenstand im Kreise der zuvor festgestellten Anspruchsgrundlagen im Bereich der Wiener Gemeindebediensteten werden nunmehr verfassungsrechtliche Überlegungen angestellt, die sich auf die in Art 21 B-VG normierten Dienstrechtskompetenzen für den öffentlichen Dienst und die Entwicklung und Einschätzung der heutigen Rechtssituation konzentrieren. Zentral werden die Vor- und Nachteile der Abschaffung des bis 31. Dezember 1998 geltenden Homogenitätsprinzips und dessen Ersetzung durch eine

Informationspflicht untersucht. Es folgt dem eine diesbezüglich kritische Auseinandersetzung mit den heute einschlägigen Rechtsgrundlagen sowie mit einzelnen Fortzahlungsbestimmungen auch im Lichte europarechtlicher Vorgaben und schlussendlich werden de lege ferenda Lösungsmöglichkeiten zur Bereinigung der unbefriedigenden Situation im öffentlichen Dienst gesucht und ein Ausblick auf die Zukunft gegeben.

4.2. Die Dienstrechtskompetenz der Gebietskörperschaften vor dem 1. Jänner 1975

In Art 21 B-VG idF vor 1. Jänner 1975 war eine verwirrende Grundsatzgesetzgebung des Bundes bezüglich der Bediensteten der Länder – nicht aber der Gemeinden – für den Bereich der Hoheitsverwaltung mit dem Ziel der Vereinheitlichung des Dienstrechtes vorgesehen, während die Tätigkeit der Vertragsbediensteten aller Gebietskörperschaften in der Privatwirtschaftsverwaltung in ausschließlicher Bundeskompetenz geregelt war. Mangels Erlassung dieses Grundsatzgesetzes galten bis auf weiteres die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen des ABGB als *lex generalis* und die Länder waren zur selbständigen Regelung der Materie bei ausdrücklicher Bundeszustimmung befugt. Im Wiener Bereich galten für Vertragsbedienstete keine eigenen Landesgesetze, für den Bereich der Beamten wurde mit Landesgesetz vom 22.9.1951 ein letztlich in der Besoldungsordnung 1967 und in der Dienstordnung 1966 enthaltenes Dienstrecht in Geltung gesetzt.

4.3. Das Homogenitätsprinzip mit Wirksamkeit vom 1. Jänner 1975 bis 31. Dezember 1998

Eingehend wird das fast ein Vierteljahrhundert prägende, dem zunehmenden Föderalismusstreben der Länder zwar entgegenkommende, später aber auch immer weniger genügende, Homogenitätsprinzip behandelt, das eine neue Rechtssituation schuf, indem es die Dienstrechtskompetenz für Landes- und Gemeindebedienstete gemäß Art 21 B-VG ohne Unterscheidung zwischen Hoheits- und Privatwirtschaftsverwaltung weitgehend an die Länder übertrug, deren Landesgesetze nun bezüglich ihrer Verfassungsmäßigkeit am Homogenitätsgebot gemessen wurden. Die Beamtenregelungen im Wiener Bereich wurden in der BO

1994 und DO 1994 wiederverlautbart und die Vertragsbediensteten erhielten mit dem VBO 1979, später wiederverlautbart in der VBO 1995, eine eigene Rechtsgrundlage.

In der Folge wird der Inhalt des Homogenitätsprinzips oder –gebotes, das das Verbot der wesentlichen Behinderung des Dienstwechsels normiert und damit eine Bindung an die Strukturprinzipien des Bundesdienstrechts verlangt, sowie seine verfassungsrechtliche Bedeutung beleuchtet. In diesem Zusammenhang wird die in der Lehre viel diskutierte Judikatur des VfGH zum Gesamtgünstigkeitsvergleich bzw. va des OGH zum Gruppenvergleich bei lex contractus-Lösungen und fehlender Kompetenzwahrnehmung der Länder dargestellt. Sehr schwierig zu veranschaulichen und auch umstritten sind die rechtlichen Auswirkungen des Verstoßes gegen das Homogenitätsprinzip, die sich an dessen Wirkungsweise orientieren und teilweise mit der unmittelbaren Fiskalgeltung der Grundrechte verglichen werden. Die Verletzung der Gute-Sitten-Klausel und eine Vertragsergänzung durch analoge Bundesnormen, die Verdrängung durch Bundesrecht und die Anwendung überlagerter bundesgesetzlicher Bestimmungen als judizierte Lösungen werden beschrieben. Anschließend wird der nicht einhellig zu beantwortenden Frage, ob ein subjektives Verfassungsrecht auf Dienstwechsel besteht, nachgegangen.

Wichtig auch für das heutige Verständnis der Beamten und Vertragsbediensteten ist auch die Beantwortung der Frage, ob nach Auffassung des VfGH von einem vorgegebenem Bild des Berufsbeamten als Institutionengarantie, einem Typenzwang und ev. einem Funktionsvorbehalt ausgegangen werden kann, auch ob Art 21 B-VG ev. das Fehlen der verfassungsrechtlichen Verankerung von hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums substituieren und ergo dessen vollkommene Abschaffung somit untersagt ist. Danach wird anhand der VfGH-Judikatur und der Lehrmeinungen versucht, den Typenzwang mit Wesensmerkmalen von Beamten bzw. Vertragsbediensteten mit einem verbleibenden Wesenskern festzuschreiben und zuletzt der Funktionsvorbehalt behandelt.

In einem weiteren Block wird versucht, den Dienstrechtsbegriff zu ermitteln und den Umfang der Dienstvertragsrechtskompetenz exakt zu umschreiben, was aufgrund der in Art 21 B-VG normierten Einschränkungen mit Generalklausel zugunsten des Bundes und der festgelegten Gerichtsbetrauung sehr schwierig ist.

und die umstrittene Situation im angeführten Meinungsstreit zwischen *Thienel* und *Spielbüchler* mit den Schlagworten Subsidiärkompetenz, Kompetenzüberlagerung und Sonderkompetenz gipfelt.

Danach wird anhand der Judikaturbeispiele in einem wichtigen Block versucht, die Grenzen für eine wesentliche bzw unwesentliche Behinderung des Dienstwechsels und somit der Verletzung des Homogenitätsprinzips auszuloten, wobei die sehr interessante Abhandlung in Fälle mit bestehenden Landesgesetzen im Dienstrecht mit vorwiegend VfGH-Judikatur, in Fälle ohne bestehende Landesgesetze, somit unter Anwendung der Übergangsregeln *va* aus vielen teils inhomogenen *lex contractus*-Erkenntnissen des OGH, und dem Fall einer späteren Kompetenzergreifung durch das Land unterteilt wird.

Als lückenschließender Annex wird schlussendlich die kompetenzrechtliche Situation in Angelegenheiten der Diensthoheit, in Disziplinarsachen und in der Personalvertretung dargestellt sowie die Situation im Landeslehrerbereich festgehalten.

4.4. Das Informationsprinzip mit Wirksamkeit ab 1. Jänner 1999

Mit dem erzeugten Vorverständnis für die mit dem Homogenitätsprinzip verbundenen Strukturbindungen werden eingangs die Entstehungsgeschichte zum Wegfall des Homogenitätsprinzips und danach die Auswirkungen des Wegfalls ausführlich dargestellt. Interessant sind dazu neben den dargestellten Aussagen von Parlamentariern im Zuge der Gesetzwerdung auch die bestürzten Literaturmeinungen zu den Auswirkungen der Durchsetzung dieser Länderforderung auf Autonomie in der Dienstrechtsgesetzgebung, die in der Aussage einer Freigabe eines föderalistischen Wettbewerbs gipfelt, da die Bindung an die Strukturprinzipien des Bundesrechts beseitigt wurden.

In der Folge wird der Inhalt des Informationsprinzips als unpräzis formulierte Informationspflicht zur gleichwertigen Entwicklung des Dienstrechtes beleuchtet, die im Hinblick auf eine Verfassungsverletzung einen weiten Spielraum offenlässt und somit als zahnlos bezeichnet werden kann.

Danach wird auf überkommene Begriffsbilder wie das des Berufsbeamten und auf den ev Wegfall des Typenzwanges mit Hinweis auf die Bemühungen um eine Pensionsharmonisierung und auf die geplante Abschaffung der Pragmatisierung Bezug genommen und weiters der im Dienstvertragsrecht erstmals bestehende, dem Bund gleichwertige, Regelungsumfang der Länder beleuchtet sowie Ausführungen der Literatur zur umstrittenen Geltung des Adhäsionsprinzips eingeflochten.

In einem wichtigen Block wird der Dienstwechsel heute und die Bedeutung für die Vordienstzeiten untersucht, weil in Art 21 Abs 4 zweiter Satz B-VG zwar ein Diskriminierungsverbot bei der Vordienstzeitenanrechnung normiert, keinesfalls aber eine zwingende, wechselseitige Anrechnung der Zeiten bei Gebietskörperschaften garantiert wird. Dazu passend wird eine richtungsweisende Vorabentscheidung des EuGH angesprochen, wonach EU-Vordienstzeiten von nicht als in der Hoheitsverwaltung tätig anzusehenden Landeslehrern mit dem Argument der Freizügigkeit der Wanderarbeitnehmer und der größtmöglichen Mobilität anzurechnen sind.

Abschließend wird auf die laufend praktizierte Umsetzung der Informationspflicht eingegangen und zu offenen Informationsnotständen Stellung genommen sowie auf die noch vorhandenen verfassungsrechtlichen Schranken mit der gegenseitigen Rücksichtnahmepflicht und der Bindung von Gesetzgebung und Vollziehung an allgemeine Prinzipien, wie va die Grundrechte, hingewiesen.

4.5. Die Gesamtsituation im Untersuchungsbereich und der Ausblick auf die Zukunft

Zu Beginn wird in einem Resümee die unvorteilhafte Situation, die durch die im Lichte einer auf Homogenisierung weiter Rechtsbereiche strebenden Europäischen Union kontraproduktive Vorgangsweise des österreichischen Verfassungsgesetzgebers, die mit der Abschaffung des Homogenitätsprinzips hervorgerufen wurde, kritisiert. Der Bund mit der weitgehenden Pensionsharmonisierung sowie Plänen zur Abschaffung der Pragmatisierung und die Länder mit dem bereits durch die Freigabe der Dienstrechtskompetenz entstandenen Wildwuchs an Regelungen tragen heute zu einer, den Dienstwechsel mehr als

erschwerenden und damit nach Reparatur schreienden, inhomogenen Rechtslage bei.

In der folgenden Kritik der heranzuziehenden Grundlagen für die Entgeltfortzahlung werden zuerst die Tätigkeitsbereiche der Staatsdiener in der Bundes-, Landes- und Kommunalverwaltung als prinzipiell gleichartig festgestellt, was per se eine unterschiedliche rechtliche Behandlung sachlich nicht rechtfertigen würde. Danach wird die Vielfältigkeit der Rechtsgrundlagen im Wiener Bereich kritisiert und eine Eingliederung weiterer Bedienstetengruppen in das Regime der VBO 1995 gefordert. Im gleichen Atemzug wird allgemein auch die Vielfältigkeit der Grundlagen im Bundesstaat bei prinzipieller Gleichartigkeit der Tätigkeitsbereiche mit einer Übersicht der tragenden Vorschriften in den Ländern zur Veranschaulichung kritisiert.

Ebenfalls begründet kritisiert werden die einzelnen, fast durchwegs nicht mehr zeitgemäßen, Unterschiede in den Regelungen für Arbeiter und Angestellte sowie die inhaltlichen Ungleichbehandlungen der Vertragsbediensteten im öffentlichen Dienst an Beispiel von VBG und VBO 1995 als auch der einseitige Vorstoß des Bundes bei der Kürzung des Monatsbezuges der Beamten in § 13c GehG und die damit geschaffene Ungleichheit.

Den Abschluss der Arbeit bilden Vorschläge de lege ferenda in einem dreiteiligen legislatischen „Wunschzettel“:

Der erste Vorschlag ergeht zum Traum einheitlicher Fortzahlungsbestimmungen für Arbeiter und Angestellte nach dem Vorbild des Arbeitsverhältnisgesetzes (AVHG), beschreibt den Forderungskatalog des damaligen, im Änderungsantrag zur Regierungsvorlage zum ARÄG 2000 enthaltenen, AVHG und die Geschehnisse bis hin zur Ablehnung des Antrages im Parlament. Daraufhin wird der gegenwärtige Angleichungsbedarf gemessen an den §§ 7 und 8 AVHG ermittelt und bei Inkaufnahme eines wahrscheinlich wirtschaftlich abermals nicht durchsetzbaren bestmöglichen Zusammenschlusses zwischen AngG und EFZG ein Mittelweg in Form eines „Krankenstandsgesetzes“ vorgeschlagen, der im Prinzip von der Übernahme der sachlich gerechteren Arbeitsjahrlogik und der besseren Dienstunfallsregelung des EFZG bei Aufgabe der Sekundäransprüche nach dem AngG ausgeht.

Im zweiten Vorschlag wird versucht, die im Lichte der Europäischen Union und im Dunstkreis von Pensionsharmonisierung und geplanter Abschaffung der Pragmatisierung verloren gegangene Homogenität im öffentlichen Dienst wiederzufinden, indem entweder eine eher utopisch anmutende Änderung der Kompetenzbestimmungen in Richtung einer Grundsatzgesetzgebung des Bundes oder der Abschluss einer Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG mit dem größtmöglichen Nenner, gemessen an der Konsensfreudigkeit der Vertragspartner, vorgeschlagen wird. Die vielleicht mittel- bis langfristig zu erwartenden Homogenisierungsbestrebungen der Europäischen Union auch in puncto krankheitsbedingter Entgeltfortzahlung werden abschließend als Befürchtung erwähnt.

Die Vereinfachung der Entgeltfortzahlungsregeln als frommer Wunsch bei Scheitern weitreichenderer Reformen lässt den dritten Vorschlag keimen, der von einer Entflechtung überkomplizierter Regelungen, einer inhaltlich weiteren Annäherung von Arbeitern und Angestellten und einem modernisierten VBG als Vorbild für die Länder träumt. Abschließend wird noch ein zu adaptierender § 13c GehG, verbunden mit einer notwendigen Akzeptanz der Kürzung bei Beamten auch in den Ländern, oder dessen ersatzlose Streichung gefordert.

5. Abschließende persönliche Stellungnahme insgesamt

Nach Abschluss der Arbeit lässt sich konstatieren, dass die Entgeltfortzahlung im Krankenstand bei Wiener Gemeindebediensteten, gemessen an den vielen zu betreuenden Bedienstetengruppen, ungeahnt zahlreiche rechtliche Grundlagen in seinen Bann zieht, welche in ihren komplexen und oft überkomplizierten Regelungsinhalten die Gerichte, die Gesetzgeber, die Lehre und die Verwaltung – da wieder speziell die Lohnverrechnung – außer Atem bringt und österreichweit bei gleichartigen Tätigkeitsbereichen der Staatsdiener unaufhaltsam immer inhomogeneren, durch die Bundesverfassung aber weitgehend gedeckten, Rechtsvorschriften zur Anwendung verhilft. Eine Trendwendung in Richtung einer im Europäischen Raum plakatierten Harmonisierung weiter Rechtsgebiete ist schon im Bundesgebiet auch bei mehr als gutem Willen der zehn gesetzgebenden Autoritäten eine Herausforderung und dürfte weitgehend ein frommer Wunsch bleiben.

Ich habe versucht, in meiner Arbeit all die anfallenden Probleme zum Untersuchungsgegenstand so transparent, übersichtlich und schlüssig wie möglich, geordnet nach Themenschwerpunkten, in der Behandlungstiefe abgestuft nach Relevanz und unter Aufzeigen der quantitativen Bedeutung, darzustellen, den erfahrenen Leser weder zu überfordern noch mit überflüssigem Text zu quälen, alle Ausführungen durch viele Literaturangaben argumentativ und interpretativ untermauert bzw juristisch belegt und habe meine persönliche Meinung an geeigneter Stelle stets einfließen lassen. Bei der Einbeziehung der verfassungsrechtlichen Aspekte habe ich auch immer versucht, meinen Blickwinkel nicht zu sehr einzuschränken und den Überblick über die gesamtstaatlichen Belange nicht zu verlieren, sowie am Ende der Arbeit meinen persönlichen Wünschen zu einer reformierten Fortzahlungsregelung freien Lauf gelassen.

In meiner langjährigen Tätigkeit als Verwaltungsbeamter im Bereich der Besoldung kommen mir immer wieder, nur in der Realität fähig zu schaffende, Einzelfälle auf den Schreibtisch, die den Wunsch nach einer einfacheren, wohl zumeist auch gerechteren, Regelung der krankheitsbedingten Entgeltfortzahlung nähren.

Ich hoffe, dass meine Akribie als gewissenhafter Schreibtischbeamter für diese Arbeit eher ein Vorteil war und hoffe inständig um eine wohlwollende Bewertung der Dissertation durch meine Begutachter.

Literaturverzeichnis

- Adamovic, Franz Michael**, Kommentar zu OGH 3.6.1986, 14 Ob 65/86, ZAS 1987, 169
- , Die Novelle zum Urlaubsgesetz – eine Verwirrung?, RdW 1996, 118
- Alvarado-Dupuy, Andre**, Betriebliche Berufsausbildung und Personalvertretungsrecht – ein erster Überblick, ZfV 1999, 366
- , Pensionsreformgesetz 2000: Änderungen im Beamtenpensionsrecht und Dienstrecht, DRdA 2000, 444
- Andexlinger, Helmut**, Kommentar zu OGH 16.2.1981, 4 Ob 96/81, ZAS 1982, 228
- , Rechtsunkenntnis im Arbeitsrecht, RdW 1986, 148
 - , OGH 29.6.1988, 9 ObA 141/88, ZAS 1989, 22 (Glosse)
 - , ecolex-Glosse: Typischer Ärger? Der EuGH im Arbeitsrecht, ecolex 1993, 112
 - , OGH 26.1.1994, 9 ObA 365/93, DRdA 1994, 47 (Glosse)
 - , Krankenstand von Arbeitern, ecolex 1997, 599
- Andexlinger, Helmut/Spitzl, Adalbert**, OGH 18.11.1987, 9 ObA 97/87, ZAS 1988, -, 13 (Glosse)
- Anzenberger, Werner**, Entgeltfreie Dienstzeiten und Abfertigung – Welchen Einfluß haben entgeltfreie Zeiten bei aufrechter Dienstverhältnis auf anwartschaftsabhängige Ansprüche?, ASoK 1997, 238
- ARD Betriebsdienst**, Betriebswichtige Rechtsdaten 2002
- Bachmann, Susanne**, Der öffentliche Dienst in Österreich und in den Europäischen Gemeinschaften, ZfV 1991, 233
- Binder, Martin**, Die Entgeltbemessungsgrundlage für Nichtarbeitszeiten, RdW 1983, 44
- , Bedarf es für das Arbeitsrecht einer besonderen Interpretationsmethode?, DRdA 1986, 1
 - , Vertragsschablonen für Spitalsärzte und zwingendes Gesetz, RdW 1998, 746
 - , OGH 29.1.1998, 8 ObA 361/97i, RdW 1998, 757 (Glosse)
- Blaha, Michaela/Pollak, Peter**, Dienst- und Besoldungsrecht der Wiener Gemeindebediensteten, Kurzkomentar (2000)
- Boldt, Gerhard**, Die Tätigkeit des Deutschen Bundesarbeitsgerichts im Jahre 1978 (Serie: „Aus dem Ausland“ – Bundesrepublik Deutschland), DRdA 1980, 69
- Bollenberger, Raimund**, OGH 9.12.1998, 9 ObA 157/98y, ZAS 2000, 3 (Glosse)
- Brodil, Wolfgang/Risak Martin E./Wolf Christoph**, Arbeitsrecht in Grundzügen⁴ (2006)

- Brunner, Robert/Rath, Erwin**, Ausgewählte Fragen zum Arbeitsrecht der Hausbesorger und Hausbetreuer – Unterschiede im Hinblick auf Inhalt und Umfang der Arbeitspflicht und den Entgelt(fortzahlungs)anspruch, ASoK 2004, 253
- Bundeskanzleramt**, Das Personal des Bundes 2005, Daten und Fakten (2005)
- Bußjäger, Peter**, Zur Konstruktion des verfassungsrechtlich vorgegebenen Beamtenbildes, ÖJZ 1997, 681
- , Bemerkungen zur Neuregelung der Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Dienstrechtes der öffentlich Bediensteten, JBI 1999, 773
- Choholka, Herbert**, Krankenversicherung der unselbständig Erwerbstätigen, SozSi 2000, 685
- Csebrenyak, Erich**, OGH 16.2.1982, 4 Ob 96/82, DRdA 1983, 15 (Glosse)
- Delabro, Fritz/Schubert, Walther/Rauscher, Franz**, Das Dienstrecht der Vertragsbediensteten der Gemeinde Wien (1981)
- Dobesberger, Franz/Eibensteiner, Christoph**, Vergütung eines Feiertages im Krankheitsfall, ecolex 1993, 257
- Doralt, Werner**, Kodex Pflegegeldgesetze² (Stand: 1. Mai 2000)
- Drs, Monika**, OGH 26.3.1997, 9 ObA 30/97w, DRdA 1998, 7 (Glosse)
- , Entgeltfortzahlung bei krankheitsbedingter Abwesenheit (Serie: „Der praktische Fall“), DRdA 1999, 495
 - , AVHG-Entwurf: Analyse und Kritik, RdW 1999, 158
 - , Neues aus dem Arbeits- und Sozialrecht – Das Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000, RdW 2000, 453
- Dusak, Ingrid**, Hat der Organspender einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung?, RdW 1988, 48
- Eibensteiner, Christoph**, Sozialversicherungsrechtliche Rückerstattung für Feiertags-Entgeltfortzahlung?, ecolex 1994, 482
- Faber, Ronald**, Die Wachkörper und das Erste Bundesrechtsbereinigungsgesetz – Ein Nachruf auf die „Organisationsstatute der Bundessicherheits- und Kriminalbeamtenkorps“, JRP 2000, 35
- Fiedler, Franz**, Österreich-Konvent, Entwurf einer Bundesverfassung (2005)
- Floretta, Hans/Spielbüchler, Karl/Strasser, Rudolf**, Arbeitsrecht I³ (1988)
- Funk, Bernd-Christian**, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht¹⁰ (2000)
- Gahleitner, Sieglinde**, Urlaubsentgelt für Provisionsbezieher, DRdA 1992, 485
- Geist, Reinhard**, OGH 6.4.1994, 9 ObA 603/93, DRdA 1995, 12 (Glosse)
- , Mehrfach befristetes Dienstverhältnis mit einem leitenden Arzt an einem städtischen Krankenhaus (Der praktische Fall), DRdA 1995, 426
- Gerlach, Roland**, Praktisches zum Entsendungsrecht – Arbeitsverhältnisse im Ausland, ASoK 1998, 269
- Grießer, Georg**, Zum Entwurf des Arbeitsverhältnissesgesetzes, ecolex 1999, 105

- Grillberger, Konrad**, OGH 16.11.1988, 9 ObA 283/88, DRdA 1991, 1 (Glosse)
- Gruber, Bernhard W.**, Anrechnung des Karenzurlaubes bei dienstzeitabhängigen Ansprüchen?, *ecolex* 1999, 786
- , AVHG-Entwurf: Fairneß, Unfairneß und noch mehr, *RdW* 1999, 156
- Gruber, Ernst**, Der Schadenersatz aus Meldepflichtverletzungen (Zum Mitverschulden des Arbeitnehmers), *DRdA* 1984, 119
- Handstanger, Meinrad**, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Institution des „Dienstwechsels“ im Art 21 Abs 4 B-VG, *ZfV* 1993, 449
- Hartmann, Klaus**, Die Flexibilität des öffentlichen Dienstes – Dienst- und besoldungsrechtliche Aspekte – o. Univ.-Prof. Dr. Bernhard *Raschauer* zum 50. Geburtstag, *ZfV* 1998, 92
- Höfle, Wolfgang**, Entgeltfortzahlung bei ununterbrochenem Krankenstand im neuen Arbeitsjahr (OGH 8 ObA 163/98y vom 28.1.1999, *ARD* 5009/11/99), *ASoK* 1999, 168
- , Keine Erstattung von Sonderzahlungen bei Entgeltfortzahlung, *VwGH* 29.3.2000, 96/08/0233, *ARD* 5140/12/2000 – *ASoK* 2000, 359
 - , Krankenstand am Feiertag – Verlängerung von Anspruchsfristen – OÖ GKK, *DG-Info* Nr 151/2000, Dezember 2000, *ASoK* 2001, 68
- Höfle, Wolfgang/Klein, Christoph**, „Abfertigung neu“ – Betriebliche Mitarbeitervorsorge, *ASoK* 2002, 200
- Holler, Ingrid**, Smogalarm (Serie: „Der praktische Fall“), *DRdA* 1985, 225
- Holzer, Wolfgang**, Arbeitsrechtliche Probleme der „Privatisierung“, *DRdA* 1994, 376
- Ivansits, Helmut**, OGH: Krankengeldanspruch bei Vorerkrankungen, *DRdA* 1994, 433
- Jabloner, Clemens**, Zur Verfassungskonformität des § 9 des Bundesministeriengesetzes 1986 – eine Replik!, *JB* 1988, 402
- Jabornegg, Peter**, OGH 30.11.1987, 10 ObS 94/87, *ZAS* 1988, 27 (Glosse)
- Kallab, Thomas**, OLG Wien: Sonderzahlungen und Entgeltbegriff gem § 5 EFZG, *DRdA* 1995, 73
- , Generalkollektivvertrag über den Begriff des Entgelts (OGH 17.10.2002, 8 ObA 67/02i), *DRdA* 2003, 45 (Glosse)
- Karl, Beatrix**, Die Einbeziehung geringfügig Beschäftigter in die Sozialversicherung – Entscheidende Änderung der Rechtslage, *ASoK* 1997, 383
- , OGH 7.8.1997, 8 ObA 92/97f, *DRdA* 1998, 40 (Glosse)
 - , Krankheit und Arbeitsunfähigkeit – die zentralen Begriffe des Rechts der Entgeltfortzahlung, *ASoK* 1999, 112
- Kaszanits, Harald**, Das Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 – ARÄG 2000 – Soziale Gerechtigkeit am Arbeitsplatz, *ASoK* 2000, 235
- Kaun, Maria**, Änderungen im Arbeits- und Sozialrecht ab 1.1.2001 – Angleichung von Arbeitern und Angestellten – Urlaubsaliquotierung – Entfall des Postensuchtages bei Selbstkündigung etc, *ASoK* 2001, 2

- Kirschbaum, Rita-Maria**, EuGH 23.2.1994, C-419/92 vom 23.2.1994 (Vorabentscheidung), DRdA 1994, 436 (Glosse)
- , Billig-Arbeitskräfte aus EU-Staaten?, DRdA 1995, 533
- Klein, Christoph**, Gesetzesentwurf für die Angleichung der Rechte der Arbeiter an jene der Angestellten, ASoK 1998, 379
- , Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000, ASoK 2000, 146
 - , Vermischtes aus der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung, ASoK 2000, 252
 - , Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 (ARÄG 2000), DRdA 2000, 437
- Klein, Gerhard**, OGH 17.2.1981, 4 Ob 6/81, DRdA 1983, 10 (Glosse)
- , Arbeitsrechtliche Probleme neuer Arbeitszeitformen, DRdA 1984, 301
 - , Urlaubsvereinbarung und Mutterschaft, RdW 1986, 115
 - , OGH 16.12.1986, 14 Ob 204/86, DRdA 1988, 20 (Glosse)
 - , VwGH 29.9.1986, 85/08/0204, ZAS 1988, 8 (Glosse)
- Kleiner, Martin**, Entgeltfortzahlung und Schadenersatzanspruch des Dienstgebers bei selbstverschuldeter Arbeitsunfähigkeit des Dienstnehmers – Dienstverhinderung und Eigenverschulden, ASoK 1998, 336
- Kocher, Christa/Müller, Eduard**, Die Lohnverrechnung 2001 – Kurzfassung der wichtigsten Bestimmungen und Neuerungen für 2001, SWK 2001, S 1
- Krapf, Günter**, OGH 6.7.1998, 8 ObA 15/98h, DRdA 1999, 44 (Glosse)
- Kryda, Wilhelm**, Das Urlaubsrecht der Dienstnehmer – Urlaubsanspruch – Anrechnungen – Verbrauch – Abrechnungsvorschrift, SWK 1985, B I 17
- , Das Urlaubsrecht der Dienstnehmer – Urlaubsanspruch – Anrechnungen – Verbrauch – Abrechnungsvorschrift, SWK 1987, B I 9
- Kucsko-Stadlmayer, Gabriele**, Ruhensbestimmungen für Beamte als verfassungsrechtliches Problem, ÖJZ 1990, 649
- , Kommentar zu Art 21 B-VG in *Korinek/Holoubek*, Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Kommentar zum B-VG, II/1, Art 1 – 59b (Stand 5. Grundlieferung 2002)
- Kuderna, Friedrich**, Die durch das Sozialrechts-Änderungsgesetz vorgenommenen Ergänzungen der §§ 2, 9, 10 und 19 des Urlaubsgesetzes, DRdA 1996, 465
- Leeb, David**, Dürfen die Länder das Verfahren und die Zuständigkeit der Gerichte auf dem Gebiet des Dienstvertragsrechts regeln?, JBI 2000, 359
- Leitner, Robert**, EU-Dienstleistungsfreiheit und Arbeitnehmerentsendung – EU-Kommission möchte Binnenmarkt für Dienstleistungen vollenden, ASoK 2005, 129
- Leitner, Silvia**, Dienstzeitabhängige Ansprüche bei Entgeltfreiheit, RdW 1997, 138
- Löschnigg, Günther**, Arbeitsverhältnissgesetz-(AVHG)Entwurf: Überblick, RdW 1999, 149
- , VwGH 20.9.2000, 97/08/0839, DRdA 2001, 27 (Glosse)

- Machold, Manfred**, Entwurf einer Verfassung der Republik Österreich (2004)
- Marhold, Franz**, Arbeits- und Sozialrechtliche Probleme der Aussetzungsverträge, RdW 1984, 246
- Mayer, Heinz**, Amtswegige Versetzung in den Ruhestand und Homogenitätsprinzip, ÖJZ 1990, 771
- Mayerhofer, Ulrich**, Arbeitsrechts-Änderungsgesetz 2000 (ASRÄG 2000), infas 2000, 119
- Mayr, Klaus**, Zeitausgleich und Krankenstand, ecolex 1996, 186
- , OGH 26.3.1996, 10 ObS 261/95, DRdA 1997, 16 (Glosse)
 - , LG Linz: Betriebliche Sonderzahlung bei Arbeitgeberkündigung, DRdA 1997, 522
 - , Anrechnung des Karenzurlaubes bei dienstzeitabhängigen Ansprüchen?, ecolex 1998, 934
 - , Anrechnung von Vordienstzeiten aus anderen EU/EWR-Mitgliedstaaten, DRdA 2001, 285
- Mazal, Wolfgang**, Kommentar zu OGH 3.6.1985, 4 Ob 59/85, ZAS 1987, 165
- , Ärztliche Bestätigungen bei Krankenstand, RdW 1989, 273
 - , Geburt oder Abortus? Rechtliche Qualifikation und mutterschutzrechtliche Konsequenzen, ÖJZ 1992, 480
- Meggeneder, Oskar**, Die Rolle der Ärzte und Chefärzte bei Krankenständen, ASoK 2005, 118
- Melzer-Azoldanloo, Nora**, Aneinanderreihung von Arbeitsverhältnissen – Zulässigkeitsgrenzen von Kettendienstverträgen, ASoK 1998, 297
- Messiner, Friedrich**, Geplante Reformen im Rahmen des Entwurfes eines Entgeltssicherungsgesetzes (ESG), ZVR 1978, 332
- Moritz, Reinhold**, Verfassungsrechtliche Überlegungen zur Vollziehung der Vertragsbedienstetengesetze der Länder, ZAS 1990, 121
- Mosler, Rudolf**, Probleme der Gelegenheitsarbeit (Serie: „Der praktische Fall“), DRdA 1986, 65
- , Aussetzungsverträge und Anrechnung der Aussetzungszeiten, RdW 1986, 309
 - , Ansprüche eines gekündigten Provisionsvertreters (Serie: „Der praktische Fall“), DRdA 2000, 539
- Müller, Eduard**, Die Lohnverrechnung 1996 – Kurzfassung der wichtigsten Bestimmungen und Neuerungen für 1996, SWK 1996, A 1
- Müller, Rudolf**, Zur Rückwirkung von Rechtsprechung und Urlaubsaliquotierung bei Krankheit, ecolex 1996, 190
- , Arbeitsrecht und Sozialrecht – Probleme der Divergenz von Rechtsprechung, DRdA 1998, 305

- Naderhirn, Johanna**, Anspruch auf Urlaubszuschuss und Weihnachtsremuneration in entgeltfreien Krankenstandszeiten, ZAS 2002, 7
- Öhlinger, Theo**, Verfassungsrecht³ (1997)
 -, Verfassungsrecht⁴ (1999)
- Panhölzl, Wolfgang**, Bericht der arbeits- und sozialrechtlichen Tagung in Altmünster, DRdA 1999, 509
- Pernkopf, Sophie**, OGH 28.1.1999, 8 ObA 163/98y, ZAS 1999, 18 (Glosse)
- Pernthaler, Peter/Rath-Kathrein, Irmgard**, Zum Pensionsrecht der Beamten, JBl 1993, 475
- Petrovic, Gabriela**, ecolex-Checklist: Entsendungsvertrag, ecolex 1991, 634
- Pfeil, Walter J.**, OGH 16.12.1986, 14 Ob 204/86, ZAS 1988, 7 (Glosse)
 -, OGH 17.4.1997, 8 ObA 2132/96d, DRdA 1998, 4
- Pinggera, Winfried**, Pensionsharmonisierung – Reform mit Entwicklungspotenzial?, ZAS 2006, 114
- Pirkner, Oliver**, VfGH 10.6.1996, B 3814/95, SozSi 1998, 48 (Glosse)
- Radner, Thomas**, Feiertagsentlohnung bei Spitalsärzten, DRdA 2006, 225
- Rauch, Thomas**, Zur freiwilligen Verlängerung der Karenzzeit für Mütter bzw Väter – Die vom Arbeitgeber gewährte Verlängerung der Karenzzeit verursacht Kosten, die bei der gesetzlichen Karenzzeit nicht entstehen können, ASoK 2002, 106
 -, Frist zur Vorlage von Krankenstandsbestätigungen, ARD 5397/6/2003
 -, Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfall und DV-Lösung in der Probezeit, ARD 5470/5-7/2004
 -, Jüngste Judikatur zum Krankenstand – Der Arbeitgeber kann eine Krankenstandsbestätigung mit einem Endtermin verlangen, ASoK 2005, 122
 -, Kommentar zum EFZG und zu den wichtigsten weiteren Krankenstandsregelungen des privaten Arbeitsrechts (2006)
- Rebhahn, Robert**, Ein Arbeitsunfall auf der Heimreise nach Österreich (Serie: „Der praktische Fall“), DRdA 1979, 333
 -, OGH 15.6.1988, 9 ObA 122/88, DRdA 1990, 42 (Glosse)
 -, Individualarbeitsverhältnisse bei Unternehmensveräußerung, ecolex 1990, 167
 -, Zum erforderlichen Inhalt der Krankenbestätigung, wbl 1991, 185
 -, Anwendbares Arbeitsrecht bei Beschäftigung von Arbeitnehmern im Ausland, RdW 1992, 148
 -, Entsendung von Arbeitnehmern in der EU – arbeitsrechtliche Fragen zum Gemeinschaftsrecht, DRdA 1999, 173
- Resch, Reinhard**, Europäisches Sozialrecht – erste oberstgerichtliche Entscheidungen, RdW 1997, 461

- , OGH 20.5.1998, 9 ObA 15/98s, DRdA 1999, 16 (Glosse)
- Risak, Martin E.**, OGH 30.1.1997, 8 ObA 2046/96, ZAS 1997, 19 (Glosse)
- Röpke, Oliver**, OGH: Zur Regelung der Fahrtkostenvergütung im Kollektivvertrag für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigerbetriebe, DRdA 2001, 72
- Rothe, Heinz**, Neues Jahr – neuer Anspruch? Entgeltfortzahlung bei fortdauernder Arbeitsverhinderung im neuen Arbeitsjahr, ecolex 2000, 518
- Runggaldier, Ulrich**, Sozialrückbau durch Rechtsprechung?, DRdA 1996, 101
- Sailer, Ernst/Bernold, Heinz/Mertens, Brunhilde**, Die Lohnsteuer in Frage und Antwort (2006)
- Schefbeck, Günther**, Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales – Bundesgesetz, mit dem ein Arbeitsverhältnisgesetz (AVHG) geschaffen wird, das Angestelltengesetz, das Gutsangestelltengesetz, das Hausbesorgergesetz, das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz, das Heimarbeitsgesetz und das Entgeltfortzahlungsgesetz geändert, die Gewerbeordnung 1859 und das Arbeiter-Abfertigungsgesetz aufgehoben werden – Aussendung: 3.11.1998 – Ende der Begutachtungsfrist: 18.12.1998, JRP 1999, 80
- , Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales – Bundesgesetz, mit dem das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch, das Entgeltfortzahlungsgesetz, das Hausgehilfen- und Hausangestelltengesetz, das Heimarbeitsgesetz, das Urlaubsgesetz, das Angestelltengesetz, das Gutsangestelltengesetz, das Schauspielergesetz, das Allgemeine Sozialversicherungsgesetz, das Arbeitslosenversicherungsgesetz 1977, das Insolvenz-Entgeltsicherungsgesetz und das Sonderunterstützungsgesetz geändert werden (Arbeitsrechtsänderungsgesetz 2000 – ARÄG 2000) – Aussendung 13.3.2000 – Ende der Begutachtungsfrist 12.4.2000, JRP 2000, 125
- Schindler, Rene**, Urlaubskürzung wegen Fehlzeiten ohne Entgeltanspruch?, DRdA 1995, 106
- , OGH 28.3.1996, 8 ObA 2019/96m, DRdA 1997, 18 (Glosse)
- , VwGH 17.10.1996, 95/08/0341, DRdA 1997, 53 (Glosse)
- , „Deferred compensations“, insb Betriebspensionszusagen als abfertigungsrelevante Entgelte, DRdA 1999, 187
- , Kürzung von Sonderzahlungen bei entgeltlosen Zeiten: Ende der Judikaturdivergenz?, DRdA 2005, 255
- Schnorr, Gerhard**, Rechtsfragen der Kurzarbeit, DRdA 1987, 261
- , OGH 17.3.1993, 9 ObA 317/92, DRdA 1994, 2
- Scholz, Peter**, Sorgenspender Alkohol, SozSi 1988, 531
- Schrank, Franz**, Sonderfälle des Ersatzruheverbrauches, RdW 1985, 187
- , Karenzurlaubserweiterungsgesetz: Neue Formen der Teilzeitbeschäftigung und ihre Auswirkungen auf die arbeitsrechtlichen Ansprüche (Teil I), ZAS 1990, 145

- , Aktuelle Rechtsfragen zu Ausmaß und Verbrauch des Urlaubs – Zugleich ein Beitrag zu mehr Gleichmaß und Verhältnismäßigkeit im Urlaubsrecht, ZAS 1992, 181
 - , Sonderzahlungen bei entgeltfreien Krankenständen, ecolex 1995, 193
 - , Zur Beseitigung der Aliquotierungsjudikatur durch die UrlG-Novelle – eine Replik, ecolex 1996, 290
 - , Krankenstände: Verlängern Feiertage wirklich die Entgeltfortzahlungsdauer?, ecolex 2001, 387
 - , Doch Anspruch auf Sonderzahlungen für entgeltfreie Krankenstandszeiten? Eine Replik auf *Naderhirm* in ZAS 2002, 7 – ZAS 2002, 43
- Schubert, Walther/Vesely, Herbert**, Das Dienstrecht der Beamten der Stadt Wien (1989)
- Schurz-Wörth, Beatrix**, Fortbildungsveranstaltung aus Arbeits- und Sozialrecht in Altmünster, RZ 2000, 37
- Schwarz, Bernhard**, OGH 19.4.1977, 4 Ob 23, DRdA 1978, 252 (Glosse)
- , AVHG-Entwurf: Rechtspolitischer Hintergrund, RdW 1999, 153
- Schwarz, Walter**, Nochmals: Das AVRAG im Zwielficht!, RdW 2000, 16
- Schwimmann, Michael**, Neues Arbeitskollisionsrecht in Österreich, DRdA 1981, 281
- , Zur Lage des österreichischen Internationalen Arbeitsrechts, ZAS 1992, 1
- Sladeczek, Einar**, Das Arbeitsrecht der Strukturanpassungsgesetze 1995/96 – Ausländerbeschäftigung – Entsendung – Urlaub, ASoK 1997, 19
- Spielbüchler, Karl**, OGH 17.3.1993, 9 ObA 317/92, JBI 1994, 57 (Glosse)
- , Der Arbeitsvertrag in der Kompetenzverteilung; Eine kurze Antwort auf eine gründliche Kritik, DRdA 1994, 297
- Spitzl, Adalbert**, OGH 5.4.1989, ObA 72/89, RdW 1989, 230 (Glosse)
- , Einvernehmliche Auflösung im Krankenstand, ecolex 2002, 195
- Stärker, Lukas**, Zulagen auch für Urlaubs- und Krankheitszeiten? OGH zu den Anspruchsvoraussetzungen bei Ärzten, ASoK 1998, 231
- , Das Arbeitsruhegesetz gilt auch in Niederösterreichs Spitälern – Zum Verhältnis der Feiertags-Entgeltregelungen von NÖ SÄG und ARG, ASoK 2000, 311
- Steinbauer, Peter**, Zur einvernehmlichen Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses, Teil II, ZAS 1984, 43
- Steiner, Peter**, Das Vertragsbedienstetengesetz 1948 als lex contractus – Eine Fußangel für den Dienstgeber?, ASoK 1998, 236
- Tades, Helmuth/Molterer, Gottfried**, Die arbeitsrechtliche Judikatur in den Jahren 1976 bis 1978 (Teil 1), DRdA 1980, 97
- , Die arbeitsrechtliche Judikatur in den Jahren 1976 bis 1978 (Teil 2), DRdA 1980, 194

- Thienel, Rudolf**, Arbeitsvertragsrecht und Vertragsbedienstetenrecht in der Kompetenzverteilung, DRdA 1994, 222
- Tomandl, Theodor**, Die Vergütung nicht verbrauchten Urlaubs – zugleich ein Beitrag über arbeitsrechtliche Theorienbildung (Teil II), ZAS 1987, 45
- , Der VfGH zum Ruhen von Beamtenpensionen, ZAS 1988, 181
 - , Die Berücksichtigung von Überstunden im Rahmen der Entgeltfortzahlung, ZAS 1993, 169
 - , Rechtspolitische Gestaltungsmöglichkeiten des Gesetzgebers bei der Pensionsreform, ZAS 1996, 73
 - , Paradigmenwechsel in der Pensionsversicherung, ZAS 2006, 104
- Tomandl, Theodor/Schrammel, Walter**, Arbeitsrecht²⁴ (1999)
- Trattner, Hans**, Wann haben Arbeitnehmer Anspruch auf bezahlte Freizeit? Neuerungen aufgrund des Arbeitsrechtsänderungsgesetzes 2000, ASoK 2001, 144
- , Erkrankung im Urlaub – Unter bestimmten Voraussetzungen wird der Urlaub unterbrochen, ASoK 2005, 126
- Trost, Barbara**, OGH 25.5.1994, 9 ObA 38/94, DRdA 1995, 31 (Glosse)
- , OGH 27.10.1994, 8 ObA 279/94, DRdA 1995, 32 (Glosse)
 - , Anspruch auf Sonderzahlungen in entgeltfreien Zeiten – Zugleich eine Besprechung von 9 ObA 38/94 und 8 ObA 264-266/94, DRdA 1995, 116
 - , OGH 14.3.1996, 8 ObA 215/96, DRdA 1997, 21 (Glosse)
- Vogt, Carl-Georg**, Nochmals: Feiertag im Krankheitsfall, ecolex 1993, 472
- , Replik: Feiertag im Krankheitsfall, ecolex 1994, 631
- Waas, Hanns**, Zur Rechtsstellung der Spitals(Turnus)ärzte in Salzburg, DRdA 1990, 181
- , VfGH 10.3.1994, G 197/92, DRdA 1995, 17 (Glosse)
 - , Zum Homogenitätsprinzip, DRdA 1997, 439
 - , OGH 29.1.1998, 8 ObA 134/97g, DRdA 1999, 14 (Glosse)
- Wachter, Gustav**, Eine folgenschwere Entlassung (Serie: „Der praktische Fall“), DRdA 1980, 57
- , Bemerkungen zum Austrittsgrund der Arbeitsunfähigkeit bzw Gesundheitsgefährdung, DRdA 1989, 179
 - , OGH 24.4.1996, 9 ObA 2042/96, DRdA 1997, 11 (Glosse)
 - , OGH 15.4.1999, 8 ObA 221/98b, DRdA 2000, 12 (Glosse)
- Wagner, Sabine**, Elternkarenz versus Heeresdienste: Ungerechtfertigte gesetzliche Ungleichbehandlung bei der Anrechnung für dienstzeitabhängige Ansprüche?, DRdA 1997, 77

Wagnest, Werner, Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Kündigungsentschädigung bzw Schadenersatz bei vorzeitiger Auflösung des Arbeitsverhältnisses, DRdA 2002, 254

Walter, Robert/Mayer, Heinz, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000)

Weinmeier, Edith, OGH 17.6.1992, 9 ObA 78/92, DRdA 1993, 18

Weiss, Dieter, Die Berücksichtigung von Unternehmensbeteiligungen und Aktienoptionen bei Entgeltfortzahlungs- und Beendigungsansprüchen – Ist der durch das KMOG eingefügte § 2a AVRAG mit den bisher geltenden Grundregeln des Arbeitsrechts vereinbar?, ASoK 2001, 245

Weißenberg, Gerhard, Die österreichische Arbeitsrechtskodifikation, DRdA 1979, 1

Winkler, Johannes, Das neue Dienstrecht der Hausbesorger – Hausbesorgergesetz nur mehr auf vor dem 1.7.2000 abgeschlossene Dienstverhältnisse anwendbar, ASoK 2000, 366

Zehetner, Jörg/Wolf, Christoph, Arbeitsrechtliche Probleme bei Stock Option Modellen, ecolex 2001, 12

Zeiler, Gerold/Kühteubl, Stefan, Überblick über die arbeitsrechtlichen Grundlagen der „Abfertigung neu“, RWZ 2002, 54

Kurzfassung in Deutsch

Die Arbeit versucht auf transparente und übersichtliche Art und Weise dem Leser das Thema „Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bei Wiener Gemeindebediensteten“ näher zu bringen und scheut nicht davor zurück, aus der Lohnverrechnungspraxis aufgeworfene, tiefgreifende Rechtsfragen in die Analyse mit einzubeziehen sowie auf die teils überhasteten Formulierungen in manchen Gesetzen hinzuweisen.

Die Untersuchung beginnt nach einer Einleitung in Teil II bewusst mit der Aufstellung der derzeit im Wiener Magistratsbereich verrechneten Bedienstetengruppen mit quantitativ fassbaren Zahlen über die Personenanzahl – sohin fast 100.000 laufend beschäftigten aktiven Dienstnehmern – sowie mit der Darstellung aller dazugehörigen grundlegenden, einschlägigen Anwendungsnormen – nach dem Motto: „Auch Kleinvieh macht Mist“ – und versucht damit Problembewusstsein zu schaffen. Nach der Behandlung der Anspruchsgrundlagenproblematiken mit vielen Verweisungsvorschriften, Günstigkeitsbestimmungen und Subsidiärgeltungen in relevanten Gesetzen, Dienstvorschriften und Kollektivverträgen im Bereich der Stadt Wien werden in Teil III intensiv die Sachprobleme erörtert.

Innerhalb der Sachprobleme in den einschlägigen Anspruchsnormen werden den Kernbereichen Anspruchsfristen inklusive Halbjahreskoppelungs- bzw Arbeitsjahrproblematik, fortzuzahlendes Entgelt und Zuschuss mit dem judizierten Bezugs- bzw Entgeltausfallprinzip, Krankenstand und Urlaub, Wesen der Sonderzahlung in der Entgeltfortzahlung mit dem heftigen Meinungsstreit über den Entgeltcharakter der Sonderzahlung, Krankenstand und andere Abwesenheiten außer Urlaub, Meldepflichten und Nachweispflicht sowie Entgeltfortzahlungsprobleme im Zusammenhang mit dem Ende des Dienstverhältnisses weit mehr Zeit und Platz geopfert, als sogenannten Randbereichen, wie zB Karenz- und Wartezeiten, aus denen wichtige Einzelaspekte aber unbedingt oder zumindest der Vollständigkeit halber Erwähnung finden mussten. Ein verstärktes Augenmerk wird auch dem aufgeblähten Nebengebührenkatalog der Stadt Wien gewidmet.

Anschließend wird in Teil IV unter Einbeziehung verfassungsrechtlicher Aspekte – vor allem durch die Beseitigung des Homogenitätsprinzips und der Einführung einer Informationspflicht geschaffenen Situation im Dienstrecht der öffentlich Bediensteten – eine Auswertung vorgenommen, welche bei kritischer Betrachtung die Schwachpunkte der derzeitigen Rechtslage im Untersuchungsbereich aufzeigen soll. Dabei wird einleitend die Situation der Dienstrechtskompetenz der Gebietskörperschaften vor dem 1. Jänner 1975 – dem Zeitpunkt der Einführung des Homogenitätsprinzips – dargestellt, das Wesen und der Inhalt des bis 31. Dezember 1998 geltenden Homogenitätsprinzips kritisch beleuchtet und danach auf die Vor- und Nachteile sowie auf die Hintergründe des Wegfalls desselben eingegangen. Im Anschluss daran wird das ab 1. Jänner 1999 geltende Informationsprinzip und dessen sich ergebende Auswirkungen auf die schon bestehenden Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall behandelt.

Fokussierend auf die Schwerpunktproblematiken wird abschließend eine Aussicht auf zukünftige legislative Lösungsmöglichkeiten – unter Einbeziehung vielleicht auch etwas an fromme Wünsche der Lohnverrechner erinnernde Aspekte – und ihre Umsetzungschancen geboten. Die Vorschläge bewegen sich von einer Art „Krankenstandsgesetz“ über eine verstärkte Homogenität in Richtung einer Grundsatzgesetzgebung des Bundes sowie einer Vereinbarung gemäß Art 15a B-VG hin bis zu einer inhaltlichen Annäherung an ein zu modernisierendes VBG de lege ferenda.

Mag. Johann Mandl

Short Version in English

This paper tries to familiarize the reader in a transparent and clear way with the topic 'Continued Payment in Case of Illness for Viennese Local Government Officials'. It includes profound questions of law concerning wage accounting in its analysis and indicates the partly inexact drafts of some statutes.

After an introduction the research paper begins in part II on purpose with a listing up of the different groups of officials registered and paid in the Viennese local government with figures referring to quantity – almost 100,000 employed officials – as well as with a survey of all related fundamental relevant norms of application and tries therewith to create an awareness of the problem. After a treatment of the basic rules with many references, favour conditions and subsidiary validities in the relevant laws, regulations and collective agreements in the local government of Vienna part III deals intensively with problems within the different fields.

Within the problems in the relevant norms far more room has been given to the core areas, these are period of claims including the problems of coupling half a year respectively the problems with the years of service, the payable equivalent in connection with the court decisions to the principles of the surviving equivalent respectively of the dropout equivalent in case of illness, sick leave and holidays, the strong clutch of opinion concerning to the character of the regularly yearly bonus, sick leave and other leaves with the exception of holidays, farther duties of notification and evidence and finally problems of continued payment in connection with the end of the contractual relationship, than to margin areas like waiting periods, but important aspects of which had to be mentioned for reasons of completeness. A closer attention is also paid to the over-expanded catalogue of accessory charges of the city of Vienna.

Part IV then makes an evaluation, taking into account aspects of the constitutional law - mainly the situation in the civil service law created by the elimination of the homogeneity principle and the introduction of the duty of information. It intends to lay open critically the weak points in the momentary legal situation in the area of research. It starts with the situation concerning the competency of the regional

authorities in the civil service law before January 1st 1975 – the day when the homogeneity principle was introduced – and then focuses critically on the nature and contents of the homogeneity principle valid until December 31st 1998 before dealing with its benefits and drawbacks and also with the reasons for its discontinuation. After that the information principle valid from January 1st 1999 is treated together with its effects on the already existing statutes about the continued payment in case of disease.

Focussing on the central problems the paper ends with a view on possible lawfully solutions and their chances to be realized – taking also aspects into account which remind of the pious hopes of accountants. These suggestions reach from a sort of 'sick leave law' and a strengthened homogeneity in the direction of a basic law on the side of the Federal Government as well as an agreement in accordance with article 15a B-VG to a coming closer of the contents to a modernized VBG 'de lege ferenda'.

Mag. Johann Mandl

Lebenslauf mit Schwerpunkt auf dem wissenschaftlichen Werdegang

Mag. iur. Johann Mandl

geboren 21. Juli 1958 in Klosterneuburg

Franz Lehar-Straße 12

3430 Tulln

Telefon: 02272/68292 bzw 01/4000-94181

Matrikelnummer 8705025

Ich bin in Baumgarten am Tullnerfeld in der Nähe von Tulln, Niederösterreich, aufgewachsen, habe nach der Volksschule im Nachbarort Freundorf das Bundesrealgymnasium in Tulln besucht und im Jahr 1976 mit Matura abgeschlossen.

Schon während meiner Schulzeit habe ich kurze Ferienjobs in einem Gärtnereibetrieb bzw bei der Fa Unilever ausgeübt. Unmittelbar nach dem Schulabschluss habe ich – abgesehen von einer einwöchigen Tätigkeit im Personalbüro einer Fertighausfirma – von September bis Dezember 1976 als Bankangestellter bei der damaligen Creditanstalt-Bankverein gearbeitet und dabei eine interne Bankausbildung mit sehr gutem Erfolg abgeschlossen.

Nachdem ich 1977 meinen Grundwehrdienst abgeleistet habe, bewarb ich mich bei der Gemeinde Wien um eine Anstellung und wurde schließlich am 30. Jänner 1978 in ein öffentlich-rechtliches Dienstverhältnis im Bereich der damaligen Magistratsabteilung 3 – Besoldungsamt, die im Jahr 2001 der Magistratsabteilung 2 – Personalservice angegliedert wurde, aufgenommen. Ich habe in all den Jahren in dieser Abteilung, in der ich mich noch heute – ohne Unterbrechung – befinde, wertvolle Erfahrungen im Bereich der Bezugsverrechnung gesammelt. Die Tätigkeit umfasste für einen Zeitraum von rund 7 Jahren Aufgaben im Arbeiter-, Angestellten- und Pensionsbereich, die überwiegende Zeit aber vor allem Aufgaben im Lehrerbereich, in dem ich heute (wieder) tätig bin. Es gelang mir in meiner Dienstzeit von nunmehr rund 31 Jahren der Aufstieg vom Prüfer zum Gruppen- bzw Referatsleiter. Leitende Funktion übe ich nun seit über 15 Jahren als Amtsrat bzw Oberamtsrat aus.

Privat habe ich 1982 geheiratet und bin kinderlos, wohne seit 1987 in einem neuen Einfamilienhaus in Tulln und habe seit 1993 bzw 1997 auch Zweitwohnsitze in Eigentumswohnungen in Matri in Osttirol bzw in Bad Ischl.

Im Alter von rund 30 Jahren habe ich begonnen neben meinem Beruf Jus zu studieren und mit privat bedingten Unterbrechungen habe ich das Studium schlussendlich im Jahr 2001 mit überdurchschnittlichem Erfolg abgeschlossen, dienstlich aber vor allem aufgrund des – zumindest mittelfristig – drohenden hohen finanziellen Verlustes eine Karriere in der Verwendungsgruppe A nicht unbedingt angestrebt. Nichtsdestoweniger übe ich eine quasijuristische Tätigkeit im Bereich der Wiener Landeslehrer aus, zumal Verrechnung und Dienstrecht real nicht zu trennen sind.

Mein Interesse für die Rechtswissenschaften wurde bereits in der Schulzeit geweckt, ich habe schon in der Oberstufe des Realgymnasiums Rechtskunde als erweiterndes Fach zu Geschichte gewählt und auch darin maturiert, aber mangels finanzieller Unterstützung und dem Bestreben, eine sichere Zukunft mit einem dauerhaften Einkommen zu erreichen, nicht sofort nach Schulabschluss ein Studium betreiben können. Nach rund zehnjähriger Berufslaufbahn und gesicherter Existenz wurde mein Interesse wieder geweckt. Nach abgeschlossenem Diplomstudium habe ich 2002 das Doktoratsstudium begonnen und im Rahmen dieses Studiums 2005 auch ein Zusatzdiplom aus Kultur- und Religionsrecht mit Auszeichnung erworben und damit mein juristischen Wissen mit kirchenrechtlichen Kenntnissen sowie solchen aus Urheber- und Denkmalschutzrecht angereichert. 2009 habe ich nunmehr meine Dissertation zum Abschluss gebracht. Ich werde auch weiterhin aus persönlichem und ev auch beruflichem Interesse Kurse, Übungen oder Vorlesungen an der Universität neben meinem Beruf besuchen, soweit es mir die Zeit, die Gesundheit – in Absprache mit meiner Ehefrau – erlaubt.

Ich habe beruflich oft mit komplexen Sachverhalten in der Lohnverrechnung zu tun, wobei einer der Schwerpunkte und Dauerbrenner über die gesamte Berufslaufbahn die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall darstellt. Die Vielfalt der Berufsgruppen im Verrechnungsbereich der Stadt Wien und die Komplexität und oftmalige Unzulänglichkeit der rechtlichen Vorgaben haben mich dazu bewogen, gerade über

dieses Thema meine Dissertation zu schreiben, in der ich alle meinen gewonnenen Erkenntnisse sowohl aus der Praxis als auch aus dem Diplomstudium unterbringen wollte, zumal mir eine so tiefgreifende, praxisnahe Befassung mit dieser Problematik noch nie untergekommen ist.

Ich bin nebenbei – wenn auch mit mäßigem Erfolg und geringer Einlage – aus Geldanlagegründen und auch privatem Interesse derzeit an drei Firmen als stiller Gesellschafter bzw als Kommanditist beteiligt. Auch habe ich seit 2005 eine Gewerbeberechtigung im Bereich der allgemeinen Fachgruppe für Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Aufsuche verlorener Wertsachen, Leitungen und Grenzmarkierungen erworben. Meine Hobbys sind (weilers) das Sammeln von Briefmarken und Münzen, Wandern und Reisen. Ich habe sehr großes Interesse an geographischen, historischen und archäologischen Dingen und befasse mich daher ständig mit Literatur und virtuellen Zugängen zu diesen Materien.

Mag. Johann Mandl