

I. § 1155 ABGB und allgemeine Kalamitäten

Neu ist die Diskussion, ob den AG eine Entgeltspflicht trifft, sofern pandemiebedingt die Arbeitsleistung entfällt.

Außerhalb des Anwendungsbereichs der lex specialis des § 1155 Abs 3 ABGB greift die allgemeine Regel, dass bei einer allgemeinen Kalamität wie einer Pandemie den AG gem § 1155 Abs 1 ABGB keine Entgeltfortzahlungspflicht für Dienstleistungen trifft, die nicht zustande gekommen sind.

Dies folgt nicht nur aus dem Wortlaut des § 1155 Abs 1 ABGB, sondern auch aus den Materialien zur III. Teilnovelle und einem Gegenschluss zur nur bis 31.12.2020 befristeten Sonderregelung des § 1155 Abs 3 ABGB (eingefügt mit Art 10 des 2. COVID-19-Gesetzes, BGBl I 2020/16).

Den Entfall des Entgelts bei einem aus der neutralen Sphäre stammenden Entgeltausfall wie bei Katastrophen hat der Gesetzgeber auch im Jahr 2013 nochmals ausdrücklich bekräftigt (vgl den einstimmig gefassten AB 2506 BlgNR 24. GP).

§ 1155. ABGB

(1) Auch für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, gebührt dem Dienstnehmer das Entgelt, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen, daran verhindert worden ist; er muß sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

...

(3) Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. Nr. 12/2020, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, gelten als Umstände im Sinne des Abs. 1. Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen aufgrund solcher Maßnahmen nicht zustande kommen, sind verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen. *(Abs 3 ist mit 31.12.2020 wieder außer Kraft getreten)*

II. Entgeltfortzahlung nach Arbeitsrecht und Vergütungsanspruch nach § 32 EpiG

1. Der originäre epidemierechtliche Anspruch auf Vergütung nach § 32 EpiG geht als *lex specialis* allfälligen arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsvorschriften vor:

Argument dafür ist die Entstehungsgeschichte des § 32 EpiG (Materialien zur EpiG Novelle 1974) und der daraus ableitbare Normzweck, aber auch ein Vergleich des § 32 EpiG (der unabhängig von einem Eigenverschulden zusteht) mit den abweichenden Tatbestandsvoraussetzungen für die arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlung (die in bestimmten Fällen eines Verschuldens des Arbeitnehmers einen Anspruchsverlust vorsehen).

Auch der Wortlaut des neuen § 3b EpiG (betreffend SARS-CoV-2-Antigentests zur Eigenanwendung) ist ein Argument für diese Lösung („gilt für die Entgeltfortzahlung“). Ebenso § 11 Abs 3 lit d ASVG, der vorsieht, dass für diese Zeiten kein Ende der Pflichtversicherung eintritt, was voraussetzt, dass gerade kein beitragspflichtiges Entgelt gebührt (*Spitzl*, *ecolex* 2021 Heft 4).

Die maßgeblichen Entgeltfortzahlungstage auf Basis des § 32 EpiG verbrauchen daher keine Entgeltfortzahlungstage aus dem Entgeltfortzahlungskontingent nach Arbeitsrecht.

2. Gleich läuft auch die Lösung beim Zusammentreffen von bereits vereinbarten Urlaubstagen und für diese Tage verhängten Verfügungen nach den § 7 oder § 17 EpiG:

Die für die Entgeltfortzahlungstage gefundene Lösung gilt auch beim Zusammentreffen einer der genannten Verfügungen nach EpiG mit vereinbarten Urlaubstagen: Losgelöst von der Dreikalendertagesregel des § 5 Abs 1 UrlG werden für die Dauer eines Vergütungsanspruchs gem § 32 EpiG keine Urlaubstage verbraucht.

Diese Lösung harmoniert auch mit dem Umstand, dass in einem solchen Fall der Erholungszweck des Urlaubsrechts vereitelt ist.

3. Gleiches muss auch für entgeltersetzende Leistungen nach den Sozialversicherungsgesetzen gelten (Krankengeld): Es kann keinen Unterschied machen, ob der Arbeitnehmer im vollen Ausmaß noch Entgeltfortzahlungstage zur Disposition hat oder aber seine Entgeltfortzahlungstage zum Zeitpunkt der Verfügung nach dem EpiG bereits verbraucht hat (weil er zufällig im laufenden Arbeitsjahr durch Vorerkrankungen die Bezugstage bereits ausgeschöpft hat) und voll oder teilweise bereits auf den Krankengeldbezug angewiesen wäre.

Auch der krankenversicherungsrechtliche Anspruch auf das Krankengeld besteht somit nicht, insoweit der originäre Vergütungsanspruch gem § 32 EpiG vorgeht, dessen Bemessung sich nach dem EpiG am vollen nach dem EFZG berechneten Entgelt orientiert: Hätte der Arbeitnehmer (ohne die Verfügung nach dem EpiG) gearbeitet, hätte er ja den arbeitsrechtlichen Entgeltanspruch gehabt.

§ 32 EPiG

Vergütung für den Verdienstentgang.

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

1. sie gemäß §§ 7 oder 17 abgesondert worden sind, oder
2. ihnen die Abgabe von Lebensmitteln gemäß § 11 untersagt worden ist, oder
3. ihnen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäß § 17 untersagt worden ist, oder
4. sie in einem gemäß § 20 im Betrieb beschränkten oder geschlossenen Unternehmen beschäftigt sind, oder
5. sie ein Unternehmen betreiben, das gemäß § 20 in seinem Betrieb beschränkt oder gesperrt worden ist, oder
6. sie in Wohnungen oder Gebäuden wohnen, deren Räumung gemäß § 22 angeordnet worden ist, oder
7. sie in einer Ortschaft wohnen oder berufstätig sind, über welche Verkehrsbeschränkungen gemäß § 24 verhängt worden sind,

und dadurch ein Verdienstentgang eingetreten ist.

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

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

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

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

§ 3b EPiG

SARS-CoV-2-Antigentests zur Eigenanwendung

Liegt nach Durchführung eines SARS-CoV-2-Antigentests zur Eigenanwendung ein positives Testergebnis vor, hat die betroffene Person unverzüglich die Gesundheitsbehörde beispielsweise über die Hotline 1450 zu informieren oder selbständig eine Nachtestung bei einer dafür befugten Stelle zu veranlassen. Eine Nachtestung soll innerhalb von 48 Stunden erfolgen. Bis zum Vorliegen des Testergebnisses der Nachtestung ist unverzüglich eine selbstüberwachte Heimquarantäne anzutreten; dabei gilt für die Entgeltfortzahlung und den Ersatz § 32 sinngemäß.

III. Neuregelung für das Homeoffice

Hinweis: Der Initiativantrag (Beilage) wurde im Plenum unverändert beschlossen.

1. Die Neuregelung ist im Arbeitsrecht vergleichsweise bescheiden ausgefallen. Als Achillesferse sehe ich das Fehlen von wirksamen Regelungen zum AN-Schutz.

2. § 2h AVRAG definiert die Arbeit im Homeoffice, sodass nur der Bereich der Privatwohnung im weiteren Sinn erfasst ist. Manche Erscheinungsformen von „mobile office“ sind von der Definition nicht erfasst (zB ein angemietetes Hotelzimmer), was im Arbeitsrecht eine analoge Anwendung einzelner Regelung aber nicht ausschließt.

3. Die Arbeit im Homeoffice ist gem § 2h Abs 2 AVRAG zwischen AN und AG schriftlich zu vereinbaren. Weil die individuelle Vereinbarungsbedürftigkeit so herausgestrichen wird, wird eine solche Regelung durch BV nicht möglich sein. Es handelt sich dabei um keine „Rahmenbedingung für Arbeit im Homeoffice“ iSd § 97 Abs 1 Z 27 ArbVG.

4. Treue- und Fürsorgepflicht können ausnahmsweise zu einer Pflicht bzw zu einem Recht auf Arbeit im Homeoffice führen. Das aktuelle Beispiel ist die bestehende allgemeine Infektionsgefahr am Arbeitsplatz. Indiz für eine solche Pflicht bzw ein solches Recht ist § 735 Abs 3 ASVG, der keinen Anspruch auf Risikofreistellung vorsieht, wenn der AN seine Arbeitsleistung in der Wohnung erbringen kann.

5. § 2h Abs 3 Satz 1 AVRAG verpflichtet (einseitig zwingend) den Arbeitgeber zur Bereitstellung der für das regelmäßige Arbeiten *im Homeoffice erforderlichen digitalen Arbeitsmittel*. Die Ausnahme zu diesem Grundsatz sieht Satz 2 vor, demzufolge davon durch Vereinbarung abgewichen werden kann, wenn der AG die angemessenen und erforderlichen Kosten für die vom AN für die

Erbringung der Arbeitsleistung zur Verfügung gestellten digitalen Arbeitsmittel trägt. Wir sprechen bei den erforderlichen Kosten immer nur von den anfallenden Mehrkosten: § 2h Abs 3 AVRAG verpflichtet nicht dazu, das ohnehin erforderliche häusliche Internet (für das home-schooling und das private Surfen) zu zahlen, sehr wohl aber eine Aufrüstung auf eine für das Homeoffice nötige bessere Internetverbindung.

Keinen Hinweis enthält das Gesetz zur Frage einer möglichen Kostentragungspflicht für andere Aufwendungen des AN (zB die zusätzlich anfallenden Kosten für Heizung, Strom, Leitungswasser, WC-Papier, Abnutzung des Bodens oder der Türklinke) aber etwa auch zur Möglichkeit, darauf jene Beträge anzurechnen, die sich der AN durch das Arbeiten im Homeoffice erspart. Ein im Entschließungsantrag vom Juli 2020 formulierter Wunsch nach einer weitergehenden Kostentragungspflicht, der sichtlich auf eine Modifikation des dispositiven § 1157 Abs 1 ABGB abzielt, hat keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden.

6. § 4 Abs 10 ArbIG verunmöglicht ein hoheitliches Tätigwerden der Arbeitsinspektion in der Privatwohnung, sofern im Rechtssinn Homeoffice vorliegt. Die in den Materialien mit Grundrechten des Arbeitnehmers (!) begründete Ansicht, die Arbeitsinspektion könne auf Verlangen des Arbeitnehmers (hoheitlich) in der Privatwohnung tätig werden, findet keine Deckung im Gesetzestext.

7. Die Haftungserleichterung nach § 2 Abs 4 DHG kann für nicht dem Begriff des Homeoffice unterfallende Konstellationen eines „mobile office“ nach Maßgabe des Einzelfalls wohl analog anzuwenden sein (zB bei einer Schädigung durch einen Mitbewohner des Hotelzimmers).

Bei Arbeit im Homeoffice kann eine analoge Anwendung des § 2 Abs 4 DHG auf weitere Personen wertungsmäßig geboten sein, etwa, wenn die nicht im gemeinsamen Haushalt lebenden Kinder in einer Patchworksituation ein paar Tage beim im Homeoffice arbeitenden Elternteil verbringen.