

## Covid-19-Gesetze und Entgeltfortzahlung

Elias Felten/Walter J. Pfeil

### Inhalt:

- 1.) [Die neue Regelung zur Entgeltfortzahlung des 2. Covid-19-Gesetzes](#)
  - 2.) [Auswirkungen des 1. Covid-19-Maßnahmegesetzes auf den Entgeltfortzahlungsanspruch](#)
  - 3.) [Hat das Covid-19-Maßnahmegesetz zu einer Überwälzung des Entgeltrisikos auf die Arbeitnehmer:innen geführt?](#)
  - 4.) [Ist das Betretungsverbot als „höhere Gewalt“ zu qualifizieren?](#)
  - 5.) [Fazit](#)
- 

### 1.) Die neue Regelung zur Entgeltfortzahlung des 2. Covid-19-Gesetzes

Der Nationalrat hat am 20.3.2020 im Rahmen des sogenannten „2. Covid-19-Gesetz“ beschlossen, § 1155 ABGB um einen neuen Abs 3 und Abs 4 zu erweitern. Die neuen Regelungen lauten wie folgt:

*(3) Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmegesetzes, 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.*

*(4) Für den Verbrauch gemäß Abs. 3 gilt:*

*1. Urlaubsansprüche aus dem laufenden Urlaubsjahr müssen nur im Ausmaß von bis zu 2 Wochen verbraucht werden.*

*2. Von der Verbrauchspflicht sind weiters ausgenommen solche Zeitguthaben, die auf der durch kollektive Rechtsquellen geregelten Umwandlung von Geldansprüchen beruhen (Freizeitoption).*

*3. Insgesamt müssen nicht mehr als 8 Wochen an Urlaubs- und Zeitguthaben verbraucht werden.*

Ziel dieser Anlassgesetzgebung ist es, **sicherzustellen**, dass Arbeitnehmer:innen, die auf Grund der Covid-19-Sicherungsmaßnahmen ihre Arbeit nicht mehr verrichten können, dennoch einen **Anspruch auf Entgeltfortzahlung** gegenüber ihren Arbeitgeber:innen haben. Das ist zweifelsfrei in einer Zeit, in der die wirtschaftliche Existenz vieler gefährdet ist, eine sozialpolitisch wichtige Klarstellung.

Dennoch ist dieser **Nationalratsbeschluss** in mehrfacher Hinsicht **bemerkenswert**. Zum einen ist erstaunlich, dass nicht das Covid-19-Maßnahmengesetz novelliert und um einen Entgeltfortzahlungsanspruch erweitert wurde, sondern dass **§ 1155 ABGB** – eine über hundert Jahre alte Bestimmung – **ergänzt** wurde. § 1155 ABGB regelt eigentlich den Anspruch des Dienstnehmers/der Dienstnehmerin auf Fortzahlung des Entgelts, wenn dieser/e zur Leistung bereit war, aber durch Umstände, die auf Seiten des Dienstgebers/der Dienstgeberin liegen, daran verhindert worden ist. Das gilt umso mehr, als diese Ergänzung des § 1155 ABGB um die Absätze 3 und 4 nur **zeitlich befristet bis zum 31.12.2020** gilt und danach wieder außer Kraft tritt (vgl § 1503 Abs 14 ABGB).

Die Frage, die sich stellt, ist demnach, weshalb der Gesetzgeber gerade diesen Weg einer zeitlich befristeten Erweiterung des § 1155 ABGB gewählt hat. Verantwortlich dafür ist die Diskussion, die auf Grund des Inkrafttretens des Covid-19-Maßnahmengesetzes entbrannt ist, nämlich ob Arbeitgeber:innen, deren Betrieb vom verordneten Betretungsverbot betroffen ist, das Recht haben, die **Entgeltzahlungen an ihre Arbeitnehmer:innen auszusetzen**.

## 2.) Auswirkungen des 1. Covid-19-Maßnahmengesetzes auf den Entgeltfortzahlungsanspruch

Am 16. März 2020 ist das erste sogenannte „Covid-19-Maßnahmengesetz“ in Kraft getreten (Art 8 BGBl I 2020/12). Darin werden vorläufige Maßnahmen geregelt, die eine weitere Verbreitung dieser hoch infektiösen Krankheit verhindern sollen. Insbesondere kann das **Betreten von Betriebsstätten und öffentlichen Orten durch Verordnung untersagt** werden. Auf dieser Grundlage wurde die Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz BGBl II 2020/96 erlassen, die in § 1 ein generelles Betretungsverbot des Kundenbereichs von Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen sowie von Freizeit- und Sportbetrieben zum Zweck des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder der Benützung von Freizeit- und Sportbetrieben anordnet. Lediglich für bestimmte neuralgische Bereiche (Apotheken, Lebensmittelbereiche, etc) bestehen gem § 2 Ausnahmen.

Die Anordnungen des Covid-19-Maßnahmengesetzes unterscheiden sich damit von jenen des Epidemiegesetzes. Letzteres kennt kein generelles Betretungsverbot, sondern enthält insb in § 20 leg cit die gesetzlichen Grundlagen zur Schließung und Beschränkung von Betriebsstätten. Gem § 20 Abs 2 Epidemiegesetz kann lediglich Einzelpersonen das Betreten von Betriebsstätten untersagt werden, wenn diese mit Kranken in Berührung gekommen sind. Mit anderen Worten: Der Zugang des **Covid-19-Maßnahmengesetzes** ist **generell abstrakt**, jener des **Epidemiegesetzes** hingegen **individuell konkret**. Hält man sich diesen konzeptionellen Unterschied vor Augen, so überrascht es, dass **§ 4 Abs 2 Covid-19-Maßnahmengesetz** die Anordnung enthält, dass sobald der zuständige Minister eine entsprechende Verordnung iSd § 1 leg cit erlassen hat, „die Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950, betreffend die Schließung von Betriebsstätten nicht zur Anwendung“ kommen. Ansonsten bleiben aber die Bestimmungen des

Epidemiegesetzes gem § 4 Abs 3 Covid-19-Maßnahmengesetz „*unberührt*“. Was das konkret für das **Verhältnis von Epidemiegesetz und Covid-19-Maßnahmengesetz** bedeutet, ist **unklar**. Das ist keine rein akademische Frage, sondern von zentraler praktischer Bedeutung für alle, die in einem Betrieb arbeiten, die von dem verordneten Betretungsverbot betroffen sind.

Denn das neue Covid-19-Maßnahmengesetz wurde von manchen zum Anlass genommen, die Rechtsauffassung zu vertreten, dass Arbeitgeber:innen, die auf Grund des Betretungsverbots ihre Betriebe geschlossen haben, nicht (mehr) verpflichtet seien, Entgelt an ihre Arbeitnehmer:innen zu zahlen (vgl etwa <https://www.derstandard.at/story/2000115861390/geschlossene-betriebe-koennen-zahlung-von-loehnen-aussetzen>). Als Begründung wurde § 4 Abs 2 Covid-19-Maßnahmengesetz ins Treffen geführt, auf Grund dessen auch § 32 Epidemiegesetz nicht mehr gelten solle. Diese Bestimmung sieht vor, dass Arbeitnehmer:innen, die in einem gem § 20 leg cit beschränkten oder geschlossenen Unternehmen beschäftigt sind, einen Vergütungsanspruch in Höhe des regelmäßigen Entgelts gem EFZG haben. Mit anderen Worten: Da der Vergütungsanspruch gem § 32 Epidemiegesetz eine Betriebsschließung bzw -beschränkung gem § 20 leg cit voraussetzt, diese Bestimmung jedoch auf Grund des § 4 Abs 2 Covid-19-Maßnahmengesetz nicht mehr zur Anwendung kommt, hätten Arbeitnehmer:innen auch keinen Vergütungsanspruch mehr, wenn sie auf Grund des verhängten Betretungsverbotes die vereinbarten Dienste nicht mehr erbringen können.

Da die **Spezialnorm des § 32 Epidemiegesetz nicht mehr gelte**, sei die Frage, ob Arbeitnehmer:innen in diesem Fall einen Entgeltanspruch gegenüber ihren Arbeitgeber:innen haben, nach den **allgemeinen Regel des Zivilrechts** zu lösen. Diese führen, so die vertretene Rechtsauffassung, dazu, dass Arbeitgeber:innen nicht mehr verpflichtet seien, das Entgelt fortzuzahlen. Das **verordnete Betretungsverbot sei als „höhere Gewalt“ iSd § 1155 ABGB** zu qualifizieren. Bei „höherer Gewalt“ hätten die Arbeitnehmer:innen das Entgeltrisiko und damit den Schaden im Falle eines Betretungsverbots selbst zu tragen (vgl erneut <https://www.derstandard.at/story/2000115861390/geschlossene-betriebe-koennen-zahlung-von-loehnen-aussetzen>).

Vor diesem Hintergrund erklärt sich nunmehr der eingebrachte **Initiativantrag** (IA 397 BlgNR 27. GP) zur Erweiterung des § 1155 ABGB. Dieser geht offenkundig ebenfalls von der **Prämisse** aus, dass das **verordnete Betretungsverbot ein Fall „höherer Gewalt“** ist. Nur so lässt sich die befristete Erweiterung des § 1155 um den ersten Satz des neu angefügten Abs 3 erklären. Um den betroffenen Arbeitnehmer:innen dennoch einen Entgeltfortzahlungsanspruch zu garantieren, wurde dort klargestellt, dass die Maßnahmen nach dem Covid-19-Maßnahmengesetz als „*Umstände, die auf Seiten des Dienstgebers liegen*“ iSd § 1155 Abs 1 „*gelten*“. Mit anderen Worten: Das Betretungsverbot ist kein solcher Umstand, der auf Seiten des Dienstgebers liegt, sondern es gilt bloß – auf Grund gesetzlicher Anordnung – als solcher. Da durch die Novellierung des § 1155 ABGB im Ergebnis die **Dienstgeber:innen vom Gesetzgeber in die Pflicht genommen** werden, soll die Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung zum einen zunächst nur zeitlich befristet gelten. Zum anderen sollen die Dienstgeber:innen nicht alleine dieses „Sonderopfer“ leisten. Deshalb müssen **auch die Dienstnehmer:innen ihren Anteil beitragen**: Der Verbrauch von Urlaub und Zeitausgleich kann nunmehr vom Dientsgeber/der Dienstgeberin einseitig angeordnet werden.

Das scheint auf den ersten Blick eine „**salomonische Lösung**“ zu sein, die wohl auch von den Sozialpartnern mitgetragen wird. Allerdings geht sie von einer falschen Prämisse aus. Denn es ist weder gesichert, dass (1.) durch das erste Covid-19-Maßnahmengesetz das Entgeltrisiko auf die Arbeitnehmer:innen überwältzt wurde, noch (2.) dass das verordnete Betretungsverbot als höhere Gewalt zu qualifizieren ist.

### 3.) Hat das Covid-19-Maßnahmengesetz zu einer Überwälzung des Entgeltrisikos auf die Arbeitnehmer:innen geführt?

**§ 32 Abs 3 Epidemiegesetz** räumt Arbeitnehmer:innen, die von Betriebsschließungen bzw -beschränkungen gem § 20 Epidemiegesetz betroffen sind, einen **Anspruch auf "Vergütung"** ein. Diese "Vergütung" ist nach dem regelmäßigen Entgelt gem EFZG zu bemessen. Die Auszahlung der „Vergütung“ hat über die Arbeitgeber:innen zu erfolgen. Bei Auszahlung geht der Vergütungsanspruch gegenüber dem Bund – im Wege einer Legalzession – auf die Arbeitgeber:innen über. Hält man sich diese Konstruktion des Vergütungsanspruches gem § 32 Abs 3 Epidemiegesetz vor Augen, so scheint sie davon auszugehen, dass im Falle einer Betriebsschließung gem § 20 leg cit **kein unmittelbarer Entgeltfortzahlungsanspruch** gegenüber dem Arbeitgeber/der Arbeitgeberin besteht. Der Grund dafür könnte sein, dass es sich bei einer angeordneten Betriebsschließung nach dem Epidemiegesetz tatsächlich nicht um einen Umstand iSd § 1155 ABGB handelt, „*der auf Seiten des Dienstgebers liegt*“. Gleichzeitig bringt allerdings das Epidemiegesetz auch klar zum Ausdruck, dass das **Entgeltrisiko** im Falle einer angeordneten Betriebsschließung **nicht die Dienstnehmer:innen tragen** sollen. Gem § 32 Epidemiegesetz trägt dieses Risiko vielmehr primär der Bund. Das ist nur konsequent, da ja der Bund das Risiko durch seine behördlichen Anordnungen ausgelöst hat. Tatsächlich ist es mehr als **fraglich**, ob der Bund das Recht hat, dieses von ihm selbst **geschaffene Risiko ausschließlich auf die Dienstnehmer:innen zu überwälzen**. Dass gerade jene, die das Risiko einer Betriebsschließung überhaupt nicht beherrschen können, letztlich das alleinige Entgeltrisiko tragen sollen, lässt sich sachlich – und zwar auch in einer Krise – kaum rechtfertigen.

Das muss auch für die Interpretation des § 4 Abs 2 Covid-19-Maßnahmengesetz maßgeblich sein, will man **unsachliche und damit verfassungswidrige Ergebnisse vermeiden**. Deshalb ist eine Interpretation des § 4 Abs 2 Covid-19-Maßnahmengesetz, die zum Ergebnis hat, dass damit § 32 Epidemiegesetz außer Kraft gesetzt wurde, überaus problematisch. Sie ist im Übrigen auch nicht zwingend. § 4 Abs 2 Covid-19-Maßnahmengesetz spricht nämlich lediglich davon, dass "*die Bestimmungen des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950, betreffend die Schließung von Betriebsstätten nicht zur Anwendung*" kommen, sobald der zuständige Minister eine entsprechende Verordnung erlassen hat. Die Bestimmungen des Epidemiegesetzes betreffend die Schließung von Betriebsstätten finden sich in § 20. Der Vergütungsanspruch hingegen in § 32. § 32 regelt nicht die Schließung von Betriebsstätten, sondern lediglich ihre Rechtsfolgen. Gem § 4 Abs 3 Covid-19-Maßnahmengesetz bleiben aber alle anderen Bestimmungen des Epidemiegesetzes unberührt.

Nicht zuletzt im Wege einer **verfassungskonformen Interpretation** spricht also viel dafür, dass der **Vergütungsanspruch der Arbeitnehmer:innen gem § 32 Epidemiegesetz vom Covid-19-Maßnahmengesetz unberührt bleibt** und somit weiterhin besteht. Lediglich die Notwendigkeit, dass die Betriebsschließung bzw -beschränkung auf § 20 Epidemiegesetz zurückzuführen ist, besteht nunmehr nicht mehr, da § 20 Epidemiegesetz bei einem verordneten Betretungsverbot gem § 4 Abs 2 Covid-19-Maßnahmengesetz nicht mehr zur Anwendung kommt. Dass aber ein Betretungsverbot eine Beschränkung des Betriebs darstellt, ist unzweifelhaft, so dass der Anwendungsbereich des § 32 Epidemiegesetz dem Grunde nach weiterhin erfüllt ist. Für dieses Ergebnis lässt sich auch ins Treffen führen, dass der Gesetzgeber des Covid-19-Maßnahmengesetzes nicht § 32, sondern lediglich § 20 Epidemiegesetz für nicht mehr anwendbar erklärt hat. Hätte er den Vergütungsanspruch ausschließen wollen, so hätte er das wohl explizit gemacht (bzw machen müssen) und nicht noch ausdrücklich klargestellt, dass ansonsten das Epidemiegesetz unberührt bleibt.

#### 4.) Ist das Betretungsverbot als „höhere Gewalt“ zu qualifizieren?

Folgt man dieser – auf Verfassungskonformität bedachten – Interpretation des § 4 Abs 2 Covid-19-Maßnahmegesetzes nicht, so hat dies dennoch noch nicht zur Konsequenz, dass die Arbeitnehmer:innen das Entgeltrisiko bei einem verordneten Betretungsverbot zu tragen haben. Denn es handelt sich **nicht zwingend um einen Fall „höherer Gewalt“**. Selbst im Anwendungsbereich des Epidemiegesetzes trägt der Bund nicht ausschließlich das Entgeltrisiko. § 32 Abs 5 Epidemiegesetz sieht vielmehr vor, dass auf den gebührenden Vergütungsbetrag jene Beträge anzurechnen sind, *„die dem Vergütungsberechtigten wegen einer solchen Erwerbsbehinderung nach sonstigen Vorschriften oder Vereinbarungen sowie aus einer anderweitigen während der Zeit der Erwerbsbehinderung aufgenommenen Erwerbstätigkeit zukommen.“* Diese Regelung bringt klar zum Ausdruck, dass sich aus anderen Vorschriften durchaus ergeben kann, dass das Entgeltrisiko auf breitere Schultern verteilt wird. Damit sind nicht die Arbeitnehmer:innen gemeint. Vielmehr sind – neben den noch zu thematisierenden Beihilfen wegen Kurzarbeit – vor allem die Arbeitgeber:innen angesprochen.

Daraus lässt sich zweierlei schließen. Zum einen: Selbst im Falle einer behördlich angeordneten Betriebsschließung gem § 20 Epidemiegesetz tragen das **Entgeltrisiko jedenfalls nicht die Arbeitnehmer:innen**. Zum anderen folgt daraus, dass es sich dabei **nicht schlechthin um „höhere Gewalt“ iSd allgemeinen Zivilrechts** handeln kann. In der Tat muss man sich die Frage stellen, ob für diese allgemeinen Regeln zur „höheren Gewalt“ im Arbeitsverhältnis überhaupt Platz ist. Es lässt sich kaum argumentieren, dass der/die wirtschaftlich und persönlich abhängige Arbeitnehmer/in, das Entgeltrisiko in diesen Fällen zur Gänze tragen soll, während dieses Abhängigkeitsverhältnis ansonsten der Grund dafür ist, dass Entgeltschmälerungen im Arbeitsverhältnis auch bei Schlecht- oder Minderleistungen unzulässig sind (OGH 9 ObA 19/93 wbl 1993, 223) und selbst zu viel gezahltes Entgelt nicht zurückgefordert werden kann, wenn es gutgläubig empfangen und verbraucht wurde (OGH Jud 33 neu SZ 11/86 = Arb 3893). **Die Schutzfunktion des Arbeitsrechts verträgt sich nicht mit der These von der „höheren Gewalt“** und erfordert zumindest eine restriktive Sicht der sonst in Austauschverhältnissen geltenden Regel „ohne Leistung auch kein Entgelt“.

Darüber hinaus fragt sich, welchen Unterschied es aus Sicht der Vertragsparteien macht, ob ein Betrieb auf Grundlage des § 20 Epidemiegesetz geschlossen wird, oder wegen mangelhafter Hygiene. In beiden Fällen ist der Grund der Betriebsschließung eine behördliche Anordnung. Bei mangelhafter Hygiene bestünde wohl aber kein Zweifel, dass die Arbeitnehmer:innen gem § 1155 ABGB einen Entgeltfortzahlungsanspruch hätten, selbst wenn den Dienstgeber/die Dienstgeberin kein Verschulden trifft. Dem könnte man nun entgegenhalten, dass es sich bei den Maßnahmen nach dem Covid-19-Maßnahmegesetz im Gegensatz zum Epidemiegesetz eben nicht um individuell-konkrete, sondern um generell-abstrakte Maßnahmen handelt. Dagegen lässt sich freilich wieder einwenden, dass ein **Betretungsverbot nicht zwingend eine Betriebsschließung zur Konsequenz** haben muss. Das ist **primär eine unternehmerische Entscheidung**, die zB davon abhängen wird, ob der Betrieb auch online aufrechterhalten werden kann oder die Arbeitnehmer:innen vielleicht auch in anderen Bereichen eingesetzt werden können. Die damit zumeist einhergehenden Betriebseinschränkungen können darüber hinaus weitgehend durch die **großzügige Covid19-Kurzarbeitsregelung** (siehe den Newsletter-Beitrag von *Auer-Mayer*) abgedeckt werden. Im Falle des Covid-19-Maßnahmegesetz liegt also eine **Betriebsschließung** ungleich mehr in der **Ingerenz des Dienstgebers/der Dienstgeberin** als nach dem Epidemiegesetz. Oder, um mit den Worten des ABGB zu sprechen: Bei Betriebsschließungen als Reaktion auf das **verordnete Betretungsverbot** handelt es sich **nicht**

um „höhere Gewalt“, sondern um eine unternehmerische Entscheidung und damit letztlich um einen Umstand, der – **iSd § 1155** – auf Seiten des Dienstgebers/der Dienstgeberin liegt.

## 5.) Fazit

Das bedeutet freilich zusammengefasst, dass es gar **keiner Ergänzung des § 1155 ABGB** um die Abs 3 und Abs 4 **bedurft hätte**, da der Fall der Betriebsschließung auf Grund eines verhängten Betretungsverbots ohnehin unter Abs 1 zu subsumieren ist. Folglich leisten aber auch die **Dienstgeber:innen kein „Sonderopfer“**. Hält man sich dies vor Augen, so erscheint die neue Regelung, dass nunmehr der Verbrauch von Urlaub und Zeitausgleich auch einseitig angeordnet werden kann, in einem gänzlich anderen Licht. Es ist daher höchst **fraglich**, ob hier noch von einem **ausgewogenen Kompromiss** die Rede sein kann, was umso zweifelhafter erscheint, als bei **Arbeitnehmer:innen im öffentlichen Dienst nur der Verbrauch von zwei Wochen alten Urlaubs verlangt** werden kann (vgl § 68 Abs 1a BDG und § 27e VBG Abs 1a idF Art 29 bzw 30 des 2. Covid-Gesetzes), obwohl öffentlichen Dienstgeber:innen *„nicht über jene Gestaltungsmöglichkeiten [verfügen], mit denen andere Arbeitgeber im Rahmen der Privatautonomie nachdrücklich auf einen Verbrauch des Erholungsurlaubs aus früheren Kalenderjahren hinwirken“* können (so ausdrücklich der AB zum 2. Covid-Gesetz, 112 BlgNR 27. GP 15).

Das „Sonderopfer“-Argument wird aber auch dadurch entkräftet, dass **angesammelter Zeitausgleich** wohl in allen **und nicht verbrauchter Urlaub** zumindest in vielen Fällen als **Vorleistungen der Arbeitnehmer:innen** anzusehen sind und eine nun erfolgte Nachzahlung des (eigentlich schon früher gebührenden!) Entgelt nicht als besonderes Entgegenkommen der Arbeitgeber:innen verstanden werden kann.

Schließlich und vor allem könnte aber von der **Neuregelung** in § 1155 ABGB ein eigentlich **völlig unerwünschter sozialpolitischer Effekt** ausgehen: Offene Urlaubs- und Zeitausgleichsguthaben waren bis dato ein zentrales Argument, sich für die Kurzarbeit an Stelle der Kündigung zu entscheiden. Besteht nunmehr die Möglichkeit während des Laufs der Kündigungsfrist noch Urlaub und Zeitausgleich einseitig abzubauen, so könnte das **verstärkt zur Auflösung von Arbeitsverhältnissen** führen – eine Reaktion auf das verordnete Betretungsverbot, die der Gesetzgeber (zusammen mit den Sozialpartnern) durch die Flexibilisierung der Kurzarbeitsregelungen gerade vermeiden wollte.