OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-751328/32/Kl/BK

Datum:
Linz, 19. August 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde der L S GmbH für I und K D, W, L, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 4. März 2021, GZ: BHUUSanR-2020-415227/38-WP, Spruchpunkt 12. (Arbeitnehmer: A K), betreffend Vergütung nach § 32 EpiG 1950

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben, als ein zusätzlicher Vergütungsbetrag von 74,64 Euro gewährt wird. Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 4. März 2021, GZ: BHUUSanR-2020-415227/38-WP, Spruchpunkt 12., wurde dem Antrag auf Zuerkennung der Vergütung des Verdienstentganges betreffend den Arbeitnehmer A K, geboren am x, während des Absonderungszeitraumes vom 7. November 2020 bis 8. November 2020 in der Höhe von 306,96 Euro (fortgezahltes Entgelt von 261,17 Euro inkl. des Dienstgeberanteiles in der gesetzlichen Sozialversicherung von 45,78 Euro) stattgegeben. Der darüber hinausgehende beantragte Vergütungsbetrag wurde abgewiesen.

2. Gegen den abweisenden Teil des Bescheides wurde rechtzeitig Beschwerde eingebracht und beantragt, dass die Vergütung des fortgezahlten Entgelts gemäß § 32 EpiG 1950 gemäß dem Antrag festgesetzt wird. Es wurde auf § 3 Abs. 3 EFZG hingewiesen, wonach das regelmäßige Entgelt zu vergüten ist und dabei auch variable Entgelte zu berücksichtigen sind. Die Entscheidung der belangten Behörde ist nicht nachvollziehbar. Auch wurden im Hinblick auf § 3 EFZG anteilige Sonderzahlungen beantragt und sind diese zu vergüten, und zwar unabhängig vom zufälligen Auszahlungstermin der Sonderzahlungen. Hinsichtlich Dienstgeber-beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung wurde ausgeführt, dass die Reduzierung auf die in § 51 ASVG genannten Versicherungen den Anspruch nach § 32 EpiG ohne gesetzliche Grundlage einengt. Vielmehr müssten auch die Dienstgeberbeiträge zum Pensionsinstitut der L A berücksichtigt werden. Diese ist eine zusätzliche, gesetzlich eingerichtete und verpflichtende Pensionsversicherung und eine Zuschusskasse des öffentlichen Rechts. Daher sind die Beiträge zur Pensionsversicherung im Pensionsinstitut mit der allgemeinen Pensionsversicherung nach dem ASVG gleichzuhalten und als Teil der Dienstgeberbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung im Sinn des § 32 EpiG zu behandeln.

3. Die Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt und beantragt, die Beschwerde als unbegründet abzuweisen.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Eine mündliche Verhandlung war gemäß § 24 VwGVG nicht erforderlich, da ein Antrag von keiner Partei gestellt wurde, im Übrigen eine mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 Abs. 1 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegenstehen.

Folgender Sachverhalt steht fest und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Mit Eingabe vom 16. Dezember 2020, eingelangt am 16. Dezember 2020, wurde von der L S GmbH für I und K D (im Folgenden Beschwerdeführerin, kurz: Bf) ein Antrag auf Zuerkennung einer Vergütung für Entgeltfortzahlung gemäß § 32 EpiG 1950 für den Dienstnehmer A K, geboren am x, für den Absonderungszeitraum vom 7. November 2020 bis 8. November 2020, gesamt 2 Tage, in der Höhe von insgesamt 402,08 Euro (Bruttogehalt aliquot 248,63 Euro, Zulagen aliquot 8,86 Euro, Schnitt Ausfallsentgelt aliquot 2,65 Euro, Sonderzahlung aliquot 66,79 Euro, Dienstgeberbeitrag zur gesetzlichen Sozialversicherung aliquot 53,41 Euro und Dienstgeberbeitrag Sonderzahlung aliquot 12,25 Euro sowie Beitrag zum Pensionsinstitut aliquot 9,50 Euro) gestellt.

Der Arbeitnehmer A K, geboren am x, Monteur, ist am 3. Jänner 1994 in den Dienst der Bf eingetreten und wird nach Ang. Kollektivvertrag entlohnt.
Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 7. November 2020, GZ: BHUUSanR-2020-609004/1-AA, wurde A K mit sofortiger Wirkung bis zur Aufhebung der Anordnung abgesondert. Mit Bescheid vom 8. November 2020, GZ: BHUUSanR-2020-609004/4-TR, wurde mit Ablauf des 8.11.2020 die Absonderung aufgehoben.
Gemäß vorgelegtem Bezugsnachweis vom November 2020 und Jahreslohnkonto für das Jahr 2020 wurde dem Arbeitnehmer für November 2020 ein Normalbezug von brutto 3.729,43 Euro, sowie Zulagen von insgesamt 132,92 Euro (17,08 + 115,84), daher ein Gesamtbetrag von brutto 3.862,35 Euro ausgezahlt. Weiters wurde ein Schnitt von Prämien und Entgelten in Höhe von monatlich 39,70 Euro geleistet. Es wurden Sonderzahlungen von insgesamt 11.906,70 Euro, nämlich Urlaubszuschuss im Mai 2020 von gesamt 4.157,94 Euro (3.729,43 + Sonderzahlungszulage 428,51 Euro = 4.157,94 Euro) und Weihnachtsremuneration im Oktober 2020 von 4.019,33 Euro (3.729,43 + Sonderzahlungszulage 289,90 Euro = 4.019,33 Euro), sowie Treueprämie im August 2020 von 3.729,43 Euro (gesamt 11.906,70 Euro) gezahlt. Davon wurden Dienstgeberbeiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung von insgesamt 17,53 % durch den Dienstgeber geleistet. Zusätzlich wurden Beiträge in das Pensionsinstitut der L A eingezahlt.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erhoben:

5.1. Das Epidemiegesetz 1950 (EpiG), BGBl. Nr. 186/1950 idF. BGBl. I 143/2021, lautet auszugsweise:

„Absonderung Kranker.

§ 7. (1) Durch Verordnung werden jene anzeigepflichtigen Krankheiten bezeichnet, bei denen für kranke, krankheitsverdächtige oder ansteckungsverdächtige Personen Absonderungsmaßnahmen verfügt werden können.
(1a) Zur Verhütung der Weiterverbreitung einer in einer Verordnung nach Abs. 1 angeführten anzeigepflichtigen Krankheit können kranke, krankheitsverdächtige oder ansteckungsverdächtige Personen angehalten oder im Verkehr mit der Außenwelt beschränkt werden, sofern nach der Art der Krankheit und des Verhaltens des Betroffenen eine ernstliche und erhebliche Gefahr für die Gesundheit anderer Personen besteht, die nicht durch gelindere Maßnahmen beseitigt werden kann. [...]

Vergütung für den Verdienstentgang.

§ 32. (1) Natürlichen und juristischen Personen sowie Personengesellschaften des Handelsrechtes ist wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbes entstandenen Vermögensnachteile dann eine Vergütung zu leisten, wenn und soweit
1. sie gemäß §§ 7 oder 17 abgesondert worden sind, oder
2. ihnen die Abgabe von Lebensmitteln gemäß § 11 untersagt worden ist, oder
3. ihnen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäß § 17 untersagt worden ist, oder
4. sie in einem gemäß § 20 im Betrieb beschränkten oder geschlossenen Unternehmen beschäftigt sind, oder
5. sie ein Unternehmen betreiben, das gemäß § 20 in seinem Betrieb beschränkt oder gesperrt worden ist, oder
6. sie in Wohnungen oder Gebäuden wohnen, deren Räumung gemäß § 22 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.
[...]

Frist zur Geltendmachung des Anspruches auf Entschädigung oder Vergütung des Verdienstentganges.

§ 33. Der Anspruch auf Entschädigung gemäß § 29 ist binnen sechs Wochen nach erfolgter Desinfektion oder Rückstellung des Gegenstandes oder nach Verständigung von der erfolgten Vernichtung, der Anspruch auf Vergütung des Verdienstentganges gemäß § 32 binnen sechs Wochen vom Tage der Aufhebung der behördlichen Maßnahmen bei der Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Bereich diese Maßnahmen getroffen wurden, geltend zu machen, widrigenfalls der Anspruch erlischt.

[...]

Kostenbestreitung aus dem Bundesschatz.

§ 36. (1) Aus dem Bundesschatz sind zu bestreiten:

[...]

i) die Vergütungen für den Verdienstentgang (§ 32) und die Behandlungskosten gemäß § 33a Abs. 2;

[...]

(2) Über Ansprüche, die nach Abs. 1 erhoben werden, entscheidet die Bezirksverwaltungsbehörde.

[...]

Sonderbestimmung für die Dauer der Pandemie mit SARS-CoV-2

§ 49. (1) Abweichend von § 33 ist der Anspruch auf Vergütung des Verdienstentganges, der aufgrund einer wegen des Auftretens von SARS-CoV-2 ergangenen behördlichen Maßnahme besteht, binnen drei Monaten vom Tag der Aufhebung der behördlichen Maßnahmen bei der Bezirksverwaltungsbehörde, in deren Bereich diese Maßnahmen getroffen wurden, geltend zu machen.

(2) Bereits vor Inkrafttreten dieser Bestimmung laufende und abgelaufene Fristen beginnen mit Inkrafttreten des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 62/2020 neu zu laufen.“

Das Bundesgesetz vom 26. Juni 1974 über die Fortzahlung des Entgelts bei Arbeitsverhinderung durch Krankheit (Unglücksfall), Arbeitsunfall oder Berufskrankheit (Entgeltfortzahlungsgesetz – EFZG), BGBl. Nr. 399/1974 idF BGBl. I Nr. 100/2018, lautet auszugsweise:

„Höhe des fortzuzahlenden Entgelts

§ 3. (1) Ein nach Wochen, Monaten oder längeren Zeiträumen bemessenes Entgelt darf wegen einer Arbeitsverhinderung für die Anspruchsdauer gemäß § 2 nicht gemindert werden.

(2) In allen anderen Fällen bemißt sich der Anspruch gemäß § 2 nach dem regelmäßigen Entgelt.

(3) Als regelmäßiges Entgelt im Sinne des Abs. 2 gilt das Entgelt, das dem Arbeitnehmer gebührt hätte, wenn keine Arbeitsverhinderung eingetreten wäre.

(4) Bei Akkord-, Stück- oder Gedinglöhnen, akkordähnlichen oder sonstigen leistungsbezogenen Prämien oder Entgelten bemißt sich das fortzuzahlende Entgelt nach dem Durchschnitt der letzten 13 voll gearbeiteten Wochen unter Ausscheidung nur ausnahmsweise geleisteter Arbeiten.
(5) Durch Kollektivvertrag im Sinne des § 18 Abs. 4 Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22 /1974, kann geregelt werden, welche Leistungen des Arbeitgebers als Entgelt nach diesem Gesetz anzusehen sind. Die Berechnungsart für die Ermittlung der Höhe des Entgelts kann durch Kollektivvertrag abweichend von Abs. 3 und 4 geregelt werden."

Das Bundesgesetz vom 9. September 1955 über die Allgemeine Sozialversicherung (Allgemeines Sozialversicherungsgesetz – ASVG.), BGBl. Nr. 189/1955 idF BGBl. Nr. 18/1956 (DFB) idF BGBl. I Nr. 114/2021, lautet auszugsweise:

„Allgemeine Beiträge für Vollversicherte

§ 51. (1) Für vollversicherte Dienstnehmer (Lehrlinge) sowie für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 3, 8 und 10 und Abs. 4 pflichtversicherten, nicht als Dienstnehmer beschäftigten Personen ist, sofern im folgenden nicht anderes bestimmt wird, als allgemeiner Beitrag zu leisten:

1. in der Krankenversicherung
   a) für Dienstnehmer, deren Beschäftigungsverhältnis durch das Angestelltengesetz, BGBl. Nr. 292/1921, Gutsangestelltengesetz, BGBl. Nr. 538/1923, Journalistengesetz, StGBl. Nr. 88/1920, oder Theaterarbeitsgesetz, BGBl. I Nr. 100/2010, geregelt ist oder die gemäß § 14 Abs. 1 Z 2, Z 2a oder Abs. 4 zur Pensionsversicherung der Angestellten gehören sowie für Versicherte gemäß § 4 Abs. 1 Z 5, 9, 10, 12 und 13 .....7,65%
   b) für Dienstnehmer, die unter den Geltungsbereich des Entgeltfortzahlungsgesetzes fallen, für Dienstnehmer, die gemäß § 1 Abs. 3 des Entgeltfortzahlungsgesetzes davon ausgenommen sind und zur Pensionsversicherung der Arbeiter gehören, für alle Versicherten, auf die Art. II, III oder IV des Entgeltfortzahlungsgesetzes anzuwenden ist, sowie für Heimarbeiter 7,65%
   c) für Dienstnehmer, deren Beschäftigungsverhältnis dem Landarbeitsgesetz 1984, BGBl. Nr. 287,, unterliegt 7,65%
   d) für Dienstnehmer, auf die im Falle der Entgeltfortzahlung § 1154b ABGB anzuwenden ist 7,65%
   e) für Vollversicherte gemäß § 4 Abs. 4 .....7,65%
   f) für die übrigen Vollversicherten 7,65%,
   g) für Lehrlinge 3,35%
   der allgemeinen Beitragsgrundlage;
2. in der Unfallversicherung 1,2%
   der allgemeinen Beitragsgrundlage;
3. in der Pensionsversicherung 22,8%
   der allgemeinen Beitragsgrundlage.

(2) Aufgehoben.

(3) Unbeschadet des § 53 sind die Beiträge nach Abs. 1 - mit Ausnahme des Beitrages zur Unfallversicherung, der zur Gänze vom Dienstgeber zu zahlen ist - vom Versicherten und seinem Dienstgeber anteilig zu tragen, und zwar wie folgt:

1. In der Krankenversicherung
   a) der in Abs. 1 Z 1 lit. a genannten Personen sowie der bei der Versicherungsanstalt für Eisenbahnen und Bergbau Versicherten, soweit es sich um Personen handelt, die im Erkrankungsfall Anspruch auf Weiterzahlung ihrer Dienstbezüge durch mindestens sechs Wochen haben (§ 474 Abs. 1 zweiter Satz), beläuft sich der Beitragsteil des/der Versicherten auf 3,87%, des Dienstgebers/der Dienstgeberin auf 3,78%,
   b) der in Abs. 1 Z 1 lit. b und d genannten Personen beläuft sich der Beitragsteil des/der Versicherten auf 3,87%, des Dienstgebers/der Dienstgeberin auf 3,78%,
   c) der in Abs. 1 Z 1 lit. c, e und f genannten Personen beläuft sich der Beitragsteil des/der Versicherten auf 3,87%, des Dienstgebers/der Dienstgeberin auf 3,78%,
   d) der in Abs. 1 Z 1 lit. g genannten Personen beläuft sich der Beitragsteil des/der Versicherten auf 1,67%, des Dienstgebers/der Dienstgeberin auf 1,68%

   der allgemeinen Beitragsgrundlage.
2. in der Pensionsversicherung beläuft sich der Beitragsteil
   des (der) Versicherten ..... auf 10,25%,
   des Dienstgebers ..... auf 12,55%
   der allgemeinen Beitragsgrundlage.

(4) Die Bestimmungen der Abs. 1 und 3 gelten auch für die in einem Ausbildungsverhältnis stehenden Pflichtversicherten (§ 4 Abs. 1 Z 4 und 5), für die pflichtversicherten Heimarbeiter und die diesen gleichgestellten Personen (§ 4 Abs. 1 Z 7), für Entwicklungshelfer und Experten (§ 4 Abs. 1 Z 9) sowie für Teilnehmer/innen des Freiwilligen Sozialjahres, des Freiwilligen Umweltschutzjahres, des Gedenkdienstes und des Friedens- und Sozialdienstes im Ausland (§ 4 Abs. 1 Z 11) mit der Maßgabe, daß der auf den Dienstgeber entfallende Teil des Beitrages vom Träger der Einrichtung, in der die Ausbildung erfolgt, bzw. vom Auftraggeber im Sinne der gesetzlichen Vorschriften über die Heimarbeit bzw. von der Entwicklungshilfeorganisation, in der die Pflichtversicherten beschäftigt oder ausgebildet werden, bzw. vom jeweiligen Träger nach dem Freiwilligengesetz zu tragen ist.

(5) Für die gemäß § 4 Abs. 1 Z 6 Vollversicherten sind die Beiträge mit den gleichen Hundertsätzen der allgemeinen Beitragsgrundlage zu bemessen, wie sie für vollversicherte Dienstnehmer in der betreffenden Versicherung für die in Betracht kommende Versichertengruppe gemäß Abs. 1 festgesetzt sind. Diese Beiträge sind zur Gänze vom Versicherten zu tragen, jedoch hat dieser gegenüber der Unternehmung, bei der er tätig ist, Anspruch auf Erstattung der Hälfte der Beiträge.

(6) Abweichend von Abs. 3 Einleitung ist für Lehrlinge für die Dauer des gesamten Lehrverhältnisses sowie für Personen, die das 60. Lebensjahr vollendet haben, der allgemeine Beitrag zur Unfallversicherung aus Mitteln der Unfallversicherung zu zahlen.

(7) Abweichend von Abs. 3 Z 2 ist für Personen, deren Alterspension sich wegen Aufschubes der Geltendmachung des Anspruches erhöht (§ 261c, § 5 Abs. 4 APG), für jeden für diese Erhöhung zu berücksichtigenden Monat die Hälfte des auf den Dienstgeber

und die versicherte Person entfallenden Beitragsteiles aus Mitteln der Pensionsversicherung zu zahlen."

5.2. Die Beschwerdeführerin bekämpft mit ihrer Beschwerde den abweisenden Teil des Bescheides der Bezirkshauptmannschaft Urfahr-Umgebung vom 4. März 2021 und beansprucht insbesondere die Berücksichtigung von variablen Entgeltbestandteilen sowie der anteiligen Sonderzahlungen und anteiligen Dienstgeberanteile zur gesetzlichen Sozialversicherung für die Sonderzahlungen sowie Dienstgeberbeitrag zum Pensionsinstitut der L A. Der zuerkennende Spruchteil ist daher in Rechtskraft erwachsen.

Zum abweisenden Spruchteil ist auszuführen:

5.2.1. Hinsichtlich Vergütung nach dem regelmäßigen Entgelt im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes nach § 32 Abs. 3 1. Satz EpiG besteht keine Legaldefinition und ist daher auf die diesbezügliche Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes hinzuweisen.
Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits in seiner Entscheidung vom 29. März 1984, Zl. 84/08/0043, zu § 32 Abs. 3 und Abs. 3 letzter Satz Epidemiegesetz ausgesprochen: „Gegenstand der Bemessung des genannten Vergütungsanspruches ist gemäß § 32 Abs. 3 1. Satz EpiG das regelmäßige Entgelt im Sinn des EFG. Gemäß § 3 Abs. 3 EFG gilt als regelmäßiges Entgelt das Entgelt, das dem Arbeitnehmer gebührt hätte, wenn keine Arbeitsverhinderung eingetreten wäre. Unter das dem Arbeitnehmer gebührende Entgelt im Sinne dieser Bestimmung fallen begrifflich nicht die Dienstgeberbeiträge, die sich auf verschiedene gesetzliche Vorschriften gründen. ….. Der durch die Verweisung auf das regelmäßige Entgelt im Sinn des § 3 Abs. 3 EFG bestimmte Vergütungsanspruch nach § 32 Abs. 3 EpiG umfasst daher die nach den eben wiedergegebenen Rechtsnormen dem Arbeitgeber gesetzlich auferlegten Dienstgeberbeiträge nicht. (Nur) in dem so bestimmten Umfang geht aber der Vergütungsanspruch auf den Arbeitgeber nach § 32 Abs. 3 3. Satz EpiG über. Der ….. § 32 Abs. 3 letzter Satz EpiG enthält nun bezüglich des für die Zeit der Erwerbsbehinderung vom Arbeitgeber zu entrichtenden Dienstgeberanteiles in der gesetzlichen Sozialversicherung (vgl. § 11 Abs. 1 lit. c und § 47 lit. b ASVG) und des Zuschlages gemäß § 21 des Bauarbeiterurlaubsgesetzes 1972, BGBl. Nr. 414, eine weitere Rückersatzverpflichtung des Bundes für diese beiden Dienstgeberleistungen (zusätzlich zu jener nach § 32 Abs. 3 3. Satz EpiG). Diese beiden Rückersatzfälle von Dienstgeberleistungen bilden eine erschöpfende Aufzählung, nichts deute auf die Zulässigkeit einer Erweiterung im Auslegungswege hin. Schon aus diesem Grund erweist sich die Rechtsauffassung der beschwerdeführenden Partei angesichts des klaren Wortlautes des § 32 Abs. 3 letzter Satz EpiG als unbegründet. Beim Verwaltungsgerichtshof sind aber auch

keine Bedenken ob der Sachlichkeit der Regelung entstanden, ergibt sich doch aus dem Regelungszusammenhang, dass es sich bei dem dem Arbeitnehmer ausgezahlten Vergütungsbetrag begrifflich nicht um Entgelt (Arbeitslohn im Sinn des § 41 Abs. 3 FLAG 1967), sondern um eine auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhende Entschädigung (Vergütung) des Bundes handelt, für die der Arbeitgeber in Vorlage tritt….. Aus der Sicht des Beschwerdefalles hegt der Verwaltungsgerichtshof somit keine Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der angewendeten Gesetzesstellen."

Es besteht daher kein Anspruch auf Vergütung von Ausgaben des Arbeitgebers hinsichtlich Arbeitslosenversicherungsbeitrag, Kommunalsteuer, Wohnbauförderungsbeitrag, Mitarbeitervorsorgekasse usw., da das Ausfallsprinzip den Arbeitnehmer schützen will und daher nur der dem Arbeitnehmer zukommende Betrag durch die Vergütung abgedeckt werden soll. Nur bezüglich des für die Zeit der Erwerbsbehinderung vom Arbeitgeber zu entrichtenden Dienstgeberanteiles in der gesetzlichen Sozialversicherung und des Zuschlages gemäß § 21 des Bauarbeiterurlaubsgesetzes 1972, wird eine weitere Rückersatzverpflichtung des Bundes für diese beiden Dienstgeberleistungen (zusätzlich zu jener nach § 32 Abs. 3 3. Satz EpiG) ausdrücklich geregelt. Diese beiden Rückersatzfälle von Dienstgeberleistungen sind daher zu vergüten.

Der dahingehende Antrag auf Vergütung in der Beschwerde ist daher im Sinne obiger Judikatur unbegründet.

Dies trifft insbesondere auch auf das von der Beschwerdeführerin angeführte Pensionsinstitut der L A zu. Dieses zählt nicht zur gesetzlichen Sozialversicherung iSd. § 32 Abs. 3 letzter Satz EpiG. Dazu führt der OGH im Urteil vom 28.05.2013, 100ObS9/13s, aus: „Die Zusatzversicherung nach § 479 ASVG versteht sich als Ergänzung der gesetzlichen Pensionsversicherung. Sie hat daher die Aufgabe, die für die Versicherungsfälle des Alters, der Berufsunfähigkeit und des Todes gesetzlich vorgesehenen Leistungen zu ergänzen (Frank in SV-Kommentar § 479 ASVG Rz 17)". Daraus ist klar ersichtlich, dass es sich nicht um eine gesetzliche Sozialversicherung nach ASVG handelt. Dies entspricht auch dem obzit. Erkenntnis des VwGH, der hinsichtlich des zu entrichtenden Dienstgeberanteiles in der gesetzlichen Sozialversicherung § 11 Abs. 1 lit. c (nunmehr § 11 Abs. 3 lit. d) und § 47 lit. b ASVG zitiert. Die diesbezüglichen Beiträge waren daher nicht in den Vergütungsbetrag einzubeziehen.

5.2.2. Auch in dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 5.3.1991, Zl. 88/08/0239, bekräftigt der Verwaltungsgerichtshof seine Judikatur. Auch hier führt er aus, dass in der Umschreibung des „regelmäßigen Entgelts" im Sinn des § 3 Abs. 2 EFZG mit jenem Entgelt, das dem Arbeitnehmer gebührt hätte, „wenn

keine Arbeitsverhinderung eingetreten wäre“ das sogenannte „Ausfallsprinzip“ zum Ausdruck kommt. Demgemäß soll nach Schrifttum und Judikatur der Arbeitnehmer während der Nichtarbeitszeit so gestellt werden, als hätte er die ausgefallene Arbeit tatsächlich erbracht, und daher weder einen wirtschaftlichen Nachteil noch (freilich) Vorteil erfahren.
Auch im Erkenntnis vom 13. Mai 2009, Zl. 2006/08/0226, führt der Verwaltungsgerichtshof aus: „Wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 5. März 1991, Zl. 88/08/0239, ausgeführt hat, wird das regelmäßige Entgelt, nach dem sich gemäß § 3 Abs. 2 Entgeltfortzahlungsgesetz bzw. § 6 Abs. 3 1. Satz Urlaubsgesetz der Anspruch auf Kranken- bzw. Urlaubsentgelt in allen anderen Fällen (in denen es sich nicht um nach Wochen, Monaten oder längeren Zeiträumen bemessenes handelt) bemisst, in § 3 Abs. 3 Entgeltfortzahlungsgesetz bzw. § 6 Abs. 3 2. Satz Urlaubsgesetz nicht anders umschrieben als in § 9 Abs. 2 Arbeitsruhegesetz, nämlich mit jenem Entgelt, das dem Arbeitnehmer gebührt hätte, wenn keine Arbeitsverhinderung eingetreten bzw. der Urlaub nicht angetreten worden wäre. Darin kommt das sogenannte ‚Ausfallsprinzip‘ zum Ausdruck, wonach der Arbeitnehmer während dieser Nichtarbeitszeiten einkommensmäßig so gestellt werden soll, als hätte er die ausgefallene Arbeit tatsächlich erbracht, und er daher weder einen wirtschaftlichen Nachteil erleiden noch auch einen wirtschaftlichen Vorteil erringen soll.“

Nach § 3 Abs. 3 EFZG gilt als regelmäßiges Entgelt das Entgelt, das dem Arbeitnehmer gebührt hätte, wenn keine Arbeitsverhinderung eingetreten wäre. Berücksichtigt werden neben dem laufenden Lohn (Gehalt) auch noch die übrigen Leistungen wie z.B. die Entlohnung für erwartete Überstunden (Mehrstunden) bzw. Überstundenpauschalen, Zulagen, Zuschläge, Prämien, Provisionen, Sonderzahlungen, Zeitguthaben für Nachtarbeit, nicht aber echte Aufwandsentschädigungen (vgl. Drs in Neumayr/Reissner, ZellKomm^{3} § 3 EFZG Rz 10 [Stand 1.1.2018, rdb.at]).

Der Gesetzgeber stellt auf den konkreten Zeitraum und den konkret für diesen Zeitraum bestehenden Entgeltsanspruch ab. Die von einer behördlichen Verfügung betroffene Person soll durch die Vergütung insgesamt nicht schlechter gestellt werden, als ohne eine solche Verfügung und soll demnach insgesamt auch keine Vermögensnachteile auf Grund ihrer Krankheit und der dadurch notwendigen behördlichen Verfügung erleiden. Schon auf Grund des Wortlauts des § 32 Abs. 3 EpiG geht der Anspruch auf Vergütung jedoch nur in der Höhe über, die tatsächlich ausbezahlt wurde (vgl. Keisler/Hummelbrunner in Resch (Hrsg), Corona Handbuch$^{1.04}$ Kap. 1 Rz. 143 ff [Stand 29.1.2021, rdb.at]).

5.2.3. Auch in seinem jüngsten Erkenntnis vom 24. Juni 2021, Ra 2021/09/0094-11, verweist der Verwaltungsgerichtshof auf die oben bereits zitierte Judikatur und führt in Randnummer 21 aus:

„Im Übrigen ist der in diesem Zusammenhang heranzuziehende Entgeltbegriff weit auszulegen. Unter ihm ist nach herrschender Lehre und Rechtsprechung jede Art von Leistung zu verstehen, die dem Arbeitnehmer für die zur Verfügungstellung seiner Arbeitskraft gewährt wird. Es kommt auf die Funktion der jeweiligen Leistung als Abgeltung der Arbeitsleistung, nicht aber auf die Bezeichnung, die steuer- oder die sozialrechtliche Beurteilung an. Vom Entgeltbegriff sind daher auch Akkordlöhne und Prämien, Zuschläge, Zulagen (ohne Aufwandersatzcharakter), Provisionen, Sonderzahlungen, Entfernungszulagen und Gewinnbeteiligungen oder anstelle einer Ist-Gehaltserhöhung vereinbarte Mitarbeiterbeteiligungen erfasst, nicht aber echte Aufwandsentschädigungen, Trinkgelder sowie Sozialleistungen des Arbeitgebers, auch wenn sie regelmäßig geleistet werden (vgl. OGH 28.02.2011, 9 ObA 121/10z, mwN).“

In Randnummer 22 wird näher ausgeführt:

„Demnach ist bei der Bemessung der für jeden Tag der Absonderung nach § 7 EpiG zu leistenden Vergütung auch jenes Entgelt zu berücksichtigen, das aus Kollektiv- oder einzelvertraglich eingeräumten Sonderzahlungen resultiert; dies gilt freilich nicht für Sonderzahlungen, die der Arbeitnehmer – nach den Kollektiv- oder einzelvertraglichen Bestimmungen – vom Arbeitgeber für die Zeit der Absonderung bzw. des Entfalls der Pflicht zur Entgeltzahlung jedenfalls erhält und die daher bei ihm keinen Ausfall an Entgelt bewirken, die ja auf den Arbeitgeber übergehen könnte. Dass dies aber hier der Fall wäre, wird vom Amtsrevisionswerber nicht behauptet“.

Hinsichtlich der Geltendmachung des Vergütungsbetrages durch den Arbeitgeber wird ausgeführt:

„Bei dem dem Arbeitnehmer ausgezahlten Vergütungsbetrag handelt es sich begrifflich nicht um Entgelt, sondern um eine auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhende Entschädigung (Vergütung) des Bundes, für die der Arbeitgeber in Vorlage tritt. Gemäß § 32 Abs. 3 2. Satz EpiG hat der Arbeitgeber kraft Gesetzes die Schuld des Bundes in Form des Vergütungsbetrages der Person gegenüber, die den Verdienstentgang erlitten hat, zu erfüllen; mit dem Zeitpunkt der Auszahlung des gebührenden Vergütungsbetrages an den Arbeitnehmer geht dessen Vergütungsanspruch gegenüber dem Bund auf den Arbeitgeber über (vgl. nochmals VwGH 29.03.1984, 84/08/0043, VwSlg 11388A). Den genannten Bestimmungen lässt sich nicht entnehmen, dass ein stufenweiser Übergang des Vergütungsanspruches – entsprechend den für die Zahlung des Entgelts im Betrieb üblichen Terminen – ausgeschlossen werden sollte (RN 25). Auch die in § 33 und § 49 Abs. 1 EpiG genannten Fristen stehen dem nicht entgegen..... Entgegen der Ansicht des Amtsrevisionswerbers wird damit lediglich eine Fallfrist für die Geltendmachung eines aus behördlichen Maßnahmen resultierenden Anspruchs auf Vergütung des Verdienstentganges gemäß § 32 EpiG ab Aufhebung dieser behördlichen Maßnahmen normiert (vgl. zur materiell-rechtlichen Frist des § 33 EpiG VwGH 23.04.2002, 2000/11/0061, VwSlg 15815A). Diese Bestimmung kann nicht dahingehend verstanden werden, dass eine derartige Geltendmachung (noch) nicht möglich bzw. zulässig wäre, wenn der Antrag zwar nach der Aufhebung der behördlichen Maßnahmen, aber vor dem

für diese Zahlung des Entgelts im Betrieb üblichen Terminen bzw. vor erfolgter Zahlung durch den Arbeitgeber gestellt wird. .....Vielmehr ist der Anspruch auf Vergütung des Verdienstentganges vom Arbeitgeber binnen der genannten Fristen geltend zu machen, auch wenn der Übergang im Sinn des § 32 Abs. 3 2. Satz EpiG – allenfalls teilweise – erst nach diesem Zeitpunkt eintritt.“ (RN 26 und 27).

5.3. Es ist daher zur Berechnung des dem Arbeitnehmer K für den Absonderungszeitraum gebührenden Vergütungsbetrages das Bruttomonatsentgelt für November 2020 von je 3.862,35 Euro (Normalbezug 3.729,43 Euro, und Zulagen von insgesamt 132,92 Euro) heranzuziehen. Für den Absonderungszeitraum 7. und 8. November 2020 (2 Tage) ergibt sich daher ein Betrag von 257,48 Euro (3.862,35 : 30 = 128,74 Euro x 2 Tage = 257,48 Euro); Dazu ist noch der Ausfallsentgeltschnitt (Durchschnitt der Nebengebühren und Überstunden der letzten 13 Wochen nach Entgeltsausfallsprinzip) aliquot von 2,64 Euro für November 2020 (monatlich 39,70 Euro : 30 Tage = 1,32 Euro x 2 Tage = 2,64 Euro) dazuzurechnen, sodass sich ein Bruttobetrag von 260,12 Euro für November 2020 ergibt.

Gemäß vorzitierter VwGH-Judikatur sind auch aliquote Sonderzahlungen (§ 11 des KV) für den Absonderungszeitraum in Höhe von 65,06 Euro zu berücksichtigen:
Sonderzahlung Urlaubszuschuss von 4.157,94 Euro und Weihnachtsremuneration von insgesamt 4.019,33 Euro zuzüglich Treueprämie von 3.729,43 Euro, insgesamt 11.906,70 Euro; 11.906,70 Euro : 366 Tage (Schaltjahr) = 32,53 Euro x 2 Absonderungstage = 65,06 Euro. Mit dem Bruttobetrag von November 2020 von 260,12 Euro ergeben sich sohin insgesamt brutto 325,18 Euro.
Die dafür vom Dienstgeber zu entrichtenden Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung von insgesamt 17,53 % (für Krankenversicherung 3,78 %, für Unfallversicherung 1,2 % und für Pensionsversicherung 12,55 %, gesamt 17,53 %) betragen 56,42 Euro.
Es ergibt sich daher ein Vergütungsbetrag von 381,60 Euro (325,18 Euro + 56,42 Euro = 381,60 Euro).
Die belangte Behörde hat einen Betrag von 306,96 Euro gewährt. Daraus ergibt sich eine Differenz von 74,64 Euro. Dieser Betrag war spruchgemäß zuzusprechen.
Der darüber hinausgehende beantragte Vergütungsbetrag von 20,48 Euro (beantragt 402,08 Euro – zuzusprechende 381,60 Euro = 20,48 Euro) war daher abzuweisen. Auf die oben zitierte Judikatur, insbesondere hinsichtlich Pensionsinstitut der L A und Arbeitslosenversicherung bzw. Lohnnebenkosten wird nochmals verwiesen.

6. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:
Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder

weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.
Im Übrigen orientiert sich die Entscheidung an der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zu § 32 EpiG.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu ProtoK zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder

aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt