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-751393/4/Kl/CG

Datum:
Linz, 22. Juli 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über die Beschwerde der Ö AG, R, W, gegen den Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 4. Mai 2021, GZ: 0013855/2021, betreffend Vergütung nach § 32 Epidemiegesetz 1950

zu Recht:

I. Der Beschwerde wird insofern stattgegeben als ein zusätzlicher Vergütungsbetrag von 73,13 Euro gewährt wird.

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 des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 4. Mai 2021, GZ: 0013855/2021, wurde dem Antrag auf Zuerkennung der Vergütung des Verdienstentganges betreffend die Arbeitnehmerin S M während des Absonderungszeitraumes von 25. Oktober 2020 bis 5. November 2020 in der Höhe von 819,11 Euro (fortgezahltes Entgelt inkl. des Dienstgeberanteils in der gesetzlichen Sozialversicherung bzw. des Zuschlags nach § 21 Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungsgesetz) stattgegeben. Der darüber hinausgehende beantragte Vergütungsbetrag wurde abgewiesen.

2. Gegen den abweisenden Teil des Bescheides wurde rechtzeitig Beschwerde eingebracht und beantragt, den Bescheid im Umfang der Anfechtung dahingehend abzuändern, dass der Beschwerdeführerin die Vergütung in Höhe des abgewiesenen Mehrbegehrens zuerkannt wird. Begründend wurde nach Zitierung der Rechtsgrundlagen ausgeführt, dass aus dem Verweis in § 32 Abs. 3 Satz 1 EpiG auf das regelmäßige Entgelt im Sinn des EFZG folgt, dass die Vergütung nach dem regelmäßigen Entgelt gemäß §§ 2 und 3 EFZG zu bemessen ist. Dieses umfasst insbesondere Überstunden, Sonderzahlungen, Zulagen und Zuschläge. Dabei ist bei nicht regelmäßig anfallenden Entgelten eine Durchschnittsbetrachtung anzustellen und etwa bei Überstunden ein Beobachtungszeitraum von 13 Wochen heranzuziehen (OGH 29.8.1988, 9 ObA 141/88). Die belangte Behörde irrt hinsichtlich der Sonderzahlungen: Sonderzahlungen sind Bestandteil des Vergütungsanspruch, sofern dem Dienstnehmer aufgrund von Kollektivvertrag, Arbeitsvertrag oder Gesetz ein Anspruch darauf eingeräumt ist und sie dem Dienstnehmer tatsächlich geleistet wurden. Denn sie fallen unter den Begriff des regelmäßigen Entgelts im Sinn des § 3 Abs. 2 EFZG iVm § 32 Abs. 3 EpiG. Dass diese Sonderzahlungen nicht im Monat der Absonderung, sondern erst zu einem späteren (bzw. früheren) Zeitpunkt ausbezahlt wurden, ist für den Bestand des Vergütungsanspruchs nicht weiter relevant, weil sich die in diesen Monaten ausbezahlten Sonderzahlungen unzweifelhaft auch auf den Absonderungszeitraum bezogen und diesem verrechnungstechnisch aliquot zuzurechnen sind. Die belangte Behörde hätte daher die im Beiblatt 1 jeweils angeführten Sonderzahlungen aliquot (und zuzüglich der darauf entfallenden Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung) zuerkennen müssen. Hinsichtlich der sonstigen regelmäßigen Entgelte ist der von der belangten Behörde angenommene Betrag nicht nachvollziehbar. Es sind leistungsbezogene Prämien oder Entgelte in die Ermittlung des regelmäßigen Entgelts einzubeziehen, weil diese dem Arbeitnehmer gebührt hätten, wenn keine Arbeitsverhinderung eingetreten wäre. Es ist hiebei in sinngemäßer Anwendung des § 3 Abs. 4 EFZG auf die Durchschnittsbetrachtung der letzten 13 Wochen abzustellen. Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte die belangte Behörde sohin das im Beiblatt 1 angeführte sonstige laufende Ausfallsentgelt aliquot (und

zuzüglich der darauf anfallenden Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung) zuerkennen müssen. Tatsächlich hat die Beschwerdeführerin auch Zahlungen in Höhe des abgewiesenen Mehrbegehrens abzüglich des darauf entfallenden Dienstgeberanteils zur Sozialversicherung an die abgesonderten Mitarbeiter geleistet.

3. Der Magistrat der Stadt Linz hat die Beschwerde samt dem bezughabenden Verwaltungsakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme. Von einer mündlichen Verhandlung konnte Abstand genommen werden, da der Sachverhalt geklärt ist und von der Beschwerdeführerin der Antrag auf Verhandlung zurückgenommen wurde. Es wurden neuerlich Lohnunterlagen vorgelegt.

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

Mit Eingabe vom 2. Februar 2021, korrigiert mit Eingabe vom 30. April 2021, wurde von der Ö AG ein Antrag auf Zuerkennung einer Vergütung für Entgeltfortzahlung gemäß § 32 Epidemiegesetz 1950 für die Dienstnehmerin S M, geb. am x, für den Absonderungszeitraum von 25. Oktober 2020 bis 5. November 2020, gesamt 12 Tage, in der Höhe von insgesamt (korrigiert) 892,24 Euro (Bruttogehalt aliquot 637,05 Euro, Sonderzahlung aliquot 122,10 Euro, Dienstgeberbeitrag aliquot 133,08 Euro und Dienstgeberbeitrag Sonderzahlung aliquot 21,40 Euro) gestellt.
Die Dienstnehmerin S M, geb. am x, ist in den Dienst der Ö AG am 1. Juni 2017 eingetreten.
Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 25. Oktober 2020, GZ: 0101180/2020, wurde die Absonderung der S M ab 25. Oktober 2020 verfügt. Mit Bescheid des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 5. November 2020, GZ: 0101180/2020, wurde die Anhaltung mit Ablauf des 5. November 2020 aufgehoben.
Nach vorgelegtem Lohnkonto wurde der Dienstnehmerin mit 30. Oktober und 30. November 2020 jeweils ein Grundgehalt (KV02) von brutto 1.623,18 Euro ausgezahlt. Davon wurden auch Dienstgeberbeiträge zur Sozialversicherung von 17,53 % durch den Dienstgeber geleistet.
Ein Ausbleibetaggeld wurde der Arbeitnehmerin nicht ausbezahlt.
Lt. Lohnkonto wurde eine Urlaubssonderzahlung von 1.828,71 Euro per 30.6.2020 und eine Weihnachtssonderzahlung von 1.866,66 Euro per 30. November 2020 ausbezahlt. Ebenso wurde per 30. Juni 2021 eine Urlaubssonderzahlung fällig.

Die Dienstnehmerin unterliegt dem neuen Kollektivvertrag 2009 für die P AG. Dieser hat zwei Teile, nämlich Teil 1 für die Allgemeine Verwaltung (nachgebildet dem KV für Handel) und Teil 2 für Zusteller, Verteiler usw. (nachgebildet dem KV des Güterbeförderungsgewerbes). Die Dienstnehmerin unterliegt daher dem

Kollektivvertrag Teil 2 und ist bei der Österr. Gesundheitskasse versichert. Das Entgelt wird jeweils am Monatsletzten ausbezahlt. Sonderzahlungen fallen zweimal im Jahr an, nämlich die Urlaubssonderzahlung im Juni, nämlich für den Zeitraum Juli des Vorjahres bis zum Juni des Folgejahres, und Weihnachtsgeldsonderzahlung im November für Dezember des Vorjahres bis November des laufenden Jahres. Die Sonderzahlung bemisst sich lt. Kollektivvertrag mit mindestens 115 % des KV-Mindestlohns. Es werden bei den Sonderzahlungen Eintritt und Austritt durch Aliquotierung berücksichtigt. Weiters wird eine Abwesenheit, bei der kein Gehalt zusteht (z.B. Karenz, Krankheit) durch Aliquotierung berücksichtigt. Die Sonderzahlungen sind mit Ende Juni bzw. Ende November fällig und werden zu diesem Zeitpunkt ausgezahlt und sind davon Sozialversicherungsbeiträge nach ASVG zu entrichten.
Ausbleibetaggeld ist ein Aufwandersatz und kein Bestandteil des regelmäßigen Entgelts. Davon werden auch keine Sozialversicherungsbeiträge bezahlt. Es fließt auch nicht in die Berechnung des Ausfallsentgelts ein. Ein Taggeld wurde der Dienstnehmerin M nicht ausgezahlt.
Der Schnitt des Ausfallsentgelts wird - abgestimmt mit Finanzamt und Krankenkasse nach der lohnabhängigen Abgabenprüfung - grundsätzlich nach den letzten 3 vorausgegangenen Monaten in einer Durchschnittsberechnung berechnet. Dies allerdings nur dann, wenn weniger als 4 Tage Abwesenheiten bestehen. Bei Monaten mit mehr Abwesenheiten wird entsprechend in die Vergangenheit zurückgegriffen zu jenen Monaten, in denen vollständig gezahlt wurde. Sollte es keine solchen Monate geben, nimmt man auch Monate mit den vielen Abwesenheiten. Es werden 13 Wochen bzw. 3 Monate herangezogen.
Das vorgelegte Jahreslohnkonto ist jenes, das auch als Lohnzettel dem Finanzamt übermittelt wird, und stellt Auszahlungsbeträge dar.
Das Überstundenpauschale steht pro Monat zu, allerdings werden Fehltage bzw. Abwesenheitstage abgezogen. Diese werden im Schnitt des Ausfallsentgeltes berücksichtigt bzw. einbezogen.
Eine allfällige Differenz zwischen antragsgemäß geltend gemachtem Schnitt Entgeltfortzahlung und tatsächlich ausbezahltem Verrechnungsbetrag am Lohnkonto ergibt sich aus einer laufenden Aufrollung, bei der Abwesenheiten udgl. berücksichtigt werden und dann entsprechend im Lohnkonto berichtigt werden. Es wird daher eine Überzahlung bzw. Unterzahlung entsprechend in den Folgemonaten rückgerechnet bzw. aufgerollt.

4.2. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den Aktenunterlagen (insbesondere Lohnkonto). Es können sämtliche Feststellungen der Entscheidung zu Grunde gelegt werden.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Das Epidemiegesetz 1950 (EpiG), BGBl. Nr. 186/1950 idF. BGBl. I 100/2021, 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. 78/2021, 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 des Bürgermeisters der Stadt Linz vom 4. Mai 2021 und beansprucht darüber hinaus anteilige Sonderzahlungen und anteiligen Dienstgeberanteil zur gesetzlichen Sozialversicherung für die Sonderzahlungen. Der zuerkennende Spruchteil ist daher in Rechtskraft erwachsen.

Zum abweisenden Spruchteil ist auszuführen:
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.“

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 13.05.2009, Zl. 2006/08/0226, führt der Verwaltungsgerichtshof aus: „Wie der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 05.03.1991, 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.“

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.

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]).

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 der Arbeitnehmerin M für den Absonderungszeitraum gebührenden Vergütungsbetrages das Bruttomonatsentgelt 10/2020 und 11/2020 von jeweils 1.623,18 Euro (Grundgehalt gemäß KV02) heranzuziehen. Für den Absonderungszeitraum 25.10. – 5.11.2020 (12 Tage) ergibt sich daher ein Betrag von 637,05 Euro (Oktober: 1.623,18 : 31 = 52,36 x 7 = 366,52 Euro; November: 1.623,18 : 30 = 54,10 x 5 = 270,53; 366,52 + 270,53 = 637,05 Euro). Dazu ist noch die ausgewiesene und im November 2020 ausbezahlte Weihnachtssonderzahlung und die zum Entscheidungszeitpunkt fällige (30.6.2021) und ausbezahlte Urlaubssonderzahlung aliquot dazuzurechnen, sodass sich ein Gesamtbruttobetrag von 759,45 Euro ergibt (1.866,66 : 366 [Schaltjahr] = 5,10 x 12 = 61,20 Euro x 2 = 122,40 Euro; 637,05 + 122,40 = 759,45 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 daher 133,13 Euro. Diese sind dem für den Absonderungszeitraum errechneten Bruttoentgelt hinzuzuzählen, sodass sich ein Gesamtbetrag von 892,58 Euro ergibt. Die belangte Behörde hat einen Betrag von 819,11 Euro gewährt, die Beschwerdeführerin hat im fristgerechten Antrag vom 2.2.2021 einen Betrag von 892,24 Euro geltend gemacht. Da der Antrag gemäß § 33 iVm § 49 EpiG fristgebunden ist und mit Fristablauf ein Anspruch erlischt, kann nur ein beantragter Betrag zuerkannt werden (vgl. VwGH vom 24.6.2021, Ra 2021/09/0094-11, RN 27). Daraus ergibt sich eine Differenz von 73,13 Euro (892,24 Euro beantragt minus 819,24 Euro zugesprochen = 73,13 Euro Differenz). Diese waren daher antragsgemäß zuzusprechen.
Es ergibt sich daher kein weiterer Anspruch der Beschwerdeführerin.

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 und stützt sich das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auf einen klaren Gesetzeswortlaut. Es liegt sohin keine ungeklärte Rechtsfrage vor.

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 Protokoll 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