

24. Jahrgang / August 2020 / Nr. 8

ASoK

Arbeits- und SozialrechtsKartei

TOPTHEMA Arbeitsrechtliche Fragen iZm COVID-19

Monika Drs

Urlaubsrechtliche Fragen anlässlich der COVID-19-Pandemie

Andreas Gerhartl

Kontrolle der Arbeitnehmer in der Coronakrise

Thomas Rauch

Die Dienstverhinderung durch eine Pandemie

Gerhard Bremm

Digitalisierte Betriebsratsarbeit 2.0

Wolfgang Höfle

Sind Nettoregelungen klug?

Praxisinformationen

Neues aus der Gesetzgebung

News aus SV-, LSt- und Arbeitsrecht

Judikatur der Arbeits- und Sozialgerichte

Linde
www.lindeverlag.at

Urlaubsrechtliche Fragen anlässlich der COVID-19-Pandemie

Urlaubsverbrauch – Dienstverhinderung und Urlaub – Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers anlässlich seines Urlaubs – Rücktritt von der Urlaubsvereinbarung

MONIKA DRS*)



Nachdem der Lockdown vorüber ist und die Sommerferien begonnen haben, wollen viele Arbeitnehmer auf Urlaub fahren. Da die Pandemie aber noch nicht vorüber ist und von Medien und Politikern mit Nachdruck davor gewarnt wird, dass mit einer zweiten Welle und einer neuerlichen Schließung der Grenzen zu rechnen ist, stellt sich unter anderem die Frage, wohin man heuer in den Urlaub fahren bzw fliegen darf, was bei einer Dienstverhinderung gilt, welche Rechte und Pflichten Arbeitnehmer und Arbeitgeber in diesen Zusammenhang treffen und ob die Vertragsparteien an eine zB bereits vor Ausbruch der COVID-19-Pandemie bzw vor Erlassung bestimmter Reisebeschränkungen getroffene Urlaubsvereinbarung gebunden sind, wenn zB durch die Pandemie die ursprünglichen Urlaubspläne des Arbeitnehmers nicht mehr umsetzbar sind oder der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen des Ausfalls anderer Arbeitnehmer nun dringend benötigt.

1. Allgemeines

Zum Zwecke der Erholung steht jedem Arbeitnehmer (im Sinne des § 1151 ABGB, nicht aber selbständig Beschäftigten) ein bezahlter Urlaub im Ausmaß von mindestens 30 bzw 36 Werktagen (je nach Dienstzeit)¹⁾ pro Urlaubsjahr zu, der für die meisten Arbeitnehmer, egal, ob Arbeiter oder Angestellte, im UrlG geregelt ist.

Auch wenn der Urlaubsanspruch gemäß § 4 Abs 5 UrlG erst nach zwei Jahren ab dem Ende des jeweiligen Urlaubsjahres, in dem er entstanden ist, verjährt, soll der Urlaub gemäß § 4 Abs 1 Satz 2 UrlG grundsätzlich noch im laufenden Urlaubsjahr verbraucht werden. Das gilt auch in Zeiten von COVID-19.

2. Urlaubsverbrauch

Der konkrete Urlaubsverbrauch ist auch in Zeiten einer Pandemie gemäß § 4 Abs 1 UrlG zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer zu vereinbaren. Dabei sind vor allem die Erholungsinteressen des Arbeitnehmers und die betrieblichen Erfordernisse zu beachten.²⁾

Ein einseitiger Urlaubsantritt durch den Arbeitnehmer ist nur in den im Gesetz taxativ aufgezählten Fällen möglich:

- § 4 Abs 4 UrlG: Zuständiger Betriebsrat errichtet, Verbrauch eines größeren Urlaubsteils (mindestens 12 Werktage), der dem Arbeitgeber mindestens drei Monate vorher vom Arbeitnehmer bekannt geben wurde, fehlende Einigung trotz Einschaltung des Betriebsrats (= Aufgabe des Arbeitgebers);
- § 16 Abs 3 UrlG: Notwendige Pflege eines erkrankten Kindes unter 12 Jahren, die bezahlte Pflegefreistellung ist bereits ausgeschöpft;
- § 7a ARG: Persönlicher Feiertag, schriftliche Meldung des Arbeitnehmers an den Arbeitgeber mindestens drei Monate davor.

*) Ao. Univ.-Prof. Dr. *Monika DRS* lehrt am Institut für Österreichisches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

¹⁾ Siehe § 2 UrlG.

²⁾ Dazu ausführlicher *DRS, Urlaubsrecht*¹¹ (2019) § 4 UrlG Rz 31 ff.

Seit der bis Ende 2020 befristeten Neuregelung des § 1155 ABGB durch das 2. COVID-19-Gesetz, BGBl I 2020/16,³⁾ ist unter bestimmten Voraussetzungen – neben der einseitigen Anordnung von Zeitausgleich – auch ein einseitiges Auf-Urlaub-Schicken des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber möglich. Dies gilt allerdings nur für Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen aufgrund von Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmen-gesetzes, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen,⁴⁾ nicht zustande kommen (§ 1155 Abs 3 ABGB). Gleichzeitig ist aber eine Beschränkung in Bezug auf die maximale Höhe vorgesehen: aus dem laufenden Urlaubsjahr maximal zwei Wochen, insgesamt nicht mehr als acht Wochen (§ 1155 Abs 4 ABGB).⁵⁾

Jenseits dieser Möglichkeit vertreten *Niederfriniger/David* die gewagte These, dass dem Arbeitgeber das „*Notwehrinstrument*“ der Dienstfreistellung zur Verfügung stehe, wenn der Arbeitnehmer in der Coronakrise („*krisenhafte längere Unterbeschäftigungssituation*“) einen ihm zumutbaren Urlaubsverbrauch verweigert. Inres Erachtens sei in diesem Fall die Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch heranzuziehen, weshalb der Urlaubsverbrauch zu unterstellen sei.⁶⁾ Rechtsmissbrauch wurde in der von den Autoren zitierten Entscheidung des OGH vom 16. 12. 2005, 9 ObA 144/05z,⁷⁾ in der es um einen begünstigten Behinderten ging, der trotz etwa zweijähriger Dienstfreistellung den vom Arbeitgeber angebotenen Urlaubsverbrauch verweigert hat, aber verneint. Rechtsmissbrauch liegt nach Ansicht des OGH nur vor, wenn die Schädigungsabsicht den einzigen oder überwiegenden Grund der Rechtsausübung bildet (Schikane) oder wenn zwischen den Interessen des handelnden Arbeitnehmers und den beeinträchtigten Interessen des Arbeitgebers ein ganz krasses Missverhältnis besteht. Der Nichtverbrauch des zumutbaren Urlaubs allein reicht dazu nicht aus. Für diese Fälle hat der Gesetzgeber die Verjährungsregelung des § 4 Abs 5 UrlG und die Aliquotierungsregelung bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 10 UrlG normiert. Rechtsmissbrauch bejaht hat der OGH hingegen in der Entscheidung vom 25. 5. 1994, 9 ObA 61/94,⁸⁾ in der es um eine Arbeitnehmerin ging, die das Anbot des Arbeitgebers zum Abschluss einer Urlaubsvereinbarung während der Dienstfreistellung in der Kündigungsfrist abgelehnt hat, dann aber hinter dem Rücken des Arbeitgebers die bezahlte Freizeit zu einem erheblichen Teil für Zwecke verwendet hat, die die Gewährung von Urlaub erfordert hätten (Auslandsreise nach Sri Lanka). Dieser Fall ist aber mit dem von *Niederfriniger/David* angesprochenen Sachverhalt in keiner Weise vergleichbar.

3. Dienstverhinderung und Urlaub

Interessant ist in diesem Zusammenhang zunächst die Bestimmung des § 4 Abs 2 UrlG, wonach für Zeiten mit Entgeltfortzahlungsanspruch (zB Krankenstand, andere wichtige

³⁾ Dazu ausführlicher *Gerhartl*, Entgeltfortzahlung bei Coronavirus, ASoK 2020, 162 (163 ff); *Kietaibl/Ch. Wolf* in *Resch*, Das Corona-Handbuch (2020) Kap 3 insbesondere Rz 17 ff; *Löschnigg*, Zulässige Urlaubsanordnung an den Universitäten im Lichte der Corona-Krise? UNILEX 2020, 3, online abrufbar unter https://www.za1.at/media/UNILEX_2020.pdf.

⁴⁾ Siehe dazu Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19, BGBl II 2020/96 in der jeweils geltenden Fassung (BGBl II 2020/110, BGBl II 2020/112, BGBl II 2020/130, BGBl II 2020/151, BGBl II 2020/162 und BGBl II 2020/340): Untersagung des Betretens von Betriebsstätten des Handels und von Dienstleistungsunternehmen sowie von Freizeit- und Sportbetrieben zum Zwecke des Erwerbs von Waren oder der Inanspruchnahme von Dienstleistungen oder der Benützung von Freizeit- und Sportbetrieben.

⁵⁾ Zur Möglichkeit, im Rahmen der Corona-Kurzarbeit den Verbrauch von Alturlaube (nicht aber den Urlaub des laufenden Urlaubsjahres) ausnahmsweise statt durch Individualvereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer auch im Wege einer Betriebsvereinbarung gemäß § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG zu regeln, siehe § 170 Abs 3 ArbVG.

⁶⁾ *Niederfriniger/David*, Personalmaßnahmen in der Krise (Stand: 15. 4. 2020), online abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/personalmaßnahmen_in_krisen/h_80004_8745816696998934175_a2915397b7?origin=nv.

⁷⁾ DRdA 2007/2 (*Cerny*) = ZAS 2007/13 (*Drs*).

⁸⁾ DRdA 1994/48 (*Holzner*) = WBI 1994, 408 (*Grillberger*).

die Person des Arbeitnehmers betreffende Dienstverhinderungsgründe) grundsätzlich kein Urlaub vereinbart werden darf. Vereinbarungen, die dem gesetzlichen Verbot widersprechen, sind nichtig. Dies gilt auch dann, wenn nur ein Teil des Urlaubs davon betroffen ist. In diesem Fall kommt nur der entsprechende Teil der Vereinbarung nicht wirksam zustande. In der Folge dürfen diese Zeiten der Dienstverhinderung nicht auf das Urlaubsausmaß nach § 2 Abs 1 UrlG angerechnet bzw nicht vom Urlaubskontingent abgezogen werden.⁹⁾

Das Verbot des § 4 Abs 2 UrlG greift allerdings nur, wenn dieser Umstand dem Arbeitgeber bereits bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung bekannt ist. Tritt der Dienstverhinderungsgrund erst nach der Urlaubsvereinbarung oder gar erst nach Urlaubsantritt ein, dann sind die Voraussetzungen des § 4 Abs 2 UrlG nicht erfüllt. Die Urlaubsvereinbarung kommt daher wirksam zustande.¹⁰⁾

Kann ein Arbeitnehmer seinen Dienst aufgrund der überraschenden Einstellung des Flugverkehrs (Mitte März 2020) nicht rechtzeitig nach dem Ende seines Urlaubs antreten, kann eine Urlaubsverlängerung für die fraglichen Tage nur vereinbart werden, wenn dem Arbeitnehmer kein Entgeltfortzahlungsanspruch gegenüber seinem Arbeitgeber (zB nach § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b ABGB aus anderen wichtigen die Person des Arbeitnehmers betreffenden Dienstverhinderungsgründen) zusteht. Dies wird bei einer überraschenden Einstellung des Flugverkehrs aber regelmäßig der Fall sein. Hat sich die Einstellung des Flugverkehrs hingegen schon abgezeichnet oder unternimmt der Arbeitnehmer daraufhin nicht alles, um nach Österreich zurückkehren zu können, besteht in aller Regel kein Entgeltfortzahlungsanspruch, weshalb die Urlaubsvereinbarung zulässig ist.

Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs, kommt es gemäß § 5 UrlG unter Umständen zu einer Urlaubsunterbrechung, das heißt, die auf Werktage fallenden Tage der Erkrankung sind nicht als Urlaubstage zu werten. Voraussetzung ist allerdings, dass die Krankheit zu einer länger als drei Kalendertage andauernden Arbeitsunfähigkeit führt, die weder vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt noch durch eine dem Erholungszweck widersprechende Erwerbstätigkeit ausgelöst wurde. Außerdem müssen die Melde- und Nachweispflichten eingehalten werden, das heißt unverzügliche Meldung nach Ablauf der drei Kalendertage, Vorlage einer ärztlichen Bestätigung bei Wiederantritt des Dienstes, bei einer Erkrankung im Ausland muss der Arbeitnehmer – soweit es sich um keine Spitalsbestätigung handelt – auch noch eine Bestätigung darüber vorlegen, dass es sich um einen zugelassenen Arzt handelt.¹¹⁾

In diesem Zusammenhang ist vor allem die Frage von Bedeutung, unter welchen Voraussetzungen grobe Fahrlässigkeit vorliegt. Dies ist der Fall, wenn unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles eine ungewöhnliche und somit auffallende Vernachlässigung der pflichtgemäßen und erforderlichen Sorgfältigkeit gegeben ist.¹²⁾ Es muss eine so schwere Sorgfaltswidrigkeit gesetzt werden, wie sie einem ordentlichen Menschen in der konkreten Situation keinesfalls unterlaufen wäre, womit der Eintritt des Schadens (Erkrankung) wahrscheinlich und nicht bloß als möglich voraussehbar ist. Es muss sich also um ein Versehen handeln, welches mit Rücksicht auf die Schwere und Häufigkeit nur bei besonders nachlässigen und leichtsinnigen Menschen vorkommt oder wenn einfache und naheliegende Überlegungen nicht angestellt werden. In der arbeitsrechtlichen Praxis wird für die Qualifikation eines Verhaltens als grob fahrlässig ein besonders strenger Maßstab angelegt.¹³⁾

⁹⁾ Dazu ausführlicher *Drs*, Urlaubsrecht¹¹, § 4 UrlG Rz 70 ff; *Drs/Dorer* in *Kozak*, ABGB und Arbeitsrecht (2019) § 879 ABGB insbesondere Rz 135.

¹⁰⁾ Zur Urlaubsunterbrechung bei einer Dienstverhinderung durch Krankheit siehe unten; zur Möglichkeit eines Rücktritts siehe Punkt 6.

¹¹⁾ Dazu ausführlicher *Drs*, Urlaubsrecht¹¹, § 5 UrlG Rz 1 ff.

¹²⁾ Vgl § 1324 ABGB.

¹³⁾ Vgl unter anderem *Drs* in *Neumayr/Reissner*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 8 AngG Rz 50.

Grobe Fahrlässigkeit wird meines Erachtens regelmäßig zu bejahen sein, wenn ein Arbeitnehmer gegen die anlässlich der COVID-19-Pandemie gemachten Empfehlungen oder die behördlich oder durch Verordnung geregelten Verhaltensregeln (zB Ausgangsbeschränkungen, Mindestabstand zu anderen Personen)¹⁴⁾ grob verstößt (das einmalige Vergessen des Händewaschens oder ein kurzfristig zu geringer Mindestabstand zu einem anderen Kunden im Supermarkt wird in aller Regel nicht als grober Verstoß gewertet werden können), wenn er in ein Gebiet reist, für das eine Reisewarnung des Außenministeriums¹⁵⁾ besteht (am Höhepunkt der COVID-19-Pandemie galt diese für die ganze Welt),¹⁶⁾ für das Quarantänemaßnahmen in Kraft sind oder das wegen COVID-19 als internationales Risikogebiet eingestuft wird oder er eine dringend empfohlene Impfung nicht durchführt.¹⁷⁾

Welche Verhaltensregeln vom Arbeitnehmer anlässlich der COVID-19-Pandemie einzuhalten sind, kann sich im Laufe der Zeit ändern. Meines Erachtens kommt es auf den aktuellen Stand zum Zeitpunkt des eventuell als fahrlässig einzustufenden Verhaltens an, wobei aber auch zu berücksichtigen ist, ob der Arbeitnehmer diese kannte bzw bei gebotener Sorgfalt hätte kennen können.

Grobe Fahrlässigkeit allein reicht allerdings nicht aus. Der Arbeitnehmer muss in der Folge auch deswegen erkranken, das heißt, das grob fahrlässige Verhalten muss kausal für die Erkrankung und die dadurch bedingte Arbeitsunfähigkeit sein.

Beruft sich der Arbeitgeber auf die grobe Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers, so hat der Arbeitgeber nicht nur den Beweis für die grobe Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers zu erbringen, sondern auch dafür, dass dieses Verhalten für die Erkrankung kausal gewesen ist. Der Arbeitnehmer hat hingegen die Krankheit und die dadurch bewirkte Arbeitsunfähigkeit zu behaupten und zu beweisen.¹⁸⁾

Fliegt ein Arbeitnehmer Anfang Juli 2020 nach Griechenland (damals Sicherheitsstufe 4) und verbringt er seinen Urlaub am gut besuchten Strand, obwohl das Einhalten des empfohlenen Mindestabstands dort nicht möglich ist, und erkrankt er in der Folge an COVID-19, kann der Arbeitgeber die Unterbrechung des Urlaubs unter Hinweis auf die

¹⁴⁾ In Österreich galt anlässlich der COVID-19-Pandemie eine 1 m-Mindestabstandsregel; vgl. Betretungsverordnung (siehe Fußnote 42); Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen wurden (COVID-19-Lockerungsverordnung – COVID-19-LV), BGBl II 2020/197 in der jeweils geltenden Fassung (BGBl II 2020/207, BGBl II 2020/231, BGBl II 2020/239, BGBl II 2020/246, BGBl II 2020/266, BGBl II 2020/287, BGBl II 2020/299, BGBl II 2020/332 und BGBl II 2020/342). Ab 30. 7. 2020 gilt die 1 m-Mindestabstandsregel aber aufgrund der Aufhebung des § 1 Abs 1 COVID-19-LV nicht mehr an allen öffentlichen Orten, sondern nur noch in Massenbeförderungsmitteln, im Kundenbereich von Betriebsstätten etc. In anderen Ländern sind teilweise größere Mindestabstandsregeln vorgesehen.

¹⁵⁾ Eine Reisewarnung ist eine dringende Empfehlung des Außenministeriums, auf Reisen in ein Land oder Teile eines Landes wegen einer akuten Gefahr für Leib und Leben von Reisenden (zB wegen einer Epidemie, eines [Bürger-]Kriegs oder [bürger]kriegsähnlicher Zustände) zu verzichten oder aus dem betroffenen Gebiet auszureisen.

¹⁶⁾ Dies galt in Österreich ab Mitte März 2020. Im Juni 2020 wurden die Reisewarnungen von Österreich zunächst nur für die Nachbarstaaten (ausgenommen Italien), dann aber schrittweise für die meisten europäischen Staaten (ausgenommen Schweden und Portugal) aufgehoben (Ende Juli 2020 auch für Großbritannien), während sie im Gegenzug für einige andere Staaten (zB für die Westbalkanstaaten) im Juli 2020 wiedereingeführt wurden. Einreisende aus anderen Staaten (zB aus Schweden) müssen derzeit nach ihrer Einreise in Heimquarantäne (ursprünglich für 14 Tage, seit der Novelle BGBl II 2020/336 für 10 Tage), wenn sie kein aktuelles (maximal vier Tage bzw seit der oben zitierten Novelle 72 Stunden altes) ärztliches Zeugnis über ihren Gesundheitszustand (negativer COVID-19-Test) vorlegen. Für Drittstaatsangehörige, die aus dem Schengen-Raum oder der EU einreisen, ist seit dieser Novelle kein Sich-Freikaufen durch einen negativen COVID-19-Test mehr möglich; siehe § 2 iVm Anlage A der Einreiseverordnung (siehe Fußnote 26).

¹⁷⁾ Vgl. unter anderem *Drs* in ZellKomm⁹, § 8 AngG Rz 52/2 und 55; *dieselbe* in *Resch*, Corona-Handbuch, Kap 5 Rz 20.

¹⁸⁾ Vgl. unter anderem *Kuderna*, *UrlG*² (1995) § 5 Rz 3 und 7 f.

grobe Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers verweigern, immer vorausgesetzt, dass die Ansteckung tatsächlich auf dieses grob fahrlässige Verhalten zurückzuführen ist. Die Behauptungs- und Beweislast dafür trifft allerdings den Arbeitgeber. Beruht die Erkrankung hingegen auf einer anderen Ursache (zB Magenverstimmung), kommt es zu einer Urlaubsunterbrechung, wenn alle der in § 5 UrlG normierten Voraussetzungen (insbesondere auch die Melde- und Nachweispflichten) erfüllt sind. Der Entgeltfortzahlungsanspruch richtet sich dann – ebenso wie bei einer Erkrankung, die erst nach dem Urlaub eintritt oder über diesen hinaus andauert – nach den Entgeltfortzahlungsbestimmungen des § 8 AngG bzw der §§ 2 ff EFZG.

Für den Fall, dass der Arbeitnehmer seinen Sommerurlaub 2020 hingegen trotz bestehender Reisewarnung in Großbritannien (bei Abflug Anfang Juli Sicherheitsstufe 6) verbringt und in der Folge an COVID-19 erkrankt, wird in den Medien – unter Berufung auf das BMAFJ¹⁹⁾ – die Ansicht kolportiert, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch wegen grober Fahrlässigkeit entfällt. Die Reise in ein Land mit Reisewarnung reicht aber für sich allein noch nicht aus, um den Entgeltfortzahlungsanspruch zu verlieren. Der Arbeitgeber hat in diesem Fall nicht nur die grobe Fahrlässigkeit des Verhaltens, sondern auch die Kausalität des Fehlverhaltens für den darauffolgenden Krankenstand zu behaupten und vor allem auch zu beweisen. Der Beweis einer Reise in ein Land der Sicherheitsstufe 6 stellt grundsätzlich noch keinen ausreichenden Beweis für die Kausalität dar.

Es ist allerdings zu überlegen, ob in diesem Fall aufgrund des typischen Beweisnotstands des Arbeitgebers nicht der *Prima-facie*-Beweis (Anscheinsbeweis) als ausreichend anzusehen ist. Dieser baut auf Erfahrungssätzen über typische Geschehensabläufe auf. Der Arbeitgeber muss dann nur noch jene Tatsache (zB Urlaub in einem Land mit Reisewarnung wegen der COVID-19-Pandemie) beweisen, aus der sich nach der Lebenserfahrung mit erheblicher Wahrscheinlichkeit auf die Tatsache schließen lässt, für die eigentlich der Arbeitgeber die Beweislast trägt (hier für die Kausalität der COVID-19-Erkrankung). Man spricht in diesem Zusammenhang auch von einer Beweislastumkehr minderen Grades. Der Arbeitnehmer muss nun den *Prima-facie*-Beweis erschüttern, indem er Tatsachen beweist, die einen Schluss auf einen anderen Geschehensablauf zulassen, der zumindest gleich wahrscheinlich ist bzw die eine andere ernstlich in Betracht zu ziehende Möglichkeit als die des typischen Geschehensablaufe aufzeigen (zB dass er mit seiner Familie im eigenen Auto in ein abgelegenes Haus am Land gefahren ist und alle Sicherheitsvorschriften eingehalten wurden oder dass auch ein Arbeitskollege, mit dem er im Inkubationszeitraum Kontakt hatte, inzwischen an COVID-19 erkrankt ist). Damit fällt die volle Beweislast wieder an den Arbeitgeber zurück.²⁰⁾

4. Entgeltfortzahlung oder Vergütungsanspruch nach dem Epidemiegesetz

§ 32 Epidemiegesetz sieht für Arbeitnehmer,²¹⁾ denen durch eine behördliche Verfügung (wie zB eine Absonderung gemäß §§ 7 und 17 leg cit.²²⁾ nicht aber bei Maßnahmen der Verkehrsbeschränkungen gemäß § 25 leg cit) ein Vermögensnachteil entsteht, einen verschuldensunabhängigen Vergütungsanspruch gegenüber dem Bund vor.²³⁾

Diese Absonderung, auch Quarantäne genannt, ist für kranke (= Personen, bei denen die Krankheit bereits festgestellt ist), krankheitsverdächtige (= Personen, die Erschei-

¹⁹⁾ BMAFJ, Handbuch COVID-19: Urlaub und Entgeltfortzahlung (Stand: 14. 7. 2020) 8, online abrufbar unter https://www.bmafj.gv.at/Services/News/Handbuch-COVID-19_Urlaub-und-Entgeltfortzahlung.html.

²⁰⁾ Dazu ausführlicher Reischauer in Rummel, ABGB², § 1296 Rz 4 ff.

²¹⁾ Bei der Absonderung eines nahen Angehörigen (zB Kind), der der Betreuung bzw Pflege bedarf, ist zwar unter Umständen ein Entgeltfortzahlungsanspruch (Pflegefreistellung), aber kein Vergütungsanspruch nach dem Epidemiegesetz vorgesehen.

²²⁾ Vgl dazu auch Absonderungsverordnung (siehe Fußnote 25).

²³⁾ Dazu ausführlicher Drs in Resch, Corona-Handbuch, Kap 5 Rz 78 ff.

nungen zeigen, die das Vorhandensein der Krankheit vermuten lassen) und ansteckungsverdächtige Personen (= Personen, die zwar keine Krankheitserscheinungen aufweisen, bei denen jedoch bakteriologisch nachgewiesen ist, dass sie als Träger des Krankheitskeimes anzusehen sind, oder bei denen sonst feststeht oder erfahrungsgemäß anzunehmen ist, dass sie der Ansteckung ausgesetzt waren und die Weiterverbreitung vermitteln können)²⁴⁾ vorgesehen, sofern zB nach der Art der Krankheit eine ernstliche und erhebliche Gefahr für die Gesundheit anderer Personen besteht, die nicht durch gelindere Maßnahmen beseitigt werden kann. Dies gilt aufgrund der Absonderungsverordnung²⁵⁾ auch für Infektionen mit COVID-19.

Dieser Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers besteht grundsätzlich für jeden Tag, der von der behördlichen Verfügung umfasst ist. In Bezug auf die Vergütungshöhe verweist das Epidemiegesetz auf das regelmäßige Entgelt im Sinne des EFZG. Für den Vergütungsanspruch hat zunächst der Arbeitgeber aufzukommen, auf den dann der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers im Wege einer Legalzession übergeht, weshalb er sich den Betrag (inklusive des zu entrichtenden Dienstgeberanteils in der gesetzlichen Sozialversicherung) vom Bund zurückholen kann (zunächst war für den Antrag bei der Bezirksverwaltungsbehörde eine Frist von sechs Wochen vom Tage der Aufhebung der behördlichen Maßnahme vorgesehen; diese Frist wurde mit der am 8. 7. 2020 in Kraft getretenen Novelle BGBl I 2020/62 des Epidemiegesetzes auf drei Monate verlängert [§ 33 iVm § 49 Epidemiegesetz]).

Wir stehen nun vor dem Problem, dass es zwei verschiedene Entgeltfortzahlungs- bzw Vergütungsansprüche gibt, nämlich den arbeitsrechtlichen und den nach dem Epidemiegesetz, aber auch zwei verschiedene Möglichkeiten der Quarantäne (durch behördliche Verfügung nach dem Epidemiegesetz oder aufgrund der auf § 25 Epidemiegesetz basierenden Einreiseverordnung).²⁶⁾

In Bezug auf die Vergütungsansprüche ist zu beachten, dass § 32 Abs 5 Epidemiegesetz vorsieht, dass auf den nach dem Epidemiegesetz gebührenden Vergütungsbetrag nicht nur jene Beträge anzurechnen sind, die dem Arbeitnehmer aus einer anderweitigen während der Zeit der Erwerbsbehinderung aufgenommenen Erwerbstätigkeit zukommen, sondern auch jene „wegen einer solchen Erwerbsbehinderung nach sonstigen Vorschriften oder Vereinbarungen“. Darunter sind meines Erachtens auch alle arbeitsrechtlichen Entgeltfortzahlungsansprüche zu verstehen, weshalb der Vergütungsanspruch des Epidemiegesetzes nur subsidiär zusteht,²⁷⁾ das heißt nur dann bzw so weit, als dem Arbeitnehmer wegen dieser Erwerbsbehinderung nicht nach anderen (zB arbeitsrechtlichen) Bestimmungen Entgeltfortzahlung gebührt (zB Urlaubsentgelt, weil es zu keiner Urlaubsunterbrechung kommt, Krankentgelt oder Entgeltfortzahlung anlässlich anderer wichtiger die Person des Arbeitnehmers betreffender Dienstverhinderungsgründe, weil keine grobe bzw leichte Fahrlässigkeit kausal für die Dienstverhinderung war). Dabei ist zu bedenken, dass die Absonderung nach dem Epidemiegesetz unter Umständen länger dauern kann als der zeitlich beschränkte Entgeltfortzahlungs-

²⁴⁾ Siehe § 1 Absonderungsverordnung.

²⁵⁾ Verordnung des Ministers des Innern betreffend die Absonderung Kranker, Krankheitsverdächtiger und Ansteckungsverdächtiger und die Bezeichnung von Häusern und Wohnungen, RGBl 1915/39 in der Fassung BGBl II 2020/21.

²⁶⁾ Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über die Einreise nach Österreich in Zusammenhang mit der Eindämmung von SARS-CoV-2, BGBl II 2020/263 in der Fassung BGBl II 2020/336.

²⁷⁾ Anderer Ansicht *Wiesinger*, Arbeitsrechtliche Fragen zu Epidemien, SWK 9/2020, 469 (472), der davon ausgeht, dass der Anspruch nach dem Epidemiegesetz anderen (arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen) Entgeltfortzahlungsansprüchen vorangeht und diese als *lex specialis* verdrängt, ohne dabei aber auf § 32 Abs 5 Epidemiegesetz einzugehen; in diesem Sinn aber auch *BMAFJ*, Handbuch COVID-19, 6 f (ebenfalls ohne Bezugnahme auf § 32 Abs 5 Epidemiegesetz).

anspruch gegenüber dem Arbeitgeber und dass das an den Krankenentgelt anschließende Krankengeld keinen vollen Einkommensersatz bietet.²⁸⁾

Für die beiden Arten der Quarantäne gibt es leider keine entsprechende Subsidiaritätsklausel. Ein Vergütungsanspruch des Bundes ist jedoch nur für die behördlich verfügte Quarantäne nach dem Epidemiegesetz, nicht aber für die nach der Einreiseverordnung einzuhaltende Heimquarantäne²⁹⁾ vorgesehen. Es ist zu überlegen, ob die Einreiseverordnung als Sonderbestimmung vorgeht. Gleichzeitig ist aber zu bedenken, dass es sich bei der behördlich verfügte Quarantäne um eine im konkreten Einzelfall verhängte Maßnahme handelt, was dafür spricht, dass diese vorgeht. Es wird daher letztlich davon abhängen, ob die Bezirksverwaltungsbehörde während oder erst ab dem Ende der 10- bzw 14-tägigen Heimquarantäne nach der Einreiseverordnung eine Quarantäne nach dem Epidemiegesetz verfügt.

5. Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers anlässlich eines Urlaubs in Pandemiezeiten

Anlässlich der COVID-19-Pandemie wird immer wieder die Frage gestellt, ob ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern vorschreiben kann, wie und wo sie ihren Urlaub verbringen bzw nicht verbringen dürfen.

Der Urlaub dient zwar primär der Erholung (das ergibt sich unter anderem aus § 4 Abs 1 und 2, § 5 Abs 2 und § 7 UrlG), der Arbeitnehmer ist aber nicht verpflichtet, diesen auch entsprechend zu nutzen.³⁰⁾ Daraus ergibt sich aber auch, dass ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern nicht vorschreiben kann, was sie in ihrem Urlaub machen bzw nicht machen dürfen.

Der Arbeitgeber kann seinen Arbeitnehmern auch nicht vorschreiben, wo sie ihren Urlaub verbringen (zB nur in Ländern ohne Reisewarnung, nur in Ländern der Sicherheitsstufe 1 bzw nur in Österreich).³¹⁾ Begibt sich ein Arbeitnehmer in ein Land mit erhöhtem bzw hohem Sicherheitsrisiko bzw in ein solches, für das eine (partielle) Reisewarnung besteht, sollte er aber entsprechende Vorsichtsmaßnahmen treffen, um sich nicht dem Vorwurf der (groben) Fahrlässigkeit auszusetzen, wenn er bzw einer seiner Angehörigen krank wird oder er nicht rechtzeitig nach dem vereinbarten Urlaub an seinen Arbeitsort zurückkehren kann. Tut er das nicht, könnte er vor allem seinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung verlieren: Das Krankenentgelt gebührt gemäß § 8 AngG bzw §§ 2 ff EFZG nicht bei grober Fahrlässigkeit.³²⁾ Für den Entgeltfortzahlungsanspruch bei anderen wichtigen, die Person des Arbeitnehmers betreffenden Dienstverhinderungsgründen gemäß § 8 Abs 3 AngG bzw § 1154b ABGB³³⁾ und der Pflegefreistellung gemäß § 16 UrlG³⁴⁾ schadet bereits leichte Fahrlässigkeit.

Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich nicht verpflichtet, seinem Arbeitgeber seinen Urlaubsort bzw seine Urlaubsadresse mitzuteilen.³⁵⁾ Das gilt auch in Zeiten der COVID-19-Pandemie. Angesichts der Gefährlichkeit des Virus ist aber zu überlegen, ob der Ar-

²⁸⁾ Siehe § 141 ASVG; dazu ausführlicher *Drs* in *Mosler/Müller/Pfeil*, Der SV-Komm, § 141 ASVG insbesondere Rz 5 ff.

²⁹⁾ Gemäß § 2 iVm Anlage A und B der Einreiseverordnung muss bei einer Rückkehr nach Österreich eine 10- bzw 14-tägige (Stand: vor BGBl II 2020/336) selbst überwachte Heimquarantäne eingehalten werden, wenn kein aktuelles (maximal 72 Stunden bzw vor der oben zitierten Novelle vier Tage altes) ärztliches Zeugnis über den Gesundheitszustand (negativer COVID-19-Test) vorgelegt werden kann. Für Drittstaatsangehörige, die aus dem Schengen-Raum oder der EU einreisen, ist seit dieser Novelle kein Sich-Freikaufen durch einen negativen COVID-19-Test mehr möglich.

³⁰⁾ Dazu ausführlicher *Drs*, Urlaubsrecht¹¹, § 2 UrlG Rz 3 ff.

³¹⁾ Vgl hierzu auch *BMAFJ*, COVID-19: Arbeitsrecht – Häufig gestellte Fragen (Stand: 15. 5. 2020) 8, online abrufbar unter <https://www.bmafj.gv.at/Services/News/Coronavirus/FAQ-Arbeitsrecht.html>.

³²⁾ Vgl unter anderem *Drs* in *ZellKomm*³, § 8 AngG insbesondere Rz 48 ff und § 2 EFZG Rz 7.

³³⁾ Vgl unter anderem *Drs* in *ZellKomm*³, § 8 AngG insbesondere Rz 147 ff und § 1154b ABGB Rz 17.

³⁴⁾ Vgl unter anderem *Drs* in *ZellKomm*³, § 16 UrlG insbesondere Rz 10.

³⁵⁾ Vgl unter anderem *Drs*, Urlaubsrecht¹¹, § 4 UrlG Rz 6; vgl aber auch *BMAFJ*, Handbuch COVID-19, 11.

beitnehmer seinem Arbeitgeber nicht mitzuteilen hat, wenn er in ein Land, für das eine Reisewarnung gilt, auf Urlaub fährt bzw. gefahren ist oder ob er zumindest auf Nachfrage des Arbeitgebers darauf wahrheitsgemäß antworten muss. Denn nur so wird der Arbeitgeber in die Lage versetzt, rechtzeitig Maßnahmen zum Schutz seiner sonstigen Mitarbeiter und Kunden zu treffen (zB dem Arbeitnehmer Arbeit in Home-Office anzubieten).³⁶⁾ Das BMAFJ vertritt dazu die Ansicht, dass ein Arbeitnehmer nur verpflichtet sei, auf „Nachfrage“ des Arbeitgebers „das Urlaubsland bekanntzugeben“.³⁷⁾ Meines Erachtens wird es aber reichen, wenn der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber mitteilt, ob er in einem Land mit einer pandemiebedingten Reisewarnung war oder nicht. Die Nennung des Urlaubslandes wird in aller Regel nicht erforderlich sein.

Der Arbeitnehmer ist grundsätzlich verpflichtet, nach Ende seines Urlaubs seinen Dienst wieder anzutreten, wenn kein berechtigter Dienstverhinderungsgrund vorliegt (zB Krankheit, anderer wichtiger die Person des Arbeitnehmers betreffender Dienstverhinderungsgrund; darunter fallen auch eine Quarantäne oder Verkehrsstörungen, die eine Rückkehr verhindern). Den Arbeitnehmer trifft aber die Pflicht, alles ihm Zumutbare zu tun, damit ein zeitgerechter Dienstantritt möglich ist, bzw. zu unterlassen, was dies realistischerweise verhindern könnte. Das heißt aber nicht, dass der Arbeitnehmer die Zeit nicht zu Urlaubszwecken nutzen darf. Es bestehen aber insoweit Einschränkungen, als bei einer objektiven *Ex-ante*-Betrachtung jene Verhaltensweisen zu setzen bzw. zu unterlassen sind, die von einem ordentlichen Arbeitnehmer in dieser konkreten Situation (sowohl bei Antritt des Urlaubs als auch bei der Frage, ob er diesen zB vorzeitig abbrechen muss) zu erwarten sind. Tut er das nicht, verliert er seinen Entgeltfortzahlungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber. Das gilt auch, wenn während des Urlaubs eine neue Reisewarnung ausgesprochen wird. Seit der Neufassung des COVID-19-Handbuchs zu Urlaub und Entgeltfortzahlung, in dem nun darauf hingewiesen wird, dass der Arbeitnehmer nicht darauf vertrauen kann, dass die Pandemie stabil ist und daher keine neuen Einreisebeschränkungen eintreten werden, entspricht dies auch der Ansicht des BMAFJ. Der Arbeitnehmer müsse sich daher nicht nur vor, sondern auch während der Reise über Reisebeschränkungen informieren.³⁸⁾

Kann ein Arbeitnehmer seine Arbeit nach dem Ende des Urlaubs nicht wieder antreten, weil er zumindest fahrlässig gegen diese Pflichten verstoßen hat, ist unter Umständen sogar eine Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit (§ 27 Z 1 AngG) bzw. wegen beharrlicher Pflichtenvernachlässigung (§ 82 lit f GewO 1859) zulässig. Der Verstoß muss aber so gravierend sein, dass dem Arbeitgeber auch nach objektiven Kriterien eine Weiterbeschäftigung (selbst bis zum nächsten Kündigungstermin) nicht mehr zumutbar ist. Eine vorherige Ermahnung ist bei schwerwiegenden Verfehlungen nicht erforderlich, vorausgesetzt, dem Arbeitnehmer mussten die Bedeutung und das Gewicht seines pflichtwidrigen Verhaltens bewusst sein. Die Entlassung kann unter Umständen durch eine Urlaubsvereinbarung oder die Vereinbarung von Home-Office (soweit dies bei seiner Tätigkeit möglich ist) vermieden werden. Für beides benötigt der Arbeitnehmer aber die Zustimmung des Arbeitgebers, soweit das Recht auf Home-Office nicht bereits im Arbeitsvertrag vereinbart ist.

Fliegt ein Arbeitnehmer im Sommerurlaub in die Türkei (Sicherheitsstufe 6 = Reisewarnung) und bucht er den Rückflug erst für den letzten Urlaubstag, da er darauf vertraut, dass die Reisewarnung inklusive der Einreisebeschränkungen³⁹⁾ bis dahin nicht mehr

³⁶⁾ Zur Verpflichtung des Arbeitnehmers, seinem Arbeitgeber zu melden, wenn er an COVID-19 erkrankt ist, sich infiziert hat oder zumindest der Verdacht besteht, siehe *Drs* in *Resch*, Corona-Handbuch, Kap 5 Rz 25.

³⁷⁾ *BMAFJ*, Handbuch COVID-19, 11.

³⁸⁾ *BMAFJ*, Handbuch COVID-19, 11.

³⁹⁾ Gemäß § 2 iVm Anlage A und B der Einreiseverordnung muss bei einer Rückkehr nach Österreich eine 10- bzw 14-tägige (Stand: vor BGBl II 2020/336) selbst überwachte Heimquarantäne eingehalten wer-

gelten werden, hat er sich ganz bewusst dem Risiko ausgesetzt, seine Arbeit nach dem Urlaub nicht pünktlich wieder antreten zu können. Er hat damit die gebotene Sorgfalt außer Acht gelassen. Erfüllt sich seine Hoffnung letztlich nicht und kann der Arbeitnehmer deswegen seine Arbeit nicht pünktlich nach dem Urlaubsende wieder antreten, kann es meines Erachtens nicht nur zum Entfall des Entgeltfortzahlungsanspruchs (§ 8 Abs 3 AngG; § 1154 b Abs 5 ABGB) kommen, sondern den Arbeitgeber unter Umständen auch zu einer Entlassung berechtigen. Das gilt vor allem dann, wenn der Arbeitnehmer wissen musste, dass er nach dem Urlaub einen wichtigen Termin hat, den kein anderer Kollege so kurzfristig übernehmen kann.⁴⁰⁾

Schickt ein Arbeitgeber seine Arbeitnehmer hingegen auf Dienstreisen in Länder mit Reisewarnung bzw erwartet er, dass die Arbeitnehmer die Sicherheitsvorschriften (wie das Halten von Abstand, die Verwendung eines Mund-Nasen-Schutzes) während der Arbeit nicht einhalten oder dass sie trotz Verdachts einer Infektion mit COVID-19 im Betrieb weiterarbeiten und damit ihre Kollegen dem Risiko einer Infektion aussetzen, dann wird er meines Erachtens von seinen Arbeitnehmern nicht erwarten dürfen, dass sie sich in ihrer Freizeit anders verhalten. Der Arbeitgeber wird sich daher nicht auf dieses „Fehlverhalten“ berufen können, um den Entgeltfortzahlungsanspruch zu verneinen bzw eine Entlassung zu rechtfertigen, ohne sich dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs auszusetzen.

6. Rücktritt von der Urlaubsvereinbarung

Ist zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber eine Urlaubsvereinbarung zustande gekommen, so bindet diese Vereinbarung beide Vertragspartner. Eine Aufhebung oder Abänderung der Urlaubsvereinbarung ist grundsätzlich nur mehr einvernehmlich möglich.

Von einer einmal getroffenen Urlaubsvereinbarung kann der Arbeitgeber nur bei Vorliegen besonders schwerwiegender Gründe, die zur Vermeidung wirtschaftlicher Nachteile für das Unternehmen eine dienstliche Inanspruchnahme genau dieses Arbeitnehmers erforderlich machen, zurücktreten (zB ein Arbeitskollege, der den Arbeitnehmer während seines Urlaubs vertreten hätte sollen, erkrankt kurz vor einem wichtigen Termin und die anstehende Arbeit kann außer dem fraglichen Arbeitnehmer kein anderer erledigen).

Tritt der Arbeitgeber allerdings wegen dieser nicht vorhersehbaren Änderung der betrieblichen Verhältnisse von der Urlaubsvereinbarung zurück, so hat er dem Arbeitnehmer in analoger Anwendung des § 1014 ABGB auch die dem Arbeitnehmer durch den Rücktritt des Arbeitgebers entstehenden Kosten (zB Stornogebühren für bereits gebuchte Reisen) oder die infolge des Rückrufs vom Urlaubsort frustrierten Aufwendungen zu ersetzen.⁴¹⁾

Umgekehrt kann auch der Arbeitnehmer nur bei Vorliegen besonders schwerwiegender Gründe, die ihm ein Festhalten an der ursprünglichen Urlaubsvereinbarung, insbesondere im Hinblick auf den Erholungszweck, unmöglich bzw unzumutbar machen, zurücktreten.

den, wenn kein aktuelles (maximal 72 Stunden bzw vor der oben zitierten Novelle vier Tage altes) ärztliches Zeugnis über den Gesundheitszustand (negativer COVID-19-Test) vorgelegt werden kann. Für Drittstaatsangehörige, die aus dem Schengen-Raum oder der EU einreisen, ist seit dieser Novelle kein Sich-Freikaufen durch einen negativen COVID-19-Test mehr möglich.

⁴⁰⁾ Auf <https://orf.at/stories/3171003> ist hingegen zu lesen, dass es bei einer Reise in ein Land mit Reisewarnung, also der Sicherheitsstufe 5 oder 6, zwar keine Sicherung der Entgeltfortzahlung gebe, wenn der Arbeitnehmer erkrankt oder unter Quarantäne gestellt wird, dass bei einer Erkrankung aber kein Entlassungsgrund vorliegt (auf den Fall der Quarantäne wird in Bezug auf die Entlassung nicht eingegangen; ob mit Absicht, ist nicht ersichtlich). Deutlicher ist da das *BMAFJ* (Handbuch COVID-19, 8), das in beiden Fällen den Entlassungsgrund verneint.

⁴¹⁾ Vgl unter anderem *Drs, Urlaubsrecht*¹¹, § 4 UrlG Rz 112; *dieselbe*, Urlaub und Arbeitsvertragsbeendigung, in *Resch, Urlaubsrecht* (2009) 47 (82).

Voraussetzung ist, dass der Vertragspartei die (weitere) Aufrechterhaltung der Urlaubsvereinbarung wegen der geänderten Verhältnisse unzumutbar ist, was jeweils im Einzelfall anhand einer Interessenabwägung geprüft werden muss.

Bei der Interessenabwägung sind ebenso wie bei der Urlaubsvereinbarung selbst

- die Arbeitnehmerinteressen (insbesondere die Erholungsmöglichkeiten des Arbeitnehmers zum ursprünglich fixierten Termin) und
- die betrieblichen Interessen (Auftragslage, Termine, bereits erfolgte Organisation der Urlaubsvertretung, die nicht oder nur unter erheblichen Zusatzkosten rückgängig gemacht werden kann)

einander gegenüberzustellen. Es kommt also darauf an, ob dem Arbeitnehmer – trotz der geänderten Verhältnisse – die Beibehaltung eher zuzumuten ist als dem Arbeitgeber die Verschiebung des Urlaubs. Dabei ist auch der unter Punkt 1. angesprochene Grundsatz zu beachten, dass der Urlaub des laufenden Jahres grundsätzlich noch im selben Urlaubsjahr verbraucht werden soll.

Wird nun kurz vor Antritt des – bereits im Herbst 2019 für die zweite Märzhälfte 2020 vereinbarten – Urlaubs ein Aus- bzw. Einreiseverbot verhängt, weshalb der Arbeitnehmer die geplante Asienreise nicht antreten kann, ist im Rahmen der Interessenabwägung zu prüfen, ob ihm der Urlaubsverbrauch dennoch zumutbar ist. Dabei spielt meines Erachtens auch die Jahreszeit eine wesentliche Rolle. Bedenkt man aber, dass aufgrund der vom 16. 3. bis zum 30. 4. 2020 geltenden Betretungsverordnung⁴²⁾ das Betreten öffentlicher Orte weitgehend verboten war, kann meines Erachtens in dieser Zeit – auch unter Berücksichtigung der Interessen des Arbeitgebers, der unter Umständen COVID-19-bedingt wenig bis gar keine Arbeit für seine Arbeitnehmer hatte – in aller Regel von keiner Zumutbarkeit des Urlaubsverbrauchs ausgegangen werden, weshalb der Arbeitnehmer von der Urlaubsvereinbarung einseitig zurücktreten kann.⁴³⁾

Kein Rücktrittsrecht besteht, wenn der wichtige Grund bereits bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung bekannt oder zumindest voraussehbar war.⁴⁴⁾

Würde die Urlaubsvereinbarung also erst nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie vereinbart, schaut die Lösung des vorherigen Beispiels voraussichtlich anders aus. Spätestens seit dem Zeitpunkt, als aus der Berichterstattung in den Medien klar sein musste, dass COVID-19 keine lokale, nur in China bzw. Asien wütende Seuche ist, sondern auch der Rest der Welt, insbesondere auch Europa, davon betroffen ist, kann man wohl nicht mehr von geänderten Verhältnissen sprechen. Auch wenn heute noch nicht klar ist, ab welchem konkreten Tag die Rechtsprechung davon ausgehen wird, dass COVID-19 und die damit verbundenen Einschränkungen auch für einen medizinischen Laien zumindest voraussehbar waren, wird dieser Zeitpunkt wohl irgendwann zwischen Ende Jänner und Mitte März 2020 liegen.⁴⁵⁾ Eine endgültige Klärung durch die Gerichte ist abzuwarten.

⁴²⁾ Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz gemäß § 2 Z 1 des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl II 2020/98 in der jeweils geltenden Fassung (BGBl II 2020/107, BGBl II 2020/108, BGBl II 2020/148 und BGBl II 2020/162).

⁴³⁾ Anderer Ansicht *BINDER GRÖSSWANG/Pallwein-Prettner/Müller*, Coronavirus – FAQ für Arbeitgeber (Stand: 3. 4. 2020) Punkt 15., online abrufbar unter https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/coronavirus_faq_fur_arbeitgeber/h_80004_4117969644683492928_89c8f64e56?origin=nv, die erst bei einer strikten Ausgangssperre vom fehlenden „erholenden Umfeld“ ausgehen und ein Rücktrittsrecht des Arbeitnehmers bejahen.

⁴⁴⁾ Dazu ausführlicher *Drs*, Urlaubsrecht¹¹, § 4 URlG Rz 101 ff.

⁴⁵⁾ Am 23. 1. 2020 gab es den ersten bestätigten Fall außerhalb Asiens, am 25. 1. 2020 den ersten bestätigten Fall in Frankreich, am 28. 1. 2020 den ersten bestätigten Fall in Italien, am 22. 2. 2020 die Meldung des ersten Todesfalles von Europäern in Italien, am 25. 2. 2020 den ersten bestätigten Fall in Österreich. Bereits am 30. 1. 2020 sprach die WHO von einer gesundheitlichen Notlage von internationaler Tragweite und am 11. 3. 2020 wurde COVID-19 von der WHO offiziell zur Pandemie erklärt. Mit Wirksamkeit zum 10. 3. 2020 erfolgten in Österreich die ersten Beschränkungen des Reiseverkehrs.

Vereinbart ein Arbeitnehmer Ende Juni 2020 einen Urlaub für die zweite Augushälfte 2020, den er – wie jedes Jahr – in Kroatien verbringen möchte, obwohl ihm bekannt ist, dass die Regierung trotz Aufhebung der Reisewarnung von jeglichem Urlaub ins Ausland abrät⁴⁶⁾ und dass immer wieder davor gewarnt wird, dass bei steigender Zahl an Neuinfizierten die Reisewarnung erneuert werden könnte, ist es meines Erachtens mehr als fraglich, ob man dann noch von ausreichend geänderten Verhältnissen sprechen kann, wenn es vor dem Urlaub zu einer neuerlichen Reisewarnung für Kroatien kommen sollte. Selbst wenn man aber die geänderten Verhältnisse bejahen sollte, ist im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass dem Arbeitnehmer im August wohl auch ein Urlaub in Österreich zumutbar sein wird, auch wenn er seinen Urlaub sonst immer im Ausland verbringt. Dies gilt wohl auch für jene Arbeitnehmer, die ihre Familien in Kroatien besuchen wollen. Immerhin soll auch in Zeiten der COVID-19-Pandemie der Urlaub grundsätzlich noch im laufenden Urlaubsjahr verbraucht werden, was vor allem gegen Ende des Urlaubsjahres zu berücksichtigen sein wird. Anders schaut es hingegen aus, wenn es nicht nur zu einer Reisewarnung in Bezug auf das gewählte Urlaubsland kommt, sondern zu einem neuerlichen Lockdown in Österreich, weshalb der Arbeitnehmer gar nicht verreisen kann (weder ins Ausland noch innerhalb von Österreich).

Bei einem wirksamen Rücktritt gebührt dem Arbeitnehmer für die fragliche Zeit kein Urlaubsentgelt. Hat der Arbeitnehmer dieses bereits ausbezahlt bekommen,⁴⁷⁾ muss er das für den fraglichen Zeitraum empfangene Urlaubsentgelt zurückzahlen. Der Anspruch des Arbeitnehmers auf bezahlten Urlaub bleibt in der Folge aber aufrecht.

i Auf den Punkt gebracht

Der konkrete Urlaubsverbrauch ist auch in Zeiten einer Pandemie zwischen dem Arbeitgeber und dem einzelnen Arbeitnehmer zu vereinbaren. Ein einseitiger Urlaubsantritt durch den Arbeitnehmer ist nur in den im Gesetz taxativ aufgezählten Fällen möglich (§ 4 Abs 4 und § 16 Abs 3 UrlG; § 7a ARG). Ein einseitiges Auf-Urlaub-Schicken des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber ist nun zwar in einem gewissen Ausmaß in der bis Ende 2020 befristeten Neuregelung des § 1155 ABGB vorgesehen, allerdings nur für Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen aufgrund von Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmengesetzes, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, nicht zustande kommen.

Für Zeiten mit Entgeltfortzahlungsanspruch (zB Krankenstand, andere wichtige die Person des Arbeitnehmers betreffende Dienstverhinderungsgründe) kann wirksam kein Urlaub vereinbart werden, wenn dieser Umstand dem Arbeitgeber bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung bekannt ist.

Erkrankt ein Arbeitnehmer während des Urlaubs, so kommt es unter Umständen zu einer Urlaubsunterbrechung, wenn die Krankheit weder vorsätzlich noch grob fahrlässig herbeigeführt wurde. Grobe Fahrlässigkeit liegt zB vor, wenn der Arbeitnehmer in ein Gebiet reist, für das eine Reisewarnung besteht. Das grob fahrlässige Verhalten muss aber auch kausal für die Erkrankung und die dadurch bedingte Arbeitsunfähigkeit sein. Die Behauptungs- und Beweislast dafür trifft den Arbeitgeber. Es ist aber zu überlegen, ob in diesem Fall aufgrund des typischen Beweisnotstands des Arbeitgebers nicht der *Prima-facie*-Beweis als ausreichend anzusehen ist.

⁴⁶⁾ Derzeit (Stand: 30. 7. 2020) gilt für alle europäischen Länder, für die keine (zumindest partielle) Reisewarnung gilt, Sicherheitsstufe 4, das heißt ein hohes Sicherheitsrisiko, weshalb von nicht unbedingt notwendigen Reisen in diese Länder abgeraten wird.

⁴⁷⁾ Zur Fälligkeit des Urlaubsentgelts bei Antritt des Urlaubes für die ganze Urlaubsdauer im Voraus siehe § 6 Abs 6 UrlG.

Der Vergütungsanspruch des Epidemiegesetzes ist subsidiär und steht daher nur dann bzw so weit zu, als dem Arbeitnehmer wegen dieser Erwerbsbehinderung nicht bereits nach anderen (zB arbeitsrechtlichen) Bestimmungen zB Urlaubsentgelt oder Krankentgelt gebührt.

Ob nach der Rückkehr aus dem Ausland, für das keine Ausnahme von der 10- bzw 14-tägigen Heimquarantäne besteht, überhaupt ein Vergütungsanspruch nach dem Epidemiegesetz infrage kommt, wird meines Erachtens davon abhängen, ob die Bezirksverwaltungsbehörde eine Quarantäne nach dem Epidemiegesetz verfügt, was auch schon während der 10- bzw 14-tägigen Heimquarantäne nach der Einreiseverordnung der Fall sein kann.

Der Arbeitgeber kann seinen Arbeitnehmern weder vorschreiben, was sie in ihrem Urlaub machen dürfen, noch, wo sie ihn verbringen. Der Arbeitnehmer ist auch nicht verpflichtet, dem Arbeitgeber seine Urlaubsadresse mitzuteilen. Auf Nachfrage des Arbeitgebers muss er aber bekannt geben, ob er in einem Land mit einer pandemiebedingten Reisewarnung war.

Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, seinen Dienst nach dem Urlaub pünktlich wieder anzutreten, und er hat alles ihm Zumutbare zu tun, damit dies möglich ist. Anderenfalls riskiert er nicht nur seinen Entgeltfortzahlungsanspruch, sondern unter Umständen auch eine Entlassung wegen Vertrauensunwürdigkeit bzw wegen beharrlicher Pflichtenvernachlässigung.

Arbeitgeber, der ihre Arbeitnehmer auf Dienstreisen in Länder mit Reisewarnung schicken bzw erwarten, dass ihre Arbeitnehmer die pandemiebedingten Sicherheitsvorschriften während der Arbeit nicht einhalten, werden von ihren Arbeitnehmern nicht erwarten dürfen, dass sie sich in ihrer Freizeit anders verhalten, ohne sich dem Vorwurf des Rechtsmissbrauchs auszusetzen.

Von einer einmal getroffenen Urlaubsvereinbarung können die Vertragsparteien nur bei Vorliegen besonders schwerwiegender Gründe zurücktreten, vorausgesetzt, dieser Grund war nicht bereits bei Abschluss der Urlaubsvereinbarung zumindest voraussehbar.

Kontrolle der Arbeitnehmer in der Coronakrise

Gesundheitsschutz versus Datenschutz

ANDREAS GERHARTL*)



Die Coronakrise wirft neue Fragen in nahezu sämtlichen Rechtsmaterien auf. Arbeitsrechtlich stellt sich etwa das Problem, wie weit sich die Kontrollunterworfenheit des Arbeitnehmers durch die Krisensituation verändert. Die rasche Fortentwicklung der technischen Möglichkeiten dazu verleiht diesem Thema zusätzliche Brisanz.

1. Einleitung

Die COVID-19-Lockerungsverordnung (COVID-19-LV)¹⁾ stützt sich auf § 1 und § 2 Z 1 COVID-19-Maßnahmengesetz sowie § 15 Epidemiegesetz. Nach § 1 und

*) Dr. Andreas Gerhartl ist Mitarbeiter des AMS Niederösterreich.

¹⁾ Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Lockerungen der Maßnahmen, die zur Bekämpfung der Verbreitung von COVID-19 ergriffen wurden (COVID-19-Lockerungsverordnung – COVID-19-LV), BGBl II 2020/197 in der Fassung BGBl II 2020/342. Auf die Änderungen durch BGBl II 2020/342 konnte nicht mehr eingegangen werden.



Jetzt 20 % sparen!

ASoK-Jahresabo 2020
(24. Jahrgang, Heft 1-12)

€ 226,40*
statt € 283,-*

Jetzt Jahresabo 2020
bestellen und 20 % sparen!

Bestellformular Ja, ich bestelle

ASoK-Jahresabo 2020
(24. Jahrgang 2020, Heft 1-12)

EUR 226,40
statt EUR 283,-

Name/Firma

Kundennummer

Straße/Hausnr.

PLZ/Ort

E-Mail/Telefon

Datum/Unterschrift

Ich stimme zu, dass die Linde Verlag GmbH meine angegebenen Daten für den Versand von Newslettern verwendet. Diese Einwilligung kann jederzeit durch Klick des Abbestelllinks in jedem zugesendeten Newsletter widerrufen werden.

Mit meiner Unterschrift erkläre ich mich mit den AGB und der Datenschutzbestimmung einverstanden. AGB: lindeverlag.at/agb | Datenschutzbestimmungen: lindeverlag.at/datenschutz.
Preise Zeitschriften inkl. MwSt, zzgl. Versandkosten. Abbestellungen sind nur zum Ende eines Jahrganges möglich und müssen bis spätestens 30. November des Jahres schriftlich erfolgen. Unterbleibt die Abbestellung, so läuft das jeweilige Abonnement automatisch auf ein Jahr und zu den jeweils gültigen Abopreisen weiter. Preisänderungen und Irrtum vorbehalten.

Linde Verlag Ges.m.b.H
Scheydgasse 24, 1210 Wien
Handelsgericht Wien
FB-Nr: 102235X, ATU
14910701
DVR: 000 2356

Jetzt bestellen:  lindeverlag.at  office@lindeverlag.at  01 24 630  01 24 630-23