
AUS DEM ALLTAG DES PERSONALCHEFS

RA Dr. Stefan Zischka/Dr. Marion Guerrero, LL.M. (RAA)

3 besondere COVID-19-Freistellungen: Wissenswertes zu Voraussetzungen, Rechtsweg etc (Teil 1)

» PVP 2021/14

Aufgrund der COVID-19-Pandemie hat der Dienstgeber und auch der Dienstnehmer zahlreiche Herausforderungen zu bewältigen, die mitunter auch zu Arbeitsausfällen und bezahlten Dienstfreistellungen führen.

In dieser mehrteiligen Artikelserie geben wir Ihnen einen **praxisgerechten Überblick** über die häufigsten Formen des COVID-19-bedingten Fernbleibens vom Arbeitsplatz:

1. **Freistellung** von (a) **Risikogruppen** und (b) **Schwangeren** (Teil 1),
2. **Absonderung** nach dem **Epidemiegesetz** (Teil 2),
3. **Sonderbetreuungszeit** für Dienstnehmer mit Betreuungspflichten (Teil 3).

Wir informieren über

- ✔ die **Voraussetzungen**, die erfüllt sein müssen, damit **Dienstnehmer** diese Möglichkeiten in **Anspruch** nehmen können bzw
- ✔ damit der **Dienstgeber** die geleisteten **Entgeltfortzahlungen** (und allenfalls auch die Gehalts-/Lohnnebenkosten) **refundiert** erhält, sowie darüber,
- ✔ wie **konkret vorzugehen** ist, um im **Streitfall** bei der für die Rückerstattung zuständigen Organisation (Buchhaltungsagentur, Österreichische Gesundheitskasse, Bezirksverwaltungsbehörde) berechnete **Ansprüche durchzusetzen**.

Verwendete Abkürzungen in diesem Beitrag:

AIV ... Arbeitslosenversicherung//**ASG** ... Arbeits- und Sozialgericht//**ASVG** ... Allgemeines Sozialversicherungsgesetz//**C-19-RG-VO** ... COVID-19-Risikogruppe-Verordnung; BGBl II 2020/203//**DG** ... Dienstgeber//**DN** ... Dienstnehmer//**EpiG** ... Epidemiegesetz//**HBG1** ... Höchstbeitragsgrundlage//**KVT** ... Krankenversicherungsträger//**MSchG** ... Mutterschutzgesetz//**ÖGK** ... Österreichische Gesundheitskasse//**SV** ... Sozialversicherung//**VO** ... Verordnung

A) Wissenswertes rund um die bezahlte Freistellung von COVID-19-Risikogruppen

1. Die rechtlichen Grundlagen

Personen, die ein besonders hohes Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf durch das COVID-19-Virus aufweisen (Risikogruppen), sollen in besonderer Weise davor geschützt werden, mit dem Virus angesteckt zu werden.

Seit 6. 5. 2020 gilt das **9. COVID-19-Gesetz** (BGBl I 2020/31), das den Schutz dieser Risikogruppen regelt.

Auf der **Grundlage** dieses **Gesetzes** ...

- a) hat das Sozialministerium am 7. 5. 2020 eine Verordnung erlassen, die den Begriff der „Risikogruppe“ näher definiert (**COVID-19-Risikogruppe-Verordnung**, BGBl II 2020/203; Sie finden diese VO hier: <https://tinyurl.com/C-19-RG-VO>); **§ 2 C-19-RG-VO** enthält eine (nicht abschließende) **Liste** mit **medizinischen Indikationen** für die Zuordnung einer Person in die Risikogruppe (wie etwa gewisse Vorerkrankungen, Bluthochdruck etc);
- b) wurde der **§ 735 ASVG neu** eingeführt. Er regelt den **Prozess** der DN-Zuordnung zu einer Risikogruppe mittels **ärztlichen Attests** sowie die daran geknüpften **Folgen** am **Arbeitsplatz**.

2. In 4 Schritten zur bezahlten Dienstfreistellung als „Risikogruppen-Dienstnehmer“

■ *Schritt 1: Information des Dachverbandes der SV-Träger*

Zunächst hat der Dachverband der SV-Träger betroffene DN, geringfügig beschäftigte Personen bzw Lehrlinge darüber zu informieren, dass sie – auf der Grundlage der C-19-RG-VO – der COVID-19-Risikogruppe zugeordnet werden.

■ *Schritt 2: Der Weg zum Arzt → Dieser stellt ein entsprechendes Attest aus*

Die betroffene Person kann dieses Informationsschreiben sodann dem behandelnden **Arzt** vorlegen, der die **individuelle Risikosituation** der betroffenen Person zu **beurteilen** und ein **Attest** darüber auszustellen hat, ob die Person zur Risikogruppe gehört oder nicht.



Hinweis

Der **Arzt** kann **jederzeit** – unabhängig von der Vorlage des Schreibens des Dachverbandes der SV-Träger – aufgrund einer entsprechenden **Risikobeurteilung** ein „**Risikogruppen-Attest**“ ausstellen.

■ *Schritt 3: Das Attest wird dem Dienstgeber vorgelegt*

Legt die betroffene Person dieses Attest ihrem DG vor, so hat sie **Anspruch** auf **bezahlte Freistellung** von der Arbeitsleistung, falls sie

- a) ihre **Arbeitsleistung nicht** auch im **Home-Office** erbringen kann und/oder
- b) falls die **Arbeitsstätte nicht** so gestaltet werden kann, dass mit größter Sicherheit **ausgeschlossen** werden kann, dass sich der „Risikogruppen-DN“ während der Arbeit bzw während des Wegs zur Arbeit mit COVID-19 **ansteckt**.

**Hinweise**

Welche Maßnahmen geeignet sind, um mit größter Sicherheit **auszuschließen**, dass sich der „Risikogruppen-DN“ während der Arbeit bzw während des Wegs zur Arbeit mit COVID-19 **ansteckt**,

- a) ist **gesetzlich nicht geregelt**, daher
- b) muss die jeweils zu ergreifende **Maßnahme** vom **konkreten Arbeitsplatz** abhängig gestaltet sein. So ist darauf zu achten, dass Kundenkontakt vermieden wird, ein Mindestabstand zu Kollegen eingehalten wird und generell Hygienemaßnahmen vorhanden sind.

Dr. **Thomas Dullinger** listet in einem Artikel („COVID-19-bedingte Dienstverhinderungen in der Arbeitnehmersphäre“, ZAS 2021/3, 12 [14]) folgende Maßnahmen auf:

- ✓ Es muss jedenfalls eine **individuelle Anreise** zur Arbeitsstätte sichergestellt sein (Pkw, Fahrrad, zu Fuß),
- ✓ **direkter Kundenkontakt** wird in der Regel **nicht** möglich sein (auch nicht durch Trennwände oder mit Maske) und
- ✓ auch ein **geteilter Arbeitsraum** wird regelmäßig **nicht** den Anforderungen genügen.
- ✓ Für die unvermeidbare **Nutzung allgemeiner Räumlichkeiten** (Eingangsbereich, Flure und WC) ist ein **umfassendes Hygienekonzept** zu fordern (partikelfilternde Maske, Abstände, regelmäßiges Lüften, begrenzte Personenzahl und Möglichkeiten zur Desinfektion).

**Praxistipp**

1. Eine **hilfreiche Orientierung**, welche **Schutzmaßnahmen** zu ergreifen sein könnten, finden Sie
 - a) in den **FAQ** der **Arbeiterkammer**, abrufbar unter <https://www.arbeiterkammer.at/beratung/arbeitsrecht/corona/Risikogruppen.html> (Stand: 1. 2. 2021),
 - b) in dem vom **Arbeitsministerium** und der **Arbeitsinspektion** zum Thema „*COVID 19: Sicheres und gesundes Arbeiten. Empfehlungen für ein sicheres und gesundes Miteinander in der Arbeitswelt, 18.12.2020*“ herausgegebenen **Handbuch**, in dem Empfehlungen für den Schutz bestimmter Beschäftigungsgruppen enthalten sind (so etwa für Reinigungskräfte, Beschäftigte auf Baustellen oder in der Gastronomie, etc).

Sie können dieses Handbuch

 - a) **downloaden**: <https://www.bmafi.gv.at/Services/News/Handbuch-COVID-19--Sicheres-und-gesundes-Arbeiten.html> oder
 - b) als kostenfreies **PVP-Leserservice** anfordern.
2. Außerdem empfehlen wir, **Arbeitsmediziner** sowie den **Betriebsrat** in die sichere Arbeitsplatzgestaltung miteinzubeziehen.

■ **Schritt 4: Wenn keine andere Alternative (Home-Office etc) möglich ist → bezahlte Dienstfreistellung**

Ist eine entsprechende Arbeitsplatzgestaltung bzw das Arbeiten im Home-Office nicht möglich, so hat der betroffene DN, wie erwähnt, einen **Anspruch** auf **bezahlte Freistellung** von der Arbeitsleistung. Die Regelung gilt **vorerst bis 31. 3. 2021** (siehe BGBl II 2020/609). Dieser Zeitraum kann

jedoch laut jüngster Novelle vom 28. 1. 2021 (BGBl I 2021/28) per Verordnung bis maximal zum **31. 12. 2021 verlängert** werden.

Eine **Kündigung**, die deswegen erfolgt, weil der DN die bezahlte „Risikogruppen-Dienstfreistellung“ fordert, kann bei Gericht als **Motivkündigung angefochten** werden.

3. Wann – wie – in welcher Höhe besteht der Dienstgeber-Refundierungsanspruch?

Der DG hat gemäß **§ 735 Abs 4 ASVG** gegenüber dem KVT einen Anspruch darauf, dass ihm

- a) das an den „Risikogruppen-DN“ **fortgezahlte Entgelt**,
- b) die darauf entfallenden **Steuern** und **Abgaben** sowie
- c) die **SV-Beiträge** (inkl ALV-Beiträge) und **sonstige Beiträge** erstattet werden.

Der Antrag auf Ersatz ist **spätestens 6 Wochen**, nachdem die Freistellung beendet wurde, beim KVT einzubringen. Entsprechende **Nachweise** sind ebenfalls beizulegen.

4. So setzen Sie Ihre Ansprüche gegenüber dem Krankenversicherungsträger durch → der Rechtsweg

Da **nicht** gänzlich **geklärt** ist, welche **Rechtsnatur** eine **KVT-Entscheidung** über den DG-Vergütungsanspruch hat, **empfehlen** wir, dass Sie den **Rückerstattungsantrag gemeinsam** mit einem **Antrag** stellen, dass der KVT einen **Bescheid** über den Rückerstattungsanspruch erlassen solle.

Dieser **Bescheid** kann dann gegebenenfalls **binnen 4 Wochen**, nachdem er dem DG zugestellt wurde, beim zuständigen ASG bekämpft werden.



Hinweis

Detaillierte Informationen zu Fragen der **Rechtsdurchsetzung** finden Sie in: Mag. **Sebastian Zankel**, Wie kann ein Unternehmen den Kostenrückerersatz infolge coronabedingter Freistellungen von Dienstnehmern rechtlich durchsetzen? Ein Überblick, in ASoK 2020, 449, 450 f.

B) Wissenswertes rund um die bezahlte Sonderfreistellung von Schwangeren

1. Die rechtlichen Grundlagen

Auch Schwangere gelten als besonders COVID-19 ansteckungsgefährdet, wenngleich die Schwangerschaft für sich genommen noch keine medizinische Indikation dafür ist, sie der im Punkt A) beschriebenen Risikogruppe zuzuordnen.

Seit 1. 1. 2021 (BGBl I 2020/160) wird in **§ 3a MSchG** geregelt, dass werdende Mütter **ab** Beginn der **14. Schwangerschaftswoche bis** zum Beginn des **Beschäftigungsverbots** (Mutterschutz) **nicht** mit Arbeiten betraut werden dürfen, bei denen ein **physischer Körperkontakt** mit anderen Personen notwendig ist. Ist dies nicht möglich, so hat die Schwangere einen Anspruch auf bezahlte Freistellung.

Voraussetzung für die bezahlte Freistellung ist, dass der Körperkontakt für die Ausübung der Tätigkeit erforderlich ist. **Keine Voraussetzung** ist hingegen **Hautkontakt**.

Ein Körperkontakt liegt daher zB auch beim Tragen von Handschuhen oder Berühren einer bekleideten Person vor. Ein für den Beruf erforderlicher **physischer Körperkontakt** kommt **bspw** bei

Dienstleistungen von Friseurinnen, Stylistinnen, Kosmetikerinnen, Piercerinnen und Tätowierinnen, Masseurinnen, Physiotherapeutinnen und Kindergärtnerinnen sowie teilweise Lehrerinnen vor.

Grundsätzlich ist der **Mindestabstand** von **2 Metern** einzuhalten.

2. Vor dem Anspruch auf bezahlte Dienstfreistellung zu prüfende Alternativen

Zu prüfende Alternative ①:

Arbeitet eine Schwangere in einem Bereich, in dem es **regelmäßig** oder **wahrscheinlich** zu **Körperkontakt** kommt, hat der DG die **Arbeitsbedingungen** so zu **verändern**, dass **Körperkontakt vermieden** wird (Mindestabstand gewährleisten, etc).



Hinweise

Beachten Sie, dass Schwangeren **nicht zuzumuten** ist, eine **FFP2-Maske** zu tragen (siehe hierzu: § 15 Abs 6 der 3. COVID-19-Notmaßnahmenverordnung, BGBl II 2021/27).

Tragen Schwangere einen gewöhnlichen **Mund-Nasen-Schutz**, dann muss im Arbeitsablauf vorgesehen werden, dass die Schwangere eine regelmäßige **Maskenpause** machen kann.

Zu prüfende Alternative ②:

Weiters ist zu prüfen, ob die Schwangere an einem anderen Arbeitsplatz eingesetzt werden bzw im Home-Office arbeiten kann. Allerdings muss eine solche Änderung vom Dienstvertrag gedeckt sein, oder die Schwangere muss dieser Änderung zustimmen.

Wurden beide Alternativen geprüft und ist eine **Änderung** der **Arbeitsbedingungen** sowie eine Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz bzw das Arbeiten im Home-Office aus **objektiven Gründen nicht möglich**, dann und erst dann hat die Schwangere einen **Anspruch** auf bezahlte Freistellung (**Sonderfreistellung**).

In jedem Fall sind für Schwangere **erhöhte Schutzmaßnahmen** zu treffen, um zu verhindern, dass sich die Schwangere mit dem Virus infiziert.



Hinweise

Übersicht über hilfreiche **Informationen** zur bezahlten Sonderfreistellung von Schwangeren in Berufen mit physischem Körperkontakt:

1. Eine umfassende **Info** der **Arbeitsinspektion** zur Beschäftigung von Schwangeren in Coronazeiten finden Sie hier: https://www.arbeitsinspektion.gv.at/Gesundheit_im_Betrieb/Gesundheit_im_Betrieb_1/Schwangere_Arbeitnehmerinnen.html (1. 2. 2021)
2. Einen vom **Arbeitsministerium** erstellten **Frage-Antwort-Katalog** können Sie
 - a) **downloaden**: <https://tinyurl.com/FAQ-Schwangere> oder
 - b) als kostenfreies **PVP-Leserservice** anfordern.
3. **Information** der **ÖGK** hinsichtlich Sonderbestimmungen für werdende Mütter, die in Berufen mit Körperkontakt arbeiten: <https://tinyurl.com/5chlffh7>

3. Wann – wie – in welcher Höhe besteht der Dienstgeber-Refundierungsanspruch?

Der DG hat gemäß **§ 3a Abs 4 MSchG** gegenüber dem KVT einen Anspruch darauf, dass ihm

- a) das an den „Risikogruppen-DN“ **fortgezahlte Entgelt**, begrenzt mit der monatlichen ASVG-HBGL,
 - b) die darauf entfallenden **Steuern** und **Abgaben** sowie
 - c) die **SV-Beiträge** (inkl. AIV-Beiträge) und **sonstige Beiträge**
- erstattet werden.

Der Antrag auf Ersatz ist **spätestens 6 Wochen**, nachdem die Sonderfreistellung beendet wurde, beim KVT einzubringen. Dabei hat der DG **schriftlich** zu **bestätigen**, dass eine Änderung der **Arbeitsbedingungen** oder die **Beschäftigung** der Schwangeren an einem **anderen Arbeitsplatz** (zB Home-Office) aus objektiven Gründen **nicht möglich** war.

Die Sonderfreistellungsregelung gilt vorerst **bis 31. 3. 2021**. Darüber hinaus sind die neuen Regeln des § 3a MSchG über den 31. 3. 2021 hinaus auf Freistellungen, die vor diesem Zeitpunkt begonnen haben, anzuwenden.

4. So setzen Sie Ihre Ansprüche gegenüber dem Krankenversicherungsträger durch → der Rechtsweg

Es gelten die **Ausführungen** zur **Sonderfreistellung** für **Risikogruppen** analog → siehe Punkt A) 4.

Foto Sandra-Felicitas Matern



Der Autor:

Dr. **Stefan Zischka** ist Partner und leitet den Fachbereich Arbeitsrecht bei Jank Weiler Opereny Rechtsanwälte (JWO), dem österreichischen Mitglied des globalen Anwaltsnetzwerkes Deloitte Legal.

Er ist Vortragender und Fachautor mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Arbeits- und Sozialrecht sowie Zivilprozessrecht.

lesen.lexisnexis.at/autor/Zischka/Stefan

Foto Hartlauer



Die Autorin:

Dr. **Marion Guerrero**, LL.M ist Rechtsanwaltsanwärterin im Fachbereich Arbeitsrecht bei Jank Weiler Opereny Rechtsanwälte (JWO), dem österreichischen Mitglied des globalen Anwaltsnetzwerkes Deloitte Legal, sowie Vortragende und Fachautorin mit dem Tätigkeitsschwerpunkt Strategic Litigation.

lesen.lexisnexis.at/autor/Guerrero/Marion

Der ARD

Aktuelles Recht zum Dienstverhältnis

Die Zeitschrift ARD bietet seit über 70 Jahren verlässlich, objektiv und rasch Neuigkeiten aus dem Arbeits-, Steuer- und Sozialversicherungsrecht und seit 2014 auch zum Bereich Human Resources.



Jetzt einsteigen:
ard.lexisnexis.at

LexisNexis®