

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

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

» PVP 2021/28

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 in PVP 2021/14, 45; Februar-Heft),
2. **Absonderung** nach dem **Epidemiegesetz** (Teil 2 in PVP 2021/20, 73; März-Heft),
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:

AMS ... Arbeitsmarktservice//**AngG** ... Angestelltengesetz//**ASVG** ... Allgemeines Sozialversicherungsgesetz//**AVRAG** ... Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz//**BHAG** ... Buchhaltungsagentur des Bundes//**BMAFJ** ... Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend//**BVwG** ... Bundesverwaltungsgericht//**DG** ... Dienstgeber//**DN** ... Dienstnehmer//**EFZ** ... Entgeltfortzahlung//**EFZG** ... Entgeltfortzahlungsgesetz//**EpiG** ... Epidemiegesetz//**KUA** ... Kurzarbeit//**SBZ** ... Sonderbetreuungszeit(en)//**SBZ-RL** ... Richtlinie vom 15. 12. 2020 des BMAFJ und der BHAG zur Sonderbetreuungszeit – Phase 4//**UrlG** ... Urlaubsgesetz

D) Wissenswertes rund um die bezahlte Freistellung für Dienstnehmer mit Betreuungspflichten (Sonderbetreuungszeit)

1. Die rechtlichen Grundlagen

Mit der Novelle des **§ 18b AVRAG** vom 15. 12. 2020 (BGBl I 2020/131) wurde die Sonderbetreuungszeit (SBZ) für DN mit Betreuungspflichten reformiert (SBZ 4.0). Die Änderung gilt **rückwirkend** ab 1. 11. 2020 und bleibt vorerst bis 9. 7. 2021 in Kraft.

SBZ, die ab diesem Zeitpunkt (= 1. 11. 2020) noch auf Grundlage der SBZ Phase 3 gewährt wurden, sind anzurechnen; für die Vergütung (siehe gleich unten) gelten die neuen Regelungen (siehe Hinweise).



Hinweise des Chefredakteurs

1. Siehe hierzu: **Richtlinie** vom 15. 12. 2020 des BMAFJ und der BHAG, Sonderbetreuungszeit – Phase 4, 4. Diese **SBZ-RL** regelt die **Details** zu den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen zur SBZ 4.0.
2. Sie können diese **Richtlinie** und häufig gestellte Fragen (**FAQ**) inkl Berechnungsbeispiele (Stand 26. 1. 2021)
 - a) **downloaden:**
 - ✓ **Richtlinie:** <https://www.patka-knowhow.at/corona/Sonderbetreuungszeit/Richtlinie-Sonderbetreuungszeit-15-12-2020.pdf>
 - ✓ **FAQ:** <https://www.patka-knowhow.at/corona/Sonderbetreuungszeit/FAQ-Sonderbetreuungszeit-26-01-2021.pdf> oder
 - b) als kostenfreies **PVP-Leserservice** anfordern.

Nunmehr haben DN mit Betreuungspflichten einen **Rechtsanspruch** auf SBZ 4.0 im Ausmaß von **bis zu 4 Wochen (SBZ-Anspruchsmodell)**. Daneben bleibt die Möglichkeit bestehen, dass der DG eine SBZ gewährt (**SBZ-Vereinbarungsmodell**), falls kein Rechtsanspruch besteht. Auch diese kann im Ausmaß von **bis zu 4 Wochen** beansprucht werden.

2. Wann hat der Dienstnehmer Anspruch auf Sonderbetreuungszeit 4.0 (SBZ-Anspruchsmodell)?

Ein Rechtsanspruch auf SBZ 4.0 besteht in folgenden Fällen:

- a) Wenn **Betreuungspflichten** für ein **Kind unter 14 Jahren** bestehen und **Lehranstalten** bzw **Kinderbetreuungseinrichtungen** ganz oder teilweise aufgrund **behördlicher Maßnahmen geschlossen** wurden.

Der DN hat den **DG unverzüglich** über die Schließung zu **informieren**. Der DN hat überdies alles **Zumutbare** in

 - ✓ **personeller** (alternative Kinderbetreuungspersonen vorhanden?) und
 - ✓ **organisatorischer** (Arbeiten im Home-Office bei gleichzeitiger Kinderbetreuung möglich und zumutbar?)

Hinsicht zu unternehmen, damit die vereinbarte Arbeitsleistung auch weiterhin erbracht werden kann. Der DN hat erst dann einen **SBZ-Anspruch**, wenn **kein alternatives Betreuungsangebot** besteht.

Als **Schließung** zählen sowohl

 - ✓ Schließungen aufgrund **behördlicher Anordnung** der zuständigen **Bezirksverwaltungsbehörde**, als auch
 - ✓ teilweise Schließungen aufgrund des **Lockdowns** (per Verordnung).

Besteht allerdings weiterhin ein **Betreuungsangebot**, so ist es dem DN zuzumuten, die vereinbarte Arbeit zu leisten. Es besteht zwar **kein SBZ-Rechtsanspruch**, aber eine entsprechende SBZ-Vereinbarung mit dem DG ist möglich.
- b) Bei **behördlicher Absonderung** eines **Kindes unter 14 Jahren** wegen Krankheits- oder Ansteckungsverdachts nach dem **EpiG**, für das eine **Betreuungspflicht** besteht, hat der DN ebenfalls einen SBZ 4.0-Anspruch. Die Absonderung ist dem DG unverzüglich mitzuteilen.
- c) Auch zur **Betreuung** von **pflegebedürftigen** Angehörigen bzw Angehörigen mit **Behinderung** hat der DN einen SBZ 4.0-Anspruch.

Auch hier ist die **Voraussetzung**, dass

- ✔ die Einrichtung der **Behindertenhilfe** bzw die **Lehranstalt** von behördlichen **Schließungsmaßnahmen** betroffen ist oder
- ✔ dass die **Betreuung nachweislich** aufgrund freiwilliger Maßnahmen **von zu Hause** aus erfolgt. Gleiches gilt, wenn
- ✔ nachweislich die **persönliche Assistenz** einer Person mit Behinderung aufgrund von COVID-19 **nicht** mehr **sichergestellt** werden kann bzw
- ✔ wenn die **Betreuung pflegebedürftiger** Personen durch Betreuungskräfte **nicht** mehr erfolgen kann.

Der DG ist davon unverzüglich zu informieren.

3. Wann kann eine Sonderbetreuungszeit 4.0 vereinbart werden (SBZ-Vereinbarungsmodell)?

Darüber hinaus kann die SBZ 4.0 auch zwischen DN und DG vereinbart werden, wenn

- a) einer der im **Punkt 2.** aufgezählten **Sachverhalte** vorliegt, aber
- b) **nicht alle Voraussetzungen** erfüllt sind (zB wenn eine Volksschule zwar keinen Unterricht, aber Betreuung anbietet).

Außerdem ist beim SBZ-Vereinbarungsmodell darauf zu **achten**, dass

- a) die Arbeitsleistung des DN nicht erforderlich ist, um den Betrieb aufrechtzuerhalten (dh der **DN darf kein unternehmensintern systemrelevanter DN** sein) und
- b) dass **kein Dienstfreistellungsanspruch** aus einer anderen gesetzlichen Grundlage besteht (zB gemäß § 8 Abs 3 AngG oder Pflegefreistellungsanspruch gemäß § 16 UrlG) und
- c) das Höchstausmaß der SBZ 4.0 von **4 Wochen noch nicht ausgeschöpft** wurde.

4. Für beide Varianten der Sonderbetreuungszeit 4.0 geltende Regelungsgrundsätze

- a) Für die Betreuung eines Kindes unter 14 Jahren während **schulautonom** freier Unterrichtstage oder während **Schulferien** kann **weder** die **Anspruchs-** noch die **Betreuungs-SBZ 4.0** in Anspruch genommen werden.
- b) Die SBZ 4.0 kann entweder zur Gänze (alle 4 Wochen „am Stück“) oder in **Teilen konsumiert** werden (wobei ein Halbtag die kleinste Teileinheit darstellt).
- c) Sie wird gemäß § 18b AVRAG durch **Erholungsurlaub** und **Zeitausgleich unterbrochen, nicht** aber durch **Krankenstand**.
- d) Für die Zeit der SBZ 4.0 darf gemäß SBZ-RL **keine KUA-Beihilfe** vom AMS bezogen werden.
- e) Die **Eltern** des Kindes unter 14 Jahren können **nacheinander, nicht** aber **gleichzeitig** die SBZ 4.0 konsumieren. Wir **empfehlen** daher, sich dies vom DN bestätigen zu lassen („*Der Dienstnehmer erklärt ausdrücklich, dass der andere Elternteil nicht gleichzeitig Sonderbetreuungszeit in Anspruch nimmt*“).
- f) Während der SBZ 4.0 erhält der DN das **regelmäßige Entgelt** gemäß EFZG.
- g) Falls KUA besteht, ist das **Entgelt vor KUA** maßgeblich.

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

■ Wann und wo muss der Refundierungsantrag gestellt werden?

Der DG kann den Vergütungsantrag **spätestens** binnen **6 Wochen nach** dem SBZ 4.0-Ende

- a) über die **Website** der **BHAG** stellen (<https://www.buchhaltungsagentur.gv.at/sonderbetreuungszeit/>) oder

- b) über das **Unternehmensserviceportal** (USP) einbringen (www.usp.gv.at).
- c) Antragstellungen **per E-Mail** werden im **Einzelfall akzeptiert**, wenn nachgewiesen werden kann, dass eine Registrierung für das USP nicht möglich ist.

Der Vergütungsantrag kann auch durch einen **Steuerberater** für das Unternehmen eingebracht werden.

Dem Antrag sind die folgenden **Unterlagen** anzuschließen:

- ✔ Jahreslohnkonto bzw Lohn- oder Gehaltszettel des betroffenen Zeitraums sowie der letzten 2 Monate vor dem betroffenen Monat;
- ✔ Nachweis über die bisherige Konsumation der SBZ;
- ✔ Nachweis über Schließung der jeweiligen Betreuungseinrichtung.

Pro Antrag kann für **max 50 DN**, für die der DG während der SBZ 4.0 EFZ geleistet hat, die Refundierung beantragt werden. Mehrere Anträge können gemäß den SBZ-RL eingebracht werden.

■ *In welcher Höhe besteht der Refundierungsanspruch?*

Der Vergütungsanspruch, in dem die aliquoten Sonderzahlungen bereits enthalten sind, ist mit der **monatlichen ASVG-Höchstbeitragsgrundlage gedeckelt**.

Nicht vergütungsfähig sind gemäß der SBZ-RL die **Lohn-/Gehaltsnebenkosten**.

6. So setzen Sie Ihre Refundierungsansprüche gegenüber der Buchhaltungsagentur durch

Die BHAG entscheidet über den DG-Antrag auf Vergütung per **Mitteilung**. Der DG hat gemäß § 18b Abs 1 AVRAG das Recht, **binnen 4 Wochen** nach Erhalt der Mitteilung darüber einen **Bescheid zu verlangen**, wenn dem Antrag auf Vergütung nicht vollinhaltlich stattgegeben wird.

Nachdem der Bescheid dem DG zugestellt wurde, kann sich der DG gegebenenfalls mittels **Beschwerde** an das **BVwG** wenden.¹⁾

1) Die Zuständigkeit ergibt sich aus § 131 Abs 2 B-VG iVm Art 130 Abs 1 B-VG. Vgl *Zankel*, Wie kann ein Unternehmen den Kostenrückerersatz infolge coronabedingter Freistellungen von Dienstnehmern rechtlich durchsetzen? Ein Überblick, ASoK 2020, 449, 452.

Foto: Sandra Felicitas Matern



Der Autor:

Dr. **Stefan Zischka** ist Partner und leitet den Fachbereich Arbeitsrecht bei Jank Weiler Operenyi 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: Hartbauer



Die Autorin:

Dr. **Marion Guerrero**, LL.M ist Rechtsanwaltsanwärterin im Fachbereich Arbeitsrecht bei Jank Weiler Operenyi 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