

Update Coronavirus

Berechnung des Verdienstentgangs nach EpidemieG
Rechtsschutzversicherungsdeckung für
COVID-19-bedingte Schadensfälle?
Auswirkungen von COVID-19 auf das Steuerrecht

Zur Anwendbarkeit der §§ 1072 ff ABGB auf
GmbH-Aufgriffsrechte

Kartellschadenersatz für jedermann
(K)ein Ufer in Sicht?

Unwirksamkeit mehrseitiger Testamente –
Fehlende äußere und innere Urkundeneinheit

Streitwertbemessung bei
Eventualklagen(häufung)

Nicht-Notifizierung technischer
Vorschriften und ihre Folgen

Haftung für Unfälle im
Internationalen Luftverkehr

Urlaub in Zeiten von Corona

Der Beitrag untersucht Rechtsfragen zum Urlaubsverbrauch iZm der Corona-Kurzarbeit sowie zum einseitigen Rücktritt von einer getroffenen Urlaubsvereinbarung wegen der Corona-Pandemie.

CLEMENS EGERMANN / MAGDALENA ZIEMBICKA

A. Problemstellung

Die Corona-Pandemie hat für etliche Unternehmen Betriebsschließungen, den weitgehenden Ausfall von Aufträgen und den Wegfall von Umsätzen mit sich gebracht. Die Arbeitskraft der Arbeitnehmer (AN) wird für die Zeit der Pandemie nicht oder nur eingeschränkt benötigt, dennoch besteht die Pflicht zur Entgeltzahlung. Um diese Problematik zu entschärfen, hat der Gesetzgeber mit § 170 Abs 3 ArbVG eine befristete Sonderregelung zum Urlaubsverbrauch eingeführt. Diese Bestimmung wird nachstehend untersucht. Weiters werden die Auswirkungen der Corona-Pandemie auf bereits getroffene Urlaubsvereinbarungen beleuchtet.

B. Zu Urlauben aufgrund einer Betriebsvereinbarung

Mit dem 2. COVID-Gesetz¹⁾ wurde für Betriebe mit Betriebsrat, die Corona-Kurzarbeitsvereinbarungen schließen, § 170 Abs 3 ArbVG eingeführt. Nach dieser Bestimmung dürfen Betriebsvereinbarungen (BV) nach § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG iZm der Corona-Kurzarbeit auch Regelungen zum Verbrauch des Urlaubs, ausgenommen Urlaub aus dem laufenden Urlaubsjahr, und von Zeitguthaben treffen.²⁾

UE ist § 170 Abs 3 ArbVG so zu lesen, dass der Arbeitgeber (AG) und der BR mittels einer Corona-Kurzarbeits-BV den Verbrauch von Alturlaube und Zeitguthaben vor oder während der Kurzarbeit vorsehen dürfen, ohne dass es einer Zustimmung des einzelnen AN bedarf. MaW: In einer BV nach § 97 Abs 1 Z 13 iVm § 170 Abs 3 ArbVG kann wirksam vereinbart werden, dass unmittelbar vor oder während der Corona-Kurzarbeit Alturlaube verbraucht werden.³⁾ Zwar gilt im Urlaubsrecht das Konsensprinzip (§ 4 Abs 1 iVm § 12 UrlG), wonach für den Urlaubsverbrauch eine Vereinbarung zwischen dem AN und AG erforderlich ist und dies uA durch eine Arbeits(Dienst-)ordnung oder eine BV weder aufgehoben noch beschränkt werden kann. § 170 Abs 3 ArbVG ist dazu jedoch *lex specialis* und *lex posterior*. Für den Bereich der Corona-Kurzarbeit wird somit dem urlaubsrechtlichen Konsensprinzip befristet materiell derogiert. Dieses Ergebnis folgt aus dem Wortlaut von § 170 Abs 3 ArbVG, insb im Vergleich zu § 97 Abs 1 Z 10 ArbVG. BV nach § 97 Abs 1 Z 10 ArbVG dürfen nur *Grundsätze betreffend den Verbrauch des Erholungsurlaubs*, dh allgemeine Richtlinien, aber keinesfalls die datumsmäßige Festlegung der konkreten Urlaubszeitpunkte regeln.⁴⁾ § 170 Abs 3 ArbVG erlaubt hingegen *Regelungen zum Verbrauch des Urlaubs*. Diese Formulierung ist vom Wortlaut her an die Überschrift von

§ 4 UrlG („Verbrauch des Urlaubs“) als *sedes materiae* des Konsensprinzips angelehnt. Während die „Grundsätze“ iSd § 97 Abs 1 Z 10 ArbVG nach dem Wortlaut „allgemeine Richtlinien“ umfassen, ist im Gegensatz dazu der Begriff „Regelungen“ iSd § 170 Abs 3 ArbVG (erkennbar) normativ und enthält eine konkretere Rechtssetzungsbefugnis. Für dieses Ergebnis sprechen auch systematische Überlegungen. Mit dem 2. COVID-Gesetz wurde § 1155 ABGB geändert. Abs 3 und 4 *leg cit* regeln, dass der AG unter bestimmten Voraussetzungen den Urlaubsverbrauch einseitig anordnen kann.⁵⁾ Dadurch wird dem Konsensprinzip ebenfalls befristet materiell derogiert. Schließlich sprechen auch teleologische Gründe für dieses Ergebnis. Ausweislich der (nicht sonderlich präzisen) Gesetzesmaterialien wurde § 170 Abs 3 ArbVG geschaffen, damit die Regelungskompetenz von § 97 Abs 1 Z 13 ArbVG auch die Themen Verbrauch von Alturlaube und Zeitguthaben umfassen kann, um so zu einer normativ wirksamen BV zu kommen. Die Materialien erwähnen dabei, dass die getroffene Übereinkunft zur Corona-Kurzarbeit vorsähe, dass Alturlaube und Zeitguthaben verbraucht werden sollen, bevor die Kurzarbeit greifen könne. Daraus ergibt sich uE der Gesetzeszweck, den Abschluss von Vereinbarungen über den Verbrauch von Alturlaube in der Corona-Kurzarbeits-BV leicht administrierbar über den BR zu ermöglichen. Würde man für die in der BV vorgesehene Urlaubsvereinbarung noch zusätzlich die Zustimmung jedes einzelnen AN benötigen, würde dieses Ziel konterkariert und § 170 Abs 3 ArbVG wäre der Anwendungsbereich entzogen.⁶⁾ Dem Gesetzgeber darf nicht unterstellt werden, dass er eine weitgehend sinnlose Regelung treffen wollte.⁷⁾ Somit kann iZm der Corona-Kurzarbeit der Urlaubsverbrauch mittels BV und ohne individuelle Zustimmung des AN vereinbart werden. Diese Auslegung fällt zweifellos in den äußersten möglichen Wortsinn. Zu beachten ist aber, dass die BV als kollektive Rechtsquelle des Arbeitsrechts keine

Dr. Clemens Egermann ist Rechtsanwalt und Partner, Magdalena Ziembicka, LL.M. LL.B., ist Rechtsanwältin bei Barnert Egermann Illigasch Rechtsanwälte GmbH in Wien.

1) BGBl I 2020/16.

2) ErläutA 397/A 27. GP 30.

3) AA mit ausführlicher Begründung *Trost*, „Betriebsurlaube“ durch COVID 19-Gesetzgebung? CuRe 2020/7.

4) OGH 11. 5. 1988, 9 OBA 103/88.

5) *Schrenk/Schrenk/Hitz*, Entgeltfortzahlung in der „Corona-Krise“ – denkbare arbeitsrechtliche Sachverhalte, ARD 6693/6/2020 (16).

6) So im Ergebnis *Trost*, CuRe 2020/7.

7) Statt vieler VfGH 29. 9. 1988, VfSlg 11.829.

Individualregelungen wirksam treffen darf.⁸⁾ Die Urlaubsregelung in einer Corona-Kurzarbeit-BV darf somit nur generelle Normen, etwa iS eines konkreten Betriebsurlaubs für alle von der Kurzarbeit betroffenen AN, regeln. Unzulässig wäre etwa, dass die BV nur für einzelne AN den Alturlaubsverbrauch vorsieht, für andere AN aber nicht.

De lege ferenda ist § 170 Abs 3 ArbVG zu kritisieren. Es kommt ohne Begutachtungsverfahren zu einem wenn auch zeitlich befristeten Paradigmenwechsel im Urlaubsrecht mit tiefen Eingriffen in das etablierte urlaubsrechtliche Konsensprinzip. Auf den individuellen Erholungszweck des AN wird nicht abgestellt. Verfassungsrechtlich scheint der Eingriff insb im Lichte des Vertrauensschutzes auf die Verfügungsmöglichkeit über bereits erworbene Urlaube und den Eigentumsschutz bedenklich. Abgefedert wird die Problematik allerdings dadurch, dass ausdrücklich nur Alturlaube betroffen sind und dem AN der Urlaub des aktuellen Jahres weiterhin zur freien Disposition steht.

C. Zum Rücktritt von getroffenen Urlaubsvereinbarungen

Für AN, die bereits eine Urlaubsvereinbarung abgeschlossen haben und aufgrund der Corona-Pandemie nunmehr ihre Reise überhaupt nicht oder nicht im gewünschten Ausmaß antreten können, ist fraglich, ob sie den Urlaub antreten müssen. Grundsätzlich bindet nach dem Grundsatz *pacta sunt servanda* eine ordnungsgemäß zustande gekommene Urlaubsvereinbarung sowohl den AN als auch den AG.⁹⁾ Der OGH lässt jedoch bei Vorliegen von wichtigen Gründen i) die Unterbrechung der und ii) den einseitigen Rücktritt¹⁰⁾ von der Urlaubsvereinbarung zu:

- Die *Unterbrechung des Urlaubs* hält die Urlaubsvereinbarung aufrecht. Es bleiben aber die Tage der Dienstverhinderung für das Urlaubsausmaß unberücksichtigt. Sie ist in § 5 UrlG für den Fall der Erkrankung oder des Unfalls während des Urlaubs gesetzlich geregelt. Ist der AN aus den genannten Gründen mehr als drei Arbeitstage arbeitsunfähig, so werden die Tage der Arbeitsverhinderung auf den Urlaub nicht angerechnet, sofern der AN dem AG die Erkrankung unverzüglich mitteilt. Der OGH wendet diese Bestimmung analog auf andere wichtige Gründe an, etwa auf die Pflege eines erkrankten Angehörigen.¹¹⁾ Ausdrücklich verneint wurde eine Unterbrechung im Falle der notwendigen Betreuung eines gesunden Kindes wegen Verhinderung einer Person, die das Kind ständig betreut hat.¹²⁾
- Der *Rücktritt* bewirkt die Auflösung der Vereinbarung *ex nunc*, sodass die Parteien eine neue Urlaubsvereinbarung für das betreffende Urlaubsjahr treffen müssen.¹³⁾ Voraussetzungen dafür sind: i) die Unzumutbarkeit des Urlaubsverbrauchs und ii) eine entsprechende Willenserklärung gegenüber dem Vertragspartner.¹⁴⁾ Für den AN liegt ein wichtiger Grund vor, wenn die Person des AN oder seine Familie betreffende Umstände vorliegen, die den Urlaubsverbrauch *in Hinblick auf den Erholungszweck* unzumutbar machen.¹⁵⁾ Nach dem OGH¹⁶⁾

wird der Erholungszweck i) durch den vorübergehenden Entfall der arbeitsrechtlichen Pflichtbindungen einerseits und ii) durch die Schaffung eines Freiraums zur Selbstbestimmung andererseits erreicht. Allerdings berechtigt nicht jede Beeinträchtigung des Erholungszwecks zum Rücktritt.¹⁷⁾ Bsp aus der Rsp für zulässige Rücktrittsgründe sind: i) Gründe gem § 4 Abs 2 UrlG (im konkreten Fall: Erkrankung);¹⁸⁾ ii) die Teilnahme an der Hochzeit der Tochter und am Begräbnis des Vaters, wenn für diese Tage ein Entgeltfortzahlungsanspruch nach dem anwendbaren KV bestand.¹⁹⁾ Ob die Pflege eines erkrankten Angehörigen auch zum Rücktritt berechtigt würde, wurde offengelassen.²⁰⁾

- Liegt ein Rücktrittsgrund vor, kann der AN nach eigener Wahl stattdessen eine Unterbrechung wählen.²¹⁾ Umgekehrt sind an den Rücktritt aus wichtigem Grund strengere Anforderungen als an die Unterbrechung zu stellen, da beim Rücktritt auch der an den Verhinderungsgrund anschließende Urlaubszeitraum betroffen ist.²²⁾

Wendet man diese Grundsätze auf eine bereits getroffene Urlaubsvereinbarung an, bei der der Urlaub während der Corona-Pandemie angetreten werden soll, folgt, dass die Corona-Pandemie ohne Hinzutreten weiterer Umstände allein keinen Grund für einen Rücktritt des AN von der Urlaubsvereinbarung oder für eine Unterbrechung darstellt.²³⁾ Dass eine Reise nicht angetreten werden kann oder ursprüngliche Urlaubspläne geändert werden müssen, reicht als Grund allein nicht.²⁴⁾ Andernfalls würde auch die Insolvenz des Reiseveranstalters oder die Stornierung des Flugs einen Rücktritts- bzw Unterbrechungsgrund darstellen. Zu prüfen ist noch, ob die mit den Corona-Gesetzen und -Verordnungen eingeführten Maßnahmen, insb Ausgangs- und Ver-

8) *Reissner/Neumayr* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Handbuch Betriebsvereinbarungen (2014) Rz 0.57.

9) OGH 12. 6. 1996, 9 OBA 2082/96h.

10) Im UrlG existiert keine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für den Rücktritt. Der OGH bejaht das Rücktrittsrecht unter Berufung auf allgemeine Grundsätze des Vertragsrechts (OGH 22. 11. 1989, 9 OBA 306/89), ohne diese jedoch konkret zu nennen. Die dogmatische Grundlage des Rücktrittsrechts im Urlaubsrecht braucht hier nicht abschließend untersucht zu werden, sie scheint aber zumindest zweifelhaft. Dazu *Schrank*, Aktuelle Rechtsfragen zu Ausmaß und Verbrauch des Urlaubs, ZAS 1992, 181.

11) OGH 16. 12. 2002, 9 OBA 90/02 d.

12) OGH 15. 12. 2009, 9 OBA 28/09 x.

13) OGH 16. 12. 2002, 9 OBA 90/02 d; *Reissner* in *Neumayr/Reissner* (Hrsg), ZellKomm³ § 4 UrlG Rz 15 f.

14) *Cerny*, Urlaubsrecht⁸ § 4 Erl 12.

15) *Reissner* in ZellKomm³ § 4 UrlG Rz 19.

16) OGH 22. 11. 1989, 9 OBA 306/89.

17) OGH 15. 12. 2009, 9 OBA 28/09 x.

18) OGH 12. 6. 1996, 9 OBA 2082/96h.

19) OGH 22. 11. 1989, 9 OBA 306/89 RdW 1990, 411 (*Gableitner*).

20) OGH 16. 12. 2002, 9 OBA 90/02 d.

21) OGH 22. 11. 1989, 9 OBA 306/89.

22) *Löschnigg*, Arbeitsrecht¹² 6/699.

23) So auch *BINDER GRÖSSWANG/Pallwein-Pretzner/Müllner*, Coronavirus – FAQ für Arbeitgeber (Stand 6. 4. 2020, Lexis Briefings in lexis360.at); *Gerlach/Löschner*, Arbeitsrechtliche Probleme iZm den COVID-19-Maßnahmen, PVP_digitalOnly 2020/6.

24) So auch *BINDER GRÖSSWANG/Pallwein-Pretzner/Müllner*, Coronavirus.

sammlungseinschränkungen²⁵⁾ und Betriebsschließungen²⁶⁾ (zB bezogen auf Freizeiteinrichtungen), an diesem Ergebnis etwas ändern. MaW: Kommt es wegen dieser Corona-Maßnahmen zum weitgehenden Ausschluss des Freiraums zur Selbstbestimmung?²⁷⁾ UE erreichen diese Einschränkungen noch nicht das Gewicht eines Rücktritts- oder Unterbrechungsgrunds. Der Erholungszweck des Urlaubs kann nämlich auch erreicht werden, wenn man zu Hause bleiben muss. Dieses Ergebnis folgt für den Zeitraum der Corona-Pandemie zwingend aus den mit dem 2. COVID-Gesetz²⁸⁾ eingeführten § 1155 Abs 3 und 4 ABGB und § 170 Abs 3 ArbVG: Nach § 1155 Abs 3 und 4 ABGB kann in Betrieben, die von Betretungseinschränkungen und -verboten iZm der Corona-Epidemie betroffen sind, der AG dem AN den Urlaubsverbrauch unter bestimmten weiteren Voraussetzungen einseitig anordnen.²⁹⁾ Nach § 170 Abs 3 ArbVG können BR und AG mittels Corona-Kurzarbeit-BV für die AN den Verbrauch von Alturlaube ohne individuelle Zustimmung des AN vereinbaren. Der Gesetzgeber erachtet somit selbst den Urlaubsverbrauch in der Corona-Krise als für den AN zumutbar. Wenn sogar eine einseitige Anordnung durch den AG bzw die Vereinbarung durch eine BV möglich ist, wird es dem AN umso mehr zuzumuten sein, an einer von ihm selbst getroffenen Urlaubsvereinbarung festzuhalten. Es wäre ein unbilliges und unsachliches Ergebnis, wenn während der Corona-Krise ein Teil der Arbeitnehmerschaft Urlaub konsumieren müsste und andere AN von getroffenen Urlaubsvereinbarungen zurücktreten könnten.³⁰⁾ Somit sind die Parteien ohne Hinzutreten weiterer Umstände³¹⁾ an getroffene Urlaubsvereinbarungen gebunden.

Der AG kann natürlich der einvernehmlichen Änderung der Urlaubsvereinbarung zustimmen. Das kann auch schlüssig erfolgen, etwa wenn der AG nach dem vom AN erklärten Rücktritt die vom AN angebotene Arbeitsleistung annimmt.

Differenziert ist die Situation im Falle der behördlich angeordneten Quarantäne, sofern der AN nicht arbeitsunfähig, sondern (nur) krankheits- oder ansteckungsverdächtig ist.³²⁾ In diesem Fall ist die Selbstbestimmungsfreiheit des AN wegen seiner zwingenden Absonderung in der Wohnung dermaßen eingeschränkt, dass der Urlaubsverbrauch für die Dauer der Absonderung unzumutbar wird. UE kommt es in solchen Fällen (nur) zu einer Unterbrechung des Urlaubs für diesen Zeitraum. Ein Rücktrittsrecht ist in Anlehnung an obige Grundsätze zu verneinen, da die Erholungsmöglichkeit an den Tagen, an denen keine Absonderung erfolgt, gewahrt bleibt.³³⁾

25) BGBl II 2020/98 idF BGBl II 2020/166, ab dem 1. 5. 2020: BGBl II 2020/197.

26) BGBl II 2020/96 idF BGBl II 2020/162, ab dem 1. 5. 2020: BGBl II 2020/197.

27) OGH 22. 11. 1989, 9 Oba 306/89.

28) BGBl I 2020/16.

29) *Schrenk/Schrenk/Hitz*, ARD 6693/6/2020 (16).

30) *Gerlach/Löschner*, PVP_digitalOnly 2020/6.

31) Insb stellen eigene Erkrankung des AN bzw der Pflegebedarf eines nahen Angehörigen nach wie vor einen Rücktritts- bzw Unterbrechungsgrund dar.

32) § 7 Abs 1 a EpidemieG.

33) Das Rücktrittsrecht während der Quarantäne bejahend: *BINDER GRÖSSWANG/Pallwein-Pretzner/Müllner*, Coronavirus.

SCHLUSSTRICH

- *UE kann auf Basis von § 170 Abs 3 ArbVG mit einer Betriebsvereinbarung iZm der Corona-Kurzarbeit der Verbrauch von Alturlaube wirksam auch ohne individuelle Zustimmung des einzelnen AN vereinbart werden. Dies ist mit der Dauer der Corona-Kurzarbeit zeitlich begrenzt.*
- *Ein einseitiger Rücktritt von einer bereits getroffenen Urlaubsvereinbarung wegen der Corona-Pandemie ist nicht ohne weiteres zulässig.*