

## Gleichstellung Arbeiter – Angestellte

Fehlberatung und Verjährung  
„Eigenständige“ Pflichtverletzung?

Schiedsverfahren  
Bindung an Strafurteil

Spaltung  
Individueller Gläubigerschutz

Sonderüberstunden qua  
Betriebsvereinbarung

Personengesellschaften  
Steuroptimierung

Europäische Staatsanwaltschaft  
Betrugsbekämpfung auf Unionsebene

# Entgeltfortzahlung bei einvernehmlicher Auflösung während Dienstverhinderung – bleibt alles beim Alten?

*Nach dem Wortlaut von § 9 AngG und § 5 EFZG nF soll jede einvernehmliche Beendigung während einer oder im Hinblick auf eine Dienstverhinderung den Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung über das Ende des Dienstverhältnisses hinaus verpflichten. Auf den ersten Blick stellt dies aus Sicht der Arbeitgeber eine unsachliche Erweiterung der erfassten Beendigungsarten dar. Im Folgenden wird aufgezeigt, dass auch sehr gute Argumente für eine alternative Auslegung bestehen.*

DOMINIK STELLA

## A. Aktuelle Rechtslage

### 1. Rechtsgrundlagen

Dem Wesen des synallagmatischen Dienstvertrags (DV) entsprechend setzt der Entgelt- bzw Entgeltfortzahlungsanspruch des Dienstnehmers (DN) grundsätzlich den aufrechten Bestand des DV voraus. Wird das DV während einer Dienstverhinderung beendet, endet auch der Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Nur unter bestimmten Voraussetzungen sieht das Gesetz vor, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch über das Vertragsende hinaus fortbesteht: § 9 AngG und § 5 EFZG verpflichten den Dienstgeber (DG) zur Entgeltfortzahlung, wenn der DN während einer Dienstverhinderung, die auf Krankheit, Unfall, Berufskrankheit oder Arbeitsunfall beruht, gekündigt oder ohne wichtigen Grund entlassen wird oder der DG den vorzeitigen Austritt des DN verschuldet hat. Im Umkehrschluss erlischt die Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung mit dem Ende des DV, wenn es während des Krankenstands durch Zeitablauf, unberechtigten Austritt, berechtigte Entlassung, Auflösung während der Probezeit oder Kündigung des DN beendet wird. Den Bestimmungen kommt einseitig zwingende Wirkung zu;<sup>1)</sup> verschlechternde einzelvertragliche Regelungen sind daher unwirksam.

Primärer Zweck dieser Regelungen ist es, DG die Möglichkeit zu nehmen, sich durch (missbräuchliche) Beendigung der DV den Entgeltfortzahlungspflichten zu entziehen.<sup>2)</sup> Das gesetzlich zugeordnete wirtschaftliche Risiko der arbeitsleistungsfreien Zeit soll beim DG verbleiben. Dem entspricht auch die (derzeitige) Einschränkung, wonach der Entgeltfortzahlungsanspruch nur bei bestimmten – der Sphäre des DG zurechenbaren – Arten der Beendigung des DV über das Ende des DV hinaus gewahrt bleibt. Zugleich wird dadurch auch ein beschränkter Schutz des Arbeitsplatzes erzielt.<sup>3)</sup>

### 2. Einvernehmliche Auflösungen nach derzeitiger Rechtslage

Wenngleich nach wie vor strittig ist, ob die Aufzählung der in § 9 AngG und § 5 EFZG erfassten Be-

endigungsarten taxativ ist,<sup>4)</sup> herrscht Einigkeit darüber, dass bei einvernehmlichen Auflösungen der Entgeltfortzahlungsanspruch mit Beendigung des DV endet.<sup>5)</sup> Eine unmittelbare oder analoge Anwendung von § 9 AngG bzw § 5 EFZG auf einvernehmliche Auflösungen wird abgelehnt. Der in sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten für gewöhnlich äußerst restriktive VwGH hält etwa aussagekräftig fest, dass „die einvernehmliche Auflösung eine Beendigungsform ist, an welcher der Arbeitnehmer jedenfalls durch eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung mitwirken muss. (...) Insofern [besteht] keine solche Ähnlichkeit mit den in § 5 EFZG geregelten Fällen, dass aus gleichheitsrechtlicher Sicht dieselben Rechtsfolgen auf eine einvernehmliche Auflösung angewendet werden müssten, wie sie in § 5 EFZG für bestimmte einseitige Lösungserklärungen des Arbeitgebers angeordnet sind. § 5 EFZG enthält insofern auch keine – durch Analogie zu schließende – teleologische Lücke.“ Weiters bestehen nach Ansicht des VwGH auch vor dem Hintergrund des § 539 a ASVG keine Bedenken gegen eine einvernehmliche Auflösung während der Dienstverhinderung. Keinesfalls sei es nämlich „missbräuchlich oder wirtschaftlich ganz ungewöhnlich, die Auflösung eines Dienstverhältnisses nicht durch Kündigung zu verwirklichen, sondern durch eine Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und DN“.<sup>6)</sup>

Mag. Dominik Stella ist Rechtsanwaltsanwarter bei CMS Reich-Rohrwig Hainz. E-Mail: dominik.stella@cms-rrh.com

1) Vgl § 40 AngG und § 6 EFZG.

2) OGH 28. 1. 1998, 9 Oba 396/97 v.

3) Drs in ZellKomm<sup>2</sup> § 9 AngG mwN.

4) Vgl Rauch, Auflösung des Arbeitsverhältnisses während eines Krankenstandes, ASoK 2003, 410; Spitzl, Einvernehmliche Auflösung im Krankenstand, ecolex 2002, 196; M. Mayr in Adametz/Basalka/Krejci/M. Mayr/Stummvoll, EFZG § 2 Rz 1.

5) VwGH 23. 1. 2008, 2006/08/0325; 14. 4. 2010, 2007/08/0327; 27. 4. 2011, 2008/08/0176; LG Innsbruck 31. 3. 2008, 48 Cga 55/07 i; Holzer in Marhold/Burgstaller/Preyer (Hrsg), AngG (LoBla) § 9 Rz 3 mwN; Melzer-Azodanloo in Löschnigg (Hrsg), AngG § 9 Rz 11 mwN.

6) VwGH 23. 1. 2008, 2006/08/0325; 14. 4. 2010, 2007/08/0327; 27. 4. 2011, 2008/08/0176.

Eine (analoge) Anwendung von § 9 AngG und § 5 EFZG wird von Teilen der Lehre nur bei Vorliegen eines tatsächlichen Umgehungsgeschäfts befürwortet. So etwa bei vom DG initiierten einvernehmlichen Lösungen, insb iVm Wiedereinstellungszusagen, die zu einer sittenwidrigen Überwälzung des Lohnfortzahlungsrisikos auf den Krankenversicherungsträger führen würden.<sup>7)</sup> Da es den Parteien diesfalls am erforderlichen Beendigungswillen fehlt und diese bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ausschließlich eine Abdingung der entgeltrechtlichen Folgen der Dienstverhinderung beabsichtigen, sind solche Vereinbarungen nach Ansicht des VwGH nichtig.<sup>8)</sup> Ist dies der Fall, stellt sich in weiterer Folge die Frage, ob diese Nichtigkeit absolut<sup>9)</sup> oder bloß relativ gegenüber dem Krankenversicherungsträger gelten soll.<sup>10)</sup> Geht man mit einem Teil der Lehre von einer bloß relativen Nichtigkeit der einvernehmlichen Lösung und daher ihrer Rechtswirksamkeit gegenüber dem DN aus, würde die Umgehungshandlung konsequenterweise eine analoge Anwendung der Entgeltfortzahlungspflicht des DG über das Ende des DV hinaus verlangen, um den DN nicht sowohl um das Krankengeld als auch um die Entgeltfortzahlung umfallen zu lassen.<sup>11)</sup> Einige wenige Autoren stellen hingegen darauf ab, ob und inwieweit die jeweilige einvernehmliche Auflösung auf Initiative des DG erfolgte, und bejahen bei überwiegendem Interesse des DG die Entgeltfortzahlungsverpflichtung auch über den Endtermin hinaus.<sup>12)</sup> Drs befürwortet überdies eine Ausnahme vom Erlöschen der Entgeltfortzahlung bei einvernehmlicher Auflösung im Falle einer vom DG verschuldeten Arbeitsunfähigkeit.<sup>13)</sup>

Im Kern wird eine Entgeltfortzahlungspflicht über das Ende des DV hinaus derzeit daher nur dort diskutiert, wo die einvernehmliche Auflösung den in § 9 AngG und § 5 EFZG erfassten Beendigungsarten materiell gleichgelagert ist, etwa weil diese der Sphäre des DG zuzurechnen ist oder die Parteien eine Umgehung der zwingenden Vorschriften beabsichtigen. In allen anderen Fällen bleibt es jedoch bei der eingangs dargelegten Grundregel des Endes der Entgeltfortzahlungspflicht mit dem Lösungszeitpunkt.

## B. Neue Rechtslage

§ 9 AngG und § 5 EFZG nF sehen nun vor, dass „der Anspruch auf Entgeltfortzahlung auch bestehen [bleibt], wenn das Dienstverhältnis während einer Dienstverhinderung (...) oder im Hinblick auf eine Dienstverhinderung (...) einvernehmlich beendet wird“. Die Bestimmungen nehmen nach dem Wortlaut keine Rücksicht darauf, aus welchen Motiven oder auf wessen Initiative die einvernehmliche Auflösung geschlossen wird. Dies würde im Vergleich zur derzeitigen Rechtslage, wonach einvernehmliche Auflösungen nur bei Umgehungsabsicht zur Entgeltfortzahlungspflicht führen sollen oder dann, wenn diese der Sphäre des DG zuzurechnen sind, auf den ersten Blick eine unsachliche Ausdehnung der erfassten Beendigungsarten zu Lasten der DG darstellen. Ob der Gesetzgeber eine solche unsachliche Ausdehnung von § 9 AngG und § 5 EFZG beabsichtigte

oder bloß die bisherige Rsp – legistisch missglückt – festschreiben wollte, kann nicht nachvollzogen werden. Materialien, die einen Rückschluss auf den Willen des Gesetzgebers ermöglichen würden, sind ob des Initiativantrags nicht vorhanden.

Fest steht jedenfalls, dass eine solche Ausdehnung dem Zweck der Bestimmungen widersprechen würde, der einzig darin besteht, der Vernichtung von Entgeltfortzahlungsansprüchen durch DG-seitige Beendigungen vorzubeugen.<sup>14)</sup> Eine solche Vernichtung kann nämlich bereits dann nicht eintreten, wenn die Initiative zur einvernehmlichen Auflösung vom DN ausgeht, etwa weil dieser kurzfristig eine neue Stelle antreten möchte und die Kündigungsfristen nicht einhalten kann. Die Erfassung von DN-seitigen Auflösungen führt auch insofern zu einem unsachlichen Ergebnis, als im Fall einer DN-seitigen Kündigung der Entgeltfortzahlungsanspruch jedenfalls erlöschen, bei DG-seitigem Entgegenkommen durch Verzicht auf Einhaltung der Kündigungsfrist oder auf Schadenersatzansprüche infolge Nichteinhaltung der Kündigungsfrist oder -termine jedoch bestehen bleiben soll. Es ist aber auch sonst kein Grund denkbar, der eine Einbeziehung rechtfertigen würde. Weder bedürfen DN bei selbst initiiertem Auflösung des DV eines besonderen Schutzes durch den Gesetzgeber vor unüberlegten, voreiligen oder durch Sorge um den Arbeitsplatz oder die Arbeitsbedingungen beeinflussten Zugeständnissen („Drucktheorie“) noch haben sie aufgrund der finanziellen Absicherung durch den Krankenversicherungsträger eine Notlage zu befürchten. Gem § 122 Abs 1 lit b ASVG hat der DN nämlich auch dann Anspruch auf Krankengeld, wenn der Versicherungsfall vor dem auf das Ende der Versicherung nächstfolgenden Arbeitstag eingetreten ist. Die Leistungen sind in diesem Fall auch über das Ende der Versicherung hinaus zu gewähren, solange die Voraussetzungen für den Anspruch gegeben sind. Der DN erhält somit Krankengeld, obwohl die Beitragspflicht des DG aufgrund der einvernehmlichen Auflösung des DV endet.

- 7) VwGH 14. 4. 2010, 2007/08/0327; 27. 4. 2011, 2008/08/0176 und 0177; *Binder*, Die Verzahnung von Arbeits- und Zivilrecht dargestellt anhand von Umgehungskonstruktionen und des allgemeinen Leistungsverweigerungsrechts, ZAS 2008, 166; *Kohlbacher*, Fortbestehen der SV-Beitragspflicht bei einvernehmlicher Auflösung im Krankenstand mit gleichzeitiger Wiedereinstellungszusage, ASoK 2011, 17; *Radner*, Die Unterbrechung des Arbeitsverhältnisses während des Krankenstandes, DRdA 2004, 280; *Geiblinger*, Die einvernehmliche Auflösung als Umgehung der Entgeltfortzahlungspflicht, ASoK 2012, 179; *Reissner*, Arbeitsvertragsbeendigung und Krankenstand, in *Resch* (Hrsg), Krankenstand (2007) 41 (63); *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 9 Rz 3.
- 8) VwGH 27. 4. 2011, 2008/08/0176; 14. 4. 2010, 2007/08/0327.
- 9) *Radner*, DRdA 2004, 280; *Geiblinger*, ASoK 2012, 179; *Aschauer/Kohlbacher*, Einvernehmliche Auflösung im Krankenstand – Deckmantel zur Umgehung sozialversicherungsrechtlicher Beitragspflicht? Jahrbuch Sozialversicherungsrecht 2011, 93.
- 10) *Reissner*, Arbeitsvertragsbeendigung 63.
- 11) Zutreffend *Holzer* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 9 Rz 3.
- 12) So etwa *Löschnigg*, E-Bespr VwGH 23. 4. 2003, 99/08/0035, DRdA 2004, 156; *Reissner*, Arbeitsvertragsbeendigung 63.
- 13) *Drs* in *ZellKomm*<sup>2</sup> § 9 AngG Rz 15.
- 14) RIS-Justiz RS0109426.

Gleichermaßen ist nicht nachvollziehbar, warum einvernehmliche Auflösungen, die im beiderseitigem Interesse geschlossen werden, zur Entgeltfortzahlung verpflichtet werden sollen. Dies lässt sich an folgendem Beispiel verdeutlichen: DN und DG schließen ein mehrmonatiges, befristetes DV zur Probe. Einvernehmlich gelangt man zur Ansicht, dass eine Weiterbeschäftigung nicht sinnvoll ist. Auch hier ist kein Grund dafür ersichtlich, DG zur Entgeltfortzahlung zu verpflichten. Für diese Ansicht spricht auch der folgende Umstand: Nach § 9 Abs 3 AngG endet der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Beendigung des DV infolge Zeitablaufs während der Dienstverhinderung. Fest steht, dass ein unbefristetes DV im Rahmen der Privatautonomie jederzeit einvernehmlich in ein befristetes umgewandelt werden kann. Vereinbaren DN und DG während einer Dienstverhinderung, dass das DV zu einem bestimmten Zeitpunkt in der Zukunft auslaufen soll, und besteht die Dienstverhinderung in diesem Zeitpunkt fort, endet die Entgeltfortzahlungspflicht des DG. Materiell besteht nun kein Unterschied zwischen der Umwandlung in ein befristetes DV und einer einvernehmlichen Auflösung zu einem bestimmten Datum in der Zukunft, dennoch sollen DG nach dem Wortlaut nur im zweiten Fall zur Entgeltfortzahlung verpflichtet werden.

Die Einbeziehung von sämtlichen einvernehmlichen Auflösungen erscheint somit willkürlich und sachlich ungerechtfertigt. Der überschießende Wortlaut von § 9 AngG und § 5 EFZG nF ist daher teleologisch auf jene einvernehmlichen Auflösungen zu reduzieren, die auf Initiative des DG geschlossen werden und daher den derzeit erfassten Beendigungsarten DG-Kündigung, unberechtigte Entlassung und berechtigter Austritt materiell gleichgelagert sind.<sup>15)</sup> Dass ein subjektives Element auf Seiten des DG notwendig ist, wird auch durch die Wendung „im Hinblick auf eine Dienstverhinderung“ untermauert. Schon bisher erweitern Teile der Lehre<sup>16)</sup> den zeitlichen Schutzbereich des § 9 AngG dadurch, dass sie eine Entgeltfortzahlungspflicht nicht nur bei Beendigungen durch den DG während einer Dienstverhin-

derung annehmen, sondern analog auch dann, wenn die Dienstverhinderung offenkundig bevorsteht oder ihr Eintritt angekündigt wurde (zB bei Kündigung anlässlich der Bekanntgabe eines Kuraufenthalts oder einer Operation). Dem ist vollinhaltlich zuzustimmen, könnte doch sonst die Entgeltfortzahlungspflicht durch den DG bereits durch geringe zeitliche Verlagerung der Beendigungserklärung umgangen werden.

### C. Fazit

Zusammenfassend deutet vieles darauf hin, dass der Gesetzgeber beabsichtigte, die bisherige Entwicklung in der Rsp nachzubilden, dabei jedoch über die Grenzen legislativ hinausschoss. Die gesetzliche Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung auch dann, wenn das DV auf Initiative des DN oder aus beiderseitigem Interesse beendet wurde, ist sachlich nicht gerechtfertigt und überschießend. Der Wortlaut von § 9 AngG und § 5 EFZG ist teleologisch auf jene einvernehmlichen Beendigungen zu reduzieren, die aus der Sphäre des DG stammen und den derzeit erfassten Beendigungsarten gleichgelagert sind. Gerechtfertigt erscheint weiters, jene Fälle zu erfassen, in denen die Parteien eine Überwälzung des wirtschaftlichen Risikos auf den Krankenversicherungsträger beabsichtigen. Die große Aufregung um die neuen Tatbestände des § 9 AngG und § 5 EFZG ist nicht geboten, bestehen doch gute Gründe dafür, dass alles beim Alten bleibt. Andernfalls wäre jeder DG gut beraten, dem Wunsch des DN auf einvernehmliche Beendigung des DV, aus welchem Grund auch immer, nicht zuzustimmen. Faktisch würde dies die Notwendigkeit einer DN-Kündigung mit allen daran geknüpften Folgen bedeuten. Dass der Gesetzgeber einen solchen mittelbaren Druck auf die DN ausüben wollte, ist nicht vorstellbar.

15) RIS-Justiz RS0008979.

16) *Holzer in Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 9 Rz 6; *Drs in Zell-Komm<sup>2</sup> § 9 AngG Rz 21*; *Drs*, Kündigung während des Krankenzustandes, RdW 2004, 742.