

TE Bvwg Erkenntnis 2022/6/1 W167 2236075-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.06.2022

Entscheidungsdatum

01.06.2022

Norm

ASVG §735

B-VG Art133 Abs4

1. ASVG § 735 gültig von 30.12.2022 bis 30.06.2023 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 69/2023
2. ASVG § 735 gültig von 20.07.2022 bis 29.12.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 108/2022
3. ASVG § 735 gültig von 11.06.2022 bis 19.07.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 81/2022
4. ASVG § 735 gültig von 01.04.2022 bis 10.06.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 32/2022
5. ASVG § 735 gültig von 03.12.2021 bis 31.03.2022 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 197/2021
6. ASVG § 735 gültig von 01.07.2021 bis 02.12.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2021
7. ASVG § 735 gültig von 29.01.2021 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 28/2021
8. ASVG § 735 gültig von 01.01.2021 bis 28.01.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/2020
9. ASVG § 735 gültig von 01.06.2020 bis 31.12.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2020
10. ASVG § 735 gültig von 06.05.2020 bis 31.05.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 54/2020
11. ASVG § 735 gültig von 06.05.2020 bis 05.05.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 31/2020
12. ASVG § 735 gültig von 05.04.2020 bis 05.05.2020 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 23/2020
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

Spruch

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag.a Daria MACA-DAASE als Einzelrichterin über die Beschwerde der XXXX , vertreten durch XXXX , gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse vom XXXX , zu Recht: Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Mag.a Daria MACA-DAASE als Einzelrichterin über die Beschwerde der römisch 40 , vertreten durch römisch 40 , gegen den Bescheid der Österreichischen Gesundheitskasse vom römisch 40 , zu Recht:

A)

Die Beschwerde wird gemäß § 28 Abs. 1 und 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) als unbegründet abgewiesen. Die Beschwerde wird gemäß Paragraph 28, Absatz eins und 2 des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG) als unbegründet abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

„

Text

Entscheidungsgründe:, Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

1. Die Beschwerdeführerin stellte am XXXX den gegenständlichen Antrag auf Erstattung des zu leistenden Entgelts, der abzuführenden Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge gemäß § 735 Abs. 4 ASVG betreffend die Freistellung des Dienstnehmers XXXX (im Folgenden: Dienstnehmer) für den Zeitraum XXXX. Als Beilagen übermittelte die Beschwerdeführerin das Lohnkonto des Dienstnehmers und ein COVID-19-Risiko-Attest vom XXXX. 1. Die Beschwerdeführerin stellte am römisch 40 den gegenständlichen Antrag auf Erstattung des zu leistenden Entgelts, der abzuführenden Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge gemäß Paragraph 735, Absatz 4, ASVG betreffend die Freistellung des Dienstnehmers römisch 40 (im Folgenden: Dienstnehmer) für den Zeitraum römisch 40. Als Beilagen übermittelte die Beschwerdeführerin das Lohnkonto des Dienstnehmers und ein COVID-19-Risiko-Attest vom römisch 40.

2. Die Österreichische Gesundheitskasse (im Folgenden: ÖGK) teilte der Beschwerdeführerin daraufhin mit, dass eine Erstattung gemäß § 735 Abs. 4 ASVG nur für einen Zeitraum beginnend ab 06.05.2020 möglich sei. Daher habe man dem Antrag nur teilweise stattgeben können und für den Zeitraum XXXX eine entsprechende Erstattung veranlasst. Für den Zeitraum XXXX sei nach Ablauf des Kalendermonats eine neuerliche Antragstellung erforderlich. 2. Die Österreichische Gesundheitskasse (im Folgenden: ÖGK) teilte der Beschwerdeführerin daraufhin mit, dass eine Erstattung gemäß Paragraph 735, Absatz 4, ASVG nur für einen Zeitraum beginnend ab 06.05.2020 möglich sei. Daher habe man dem Antrag nur teilweise stattgeben können und für den Zeitraum römisch 40 eine entsprechende Erstattung veranlasst. Für den Zeitraum römisch 40 sei nach Ablauf des Kalendermonats eine neuerliche Antragstellung erforderlich.

3. Mit Bescheid vom XXXX wies die ÖGK den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erstattung gemäß § 735 Abs. 5 ASVG betreffend die Freistellung des genannten Dienstnehmers für den Zeitraum XXXX ab. 3. Mit Bescheid vom römisch 40 wies die ÖGK den Antrag der Beschwerdeführerin auf Erstattung gemäß Paragraph 735, Absatz 5, ASVG betreffend die Freistellung des genannten Dienstnehmers für den Zeitraum römisch 40 ab.

Nach Wiedergabe des unstrittigen Sachverhalts führte die ÖGK in der rechtlichen Beurteilung aus, dass für Zeiträume bis 05.05.2020 ein Anspruch auf Freistellung von Arbeitsleistung und Fortzahlung des Entgelts gegenüber dem Dienstgeber nur nach Information des Betroffenen durch den Krankenversicherungsträger über seine Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe auf Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe durch die Expertengruppe und

Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests durch den behandelnden Arzt erwachse. Dies sei auch Voraussetzung für die Erstattung nach § 735 Abs. 5 ASVG idF BGBl. I Nr. 23/2002. Angesichts dessen, dass bis 05.05.2020 keine Definition der COVID-19-Risikogruppe durch die Expertengruppe erfolgt sei und kein auf Grundlage dieser Definition zu erstellendes Informationsschreiben über die Zuordnung zur allgemeinen Risikogruppe ergangen sei, habe es auch nicht zu einer rechtlich relevanten Ausstellung eines Risikoattests kommen können. Erst seit dem Inkrafttreten des § 735 ASVG idF BGBl. I Nr. 31/2020 und der diesbezüglichen Verordnung mit 06.05.2020 sei die Möglichkeit der Vorlage eines COVID-19-Risiko-Attests der betroffenen Person beim Dienstgeber mit der Rechtsfolge der Freistellung unter den im Gesetz angeführten Voraussetzungen und dem daraus resultierenden Erstattungsanspruch gegeben. Nach Wiedergabe des unstrittigen Sachverhalts führte die ÖGK in der rechtlichen Beurteilung aus, dass für Zeiträume bis 05.05.2020 ein Anspruch auf Freistellung von Arbeitsleistung und Fortzahlung des Entgelts gegenüber dem Dienstgeber nur nach Information des Betroffenen durch den Krankenversicherungsträger über seine Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe auf Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe durch die Expertengruppe und Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests durch den behandelnden Arzt erwachse. Dies sei auch Voraussetzung für die Erstattung nach Paragraph 735, Absatz 5, ASVG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 23 aus 2002., Angesichts dessen, dass bis 05.05.2020 keine Definition der COVID-19-Risikogruppe durch die Expertengruppe erfolgt sei und kein auf Grundlage dieser Definition zu erstellendes Informationsschreiben über die Zuordnung zur allgemeinen Risikogruppe ergangen sei, habe es auch nicht zu einer rechtlich relevanten Ausstellung eines Risikoattests kommen können. Erst seit dem Inkrafttreten des Paragraph 735, ASVG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 31 aus 2020, und der diesbezüglichen Verordnung mit 06.05.2020 sei die Möglichkeit der Vorlage eines COVID-19-Risiko-Attests der betroffenen Person beim Dienstgeber mit der Rechtsfolge der Freistellung unter den im Gesetz angeführten Voraussetzungen und dem daraus resultierenden Erstattungsanspruch gegeben.

4. Gegen diesen Bescheid erhob die vertretene Beschwerdeführerin fristgerecht Beschwerde und führte aus, dass für den abgewiesenen Zeitraum ihrer Ansicht nach § 735 ASVG idF vom 05.04.2020 (BGBl. Nr. 23/2020) anzuwenden sei und die dort angeführten Voraussetzungen erfüllt seien. Der Dienstnehmer habe keine Benachrichtigung des Krankenversicherungsträgers erhalten. Laut Information der ÖGK habe der Krankenversicherungsträger zu diesem Zeitpunkt nicht die erforderlichen Ressourcen gehabt, um alle Risikopatienten zu informieren. Es wird auf ein Zitat auf der Website der ÖGK mit dem Titel „Auszug: Ich bin Risikopatient, habe aber kein Schreiben bekommen“ verwiesen. Auf Grund dieser Information ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin auch für den abgewiesenen Zeitraum einen Anspruch auf Erstattung für den angeführten Dienstnehmer habe, da ein entsprechendes Attest vorliege. 4. Gegen diesen Bescheid erhob die vertretene Beschwerdeführerin fristgerecht Beschwerde und führte aus, dass für den abgewiesenen Zeitraum ihrer Ansicht nach Paragraph 735, ASVG in der Fassung vom 05.04.2020 Bundesgesetzblatt Nr. 23 aus 2020,) anzuwenden sei und die dort angeführten Voraussetzungen erfüllt seien. Der Dienstnehmer habe keine Benachrichtigung des Krankenversicherungsträgers erhalten. Laut Information der ÖGK habe der Krankenversicherungsträger zu diesem Zeitpunkt nicht die erforderlichen Ressourcen gehabt, um alle Risikopatienten zu informieren. Es wird auf ein Zitat auf der Website der ÖGK mit dem Titel „Auszug: Ich bin Risikopatient, habe aber kein Schreiben bekommen“ verwiesen. Auf Grund dieser Information ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin auch für den abgewiesenen Zeitraum einen Anspruch auf Erstattung für den angeführten Dienstnehmer habe, da ein entsprechendes Attest vorliege.

Die Beschwerdeführerin beantragte die Erstattung für den abgewiesenen Zeitraum von XXXX Die Beschwerdeführerin beantragte die Erstattung für den abgewiesenen Zeitraum von römisch 40

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen: römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Dienstnehmer wurde im Zeitraum von XXXX von seiner Arbeitsleistung im Ausmaß von 100% freigestellt. Die Beschwerdeführerin leistete in diesem Zeitraum eine Entgeltfortzahlung in voller Höhe. Der Dienstnehmer wurde im Zeitraum von römisch 40 von seiner Arbeitsleistung im Ausmaß von 100% freigestellt. Die Beschwerdeführerin leistete in diesem Zeitraum eine Entgeltfortzahlung in voller Höhe.

Am XXXX stellte der behandelnde Allgemeinmediziner dem Dienstnehmer ein als „Attest“ betitelttes Schreiben mit folgendem Text aus: Am römisch 40 stellte der behandelnde Allgemeinmediziner dem Dienstnehmer ein als „Attest“ betitelttes Schreiben mit folgendem Text aus:

„Hiermit wird ärztlich bestätigt, dass [der Dienstnehmer], [Sozialversicherungsnummer], aufgrund der individuellen gesundheitlichen Situation derzeit ein erhöhtes Risiko hat, im Falle einer COVID 19 Infektion einen schweren Krankheitsverlauf durchzumachen.

Dadurch wird eine Zugehörigkeit zu einer COVID-19-Risikogruppe begründet.

[Angaben zum ausstellenden Arzt und Unterschrift]

Hinweis:

Es wird darauf hingewiesen, dass die im vorliegenden COVID-19-Risiko-Attest vorgenommene ärztliche Feststellung anhand der „Empfehlung des BMSGPK zur Erstellung einer individuellen COVID-19 Risikoanalyse bezüglich eines schweren Krankheitsverlaufs“ vorgenommen wurde.

Diese Einschätzung der Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe trifft keine Aussage über ein individuelles Infektionsrisiko sowie über die tatsächliche Schwere einer möglichen künftigen Erkrankung an COVID-19.“

Am XXXX stellte die Beschwerdeführerin gegenständlichen Antrag auf Erstattung des geleisteten Entgelts sowie der Steuern, Abgaben und Beiträge für COVID-19-Risiko-Freistellung gemäß § 735 Abs. 4 ASVG betreffend den Zeitraum XXXX . Am römisch 40 stellte die Beschwerdeführerin gegenständlichen Antrag auf Erstattung des geleisteten Entgelts sowie der Steuern, Abgaben und Beiträge für COVID-19-Risiko-Freistellung gemäß Paragraph 735, Absatz 4, ASVG betreffend den Zeitraum römisch 40 .

2. Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus dem Verfahrensakt der ÖGK (insb. dem im Akt einliegenden COVID-19-Risiko-Attest vom XXXX), sowie den von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen Feststellungen des angefochtenen Bescheides. Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifelsfrei aus dem Verfahrensakt der ÖGK (insb. dem im Akt einliegenden COVID-19-Risiko-Attest vom römisch 40), sowie den von der Beschwerdeführerin nicht bestrittenen Feststellungen des angefochtenen Bescheides.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu A) Abweisung der Beschwerde

3.1. Rechtsgrundlagen

§ 735 ASVG idFBGBl. I Nr. 23/2020 (3. COVID-19-Gesetz) trat mit 05.04.2020 in Kraft und lautet (auszugsweise): Paragraph 735, ASVG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 23 aus 2020, (3. COVID-19-Gesetz) trat mit 05.04.2020 in Kraft und lautet (auszugsweise):

„(1) Der Krankenversicherungsträger hat einen Dienstnehmer oder Lehrling (im Folgenden: Betroffener) über seine Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe zu informieren. Die Definition dieser allgemeinen Risikogruppe, die sich nach medizinischen Erkenntnissen und wenn möglich aus der Einnahme von Arzneimitteln herleitet, erfolgt durch eine Expertengruppe, die das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz und das Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend einrichtet. Der Expertengruppe gehören jeweils 3 Experten des Ministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, des Dachverbandes der Sozialversicherungsträger und der Ärztekammer und ein Experte des Bundesministeriums für Arbeit, Familie und Jugend an.

(2) Der den Betroffenen behandelnde Arzt hat infolge dieser allgemeinen Information des Krankenversicherungsträgers dessen individuelle Risikosituation zu beurteilen und gegebenenfalls ein Attest über die Zuordnung des Betroffenen zur COVID-19-Risikogruppe auszustellen (COVID-19-Risiko-Attest).

(3) Legt ein Betroffener seinem Dienstgeber dieses COVID-19-Risiko-Attest vor, hat er Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung und Fortzahlung des Entgelts, außer

1. der Betroffene kann seine Arbeitsleistung in der Wohnung erbringen (Homeoffice) oder

2. die Bedingungen für die Erbringung seiner Arbeitsleistung in der Arbeitsstätte können durch geeignete Maßnahmen so gestaltet werden, dass eine Ansteckung mit COVID-19 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist; dabei sind auch Maßnahmen für den Arbeitsweg mit einzubeziehen.

3. eine Kündigung die wegen der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung ausgesprochen wird, kann bei Gericht angefochten werden.

Die Freistellung kann bis längstens 30. April 2020 dauern. Dauert die COVID-19-Krisensituation über den 30. April 2020 hinaus an, so hat die Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung den Zeitraum, in dem eine Freistellung möglich ist, zu verlängern, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2020.

[...]

(5) Der Dienstgeber mit Ausnahme des Dienstgebers Bund hat Anspruch auf Erstattung des an den Dienstnehmer bzw. Lehrling geleisteten Entgelts sowie der Dienstgeberanteile am Sozialversicherungsbeitrag, Arbeitslosenversicherungsbeitrag und sonstigen Beiträgen durch den Krankenversicherungsträger. Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung beim Krankenversicherungsträger einzubringen. Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die daraus resultierenden Aufwendungen zu ersetzen. [...]"

§ 735 ASVG idFBGBl. I Nr. 31/2020 (9. COVID-19-Gesetz) trat mit 06.05.2020 in Kraft und lautet (auszugsweise): Paragraph 735, ASVG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 31 aus 2020, (9. COVID-19-Gesetz) trat mit 06.05.2020 in Kraft und lautet (auszugsweise):

„(1) Der Dachverband hat einen Dienstnehmer, eine geringfügig beschäftigte Person oder einen Lehrling (im Folgenden: betroffene Person) über seine Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe zu informieren. Die Definition dieser allgemeinen Risikogruppe, die insbesondere schwere Erkrankungen zu berücksichtigen hat und sich aus medizinischen Erkenntnissen und wenn möglich aus der Einnahme von Arzneimitteln herleitet, ist durch Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz im Einvernehmen mit der Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend auf Grundlage der Empfehlung einer Expertengruppe, die das Bundesministerium für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz und das Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend einrichten, festzulegen. Der Expertengruppe gehören jeweils drei Experten des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz, des Dachverbandes und der Österreichischen Ärztekammer sowie ein Experte des Bundesministeriums für Arbeit, Familie und Jugend an. Die Verordnung kann rückwirkend mit dem Tag der Kundmachung dieses Bundesgesetzes in Kraft treten.

(2) Der die betroffene Person behandelnde Arzt hat nach Vorlage des Informationsschreibens auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Abs. 1 die individuelle Risikosituation der betroffenen Person zu beurteilen und gegebenenfalls ein Attest ohne Angabe von Diagnosen über die Zugehörigkeit zur Risikogruppe auszustellen (COVID-19-Risiko-Attest). Die Beurteilung der individuellen Risikosituation auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Abs. 1 und die damit zusammenhängende Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests ist auch unabhängig davon zulässig, dass die betroffene Person ein Informationsschreiben durch den Dachverband nach Abs. 1 erhalten hat.(2) Der die betroffene Person behandelnde Arzt hat nach Vorlage des Informationsschreibens auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Absatz eins, die individuelle Risikosituation der betroffenen Person zu beurteilen und gegebenenfalls ein Attest ohne Angabe von Diagnosen über die Zugehörigkeit zur Risikogruppe auszustellen (COVID-19-Risiko-Attest). Die Beurteilung der individuellen Risikosituation auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Absatz eins und die damit zusammenhängende Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests ist auch unabhängig davon zulässig, dass die betroffene Person ein Informationsschreiben durch den Dachverband nach Absatz eins, erhalten hat.

(3) Legt eine betroffene Person ihrem Dienstgeber dieses COVID-19-Risiko-Attest vor, so hat sie Anspruch auf Freistellung von der Arbeitsleistung und Fortzahlung des Entgelts, außer

1. die betroffene Person kann ihre Arbeitsleistung in der Wohnung erbringen (Homeoffice) oder

2. die Bedingungen für die Erbringung ihrer Arbeitsleistung in der Arbeitsstätte können durch geeignete Maßnahmen so gestaltet werden, dass eine Ansteckung mit COVID-19 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist; dabei sind auch Maßnahmen für den Arbeitsweg mit einzubeziehen.

Die Freistellung kann bis längstens 31. Mai 2020 dauern. Dauert die COVID-19-Krisensituation über den 31. Mai 2020 hinaus an, so hat die Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung den Zeitraum, in dem eine Freistellung

möglich ist, zu verlängern, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2020. Eine Kündigung, die wegen der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung ausgesprochen wird, kann bei Gericht angefochten werden. (Anm. 1) Die Freistellung kann bis längstens 31. Mai 2020 dauern. Dauert die COVID-19-Krisensituation über den 31. Mai 2020 hinaus an, so hat die Bundesministerin für Arbeit, Familie und Jugend im Einvernehmen mit dem Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz durch Verordnung den Zeitraum, in dem eine Freistellung möglich ist, zu verlängern, längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2020. Eine Kündigung, die wegen der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung ausgesprochen wird, kann bei Gericht angefochten werden. Anmerkung 1)

(4) Der Dienstgeber hat Anspruch auf Erstattung des an den Dienstnehmer bzw. Lehrling zu leistenden Entgelts, der für diesen Zeitraum abzuführenden Steuern und Abgaben sowie der zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge, Arbeitslosenversicherungsbeiträge und sonstigen Beiträge durch den Krankenversicherungsträger, unabhängig davon, von welcher Stelle diese einzuheben bzw. an welche Stelle diese abzuführen sind. Von diesem Erstattungsanspruch sind politische Parteien und sonstige juristische Personen öffentlichen Rechts, ausgenommen jene, die wesentliche Teile ihrer Kosten über Leistungsentgelte finanzieren und am Wirtschaftsleben teilnehmen, ausgeschlossen. Der Antrag auf Ersatz ist spätestens sechs Wochen nach dem Ende der Freistellung unter Vorlage der entsprechenden Nachweise beim Krankenversicherungsträger einzubringen. Der Bund hat dem Krankenversicherungsträger die daraus resultierenden Aufwendungen aus dem COVID-19 Krisenbewältigungsfonds zu ersetzen. [...]“

Die folgende durch das BGBl. I Nr. 54/2020 vorgenommene Novellierung des § 735 ASVG trat gemäß § 737 Abs. 4 ASVG rückwirkend mit 06.05.2020 in Kraft: Die folgende durch das Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 54 aus 2020, vorgenommene Novellierung des Paragraph 735, ASVG trat gemäß Paragraph 737, Absatz 4, ASVG rückwirkend mit 06.05.2020 in Kraft:

Im § 735 Abs. 4 erster Satz wird der Ausdruck „Dienstnehmer bzw. Lehrling“ durch den Ausdruck „Dienstnehmer, die geringfügig beschäftigte Person bzw. den Lehrling“ ersetzt. Im Paragraph 735, Absatz 4, erster Satz wird der Ausdruck „Dienstnehmer bzw. Lehrling“ durch den Ausdruck „Dienstnehmer, die geringfügig beschäftigte Person bzw. den Lehrling“ ersetzt.

Die Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über die Definition der allgemeinen COVID-19-Risikogruppe (COVID-19-Risikogruppe-Verordnung), BGBl. II Nr. 203/2020, lautet auszugsweise: Die Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über die Definition der allgemeinen COVID-19-Risikogruppe (COVID-19-Risikogruppe-Verordnung), Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 203 aus 2020, lautet auszugsweise:

§ 1. (1) Diese Verordnung regelt die Definition der allgemeinen COVID-19-Risikogruppe. Paragraph eins, (1) Diese Verordnung regelt die Definition der allgemeinen COVID-19-Risikogruppe.

(2) COVID-19-Risiko-Atteste nach § 735 Abs. 2 ASVG bzw. § 258 Abs. 2 B-KUVG dürfen nur auf (2) COVID-19-Risiko-Atteste nach Paragraph 735, Absatz 2, ASVG bzw. Paragraph 258, Absatz 2, B-KUVG dürfen nur auf

Grundlage der nach § 2 geregelten medizinischen Indikationen ausgestellt werden Grundlage der nach Paragraph 2, geregelten medizinischen Indikationen ausgestellt werden.

§ 2 (1) Medizinische Indikationen für die Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe nach § 735 Abs. 1 ASVG bzw. § 258 Abs. 1 B-KUVG sind: Paragraph 2, (1) Medizinische Indikationen für die Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe nach Paragraph 735, Absatz eins, ASVG bzw. Paragraph 258, Absatz eins, B-KUVG sind:

[...]

(2) Abgesehen von den in Abs. 1 genannten medizinischen Indikationen ist die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests nur dann zulässig, wenn sonstige schwere Erkrankungen mit funktionellen oder körperlichen Einschränkungen vorliegen, die einen ebenso schweren Krankheitsverlauf von COVID-19 wie bei den in Abs. 1 gelisteten Krankheitsbildern annehmen lassen. Dies ist von dem/der das COVID-19-Risiko-Attest ausstellenden Arzt/Ärztin in seinen/ihren Aufzeichnungen entsprechend zu begründen und zu dokumentieren. (2) Abgesehen von den in Absatz eins, genannten medizinischen Indikationen ist die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests nur dann zulässig, wenn sonstige schwere Erkrankungen mit funktionellen oder körperlichen Einschränkungen vorliegen, die einen ebenso

schweren Krankheitsverlauf von COVID-19 wie bei den in Absatz eins, gelisteten Krankheitsbildern annehmen lassen. Dies ist von dem/der das COVID-19-Risiko-Attest ausstellenden Arzt/Ärztin in seinen/ihren Aufzeichnungen entsprechend zu begründen und zu dokumentieren.

Inkrafttreten

§ 3. Diese Verordnung tritt mit 6. Mai 2020 in Kraft. COVID-19-Risiko-Atteste können erstmals mit Wirksamkeit ab diesem Zeitpunkt ausgestellt werden.“Paragraph 3, Diese Verordnung tritt mit 6. Mai 2020 in Kraft. COVID-19-Risiko-Atteste können erstmals mit Wirksamkeit ab diesem Zeitpunkt ausgestellt werden.“

3.2. Daraus folgt für die gegenständliche Beschwerde

Im vorliegenden Fall ist strittig, ob die Beschwerdeführerin auch für den Zeitraum vor dem 06.05.2020 einen Anspruch auf Erstattung des an den Dienstnehmer im Zeitraum der Freistellung geleisteten Entgelts (samt der für diesen Zeitraum abzuführenden Steuern und Abgaben sowie der zu entrichtenden Sozialversicherungsbeiträge, Arbeitslosenversicherungsbeiträge und sonstigen Beiträge durch den Krankenversicherungsträger) hat.

3.2.1. Eingangs ist festzuhalten, dass die jeweiligen Rechtsgrundlagen zeitraumbezogen anzuwenden sind. Im vorliegenden Fall ist nämlich im Hinblick auf das Konzept des § 735 ASVG zunächst zu prüfen, ob ein Anspruch des Dienstnehmers auf Freistellung bestand, da dieser Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch des Dienstgebers ist. Da die Feststellung eines solchen Freistellungsanspruches eine zeitraumbezogene Feststellung ist, ist sie sowohl hinsichtlich der Sachlage als auch der Rechtslage zeitraumbezogen zu beurteilen. Zudem ist festzuhalten, dass im 9. COVID-19-Gesetz explizit das rückwirkende Inkrafttreten der Änderung des § 735 Abs. 4 ASVG mit 06.05.2020 angeordnet wurde. Dass der Gesetzgeber dies für nötig erachtet hat, legt ebenfalls nahe, dass von einer zeitraumbezogenen Anwendung der gegenständlichen Bestimmung ausgegangen wird. 3.2.1. Eingangs ist festzuhalten, dass die jeweiligen Rechtsgrundlagen zeitraumbezogen anzuwenden sind. Im vorliegenden Fall ist nämlich im Hinblick auf das Konzept des Paragraph 735, ASVG zunächst zu prüfen, ob ein Anspruch des Dienstnehmers auf Freistellung bestand, da dieser Voraussetzung für einen Erstattungsanspruch des Dienstgebers ist. Da die Feststellung eines solchen Freistellungsanspruches eine zeitraumbezogene Feststellung ist, ist sie sowohl hinsichtlich der Sachlage als auch der Rechtslage zeitraumbezogen zu beurteilen. Zudem ist festzuhalten, dass im 9. COVID-19-Gesetz explizit das rückwirkende Inkrafttreten der Änderung des Paragraph 735, Absatz 4, ASVG mit 06.05.2020 angeordnet wurde. Dass der Gesetzgeber dies für nötig erachtet hat, legt ebenfalls nahe, dass von einer zeitraumbezogenen Anwendung der gegenständlichen Bestimmung ausgegangen wird.

Dem Beschwerdevorbringen ist damit insofern zu folgen, als auch nach Ansicht des Gerichts für den in der gegenständlichen Beschwerde strittigen Zeitraum § 735 ASVG idF BGBl. I Nr. 23/2020 (3. COVID-19-Gesetz) maßgeblich ist, der mit 05.04.2020 in Kraft getreten ist. Ein Freistellungs- und Erstattungsanspruch für den Zeitraum vor dem 05.04.2020 kommt damit jedenfalls nicht in Betracht. Dem Beschwerdevorbringen ist damit insofern zu folgen, als auch nach Ansicht des Gerichts für den in der gegenständlichen Beschwerde strittigen Zeitraum Paragraph 735, ASVG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 23 aus 2020, (3. COVID-19-Gesetz) maßgeblich ist, der mit 05.04.2020 in Kraft getreten ist. Ein Freistellungs- und Erstattungsanspruch für den Zeitraum vor dem 05.04.2020 kommt damit jedenfalls nicht in Betracht.

3.2.2. In der rechtlichen Begründung des angefochtenen Bescheides wird ausgeführt, dass der Freistellungs- und Erstattungsanspruch iSd § 735 Abs. 5 ASVG idF des 3. COVID-19-Gesetzes grundsätzlich voraussetze, dass seitens des Krankenversicherungsträgers ein Informationsschreiben auf Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe durch die Expertengruppe ergangen sei. Dies sei erforderlich um nach dessen Vorlage beim behandelnden Arzt gegebenenfalls ein Attest über die Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe (COVID-19-Risiko-Attest) erlangen zu können. 3.2.2. In der rechtlichen Begründung des angefochtenen Bescheides wird ausgeführt, dass der Freistellungs- und Erstattungsanspruch iSd Paragraph 735, Absatz 5, ASVG in der Fassung des 3. COVID-19-Gesetzes grundsätzlich voraussetze, dass seitens des Krankenversicherungsträgers ein Informationsschreiben auf Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe durch die Expertengruppe ergangen sei. Dies sei erforderlich um nach dessen Vorlage beim behandelnden Arzt gegebenenfalls ein Attest über die Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe (COVID-19-Risiko-Attest) erlangen zu können.

Dass ein solches Informationsschreiben unbedingt erforderlich sei, stellte die Beschwerdeführerin unter Verweis auf eine Information auf der Homepage der ÖGK in Frage. Aus den folgenden Erwägungen ist der im Bescheid

angeführten Rechtsansicht der ÖGK betreffend das Informationsschreiben nicht zu folgen:

Für die Rechtslage ab dem 06.05.2020 wurde durch den Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten, dass das Informationsschreiben kein konstitutives Element für die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests ist. Gemäß § 735 Abs. 2 zweiter Satz ASVG idF des 9. COVID-19-Gesetzes ist die Beurteilung der individuellen Risikosituation auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Abs. 1 und die damit zusammenhängende Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests auch unabhängig davon zulässig, dass die betroffene Person ein Informationsschreiben durch den Dachverband nach Abs. 1 erhalten hat. In der Weisung des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz zur Umsetzung des Informationsschreibens an Dienstnehmer und Lehrlinge über deren Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe gemäß § 735 (1) ASVG bzw. gleichlautend § 258 B-KUVG und weiteres Prozedere vom 23.04.2020 wird zudem festgehalten: Für die Rechtslage ab dem 06.05.2020 wurde durch den Gesetzgeber ausdrücklich festgehalten, dass das Informationsschreiben kein konstitutives Element für die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests ist. Gemäß Paragraph 735, Absatz 2, zweiter Satz ASVG in der Fassung des 9. COVID-19-Gesetzes ist die Beurteilung der individuellen Risikosituation auf der Grundlage der Definition der COVID-19-Risikogruppe nach Absatz eins und die damit zusammenhängende Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests auch unabhängig davon zulässig, dass die betroffene Person ein Informationsschreiben durch den Dachverband nach Absatz eins, erhalten hat. In der Weisung des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz zur Umsetzung des Informationsschreibens an Dienstnehmer und Lehrlinge über deren Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe gemäß Paragraph 735, (1) ASVG bzw. gleichlautend Paragraph 258, B-KUVG und weiteres Prozedere vom 23.04.2020 wird zudem festgehalten:

„Nicht alle PatientInnen können mit dem Informationsschreiben erreicht werden (z.B. Krebspatienten). Das Informationsschreiben des DVSV ist daher kein konstitutives Element, um der Risikogruppe iSd § 735 ASVG bzw. § 258 B-KUVG zugehörig zu sein und beim behandelnden Arzt/der behandelnden Ärztin eine individuelle Risikoanalyse durchführen lassen zu können. Die nächste Gesetzesnovelle soll dazu eine entsprechende Korrektur enthalten. Jedenfalls sind dafür die in der Empfehlung genannten Kriterien ausschlaggebend (ein Patient mit z.B. Heuschnupfen sollte somit nicht in die Zielgruppe fallen).“ „Nicht alle PatientInnen können mit dem Informationsschreiben erreicht werden (z.B. Krebspatienten). Das Informationsschreiben des DVSV ist daher kein konstitutives Element, um der Risikogruppe iSd Paragraph 735, ASVG bzw. Paragraph 258, B-KUVG zugehörig zu sein und beim behandelnden Arzt/der behandelnden Ärztin eine individuelle Risikoanalyse durchführen lassen zu können. Die nächste Gesetzesnovelle soll dazu eine entsprechende Korrektur enthalten. Jedenfalls sind dafür die in der Empfehlung genannten Kriterien ausschlaggebend (ein Patient mit z.B. Heuschnupfen sollte somit nicht in die Zielgruppe fallen).“

Für den Abs. 2 idF des 3. COVID-19-Gesetzes fehlt so eine ausdrückliche Klarstellung. Es ist jedoch auf den Wortlaut der Bestimmung hinzuweisen, wonach der behandelnde Arzt „infolge dieser allgemeinen Information“ des Krankenversicherungsträgers die individuelle Risikosituation des betroffenen Dienstnehmers zu beurteilen und gegebenenfalls ein Risiko-Attest auszustellen hat. Diese Formulierung („infolge dieser allgemeinen Information“) spricht nicht dafür, das Informationsschreiben als eine notwendige Voraussetzung für die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests anzusehen. Zudem legt die Wortwahl in der Fassung des 9. COVID-19-Gesetzes – „nach Vorlage des Informationsschreibens“ – im Vergleich zur gegenständlich anzuwendenden Fassung die Interpretation viel eher nahe, dass die Vorlage dieses Schreibens an den behandelnden Arzt obligatorisch ist. Nachdem aber wie oben ausgeführt, das Informationsschreiben sogar nach § 735 Abs. 2 ASVG idF des 9. COVID-19-Gesetzes kein konstitutives Element darstellt, kann davon ausgegangen werden, dass das was für Abs. 2 idF des 9. COVID-19-Gesetzes umso mehr für den Abs. 2 idF des 3. COVID-19-Gesetzes gelten muss. Zudem wird in der Begründung des Initiativantrags zur Neufassung des § 735 ASVG generell von „Klarstellungen“ betreffend § 735 ASVG idF des 3. COVID-19-Gesetzes gesprochen (Initiativantrag: 483/A XXVII. GP). Es ist daher anzunehmen, dass das Informationsschreiben auch bereits nach Abs. 2 idF des 3. COVID-19-Gesetzes keine notwendige Voraussetzung für ein COVID-19-Risiko-Attest des behandelnden Arztes dargestellt hat. Für den Absatz 2, in der Fassung des 3. COVID-19-Gesetzes fehlt so eine ausdrückliche Klarstellung. Es ist jedoch auf den Wortlaut der Bestimmung hinzuweisen, wonach der behandelnde Arzt „infolge dieser allgemeinen Information“ des Krankenversicherungsträgers die individuelle Risikosituation des betroffenen Dienstnehmers zu beurteilen und gegebenenfalls ein Risiko-Attest auszustellen hat. Diese Formulierung („infolge dieser allgemeinen Information“) spricht nicht dafür, das Informationsschreiben als eine notwendige Voraussetzung für die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests anzusehen. Zudem legt die Wortwahl in der Fassung des 9. COVID-

19-Gesetzes – „nach Vorlage des Informationsschreibens“ – im Vergleich zur gegenständlich anzuwendenden Fassung die Interpretation viel eher nahe, dass die Vorlage dieses Schreibens an den behandelnden Arzt obligatorisch ist. Nachdem aber wie oben ausgeführt, das Informationsschreiben sogar nach Paragraph 735, Absatz 2, ASVG in der Fassung des 9. COVID-19-Gesetzes kein konstitutives Element darstellt, kann davon ausgegangen werden, dass das was für Absatz 2, in der Fassung des 9. COVID-19-Gesetzes umso mehr für den Absatz 2, in der Fassung des 3. COVID-19-Gesetzes gelten muss. Zudem wird in der Begründung des Initiativantrags zur Neufassung des Paragraph 735, ASVG generell von „Klarstellungen“ betreffend Paragraph 735, ASVG in der Fassung des 3. COVID-19-Gesetzes gesprochen (Initiativantrag: 483/A römisch 27 . Gesetzgebungsperiode Es ist daher anzunehmen, dass das Informationsschreiben auch bereits nach Absatz 2, in der Fassung des 3. COVID-19-Gesetzes keine notwendige Voraussetzung für ein COVID-19-Risiko-Attest des behandelnden Arztes dargestellt hat.

Den rechtlichen Ausführungen der belangten Behörde, wonach die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests im vorliegenden Fall mangels Zustellung eines Informationsschreibens nicht erfolgen hätte können, ist daher nicht zu folgen.

3.2.3. Die Beschwerdeführerin legte ein am XXXX auf Basis der Rechtslage ab dem 06.05.2020 ausgestelltes COVID-19-Risiko-Attest vor. Ein vor dem Inkrafttreten des 9. COVID-19-Gesetzes ausgestelltes Attest liegt jedoch nicht vor bzw. wurde auch kein Vorbringen erstattet, dass ein solches vorliegen würde. 3.2.3. Die Beschwerdeführerin legte ein am römisch 40 auf Basis der Rechtslage ab dem 06.05.2020 ausgestelltes COVID-19-Risiko-Attest vor. Ein vor dem Inkrafttreten des 9. COVID-19-Gesetzes ausgestelltes Attest liegt jedoch nicht vor bzw. wurde auch kein Vorbringen erstattet, dass ein solches vorliegen würde.

Allerdings würde es an der Beurteilung des Sachverhalts auch nichts ändern, wenn der Dienstnehmer bereits im März oder April 2020 eine ärztliche Bestätigung eingeholt hätte.

Denn auch wenn das von der Behörde ins Treffen geführte Informationsschreiben für die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests nicht unbedingt erforderlich ist, so wäre es jedoch erforderlich gewesen, dass die in § 735 Abs. 1 ASVG erfolgte Definition der allgemeinen Risikogruppe durch die vorgesehene Expertengruppe erstellt worden wäre. Dies ist jedoch nicht erfolgt (bzw. erst im Rahmen der COVID-19-Risikogruppe-Verordnung vom 06.05.2022). Denn auch wenn das von der Behörde ins Treffen geführte Informationsschreiben für die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attests nicht unbedingt erforderlich ist, so wäre es jedoch erforderlich gewesen, dass die in Paragraph 735, Absatz eins, ASVG erfolgte Definition der allgemeinen Risikogruppe durch die vorgesehene Expertengruppe erstellt worden wäre. Dies ist jedoch nicht erfolgt (bzw. erst im Rahmen der COVID-19-Risikogruppe-Verordnung vom 06.05.2022).

Gemäß § 735 Abs. 1 ASVG idF des 3. COVID-19-Gesetzes hat der Krankenversicherungsträger einen Dienstnehmer über seine Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe zu informieren. Die Definition dieser allgemeinen Risikogruppe, die sich nach medizinischen Erkenntnissen und wenn möglich aus der Einnahme von Arzneimitteln herleitet, erfolgt durch die Expertengruppe. Laut Abs. 2 ist vom behandelnden Arzt gegebenenfalls ein Attest über die Zuordnung des Betroffenen zur COVID-19-Risikogruppe auszustellen. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung von Gesetzen ist davon auszugehen, dass es sich in Abs. 1 und Abs. 2 um dieselbe COVID-19-Risikogruppe handelt. Gemäß Paragraph 735, Absatz eins, ASVG in der Fassung des 3. COVID-19-Gesetzes hat der Krankenversicherungsträger einen Dienstnehmer über seine Zuordnung zur COVID-19-Risikogruppe zu informieren. Die Definition dieser allgemeinen Risikogruppe, die sich nach medizinischen Erkenntnissen und wenn möglich aus der Einnahme von Arzneimitteln herleitet, erfolgt durch die Expertengruppe. Laut Absatz 2, ist vom behandelnden Arzt gegebenenfalls ein Attest über die Zuordnung des Betroffenen zur COVID-19-Risikogruppe auszustellen. Nach den allgemeinen Grundsätzen der Auslegung von Gesetzen ist davon auszugehen, dass es sich in Absatz eins und Absatz 2, um dieselbe COVID-19-Risikogruppe handelt.

Da somit eine Zuordnung zur Risikogruppe nach Abs. 2 voraussetzt, dass die Definition dieser überhaupt erfolgt ist, war die Ausstellung eines rechtlich verbindlichen COVID-19-Risiko-Attests im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht möglich. Da somit eine Zuordnung zur Risikogruppe nach Absatz 2, voraussetzt, dass die Definition dieser überhaupt erfolgt ist, war die Ausstellung eines rechtlich verbindlichen COVID-19-Risiko-Attests im verfahrensgegenständlichen Zeitraum nicht möglich.

Die Ausstellung eines rechtlich verbindlichen COVID-19-Risiko-Attests wäre daher im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ohnehin nicht möglich gewesen. Dass dies vom Gesetzgeber entsprechend intendiert war, wird auch dadurch

bestätigt, dass in § 3 der COVID-19-Risikogruppe-Verordnung ausdrücklich festgehalten wird, dass COVID-19-Risiko-Atteste erstmals mit Wirksamkeit ab dem Inkrafttreten dieser Verordnung mit 06.05.2020 ausgestellt werden können. Die Ausstellung eines rechtlich verbindlichen COVID-19-Risiko-Attests wäre daher im verfahrensgegenständlichen Zeitraum ohnehin nicht möglich gewesen. Dass dies vom Gesetzgeber entsprechend intendiert war, wird auch dadurch bestätigt, dass in Paragraph 3, der COVID-19-Risikogruppe-Verordnung ausdrücklich festgehalten wird, dass COVID-19-Risiko-Atteste erstmals mit Wirksamkeit ab dem Inkrafttreten dieser Verordnung mit 06.05.2020 ausgestellt werden können.

3.2.4. Es ist daher zu prüfen, ob allenfalls das am XXXX ausgestellte COVID-19-Risiko-Attest nicht nur – wie von der Behörde bereits angenommen – einen Erstattungsanspruch rückwirkend ab dem 06.05.2020 begründet, sondern auch Grundlage für einen Freistellungs- und Erstattungsanspruch bereits für den Zeitraum ab 05.04.2020 bilden kann. 3.2.4. Es ist daher zu prüfen, ob allenfalls das am römisch 40 ausgestellte COVID-19-Risiko-Attest nicht nur – wie von der Behörde bereits angenommen – einen Erstattungsanspruch rückwirkend ab dem 06.05.2020 begründet, sondern auch Grundlage für einen Freistellungs- und Erstattungsanspruch bereits für den Zeitraum ab 05.04.2020 bilden kann.

Für diese Rechtsansicht würde sprechen, dass mit dem 3. COVID-19-Gesetz bereits eine rechtliche Grundlage für diese Ansprüche geschaffen wurde und nur die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attest mangels Definition der Risikogruppe nicht möglich war. Insofern kann eine rückwirkende Legitimation der Freistellung und damit die Begründung eines Erstattungsanspruches durch ein später ausgestelltes COVID-19-Risiko-Attest in Betracht gezogen werden. Damit hätte § 735 ASVG – auch ohne dass damals eine Definition der Risikogruppe erfolgt ist – bereits ab dem 05.04.2020 einen Anwendungsbereich, der ihm laut der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht zukommt. Demnach ist nämlich kein Fall denkbar, in dem vor dem 06.05.2020 ein Freistellungsanspruch bestehen könnte, da die Anwendbarkeit des § 735 ASVG von der Erstellung der Definition des Abs. 1 abhängt. Allerdings wird diese Rechtsansicht auch durch den Gesetzestext bestätigt. Mit BGBl. I Nr. 54/2020 wurde das rückwirkende Inkrafttreten des § 735 Abs. 4 erster Satz ASVG – mit dem die Klarstellung betreffend geringfügige Beschäftigte und Lehrlinge erfolgte – nämlich erst ab 06.05.2020 angeordnet und nicht bereits ab 05.04.2020 (§ 737 Abs. 4 ASVG). Dies legt nahe, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass erst ab dem 06.05.2020 überhaupt ein Freistellungs- bzw. Erstattungsanspruch besteht. Andernfalls wäre eine diesbezügliche Klarstellung nämlich auch betreffend den § 735 ASVG idF des 3. COVID-19-Gesetzes geboten gewesen. Auch die Weisung des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend § 735 ASVG und § 258 B-KUVG über COVID-19-Risiko-Atteste vom 22.06.2020 enthält ein Indiz, dass diese Rechtsansicht stützt. Auf S. 6 dieses Dokuments werden Beispiele für die Berechnung des Erstattungsbetrages angeführt und diesbezüglich – wohl nicht zufällig – jeweils der 06.05.2020 als Beginndatum einer durchgehenden Freistellung gewählt. Für diese Rechtsansicht würde sprechen, dass mit dem 3. COVID-19-Gesetz bereits eine rechtliche Grundlage für diese Ansprüche geschaffen wurde und nur die Ausstellung eines COVID-19-Risiko-Attest mangels Definition der Risikogruppe nicht möglich war. Insofern kann eine rückwirkende Legitimation der Freistellung und damit die Begründung eines Erstattungsanspruches durch ein später ausgestelltes COVID-19-Risiko-Attest in Betracht gezogen werden. Damit hätte Paragraph 735, ASVG – auch ohne dass damals eine Definition der Risikogruppe erfolgt ist – bereits ab dem 05.04.2020 einen Anwendungsbereich, der ihm laut der Begründung des angefochtenen Bescheides nicht zukommt. Demnach ist nämlich kein Fall denkbar, in dem vor dem 06.05.2020 ein Freistellungsanspruch bestehen könnte, da die Anwendbarkeit des Paragraph 735, ASVG von der Erstellung der Definition des Absatz eins, abhängt. Allerdings wird diese Rechtsansicht auch durch den Gesetzestext bestätigt. Mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 54 aus 2020, wurde das rückwirkende Inkrafttreten des Paragraph 735, Absatz 4, erster Satz ASVG – mit dem die Klarstellung betreffend geringfügige Beschäftigte und Lehrlinge erfolgte – nämlich erst ab 06.05.2020 angeordnet und nicht bereits ab 05.04.2020 (Paragraph 737, Absatz 4, ASVG). Dies legt nahe, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass erst ab dem 06.05.2020 überhaupt ein Freistellungs- bzw. Erstattungsanspruch besteht. Andernfalls wäre eine diesbezügliche Klarstellung nämlich auch betreffend den Paragraph 735, ASVG in der Fassung des 3. COVID-19-Gesetzes geboten gewesen. Auch die Weisung des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz betreffend Paragraph 735, ASVG und Paragraph 258, B-KUVG über COVID-19-Risiko-Atteste vom 22.06.2020 enthält ein Indiz, dass diese Rechtsansicht stützt. Auf S. 6 dieses Dokuments werden Beispiele für die Berechnung des Erstattungsbetrages angeführt und diesbezüglich – wohl nicht zufällig – jeweils der 06.05.2020 als Beginndatum einer durchgehenden Freistellung gewählt.

Es ist daher davon auszugehen, dass der Gesetzgeber keinen Freistellungs- und Erstattungsanspruch für den Zeitraum vor dem 06.05.2020 vorgesehen hat.

Die Beschwerde war daher als unbegründet abzuweisen.

3.3. Zum Absehen von der mündlichen Verhandlung

Gemäß § 24 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß Abs. 3 hat der Beschwerdeführer die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen. Gemäß Paragraph 24, Absatz eins, VwGVG hat das Verwaltungsgericht auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen. Gemäß Absatz 3, hat der Beschwerdeführer die Durchführung einer mündlichen Verhandlung in der Beschwerde oder im Vorlageantrag zu beantragen.

Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde von der vertretenen Beschwerdeführerin nicht beantragt. Da sich der entscheidungserhebliche Sachverhalt zudem bereits aus der Aktenlage ergibt, ist nach Ansicht des Gerichts keine mündliche Erörterung der Angelegenheit erforderlich. Gemäß § 24 Abs. 4 VwGVG konnte das Gericht daher von der Verhandlung absehen, weil der maßgebliche Sachverhalt feststand. Es wurden keine Rechts- oder Tatfragen aufgeworfen, deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte (vgl. ua VfGH 18.06.2012, B 155/12). Im vorliegenden Fall waren lediglich Rechtsfragen zu klären. Zweck einer Verhandlung vor dem VwG ist grundsätzlich nicht nur die Klärung des Sachverhaltes und die Einräumung von Parteiengehör zu diesem, sondern auch das Rechtsgespräch und die Erörterung der Rechtsfragen (vgl. VwGH 17.02.2015, Ra 2014/09/0007, mwN). In einer Beschwerde aufgeworfene Rechtsfragen, die nicht bloß beschränkter Natur oder von keiner besonderen Komplexität sind, können die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erfordern (vgl. VwGH 12.12.2017, Ra 2015/05/0043, und die dort dargestellte Judikatur des EGMR). Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Rechtslage während des Verfahrens in einem entscheidungswesentlichen Punkt ändert, sich daraus eine Rechtsfrage ergibt, die im bisherigen Verfahren noch nicht erörtert wurde und zu der die Revisionswerberin noch keine Gelegenheit zu einer Äußerung hatte (vgl. VwGH 25.02.2020, Ro 2019/03/0029). Im vorliegenden Fall hat die Behörde ihre Rechtsansicht jedoch im angefochtenen Bescheid ausführlich dargestellt und die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Beschwerde ausreichend Gelegenheit den rechtlichen Ausführungen des angefochtenen Bescheides entgegenzutreten. Es war daher keine weitere Klärung der Rechtsfragen im Rahmen einer mündlichen Verhandlung zu erwarten. Dem Entfall der Verhandlung stehen damit weder Art. 6 Abs. 1 EMRK noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegen (vgl. dazu auch das Erkenntnis des VwGH vom 21.02.2019, Ra 2019/08/0027). Die Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde von der vertretenen Beschwerdeführerin nicht beantragt. Da sich der entscheidungserhebliche Sachverhalt zudem bereits aus der Aktenlage ergibt, ist nach Ansicht des Gerichts keine mündliche Erörterung der Angelegenheit erforderlich. Gemäß Paragraph 24, Absatz 4, VwGVG konnte das Gericht daher von der Verhandlung absehen, weil der maßgebliche Sachverhalt feststand. Es wurden keine Rechts- oder Tatfragen aufgeworfen, deren Lösung eine mündliche Verhandlung erfordert hätte vergleiche ua VfGH 18.06.2012, B 155/12). Im vorliegenden Fall waren lediglich Rechtsfragen zu klären. Zweck einer Verhandlung vor dem VwG ist grundsätzlich nicht nur die Klärung des Sachverhaltes und die Einräumung von Parteiengehör zu diesem, sondern auch das Rechtsgespräch und die Erörterung der Rechtsfragen vergleiche VwGH 17.02.2015, Ra 2014/09/0007, mwN). In einer Beschwerde aufgeworfene Rechtsfragen, die nicht bloß beschränkter Natur oder von keiner besonderen Komplexität sind, können die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erfordern vergleiche VwGH 12.12.2017, Ra 2015/05/0043, und die dort dargestellte Judikatur des EGMR). Dies gilt insbesondere dann, wenn sich die Rechtslage während des Verfahrens in einem entscheidungswesentlichen Punkt ändert, sich daraus eine Rechtsfrage ergibt, die im bisherigen Verfahren noch nicht erörtert wurde und zu der die Revisionswerberin noch keine Gelegenheit zu einer Äußerung hatte vergleiche VwGH 25.02.2020, Ro 2019/03/0029). Im vorliegenden Fall hat die Behörde ihre Rechtsansicht jedoch im angefochtenen Bescheid ausführlich dargestellt und die Beschwerdeführerin hatte in ihrer Beschwerde ausreichend Gelegenheit den rechtlichen Ausführungen des angefochtenen Bescheides entgegenzutreten. Es war daher keine weitere Klärung der Rechtsfragen im Rahmen einer mündlichen Verhandlung zu erwarten. Dem Entfall der Verhandlung stehen damit weder Artikel 6, Absatz eins, EMRK noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union entgegen vergleiche dazu auch das Erkenntnis des VwGH vom 21.02.2019, Ra 2019/08/0027).

Zu B) Zulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Es fehlt an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob ein Freistellungs- und ein sich daraus ergebender Erstattungsanspruch für Dienstgeber*innen nach § 735 ASVG bereits für den Zeitraum vor dem 06.05.2021 bestehen kann und unter welchen Voraussetzungen. Es ist insbesondere höchstgerichtlich nicht geklärt, ob nach dem 06.05.2020 ausgestellte COVID-19-Risiko-Atteste einen Freistellungs- und Erstattungsanspruch für den Zeitraum vor dem 06.05.2020 begründen können. Die Rechtslage ist diesbezüglich nicht eindeutig und es wird auf die rechtlichen Ausführungen unter 3.2. dieses Erkenntnisses verwiesen. Es fehlt an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, ob ein Freistellungs- und ein sich daraus ergebender Erstattungsanspruch für Dienstgeber*innen nach Paragraph 735, ASVG bereits für den Zeitraum vor dem 06.05.2021 bestehen kann und unter welchen Voraussetzungen. Es ist insbesondere höchstgerichtlich nicht geklärt, ob nach dem 06.05.2020 ausgestellte COVID-19-Risiko-Atteste einen Freistellungs- und Erstattungsanspruch für den Zeitraum vor dem 06.05.2020 begründen können. Die Rechtslage ist diesbezüglich nicht eindeutig und es wird auf die rechtlichen Ausführungen unter 3.2. dieses Erkenntnisses verwiesen.

Diesen Fragen kommt eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu (vgl. VwGH 27.11.2019, Ra 2019/16/0179), da nicht ausgeschlossen werden kann, dass weitere diesbezügliche Beschwerden erhoben werden. Dies ergibt sich daraus, dass die Antragstellung gemäß § 735 Abs. 5 bzw. 4 ASVG erst nach Ende der Freistellung binnen einer Frist von 6 Wochen zu erfolgen hat und Freistellungen aufgrund des § 735 ASVG nach der aktuellen Rechtslage jedenfalls noch bis 30.06.2022 andauern könnten. Diesen Fragen kommt eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu (vergleiche VwGH 27.11.2019, Ra 2019/16/0179), da nicht ausgeschlossen werden kann, dass weitere diesbezügliche Beschwerden erhoben werden. Dies ergibt sich daraus, dass die Antragstellung gemäß Paragraph 735, Absatz 5, bzw. 4 ASVG erst nach Ende der Freistellung binnen einer Frist von 6 Wochen zu erfolgen hat und Freistellungen aufgrund des Paragraph 735, ASVG nach der aktuellen Rechtslage jedenfalls noch bis 30.06.2022 andauern könnten.

Schlagworte

Erstattungsantrag Freistellung Pandemie Rechtslage Revision zulässig Risikogruppe Zeitraumbezogenheit

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2022:W167.2236075.1.00

Im RIS seit

01.08.2022

Zuletzt aktualisiert am

01.08.2022

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at