



**IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Fichtenau und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Mag. Ziegelbauer und Dr. Hargassner sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Karl Reiff (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Werner Stepanowsky (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) als weitere Richter in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei \* R\*, vertreten durch Dr. Herbert Holzinger, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei W\* KG, \*, vertreten durch Mag. Jakob Weinrich, Rechtsanwalt in Wien, wegen 5.642,18 EUR brutto abzüglich 1.560 EUR netto sA, über die Revision der beklagten Partei (Revisionsstreitwert: 5.544,10 EUR brutto) abzüglich 1.560 EUR netto gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 29. August 2022, GZ 9 Ra 51/22v-18, mit dem der Berufung der beklagten Partei gegen das Urteil des Arbeits- und Sozialgerichts Wien vom 16. Februar 2022, GZ 17 Cga 65/21h-12, nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 501,91 EUR (darin 83,65 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

- [1] I. Am 24. 3. 2022 wurde die Firma der Beklagten über Antrag der Gesellschafter gelöscht (Firmenbuch, Handelsgericht Wien FN \*). Die Klägerin wurde mit Beschluss des Obersten Gerichtshofs vom 27. 4. 2023,

zugestellt am 6. 6. 2023, aufgefordert, binnen 14 Tagen bekannt zu geben, ob sie von der Verfahrensfortsetzung absteht, widrigenfalls ihr Fortsetzungswille unterstellt wird. Da die Klägerin keine Erklärung abgegeben hat, war über die Revision der Beklagten abzusprechen.

[2] **II.** Die Klägerin begann ihr Beschäftigungsverhältnis bei der Beklagten am 18. 5. 2020 mit einer Arbeitszeit von 20 Wochenstunden. Der kollektivvertragliche Lohn betrug ab 1. 4. 2021 778,50 EUR brutto monatlich. Das Arbeitsverhältnis endete durch Arbeitnehmerkündigung zum 20. 7. 2021. Auf das Arbeitsverhältnis gelangt der Kollektivvertrag für Arbeiter im Hotel- und Gastgewerbe zur Anwendung.

[3] Für ihre Tätigkeit als Aushilfskellnerin wurde der albanischen Klägerin mit Bescheid des Arbeitsmarktservice Wien vom 26. 3. 2020 für die Zeit vom 1. 4. 2020 bis 31. 3. 2021 eine Beschäftigungsbewilligung nach dem AuslBG erteilt.

[4] Ab 3. 11. 2020 war das in Wien befindliche Caféhaus, in welchem die Klägerin tätig war, aufgrund des „Corona-Lockdowns“ für die Gastronomie (4. COVID-19-SchuMaV, BGBl II 2021/58, und zwar deren 6. Novelle, BGBl II 2021/139, mit Sonderbestimmungen für Wien, 10. Novelle, BGBl II 2021/181 und 11. Novelle, BGBl II 2021/206) bis 18. 5. 2021 geschlossen. Für den Zeitraum des Lockdowns vereinbarten die Streitparteien Kurzarbeit. Die Klägerin wurde daher von der Beklagten mit einer Kurzarbeitsunterstützung abgerechnet und erhielt aus diesem Titel im Februar und im März 2021 je 706,55 EUR brutto. Nachdem die Klägerin ab April 2021 wegen der ausgelaufenen Beschäftigungsbewilligung nicht mehr in die Kurzarbeit einbezogen werden konnte, erstellte

die Beklagte im April 2021 eine Lohnabrechnung über 770 EUR brutto. Von 1. 4. 2021 bis 18. 5. 2021 erhielt die Klägerin kein Entgelt ausbezahlt. Das Arbeitsverhältnis war nicht beendet worden. Allerdings meldete die Beklagte die Klägerin rückwirkend für die Monate April und Mai 2021 von der Sozialversicherung ab, weil sie die rechtzeitige Verlängerung der Beschäftigungsbewilligung übersehen hatte (unstrittig).

[5] Ab 19. 5. 2021 war die Klägerin wieder als Kellnerin eingesetzt. Ab Anfang Juni 2021 lag auch wieder eine Beschäftigungsbewilligung für sie vor. Im Juni 2021 leistete die Klägerin 68,40 Mehrstunden. Für die Zeit von 19. 5. 2021 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses erhielt die Klägerin Beträge von insgesamt 1.560 EUR netto ausbezahlt. Während des gesamten Arbeitsverhältnisses war die Klägerin lediglich im September 2020 zwei Tage auf Urlaub.

[6] Die **Klägerin** beehrte von der Beklagten mit Klage vom 13. 9. 2021 den Betrag von 5.642,18 EUR brutto abzüglich 1.560 EUR netto samt Zinsen, bestehend aus dem Lohn für 1. 4. 2021 bis 19. 5. 2021, den anteiligen Sonderzahlungen, einem Entgelt für 71,4 Mehrstunden sowie einer Urlaubersatzleistung für 33,26 Urlaubstage. Der Lohn für April 2021 stünde ihr schon deshalb zu, weil er von der Beklagten abgerechnet worden sei. Da sie von 1. 4. 2021 bis 18. 5. 2021 stets arbeitsbereit gewesen sei, habe sie auch nach § 1155 ABGB Anspruch auf den Lohn (jedenfalls aber auf das Kurzarbeitsentgelt) sowie die anteiligen Sonderzahlungen. Darüber hinaus gebühre ihr Entgelt für die von ihr im Juni 2021 geleisteten 71,4 Mehrstunden und eine Urlaubersatzleistung für den Zeitraum 18. 5. 2021 bis 20. 7. 2021.

[7] Die **Beklagte** bestritt, beantragte Klagsabweisung und wendte ein, dass das Arbeitsverhältnis Ende März 2021 einvernehmlich aufgelöst worden sei. „Sämtliche Löhne“ einschließlich des Entgelts für die im Juni 2021 geleisteten 59 Mehrstunden seien – vereinbarungsgemäß durch Barentnahme aus der Kasse – bezahlt worden. Es bestehe keine offene Forderung der Klägerin. Die COVID-19-Pandemie stelle zudem eine höhere Gewalt dar, weshalb der Arbeitsentfall der „neutralen Sphäre“ zuzuordnen sei.

[8] Das **Erstgericht** gab dem Klagebegehren mit 5.544,10 EUR brutto abzüglich 1.560 EUR netto sA statt und wies das Mehrbegehren von 98,08 EUR brutto sA ab. Der Klägerin gebühre für April 2021 der Lohn in der abgerechneten Höhe von 770 EUR brutto, weil der in der von der Gemeinschuldnerin erstellten Lohnabrechnung ausgewiesene Betrag als von ihr anerkannt gelte. Für den Zeitraum 1. 5. 2021 bis 18. 5. 2021 gebühre das Entgelt maximal in Höhe der Kurzarbeitsbeihilfe, daher 410,25 EUR, weil es sonst zu einer Besserstellung der Klägerin durch den Umstand käme, dass keine aufrechte Beschäftigungsbewilligung vorgelegen habe. Das Arbeitsverhältnis sei in diesem Zeitraum aufrecht gewesen und die Beklagte habe den Anspruch inhaltlich nicht bestritten. Für den Zeitraum 19. 5. 2021 bis 31. 5. 2021 stehe der Klägerin ein Lohn von 326,46 EUR zu, für Juni 2021 von 778,50 EUR und für 1. 7. 2021 bis 20. 7. 2021 von 519 EUR. An Sonderzahlungen gebührten der Klägerin die Weihnachtsremuneration von 428,71 EUR und der restliche Urlaubszuschuss von 52,67 EUR. Offen hafte auch das der Klägerin zustehende Mehrstundenentgelt von 768,82 EUR sowie eine Urlaubersatzleistung für 33,26 Werktage von

1.323,71 EUR zuzüglich 165,98 EUR an anteiligen Sonderzahlungen aus. Auch diese Beträge seien der Klägerin zuzusprechen.

[9] Das **Berufungsgericht** gab der Berufung der Beklagten gegen den klagsstattgebenden Teil des Klagebegehrens mit Urteil vom 29. 8. 2022 nicht Folge. Soweit die Beklagte den Lohnanspruch der Klägerin für April 2021 bekämpfe, sei die Berufung nicht gesetzmäßig ausgeführt, weil sich die Berufung mit der diesbezüglichen Begründung des Erstgerichts („als anerkannt gilt“) nicht auseinandersetze. Auch auf den Zuspruch an Mehrstundenentgelt und Urlaubersatzleistung gehe die Berufung nicht ein. Diese Teile der Rechtsrüge seien daher meritorisch nicht zu behandeln.

[10] Zu Unrecht sei das Erstgericht aber davon ausgegangen, dass die Beklagte den Entgeltanspruch der Klägerin für die Zeit von 1. 5. 2021 bis 18. 5. 2021 nicht substantiiert bestritten habe. Allerdings sei damit für die Beklagte weder hinsichtlich des Lohnanspruchs für April 2021 und 1. 5. 2021 bis 18. 5. 2021 noch hinsichtlich der den Zeitraum bis 18. 5. 2021 entfallenden aliquoten Sonderzahlungen etwas gewonnen. Der Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 1155 Abs 1 ABGB sei generell als nicht durch eine neutrale Sphäre eingeschränkt zu beurteilen bzw sei die Zugehörigkeit des für den Arbeitsausfall im gegebenen Zusammenhang verantwortlichen Hindernisses zur neutralen Sphäre in Anlehnung an Teile des Schrifttums zu verneinen. Trotz Außerkrafttretens der Sonderregel nach § 1155 Abs 3 und 4 ABGB mit 31. 12. 2020 seien der Klägerin daher im Ergebnis diese – von der Beklagten weder im erstinstanzlichen Verfahren noch im Berufungsverfahren (der Höhe nach)

substantiiert bestrittenen – Ansprüche zu Recht zuerkannt worden. Das Bestehen eines Lohn- und Sonderzahlungsanspruchs der Klägerin ab ihrem Tätigkeitsbeginn nach Ende des Lockdowns am 19. 5. 2021 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit 20. 7. 2021 stehe außer Frage. Der Ablauf der Beschäftigungsbewilligung habe nicht die automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge.

[11] Die ordentliche Revision wurde vom Berufungsgericht zugelassen, weil zur Problematik des § 1155 ABGB keine höchstgerichtliche Rechtsprechung vorliege.

[12] Bereits vor der Entscheidung des Berufungsgerichts war mit Wirkung vom 9. 8. 2022 das Sanierungsverfahren ohne Eigenverwaltung über die Beklagte eröffnet worden.

[13] Am 5. 10. 2022 beantragte die Klägerin die Berichtigung der Parteienbezeichnung der Beklagten (Gemeinschuldnerin) auf den Insolvenzverwalter, stellte das Klagebegehren auf Feststellung einer Forderung von 5.808,29 EUR (bestehend aus 2.774 EUR an Kapital, 224 EUR an Zinsen bis zum Tag der Insolvenzeröffnung und 2.810,29 EUR an Kosten) um und beantragte die Fortsetzung des Verfahrens.

[14] Am 6. 10. 2022 erhob die Beklagte eine Revision.

[15] Mit Beschluss vom 2. 11. 2022 erklärte das Berufungsgericht, dass das Verfahren seit 9. 8. 2022 unterbrochen sei, berichtigte antragsgemäß die Bezeichnung der Beklagten auf den Insolvenzverwalter, setzte das Verfahren mit dem Zeitpunkt der Zustellung der Entscheidung des Berufungsgerichtes an den Insolvenzverwalter fort und wies die Revision der Beklagten zurück.

[16] In seiner gegen die Berufungsentscheidung aus

dem Revisionsgrund der unrichtigen rechtlichen Beurteilung erhobenen **Revision** beantragte der (damalige) Insolvenzverwalter die Abänderung des Berufungsurteils dahin, dass das Klagebegehren zumindest teilweise, nämlich für den Zeitraum von 1. 4. 2021 bis 18. 5. 2021 abgewiesen werde; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

[17] Die Klägerin beantragt in ihrer **Revisionsbeantwortung**, die Revision mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

[18] Mittlerweile ist der Konkurs aufgehoben (siehe 9 ObA 133/12g vom 27. 4. 2023).

[19] Die Revision ist zulässig, sie ist aber nicht berechtigt.

[20] Die Revision bekämpft dem Grunde nach die Berechtigung der auf § 1155 Abs 1 ABGB gestützten Entgeltansprüche der Klägerin. Wenn – wie hier – im Zeitraum der mangelnden Beschäftigungsbewilligung der Klägerin staatliche Beihilfen nicht gewährt würden, sei es unbillig, dem Arbeitgeber, der selbst von der COVID-19-Pandemie betroffen sei, das Entgeltrisiko aufzubürden.

[21] Demgegenüber verweist die Klägerin in ihrer Revisionsbeantwortung auf die Entscheidung 8 ObA 26/22i und leitet daraus ab, dass Arbeitnehmer auch bei Betriebsschließungen, die in die Sphäre des Arbeitgebers fielen, auch nach dem Außerkrafttreten des § 1155 Abs 3 ABGB mit 31. 12. 2020 einen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 1155 Abs 1 ABGB hätten.

Dazu hat der erkennende Senat erwogen:

[22] **III.** Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 16. 2. 2023 ausgeführt hat, leidet ein nach Eintritt der

Unterbrechung nach § 7 Abs 1 IO gefälltes Urteil an der Nichtigkeit nach § 477 Abs 1 Z 5 ZPO (RS0037010). Diese Nichtigkeit wurde im vorliegenden Fall aber dadurch geheilt, dass der Insolvenzverwalter mit Schriftsatz vom 8. 3. 2023 erklärte, die zwischen Eintritt der Unterbrechung des Verfahrens und dessen Fortsetzung vorgenommene Prozessführung zu genehmigen (vgl 10 Ob 99/11y Pkt 4.).

[23] **IV.1.1.** Nach § 1155 Abs 1 ABGB gebührt dem Dienstnehmer das Entgelt auch für Dienstleistungen, die nicht zustande gekommen sind, wenn er zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seite des Dienstgebers liegen, daran verhindert worden ist; er muss sich jedoch anrechnen, was er infolge Unterbleibens der Dienstleistung erspart oder durch anderweitige Verwendung erworben oder zu erwerben absichtlich versäumt hat.

[24] **1.2.** In der Zeit vom 15. 3. 2020 bis 31. 12. 2020 war im Zuge der COVID-19-Pandemie folgender – mit Art 10 des 2. COVID-19-Gesetzes, BGBl I 2020/16, geschaffener – Abs 3 in Kraft (§ 1503 Abs 14 [idGF: Abs 15] ABGB):

*„Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. Nr. 12/2020, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, gelten als Umstände im Sinne des Abs. 1. Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen aufgrund solcher Maßnahmen nicht zustande kommen, sind verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen.“*

[25] **1.3.** § 1155 Abs 4 ABGB, ebenfalls nur im genannten Zeitraum in Geltung gestanden, enthielt nähere – hier nicht weiter relevante – Regelungen zum Urlaubsverbrauch iSd Abs 3 Satz 2 leg cit.

[26] **2.** § 1155 ABGB regelt Leistungsstörungen und

betrifft sowohl den Annahmeverzug des Arbeitgebers als auch die von ihm zu vertretende Unmöglichkeit der Dienstleistung, also die Frage, wer das Entgeltrisiko trägt, sollten die versprochenen Dienste des Arbeitnehmers nicht zustande kommen (*Schrammel*, ZAS 1983, 63 [Pkt 1.]). Nach der Rechtsprechung ist für einen Entgeltanspruch nach § 1155 Abs 1 ABGB neben dem aufrechten Bestehen eines Arbeitsvertrags allein entscheidend, ob der Arbeitnehmer zur Leistung bereit war und durch Umstände, die auf Seiten des Arbeitgebers lagen, daran verhindert worden ist (RS0021428).

[27] **3.** Die Judikatur rechnet dem Arbeitgeber insbesondere all jene die Dienstverhinderung auslösenden Ereignisse zu, welche die Person des Arbeitgebers, sein Unternehmen, die Organisation und den Ablauf des Betriebs, die Zufuhr von Rohstoffen, Energien und sonstigen Betriebsmitteln, die erforderlichen Arbeitskräfte, die Auftragslage und Absatzlage sowie die rechtliche Zulässigkeit der betrieblichen und unternehmerischen Tätigkeit betreffen (RS0021631; *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1155 Rz 21 mit zahlreichen Judikaturbeispielen).

[28] **4.1.** Grundsätzlich können auch Umstände auf Seiten des Arbeitgebers, die diesen zur Entgeltfortzahlung verpflichten, dem Arbeitgeber zuzurechnende Zufälle sein, die die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers verhindern (*Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON<sup>1.04</sup> § 1155 Rz 19; vgl 8 ObA 87/06m).

[29] **4.2.** Strittig ist in der Lehre in diesem Zusammenhang insbesondere, ob ein Umstand, der den Arbeitnehmer an der Arbeitsleistung hindert und eine Entgeltspflicht des Arbeitgebers auslöst, (nur) dann dem Arbeitgeber zuzurechnen ist, wenn er von ihm steuer- bzw

beherrschbar ist (vgl. *Felten* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB<sup>4</sup> § 1155 ABGB Rz 23). Diskutiert wird, ob es neben Umständen, die entweder auf Seiten des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers liegen, eine sogenannte „neutrale Sphäre“ gibt, die dazu führen soll, dass der Arbeitnehmer für den Zeitraum der Arbeitsverhinderung keinen Entgeltanspruch hat (*Felten* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB<sup>4</sup> § 1155 ABGB Rz 24 mwN).

[30] In der Lehre werden verschiedene Thesen vertreten, um zu bestimmen, welche Zufälle dem Arbeitgeber zuzurechnen sind: Die Lokalisierungstheorie, die die Beherrschbarkeit durch den Arbeitgeber für unerheblich ansieht und nur danach fragt, ob die Ursache der Verhinderung sich im Bereich des Arbeitgebers (insbesondere im Betrieb) geäußert hat, die Zurechnungstheorie, nach der § 1155 ABGB nur dann zur Anwendung gelangt, wenn es um Umstände geht, die der Arbeitgeber beherrschen kann und – vereinzelt, aber ähnlich – die Einflusstheorie, die nur solche Umstände für beachtlich hält, die vom Arbeitgeber beeinflussbar bzw von ihm vermeidbar sind (*Felten* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB<sup>4</sup> § 1155 ABGB Rz 26 ff; *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1155 ABGB Rz 31 f je mit jeweiligen Literaturnachweisen). Die Judikatur vertritt keine dieser Thesen explizit.

[31] **4.3.** In der Entscheidung 9 ObA 202/87 wurden auch Fälle „höherer Gewalt“, sofern davon das Unternehmen, aber nicht die Allgemeinheit berührt ist, zur Sphäre des Arbeitgebers gezählt. Erst wenn ein Ereignis oder ein Umstand zwar auch auf Seite des Arbeitnehmers eintrete, jedoch in seiner Auswirkung über die Arbeitgebersphäre hinaus in vergleichbarer Weise die Allgemeinheit treffe, sei es nach dieser Entscheidung gerechtfertigt, von einer

Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers abzusehen. Das sei zB bei umfassenden Elementarereignissen, aber auch bei Seuchen, Krieg, Revolution und Terror, der sich nicht nur gegen das Unternehmen richte, der Fall. Ein Teil der Lehre spricht in diesem Zusammenhang auch von einer „allgemeinen Kalamität“ und erklärt diese Einschränkung mit der Geschäftsgrundlage oder dem Gedanken, dass Störungen, welche auch die Allgemeinheit betreffen, nicht mehr Gegenstand einer Norm sind, welche Risiken der beiden Vertragspartner verteilt (*Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, *ZellKomm*<sup>3</sup> § 1155 ABGB Rz 33 mwN; *Rebhahn/Ettmayer* in *Kletečka/Schauer*, *ABGB-ON*<sup>1.04</sup> § 1155 Rz 23 mwN in FN 95). Es läge dann kein Umstand mehr vor, der auf Seiten des Arbeitgebers liege. Auch dem Arbeitnehmer sei es in diesem Fall nicht mehr möglich, sich leistungsbereit zu erklären (*Felten* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, *ABGB*<sup>4</sup> § 1155 Rz 42).

[32] **5.1.** Dass es sich bei der COVID-19-Pandemie um eine schicksalhafte Entwicklung im Sinne eines Elementarereignisses und um eine Seuche handelt, wurde in der mietrechtlichen Rechtsprechung zu § 1104 ABGB bereits bejaht (RS0133812).

[33] **5.2.** Von einem arbeitsrechtlichen Fachsenat wurde bereits entschieden, dass Maßnahmen nach dem COVID-19 Maßnahmengesetz, BGBl I 12/2020, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, auf Seiten des Dienstgebers liegende Umstände im Sinne des § 1155 Abs 1 ABGB waren (8 ObA 26/22i). Dieser Entscheidung lagen Ansprüche zugrunde, die in den zeitlichen Anwendungsbereich des § 1155 Abs 3 ABGB idF BGBl I 16/2020 fielen.

[34] **5.3.** Zur Frage, ob ein

Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 1155 ABGB auch außerhalb des zeitlichen Anwendungsbereiches des § 1155 Abs 3 ABGB in der Fassung des 2. COVID-19-Gesetzes, BGBl I 16/2020, besteht, wenn es zu Betriebsschließungen kommt, hat der Oberste Gerichtshof in seiner arbeitsrechtlichen Rechtsprechung aber noch nicht Stellung genommen.

[35] **6.** Im Schrifttum wurde diese Frage der Anwendbarkeit des § 1155 Abs 1 ABGB beim Sonderfall der COVID-19-Pandemie umfangreich aufgearbeitet:

[36] **6.1.** Ein Teil der Lehre vertritt die Ansicht, dass bei der COVID-19-Pandemie noch nicht von einer „allgemeinen Kalamität“ gesprochen werden könne und befürwortet einen Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers. Die verbleibenden unternehmerischen Entscheidungsspielräume zusammen mit den vom Verordnungsgeber geschaffenen Rahmenbedingungen, die weiterhin ein Zustandekommen von Dienstleistungen ermöglichen sollten, sprächen gegen eine „allgemeine Betroffenheit“ (*Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB<sup>4</sup> § 1155 Rz 42; *Felten/Pfeil*, Arbeitsrechtliche Auswirkungen der COVID-19-Gesetze – ausgewählte Probleme, DRdA 2020, 295 [302]; *Pfeil in Schwimann/Kodek*<sup>5</sup> § 1155 Rz 14c; *Reissner*, COVID-19-Pandemie und Dienstverhinderungsrecht in *Anzenberger/Radner/Rausch-Kalod*, COVID-19 in der Arbeitswelt, 13 [31 f]). Nicht die Krankheit selbst, sondern die behördlichen Maßnahmen hätten dazu geführt, dass die vereinbarten Dienste nicht erbracht werden konnten. Individuell-konkrete behördliche Verbote seien aber in der Dienstgebersphäre zu verorten (*Felten in Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB<sup>4</sup> § 1155 Rz 43; *Holzer/Vinzenz in Auer-Mayer/Burgstaller/Preyer*, AngG § 42 Rz 19/1;

*Reissner*, COVID-19-Pandemie und Dienstverhinderungsrecht in *Anzenberger/Radner/Rausch-Kalod*, COVID-19 in der Arbeitswelt, 13 [20]; vgl *Holzner*, Entgeltrisiko insbesondere bei Elementarereignissen, DRdA 2022, 201 [207]). Es habe daher im Falle einer Betriebsschließung als Reaktion auf das allgemeine Betretungsverbot gemäß § 1155 Abs 1 ABGB ein Entgeltanspruch bestanden. Insofern habe die befristete Einführung des § 1155 Abs 3 ABGB nur klarstellende Funktion gehabt (*Felten* in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB<sup>4</sup> § 1155 Rz 45, 47; *Felten/Pfeil*, Arbeitsrechtliche Auswirkungen der COVID-19-Gesetze – ausgewählte Probleme, DRdA 2020, 295 [302]; *dieselben*, COVID 19 und Entgeltfortzahlung, CuRe 2020/19 [Pkt 5]; *Pfeil* in *Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskommentar Band 7<sup>5</sup> § 1155 ABGB Rz 14c; *Reissner*, COVID-19-Pandemie und Dienstverhinderungsrecht in *Anzenberger/Radner/Rausch-Kalod*, COVID-19 in der Arbeitswelt, 13 [20]; *Gruber-Risak*, Die Seuche, das Risiko und der Arbeitsvertrag – Reflexionen zu § 1155 ABGB aus Anlass der COVID-19-Pandemie, ÖJZ 2021, 165 [171]; *Haider*, § 1155 ABGB in der COVID-19-Krise, DRdA infas 2020, 199 [200 f]).

[37]

**6.2.** Andere Autorinnen und Autoren sehen hingegen in der COVID-19-Pandemie eine „allgemeine Kalamität“. Sie vertreten jedoch (teilweise die Existenz einer neutralen Sphäre überhaupt verneinend) die Ansicht, dass sich die Annahme einer „neutralen Sphäre“, auf die sich die herrschende Ansicht zur Begründung des Entfalls des Entgeltanspruchs in diesen Fällen stütze, rechtsdogmatisch nicht stringent begründen lasse, weil es aus allgemeinen Gründen des Vertragsrechts nicht plausibel sei, anzunehmen, dass von den Folgen einer „allgemeinen Kalamität“ eher

Arbeitgeber entlastet werden sollten als Arbeitnehmer. Entfalle das Arbeitsentgelt im Fall von Betriebsschließungen aufgrund der Pandemie, würde dies zudem auch erkrankte Arbeitnehmer und Arbeitnehmer mit persönlichen Dienstverhinderungsgründen betreffen. Solche Arbeitnehmer verfügten zwar über einen Entgeltfortzahlungsanspruch, der jedoch bei Annahme einer „neutralen Sphäre“ ins Leere laufen würde. Weder im Text des § 1155 Abs 1 ABGB noch in den Gesetzesmaterialien zu dieser Bestimmung finde sich ein Hinweis auf eine Einschränkung des Anwendungsbereichs bei „allgemeinen Kalamitäten“. Da Arbeitnehmer sich in Arbeitsverträgen lediglich dazu verpflichteten, dem Arbeitgeber ihre Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen, sei es das Risiko des Arbeitgebers, wenn er den Arbeitnehmer nicht beschäftigen könne (*Aichberger-Beig*, Entfall des Entgelts bei Arbeitsausfällen mit Ursache in der sogenannten „neutralen Sphäre“? DRdA 2020, 411 [419]; *dieselbe*, Coronavirus: Kein Arbeitsentgelt bei durch „allgemeine Kalamität“ verursachten Betriebsschließungen?, *ecolex* 2020, 283 [284]; *dieselbe*, Entgeltfortzahlung bei Betriebsschließungen in der COVID-19-Pandemie – Zur Rechtslage nach Außerkrafttreten der Sonderregelung in § 1155 Abs 3 und 4 ABGB, *ecolex* 2021/205 [295]; *Gruber-Risak*, Die Seuche, das Risiko und der Arbeitsvertrag – Reflexionen zu § 1155 ABGB aus Anlass der COVID-19-Pandemie, *ÖJZ* 2021, 22; vgl *Mazal*, Entgeltfortzahlung bei pandemiebedingter Einschränkung des sozialen Lebens, *ecolex* 2020, 280 [281]; vgl auch *Gerhartl*, Entgeltfortzahlung bei Coronavirus – Das Elend der neutralen Sphäre, *ASoK* 2020, 162 [168]).

[38]

**6.3.** Im Schrifttum wird aber auch die Ansicht vertreten, dass die pandemiebedingte Ausnahmesituation der neutralen Sphäre zuzurechnen sei und daher keine

Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bestehe. Begründet wird dies ua damit, dass den Arbeitnehmern mit der speziellen Regelung des § 1155 Abs 3 ABGB im Zusammenhang mit Abs 4 im speziellen Fall von COVID-19 das Entgelt gesichert werden sollte, das ihnen nach der bisherigen Rechtslage gerade nicht zugestanden sei, wofür den Arbeitnehmern aber auch ein gewisser Beitrag abverlangt worden sei (Urlaubskonsum auch gegen ihren Willen). Mit der Neuregelung des § 1155 Abs 3 und 4 ABGB habe der Gesetzgeber vielmehr die herrschende Meinung bestätigt, dass bei allgemeinen Kalamitäten keine Entgeltfortzahlungspflichten bestünden (*Friedrich*, Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB und COVID-19 – Muss die Sphärentheorie angesichts der Neuregelung des § 1155 Abs 3 ABGB im Zusammenhang mit der Corona-Krise neu überdacht werden? ZAS 2020, 26 [161 f]; *Marhold/Brameshuber/Friedrich*, Arbeitsrecht<sup>4</sup> 248; *Rauch*, Die Dienstverhinderung durch eine Pandemie – Zur bis Ende 2020 befristeten Neuregelung des § 1155 Abs 3 und 4 ABGB, ASoK 2020, 301 [303]; vgl *Vogt* in *Gruber-Risak/Mazal*, Das Arbeitsrecht – System und Praxiskommentar Corona-Sonderrecht betreffend das Unterbleiben der Arbeitsleistung, Kap 7 Rz 210; *Unterrieder*, Entgeltfortzahlung während Betriebsschließung in der Pandemie, RdW 2020, 261 [262]; *Kietaibl/Wolf* in *Resch*, Corona-HB<sup>1.04</sup> Kap 3 Rz 2; *Windisch-Graetz*, Arbeitsrecht II, 212).

[39] 7. Der erkennende Senat schließt sich jenem Teil der Lehre an, die einen Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 1155 Abs 1 ABGB beim Sonderfall der COVID-19-Pandemie auch außerhalb des zeitlichen Anwendungsbereichs des § 1155 Abs 3 ABGB bejaht.

[40] 7.1. Ausgangspunkt aller Überlegungen ist eine

Auslegung des § 1155 Abs 1 ABGB. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung löst grundsätzlich jeder Umstand, der auf Seiten des Dienstgebers „liegt“, eine Entgeltspflicht aus. Wie ua *Felten* (in *Rummel/Lukas/Geroldinger*, ABGB<sup>4</sup> § 1155 ABGB Rz 27 ff) zutreffend aufzeigt, stellt die Verwendung des neutralen Begriffs „liegen“ klar, dass es für die Anwendbarkeit des § 1155 ABGB gerade nicht auf die subjektive Vorwerfbarkeit des Ereigniseintritts oder auch bloß auf dessen Zurechnung zum Dienstgeber ankommt. Der Gesetzgeber spricht bewusst nicht von Umständen, die dem Dienstgeber „zuzurechnen“ oder vom Dienstgeber „verursacht“ worden sind. Das ist deshalb konsequent, weil mit der III. TN (AB 78 BlgHH 21. Sess 1912, 342) die bisherige Konzeption eines Schadenersatzanspruchs aufgegeben und an dessen Stelle dem Dienstnehmer ein Erfüllungsanspruch eingeräumt wurde. Auf subjektive Elemente sollte es gerade nicht mehr ankommen. Nunmehr sollte jeder Zufall, der in der Sphäre des Dienstgebers vorkommt, einen Entgeltanspruch auslösen (vgl auch *Binder*, Die Beendigung arbeitsvertraglicher Bedingungen bei Eintritt dauernder Leistungsunmöglichkeit in FS Strasser, 271 [285 f] *Rebhahn* in *Neumayr/Reissner*, ZellKomm<sup>3</sup> § 1155 ABGB Rz 30). Der Gesetzgeber wollte damit die für die Zurechnung ganz entscheidende Frage der Beeinflussbarkeit und Beherrschbarkeit des Risikos aus der Betrachtung ausgeklammert haben.

[41] **7.2.** Mit diesem Auslegungsergebnis des § 1155 Abs 1 ABGB grundsätzlich übereinstimmend hat die Rechtsprechung (siehe Pkt 4.3. f) auch Fälle „höherer Gewalt“ als zur Sphäre des Dienstgebers gehörig angesehen. Eine Einschränkung der Entgeltfortzahlungspflicht des Dienstgebers in diesen Fällen höherer Gewalt wurde von der

(älteren) Rechtsprechung nur insofern gemacht, als die Pflicht zur Entgeltfortzahlung nach § 1155 Abs 1 ABGB dann (in Ausnahmesituationen) entfallen soll, wenn vom Elementarereignis („höhere Gewalt“) nicht nur das Unternehmen des Dienstgebers, sondern auch die Allgemeinheit berührt ist. Nur wenn somit ein Ereignis oder ein Umstand zwar auch auf Seite des Dienstnehmers eintritt, jedoch in seiner Auswirkung über die Dienstgebersphäre hinaus in vergleichbarer Weise die Allgemeinheit trifft (sog. „allgemeine Kalamität“), besteht keine Entgeltzahlungspflicht des Dienstgebers.

[42] **7.3.** Ausgehend davon, dass es sich bei der COVID-19-Pandemie um einen Fall „höherer Gewalt“ handelt (vgl. RS0133812), ist zu prüfen, ob dieses Ereignis nicht nur auf beiden Seiten der Arbeitsvertragsparteien eingetreten ist, sondern darüber hinaus in vergleichbarer Weise die Allgemeinheit betroffen hat. Dies ist nach Ansicht des erkennenden Senats in Bezug auf das zwischen den Parteien bestandene Arbeitsverhältnis aber nicht der Fall gewesen. Wie von einem Teil der Lehre überzeugend aufgezeigt wird (siehe Pkt 6.1.), sprechen die verbleibenden unternehmerischen Entscheidungsspielräume trotz der umfangreichen COVID-Maßnahmen und der Betriebsschließungen zusammen mit den vom Verordnungsgeber geschaffenen Rahmenbedingungen, die weiterhin ein Zustandekommen von Dienstleistungen ermöglichten, gegen eine „allgemeine Betroffenheit“. Nicht die Krankheit selbst, sondern die behördlichen Maßnahmen haben dazu geführt, dass die vereinbarten Dienste nicht erbracht werden konnten. Insofern zutreffend weist etwa *Haider* (§ 1155 ABGB in der COVID-19-Krise, DRdA-InfAS 2020, 199 [200 f]) darauf hin, dass eine vergleichbare Betroffenheit der Allgemeinheit –

insbesondere durch die Maßnahmen des Gesetzgebers (bzw der Verordnungsgeber) – nicht vorlag. Vielmehr war diese Betroffenheit sehr unterschiedlich. Während einige Betriebe ihre Tätigkeit in den Betriebsräumlichkeiten oder örtlich disloziert im Home-Office nahezu unverändert aufrecht erhalten konnten, zB Lebensmittelunternehmen davon sogar profitieren, war das Betreten anderer Betriebe behördlich verboten. Individuell-konkrete behördliche Verbote sind regelmäßig der Dienstgebersphäre zuzurechnen. Dass die – unstrittig arbeitsbereite – Klägerin ihre versprochenen Arbeitsleistungen nicht erbringen konnte, lag nicht in ihrer Sphäre, sondern eben in jener der Gemeinschuldnerin, die ihre Arbeitsleistungen als Aushilfskellnerin nicht angenommen hat (annehmen konnte).

[43] **7.4.** In der Entscheidung 9 ObA 77/22x (EvBl 2023/117, 423 [*Greiner*]) vertrat der Senat zwar die Rechtsauffassung, dass es sich bei der Pandemie – jedenfalls im dort zu beurteilenden Zeitraum (26. 3. 2020 bis 19. 5. 2020) – um ein Elementarereignis größten Ausmaßes gehandelt hat, doch wurde damit nur der von den dortigen Vertragsparteien im Gastbühnenvertrag verwendete Begriff „höhere Gewalt“ im Sinne des § 914 ABGB ausgelegt und keine Aussage im Zusammenhang mit § 1155 ABGB getroffen. Die dortige Klägerin stützte ihren Klagsanspruch (Entgelt für die entfallenen Vorstellungen) ausdrücklich auf Schadenersatz (Kündigungsentschädigung) und nicht auf Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB (Rz 17). Der – für die hier zu beurteilende Frage aber wesentliche – Umstand, dass nicht die Pandemie (Krankheit) selbst, sondern erst das gesetzlich verordnete Betretungsverbot dazu geführt hat, dass die versprochenen Dienste nicht zustande gekommen sind, war für die Entscheidung 9 ObA 77/22x nicht relevant

(Rz 27).

[44]                   7.5. Für den vorliegenden Fall folgt daraus, dass der auf den Zeitraum bis zum 18. 5. 2021 entfallende Entgeltanspruch der Klägerin trotz Außerkrafttretens der Sonderregel des § 1155 Abs 3 ABGB mit 31. 12. 2020 im Ergebnis zu Recht durch die Vorinstanzen gemäß § 1155 Abs 1 ABGB zuerkannt wurde. Dass die ausländische Klägerin im maßgeblichen Zeitraum keine Beschäftigungsbewilligung hatte, schadet nicht (§ 29 Abs 1 AuslBG). Dies wird auch von der Beklagten nicht in Zweifel gezogen.

[45]                   Im Übrigen wurde die (weitere) rechtliche Beurteilung des Berufungsgerichts in der Revision nicht substantiiert bekämpft.

[46]                   Der Revision war daher nicht Folge zu geben.

[47]                   Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Oberster Gerichtshof  
Wien, am 27. September 2023  
Dr. F i c h t e n a u  
Für die Richtigkeit der Ausfertigung  
die Leiterin der Geschäftsabteilung: