



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38650
Telefax: (+43 1) 4000 99 38650
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-109/007/12813/2023-14
A. B.

Wien, 09.01.2024

Geschäftsabteilung: VGW-G

An den
Verfassungsgerichtshof
Freyung 8
1010 Wien

Das Verwaltungsgericht Wien stellt durch seinen Richter Dr. Köhler im Verfahren über die Beschwerde des A. B. gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien (Magistratsabteilung 40) vom 30.08.2023, ZI. ..., betreffend eine Vergütung von Verdienstentgang nach dem Epidemiegesetz, gemäß Art. 135 Abs. 4 iVm Art. 89 Abs. 2 sowie Art. 139 Abs. 1 Z 1 und Art. 140 Abs. 1 Z 1 lit. a B-VG den

ANTRAG

der Verfassungsgerichtshof möge

1. § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 90/2021, für verfassungswidrig erklären und die Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über nähere Vorgaben zur Berechnung der Höhe der Vergütung des Verdienstentgangs für selbständig erwerbstätige Personen und Unternehmungen nach dem Epidemiegesetz 1950 (EpiG-Berechnungsverordnung), BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

2. § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 90/2021, für verfassungswidrig erklären und §§ 2, 3, 4 und 6 EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

3. § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 90/2021, für verfassungswidrig erklären und § 3 EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

4. § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 90/2021, für verfassungswidrig erklären und § 3 Abs. 1, 3 und 4 EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

5. § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 69/2023, als verfassungswidrig und die EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 idF BGBl. II N. 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

6. § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 69/2023, für verfassungswidrig und §§ 2, 3, 4 und 6 EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

7. § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 69/2023, für verfassungswidrig und § 3 EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

8. § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 idF BGBl. I Nr. 69/2023, für verfassungswidrig und § 3 Abs. 1, 3 und 4 EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

9. die EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 idF BGBl. II N. 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

10. §§ 2, 3, 4 und 6 EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

11. § 3 EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

12. § 3 Abs. 1, 3 und 4 EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. II 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II 151/2022, als gesetzwidrig aufheben.

BEGRÜNDUNG

Einleitung

Die Berechnungsansätze der EpiG-Berechnungsverordnung, insbesondere § 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung, sowie des § 32 Epidemiegesetz, insbesondere Abs. 4, scheinen aus den im Folgenden dargestellten Gründen unsachlich und ungeeignet. Die angefochtenen Bestimmungen sehen zur Zielerreichung bereits vom Ansatz her völlig ungeeignete Mittel vor und führen zu sachlich nicht begründbaren Differenzierungen. Im Detail ist die Verordnung auch gesetzeswidrig.

Anlassfall

Beschwerdeführer im gegenständlichen Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien ist A. B. (geboren am ...). Der Beschwerdeführer ist selbständiger Steuerberater und war zeitraumbezogen Geschäftsführer und 100 %-Gesellschafter der C. GmbH (FN ...) und er war unbeschränkt haftender Gesellschafter der D. OG, wobei er 50 % der Anteile hielt (FN ...).

Die C. GmbH verfügte über eine Gewerbeberechtigung „Unternehmensberatung einschließlich der Unternehmensorganisation“. Der Beschwerdeführer war gewerberechtlicher Geschäftsführer. Die D. OG verfügte über Gewerbeberechtigungen für freie Gewerbe; der Beschwerdeführer war gewerberechtlicher Geschäftsführer.

Die D. OG erzielte laut Bescheid über die Feststellung von Einkünften gemäß § 188 BAO (Bescheid vom 30.05.2023) im Kalenderjahr 2022 116.145,83 Euro aus selbständiger Arbeit. Die dem Beschwerdeführer zugeordneten Einkünfte betragen für dieses Jahr 61.443,61 Euro (das sind 52,9 % der Einkünfte der Gesellschaft). Der Jahresgewinn der D. OG für das Jahr 2020 betrug insgesamt 105.192,- Euro, 2021 waren es 199.229,- Euro. Die Periodensaldenliste weist für das Absonderungsmonat April 2022 keinen Gewinn aus, für Jänner, Februar, März, Mai und Juni 2022 waren es jeweils gut 15.000,- Euro (mind. 15.170,- bis max. 15.665,- Euro). Für April 2021 werden in der Periodensaldenliste – so wie für Jänner und Februar 2021 – 14.050,- Euro als Monatsgewinn ausgewiesen.

Der Beschwerdeführer war aufgrund eines Absonderungsbescheides des Magistrats der Stadt Wien (Magistratsabteilung 15 – Gesundheitsdienst) vom 12.04.2022 gemäß § 7 Epidemiegesetz abgesondert von 11.04.2022 (Montag) bis

20.04.2022 (Mittwoch; insgesamt 10 Kalendertage, 8 Werktagen).

Mit Schreiben vom 21.07.2022, nämlich drei gesonderten E-Mails für einzelne Tätigkeiten, nämlich bezogen auf die E. GmbH, die C. GmbH und die D. OG, wurde beim Magistrat der Stadt Wien (Magistratsabteilung 40) vom Beschwerdeführer die Zuerkennung einer Vergütung gemäß § 32 Epidemiegesetz für den Zeitraum von 11.04.2022 bis 20.04.2022 beantragt.

Als Verdienstentgang und geltend gemachter Entschädigungsanspruch wurden im angeschlossenen „EpG-Berechnungstool“ für die Tätigkeit bei der C. GmbH nach der Berechnungsvariante 6 20.885,84 Euro sowie Steuerberaterkosten in Höhe von 1.000,- Euro geltend gemacht. Grundlage für diese Berechnung waren nicht die konkreten Ergebnisanteile des Beschwerdeführers, sondern die Unternehmenszahlen der C. GmbH.

Für die D. OG wurde in einem gesonderten „EpG-Berechnungstool“ mit der Berechnungsvariante 1–3 ein vorläufiger Verdienstentgang in Höhe von 30.481,78 Euro (sowie Steuerberaterkosten in Höhe von 1.000,- Euro) ausgewiesen. Grundlage für diese Berechnung waren nicht die konkreten Einnahmensanteile des Beschwerdeführers, sondern die Ergebniszahlen der D. OG.

Für die Tätigkeit bei der E. GmbH wurde kein Verdienstentgang beziffert und auch kein konkretes Entschädigungsbegehren gestellt.

Die Antragsabweisung mit dem angefochtenen Bescheid stützte die belangte Behörde im Wesentlichen darauf, dass nur natürliche Personen gemäß § 7 Epidemiegesetz abgesondert werden können. Die Bezifferung des Verdienstentganges werde aus den Erlösen der Gesellschaften insgesamt (und damit nicht aus Anteilen/Entnahmen des Beschwerdeführers) abgeleitet. Anträge einer juristischen Person seien unzulässig, wenn die abgesonderte Person kein Arbeitnehmer sei. Zudem sei die Tätigkeit der Gesellschaften in Anbetracht des Personalstandes durch die Abwesenheit des Geschäftsführers nicht beschränkt oder verunmöglicht.

Das Verwaltungsgericht hat am 21.11.2023 zur Erörterung des Anlassfalles eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Der Beschwerdevertreter hat dabei die unternehmerische Tätigkeit und dem Grunde nach die Erwerbsbehinderung näher dargestellt sowie Rechenwege erläutert.

Aus Anlass dieses Falles sind beim Verwaltungsgericht die unten näher umschriebenen Bedenken hinsichtlich der Gesetzmäßigkeit der im Antrag genannten Verordnung sowie der Verfassungsmäßigkeit der im Antrag genannten gesetzlichen Bestimmungen entstanden.

Rechtslage

Die maßgeblichen Bestimmungen des Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 69/2023, lauten:

„Vergütung für den Verdienstentgang.

§ 32. (1) Natürlichen und juristischen Personen sowie Personengesellschaften des Handelsrechtes ist wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbes entstandenen Vermögensnachteile dann eine Vergütung zu leisten, wenn und soweit

1. sie gemäß §§ 7 oder 17 abgesondert worden sind, oder
- 1a. ihnen auf Grund einer Verordnung nach § 7b Abs. 1 Verkehrsbeschränkungen auferlegt worden sind, oder
2. ihnen die Abgabe von Lebensmitteln gemäß § 11 untersagt worden ist, oder
3. ihnen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäß § 17 untersagt worden ist, oder
4. sie in einem gemäß § 20 im Betrieb beschränkten oder geschlossenen Unternehmen beschäftigt sind, oder
5. sie ein Unternehmen betreiben, das gemäß § 20 in seinem Betrieb beschränkt oder gesperrt worden ist, oder
6. sie in Wohnungen oder Gebäuden wohnen, deren Räumung gemäß § 22 angeordnet worden ist, oder
7. sie in einem Epidemiegebiet, über das Verkehrsbeschränkungen gemäß § 24 verhängt worden sind, aufhältig sind oder Beschränkungen hinsichtlich des Betretens unterworfen sind,

und dadurch ein Verdienstentgang eingetreten ist.

(Anm.: Abs. 1a aufgehoben durch Art. 3 Z 1, BGBl. I Nr. 69/2023)

(2) Die Vergütung ist für jeden Tag zu leisten, der von der in Abs. 1 genannten behördlichen Verfügung umfaßt ist.

(3) Die Vergütung für Personen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, ist nach dem regelmäßigen Entgelt im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes, BGBl. Nr. 399/1974, zu bemessen. Die Arbeitgeber haben ihnen den gebührenden Vergütungsbetrag an den für die Zahlung des Entgelts im Betrieb üblichen Terminen auszuzahlen. Der Anspruch auf Vergütung gegenüber dem Bund geht mit dem Zeitpunkt der Auszahlung auf den Arbeitgeber über. Der für die Zeit der Erwerbsbehinderung vom Arbeitgeber zu entrichtende Dienstgeberanteil in der gesetzlichen Sozialversicherung und der Zuschlag gemäß § 21 des Bauarbeiterurlaubsgesetzes 1972, BGBl. Nr. 414, ist vom Bund zu ersetzen.

(3a) Der Anspruch auf Vergütung gegenüber dem Bund gemäß Abs. 3 besteht ungeachtet privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen zur Fortzahlung des Entgelts beziehungsweise der Bezüge.

(4) Für selbständig erwerbstätige Personen und Unternehmungen ist die Entschädigung nach dem vergleichbaren fortgeschriebenen wirtschaftlichen Einkommen zu bemessen.

(5) Auf den gebührenden Vergütungsbetrag sind Beträge anzurechnen, die dem Vergütungsberechtigten wegen einer solchen Erwerbsbehinderung nach sonstigen Vorschriften oder Vereinbarungen sowie aus einer anderweitigen während der Zeit der Erwerbsbehinderung aufgenommenen Erwerbstätigkeit zukommen. Dies gilt nicht im Falle der Fortzahlung des Entgelts bzw. der Bezüge gemäß Abs. 3a.

(6) Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister kann, wenn und soweit dies zur Gewährleistung einer einheitlichen Verwaltungsführung erforderlich ist, durch Verordnung nähere Vorgaben zur Berechnung der Höhe der Entschädigung oder Vergütung des Verdienstentgangs erlassen.

(7) Auf Grund dieser Bestimmung erlassene Bescheide, denen unrichtige Angaben eines Antragstellers über anspruchsbegründende Tatsachen zugrunde liegen, leiden an einem mit Nichtigkeit bedrohten Fehler im Sinne des § 68 Abs. 4 Z 4 AVG.“

§ 32 Epidemiegesetz, BGBl. Nr. 186/1950 im Zeitpunkt des Endes der Absonderung (15.03.2022) in der Fassung BGBl. I Nr. 90/2021, lautete:

Vergütung für den Verdienstentgang.

§ 32. (1) Natürlichen und juristischen Personen sowie Personengesellschaften des Handelsrechtes ist wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbes entstandenen Vermögensnachteile dann eine Vergütung zu leisten, wenn und soweit

1. sie gemäß §§ 7 oder 17 abgesondert worden sind, oder
2. ihnen die Abgabe von Lebensmitteln gemäß § 11 untersagt worden ist, oder
3. ihnen die Ausübung einer Erwerbstätigkeit gemäß § 17 untersagt worden ist, oder
4. sie in einem gemäß § 20 im Betrieb beschränkten oder geschlossenen Unternehmen beschäftigt sind, oder
5. sie ein Unternehmen betreiben, das gemäß § 20 in seinem Betrieb beschränkt oder gesperrt worden ist, oder
6. sie in Wohnungen oder Gebäuden wohnen, deren Räumung gemäß § 22 angeordnet worden ist, oder
7. sie in einem Epidemiegebiet, über das Verkehrsbeschränkungen gemäß § 24 verhängt worden sind, aufhältig sind oder Beschränkungen hinsichtlich des Betretens unterworfen sind,

und dadurch ein Verdienstentgang eingetreten ist.

(2) Die Vergütung ist für jeden Tag zu leisten, der von der in Abs. 1 genannten behördlichen Verfügung umfaßt ist.

(3) Die Vergütung für Personen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen, ist nach dem regelmäßigen Entgelt im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes, BGBl. Nr. 399/1974, zu bemessen. Die Arbeitgeber haben ihnen den gebührenden Vergütungsbetrag an den für die Zahlung des Entgelts im Betrieb üblichen Terminen auszuführen. Der Anspruch auf Vergütung gegenüber dem Bund geht mit dem Zeitpunkt der Auszahlung auf den Arbeitgeber über. Der für die Zeit der Erwerbsbehinderung vom Arbeitgeber zu entrichtende Dienstgeberanteil in der gesetzlichen Sozialversicherung und der Zuschlag gemäß § 21 des Bauarbeiterurlaubsgesetzes 1972, BGBl. Nr. 414, ist vom Bund zu ersetzen.

(4) Für selbständig erwerbstätige Personen und Unternehmungen ist die Entschädigung nach dem vergleichbaren fortgeschriebenen wirtschaftlichen Einkommen zu bemessen.

(5) Auf den gebührenden Vergütungsbetrag sind Beträge anzurechnen, die dem Vergütungsberechtigten wegen einer solchen Erwerbsbehinderung nach sonstigen Vorschriften oder Vereinbarungen sowie aus einer anderweitigen während der Zeit der Erwerbsbehinderung aufgenommenen Erwerbstätigkeit zukommen.

(6) Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister kann, wenn und soweit dies zur Gewährleistung einer einheitlichen Verwaltungsführung erforderlich ist, durch Verordnung nähere Vorgaben zur Berechnung der Höhe der Entschädigung oder Vergütung des Verdienstentgangs erlassen.

(7) Auf Grund dieser Bestimmung erlassene Bescheide, denen unrichtige Angaben eines Antragstellers über anspruchsbegründende Tatsachen zugrunde liegen, leiden an einem mit Nichtigkeit bedrohten Fehler im Sinne des § 68 Abs. 4 Z 4 AVG.“

Die EpiG-Berechnungsverordnung, BGBl. Nr. II Nr. 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II Nr. 151/2022, lautet (Hervorhebungen durch das Verwaltungsgericht):

„Allgemeines

§ 1. Diese Verordnung regelt die Berechnung des Verdienstentgangs auf Grundlage des vergleichbaren fortgeschriebenen wirtschaftlichen Einkommens selbständig erwerbstätiger Personen und Unternehmen nach § 32 Abs. 4 des Epidemiegesetzes 1950, BGBl. Nr. 186/1950, in der jeweils geltenden Fassung.

Begriffsbestimmungen

§ 2. Für die Zwecke dieser Verordnung gelten folgende Begriffsbestimmungen:

1. **Einkommen: das nach Anlage A bestimmte wirtschaftliche Einkommen aus dem durch eine Erwerbsbehinderung betroffenen Unternehmen oder – wenn nur ein Teil des Unternehmens von der Erwerbsbehinderung betroffen ist – Unternehmensteil;**
2. Erwerbsbehinderung: jede Behinderung des Erwerbs durch eine behördliche Maßnahme gemäß § 32 Abs. 1 des Epidemiegesetzes 1950;
3. Ist-Einkommen: das Einkommen während jener Kalendermonate, in denen die Erwerbsbehinderung zur Gänze oder zum Teil angedauert hat;
4. Zieleinkommen: das mit dem Fortschreibungsquotienten multiplizierte Einkommen während der Vorjahresperiode;
5. **Vorjahresperiode: jene Kalendermonate des vorangegangenen Kalenderjahres, die den Kalendermonaten entsprechen, in denen die Erwerbsbehinderung zur Gänze oder zum Teil angedauert hat;**
6. Fortschreibungsquotient: der nach § 4 Abs. 1, 3 oder 4 bestimmte Faktor;
7. Referenzzeitraum: der nach § 4 Abs. 2 bestimmte Zeitraum;
8. Ersatzzieleinkommen: das Einkommen während jenes Kalendermonats, der dem Kalendermonat, in dem die Erwerbsbehinderung begonnen hat, unmittelbar vorangegangenen ist.

Berechnung

§ 3. (1) Der Verdienstentgang entspricht dem Betrag, um den das Zieleinkommen das Ist-Einkommen übersteigt.

(2) Bei der Berechnung des Ist-Einkommens kann der Antragsteller die im Zusammenhang mit der Antragstellung angefallenen Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer- oder Bilanzbuchhalterkosten bis zum Höchstbetrag von 1000 Euro in Abzug bringen. Dies gilt nicht, wenn ohne diesen Abzug kein positiver Verdienstentgang vorliegt.

(3) Kann der Verdienstentgang nach Abs. 1 **mangels Einkommens während der Vorjahresperiode** nicht ermittelt werden, so entspricht der Verdienstentgang dem um etwaige außergewöhnliche, den Antragsteller individuell betreffende Umstände gemäß § 4 Abs. 3 anzupassenden Betrag, um den das Ersatzzieleinkommen das Ist-Einkommen übersteigt.

(4) Kann der Verdienstentgang **nach Abs. 3 mangels ermittelbaren Ersatzzieleinkommens** nicht bestimmt werden, so entspricht der Verdienstentgang dem Betrag, um den das durch geeignete Unterlagen glaubhaft gemachte voraussichtliche wirtschaftliche Einkommen während jener vollen Kalendermonate, in denen die Erwerbsbehinderung zur Gänze oder zum Teil angedauert hat, das Ist-Einkommen während dieser Kalendermonate übersteigt.

(5) Bei der Berechnung des Verdienstentgangs anhand der vorstehenden Absätze sind Unterschiede, die sich aus einer abweichenden Tageszahl vergleichener Kalendermonate ergeben oder aus einer planmäßigen oder behördlich gemäß § 32 Abs. 1 Z 1, 3 oder 5 EpiG verfügten Niederlegung des Betriebs in den gegenständlichen Zeiträumen resultieren, herauszurechnen.

(6) Abweichend von Abs. 1 kann der Verdienstentgang für Kleinunternehmer gemäß § 6 Abs. 1 Z 27 des Umsatzsteuergesetzes 1994, BGBl. Nr. 663/1994, auf Antrag mit einem Betrag von 86 Euro für jeden Tag der Erwerbsbehinderung festgesetzt werden.

(7) Abweichend von Abs. 1 kann der Verdienstentgang für den Fall, dass die Erwerbsbehinderung aufgrund angemessener zusätzlicher, vom Antragsteller getroffener Maßnahmen mit Ausnahme der Kosten dieser Maßnahmen keine Auswirkungen auf den Verdienst des Antragstellers hatte, auf Antrag in der Höhe der Kosten dieser Maßnahmen festgesetzt werden.

§ 4. (1) Der **Fortschreibungsquotient** dient der angemessenen Berücksichtigung der Entwicklung des wirtschaftlichen Ergebnisses im Vergleich zur Vorjahresperiode. Hierbei handelt es sich um das Verhältnis des Einkommens im Referenzzeitraum zum Einkommen des Referenzzeitraumes im vorangegangenen Kalenderjahr; für die Fälle eines negativen Einkommens in beiden Zeiträumen sowie in keinem der beiden Zeiträume, aber während der Vorjahresperiode, handelt es sich um dessen Kehrwert. Bei der Ermittlung des Fortschreibungsquotienten sind Unterschiede, die sich aus einer abweichenden Tageszahl vergleichener Kalendermonate ergeben oder aus einer planmäßigen oder behördlich gemäß § 32 Abs. 1 Z 1, 3 oder 5 EpiG verfügten Niederlegung des Betriebs in den gegenständlichen Zeiträumen resultieren, herauszurechnen.

(2) Der Referenzzeitraum umfasst

1. bei einer Erwerbsbehinderung von bis zu 10 Kalendertagen den letzten vollen, der Erwerbsbehinderung vorangegangenen Kalendermonat;
2. bei einer Erwerbsbehinderung von 11 bis zu 30 Kalendertagen die zwei letzten vollen, der Erwerbsbehinderung vorangegangenen Kalendermonate;
3. bei einer Erwerbsbehinderung von 31 bis zu 60 Kalendertagen die vier letzten vollen, der Erwerbsbehinderung vorangegangenen Kalendermonate;
4. bei einer darüberhinausgehenden Erwerbsbehinderung einen angemessenen, nach vollen Kalendermonaten bestimmten Zeitraum, der jedoch nicht weniger als die vier letzten vollen, der Erwerbsbehinderung vorangegangenen Kalendermonate umfassen darf.

(3) Abweichend von Abs. 1 und 2 ist der Fortschreibungsquotient angemessen festzusetzen, wenn dieser nach Abs. 1 nicht ermittelt werden kann oder die Ermittlung anhand Abs. 1 nicht zu einer angemessenen Berechnung des fortgeschriebenen wirtschaftlichen Einkommens führen würde. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn nur in einzelnen der in Abs. 1 genannten Zeiträume ein positives Einkommen erzielt wurde oder **außergewöhnliche, den Antragsteller individuell betreffende Umstände** vorliegen, etwa das durch die Erwerbsbehinderung betroffene Unternehmen oder der von der Erwerbsbehinderung betroffene Unternehmensteil **wesentlich erweitert, verkleinert oder sonst verändert** wurde und dieser Umstand im Referenzzeitraum plangemäß noch nicht vollständig wirksam wurde.

(4) Abweichend von Abs. 1 bis 3 kann der Fortschreibungsquotient bei einem Einkommen während der Vorjahresperiode von minus 10 000 Euro bis höchstens 10 000 Euro auf Antrag anhand der durchschnittlichen Veränderung des von der Bundesanstalt Statistik Österreich für die Dauer der Erwerbsbehinderung verlaublichen Verbraucherpreisindex gegenüber der verlaublichen Indexzahl für die Vorjahresperiode festgesetzt werden.

§ 5. Bei der Bestimmung des Ist-Einkommens sind sämtliche Zuwendungen einzubeziehen, die

1. sich aus einer anderweitigen während der Zeit der Erwerbsbehinderung aufgenommenen Erwerbstätigkeit ergeben haben oder
2. aus Anlass der Erwerbsbehinderung oder des zugrundeliegenden Sachverhalts für den Zeitraum der Erwerbsbehinderung oder einen Teil davon beantragt oder gewährt wurden. Wurden solche Zuwendungen für einen längeren Zeitraum als jenen Kalendermonat oder jene Kalendermonate, in denen die Erwerbsbehinderung ganz oder zum Teil angedauert hat, beantragt oder gewährt, sind diese anteilig für die entsprechenden Kalendermonate einzubeziehen.

§ 6. (1) Der Antrag auf Vergütung des Verdienstentgangs für selbständig erwerbstätige Personen und Unternehmen hat alle im amtlichen Formular vorgesehenen für die Berechnung des Verdienstentgangs maßgeblichen Daten zu enthalten.

(2) Die **Richtigkeit der Berechnung** nach den §§ 3 und 4 ist, außer bei Anwendung von § 3 Abs. 6 und 7, durch einen unabhängigen Steuerberater, Wirtschaftsprüfer oder Bilanzbuchhalter **zu bestätigen**. Bilanzbuchhalter dürfen eine solche Bestätigung nur für Unternehmen erteilen, deren Bilanzen sie gemäß § 2 Abs. 1 Z 2 des Bilanzbuchhaltungsgesetzes 2014 (BiBuG 2014), BGBl. I Nr. 191/2013, in der jeweils geltenden Fassung, erstellen dürfen. Bei der Vorlage von Prognosedaten ist die Plausibilität und Nachvollziehbarkeit der Planung zu bestätigen.

(3) Sofern der Antragsteller im Zeitpunkt der Antragstellung Zuwendungen nach § 5 Z 2 beantragt hat, die noch nicht gewährt wurden, sind diese einzeln der Höhe nach im Antrag darzulegen. Sollte der Antragsteller bis zum Zeitpunkt der Erledigung seines Antrags weitere Zuwendungen nach § 5 Z 2 beantragt haben oder ihm solche gewährt werden, so sind diese unverzüglich der Behörde zu melden. Werden nach rechtskräftiger Erledigung des Antrags angerechnete Zuwendungen nach § 5 Z 2 nicht oder nicht zur Gänze gewährt, dann kann der Antragsteller binnen drei Jahren die Wiederaufnahme des Verfahrens erwirken.

(4) Ist der nach § 4 Abs. 1 und 2 ermittelte Fortschreibungsquotient höher als 110 von Hundert und überschreitet der nach den §§ 3 und 4 errechnete Verdienstentgang den Betrag von 10 000 Euro, dann ist die Erhöhung des Einkommens im Referenzzeitraum gegenüber dem entsprechenden Zeitraum des vorangegangenen Jahres mittels geeigneter zusätzlicher Unterlagen zu plausibilisieren. Abs. 2 gilt sinngemäß.

Inkrafttreten

§ 7. (1) Diese Verordnung tritt mit dem ihrer Kundmachung folgenden Tag in Kraft.

(2) Der Titel, § 3 Abs. 3, Abs. 5 bis 7, § 4, § 5 Z 2, § 6 Abs. 2 und 4 sowie die **Anlage A** in der Fassung der Verordnung BGBl. II Nr. 151/2022 treten mit dem der Kundmachung folgenden Tag in Kraft.

(3) Auf zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Verordnung BGBl. II 151/2022 anhängige Verfahren auf Vergütung von Verdienstentgang sind die Bestimmungen dieser Verordnung in der Fassung der Verordnung BGBl. II Nr. 329/2020 weiterhin anzuwenden.

Anlage A

Das wirtschaftliche Einkommen ist das Ergebnis vor Zinsen, Steuern und Abschreibungen (EBITDA). Dieses Ergebnis ist um die Effekte von außergewöhnlichen und/oder nicht regelmäßig wiederkehrenden Erträgen und Aufwendungen zu bereinigen.

Hierbei handelt es sich um das Ergebnis der operativen Tätigkeit einer selbständig erwerbstätigen Person oder Unternehmung. Abschreibungen auf Sachanlagen und immaterielles Vermögen, das Finanzergebnis sowie Erträge und Aufwendungen aus Ertragsteuern sind nicht Bestandteil dieser Ergebnisgröße.

Berechnungslogik des EBITDA für Rechnungslegungspflichtige im Sinne des Unternehmensgesetzbuchs (UGB)

Für der Rechnungslegungspflicht gemäß § 189 des Unternehmensgesetzbuches (UGB), dRGrBl. S. 219/1897, zuletzt geändert durch Bundesgesetz BGBl. I Nr. 63/2019, unterliegende Antragsteller, die zugleich auch die ergänzenden für Kapitalgesellschaften anzuwendenden Vorschriften nach den §§ 221 bis 243d UGB zu beachten haben, **setzt sich das EBITDA aus ausgewählten Bestandteilen der nach § 231 UGB aufzustellenden Gewinn- und Verlustrechnung zusammen.**

Wird die **Gewinn- und Verlustrechnung gemäß § 231 Abs. 2 UGB** aufgestellt, ist folgende Berechnungslogik einzuhalten:

§ 231 Abs. 2 Z 9 (Zwischensumme aus Z 1 bis 8)
 + § 231 Abs. 2 Z 7 (Abschreibungen)
 = EBITDA

Wird die Gewinn- und Verlustrechnung gemäß § 231 Abs. 3 UGB aufgestellt, ist folgende Berechnungslogik einzuhalten:

§ 231 Abs. 3 Z 8 (Zwischensumme aus Z 1 bis Z 7)
 + für das Sachanlagevermögen und immaterielle Vermögen angefallene Abschreibungen, soweit diese als Aufwand in der Zwischensumme aus Z 1 bis Z 7 berücksichtigt wurden
 = EBITDA

Für die nicht den ergänzenden von Kapitalgesellschaften einzuhaltenden Bestimmungen unterliegenden Rechnungslegungspflichtigen im Sinne des UGB hat die Berechnung des EBITDA in sinngemäßer Anwendung der oben dargestellten Berechnungslogik zu erfolgen.

Gleiches gilt für Antragsteller, die ihr Einkommen für steuerliche Zwecke nach § 4 Abs. 1 ermitteln.

Berechnungslogik des EBITDA für Einnahmen-Ausgaben-Rechner im Sinne des § 4 Abs. 3 Einkommensteuergesetz (EStG)

Antragsteller, die ihr Einkommen für steuerliche Zwecke mittels des Überschusses der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben ermitteln, können bei der Ermittlung des EBITDA nach den Grundsätzen des § 4 Abs. 3 EStG vorgehen. Vom Überschuss der Betriebseinnahmen über die Betriebsausgaben sind jedoch folgende Bestandteile auszunehmen und somit nicht Bestandteil des

EBITDA:

Abschreibungen für Abnutzung;
 Geldflüsse aus Investitionstransaktionen (mit Ausnahme des Erwerbs geringwertiger Wirtschaftsgüter);
 Finanzierungstransaktionen (Zinsen und Tilgung für aufgenommene Darlehen);
 Finanzinvestitionen (Zinsenzuflüsse, Dividenden, etc.);
 Ertragssteuern.“

Zur Zulässigkeit des Antrages

Präjudizialität

Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Verordnungs- bzw.

Gesetzprüfungsantrag nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denk unmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985; 12.189/1989; 15.237/1998; 16.245/2001; 16.927/2003).

Das Verwaltungsgericht hat im vorliegenden Fall über eine Beschwerde gegen einen Bescheid zu erkennen, dem ein Antrag auf Zuerkennung einer Vergütung gemäß § 32 Epidemiegesetz zu Grunde liegt. Konkret geht es um eine Vergütung für eine selbständig erwerbstätige Person. Dieser Antrag wurde von der belangten Behörde gestützt auf § 32 Abs. 1 Z 1, Abs. 4 und 6 iVm § 7 Epidemiegesetz abgewiesen.

Für selbständig erwerbstätige Personen und Unternehmungen ist die Entschädigung gemäß § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz nach dem vergleichbaren fortgeschriebenen wirtschaftlichen Einkommen zu bemessen. Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister kann, wenn und soweit dies zur Gewährleistung einer einheitlichen Verwaltungsführung erforderlich ist, gemäß § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz durch Verordnung nähere Vorgaben zur Berechnung der Höhe der Entschädigung oder Vergütung des Verdienstentgangs erlassen. Der Verdienstentgang entspricht gemäß § 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung dem Betrag, um den das Zieleinkommen das Ist-Einkommen übersteigt.

Dass der Beschwerdeführer im Anlassfall dem Grunde nach im Erwerb behindert und die Absonderung kausal für einen Verdienstentgang war, ist für das Verwaltungsgericht grundsätzlich nach erwiesen. Es ist daher nach der geltenden Rechtslage die Höhe des Verdienstentgangs nach der EpiG-Berechnungsverordnung zu berechnen. Der Antrag auf Vergütung ist dem Beschwerdeführer als natürlicher Person zuzurechnen und wurde nicht für die Gesellschaften gestellt. Ein Anspruch insbesondere durch die persönliche Tätigkeit im Rahmen der Personengesellschaft scheint grundsätzlich zu bestehen.

Die vom Hauptantrag bzw. von den Eventualanträgen erfassten gesetzlichen Bestimmungen sind vom Verwaltungsgericht bei der Prüfung der Frage, ob und in welcher Höhe dem Beschwerdeführer eine Vergütung zuerkannt werden kann,

anzuwenden. Sie sind im Anlassfall vor dem Verwaltungsgericht daher präjudiziell, zumal eine Vergütungszuerkennung dem Grunde und der Höhe nach auf die EpiG-Berechnungsverordnung sowie § 32 Abs. 1 Z 1, Abs. 4 und 6 Epidemiegesetz zu stützen wäre. Eine andere Lösung, auch im Interpretationsweg lässt die geltende einfachgesetzliche Rechtslage nicht zu.

Zur Zeitraumbezogenheit der maßgeblichen materiellen Rechtslage ist Folgendes anzumerken: § 32 Abs. 1a Epidemiegesetz hat den Grundsatz, dass eine behördliche Absonderungsmaßnahme iSd §§ 7 oder 17 Epidemiegesetz für einen Anspruch gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 Epidemiegesetz erforderlich ist, aufgeweicht. § 32 Abs. 1a Epidemiegesetz – eingeführt durch Novelle BGBl. I 89/2022 und mit Ablauf des 30.06.2023 in Kraft getreten (§ 50 Abs. 31 Epidemiegesetz) – ist auf den Beschwerdesachverhalt (Erkrankung/Infektion an/mit SARS-CoV-2/COVID-19 im April 2022) aber nicht anwendbar, weil es sich bei der Vergütung gemäß § 32 Epidemiegesetz um einen zeitraumbezogenen Anspruch handelt (anders VwGH 06.09.2023, Ro 2022/03/0046).

Bei einem solchen Anspruch ist die Rechtslage im Zeitpunkt des (allenfalls) anspruchsbegründenden Ereignisses heranzuziehen (zu einer Verwendungszulage VwGH 13.04.2021, Ro 2020/12/0001; zu Ansprüchen auf Arbeitslosengeld bzw. auf Notstandshilfe VwGH 22.02.2022, Ra 2020/08/0187; zu Ansprüchen auf Leistungen der Bedarfsorientierten Mindestsicherung VwGH 08.03.2022, Ra 2021/10/0096). Die gegenständlich beantragte Vergütung wird auf kein nach Inkrafttreten der Novelle BGBl. I 89/2022 gelegenes Ereignis, das einen Anspruch begründen könnte, gestützt (zur Notwendigkeit zeitraumbezogener Feststellungen VwGH 12.10.2023, Ro 2023/09/0006).

Die antragsgegenständlichen Bestimmungen sind auch deshalb präjudiziell, weil grundsätzlich eine Vergütung zustehen könnte. Es wurden grundsätzlich taugliche Daten übermittelt (so stellt etwa das Fehlen bzw. die Nichtverwendung eines bestimmten Berechnungsformulars alleine keinen Mangel iSd § 13 Abs. 3 AVG dar; vgl. VwGH 27.06.2022, Ra 2021/03/0301; 05.05.2023, Ra 2023/09/0022; siehe auch § 6 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung) und ein tauglicher, formgerechter Antrag mit entsprechendem Begehren gestellt.

Die einzelnen E-Mails zu den Tätigkeiten des Beschwerdeführers A. B. für bzw. bei der C. GmbH sowie der D. OG sind diesem als Antragsteller zuzurechnen. Die Anträge dieser natürlichen Person, die auch tatsächlich abgesondert war, sind somit grundsätzlich zulässig. Fraglich ist, ob eine Erwerbsbehinderung iSd § 32 Epidemiegesetz vorliegt und in welcher Höhe eine entsprechende Vergütung für einen Verdienstentgang zusteht. Die antragsgegenständlichen Bestimmungen sind zur Lösung dieser Fragen anwendbar.

Die in der EpiG-Berechnungsverordnung normierte Berechnung erlaubt keine Abweichung von den darin normierten Ansätzen. Es besteht für das Verwaltungsgericht keine Möglichkeit die Bedenken gegen die antragsgegenständlichen Bestimmungen durch einen alternativen Rechenweg zur Ermittlung eines Vergütungsanspruches auszuräumen.

Zum Anfechtungsumfang

Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu prüfenden Gesetzesbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg. 13.965/1994; 16.542/2002; 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden.

Dieser Grundposition folgend hat der Verfassungsgerichtshof die Rechtsauffassung entwickelt, dass im Gesetzesprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. VfSlg. 16.212/2001; 16.365/2001; 18.142/2007; 19.496/2011; 20.154/2017). Das antragstellende Gericht hat all jene Normen anzufechten, die für das anfechtende Gericht präjudiziell sind und vor dem Hintergrund der Bedenken für die Beurteilung der allfälligen Verfassungswidrigkeit der Rechtslage eine untrennbare Einheit bilden. Es ist dann Sache des Verfassungsgerichtshofes, darüber zu befinden, auf welche Weise eine solche Verfassungswidrigkeit – sollte der Verfassungsgerichtshof die Auffassung des antragstellenden Gerichtes teilen – beseitigt werden kann (VfSlg.

16.756/2002; 19.496/2011; 19.684/2012; 19.903/2014; VfGH 10.03.2015, G 201/2014).

Unzulässig wäre der Antrag etwa dann, wenn der im Falle der Aufhebung im begehrten Umfang verbleibende Rest einer Gesetzesstelle als sprachlich unverständlicher Torso inhaltsleer und unanwendbar wäre (VfSlg. 16.279/2001, 19.413/2011; 20.082/2016; VfGH 19.06.2015, G 211/2014; 07.10.2015, G 444/2015), der Umfang der zur Aufhebung beantragten Bestimmungen so abgesteckt ist, dass die angenommene Verfassungswidrigkeit durch die Aufhebung gar nicht beseitigt würde (vgl. zB VfSlg. 18.891/2009, 19.933/2014), oder durch die Aufhebung bloßer Teile einer Gesetzesvorschrift dieser ein völlig veränderter, dem Gesetzgeber überhaupt nicht mehr zusinnbarer Inhalt gegeben würde (VfSlg. 18.839/2009; 19.841/2014; 19.972/2015; 20.102/2016).

Die Bedenken des Verwaltungsgerichtes betreffen die in der EpiG-Berechnungsverordnung normierten sowie in § 32 Abs. 1 Z 1, Abs. 4 und 6 Epidemiegesetz zugrunde gelegten Rahmenbedingungen zur Zuerkennung und Ermittlung/Berechnung einer Vergütung für den Verdienstentgang eines Selbständigen wegen einer Absonderung.

Wie bereits dargelegt, ist das antragstellende Gericht nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes verpflichtet, all jene Bestimmungen anzufechten, die für das anfechtende Gericht präjudiziell sind und vor dem Hintergrund der Bedenken der Beurteilung der Verfassungswidrigkeit eine untrennbare Einheit bilden.

Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof der Auffassung sein sollte, dass nicht bloß eine Gesetzeswidrigkeit der EpiG-Berechnungsverordnung vorliegt, sondern auch die Bedenken betreffend ihrer Rechtsgrundlage in § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz zutreffen und damit eine Verfassungswidrigkeit in der Verordnungsermächtigung und der einfachgesetzlichen Grundlage generell ortet, sieht sich das Verwaltungsgericht zu den Eventualanträgen veranlasst, die Bestimmung des Epidemiegesetzes zusammen mit der EpiG-Berechnungsverordnung anzufechten.

Auch wenn im Anlassfall (primär) die Vergleichsrechnung bzw. Berechnungsvariante des § 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung zur Anwendung kommt, besteht ein untrennbarer Zusammenhang mit an anderen Stellen der EpiG-Berechnungsverordnung normierten Berechnungsansätzen, die im Rahmen einer Gesamtformel bei der Berechnung des Verdienstentganges anzuwenden sind.

Schließlich sind auch die Berechnungsansätze – zumindest hinsichtlich des Grundansatzes, nämlich der Vergleichsrechnung (§ 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung und § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz) untrennbar verbunden.

Dies betrifft etwa die Definition des „Ist-Einkommens“ in § 2 Z 3 EpiG-Berechnungsverordnung und des „Zieleinkommens“ in § 2 Z 4 EpiG-Berechnungsverordnung, das hier wiederum auf den Fortschreibungsquotienten nach § 2 Z 6 und § 4 EpiG-Berechnungsverordnung verweist. In § 6 Abs. 2 EpiG-Berechnungsverordnung ist der Bestätigungsvermerk normiert, der insofern von wesentlicher Bedeutung ist, als der VwGH im Wesentlichen von einer Bindung an die Berechnung des Steuerberaters annimmt (vgl. zuletzt VwGH 12.10.2023, Ro 2023/09/0006, und 16.11.2023, Ra 2023/09/0090). Es können einzelne Berechnungsfaktoren nicht isoliert betrachtet werden.

Die einzelnen Berechnungsmethoden sind im Wesentlichen aufeinander aufgebaut, sodass bei Unanwendbarkeit der Variante oder Unmöglichkeit ein Ergebnis zu ermitteln, sie jeweils nächste Methode herangezogen wird (§ 3 EpiG-Berechnungsverordnung). Würde eine Berechnungsmethode alleine aufgehoben, würden die anderen Varianten bestehen bleiben und müssten subsidiär zur Anwendung kommen (siehe die Kaskade der Abs. 1, 3 und 4 in § 3 EpiG-Berechnungsverordnung).

Soweit nur einzelne Berechnungsmethoden aufgehoben würden, würden jeweils anwendungslose Restteile der EpiG-Berechnungsverordnung in Geltung verbleiben.

Soweit es unzulässig ist, ein Sonderverfahrensrecht im Verordnungsweg Weg zu schaffen, ist die mit § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz geschaffene Rechtsgrundlage verfassungswidrig und damit auch gesamte EpiG-Berechnungsverordnung rechtswidrig.

Eine zu weite Anfechtung der gesamten EpiG-Berechnungsverordnung liegt bei Fehlen einer Einschränkung in den Prüfanträgen auch insofern nicht vor, als sich die inhaltlichen Bestimmungen dieser Verordnung auf eine kleine Zahl von Paragraphen beschränken und alle Bestimmungen der EpiG-Berechnungsverordnung sich auf denselben Regelungsgegenstand beziehen.

Dass § 3 Abs. 4 EpiG-Berechnungsverordnung sachlichere Ergebnisse als die Vergleichsrechnungen nach den Abs. 1 und 3 des § 3 EpiG-Berechnungsverordnung zulässt, bietet aber auch deshalb keine für den Anlassfall taugliche Lösung, weil § 3 Abs. 4 EpiG-Berechnungsverordnung voraussetzt, dass nicht zuvor nach § 3 Abs. 3 EpiG-Berechnungsverordnung ein Einkommen bestimmt werden kann, was wiederum voraussetzt, dass nicht gemäß § 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung ein zeitraumbezogenes Einkommen vorgelegen wäre.

Sobald aber ein Einkommen iSd § 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung, nämlich eines während der Vorjahresperiode, vorliegt oder ein Ersatzzieleinkommen ermittelt werden kann (§ 3 Abs. 3 EpiG-Berechnungsverordnung), lässt die EpiG-Berechnungsverordnung eine Ermittlung des durch geeignete Unterlagen glaubhaft gemachte voraussichtliche wirtschaftliche Einkommen nicht zu.

Aus diesen Gründen sieht sich das Verwaltungsgericht zu einer möglichst weiten Anfechtung der gegenständlichen Bestimmungen veranlasst.

Sollte der Verfassungsgerichtshof – sofern er die dargelegten Bedenken des Verwaltungsgerichtes teilt – der Auffassung sein, dass sich die Gesetzwidrigkeit aus lediglich isolierten Teilen der EpiG-Berechnungsverordnung ergibt, trägt das Verwaltungsgericht dieser Möglichkeit mit den entsprechenden Eventualanträgen Rechnung.

Verfassungsrechtliche Bedenken

Das Verwaltungsgericht hegt gegen die EpiG-Berechnungsverordnung sowie die in den Eventualanträgen angefochtenen Bestimmungen des Epidemiegesetzes folgende Bedenken:

Nach § 32 Abs. 1 Epidemiegesetz ist eine Vergütung „wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbes entstandenen Vermögensnachteile“ zu leisten. § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz spricht im Rahmen der Vergütung für selbständig erwerbstätige Personen von einer „Entschädigung“. § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz nennt alternativ Entschädigung oder Vergütung des Verdienstentgangs.

§ 32 Abs. 1 Epidemiegesetz nennt verschiedene Maßnahmen aufgrund des Epidemiegesetzes, die zur Erwerbsbehinderung geführt haben müssen. Dazu zählt insbesondere auch eine Absonderung gemäß § 7 Epidemiegesetz.

Sowohl bei einer Entschädigung als auch bei einem Verdienstentgang muss ein Vermögensnachteil vorliegen. Der Vermögensnachteil ist Anspruchsvoraussetzung für einen Ersatzanspruch gemäß § 32 Abs. 1 Epidemiegesetz (VwGH 16.12.2021, Ra 2021/09/0214; 27.01.2022, Ra 2021/03/0323; 28.11.2022, Ra 2022/09/0051). § 32 Abs. 1 Epidemiegesetz liegt der Grundgedanke des Ausfallsprinzips zugrunde, sodass ein tatsächlicher Entgeltausfall Anspruchsvoraussetzung ist (VwGH 21.03.2022, Ra 2021/09/0181; 21.03.2022, Ra 2021/09/0235).

Für selbständig erwerbstätige Personen und Unternehmungen ist die Entschädigung gemäß § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz nach dem vergleichbaren fortgeschriebenen wirtschaftlichen Einkommen zu bemessen. Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister kann, wenn und soweit dies zur Gewährleistung einer einheitlichen Verwaltungsführung erforderlich ist, gemäß § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz durch Verordnung nähere Vorgaben zur Berechnung der Höhe der Entschädigung oder Vergütung des Verdienstentgangs erlassen.

Gestützt auf § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz wurde die „Verordnung des Bundesministers für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz über nähere Vorgaben zur Berechnung der Höhe der Vergütung des Verdienstentgangs

für selbständig erwerbstätige Personen und Unternehmungen nach dem Epidemiegesetz 1950“ (kurz: EpiG-Berechnungsverordnung), kundgemacht mit BGBl. II Nr. 329/2020, erlassen.

Die EpiG-Berechnungsverordnung BGBl. II 329/2020 trat mit 22.07.2020 in Kraft und wurde einmalig novelliert (BGBl. II Nr. 151/2022). Diese Änderungen traten mit 09.04.2022 in Kraft. Die EpiG-Berechnungsverordnung steht weiterhin in Geltung. Die gegenständlichen Bestimmungen sind unabhängig von der Art der Krankheit, wegen der abgedeckt wird. Es erfolgten bzw. erfolgen gemäß § 7 Epidemiegesetz Absonderungen wegen Covid/Corona, Affenpocken sowie Masern.

Der Verdienstentgang entspricht gemäß § 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung grundsätzlich dem Betrag, um den das Zieleinkommen das Ist-Einkommen übersteigt. Dies ist die Konkretisierung des in § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz angesprochenen „vergleichbaren fortgeschriebenen wirtschaftlichen Einkommen“.

Die Frage, ob ein Verdienstentgang vorliegt, ist streng genommen von der Berechnung der Höhe der Entschädigung zu trennen. Der Verdienstentgang ist Anspruchsvoraussetzung für eine Entschädigung.

Es wäre – abgesehen davon, dass der Gesetzeswortlaut der einzelnen Absätze in § 32 Epidemiegesetz klar von einer Nachteilssituation ausgeht (Entschädigung oder Vergütung des Verdienstentgangs) und auch der Zweck des Gesetzes in einem Verlustausgleich besteht – unsachlich, das Gesetz dahingehend zu interpretieren, dass bei einem selbständig Erwerbstätigen anders als bei Unselbständigen kein konkreter Verdienstentgang erforderlich sein soll; es wäre aber auch unsachlich bei einem selbständig Erwerbstätigen anders als bei Unselbständigen nicht den konkreten Umfang des Verdienstentganges zu ermitteln.

Die Ersatzfähigkeit eines eingetretenen Verdienstentgangs setzt daher voraus, dass die behördliche Maßnahme kausal für den Verdienstentgang war. Die EpiG-Berechnungsverordnung legt dabei lediglich Grundsätze der Berechnung des Verdienstentgangs fest, sagt jedoch nichts darüber aus, welcher Verlust – nach den Regeln der Kausalität – überhaupt ersatzfähig ist (vgl. VwGH 16.11.2021,

Ro 2021/03/0018; 08.03.2023, Ra 2022/03/0239). Dies impliziert, dass die tatsächliche Höhe der Vergütung durch die Absonderung eingetreten ist und nicht nur dem Grunde nach irgendein Verdienstentgang bzw. irgendeine, allenfalls noch so geringfügige Erwerbsbehinderung eingetreten sein muss. Soweit die Vergütung an eine Absonderung anknüpft, muss diese Verkehrsbeschränkung kausal für die Erwerbsbehinderung gewesen sein; auf eine Kausalität einer Erkrankung oder von Krankheitssymptomen kommt es dabei nicht an.

Bei (Dienstgebern von) Unselbständigen wird ein konkreter, tatsächlicher Ausfall vorausgesetzt. Dabei wird auch anhand der Lohnzettel und anderer Unterlagen im Detail ermittelt, ob und in welcher Höhe ein Verdienstentgang bzw. ein Anspruch auf Vergütung besteht. Dass für Selbständige eine pauschale Vergütung alleine aufgrund einer Absonderung ohne weitere Anspruchsvoraussetzungen bestehen sollte, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen und wäre auch unsachlich.

Es ist nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber hier Gleiches ungleich behandeln wollte. Es gäbe für eine solche Differenzierung auch keine sachliche Rechtfertigung. Soweit die EpiG-Berechnungsverordnung vom rechtlichen Rahmen des Epidemiegesetzes abweicht, ist sie gesetzeswidrig.

Die Unsachlichkeit dieser Differenzierung verstärkt sich durch den Umstand, dass bei unselbständig erwerbstätigen Dienstnehmern die Vergütung für deren Absonderung regelmäßig einen drei- bis niedrigen vierstelligen Vergütungsbetrag ausmacht, während sich für Selbständige in der Regel höhere vier- und fünfstelligen Ansprüche ergeben. Dass bei einer höheren Vergütung – im vorliegenden Anlassfall wurden mehr als 50.000,- Euro geltend gemacht – ein geringerer Ermittlungs- und Prüfungsaufwand gerechtfertigt wäre, ist für das Verwaltungsgericht nicht ersichtlich. Deshalb scheint die Ungleichbehandlung von Selbständigen und Unselbständigen unsachlich.

Während bei Ansprüchen von Dienstgebern gemäß § 32 Abs. 1 Z 1 iVm Abs. 3 Epidemiegesetz einzelne Bezugsbestandteile im Detail anhand von Lohnzetteln, Kollektivverträgen etc. darauf geprüft werden, ob ein Anspruch auf den jeweiligen Bezugsbestandteil wegen der Absonderung ausgefallen wäre oder ob dieser

unabhängig von Erwerbstätigkeit, Krankheit, Absonderung oder sonstiger Abwesenheit jedenfalls bzw. trotzdem zugestanden wäre (Ausfallsprinzip), sieht die EpiG-Berechnungsverordnung in § 3 Abs. 1 eine schlichte Vergleichsrechnung vor. Soweit Daten und Unterlagen für einen Betrachtungszeitraum (lediglich) ein Gesamteinkommen erkennen lassen, ist eine detaillierte Kausalitätsprüfung nicht möglich.

Bei einer völlig abstrakten *Anspruchsberechnung* ist zudem eine Kausalitätsprüfung nicht möglich. Nur eine *Anspruchsermittlung* kann zeigen, welche Einkommensbestandteile oder Ausfälle kausal durch eine Absonderung verursacht wurden.

Eine konkrete Sachverhaltsermittlung ist freilich nur unter Mitwirkung des Anspruchswerbers möglich. Bemüht sich dieser redlich seine Einkommenslage offenzulegen, riskiert er Streichungen des abstrakt berechneten Anspruchs wegen mangelnder Kausalität. Hingegen belohnt das System das Verweigern eines entsprechenden Mitwirkens, weil bei einer völlig abstrakten Antragsbegründung einzelne Zahlen nicht überprüfbar sind. Dies scheint unsachlich.

Der vorliegende Anlassfall zeigt dies anschaulich. Wird weniger offen über den Geschäftsgang Auskunft erteilt, kann die zweifelhafte Relation zwischen Durchschnittseinkommen und begehrter Vergütung nicht in derselben Weise erkannt werden.

Dass der Beschwerdeführer im Anlassfall dem Grunde nach im Erwerb behindert und die Absonderung kausal für einen Verdienstentgang war, ist für das Verwaltungsgericht grundsätzlich nach erwiesen. Ein Einkommen in der Vorjahresperiode hat er auch erzielt. Die Höhe des Verdienstentgangs scheint zweifelhaft und auch der Beschwerdeführer konnte die Relation zwischen beantragten Beträgen und Ergebnissen aus dem Steuerbescheid (auch mit Hinweis auf den Gewinn nach UGB) nicht erklären.

Dass die Berechnungsansätze der EpiG-Berechnungsverordnung bereits vom Ansatz her ungeeignet sind, weil nicht annähernd plausible Rechenergebnisse erzielt werden, wäre insbesondere auch dann nicht erkennbar, wenn die

Mitwirkung an der Sachverhaltsermittlung auf einen Verweis auf den Bestätigungsvermerk des Buchhalters/Steuerberaters (§ 6 Abs. 2 EpiG-Berechnungsverordnung) reduziert wird.

Es wäre mit den Grundsätzen des Administrativverfahrens auch nicht vereinbar, die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht an die Berechnung des Antragstellers zu binden. Es kann daher nicht ausreichen, mit dem Formular „EpiG-Berechnungstool“ eine Antragskonkretisierung vorzunehmen. Eine Bindung der Behörde bzw. des Verwaltungsgerichts an die Bestätigung der Richtigkeit der Berechnung (§ 6 Abs. 2 EpiG-Berechnungsverordnung) scheint unsachlich. Auch in Anbetracht der Betragshöhe scheint eine Reduzierung des Ermittlungsverfahrens unsachlich (siehe bereits oben).

Soweit ein Antragsteller meint, die Ermittlung eines Verdienstentgangs sei an den Steuerberater quasi ausgegliedert, ist anzumerken, dass eine Verantwortung oder Haftung für den Bestätigungsvermerk nach § 6 Abs. 2 EpiG-Berechnungsverordnung wohl niemals schlagend werden würde, wenn die Richtigkeit der Berechnung und die Ermittlungsgrundlagen nicht im Verfahren gemäß § 32 Epidemiegesetz von Behörde bzw. Verwaltungsgericht überprüft würden. Eine Verantwortlichkeit für den Bestätigungsvermerk kann schließlich im Regelfall nur im Vergütungsverfahren nach dem Epidemiegesetz selbst geprüft werden.

Aufgrund des inhaltlichen Umfangs der Verordnungsermächtigung des § 32 Abs. 6 Epidemiegesetz („Berechnung der Höhe“) wäre es auch nicht zulässig, ein Sonderverfahrensrecht mit der EpiG-Berechnungsverordnung zu normieren.

Dass der Gesetzgeber die Erlassung eines Sonderverfahrensrechts für Ansprüche von Selbständigen an den Ordnungsgeber delegiert, scheint unzulässig (Art. 11 Abs. 2 und Art. 136 Abs. 2 B-VG sprechen von Abweichungen in Gesetzen). Es ist auch nicht ersichtlich, dass eine Verfahrensbeschleunigung oder Vereinfachung im Regelungsbereich des § 32 Epidemiegesetz mit sonstigen Maßnahmen einhergeht (vgl. VfSlg. 20.193/2017).

Eine reduzierte Ermittlungspflicht für Ansprüche von Selbständigen im Vergleich zu Ansprüchen von Dienstgebern von Unselbständigen scheint auch aus der Perspektive der Verfahrensdauer nicht geboten, weil der Gesetzgeber für beide Fälle dieselbe Entscheidungsfrist normiert und in beiden Kategorien fristgerechte aber auch verspätete Erledigungen ergehen. Zur Beschleunigung stünde Verfahrensparteien allenfalls eine Säumnisbeschwerde bzw. ein Fristsetzungsantrag offen. Die mit BGBl. I Nr. 21/2022 eingefügte und am 18.03.2022 in Kraft getretene Bestimmung des § 49 Abs. 5 Epidemiegesetz, die die Ausdehnung von fristgerecht eingebrachten Anträgen während eines anhängigen Verfahrens auch nach Ablauf der (sonst üblichen Verjährungs-)Frist gemäß § 49 Abs. 1 und 2 Epidemiegesetz ermöglicht, spricht vielmehr gerade nicht für eine Beschleunigung. Im Übrigen spricht diese Bestimmung für eine Mitwirkungspflicht und die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens. Würde ohne weitere Prüfung von Zahlen und Ergebnissen aus einem „EpG-Berechnungstool“ der jeweils beantragte Betrag zuerkannt werden, würde es die Möglichkeit innerhalb eines offenen Verfahrens eine ziffernmäßige Antragsausdehnung vorzunehmen de facto nicht geben.

Ein Sonderverfahrensrecht scheint auch nicht durch tatsächliche Besonderheiten der gegenständlichen Anspruchskategorie (Selbständige) erforderlich oder gerechtfertigt (vgl. VfSlg. 19.969/2015).

Ein Vergleich des Einkommens mit einer Vorperiode (vgl. Vorjahresperiode in § 2 Z 4 und 5 EpiG-Berechnungsverordnung) aus einem vorangegangenen Jahr ist zudem nicht geeignet, eine Aussage über eine kausale Erwerbsbehinderung oder einen konkreten zeitraumbezogenen Verdienstentgang zu stützen.

Soweit in Branchen Leistungen Zug-um-Zug erbracht und abgerechnet sowie vergütet werden (etwa bei Dienstleistern wie einem Friseur) mag ein solcher Vergleich naheliegender sein. In Branchen, in denen eine Abrechnung von Leistungen nicht zwingend in einem engen zeitlichen Zusammenhang zu tatsächlichen Leistungen, d.h. Handlungen des Selbständigen stehen, ist eine Aussage über einen zeitraumbezogenen Verdienstentgang während eines Absonderungszeitraumes anhand eines solchen Vergleiches nicht möglich. Schließlich ist zu bedenken, dass es regelmäßig neben einer gewissen

Zeitspanne zwischen Leistung und Abrechnung auch ein Zahlungsziel, dass etwa zwei bis vier Wochen nach Erhalt/Zustellung einer Abrechnung liegt, gibt, sodass eine zeitliche Nähe von Absonderung und Einkommensrealisierung nicht gegeben ist.

Auch im Anlassfall werden Leistungen im Rahmen von Honorarnoten mit nicht in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Erbringung einzelner konkreter Leistungen abgerechnet und entlohnt. Die zeitliche Verbindung/Nähe einer Leistung bzw. eines Leistungsausfalls zu einem Absonderungszeitraum ist somit gelockert.

Soweit eine bloße Einkommensvergleichsrechnung von jeglichen weiteren Sachverhaltsermittlungen befreit, wird die Vergütung gemäß § 32 Epidemiegesetz zu einer pauschalen Absonderungsprämie, die ohne Bezug zu jeder Relevanz der Absonderung für die Ausübung der Erwerbstätigkeit steht. Dass in einem Vergleichszeitraum ein besseres wirtschaftliches Ergebnis erzielt wurde, als im Absonderungsmonat kann völlig unterschiedliche Gründe haben. Anders gewendet mag auch ohne Absonderung ein schlechteres Ergebnis erzielt worden sein. Möglicherweise gab es etwa pandemiebedingt in einzelnen Branchen allgemeine Geschäftsrückgänge oder auch einen sonstigen einzelfallbezogenen Rückgang von Einnahmen. Dass dies ersetzt wird bloß, weil es (auch) eine Absonderung gab und ohne zu hinterfragen, ob diese kausal für den Einnahmerückgang war, ist unsachlich. Schließlich soll nach dem Gesetz nur ein absonderungsbedingter Verdienstentgang ersetzt werden (arg. „der durch die Behinderung ihres Erwerbes entstandenen“ in § 32 Abs. 1 Epidemiegesetz). Eine Kausalitätslockerung durch die EpiG-Berechnungsverordnung ist aufgrund des klaren Gesetzeswortlautes gesetzeswidrig.

Bei Dienstgebern von unselbständig Erwerbstätigen wird konkret ein tatsächlicher, absonderungsbedingter Verdienstentgang geprüft und vorausgesetzt. Bei solchen Dienstnehmern wird nicht alleine geprüft, ob sie bloß (aus welchen Gründen immer) weniger verdient haben. Gerade bei stundenweiser Abrechnung mag es bei Dienstnehmern auch Auswirkungen einer schlechteren Auftragslage bei ihren Dienstgebern gegeben haben. Für einen Ersatzanspruch nach § 32 Abs. 1 und 3 Epidemiegesetz reicht aber nicht alleine ein geringerer

Auszahlungsbetrag am Lohnzettel im Vergleich von Absonderungsmonat mit Vorjahresmonat.

Dass alleine ein geringeres Einkommen vorliegt, um einen Anspruch auf „Verdienstentgang“ zu begründen (so nun VwGH 16.11.2023, Ra 2023/09/0090, Rn. 33), scheint unsachlich. Dass die Absonderung bloß mit der Einkommensreduktion korrelieren muss, ohne dafür kausal zu sein, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen (arg. „wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbes entstandenen“ in § 32 Abs. 1 Epidemiegesetz). Eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Beschäftigungssituationen scheint zudem nicht gerechtfertigt.

Dass eine realistische Annäherung an den tatsächlichen Verdienstentgang mit der EpiG-Berechnungsverordnung nicht möglich ist, zeigt sich anhand des Steuerbescheides (gemäß § 188 BAO) und den Angaben des Beschwerdeführers zu seinen Tätigkeiten.

Würde man von 30.481,78 Euro (beantragt für die Tätigkeit bei der D. OG) lediglich den Gewinnanteil des Beschwerdeführers aus dem Jahr 2022 von 52,9 % anerkennen, ergäbe dies 16.124,86 Euro. Auch dieser Betrag für eine Absonderung von 10 Kalendertage steht in keiner Relation zu den Monatsgewinnen aus der Periodensalenlisten für das erste Halbjahr 2022 (monatlich zwischen 15.170,- bis 15.665,-). Das Jahreseinkommen aus der Tätigkeit für die D. OG von 61.443,61 Euro (bescheidmäßig festgestellte Einkünfte nach § 188 BAO) ergibt umgelegt auf einen Kalendertag 168,34 Euro. 16.124,86 Euro für 10 Kalendertage Absonderung entsprechen 1.612,49 Euro pro Kalendertag. Das Ergebnis nach der EpiG-Berechnungsverordnung ist somit ein Vielfaches des Plausiblen/Realistischen.

Statt einer Vereinfachung ist vielmehr eine Verzerrung durch die Berechnung nach der EpiG-Berechnungsverordnung zu konstatieren.

Im Anlassfall scheint zweifellos belegt, dass der Beschwerdeführer dem Grunde nach jedenfalls in seiner Verdienstmöglichkeit eingeschränkt war und auch einen Verdienstentgang erlitten hat. Der Höhe nach lässt sich aus

den Rechenwegen der EpiG-Berechnungsverordnung jedoch kein plausibles Ergebnis erzielen.

Es scheint unsachlich, einen Betrag in vielfacher Höhe zuzuerkennen (im Anlassfall knapp das 10-fache, vgl. aber auch das 6- bis 7-fache im zur dg. GZ. V 352/23-2, G 917/23-2, vorgelegten Antrag sowie ebenfalls das siebenfache im zur hg. GZ. VGW-109/007/13102/2023 vorgelegten Antrag), obwohl nur ein entsprechend geringerer Teil konkret erwiesen und tatsächlich kausal mit der Absonderung verbunden war. Dass regelmäßig ein Vielfaches als Ergebnis „ermittelt“ wird, zeigt, dass die Bedenken keinen Einzel- oder Ausnahmefall betreffen.

Insofern scheint es auch unsachlich im Rahmen der Kausalitätsprüfung lediglich zu ermitteln, ob irgendein (noch so geringfügiger) Verdienstentgang eingetreten ist. Dies würde bedeuten, dass bereits bei Ausfall eines einzelnen „Geschäftsfalles“ (hier eine Untersuchung oder sonstige Kassen- oder Privatleistung) der volle Ersatz nach dem rechnerischen Ergebnis der EpiG-Berechnungsverordnung zustehen würde. Diese Ergebnisse stehen – wie auch der vorliegende Anlassfall zeigt – in keiner Relation zu den tatsächlichen Gegebenheiten (siehe unten eine Vergleichsrechnung zwischen gegenständlichem Antragsbetrag und Ableitung aus anlassfallbezogenen Unternehmenszahlen).

Inwiefern Vergleichsrechnungen über zeitraumbezogene Abrechnungen oder Umsätze Rückschlüsse auf zeitraumbezogene Erwerbsbehinderungen wegen einer Absonderung zulassen, ist nicht nachvollziehbar. Zahlungen und Leistungen in einzelnen Zeitfenstern (wie etwa einer zehntägigen Absonderung) mögen zeitlich zusammentreffen, aber keinesfalls zwingend kausal miteinander verbunden sein. Vielfach ist bei diesem Rechnungsansatz aber eine Zufallsabhängigkeit bezüglich Zahlungseingängen/Abrechnungszeitpunkten etc. gegeben.

Ansprüche für Absonderungen von selbständig Erwerbstätigen und von Dienstgebern unselbständiger Dienstnehmer werden auch insofern ungleich behandelt, als die Dienstnehmeransprüche im Detail danach berechnet werden, wie lange eine Absonderung gedauert hat. Eine rechnerische Berücksichtigung der

tatsächlichen Dauer der Absonderung in Tagen ist bei der Durchrechnung sämtlicher Bezugsbestandteile vorzunehmen. Bei Unselbständigen sieht die EpiG-Berechnungsverordnung (mit Ausnahme des im vorliegenden Fall nicht anwendbaren § 3 Abs. 6 EpiG-Berechnungsverordnung) keine Berücksichtigung der tatsächlichen Absonderungsdauer vor. Es ist demnach unbeachtlich, ob bei gleichen Ausgangszahlen für die Vergleichsrechnung gemäß der EpiG-Berechnungsverordnung wie zu Beginn der „Pandemie“ üblich für 14 Tage oder später 10 Tage abgesondert wurde und ob ein „Freitesten“ vor Ablauf des Absonderungszeitraumes erfolgte (eine Möglichkeit, insofern früher die Absonderung zu „beenden“, ergab sich ab Beginn 2022 regelmäßig aus entsprechenden Nebenbestimmungen des Absonderungsbescheides).

Wieso die tatsächliche Absonderungsdauer bei Selbständigen (anders als bei unselbständigen Dienstnehmern) nicht relevant sein soll, ist für das Verwaltungsgericht nicht nachvollziehbar. Für sich betrachtet scheint eine solche Anspruchsberechnung vielmehr unsachlich. Die Ungleichbehandlung gegenüber Dienstnehmerabsonderungen bzw. deren Vergütung scheint damit umso bedenklicher.

Im Rahmen der EpiG-Berechnungsverordnung kommt es so zu einer Zufallsabhängigkeit von Zahlungseingängen. Dass im Anlassfall der Fortschreibungsquotient zum Ausgleich außergewöhnlicher Umstände oder von wesentlichen Beeinflussungen/Abweichungen des rechnerischen Ergebnisses zu einem realistischeren Ergebnis führen würde, ist nicht ersichtlich.

Es ist nach den gegenständlich anwendbaren Bestimmungen der EpiG-Berechnungsverordnung auch grundsätzlich möglich, dass ein negativer Wert aus der Vergleichsrechnung resultiert. Ein solches rechnerisches Ergebnis wäre aber ebenso ungeeignet eine Aussage über kausale Erwerbsbehinderungen wegen einer Absonderung zu stützen. Soweit trotz Absonderung und tatsächlicher Verdiensteinbußen ein im Vergleich wirtschaftlich besseres Gesamtergebnis erzielt wird, gebührt nach der Berechnung der EpiG-Berechnungsverordnung nämlich keine Vergütung (so zuletzt VwGH 12.10.2023, Ro 2023/09/0006), obwohl ein Verdienstentgang in

Form ausgefallener Arbeiten oder Leistungen vorliegen und auch im Verfahren erwiesen sein kann.

So kann es sein, dass ein Selbständiger trotz eines im Vergleichszeitraum, d.h. trotz Absonderung, besseren Ergebnisses konkret nachweisen könnte, dass er um tatsächliche Erwerbsmöglichkeiten umgefallen ist, nach der Berechnungsmethode der EpiG-Berechnungsverordnung wäre aber kein Verdienstentgang anzunehmen (dazu VwGH 12.10.2023, Ro 2023/09/0006, Rn 33 – 35). Entgegen konkreter Beweisergebnisse zu tatsächlich ausgefallenen Erwerbsmöglichkeiten (weil etwa einzelne Leistungen im Absonderungszeitraum ausgefallen sind) würde nach der Berechnungslogik der EpiG-Berechnungsverordnung ein Sachverhalt anzunehmen sein (kein Verdienstentgang), obwohl er erwiesener Maßen vorliegt. Ein solches Verfahrensregime scheint unsachlich.

Ein Widerspruch zwischen Gesetz und Verordnung lässt sich zudem insofern erkennen, als § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz vom fortgeschriebenen Einkommen spricht. Dies wäre aus systematischen Gründen und vom Gesetzeszweck her das unmittelbar vor der Absonderung, aktuell erzielte Einkommen (die ErläutRV 1205 BlgNR sowie der AB 1234/BR d.B. XIII. GP zu BGBl. Nr. 702/1974 enthalten keine Aussage zu § 32 Abs. 4). § 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung setzt hingegen grundsätzlich als Vergleichsgrundlage beim Vorjahreseinkommen an. Insofern weicht die Verordnung vom Gesetz ab.

Eine Fortschreibung des in zeitlicher Nähe zur Absonderung erzielten Einkommens scheint zudem geeigneter plausible Ergebnisse zu erzielen. Es ist in diesem Zusammenhang auch fraglich, ob § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz hinreichend determiniert ist und nicht der Spielraum für den Verordnungsgeber zu groß ist. Der Spielraum scheint zudem durch die EpiG-Berechnungsverordnung überschritten zu sein.

Es scheint auch – abgesehen von dieser Gesetzeswidrigkeit der EpiG-Berechnungsverordnung – unsachlich, eine Vorjahresperiode als Vergleichsmaßstab heranzuziehen, weil eine Saison- oder Jahreszeitenabhängigkeit des Einkommens der Ausnahme- und nicht der Regelfall ist. Zusätzlich ist zu bedenken, dass sich in einem Unternehmen binnen

einen Jahres die wirtschaftlichen Verhältnisse ändern können, sodass alleine eine Heranziehung des unmittelbar absonderungsbezogenen Zeitraumes sachlich scheinen würde.

Eine Vorjahresperiode wäre wohl auch nur in dem Fall geeignet, dass eine „Epidemie“ zeitlich beschränkt ist und mit einem „normalen“ Jahr ein Vergleich vorgenommen werden soll. Im Fall einer „Pandemie“, die über zweieinhalb oder drei Jahre (in unterschiedlichen Intensitätswellen) andauert, ist eine solche Gegenüberstellung umso weniger geeignet.

Die Berechnungsansätze der EpiG-Berechnungsverordnung, insbesondere § 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung, sowie des § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz scheinen aus all diesen Gründen unsachlich und ungeeignet. Die angefochtenen Bestimmungen sehen zur Zielerreichung völlig ungeeignete Mittel vor und führen zu sachlich nicht begründbaren Differenzierungen. Bereits vom Ansatz her sind die dargestellten Berechnungsansätze ungeeignet und unsachlich iSd Art. 7 Abs. 1 B-VG (vgl. VfSlg. 17.932/2006; 18.147/2007).

Sachlich (als Alternative zum hier in Zweifel bezogenen System) wäre hingegen etwa bzw. insbesondere eine einzelfallbezogene Nachweispflicht für tatsächlich zeitraumbezogene Leistungsausfälle. Anhand einer konkreten Darstellung von Ausfällen, Leistungs-/Auftragsstornierungen, konkreten Abrechnungen von in zeitlicher Nähe nicht ausgefallenen Leistungen o.Ä. könnte ein Ermittlungsverfahren zur Ermittlung und Berechnung des Vergütungsanspruches geführt werden. Ein solches Ermittlungsverfahren nach den Grundsätzen des AVG scheint dem Verwaltungsgericht erforderlich und geeigneter, plausible Werte zu erzielen (zur Konsequenz im Fall der Aufhebung der EpiG-Berechnungsverordnung nochmals unten). Schließlich wird ein solches Verfahren ohne vereinfachte/abstrakte Berechnungsansätze auch bei den Ansprüchen nach § 32 Abs. 3 Epidemiegesetz durchgeführt. Eine Privilegierung von selbständig Erwerbstätigen scheint unsachlich.

Beispielsweise könnte im Anlassfall aus dem Einkommen gemäß einem EStG-/BAO-Verfahren oder gemäß Aufzeichnungen/Ergebnisrechnungen aus zur

Absonderung zeitnahen Zeiträumen ein plausibleres Ergebnis als aus der Vergleichsrechnung der EpiG-Berechnungsverordnung abgeleitet werden.

Bei dem Anlassfall handelt es sich auch um keinen Härtefall und keine Ausnahmekonstellation. Zu anderen Branchen/Anlassfällen mit unterschiedlichen Ausgangskonstellationen, die jedoch alle die im Wesentlichen identischen Bedenken hervorrufen, wurden bereits insgesamt acht Anträge zur EpiG-Berechnungsverordnung sowie § 32 Abs. 4 und 6 Epidemiegesetz an den Verfassungsgerichtshof gestellt.

Zusammengefasst ist das Verwaltungsgericht der Auffassung, dass die Berechnungsansätze der EpiG-Berechnungsverordnung sowie des § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz unsachlich, gesetz- und verfassungswidrig sind.

Nachdem laufend neue Beschwerdefälle betreffend die gegenständliche Rechtslage vorgelegt werden, wird ersucht, die Anlassfallwirkung auf alle beim Verwaltungsgericht Wien anhängigen Fälle betreffend Vergütungen gemäß §32 Abs.4 und 6 Epidemiegesetz iVm der EpiG-Berechnungsverordnung zu erstrecken.

Auswirkungen auf den beim Verwaltungsgericht anhängigen Anlassfall

Eine Aufhebung der mit dem gegenständlichen Antrag angefochtenen Verordnungsbestimmungen hätte zur Folge, dass die Berechnungsansätze der EpiG-Berechnungsverordnung nicht mehr anwendbar wären. Soweit keine Rechtsgrundlage für eine abstrakte Vergleichsbetrachtung besteht, wäre dann eine konkrete Nachweismöglichkeit von Erwerbseinbußen und tatsächlichem Einkommensausfall gegeben. Es wäre anhand von grundsätzlich frei wählbaren Beweismitteln (§ 46 AVG) von einem Antragsteller im Rahmen seiner Mitwirkungspflicht darzulegen, welche kausalen Ausfälle entstanden sind und wie sich ein für den konkreten Absonderungszeitraum realistischer Verdienstentgang aus zeitnahen Unternehmensergebnissen ableiten und nachvollziehbar bemessen lässt.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Köhler
Richter