



**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-109/007/8860/2023-11
Dr. A. B.

Wien, 26.09.2023

Geschäftsabteilung: VGW-G

Verfassungsgerichtshof
Freyung 8 (Ecke Renngasse)
1010 Wien
ZNV

Das Verwaltungsgericht Wien stellt durch seinen Richter Dr. Köhler im Verfahren über die Beschwerde der Dr.ⁱⁿ A. B. gegen den Bescheid des Magistrates der Stadt Wien (Magistratsabteilung 40, Gruppe Recht & Aufsicht, Fachgruppe Gesundheitsrecht) vom 23.05.2023, Zl. ..., betreffend eine Angelegenheit 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. 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. Nr. II Nr. 329/2020 in der Fassung der Novelle BGBl. II Nr. 151/2022, als gesetzwidrig aufheben,

in eventu

2. § 32 Abs. 4 und 6 Epidemiegesetz sowie die EpiG-Berechnungsverordnung,

in eventu

3. § 32 Epidemiegesetz und die EpiG-Berechnungsverordnung,

als verfassungswidrig 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

Beschwerdeführerin im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien ist Dr.ⁱⁿ A. B. (geboren am ...). Sie ist selbständige Fachärztin für ... mit eigener Ordination in Wien, C.-gasse.

Die Beschwerdeführerin hat Kassenverträge mit der Österreichischen Gesundheitskasse (ÖGK) sowie den von der Versicherten-/Patenzahl her kleineren Kassen KFA, SVS und BVAEB.

Die Ordinationszeiten verteilen sich auf vier Wochentage: Montag: 7 - 14 Uhr (7 Stunden), Dienstag: 7 - 13 Uhr (6 Stunden), Mittwoch: 11 - 19 Uhr (8 Stunden), Donnerstag: 7 - 14 Uhr (7 Stunden). An Freitagen ist die Ordination geschlossen. Diese Öffnungszeiten galten auch im Absonderungszeitraum. Das Ordinationsende erfolgte nicht automatisch mit dem Ende der angegebenen Zeiten.

Mit Bescheid des Magistrats der Stadt Wien (Magistratsabteilung 15 – Gesundheitsdienst) vom 06.03.2022 wurde gemäß § 7 Epidemiegesetz die Absonderung der Beschwerdeführerin von 06.03.2022 bis 15.03.2022 (10 Tage) verfügt.

Der Absonderungszeitraum von 06.03.2022 (Sonntag) bis 15.03.2022 (Dienstag) umfasst insgesamt zehn Kalendertage; an sechs Tagen war die wä. die Ordination ohne Absonderung der Beschwerdeführerin geöffnet gewesen (drei Kalendertage waren Wochenende, ein Freitag ist ebenfalls Schließtag).

Mit der umsatz- und patientenzahlmäßig größten Krankenkasse ÖGK erfolgt eine quartalsweise Abrechnung zum Ende des jeweiligen Folgequartals. Die kleineren Kassen wie KFA, SVS, BVAEB rechnen monatlich im Nachhinein ab.

Beispielsweise wurden am 22.03.2021 und 31.03.2021 von der ÖGK die Honorare für Leistungen aus dem 4. Quartal 2020 überwiesen. Die KFA überwies am 18.03.2021 die Honorare für Leistungen aus Jänner 2021 (jeweils Datum des Zahlungseingangs in den Unterlagen der Beschwerdeführerin).

Honorare für März 2022 (gegenständlicher Absonderungsmonat) wurden von der KFA am 12.05.2022, von der BVAEB am 16.05.2022 und von der SVS am 17.05.2022 überwiesen. Der Zahlungseingang aus der Endabrechnung für das Absonderungsquartal der ÖGK erfolgte am 30.06.2022. Im März 2022 gingen dafür Leistungen für die Monate November 2021 und Jänner 2022 (BVA, SVS und KFA) ein.

Der Umsatzanteil der ÖGK betrug für März 2022 76,8 % (52.663,28 von 68.546,97 Euro).

Verfahrensgang

Mit Schreiben vom 14.06.2022 wurde beim Magistrat der Stadt Wien (Magistratsabteilung 40) die Zuerkennung einer Vergütung gemäß § 32 Epidemiegesetz beantragt. Als Verdienstentgang wurden 30.138,37 Euro sowie Steuerberaterkosten in Höhe von 600,- Euro geltend gemacht. Im

angeschlossenen „EpG-Berechnungstool“ wurden für die Berechnungsvarianten 1–3 „– 97.547,60 Euro“ als vorläufiger Verdienstentgang ausgewiesen. Der negative Betrag ergab sich aus dem Überschreiten des Zieleinkommens durch das Ist-Einkommen. Nach der Berechnungsvariante 7 wurden 30.138,37 Euro als vorläufiger Verdienstentgang angegeben. Diesen Berechnungen lag zu Grunde, welches Einkommen aus Leistungen im Absonderungsmonat erzielt wurde.

Die Antragsabweisung mit dem angefochtenen Bescheid vom 23.05.2023 stützte die belangte Behörde darauf, dass mit dem Antrag vom 14.06.2022 zwar ein Gesamterstattungsbegehren und Steuerbratungskosten bezeichnet worden seien, allerdings sei die falsche Berechnungsvariante im EpG-Berechnungstool herangezogen worden. In der maßgeblichen Berechnungsvariante ergebe sich ein negativer Betrag als Verdienstentgang, weil überhaupt kein Verdienstentgang vorliege. Es sei im Zeitraum der Erwerbsbehinderung mehr eingenommen worden als in der Vorjahresperiode.

Mit der Beschwerde wurde der Antrag dahingehend modifiziert, dass nach der Berechnungsvariante 1 des EpG-Berechnungstools 26.288,39 Euro Verdienstentgang sowie Steuerberaterkosten in Höhe von 1.000,- Euro geltend gemacht wurden. Dieser Betrag ergab sich aus einer „periodengerechten Zuordnung“ der in Folgemonaten/-quartalen für die jeweiligen Zeiträume nachträglich überwiesenen Zahlungen.

Das Verwaltungsgericht hat am 12.09.2023 zur Erörterung des Beschwerdefalles eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt.

Aus Anlass dieses Falles sind beim Verwaltungsgericht die unten näher umschriebenen Bedenken ob 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 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.

(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 vorangegangen 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.

Die vom Hauptantrag bzw. dem Eventualantrag erfassten gesetzlichen Bestimmungen sind vom Verwaltungsgericht bei der Prüfung der Frage, ob und in welcher Höhe der Beschwerdeführerin eine Vergütung zuerkannt werden kann, anzuwenden. Sie sind im Beschwerdefall vor dem Verwaltungsgericht daher präjudiziell, zumal eine Vergütungs-zuerkennung 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 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 SARS-CoV-2/COVID-19 im Jänner/Februar 2022) aber nicht anwendbar, weil es sich bei der Vergütung gemäß § 32 Epidemiegesetz um einen zeitraumbezogenen Anspruch handelt. 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.

Die antragsgegenständlichen Bestimmungen sind auch deshalb präjudiziell, weil grundsätzlich eine Vergütung zustehen könnte. Entgegen der Ansicht der belangen Behörde wurden unabhängig von bestimmten Berechnungsvarianten 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.

Gemäß § 13 Abs. 8 AVG kann ein verfahrensleitender Antrag in jeder Lage des Verfahrens geändert werden. Durch die Antragsänderung darf lediglich die Sache ihrem Wesen nach nicht geändert und die sachliche und örtliche Zuständigkeit nicht berührt werden. Ist ein Leistungsanspruch befristet, kommt eine Antragsausdehnung nach Ablauf der Frist um einen insoweit bereits erloschenen Anspruch nicht mehr in Betracht. Im Übrigen muss ein Anspruch in einem Antrag oder durch rechtzeitige, spätere Änderung ziffernmäßig konkretisiert werden (VwGH 13.12.2021, Ra 2021/03/0309; 18.03.2022, Ra 2022/03/0005; 14.11.2022, Ra 2022/03/0050). Eine solche Konkretisierung ist gegenständlich erfolgt; die Modifikation mit der Beschwerde ist auch nicht wesensändernd.

Die Rechtslage schließt es zudem nicht aus, sondern erlaubt und aus Perspektive der Mitwirkungspflicht sie verlangt vielmehr sogar, dass ein eingebrachter Antrag fristgerecht ziffernmäßig sogar erweitert wird (§ 49 Abs. 5 Epidemiegesetz idF zum Zeitpunkt der Antragstellung; vgl. auch VwGH 20.06.2023, Ra 2022/03/0190).

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 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.

Wie bereits dargelegt, ist das antragstellenden 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 Gesetzwidrigkeit der EpiG-Berechnungsverordnung vorliegt, sondern auch die Bedenken gegen deren Rechtsgrundlagen in § 32 Abs. 4 und 6 Epidemiegesetz zutreffen und damit eine Verfassungswidrigkeit in der Verordnungsermächtigung und einfachgesetzlichen Grundlagen generell ortet, sieht sich das Verwaltungsgericht zu dem ersten Eventualantrag veranlasst, die genannten Bestimmungen des Epidemiegesetzes zusammen mit der EpiG-Berechnungsverordnung anzufechten. Schließlich sind auch die Berechnungsansätze – zumindest hinsichtlich des Grundansatzes, nämlich der Vergleichsrechnung (§ 3 Abs. 1 EpiG-Berechnungsverordnung und § 32 Abs. 4 Epidemiegesetz) untrennbar verbunden.

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 (siehe etwa die Definition des „Ist-Einkommens“ in § 2 Z 3 EpiG-Berechnungsverordnung). Es können somit einzelne Berechnungsfaktoren nicht isoliert betrachtet werden.

Sollte der Verfassungsgerichtshof – sofern er die dargelegten Bedenken des Verwaltungsgerichtes teilt – der Auffassung sein, dass sich die Verfassungswidrigkeit aus dem Vergütungssystem des § 32 Epidemiegesetz insgesamt ergibt, ergibt, trägt das Verwaltungsgericht dieser Möglichkeit mit seinem zweiten Eventualantrag Rechnung und sieht sich veranlasst, die genannte Bestimmung zur Gänze anzufechten.

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.

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 seither einmalig novelliert und zwar mit BGBl. II Nr. 151/2022. Deren 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 erfolgte 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 Erwerbstitigen anders als bei Unselbständigen kein konkreter Verdienstentgang erforderlich sein soll.

Die Ersatzfähigkeit eines eingetretenen Verdienstentgangs setzt daher voraus, dass die behördliche Maßnahme kausal für den Verdienstentgang war. Die EpiG-Berechnungsverordnung legt 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).

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.

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 rechtswidrig.

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 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 mangelnde Kausalität. Hingegen belohnt das System das Verweigern eines entsprechenden Mitwirkens, weil bei einer völlig abstrakten Antragsbegründung einzelne Zahlen nicht überprüfbar sind. Dies scheint unsachlich.

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 „EpG-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.

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.

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 einem Friseur) mag ein solcher Vergleich naheliegender sein. In Branchen, in denen eine Abrechnung von Leistungen – etwa Honorarnoten eines Rechtsanwalts – 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 Beschwerdefall werden Leistungen im Rahmen von Kassenverträgen mit Sozialversicherungsträgern nicht in unmittelbarer zeitlicher Nähe zur Leistungserbringung („Stechen“ der e-card bei einem Ordinationsbesuch) abgerechnet und vergütet. Es erfolgt bei der umsatz- und patientenzahlmäßig größten Krankenkasse ÖGK vielmehr eine quartalsweise Abrechnung zum Ende des jeweiligen Folgequartals. Erst nach einer Abrechnung erfolgt eine Überweisung der zustehenden Honorarbeträge. Die zeitliche Verbindung/Nähe zu einem Absonderungszeitraum ist somit stark gelockert.

Im Übrigen wird nach der EpiG-Berechnungsverordnung ausgeblendet, dass sich Selbständige regelmäßig auch Hilfspersonal bedienen (entweder durch unmittelbar beschäftigte Dienstnehmer oder durch Subunternehmer). Jedenfalls ist nicht immer eine höchstpersönliche Leistungserbringung durch den Unternehmer gegeben, sodass dessen Absonderung alleine nicht zwingend einen wirtschaftlichen (Total-)Ausfall bedeuten muss, weil eben gewisse unternehmerische (Teil-)Tätigkeiten auch während solcher Zeiträume erbracht werden können, die dann (später) auch verrechnet werden können.

Beispielsweise könnten im Beschwerdefall Rezepte durch eine Ordinationshilfe E-Rezepte nach Telefonanruf „ausgestellt“ werden.

Im Übrigen sagt eine Absonderung alleine nichts über eine Erwerbsbehinderung aus. Insbesondere durch digitale Arbeitsmöglichkeiten kann eine Erwerbstätigkeit, die nicht durch höchstpersönlichen (etwa Kunden-)Kontakt erbracht wird, auch während einer Absonderung ausgeübt werden. Schließlich geht es nicht um eine Arbeitsunfähigkeit oder Erkrankung, sondern ist jegliche Infektion oder auch nur der Infektionsverdacht geeignet, eine Absonderung zu rechtfertigen.

Soweit eine höchstpersönliche Leistungserbringung durch und im unmittelbaren Kontakt mit dem selbständigen Unternehmer nicht erforderlich ist, ist dessen Absonderung alleine nicht zwingend Grund für einen wirtschaftlichen Ausfall. Gewisse unternehmerische (Teil-)Tätigkeiten können auch während solcher Zeiträume erbracht und dann (später) auch verrechnet werden. Insbesondere durch digitale Arbeitsmöglichkeiten (etwa Gespräche per Videotelefone) kann eine Erwerbstätigkeit, die nicht durch höchstpersönlichen/unmittelbaren (Kunden-/Patienten-)Kontakt erbracht werden muss, auch während einer Absonderung ausgeübt werden.

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.

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.

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 § 3 Abs. 1 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 etwa Beginn 2022 regelmäßig aus entsprechenden Nebenbestimmungen des Absonderungsbescheides). Wieso die tatsächliche Absonderungsdauer bei Selbständigen (anders als bei unselbständigen Dienstnehmern) nicht relevant sei 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.

Das Ausblenden der Zahl der Absonderungstage führt im Beschwerdefall dazu, dass für eine Absonderung für zehn Kalendertage, die sechs Ordinations(halb)tage bzw. 41 Ordinationsstunden der Beschwerdeführerin betrifft, eine Vergütung in Höhe von knapp 29.000 Euro (707,31 Euro pro Ordinationsstunde bzw. 4.833 Euro pro Ordinationstag) zustehen soll.

Ausgehend von den in der mündlichen Verhandlung angegebenen Patientenzahlen und beispielhaft genannten Ordinationstarifen gelangt man im Anlassfall nur deshalb zu einem (prima facie) plausiblen Ergebnis, weil die Einnahmen aus (aus Sicht des Absonderungszeitraumes) späteren Überweisungen auf eine Monatsbasis (Februar und März 2021 und 2022; siehe die mit Schreiben vom 04.09.2023 übermittelte Beilage) heruntergebrochen wurden.

Wenn die ÖGK im Absonderungsmonat das Honorar für Leistungen aus dem Vorquartal überweist, wäre diese Leistung grundsätzlich nach der Verordnung berechnungsrelevant (siehe § 2 Z 3 EpiG-Berechnungsverordnung: „Ist-Einkommen“ ist Einkommen der Periode, in der die Erwerbsbehinderung andauert hat“), allerdings wäre die Absonderung nicht kausal für diese Zahlung bzw. diese Einkommensminderung. Es gibt hingegen aber keine Grundlage nach der Verordnung die zeitlich (im Sinne der Kausalität) „passende“ Einkommenserzielung aus dem Folgequartal zur Berechnung heranzuziehen oder Zahlungen auszutauschen. Ein später erzielt Einkommen ist außerhalb des nach § 2 Z 3 EpiG-Berechnungsverordnung relevanten Zeitraumes. Die Abrechnungsintervalle der ÖGK (Quartal) überstiegen zudem die maßgebliche Vorjahresperiode iSd § 2 Z 5 EpiG-Berechnungsverordnung, weil eben nur die Absonderungsmonate relevant sein sollen.

Der nach der Antragsmodifikation begehrte Betrag ergibt sich (lediglich) daraus, dass nachträglich die tatsächlich und zwar außerhalb der Vergleichszeiträume überwiesenen Beträge für den Absonderungszeitraum berücksichtigt werden (in der mündlichen Verhandlung am 12.09.2023 als „periodengerechte Zuordnung“ bezeichnet). Eine solche Zuordnung sehen die Berechnungsansätze der EpiG-Berechnungsverordnung jedoch nicht vor.

Es wäre nach den gegenständlich anwendbaren Bestimmungen der EpiG-Berechnungsverordnung auch 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 EpiG-Berechnungsverordnung nämlich keine Vergütung obwohl ein Verdienstentgang in Form ausgefallener Arbeiten, Leistungen vorliegen kann.

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.

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 weiters – 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. Durch eine konkrete Darstellung von Ausfällen, Leistungs-/Auftragsstornierungen u.Ä. könnte ein Ermittlungsverfahren zur Ermittlung und Berechnung des Vergütungsanspruches führen. Ein solches Ermittlungsverfahren nach den Grundsätzen des AVG scheint dem Verwaltungsgericht hat 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 ist unsachlich.

Losgelöst von den im Beschwerdefall anwendbaren Bestimmungen scheint es denkmöglich, dass beim Verfassungsgerichtshof von Amts wegen Bedenken hinsichtlich des gesamten § 32 Epidemiegesetz (d.h. auch bezüglich nicht präjudizieller Detailregeln dieser Bestimmung) aufkommen.

Nach der Intention des Gesetzgebers sollten mit dem Epidemiegesetz finanzielle Ausgleichsmaßnahmen bei einer lokal begrenzten Ausbreitung eines Gesundheitsnotstandes getroffen werden, weil eine weitere räumliche Ausbreitung zum Wohl der Allgemeinheit verhindert werden sollte. Einerseits war in der Stammfassung BGBl. Nr. 186/1950 der Personenkreis stark eingeschränkt, andererseits wurde auch mit der Öffnung im „Interesse des Gleichheitsgebotes“ (ErläutRV 1205 BlgNR XIII. GP 3) mit BGBl. Nr. 702/1974 nicht an flächendeckende „Lockdowns“ gedacht. Bei einer im gesamten Bundesgebiet bestehenden „Pandemie“, die nicht nur geografisch, sondern auch bezogen auf Personen-, Unternehmens- oder Branchengruppen ohnehin eine allgemeine Betroffenheit mit sich bringt, wäre es nicht in der Intention des Gesetzgebers flächendeckend Entschädigungen auszusprechen. Anders als bei einer begrenzten bzw. spezifischen Betroffenheit scheint in der gegenständlichen Konstellation die Anwendung eines Gießkannenprinzips nicht geboten.

Bei dem Anlassfall handelt es sich auch um keinen Härtefall und keine Ausnahmekonstellation. Zu anderen Branchen bzw. Berufen werden zeitnah ähnliche Anträge zur EpiG-Berechnungsverordnung sowie § 32 Abs. 4 und 6 Epidemiegesetz an den Verfassungsgerichtshof folgen. Mit Schreiben vom heutigen Tag, GZ VGW-109/007/9052/2023, wurde etwa zu einem Notar, mit anderem Einkommens-/Abrechnungssystem ein Antrag zu in weiten Teilen, aber nicht durchgehend identischen Bedenken vorgelegt. Auch wenn dort eine im Detail andere Berechnungsvariante zur Anwendung gelangt, stellen sich dieselben Bedenken gegen die EpiG-Berechnungsverordnung bzw. § 32 Abs. 4 und 6 Epidemiegesetz.

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

Auswirkungen auf den beim Verwaltungsgericht anhängigen Beschwerdefall

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 dann anhand von grundsätzlich frei wählbaren Beweismitteln (§ 46 AVG) von einem Antragsteller darzulegen, welche kausalen Ausfälle entstanden sind. Beispielsweise könnte im Anlassfall anhand des üblichen Patientenauskommens oder stornierter Behandlungstermine oder sonstiger Ordinationsaufzeichnungen und konkreter Verrechnungsansätze für konkrete Leistungen (Ordinations-/Kassentarife) ein Verdienstentgang ermittelt werden.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Köhler
Richter