

Pandemie und Arbeitsleben

Unterlage zum Vortrag
im Rahmen des AK-z'Nüne
in der Arbeiterkammer Feldkirch,
9. 5. 2022, Feldkirch

Referent:

Univ.-Prof. Dr. *Gert-Peter Reissner*
Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der
Karl-Franzens-Universität Graz

1. Wichtige Entscheidungen zum Thema Pandemie

1.1 Entlassung von Seiten des AG

Entlassungsgründe zählt § 27 AngG demonstrativ, § 82 GewO 1859 taxativ auf:

§ 27 AngG

- Untreue
- Vertrauensunwürdigkeit
- Unfähigkeit, die versprochenen Dienste zu leisten
- Verstoß gegen das Konkurrenzverbot (§ 7 AngG)
- Verletzung der Arbeitspflicht bzw des Weisungsrechtes
- lang andauernde Arbeitsverhinderung (auch unverschuldet!), ausgenommen wegen Krankheit oder Unfalls
- Tätlichkeiten, Verletzungen der Sittlichkeit und der Ehre

§ 82 GewO 1859

- Vorzeigen falscher oder gefälschter Zeugnisse
- Irreführung über ein bestehendes Arbeitsverhältnis
- Unfähigkeit zur vereinbarten Arbeitsleistung
- Trunksucht bei wiederholter Verwarnung
- bestimmte gerichtlich strafbare Handlungen, die vertrauensunwürdig machen (zB Diebstahl)
- Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen
- Betreiben eines abträglichen Nebengeschäfts
- unbefugtes Verlassen der Arbeit
- beharrliche Vernachlässigung der Pflichten
- Verleitung zu Ungehorsam oder zur Auflehnung gegen den AG
- Verleitung zu unordentlichem Lebenswandel, zu unsittlichen oder gesetzwidrigen Handlungen
- grobe Ehrenbeleidigung, Körperverletzung oder gefährliche Drohung
- unvorsichtiges Umgehen mit Feuer und Licht (auch Strom, Sprengstoff etc)
- Behaftung mit abschreckender Krankheit
- Arbeitsunfähigkeit durch eigenes Verschulden für nicht absehbare Zeit
- längerer Gefängnisaufenthalt

Will sich der Lösende zwar auf einen wichtigen Grund stützen, ist aber ein solcher objektiv betrachtet nicht gegeben oder durch Zeitablauf „verwirkt“, so ist die Entlassung **ungerechtfertigt**.

E 1) OGH 14. 9. 2021 8 ObA 54/21f – Corona-Verdachtsfall
ASoK 2022, 40 = EvBl-LS 2022/1, 41
(zur Kündigung eines Heimleiters nach VB-Recht wegen Missachtens der Verhaltensregeln im COVID-19-Lockdown OGH 25. 6. 2021, 8 ObA 36/21h, ARD 6779/12/2021)

Erscheint eine AN zur Arbeit, obwohl sie als Corona-Verdachtsfall abgesondert wurde, so berechtigt dieses Verhalten den AG zur Entlassung der AN wegen Vertrauensunwürdigkeit.

1.2 Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz

Der allgemeine Kündigungs- und Entlassungsschutz in den §§ 105 ff ArbVG schützt den AN vor Beendigungen von Seiten des AG, die entweder **aus verpöntem Motiv** erfolgt sind (§ 105 Abs 3 Z 1 ArbVG) oder aller Voraussicht nach **wesentliche soziale Nachteile für den AN** nach sich ziehen werden (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG). Vorausgesetzt ist, dass der AN in einem betriebsratspflichtigen Betrieb (mit oder ohne BR) tätig ist.

Es gibt zwei Gruppen von **Anfechtungsgründen**:

- Verpönte Motive iSd § 105 Abs 3 Z 1 ArbVG
- Sozialwidrigkeit iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG

Die **verpönten Motive** sind im Gesetz taxativ aufgezählt. Es reicht, dass der AN einen derartigen Grund **glaubhaft** macht; die Klage ist abzuweisen, wenn eine höhere Wahrscheinlichkeit für ein anderes vom AG glaubhaft gemachtes Motiv spricht (§ 105 Abs 5 ArbVG).

Anfechtungstatbestände sind ua:

- Beitritt zu bzw Mitgliedschaft oder Tätigkeit in Gewerkschaften (lit a, lit b)
- Einberufung der Betriebsversammlung (lit c)
- Mitwirkung oder Kandidatur bei der Betriebsratswahl (lit d, lit e Fall 1)
- frühere Betriebsrattätigkeit (lit e Fall 2)
- offenbar nicht unberechtigte Geltendmachung von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis (sog **Vergeltungskündigung**; lit i)

E 2) OGH 14. 9. 2021 8 ObA 42/21s – Testverweigerer
ASoK 2022, 39

Vom Schutzzweck des § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG sind nicht nur schon entstandene Ansprüche, sondern zusätzlich Ansprüche auf Wahrung der Rechtsposition aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis gegen einseitige Eingriffe erfasst. Ziel dieser Bestimmung ist es, dem AN die Rechtsdurchsetzung im aufrechten Arbeitsverhältnis zu ermöglichen. Umfasst ist dabei nicht nur die Geltendmachung von Geldansprüchen, sondern auch anderer vom AG in Frage gestellter Ansprüche, Rechte und Rechtspositionen. In dem Sinn wird auch in der Literatur der Zweck der lit i darin gesehen, insoweit Vergeltungskündigungen zu vermeiden. Der Motivkündigungsschutz soll aber nicht schon bei haltlosen Behauptungen greifen.

Nach § 10 Abs 4 der im Zeitpunkt des Kündigungsausspruchs in Geltung stehenden COVID-19-NotMV idF BGBl II 2020/479 durfte ein Betreiber von Alten- und Pflegeheimen Mitarbeiter nur einlassen, wenn diese durchgehend eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung trugen, und nur dann, wenn für diese einmal pro Woche ein Antigen-Test auf SARS-CoV-2 oder ein molekularbiologischer Test auf SARS-CoV-2 durchgeführt wurde und dessen Ergebnis negativ war. Im Fall eines positiven Testergebnisses konnte das Einlassen abweichend davon dennoch erfolgen, wenn jedenfalls mindestens 48 Stunden Symptombefreiheit nach abgelaufener Infektion vorlag und aufgrund der medizinischen Laborbefunde, insb aufgrund des CT-Werts >30, davon ausgegangen werden konnte, dass keine Ansteckungsgefahr mehr besteht.

Die vom AN (unsubstantiiert) geäußerten Bedenken an der Verfassungsgemäßheit dieser V gehen ins Leere, weil auch verfassungswidrige V bis zu deren Aufhebung durch den VfGH anzuwenden sind.

Hinzu kommt, dass sich die hier maßgebliche Verpflichtung auch aus der Verantwortung des Heimbetreibers für die Gesundheit der Heimbewohner rechtfertigen lässt. Die AG war zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung daher verpflichtet, dem AN ohne Vorliegen eines negativen Testergebnisses (bzw einer der in der V statuierten Ausnahmen) das Betreten der Betriebsstätte zu verwehren, ohne dass es ihr frei stand, sich mit dessen Bereitschaft zum Tragen einer FFP2-Maske oder seiner Beteuerung, gesund zu sein, zu begnügen. Umgekehrt ergab sich (schon) aus dieser V eine zumindest mittelbare Verpflichtung des AN, sich den angeordneten Tests zu unterziehen, damit er weiter im Alten- und Pflegeheim beschäftigt werden und seinem Arbeitsvertrag nachkommen konnte.

Soweit sich der AN ganz allgemein auf den „Schutz der Grund- und Freiheitsrechte“ beruft, fällt ohnehin die bei einem Grundrechtseingriff gebotene Interessenabwägung wegen der Schutzbedürftigkeit der in einer Pandemie besonders vulnerablen Heimbewohner jedenfalls zugunsten der Testpflicht aus. Soweit der AN die Sinnhaftigkeit der Maßnahmen in Zweifel zog, wonach das Testen asymptomatischer Personen nicht zielführend sei und es durch falsch positive Tests zu einer Ausdünnung des Personalstands kommen könne, liegt es nicht an ihm als AN, die Sinnhaftigkeit der Schutzmaßnahmen in Frage zu stellen, zu deren Umsetzung die AG als Betreiberin eines Alten- und Pflegeheims nach der geltenden Rechtsordnung verpflichtet ist.

Die (beharrliche) Weigerung des AN, sich auf Kosten der AG den von ihr iSd § 10 Abs 4 COVID-19-NotMV angeordneten regelmäßigen Tests zu unterziehen, war daher offenbar unbegründet. In der daraufhin ausgesprochenen Kündigung ist eine verpönte Retorsionsmaßnahme nicht zu erblicken.

Wird eine in diese Richtung gehende Kündigung wegen **Sozialwidrigkeit** angefochten, so ist damit zu rechnen, dass der AG dieser Anfechtung „**persönliche Gründe, die die betrieblichen Interessen nachteilig berühren**“ (§ 105 Abs 3 Z 2 lit a ArbVG), entgegenhalten wird können. Im Endeffekt kann das bedeuten, dass auch sozial schutzwürdige AN mit COVID-Verweigerungshaltungen rechtmäßig gekündigt werden können (vgl auch 2.).

1.3 Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz

Für besonders schutzwürdige Personengruppen sieht der Gesetzgeber eine über den allgemeinen Kündigungs- und Entlassungsschutz hinausgehende Bestandsicherung vor. Einschlägige **gesetzliche Regelungen** gibt es insb für Belegschaftsvertreter, Mütter bzw Elternfreistellungen in Anspruch nehmende Väter, Präsenz-, Zivil- und Ausbildungsdienler, begünstigte Behinderte und Lehrlinge.

Ein besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz kann sich aber auch aus **KollV, BV** oder **Arbeitsvertrag** ergeben:

E 3) OGH 22. 10. 2021 8 ObA 48/21y – Corona-Kurzarbeit und Kündigung
ARD 6778/5/2021
(vgl auch OGH 29. 11. 2021, 8 ObA 50/21t ua)

Wird ein AN während der Corona-Kurzarbeit oder der anschließenden Behaltefrist gekündigt, so ist die Kündigung rechtswirksam. Aus den Bestimmungen des § 37b AMSG iVm den hier maßgeblichen Regelungen der Kurzarbeitsvereinbarungen ergibt sich keine Unwirksamkeit einer während der Kurzarbeit oder der anschließenden Behaltefrist ausgesprochenen Kündigung. Ebenso wenig resultiert daraus eine Änderung der Kündigungsfristen und -termine.

Die Förderung ist im Rahmen einer allfälligen Kündigungsanfechtung bei der Beurteilung des Vorliegens „betrieblicher Erfordernisse“ für die Kündigung (§ 105 Abs 3 Z 2 lit b ArbVG) zu berücksichtigen.

Auf eine allfällige einzelvertragliche Vereinbarung eines besonderen Kündigungsschutzes hat sich der Kl im vorliegenden Verfahren auch zu Recht nicht berufen, weil er in der (hier strittigen) ersten Phase überhaupt nicht in die Kurzarbeit einbezogen war und auch in der zweiten Phase keine individuelle Kurzarbeitsvereinbarung mit ihm zustande gekommen ist.

1.4 Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz

Unter dem Begriff „individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz“ **individuell gewährte Motivanfechtungstatbestände** zusammengefasst. Regelungen zum Thema finden sich vor allem im Diskriminierungsschutz des GIBG bzw des BEinstG.

Wird das Arbeitsverhältnis vom AG ua **wegen der Religion oder Weltanschauung gekündigt, vorzeitig gelöst oder im Probemonat beendet**, so kann die Lösung gem § 26 Abs 7 GIBG beim ASG angefochten werden.

E 4) OGH 27. 11. 2021 9 ObA 130/21i – Corona-Leugnen keine Weltanschauung
ARD 6786/6/2022

Niemand darf aufgrund der Weltanschauung iZm einem Arbeitsverhältnis unmittelbar oder mittelbar diskriminiert werden, insb auch nicht bei der Beendigung des Arbeitsverhältnisses (§ 17 Abs 1 Z 7 GIBG). Eine Kündigung kann bei Gericht angefochten werden, wenn das Arbeitsverhältnis vom AG wegen der Weltanschauung gekündigt worden ist (§ 26 Abs 7 GIBG).

Eine erkennbar kritische Haltung zu COVID-19-Bestimmungen und das Vortragen von Sachargumenten gegen das „Maskentragen“ – das Coronavirus sei „ungefähr so gefährlich wie das Influenzavirus“, „Verfassungsgesetze sollten eingehalten werden“ – stellen für sich allein noch keine Weltanschauung iSd GIBG dar.

2. Sonstiges zum Thema Pandemie und Arbeitsrecht

Im Folgenden werden ohne Anspruch auf Vollständigkeit einige Thesen zu weiteren Diskussionspunkten zum Thema zur Diskussion gestellt:

- Darf der AG nach dem Impfstatus fragen? Ein **Fragerecht des AG** besteht nach Abwägung der Interessen des AN auf Geheimhaltung persönlicher Umstände und der Interessen des AG an der Offenlegung betriebswichtiger Umstände. Im Allgemeinen wird der Impfstatus nicht offenzulegen sein. Im Falle der COVID-19-Impfung wird dies anders sein, zumal es hier auch einen entsprechenden öffentlich-rechtlichen Hintergrund im Zusammenhang mit der Pandemiebekämpfung gibt.
- Das Fragerecht besteht sowohl im Zuge der **Einstellung** als auch im **aktiven Arbeitsverhältnis**.
- Dementsprechend erlaubt ist auch die Frage nach einem Status als **genesene (und nachgeimpfte) Person** oder nach einer **negativen (Selbst-)Testung** zulässig.

- Die **unrichtige Beantwortung** einer erlaubten Frage ist ein Verstoß gegen arbeitsrechtliche Pflichten und kann bei entsprechender Schwere einen **Entlassungsgrund** darstellen.
- Die **Weigerung**, die Frage zu beantworten, stellt mE keinen Entlassungsgrund dar, **beeinflusst** aber das **Ausmaß des Kündigungsschutzes** (dazu unten).
- Gibt der AN seinen Status nicht bekannt und wird er deswegen **nicht beschäftigt**, so stellt dies grundsätzlich einen Fall der **Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB** dar, es sei denn, diese Bestimmung wurde diesbezüglich – was mE zulässig ist – abgedungen.
- Bestehen allerdings öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des AG in Bezug auf den Zutritt zu seinem Betrieb, zB die sog **2G-Regel**, so ist der AN in der geschilderten Konstellation **nicht leistungsbereit** – es fehlt aus rechtlichen Gründen an der Arbeitsfähigkeit –, sodass § 1155 ABGB nicht in Betracht kommt.
- Eine Entgeltfortzahlung aus **sonstigen wichtigen, die Person betreffenden Gründen** kommt mE ebenfalls **nicht** in Betracht, zumal dieses Verhalten objektiv betrachtet ein Verschulden des AN beinhaltet.
- Ist ein AN COVID-positiv, so ist er auch bei Symptomlosigkeit krank und arbeitsunfähig, sodass die Regelungen über die **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** zur Anwendung kommen. Im gegebenen Zusammenhang (und in zahlreichen ähnlichen Fällen) hat der AG Anspruch auf Erstattung gem § 32 EpiG.
- Die Entgeltfortzahlung entfällt, wenn jemand eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit **vorsätzlich oder grob fahrlässig verursacht** hat (zB Teilnahme an einer Corona-Party, völliges Vernachlässigen der vorgeschriebenen Schutzmaßnahmen).
- Wird jemand, der nicht erkrankt ist, als **Kontaktperson abgesondert** oder einer Quarantäne unterworfen, so stellt das einen wichtigen Grund in der Person dar (vgl schon oben). Eine Dienstverhinderung liegt aber nicht vor, wenn die **Arbeit auch im Homeoffice vereinbart** wurde.

- Wird jemand wegen Verweigerung der Schutzmaßnahmen gekündigt, so kann der AG in einem allfälligen Kündigungsschutzverfahren iSd §§ 105, 107 ArbVG einen beachtlichen **personenbezogenen Kündigungserleichterungsgrund** ins Treffen führen (vgl schon 1.2).
- Sollen **Tests im Betrieb** stattfinden, zB eine Teststraße, der sich die AN zu stellen haben, so stellt dies unabhängig davon, ob eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung dazu besteht oder nicht, eine **Kontrollmaßnahme, die die Menschenwürde berührt**, iSd § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG oder § 10 AVRAG dar. Es bedarf daher einer entsprechenden „Lizensierung“ durch **BV** oder – falls kein BR besteht – **Einzelvertrag**.
- Soll allerdings nur eine sog 3G-Regel überprüft werden, so wird dies nicht die Menschenwürde berühren. Es würde sich um eine bloße Ordnungsvorschrift handeln, die per Weisung oder per BV iSd § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG etabliert werden kann.
- Die **Weigerung, sich der „lizenzierten“ Kontrolle zu stellen**, ist ein **Persönlichkeitsrecht** und daher zulässig. Die Auswirkungen auf die Entgeltfortzahlung bei nachfolgender Dienstverhinderung und den Kündigungsschutz sind wie oben dargestellt.
- Die **Weisung**, im Arbeitsbereich Schutzmaßnahmen zu befolgen, insb eine **Maske zu tragen**, ist **zulässig**, wenn sich dies **aus öffentlich-rechtlichen Vorgaben** ergibt. Im Falle einer Weigerung und darauffolgender Dienstverhinderung wirkt sich das wiederum auf die Entgeltfortzahlung und auf den Kündigungsschutz aus. Die Verletzung des Weisungsrechts kann sich nach allgemeinen Grundsätzen auch **zu einem Entlassungsgrund verdichten**.
- Die **Leugnung der Pandemie** bzw die **Verbreitung von Verschwörungstheorien** zum Thema kann sich nach allgemeinen Grundsätzen auch **zu einem Entlassungsgrund verdichten**. So weit kommen wird es aber vorrangig **in sensiblen Bereichen**, etwa in ärztlichen oder medizin-wissenschaftlichen Diensten.
- Aus der Fürsorgepflicht gegenüber (anderen) AN folgt weder Fragerecht noch (mitbestimmungs-)freie Kontrollmöglichkeit. Dies wäre ein völlig unübliches und überzogenes Verständnis dieses Rechtsinstituts.