

# WISO

Nr. 1/23  
März 2023  
46. Jahrgang

WIRTSCHAFTS- UND SOZIALPOLITISCHE ZEITSCHRIFT

**Eva-Maria Schmidt:** Erwerbsarbeitszeitmodelle und deren Potenzial für Geschlechtergleichstellung • **Martina Beham-Rabanser, Joachim Gerich, Birgit Mock:** Benachteiligungserfahrungen von Eltern am Arbeitsplatz • **Tom Heilmann, Ute Klammer, Christina Klenner:** Welche Rolle spielt die Arbeitsbewertung für den Gender Pay Gap? Analysen mit dem neuen „Comparable-Worth-Index“ geben Aufschluss • **Mirna Specht-Prebanda, Stephanie Müller-Wipperfürth:** Zur Bedeutung von geschlechtersensiblen Gesundheitsschutz am Beispiel der Reinigungsbranche

---

## WISO Praxisforum

---

## Rezension

---

## AK Wissenschaftspreis 2022

**Natascha Strobl:** Festrede: Wessen Freiheit? Corona und autoritäre Krisenbearbeitung in der Neuen Normalität • **Kerschbaumer / Gell / Reichmann:** Vulnerable Gruppen in der Krise • **Leonie Obermeyr:** Ausgewählte Problemstellungen einer 3G-Regel am Arbeitsplatz • **Julian Wenger:** Einfluss von COVID-19 auf eine Großbaustelle am Beispiel North Yorkshire Polyhalite Projekt

# AK Wissenschaftspreis 2022

## „Soziale Folgen der Corona-Pandemie“

*Natascha Strobl*

Natascha Strobl ist österreichische Politikwissenschaftlerin.

**Festrede: Wessen Freiheit? Corona und autoritäre Krisenbearbeitung in der Neuen Normalität** 112

---

*Lukas Kerschbaumer, Sascha Gell, Pia Reichmann*

Forscher:innenteam am Center for Social & Health Innovation, MCI Innsbruck

**Vulnerable Gruppen in der Krise** 116

---

*Leonie Obermeyr*

Leonie Obermeyr arbeitet derzeit an der Universität Salzburg als Dissertantin im Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht.

**Ausgewählte Problemstellungen einer 3G-Regel am Arbeitsplatz** 131

---

*Julian Wenger*

Technischer Angestellter in der Bauleitung, Baustelle Stadtstraße Aspern (Wien), STRABAG AG

**Einfluss von COVID-19 auf eine Großbaustelle am Beispiel North Yorkshire Polyhalite Projekt** 144

## **Kurzfassung der Diplomarbeit: Ausgewählte Problemstellungen einer 3G-Pflicht am Arbeitsplatz**

*Leonie Obermeyr*

### **1. Einleitung**

Die COVID-19-Pandemie hatte die Menschheit in den vergangenen drei Jahren<sup>1</sup> fest im Griff. Besonders einflussreich war sie in der Arbeitswelt. Mangels einschlägiger Bestimmungen und Rechtsprechung – etwa bzgl. potenzieller Zugangsbeschränkungen zum Arbeitsplatz – war (bzw. ist) die Rechtslage hier besonders unsicher, was hohe Risiken sowohl für Arbeitnehmer:innen (in der Folge: AN) und Arbeitgeber:innen (in der Folge: AG) barg (bzw. birgt). In Retrospektive brachte die 3G-Regel am Arbeitsplatz wohl auch nicht die erhoffte Klarheit zu einigen Rechtsproblemen. Folgender Beitrag soll eine Kurzzusammenfassung der Ergebnisse meiner im Frühjahr 2022 an der Universität Salzburg eingereichten Diplomarbeit „Ausgewählte Problemstellungen einer 3G-Pflicht am Arbeitsplatz“ sein.

Zwar ist die 3G-Regel (am Arbeitsplatz) per se schon fast ein Jahr nicht mehr in Kraft, doch sind die nachfolgenden Ausführungen nicht gänzlich rechtshistorisch und für die Zukunft verwerflich: Die Pandemie hat das Gesundheitsbewusstsein der Menschen doch deutlich gestärkt. Weiterhin relevant wird nicht nur die Erhebung der Gesundheitsdaten der AN sein, wohl aber auch das Interesse an gewissen Standards der Gesundheit der Belegschaft hinsichtlich anderer Krankheiten (z. B. Grippe). Darüber hinaus ist – aufgrund der Unvorhersehbarkeit des Pandemiegeschehens – nicht ausgeschlossen, dass es bei steigenden Infektionszahlen zu einer Wiedereinführung der 3G-Regel kommen kann.

## **2. Verordnungsinhalt**

### **2.1 Grundregel**

Die 3G-Regel an sich war in Österreich zum Zeitpunkt der Einführung am Arbeitsplatz keine Neuheit mehr; vielmehr wurde sie im Laufe des Jahres 2021 – beginnend mit Gastronomie und körpernahen Dienstleistern – nicht nur präsentiert, sondern auch stets ergänzt. Ab 01.11.2021 galt die Regelung schließlich auch für alle AN, Inhaber:innen und Betreiber:innen an Arbeitsorten, an denen physischer Kontakt zu anderen Personen nicht ausgeschlossen werden konnte.

### **2.2 Strengere Regeln in begründeten Fällen**

Viel problematischer als die Grundregel war jener Teil der Verordnung, der es erlaubte, in begründeten Fällen strengere, über die Verordnung hinausgehende Regeln bzgl. Maskenpflicht und 3G-Nachweis vorzusehen (zuletzt § 10 Abs 7 4. COVID-19-MV). Als Beispiel wäre hier etwa zu nennen, dass nur geimpften AN der Zugang zum Arbeitsplatz gewährt wird. Unklar war in diesem Zusammenhang, wer diese Vorschriften erlassen oder vereinbaren durfte, um welche konkreten Maßnahmen es sich dabei handeln durfte und in welchen Fällen diese vorgesehen werden durften.

#### **2.2.1 Umsetzungsmöglichkeiten**

Aufgrund des Wortlauts der Verordnung („vorsehen“ bzw „erlassen“) war primär davon auszugehen, dass diese strengeren Regelungen einseitig durch AG angeordnet werden durften (Gerhartl, ASoK 2021, 370 [376]). Im Umkehrschluss müsste man dafür zum Ergebnis kommen, dass der Inhalt einer Anordnung auch einer vertraglichen Vereinbarung zugänglich ist. Im Lichte des Stufenbaus der Arbeitsrechtsordnung wäre daher an Regelungen in Kollektivverträgen, Betriebsvereinbarungen und Einzelarbeitsverträgen zu denken.

Ein Kollektivvertrag darf gem § 2 Abs 2 Z 2 ArbVG sogenannte Inhaltsnormen beinhalten, also Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis regeln (Reissner in Neumayr/Reissner [Hrsg.], ZellKomm<sup>3</sup> § 2 ArbVG Rz 47 [Stand 01.01.2018, rdb.at]). Aus der neueren Rsp geht hervor, dass auch „neuartige, atypische und unübliche Regelungen“ solche Inhaltsnormen darstellen können (OGH 9 ObA 153/16i),

solange ein Bezug zum Arbeitsverhältnis hergestellt werden kann. D. h., dass sich die Kollektivvertragsparteien nicht generell auf den Gesundheitsschutz berufen können, sondern es erforderlich sein wird, dass die Umstände an Arbeitsorten spezifischer Branchen ein erhöhtes Schutzniveau erfordern. M. E. weist ein „begründeter Fall“, wie er in der Verordnung verlangt wird, ohnehin diesen erforderlichen Arbeitsbezug auf (Obermeyr, 3G am Arbeitsplatz 17f mwN).

Für die Regelung in Betriebsvereinbarungen (BV) kommen mehrere Tatbestände in Betracht. Denkbar wären hier die nicht notwendigen, aber (durch die Schlichtungsstelle) erzwingbaren BV für allgemeine Ordnungsvorschriften (§ 97 Abs 1 Z 1 ArbVG) oder für die Einführung von Maßnahmen zum Gesundheitsschutz der AN (§ 97 Abs 1 Z 8 ArbVG). Jedenfalls aber hat der Betriebsrat ein Anhörungsrecht in allen Angelegenheiten der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der AN (§ 92a Abs 1 ArbVG). Bzgl. wenig problematischer Maßnahmen (siehe sogleich Kap 2.3.3.) werden diese BV-Tatbestände wahrscheinlich ausreichen.

Würden AG weitreichendere „Anordnungen“ planen, müsste auch diskutiert werden, ob nicht die i. Z. m. COVID-19 am häufigsten diskutierte BV zur Einführung von Kontrollmaßnahmen, die die Menschenwürde berühren (§ 96 Abs 1 Z 3 ArbVG), abzuschließen wäre. Dabei handelt es sich um eine notwendige BV, da ihr Inhalt nicht durch eine untergeordnete Rechtsquelle geregelt werden darf. Das Berühren der Menschenwürde – also ein Grundrechtseingriff mit gewisser Intensität – bedarf hier jedenfalls der Zustimmung des Betriebsrates (Reissner in Neumayr/Reissner [Hrsg.], ZellKomm<sup>3</sup> § 96 ArbVG Rz 24 [Stand 01.01.2018, rdb.at] mwN). Hielt man diese Art der BV für notwendig, würde das die Möglichkeit der Weisung durch AG verhindern. Welche BV konkret zum Einsatz kommen konnte, hätte sich M. E. nach dem Inhalt der Vereinbarung gerichtet, also wie intensiv bzw. weitreichend die geplante Maßnahme war.

In betriebsratslosen Betrieben war auch anzudenken, derartige Regelungen durch Einzelvereinbarung zwischen AN und AG einzuführen. Geht es dabei um Inhalte, die in Betrieben mit BR in erzwingbaren bzw. fakultativen BV geregelt würden, ist die Einzelvereinbarung unproblematisch, zumal diesbezüglich nachgeordnete Rechtsquellen denselben Inhalt haben dürfen (Reissner in Neumayr/Reissner [Hrsg.], ZellKomm<sup>3</sup> § 97 ArbVG Rz 6 und 12 [Stand 01.01.2018, rdb.at]). Bzgl.

Maßnahmen, die die Menschenwürde berühren, schreibt § 10 AVRAG vor, dass in betriebsratslosen Betrieben verpflichtende Einzelvereinbarungen abgeschlossen werden müssen (Reissner in Neumayr/Reissner [Hrsg.], ZellKomm<sup>3</sup> § 96 ArbVG Rz 19 [Stand 01.01.2018, rdb.at]).

Für die Einführung der strengeren Regelungen kann daher keine der genannten Vereinbarungsarten prima facie ausgeschlossen werden. Allen wird aber dieselbe inhaltliche Schranke auferlegt: die Gesetz- bzw. Sittenwidrigkeit gem § 879 ABGB. Ein Vertrag ist also nicht nur dann nichtig, wenn er gegen Gesetze verstößt, sondern auch, wenn sich dadurch eine „grobe Verletzung geschützter Interessen“ oder ein „grobes Missverhältnis zwischen den durch die Handlung verletzten und den durch sie geförderten Interessen“ ergibt (RIS-Justiz RS0045886). Grundrechte dienen hierbei der Konkretisierung der Sittenwidrigkeit (RIS-Justiz RS0038552). Innerhalb dieser Grenzen – die wohl durch Interessenabwägung zu beurteilen waren – war die Vereinbarung strengerer Regeln daher wohl möglich.

Ebenso sind Weisungen in diesem Sinne beschränkt – dazu kommt, dass eine Weisung ein einseitiges Gestaltungsrecht ist, das das Arbeitsverhältnis bzw. die Arbeitspflicht konkretisieren kann. Sie darf also – bei sonstiger Nichtigkeit – nicht gegen übergeordnetes Recht (z. B. Kollektivvertrag, BV etc.) verstoßen und kann somit auch nur dann zulässig sein, wenn keine Pflicht zum Abschluss einer Vereinbarung, wie in § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, besteht (Reissner/Neumayr in Reissner/Neumayr [Hrsg.], ZellHB AV-Klauseln2 AT Rz 0.96 [Stand 01.06.2019, rdb.at]; Rebhahn in Neumayr/Reissner [Hrsg.], ZellKomm<sup>3</sup> § 1151 ABGB Rz 59 [Stand 01.01.2018, rdb.at]).

### **2.2.2 Begründeter Fall**

Vom Bundesministerium für Arbeit wurden einige Szenarien als „begründete Fälle“ beispielhaft erwähnt. Darunter fallen die Infektion von AN und somit die Vermeidung sogenannter Cluster, aber auch die Zugehörigkeit des Unternehmens zur kritischen Infrastruktur oder wenn AN selbst der COVID-19-Risikogruppe angehören (Bundesministerium für Arbeit, FAQs zur 3-G-Regelung am Arbeitsort 15). Um Letzteres herauszufinden, eignen sich mE die Arbeitsplatzevaluierung gem § 4 ASchG bzw das COVID-19-Risiko-Attest, das gem. § 735 ASVG jenen Personen ausgestellt wird, die trotz vollständiger Schutzimpfung

gegen COVID-19 immer noch ein hohes Risiko eines schweren Krankheitsverlaufs haben bzw. bei denen medizinische Gründe die Schutzimpfung verhindern (siehe auch: Obrecht, ARD 6772/6/2021, 7 [8]).

Weitere Meinungen in der Lehre vertreten, dass auch objektivierbare Ängste in der Belegschaft einen solchen begründeten Fall darstellen können. Dies ist dann der Fall, wenn eine „objektiv nachvollziehbare Gefahr der Ansteckung besteht“, also wenn es z. B. schon einmal zu Infektionen im Betrieb gekommen ist (Gerhartl, ASoK 2021, 410 [412]; Stupar, ARD 6689/5/2020, 3 [4]). Ebenso vertretbar wäre, dass wirtschaftliche Interessen der AG einen begründeten Fall darstellen – etwa wenn Kund:innen nur mehr mit AN in Kontakt treten wollen, wenn diese bestimmte „G“-Nachweise vorlegen. M.E. konnten hier aber nur drohende ins Gewicht fallende wirtschaftliche Beeinträchtigungen in Betracht kommen (Gerhartl, RdW 2022/36, 39 [40]).

Das Festlegen des begründeten Falls auf betrieblicher Ebene schien jedenfalls einleuchtend. M.E. könnte dies aber auch auf überbetrieblicher Ebene geschehen. Dafür spricht, dass der Ordnungsgeber selbst für verschiedene Branchen strengere Regelungen vorsieht und dort somit ein erhöhtes Infektionsrisiko annimmt. Dementsprechend liegt der Schluss nahe, dass in manchen Geschäftszweigen schon die Natur des Geschäftes einen begründeten Fall suggeriert (bspw. Gerhartl, RdW 2022/36, 39 [39] Fn 8).

### 2.2.3 Mögliche Inhalte

Die Verordnung gab vor, dass die strengeren Regeln die Maskenpflicht und den 3G-Nachweis betreffen durften. Es konnte aber nicht jede Maßnahme eingeführt werden – sie musste aufgrund der Umstände am Arbeitsplatz gerechtfertigt sein (Gerhartl, ASoK 2021, 410 [412]).

Der erste Gedanke, der in diesem Zusammenhang aufkommt, ist, dass durch die Ermächtigung in der Verordnung ein Schlupfloch für die Implementierung einer (über)betrieblichen Impfpflicht geschaffen wurde. Unabhängig davon, auf welcher Ebene des Stufenbaus der Rechtsordnung diese angedacht wird, ist primär fraglich, ob dies ohne gesetzliche Grundlage überhaupt möglich ist. Eine ausführliche Behandlung dieses überaus kritischen Themas ist aufgrund des Umfangs dieses Beitrags nicht möglich. Daher sollen hier bloß die Ergebnisse der Diplomarbeit präsentiert werden:

Eine einseitige Anordnung auf AG-Seite ist ohne gesetzliche Impfpflicht nicht erlaubt. Selbst das kurzzeitig in Kraft getretene COVID-19-Impfpflichtgesetz (BGBl I 2022/4) konkretisierte die Verpflichtung nicht bzgl. des Arbeitsortes, d.h. die Impfung war auch hier keine Berufsvoraussetzung (Schedle, ARD 6785/4/2022, 3 [4f]).

Dennoch könnte darüber diskutiert werden, dass eine betriebliche Impfpflicht vertraglich vereinbart werden könnte. Diesbezüglich gehen die Meinungen in der Literatur auseinander. Es wird wohl im Einzelfall zu entscheiden sein, ob Sittenwidrigkeit vorliegt bzw. ob die Grundrechte verletzt werden oder nicht.

Bzgl. zusätzlicher Testungen ist strittig, ob eine BV zur Ein- und Durchführung notwendig ist – also ob eine die Menschenwürde berührende Maßnahme vorliegt (für die Notwendigkeit einer BV u. a.: Gerhartl, *ecolex* 2021/53, 58 [59]; dagegen: Grimm/Wolf, *JMG* 2021, 8 [17]). Unabhängig vom Ergebnis der Diskussion ist es immer noch möglich, freiwillige BV nach § 97 Abs 1 Z 1 oder Z 8 ArbVG abzuschließen (Grimm/Wolf, *JMG* 2021, 8 [17]).

In diesem Kontext erscheinen m. E. die Einführung einer „2,5G“-Regel bzw. die Maskenpflicht am wenigsten problematisch, da diese am wenigsten in die Persönlichkeitsrechte eingreifen.

### **3. Kontrollmöglichkeiten**

AG traf gem § 8 Abs 6 COVID-19-MG (idF BGBl I 2022/6) die Verpflichtung, AN den Zugang zum Arbeitsplatz nur unter den Voraussetzungen aus Gesetz und Verordnung – sprich gegen Vorlage des 3G-Nachweises – bei sonstiger Verwaltungsstrafe zu gestatten. Eine Grenze dieser Kontrolle ergab sich hier aber weder aus Gesetz noch Verordnung, was AG einen weiten Spielraum eröffnete. Das Bundesministerium für Arbeit sah hier keine Notwendigkeit durchgehender Einlasskontrollen, schlug aber stichprobenartige Kontrollen als Mindestmaß vor (Bundesministerium für Arbeit, FAQs zur 3-G-Regelung am Arbeitsort 13f; Obrecht, ARD 6772/6/2021, 7 [10]).

Freiwillig konnten aber strengere Kontrollen durchgeführt werden. Hier muss aber beachtet werden, dass manche Kontrollsysteme wiederum eine Zustimmung des BR bedürfen, da hier die Gesundheitsdaten der AN betroffen sind (Art 8 EMRK, § 1 DSGVO) und es ganz



offensichtlich ein gelinderes Mittel zur Erreichung des geforderten Erfolgs gab (Stichproben). Um zu beurteilen, ob ein Berühren der Menschenwürde vorliegt, ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Das Kontrollsystem darf ein Persönlichkeitsrecht nur insofern beschränken, als es „von der Art der Sache her“ geboten ist, also ein legitimes Interesse der AG besteht (OLG Graz 8 Ra 31/94, Arb 11.259). Da nur das gelindeste Mittel gewählt werden darf (ua OGH 9 ObA 109/06d), ist i. d. F. davon auszugehen, dass eine über die Stichproben hinausgehende Kontrolle eine BV nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG (bzw. § 10 AVRAG) erforderte.

Die Notwendigkeit einer BV nach § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG (automationsunterstützte Kontrolle von AN-Daten) war nicht gegeben (Obrecht, RdW 2021/574, 709 [711]). Die Datenverarbeitungsregeln in § 1 Abs 5d COVID-19-MG war m. E. eine ausreichend konkrete Verpflichtung für AG, die Daten der AN automationsunterstützt zu ermitteln, da die Zwecke der Verarbeitung taxativ aufgezählt und eine Speicherung der Daten explizit verboten war (siehe ausführlich Obermeyr, 3G am Arbeitsplatz 45f).

Die zuletzt erwähnte Norm im COVID-19-MG (bzw auch § 2 Abs 5 4. COVID-19-MV) schien in der Praxis aber nicht optimal umsetzbar. Die dort genannten Daten (z. B. Name, Geburtsdatum etc.) werden ohnehin schon durch AG erhoben worden sein. Wenig sinnvoll erschien auch die Regelung, dass die Gültigkeitsdauer nicht gespeichert werden durfte. Dies hätte zur Folge gehabt, dass geimpfte oder genesene AN immer wieder kontrolliert werden müssten (Obrecht, ARD 6772/6/2021, 7 [11]). Diese Bestimmungen waren dahingehend teleologisch zu reduzieren, dass AG (zumindest) die Gültigkeitsdauer des Nachweises jedenfalls speichern durften, um ihrer Kontrollverpflichtung effektiv nachzukommen (Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 2 91; Obrecht, ARD 6772/6/2021, 7 [11]).

Ob AG den konkreten Impfstatus der AN erheben durften (bzw. wohl immer noch dürfen), ist wiederum strittig. Aus COVID-19-MG und der zugehörigen Verordnung ergab sich bloß, dass das Abfragen des 3G-Nachweises erlaubt, also welcher der drei erlaubten Nachweise erfüllt war. In Frage käme nur, über die Fürsorgepflicht der AG bzw. die Treuepflicht der AN einer Verpflichtung zur Bekanntgabe des Impfstatus zu konstruieren (Hainz, *ecolex* 2021/189, 245 [245]). Dies würde eine zugunsten der AG ausgehende Interessenabwägung

voraussetzen. Diese ist m. E. aber nicht gegeben, da dafür notwendig wäre, dass es kein gelinderes Mittel zur Zielerreichung (Erfüllung der Kontrollpflicht) gäbe. Gesetz- und Verordnungsgeber sahen hier aber zwei gleichwertige Alternativen zum Impfstatus vor (Genesung und Testung). Dieser Ansicht war auch die Datenschutzbehörde im Herbst 2021 (Datenschutzbehörde, Information der Datenschutzbehörde zum Coronavirus [COVID-19], <https://www.dsb.gv.at/download-links/informationen-zum-coronavirus-covid-19.html> [Stand 16.09.2021] Frage 8). Die Fürsorgepflicht allein ist hier jedenfalls nicht ausreichend.

#### **4. Rechtsfolgen bei Verweigerung**

Die Verweigerung der Vorlage des 3G-Nachweises am Arbeitsplatz zog nicht nur verwaltungsstrafrechtliche Konsequenzen mit sich. Es konnten auch arbeitsrechtliche Folgen daraus abgeleitet werden. Aufgrund der Brisanz des Themas und der umfanglichen Beschränkung des vorliegenden Beitrags soll im Folgenden nur auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses als Konsequenz der Verweigerung eingegangen werden. Nichtsdestotrotz waren auch andere Möglichkeiten, wie etwa die Freistellung unter Entfall der Entgeltfortzahlung oder die Versetzung, denkbar.

#### **4.1 Beendigung des Arbeitsverhältnisses**

##### **4.1.1 Kündigung**

In Österreich herrscht grds. das Prinzip der Kündigungsfreiheit als Ausfluss der Privatautonomie, d. h. prinzipiell muss die Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht begründet werden. Beschränkt wird dieser Grundsatz durch den allgemeinen Kündigungsschutz nach § 105 ArbVG, wonach eine Kündigung wegen Vorliegens eines verpönten Motivs oder Sozialwidrigkeit angefochten werden kann (§ 105 Abs 3 ArbVG).

Eine Kündigung ist dann sozialwidrig, wenn dadurch wesentliche Interessen von AN beeinträchtigt werden (bspw. drohende lang andauernde Arbeitslosigkeit). AG können die Kündigung dennoch rechtfertigen, wenn entweder Umstände in der Person der AN, die den Betrieb negativ beeinflussen oder betriebliche Erfordernisse, die

eine Weiterbeschäftigung verhindern, nachgewiesen werden können (§ 105 Abs 3 Z 2 ArbVG).

Zumal eine rechtliche Verpflichtung zur Vorlage des 3G-Nachweises bestand, könnte in diesem Zusammenhang ein persönlicher Kündigungsgrund einschlägig sein (Obrecht, ARD 6773/5/2021, 3 [5]). Als ähnliche Beispiele in der bisherigen Judikatur sind etwa ein häufiges Zuspätkommen (OGH 9 ObA 272/97h) oder die Störung des Betriebsfriedens (OGH 9 ObA 120/91), z. B. durch die Erhöhung der Infektionsgefahr. Die Anfechtung wegen Sozialwidrigkeit ist aber immer im Einzelfall zu beurteilen – die Gerichte haben hier die Interessen beider Parteien abzuwägen. Dementsprechend lässt sich hier kein Pauschalergebnis präsentieren, sondern lediglich beispielhafte Faktoren, die berücksichtigungswürdig sind.

Viel relevanter war bisher die Anfechtung wegen verpönten Motivs gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG. Bei verpönten Kündigungsmotiven handelt es sich um jene Kündigungsgründe, die „mit den Grundsätzen des Arbeitslebens (...) derartig in Widerspruch stehen und daher so verwerflich sind, dass bereits die Wahrscheinlichkeit ihres bestimmenden Einflusses auf die Kündigung die Wirksamkeit dieser Kündigung beseitigt“ (Wolligger in Neumayr/Reissner [Hrsg.], ZellKomm<sup>3</sup> § 105 ArbVG Rz 78 [Stand 01.01.2018, rdb.at]). Insb. einschlägig ist hier – wie soeben erwähnt – die lit i, also die Kündigung wegen offenbar nicht unberechtigter Geltendmachung von Ansprüchen durch AN (Vergeltungskündigung). In der bisherigen Rsp. zu COVID-19 wurde meist dieser Anfechtungsgrund behandelt, zumal ein tatbestandsmäßiger Anspruch auch jener ist, rechtswidrige Weisungen nicht zu befolgen (RIS-Justiz RS0104686).

In der ersten richtungsweisenden Entscheidung zu § 105 ArbVG und COVID-19 ging es genau darum: Der gekündigte AN eines Alten- und Pflegeheims weigerte sich, sich einmal wöchentlich testen zu lassen. Eine rechtswidrige Weisung des AG lag seines Erachtens deswegen vor, weil er auf einer Internetseite die Rechtsauskunft bekam, dass gesunde Personen der Testpflicht nicht unterlagen. In weiterer Folge berief er sich auf die Verfassungswidrigkeit der Verordnung und die Sinnlosigkeit der Testungen. Der OGH kam zu dem Schluss, dass der Kündigung kein verpöntes Motiv zugrunde lag, zumal der AG schon aus der Verordnung verpflichtet war, ungetesteten Mitarbeiter:innen den Zugang zum Arbeitsplatz zu verwehren, woraus sich zumindest

mittelbar die Verpflichtung, sich testen zu lassen, auf AN-Seite ergab. Somit war die Weisung nicht rechtswidrig (OGH 8 ObA 42/21s). Dass das Vorbringen des AN i. d. F. (wie auch in den meisten anderen COVID-Entscheidungen) wenig Substanz hatte, liegt auf der Hand. Auf deren Basis hat der OGH hier aber eine klare Linie in seiner Rsp. gewählt, die somit auf die Verweigerung der 3G-Pflicht am Arbeitsplatz umgelegt werden kann.

#### 4.1.2 Entlassung

In weiterer Folge stellt sich die Frage, ob die Weigerung der Vorlage eines 3G-Nachweises einen wichtigen Grund (vgl § 27 AngG, § 82 GewO 1859) zur vorzeitigen Auflösung des Arbeitsverhältnisses darstellte und damit die Weiterbeschäftigung während der Kündigungsfrist unzumutbar machte (Löschnigg, Arbeitsrecht13 Rz 8/237).

Als Entlassungsgrund in Frage käme hier zunächst die dauerhafte Arbeitsunfähigkeit gem § 27 Z 2 AngG bzw § 82 lit b GewO 1859. Darunter fällt nicht nur die gesundheitliche Unfähigkeit, sondern auch das Fehlen von Berufsantritts- bzw ausübungsvoraussetzungen, worunter z. B. behördliche Testpflichten fallen (Grillberger/Warter in Löschnigg/Melzer [Hrsg.], AngG Band 211 § 27 Rz 66). m. E. fraglich erscheint hier, ob die Verweigerung die notwendige Dauerhaftigkeit der Arbeitsunfähigkeit erreichen könnte (Rauch, ASoK 2021, 455 [459]).

Noch relevanter scheint in diesem Zusammenhang das Unterlassen der Dienstleistung bzw. die beharrliche Verweigerung der Arbeitspflicht gem § 27 Z 4 AngG bzw § 82 lit f GewO 1859 (Gerhartl, ASoK 2021, 447 [453]). Ohne 3G-Nachweis war es AN nicht gestattet, den Arbeitsplatz zu betreten und in logischer Konsequenz auch nicht möglich, die Arbeitsleistung dort zu erbringen. Bei einem einmaligen Fehltritt wird man noch nicht von einer beharrlichen Weigerung sprechen können (Löschnigg, Arbeitsrecht13 Rz 8/271). Es wird dann an AG liegen, entsprechende Verwarnungen auszusprechen. Das OLG Innsbruck hat diesbezüglich ausgesprochen, dass neben einer Kündigung auch eine Entlassung gerechtfertigt ist, wenn sich AN ganz grundsätzlich weigern, die gesetzlich oder ordnungsmäßig vorgesehenen Maßnahmen einzuhalten, zu deren Implementierung AG selbst verpflichtet sind. Darüber hinaus führte das Gericht aus, dass bei grundsätzlicher Ablehnung der COVID-Maßnahmen, eine Mahnung durch AG „eine sinnlose Formalität und damit entbehrlich“

gewesen wäre (OLG Innsbruck 13 Ra 33/21g). Dieser Ansicht ist der OGH zwar nicht in derselben Rechtssache (OGH 9 ObA 130/21i), aber in einer nach dem Beobachtungszeitraum der Diplomarbeit ergangenen Entscheidung gefolgt (OGH 8 ObA 39/22a).

Es ist daher sehr wohl anzunehmen, dass AG AN entlassen durften, wenn sie sich beharrlich weigerten, die gesetzlichen, ordnungsmäßigen bzw. zulässigerweise vertraglich vereinbarten oder angeordneten Schutzmaßnahmen einzuhalten, wenn die Weiterbeschäftigung gänzlich unzumutbar war. Das war aber wohl (nur) dann der Fall, wenn von den betroffenen AN eine Infektionsgefahr ausging, die auch sonst nicht gedämmt werden konnte.

#### **4.1.3 Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei bloßer Impfterweigerung**

Die Frage, ob die Verweigerung der COVID-19-Schutzimpfung am Arbeitsplatz die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann, ist geeignet, eine Grundsatzdiskussion über Freiheitsrechte im Arbeitsverhältnis auszulösen und würde daher den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Es sei allerdings festgehalten, dass es m. E. ohne explizite arbeitsrechtliche Impfpflicht für AN in Gesetz oder Verordnung auf AG-Seite schwierig sein wird, die Kündigung im Anfechtungsverfahren zu verteidigen, weil i. d. F. schon eine rechtswidrige Weisung (weil keine Rechtsgrundlage) vorliegen würde, die AN nicht befolgen müssen (Gerhartl, RdW 2021/230, 272 [275]; aA Hainz, ecolex 2021/189, 245 [248]).

Eine Entlassung wegen bloßer Impfterweigerung ist bzw. war m. E. daher konsequenterweise ohne konkrete gesetzliche Impfpflicht grds. auch nicht möglich (Chlestil, DRdA-InfA 2021, 417 [419]). Es müssten besondere Umstände – bspw. ein erhöhtes Infektionsrisiko – hinzutreten, die die Interessen von AG in erheblichem Ausmaß beeinträchtigen, um einen Entlassungsgrund zu verwirklichen (Schedle, ARD 6785/4/2022, 3 [6]; ähnlich OGH 8 ObA 54/21f).

### **5. Schlussfolgerungen**

Wie dargestellt erfordern die meisten angesprochenen Themen eine ausführliche Auseinandersetzung, zumal die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Grundrechte doch immer betroffen sind bzw. waren.

Der vorliegende Beitrag sollte zum einen veranschaulichen, welche Breite das Thema nicht nur arbeitsrechtlich annimmt und zum anderen einen kurzen Einblick in einige kritische Punkte geben. Der wohl wichtigste Schluss, der aus dieser Arbeit gezogen werden soll, ist der, dass trotz der Ausnahmesituation die Rechtsordnung nicht ausgehebelt oder umgangen werden kann. Auch in der Krise stellt sie stets einen Teil des Fundaments dar, das den österreichischen Rechtsstaat ausmacht, der vor allem eins tun soll: Rechtssicherheit bieten. Dieses Fundament sollte nicht aufgrund der Neuheit oder Unbekanntheit einer Situation aufgebrochen werden. Es bleibt somit am Gesetzgeber und den Gerichten, unter Achtung der Rechtsordnung und ihren Prinzipien, geeignete Lösungen auf die vorliegenden Rechtsprobleme zu finden.

#### **Anmerkungen:**

- 1 *Im vorliegenden Beitrag wird die Rechtslage – wie in der zugrundeliegenden Diplomarbeit – bis einschließlich 20.02.2022 berücksichtigt. Die zuletzt eingearbeitete Maßnahmenverordnung ist daher die 5. Novelle der 4. COVID-19-Maßnahmenverordnung (4. COVID-19-MV, BGBl II 2022/34 idF BGBl II 2022/62).*

#### **Literatur- und Judikaturverzeichnis:**

- » *Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre 2 (Facultas 2012)*
- » *Chlestil, COVID-19 - Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, DRdA-InfAs 2021, 417*
- » *Gahleitner/Mosler, Arbeitsverfassungsrecht (ÖGB 2020); zitiert als Autor in Gahleitner/Mosler (Hrsg), ArbVG Band Auflage § ... Rz ...*
- » *Gerhartl, COVID-19-Schutzmaßnahmen im Arbeitsrecht, ASoK 2021, 370*
- » *Gerhartl, Corona: Verschärfungen am Arbeitsplatz, ASoK 2021, 410*
- » *Gerhartl, 3 G am Arbeitsplatz, ASoK 2021, 447*
- » *Gerhartl, COVID-19-Tests im Arbeitsverhältnis, ecolex 2021/53, 58*
- » *Gerhartl, COVID-19: Arbeitsrechtliche Maßnahmen wegen Infektion oder Impf- bzw Testverweigerung, RdW 2021/230, 272*
- » *Gerhartl, 3G am Arbeitsplatz: Verschärfungen und Kontrollmaßnahmen, RdW 2022/36, 39*
- » *Grimm/Wolf, Verpflichtende Tests und Impfungen in der COVID-19-Pandemie aus arbeitsrechtlicher Sicht, JMG 2021, 8*
- » *Hainz, Impfstatus im Arbeitsverhältnis, ecolex 2021/189, 245*
- » *Löschnigg, Arbeitsrecht 13 (ÖGB 2017)*
- » *Löschnigg/Melzer, Angestelltengesetz 11 (ÖGB 2021); zitiert als Autor in Löschnigg/Melzer*
- » *(Hrsg), AngG Band ... Auflage § ... Rz ...*
- » *Neumayr/Reissner, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht 3 (MANZ 2018, mit laufenden Online-Aktualisierungen); zitiert als Autor in Neumayr/Reissner (Hrsg), ZellKommAufgabe § ... Rz ... (Stand, rdb.at)*

- » *Obermeyr, Ausgewählte Problemstellungen einer 3G-Pflicht am Arbeitsplatz (Diplomarbeit 2022)*
- » *Obrecht, 3G-Pflicht am Arbeitsplatz - ausgewählte Rechtsfragen (Teil 1), ARD 6772/6/2021, 7*
- » *Obrecht, 3G-Pflicht am Arbeitsplatz - ausgewählte Rechtsfragen (Teil 2), ARD 6773/5/2021, 3*
- » *Obrecht, Was in Corona-Zeiten im Arbeitsverhältnis angeordnet werden darf, RdW 2021/574, 709*
- » *Rauch, Rechtsfolgen der Verweigerung der Vorlage des 3-G-Nachweises, ASoK 2021, 455*
- » *Reissner/Neumayr, Zeller Handbuch Arbeitsvertrags-Klauseln2 (MANZ 2019); zitiert als Autor in Reissner/Neumayr, ZellHB AV-Klauseln2 Teil ..., Klausel ... Rz ... (Stand 1.6.2019, rdb.at)*
- » *Schedle, Gesetzliche Impfpflicht und arbeitsrechtliche Aspekte, ARD 6785/4/2022, 3*
- » *Stupar, Arbeitsrechtliche und gesundheitliche Fragen und Antworten zum Thema „Coronavirus“, ARD 6689/5/2020, 3*
- » *Bundesministerium für Arbeit, FAQs zur 3-G-Regelung am Arbeitsplatz, <https://www.bma.gv.at/Services/News/Coronavirus/FAQ-3G-am-Arbeitsplatz.html#:~:text=F%C3%BCr%20den%20Einlass%20in%20den,zum%20Einlass%20in%20den%20Betrieb.> (aufgerufen am 01.02.2022)*
- » *Datenschutzbehörde, Information der Datenschutzbehörde zum Coronavirus (Covid-19), <https://www.dsb.gv.at/download-links/informationen-zum-coronavirus-covid-19.html> (Stand 16.09.2021)*
- » *RIS-Justiz RS0045886*
- » *RIS-Justiz RS0038552*
- » *RIS-Justiz RS0104686*
- » *OGH 19.06.1991, 9 ObA 120/91*
- » *OGH 10.09.1997, 9 ObA 272/97h*
- » *OGH 20.12.2006, 9 ObA 109/06d*
- » *OGH 24.5.2017, 9 ObA 153/16i*
- » *OGH 14.09.2021, 8 ObA 42/21s*
- » *OGH 14.09.2021, 8 ObA 54/21f*
- » *OGH 25.11.2021, 9 ObA 130/21i*
- » *OGH 29.06.2022, 8 ObA 39/22a*
- » *OLG Graz 22.09.1994, 8 Ra 31/94, Arb 11.259*
- » *OLG Innsbruck 29.09.2021, 13 Ra 33/21g*