

Österreichische Zeitschrift für

# PFLEGERECHT

Zeitschrift für die Heim- und Pflegepraxis und Krankenanstalten

GuKG, Arbeitsrecht & Anstaltenrecht

**Ukraine-Flüchtlinge: Ausübung der Gesundheits- und Krankenpflege**

Pflegegeld & Sozialrecht

**Schwerarbeit:  
Vorliegen bei  
Mehrfachversicherten**

HeimAufG, UbG & Erwachsenenschutzrecht

**Rechtsbeistand im  
Erwachsenenschutzverfahren**

Haftung, Kosten & Qualität

**Keine Impfpflicht mehr  
– oder doch?**

[pfliegerecht.manz.at](http://pfliegerecht.manz.at)

MANZ 

# Keine Impfpflicht mehr – oder doch, zumindest für Gesundheits- und Pflegepersonal?

**COVID-19-Impfpflichtgesetz.** Das COVID-19-Impfpflichtgesetz wurde in der letzten Nummer der ÖZPR von Barbara Födermayr instruktiv vorgestellt,<sup>1</sup> seine Kerninhalte sind aber wenige Wochen nach dem Inkrafttreten für vorläufig nicht anwendbar erklärt worden. Das – ob mit diesem oder ohne dieses Gesetz bestehende – Spannungsverhältnis zwischen allgemeinen gesundheitspolitischen Anordnungen und für die Arbeitswelt maßgebenden Regelungen hat sich dadurch nicht wesentlich geändert. Einige der hier auftauchenden Fragen werden in der Folge vor allem aus arbeitsrechtlicher Sicht diskutiert.

## Ausgangslage aufgrund der COVID-Regelungen

Am 5.2.2022 ist das COVID-19-Impfpflichtgesetz (COVID-19-IG BGBl I 2022/4, mittlerweile in der Fassung BGBl I 2022/22) in Kraft getreten. Bereits am 12.3. wurde mit der Verordnung BGBl II 2022/103 die vorübergehende Nichtanwendung der zentralen Bestimmungen dieses Gesetzes und der darauf gestützten COVID-19-Impfpflichtverordnung (COVID-19-IV BGBl II 2022/52) angeordnet. Eine allgemeine **gesetzliche Impfpflicht** gegen COVID-19 besteht daher **derzeit nicht**. Die Geltung der „Nichtanwendungsverordnung“ ist nach deren § 3 vorerst bis zum Ablauf des 31.5.2022 begrenzt. Ein Wiederaufleben der Impfpflicht ist aus heutiger Sicht aber sehr unwahrscheinlich.<sup>2</sup>

Für die **Arbeitswelt** hat sich dadurch wenig geändert, da weder das Gesetz noch die Verordnung über die Impfpflicht Regelungen dazu enthalten. Die diesbezüglichen (öffentlich-rechtlichen) Vorgaben finden sich zunächst im COVID-19-Maßnahmengesetz (COVID-19-MG BGBl I 2020/12, zuletzt in der Fassung BGBl I 2022/6). Dessen § 3 enthält Verordnungsermächtigungen ua nach Abs 1 Z 1 für „das Betreten und das Befahren von Arbeitsorten [...] durch Personen, die dort einer Beschäftigung nachgehen“, soweit diese Regelungen „zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich“ sind, was gegebenenfalls (nach Abs 2 dieser Bestimmung) auch die Verhängung von Betretungsverboten einschließt. Unter der gleichen Voraussetzung kann nach § 4a COVID-19-MG durch Verordnung das „Betreten von Alten- und Pflegeheimen sowie stationären Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe geregelt“ und eingeschränkt werden.

Die Erlassung dieser **Verordnungen** obliegt vorrangig dem für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister, der dafür aber bei Betretungsverboten das Einver-

nehmen mit dem Hauptausschuss des Nationalrates herstellen muss (§ 7 Abs 1 in Verbindung mit § 12 Abs 1 Z 1 COVID-19-MG). Weitere Verordnungsermächtigungen sind für die Landeshauptleute bzw Bezirksverwaltungsbehörden vorgesehen, wenn die jeweils für die größere/n räumliche/n Einheit/en zuständige/n Behörde/n keine Verordnung erlassen hat/haben oder über eine solche hinausgehende, also strengere Maßnahmen regional erforderlich sind (§ 7 Abs 2 bzw 3 COVID-19-MG). Speziell für die Arbeitswelt einschließlich der besonders vulnerablen Bereiche wie Alten- und Pflegeheime oder Krankenanstalten können somit behördliche Maßnahmen nur **bundeseinheitlich** durch den **Gesundheitsminister** angeordnet werden.<sup>3</sup>

## FFP2 als allgemeiner Mindeststandard für die Arbeitswelt.

Vorgaben, die für die Arbeitswelt als solche maßgebend sind, finden sich derzeit (16.4.2022) in der **2. COVID-19-BMV**, die allerdings einige Lockerungen gebracht hat. Eine Regelung wie unmittelbar zuvor in der COVID-19-BMV (BGBl II 2022/86), die in § 3b allgemein auf den „Ort der beruflichen Tätigkeit“ abgestellt hat, gibt es zwar nicht mehr. Weiterhin ist aber in geschlossenen Räumen von sensiblen Bereichen<sup>4</sup> von KundInnen wie von MitarbeiterInnen grundsätzlich eine **FFP2-Maske** zu tragen. Darüber hinaus können nach § 13 Abs 4 der 2. COVID-19-BMV „in begründeten Fällen [...] zur Verhinderung der Weiterverbreitung von COVID-19 über diese Verordnung hinausgehende, strengere Regelungen vorgesehen werden“.

Diese Möglichkeit hat sich schon in Vorgängerbestimmungen gefunden,<sup>5</sup> wobei

wohl nicht sofort klar erscheinen konnte, wer diese strengeren Regelungen treffen darf: Um behördliche Anordnungen kann es sich hier aber nicht handeln, da für Verschärfungen durch regionale oder lokale Behörden die gesetzliche Ermächtigung im Hinblick auf Arbeitsorte fehlt (vergleiche [vgl] noch einmal § 7 Abs 2 und 3 COVID-19-MG) und der Gesundheitsminister strengere Regelungen eben in einer auf Abs 1 dieser Bestimmung gestützten Verordnung treffen könnte und müsste.

Die Befugnis, **strengere Regelungen** als dort vorzusehen, liegt somit aufgrund einer systematischen und teleologischen Auslegung vor allem bei dem/der **ArbeitgeberIn** (AG). Dafür könnte grundsätzlich das Instrument der (einseitigen) Weisung in Betracht kommen, weiters die einvernehmliche Gestaltung im Wege einer Einzelvereinbarung mit dem/der jeweiligen ArbeitnehmerIn (AN) oder auch die Regelung durch Betriebsvereinbarung (BV). Für alle Gestaltungsebenen müssen freilich die arbeitsrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen ausgelotet werden, was im gegebenen Rahmen nur in sehr grundsätzlicher Weise möglich ist. Aus diesem Grund wird auch auf die Gestaltungsmöglichkeiten auf Ebene eines **Kollektivvertrags** (KollV) nicht näher eingegangen, obwohl die Normierung von – freilich notwendigerweise stets ar-

<sup>1</sup> ÖZPR 2022/3, 4ff. <sup>2</sup> Vgl nur die Einschätzung der Politikwissenschaftlerin Barbara Prainsack, die auch Mitglied der österreichischen Ethikkommission ist: „Wir müssen die Impfpflicht jetzt begraben“, <https://www.derstandard.at/story/2000134451696/> (29.3.2022). <sup>3</sup> Sofern keine Ausnahmen zur Anwendung kommen, wie sie sich in den einschlägigen Verordnungen regelmäßig etwa für Schulen und Universitäten und auch – wenngleich in sachlich schwer zu rechtfertigender Weise – für die dort jeweils Beschäftigten gefunden haben und immer noch finden, vgl aktuell § 9 Abs 1 Z 1 und 2 der 2. COVID-19-Basismaßnahmenverordnung (2. COVID-19-BMV BGBl II 2022/156). <sup>4</sup> Also insbesondere in Apotheken, im Lebensmittelhandel, in Drogerien, Banken oder der Post, vgl § 3 Abs 2 und 3 der 2. COVID-19-BMV. <sup>5</sup> Vgl zuletzt etwa § 10 Abs 7 der 4. COVID-19-Maßnahmenverordnung (MV) BGBl II 2022/34 bzw § 3b Abs 3 COVID-19-BMV.

beitsbezogenen – Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie gerade für ganz bestimmte Branchen bzw Berufsgruppen wichtig sein könnte und gewiss auch von der Regelungsermächtigung der KollV-Parteien gedeckt wäre.<sup>6</sup>

Als zweiter Regelungsbereich sind mittlerweile anders als noch in der COVID-19-BMV für Arbeitsorte mit mehr als 51 AN keine **COVID-19-Beauftragten** mehr zu bestellen und auch kein dem Stand der Wissenschaft entsprechendes **Präventionskonzept** auszuarbeiten und umzusetzen. Diese Verpflichtung besteht aber weiterhin und ist unabhängig von der Zahl der Beschäftigten oder der in der betreffenden Einrichtung betreuten Personen für Alten- und Pflegeheime sowie stationäre Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe bzw Kranken- oder Kuranstalten und andere Orte, an denen Gesundheits- und Pflegedienstleistungen erbracht werden (vgl § 4 der 2. COVID-19-BMV).

### Zusätzlich besteht (nur mehr) 3G für besonders vulnerable Bereiche.

Im Hinblick auf die in diesen **Einrichtungen** tätigen AN, und damit ist der dritte Ansatz der COVID-19-BMV angesprochen, verlangen deren § 5 Abs 3 (allenfalls in Verbindung mit Abs 6 dieser Bestimmung) bzw § 6 Abs 2 zum einen grundsätzlich eine **FFP-2-Maske** bei unmittelbarem Kontakt mit PatientInnen, BewohnerInnen etc. Zum anderen dürfen MitarbeiterInnen nur eingelassen werden, wenn sie einen nach § 2 Abs 2 der 2. COVID-19-BMV anerkannten Nachweis einer geringen epidemiologischen Gefahr vorweisen. Für einen derartigen Nachweis reicht mittlerweile der **3G-Standard**, wobei PCR-Tests nicht mehr als 72 und Antigentests nicht mehr als 24 Stunden zurückliegen dürfen. Dieselben Vorgaben gelten für Personen, die in der **mobilen** Pflege- und Betreuung tätig sind (§ 6 Abs 5 der 2. COVID-19-BMV).

**Öffentlich-rechtliche** (und gar mit Strafen bewehrte<sup>7</sup>) Verpflichtungen gibt es somit im Hinblick auf **Impfungen** derzeit weder für AN im Allgemeinen noch für Gesundheits- und Pflegepersonal im Besonderen. Für Letztere könnte sich eine solche Verpflichtung zwar auch aus dem Epidemiegesezt (EpiG BGBl 1950/186, zuletzt idF BGBl I 2022/21) ergeben, von der dort

nach § 17 Abs 3 vorgesehenen Ermächtigung<sup>8</sup> wurde aber bisher ebenfalls kein Gebrauch gemacht.

Auch **Testpflichten** bestehen nach den COVID-Regelungen nur für in den genannten stationären Einrichtungen und solche der Tagesstrukturen Beschäftigte – aber auch das nur **mittelbar**, weil AdressatIn der Vorgabe für 3G nur der/die BetreiberIn der jeweiligen Einrichtung ist (arg § 5 Abs 3 Z 1 der 2. COVID-19-BMV: „[...] darf Mitarbeiter nur einlassen, wenn diese einen Nachweis gemäß § 2 Abs 2 vorweisen“). Einzig bei der mobilen Pflege und Betreuung ist die Verpflichtung in § 6 Abs 5 unmittelbar an die „Erbringer“ gerichtet, können diese Tätigkeiten doch auch selbständig ausgeübt werden (vgl nur § 36 Gesundheits- und Krankenpflegegesetz/GuKG).

Damit stellen sich **arbeitsrechtlich** mit Fokus auf das Gesundheits- und Pflegepersonal vor allem **zwei Fragen**: Zum einen, wie der 3G-Nachweis eingefordert werden kann, und zum anderen, inwieweit von den jeweiligen AG mehr – und letztlich vielleicht sogar ein Impfnachweis – verlangt werden darf. Bevor auf diese Fragen konkreter eingegangen werden kann, muss freilich der allgemeine Rahmen abgesteckt werden. Dieser ist sowohl für den Fall beachtlich, dass keine konkrete Regelung mit den bzw für die jeweiligen AN getroffen wird, als auch dafür, welche Grenzen für solche Regelungen bestehen: Auch die Verankerung entsprechender Maßnahmen in einem Arbeitsvertrag oder in einer BV muss nämlich erst zulässig sein. Das ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn in unverhältnismäßiger Weise in **Persönlichkeitsrechte** (§ 16 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch/ABGB) und damit meist grundrechtlich geschützte Positionen der AN eingegriffen wird. Das führt regelmäßig zumindest zur **Sittenwidrigkeit** der betreffenden (Betriebs-)Vereinbarung, so dass auch keine Pflicht bestehen kann, diese zu befolgen.

### Allgemeiner arbeitsrechtlicher Rahmen

Zunächst ist unstrittig, dass AG ein **berechtigtes Interesse** haben, dass ihre AN nicht krank oder gar im Betrieb angesteckt werden. Das hängt zum einen mit der gesetzlichen Fürsorgepflicht der AG zusammen, die nicht nur, aber vor allem auf den Schutz des Lebens und der Gesundheit der AN (vgl nur § 1157 ABGB bzw § 18 Angestelltengesetz/AngG) abzielt. Zum anderen gefährden Er-

krankungen und erst recht um sich greifende Infektionen die betrieblichen Abläufe. Das gilt umso mehr, wenn dadurch Dritte betroffen sein können und diese vielleicht sogar – zB wegen ihres Alters oder Gesundheitszustands – besonders schutzbedürftig sind. Soweit es sich dabei um andere AN handelt, resultiert die Gewährleistung des gebotenen Schutzes aus der **Fürsorgepflicht**.<sup>9</sup> Im Hinblick auf PatientInnen in Krankenanstalten oder BewohnerInnen in Alten- bzw Pflegeheimen bestehen **Schutzpflichten** bereits aufgrund der **gesetzlichen** Vorgaben insbesondere im Krankenanstalten- bzw Heimrecht. Dazu kommen die bei allen Vertragsbeziehungen bestehenden **Nebenpflichten**, die insbesondere bei Behandlungs- oder Heimverträgen jedenfalls alle zumutbaren Vorkehrungen beinhalten, dass die in der betreffenden Einrichtung betreuten Personen dort möglichst nicht zu Schaden kommen.

### AG haben Schutzpflichten gegenüber ihren AN und Dritten (insbesondere KundInnen, PatientInnen, BewohnerInnen).

All diese Pflichten treffen zunächst die **BetreiberInnen** der jeweiligen Einrichtung.<sup>10</sup> Diese müssen aber dann als AG in die Lage versetzt werden, in Wahrnehmung ihrer Verpflichtungen die Arbeitsbedingungen so zu gestalten, dass insbesondere die Gesundheit der AN oder von Dritten nicht gefährdet wird.<sup>11</sup> Insofern liegt nahe, diese Verpflichtungen grundsätzlich auch auf die AN zu **überbinden**. Technisch könnte das wohl am leichtesten **einvernehmlich** erfolgen, etwa indem in den jeweiligen Arbeitsverträgen entsprechende Maßnahmen vereinbart werden. AN-Verpflichtungen

<sup>6</sup> Deren Befugnis umfasst insb die normative Gestaltung der „gegenseitigen aus dem Arbeitsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer“ (§ 2 Abs 2 Z 2 Arbeitsverfassungsgesetz/ArbVG). <sup>7</sup> Vgl insbesondere § 8 COVID-19-MG. <sup>8</sup> Die hier maßgebenden Passagen dieser Bestimmung lauten: „Für Personen, die sich berufsmäßig mit der Krankenbehandlung, der Krankenpflege [...] beschäftigen, [...] können [...] Schutzmaßnahmen, insbesondere Schutzimpfungen, angeordnet werden.“ <sup>9</sup> Diese wird dann noch durch die öffentlich-rechtlichen Regelungen des AN-Schutzrechts konkretisiert (vgl nur § 3 Abs 1 bzw § 6 Abs 2 ArbeitnehmerInnenschutzgesetz/ASchG). <sup>10</sup> Und darüber hinaus vielleicht sogar die dahinterstehenden (öffentlichen) Rechtsträger; vgl dazu die Entscheidung OGH 11. 4. 2013, 1 Ob 19/13w, wo ein Amtshaftungsanspruch des Landes angenommen wurde, wenn eine dritte Person in einer von einem privaten Träger betriebenen Einrichtung, in welcher Leistungen auf landesrechtlicher Grundlage (konkret nach dem OÖ Chancengleichheitsgesetz) erbracht werden, von einem dort untergebrachten Menschen mit Behinderungen angegriffen und verletzt wird. <sup>11</sup> Vgl nur Grimm/Wolf, Verpflichtende Tests und Impfungen in der COVID-19-Pandemie aus arbeitsrechtlicher Sicht, JMG 1/2021, 8 (11).

könnten auch – und dieser generelle Ansatz wird meist noch besser geeignet sein – im Wege einer BV begründet werden, sei es im Rahmen von „*allgemeinen Ordnungsvorschriften für das Verhalten der AN im Betrieb*“ oder auch als „*Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der AN*“ (vgl die Regelungsermächtigungen in § 97 Abs 1 Z 1 bzw Z 8 ArbVG).

Eine **einseitige** Anordnung durch AG-Weisung wird dagegen nicht ohne weiteres möglich sein, da das Weisungsrecht nur auf Grundlage und in den Grenzen der arbeitsvertraglichen Regelungen ausgeübt werden darf. Verpflichtungen der AN werden meist auch aus der sogenannten „Treuepflicht“ abgeleitet, die in Wahrheit nur eine über die unmittelbare Arbeitspflicht hinausgehende, regelmäßig durch Auslegung des Arbeitsvertrags oder höherrangiger Rechtsgrundlagen zu ermittelnde Nebenpflicht zur **Rücksichtnahme auf die betrieblichen und dienstlichen Interessen** der/des AG darstellt und insofern keinen bedingungslosen Vorrang vor berechtigten AN-Interessen genießt.<sup>12</sup>

Daher wird auch bei COVID-Maßnahmen eine **Abwägung** vorgenommen werden müssen, wenn die Umsetzung von – selbst als solche legitim – AG-Interessen mit AN-Rechten kollidiert. Letztere werden umso mehr beachtlich sein, wenn es sich um grundrechtlich geschützte Positionen handelt, wie die körperliche Unversehrtheit, das Recht auf Privatleben, aber auch die Meinungsfreiheit. Die bloß abstrakte Gefahr, dass der/die AG mit Schadenersatzforderungen von dritter Seite konfrontiert sein könnte, weil er seinen Schutzpflichten nicht nachgekommen ist, wird – zumal massive – Eingriffe in Grund- und Freiheitsrechte von AN nicht rechtfertigen können.

### Die Überbindung dieser Schutzpflichten auf die AN kann nur im Rahmen einer Interessenabwägung erfolgen.

Insofern wird stets insbesondere danach zu differenzieren sein, um welche Maßnahmen es sich handelt und welche **Tätigkeiten** ausgeübt werden. Im Hinblick auf Letztere ist unstrittig, dass es vor allem auf die Stellung der betreffenden AN im Betrieb und die mit ihren Aufgaben verbundene **Verantwortung** ankommt. Diese ist natürlich größer,

wenn durch schlechte Arbeitsleistungen oder unzureichenden Einsatz der AN nicht nur wirtschaftliche Interessen des AG, sondern auch das Leben oder die Gesundheit Dritter gefährdet werden, zu deren Schutz der/die AG gesetzlich<sup>13</sup> oder vertraglich verpflichtet ist. Auf gerade diese Interessen (oft sogar besonders) schutzbedürftiger Dritter zu achten, wird daher von Beschäftigten, die unmittelbaren Kontakt mit KundInnen haben, und dann erst recht von Angehörigen des **Gesundheits- und Pflegepersonals** in noch **höherem** Maß erwartet – und auch arbeitsrechtlich verlangt – werden dürfen als bei anderen AN.

Daher müssen in sensiblen Bereichen tätige AN tendenziell auch **strengere Maßnahmen** in Kauf nehmen. Deren Anordnung und Umsetzung steht freilich nicht im Belieben der jeweiligen AG, wird aber jedenfalls dann zulässig sein, wenn es entsprechende öffentlich-rechtliche Vorgaben gibt, zu deren Einhaltung die AG als BetreiberInnen bestimmter Einrichtungen sogar unter Androhung von Verwaltungsstrafen verpflichtet sind (vgl noch einmal insbesondere Abs 4 bis 6 in § 8 COVID-19-MG).

### Testpflicht als – auch arbeitsrechtlich – unstrittiger Mindeststandard.

Vor diesem Hintergrund ist somit klar, dass – zumindest derzeit – in Alten- und Pflegeheimen, stationären Einrichtungen der Behindertenhilfe, Kranken- und Kuranstalten sowie in der mobilen Pflege und Betreuung Beschäftigte grundsätzlich eine FFP2-Maske tragen und einen 3G-Nachweis erbringen müssen. Diese Standards könnten auch in anderen Betrieben in Betracht kommen, wenn ein Fall des § 13 Abs 4 der 2. COVID-19-BMV vorliegt. Als „*begründete Fälle*“ iS dieser Bestimmung, die eine strengere Regelung erlauben, werden etwa auf der Homepage des **Arbeitsministeriums** Betriebsstätten der kritischen Infrastruktur (also wohl etwa Energieversorgung oder Müllabfuhr) oder solche mit vulnerablen Personen (zB Kindergärten) genannt, wo ein Ausfall größerer Teile der Belegschaft zu vermeiden ist oder die vulnerablen Personen zu schützen sind; allerdings wird betont, dass diese Maßnahmen jeweils notwendig, verhältnismäßig und angemessen sein müssen.<sup>14</sup>

Daraus resultiert somit jedenfalls die Pflicht der jeweiligen AN, sich **regelmäßig testen** zu lassen. Dafür stehen aktuell nach § 2 Abs 2 Z 4 bis 6 COVID-19-BMV drei anerkannte Möglichkeiten zur Verfügung. Diese Tests waren bis Ende März für alle (zumal nicht nur) AN gratis erhältlich, seit der Änderung der „Teststrategie“ kommt der Bund nur mehr bei besonders betroffenen Einrichtungen oder Berufsgruppen mit erhöhtem Risiko (vgl § 5 a Abs 1 Z 2 und 4 EpiG) ohne Beschränkung für die Kosten solcher Screeningprogramme auf. Unbeschränkte **Gratistests** stehen nun nach § 2 Z 2 **COVID-19-Screeningverordnung** (BGBl II 2022/142) insbesondere für MitarbeiterInnen von Alten und Pflegeheimen, Einrichtungen der Tagesstrukturen in der Altenbetreuung und im Behindertenbereich sowie stationären Wohneinrichtungen der Behindertenhilfe (lit a), von Krankenanstalten und Kuranstalten (lit b), Erbringern mobiler Pflege- und Betreuungsdienstleistungen (lit c) sowie Personenbetreuern in der 24-Stunden-Betreuung und persönlichen Assistenten von Menschen mit Behinderung (lit d) zur Verfügung. Für diese AN kann somit auch das **Kostenargument nicht** gegen eine Testpflicht ins Treffen geführt werden, und zwar auch dann nicht, wenn der/die AG – als strengere Regelung – 2,5G als Standard definiert.

Wenn für **andere AN** Tests verlangt werden, werden die Kosten von den jeweiligen **AG** zu tragen sein. Davon geht auch das Arbeitsministerium auf der eben zitierten Homepage unter den „COVID-19-Regelungen am Arbeitsplatz“ aus. Ebendort wird aber auch ausgeführt, dass die Tests im Rahmen der Treuepflicht seitens der AN grundsätzlich **außerhalb der Arbeitszeiten** vorzunehmen seien und nur wenn dies nicht möglich wäre und die Testung in der Arbeitszeit erfolgen muss, diese auch als Arbeitszeit gelten würde.<sup>14</sup> In letzterem Fall wird es sich wohl um eine Dienstverhinderung aus einem wichtigen, die Person des/der AN betreffenden und von diesem/dieser nicht verschuldeten Grund handeln, so dass Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach Bestimmungen wie § 8 Abs 3 AngG besteht. Dass der Zeitaufwand für Tests, der wegen der außerhalb der großen Ballungszentren

<sup>12</sup> Vgl zuletzt nur Gruber-Risak/Pfeil in Schwimann/Kodek (Hrsg), ABGB VII<sup>5</sup> (2021) § 1153 Rz 37f. <sup>13</sup> Vgl auch die besonderen Verpflichtungen für Kranken- und Kuranstalten nach § 6 Abs 2 der 2. COVID-19-BMV („Ferner [...] durch geeignete Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko zu minimieren [...]“). <sup>14</sup> COVID-19-Regelungen am Arbeitsplatz (bma.gv.at; abgefragt am 16. 4. 2022).

oft unzureichenden und bundesweit unterschiedlich dichten Testinfrastruktur überaus groß sein kann, dagegen stets in die Privatsphäre der/des AN fallen soll, ist zumindest bei Tätigkeiten, für die nicht bereits durch die öffentlich-rechtlichen COVID-Regelungen 3G vorgeschrieben ist, zweifelhaft. Auch wenn diese Frage im vorliegenden Rahmen nicht näher ausgeführt werden kann, sei doch auf die Judikatur etwa zu Umkleidezeiten verwiesen, die immer dann als Arbeitszeit anzusehen sind, wenn die Einschränkung der AN-Freizeit vorwiegend **fremdbestimmt** erfolgt und das betriebliche Interesse an der Vornahme der betreffenden Verrichtung das Eigeninteresse der AN deutlich überwiegt.<sup>15</sup>

Dennoch kann festgehalten werden, dass die Verpflichtung zu regelmäßigen Tests und das Tragen einer FFP2-Maske zumindest bei unmittelbarem Kontakt mit KundInnen, PatientInnen etc einen vergleichsweise geringfügigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der betreffenden AN darstellt und damit regelmäßig **sachlich gerechtfertigt** sein wird.<sup>16</sup>

### Impfpflicht auch nicht im Arbeitsrecht.

Anders verhält es sich im Hinblick auf eine Impfpflicht. Deren Anordnung würde einen Eingriff in die körperliche Integrität jeder Einzelperson bedeuten und bedürfte nach der insoweit mittlerweile unstrittigen **Verfassungsrechtslage** (vgl nur Art 8 Europäische Menschenrechtskonvention/EMRK) einer gesetzlichen Grundlage, müsste überdies der Erreichung eines legitimen Ziels dienen und verhältnismäßig sein.<sup>17</sup> Eine Regelung, die eine solche Pflicht begründen würde, besteht aber derzeit gerade nicht, weder allgemein und erst recht nicht im Hinblick auf die Arbeitswelt,<sup>18</sup> und kann daher **umso weniger auf einer untergesetzlichen Ebene angeordnet** bzw durchgesetzt werden. Mit anderen Worten: AG dürfen hier nicht mehr verlangen, als der Gesetz- bzw Verordnungsgeber verlangt!

Eine entsprechende arbeitsrechtliche Anordnung ist daher weder durch KollV oder BV noch durch Weisung des/der AG möglich. Auch gegen die Zulässigkeit einer vertraglich begründeten, also auf eine Einwilligung des/der konkreten AN gestützten Verpflichtung bestehen angesichts der typischen wirtschaftlichen Abhängigkeit von AN und der daraus meist resultierenden

„verdünnten Willensfreiheit“ erhebliche Bedenken. Selbst bei Anerkennung der Möglichkeit einer „arbeitsrechtlich fundierten“ Impfpflicht wäre diese aber **nicht unmittelbar durchsetzbar**.

### Instrumente zur mittelbaren Durchsetzung

AG müssen daher auf andere Instrumente zurückgreifen, um für die Einhaltung der FFP2-Pflicht bzw von 3G oder möglicherweise sogar strengeren Regelungen zu sorgen. Hier wird zutreffend meist danach unterschieden, in welcher Phase sich das Arbeitsverhältnis befindet.

Die Phase der **Begründung** von Arbeitsverhältnissen ist wohl am stärksten vom Grundprinzip unserer Privatrechtsordnung geprägt, der **Vertragsfreiheit**. Diese erlaubt es, sich den/die künftige/n VertragspartnerIn nach den unterschiedlichsten Gesichtspunkten auszuwählen. Ein solches Auswahlkriterium könnte insbesondere auch der Impfstatus sein, zumal dieser weder als diskriminierendes Merkmal iS der Vorschriften des Gleichbehandlungsgesetzes (GlBG) angesehen werden kann noch a priori vom Fragerecht des/der AG ausgeschlossen sein dürfte.<sup>19</sup> Doch selbst wenn die Frage nach dem Impfstatus doch als diskriminierend oder unzulässig zu qualifizieren wäre, würde die Privatautonomie insofern durchschlagen, als AG letztlich eben von ihrer Freiheit Gebrauch machen können, Personen nicht einzustellen, wenn sie die erwünschten Voraussetzungen nicht erfüllen bzw die diesbezüglichen Nachweise nicht vorlegen können oder wollen.

### Versetzung und Freistellung werden kaum in Betracht kommen, ...

Rechtlich wie faktisch schwieriger ist die Situation bei schon **bestehenden Arbeitsverhältnissen**. In manchen Betrieben wird es etwa möglich sein, ungeimpfte AN in Bereichen einzusetzen, in denen sie keinen Kontakt mit anderen, zumal vulnerablen Personen haben. Auf diese Option müssen AG sonst wohl sogar vorrangig zurückgreifen, wie ein Größenschluss aus den bereits als Ersatz für die FFP2-Pflicht zum Einsatz zu bringenden, gleichsam gelinderen Maßnahmen (vgl § 3b Abs 1 COVID-19-BMV) nahelegt. Für das Gesundheits- und Pflegepersonal kommen

derartige **Versetzungen** schon im Hinblick auf § 5 Abs 3 (allenfalls in Verbindung mit § 6 Abs 2 bzw 5) der 2. COVID-19-BMV, wo jeweils keine Alternative zu 3G vorgesehen ist, **nicht** in Betracht.

Auch eine **Freistellung** der betreffenden AN wird keine Option sein. Abgesehen von dem dadurch noch verschärften Personalmangel werden auch AN daran kein Interesse haben, wenn und weil diese Freistellung **ohne Entgeltfortzahlungsanspruch** erfolgen wird: Das Fehlen der Voraussetzung für eine Beschäftigung (vgl noch einmal nur § 5 Abs 3 der 2. COVID-19-BMV: „*Betreiber darf Mitarbeiter nur einlassen [...]*“) ist jedenfalls bei Weigerung der Vorlage eines **3G-Nachweises** dem/der AN zuzurechnen. Dieses Verhalten ist regelmäßig zumutbar, die Weigerung ist daher als fahrlässig zu qualifizieren und schließt einen Anspruch nach § 8 Abs 3 AngG (arg „*ohne sein Verschulden*“) oder vergleichbaren Bestimmungen aus.

Ob Gleiches auch gilt, wenn im Betrieb **2G** verlangt wird, ist dagegen **zweifelhaft**. Das ist auch im Hinblick auf Gesundheits- und Pflegepersonal der Fall, für welches die 2. COVID-19-BMV eben nur 3G als Standard definiert. Die auf der Homepage des Arbeitsministeriums zu findende Einschätzung, wonach etwa für AN in „*Altersheimen, Krankenhäusern, Kindergärten [...] aufgrund der erhöhten Eigen- und Fremdgefährdung eine innerbetriebliche 2G-Regelung für jene AN [...], die unmittelbaren Kontakt mit vulnerablen Personen haben*“, eingeführt werden könne,<sup>20</sup> überzeugt insofern nicht bzw gibt die Rechtslage sehr verzerrend wieder.

### ... die Beendigung des Arbeitsverhältnisses dagegen – zumindest rechtlich – schon.

Die Weigerung, eine FFP2-Maske zu tragen bzw einen 3- oder allenfalls 2G-Nachweis vorzulegen, könnte allerdings eine **Beendi-**

<sup>15</sup> Vgl nur OGH 9 ObA 13/20g DRdA 2021/14, 146 (Gastgeber) = Arb 13.669. <sup>16</sup> Vgl erst jüngst OGH 8 ObA 42/21s RZ 2021/127, 289 (Spending), näher dazu unten bei den „Instrumenten zur mittelbaren Durchsetzung“. <sup>17</sup> Vgl nur den „Ersten Bericht zum begleitenden Monitoring der Impfpflicht gegen COVID-19“ 12 ff, 006\_001.pdf (bka.gv.at; abgefragt am 16. 4. 2022). <sup>18</sup> Das Fehlen einer hoheitlichen 1- oder zumindest 2G-Anordnung für die Arbeitswelt dürfte im Übrigen ein wesentliches Argument gegen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit einer allgemeinen Impfpflicht sein. <sup>19</sup> Vgl nur Grimm/Wolf, JMG 1/2021, 8 (12). <sup>20</sup> Vgl noch einmal COVID-19-Regelungen am Arbeitsplatz (bma.gv.at; abgefragt am 16. 4. 2022).

gung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen. Auch hier ist aber zu betonen, dass AG von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch machen müssen, insbesondere wenn sie zur Auffassung kommen, dass das Risiko einer Verbreitung der Infektion geringer ist als jenes, das entsteht, wenn **zu wenig Personal** da ist, um die BewohnerInnen, PatientInnen etc überhaupt noch adäquat versorgen zu können. Dem Vernehmen nach ist der notorische Personalmangel im Gesundheits- und Pflegebereich zuletzt sogar verschärft worden, weil AN wegen der pandemiebedingt erheblich gestiegenen Belastungen, aber auch wegen der strengeren Vorgaben ihrer bisherigen AG von sich aus ausgeschieden sind.

Wenn von **AG-Seite** eine Beendigung angestrebt wird und eine einvernehmliche Auflösung oder ein Ende durch Zeitablauf nicht in Betracht kommt, kann in der Regel eine **Kündigung** ausgesprochen werden. Diese ist meist nur an Fristen und Termine gebunden (vgl nur § 20 AngG), der **Grund** für die Kündigung spielt dagegen erst eine Rolle, wenn ein gesetzlicher bzw auf KollV-, BV- oder einzelvertraglicher Ebene vorgesehener **Kündigungsschutz** zur Anwendung kommt.

Im Rahmen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 105 ArbVG könnte in Betrieben, in denen dauernd zumindest fünf AN beschäftigt sind (vgl § 40 Abs 1 ArbVG), eine AG-Kündigung angefochten werden, weil sie aus einem **verpönten Motiv** erfolgt oder sozial ungerechtfertigt ist. Ersteres hat der Oberste Gerichtshof erst vor kurzem in einem Fall verneint,<sup>21</sup> in dem ein diplomierter Krankenpfleger, der in einem Alten- und Pflegeheim als stellvertretender Bereichsverantwortlicher tätig war, regelmäßige Tests verweigert hatte, insbesondere weil er deren Sinnhaftigkeit in Zweifel zog. Der OGH sah darin keine unzulässige Reaktion des AG darauf, dass der AN hier ein vermeintliches Recht geltend gemacht hätte, was (nach § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG) ein verpöntes Kündigungsmotiv darstellen könnte, sondern billigte dem AG zu, hier nur Maßnahmen umgesetzt zu haben, zu denen ihn die Rechtsordnung (damals noch die COVID-19-Notmaßnahmenverordnung BGBl II 2020/479) verpflichtet hatte.

Auch die Anfechtung einer Kündigung wegen einer **Diskriminierung** hat der OGH erst jüngst – und in zutreffender Weise – verworfen.<sup>22</sup> „Impfgegnerschaft“ als sol-

che stellt **keine Weltanschauung** dar und erfüllt daher nicht die Voraussetzungen nach § 17 Abs 1 Z 7 in Verbindung mit § 26 Abs 7 GIBG.

Eine erfolgreiche Anfechtung der Kündigung käme daher wohl nur in Betracht, wenn diese als **sozial ungerechtfertigt** zu beurteilen wäre. Das setzt nach § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG zunächst voraus, dass die Kündigung „*wesentliche Interessen des AN beeinträchtigt*“, was insbesondere bei älteren AN ins Gewicht fällt (vgl Abs 3b dieser Bestimmung). Allerdings darf es keine gewichtigeren Gründe geben, welche die betrieblichen Interessen nachteilig berühren oder sonst einer Weiterbeschäftigung entgegenstehen (vgl Abs 3 Z 2 lit a bzw b leg cit). Das wird freilich bei AN, die angesichts von öffentlich-rechtlichen Vorgaben (wie insbesondere nach § 5 Abs 3 COVID-19-BMV) vielleicht dauerhaft nicht eingesetzt werden, häufig der Fall sein.

Erneut wird allerdings zu differenzieren sein, wie gravierend die Beeinträchtigung der AG-Interessen wirklich ist und vor allem inwieweit diese Interessen auch schutzwürdig sind. Damit ist wieder auf den **Widerspruch** zurückzukommen, der sich aus einer allgemeinen Impfpflicht (auch wenn diese aktuell „ausgesetzt“ ist) auf der einen und dem Umstand auf der anderen Seite ergibt, dass in der Arbeitswelt sogar in den vulnerabelsten Bereichen grundsätzlich 3G als ausreichend normiert ist. AG werden daher ganz besondere Umstände ins Treffen führen müssen, nicht nur warum strengere Regelungen (im Sinne des § 13 Abs 4 der 2. COVID-19-BMV) zulässig sein sollen, sondern auch warum deren Nichtbeachtung eine Kündigung rechtfertigen kann. Dabei ist auch die **zeitliche** Komponente zu berücksichtigen, weil AG – zumal bei schutzwürdigen AN (vgl noch einmal insbesondere § 105 Abs 3b ArbVG) – durchaus zugemutet werden kann, eine gewisse Zeit zuzuwarten, ob sich die epidemiologische Gefahr nicht nachhaltig verringert bzw die Anforderungen in den COVID-Regelungen gelockert werden.

Eine **Entlassung** von AN, die sich gerechtfertigten Vorgaben widersetzen oder diese beharrlich ignorieren, wird dagegen **nur ausnahmsweise** möglich sein. Die Nichtbeachtung von 3- oder gar 2G-Regeln wird als solche wohl kaum ausreichen. Sehr wohl einen Entlassungsgrund stellt es aber etwa dar, wenn ein/e AN die anlässlich einer Testung gemäß § 7 EpiG bis zum Vorliegen

des Ergebnisses angeordnete Absonderung als „Corona-Verdachtsfall“ ignoriert und – ohne den/die AG davon zu informieren – zum Dienst erscheint und dadurch zumindest fahrlässig alle AbteilungskollegInnen der Infektionsgefahr aussetzt. In einem solchen Fall hat der OGH den Entlassungsgrund der **Vertrauensunwürdigkeit** bejaht,<sup>23</sup> wobei daran besonders bemerkenswert ist, dass es sich bei der entlassenen AN um eine Vertragsbedienstete handelte. Diese Berufsgruppe genießt an sich insofern einen **besonderen Bestandsschutz**, als eine ungerechtfertigte Entlassung unwirksam ist, wenn der geltend gemachte Entlassungsgrund auch keinen Kündigungsgrund darstellt (vgl § 34 in Verbindung mit § 30 Abs 2 [Bundes-]Vertragsbedienstetengesetz/VBG).

Dieses Beispiel zeigt, dass Verstöße gegen „Corona-Vorgaben“ auch bei besonders geschützten AN zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses führen können. Das gilt im Übrigen auch bei **länger dauernder Arbeitsunfähigkeit**, sei es wegen (der Folgen) einer Erkrankung, sei es wegen dauerhafter „Nichteinsatzbarkeit“ wegen Fehlens von gesetzlich oder behördlich vorgeschriebenen Impfungen oÄ. Im VBG kommt hier bei Dienstverhinderungen, die bereits ein Jahr gedauert haben, eine Ex-lege-Beendigung in Betracht (vgl dessen § 24 Abs 9). Im allgemeinen Arbeitsrecht bildet die länger dauernde Dienstverhinderung sogar einen Entlassungsgrund (vgl nur § 27 Z 5 AngG). In beiden Rechtsbereichen ist aber vorausgesetzt, dass es einen **objektiven** Grund gibt, der den/die AN an der Erbringung der Dienstleistung hindert und ihm/ihr auch zugerechnet werden kann. Das wäre bei der Anordnung einer allgemeinen Impfpflicht oder einer 2G-Regelung der Fall. Bei Vorgaben, die allein von dem/der AG kommen, müsste dagegen wieder im **Einzelfall** geprüft werden, ob diese gerechtfertigt und verhältnismäßig sind – und nicht unangemessen in die geschützten Rechtspositionen der AN eingreifen.

### Vorläufiges Fazit

Nicht nur im letzten Punkt zeigt sich also, dass die verschiedenen – und häufig wechselnden sowie noch dazu oft ganz kurzfristig erlassenen – COVID-Regelungen im Hinblick auf ihre gesellschaftlichen und

<sup>21</sup> OGH 8 OBA 42/21s RZ 2021/127, 289 (Spenling). <sup>22</sup> OGH 25. 11. 2021, 9 OBA 130/21i. <sup>23</sup> OGH 14. 9. 2021, 8 OBA 54/21f.

wirtschaftlichen Auswirkungen viele Probleme aufgeworfen und auch die Arbeitswelt vor zahlreiche Schwierigkeiten gestellt haben. Manche davon können mit dem herkömmlichen arbeitsrechtlichen Instrumentarium ganz gut bewältigt werden. Andere schaffen freilich Unsicherheiten, die eigentlich weder den AG noch den AN zugemutet werden können. Das gilt für den Gesundheits- und Pflegebereich, in dem nicht nur die auf die dort erbrachten Leistungen angewiesenen Personen vulnerabel sind, sondern auch die dort Beschäftigten und die Arbeitsbeziehungen, in die sie und die Träger der entsprechenden Einrichtungen eingebunden sind, in ganz besonderem Maße.

ÖZPR 2022/34

## Zum Thema

### In Kürze

Die Einführung einer gesetzlichen Impfpflicht, die aber keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Arbeitswelt hat, hat zahlreiche Fragen aufgeworfen. Diese bestehen auch nach der vorläufigen Aussetzung dieser Regelungen weiter und sind teilweise sogar noch unklarer geworden. Das gilt besonders für die Arbeitsverhältnisse im Gesundheits- und Pflegebereich, der ja auch sonst schon massiv von der Pandemie und ihren Auswirkungen betroffen ist.

### Über den Autor

Univ.-Prof. Dr. Walter J. Pfeil lehrt Arbeitsrecht und Sozialrecht am Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität Salzburg und leitet dort das interdisziplinäre „WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt“.