

# Arbeitsrecht und Pandemie in Österreich – Ein Überblick

Mag. Dr. Wolfgang Kozak, Arbeiterkammer Wien

## I. Krisenbewältigung

Als am 16. März 2020 in Österreich der erste Lockdown pandemiebedingt erfolgte, konnte noch niemand erahnen, welche vielfältigen Regelungen und Fragen insbesondere auf die juristische Fachwelt zukommen würden. Insbesondere wurde in der verfassungsgerichtlichen Nachkontrolle die Qualität der Legistik auf den Prüfstand gestellt. Gerade Einschränkungen der persönlichen Freiheit und der Erwerbsfreiheit wurden auf die verfassungsrechtliche Konformität kontrolliert.

Daneben versuchten die Gerichte mit den bisher angewandten arbeitsrechtlichen Werkzeugen auf pandemieerzeugte Sachverhalte zu reagieren bzw. schuf der Gesetzgeber in rascher Abfolge neue Normen bzw. revidierte diese, um sie der jeweiligen Situation und den Bedürfnissen anzupassen.

Der Beitrag selbst kann keine umfassende Darstellung der Bewältigung der Pandemie vornehmen, sondern beleuchtet einzelne, nach der Gewichtung des Autors, bemerkenswerte Themen in diesem Zusammenhang.

## II. Sondergesetze zur Pandemie/ Epidemieregulierung

### 1. Epidemiegesetz

Bis zum »Vollausbruch« der Pandemie in Österreich war das Epidemiegesetz 1952 (EpidemieG)<sup>1</sup> die einzige Rechtsgrundlage für Maßnahmen, die im Zusammenhang mit besonders ansteckenden Krankheiten gesetzt werden mussten. Das Gesetz regelt, welche Krankheiten anzeigepflichtig sind und wer anzeigen muss sowie die Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung anzeigepflichtiger Krankheiten, darunter zB. die Absonderung Kranker, Verkehrsbeschränkungen und

Betriebsbeschränkungen sowie Bestimmungen über den Ersatz eines eventuellen Verdienstentganges aufgrund der gesetzten Maßnahmen. Diese Regelung fand aber erst 1974 in das Gesetz Eingang,<sup>2</sup> zuvor wurde ein Ersatz nur besonders bedürftigen Personen zugestanden.

Grosso modo gesprochen, gesteht § 32 EpidemieG unter anderem im Falle der Absonderung der Betriebseinschränkung oder Betriebssperre eine Vergütung in Höhe des Verdienstentganges zu, wenn ein solcher durch diese Maßnahme entstanden ist.<sup>3</sup> Arbeitgeber haben Arbeitnehmern diese Vergütung im Vorhinein gegen Ersatz ausbezahlen.<sup>4</sup> Die Norm verweist hier auf die Entgeltberechnung des Entgeltfortzahlungsgesetzes und somit auf den arbeitsrechtlichen, weiten Entgeltbegriff sowie die Anwendung des Ausfallsprinzips.

Kein Verdienstersatz ist bei der sogenannten Einreisequarantäne zu leisten – insofern sie bei Dienstreisen nicht sowieso als Teil der Arbeitsleistung und somit als entgeltspflichtig anzusehen ist – sofern keine Erkrankung vorliegt. Dies Rechtslage gilt seit dem 28. Mai 2020.<sup>5</sup>

Das EpidemieG ist im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung durch die Landeshauptmänner und die Bezirksverwaltungsbehörden zu vollziehen und ist daher auf das Bundesstaatsprinzip Österreichs abgestimmt.<sup>6</sup>

### 2. Covid-19-Maßnahmengesetz

Im März 2021 wurde im Rahmen der unmittelbaren Bundesverwaltung für eine einheitliche Vollziehung

1 StE: BGBl. Nr. 186/1950.

2 Durch die Novelle BGBl. Nr. 702/1974.

3 *Keisler/Hummelbrunner*, in: Resch (Hrsg.), Corona-HB 1.06, Kap. 1 Rn. 44, Stand 1.7.2021, Wien 2021.

4 *Keisler/Hummelbrunner*, in: Resch (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 147.

5 *Keisler/Hummelbrunner*, in: Resch (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 45.

6 *Keisler/Hummelbrunner*, in: Resch (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 7.

das COVID-19-Maßnahmengesetz (Maßnahmengesetz) erlassen.<sup>7</sup> Die Maßnahmen aufgrund des EpidemieG wurden im Initiativantrag der Regierungsparteien als »nicht ausreichend bzw zu kleinteilig empfunden, um die weitere Verbreitung von COVID-19 zu verhindern.«<sup>8</sup>

Grundsätzlich ermächtigte das Gesetz unter anderem in seiner Stammfassung zur Erlassung von Betretungsverboten und eingeschränkt auf bestimmte Orte, Betriebe und Arbeitsorte.<sup>9</sup> Das Maßnahmengesetz sieht im Unterschied zum EpidemieG keinerlei Entschädigung für die aufgrund des Gesetzes erlassenen Maßnahmen vor.

Solche wurden in Sondergesetzen geschaffen und als Umsatzerersatz ohne Anrechnung von trotz Pandemie getätigten Umsätzen, Fixkostenzuschüssen und nicht zuletzt der Kurzarbeitsregelungen ausgestaltet.

Das EpidemieG wurde vom Gesetzgeber grundsätzlich in Geltung gelassen. Das Maßnahmengesetz wurde zusätzlich erlassen und bleibt insbesondere für epidemische Maßnahmen wie Absonderung anwendbar.

In der Praxis kommt es daher darauf an, aufgrund welcher gesetzlicher Grundlage eine Maßnahme wie zB. eine Betriebsschließung, bzw. ein Betretungsverbot erlassen wurde, um Anspruch auf eine gesetzliche Vergütung zu haben.

### III. Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes (VfGH)

#### 1. Problematik des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes durch eine schnelle Novellierung der in Frage stehenden Rechtsnormen

Bis zur Corona-Pandemie judizierte der VfGH als Zulässigkeitsvoraussetzungen für Anträge auf Gesetzes- oder Verordnungsprüfung, dass diese neben dem Kriterium der unmittelbaren nachteiligen Betroffenheit des Antragstellers noch zum Entscheidungszeitpunkt in Kraft stehen muss, damit das Rechtsschutzinteresse noch gegeben ist.<sup>10</sup> Durch das Vorliegen schnell wechselnder Regelungen im Rahmen der Pandemiebekämpfung sieht der österreichische Verfassungsgerichtshof in diesem Fall die Existenz des Rechtsschutzinteresses über die kurze Zeit der Gültigkeit der Regelung hinaus als gegeben und die Rechtsbeeinträchtigung als aktuell an<sup>11</sup> und ließ diesbezügliche Prüfungsanträge zu.

#### 2. Überschreitung der Ermächtigung

Der Covid-19-Maßnahmengesetzgeber sah in seiner gesetzlichen Regelung die Ermächtigung des Verordnungsetzers zur Erlassung von Betretungsverboten öffentlicher Orte vor.<sup>12</sup> Der Verordnungsgesetzgeber erließ jedoch eine Norm nach dem Grundregel- Ausnahmeprinzip: »Das Betreten öffentlicher Orte ist verboten. Ausnahmen sind [...]«<sup>13</sup> Dies wurde vom VfGH als Überschreitung der gesetzlichen Verordnungsermächtigung gesehen und die Verordnung als gesetzwidrig erkannt, ohne eine Beurteilung der Maßnahmen selbst vorzunehmen.<sup>14</sup>

#### 3. Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes

Im Rahmen dieser Verordnungsprüfung kritisierte der VfGH, dass der Verordnungsetzer es unterlassen hat, »jene Umstände, die ihn bei der Verordnungserlassung bestimmt haben, so festzuhalten, dass entsprechend nachvollziehbar ist, warum der Verordnungsgeber die mit dieser Regelung getroffenen Maßnahmen für erforderlich gehalten hat.« Der VfGH lehnte es also ab, die Begründung der Sachlichkeit der Normen selbst erzeugen bzw. einen Prüfungsmaßstab herausfinden zu müssen. Er sieht dieses Manko als so gravierend an, dass er keine weitere Prüfung mehr vornimmt: »Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine weitere Prüfung, ob die angefochtenen Bestimmungen auch aus anderen geltend gemachten Gründen gesetz- oder verfassungswidrig sind.«

7 BGBl. I Nr. 12/2020.

8 396/A XXVII.GP, 10.

9 Keisler/Hummelbrunner, in: Resch (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 48/1.

10 Siehe Ausführungen VfGH, 14.7.2020 – V411/2020 (V411/2020-17) – ECLI:AT:VFGH:2020:V411.2020, Punkt 4.2.1.

11 VfGH, 14.7.2020 – V411/2020 (V411/2020-17) – ECLI:AT:VFGH:2020:V411.2020, Punkt 4.2.2. und 4.2.3.

12 Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz), BGBl. I Nr. 12/2020, idF. BGBl. I Nr. 23/2020: »§ 2. Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung das Betreten von bestimmten Orten untersagt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.«

13 COVID-19-Maßnahmenverordnung-98, BGBl. II Nr. 98/2020, idF. BGBl. II Nr. 108/2020: »§ 1. Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 ist das Betreten öffentlicher Orte verboten. § 2. Ausgenommen vom Verbot gemäß § 1 sind Betretungen, [...]«

14 VfGH, 14.7.2020 – V363/2020 – ECLI:AT:VFGH:2020:V363.2020.

#### 4. Entschädigungslose Erwerbsbeschränkungen durch Covid-19-Maßnahmengesetz

Im Gegensatz zum Epidemiegesetz sieht das Maßnahmengesetz die Möglichkeit der Erlassung von Bekämpfungsmaßnahmen der aktuellen Pandemie ohne Entschädigungsleistung durch den Staat vor. Diese Neuregelung war daher Gegenstand eines Gesetzesprüfungsverfahrens, in welchem der VfGH festhielt, dass unter dem Blickwinkel des Rechts der Unversehrtheit des Eigentums, aufgrund der Einbettung der Regelung des Maßnahmengesetzes in ein umfangreiches Unterstützungs-, Hilfs- und Maßnahmenprogramm (zB. Fixkostenzuschuss I und II, Umsatzerersatz, Kurzarbeitsbeihilfe), das Fehlen einer Entschädigungsregel als verfassungskonform angesehen werden kann.<sup>15</sup> Als Argument gegen das Vorliegen eines Sonderopfers argumentierte der VfGH, dass Arbeitnehmer auch Nachteile bei der Pandemiebekämpfung in Kauf nehmen müssten, etwa bei der befristeten Neufassung von § 1155 ABGB, nach dem »Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen auf Grund von Maßnahmen nach dem COVID-19-MaßnahmenG nicht zustande kommen, verpflichtet sind, unter bestimmten Voraussetzungen auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen.«<sup>16</sup>

### IV. Aktuelle Urteile des Obersten Gerichtshofes (OGH) in Zusammenhang mit der Pandemie

#### 1. Befristungsende durch Pandemie?

Ein bemerkenswertes Urteil des Obersten Gerichtshofes in Österreich (OGH) behandelte die Auslegung einer Befristungsvereinbarung eines Vertrages für die Wintersaison 2019/20 eines Beschäftigten bei einem Seilbahnunternehmen.<sup>17</sup> Die Befristungsvereinbarung des Vertrages lautete folgendermaßen: »[...] bis zum Ende der Wintersaison (längstens bis 13. April 2020)«. Nun wurde aufgrund der Pandemie der Wintersportbetrieb in Tirol aufgrund einer Verordnung des Landeshauptmannes für Tirol mit 15. März 2021 beendet.<sup>18</sup>

Der Seilbahnunternehmer ging mit der Betriebsschließung von einem Ende der Wintersaison aus und betrachtete das Arbeitsverhältnis mit 15. März 2020 aufgrund

Zeitablaufs für beendet. Der betroffene Arbeitnehmer ging vom planmäßigen Ende der Wintersaison aus und klagte auf Schadenersatz in Höhe des entgangenen Verdienstes bis zu dem nach seiner Sicht regulären Ende des Arbeitsverhältnisses (nach österreichischer Terminologie: die Kündigungsentschädigung).

Die Rechtslage stellt sich nun so dar, dass außer in Sonderarbeitsgesetzen – wie zB. für Universitätsbeschäftigte – keine gesetzlichen Regelungen für Befristungsvereinbarungen in Arbeitsverhältnissen existieren, Österreich sich daher in einem Umsetzungsdefizit der RL 1999/70/EG befindet. Das Schrifttum geht aber davon aus, dass bei Befristungen, wenn schon nicht der Tag kalendermäßig bestimmt ist, der Eintritt des Ereignisses des Befristungsendes sicher erkennbar sein muss. Dieses muss bereits bei Vertragsabschluss feststehen.<sup>19</sup>

Die ständige Judikatur lässt aber Vereinbarungen zu, nach denen der Endzeitpunkt auch erst nach Vertragsabschluss objektiv feststellbar und der Beeinflussung der Parteien entzogen ist.<sup>20</sup>

In Fortschreibung dieser Judikatur entscheidet der OGH auch nicht, sondern weist die außerordentliche Revision des Klägers gegen die abweisende Entscheidung des Oberlandesgerichtes Innsbruck mit einer sogenannten Außenbegründung zurück, indem er die pandemiebedingte Betriebsschließung der faktischen Saisonbeendigung gleichsetzt und so das Ende des Arbeitsvertrages durch Zeitablauf am 15. März 2020 annimmt und die Rechtsansicht der Vorinstanz bestätigt.

Grundsätzlich vermischt der OGH mit dieser Rechtsansicht jedoch reduzierte unsichere Bedingungen mit Befristungsvereinbarungen und überträgt dadurch das Betriebsrisiko von Betriebsschließungen, die jedenfalls die Saison beenden, unabhängig davon, ob der Bund für den Verdienstentgang Ersatz leisten müsste, auf den Arbeitnehmer. Dies auch ohne Berücksichtigung, dass typischerweise solche Arbeitsverträge vom Arbeitgeber angebotene Vertragsformblätter sind. Die typische

15 VfGH, 14.7.2020 – G202/2020 – ECLI:AT:VFGH:2020:G202.2020.

16 VfGH, 14.7.2020 – G202/2020 – ECLI:AT:VFGH:2020:G202.2020.

17 OGH, 24.3.2021 – 9 ObA 118/20y – ARD 6749/11/2021.

18 VO Nr. 119 ff., Bote für Tirol, Stück 10b/201, Jahrgang/2020, kundgemacht am 14.3.2020.

19 Löschnigg, Arbeitsrecht, 13. Aufl., Wien 2017, Rn. 5/110.

20 ZB.: OGH, 27.6.2001 – 9 ObA 123/01f – RIS-Justiz RS0109440.

Risikoübertragung auf Arbeitnehmer, die jedenfalls als Benachteiligung eines Vertragspartners angesehen werden kann,<sup>21</sup> wird in der Rechtsauslegung durch den OGH aber nicht berücksichtigt. Im speziellen Fall wäre eine Rechtsauslegung, die von einem bei Vertragsabschluss angenommenen Saisonende ausgeht, auch insofern nicht für die Arbeitsvertragspartner einseitig belastend gewesen, da aufgrund der pandemiebedingten Maßnahme aufgrund § 32 EpidemieG sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Unternehmer Ersatz für den Verdienstentgang durch den Bund zu leisten gewesen wäre.

## 2. Entlassung trotz Absonderungsanordnung

In diesem Fall hatte der OGH<sup>22</sup> eine Entlassung aufgrund vertrauensunwürdigen Verhaltens einer Arbeitnehmerin ebenfalls im Rahmen einer außerordentlichen Revision zu beurteilen. Diese war, obwohl sie nach einer Testung am 16. März 2020 aufgrund Vorliegens eines Corona-Verdaches einer angeordneten Absonderung aufgrund des damals geltenden § 7 EpidemieG unterlag, ohne die Arbeitgeberin darüber zu informieren, eigenmächtig zum Dienst erschienen. Nachdem bekannt wurde, dass die Testung positiv war, musste einer ganzen Abteilung der Arbeitgeberin (23 Personen) eine 14-tägige Quarantäne verordnet werden. Die Arbeitgeberin sprach daraufhin am 18. Juli 2020 die Entlassung aus.

Der OGH hatte gegen die Richtigkeit der rechtlichen Beurteilung des OLG Wien, dass das Ignorieren der Absonderungsanordnung den Entlassungstatbestand der Vertrauensunwürdigkeit erfüllte, keine Bedenken, da die Arbeitnehmerin, »aufgrund des fehlenden Testergebnisses eine Infektion nicht ausschließen konnte, und so durch ihr Verhalten eine Gefährdung der Gesundheit ihrer Kolleginnen und der Interessen ihres Dienstgebers an einem reibungslosen Dienstbetrieb in Kauf nahm«. Der OGH sprach in diesem Zusammenhang von einer zum Ausdruck kommenden problematischen Einstellung der Klägerin.

Auch bei dieser Entscheidung bewegte sich der OGH im Rahmen der ständigen Judikatur zum Grund der Vertrauensunwürdigkeit bei Entlassungen, wobei dieser Begründung meines Erachtens jedenfalls vollinhaltlich zuzustimmen ist.

## 3. Kein Kündigungsschutz bei Kurzarbeit

Die gesetzlichen Grundlagen der österreichischen Kurzarbeitsregelung finden sich rudimentär in § 37b Arbeitsmarktservicegesetz. Diese Norm bezieht sich auf jene Voraussetzungen die vorliegen müssen, damit eine Kurzarbeitsbeihilfe an den Arbeitgeber gewährt werden kann. Diese liegen im Auftreten von nicht saisonbedingten wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens, die anders als durch Kurzarbeit nicht beseitigt werden können, sowie im Abschluss einer Sozialpartnervereinbarung, welche »die näheren Bedingungen der Kurzarbeit sowie die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes« regeln soll. Die Wirtschaftskammer Österreich und der Österreichische Gewerkschaftsbund schlossen eine Rahmensozialpartnervereinbarung ab, die als Vertragsformular von Belegschaftsvertretern und Unternehmensvertretung bzw. einzelner Arbeitnehmer und Arbeitgeber ebenfalls unterzeichnet wurden. Diese Rahmenvereinbarung enthielt verfahrensgegenständlich folgende Klauseln bezüglich der Wahrung des Beschäftigtenstandes bei Beginn der Kurzarbeit:

### »IV.2. Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes

#### a. Während Kurzarbeit (Behaltepflcht):

Der/Die ArbeitgeberIn ist verpflichtet, jenen Beschäftigtenstand im Betrieb aufrecht zu erhalten, der unmittelbar vor Beginn des Kurzarbeitszeitraumes (Abschnitt I Punkt 3) bestanden hat, sofern nicht bereits vorher festgelegte Änderungen, welche gemäß lit c zulässig sind, berücksichtigt werden (Behaltepflcht). [...]

#### b. Nach der Kurzarbeit (Behaltefrist):

Die Dauer der Behaltepflcht nach Ende der Kurzarbeit beträgt einen Monat.«

Nachfolgend enthielt bzw. enthält die Sozialpartnervereinbarung die Regelung unterschiedlicher Beendigungssituationen (Befristungsablauf, Kündigung, Entlassung), die je Konstellation eine Verpflichtung zum Auffüllen des Beschäftigtenstandes enthält oder diese entfallen lässt.

21 Vgl. dazu Graf, in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON1.05, Stand: 1.8.2019, § 864a Rn. 30, 46.

22 OGH, 14.9.2021 – 8 ObA 54/21f – ECLI:AT:OGH0002:2021:008OBA00054. 21F.0914.000.

Die Rechtsqualität dieser Sozialpartnervereinbarung ist bis dato nicht geklärt. Gleich nach Einführung der Kurzarbeit brannte nun die Diskussion auf, ob durch diese Sozialpartnervereinbarung ein individueller Kündigungsschutz geschaffen wurde,<sup>23</sup> oder lediglich das abstrakte Schutzziel der Sicherung des Arbeitsmarktes geregelt werden sollte.<sup>24</sup>

Der OGH entschied jüngst in dieser Frage<sup>25</sup> dahingehend, dass der Zweck der Sozialpartnervereinbarung die Schaffung der Voraussetzung von Kurzarbeitsbeihilfen unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben, nämlich der Sicherung des Beschäftigtenstandes, sei.<sup>26</sup> Insoweit muss der Begriff des Beschäftigtenstandes in der Sozialpartnervereinbarung aus § 37b Arbeitsmarktservicegesetz heraus verstanden werden, der im Gegensatz zur Umsetzung der Massenentlassungs-RL bei unterlassener Verständigung des Arbeitsmarktservice<sup>27</sup> bei Kurzarbeit eben keinen individuellen Kündigungsschutz, sondern vielmehr lediglich eine Handlungsanleitung vorsehe.

Über die Rechtsqualität der Sozialpartnervereinbarung hält das Gericht lapidar fest, dass diese bis dato noch nicht geklärt sei.

## V. Home-Office

### 1. Grundsätzliches

Die Regelungen von Home-Office entstanden im Frühjahr 2021 aufgrund medialen Drucks. Der Gesetzgeber selbst sah sich bis dahin nicht veranlasst, spezielle Regelungen zu treffen und setzte eine Einigung der Sozialpartner zu diesem Thema voraus.<sup>28</sup> Die Bestimmungen zu Home-Office sollen aber unabhängig vom Entstehungszeitpunkt mitten in der Pandemie künftig zum Dauerrechtsbestand gehören.

Die arbeitsrechtliche Kernregelung befindet sich in § 2h AVRAG, der mit 1. April 2021 in Kraft trat. Die Regelung selbst behandelt nur das Home-Office von Personen, die den Arbeitnehmerbegriff erfüllen, mobiles Arbeiten ist jedenfalls nicht von der Norm erfasst. Die Tätigkeit muss in der eigenen Wohnung, am Nebenwohnsitz oder in der Wohnung eines nahen Angehörigen oder von Lebensgefährten erbracht werden, ein öffentlicher Coworking Space soll nicht darunterfallen.<sup>29</sup> Nicht nur Arbeiten

mit digitalen Hilfsmitteln und Online ist erfasst, sondern auch »analoges Arbeiten« im Home-Office.<sup>30</sup>

§ 2h AVRAG stellt auf die Regelmäßigkeit der Tätigkeit im Home-Office ab, definiert diese Anforderung aber nicht näher. Dies ist insoweit bemerkenswert, als für ausnahmsweises Arbeiten zu Hause die Regelungen, wie etwa die Freiwilligkeit der Vereinbarung auf beiden Seiten, nicht anwendbar ist. Es ist also eher davon auszugehen, dass die Norm auch einen Schutz vor oktroyiertem Home-Office darstellen soll. Das Erfordernis der Regelmäßigkeit soll daneben dazu dienen, dass »Eintagsfliegen« nicht dieser Regelung unterliegen und damit auch den allgemeinen Treue-, Fürsorgepflichten und sonstigen Weisungsmöglichkeiten unterliegen können.<sup>31</sup>

### 2. Regelungen

§ 2 Abs. 2 AVRAG sieht als einzige Möglichkeit für Home-Office die Einführung durch schriftliche Einzelvereinbarung vor. Eine einseitige Anordnung bzw. die Regelung von Home-Office in Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung ist nicht möglich.<sup>32</sup> Schriftform bezieht sich in gegenständlichem Fall nicht auf Unterschriftlichkeit, sondern die Schriftform des Textes, wobei eine fehlende Schriftlichkeit keine Folgen haben soll.<sup>33</sup> Home-Office-Vereinbarungen können auch befristet werden.<sup>34</sup>

23 So zB. Pfeil, öDRdA 2021, 179, 182 ff.; Auer-Mayer, ZAS 2020, 202, 22.

24 ZB. Spitzl, ecoloex 2020, 474, 476 f.; Schöffmann/Marhold, ASoK 2021, 238, 238 ff.

25 OGH, 29.11.2021 – 8ObA50/21t – ECLI:AT:OGH0002:2021:008OBA00050.21T.1129.000.

26 OGH, 29.11.2021 – 8ObA50/21t – ECLI:AT:OGH0002:2021:008OBA00050.21T.1129.000, Punkt 2.4.

27 § 45a AMFG.

28 Vgl. dazu T. Dullinger, in: Köck (Hrsg.), Der Homeoffice-Kommentar, Wien 2021, § 2 AVRAG Rn. 2.

29 T. Dullinger, in: Köck (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 24 f.

30 Gruber-Risak, Homeoffice-Maßnahmenpaket 2021 (Stand IA 1301/A), CuRe 2021/5, abrufbar unter: <https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.ltcure20210005> (27.1.2022).

31 Gruber-Risak (Fn. 30); So lässt T. Dullinger, in: Köck (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 21 eine einzelvertragliche Rahmenvereinbarung bereits als Indiz für Regelmäßigkeit genügen.

32 Vgl. Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 92 f.

33 Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 111.

34 § 2h Abs. 4 AVRAG letzter Satz.

Verpflichtendes Home-Office ist bei sogenannten Covid-19-Risikogruppen, bei welchen der Arbeitgeber weder einen sicheren Arbeitsweg oder einen sicheren Arbeitsplatz garantieren kann und Home-Office von der Art der Tätigkeit möglich ist, vorgesehen.<sup>35</sup> Ist dies nicht der Fall, ist der betroffene Arbeitnehmer vom Dienst unter Kostenersatz vom Arbeitgeber freizustellen. Der Dachverband der Sozialversicherungsträger Österreichs hat die betroffenen Personen von der Zuordnung zu dieser Risikogruppe zu informieren, der behandelnde Arzt ein entsprechendes Attest auszustellen, wenn die Person mittlerweile vollständig geimpft und geboostert und trotzdem ein schwerer Verlauf zu erwarten ist, oder aus medizinischen Gründen nicht gegen Covid-19 geimpft werden kann.<sup>36</sup> Ist auch kein Home-Office möglich, muss der Arbeitnehmer bei ungeschmälertem Entgelt freigestellt werden. Dieses wird dem Arbeitgeber im Anschluss durch den Krankenversicherungsträger ersetzt.<sup>37</sup>

Home-Office-Vereinbarungen können unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von einem Monat zum Termin des Monatsletzten von jedem der Vertragspartner beendet werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und keine sonstigen Kündigungsvereinbarungen in die Home-Office-Vereinbarung aufgenommen wurden. Unstrittig ist, dass durch eine vertragliche Kündigungsvereinbarung die Voraussetzung des Vorliegens eines wichtigen Grundes wegfällt, umstritten ist aber, ob die Vertragsparteien als Untergrenze an die gesetzliche Kündigungsfrist und den Termin gebunden bleiben, wie dies *Auer-Mayer* mit gutem Grund wegen der Statuierung der einseitigen Dispositivität der Norm aufgrund von § 16 AVRAG annimmt,<sup>38</sup> oder die Kündigungsfristen frei vereinbart werden dürfen.<sup>39</sup>

Grundsätzlich haben die Arbeitgeber die Kosten für die digitalen Arbeitsmittel zu tragen, es können aber auch abweichende Vereinbarungen bis hin zu einer pauschalen Nutzungsabgeltung getroffen werden.<sup>40</sup> Durch Kollektivvertrag aber auch Betriebsvereinbarung – es wurde ein neuer Betriebsvereinbarungstatbestand: § 97 Abs. 1 Z 27 ArbVG, Rahmenbedingungen für Homeoffice, geschaffen – können im Rahmen der Abgeltung weitere Regelungen getroffen werden. Bisherig durch Home-Office tangierte Betriebsvereinbarungstatbestände, wie etwa § 96 ArbVG, bezüglich Kontrollmaßnahmen, die die Menschenwürde berühren, sind weiterhin anwendbar.<sup>41</sup>

Da die Judikatur Arbeitsunfälle im Home-Office vor der Pandemie äußerst restriktiv beurteilte und selten als solche anerkannte, nahm der Gesetzgeber die Verrichtung der Tätigkeit im Home-Office in § 175 ASVG zunächst befristet auf die Zeitdauer der Pandemie, schließlich ab 1. April 2021 ins Dauerrecht auf. Nunmehr gelten als Arbeitsunfälle auch »[...] Unfälle, die sich im zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung in der Wohnung (Homeoffice) ereignen.«

## VI. 3G am Arbeitsplatz

Seit 22. November 2021 gilt nach einer Übergangsfrist 3G (geimpft, genesen oder getestet) per Verordnung.<sup>42</sup> Dies bedeutet, dass, außer die drei »G« liegen vor, ein Betretungs- und Verweilverbot für den Arbeitsplatz vorliegt, es sei denn, es finden am Arbeitsort nicht mehr als zwei physische Kontakte pro Tag statt, die nicht länger als 15 Minuten dauern und im Freien stattfinden; eine Regelung, die auf LKW-Fahrer abzielte. Arbeitsort ist umfassend zu interpretieren, im Rahmen von Home-Office gilt die Wohnung aber im Sinne der 3G-Regel nicht als Arbeitsort und kommt daher auch nicht zum Tragen.<sup>43</sup> Die entsprechenden Nachweise sind gem. § 2 Abs. 5 der Verordnung bereitzuhalten und bei der Kontrolle vorzulegen. Wie der Betriebsinhaber bzw. Arbeitgeber die Kontrolle vorzunehmen hat, spezifiziert die Verordnung hingegen nicht. Meines Erachtens ist aus der Zielsetzung der Maßnahme, die Ausbreitung der Erkrankung zu verhindern, eine strikte tägliche Kontrolle (und keine Stichprobenkontrolle) zumindest bei jenen Personen notwendig, die lediglich

35 § 735 ASVG, diese Regelung wurde durch Verordnung bis zum 31.3.2022 verlängert.

36 § 735 Abs 2 ASVG wurde durch BGBl. I Nr. 197/2021 am 3.12.2021 neu gefasst, zuvor war die Durchführung der Impfung kein Erfordernis.

37 § 735 Abs 4 ASVG.

38 *Auer-Mayer*, in: *Köck* (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 111.

39 So *Hitz/Schrenk*, ASoK 2021, 122, 130 aber ohne Begründung.

40 *Hitz/Schrenk*, ASoK 2021, 122, 126 f.

41 Vgl. *T. Dullinger*, in: *Köck* (Fn. 28), § 97 ArbVG Rn. 23, der außerhalb der Tatbestände der §§ 96 und 96a ArbVG Unklarheiten hinsichtlich der Abgrenzung sonstiger BV-Tatbestände sieht.

42 Derzeit: § 11 Abs. 2, 6. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung StF: BGBl. II Nr. 537/2021; BGBl. II Nr. 602/2021.

43 Vgl. *Gerhartl*, ASoK 2021, 447.

einen Teststatus und keine Vollimmunisierung durch Impfung vorweisen können.<sup>44</sup> Eine Kopie bzw. datenmäßige Verarbeitung des Nachweises ist explizit untersagt, fraglich ist deshalb, wie eine Dokumentation der Durchführung der Kontrollen rechtskonform erfolgen kann, zumal eine unterlassene Kontrolle bzw. eine Mitwirkungsverweigerung eine Verwaltungsübertretung verwirklicht.<sup>45</sup>

Es wird davon ausgegangen, dass Arbeitnehmer, die entsprechende Nachweise nicht vorlegen können bzw. wollen, nicht zum Arbeitsort zuzulassen sind und für diese Zeit aufgrund ihres Verschuldens an der Nichtzulassung keinen Entgeltfortzahlungsanspruch haben,<sup>46</sup> es sei denn, der Arbeitgeber vereinbart mit den betroffenen Personen Home-Office. Zu einer solchen Vereinbarung sind aber beide Parteien nicht verpflichtet. Jedenfalls wird eine mehrmalige Verletzung der Nachweispflicht eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus Verschulden des Arbeitnehmers rechtfertigen können.

Die gegenständliche Regelung ist derzeit bis 31. Januar 2022 befristet. Aufgrund der pandemischen Entwicklung ist aber davon auszugehen, dass mit dem Ansteigen der Ansteckungszahlen die Gültigkeit dieser Maßnahme verlängert wird.

## VII. Entgeltfortzahlung bei Erkrankung durch Covid-19

### 1. Vorbemerkung

Grundsätzlich behalten alle bisher geregelten Dienstverhinderungsbestimmungen, unabhängig, ob diese eine Entgeltfortzahlungspflicht für den Arbeitgeber auslösen, auch in der Pandemie ihre Gültigkeit. Auf diese wird im Folgenden daher nicht näher eingegangen.

### 2. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Grundsätzlich steht erkrankten Personen die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, solange der jeweilige Anspruch nicht erschöpft ist, zu.<sup>47</sup> Für den Zeitraum einer durch die Behörde verhängten Quarantäne wird derzeit keine Krankenschreibung vorgenommen, da dann gem. § 32 Epidemiegesetz der Bund die Entgeltfortzahlung (genauer gesagt, den Entgeltausfall) übernimmt. Auf die grundsätzliche Nachrangigkeit der Ersatzpflicht des Bundes stellt die

Behörde derzeit nicht ab. Erst nach Beendigung der Quarantäneanordnung wird von den Vertragsärzten der Gesundheitskassen bei fortdauernder Arbeitsverhinderung durch die Erkrankung eine Krankenschreibung vorgenommen. Mittlerweile (ab 5. März 2022) wurde die 3G-Pflicht am Arbeitsplatz durch das Inkrafttreten der Covid-19-Basismaßnahmenverordnung (BGBl II 86/2022) beendet.

### 3. § 1155 ABGB

Diese Norm regelt eine Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, wenn Dienstleistungen aufgrund arbeitgeberseitiger Umstände nicht zustande gekommen sind und der Arbeitnehmer leistungsbereit war. Als arbeitgeberseitige Umstände galten auch solche, die der Sphäre des Arbeitgebers zugerechnet werden konnten.

Von jeher war Streitpunkt, ob eine Pandemie nicht beide Vertragsteile trifft und so keine arbeitgeberseitigen Umstände vorliegen und § 1155 ABGB keine Anwendung fände, wobei die herrschende Meinung die Anwendung der Norm verneinte.<sup>48</sup> Um 2020 Rechtssicherheit in der Pandemie zu schaffen, novellierte der Gesetzgeber befristet von 15. März 2020 bis 31. Dezember 2020 § 1155 ABGB, indem er den bisherigen Gesetzestext um zwei Absätze erweiterte:

- › »(3) Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. Nr. 12/2020, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, gelten als Umstände im Sinne des Abs. 1. Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen aufgrund solcher Maßnahmen nicht zustande kommen, sind verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen.
- › (4) Für den Verbrauch gemäß Abs. 3 gilt:
- › 1. Urlaubsansprüche aus dem laufenden Urlaubsjahr müssen nur im Ausmaß von bis zu 2 Wochen verbraucht werden.

<sup>44</sup> Anderer Auffassung *Lindmayr*, 3G-Pflicht am Arbeitsplatz, LexisNexis Rechtsnews 31642, abrufbar unter: [https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/3g\\_pflcht\\_am\\_arbeitsplatz/h\\_80004\\_58200436310545035\\_3ed9639a2a?origin=gs&searchid=20220127111423772](https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/3g_pflcht_am_arbeitsplatz/h_80004_58200436310545035_3ed9639a2a?origin=gs&searchid=20220127111423772) (27.1.2022), der Hinweise und stichprobenartige Kontrollen genügen lassen will.

<sup>45</sup> *Gerhartl*, ASoK 2021, 447, 450.

<sup>46</sup> *Rauch*, ASoK 2021, 455, 456.

<sup>47</sup> § 8 Abs. 1f AngG, BGBl. Nr. 292/1921, für Arbeiter: EFZG BGBl. Nr. 399/1974.

<sup>48</sup> So für viele: *Kietaibl/Wolf* in: Resch (Hrsg.), Corona-HB1.04, Stand: 29.1.2021, Wien 2021, Kap. 3 Rn. 1 f.; differenziert: *Rebhahn*, in: Neumayr/Reissner (Hrsg.), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., Stand 1.1.2018, Wien 2018, § 1155 ABGB Rn. 39.

- › 2. Von der Verbrauchspflicht sind weiters ausgenommen solche Zeitguthaben, die auf der durch kollektive Rechtsquellen geregelten Umwandlung von Geldansprüchen beruhen.
- › 3. Insgesamt müssen nicht mehr als 8 Wochen an Urlaubs- und Zeitguthaben verbraucht werden.«

Die Risikoverteilung der Norm wurde nach herrschender Meinung dahingehend geändert, dass jede Beschränkung des Betriebes, die zu einem (teilweisen) Entfall der Dienstleistung führt, der Entgeltfortzahlung unterliegt. Der Arbeitgeber kann im Gegenzug aber Zeitausgleich und Urlaubsverbrauch im Ausmaß des § 1155 Abs. 4 ABGB verlangen.

Nachwirkungen hat diese zeitlich beschränkte Novellierung jedoch für die Beurteilung, ob eine Pandemie der neutralen Sphäre angehört und § 1155 ABGB nunmehr in der ursprünglichen Form deshalb nicht zur Anwendung kommt. Die herrschende Meinung sieht die Novelle als Bestätigung ihrer Rechtsansicht an.<sup>49</sup> Aufgrund der starken Inanspruchnahme der geförderten Kurzarbeit wurden Fragen der Entgeltfortzahlung gem. § 1155 ABGB jedoch nie strittig.

#### 4. Sonderbetreuungsfreistellung

Diese Form der Betreuungsfreistellung wurde in der Pandemie geschaffen und bereits sechsmal novelliert. Aktuell ist eine Freistellung von bis zu drei Wochen (im Zeitraum 1. Januar 2022 bis 31. März 2022) für Arbeitnehmer, die Kinder bis zum 14. Lebensjahr oder Menschen mit Behinderungen betreuen müssen oder Angehörige pflegebedürftiger Personen, vorgesehen. Dies ist der Fall bei der teilweisen oder vollständigen Schließung von Einrichtungen aufgrund behördlicher Maßnahmen. Dort wo kein Rechtsanspruch besteht (seit November werden nur mehr einzelne Quarantänemaßnahmen getroffen, keine generellen Schließungen mehr, der Schulbesuch ist aber freigestellt worden), kann die Sonderbetreuungszeit mit dem Arbeitgeber vereinbart werden. Dem Arbeitgeber wird jedenfalls in beiden Varianten das fortgezahlte Entgelt zu 100 % ersetzt.<sup>50</sup>

#### 5. Sonderfreistellung für Schwangere

Wenn eine schwangere Arbeitnehmerin bei ihrer Tätigkeit erforderlichen physischen Kontakt mit anderen Personen im Mindestabstand hat und dieser Kontakt

nicht vermieden werden kann, ist sie ab der 14. Schwangerschaftswoche freizustellen, sofern ihr keine andere Tätigkeit oder Home-Office zugewiesen werden kann oder sie bereits vollständig immunisiert ist.<sup>51</sup> Eine Änderung der Tätigkeit darf nur aus objektiven Gründen nicht möglich sein.<sup>52</sup> Ob dies auch eine nach dem Arbeitsvertrag unzulässige Versetzung sein kann, ist derzeit ungeklärt. Diese Regelung ist aktuell bis 31. März 2022 befristet. Das zu zahlende, nicht geschmälernte Entgelt wird dem Arbeitgeber vom Bund binnen sechs Wochen ersetzt.

Das Eintreten des vollständigen Impfschutzes ist von der freigestellten Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber 14 Tage im Vorhinein zu melden.

#### 6. Freistellung von Risikopatienten

Siehe Kapitel Home-Office.

#### 7. Impfpflichtgesetz

Am 20. Januar 2022 hat der Nationalrat das Bundesgesetz über die Pflicht zur Impfung gegen COVID-19 (Impfpflichtgesetz) beschlossen. Die Beschlussfassung des Bundesrates steht noch aus. Generell wird eine Impfpflicht mit Wirkstoffen gegen Covid-19 für jede Person über 18 Jahren normiert, die im Bundesgebiet von Österreich ihren Wohnsitz hat. Schutzziel ist die öffentliche Gesundheit.

Von der Impfpflicht befreit sind Personen, die innerhalb von 180 Tagen eine Covid-19-Infektion nachweislich überstanden haben, Personen, die auf die Impfung keine ausreichende Immunantwort entwickelt haben, Schwangere sowie Personen, die mit den zugelassenen Impfstoffen nicht ohne konkrete und ernstliche Gefahr für ihre Gesundheit geimpft werden können.

Der Impfstatus ist ab 15. März 2022 nachzuweisen, wobei der zuständige Bundesminister (derzeit der Gesundheitsminister) durch Verordnung festlegen muss, was als korrekter Impfstatus angesehen wird (Anzahl der Boosterimpfungen, Intervall etc.).

49 Kietaihl/Wolf: in Resch (Fn. 48), Kap. 3 Rn. 3.

50 § 18b AVRAG idF. BGBl. I Nr. 213/2021.

51 § 3a MSchG idF. BGBl. I Nr. 212/2021.

52 Drs, in: Resch (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 61/7.



Durch Verordnung ist ferner ein Erinnerungstichtag festzulegen, ab dem nicht vollständig immunisierte Personen an die Impfung und die Impfpflicht zu erinnern sind.

Ebenfalls durch Verordnung festzulegen ist dann der sogenannte Impfstichtag, ab welchem die Strafbarkeit der Verletzung der Impfpflicht eintritt, der aber erst einen Monat nach dem Erinnerungstichtag liegen darf. Der Gesetzgeber stellt hier auf die Überprüfung des Impfstatus durch Datenverarbeitung ab, also das Massenverfahren. Unabhängig von dieser Massenerhebung ist die Verletzung der Impfpflicht ab 15. März 2022 strafbar, wenn man durch die Polizei im Rahmen von sonstigen Kontrollen betreten wird.

Es handelt sich hierbei um ein Verwaltungsstrafverfahren mit der Verhängung eines Bußgeldes. Die Strafhöhe beträgt bei Durchführung eines ordentlichen Ermittlungsverfahrens bis 3.600 €. Wenn es zu einem Strafausspruch im Zuge des Massenverfahrens kommt, beträgt die maximale Strafhöhe höchstens 600 €. Die betroffene Person hat nach Zustellung der Strafverfügung zwei Wochen Zeit, die Impfung nachzuholen und der Strafbarkeit zu entgehen.

Das Impfpflichtgesetz ist bis 24. Januar 2024 befristet. Der Gesetzgeber ist bemüht, die Strafbarkeit, wenn möglich, gar nicht eintreten zu lassen und Arbeitsverhältnisse durch die Impfpflicht, soweit wie möglich, nicht zu tangieren:

Die Impfpflicht verändert die gültige 3G-Pflicht (siehe oben) am Arbeitsplatz nicht. Eine vorzeitige Beendigungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses durch Verschulden wegen Verletzung der gesetzlichen Impfpflicht durch den Arbeitgeber wird daher durch das Impfpflichtgesetz nicht ausgelöst.<sup>53</sup>

Ein Fragerecht bezüglich der Vollimmunisierung bei der Einstellung wird von der herrschenden Meinung jedenfalls bejaht, insbesondere solange die 3G-Pflicht am Arbeitsplatz gilt.<sup>54</sup>

Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist unter den Bedingungen des historisch bedingten schwachen

allgemeinen Kündigungsschutzes in Österreich unter Einhaltung von Frist und Termin möglich.

Inwieweit so die vom Gesetzgeber genannten Ziele (Schutz der öffentlichen Gesundheit) effektiv erreichbar sind und hier die Impfpflicht das gelindeste Mittel darstellt, wird der VfGH zu entscheiden haben. Es ist damit zu rechnen, dass das Gesetz unmittelbar nach Inkrafttreten den Gerichtshof beschäftigen wird. Mittlerweile ist durch Verordnung vom 11. März 2022 (BGBl II 103/2022) die Impfpflicht befristet bis 31. Mai 2022 außer Kraft gesetzt. Derzeit ist eine »Wieder«einführung politisch nicht geplant.

## VIII. Schlussbemerkung

Der Gesetzgeber hat zur Bewältigung der Pandemie eine bis dahin nicht für möglich gehaltene Volatilität der Normsetzung entwickelt, die auch für den sachkundigen Anwender kaum zu überblicken ist und den typischen rechtsunterworfenen Menschen jedenfalls überfordern musste. Inwieweit Grundrechtseinschränkungen bzw. Impfpflicht sinnvoll sind, obliegt der Grundeinschätzung der medizinischen Sachverständigen. Ob sie der Bundesverfassung entsprechen, muss der zuständige Gerichtshof entscheiden. Dass dies täglich bei den Gerichten geschieht und möglich ist, zeigt am besten, dass wir in einem gesicherten demokratischen Rechtsstaat leben, auch wenn, wie überall, die Pandemie in diesem Bereich spürbare Mühsal erzeugt. Ebenso wird bei einer Vielzahl von kritischen Äußerungen das Ausmaß der Hilfen und Rettungsmaßnahmen, die gleichzeitig vom Staat gesetzt wurden, negiert bzw. nicht ausreichend gewürdigt.

<sup>53</sup> So auch Gerhartl, ASoK 2022, 9. 14.

<sup>54</sup> Vgl. Gerhartl, ASoK 2022, 9.