

Praxisfragen: Impfungen und Tests

Welche Rechte und Pflichten Arbeitgeber und Arbeitnehmer rund um das Thema Impfen und Testen haben, lesen Sie in diesem Artikel.



Gastautor¹

Birgit Vogt-Majarek

ist Rechtsanwältin mit Schwerpunkt Arbeits- und Gesellschaftsrecht und Partner der Schima Mayer Starlinger Rechtsanwältinnen GmbH.
birgit.vogt@sms.law
www.sms.law

NACHDEM DIE INFEKTIONSZAHLEN trotz mehrmaliger Verlängerung des Lockdowns nicht wie gewünscht sinken, wirbt das Gesundheitsministerium damit, sich jedenfalls impfen zu lassen und erweiterte zudem die (zum Teil kostenlosen) Testmöglichkeiten in Sachen Covid-19 zuletzt nochmals massiv.

Unter diesen Gesichtspunkten müssen sich auch Arbeitgeber überlegen, wie sie gegenwärtig nicht nur die Sicherheit ihrer Mitarbeiter im Betrieb aufgrund ihrer Fürsorgepflichten weiterhin gewährleisten, sondern auch die Gesundheit ihrer Kunden schützen können. Der folgende Artikel fasst zusammen, welche Rechte und Pflichten für Arbeitgeber betreffend die regelmäßige Testung von Arbeitnehmern und vor allem die Covid-19-Impfung zur Risikominimierung im Zusammenhang mit der Ausübung der beruflichen Tätigkeit bestehen. Zudem wird beantwortet, welche möglichen arbeitsrechtlichen Konsequenzen Arbeitnehmer treffen, wenn diese die vom Arbeitgeber angeordneten Maßnahmen (wie insbesondere Tests bzw. die Covid-19-Impfung) verweigern.

(Mögliche) Vorgaben des Arbeitgebers betreffend Testung/Impfung

Grundsätzlich besteht für Arbeitnehmer in Österreich weder eine allgemeine Impfpflicht noch eine allgemeine Pflicht zur Testung betreffend bestimmte Erkrankungen, wie aktuell das Sars-CoV-2-Virus. Ohne eine spezielle, verfassungskonforme gesetzliche Regelung kann daher grundsätzlich keine Person gezwungen werden, sich impfen (oder auch nur testen) zu lassen. Wegen des damit verbundenen Eingriffs in Grundrechte der Arbeitnehmer, insbesondere in das Recht auf Privatsphäre und auf körperliche Unversehrtheit, bedarf es für eine Impfpflicht einer besonderen Rechtfertigung und zudem der Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

Aufgrund der Schutzpflichten des Arbeitgebers gegenüber Mitarbeitern und Dritten wird die Vornahme einer Impfung als Voraussetzung

für eine Weiterbeschäftigung (bzw. für einen Einsatz im persönlichen Kontakt mit Kunden/Kollegen) dort leichter zu argumentieren und im Rahmen einer Abwägung der Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer eher zumutbar sein, wo die Mitarbeiter (wie z.B. im Spital) auch Kontakt zu vulnerablen und daher besonders zu schützenden Personengruppen haben. So besteht bereits jetzt die Vorgabe zur Impfung gegen Masern u.ä. als Voraussetzung für die Zulassung zu bestimmten Berufen im Gesundheitswesen. Vor diesem Hintergrund wäre vorstellbar, für Personal im Gesundheitsbereich angesichts von dessen Systemrelevanz eine ähnliche Vorgabe auch iZm Covid-19 vorzusehen. Laut dem Epidemiegesetz besteht die Möglichkeit, Schutzimpfungen für Personen, die sich berufsmäßig mit der Krankenbehandlung und -pflege beschäftigen oder für Hebammen anzuordnen. Umgesetzt wurden derartige Impfpflichten iZm dem Covid-19-Virus bisher nicht, so dass Arbeitgeber sich insofern nur auf die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen stützen können.

Ein wichtiges Kriterium für die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Impfung als Voraussetzung einer Weiterbeschäftigung (insbesondere, wenn andere Einsatzmöglichkeiten im Betrieb oder Arbeit im Home-Office nicht möglich bzw. dem Arbeitgeber nicht zumutbar sind) ist vor allem auch, wie weit der Schutz der Covid-19-Impfung in der Praxis tatsächlich reicht. Dient die Impfung nämlich nur dem Schutz der geimpften Person, wird es für Arbeitgeber schwieriger sein, eine Impfung als Vorgabe für die (Weiter) Beschäftigung zu fordern. Schützt die Impfung hingegen auch vor einer Weiterverbreitung des Virus gegenüber Kollegen, Kunden oder sonstigen Dritten, wird die Argumentation des Arbeitgebers (z.B. nur geimpfte Mitarbeiter zu beschäftigen und ggf. arbeitsrechtliche Maßnahmen gegenüber anderen Mitarbeitern zu setzen) deutlich überzeugender sein. Dennoch bliebe die Einwilligung des Arbeitnehmers für eine Impfung so lange erforderlich, als es keine entsprechende gesetzliche Impfpflicht gibt.

¹ Wir verwenden geschlechtsneutrale Personenbezeichnungen auf Basis des generischen Neutrums. Infos dazu auf Seite 10 oder unter generisches-neutrum.com

Betreffend vom Arbeitgeber gegenüber der Belegschaft angeordnete, regelmäßige Corona-Testungen ist zu berücksichtigen, dass derartige Tests wesentlich weniger eingriffsstark sind als Impfungen und daher die Vorgabe regelmäßiger Testungen durch das Arbeitgeber¹ aufgrund seiner Fürsorge- und Risikominimierungspflichten entsprechend besser argumentiert werden kann. Vor allem angesichts des neuen Generalkollektivvertrags und der 4. Covid-19-Schutzmaßnahmenverordnung sind zudem (regelmäßige) Testungen für gewisse Berufsgruppen verpflichtend geworden.

Weigerung des Arbeitnehmers – Konsequenzen?

Im Rahmen der Arbeitsplatzevaluierung nach dem Arbeitnehmerschutzgesetz (»ASchG«) müssen Arbeitgeber mögliche Risiken am Arbeitsplatz eruieren und Maßnahmen zu deren Beseitigung unter Einhaltung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes festlegen. Da Arbeitnehmer abgesehen von den oben erwähnten Vorgaben nicht zur Impfung verpflichtet sind, können sich diese weigern, sich impfen zu lassen. Gerechtfertigt ist eine Weigerung in aller Regel dann, wenn Arbeitnehmer die Impfung aus gesundheitlichen Gründen (wie z.B. Unverträglichkeit eines Medikaments) ablehnen. Andere Gründe für die Ablehnung können abhängig von der konkreten Situation des Arbeitgebers und von allfälligen besonderen Risiken zu einem Überwiegen von dessen Interessen führen. Die Abwägung kann jedoch die erforderliche Zustimmung des Arbeitnehmers nicht ersetzen, sondern nur Grundlage für andere arbeitsrechtliche Maßnahmen des Arbeitgebers (wie z.B. Versetzung oder Beendigung) sein. In Bezug auf Testungen wurde durch den Generalkollektivvertrag (siehe weiter unten) eine rechtliche Verpflichtung für gewisse Berufsgruppen geschaffen, sich regelmäßig testen zu lassen. Ferner wurden im General-KV auch Rahmenbedingungen für jene Arbeitnehmer festgelegt, die keiner Testpflicht unterliegen, was z.B. im Falle der Verweigerung von Covid-19-Tests durch Arbeitnehmer auch zur ergänzenden Argumentation der Zumutbarkeit von Tests herangezogen werden kann.

Weigern sich Arbeitnehmer, den vom Arbeitgeber vorgesehenen Maßnahmen nachzukommen, kann die Fürsorge- und Risikominimierungspflicht des Arbeitgebers eine vorübergehende Versetzung an einen anderen, weniger risikobehafteten Arbeitsplatz begründen (bei Versetzungen iSd § 101 ArbVG hat der Betriebsrat ein Informations- bzw. Zustimmungsrecht) oder zur Arbeit im Home-Office

” WIR ENTWICKELN
KOMPETENZEN WEITER. “

➔ **CERTIFIED BUSINESS DATA SCIENTIST**
Start Wien: 08.03.2021
Start Online: 19.04.2021
Start München: 12.10.2021

➔ **CERTIFIED HR-CONTROLLER**
Start München: 01.03.2021
Start Wien: 13.09.2021

**JETZT
PROGRAMM-
KATALOG 2021
ANFORDERN!**

Wir führen alle Programme durch! Sollte eine Abhaltung aus Sicherheitsgründen nicht vor Ort möglich sein, wird das Programm als Online-Training umgesetzt.



Besuchen Sie uns auf:
www.controller-institut.at



führen, wenn dies möglich und zumutbar ist. Können Arbeitnehmer ohne Test bzw. Impfung nicht mehr zumutbar eingesetzt werden, kommt auch eine Kündigung in Frage. Im Falle einer Anfechtung der Kündigung wegen Sozialwidrigkeit können sowohl betriebliche als auch personenbedingte Gründe für die Kündigung geltend gemacht und sollte vom Arbeitgeber auch die erfolgte Interessenabwägung angesichts einer (nicht medizinisch begründeten) Weigerung in puncto Impfung (oder regelmäßiger Tests) dargelegt werden.

Bleiben Arbeitnehmer ohne triftigen Grund der Arbeit fern (weil sie sich z.B., ohne Risikopatienten zu sein, vor einer Ansteckung fürchten) oder weigern sich (beharrlich), die Arbeit vor Ort zu verrichten, bedeutet dies eine Verletzung ihrer Dienstpflichten. Ausnahmen gibt es laut Covid-19-Risikogruppen-Verordnung (bis auf Weiteres) für bestimmte (gesundheitliche) Risikogruppen, bei denen eine Freistellung notwendig sein kann, wenn keine besonderen Schutzmaßnahmen im Betrieb gesetzt werden können und Home-Office nicht möglich wäre. In ersterem Fall sind Arbeitgeber u. U. berechtigt, Arbeitnehmer (in der Regel nach einer entsprechenden Abmahnung) wegen beharrlicher Verweigerung der Erbringung ihrer Dienste zu entlassen.

Eine Impfverweigerung könnte im Einzelfall als Arbeitsunfähigkeit (im Falle von mit der Tätigkeit verbundenen, spezifischen Risiken und

daraus resultierenden, besonderen gesundheitlichen Anforderungen) qualifiziert werden, so dass eine Entlassung auch deswegen gerechtfertigt wäre; hierzu gibt es allerdings bisher keine Rechtsprechung.

Um entsprechend weitreichende Konsequenzen als Arbeitgeber möglichst zu vermeiden, sollten den Mitarbeitern, und bei Bestehen eines solchen auch dem Betriebsrat, die Gründe, warum die Impfung/Testung (für jene Mitarbeiter, die keiner »Testpflicht« laut Verordnung unterliegen) dem Arbeitgeber im konkreten Fall besonders wichtig wäre, genau erklärt werden. Dabei sollten auch mögliche schwere Schäden für den Betrieb und die damit verbundenen Arbeitsplätze im Falle einer Infektion sowie die Gründe, warum andere (zusätzliche) Maßnahmen zum Schutz vor einer Infektion im betreffenden Betrieb nicht möglich sind, offengelegt werden, um so nach Möglichkeit gemeinsam eine freiwillige Umsetzung der erforderlichen Maßnahmen (in puncto Tests bzw. Impfungen) zu erreichen.

Corona-Test und Maskenpflicht am Arbeitsplatz

Mit 25. Jänner 2021 ist ein spezieller Covid-19-Generalkollektivvertrag (»General-KV«) in Kraft getreten, der vorerst bis 31. August 2021 anwendbar ist. Grundsätzlich stützt sich der General-KV auf die 4. Covid-19-Schutzmaßnahmenverordnung, die (u. a.) jene Berufsgruppen festlegt, die sich grundsätzlich alle sieben Tage testen lassen müssen. Dazu zählen insbesondere Lehrer mit unmittelbarem Kontakt zu Schülern, Arbeitnehmer im Bereich der Lager-

logistik, soweit der Mindestabstand von zwei Metern regelmäßig nicht eingehalten werden kann, sowie Arbeitnehmer mit unmittelbarem Kundenkontakt. Andernfalls ist von diesen Mitarbeitern bei deren Arbeit eine FFP2-Maske ohne Ausatemventil oder eine höheren Standards entsprechende Maske zu tragen. Zudem regelt der General-KV die arbeits(zeit)rechtlichen Rahmenbedingungen für Berufsgruppen, die zu regelmäßigen Tests verpflichtet sind, durch Qualifikation der Dauer der Testung samt An- und Abreise als Arbeitszeit. Vor diesem Hintergrund sollten wöchentliche Testungen idealerweise direkt vor Ort durchgeführt werden, um Ausfälle für externe Tests zu vermeiden.

Fazit

Die Durchführung regelmäßiger Covid-19-Testungen im beruflichen Bereich ist aufgrund der Einführung des General-KV und der entsprechenden Verordnung wesentlich vereinfacht worden und dient auch außerhalb der im KV angeführten Berufsgruppen als Argumentationsgrundlage für Arbeitgeber in puncto Zumutbarkeit der Tests. In Bezug auf vom Arbeitgeber geforderte Impfungen ist, soweit diese nicht als Voraussetzung für die Aufnahme der Tätigkeit des betreffenden Arbeitnehmers ohnehin geboten sind, eine Interessenabwägung unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmen und kann eine (nicht gesundheitlich motivierte) Weigerung von Arbeitnehmern entsprechende arbeitsrechtliche Maßnahmen des Arbeitgebers (bis hin zu einer Beendigung des Dienstverhältnisses) begründen. □



ICH WILL MEHR VOM LEBEN

bfi
BILDUNG. FREUDE INKLUSIVE.

Bestellen Sie jetzt das aktuelle Kursprogramm:
www.bfi.wien/kursprogramm

Innovationsmanagement
Diplomlehrgang mit Blended Learning
Infoabend: 15.03.2021 | **Start:** 16.04.2021

Coach | Diplomlehrgang
Infoabend: 24.03.2021 | **Start:** 23.04.2021

TrainerIn | Diplomlehrgang
Infoabend: 07.04.2021 | **Start:** 03.05.2021

ResilienztrainerIn | Lehrgang mit Blended Learning
Start: 19.03.2021

Mediation und Konfliktmanagement | Diplomlehrgang
Start: 23.04.2021

Weitere Infoveranstaltungen und alles Wissenswerte finden Sie unter: **www.bfi.wien**