

# Die COVID-19-Pandemie in der bisherigen Rechtsprechung des OGH

**Univ.-Prof. Dr. Gert-Peter Reissner**

Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der  
Karl-Franzens-Universität Graz



# Überblick



- Entlassung (oder zu begründende Kündigung im öffentlichen Sektor) von Seiten des AG
- Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz
- Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz
- Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz
- Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung

# Entlassung (bzw begründete Kündigung)

## **E 1) OGH 14. 9. 2021 8 ObA 54/21f – Zur Arbeit als Corona-Verdachtsfall**

ASoK 2022, 40 = EvBl-LS 2022/1, 41

Erscheint eine AN am 16. 3. 2020 zur Arbeit, obwohl sie nach einem positiven Test aufgrund von Symptomen am Vortag als Corona-Verdachtsfall behördlich abgesondert wurde, so berechtigt dieses Verhalten den AG zur Entlassung der AN wegen Vertrauensunwürdigkeit.

# Entlassung (bzw begründete Kündigung)

## **E 2) OGH 25. 6. 2021 8 ObA 36/21h – Heimleiter missachtet COVID-19-Verhaltensregeln**

ARD 6779/12/2021

Die Kündigung eines Heimleiters nach VB-Recht wegen Missachtens der Verhaltensregeln im Lockdown ist begründet.

...wenn vom verantwortlichen Heimleiter wohngruppenübergreifende Treffen zum gemeinsamen Singen der Bewohner geduldet wurden, die teilweise auch in einem geschlossenen Raum stattfanden, und wenn trotz Anordnung der Schließung der Speisesäle der Betrieb einer Cafeteria aufrecht erhalten wurde,...

# Entlassung (bzw begründete Kündigung)

## **E 3) OGH 22. 2. 2022 8 ObA 11/22h – COVID-19-Tests beharrlich verweigert**

Die Entlassung einer AN, die sich beharrlich weigert, sich den für die Krankenanstalt verordnungsmäßig vorgeschriebenen COVID-19-Tests zu unterziehen, ist einerseits gerechtfertigt und andererseits nicht aus einem verpönten Motiv erfolgt.

# Entlassung (bzw begründete Kündigung)

## Ähnliche Konstellationen und Problemstellungen

- Darf der **AG** nach dem **Impfstatus fragen?**
  - Fragerecht des AG besteht nach **Interessenabwägung**
  - im Falle der **COVID-19-Impfung** ist **Fragerecht** wohl **zu bejahen**, sowohl bei **Einstellung** als auch im **aktiven Arbeitsverhältnis**
  - auch die Frage zB nach dem Status als **genesene** (und nachgeimpfte) Person oder nach einer **negativen (Selbst-)Testung** ist zulässig
  - unrichtige Beantwortung einer erlaubten Frage ist ein **Verstoß gegen arbeitsrechtliche Pflichten**, ggf Setzung eines Entlassungsgrundes

# Entlassung (bzw begründete Kündigung)

## Ähnliche Konstellationen und Problemstellungen

- **Weisung** des AG, **Schutzmaßnahmen im Arbeitsbereich zu befolgen**
  - Weisung insb eine Maske zu tragen oder sich COVID-19-Tests zu unterziehen, ist **zulässig**, wenn sich dies aus öffentlich-rechtlichen Vorgaben ergibt
  - **Weigerung** und darauffolgende **Dienstverhinderung** wirkt sich auf die Entgeltfortzahlung und auf den Kündigungsschutz aus, eine Verdichtung zu einem Entlassungsgrund ist möglich

# Entlassung (bzw begründete Kündigung)

## Ähnliche Konstellationen und Problemstellungen

- **Leugnung der Pandemie bzw Verbreitung von Verschwörungsmythen**
  - die Leugnung der Pandemie bzw die Verbreitung von Verschwörungsmythen zum Thema kann sich **zu einem Entlassungsgrund verdichten**
  - Setzung eines Entlassungsgrundes ist vorrangig in **sensiblen Bereichen**, etwa in ärztlichen oder medizin-wissenschaftlichen Diensten, denkbar

# Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz



- §§ 105 ff ArbVG **schützen AN vor Beendigung von Seiten des AG**, die entweder aus verpönten Motiv erfolgt sind oder voraussichtlich wesentliche soziale Nachteile für den AN nach sich ziehen
- Judikatur des OGH bislang nur zum **verpönten Motiv** „der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung von Forderungen aus dem Arbeitsverhältnis“ (sog Vergeltungskündigung)

# Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz



**E 4) OGH 14. 9. 2021 8 ObA 42/21s – Testverweigerer**  
DRdA-InfA 2022/6, 15 (*Bachhofer*) = ASoK 2022, 39

Umfasst ist dabei nicht nur die Geltendmachung von Geldansprüchen, sondern auch anderer vom AG in Frage gestellter Ansprüche, Rechte und Rechtspositionen. (...)

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

# Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz



## E 4) OGH 14. 9. 2021 8 ObA 42/21s – Testverweigerer

DRdA-InfAS 2022/6, 15 (*Bachhofer*) = ASoK 2022, 39

Hinzu kommt, dass sich die hier maßgebliche Verpflichtung auch aus der Verantwortung des Heimbetreibers für die Gesundheit der Heimbewohner rechtfertigen lässt. (...) Umgekehrt ergab sich (schon) aus dieser V eine zumindest **mittelbare Verpflichtung** des AN, sich den angeordneten Tests zu unterziehen, damit er weiter im Alten- und Pflegeheim beschäftigt werden und seinem Arbeitsvertrag nachkommen konnte.

Soweit sich der AN ganz allgemein auf den „Schutz der Grund- und Freiheitsrechte“ beruft, fällt ohnehin die bei einem Grundrechtseingriff gebotene Interessenabwägung (...) zugunsten der Testpflicht aus.

Die (beharrliche) Weigerung des AN (...) war daher **offenbar unbegründet.**

# Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz



## Weitere Überlegungen

- bei Berufung auf eine wesentliche Interessenbeeinträchtigung iSd § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG kann der AG uU beachtliche **personenbezogene Kündigungsfertigungsgründe** ins Treffen führen
  - denkbar wäre eine „schlechte Prognose“ in Bezug auf die Einsetzbarkeit
  - bei Pandemieleugnung bzw der Verbreitung von Verschwörungsmythen zum Thema ist zumindest nach Abmahnung von einer verhaltensbedingt gerechtfertigten Kündigung auszugehen

# Allgemeiner Kündigungs- und Entlassungsschutz



## Weitere Überlegungen

- die **Weigerung, sich einer „lizensierten“ Kontrolle zu stellen,** ist ein Persönlichkeitsrecht und daher zulässig
  - bei den Auswirkungen auf den Kündigungsschutz kann auf das soeben dargestellte verwiesen werden

# Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz



- ein besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz führt dazu, dass die **Kündigung** nicht frei, sondern bei sonstiger Nichtigkeit **an Grund bzw Verfahren gebunden** ist
- ebenso ist die **Entlassung** an Grund und Verfahren gebunden bzw hat **ohne Grund** zumindest **keine Lösungswirkung**
- besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz kann sich nicht nur aus Gesetz, sondern auch aus **KollV, BV** oder **Arbeitsvertrag** ergeben

# Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz



## **E 5) OGH 22. 10. 2021 8 ObA 48/21y – Corona-Kurzarbeit und Kündigung I**

ARD 6778/5/2021 = DRdA-InfAS 2022/3, 7 (*Bachhofer*)

Aus den Bestimmungen des § 37b AMMSG iVm den hier maßgeblichen Regelungen der Kurzarbeitsvereinbarungen ergibt sich keine Unwirksamkeit einer während der Kurzarbeit oder der anschließenden Behaltefrist ausgesprochenen Kündigung.

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

# Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz



## E 6) OGH 29. 11. 2021 8 ObA 50/21t – Corona-Kurzarbeit und Kündigung II

DRdA-InfAS 2022/4, 11 [*Bachhofer*] = ASoK 2002, 77

Aus dem Umstand, dass eine AN die Corona-Sozialpartner-Einzelvereinbarung mitunterfertigt hat und diese für die Konstellation des Fehlens eines Ausnahmefalls anordnet, dass Arbeitgeberkündigungen frühestens nach Ablauf der Behaltefrist ausgesprochen werden dürfen, ergibt sich nicht die Unwirksamkeit einer dennoch ausgesprochenen Kündigung.

# Besonderer Kündigungs- und Entlassungsschutz



## E 6) OGH 29. 11. 2021 8 ObA 50/21t – Corona-Kurzarbeit und Kündigung II

DRdA-InfA 2022/4, 11 [*Bachhofer*] = ASoK 2002, 77

Der Wortlaut der Sozialpartner-Einzelvereinbarung nennt keine Rechtsfolge für den Fall eines Verstoßes gegen deren Vorgaben. Daraus lässt sich die Unwirksamkeit einer dennoch ausgesprochenen Kündigung nicht ableiten.

# Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz



- Regelungen hierzu finden sich vor allem im Diskriminierungsschutz des GIBG bzw des BEinstG
- wird das Arbeitsverhältnis vom AG ua wegen der **Religion** oder **Weltanschauung gekündigt, vorzeitig gelöst** oder **im Probemonat beendet**, so kann die Lösung gem § 26 Abs 7 GIBG beim ASG angefochten werden

# Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz



**E 7) OGH 27. 11. 2021 9 ObA 130/21i – Corona-Leugnen**  
**keine Weltanschauung**  
ARD 6786/6/2022

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

# Individueller Kündigungs- und Entlassungsschutz



- Begriff der Weltanschauung erfordert eine gewisse „Vollständigkeit“ des Weltbildes, ein geschlossenes philosophisches und/oder politisches Konzept
- punktuelle Anschauungen reichen nicht

# Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung

## **E 8) OGH 25. 11. 2021 9 ObA 99/21f – Nö Landesrecht** ASoK 2022, 111

Das NÖ L-VBG regelt nicht die Dienstverhinderung infolge einer behördlich angeordneten Absonderung iSd EpiG. Für einen solchen Fall sieht § 32 EpiG vor, dass natürlichen Personen wegen der durch die Behinderung ihres Erwerbs entstandenen Vermögensnachteile dann eine Vergütung zu leisten ist, wenn und soweit sie abgesondert worden sind und dadurch ein Verdienstentgang eingetreten ist.

Bei diesem Vergütungsanspruch handelt es sich nicht um Entgelt, sondern um eine auf einem öffentlich-rechtlichen Titel beruhende Entschädigung des Bundes, für die der AG in Vorlage tritt. Mit dem Verweis auf das EFZG wird eine Regelung für die Bemessung der Höhe der Entschädigung für epidemiebedingte Absonderungszeiten udgl getroffen.

# Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung

## Weitere Überlegungen

- gibt ein AN seinen Status nicht bekannt und wird er deswegen **nicht beschäftigt**, so stellt dies grundsätzlich einen Fall der **Entgeltfortzahlung nach § 1155 ABGB** dar
- bestehen allerdings öffentlich-rechtliche Verpflichtungen des AG in Bezug auf den Zutritt zu seinem Betrieb, zB die sog **2G-Regel**, so ist der AN in der geschilderten Konstellation **nicht leistungsbereit**, sodass § 1155 ABGB nicht in Betracht kommt
  - es fehlt **aus rechtlichen Gründen** an der Arbeitsfähigkeit

# Entgeltfortzahlung bei Dienstverhinderung

## Weitere Überlegungen

- eine Entgeltfortzahlung aus **sonstigen wichtigen, die Person betreffenden Gründen** kommt mE ebenfalls **nicht** in Betracht, zumal dieses Verhalten objektiv betrachtet ein **Verschulden des AN** beinhaltet
- ist ein AN COVID-positiv, so ist er auch bei Symptomlosigkeit krank und arbeitsunfähig, sodass die Regelungen über die **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall** zur Anwendung kommen. Im gegebenen Zusammenhang (und in zahlreichen ähnlichen Fällen) hat der AG Anspruch auf Erstattung gem § 32 EpiG



Besten Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!