Thema: Schima Mayer Starlinger Rechtsanwälte

Autor: Georg Schima

Was 3G-Verweigerern am Arbeitsplatz droht

Aufgrund ihrer Fürsorgepflicht dürfen Arbeitgeber auf PCR-Tests von Ungeimpften bestehen und sie auch kontrollieren. Wer sich weigert, kann gekündigt oder gar entlassen werden. Eine Impfpflicht am Arbeitsplatz ist schwieriger umzusetzen.

Geora Schima

🕆 eit 1. November dürfen nur geimpfte, genesene oder getestete Arbeitnehmer den Arbeitsplatz betreten, sofern sich deren Kontakte nicht auf maximal zwei Begegnungen von je 15 Minuten pro Tag im Freien beschränken. Auch die Übergangsfrist, innerhalb derer sich Arbeitnehmer mit FFP2-Masken behelfen konnten, ist mittlerweile abgelaufen.

Gesetz und Verordnung lassen nach wie vor auch die nach Meinung von Fachleuten sehr wenig sicheren "Wohnzimmertests" zu; nur in Wien gilt bis zum 30. November eine "aufgeweichte" 2,5G-Regel. Deshalb darf der Arbeitgeber – ja muss er in Abhängigkeit von der Situation sogar in Wahrnehmung seiner auf zwingendem Gesetzesrecht (§ 1157 ABGB) beruhenden Fürsorgepflicht auf der Durchführung von PCR-Tests durch seine Arbeitnehmer bestehen.

Die Kosten von staatlich vorgeschriebenen Tests muss der Arbeitnehmer tragen; die Kosten von durch den Arbeitgeber zusätzlich

verlangten hat hingegen der Arbeitgeber zu übernehmen. Zumindest in Wien sind derzeit ohnehin alle Arten von Tests gratis erhältlich.

Der Arbeitgeber ist - neben dem Arbeitnehmer – für die Kontrolle verantwortlich (Verwaltungsstrafe für den Arbeitgeber: bis zu 3600 Euro), wobei Stichprobenkontrollen genügen. Wenn der Arbeitgeber lückenlose Kontrollen, wie etwa bei Veranstaltungen, einführen möchte, bedarf er dazu meines Erachtens keiner Betriebsvereinbarung nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG bzw. in betriebsgratslosen Betrieben nicht der Zu-💆 stimmung sämtlicher Arbeitnehmer (§ 10 Abs 1 AVRAG). Denn es handelt sich in Anbetracht der Umstände nicht um eine "die Menschenwürde berührende" Kontrollmaßnahme. Für die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Datenspeicherung hilft dem Arbeitgeber entgegen einer kürzlich von zwei Kolleginnen vertretenen Meinung die Einwilligung des Betriebsrates oder eine Betriebsvereinbarung ohnehin nichts.

Der Arbeitgeber könnte auf privatautonomer Basis auch 2G am Arbeitsplatz einführen, und er wird Arbeitnehmer, die diesen Status nicht erfüllen, wohl auch aus dem Betrieb aussperren, das heißt, quasi dienstfrei stellen dürfen; das Gehalt muss der Arbeitgeber in solchen Fällen aber weiterzahlen.

Bei einem Arbeitnehmer hingegen, der sich einer vom Arbeitgeber aufgrund seiner Fürsorgepflicht eingeführten 2,5G-Regel widersetzt und die Vorlage von PCR-Test-Ergebnissen verweigert, darf der Arbeitgeber dies als Pflichtwidrigkeit werten. Dafür spricht, dass dem Arbeitnehmer durch das Verlangen des Arbeitgebers keine Kosten entstehen. Die Konsequenz der Weigerung sind die Möglichkeit der Aussperrung und der Entgeltverlust, im Falle beharrlicher Weigerung auch die Entlassung (§ 27 Ziffer 4, 3. Fall AngG).

Fachkräftemangel als Hürde

Mittlerweile ist sogar der Ruf nach einer gesetzlich vorgeschriebenen 2G-Regel am Arbeitsplatz laut geworden. Dass der Gesetzgeber hier sehr zögert, ist verständlich. Denn eine gesetzliche Vorgabe würde ein Betretungsverbot bedeuten, das heißt, der Arbeitgeber dürfte nicht geimpfte oder genesene Arbeitnehmer gar nicht arbeiten lassen. Beim ohnehin schon herrschenden Fachkräftemangel in zahlreichen Branchen wäre es für viele Unternehmen ein schwerer Schlag, wenn plötzlich 20 oder 30 Prozent der Belegschaft nicht beschäftigt werden könnten, auch wenn sich der Arbeitgeber dafür die Lohnkosten erspart.

Ein den Test verweigernder Arbeitnehmer hat keinen durchsetzbaren Anspruch, im Homeoffice eingesetzt zu werden. Der Arbeitgeber muss dies daher auch nicht tun, um eine Kündigung zu vermeiden. Homeoffice setzt vielmehr nach § 2f AVRAG eine Vereinbarung voraus. Und einem Arbeitgeber ist nicht zumutbar, notorischen Testverweigerern hundertprozentiges Homeoffice anzubieten.

Wenn ein Arbeitnehmer die

Durchführung von Tests grundsätzlich und ernsthaft verweigert, kann er meines Erachtens wegen Dienstunfähigkeit (§ 27 Ziffer 2 AngG) entlassen werden. Dies ist dem Führerscheinentzug eines Berufskraftfahrers vergleichbar. Der Arbeitgeber muss nicht warten, ob der Arbeitnehmer seine Weigerung tatsächlich mehrere Wochen hindurch wiederholt. Anderes gilt natürlich, wenn der Arbeitnehmer einen Test einmal vergessen hat.

Und - man kann es nicht oft genug betonen - der Arbeitgeber ist abhängig von den örtlichen Gegebenheiten, etwa Großraumbüros, dem Anteil Ungeimpfter an der Belegschaft, der epidemiologischen Lage - sehr wohl berechtigt, zusätzlich zu 3G den Arbeitnehmern das Tragen von FFP2-Masken vorzuschreiben. Dass der jüngste Generalkollektivvertrag diese Kumulierung verbietet, ist ein unzulässiger und unwirksamer Eingriff in die gesetzlich zwingende Fürsorgepflicht des Arbeitgebers.

GEORG SCHIMA ist Partner bei Schima Mayer Starlinger Rechtsanwälte und Honorarprofessor für Unternehmensrecht und Arbeitsrecht an der WU Wien.

Der Standard 15.11.2021

Erscheinungsland: Österreich | Auflage: 50.376 | Reichweite: 549.000 (7,3) | Artikelumfang: 43.502 mm²

Seite: 12 2/3



Thema: Schima Mayer Starlinger Rechtsanwälte

Autor: Georg Schima

