

# TE OGH 2021/9/14 8ObA42/21s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.09.2021

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Kuras als Vorsitzenden, die Hofrätinnen Dr. Tarmann-Prentner und Mag. Wessely-Kristöfel als weitere Richter sowie die fachkundigen Laienrichter Mag. Harald Stelzer (aus dem Kreis der Arbeitgeber) und Werner Krachler (aus dem Kreis der Arbeitnehmer) in der Arbeitsrechtssache der klagenden Partei T\*, vertreten durch Beneder Rechtsanwalts GmbH in Wien, wider die beklagte Partei A\* GmbH, \*, vertreten durch Dr. Gerhard W. Huber, LL.M., Rechtsanwalt in Linz, wegen Kündigungsanfechtung (Streitwert 50.000 EUR), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Linz als Berufungsgericht in Arbeits- und Sozialrechtssachen vom 26. April 2021, GZ 11 Ra 23/21p-11, mit dem das Urteil des Landesgerichts Wels als Arbeits- und Sozialgericht vom 29. Jänner 2021, GZ 18 Cga 95/20s-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision der klagenden Partei wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei ist schuldig, der beklagten Partei binnen 14 Tagen die mit 2.234,70 EUR (darin 372,45 EUR USt) bestimmten Kosten des Revisionsverfahrens zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

[1] Der Kläger war seit 23. 2. 2009 bei der Beklagten als Diplomkrankenpflegeperson angestellt. Die Beklagte betreibt ein Alten- und Pflegeheim mit rund 120 Wohneinheiten, in dem der Kläger zuletzt in der Funktion eines Bereichsverantwortlichen-Stellvertreters tätig war. Mit Schreiben vom 26. 11. 2020 kündigte die Beklagte das Dienstverhältnis zum 28. 2. 2021 auf. Der Betriebsrat wurde von der Kündigung verständigt und hat der Kündigung zugestimmt. Der Grund für die Auflösung des Dienstverhältnisses war die Weigerung des Klägers, sich entgegen [gemeint: entsprechend] der Anweisung des Dienstgebers einmal wöchentlich – unabhängig von Krankheitssymptomen – auf Kosten des Dienstgebers einem Antigen-Test oder einer molekularbiologischen Testung auf SARS-CoV-2 zu unterziehen. Der Dienstgeber stützte seine Forderung in mehreren Gesprächen mit dem Kläger auf die Verpflichtung nach § 10 Abs 4 COVID-19-Notmaßnahmen-Verordnung, BGBl II 2020/479 (COVID-19-NotMV), und die schutzbedürftige Bewohnerschaft. Der Kläger verblieb jedoch bei seiner Weigerung. Nach einer Rechtsauskunft der „Plattform Respekt“ bestehe keine Testpflicht für gesunde Arbeitnehmer und sei er nicht verpflichtet, „im Sinne des Grundrechts auf Leben“ einen Eingriff in seine psychische und physische Integrität gegen seinen Willen zu dulden. Der Kläger hat sich zum Tragen einer FFP2-Maske während der Arbeit bereit erklärt. Ihm war bekannt, dass schon damals eine Betriebsvereinbarung bestand, wonach auf Kosten des Dienstgebers im Betrieb der Beklagten die wöchentlichen

Testungen, wie in der genannten Verordnung vorgesehen, durchgeführt werden. Der Kläger hat die Testungen nicht deshalb verweigert, weil hierbei ein Nasenabstrich genommen wird, sondern weil er die „Sinnhaftigkeit des Tests in Zweifel zog“.

[2] Der Kläger begehrte die Rechtsunwirksamerklärung der Kündigung nach § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG. Die Testung sei berechtigt verweigert worden. Es liege daher ein verpöntes Motiv vor.

[3] Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage. Die Beklagte habe sich an die Regelungen der COVID-19-NotMV zu halten, solange diese nicht vom Verfassungsgerichtshof aufgehoben seien. Der wöchentlich vorgeschriebene Test sei erforderlich und verhältnismäßig, um die Gesundheit und das Leben von Bewohnern (und Mitarbeitern) zu schützen. Zur Testung sei der Kläger insbesondere auch aufgrund der am 10. 11. 2020 geschlossenen Betriebsvereinbarung verpflichtet.

[4] Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Die Beklagte habe bei Einforderung der Tests auf Basis einer (aufrechten) rechtlichen Verpflichtung (Verordnung) gehandelt, deren Einhaltung Voraussetzung für die Ausübung der vom Kläger geschuldeten Pflegetätigkeit gewesen sei. Einem Arbeitgeber, der im Sinn der Einhaltung einer ihn treffenden rechtlichen Verpflichtung handle, sei kein rechtlich missbilligtes, verwerfliches Motiv zu unterstellen.

[5] Das Berufungsgericht gab der Berufung des Klägers nicht Folge. Der Zentralbetriebsrat der Beklagten habe in der Betriebsvereinbarung vom 10. 11. 2020 einer verpflichtenden wöchentlichen Testung der Mitarbeiter auf SARS-CoV-2 durch einen molekularbiologischen Test oder Antigentest zugestimmt. Schon aufgrund dieser auf § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG, allenfalls auf § 97 Abs 1 Z 8 ArbVG gegründeten Betriebsvereinbarung sei der Kläger zur Testung verpflichtet gewesen. Die Berufung stütze sich auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit des § 10 Abs 4 COVID-19-NotMV. Auch eine verfassungswidrige Verordnung gehöre aber bis zu deren Aufhebung durch den Verfassungsgerichtshof dem Rechtsbestand an. Demnach habe die Beklagte die angeführte Bestimmung beachten müssen und hätte sich bei Nichtbeachtung verwaltungsrechtlich und allenfalls sogar gerichtlich strafbar gemacht. Vor diesem Hintergrund habe der Verweis auf eine mögliche Verfassungswidrigkeit der Verordnung den Kläger jedenfalls nicht zur Testverweigerung berechtigt. Das Recht des Arbeitnehmers auf körperliche Unversehrtheit könnte zwar einen tauglichen Verweigerungsgrund darstellen, wenn die Testung für den Kläger nicht zumutbar wäre. Ohne besondere gesundheitliche Gründe, die der Kläger gar nicht behauptete, falle die grundrechtlich verankerte Pflicht zur umfassenden Interessenabwägung allerdings zweifellos zugunsten der Testpflicht aus. Hier gehe es nicht nur um den Schutz der Mitarbeiter am Arbeitsplatz, sondern auch um den Schutz der Heimbewohner als bekanntermaßen besonders vulnerable Bevölkerungsgruppe in einer Pandemiesituation. Die Sorge des Klägers, dass durch die Testungen das Personal ausgedünnt werde und Bewohner nicht mehr betreut werden könnten, liege nicht in seinem Verantwortungsbereich. Insgesamt folge daraus, dass sich der Kläger nicht in vertretbarer Weise auf einen zur Testverweigerung berechtigenden Grund gestützt habe.

[6] Die ordentliche Revision sei gemäß § 502 Abs 1 ZPO zulässig, weil der Berechtigung zur Verweigerung von Antigen- und molekularbiologischen Tests auf SARS-CoV-2 durch einen Dienstnehmer über den Einzelfall hinaus Bedeutung zukomme.

[7] Die dagegen gerichtete Revision des Klägers zielt auf eine Klagsstattgebung ab.

[8] Die Beklagte beantragt in ihrer Revisionsbeantwortung, die Revision zurückzuweisen, in eventu ihr keine Folge zu geben.

[9] Die Revision ist zulässig, sie ist jedoch nicht berechtigt.

### **Rechtliche Beurteilung**

[10] 1. Nach § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG kann die Kündigung beim Gericht angefochten werden, wenn sie wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch den Arbeitnehmer erfolgt ist. Nach der Rechtsprechung geht es bei diesem Kündigungsanfechtungsgrund darum, dass der Arbeitgeber nach Meinung des Arbeitnehmers bestehende Ansprüche nicht erfüllt, dass der Arbeitnehmer diese nicht erfüllten Ansprüche dem Arbeitgeber gegenüber geltend macht und dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen dieser Geltendmachung kündigt. Vom Schutzzweck sind nicht nur schon entstandene Ansprüche, sondern zusätzlich Ansprüche auf Wahrung der Rechtsposition aus dem bestehenden Arbeitsverhältnis gegen einseitige Eingriffe erfasst (RIS-Justiz RS0051666). Ziel dieser Bestimmung ist es, dem

Arbeitnehmer die Rechtsdurchsetzung im aufrechten Arbeitsverhältnis zu ermöglichen (RS0104686). Umfasst ist dabei nicht nur die Geltendmachung von Geldansprüchen, sondern auch anderer vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche (RS0104686 [T4]), Rechte und Rechtspositionen. In dem Sinn wird auch in der Literatur der Zweck der lit i darin gesehen, insoweit Vergeltungskündigungen zu vermeiden (9 ObA 64/18d; Wolligger in ZellKomm3 § 105 ArbVG Rz 126).

[11] Eine erfolgreiche Anfechtung setzt voraus, dass die Geltendmachung von Ansprüchen durch den Arbeitnehmer nicht offenbar unberechtigt ist (vgl 9 ObA 108/98t; Wolligger in ZellKomm3 § 105 ArbVG Rz 130). Der Motivkündigungsschutz soll nicht schon bei haltlosen Behauptungen greifen (Troost in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 105 Rz 227).

[12] 2.1 § 10 Abs 4 der am 17. 11. 2020 in Kraft getretenen COVID-19-NotMV idFBGBl II 2020/479 lautete wie folgt:

„Der Betreiber von Alten- und Pflegeheimen darf Mitarbeiter nur einlassen, wenn diese durchgehend eine den Mund- und Nasenbereich abdeckende und eng anliegende mechanische Schutzvorrichtung tragen. Der Betreiber von Alten- und Pflegeheimen darf Mitarbeiter ferner nur einlassen, wenn für diese einmal pro Woche ein Antigen-Test auf SARS-CoV-2 oder ein molekularbiologischer Test auf SARS-CoV-2 durchgeführt wird und dessen Ergebnis negativ ist. Im Fall eines positiven Testergebnisses kann das Einlassen abweichend davon dennoch erfolgen, wenn

1. jedenfalls mindestens 48 Stunden Symptomfreiheit nach abgelaufener Infektion vorliegt und

2. auf Grund der medizinischen Laborbefunde, insbesondere aufgrund des CT-Werts >30, davon ausgegangen werden kann, dass keine Ansteckungsgefahr mehr besteht.

Stehen Tests nicht in ausreichender Zahl zur Verfügung, sind vorrangig Mitarbeiter mit Bewohnerkontakt zu testen!

[13] 2.2 Der für die Beurteilung des verwerflichen Motivs entscheidende Zeitpunkt ist jener des Ausspruchs der Kündigung (Troost in Strasser/Jabornegg/Resch, ArbVG § 105 Rz 190).

[14] Zum hier maßgeblichen 26. 11. 2020 gehörte § 10 Abs 4 COVID-19-NotMV dem Rechtsbestand an, was auch vom Kläger nicht bezweifelt wird. Wie bereits die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, gehen die vom Kläger (bloß unsubstantiiert) geäußerten Bedenken an der Verfassungsgemäßheit dieser VO ins Leere, weil auch verfassungswidrige VO bis zu deren Aufhebung durch den VfGH anzuwenden sind (vgl Muzak, B-VG6 Art 139 Rz 22). Hinzu kommt, dass sich die hier maßgebliche Verpflichtung wohl auch aus der Verantwortung des Heimbetreibers für die Gesundheit der Heimbewohner rechtfertigen lässt.

[15] 3.1 Die Beklagte als unmittelbare Adressatin der VO war zum Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung daher verpflichtet, dem Kläger ohne Vorliegen eines negativen Testergebnisses (bzw einer der in der VO statuierten Ausnahmen) das Betreten der Betriebsstätte zu verwehren, ohne dass es ihr frei stand, sich mit der Bereitschaft des Klägers zum Tragen einer FFP2-Maske oder seiner Beteuerung, gesund zu sein, zu begnügen.

[16] 3.2 Umgekehrt ergab sich (schon) aus dieser VO eine zumindest mittelbare Verpflichtung des Klägers, sich den von der Beklagten angeordneten (für ihn kostenfreien) Tests zu unterziehen, damit die Beklagte ihn weiter im Alten- und Pflegeheim beschäftigen und er seinem Arbeitsvertrag nachkommen konnte.

[17] Zu diesem Ergebnis gelangt, soweit ersichtlich, einhellig auch die Lehre und Literatur, die sich mit den Auswirkungen der VO auf das Arbeitsrecht befasst:

[18] Nach Drs/Schwab (COVID-19-Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz – Datenschutz, Dako 2021/30 [59]) seien, soweit die VO bestimmte Schutzmaßnahmen vorgibt, Arbeitgeber und Arbeitnehmer daran gebunden. Da der Arbeitnehmer aufgrund des Arbeitsvertrags verpflichtet sei, alles Notwendige und Zumutbare zu unternehmen, damit er seiner Arbeit nachgehen könne, müsse er die in der VO normierten Auflagen erfüllen und dürfe den Test nicht verweigern, soweit in der VO keine Alternative (zB Maske statt Test) vorgesehen sei.

[19] Auch Gerhartl (COVID-19-Tests im Arbeitsverhältnis, eolex 2021/53 [59]) ist im Hinblick darauf, dass der Arbeitgeber nur Mitarbeiter zur Arbeit einlassen darf, die ein negatives Testergebnis aufweisen, der Ansicht, der Arbeitnehmer müsse sich dem Test unterziehen, da sonst kein negatives Testergebnis ermittelt werden könne.

[20] Grimm/Wolf (Verpflichtende Tests und Impfungen in der COVID-19-Pandemie aus arbeitsrechtlicher Sicht, JMG 2021, 8 [13]) gehen ebenso wie Plucinska/Zankel (Rechtliche Rahmenbedingungen für Testungen und Impfungen

im Zusammenhang mit SARS-CoV-2 im Arbeitsverhältnis, AsoK 2021, 82 [82 f]) von einer Testpflicht der von der VO umfassten Berufsgruppen aus. Letztere beurteilen die Verweigerung der SARS-CoV-2-Testung diesfalls explizit als rechtswidrig bzw als tauglichen Entlassungsgrund.

[21] Mazal (Zum Infektions- und Immunstatus im Arbeitsverhältnis – unter Berücksichtigung von COVID-19, ZAS 2021/14 [74]) spricht von indirekten Verhaltenspflichten des Arbeitnehmers und bejaht derzeit die Zulässigkeit der Erhebung der Immunstatuts durch den Arbeitgeber.

[22] Auch Ganner/Pixner/Pfeil (COVID-19 in der Pflege: ein Überblick, ÖZPR 2021, 20 [23]) halten die Arbeitnehmer grundsätzlich für verpflichtet, sich den in der COVID-19-NotMV (dort zunächst nur dem Arbeitgeber) vorgeschriebenen Tests zu unterziehen. Weigerungen ohne triftigen Grund könnten unter Umständen sogar eine Entlassung rechtfertigen.

[23] 3.3 Einen Anspruch aus dem Arbeitsverhältnis darauf, sich entgegen dieser – in der arbeitsrechtlichen Treuepflicht wurzelnden – Mitwirkungspflicht doch nicht testen lassen zu müssen, der einen Motivkündigungsschutz nach § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG begründen könnte, bringt der Kläger nicht zur Darstellung, zumal er schon die Rechtsgrundlage für einen derartigen Anspruch im Dunklen lässt:

[24] Einen (unverhältnismäßigen) Eingriff in Persönlichkeitsrechte durch die regelmäßigen Testungen auf SARS-CoV-2 führt der Kläger nicht konkret ins Treffen, schon gar nicht mit seinem Hinweis auf eine – wie er meint – drohende Impfpflicht, die hier nicht zur Diskussion steht. Er beruft sich vielmehr bloß ganz allgemein auf den „Schutz der Grund- und Freiheitsrechte“. Dementsprechend setzt er auch der Beurteilung des Berufungsgerichts, dass eine bei einem Grundrechtseingriff gebotene Interessenabwägung (vgl RS0116695) wegen der Schutzbedürftigkeit der in einer Pandemie besonders vulnerablen Heimbewohner jedenfalls zugunsten der Testpflicht ausfiele, nichts weiter entgegen. Nach den Feststellungen lehnte der Kläger die Tests zudem nicht (wie anfänglich behauptet) wegen des damit verbundenen Eingriffs in seine psychische und physische Integrität ab, sondern weil er deren Sinnhaftigkeit in Zweifel zog. Seinen Überlegungen, das Testen asymptomatischer Personen sei nicht zielführend und es könnte durch falsch positive Tests zu einer Ausdünnung des Personalstands kommen, haben bereits die Vorinstanzen zutreffend erwidert, dass es nicht an ihm als Arbeitnehmer liegt, die Sinnhaftigkeit der Schutzmaßnahmen in Frage zu stellen, zu deren Umsetzung die Beklagte als Betreiberin eines Alten- und Pflegeheims nach der geltenden Rechtsordnung verpflichtet ist.

[25] Die (beharrliche) Weigerung des Klägers, sich auf Kosten der Beklagten den von ihr im Sinn des § 10 Abs 4 COVID-19-NotMV angeordneten regelmäßigen Tests zu unterziehen, war daher offenbar unbegründet. In der daraufhin durch die Beklagte ausgesprochenen Kündigung ist eine verpönte Retorsionsmaßnahme nicht zu erblicken.

[26] 4. Dem Umstand, dass auch die am 10. 11. 2020 in Kraft getretene Betriebsvereinbarung zwischen dem Zentralbetriebsrat der Beklagten und der Beklagten eine verpflichtende zumindest wöchentliche Testung aller Mitarbeiter auf SARS-CoV-2 entweder durch einen molekularbiologischen Test oder durch Antigentest vorsieht, kommt bei diesem Sachverhalt keine entscheidende Bedeutung mehr zu. Die Ausführungen des Revisionswerbers zu dieser Betriebsvereinbarung können daher auf sich beruhen.

[27] 5. Da die Revision des Klägers nicht berechtigt ist, ist ihr ein Erfolg zu versagen.

[28] 6. Die Kostenentscheidung beruht auf § 58 Abs 1 erster Satz ASGG iVm §§ 41, 50 ZPO.

#### **Textnummer**

E132703

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2021:E132703

#### **Im RIS seit**

28.09.2021

#### **Zuletzt aktualisiert am**

15.02.2022

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)