

- 1. Maßnahmen zum Schutz der Risikogruppen – Neuregelung des § 735 ASVG**
 - a) Inhalt in Kurzform
 - b) Maßnahmen, die mit größtmöglicher Sicherheit eine COVID-19-Infektion ausschließen – Entscheidungsfindung
 - c) Umgang mit Gesundheitsdaten
 - d) Risikogruppen und die Regelung des § 735 ASVG im Kontext zum ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG)
- 2. Bestandschutz (Kündigungs- und Entlassungsschutz) für Arbeitnehmer/-innen aus der Risikogruppe**

1. Maßnahmen zum Schutz Risikogruppen – Neuregelung mit Inkrafttreten voraussichtlich am 8.5.2020

Bei der Nationalratssitzung am 22.4.2020 haben die Regierungsparteien nach vorheriger Absprache mit den Sozialpartner/-innen einen Initiativantrag zur Neuregelung des § 735 ASVG zum Thema „Schutz der besonders gefährdeten Arbeitnehmer/-innen – Risikogruppe“ eingebracht. Am 23.4.2020 wurde dieser Gesetzesentwurf im zuständigen Ausschuss behandelt, mit 28.4.2020 wurde der dahingehende Beschluss im Nationalrat gefasst. Offen sind noch die Behandlung und Beschlussfassung im Bundesrat (7.5.2020) und die entsprechende Kundmachung des Gesetzes voraussichtlich bzw. frühestens am 8.5.2020.

Daher ACHTUNG: auch sämtlich Rechtswirkungen gelten nach Inkrafttreten dieser Gesetzesänderung bzw. nach der Kundmachung der Verordnung „Definition Risikogruppe“ voraussichtlich frühestens ab 8.5.2020.

a) Folgender Inhalt in Kurzform

NEU: Die Benachteiligung von Arbeitnehmer/-innen (AN), die in der systemkritischen Infrastruktur arbeiten, wird beseitigt: Sie werden nun auch in puncto Dienstfreistellung erfasst; die Rückerstattung der Kosten an die Arbeitgeber/-innen (AG) durch die Krankenkassen wird also auch in diesen Fällen möglich sein. Das stellt einen wichtigen Erfolg von AK und ÖGB dar!

Eine ExpertInnengruppe hat auf Basis wissenschaftlicher Belege eine Abgrenzung der Risikogruppe, die bei einer Infektion besonders gefährdet ist, ausgearbeitet. Umfasst sind AN und

Lehrlinge mit schweren Erkrankungen, die Medikation kann ein weiterer Faktor sein (**z. B. schwere Lungenerkrankungen, schwere Diabetes, Dauermedikation mit Immunsuppressiva, laufende Chemotherapie bei Krebserkrankung**).

Dazu ein Link auf die Empfehlung des BMSGPK zur Erstellung einer individuellen COVID-19 Risikoanalyse bezüglich eines schweren Krankheitsverlaufs:

https://www.aekwien.at/documents/263869/411179/200416_BMSGPK_Empfehlung_Erstellung_COVID-19+Risikoanalyse.pdf

Die Abgrenzung wird in eine Verordnung des BMSGPK im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Arbeit, Familie und Jugend gegossen werden. Der Dachverband der Sozialversicherungsträger wird dann auf Grundlage dieser Abgrenzung rund 90.000 unselbstständig Erwerbstätigen ein Informationsschreiben schicken. Die Betroffenen können sich dann an die behandelnden Ärztinnen und Ärzte wenden, müssen aber nicht. Die Ärztinnen und Ärzte nehmen dann an Hand weiterer Kriterien, für die es eine Checkliste geben wird, eine individuelle Risikobewertung vor - und stellen gegebenenfalls das COVID-19-Risiko-Attest zur Vorlage an die AG aus. Das Attest wird keine Diagnose beinhalten, sondern nur die Zugehörigkeit zur Risikogruppe ausweisen.

NEU: Die Liste der Erkrankungen samt evtl. Medikation, die mit der Verordnung festgelegt werden wird, wird nicht abschließend sein. Das Gesetz sieht einen Auffangtatbestand für weitere Personen vor. Das betrifft all jene, die nicht von der Liste erfasst sind und/oder kein Informationsschreiben vom Dachverband erhalten, aber bei denen ein vergleichbar hohes Risiko eines schweren Verlaufs bei einer COVID-19-Infektion bestehen könnte. **Sie können sich auch ohne Informationsschreiben an die behandelnden ÄrztInnen wenden.** Die Ärztinnen und Ärzte können nun allein auf Basis der individuellen Risikobeurteilung gegebenenfalls ein COVID-19-Attest ausstellen. Damit wurde eine wichtige Forderung von AK und ÖGB erfüllt!

Was passiert nach Vorlage des Attests beim AG? Wie schon zuletzt vorgesehen, ist zunächst zu prüfen ob Homeoffice möglich ist oder die „Bedingungen für die Erbringung ihrer Arbeitsleistung in der Arbeitsstätte durch geeignete Maßnahmen so gestaltet werden können, dass eine Ansteckung mit COVID-19 mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist; dabei sind auch Maßnahmen für den Arbeitsweg mit einzubeziehen.“ Wenn weder Homeoffice noch Weiterbeschäftigung unter größtmöglicher Sicherheit möglich sind, haben die AN Anspruch auf Dienstfreistellung und Entgeltfortzahlung.

Für die Dienstfreistellung auf Grund eines COVID-19-Attests können die AG eine Erstattung der Kostenerstattung von der Krankenversicherung erhalten. Das wird allerdings nicht rückwirkend für den Zeitraum vor 4.5.2020 möglich sein.

Die Dienstfreistellung auf Basis des § 735 ASVG ist vorerst bis 31.5.2020 möglich. Dieser Zeitraum kann aber durch Verordnung des BMSGPK im Einvernehmen mit dem BMAFJ bis 31.12.2020 verlängert werden.

Eine Kündigung, die auf Grund der Inanspruchnahme der Dienstfreistellung ausgesprochen wird, kann vor Gericht angefochten werden. Und zwar wegen eines verpönten Motivs gemäß § 105 Abs 3 Z 1 Lit i ArbVG. Das muss meines Erachtens genauso für die Fälle der Geltendmachung von Homeoffice oder der Weiterarbeit nur unter den besonderen Schutzmaßnahmen gelten.

AN, die mit Angehörigen der Risikogruppe im Haushalt leben, sind leider nicht vom § 735 ASVG erfasst. Das Sozialministerium hat angekündigt, dass es als Hilfestellung Verhaltensregeln für das Zusammenleben im Haushalt ausarbeiten wird.

Der weitere Fahrplan: Die Gesetzwerdung des Entwurfs bleibt abzuwarten. Das Gesetzespaket sollte nächsten Mittwoch beschlossen werden und nach dem weiteren Prozedere mit 4.5.2020 in Kraft treten. Erst danach kann die Verordnung zur Abgrenzung der Risikogruppe kundgemacht werden und der Dachverband mit dem Versand der Informationsschreibens starten. In der Zwischenzeit muss man in der Praxis jenen AN der Risikogruppe, die derzeit arbeitsunfähig geschrieben sind („Krankenstand“) mitteilen, dass dies beizubehalten ist, natürlich nur wenn die Voraussetzung dazu gegeben sind. Das ist mit den behandelnden ÄrztInnen zu klären.

b) Maßnahmen, die mit größtmöglicher Sicherheit eine COVID-19-Infektion ausschließen – Entscheidungsfindung

Der Arbeitgeber soll gemäß § 735 Abs. 3 Z 2 ASVG Maßnahmen setzen, die eine Ansteckung mit größtmöglicher Sicherheit ausschließen, falls Home-Office nicht möglich ist. Der Gesetzgeber verabsäumt jedoch zu präzisieren, ab wann die „größtmögliche Sicherheit“ erreicht ist und wer dies überprüft. Die folgenden Punkte sollen Orientierung bieten, welche Aspekte jedenfalls erfüllt sein sollten:

- Arbeitgeber müssen bei Fragen zur konkreten Gestaltung der Arbeitsbedingungen Arbeitsmediziner/-innen und Sicherheitsfachkräfte beiziehen und deren Expertise berücksichtigen.
- Der direkte Kontakt für Personen, die der Risikogruppe angehören, mit Kunden/-innen, Patienten/-innen oder Klienten/-innen ist gänzlich auszuschließen. Auch der direkte Kontakt mit Kollegen/-innen ist auszuschließen. So ist etwa die Tätigkeit in einem Einzelbüro weiter vorstellbar.

- Für kurzes, unvermeidbares Aufeinandertreffen mit Kollegen/-innen in allgemein benützten Teilen der Arbeitsstätte (Eingangsbereich, Gang,...) müssen technischen und organisatorische Schutzmaßnahmen (Einhaltung des Abstandes, bauliche Abtrennungen,...) gewährleistet sein. Aufgrund der besonderen Risikosituation sollte der Mindestabstand auf mindestens zwei Meter bemessen werden.
- Zusätzlich müssen Überlegungen zum Sicherheitsabstand auf Toiletten, in Pausenbereichen, in Liften usw. angestellt werden. Ist die Einhaltung des Abstandes absolut nicht möglich, ist das kurzfristige Tragen von Masken eine Option. Hier sind für Risikopersonen Atemschutzmasken, mindestens ab der Klasse FFP2 – besser jedoch FFP3 - vorzusehen. Ein normaler Mund-Nasen-Schutz wäre nicht ausreichend bzw. hätte nur dann Sinn, wenn alle Personen in der Umgebung in tragen. Für Risikopersonen mit Atemproblemen kann das Tragen eines Atemschutzes eine schwere Belastung sein. Details zur Auswahl und Verwendung der Schutzausrüstung sind mit den Präventivfachkräften abzuklären.
- Die Möglichkeit zur regelmäßigen Handhygiene muss für die Betroffenen umfassend geben sein. Weiters muss für gründliche und regelmäßige Reinigungs- und Hygienemaßnahmen im Betrieb, insbesondere in jenen Bereichen, in denen sich Risikopersonen bewegen, gesorgt werden.
- Personen die der Risikogruppe angehören, sollten stets ihre eigenen Arbeitsmittel zur Verwendung haben. Müssen Arbeitsmittel auch von anderen Personen verwendet werden, ist vor der Weitergabe für ausreichende Reinigung und Desinfektion zu sorgen.
- Auch wenn sich dies dem unmittelbaren Einfluss des Arbeitgebers entzieht, ist die An- und Abreise zum/vom Arbeitsplatz in die Risikobetrachtung miteinzubeziehen. Ist eine Person, die der Risikogruppe angehört, ausschließlich auf die Nutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln angewiesen, ist sie dort einem erheblichen Risiko ausgesetzt. Die Nutzung von privaten PKWs kann vom Arbeitgeber beispielsweise durch Zurverfügungstellung eines kostenlosen Parkplatzes begünstigt werden. Ist dies nicht möglich, muss der Arbeitgeber eine Dienstfreistellung in Betracht ziehen.
- Offen ist, wer letztlich darüber entscheidet, ob die gesetzten Maßnahmen die größtmögliche Sicherheit gewährleisten. Gesundheitsminister Anschöber sprach im Rahmen einer Pressekonferenz von einem „notwendigen Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer“. Der Betriebsrat spielt vor diesem Hintergrund eine entscheidende Rolle. Dieser kann wiederum auf die Unterstützung von Gewerkschaft und Arbeiterkammer

zurückgreifen. In manchen Fällen kann auch die Beiziehung der Arbeitsinspektion nützlich sein, sofern eine arbeitnehmerschutzrechtliche Grundlage vorhanden ist.

Nochmals Folgendes zusammengefasst:

- **Der Ausschluss einer Infektion mit größtmöglicher Sicherheit, wie im § 735 ASVG gefordert, bedingt aus Sicht der Arbeiterkammer eine sehr restriktive Auslegung.**
- **Die Maßnahmensetzung ist unter Beiziehung der Präventivfachkräfte, des Betriebsrates und der/des betroffenen Mitarbeiters/-in festzulegen.**
- **Bei Uneinigkeit kann auf die Expertise von Gewerkschaft oder Arbeiterkammer zurückgegriffen werden.**
- **Gibt es für strittige Punkte eine arbeitnehmerschutzrechtliche Grundlage, kann auch die Beiziehung der Arbeitsinspektion angezeigt sein.**

c) Umgang mit Gesundheitsdaten

Wie oben bereits angeführt: das Attest selbst wird keine Diagnose beinhalten, sondern nur die Zugehörigkeit zur Risikogruppe ausweisen. Mit Vorlage des Attests legt man jedoch klarerweise und selbstredend dem Arbeitgeber offen, dass man offenbar an einer dementsprechend schweren Krankheit bzw. Vorerkrankung leidet. Was ist zu beachten:

Der Schutz der Gesundheitsdaten ist ein hohes Gut – die betroffenen AN haben, bestmöglich unterstützt durch die Betriebsrätin bzw. den Betriebsrat die tatsächlichen Diagnosen keinesfalls offenzulegen.

d) Risikogruppen und die Regelung des § 735 ASVG im Kontext zum ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG)

Die Ankündigung der Regierung bzgl. einer Regelung zum Schutz der Risikogruppen am Arbeitsplatz und die zahlreichen, damit verbundenen, offenen Fragen, haben für viel Verwirrung gesorgt. Dabei wurde weitgehend vergessen, dass auch aufgrund des bestehenden Arbeitnehmerschutzrechts Maßnahmen zu setzen sind. Die Regelungen des ASVG regeln den sozialversicherungsrechtlichen Umgang im Falle einer Dienstfreistellung bei gewissen Voraussetzungen; es geht letztlich um den Zugang zu einem finanziellen Ausgleich. Arbeitnehmerschutzrechtlich steht ausschließlich die Gesundheit der Beschäftigten im Fokus.

Wer zur Risikogruppe gehört, wird aktuell von einem Expertengremium festgelegt. Es ist jedoch zwischen jenen Risikogruppen, für welche der § 735 ASVG gelten soll, und Risikogruppen aus medizinischer Sicht zu unterscheiden. Sollte eine Person mit Vorerkrankungen die Kriterien des

Expertengremiums nicht erfüllen, kann dennoch ein gesteigertes Risiko aus medizinischer Sicht vorliegen.

Der Arbeitgeber hat aufgrund des § 1157 ABGB, sowie aufgrund des § 3 ASchG eine umfassende Fürsorgepflicht, was Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten anbelangt. Diese Pflicht gilt natürlich auch in Zeiten einer Pandemie. Somit ist der Arbeitgeber verpflichtet, sämtliche Maßnahmen zum Schutz vor Ansteckung zu ergreifen.

Gemäß § 6 ASchG hat der Arbeitgeber hier Angehörige zur Risikogruppe besonders zu berücksichtigen. Zunächst müssen bei der Übertragung von Aufgaben die Eignung der Arbeitnehmer/-innen in Bezug auf ihre Konstitution, ihr Alter usw. beachtet werden. Absatz 3 führt zudem aus: „Arbeitnehmer, von denen dem Arbeitgeber bekannt ist, dass sie auf Grund ihrer gesundheitlichen Verfassung bei bestimmten Arbeiten besonderen Gefahren ausgesetzt sind, dürfen mit Arbeiten dieser Art nicht beschäftigt werden.“ Daraus folgt, dass Beschäftigte, die der Risikogruppe angehören, subsidiär – wenn Home-Office nicht möglich ist und der Kontakt mit dem Virus nicht zuverlässig durch Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz ausgeschlossen werden kann - unter Entgeltfortzahlung vom Dienst freizustellen sind.

Erhält der Arbeitgeber also Kenntnis von gesundheitlichen Einschränkungen, muss er diese bei der Gestaltung der Arbeit und der Maßnahmensetzung gegen die Ansteckungsgefahr berücksichtigen. Um den Arbeitgeber zu informieren, muss der Betroffene nicht die zugrundeliegende Diagnose bekannt geben. Letztlich genügt das Wissen über eine besondere Gefährdung bei bestimmten Tätigkeiten bzw. unter bestimmten Rahmenbedingungen. Arbeitsmedizinern/-innen kann hier eine sehr wichtige Rolle zukommen. Sie unterliegen der ärztlichen Schweigepflicht, können Diagnosen und Atteste interpretieren und kennen die Gegebenheiten im Betrieb.

Diese Vorgehensweise ist keineswegs neu und nicht erst seit der Corona-Pandemie anzuwenden. Tatsächlich ist sie seit langem geltendes Recht. Die Regelungen des § 735 sind geeignet, finanzielle Belastungen einer etwaigen Dienstfreistellung abzufedern. Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten müssen jedoch davon unabhängig geschehen und dürfen sich nicht nur auf die von der Expertengruppe festgelegten Risikopersonen beschränken.

Mit der Arbeitsplatzevaluierung ist außerdem eine der wesentlichen Instrumente des Arbeitnehmerschutzes nicht außer Acht zu lassen. Der § 4 ASchG verpflichtet den Arbeitgeber, sämtliche Gefahren für Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz zum Erheben, zu Beurteilen und schließlich Maßnahmen dagegen zu setzen. Der Umgang mit dem Ansteckungsrisiko im betrieblichen Umfeld fällt in den Verantwortungsbereich des Arbeitgebers. Somit ist dieser Aspekt in der Arbeitsplatzevaluierung zu berücksichtigen.

Bei der Evaluierung sind die Grundsätze der Gefahrenverhütung zu beachten (§ 7 ASchG). Demnach hat die Vermeidung von Risiken Priorität und die beste Risikovermeidung ist aktuell die Arbeit von zu Hause aus (Home-Office). Wo dies nicht möglich ist, müssen Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz getroffen werden. Hierbei ist dem kollektive dem individuellen Gefahrenschutz zu bevorzugen (§ 7 Z 8 ASchG). Daraus ergibt sich das sogenannte STOP-Prinzip:

S wie Substitution (Ausschalten bzw. Vermeiden des Risikos),
T wie technische Maßnahme (z.B. Plexiglasabtrennungen),
O wie organisatorische Maßnahme (Gewährleistung des Abstandes) und
P wie persönliche Maßnahmen (z.B. Schutzmasken).

Ob COVID-19-Viren als biologischer Arbeitsstoff einzustufen sind ist strittig. Im Gesundheitsbereich und gilt dies jedoch in jedem Fall; teilweise auch im Sozialbereich. Somit greift in hier der § 43 Abs. 2 ASchG, wonach die Anzahl der Beschäftigten, die einem gefährlichen Arbeitsstoff ausgesetzt sind, auf das unbedingt erforderliche Ausmaß zu beschränken ist. Aktuell sind COVID-19-Viren in die Risikogruppe 3 eingestuft (§ 40 Abs. 5 Z 3 ASchG). Die entsprechenden Vorgaben aus der Verordnung biologische Arbeitsstoffe (VbA) sind im Gesundheits- und Sozialbereich jedenfalls zu beachten. In anderen Bereichen kann die Verordnung fallweise zumindest Orientierung bieten.

2. Bestandschutz (Kündigungs- und Entlassungsschutz) für Arbeitnehmer/-innen, die der Risikogruppe angehören

Grundsätzlich haben Arbeitnehmer/-innen haben einen individualrechtlichen Erfüllungsanspruch hinsichtlich der oben angeführten Pflichten des Arbeitgebers nach dem ASchG. Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis, weil sich eine bzw. ein Arbeitnehmer/-in auf die Erfüllung der Gesundheitsschutz-Pflichten beruft (Homeoffice, Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz, subsidiär Dienstfreistellung), ist eine Anfechtung nach § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG (verpöntes Motiv - wegen der offenbar nicht unberechtigten Geltendmachung vom Arbeitgeber in Frage gestellter Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis durch die bzw. den Arbeitnehmer/-in) möglich. Von diesem Tatbestand erfasst ist nämlich auch die Geltendmachung von Ansprüchen, die aus der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers erwachsen – wie etwa die Umsetzung von Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz.

Eine Anfechtung nach § 8 Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetz (AVRAG) kommt nur in sehr eingeschränktem Rahmen in Betracht: „Arbeitnehmer/-innen, die bei ernster und unmittelbarer

Gefahr für Leben und Gesundheit den Gefahrenbereich verlassen“, können eine deshalb ausgesprochene Kündigung anfechten.

Es muss sich um eine gegenwärtige Gefahr handeln. Dies kommt etwa in Frage, wenn eine bzw. ein Beschäftigter, der zur Hochrisikogruppe gehört, in einer Gesundheitseinrichtung in der Station mit COVID-19-PatientInnen eingesetzt werden soll und das verweigert.

Dazu kommen weitere Voraussetzungen, die nur im Einzelfall entschieden werden können.

Beachtlich kann etwa sein, inwiefern der Arbeitgeber sich von Fachleuten wie den Präventivfachkräften (Arbeitsmedizin, Sicherheitsfachkraft) beraten hat lassen und dementsprechend schon Schutzmaßnahmen getroffen hat.

Bei Arbeitnehmer/-innen, die der COVID-19-Risikogruppe angehören, wird die ernste Gefahr jedenfalls leicht zu bejahen sein. Dennoch müssen die Umstände des konkreten Falles beurteilt werden.

Dringend anzuraten ist – bei entsprechend schweren (Vor-)Erkrankungen, dass beim zuständigen Sozialministeriumservice (ehemals Bundessozialamt) ein Antrag auf Feststellung der Zugehörigkeit zum Kreis der begünstigten Behinderten umgehend eingebracht wird – siehe dazu https://sozialministeriumservice.at/Downloads/03_feststellungs_antrag_beguenstigte_behinderte_07_2018.pdf

Bei Vorliegen eines dahingehenden Bescheides vom Sozialministeriumservice mit einer Minderung der Erwerbsfähigkeit von zumindest 50% besteht ein besonderer Kündigungsschutz.