



**FORSTHUBER
& PARTNER**

RECHTSANWÄLTE

Wiener Straße 80
A-2500 Baden bei Wien
kanzlei@forsthuber.at
+43 2252 86 3 66, Fax DW 2

RECHTSANWÄLTE

Dr. Gottfried Forsthuber
Mag. Gottfried Forsthuber

RECHTSANWALTS-
ANWÄRTER

Mag. Philipp Schada

AKTUELLE
RECHTSNEWS

Jede Woche neu auf
FragDenAnwalt.at
& forsthuber.at

UNSER ANGEBOT

Unternehmensrecht & -gründungen
Gesellschaftsrecht
Arbeitsrecht
Gewährleistung, Schadenersatz &
Zivilrecht allgemein
Strafrecht
Immobilien-, Miet- & Wohnrecht
Hausverwaltungen
Kaufverträge & Treuhandschaften
 Eintreiben von Forderungen
Verwaltungsrecht
Verfassungsrecht
Familienrecht & Erbrecht
Testamente
Sport- & Vereinsrecht
Insolvenzrecht

UNTERSTÜTZUNG

bei Causen mit Bezug
zu Spanien oder Ungarn

3G am Arbeitsplatz – mittelbare Drittwirkung von Grundrechten

Stand: 03.11.2021

Nachfolgende Ausführungen sind Teil eines Schriftsatzes.

FIAT LUX*

Die Verwendung dieses Dokumentes bei Gesprächen zB mit dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer, der Behörde oder in Gerichtsverfahren, ist ausdrücklich unter vollständiger Vorlage gestattet.
Um Hinweis bei Verwendung wird gebeten.

*„Fiat lux“ ist lateinisch und bedeutet „es werde Licht“.

A. „3G“ AM ARBEITSPLATZ; ÜBERBLICK	3
B. WIRKUNGSWEISE DER GRUNDRECHTE ZWISCHEN PRIVATEN; DRITTWIRKUNG	7
C. PRIVATAUTONOMIE UND GRUNDRECHTE	10
I. § 879; Auslegung der Sittenwidrigkeit	11
II. Privatrechtliche Sanktionsmittel	15
III. Verschuldensunabhängiger Unterlassungsanspruch	16
IV. Rolle des GIBG	17
D. ZWISCHENERGEBNIS	17
E. VERLETZTE GRUNDRECHTE	19
I. Fiskalgeltung der Grundrechte	19
II. Zu § 16 ABGB	20
III. Die verletzten, besonderen, Persönlichkeitsrechte im Einzelnen	22
1. Achtung der Menschenwürde, Grundrecht auf Leben (Art. 85 B-VG, Art. 2 EMRK, 6. ZPMRK), Gewährleistung der Menschenwürde (§ 16 ABGB)	24
2. Recht auf Freiheit	26
3. Recht auf Wahrung der Geheimsphäre	26
4. Recht auf Privat- und Familienleben (§ 8 EMRK)	26
5. Die Eigentumsgarantie (Art 5 StGG)	28
6. Die Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG)	29
7. Der Gleichheitssatz (Art 7 B-VG; Art 2 StGG)	29
F. ZUSAMMENFASSUNG	31

A. „3G“ am Arbeitsplatz; Überblick

Der Arbeitgeber hat gar nicht die Berechtigung 3G-Nachweise zu überprüfen. Grundrechte gelten auch im Arbeitsrecht.

Gemäß **§ 9 Abs.1 3. Covid-19-Maßnahmenverordnung, BGBl II Nr. 441/2021** dürfen Arbeitnehmer, Inhaber und Betreiber Arbeitsorte, an denen physische Kontakte zu anderen Personen nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten, wenn sie über einen 3G Nachweis verfügen. Der Nachweis ist für die Dauer des Aufenthalts bereitzuhalten. Der Inhaber einer Betriebsstätte ist zur Ermittlung personenbezogener Daten (1. Name 2. Geburtsdatum 3. Gültigkeit bzw. Gültigkeitsdauer des Nachweises 4. Barcode bzw. QR-Code) der betroffenen Person **ermächtigt**. Eine Vervielfältigung, Aufbewahrung der Nachweise und Daten sowie eine Verarbeitung ist grundsätzlich unzulässig (§1 Abs.5 leg.cit.).

Ermächtigen heißt, dass der Rechtsträger jemand anderen die Befugnis erteilt hat, auf eigene Rechnung zu handeln (also auf eigene Gefahr – dies ist im Haftungsfall von Bedeutung). Eine Ermächtigung bedeutet auch eine „Vollmacht“, die ohne gesonderten Auftrag nicht zum Handeln verpflichtet.

Dazu ein plakatives Beispiel aus einem anderen Bereich:

Der „Staat“ erlaubt Ihnen mit Führerschein ein Auto zu lenken.

Damit Sie aber ein bestimmtes Auto verwenden dürfen, brauchen Sie einen Vertrag (Kaufvertrag, Leasingvertrag, Mietvertrag, Leihe, etc...).

Kurz: Nur wer ein Auto hat, kann auch damit fahren. Das ist unabhängig davon, ob Sie einen Führerschein haben.

Eine Ermächtigung ist im Allgemeinen eine Erlaubnis, durch die ein Dritter ein ihm sonst nicht zustehendes Recht oder eine Rechtsposition selbst im eigenen Namen ausüben darf. Ermächtigungen kommen sowohl im Zivilrecht als auch im Öffentlichen Recht vor.

Im Verhältnis zwischen „Staat“ und Unternehmer, Betriebsinhaber, Arbeitgeber gilt öffentliches Recht. Der Betriebsinhaber/Arbeitgeber et al. wird (nur) zu einem Handeln ermächtigt, kann (privatrechtlich) dazu aber nicht berechtigt, und rechtlich schon gar nicht zu einem Handeln verpflichtet werden. Der Betriebsinhaber/Arbeitgeber wird nicht als „Organ“ der Vollziehung tätig, dazu fehlt jeglicher Anhaltspunkt in der Verordnung oder im Gesetz. Würde er es, so würde die Republik Österreich nach dem Amtshaftungsgesetz für ihn die Haftung übernommen haben, wofür auch keine Anhaltspunkte bestehen.

Im Verhältnis zwischen Betriebsinhaber/Arbeitgeber und Arbeitnehmer gilt das nach Privatrecht zu beurteilende Arbeitsverhältnis, also grundsätzlich das ABGB und der Arbeitsvertrag.

Nach ständiger höchstgerichtlicher Judikatur des OGH sind bei Abschluss arbeitsrechtlicher Vereinbarungen und daher auch bei Arbeitsanweisungen die verschiedenen Grenzen der Verhältnismäßigkeit und der Begründbarkeit zu beachten. **Dies fußt nach ständiger Judikatur auf der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, die im Wege der Konkretisierung der Generalklausel des § 879 ABGB (gesetz- und sittenwidrige Vereinbarungen) auf das Arbeitsrecht durchschlagen und einwirken (vgl. z.B. 9 ObA 104/13/d u.a.).**

Mittelbare Drittwirkung von Grundrechten; § 879 ABGB

Das bedeutet, dass sich der Arbeitnehmer im Falle einer Verfassungswidrigkeit von Verordnungen und Gesetzen oder auch sonst durch die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte im privatrechtlichen Verhältnis zu seinem Arbeitgeber auf seine verfassungsrechtlich gewährleisteten Grund- und Freiheitsrechte berufen kann, wenn in diese durch Arbeitsverträge, Arbeitsanweisungen etc. eingegriffen wird. Im Fall des Widerspruches zu den Grund- und Freiheitsrechten ist die Vereinbarung oder Arbeitsanweisung absolut nichtig (§ 879 ABGB).

Fehlende Eignung, fehlende Begründung

Die 3G-Regel **ist weder geeignet, noch erforderlich, noch angemessen** (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn), um das angestrebte Ziel, nämlich den Schutz des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Unversehrtheit, zu erreichen.

- i. Der „grüne Pass“ wird ausgestellt, wenn zB der PCR-Test in den letzten 72 Stunden negativ war, wenn das Virus vor kurzem überwunden wurde (Antikörpertest bis zu drei Monate) oder wenn ein vollständiger Impfplan vorliegt (dieses Zertifikat verfällt dz. nach 360 Tagen), **aber all dies verhindert nicht 100 % der möglichen Ansteckung, so dass die Eignung des Zertifikats fraglich ist.**
- ii. Die Forderung nach einem Impfnachweis oder einem PCR-Test für den „Zutritt zur Arbeit“ ist keine punktuelle, auf eine bestimmte Anzahl von Personen beschränkte Einschränkung, **sondern eine Maßnahme, die eine intensive und weitreichende Einschränkung bedeutet; unabhängig von der epidemiologischen Situation der einzelnen Gemeinden oder innerhalb einzelner Betriebe.**

- iii. **Darüber hinaus ist die Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes durch die diskriminierende Behandlung festzustellen, die sich aus dem Erfordernis der Vorlage einer COVID-Bescheinigung ergibt.**

Auf eine rechtstaatliche Begründung warten wir seit über 18 Monaten vergebens. Das musste auch schon der VfGH mehrfach feststellen. Wenn es nicht einmal der Gesundheitsminister schafft, wird auch der einzelne Arbeitgeber an einer tauglichen Begründung scheitern.

Grundrechte verletzt

Die 3G-Regel **verstößt schwerwiegend gegen das Diskriminierungsverbot**, das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit, das Recht auf Leben, Achtung der Privatsphäre und des Familienlebens, auf Erwerbsfreiheit, Unverletzlichkeit des Eigentums und ist dem Recht auf Datenschutz diametral entgegengesetzt. Um die Verhinderung der Verbreitung des Virus geht es dem Minister – wie er selbst zugibt – schon lange nicht mehr. Seit 18 Monaten schafft nicht einmal er eine taugliche Begründung, wie der VfGH schon mehrfach feststellen musste.

Im Besonderen müsste mittlerweile eindeutig bewiesen werden, dass die größte Anzahl von Infektionen ihren Ursprung zB an Betriebsstätten (und in anderen Orten, die mit der dargestellten Maßnahme belegt sind). **In diesem speziellen Fall bieten weder die angezogene „COVID-VO“ noch die Verordnungsbegründung, die notwendigen Daten oder Begründungen dafür.** Diese sind eindeutig unzureichend, und führen zur Begründung weiters reine Wahrscheinlichkeitsberechnungen an.

„Auf unbestimmte Zeit...“

Es wurde lediglich formal eine Frist für das Wirksamwerden der Maßnahme festgelegt, da in regelmäßigen Abständen Verordnungen erlassen werden, die in allen neuralgischen Punkten (etwa Testnachweis et al) inhaltlich gleich sind. Daraus ergibt sich, dass die Maßnahme **auf unbestimmte Zeit und mit der Tendenz zur Dauerhaftigkeit verhängt wird, ohne dass bekannt ist, nach welchen Kriterien sie aufgehoben oder geändert werden kann.**

Strafe für Betrieb?

Da in der Verordnung auch keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur 3G-Überprüfung vorgesehen ist, scheidet eine Bestrafung bereits nach grundsätzlichen rechtlichen Erwägungen von vornherein aus.

Rechte der Mitarbeiter

Der Betriebsinhaber/Arbeitgeber ist daher aufgrund des privatrechtlichen Arbeitsvertrages nicht berechtigt, von seinem Arbeitnehmer den Nachweis einer 3G-Regel oder seine sonstigen gesundheitsbezogenen Daten herauszuverlangen. Beharrt der Betriebsinhaber/Arbeitgeber auf einer solchen Arbeitsanweisung, so kann diese durch Feststellungs- oder Unterlassungsklage als unzulässig beim Arbeitsgericht angefochten werden. Eine Kündigung oder Entlassung kann binnen 14 Tagen beim Arbeitsgericht angefochten werden.

Zusammenfassend

In § 9 Abs 1, 3. COVID-19-MV, BGBl. II Nr. 441/2021 wird festgehalten, dass Arbeitnehmer, Inhaber und Betreiber Arbeitsorte [...] nur dann betreten dürfen, wenn sie über einen 3G-Nachweis verfügen. **Das sagt aber nichts darüber aus, ob ein 3G Nachweis auch vom Arbeitgeber kontrolliert werden darf. Das und nichts anderes ist die Fragestellung**

- Die **Polizei könnte strafen, wenn** sie in einem Betrieb kontrolliert. Dazu braucht es aber einen Anfangsverdacht oder einen bestimmten Anlassfall.
- Der **Unternehmer kann dabei nicht bestraft werden**, da er keine Berechtigung für die 3G-Überprüfung hat.
- **Es könnte der einzelne Arbeitnehmer bestraft werden.** Dazu müssen aber einige Umstände gemeinsam vorliegen.

Im gegebenen Zusammenhang ist auch der Sinn und Zweck einer Geldstrafe (=Sanktion) bedeutsam. Eine solche soll verhängt werden, um den jeweiligen Betroffenen sowie generell alle Bürger künftig zu rechtstreuem Verhalten anzuhalten.

Zwar mag ein rechtsuntreues Verhalten bei einem Verstoß gegen eine rechtswidrige Verhaltensnorm formal vorliegen, da diese jedenfalls vor festgestellter Verfassungswidrigkeit/Rechtswidrigkeit wirksamer Bestandteil der bestehenden Rechtsordnung sein kann. **Aber auch eine Behörde, die selbst rechtstreuem Verhalten ihrer Bürger verlangt und dies mit Mitteln des Verwaltungsstrafrechtes durchsetzen möchte, hat sich selbstverständlich ebenso im Rahmen der geltenden Gesetze zu bewegen.** Diese „Regierung“ hat wiederholt gegen die Verfassung verstoßen, wie der VfGH bereits mehrfach feststellen musste.

Nachfolgend ist im Einzelnen auszuführen:

B. Wirkungsweise der Grundrechte zwischen Privaten; Drittwirkung¹

Hierbei geht es um die Frage, ob die Grundrechte Privatpersonen vor den Übergriffen anderer Privatpersonen schützen, ob also die Grundrechte horizontal für die Bürger untereinander gelten. Die Diskussion um die sog Drittwirkung der Grundrechte hat im letzten Jahrzehnt sowohl in Österreich als auch in der Bundesrepublik Deutschland neue Akzente erhalten. Das gilt vor allem für die zunehmende Betonung der sog objektiv-rechtlichen Komponenten von Grundrechten, aus denen sich Schutzpflichten des Staates gegen Eingriffe durch Private ergeben sollen.

Die sog Drittwirkung von Grundrechten ist ein Anwendungsfall der umfassenden, alle Bereiche der Rechtsordnung erfassenden Wirkung von Grundrechten auf die Rechtserzeugung unterhalb der Verfassung.

Es ergibt sich für die Abwehr von Grundrechtsverletzungen durch Private keine andersartige „Geltung“ der Grundrechte als für die Abwehr typischer hoheitlicher Eingriffe des Staates. In diesem Zusammenhang soll auch nochmals gezeigt werden, dass umfassender Grundrechtsschutz grundsätzlich rechtsformenneutral ist: **Unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes ist es grundsätzlich gleichwertig, eine Verletzung durch Private durch privatrechtliche, verwaltungsrechtliche, strafrechtliche oder sonstige Vorschriften zu untersagen und zu sanktionieren.**

Die Geltung der Grundrechte für die Rechtsverhältnisse zwischen Privaten ergibt sich aus dem Rechtserzeugungssystem der österreichischen Verfassung: Einerseits ist der einfache Gesetzgeber – und zwar auch der Privatrechtsgesetzgeber – in umfassender Weise an die Grundrechte gebunden. Andererseits findet private Rechtsetzung immer im Rahmen gesetzlicher Ermächtigungen statt. Aus diesem Delegationszusammenhang folgt, dass auch private Rechtsetzung prinzipiell nur unter Beachtung der Grundrechte zulässig ist.

Es ist freilich nicht auszuschließen, dass die Interpretation eines bestimmten Grundrechtes zum Ergebnis führt, dass der einfache Gesetzgeber von der Grundrechtsbindung insoweit freigestellt werden soll, als er Private zu Eingriffen in grundrechtlich geschützte Positionen ermächtigt – sei es, indem er einseitige

¹ *Griller*, Der Schutz der Grundrechte vor Verletzungen durch Private, JBl 1992, 205; *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982) 86 ff; *Berka*, Der Schutz der freien Meinungsäußerung im Verfassungsrecht und im Zivilrecht, ZfRV 1990, 35; *Rill*, Demokratie, Rechtsstaat und staatliche Privatwirtschaftsverwaltung, in: Wenger-FS (1983) 57 (81 f); *Davy*, Streik und Grundrechte in Österreich (1989), 40 ff.;

Eingriffsbefugnisse gewährt oder indem er zu entsprechenden Vertragsabschlüssen ermächtigt. In einem solchen Fall wäre selbstverständlich auch die private Rechtsetzung grundrechtsfrei. Bisher wurde eine solche partielle Freizeichnung vom Geltungsanspruch der österreichischen Grundrechte allerdings nicht nachgewiesen.

Grundrechtsverwirklichung zwischen Privaten kann durch jedes einfache Gesetz, ja durch jede unterverfassungsgesetzliche Norm erfolgen².

Die sog mittelbare und die sog unmittelbare Drittwirkung sind als Varianten dieses Vorgangs zu qualifizieren. Im ersten Fall bedient sich der Gesetzgeber „ausfüllungsbedürftiger“ Generalklauseln – zB der guten Sitten (**§ 879 Abs 1 ABGB**) –, im zweiten Fall sind die Grundrechte, meist ebenfalls wegen der speziellen Formulierung des einfachen Gesetzes, auch als subjektive Privatrechte deutbar – zB als gesetzliche Verbote iSd § 879 Abs 1 ABGB. Mittelbare und unmittelbare Drittwirkung erscheinen, entgegen vielfältigen Behauptungen in der älteren Literatur, nicht als einander völlig ausschließende Konzepte und auch nicht als jeweils erschöpfende Varianten der Verwirklichung des Grundrechtsschutzes zwischen Privaten³.

Es handelt sich bei dieser Frage um ein Problem der Rechtstechnik der Grundrechtsdurchsetzung zwischen Privaten, das allerdings häufig mit jenem der Wirkungsintensität der Grundrechte in der Drittrichtung vermischt wird.

Die Wirkungsintensität der Grundrechte in der Drittrichtung weist gegenüber dem Schutz vor staatlichen Eingriffen Besonderheiten auf. **Es bedarf der Abwägung im Einzelfall.** Richtlinie für diese Abwägung ist, dass Rechtsetzung im privatautonomen Bereich nur in Ausnahmefällen grundrechtswidrig ist. Extreme Verzerrungen des die Grundlage privatautonomer Gestaltungsfreiheit bildenden Kräftegleichgewichts zwischen Privaten führen zu einer Einengung des freien Gestaltungsrechts. **Weiters ist ein völliger Verzicht auf jeden Grundrechtsschutz in aller Regel ausgeschlossen.**

Der Gesetzgeber besitzt einen weiten Gestaltungsfreiraum hinsichtlich der Durchsetzungsmechanismen des Grundrechtsschutzes. Schadenersatz-, Unterlassungs-, Feststellungs-, Beseitigungsansprüche kommen ebenso in Betracht wie Rücktritts- und Vertragsanfechtungsrechte. Denkbar sind auch Ansprüche auf behördlichen Schutz gegen Eingriffe durch Dritte. **Die einfachgesetzliche Rechtslage muss so ausgestaltet sein, dass effektiver Grundrechtsschutz gewährleistet ist.** Regelmäßig wird dies durch die Einräumung subjektiver Rechte geschehen, es muss aber nicht jeder

² mit besonderem Nachdruck *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201, 222 ff.

³ Im Ergebnis ähnlich *Robert Alexy*, Theorie der Grundrechte (1985), (FN 2) 485 ff, der allerdings betont, dass letztlich immer unmittelbare Drittwirkung vorliege (490 f).

Schutzmechanismus so ausgestaltet sein. **Führt das Fehlen jeglichen subjektiven Rechts zu einem Mangel in der Grundrechtseffektivität, so wären die entsprechenden einfachen Gesetze verfassungswidrig bzw. ergänzungsbedürftig.**

Als Resultat dieser Überlegungen ist festzuhalten: Es ist logisch unhaltbar, einerseits die unbeschränkte Bindung des Privatrechtsgesetzgebers an alle Grundrechte zu akzeptieren und andererseits zu behaupten, daraus lasse sich für die Grundrechtsbindung der Rechtsverhältnisse Privater nichts weiter ableiten. Das **private Handeln lässt sich immer**, und zwar nicht nur dem Rechtserzeugungszusammenhang nach formal, sondern auch seiner inhaltlichen rechtlichen Beurteilung nach (geboten, verboten, erlaubt, freigestellt) **auf eine gesetzliche Grundlage zurückführen**. Wenn aber alle Gesetze, und zwar auch Erlaubnisse, an den Grundrechten zu messen sind, dann sind es (zumindest mittelbar) auch die Handlungen Privater.

Richtet sich die einfachgesetzliche Ermächtigung zum Grundrechtseingriff an die Verwaltung, so wird sich kaum jemand finden, der den Grundrechtsschutz leugnet. **Es ist nicht erfindlich, warum sich – unter der Prämisse undifferenzierter und umfassender Grundrechtsbindung des einfachen Gesetzgebers, von der die hM immer wieder ausgeht – an diesem Zusammenhang plötzlich etwas ändern soll, wenn die Ermächtigung an einen Privaten gerichtet ist.**

Dass ganz generell Gesetze, die einen Eingriff nicht selbst verwirklichen (zB Legalenteignung), sondern einen Privaten ermächtigen, den Eingriff durchzuführen (Kontrolle von Maskenatteste, 1G, 2G, 3G Nachweise), überhaupt nicht an den Grundrechten zu messen sind⁴, folgt auch aus der Privatautonomie nicht.

Der wichtigste Ansatz ist jener von den Grundrechten als objektive Wertordnung, die bereits im Lüth-Urteil des BVerfG deutlich herausgearbeitet wurde und ua die Grundlage für die – zumindest in Österreich immer noch herrschende – Lehre von der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte darstellt. Das BVerfG hat damals betont,

*„daß das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will ..., in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat und daß gerade hierin eine prinzipielle Verstärkung der Geltungskraft der Grundrechte zum Ausdruck kommt ... **Dieses Wertsystem ... muß als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung,***

⁴ Stefan Griller, Drittwirkung und Fiskalgeltung von Grundrechten, ZfV 1983, 1 und 109, 12. Wird die Ermächtigung an die Verwaltung erteilt, gilt selbstverständlich das gleiche. Das Ergebnis fällt auch nicht anders aus, wenn die Verwaltung ermächtigt wird, einen Privaten zu ermächtigen (zB Genehmigung einer lebensgefährdenden Betriebsanlage).

*Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muß in seinem Geiste ausgelegt werden*⁵.

Wenn nämlich die Grundrechte als objektive Wertordnung für alle Bereiche der Rechtsordnung gelten, dann liegt auf der Hand, dass das Privatrecht zwar ein sehr wichtiges, aber keineswegs das einzige „Medium“ im Dienste der Zielsetzung sein kann, die Rechtsverhältnisse zwischen Privaten zu ordnen. Das Strafrecht, aber auch weite Teile des Verwaltungsrechts – zB drittschützende Bestimmungen des Anlagenrechts – enthalten an Private gerichtete Verbote, in grundrechtlich geschützte Rechtsgüter einzugreifen. Es bestand im Grunde nie ernsthafter Zweifel darüber, dass solche Vorschriften auch dem Schutz grundrechtlicher Güter dienen⁶.

C. Privatautonomie und Grundrechte

Der OGH bezweifelt in Anlehnung an die hL⁷ nicht, dass Grundrechte auch mittelbar auf das Verhältnis Privater zueinander einwirken können.⁸ Insbesondere sind die Grundrechte als allgemeine Wertvorstellungen der Gesamtrechtsordnung bei Auslegung von Generalklauseln wie insbesondere § 879 ABGB zu berücksichtigen.⁹ Nach Art 2 StGG sind vor dem Gesetz alle Staatsbürger gleich. Art 7 B-VG ergänzt, dass Vorrechte der Geburt, des Geschlechtes, des Standes, der Klasse (heute: (un)geimpft (un)getestet (nicht) genesen, „behinderte“ Maskenbefreite) und des Bekenntnisses ausgeschlossen sind. Die Grundrechte sind nach dem OGH bei einer etwaigen Sittenwidrigkeitsprüfung zu

⁵ BVerfGE 7, 199 (205)

⁶ *Alfred Grof*, Einschreitepflicht der Behörde bei Verletzung des Grundrechts auf körperliche Integrität durch Dritte, ÖJZ 1984, 589 (596): „*Es ist daher dem VfGH beizupflichten, wenn dieser infolge einer historischen Interpretation Grundrechte nur in Rechtsverhältnissen zwischen dem Staat einerseits und dem einzelnen andererseits für anwendbar hält.*“ Grof versucht aber im Gegensatz zur traditionellen Auffassung, die sich aus diesem Ansatz ergebenden Schwierigkeiten aus der Auflösung von Interessenkollisionen zu lösen, die sich aus dem Aufeinandertreffen von subjektivöffentlichen Rechten Privater ergeben können. Auf diese Art und Weise kommt er im Ergebnis (über die einfachgesetzlichen „Abgrenzungsnormen“) der hier vertretenen Auffassung sehr nahe.

⁷ Zum Konzept der mittelbaren Drittwirkungen siehe *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte Charta und Privatrecht (2013) 144 f; *Kubasta*, JEV 2019, 156; ergänzend siehe auch *Schoditsch*, Grundrechte und Privatrecht (2019) 195 f.

⁸ So erneut OGH 25.07.2019, 2 Ob 15/19y (Punkt 2.5.); für Deutschland siehe BGH III ZR 59/76 = NJW 1978, 943.

⁹ So auch *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984) 201 (222); *Mikat*, Gleichheitsgrundsatz und Testierfreiheit, in FS Nipperdey (1965) 581 (587); *Kubasta*, JEV 2019, 156.

berücksichtigen. Er lässt daher offen, ob der Gleichheitssatz allgemein über § 879 ABGB wirkt oder ob er mit der Privatautonomie als Ausformung der Eigentumsgarantie abzuwägen ist. An anderer Stelle hat er das Erfordernis einer Abwägung mit der Privatautonomie zumindest angedeutet.¹⁰

I. § 879; Auslegung der Sittenwidrigkeit

In der Lehre¹¹ ist somit geklärt, dass die Grundrechte über § 879 ABGB auch mittelbare Drittwirkung unter Privaten entfalten können. Streitig ist jedoch, wie weit diese mittelbare Drittwirkung geht. **Überwiegend wird die Drittwirkung der Grundrechte unter Privaten über § 879 ABGB nicht als ein allgemein wirkender Maßstab begriffen, sondern von einer groben Verletzung rechtlich geschützter Interessen abhängig gemacht.** Ansonsten würde ein Grundsatz der Privatrechtsordnung, nämlich die Privatautonomie, ausgehöhlt.¹² Bei Regelung der eigenen privatrechtlichen Angelegenheiten soll daher grundsätzlich auch eine unsachliche Anknüpfung von der Privatautonomie gedeckt sein.¹³ Unter Privaten gelte lt. *Perner* nämlich kein Übermaß- sondern nur ein Untermaßverbot. Das bedeutet, dass die Grundrechte lediglich verbieten, ein gewisses Minimum an Schutz zu unterschreiten.¹⁴ Anders formuliert, es wird die Schutzintensität der Grundrechte unter Privaten als geringer eingestuft.¹⁵ **Es steht außer Frage, dass es sich vorliegend um einen Schutzbereich von ganz grundlegender Bedeutung handelt, der keinesfalls unterschritten werden darf.**

¹⁰ Das andeutend OGH 25.07.2019, 2 Ob 15/19y (Punkt 2.6.1.); *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des OGH (2011) 35 f; *Kubasta*, JEV 2019, 156.

¹¹ vgl. den vorhergehenden Punkt. Vgl auch *Zöchling-Jud*, EF-Z 2020, 102; *F. Bydlinski*, Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht, in *Rack*, Grundrechtsreform (1985) 173 (181); *Perner*, Grundfreiheiten 177; *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des OGH 36; *Schoditsch*, Grundrechte und Privatrecht 136 f, 195 f; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht (1999) 39; *Bollenberger/P. Bydlinski* in *KBB*, ABGB⁶ (2020) § 879 Rz 5; *Graf in Kletečka/Schauer*, ABGB-ON1.05 (2019) § 879 Rz 84; *Riedler in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ (2014) § 879 Rz 8; *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ (2015) § 16 Rz 57 f

¹² Ähnlich auch *Canaris*, AcP 184 (1984) 209 freilich zur unmittelbaren Drittwirkung; *Schoditsch*, Grundrechte und Privatrecht 195 f, der die Drittwirkung als Sonderfall der verfassungskonformen Interpretation versteht und von einer Sonderform der Lückenschließung spricht. Zu den Unterschieden zwischen der unmittelbaren und der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte und der Reichweite ihrer Wirkungen im Privatrecht vgl *Perner*, Grundfreiheiten 163 ff, insbesondere 167, 174: „Die mittelbare Drittwirkung kann ähnliche Wirkungen herbeiführen wie die unmittelbare“.

¹³ Vgl *Khakzadeh-Leiler*, Die Grundrechte in der Judikatur des OGH 34 f; *Kubasta*, JEV 2019, 155 f.

¹⁴ So *Perner*, Grundfreiheiten 187; siehe bereits *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984) 201 ff; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht 39.

¹⁵ Vgl *F. Bydlinski* in *Rack*, Grundrechtsreform 182 f; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht 43.

Nach *Berka*¹⁶ und *Zöchling-Jud*¹⁷ tritt die Privatautonomie **bei besonderer individueller Betroffenheit in den eigenen Freiheitsrechten sowie in Situationen struktureller vertraglicher Unterlegenheit**¹⁸ hinter den Gleichheitssatz zurück. Zunehmend wird demgegenüber vertreten, dass auch unter Privaten über § 879 ABGB ein generelles Sachlichkeitsgebot in mittelbarer Drittwirkung der Grundrechte gelte. Beispielhaft ist auf *Kalss/Dauner-Lieb*¹⁹ und *Kubasta*²⁰ zu verweisen.

Die **Sittenwidrigkeit** wird nach einem allgemeinen Stehsatz durch das Rechtsgefühl aller billig und gerecht Denkenden und damit das Rechtsgefühl der Rechtsgemeinschaft ausgestaltet.²¹ **Den Grundrechten ist zur Konkretisierung dieses Rechtsgefühls unstreitig eine elementare Wertungsgrundlage zu entnehmen.**

Bis auf *Berka* hat die Lehre diese Abwägungsebene noch wenig beleuchtet. Nach *Berka*²² tritt die Privatautonomie in Situationen einer besonderen Betroffenheit durch Maskenpflicht trotz Maskenbefreiung, Vorlage von Gesundheitsdaten in den persönlichen

¹⁶ *Berka*, GES 2017, 353.

¹⁷ *Zöchling-Jud*, EF-Z 2020, 100.

¹⁸ *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 57

¹⁹ *Kalss/Dauner-Lieb*, GesRZ 2016, 249 ff.

²⁰ *Kubasta*, JEV 2019, 159.

²¹ *Bollenberger/P.Bydlinski* in KBB, ABGB⁶ § 879 Rz 5; *Riedler* in *Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 879 Rz 8, der auf den geringen Gehalt dieses Stehsatzes hinweist.

²² *Berka*, GES 2017, 352.

Freiheitsrechten²³ oder einer strukturellen vertraglichen Unterlegenheit zurück.²⁴ In beiden Fällen ist die Funktionsfähigkeit einer der Prämissen des Privatrechts – nämlich der Selbstbestimmung durch das Konsensprinzip – gestört,²⁵ **weil ein Vertragspartner entweder vertragstypisch keine Chance auf Durchsetzung seiner Interessen hat oder bei Durchsetzung in besonderer Weise in seinen Freiheitsrechten betroffen wäre und daher einem gewissen Druck unterliegt.** Die Wertungen von *Berka* überzeugen. Die grundrechtlich abgesicherten Freiheitsrechte gehen aufgrund ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit²⁶ daher prinzipiell einem Eingriff in die Vertragsfreiheit vor.

Das bedeutet, dass Vertragsklauseln, die Menschen ausschließen, die keinen bestimmten medizinischen Nachweis vorlegen, oder vorvertragliche Bedingungen, die Menschen, die über eine aufrechte Maskenbefreiung verfügen, das Betreten des Kundenbereiches verbieten, nichtig sind.

²³ Achtung der Menschenwürde, Grundrecht auf Leben (Art. 85 B-VG, Art. 2 EMRK, 6. ZPMRK), durch Auferlegung von Präventivquarantäne, sowie durch das Tragen von Masken; Recht auf persönliche Freiheit (BVG) über den Schutz der persönlichen Freiheit (Art.9 Abs.1 VN-Zivilpakt; Art.5 EMRK), durch Einschränkung des persönlichen Aktionsradius (de facto „Betretungsverbot“), sollte die Teilnahme am „Reintesten“/Impfen aus zeitlichen oder persönlichen Gründen nicht möglich sein, oder keine Erkrankung in der Vergangenheit stattgefunden haben; Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art 8 EMRK), beispielsweise durch die Beschränkung von Kontaktmöglichkeiten (Geschäftslokal, Arbeitsplatz); Recht auf Datenschutz (Art 20 Abs 3 B-VG; Art 8 EMRK; Art 8 GRC), Recht auf Geheimhaltung (§ 1 Abs 1 DSG), „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ durch Weitergabe personenbezogener Daten, wie insb. das Testdatum und das Testergebnis, samt daran anknüpfender Konsequenzen (Quarantäne), auch für Dritte (K1, Quarantäne); Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz (Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG), denn einzelne Normunterworfenen belastende Regelungen oder Akte müssen sich auf einen vernünftigen, im Tatsächlichen fundierten Grund zurückführen lassen und dürfen überdies zu keiner unverhältnismäßigen Ungleichbehandlung führen (un)genesen/(un)geimpft/(un)getestet); Weitere Grundrechte: Vereins- und Versammlungsfreiheit (Art 12 StGG, Art 11 EMRK), Berufswahl und Erwerbsfreiheit (Art 6 Abs 1 StGG), Recht auf Arbeit (Art 6 UN-Sozialpakt), Recht auf gerechte Arbeitsbedingungen (Art 7 UN-Sozialpakt), Recht auf Unverletzlichkeit des Eigentums (Art 5 StGG; Art 1 1. ZPMRK), Recht auf Freizügigkeit der Person und des Vermögens (Art. 12 Abs.1 UN-Zivilpakt; Art. 2 Abs.1 ZPMRK; Art.4 StGG), die Bewegungsfreiheit (Art 12 UN-Zivilpakt), Freizügigkeit, Freiheit des Aufenthaltes, der Einreise und der Auswanderung (Art. 4 u 6 StGG, Art 2, 3 und 4 4. ZP-MRK, Art. 1 7. ZP-MRK, Art 21 AEUV); Zudem wurde gegen das Gebot der Bestimmtheit von Gesetzen (Art 18 B-VG) verstoßen; dies durch Verwendung zu unbestimmter Begriffe, die dem BM für Bildung schier (insb. zeitlich) grenzenloses Ermessen innerhalb eines von ihr aufgesetzten Systems an als bedeutend angesehenen Faktoren, einräumt und zudem die eigenen Berater damit wissenschaftlich limitiert (dies wäre auch unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtes auf Freiheit der Wissenschaft zu diskutieren, Anm.)

²⁴ Zur individuellen strukturellen Unterlegenheit *Canaris*, AcP 184 (1984) 220

²⁵ *F. Bydliński*, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäfts (1967) 128 weist darauf hin, dass dort wo der Einfluss des Willens eines Vertragspartners sehr schwach ist, die Richtigkeitsgewähr, die im Ausgleich entgegenstehender Interessen durch freie Vereinbarung liegt, fehlt.

²⁶ So auch für Deutschland dBVerfG 1 BvR 2248/01 = NJW 2004, 2008 (2010).

Außerdem tritt die Privatautonomie hinter andere Grundrechte zurück, wenn die privatrechtliche Selbstbestimmung, auf der die Privatautonomie grundlegend aufbaut, vertragstypisch gestört ist. **Das ist der Fall, wenn ein Vertragspartner strukturell unterlegen ist, weil er seine Interessen vertragstypisch nicht durchsetzen kann.**

Fraglich ist, ob es darüber hinaus weitere Gründe für ein Zurücktreten der Privatautonomie hinter den Gleichheitssatz gibt. Das ist auf Basis einer Abwägung der Erwerbsfreiheit (Auswahl des Mitarbeiter- oder Kundenkreises anhand vordefinierter medizinischer Kriterien) mit dem Gleichheitssatz zu bejahen: **Wenn durch eine diskriminierende/benachteiligende Anknüpfung ein unsachlicher Dauerzustand, vergleichbar einer generell abstrakten Norm manifestiert wird, der nicht mehr nur die eigenen privaten Angelegenheiten der Vertragspartei(en) regelt, tritt die Privatautonomie wertungsmäßig hinter den Gleichheitssatz zurück.**²⁷ Von einem Dauerzustand ist vorliegend auszugehen, da der den Gesundheitsbereich regelnde Verordnungsgeber in weitem Umfang und Anzahl von seiner Verordnungsermächtigung Gebrauch gemacht hat; dies durch stetes Aneinanderreihen von Verordnungen, die im Wesentlichen den gleichen Inhalt aufweisen (mit der Tendenz zu immer extremeren Auflagen). Dieses Phänomen kann am ehesten als „**Kettenverordnung**“ bezeichnet werden; ein Ausdruck, der dem Arbeitsrecht iZm „**Kettenarbeitsverträgen**“ sehr geläufig ist. Die gleiche, sich daraus ergebende Benachteiligung ist auch iZm den Kettenverordnungen gegeben.

Soll daher über Zeit ein Rechtszustand geschaffen werden, der Regelungen für unbekannte Dritte schafft und unsachlich zB nach dem Geschlecht oder einem anderen diskriminierenden – medizinischen - Merkmal differenziert, ergibt eine Abwägung der Privatautonomie mit dem Gleichheitssatz, dass die Privatautonomie hinter diesen zurücktritt.

Die Privatautonomie des Einzelnen kann nämlich nicht so weit reichen, dass willkürlich Personen, die bestimmte medizinische Voraussetzungen nicht erfüllen, vom Vertragsabschluss oder der Erfüllung ihrer vertraglichen Verpflichtungen ausgeschlossen werden. Das bedeutet, dass der Gleichheitssatz (und die weiteren Grundrechte) in diesen Fällen über § 879 ABGB auch unter Privaten wirkt.

²⁷ Ähnlich bereits EGMR 13.07.2004, 69.498/01 [*Pla und Puncerneau/Andorra*] Rz 62, das sich für die Auslegung eines Testaments unter Berücksichtigung späterer gesellschaftlicher Entwicklungen ausspricht. Ergänzend siehe OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h (Punkt 14.2.).

II. Privatrechtliche Sanktionsmittel

Dem durch den Eingriff in seine Grundrechtssphäre Betroffenen stehen die privatrechtlichen Sanktionsmittel wie Nichtigkeit eines Vertrages, Feststellungs-, Unterlassungs- oder Schadenersatzansprüche etc zur Verfügung. **Dass der Unterlassungsanspruch et al in einer Gesetzesstelle ausdrücklich normiert ist, ist beim Schutz absoluter Rechte nicht Voraussetzung**²⁸. Noch nicht gefolgt ist die Rechtsprechung allerdings der Ansicht, dass bei grobem Verschulden generell, also nicht nur bei ausdrücklicher Festlegung im Gesetz und bei Freiheitsverletzungen, der ideelle Schaden zu ersetzen sei. Da es jedoch keinen triftigen Grund dafür gibt, einzelne Persönlichkeitsrechte, ja sogar das Eigentum – im Rahmen des „Wertes der besonderen Vorliebe“ (§ 1331 ABGB) –, mit derartigem schadenersatzrechtlichem Schutz auszugestalten, andere aber nicht, ist zB auch bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Verletzung des Namensrechts (§ 43 ABGB) oder bei Notzucht, der ideelle Schaden zu ersetzen²⁹.

Unmöglich wird die Begründung eines Anspruches auf den Gefühlsschaden nur dort sein, wo dem die gesetzliche Formulierung ausdrücklich entgegensteht, etwa bei der Beleidigung (§ 1330 ABGB).

Im Übrigen ist auch der **verschuldensunabhängige Beseitigungsanspruch, der in mehreren Einzelvorschriften positiviert ist, im Wege der Analogie auf die Verletzung aller absoluten Rechte zu erstrecken**³⁰.

Angesichts dieses ausgebildeten zivilrechtlichen Instrumentariums stehen der Lückenschließungsfunktion der Grundrechte im Privatrecht auch die Bedenken *R. Novaks*, ein richterrechtliches „Schutzgesetz-Surrogat“ von Fall zu Fall verbiete das nullum-crimen Prinzip mindestens für das Strafrecht, das Legalitätsprinzip für das Verwaltungsrecht³¹, nicht entgegen. Üblicherweise stehen im Zivilrecht genügend ausgeformte Mittel zur Abwehr oder zum Ausgleich eines Eingriffes in grundrechtlich geschützte Bereiche zur Verfügung. Schließlich müssen, falls die Vollziehung ihrer Schutzpflicht nicht oder nicht ausreichend genügt, auch Amtshaftungsansprüche in Frage kommen³².

²⁸ OGH 13.4.1983 EvBl 1983/91 und 31.8.1983 EvBl 1984/60 = JBl 1984, 492; dazu *Reischauer* in *Rummel*, ABGB § 1330 Rz 23. Unzutreffend daher *Schnorr*, FS Strasser 109 f.

²⁹ *Koziol*, JBl 1980, 373 f (Entscheidungsbesprechung).

³⁰ *W. Berger*, EuGRZ 1983, 246; *Aicher* in *Rummel*, ABGB § 43 Rz 23.

³¹ *R. Novak*, Zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht, EuGRZ 1984, 133 (146).

³² Darauf weist – auch für den Bereich des Verwaltungsrechts! – *R. Novak*, EuGRZ 1984, 147 hin.

III. Verschuldensunabhängiger Unterlassungsanspruch

Was den Unterlassungsanspruch angeht, so gab es in Österreich bis vor einigen Jahren eine heftige Kontroverse über die Frage, ob er ein Verschulden voraussetzt. In Deutschland wird das einmütig abgelehnt. Auch in Österreich ist derselbe Standpunkt im Schrifttum seit langem nachdrücklich verfochten worden³³. Dabei hat man mit Recht vor allem auf den präventiven Charakter des Anspruchs hingewiesen. In der Tat ist die Einsicht schlechthin zentral, dass es um die Abwehr eines zukünftigen Verhaltens geht. Dieses muss natürlich rechtswidrig sein³⁴, da es die Rechtsordnung sonst nicht verbieten kann.

Ist aber die Rechtswidrigkeit gerichtlich festgestellt, so würde der Beklagte per se auch schuldhaft handeln; oder besser gesagt: die Frage nach dem Verschulden lässt sich dann gar nicht mehr sinnvoll stellen. Folgerichtig kann es auch nicht darauf ankommen, ob sein früheres Verhalten schuldhaft war; denn dass jemand in der Vergangenheit schuldlos eine Rechtsverletzung begangen hat, kann ihm keinen Freibrief dafür geben, diese in Zukunft nach Feststellung ihrer Rechtswidrigkeit zu wiederholen. Darüber hinaus braucht nach richtiger Ansicht nicht einmal eine frühere Rechtsverletzung vorzuliegen, sondern nur eine zukünftige zu drohen³⁵. **Das folgt aus dem elementaren rechtsethischen Prinzip, dass Unrecht zu verhindern besser ist als Unrecht wiedergutzumachen und dass sich die Rechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch setzen würde, wenn sie sehenden Auges zunächst einmal einen rechtswidrigen Eingriff abwarten und erst dann Schutz gewähren würde**³⁶. Entgegen seiner früheren Rsp hat der OGH sich im Jahre 1983 der Ansicht angeschlossen, dass der Unterlassungsanspruch „grundsätzlich vom Verschulden unabhängig ist“³⁷.

³³ Vgl zB *Koziol-Welser* 203 und 407; *Rummel* in *Rummel* Rz 5 zu § 859; *Reischauer* ebenda Rz 23 zu § 1294 und Rz 23 zu § 1330; *Harrer* in *Schwimann* Rz 32 zu § 1330; *Böhm*, ZAS 1982, 215 ff; *Gschnitzer*, Schuldrecht Allg Teil2 47 und Schuldrecht Besonderer Teil2 459; *Ehrenzweig-Mayrhofer*, Schuldrecht Allg Teil3 (1986) 17.

³⁴ Zur Frage, ob es dabei auf das Erfolgs- oder auf das Verhaltensunrecht ankommt, muss zB auf zB *Reischauer* in *Rummel*, Rz 23 zu § 1294 verwiesen werden.

³⁵ Vgl zB *Koziol-Welser* 203; *Ehrenzweig/Mayrhofer* 17; *Rummel* Rz 5 zu § 859; *Reischauer* aaO Rz 23 zu § 1330; *Böhm*, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (1979) 54f.

³⁶ Vgl *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz² (1983) 112

³⁷ OGH JBl 1984, 492, 494.

IV. Rolle des GIBG

In seinem Anwendungsbereich strahlen die Wertungen des GIBG wie auch die Grundrechte über § 879 ABGB auf Privatrechtsverhältnisse aus. Insofern wird aber keine neue Rechtslage geschaffen, sondern lediglich die Ausstrahlungswirkung des Gleichheitssatzes über § 879 ABGB bestätigt. Anders als es die Entscheidungen des OGH in 6 Ob 55/18h³⁸, 2 Ob 15/19y³⁹ andeuten mögen, bestätigt das GIBG daher lediglich eine Wertung, die sich ohnedies aus dem Gleichheitssatz ergibt. Folglich bedarf es auch keiner differenzierten Beurteilung von (vor)vertraglichen Auflagen (Ausschluss vom Kundenbereich trotz Maskenbefreiung und der Pflicht dennoch Maske zu tragen; Verbot den Arbeitsplatz zu betreten bei Nichtvorliegen eines Nachweises über eine geringe epidemiologische Gefahr). Auch diese Bedingungen müssen sich am Gleichheitssatz messen lassen, ganz gleich, ob der zu entscheidende Sachverhalt unter das GIBG fällt oder nicht.

D.Zwischenergebnis

Es ist festzuhalten, dass die Grundrechte „staatsgerichtet“ sind, somit aber auch den Privatrechtsgesetzgeber zumindest mittelbar binden. Diese Bindung ist nicht rein negativ; verlangen einzelne Grundrechte, zwecks Realisierung eines effektiven Grundrechtsschutzes auch privaten Eingriffen gegenüber geschützt zu werden, trifft den Staat die positive Pflicht, für diesen Schutz vorzusorgen (Schutzgebotsfunktion der Grundrechte). Dieser Aspekt des Grundrechtsschutzes baut vor allem auf der Rechtsprechung der europäischen Instanzen zur MRK auf. Eine grundrechtlich fundierte gesetzliche Schutzpflicht ergibt sich aber nicht nur aufgrund völkerrechtlicher Pflichten der Konventionsstaaten, sondern scheint auch für das innerstaatliche österreichische Recht begründbar. Tatsächlich ist ein Einfluss der MRK auf die neuere österreichische Gesetzgebung auch in privatrechtlichen Zusammenhängen festzustellen.

Vor dem Hintergrund der aktuellen Pandemie-Maßnahmen, könnte sogar aus der Bindung des Privatrechtsgesetzgebers eine unmittelbare Bindung auch der „Bürger unter sich“ an die Grundrechte abgeleitet werden.

Zumindest ist aber – einzelfallabhängig - eine **„mittelbaren Drittwirkung“** anzunehmen. Dass dieser Ansatz durchaus leistungsfähig ist, haben die Beispiele aus der Rechtsprechung gezeigt. Auf diesem Weg haben sich auch Auswirkungen der MRK auf Auslegung und Rechtsfortbildung im Zivilrecht ergeben. Eine bedeutsame

³⁸ OGH 24.01.2019, 6 Ob 55/18h (Punkt 14.1., Punkt 14.2.).

³⁹ 25.07.2019, 2 Ob 15/19y (Punkt 2.6.3.).

methodologische Erweiterung dieser Theorie ist aus der durch die MRK auch in Österreich ins Blickfeld getretenen Schutzgebotsfunktion der Grundrechte zu gewinnen: **Ist der Gesetzgeber seiner Schutzpflicht nicht im grundrechtlich gebotenen Ausmaß nachgekommen, so muss die deshalb bestehende „Prinziplucke“ im Privatrecht von der RichterIn / dem Richter geschlossen werden.** Es können dabei auf der Grundlage der Auslegungsregeln der §§ 6 und 7 ABGB die aus dem Grundrecht und allenfalls aus anderen einfachgesetzlichen Privatrechtsnormen erschließbaren Wertungen herangezogen werden.

Der Schutz besonders wichtiger Persönlichkeitswerte und der für das Funktionieren der Privatautonomie wesentlichen Vertragsparität kann somit auch bei Fehlen ausdrücklicher einfachgesetzlicher Vorschriften relativ wirksam gewährleistet werden.

Aufgrund der dynamischen Auslegung der MRK durch EGMR und EKMR wird eine an den Gegebenheiten der Gegenwart orientierte Privatrechtsdogmatik und -rechtsprechung aber auch deshalb um die Beachtung der menschenrechtlichen Judikatur nicht herumkommen, weil die Anfechtung verfassungswidriger Privatrechtsgesetze beim VfGH in der Praxis vor allem den ordentlichen Gerichten überantwortet ist.⁴⁰

Die Grundrechte wirken über Generalklauseln, insbesondere § 879 ABGB, mittelbar auch im Privatrecht. Konkret begründen die Grundrechte daher eine elementare Wertungsgrundlage für die Einordnung einer Klausel oder (vor)vertraglichen Bedingung als sittenwidrig. Das bedeutet nicht, dass einzelne Grundrechte im Privatrecht allgemein gelten. Vielmehr ist im Einzelfall eine Abwägung zwischen der Privatautonomie als Ausformung der Eigentumsgarantie und anderen Grundrechten vorzunehmen.

Die Abwägung geht tendenziell zugunsten der anderen Grundrechte, insbesondere des Gleichheitssatzes aus, wenn die Funktionalität der Privatautonomie eingeschränkt ist. **Das ist der Fall, wenn ein Vertragspartner vertragstypisch strukturell unterlegen ist oder in besonderem Maße in seinen Freiheitsrechten betroffen ist.**

Darüber hinaus geht die Abwägung zugunsten des Gleichheitssatzes aus, wenn die Privatautonomie weniger stark wiegt, weil eine Regelung einen diskriminierenden Dauerzustand manifestiert, der die Rechtssphäre der verfügenden Person oder Personen nicht auf relevante Weise berührt und andere Personen nach Art einer generellen Regelung bindet. Das GIBG bestätigt diesen Befund. Auch überschießende Regelungen bzw. „golden plating“ („jeder trägt Maske“; „nur 1G“), die die Voraussetzungen

⁴⁰ Wolfgang Berger, Auswirkungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das österreichische Zivilrecht, JBl 1985, 142

zum Vertragsabschluss oder eine Vertragsklausel und deren Anwendungsfall generell-abstrakt regeln, müssen sich am Diskriminierungsverbot messen lassen.

E. Verletzte Grundrechte

Um der geforderten Abwägung im Einzelfall gerecht zu werden, sind auch die verletzten Grundrechte, die hggst. mittelbare Schutzwirkung entfalten, konkret zu benennen. Werden der klagenden Partei Zutrittsvoraussetzungen, wie etwa 3G-Pflicht am Arbeitsplatz, oder das Tragen einer Maske bei aufrechter Maskenbefreiung auferlegt, stellt dies einen verletzenden Eingriff in nachstehend angeführte Grundrechte dar. Zuvor ist aber noch auf die Fiskalgeltung der Grundrechte und auf § 16 ABGB und dessen Rolle einzugehen.

I. Fiskalgeltung der Grundrechte⁴¹

Es entspricht der heute herrschenden Lehre, dass der Staat, das bedeutet die Gebietskörperschaften, aber auch Selbstverwaltungsträger wie die Ärztekammer und andere selbstständige Rechtsträger (Unternehmer, Arbeitgeber), die mit der Besorgung öffentlicher Aufgaben betraut sind, an die Grundrechte gebunden sind, selbst wenn sie in privatrechtsförmiger Weise öffentliche Aufgaben besorgen, **wie Überwachung der Maskentragepflicht, Überprüfung des Nachweises über eine geringe epidemiologische Gefahr.**

Der Staat soll sich nicht dadurch der Grundrechtsbindung entziehen können, indem er Handlungs- und Rechtsformen des Privatrechts wählt.⁴² Eine unmittelbare Grundrechtsbindung liegt jedenfalls dort vor, wo beliehene Unternehmen rechtsformgebundene behördliche Handlungen vornehmen, also beispielsweise Bescheide erlassen, oder behördliche Anordnungen umsetzen, da es sich dabei um eine spezifische staatliche Aufgabenwahrnehmung handelt.

Ob ein derart beliehenes Unternehmen vorliegt, steht hinter der Frage zurück, ob die verfügbaren Maßnahmen privatrechtlich umsetzbar sind.

⁴¹ Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner Medizinrecht: Handbuch³ (2020), I, Pkt 5.2. Rz 43

⁴² Grabenwarter/Holoubek, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 388.

II. Zu § 16 ABGB

§ 16 ABGB wird von Lehre und Rsp in seiner Bedeutung als Zentralnorm der österreichischen (Privat-)Rechtsordnung, die Grundlage für die Anerkennung einer Anzahl von subjektiven Rechten ist, die dem Menschen als Person – sowie auch einer juristischen Person⁴³ zustehen und von den übrigen Rechtsgenossen zu respektieren sind,⁴⁴ Durch die Ausformung des Grundrechtskataloges des Staatsgrundgesetzes 1867 und dessen Ergänzung durch die Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ist diese Bestimmung auch keineswegs überflüssig geworden. Als „offene Norm“ stellt sie sich vielmehr als eine Transformationsstelle⁴⁵ dar, über die der Relevanz der für den öffentlich-rechtlichen Bereich durch Grundrechte abgesicherte Positionen des Persönlichkeitsschutzes für das Privatrecht Rechnung getragen werden kann.⁴⁶

Ein Eingriff in sie ist grundsätzlich unzulässig. Sie sind daher absolute Rechte⁴⁷, wenngleich in ihrer jeweiligen Reichweite durch die kollidierenden Persönlichkeitsrechte anderer und Gemeinwohlinteressen sowie durch das Interesse der Öffentlichkeit an einer ordnungsgemäßen Rechtspflege⁴⁸ limitiert, sodass die Festlegung des konkreten Schutzbedarfs stets nur im Wege einer „umfassenden Güter- und Interessenabwägung“ möglich ist.⁴⁹ Welche Rechte als Persönlichkeitsrechte iSd „angeborenen Rechte“ des § 16 anzusehen sind, kann erst das Ergebnis eines Konkretisierungsprozesses sein.

⁴³ Vgl nur OGH 9. 1. 1990, 4 Ob 9/90 = SZ 63/1; 18. 10. 1994, 4 Ob 99/94 = SZ 67/173; dazu *M.-L. Fellner*, Persönlichkeitsschutz, passim. *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 16 Rz 50 betont, dass der von § 16 an sich nur dem „Menschen“ gewährte Schutz von Lehre und Rsp auf juristische Personen ausgeweitet wurde, wobei sich der Persönlichkeitsschutz juristischer Personen vor allem auf vermögensrechtliche Komponenten (wie den wirtschaftlichen Ruf, Schutz des Namens uÄ) bezieht.

⁴⁴ StRsp seit OGH 27. 2. 1990, 10 Obs 40/90 = SZ 63/32; 18. 10. 1994, 4 Ob 99/94 = SZ 67/173; 14. 3. 2000, 4 Ob 59/00f = SZ 73/47; 25. 5. 2000, 1 Ob 341/99z = SZ 73/87 = EvBl 2000/216; 23. 10. 2000, 6 Ob 238/00v = JBl 2001, 390; 13. 6. 2002, 8 ObA 288/01p = SZ 2002/83; 19. 12. 2005, 8 Ob 108/05y = SZ 2005/185; 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06d = SZ 2006/191; 15. 2. 2007, 6 Ob 266/06w = SZ 2007/27 = MR 2007, 73; 16. 12. 2009, 4 Ob 186/09w = SZ 2009/166 = JBl 2010, 292.

⁴⁵ *Ostheim*, Weisung 83.

⁴⁶ Im jüngeren Schrifttum wurde § 16 zB als „**die Norm, die die Glaubens- und Gewissensfreiheit im Privatrecht schützt**“, erkannt, vgl *Bodner*, ÖJZ 2003/27, 484 ff.

⁴⁷ StRsp OGH 18. 1. 2000, 4 Ob 295/99g = ÖBl 2001, 117; zuletzt etwa 7. 11. 2007, 6 Ob 57/06k = SZ 2007/171 = EvBl 2008/48; 16. 12. 1009, 4 Ob 186/09w = SZ 2009/166 = JBl 2010, 292.

⁴⁸ OGH 23. 11. 2000, 6 Ob 109/00y = SZ 73/181.

⁴⁹ Dazu *Canaris*, JBl 1991, 211 ff. Aus der stRsp des OGH vgl 11. 10. 1988, 1 Ob 26/88 = SZ 61/210; 18. 5. 1995, 6 Ob 20/95 = SZ 68/97; 23. 11. 2000, 6 Ob 109/00y = SZ 73/181; 14. 12. 2000, 6 Ob 291/00p = SZ 73/198; 21. 12. 2006, 6 Ob 178/04a = MR 2007, 79 (*Thiele*); 4. 7. 2013, 6 Ob 38/13a = JusIT 2013/74, 156 (*Thiele*); zuletzt 16. 11. 2016, 2 Ob 1/16k = EvBl 2017/65; 22. 12. 2016, 6 Ob 203/16w = EvBl 2017/88, 615 (*Graf*).

Die in der Verbürgung von der staatlichen Willkür entzogenen Freiheitsräumen Ausdruck findenden Wertungen der Grundrechtsebene **entfalten über Vermittlung von § 16 eine die privatautonome Gestaltungsfreiheit einschränkende Wirkung im Privatrecht.**⁵⁰ § 16 bildet somit eine wichtige Voraussetzung für die mittelbare Wirkung der Grundrechte im Privatrecht.⁵¹

Die generalklauselmäßige Formulierung des § 16 ermöglicht die Anerkennung von neu ausdifferenzierten Persönlichkeitsrechten auch unabhängig von deren grundrechtlicher Verankerung im Wege extensiver Auslegung der zahlreichen, dem Persönlichkeitsschutz dienenden Normen der Rechtsordnung und der Lückenfüllung.

Da durch § 16 anerkannt wird, dass dem einzelnen Bürger das Recht auf Achtung seiner Menschenwürde zusteht, ist diese Bestimmung auch bei der Auslegung von Verträgen zu berücksichtigen. Die Gestaltungsfreiheit des Einzelnen findet eben ihre Grenze jeweils im Anspruch anderer auf Respektierung ihrer Persönlichkeit.⁵²

Die in seiner jüngeren Rsp hervorkommende Tendenz des OGH, Schadenersatz für Verletzung von Persönlichkeitsrechten über die in einzelnen Vorschriften⁵³ festgeschriebene Beschränkung auf materielle Güter hinaus zu gewähren,⁵⁴ hat daher (letztlich) ihre Grundlage in § 16. Insofern ist etwa die Einfügung des § 1328a, der bei „erheblichen“ schuldhaften und rechtswidrigen Eingriffen in die Privatsphäre auch eine „Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“ vorsieht, konsequent.

Vor dem Hintergrund der wachsenden Bedeutung des § 16 in Lehre und Rechtsprechung darf bei Ermittlung des normativen Gehalts dieser Bestimmung nicht außer Acht gelassen werden, dass diese Bestimmung zunächst eine Aussage zur Rechtsfähigkeit trifft, sodann die Grundlage für den umfassenden privatrechtlichen Schutz der Persönlichkeit bildet und schließlich ein ausdrückliches Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft positiviert.

Mit der Feststellung, dass der Mensch als eine Person zu betrachten sei, anerkennt § 16 die Rechtssubjektivität des Menschen unabhängig von seiner Staatsangehörigkeit. Jeder Mensch ist befähigt, Träger von Rechten und Pflichten zu sein.

⁵⁰ Vgl OGH 18. 12. 1992, 6 Ob 563/92 = SZ 65/166.

⁵¹ Vgl OGH 19. 12. 2005, 8 Ob 108/05y = SZ 2005/185; 20. 12. 2006, 9 ObA 109/06d = SZ 2006/191. Allerdings spricht in diesen Entscheidungen nur der 8. Senat von „mittelbarer Drittwirkung“, der 9. Senat hingegen nur von „Drittwirkung“. Dazu *Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 16 Rz 23 ff.

⁵² *Posch in Schwimann/Kodek*, ABGB Praxiskomm⁵ (2018), Rz 6 zu § 16

⁵³ Vgl §§ 1328, 1330 ABGB.

⁵⁴ Vgl OGH 9. 5. 1985, 7 Ob 566/85 = SZ 58/80 – Ersatz der durch eine Vergewaltigung verursachten Unlustgefühle; 16. 5. 2001, 2 Ob 84/01v = SZ 74/90 = ZVR 2001/73, 284 (Karner) – Ersatz des „reinen Gefühlsschadens“ durch Tötung der Tochter. 28 BGBl I 2003/91.

III. Die verletzten, besonderen, Persönlichkeitsrechte im Einzelnen

Mit einem allgemeinen (praktisch alle Lebensbereiche umfassendes) Maskentragegebot bzw. Abstandsgebot (Durchgesetzt etwa durch eine 3G Pflicht am Arbeitsplatz) verletzt der demokratische Rechtsstaat ein – bisher als vollkommen selbstverständlich angesehenes –Tabu.

Der **Staat** behandelt mit dem allgemeinen **Maskentrage- bzw. Abstandsgebot/Kontakt-/Betretungsverbot** zum Zweck der Vermeidung der Verbreitung der Krankheit COVID-19 **den Bürger als potentiellen Gefährder der Gesundheit Dritter**. Wird jeder Bürger als Gefährder betrachtet, vor dem andere geschützt werden müssen, wird ihm zugleich die Möglichkeit genommen, zu entscheiden, welchen Risiken er sich selbst aussetzt. **Das freie Subjekt, das selbst Verantwortung für seine und die Gesundheit seiner Mitmenschen übernimmt, ist insoweit suspendiert. Alle Bürger werden vom Staat als potentielle Gefahrenquellen für andere und damit als Objekte betrachtet, die mit staatlichem Zwang „auf Abstand“ gebracht werden müssen.**

Zur Verletzung der Menschenwürde im Besonderen: Bei einem allgemeinen Maskentrage- bzw. Abstandsgebot/Kontakt-/Betretungsverbot handelt es sich um einen schweren Eingriff in die Grund- und Freiheitsrechte. Es gehört zu den grundlegenden Freiheiten des Beschwerdeführers in einer freien Gesellschaft, dass er selbst bestimmen kann, mit welchen Menschen (deren Bereitschaft vorausgesetzt) und unter welchen Umständen er in Kontakt tritt. Die freie Begegnung der Menschen untereinander zu den unterschiedlichsten Zwecken ist zugleich die elementare Basis der Gesellschaft. Der Staat hat sich hier grundsätzlich jedes zielgerichteten regulierenden und beschränkenden Eingreifens zu enthalten. **Mit einem allgemeinen Kontaktverbot verletzt der demokratische Rechtsstaat ein – bisher als vollkommen selbstverständlich angesehenes –Tabu.**

Unter den tatsächlich gegebenen Umständen verletzt der Staat danach mit einem allgemeinen, praktisch alle Lebensbereiche abdeckenden, Maskentragegebot bzw. Abstandsgebot (3G Pflicht) den mit der Menschenwürde bezeichneten Achtungsanspruch des Bürgers.

Die vorgenannten Eingriffe sind zudem keineswegs lapidar, sondern für den Beschwerdeführer bzw. den Einzelnen oft sehr einschneidend oder gar existenzvernichtend (**Erwerbsausübungsfreiheit**) und gesamtgesellschaftlich eine

Katastrophe. **Gegen Corona und andere Atemwegsinfekte kann sich der Einzelne bzw. der jeweilige Antragsteller eigenverantwortlich schützen. Gegen die genannten „Kollateralschäden“ ist er hingegen (wirtschaftlich) schutzlos ausgeliefert.**

Umso erschreckender und unverständlicher ist es, dass sowohl die BReg, im Besonderen der Verordnungsgeber Gesundheitsminister, die mahnenden Stimmen wohlbeleumundeter Experten offenbar in den Wind schlagen. Woran dies liegt, kann nur gemutmaßt werden; vielleicht daran, dass diejenigen Menschen, die kurzfristig an Corona erkranken oder gar versterben, für alle deutlich sichtbar sind. Diejenigen aber, die sich aufgrund von Arbeitslosigkeit oder von psychischen Erkrankungen das Leben nehmen, die vereinsamen und dadurch krank werden oder die beispielsweise Vorsorgeuntersuchungen aus Furcht nicht wahrnehmen oder auf Grund eingeschränkter Kapazitäten keine Arzttermine bekommen, sind hingegen nicht derart sichtbar. Insbesondere kann die Kausalität einer Erkrankung nicht so gut belegt werden, was auch einen Vorwurf an die belangte Behörde Gesundheitsminister schwieriger macht. **Dies alles sind diffuse Spätfolgen, die allerdings kommen werden und das mit massiver Wucht. Diese müssen einkalkuliert werden. Das ist bislang nicht, jedenfalls nicht in ausreichendem Maße erfolgt. Insbesondere mangelt es den Verordnungen an einer vorangegangenen Analyse hierzu und an einer detaillierten Begründung in den Gesetzesmaterialien.**

Pointiert formuliert: Die Abwägung Leben gegen Leben hat nicht stattgefunden!

Dieser Gedanke führt auch zu einer weiteren Erwägung: Fest steht, dass das Virus nicht gefährlicher als das Influenza-Virus ist (Meta-Studie von *John Ioannidis et al* für die WHO, Oktober 2020 ^(FN 5. in audiatur-Bericht*)). Seit Bestehen der 2. Republik ist unser Gesundheitssystem bei einer Grippewelle noch nie an die Grenzen seiner Belastbarkeit gestoßen. Warum sollte es dieses Mal so sein? Fest steht aber auch, dass die BReg, im Besonderen die belangte Behörde, auch über Institutionen, wie die AGES (deren Daten von den Medien übernommen werden) eine erhebliche Panik verbreiten und die Gefährlichkeit überzeichnen. Dies wiederum führt zu übervorsichtigem Handeln insbesondere in den Pflegeheimen und bei den Hausärzten, die in nur noch geringerem Maße die Verantwortung für den Tod eines Menschen übernehmen wollen. Dies führt sogar so weit, dass in Intensivstationen sogar nicht behandlungsbedürftige Verdachtsfälle eingewiesen werden, die die Krankenhäuser weiter füllen. Durch die verbreitete Hysterie und Panik – die niemals gute Ratgeber sind – gerät unser Gesundheitssystem in die Gefahr, nunmehr tatsächlich an die Grenzen seiner Belastbarkeit zu stoßen, was bedeutet, dass Menschen, die sonst hätten behandelt werden können, unbehandelt bleiben oder schlechter als möglich behandelt werden (im Einzelnen dazu siehe bitte audiatur-Bericht* S.144).

Der durch die Normen bewirkte **Eingriff in die Bewegungsfreiheit bzw. allgemeine Handlungsfreiheit** (vom Gleichheitssatz umfasst, in § 16 ABGB zum Ausdruck gebracht) ergibt sich aus dem Zwang, die Maske tragen, Kontaktbeschränkungsbestimmungen et al einhalten zu müssen. Bei vordergründiger Betrachtung könnte man annehmen, das Tragen einer Mund Nasen-Bedeckung oder ein allgemeines Abstandsgebot sei „nicht so schlimm“. Allerdings erweist es sich in der persönlichen Wahrnehmung der klagenden Partei sowohl für diese selbst als auch gesamtgesellschaftlich als massives Problem. Der Mensch kommuniziert in hohem Maße mit Mimik, insbesondere mit Lächeln und anderen Gesichtsausdrücken. Das findet im Alltag praktisch nicht mehr statt. Dies führt zu einer Entfremdung der Menschen voneinander, eine Gefühlskälte tritt ein. Zudem scheitert oft eine sonst gelungene Kommunikation, da die Menschen Späße oder Ernste Ansprachen nicht mehr verstehen, wenn man den passenden Gesichtsausdruck dazu nicht vermitteln kann. Ferner ist das Sprechen gestört, die Maske beeinträchtigt den Klang der Worte, man wird nicht mehr so gut gehört und hört die anderen auch schlechter.

Das **Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz** ist durch das unverhältnismäßige Einteilen der Menschen in Maskenträger und Nicht-Maskenträger, bzw. (un)geimpft, (un)getestet, (nicht)genesen, gegeben (unsachliche Differenzierung aufgrund unzureichender Kriterien zur Risikoabwägung; dies unter Verwendung untauglicher Mittel). Ohne signifikante Wirkung, wird der klagenden Partei das Maskentragen, Testen/Impfen/Genesen (sein; sic) auferlegt, widrigenfalls diese bestimmte Orte insb. nicht betreten oder dort verweilen darf.

Nachfolgend noch weitere Ausführungen zu den in **FN.23** (S.13) bereits benannten Grundrechten:

1. Achtung der Menschenwürde, Grundrecht auf Leben (Art. 85 B-VG, Art. 2 EMRK, 6. ZPMRK), Gewährleistung der Menschenwürde (§ 16 ABGB)

Das Verfassungsrecht kennt keine ausdrückliche Gewährleistung der Menschenwürde und des Rechts auf freie Entfaltung der Persönlichkeit wie Art 1 Abs 1 und Art 2 Abs 1 GG. Es ist undenkbar, dass die Menschenwürde in Österreich nicht verfassungsrechtlich gewährleistet sein soll. Ihr Schutz liegt vielmehr den Gewährleistungen der einzelnen Freiheitsrechte durch das StGG wie auch dem – sehr weitreichenden – Schutz personenbezogener Daten durch die Verfassungsbestimmung des § 1 DSG als selbstverständlich voraus. Das entspricht der überzeugenden Ansicht von *Ermacora, F. Bydlinski und Canaris*. **Danach ist der Schutz der Menschenwürde die „materielle Grundnorm“ der gesamten österr Rechtsordnung, was positivrechtlich vor allem in**

§ 16 ABGB Ausdruck gefunden hat⁵⁵. Natürlich heißt das nicht, dass nun § 16 ABGB in den Rang von Verfassungsrecht erhoben werden soll, sondern lediglich, dass in dieser Vorschrift in besonders signifikanter Weise jene ungeschriebene Grundnorm anklingt, in der letztlich alle einzelnen Menschenrechte wurzeln.

Historisch fußt diese Ansicht auf *Zeillers* Deutung von § 16 ABGB, der darin das „*Urrecht*“ verankert sieht und dieses als „*das Recht der Persönlichkeit, das ist das Recht, die Würde eines vernünftigen, freihandelnden Wesens zu behaupten*“ bestimmt⁵⁶.

Noch klarer wird der geistesgeschichtliche und rechtsphilosophische Zusammenhang, wenn man sich auf *Kant* besinnt (der bekanntlich das Denken *Zeillers* wesentlich geprägt hat)⁵⁷. Er formuliert pointiert: „*Das angeborene Recht ist nur ein einziges*“ und entnimmt daraus analytisch einzelne „*Befugnisse, (die) alle schon im Prinzip der angeborenen Freiheit liegen*“⁵⁸.

Auf dieser Linie liegt es auch, wenn die deutsche Verfassungsrechtsdoktrin die Würde des Menschen gemäß Art 1 GG als „*Muttergrundrecht*“ der nachfolgenden Freiheitsrechte deutet. Im Übrigen muss unterstrichen werden, dass der BGH und das BVerfG das allgemeine Persönlichkeitsrecht keineswegs nur aus dem Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit gem Art 2 Abs 1 GG hergeleitet, sondern ganz wesentlich auch auf die Menschenwürde gem Art 1 Abs 1 GG gestützt haben⁵⁹ – was im Schrifttum nicht immer genügend beachtet wird.

⁵⁵ Vgl *Ermacora*, Handbuch der Grundfreiheiten und der Menschenrechte (1963) 60; *F. Bydlinki*, JBl 1965, 253 f sowie *denselben*, Arbeitsrechtskodifikation und allgemeines Zivilrecht (1969) 28 f; ähnlich ferner zB *Ostheim*, Zur Rechtsfähigkeit von Verbänden im österreichischen bürgerlichen Recht (1967) 100 ff; *Reischauer*, DRdA 1973, 213; *Aicher* in *Rummel* Rz 3 zu § 16; *Posch* in *Schwimmann* Rz 3 zu § 16; *Canaris*, Grundprobleme des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, JBl 1991, 205
⁵⁶ *Zeiller*, Das natürliche Privat-Recht³ (1819) 65.

⁵⁷ Vgl dazu zB *Wellspacher*, ABGB-FS (1911) I 180 ff; *Swoboda*, Das ABGB im Lichte der Lehren Kants (1926) 40 ff; *Schmidlin* in *Selb-Hofmeister* (Hrsg), Franz von Zeiller (1980) 192 ff; *Wesener* ebenda 248 ff.

⁵⁸ Vgl *Kant*, Metaphysik der Sitten, Erster Teil, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre (1797) Akademieausgabe Bd VI 237 f. Dass Kant diese Passage, wie er sagt, „*in die Prolegomenen geworfen*“ hat, entspricht völlig ihrem Sachgehalt, weil das „**angeborene Recht**“ sowohl dem **Privatrecht als auch dem öffentlichen Recht vorausliegt**.

⁵⁹ Eine wichtige praktische Konsequenz aus der Anbindung an Art 1 Abs 1 GG besteht darin, dass die Handlungsfreiheit verfassungsrechtlich kein Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist, vgl BVerfGE 54, 148, 153.

2. Recht auf Freiheit

Unter dem Recht eines Menschen auf Freiheit ist nicht bloß das Recht auf körperliche Bewegungsfreiheit zu verstehen, sondern auch die Willensbildungsfreiheit. §§ 1328, 1329 ABGB und § 99 StGB sind die konkreten Anhaltspunkte für ein Persönlichkeitsrecht auf körperliche Freiheit im österr Recht

Vor einer Beeinträchtigung der Willensbildungsfreiheit will die Rechtsordnung grundsätzlich nur schützen, wenn diese vorsätzlich erfolgt. Das geht aus §§ 105 ff StGB und auch aus § 874 ABGB hervor.⁶⁰

3. Recht auf Wahrung der Geheimsphäre

In einer grundlegenden Entscheidung hat der OGH im Jahre 1978 das Recht auf Wahrung der Geheimsphäre als ein iSd § 16 angeborenes Recht anerkannt.⁶¹ Die Existenz einer großen Anzahl von Vorschriften auf verfassungsrechtlicher⁶² und auf einfachgesetzlicher Ebene⁶³ weist die Schutzwürdigkeit des höchstpersönlichen Lebensbereichs als eine Grundwertung der Rechtsordnung aus.

4. Recht auf Privat- und Familienleben (§ 8 EMRK)⁶⁴

Nach Art 8 Abs 1 EMRK hat jedermann Anspruch auf Achtung seines Privat- und Familienlebens. Die Bestimmung des Art 8 EMRK enthält insgesamt vier Teilgewährleistungen, wobei die Rechte auf Privatleben, auf Achtung der Wohnung und des Briefverkehrs auch juristischen Personen gewährleistet werden, das Recht auf Familienleben nur natürlichen Personen. Eng mit Art 8 EMRK verknüpft ist das Recht auf Datenschutz gemäß § 1 DSGVO.⁶⁵

⁶⁰ Zutreffend weist *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, ABGB³ (Klang) § 16 Rz 91 darauf hin, dass der Schutz der Freiheit auch über die Regeln zur Auslegung und Nichtigkeit von Rechtsgeschäften (§§ 870, 879) „*zivilrechtliche Wirksamkeit*“ entfaltet.

⁶¹ OGH 24. 10. 1978, 4 Ob 91/78 = SZ 51/146; vgl auch 23. 5. 1984, 1 Ob 550/84 = SZ 57/98; 24. 11. 1992, 4 Ob 98/92 = AnwBl 1993, 269 (*Graff*).

⁶² Art 10, 10a StGG; Art 8 EMRK; § 1 DSGVO idF BGBl I 2012/51.

⁶³ §§ 6, 7 MedienG; §§ 118 ff StGB; §§ 77, 78 UrhG.

⁶⁴ *Grabenwarter/Krauskopf* in *Resch/Wallner* Medizinrecht: Handbuch³ (2020), I, Pkt 5.3.3.

⁶⁵ Vgl hierzu ausführlich zB *Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSGVO 2000, in FS Schäffer (2006) 313.

Der Bestimmung des Art 8 EMRK kommt in Bezug auf das Gesundheitsrecht eine Schlüsselrolle zu. Dies begründet sich damit, dass das Recht auf Privatleben einen umfassenden Schutz der wesentlichen Ausdrucksmöglichkeiten der Persönlichkeit gewährleistet und damit einen Grundsatz der Selbstbestimmung normiert, der zB für die Aufklärung über medizinische Eingriffe und für die Verschwiegenheit über dieselben maßgeblich ist.⁶⁶

Umfassend gewährleistet sind die körperliche und geistige Integrität,⁶⁷ weshalb Zwangsuntersuchungen,⁶⁸ mit medizinischen Behandlungen verbundene Maßnahmen zur Datenspeicherung- und Datensammlung,⁶⁹ Regelungen über Sterbehilfe,⁷⁰ über die Bereitstellung von Embryonen zu Forschungszwecken,⁷¹ in den Schutzbereich des Art 8 EMRK fallen.

Die Bestimmung des Art 8 EMRK schützt die geschlechtliche Identität und Selbstbestimmung und garantiert das **Recht, dass der Grundrechtsträger selbst über seinen eigenen Körper verfügen können soll.**⁷²

Eine staatlich angeordnete Zwangsuntersuchung oder Behandlung, selbst wenn die körperliche Belastung im Einzelfall als gering einzustufen ist, stellt nach der Rechtsprechung des EGMR einen Eingriff in das Grundrecht auf Privatleben dar.⁷³

⁶⁶ *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger*, Bundesverfassungsrecht 11 Rz 1421.

⁶⁷ *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht 4 Rz 464; *Öhlinger/Eberhard*, Verfassungsrecht¹² Rz 812.

⁶⁸ EGMR 5. 7. 1999, 31.534/96, *Matter/SVK*; VwGH 20. 10. 2004, 2003/08/0271

⁶⁹ Spezifischer ist das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSGVO ausgestaltet. Danach hat jeder Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten, soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht. Im Zusammenhang mit der Gesundheit einer Person erhobene Daten können zumeist als besonders schutzwürdige Daten gewertet werden (vgl § 4 Z 2 DSGVO). Näher zum Datenschutz *Schwamberger*, Einige gesundheitsrechtlich relevante Aspekte des Datenschutzgesetzes 2000, RdM 1999, 131; *Grabenwarter*, Verfassung und Informationsgesellschaft, in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), Grundrechte in der Informationsgesellschaft (2001) 48; *Jahnel*, Das Grundrecht auf Datenschutz nach dem DSGVO 2000, in FS Schäffer (2006) 313.

⁷⁰ EGMR 29. 4. 2002, 2346/02, *Pretty/GBR*.

⁷¹ EGMR 27. 8. 2015, 46470/11, *Parrillo/IT*

⁷² *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 7.

⁷³ EKMR 13. 12. 1979, 8278/78, *X/Österreich*; EKMR 16. 10. 1996, 29034/95, *Cieslar*, Rn 1; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 7 mwN; EKMR 10. 12. 1984, 10435/83, *Acmanne*, DR 40, 251 (verpflichtende Untersuchungen auf Tuberkulose bei Kindern); EKMR 13. 12. 1978, 8239/78, *X/Österreich*, DR 16, 189 (Entnahme von Blutproben); EKMR 7. 5. 1981, 8334/78, *X/Österreich*, DR 24, 103 (Untersuchung auf geistige Zurechnungsfähigkeit). Zur medizinischen Behandlung ohne Zustimmung einer Person und damit unter staatlichem Zwang vgl EGMR 13. 5. 2008, 52515/99, *Juhnke/TUR*, Rn 76 f; EGMR 7. 10. 2008, 35228/003, *Bogumil/POR*, Rn 73.

Durch die Garantie der körperlichen Unversehrtheit kommt es zu Gemeinsamkeiten mit dem Schutzbereich des Art 3 EMRK. Eine Grenze zwischen diesen beiden Bestimmungen ist im Hinblick auf die Schwere und die Qualität iSd Missachtung der betroffenen Person des Eingriffs zu ziehen.⁷⁴

Jene legitimen Ziele oder auch öffentlichen Interessen, die einen Eingriff in die Rechte des Art 8 EMRK rechtfertigen können, sind die nationale Sicherheit, die öffentliche Ruhe und Ordnung, das wirtschaftliche Wohl des Landes, die Verteidigung der Ordnung, die Verhinderung von strafbaren Handlungen, der Schutz der Gesundheit und der Moral und der Schutz der Rechte und der Freiheiten anderer. Dem Gesetzgeber wird durch Art 8 Abs 2 EMRK ein umfassendes Spektrum an Eingriffszielen zur Verfügung gestellt. Dies darf allerdings nicht so verstanden werden, dass Art 8 Abs 1 EMRK unter einen Generalvorbehalt gestellt wäre.⁷⁵

Im Hinblick auf die Ableitung von Gewährleistungspflichten erweist sich Art 8 EMRK für die Rechtsprechung als besonders ergiebig. Der EGMR hat hierzu ausgesprochen, dass der Staat sinnvolle und angemessene Maßnahmen zu treffen habe, um die durch Art 8 EMRK gewährleisteten Rechte zu sichern.⁷⁶

5. Die Eigentumsgarantie (Art 5 StGG) ⁷⁷

Sowohl Art 5 StGG als auch Art 1 1. ZPEMRK garantieren dem Einzelnen das Recht, Eigentum zu erwerben und darüber zu verfügen. Diese Garantie besteht ebenso wie die Erwerbsfreiheit nicht schrankenlos, sondern kann durch den Gesetzgeber in verhältnismäßiger Weise begrenzt werden. Der Schutzbereich der Eigentumsfreiheit umfasst nach der Rechtsprechung des VfGH alle vermögenswerten Privatrechte,⁷⁸ aber auch Ansprüche aus obligatorischen Schuldverhältnissen oder sonstige zivilrechtliche Ansprüche erfassen.

Auch die Privatautonomie des Einzelnen ist von der Eigentumsgarantie mit eingeschlossen, was dazu führt, dass Einschränkungen der Freiheit privatrechtliche Verträge abzuschließen, nur unter den für Eigentumsbeschränkungen geltenden Bedingungen zulässig sind.

⁷⁴ Vgl EGMR 13. 5. 2008, 52515/99, *Juhnke/TUR*, Rn 69 ff.

⁷⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 42.

⁷⁶ ZB EGMR 8. 7. 2003, 36022/97, *Hatton ua/GBR*, Rn 95.

⁷⁷ *Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner Medizinrecht: Handbuch*³ (2020), I, Pkt 5.3.5 Rz 57

⁷⁸ *Berka*, Verfassungsrecht⁷ Rz 1543; *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht⁴ Rz 486; vgl auch den Schutzbereich des Art 1 1. ZPEMRK; *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 25 Rz 3.

6. Die Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG)⁷⁹

Art 6 StGG garantiert das Recht für jeden Staatsbürger, unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig ausüben zu dürfen. Art 6 StGG steht seinem Wortlaut nach unter einem (bloß) formellen Gesetzesvorbehalt. Das führte ursprünglich dazu, dass der Gesetzgeber der Erwerbsfreiheit relativ voraussetzungs- und einschränkungslos Bedingungen auferlegen konnte. Bis zum Jahr 1989 entwickelte der VfGH in einer bemerkenswerten Judikatur einen neuen Maßstab für die Prüfung des Grundrechts auf Erwerbsfreiheit, der sich am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz orientiert.⁸⁰ Eine Beschränkung der Erwerbsfreiheit ist heute nur dann zulässig, wenn diese im öffentlichen Interesse liegt, die beschränkende Maßnahme ein zur Verfolgung dieses öffentlichen Interesses taugliches und adäquates Mittel bildet und auch sonst sachlich zu rechtfertigen ist.⁸¹

7. Der Gleichheitssatz (Art 7 B-VG; Art 2 StGG)⁸²

Der Gleichheitsgrundsatz ist in Art 7 B-VG und beinahe wortgleich in Art 2 StGG normiert. Auch Art 14 EMRK kennt ein Verbot der Benachteiligung, dies allerdings nur in Bezug auf die Rechte der EMRK. Der Gleichheitsgrundsatz wird sowohl auf die Gesetzgebung als auch auf die Vollziehung erstreckt⁸³ und beinhaltet in erster Linie ein Gleichbehandlungsgebot, wonach rechtliche Unterschiede nur dort vorzusehen sind, wo sie sachlich gerechtfertigt sind,⁸⁴ und damit verknüpft auch ein umfassendes Willkürverbot.⁸⁵

Der Gleichheitsgrundsatz wurde im Rahmen der Rechtsprechung des VfGH zu einem allgemeinen Sachlichkeitsgebot weiterentwickelt.⁸⁶ Danach hat jede gesetzliche Regelung unabhängig von einem Vergleich mit einer anderen gesetzlichen Regelung sachlich zu sein. Der VfGH überprüft zum Teil nur noch, ob die einzelne Regelung sachlich ist,⁸⁷ wobei

⁷⁹ Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner Medizinrecht: Handbuch³ (2020), I, Pkt 5.3.6 Rz 59ff

⁸⁰ Vgl ausführlich zur Entwicklung der Judikatur zur Erwerbsfreiheit Grabenwarter, Erwerbsfreiheit 85. Insb VfSlg 10.179/1984; 11.483/1987.

⁸¹ Vgl ua VfSlg 11.483/1987, 13.704/1994, 13.725/1994, 14.038/1995, 17.960/2006.

⁸² Grabenwarter/Krauskopf in Resch/Wallner Medizinrecht: Handbuch³ (2020), I, Pkt 5.3.7 Rz 62ff

⁸³ Öhlinger/Eberhard, Verfassungsrecht¹² Rz 760 ff.

⁸⁴ Hierfür müssen die Unterschiede auch im Tatsächlichen bestehen; vgl VfSlg 17.143/2004.

⁸⁵ Vgl VfSlg 3197/1957, 7400/1974.

⁸⁶ Vgl zB VfSlg 13.781/1994, 14.362/1995, 15.836/2000.

⁸⁷ Vgl VfSlg 13.781/1994, 14.362/1995, 15.836/2000.

insbesondere auf die Verhältnismäßigkeit der Regelung abgestellt wird.⁸⁸ Grundsätzlich verfügt der Gesetzgeber auch hier über einen weiten rechtspolitischen Gestaltungsspielraum. Der VfGH erkennt diesen an und hat ausgesprochen, dass der Gleichheitssatz nicht als Maßstab dient, die Zweckmäßigkeit einer Regelung zu beurteilen.⁸⁹ Allerdings ist der VfGH von seiner früheren Rechtsprechung („Exzess-Judikatur“) mittlerweile abgegangen, der zufolge eine Regelung nur dann als unsachlich zu qualifizieren war, wenn sie einen groben Verstoß des Gesetzgebers darstellte. Heute können auch andere rechtspolitische Entscheidungen des Gesetzgebers vom VfGH als unsachlich beurteilt werden.⁹⁰

Es liegt ein **Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz** („Nichtdiskriminierungsgrundsatz“)⁹¹ vor, da die Maßnahme eine unterschiedliche Behandlung für den Zugang zu bestimmten Orten (Arbeitsplatz, Freizeiteinrichtungen, Gastronomie, körpernahe Dienstleister etc.) vorsieht, je nachdem, ob die oben genannte Bescheinigung vorhanden ist oder nicht, bzw. indem zwischen (un)getestet, (un)geimpft bzw. (nicht) genesen unterschieden wird. **Das ist weit mehr als nur eine diskriminierende Behandlung.**

Die **Maßnahmen sind weder geeignet, noch erforderlich, noch angemessen** (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn), um das angestrebte Ziel, nämlich den Schutz des Lebens, der Gesundheit und der körperlichen Unversehrtheit, zu erreichen. **Der verpflichtende Nachweis über eine geringe epidemiologische Gefahr verhindert nicht 100 % der möglichen Ansteckung, sodass die Eignung dieses Zertifikates fraglich ist. Auf die Situation in den einzelnen Gemeinden oder Betrieben wird ebensowenig Rücksicht genommen.** Es bestehen ernsthafte Zweifel an der Erfüllung der Voraussetzungen Geeignetheit, Erforderlichkeit Verhältnismäßigkeit (Angemessenheit).

Im Besonderen müsste mittlerweile eindeutig bewiesen werden, dass die größte Anzahl von Infektionen ihren Ursprung zB an Betriebsstätten haben (und in anderen Orten, die mit der dargestellten Maßnahme belegt sind). **In diesem speziellen Fall bieten weder die angezogene „COVID-VO“ noch die Verordnungsbegründung, die notwendigen Daten oder Begründungen dafür.** Diese sind eindeutig unzureichend, und führen zur Begründung weiters reine Wahrscheinlichkeitsberechnungen an.

⁸⁸ Vgl VfSlg 17.890/2006

⁸⁹ VfSlg 15.031/1997; VfSlg 19.077/2010.

⁹⁰ *Grabenwarter/Holoubek*, Verfassungsrecht. Allgemeines Verwaltungsrecht 4 Rz 595.

⁹¹ Weiters, auf Österreich übertragen: Art 7 Abs 1 B-VG, Art 2 StGG) und eine Verletzung des Rechts auf persönliche Freiheit (BVG) über den Schutz der persönlichen Freiheit (Art.9 Abs.1 VN-Zivilpakt; Art.5 MRK), sowie die Achtung der Menschenwürde, Recht auf Leben (Art. 85 B-VG, Art. 2 MRK; 6. ZPEMRK)

Es wurde lediglich formal eine Frist für das Wirksamwerden der Maßnahme festgelegt, da in regelmäßigen Abständen Verordnungen erlassen werden, die in allen neuralgischen Punkten (etwa Testnachweis et al) inhaltlich gleich sind. Daraus ergibt sich, dass die Maßnahme **auf unbestimmte Zeit und mit der Tendenz zur Dauerhaftigkeit verhängt wird, ohne dass bekannt ist, nach welchen Kriterien sie aufgehoben oder geändert werden kann.**

F. Zusammenfassung

Eine mittelbare Drittwirkung ist im Allgemeinen zu bejahen, als die im österreichischen bürgerlichen Recht geltenden guten Sitten Eintrittspforten für die Geltung der Grundrechte im Privatrecht sind⁹². Auch in Deutschland ist die „*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte in das bürgerliche Recht*“ im Wege der guten Sitten sowie von Treue und Glauben anerkannt⁹³.

In der privatrechtlichen Geschäfts- und Arbeitswelt darf demnach der stärkere Vertragspartner den unterlegenen Teil kein grundrechtswidriges Verhalten aufzwingen, da dies gegen die im bürgerlichen Recht verankerten guten Sitten verstoßen würde. Zum Beispiel darf der Geschäftsführer einer Elektrotechnik- oder Möbelkette seine Kunden nicht indirekt zum Tragen von Masken nötigen, indem er für den Fall der Verweigerung des Betretens der Verkehrsfläche oder der Verkaufsfläche mit den Warenerwerb untersagt. Ebenso ist es dem Arbeitgeber untersagt, Klauseln in Arbeitsverträge aufzunehmen oder mittels Dienstanweisung zu verfügen, die im Betrieb das 3G Regelungsregime umsetzt.

Ganz grundlegend hat der Staat, die Republik, im Sinne des Vorsorgeprinzips eine Schutzpflicht wahrzunehmen, die dem Bürger vor Gesundheitsschäden bewahrt. Davon sind sämtliche Corona-Maßnahmen erfasst, die mit der Schädigung der Gesundheit einhergehen. Weiteres geht mit der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte auch ein staatlicher Schutzauftrag in Richtung sämtlicher Grundrechte einher. Der Staat hat nämlich „*bei fehlender Machtsymmetrie den unterlegenen Bürger vor der Beeinträchtigung seiner Grundrechte durch den überlegenen Bürger zu bewahren.*“

Es gehört schließlich zum Wesen des Staates selbst „*für Frieden und Rechtssicherheit in seinem Herrschaftsbereich zu sorgen*“. Ansonsten wäre der umfassende Verzicht der Bürger auf ihr naturgegebenes Recht zur Selbstverteidigung inakzeptabel. Der Schutzauftrag

⁹² *Walter/Meyer*, Fn 651, S.549/Rn 1331

⁹³ *Balling et al*, Fn 686, S.75 83ff und 108-110

verpflichtet daher den Staat, bei einem besonders starken Machtgefälle zwischen den Vertragsparteien „*einen angemessenen Ausgleich durch Spezialgesetze auszustellen*“.⁹⁴

Diese für die deutsche Rechtsordnung gültigen Aussagen sind aufgrund der nahezu identischen Grundlage durchwegs auch in Österreich anzuwenden. Bekanntlich hat der Staat anlässlich des von ihm selbstgeschaffenen Covid-19-Regelungsregimes keine speziellen Ausgleichsgesetze, sondern – ganz im Gegenteil – eine **bedrückende Gesamtunrechtslage** geschaffen, die an Unrechtmäßigkeit kaum zu überbieten ist. **Durch behördliche und gesetzliche Auflagen und Verpflichtungen, werden die „übermächtigen“ Vertragspartner gerade dazu veranlasst bzw. genötigt, ihre Machtposition zu missbrauchen, um in die Grundrechte der unterlegenen Vertragspartner (ihrer Kunden) einzugreifen.** Ansonsten vermeinen die wirtschaftlich überlegenen Vertragspartner nämlich mit einer Reihe von Sanktionen zu unterliegen, die von einer Geldstrafe bis zu einer kompletten Betriebsschließung reichen sollen.

Da in der Verordnung jedoch keine Verpflichtung des Arbeitgebers zur 3G-Überprüfung vorgesehen ist, scheidet eine Bestrafung bereits nach grundsätzlichen rechtlichen Erwägungen von vornherein aus.

Eine solche Verpflichtung kann auch nicht auferlegt werden, da der Staat nicht derart in privatrechtliche Verträge eingreifen kann.

Um das vermeintliche Risiko zu minimieren, **verschärfen** einige übermächtige Geschäftspartner sogar die offiziellen Corona-Maßnahmen („jeder trägt Maske“; „nur 1G“). Schließlich handelt der in der Regel selbst vor der Regierung eingeschüchterte Unternehmer, der in seiner wirtschaftlichen Existenz bedroht und daher intensiv genötigt ist, die behördlichen Anordnungen genau zu vollziehen, quasi als mehr oder weniger unfreiwilliger Erfüllungsgehilfe des illegal handelnden Staates. **Im Endeffekt handelt es sich wohl vorliegend um einen - historisch einzigartigen - Anlassfall, der jedenfalls eine mittelbare, wenn nicht sogar unmittelbare, Drittwirkung der Grundrechte bewirkt.** Folglich kann der unterlegene Geschäftspartner vom überlegenen Teil die Beachtung seiner Grundrechte mit Nachdruck einfordern, widrigenfalls einen Anspruch auf Feststellung-, Unterlassung-, ggf. Schadenersatz et al. hat. Dies kann alternativ gegen den Unternehmer als Vertragspartner, wie auch gegen den Staat geltend gemacht werden.

Eine andere Fallkonstellation liegt dann vor, wenn der überlegene Geschäftspartner nach eigenen Wirkungskriterien Auflagen verfügt, die seine Arbeitnehmer/Kunden, wollen sie das Geschäftslokal betreten, zu befolgen haben. **Hier ist etwa durchgehende**

⁹⁴ *Balling et al*, Fn 686, S.55, 83, 108-110

Maskentragungspflicht für Geschäfte zu nennen, in denen keine Maske zu tragen ist. Ebenso ist die Auflage für Maskenbefreite, Maske zu tragen eine derart überschießende Regelung.

Grundrechtseingriffe werden jedoch nicht nur unmittelbar durch den Staat begangen, sondern aufgrund der zahlreichen Covid-19-Maßnahmengesetze und -verordnungen auch im Privaten - vor allem in der Arbeitswelt. Dies, da die Unternehmer/Arbeitgeber die verfassungswidrigen Normen möglicherweise im Betrieb umsetzen werden. Außer Frage ist, dass der - durch dieses Vorgehen bewirkte - Eingriff in die Grund- und Freiheitsrechte der Kunden/Arbeitnehmer nicht zu rechtfertigen ist. Die Drittwirkung der Grundrechte (in das Vertragsverhältnis) steht diesem Eingriff entgegen.

Immer häufiger werden auch mittels Betriebsvereinbarungen auch **Maskentragungspflichten, bzw. 3G Regelungen** im Unternehmen beschlossen. **Bei dem Abschluss solcher Vereinbarungen sind aber jedenfalls die verschiedenen Grenzen der Verhältnismäßigkeit und der Begründbarkeit zu beachten.** Dies fußt nach ständiger Judikatur auf der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte, die im Wege der Konkretisierung der Generalklausel des § 879 ABGB auch den Teil von Betriebsvereinbarungen und sohin auch auf das Arbeitsrecht durchschlagen und einwirken⁹⁵. Erhebliche verschlechternde Änderungen sind im Rahmen der gebotenen Zumutbarkeitsprüfung **nur dann zulässig, wenn das Ermessen nicht offen unbillig oder missbräuchlich ausgeübt wird und sind bei der Zumutbarkeit somit auch die Grundrechte im Wege der mittelbaren Drittwirkung beachtlich**⁹⁶.

Dies bedeutet, dass im Falle einer Verfassungswidrigkeit der Verordnungen und Gesetze, auf deren eben solche

- (vor)vertragliche Bedingungen (etwa zum Maskentragen)
- Betriebsvereinbarungen
- einzelvertragliche Vereinbarungen
- Dienstanweisungen

beruhen, sich der Arbeitnehmer/(potentielle)Vertragspartner durch die mittelbare Drittwirkung auch im Verhältnis zum Unternehmer/Arbeitgeber auf seine verfassungsrechtlich gewährleistete Grund- und Freiheitsrechte berufen kann, in welche durch die gegenständlichen betriebsspezifischen „Regelungen“ schwerwiegend eingegriffen wird. Von großer Bedeutung ist diese Erkenntnis, da die Aufhebung zahlreicher Covid-19 bedingter Rechtsnormen⁹⁷ darauf hindeuten, dass auch die aktuellen Covid-19-Verordnung Verfassungswidrig ist.

⁹⁵ 9 ObA 104/13d; RS0038552

⁹⁶ 9 ObA 157/13y

⁹⁷ vgl. etwa V 363/2020, V 392/2020, V 405/2020, V 411/2020, V 428/2020, V 429/2020, V 436/2020, V 530/2020, V 533/2020, V 573/2020, G 271/2020, G 272/2020, oder V 2/2021