

Zum Infektions- und Immunstatus im Arbeitsverhältnis

– unter Berücksichtigung von COVID-19

Die Kenntnis von COVID-19-Infektionen von AN kann für AG von großer Bedeutung sein. Verfassungsrechtliche Überlegungen ermöglichen eine differenzierende Sicht über die vertragsrechtliche, kollektivrechtliche und datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Erhebung des Immunstatus von AN.

Von Wolfgang Mazal

A. Einleitung

1. Problemstellung

Im Rahmen ihres Beschlusses über die COVID-19-Impfstrategie hat die österreichische Bundesregierung festgelegt, keine Impfpflicht vorzusehen.¹⁾ Die in diesem Dokument verwendete Formulierung „Dabei wird es keine Impfpflicht geben“ ist allerdings juristisch unscharf und kann sowohl dahingehend verstanden werden, dass keine gesetzliche Impfpflicht geplant ist, als auch, dass niemand auf andere Weise dazu verhalten werden können soll, sich einer Impfung gegen COVID-19 zu unterziehen. Vor dem Hintergrund des geltenden Rechts ist dieser Beschluss wohl jedenfalls dahingehend zu verstehen, dass nicht geplant ist, einen allgemeinen gesetzlichen Impfwang²⁾ einzuführen; ob auch weitergehende Maßnahmen zur Verpflichtung bestimmter Personengruppen oder zur Verhinderung auch indirekter Steuerung des Individualverhaltens in Richtung einer Impfung ergriffen werden sollen, bleibt allerdings auch in späteren öffentlichen Aussagen des zuständigen Bundesministers unklar.³⁾

Offen bleibt die Frage, ob und in welchen Bereichen eine indirekte Verhaltenssteuerung insb durch Impfungen und Testungen des Infektions- und Immunstatus in Arbeitsverhältnissen in Betracht kommt.⁴⁾ Wenn AG für die Beschäftigung den gegen COVID-19 bestehenden Infektions- und Immunstatus kennen oder gar einen gegenüber dieser Erkrankung negativen Infektions- oder positiven Immunstatus als Voraussetzung für die (weitere) Beschäftigung verlangen, kann dies theoretisch einerseits einen Sogeffekt zugunsten von Impfbereitschaft erzeugen, andererseits aber auch Unmut gegenüber einem „indirekten Impfwang“ wecken. Diese Frage ist auch ethisch umstritten, wenn gleich die Resolution 2361 (2021) des Europarats⁵⁾ sowie die Ad-hoc-Empfehlung des deutschen Ethikrats⁶⁾ eine unterschiedliche Behandlung geimpfter und nicht geimpfter Personen durch die jeweiligen Vertragspartner bejahen.

Vor diesem Hintergrund ist zunächst kurz auf medizinische Aspekte einzugehen und sind verfassungsrechtliche und datenschutzrechtliche Rahmenbedingungen daraufhin zu prüfen, wie weit es im Rahmen des Arbeitsverhältnisses zulässig ist, den Infektions- und Immunstatus zu erkunden und zu beeinflussen

und damit auf das Impfverhalten direkt oder indirekt Einfluss zu nehmen.

Dabei kann für Zwecke des vorliegenden Beitrags festgehalten werden, dass de lege lata keine bundesgesetzliche Test- oder Impfpflicht in Arbeitsverhältnissen besteht, dass jedoch verschiedene Vorsorgemaßnahmen einschließlich einer Impfpflicht gem § 17 Abs 3 Epidemiegesetz 1950 (EpiG) für Personen, die sich berufsmäßig mit der Krankenbehandlung, der Krankenpflege oder Leichenbesorgung beschäftigen, sowie für Hebammen verordnet werden könnten, die jedenfalls in eine Test- und Impfpflicht münden können.⁷⁾ Festzuhalten ist auch, dass de lege ferenda weitergehende Test- und Impfpflichten im Interesse einer effektiven

ZAS 2021/14

Art 5, 6 StGG;
Art 4, 8 EMRK;
Art 3, 15, 16 GRC;
Art 6 DSGVO

Testpflicht;
Impfpflicht;
Fragerecht;
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz;
Personalfragebogen

1) So MRV 39/10 vom 24. 11. 2020, BKA: 2020–0.776.318, BMSGPK: 2020–0.769.146, BMLV: S 91150/29-PMVD/2020.

2) Ein staatlicher Impfwang wurde in Österreich seit jeher restriktiv gehandhabt; lediglich das Pockenschutzgesetz 1948 schrieb eine Pflichtimpfung vor, was allerdings primär organisatorischen administrativen Problemen geschuldet war; dazu Memmer, Die Geschichte der Schutzimpfungen in Österreich, in Aigner et al (Hrsg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte (2016) 7 (insb 26 ff mwN).

3) So in der Beantwortung von FAQs am 1. 1. 2021, www.sozialministerium.at/Corona-Schutzimpfung/Corona-Schutzimpfung—Häufig-gestellte-Fragen.html (abgefragt 5. 1. 2021); auch die Praxis leidet unter erheblichen Unsicherheiten; vgl zB www.trend.at/branchen/rechtsschutz/ungeimpft-job-iriseur-verbot-11851343, und Thiele, Diskriminieren, aber richtig, www.cicero.de/innenpolitik/sonderrechte-geimpfte-flugreisen-zwei-klassen-gesellschaft (abgefragt 6. 2. 2021).

4) Vgl den Bericht Wieviel Zwang bei der Impfung erlaubt ist, Wiener Zeitung 26. 12. 2020 mit Stellungnahmen von Stöger, Gruber-Risak und Fischer-Czermak, www.wienerzeitung.at/nachrichten/politik/oesterreich/2086381-Wie-viel-Zwang-bei-der-Impfung-erlaubt-ist.html (abgefragt 28. 12. 2020).

5) <https://pace.coe.int/en/files/29004/html> (abgefragt 6. 2. 2021). Diese Resolution spricht sich gegen eine Diskriminierung, also eine unsachliche Benachteiligung Nicht-Geimpfter aus.

6) Deutscher Ethikrat, Besondere Regeln für Geimpfte? (4. 2. 2021), www.ethikrat.org/mitteilungen/2021/besondere-regeln-fuer-geimpfte/ (abgefragt 6. 2. 2021). Hier wird die Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung Geimpfter und Nicht-Geimpfter im Vertragsabschluss ausdrücklich aus der Privatautonomie abgeleitet.

7) Vgl dazu § 6 Abs 4 der 4. COVID-19-SchuMaVO. Soweit überblickt, berufen sich die Rechtsträger etwa von Pflegeeinrichtungen dazu auf die Empfehlung des zuständigen BM über Impfungen für Personal des Gesundheitswesens im Rahmen des jeweils geltenden Impfplans (derzeit Impfplan 2021) (www.sozialministerium.at/dam/jcr:77169fdc-2c62-4ee1-ae8d-ac98091aca6b/Impfungen_f%C3%BCr_Personal_des_Gesundheitswesens.pdf), so zB www.landesgesundheitsagentur.at/ausbildung/ausbildung-medizin/aerztin-bzw-arzt-in-ausbildung/nachweis-von-impfungen (abgefragt 5. 2. 2021).

Bekämpfung von COVID-19⁸⁾ oder einer epidemiologisch deutlich gefährlicheren Situation⁹⁾ gesetzlich begründet werden könnten. Kern der vorliegenden Ausführungen sind jedoch die Möglichkeiten, das Impfverhalten von AN im Arbeitsverhältnis durch test- und immunitätsbezogene Verhaltenspflichten indirekt zu beeinflussen, wobei der Schwerpunkt den konkreten Fragen der aktuellen COVID-19-Situation gewidmet ist.¹⁰⁾

2. Medizinische Aspekte

In medizinischer Hinsicht ist derzeit davon auszugehen, dass COVID-19 eine durch ein Virus (SARS-CoV-2)¹¹⁾ ausgelöste Erkrankung ist, die häufiger als andere Infektionskrankheiten einer intensivmedizinischen Betreuung bedarf und zu Überlastungen des Gesundheitssystems sowie einer signifikanten Übersterblichkeit führen kann. Auf Grund dessen hat sich Österreich wie viele andere Staaten entschlossen, Maßnahmen zu setzen, die die Infektionsrate reduzieren sollen, insb Kontakteinschränkungen, Betretungsverbote, Testungen, Verbesserungen der Behandlungssituation sowie Impfungen. Soweit sie in das Wirtschaftsleben massiv eingreifen, sind diese Maßnahmen von ökonomischen Stützungen enormen Ausmaßes begleitet. Gemeinsames Ziel ist es, eine Überlastung des Gesundheitswesens zu verhindern, bis ausreichende Impfungs- und Behandlungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen.

Dabei herrscht medizinisch-wissenschaftlicher Konsens darüber, dass bestimmte Testverfahren grundsätzlich geeignet sind, den Infektions- und den Immunstatus iZm COVID-19 zu bestimmen.¹²⁾ Auch gewährleisteten die bis 31. 1. 2020 in der EU zugelassenen oder von der European Medicines Agency (EMA) dazu empfohlenen Impfungen eine hohe Wahrscheinlichkeit der Immunisierung sowie eine geringe Wahrscheinlichkeit von unerwünschten Wirkungen, die über die allgemeinen Impfreaktionen hinausgehen.¹³⁾ Über die zeitliche Dauer der Immunität, die Reduktion der Infektiosität geimpfter Personen sowie die Effektivität gegenüber aktuell bekannten oder in Zukunft auftretenden Virusmutationen besteht, soweit ersichtlich, kein medizinischer Konsens, doch münden die vorliegenden medizinischen Daten in eine eindeutige Empfehlung zur Impfung trotz dieser Unsicherheiten, nicht zuletzt deswegen, weil alternative medizinische Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie nicht ersichtlich sind.

Im Übrigen ist festzuhalten, dass für das Arbeitsverhältnis nicht der Impfstatus, sondern der Infektions- und der Immunstatus relevant sind: Maßgeblich ist letztlich nicht, ob ein AN geimpft ist, sondern ob eine Infektion mit Sars-CoV-2 erfolgte oder ob neutralisierende Antikörper gegen dieses Virus vorliegen, die trotz Kontakt mit einem Krankheitserreger eine Erkrankung an COVID-19 verhindern oder deren Folgen entscheidend mildern und die Wahrscheinlichkeit einer Infektion von Dritten reduzieren. Dieser Status hängt allerdings nicht nur von einer Impfung, sondern auch von einer früheren Infektion oder Erkrankung ab und kann zeitlich variieren.¹⁴⁾

Die weitere Entwicklung der COVID-19-Pandemie ist von erheblichen Unsicherheiten geprägt, die nicht nur von der Verfügbarkeit von Impfungen, sondern auch von den auftretenden Mutationen des Virus, weiteren gesundheitspolizeilichen Maßnahmen sowie deren Akzeptanz in der Bevölkerung und der Entwicklung von Behandlungsmöglichkeiten abhängen.

B. Rahmenbedingungen

1. Verfassungsrechtliche Aspekte¹⁵⁾

In verfassungsrechtlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass die Etablierung einer normativen Verpflichtung, sich einer Testung oder einer Impfung zu unterziehen, unter verschiedenen Gesichtspunkten problematisiert werden kann. Für den vorliegenden Beitrag ist primär der Schutz der körperlichen Integrität relevant, der in Österreich im Rahmen des Rechts auf Privatleben gem Art 8 EMRK sowie durch das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit im Anwendungsbereich des Unionsrechts gem Art 3 GRC grundrechtlich geschützt ist.¹⁶⁾ Eingriffe in diesen Bereich sind daher zwar prinzipiell zulässig, doch daran zu messen, ob sie einem legitimen Ziel dienen, zur Ziel-

8) Diese könnte mE bei COVID-19 unter bestimmten Voraussetzungen vor allem bei Personen mit hoher Kontaktfrequenz etwa in Kinderbetreuungs- und Bildungseinrichtungen ausgeweitet werden, soweit derartige Maßnahmen gegenüber einer weitgehenden Verletzung des Rechts von Kindern auf Bildung, das in Österreich durch Art 2 1. ZP-EMRK verfassungsrechtlich geschützt ist, vorzuziehen sind; idS auch die Ausführungen von *Heissenberger*, Impfen in Österreich, in *Aigner et al* (Hrsg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte 53 (insb 70 mwN).

9) Eine solche könnte etwa bei einer den bisherigen Ebola-Ausbrüchen in Afrika vergleichbaren Situation gegeben sein, bei der die durchschnittliche Fallsterblichkeit bei 50% liegt. Informativ dazu *WHO*, Fact-Sheet Ebola Virus Disease, www.who.int/en/news-room/fact-sheets/detail/ebola-virus-disease (abgefragt 5. 2. 2021). Die Zulässigkeit einer generellen Impfpflicht bejaht auch *Grimm*, Verpflichtende Impfungen von Mitarbeitern im Gesundheitsbereich, in *Aigner et al* (Hrsg), Schutzimpfungen – Rechtliche, ethische und medizinische Aspekte 85 (88 mwN).

10) Veränderungen der Beurteilung insb verfassungsrechtlicher Fragen könnten sich auch bei COVID-19 bei dramatischen Änderungen des epidemiologischen Risikos durch Mutationen ergeben.

11) Für allgemeine epidemiologische Informationen zum Virus siehe www.ages.at/themen/krankheitserreger/coronavirus/, www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html und www.cdc.gov/coronavirus/2019-ncov/hcp/faq.htm (abgefragt 5. 2. 2021).

12) Siehe dazu Primärinformationen unter www.sozialministerium.at/Informationen-zum-Coronavirus/Coronavirus-Haeufig-gestellte-Fragen/FAQ-Testungen-und-Quarantaene.html (abgefragt 30. 1. 2021); verschiedene medizinische Limitationen der Aussagekraft von Tests (etwa hinsichtlich des Ct-Werts bei PCR-Tests) bleiben hier außer Betracht.

13) Siehe dazu die für die Zulassung durch die EMA relevanten Informationen zum Impfstoff von BioNTec/Pfizer www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/comirnaty, zum Impfstoff von Moderna www.ema.europa.eu/en/medicines/human/EPAR/covid-19-vaccine-moderna sowie zum Impfstoff von AstraZeneca www.ema.europa.eu/en/medicines/human/summaries-opinion/covid-19-vaccine-astrazeneca (abgefragt 31. 1. 2021).

14) Im Hinblick auf COVID-19 bestehen über die Dauer des Immunstatus in allen Fällen noch Unsicherheiten.

15) Eine umfassende grundrechtliche Analyse der normativen Steuerung des Impfverhaltens erstellte *Heissenberger* in *Aigner et al* 53 ff. Fragen der Freiheit von Religion und Weltanschauung, die sich iZm der Erhebung und Beeinflussung des Immunstatus stellen, werden im vorliegenden Beitrag ausgeklammert; siehe dazu aber den Beitrag von *Hainz*, Impfstatus im Arbeitsverhältnis, *CuRe* 2021/3.

16) *Frowein* in *Frowein/Peukert* (Hrsg), EMRK-Kommentar⁴ (2019) Art 8 Rz 8; *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte³ (2019) 357 f; *Köchle* in *Holoubek/Lienbacher*, GRC-Kommentar² Art 3 (Stand 1. 4. 2019, rdb.at) sowie statt vieler zB *EGMR* 22. 7. 2003, 24209, Slg 03-IX Rz 33.

erreichung geeignet und erforderlich sind sowie dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen.¹⁷⁾ Dabei hat der EGMR den Vertragsstaaten einen großen Spielraum zugestanden und sogar eine gegen den Willen eines Angehörigen eines Vertragsstaats auf gesetzlicher Basis erfolgte Diphtherieimpfung für zulässig erachtet.¹⁸⁾ Für den EGMR war entscheidend, dass es eine klare gesetzliche Grundlage dafür gab, die das legitime Ziel verfolgte, die Gesundheit zu schützen und auf Basis einer Abwägung der individuellen Interessen gegen das öffentliche Interesse am Gesundheitsschutz in einer demokratischen Gesellschaft notwendig war. Dabei hat für den EGMR auch eine Rolle gespielt, dass es keinen Hinweis darauf gab, dass die Impfung die Gesundheit des Beschwerdeführers beeinträchtigt hätte.¹⁹⁾

Verfassungsrechtlich relevant ist auch das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit gem Art 6 und 18 StGG, Art 4 EMRK sowie Art 15 und 16 GRC, aus dem allerdings andere Wertungen maßgeblich werden: Während unter dem Blickwinkel des Schutzes der körperlichen Integrität das öffentliche Interesse für die Grundrechtseinschränkung durch verpflichtende Testung und Impfung in einer Reduktion des Infektionsgeschehens liegen kann,²⁰⁾ ist unter dem Blickwinkel der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) eine Grundrechtseinschränkung durch die Etablierung einer gesetzlichen Test- und Impfpflicht für Kontaktpersonen und die Angehörigen bestimmter Berufe durch das Ziel zu rechtfertigen, neben der Verhinderung einer Weiterverbreitung der Infektion auch vulnerable Gruppen zu schützen.²¹⁾

Normative Maßnahmen, die das Test- und Impfverhalten betreffen, sind auch vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich im Wege des Eigentumsrechts geschützten Privatautonomie zu beurteilen.²²⁾ Staatliche Eingriffe in privatrechtliche Rechtsgeschäfte sind nur unter den für Eigentumsbeschränkungen geltenden Schranken zulässig.²³⁾ Zu diesen existieren umfangreiche Judikatur und Literatur, die sich für Zwecke der vorliegenden Untersuchung auf einer abstrakten Ebene dahingehend zusammenfassen lassen, dass der Staat auf Basis einer gesetzlichen Grundlage²⁴⁾ Maßnahmen zur Beschränkung der Privatautonomie setzen darf, wenn diese dem öffentlichen Interesse dienen und nicht unverhältnismäßig sind.²⁵⁾

Unter allen grundrechtlichen Perspektiven kommt es daher zu einer Interessenabwägung, bei der die Wahrung der Verhältnismäßigkeit entscheidend ist, was im Hinblick auf Testungen und Impfungen im Allgemeinen und iZm COVID-19 zahlreiche Konsequenzen hat:

- Eine Einschränkung des grundrechtlich geschützten Bereichs innerhalb von Arbeitsverhältnissen, die auf das Vorliegen eines Tests oder einer Impfung abstellt, setzt eine tatsächliche Möglichkeit zur Testung und Impfung voraus, weil eine Einschränkung, die durch eine Testung oder Impfung vermieden werden kann, unverhältnismäßig wäre, wenn eine entsprechende Möglichkeit tatsächlich nicht besteht.
- Eine Verpflichtung zu Testung oder Impfung *de lege ferenda* setzt nicht nur eine gravierende epide-

miologische Risikosituation voraus, sondern muss legitime Gründe berücksichtigen, die gegen eine derartige Pflicht sprechen, insb medizinische Risiken im Allgemeinen oder speziell iZm Schwangerschaft, Vorerkrankungen oder bekannten Allergien.

- Ein normativer Test- oder Impfwang im Arbeitsverhältnis kann nur in Abhängigkeit vom epidemiologischen Risiko vorgesehen werden. Bei COVID-19 ist das epidemiologische Risiko derzeit zu gering, um generell eine solche drastische Maßnahme zu ergreifen.²⁶⁾ Indirekte Maßnahmen der Verhaltenssteuerung wie sie im Rahmen der Ausnahmen von den Betretungsverboten vorgesehen sind, tragen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz mit höherer Wahrscheinlichkeit Rechnung.
- Testungen und Schutzimpfungen können im Arbeitsverhältnis nur durch Gesetz und nur dann mit physischer Gewalt durchgesetzt werden, wenn das epidemiologische Risiko alle anderen Interessen übertrifft. Dies ist bei COVID-19 derzeit zweifellos nicht der Fall, weil das epidemiologische Risiko dieser Erkrankung nicht so groß ist, dass die legitimen Interessen des Staates nicht auch mit gelinderen Maßnahmen, insb mit Betretungsverboten, einer überwachten Quarantäne oder anderen Schutzmaßnahmen, erreicht werden könnten.
- Direkte und indirekte Pflichten, die das Test- und Impfverhalten betreffen, sind nicht nur im Hinblick auf epidemiologische Kriterien, sondern als Ergebnis einer mehrdimensionalen Güterabwägung zu beurteilen, bei der nicht nur subjektive Präferenzen der in ihrer körperlichen Integrität betroffenen Personen zu berücksichtigen sind, sondern auch Interessen der Gesamtgesellschaft und von Vertragspartnern nicht ausgeklammert werden dürfen, so-

17) Zur rechtsdogmatischen Struktur der Überprüfung von Grundrechtseingriffen für Österreich illustrativ und zusammenfassend *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte² 173 ff mwN.

18) EGMR 15. 3. 2012, 24429/03, *Solomakhin/Ukraine*.

19) EGMR 15. 3. 2012, 24429/03, *Solomakhin/Ukraine*, Rz 35 ff.

20) So bezüglich der Impfung *Heissenberger* in *Aigner et al* 58.

21) Dies wird etwa für die Masernimpfung von *Heissenberger* in *Aigner et al* 61 f für die Angehörigen von Gesundheits- und Kinderbetreuungsberufen anerkannt.

22) Art 5 StGG; Art 1 1. ZPEMRK; Art 17 GRC; letztere Regelung greift allerdings nur, soweit Eingriffe in die Durchführung von Unionsrecht erfolgen, *ViSlg* 20.185/2017.

23) So statt vieler *ViSlg* 15.771/2000.

24) Darunter ist eine hinreichend genaue und zugängliche Rechtsgrundlage zu verstehen, so *Berka/Binder/Kneihls*, Die Grundrechte² 466 f. Insofern sind auch Partner der kollektiven Rechtsgestaltung an die grundrechtlichen Regelungsschranken gebunden, so *Kie-taibl*, *Arbeitsrecht* I¹¹ (2020) 2191, und *Marhold/Friedrich*, *Österreichisches Arbeitsrecht*³ (2019) 510, jeweils mwN.

25) So schon *Schrammel*, *Arbeitsrechtliche Probleme in verfassungsrechtlicher Sicht*, in *Torandt* (Hrsg), *Arbeitsrecht in einer sich wandelnden Rechtsordnung* (1993) 81 (insb 94 ff); grundlegend bereits *Bydliński*, *Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht* (Gutachten für den 1. Österreichischen Juristentag 1961); bzw Thesen zur Drittwirkung von Grundrechten im Privatrecht, in *Rack* (Hrsg), *Grundrechtsreform* (1985) 173.

26) Nach Angaben des Robert-Koch-Instituts wurde für die Basisreproduktionszahl von SARS-CoV in mehreren systematischen Reviews (48–50) ein mittlerer Wert (Median) von 2,8 bis 3,8 ermittelt, es wurden aber auch kleinere und größere Werte geschätzt; vgl dazu www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html, Pkt 4 Reproduktionszahl. Die Vergleichswerte liegen für Influenza zwischen 1,4 und 4, für Mumps zwischen 4 und 7, für Masern zwischen 12 und 18, vgl dazu *Wicker*, *Der Internist* 2019, 661, link.springer.com/article/10.1007/s00108-019-0603-x/tables/1 (abgefragt 5. 2. 2021).

- weit sie (was die Gesamtgesellschaft betrifft) als legitimes öffentliches Interesse (und was Vertragspartner betrifft) grundrechtlich geschützt sind.
- Im Hinblick auf den Eigentumsschutz und den Schutz der Erwerbsfreiheit ist zu berücksichtigen, dass Testung und Impfung nicht den Kern dieser Grundrechte betreffen, sondern lediglich eine Eigentumsbeschränkung bzw eine Berufsausübungsbeschränkung bewirken, die von der Judikatur tendenziell eher akzeptiert wird als eine Enteignung oder eine Berufsantrittsbeschränkung.
 - Im Arbeitsverhältnis können iZm COVID-19 per Gesetz lediglich Verpflichtungen von AG begründet werden, Testungen und Impfungen anzubieten und deren Kosten zu tragen; im Fall einer Verweigerung, solche Angebote anzunehmen, haben AN zivilrechtlich mögliche Konsequenzen zu tragen.²⁷⁾
 - Auf Basis einer Güterabwägung muss eine test- oder impfbedingte Einschränkung gegenüber anderen möglichen Einschränkungen das gelindere Mittel sein: In Bezug auf COVID-19 sind die in § 6 der 4. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung (4. COVID-19 SchuMaV)²⁸⁾ am Ort der beruflichen Tätigkeit vorgesehenen Schutzmaßnahmen zwar im Regelfall für die Arbeitsorganisation von AG als auch für die persönliche Sicherheit von AN belastender und weniger effektiv als eine Impfung, doch sind sie wegen ihres nicht-invasiven Charakters als gelindere Mittel anzusehen. Auch in Bereichen, wo Kundenkontakt und Kontakt mit anderen AN häufig ist, ist eine Impfung den Schutzmaßnahmen als effizientere und effektivere Maßnahme im beiderseitigen Interesse zwar zweifellos sinnvoll und vorzuziehen, doch ist unter der Perspektive rechtlichen Zwangs nicht-invasiven Maßnahmen der Vorrang gegenüber invasiven Maßnahmen einzuräumen, es sei denn, die Einbeziehung des epidemiologischen Risikos führt zu einem anderen Ergebnis.
 - Ein undifferenziertes normatives an den AG gerichtetes Verbot, den Infektions- oder Immunstatus im Arbeitsverhältnis zu erheben, wäre eine unverhältnismäßige Einschränkung der Privatautonomie, weil legitime Interessen des AG an diesen Informationen bestehen können. Umgekehrt wäre auch eine generelle Verpflichtung von AN, Auskunft über den Infektions- und Immunstatus bezüglich jedweder Infektionskrankheit im Arbeitsverhältnis und unabhängig von den Interessen des AG zu geben, wegen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verfassungswidrig. Im Hinblick auf COVID-19 sind jedoch derzeit die gesamtgesellschaftlichen Interessen sowie jene des AG so gravierend zu bewerten, dass Test- und Auskunftspflichten normiert werden könnten, um die sozialen und ökonomischen Verwerfungen zu reduzieren.
 - Eine Differenzierung für Einschränkungen nach dem Immunstatus ist erforderlich, weil bei einer Person, die einen positiven Immunstatus gegen COVID-19 aufweist, Einschränkungen unter bestimmten epidemiologischen Gesichtspunkten zwar allenfalls zulässig sein können, um die Gefahr einer Ansteckung anderer Personen zu reduzieren, jedoch Schutzmaßnahmen, die – wie das Gebot, Orte

der Beschäftigung nur mit FFP2-Masken zu betreten – auch auf den Selbstschutz abstellen²⁹⁾, nicht ohne weiteres vorgeschrieben werden können, weil dies unverhältnismäßig wäre.³⁰⁾

In Beachtung der verfassungsrechtlichen Vorgaben wurden für das Arbeitsverhältnis in der 3. COVID-19 NotmaßnahmenVO³¹⁾, auf Basis von § 3 Abs 2 COVID-19 MaßnahmenG³²⁾, vom Immunstatus abhängige indirekte Verhaltenspflichten für AN auferlegt, indem das Betreten von Orten der beruflichen Tätigkeit nur zulässig ist, wenn spätestens alle sieben Tage ein Antigen-Test auf SARS-CoV-2 oder ein molekularbiologischer Test auf SARS-CoV-2 durchgeführt wird, dessen Ergebnis negativ ist. Darüber ist gegenüber dem AG ein Nachweis vorzuweisen und für die Dauer von sieben Tagen bereitzuhalten. Kann dieser Nachweis nicht vorgewiesen werden, ist bei Kundenkontakt, bei Kontakt mit Kindern oder Schülern sowie bei Parteenverkehr und den in Z 3 leg cit³³⁾ genannten Bereichen eine Atemschutzmaske der Schutzklasse FFP (FFP2-Maske) ohne Ausatemventil oder eine äquivalente bzw einem höheren Standard entsprechende Maske zu tragen.³⁴⁾

Soweit diese Regelungen als Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Betretens der Orte der Beschäftigung ausgestaltet sind, normieren sie für sich genommen allerdings keine unmittelbaren Verhaltenspflichten von AN. Wie weit solche im Arbeitsverhältnis bestehen, hängt davon ab, wie weit der Immunstatus erhoben werden kann und allenfalls in Normen der kollektiven Rechtsgestaltung oder im Arbeitsvertrag begründet werden kann. Auch dabei sind grundrechtliche Regelungsschranken, die das Test- und Impfvhalten beeinflussen, zu beachten, die allerdings mit Rücksicht auf die besondere Situation in der Arbeitswelt und die Mitwirkung der Sozialpartner in der kollektiven Rechtsgestaltung theoretisch weiter gezogen sind als die den Gesetzgeber für generelle Regelungen bindenden Schranken.³⁵⁾

2. Datenschutzrechtliche Aspekte

In datenschutzrechtlicher Hinsicht ist davon auszugehen, dass gem Art 6 DSGVO eine Verarbeitung³⁶⁾ per-

27) Dazu detailliert Grimm in Aigner et al 104 ff.

28) BGBl II 2021/58.

29) Zu den unterschiedlichen Schutzwirkungen von Alltagsmasken (Mund-Nasen-Schutz – MNS), Medizinischen Gesichtsmasken und FFP2-Masken siehe www.bfarm.de/SharedDocs/Risikoinformationen/Medizinprodukte/DE/schutzmasken.html und www.baua.de/DE/Themen/Arbeitsgestaltung-im-Betrieb/Coronavirus/pdf/Schutzmasken.pdf?__blob=publicationFile&v=18 (abgefragt 5. 2. 2021).

30) In diesem Fall müsste mit Schutzmasken das Auslangen gefunden werden können, die auf Fremdschutz abstellen, wie dies bei MNS-Masken der Fall ist.

31) BGBl II 2021/27.

32) BGBl I 2020/12.

33) Diese Regelung bezieht sich auf Bereiche der Lagerlogistik, in denen der Mindestabstand von zwei Metern regelmäßig nicht eingehalten werden kann.

34) Diese V trat gem ihrem § 20 mit 25. 1. 2021 in Kraft und mit Ablauf des 3. 2. 2021 außer Kraft (4. COVID-19-NotMV).

35) So Mazal in Gruber-Risak/Mazal (Hrsg), Das Arbeitsrecht (36. Lfg 2020) II.30 mwN; zu Einzelfragen siehe C.2.

36) Für die vorliegende Thematik von Interesse ist dabei, dass gem Art 4 Z 2 DSGVO nicht nur die Speicherung, sondern auch die Erhebung von Daten, und zwar unabhängig davon, ob sie automati-

sonenbezogener Daten – zu denen auch Gesundheitsdaten wie der Immunstatus zählen – nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Die Verarbeitung ist unter anderem dann rechtmäßig, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat (Abs 1 lit a), wenn sie für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen (Abs 1 lit b), oder wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen (Abs 1 lit f).³⁷⁾

Durch § 1 Abs 5 c COVID-19 MaßnahmenG kann durch Verordnung ua bestimmt werden, dass bestimmte Arbeitsorte von AN nur betreten werden dürfen, wenn dem Inhaber oder Betreiber dieser Arbeitsorte ein Nachweis über eine lediglich geringe epidemiologische Gefahr gem § 1 Abs 5 Z 5 COVID-19 MaßnahmenG vorgewiesen und für die gesamte Dauer des Aufenthalts für eine allfällige Überprüfung durch den Inhaber oder Betreiber oder eine Überprüfung durch die Behörde bereitgehalten wird. Der Inhaber oder Betreiber ist zu diesem Zweck zur Ermittlung von personenbezogenen Daten und zur Identitätsfeststellung berechtigt. Soweit eine derartige Verpflichtung besteht, ist die datenschutzrechtliche Zulässigkeit der Datenerhebung kraft Vorliegens einer gesetzlichen Verpflichtung nicht zu bezweifeln. Gleiches gilt, wenn eine gesetzliche Verpflichtung wie in § 4 Abs 2 Z 3 ÄrzteG 1998 besteht, die gesundheitliche Eignung als allgemeine Voraussetzung der Berufsausübung nachzuweisen.³⁸⁾

Auch ohne eine solche Regelung kann eine Datenverarbeitung zulässig sein, wenn sie auf einer Einwilligung beruht. Dazu muss der Verantwortliche gem Art 7 Abs 1 DSGVO nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt und das Recht hat, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung iSv Art 4 Z 11 DSGVO freiwillig erteilt wurde, muss gem Art 7 Abs 4 DSGVO „dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“ Im Zusammenwirken mit ErwGr 43 DSGVO wird daraus das sog „Kopplungsverbot“ abgeleitet, nachdem „in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich beim Verantwortlichen um eine Behörde handelt“ (so ErwGr 43 DSGVO) und es deshalb in Anbetracht aller Umstände unwahrscheinlich ist, dass eine Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung vorliegt.³⁹⁾

Dazu wird vertreten, dass eine Einwilligungserklärung durch AN nur zulässig und wirksam sei, wenn sie

sich auf Verarbeitungen bezieht, die für die Abwicklung des Dienstverhältnisses notwendig sind.⁴⁰⁾ Hingegen sei die Einwilligung in Datenverarbeitungen, die bloß nützlich sind, nur zulässig und wirksam, wenn mit ihnen auch ein Vorteil für AN verbunden ist.⁴¹⁾ Dieses Verständnis erweist sich allerdings bei näherer Betrachtung insofern als zu eng, weil zwar die Gewährung eines Vorteils ein Indiz für die Freiwilligkeit sein kann, jedoch eine auf den subjektiven Vorteil von AN fokussierte Sicht den Beweggründen von AN nicht gerecht wird, welche die Freiwilligkeit einer Zustimmung auch aus anderen Motiven plausibel machen können. Sieht man weder AN als rein nach dem eigenen Vorteil bedachte Menschen noch im Freiwilligkeitsgebot einen Freibrief für willkürliche Erteilung oder Verweigerung einer Einwilligung, kann Freiwilligkeit auch ohne subjektiven Vorteil vorliegen: Warum soll beispielsweise nicht eine klare sachliche Rechtfertigung für eine Datenverarbeitung in AN die Einsicht in deren Notwendigkeit erwecken, die ihrerseits die Freiwilligkeit der Zustimmung bewirkt?⁴²⁾

Diese Sicht kann auch durch Art 9 DSGVO gestützt werden: Die Verarbeitung sensibler Daten, zu denen auch Gesundheitsdaten zählen, ist gem Abs 1 dieser Bestimmung grundsätzlich untersagt, es sei denn, es liegt einer der in Abs 2 ausdrücklich geregelten Ausnahmetatbestände vor.⁴³⁾ Dazu zählt beispielsweise die Verarbeitung, die „für Zwecke der Gesundheitsvorsorge oder der Arbeitsmedizin, für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten (...) oder auf Grund eines Vertrages mit einem Angehörigen eines Gesundheitsberufs (...) erforderlich ist“, wenn die in Art 9 Abs 3 DSGVO normierten besonderen Schutz- und Geheimhaltungspflichten gewahrt werden.⁴⁴⁾ →

sationsunterstützt erfolgt oder nicht, als Verarbeitung zu qualifizieren ist.

37) Siehe auch ErwGr 46 DSGVO sowie allg etwa *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 6 DSGVO (Stand 7. 5. 2020, *rdb.at*).

38) So auch *Grimm* in *Aigner et al* 90, insb mit Nachweis anderer berufsgesetzlicher Verpflichtungen.

39) *Kastelitz* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 7 DSGVO Rz 33 ff (Stand 7. 5. 2020, *rdb.at*).

40) So zB *Goricnik*, Die Einwilligung des Arbeitnehmers als Rechtsgrundlage einer Datenverarbeitung nach der DSGVO, *DaKo* 2017, 33. *Goricnik* nennt beispielsweise die Lohnverrechnung, die Erfassung der Arbeitszeiten und Datenübermittlungen an die Sozialversicherung und das Finanzamt.

41) Ebendort sowie statt vieler weiterer *Stella/Winter* in *Reissner/Neumayr*, *ZellHB AV-Klauseln*³ Besonderer Teil, 63a.16 (Stand 1. 6. 2019, *rdb.at*); *Goricnik*, *DaKo* 2017, 33, nennt als Beispiel die Einwilligung in verhältnismäßige Kontrollen der Einhaltung der Modalitäten einer Privatnutzungsvereinbarung des dienstlichen Internets.

42) Für einen weiten Ansatz der Freiwilligkeit von Zustimmungen in Arbeitsverhältnissen plädiert zutreffend auch *Traut* in *Krömer et al* (Hrsg), *Arbeitsrecht und Arbeitswelt Alles beim Alten? Beschäftigtendatenschutz nach der EU-Datenschutzreform (2016)*, 228 ff; mit *Auer-Mayer*, *Individualrechtliche Fragen des Datenschutzes*, in *Brodil* (Hrsg), *Aktuelle Fragen des Datenschutzes (2020)* 42 ff (insb FN 78), ist allerdings die von *Traut* vorgetragene Konsequenz, dass im Arbeitsverhältnis im Regelfall Freiwilligkeit anzunehmen sei, kritisch zu sehen.

43) Für Österreich haben etwa *Dürager/Kotschy*, Neuerungen zur Zustimmung: Besteht nach der DSGVO ein generelles Kopplungsverbot, *Debattenbeitrag zur Datenschutz-Grundverordnung*³ (Version 9. 1. 2017), darauf hingewiesen, dass ein Vertrag Rechtsgrundlage für die Verarbeitung sein kann, wenn er für einen der in Art 9 Abs 2 DSGVO genannten Zwecke geschlossen wird.

44) Die Verarbeitung darf nur durch Fachpersonal erfolgen, das einem Berufsgeheimnis unterliegt, oder durch anderes Personal, das nach dem Unionsrecht oder dem Recht eines Mitgliedstaats oder dem

Auf Basis einer Analyse des Verhältnisses von Art 6 zu Art 9 DSGVO hat *Auer-Mayer* dargelegt, dass ein „Gleichklang“ von Art 9 Abs 2 lit b und Art 6 Abs 1 lit f DSGVO dahingehend besteht, dass bei einer Datenverarbeitung zur Ausübung von Rechten (Erfüllung von Pflichten) auch ein entsprechend gewichtiges AG-Interesse zu bejahen sein wird.⁴⁵⁾ Dies erklärt, warum gegen im Hinblick auf den Vertragszweck nicht notwendige Kopplungen klare Vorbehalte bestehen,⁴⁶⁾ und im Gegenschluss, dass die Freiwilligkeit nicht gefährdet ist, wenn die Datenverarbeitung im Hinblick auf den Vertragszweck gerechtfertigt ist.

In Konsequenz führt damit sowohl der Freiwilligkeitsgrundsatz iSv Art 6 als auch die Zulässigkeit der Verarbeitung sensibler Daten gem Art 9 Abs 2 lit b DSGVO zu wertungsgleichen Ergebnissen: Eine Einwilligung in die Erkundung und Verarbeitung des Infektions- und Immunitätsstatus kann daher nicht nur bei Vorliegen einer explizit epidemierechtlichen Verpflichtung wie in einer V gem § 1 Abs 5 c EpiG, sondern kraft freiwilliger Zustimmung als zulässig angesehen werden, etwa um sicherzustellen, dass der AG seine allgemeinen AN-schutzrechtlichen und aus der Fürsorgepflicht resultierenden Verpflichtungen zur Gesundheitsvorsorge erfüllen kann, soweit diese in Abhängigkeit vom Infektions- und vom Impfstatus variieren.

In einer Situation, wie sie iZm COVID-19 besteht, ist darüber hinaus angesichts der massiven wirtschaftlichen Schwierigkeiten von Unternehmen nachvollziehbar, dass AN bereit sind, Aktivitäten des Unternehmens durch Zustimmung zur Verarbeitung von Daten zum Infektions- und Immunstatus zu unterstützen. Im Hinblick auf COVID-19 ist daher eine Erhebung dieses Status sowohl kraft gesetzlicher Verpflichtungen als auch kraft freiwilliger Zustimmung zulässig.

C. Einzelfragen

1. Erhebung des Infektions- und des Immunstatus

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Erhebung des Immunstatus im Anbahnungsstadium des Arbeitsverhältnisses ist davon auszugehen, dass AG und AN im vorvertraglichen Schuldverhältnis die Verpflichtung trifft, Umstände zu offenbaren, die für die Begründung eines Arbeitsverhältnisses erkennbar relevant sind.⁴⁷⁾ Im aufrechten Arbeitsverhältnis bietet neben den oben erwähnten gesetzlichen Nachweispflichten die Treuepflicht eine akzeptierte Rechtsgrundlage, eine Offenbarungspflicht von AN zu begründen, wenn AG erkennbar ein legitimes Interesse an der Kenntnis des Infektions- und des Immunstatus haben.⁴⁸⁾

Die Relevanz für das Arbeitsverhältnis – und damit die sachliche Rechtfertigung der Datenerhebung und weitergehenden Verarbeitung unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten – kann jedenfalls in der erforderlichen Wahrnehmung von Schutzpflichten des AG im Interesse der (künftigen) AN selbst, aber auch im Interesse von Kunden und sonstigen Vertragspartnern sowie im erkennbaren Geschäftsinteresse des AG liegen.

→ Die Schutzpflichten gegenüber (künftigen) AN können insb aus der Fürsorgepflicht des AG, aus

allgemeinen AN-schutzrechtlichen Vorschriften,⁴⁹⁾ aber auch aus konkreten Pflichten zur Einführung differenzierter Schutzmaßnahmen resultieren, wie sie etwa im Hinblick auf COVID-19 durch die 4. COVID-19 SchuMaV⁵⁰⁾ bereits derzeit bestehen. Dies ist pro futuro im Hinblick auf Differenzierungen wichtig, die aus verfassungsrechtlichen Gründen vom Immunstatus abhängig gemacht werden müssen:⁵¹⁾ Wenn eine einschränkende Schutzmaßnahme unzulässig ist, weil eine Person einen epidemiologisch ausreichenden Immunstatus besitzt, muss der AG Anspruch auf wahrheitsgemäße Beantwortung der Frage nach dem Immunstatus haben.

- Als Paradebeispiel für die Zulässigkeit einer Datenverarbeitung kraft freiwilliger Zustimmung kann wohl das Interesse sowohl von AG als auch des AN an der Erfüllung einer Voraussetzung der Zulässigkeit für das Betreten von Arbeitsstätten gelten,⁵²⁾ weil damit AG das Betreten des Orts der Beschäftigung erlauben dürfen und AN die Erfüllung des Arbeitsvertrags möglich wird.
- Ein legitimes Interesse des AG und damit eine sachliche Rechtfertigung für die Datenerhebung kann aber auch im Schutz erkennbar hoher wirtschaftlicher Interessen des Unternehmens liegen.⁵³⁾ Dies ist nicht nur – wie oben dargelegt – gegeben, um die Erfüllung von Voraussetzungen für das Betreten des Orts der Beschäftigung sicherzustellen, sondern kann auch darin bestehen, den Erhalt der Arbeitskraft der AN sicherzustellen und erkennbare Gefährdungen hintanzuhalten;⁵⁴⁾ selbst wenn AN durch Entgeltfortzahlungsansprüche geschützt sind, bleiben sie doch verpflichtet, ihre Arbeitskraft grundsätzlich durch zumutbare Maßnahmen zu erhalten.
- Gegenüber Kunden kann eine Schutzpflicht unter anderem aus besonderen vertraglichen Verpflichtungen resultieren, wie dies *Heissenberger* aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag nachgewiesen hat:⁵⁵⁾ Im Fall einer Ansteckung eines Patienten kann der fehlende Nachweis einer Immunisierung zu Schadenersatz wegen Vertragsverletzung führen, sodass

Vorschriften nationaler zuständiger Stellen einer Geheimhaltungspflicht unterliegt.

45) *Auer-Mayer* Individualrechtliche Fragen des Datenschutzes, in *Brodli*, Aktuelle Fragen des Datenschutzes 56 ff.

46) *IdS Auer-Mayer*, Individualrechtliche Fragen des Datenschutzes, in *Brodli*, Aktuelle Fragen des Datenschutzes 63 mwN.

47) So zB *Löschnigg*, Datenermittlung im Arbeitsverhältnis (2009) insb 99f, und *Heissenberger* in *Aigner et al* 77 mwN.

48) So *Grimm* in *Aigner et al* 85 (insb 95 ff mwN).

49) Etwa iSv § 3 ASchG, bei Verwendung gefährlicher biologischer Arbeitsstoffe gem § 43 Abs 4 ASchG iVm § 5 V biologische Arbeitsstoffe, BGBl II 1998/273; weitere Anwendungsfälle siehe *Grimm* in *Aigner et al* 93 ff.

50) BGBl II 2021/58.

51) Siehe dazu zahlreiche Interviews mit Verfassungsexperten zB in den *Salzburger Nachrichten*, 20. 12. 2020, www.sn.at/politik/innenpolitik/mehr-freiheiten-fuer-menschen-mit-coronaimpfung-geht-das-rechtlich-97266769 (abgefragt 5. 2. 2021).

52) Wie sie etwa in § 6 der 4. COVID-19-NotIMV vorgesehen waren.

53) AG werden daher im Eigeninteresse Bewerber und AN auf diese Interessen hinweisen und überzeugend erklären, damit die Erzielung von Konsens über die sachliche Rechtfertigung erleichtert wird; eine nebulöse Furcht wird weder überzeugend sein noch als sachliche Rechtfertigung dienen können.

54) Hier decken sich die Interessen von AG, AN und Gesamtgesellschaft.

55) *Heissenberger* in *Aigner et al* 74 ff.

beispielsweise ein Krankenanstaltenträger verpflichtet ist, den Immunstatus von AN mit Patientenkontakt zu erheben. Wenn bereits derzeit akzeptiert ist, dass Bewerber in Gesundheits- und Kinderbetreuungseinrichtungen verpflichtet sind, ihre fehlende Immunität gegen durch Impfungen vermeidbare Erkrankungen zu offenbaren,⁵⁶⁾ ist das Schutzinteresse von AN und Kunden bei COVID-19 wohl jedenfalls derzeit generell so hoch, dass eine allgemeine vertragliche Offenbarungspflicht für AN anzunehmen ist, die Kontakt mit Kunden und anderen AN haben.

→ Darüber hinaus können Geschäftsinteressen auch aus dem Kundenverhalten resultieren: Wenn beispielsweise Kunden erkennbar Gastronomiebetriebe bevorzugt frequentieren, deren AN einen positiven Immunstatus aufweisen, oder der AG diesen Gesichtspunkt zu einem Element seines Marktauftritts macht („COVID-19-negatives Personal“), ist es für den AG vitales und legitimes Geschäftsinteresse, den Immunstatus von (künftigen) AN zu erfahren.

Liegen solche Gründe vor, haben AN im Bewerbungsprozess wie im aufrechten Dienstverhältnis beispielsweise bekanntzugeben, ob sie einen negativen Infektionsstatus aufweisen⁵⁷⁾ oder wann eine Impfung erfolgt ist oder – wenn keine Impfung erfolgte – ob eine Antikörperbestimmung („Titerbestimmung“) erfolgte und zu welchem Ergebnis sie geführt hat, oder jedenfalls anzugeben, ob sie die Auskunft verweigern, damit der AG anderweitig disponieren kann.

Keiner weiteren Begründung bedarf, dass der AG in Abhängigkeit von den auf Basis dieser Fragen erlangten Informationen das Recht und – im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz – die Verpflichtung hat, bei problematischem Infektions- und Immunstatus im aufrechten Dienstverhältnis AN die Bestimmung des Infektions- und des Immunstatus oder dessen Verbesserung durch eine Impfung anzubieten.⁵⁸⁾

2. Kollektivvertragliche Regelungen

Gem § 2 ArbVG können in KollV im aufrechten Arbeitsverhältnis Verhaltenspflichten von AG und AN geregelt werden, die „typische, wesentliche oder regelmäßig wiederkehrende Inhalte der Arbeitsverhältnisse“ betreffen, die bei objektiver Betrachtung Inhalt eines Arbeitsverhältnisses sein könnten.⁵⁹⁾ Allerdings geht es dabei nicht um Typizität in einem quantitativen Sinn, sondern darum, ob eine Regelung dem Typus „arbeitsvertragliche Regelung“ zuzurechnen ist. Insofern ist eine Weiterentwicklung des Arbeitsrechts auch auf kollektivvertraglicher Ebene möglich, solange die Regelungen bei objektiver Betrachtung Inhalt von Arbeitsverhältnissen sein können.⁶⁰⁾

Dementsprechend können beispielsweise⁶¹⁾ AG verpflichtet werden, Testungen und Impfungen anzubieten oder zumindest die Kosten für Testungen und Impfungen zu tragen, die die AN aus Eigenem veranlassen, oder AG zur Gewährung von Freizeit unter Fortzahlung des Entgelts verpflichtet werden. Zulässig vorgesehen werden könnten jedenfalls für Angehörige

bestimmter Berufsgruppen eine Verpflichtung zur Bekanntgabe des Immunstatus und Maskenpausen (so wie deren Bezahlung) für Personen, die angesichts eines negativen Immunstatus eine FFP2-Maske tragen müssen, und könnte angesichts der in Abhängigkeit vom Immunstatus verfassungsrechtlich gebotenen Differenzierungen für Beschränkungen eine Verpflichtung begründet werden, den Immunstatus bekannt zu geben, wenn dies für bestimmte Berufsgruppen und Tätigkeiten relevant ist.

3. Betriebsvereinbarungen

Ob die Verarbeitung von Daten zum Immunstatus in Betrieben, in denen ein BR errichtet ist, einer BV bedarf, hängt von mehreren Umständen ab:

Eine BV gem § 96 Z 2 ArbVG (Personalfragebögen) ist nur dann nicht erforderlich,⁶²⁾ wenn die Daten die allgemeinen Angaben zur Person sowie die fachlichen Voraussetzungen für die beabsichtigte Verwendung von AN betreffen. Dabei handelt es sich ua um Angaben, die für die Zuweisung von Tätigkeiten insb auch unter Gesichtspunkten des AN-Schutzes maßgeblich sind, doch ist damit nicht ein Freibrief zur Erfragung aller persönlichen Umstände, die aus Sicht des AG für die fachliche Verwendung relevant sind, erteilt. Dabei hatte der historische Gesetzgeber Fragebögen vor Augen, die die AN selbst ausfüllen und deren Erklärungen ihnen daher beweiskräftig zugerechnet werden konnten.⁶³⁾ Daraus erklärt sich der restriktive Text, nach dem ohne Zustimmung des BR nur allgemeine Angaben zur Person, worunter üblicherweise der Name sowie Erreichbarkeitsdaten verstanden werden, sowie Fragen zulässig sind, die sich auf die verwendungsrelevante Qualifikation, Kenntnisse und Fähigkeiten der betreffenden Person beziehen. Fragen nach dem Infektions- und Immunstatus sind in diesem Verständnis in einem Personalfragebogen nur zulässig, wenn der Status aus fachlichen Gründen die Tätigkeit betrifft, wie dies etwa bei Ärzten gem § 4 Abs 2 Z 3 ÄrzteG 1998 der Fall ist. Diese Sicht des Personalfragebogens wurde

56) Vgl idS Heissenberger in Aigner et al 78 mit Hinweisen ua auf Löschnigg, Datenermittlung 113, und Mosler in ZellKomm³ (2018) § 18 AngG Rz 131.

57) So auch Körber-Risak, Impfung: Was gilt am Arbeitsplatz? Der Standard 17. 2. 2021; Wolf/Polz, Covid-Test und Impfung können verlangt werden, Der Standard 2. 2. 2021.

58) So Grimm in Aigner et al 94; zu aus einer Ablehnung allenfalls resultierenden Konsequenzen, insb für die Beendigung eines Dienstverhältnisses siehe C.4.

59) „Inhaltsnormen“ – dazu Mazal in Gruber/Risak/Mazal (Hrsg), Das Arbeitsrecht II.22 mwN, dem der Text tw folgt.

60) Offenbar von einem quantitativ geprägten Typusverständnis ausgehend vertrat allerdings Felten, Kollektivvertrag darf Kündigungsmöglichkeit nicht vom Abschluss eines Sozialplans abhängig machen, Anm zu OGH 9 Ob A 153/161, öRdA 2018, 152, eine Änderung der Judikatur.

61) Siehe dazu etwa den Kollektivvertrag betreffend arbeitsrechtliche und betriebliche Maßnahmen zur Umsetzung von COVID-19-Tests („Generalkollektivvertrag Corona-Test“), www.wko.at/service/kollektivvertrag/generalkollektivvertrag-corona-test.html (abgefragt 5. 2. 2021).

62) Das Zustimmungserfordernis bezieht sich sowohl auf Personalfragebögen, die in der Bewerbungssituation Verwendung finden, als auch auf Fragebögen im aufrechten Dienstverhältnis; so statt vieler Pacic in Gruber-Risak/Mazal, Das Arbeitsrecht³⁶ 55 mwN.

63) Vgl dazu zB Egger, Rechtsprobleme bei der Anbahnung des Arbeitsverhältnisses, öRdA 1982, 89.

in der Lehre allerdings sukzessive ausgeweitet und der Begriff auch auf Instrumente erstreckt, in die die mündliche Beantwortung von Fragen einfließt: Heute wird weithin vertreten, dass das Zustimmungserfordernis bei allen strukturierten personalwirtschaftlichen Instrumenten sowie unabhängig von betrieblichen Interessen bestehe.⁶⁴⁾ Das hinter diesen Ausweitungen zweifellos legitime Anliegen, Umgehungen des Zustimmungserfordernisses zu verhindern, zwingt allerdings weder zu einer extensiven Interpretation des Begriffs Personalfragebogen noch zur analogen Anwendung auf andere personalwirtschaftliche Instrumente, weil deren Beweiswert zweifellos geringer ist als ein vom AN ausgefüllter Fragebogen und solche Instrumente daher anderen Wertungen unterliegen müssten.⁶⁵⁾ Ein extensives Verständnis von § 96 Z 2 ArbVG führt vielmehr zu einer auch verfassungsrechtlich vor dem Hintergrund der Privatautonomie unverhältnismäßigen Aufwertung des Zustimmungserfordernisses und damit verbundenen Einschränkung des AG: Wenn dieser aus eigenem Antrieb nicht einmal mehr Fragen für die Beschäftigung wesentlicher Informationen über Bewerber stellen dürfte (weil diese nicht „fachlicher“, aber eben anderer wichtiger Art sind)⁶⁶⁾, wäre die Freiheit in der Wahl des Vertragspartners unverhältnismäßig eingeschränkt.

Jedenfalls soweit der Infektions- und Immunstatus so große Bedeutung für die Beschäftigung besitzt, wie dies bei COVID-19 der Fall ist,⁶⁷⁾ ist daher entweder das Verständnis, was als „fachliche Voraussetzung“ der beabsichtigten Verwendung anzusehen ist, zu erweitern (Variante a) oder der Begriff des Fragebogens auf Instrumente zu reduzieren, in denen der AN selbst eine ihm beweisrechtlich unmittelbar zuordenbare Erklärung abgibt (Variante b)). In Konsequenz von Variante a) ist im Ergebnis *Hainz* zuzustimmen, dass die Frage nach dem Infektions- und Immunstatus gegenüber COVID-19 ohne Zustimmung des BR zulässig ist,⁶⁸⁾ folgt man Variante b) ist für die weitere Beurteilung entscheidend, ob der (künftige) AN freiwillig in die Erhebung und weitere Verarbeitung der Informationen eingewilligt hat. Einer BV gem § 96 Z 2 ArbVG bedarf es daher nicht.

In beiden Varianten ist auch eine Betriebsvereinbarung gem § 96a Abs 1 Z 1 ArbVG zur automatisierten Verarbeitung und Übermittlung nicht erforderlich, wenn diese Daten zur Erfüllung normativer oder vertraglicher Verpflichtungen erforderlich sind. Dies kann etwa der Fall sein, wenn normative Bestimmungen eine entsprechende Verpflichtung enthalten, etwa die Kontrolle der Einhaltung von Impfpflichten bei bestimmten Berufsgruppen gem § 17 Abs 3 EpiG; auch können sich, wie gezeigt, aus dem AN-Schutzrecht Verpflichtungen des AG ergeben, etwa um vorgesehene Differenzierungen von Schutzmaßnahmen vollziehen zu können. Von größerer praktischer Bedeutung ist allerdings, wenn eine datenschutzrechtliche Freigabe zur Datenverarbeitung kraft Einwilligung erlangt wird: In Abhängigkeit der dabei gewählten Formulierung kann diese auch über die Erhebung hinaus die weitere Verarbeitung der Angaben zum Immunstatus erfassen und daher eine vertragliche Grundlage bilden, diese automationsun-

terstützt zu verwenden, ohne dass eine BV gem § 96a ArbVG erforderlich ist.

Weitere BV, die auf den Infektions- oder Immunstatus abstellen, können beispielsweise gem § 97 Abs 1 Z 1 ArbVG geschlossen werden, wenn es etwa um Differenzierungen bei Zutrittsrechten, bei Kontakten mit Kunden und sonstigen Vertragspartnern geht, oder gem § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG, wenn es um die Nutzung von Betriebsmitteln geht, die je nach Immunstatus unterschiedlich vorgeschrieben werden könnte.⁶⁹⁾ Auch BV über Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der AN (§ 97 Abs 1 Z 8 ArbVG) oder die Gewährung von Aufwandsersatz und Aufwandsentschädigungen (§ 97 Abs 1 Z 12 ArbVG) können iZm COVID-19-Testungen und Impfungen eine Rolle spielen.⁷⁰⁾

4. Immunstatus und Beendigung

Soweit im aufrechten Arbeitsverhältnis eine vom AG für erforderlich angesehene Bekanntgabe eines positiven Immunstatus gegen COVID-19 nicht erreicht werden kann, stellt sich die Frage, wie weit eine Beendigung des Arbeitsvertrags zulässig ist.

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass bei unrichtiger Bekanntgabe des Immunstatus eine Entlassung uU als Fall der Vertrauensunwürdigkeit iSv § 27 Z 1 AngG qualifiziert werden kann, wenn beispielsweise AN einen problematischen Infektions- bzw Immunstatus bewusst verschweigen oder gar bewusst unrichtige oder gar über Wunsch des AN gefälschte Bescheinigungen über den Infektions- oder Immunstatus vorlegen.⁷¹⁾

Eine Kündigung, die ausschließlich auf die Verweigerung einer Bekanntgabe des Infektions- oder Immunstatus hin erfolgt, ist im Allgemeinen gem § 105 Abs 3 Z 1 lit i ArbVG anfechtbar, weil der AN mit der Verweigerung einer Fragebeantwortung oder der Zustimmung zu einer damit zusammenhängenden Datenverarbeitung von einem zustehenden Recht Ge-

64) So etwa *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 103 ff mwN (Stand 1. 12. 2012, rdb.at), und *Auer-Mayer* in *Reissner/Neumayr*, ZfHR/BV Besonderer Teil 2. BV Rz 2.06, ebenfalls mwN.

65) Für die Auffassung, dass der BR gemeinsam mit dem BI anonyme oder andere Instrumente, die keine nachweislich dem AN zurechenbare Erklärung enthalten, mitgestalten können soll, gibt es keinen Anhaltspunkt (so aber *Jabornegg* in *Strasser/Jabornegg/Resch*, ArbVG § 96 Rz 111). Aus der historischen Situation ist vielmehr erkennbares Ziel von § 96 Z 2 ArbVG, dass die (künftigen) AN vor ihnen zurechenbaren Erklärungen besonderer Tragweite geschützt werden sollen.

66) Zur grundsätzlichen Freiheit, Fragen zu stellen, siehe *Rabanser*, Frage-recht bei Krankheit, *ecolex* 1993, 39 mwN.

67) Bei weniger beschäftigungsrelevanten Infektionen kann dieses Argument zweifellos nicht gelten.

68) *Hainz*, *CuRe* 2021/3.

69) Etwa eine Maskenpflicht für Personen mit negativem Immunstatus. Die Regelung in § 6 der 4. COVID-19-SchuMaV kennt einerseits gem Abs 2 Z 2 eine Verpflichtung, in geschlossenen Räumen unter bestimmten Voraussetzungen eine eng anliegende Schutzmaske zu tragen. Strengere Vereinbarungen zum Tragen einer solchen Maske bedürfen gem Abs 3 einer Vereinbarung der Arbeitsvertrags-partner.

70) Zu den genannten Betriebsvereinbarungstatbeständen allg siehe statt vieler *Binder* in *Tomandl*, ArbVG (11. Lfg 2013) § 97.

71) Dazu allg etwa *Friedrich* in *Marhold/Burgstaller/Preyer*, AngG § 27 Rz 72 ff (Stand 1. 3. 2005, rdb.at). Bei Arbeitern kann eine falsche Bestätigung durch AN nur dann als Entlassungsgrund iSv § 82 lit a GewO 1859 gewertet werden, wenn sie strafbar ist, was etwa bei unwahren Test- oder Impfbestätigungen gem § 223 oder § 293 StGB der Fall sein kann.

brauch macht.⁷²⁾ Sollten allerdings – wie dies iZm COVID-19 derzeit der Fall ist – normative Voraussetzungen für die Beschäftigung auf den Infektions- oder Immunstatus abstellen, kann⁷³⁾ ein objektiv betriebsbedingter Kündigungsgrund vorliegen, wenn AN ihren für ihre Tätigkeiten relevanten Infektions- oder Immunstatus wahrheitswidrig verschweigen.

Gleiches gilt für den Fall, dass der AN einer allenfalls normativ (durch Gesetz oder eine Norm der kollektiven Rechtsgestaltung) vorgesehenen Verpflichtung zur Testung oder Impfung nicht nachkommt. IZm COVID-19 können derartige Verpflichtungen in Österreich derzeit nicht mit physischem Zwang durchgesetzt werden, sind aber als Angebot des AG zu deuten, das der AN zwar nicht annehmen muss, bei dessen Ablehnung er jedoch die zivilrechtlichen Konsequenzen tragen muss. Der AG ist daher im Fall einer solchen Weigerung zunächst berechtigt und, wenn er den AN tatsächlich beschäftigen will, verpflichtet, gesetzlich vorgesehene alternative Schutzmaßnahmen zur Verfügung zu stellen oder dem AN alternative Tätigkeiten zuzuweisen.⁷⁴⁾ Sollte dies jedoch entweder nicht möglich⁷⁵⁾ oder aus organisatorischen oder wirtschaftlichen Gründen gravierend nachteilig sein, kann eine objektiv betriebsbedingte Kündigung vorliegen.⁷⁶⁾

D. Auswertung

Die vorstehenden Überlegungen haben gezeigt, dass arbeitsrechtliche Fragen iZm dem Infektions- und Immunstatus nur auf Basis einer mehrdimensionalen Güterabwägung beantwortet werden können, weil andernfalls gegen die grundrechtlich gebotene Verhältnismäßigkeitsprüfung verstoßen wäre. Daher müssen die Antworten unterschiedlich ausfallen, je nachdem, welches epidemiologische Stadium eine Infektionskrankheit aufweist, wie hoch das gesundheitliche und ökonomische Risiko ist, das (künftige) AN für den Betrieb darstellen, und welche Auswirkungen der Impf- und Immunstatus auf die gesetzlichen Verpflichtungen

und wirtschaftlichen Interessen des AG hat. Sobald für AN Test- und Impfmöglichkeiten in ausreichendem Maß zur Verfügung stehen und legitimen wirtschaftlichen Interessen von AG durch eine Bekanntgabe des Infektions- und Immunstatus Rechnung getragen werden kann, sind (künftige) AN zur wahrheitsgemäßen Beantwortung entsprechender Fragen verpflichtet oder zur Angabe, dass sie die wahrheitsgemäße Auskunft verweigern. Die daraus resultierenden arbeitsrechtlichen Konsequenzen können mit den üblichen kollektiv- und individualrechtlichen Instrumenten beurteilt werden.

IZm COVID-19 können sich diese Verpflichtungen je nach weiterer Entwicklung der Pandemie verändern: Wenn es auch derzeit für AG zweifellos legitim ist, den Test- und Impfstatus von AN zu kennen, muss dies nicht immer so bleiben: So wie es im Arbeitsverhältnis im Allgemeinen derzeit grundsätzlich unerheblich ist zu erfahren, wie der Infektions- oder Immunstatus gegenüber Gelbfieber ist, wenngleich dies in besonderen Konstellationen, etwa von Entwicklungshilfeinsätzen in epidemiologisch riskanten Regionen, zweifellos wichtig und daher zulässig sein kann, kann sich auch das Fragerecht iZm COVID-19 verändern. Zu hoffen ist, dass sich durch flächige Impfungen und erfolgreiche Behandlungsmethoden die Belastungen von COVID-19, die für den Interessenausgleich im Arbeitsverhältnis relevant sind, im Laufe der Zeit auf jenes Maß reduzieren werden, das andere Infektionskrankheiten haben!

72) Allg siehe statt vieler Schrank in Tomandl, ArbVG (11. Lfg 2013) § 105 Rz 115 ff.

73) Wie im Zusammenhang mit der Verschweigung einer nicht getilgten, für die Tätigkeit einschlägigen Vorstrafe, so OGH 15. 11. 2002, 8 ObA 123/01 y öRdA, 2002, 490 (mit Anm Kallab).

74) Gegebenenfalls unter Beachtung des Mitwirkungsrechts des BR bei Versetzung gem § 101 ArbVG.

75) Beispielsweise weil der AG etwa bei einer gesetzlich auferlegten Impfpflicht andere Schutzmaßnahmen nicht einsetzen darf oder weil der AN nicht anderweitig verwendet werden kann.

76) So auch Körber-Risak, Impfung: Was gilt am Arbeitsplatz? Der Standard 17. 1. 2021.

→ In Kürze

Während die Kenntnis des Immunstatus von AN bei den meisten Infektionskrankheiten unerheblich ist und nicht generell erhoben werden darf, ist derzeit iZm COVID-19 eine Erhebung des Immunstatus durch den AG zulässig, um die enormen sozialen und ökonomischen Verwerfungen, die COVID-19 hervorgerufen hat, zu reduzieren.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Wolfgang Mazal lehrt Arbeits- und Sozialrecht an der Universität Wien und publiziert als Gründer der Fachzeitschrift *Recht der Medizin* seit Jahrzehnten auch zu medizinrechtlichen Fragen.

→ Literatur-Tipp



Köck/Niksova/Risak/Wolf (Hrsg), *Liber Amicorum Wolfgang Mazal zum 60. Geburtstag* (2019).

MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100

Fax: (01) 531 61-455

E-Mail: bestellen@manz.at

Besuchen Sie unseren Webshop unter www.manz.at



