

Sehr geehrte Damen und sehr geehrte Herren!

Seitens des Landes Wien darf nachstehende Stellungnahme zu dem übermittelten Entwurf zur Änderung des Epidemiegesetzes 1950 und des COVID 19-Maßnahmengesetzes erstattet werden:

Verfassungsrechtliche Bedenken:

Zu Z 3 EpiG (§ 5a Abs. 7), wonach „über das Ergebnis der Testung eine Bestätigung auszustellen ist und der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister nähere Bestimmungen über die zur Ausstellung der Bestätigung befugten Stellen, Form, Inhalt und Rechtswirkungen dieser Bestätigung durch Verordnung festlegen kann“ sowie

Zu Z 5 EpiG (§ 15 Abs. 2 Z 5) bzw. Z 2 COVID-19-Maßnahmengesetz (§ 1 Abs. 5 Z 5), wonach „Voraussetzungen oder Auflagen gemäß § 15 Abs. 1 EpiG bzw. § 1 Abs. 5 COVID-19-Maßnahmengesetz insbesondere sein können: **Nachweis über eine lediglich geringe epidemiologische Gefahr des Teilnehmers durch ein negatives Testergebnis oder durch eine in den letzten drei Monaten erfolgte und aktuell abgelaufene Infektion**“ kann Folgendes ausgeführt werden:

Die Bestimmungen, welche den Rahmen der auf diesen Bestimmungen basierenden Verordnungen vorgeben, sind im Lichte des Art 18 Abs. 1 B-VG als zu wenig konkretisiert anzusehen. Es ist nicht ersichtlich, was unter dem Begriff „Rechtswirkungen dieser Bestätigung“ in § 5a Abs. 7 EpiG-Entwurf – dessen Begrifflichkeit schon für sich auf eine verfassungswidrige formalgesetzliche Delegation schließen lässt – zu verstehen sein soll und wie und in welcher Form der gegenständliche „Nachweis“ gemäß § 15 Abs. 2 Z 5 EpiG bzw. § 1 Abs. 5 Z 5 COVID-19-Maßnahmengesetz erbracht werden kann bzw. soll, wie aktuell ein „negatives Testergebnis“ sein muss, von welcher Stelle dieses ausgestellt werden darf bzw. muss (ärztliches Attest oder genügt bereits ein Antigen-at-home-Test, dessen Ergebnis in der Tasche mitgeführt wird?) oder wie eine „in den letzten drei Monaten erfolgte und aktuell abgelaufene Infektion“ aus medizinischer Sicht (nachträglich) konkret festzustellen und auch nachzuweisen sein wird. Es erscheint des Weiteren auch wenig sachlich gerechtfertigt, dass Personen, die eine Erkrankung in den letzten drei Monaten hinter sich gebracht haben anders behandelt werden

sollen, als solche, deren Infektion 4 oder 6 Monate zurückliegt, wenn jedoch in beiden Fällen ausreichende Antikörper im Körper vorhanden sind und ein allfälliger Schutz vor einer Neuinfektion der gleiche wäre. Aus medizinisch-epidemiologischer Sicht wird die Sachlichkeit einer derartigen Regelung zu prüfen sein, insbesondere aber auch, ob ein negatives Testergebnis bzw. eine durchgemachte Infektion auch in jedem Fall vor einer – gegebenenfalls symptomfreien – Weiterverbreitung des Virus schützen; wäre dem nicht so, erscheint auch diesfalls eine Differenzierung zu nicht getesteten bzw. eine Infektion durchgemachten Personen mehr als unsachlich.

Insbesondere wird aber auch zu berücksichtigen sein, dass es sich bei personenbezogenen Daten, aus welchen der Gesundheitszustand einer Person hervorgeht, insbesondere also auch darüber, ob und wann eine Person an COVID-19 erkrankt oder nicht war, um „Gesundheitsdaten“ iSd Art 9 DSGVO handelt, weswegen jeder Eingriff in den Datenschutz nicht nur den strengen Parametern des Art 9 DSGVO unterliegt, sondern außerdem einer Verhältnismäßigkeitsüberprüfung zu unterziehen ist.

Gemäß Art 9 Abs. 1 DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten, aus denen die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person ist untersagt, es sei denn, es liegt ein Ausnahmetatbestand des Art 9 Abs. 2 DSGVO vor.

Eine Definition, was unter dem Begriff der „Gesundheitsdaten“ iSd DSGVO verstanden werden kann, gibt Art 4 Z 15 DSGVO vor wie folgt:

„Gesundheitsdaten“ sind personenbezogene Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person, einschließlich der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen, beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen.

Gemäß Erwägungsgrund 35 der DSGVO sollen zu den personenbezogenen

Gesundheitsdaten alle Daten zählen, die sich auf den Gesundheitszustand einer betroffenen Person beziehen und aus denen Informationen über den früheren, gegenwärtigen und künftigen körperlichen oder geistigen Gesundheitszustand der betroffenen Person hervorgehen. Dazu gehören auch Informationen über die natürliche Person, die im Zuge der Anmeldung für sowie der Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen im Sinne der Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates für die natürliche Person erhoben werden, Nummern, Symbole oder Kennzeichen, die einer natürlichen Person zugeteilt wurden, um diese natürliche Person für gesundheitliche Zwecke eindeutig zu identifizieren, Informationen, die von der Prüfung oder Untersuchung eines Körperteils oder einer körpereigenen Substanz, auch aus genetischen Daten und biologischen Proben, abgeleitet wurden, und Informationen etwa über Krankheiten, Behinderungen, Krankheitsrisiken, Vorerkrankungen, klinische Behandlungen oder den physiologischen oder biomedizinischen Zustand der betroffenen Person unabhängig von der Herkunft der Daten, ob sie nun von einem Arzt oder sonstigem Angehörigen eines Gesundheitsberufes, einem Krankenhaus, einem Medizinprodukt oder einem In-Vitro-Diagnostikum stammen.

Auch die Sozialversicherungsnummer kann als Gesundheitsdatum angesehen werden. Laut *Feiler/Forgo* stellt die Sozialversicherungsnummer ein Gesundheitsdatum iSd DSGVO dar, „wenn man davon ausgeht, diese diene der eindeutigen Identifizierung der betroffenen Person“ (Siehe *Feiler/Forgo, EU-DSGVO Kurzkommmentar* (2017) Art. 4 Rz 35). „Die Sozialversicherungsnummer ist per se noch kein Gesundheitsdatum, denn eine derartige Qualifikation kann sich nur kontextbezogen ergeben, wenn sie tatsächlich iZm einer sich auf den Gesundheitszustand der betroffenen Person beziehenden Verarbeitung verwendet wird (bei der Anmeldung in einem Krankenhaus), also wenn eine Gesundheitsdienstleistung in Anspruch genommen wird, nicht aber für andere Sozialleistungen, wie etwa in Angelegenheiten der Pensions- oder Arbeitslosenversicherung, da in diesem Fall nicht der Gesundheitszustand betroffen ist und die Sozialversicherungsnummer zu einem bloßen Identifikator wird.“ (Hödl in Knyrim (Hrsg), *DatKomm Art. 4 DSGVO Rz 157*).

Gegenständliche Bestimmungen, welche eine Rechtsgrundlage zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten darstellen sollen, greifen demnach auch in das Grundrecht auf Datenschutz ein, weswegen diese auch § 1 DSG und Art 9 DSGVO zu

entsprechen haben werden.

Außerdem ermächtigen gegenständliche Bestimmung den Verordnungserlasser auch zu einem Eingriff in das Recht auf freie Ausgestaltung des privaten Lebens des Art 8 EMRK: Ein zu einem solchen Grundrechtseingriff ermächtigendes Gesetz ist demnach nur insoweit verfassungskonform, wenn es den Kriterien des Art 8 Abs 2 EMRK genügt, dh in einer demokratischen Gesellschaft zur Sicherung der dort aufgezählten Zwecke, unter anderem des Gesundheitsschutzes, unbedingt **erforderlich** ist. Die vorliegenden (pauschalen) und damit völlig indeterminierten Ermächtigungen zum Eingriff in das Grundrecht mittels Verordnung sind demnach nicht nur im Hinblick auf Art 18 Abs. 1 B-VG und den Gleichheitsgrundsatz, sondern auch im Hinblick auf Art 8 EMRK als verfassungsrechtlich bedenklich einzustufen.

Zu Z 3 COVID-19-Maßnahmengesetz (5 Abs. 3):

Auch im Hinblick auf den neuen § 5 Abs. 3, wonach „in einer Verordnung gemäß Abs. 1 entsprechend der epidemiologischen Situation festgelegt werden kann, dass die Einschränkung auf die in der Verordnung festgelegten Zwecke für Personen, von denen lediglich eine geringe epidemiologische Gefahr der Weiterverbreitung ausgeht, weil sie ein negatives Testergebnis oder eine in den letzten drei Monaten erfolgte und aktuell abgelaufene Infektion aufweisen, nicht gilt.“, ist festzuhalten, dass diese Bestimmung völlig unkonkret gehalten ist und demnach schon aus diesem Grund mit den Grundsätzen der österreichischen Bundesverfassung nicht vereinbar ist. Betreffend der Nicht-Geltung von Einschränkungen für Personen, die ein negatives Testergebnis oder eine in den letzten drei Monaten erfolgte und aktuell abgelaufene Infektion aufweisen, ist im Hinblick auf die Sachlichkeit auf die obigen Ausführungen zu den Z 5 EpiG (§ 15 Abs. 2 Z 5) bzw. Z 2 COVID-19-Maßnahmengesetz (§ 1 Abs. 5 Z 5) verwiesen.

Weitere Anmerkungen:

Zu Z 1 EpiG (§ 5a Abs.1):

-

In § 5a werden nunmehr weitere Gründe für die Durchführung von

Screeningprogrammen aufgenommen, nämlich zum Zweck der Detektion unbekannter Erkrankungsfälle an COVID-19 und zur Ermöglichung des Betretens von Betriebsstätten und des Besuchs von Veranstaltungen. Nach dem Wortlaut der Bestimmung – „zur Ermöglichung des Betretens ...“, wird das Screening als eine Voraussetzung für das Betreten normiert. Es finden sich jedoch keine gesetzlichen Bestimmungen, wann ein solches Screening als Voraussetzung eingesetzt werden soll/muss.

Die in § 5a aufgezählten Gründe sind Alternativgründe, d.h. jeder einzelne Grund reicht für sich alleine aus. Dies würde bedeuten, dass ein Screeningprogramm als Voraussetzung zur Ermöglichung des Betretens von Betriebsstätten/Veranstaltungen normiert werden kann, ohne jeglichen Bezug zur epidemiologischen Lage oder Notwendigkeit einer solchen Maßnahme. Der Grund „zur Ermöglichung des Betretens von Betriebsstätten und des Besuchs von Veranstaltungen“ ohne gesundheitlichen Aspekt ist daher kompetenzmäßig bedenklich.

Eigenartig mutet auch an, dass der Grund der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems in § 5a lediglich als letzter und auch nur alternativer Grund für Screeningprogramme angeführt ist.

Zu Z 2 EpiG (§ 5a Abs. 3):

-

Mag es auch sein, dass im Gesetz ausdrücklich die Freiwilligkeit der Teilnahme an Screeningprogrammen – lt. der Erläuterungen in Bezug auf die medizinische Maßnahme – normiert wird, so ist die Qualität dieser Freiwilligkeit wohl von zweifelhafter Natur, wenn die Nicht-Teilnahme an der Testung den Ausschluss von einem großen Teil des gesellschaftlichen Lebens als Konsequenz mit sich bringt.

Zu Z 3 EpiG (§ 5a Abs. 7) und Z 2 COVID-19-Maßnahmengesetz (§ 1 Abs. 5 Z 5):

-

Es ist nicht verständlich, weshalb die Verordnungsermächtigungen unterschiedlich formuliert sind. So umfasst die Verordnungsermächtigung im COVID-19-Maßnahmengesetz im Gegensatz zu der im Epidemiegesetz nicht die Stellen, die zur Ausstellung einer Bestätigung befugt sind.

Zu Z 3 EpiG (§ 5a Abs. 7):

Die Rechtsnatur dieser Bestätigung, welche für die betroffene Person mit enormen Auswirkungen verbunden ist, ist unklar. Weiters ist unklar, ob die betroffene Person auch ein Recht auf eine Wiederholung der Testung hat bzw. auf die Nachtestung mit einem anderen Testverfahren.

Völlig unbehandelt bleibt auch die Frage, wer diese Bestätigungen ausstellen darf und welche Personengruppen/Stellen/Behörden diese kontrollieren dürfen bzw. müssen. Hierbei wird im Epidemiegesetz keine Rechtsgrundlage geschaffen, weshalb dies auch in einer nachfolgenden Verordnung (gestützt auf § 5 Abs. 7) nicht geregelt werden kann.

Insgesamt wird festgehalten, dass der **verwaltungsbehördliche, finanzielle sowie personelle Aufwand** in Bezug auf die Erweiterung der Screening-Testungen als Voraussetzung zur Ermöglichung der Betretung von Betriebsstätten sowie der Teilnahme an Veranstaltungen, jedenfalls als **außerordentlich hoch** gewertet wird. Eine Planung der Kapazitäten sowie ein schonender Einsatz der Ressourcen ist kaum möglich.

Es wird daher angeregt auch die Anerkennung von betrieblich organisierten Testungen oder die Möglichkeit von privaten „Selbsttestungen“ als Alternative anzubieten.

Zu Z 5 EpiG (§ 15 Abs. 2):

-

Da § 15 Abs. 2 die Voraussetzungen normiert, welche die Abhaltung von Veranstaltungen ermöglichen können, ist letztlich die jeweilige VeranstalterIn NormadressatIn der Auflagen/Bedingungen. Da ein Nachweis über eine lediglich geringe epidemiologische Gefahr der TeilnehmerInnen als Auflage vorgesehen werden kann, führt dies im Ergebnis dazu, dass die VeranstalterIn diesen Nachweis erbringen muss. In welcher Form dieser Nachweis erbracht werden soll, bleibt ungeklärt. Die VeranstalterIn würde somit die Verantwortung tragen, dass lediglich Personen mit entsprechend geringer epidemiologischer Gefahr die Veranstaltung besuchen können. Insbesondere in Hinblick auf abgelaufene Infektionen würde dies ein medizinisches Fachwissen seitens der VeranstalterIn voraussetzen.

Weiters bleibt ungeklärt, ob dann zusätzlich dennoch Präventionskonzepte bzw.

andere Auflagen vorgesehen werden sollen bzw. insgesamt in welchem Verhältnis die verschiedenen Auflagemöglichkeiten zu einander stehen.

Zu Z 1 COVID-19-Maßnahmengesetz (§ 1):

-

Nach dem derzeitigen Entwurf könnte das Betreten und Verweilen an sämtlichen Orten (ausgenommen des privaten Wohnbereiches) an die Voraussetzung eines Nachweises über eine lediglich geringe epidemiologische Gefährdung, welche mittels eines negativen Testergebnisses bzw. eines Nachweises einer abgelaufenen Infektion erfolgt, geknüpft werden. Auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, welcher hier wohl nicht erfüllt sein dürfte, sei hingewiesen.

Da die näheren Ausführungen erst in nachfolgenden, auf die epidemiologische Situation angepassten Verordnungen und somit auf Basis sich rasch ändernder Umstände, bekannt gegeben werden, **ist eine effektive Planung der erforderlichen Ressourcen für eine Großstadt nicht möglich!**

Soweit an die Vorlage eines negativen Testergebnisses die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben sowie die Bewegungsfreiheit einer Person geknüpft wird, muss auch die Möglichkeit bestehen diesen Nachweis zu erlangen. Somit ist die Bereitstellung der Testkapazitäten die Grundvoraussetzung. Dies wiederum bedarf der ausreichenden Planung und Organisation.

Zu Z 3 COVID-19-Maßnahmengesetz (§ 5 Abs. 3):

-

Das Verhältnis zu § 5 (Ausgangsregelungen) und insbesondere der damit einhergehenden Ausnahmen bleibt offen. In den Erläuterungen ist angeführt, dass ein Nachweis über ein negatives Testergebnis sowie einer abgelaufenen Infektion eine Auflage nach dem COVID-Maßnahmengesetz sein kann. Für welche Situationen bzw. Bereiche dies vorgesehen sein soll und unter welchen Voraussetzungen ist nicht beschreiben.

Angemerkt wird, dass sich im Gesetzestext und den Erläuterungen auch ein neuer § 5 Abs. 3 befindet, welcher jedoch in der Textgegenüberstellung nicht vorkommt.

Zu Z 4 COVID-19-Maßnahmengesetz (§ 8):

-

Soweit das Verwehren der Einsicht in Unterlagen (nun auch des Nachweises bezüglich der Gesundheitsdaten – negatives Testergebnis bzw. Nachweis über die abgelaufene Infektion) verwaltungsstrafrechtlich geahndet werden soll, führt dies im Ergebnis zu der Frage, ob dies indirekt zu der Verpflichtung führt, dass die entsprechenden Gesundheitsdaten, beim Betreten bestimmter Orte/ Betriebsstätten/Verlassen des Wohnbereiches etc. jederzeit mit zu führen sind.

Da die tatsächlichen Maßnahmen/Eingriffe erst in Verbindung mit den entsprechenden Verordnungen ersichtlich sein werden, ist eine detaillierte Beurteilung nur bedingt möglich.

Insgesamt wird eindringlich darauf hingewiesen, dass Personen, welche erkrankt sind sowie deren Kontaktpersonen von den Behörden abgesondert werden (hingewiesen sei in diesem Zusammenhang auch auf §§ 178 und 179 Strafgesetzbuch – StGB). Dies führt e contrario dazu, dass die **beschriebenen Maßnahmen hauptsächlich gesunde Personen treffen!**

Offensichtlich geht der Gesetzgeber davon aus, dass grundsätzlich von jeder einzelnen Person eine große epidemiologische Gefahr ausgeht, solange diese Person nicht das Gegenteil beweisen kann. Dies leider ohne differenzierte Betrachtung der Umstände und ohne nähere medizinisch-wissenschaftliche Indikatoren.

Mit besten Grüßen

Für den Landesamtsdirektor

Mag. Wolfgang Müller, MBA

Magistratsdirektor-Stellvertreter

Magistratsdirektion – Organisation und Sicherheit

1082 Wien, Rathaus