

An die
Unabhängige
Bildungsgewerkschaft
Harderstraße 46
6923 Lauterach
per Mail

Bregenz, am 27. November 2020

20/HEN/2 - ana/ana - 327225.doc

Corona-Testungen

Sehr geehrte Damen und Herren!

1. Epidemiegesetz:

In § 5a Epidemiegesetz ist geregelt, dass

- bei Notwendigkeit der Beurteilung der gesetzten Bekämpfungsmaßnahmen,
- zur Planung weiterer Strategien oder
- zum Schutz bestimmter Personengruppen oder
- zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems

Screeningprogramme bei bestimmten Berufsgruppen durchgeführt werden können, die aufgrund ihrer Berufstätigkeit einem erhöhten Risiko ausgesetzt sind. Die Teilnahme ist jedoch **freiwillig**.

Durchführung von Screeningprogrammen im Rahmen der Bekämpfung von COVID-19

§ 5a. (1) Der für das Gesundheitswesen zuständige Bundesminister kann, soweit dies zur Beurteilung der bereits gesetzten Bekämpfungsmaßnahmen, zur Planung der weiteren Bekämpfungsstrategie, zum Schutz bestimmter von der Pandemie besonders betroffener Personengruppen oder zur Sicherung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitssystems **notwendig** ist, Screeningprogramme

1. zur Feststellung von Prävalenz des Vorkommens der Krankheit in der Bevölkerung oder einzelnen Bevölkerungsgruppen;
2. zur Feststellung von besonders betroffenen Gebieten oder Einrichtungen;
3. zum Screening von bestimmten Bevölkerungsgruppen, bei denen aufgrund des bisherigen Krankheitsverlaufes mit einer Infektion gerechnet werden kann;
4. **zum Screening von Berufsgruppen, die auf Grund ihrer Tätigkeit einem erhöhten Risiko einer COVID-19-Infektion ausgesetzt sind;**

durchführen. Dazu werden Labortests für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit SARS-CoV-2 oder Antikörpertests zur Bestätigung einer durchgemachten Infektion oder zum Nachweis einer erworbenen Immunität verwendet. Soweit derartige Programme nur ein Bundesland betreffen, kann der Landeshauptmann mit Zustimmung des Bundesministers entsprechende Screeningprogramme innerhalb des jeweiligen Bundeslandes durchführen.

(2) Im Rahmen der Screeningprogramme dürfen folgende Datenkategorien verarbeitet werden:

1. Daten zur Identifikation der an einem Screeningprogramm teilnehmenden Person (Name, Geschlecht, Geburtsdatum),
2. Kontaktdaten (Wohnsitz, Telefonnummer, E-Mail-Adresse),
3. Daten zur epidemiologischen Auswertung je nach Ziel des Programms nach § 5a (Region des Aufenthalts, Art der Berufsausübung, Ort der Berufsausübung),
4. eine Probenmaterialkennung (Proben ID), die eine eindeutige Zuordnung ermöglicht, und
5. Testergebnis.

(3) Screeningprogramme gemäß Abs. 1 sind unter größtmöglicher Schonung der Privatsphäre der betroffenen Person durchzuführen. **Die Teilnahme ist nur mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Personen gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO zulässig.**

(4) Die inhaltliche Ausgestaltung sowie die Vorgaben für die organisatorische Abwicklung der Programme und die mit deren Durchführung beauftragten Organisationen, sind vom Bundesminister in geeigneter Weise zu veröffentlichen.

(5) Im Schulbereich können Screeningprogramme gemäß Abs. 1 durch den Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung im Einvernehmen mit dem für das Gesundheitswesen zuständigen Bundesminister durchgeführt werden. Der Bundesminister für Bildung, Wissenschaft und Forschung kann Hochschulen oder hochschulische Forschungseinrichtungen mit der Durchführung der Laboruntersuchungen und Schulärzte mit der Durchführung der Untersuchungen an den Schulen beauftragen.

Stand: 27.11.2020

2. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers versus Treuepflicht des Arbeitnehmers:

2.1. Allgemeines:

Auch wenn die Teilnahme an Screeningprogrammen nach dem Epidemiegesetz freiwillig ist, ist zu prüfen, ob sich eine Pflicht zur Corona-Testung aus der sich aus dem Dienstverhältnis ergebenden Treuepflicht des Arbeitnehmers ergibt.

§ 43 BDG (1) Der Beamte ist verpflichtet, seine dienstlichen Aufgaben unter Beachtung der geltenden Rechtsordnung treu, gewissenhaft, engagiert und unparteiisch mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln aus eigenem zu besorgen.

(2) **Der Beamte hat in seinem gesamten Verhalten darauf Bedacht zu nehmen, daß das Vertrauen der Allgemeinheit in die sachliche Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben erhalten bleibt.**

(3) Der Beamte hat die Parteien, soweit es mit den Interessen des Dienstes und dem Gebot der Unparteilichkeit der Amtsführung vereinbar ist, im Rahmen seiner dienstlichen Aufgaben zu unterstützen und zu informieren.

Allgemeine Dienstpflichten und Pflichtenangelobung

§ 5 VBG (1) **§ 43**, § 43a, § 45a, § 45b, § 46 Abs. 1 bis 4, § 47, § 53, § 53a, § 54 Abs. 1 und 2 und die §§ 55 bis 59 BDG 1979, BGBl. Nr. 333, **sind anzuwenden.** Bei der Anwendung des § 56 Abs. 4 BDG 1979 tritt in Z 1 an die Stelle einer Herabsetzung nach § 50f BDG 1979 eine Wiedereingliederungsteilzeit nach § 20c und in Z 3 an die Stelle eines Karenzurlaubes nach § 75c BDG 1979 ein Karenzurlaub nach § 29e.

(2) Die für bestimmte Verwaltungszweige erlassenen Sondervorschriften binden auch die dort verwendeten Vertragsbediensteten.

(3) Der Vertragsbedienstete hat beim Dienstantritt durch Handschlag zu geloben, die Gesetze der Republik Österreich zu befolgen und alle mit seinem Dienst verbundenen Pflichten treu und gewissenhaft zu erfüllen.

2.2. Treuepflicht:

Ein Dienstverhältnis erschöpft sich nicht in der Erfüllung der Hauptpflichten, es sind auch Nebenpflichten, insbesondere die Fürsorgepflicht des Dienstgebers und die Treuepflicht (Interessenwahrungspflicht) des Dienstnehmers, damit verbunden. Letztere **verpflichtet** den Dienstnehmer zur Respektierung des unternehmerischen Tätigkeitsbereichs und **zum Schutz betrieblicher Interessen**. Der Dienstnehmer darf auch außerdienstlich kein Verhalten setzen, das erkennbaren Betriebsinteressen widerspricht (vgl etwa OGH 27. September 2006, OGH 9 Ob A 82/06h, VwGH 2006/12/0015 v. 12.05.2010).

Der Arbeitnehmer hat die betrieblichen Interessen zu respektieren und insbesondere alles zu unterlassen, was den unternehmerischen Tätigkeitsbereich, dessen Organisationswert und dessen Chancen beeinträchtigt. **Er hat den Arbeitgeber im Rahmen der Beistandspflicht und Anzeigepflicht vor drohenden Schäden zu warnen und zu deren Beseitigung beizutragen** (OGH RS 0021449).

Der Inhalt der Treuepflicht des Beamten ist im Zusammenhang des § 43 Abs. 1 BDG 1979 in Verbindung mit der Pflicht zur rechtmäßigen Erfüllung seiner dienstlichen Aufgaben zu sehen, im Hinblick auf das außerdienstliche Verhalten des Beamten besteht ein Zusammenhang mit dem Schutz des Vertrauens der Allgemeinheit auf die sachliche Wahrnehmung seiner dienstlichen Aufgaben (VwGH 03.10.2013 2013/09/0077).

Die Treuepflicht des Beamten, verpflichtet ihn u.a. auch dazu, seine volle, auch gesundheitliche Leistungsfähigkeit für den Dienst zu erhalten bzw wieder zu erlangen (Hinweis E 28.2.1996, 94/12/0109 = VwSlg 14415 A/1996). Dieser Pflicht steht aber die Fürsorgepflicht des Dienstgebers gegenüber (Hinweis E 24.6.1992, 88/12/0123).

Was dies im Einzelfall bedeutet und wo die Grenzen dieser "Treuepflicht" des Beamten (als Gegenstück zur Fürsorgepflicht des Dienstgebers) liegen, kann nur im Einzelfall unter verständiger Gesamtwürdigung aller maßgebenden Umstände gesagt werden (VwGH vom 01.07.1998 96/09/0373).

2.3. Fürsorgepflicht:

Die im privaten Arbeitsvertragsrecht im § 1157 ABGB und zahlreichen und in sondergesetzlichen Vorschriften enthaltenen Normen zugunsten des Dienstnehmers bestehende Fürsorgepflicht trifft auch den öffentlich-rechtlichen Dienstgeber nicht nur bei einer vertraglichen Gestaltung des Dienstverhältnisses, sondern auch dann, wenn das Dienstverhältnis durch Ernennungsakt begründet wurde (OGH RS0021507).

2.4. Gleichbehandlungsgrundsatz:

Allgemein anerkannt – wenn auch in der exakten Ausformung umstritten – ist der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz (vgl auch § 18 BPG). Häufig wird dieser aus der Fürsorgepflicht des AG abgeleitet.

Der Gleichbehandlungsgrundsatz verpflichtet den AG jedenfalls, einzelne AN nicht willkürlich oder aus sachfremden Gründen schlechter als andere AN zu behandeln. Verboten ist zum einen eine **unsachliche Schlechterbehandlung einer Minderheit** („Diskriminierungsverbot“), zum anderen aber auch die **Benachteiligung aufgrund eines verpönten Motivs unabhängig von der Zahl der betroffenen AN** („Differenzierungsverbot“). Als verpönte Motive sind nicht nur die im GIBG genannten anzusehen. Im Übrigen ist nach der Rsp wohl eine Bevorzugung einzelner AN oder kleinerer Gruppen von AN aber dem AG nicht verwehrt, jedenfalls wenn einer solchen Bevorzugung kein verallgemeinerbares Prinzip zugrunde liegt, dessen Kriterien auch auf den benachteiligten AN zutreffen.

Sachlich gerechtfertigt ist eine Verschiedenbehandlung durch den AG dann, wenn ihr ein verallgemeinerungsfähiges Prinzip zugrunde liegt, welches aus dem Arbeitsverhältnis (iwS) ableitbar ist. Die sachliche Rechtfertigung hat der AG zu beweisen.

Zu beachten ist, dass der Gleichbehandlungsgrundsatz dem Persönlichkeitsrecht des AN entspringt, auf das nach § 16 iVm § 879 ABGB im Kernbereich und insbesondere auch im Voraus nicht umfassend verzichtet werden kann.

Benachteiligt ein AG einen AN, hat der schlechter behandelte AN Anspruch auf gleiche Behandlung wie die übrigen AN.

3. Konkret bedeutet dies:

Das Interesse des Arbeitgebers, eine Verbreitung des Corona-Virus in der Schule zu verhindern und Lehrpersonen und Schüler zu schützen, ist gegenüber den Rechten des Arbeitnehmers auf Persönlichkeitsschutz (keine unnötigen körperlichen Eingriffe zulassen zu müssen, die u.U. mit Gesundheitsrisiken verbunden sind) und Gleichbehandlung abzuwägen.

3.1. Notwendigkeit der Testung bei symptomlosen Lehrpersonen?

Vorerst ist zu prüfen, ob eine Testung bei symptomlosen Lehrpersonen überhaupt erforderlich ist.

Auszug aus dem Robert Koch Institut:

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=1EC077BDEE7B4724CA5D5D7B35FD09FD.internet051#doc13776792bodyText3

„Generell wird unterschieden, ob eine ansteckende Person zum Zeitpunkt der Übertragung bereits erkrankt (symptomatisch) war, ob sie noch keine Symptome entwickelt hatte (präsymptomatisches Stadium) oder ob sie auch später nie symptomatisch wurde (asymptomatische Infektion). Eine große Bedeutung haben die Übertragungen von infektiösen Personen, wenn sie bereits Krankheitszeichen (Symptome) entwickelt haben (43, 44). Dabei können diese Symptome relativ subtil sein, wie z. B. Kopf- und Halsschmerzen. Eine solche Phase mit leichteren Symptomen kann einer späteren Phase mit „typischeren“ Symptomen, wie z. B. Fieber oder Husten, um ein oder zwei Tage vorausgehen (45). "Typischere" Symptome können aber auch ausbleiben.“

„Darüber hinaus steckt sich ein relevanter Anteil von Personen bei infektiösen Personen innerhalb von 1-2 Tagen vor deren Symptombeginn an. Wie groß dieser Anteil ist, kann nicht genau beziffert werden, da in vielen der Studien der „Symptombeginn“ nicht oder nicht gut definiert wurde. Schließlich gibt es **vermutlich** auch Ansteckungen durch Personen, die zwar infiziert und infektiös waren, aber gar nicht erkrankten (asymptomatische Übertragung). **Diese Ansteckungen spielen vermutlich jedoch eine untergeordnete Rolle.**“

Zusammenfassend:

Dass eine Ansteckung auch bei symptomlosen Personen erfolgen kann, ist nach den Ausführungen des Robert Koch Institut lediglich eine Vermutung. Zudem spielen diese Ansteckungen nur eine untergeordnete Rolle.

3.2. Verlässliche Ergebnisse durch die Testungen?

In einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob die Testungen verlässliche Ergebnisse über eine Ansteckung liefern können.

Auszug aus der Gebrauchsanweisung ViroREal Kit SARS-CoV-2 & SARS, Ingenetix GmbH, Austria:

7. Grenzen des Verfahrens

- Zuverlässige Ergebnisse sind nur bei Anwendung sachgemäßer Verfahren für Entnahme, Transport, Lagerung und Aufarbeitung der Proben gewährleistet.
- Mit diesem Kit wurde die Detektion von SARS-CoV-2 RNA aus Proben aus dem Respirationstrakt validiert. Die Testperformance mit anderen klinischen Probentypen wurde bislang noch nicht bewertet.
- **Ein negatives Testergebnis schließt die Möglichkeit einer SARS-CoV-2 oder SARS-CoV Infektion nicht aus, da die Ergebnisse durch unsachgemäße Probenentnahme, technische Fehler, Probenverwechslung oder eine Erregerzahl unterhalb der Nachweisgrenze beeinträchtigt werden können. PCR Inhibitoren können zu einem ungültigen Ergebnis führen.**
- **Obwohl dieser Test hochspezifische Primer und Sonden beinhaltet, können eventuell vorhandene Sequenzvariabilitäten in der Target-Region von bislang nicht bekannten klinischen Subtypen zu falschnegativen oder weniger sensitiven Ergebnissen führen.**
- **Ergebnisse sollten mit anderen Labordaten und klinischen Parametern im Kontext interpretiert werden.**

Stellungnahme der österreichischen Gesellschaft für Infektionskrankheiten vom 04.10.2020:

*Das unsystematische, unreflektierte, großflächige Testen sowie das Screenen im Tourismusbereich oder anderen Bereichen des Gesellschaftslebens (hauptsächlich gesunde und symptomlose Personen) ist kein geeignetes Mittel, um eine präzise Information zur epidemiologischen Situation zu erhalten bzw. um die Pandemie einzudämmen. **Ein positiver SARS-CoV-2 PCR Befund bei einer symptomfreien Person stellt noch keine Infektionsdiagnose dar und sagt nichts über die Infektiosität der getesteten Person aus (Überbleibsel „viral debris“ einer abgelaufenen Infektion). Zudem ist bei einer Stichprobe, die fast nur aus gesunden Personen besteht, die Wahrscheinlichkeit für falsche Testergebnisse sehr hoch.** Personen, die an COVID-19 erkrankt waren, sollen in den nächsten Monaten danach nicht mehr mit einer SARS-CoV-2-PCR getestet werden. Überträgerinnen und Überträger des neuen SARS-CoV-2 sind im Wesentlichen Personen, die bereits COVID-19-Symptome zeigen oder kurz davor sind, symptomatisch zu werden. Deshalb ist es für die Abschwächung der Pandemiefolgen wichtig, Menschen mit Symptomen zu testen und diese rasch, d.h. innerhalb von Stunden, abzuklären und zu isolieren. Statt ungezielter Massentestungen sollten Screenings auf Risikogruppen beschränkt werden, um die Vortestwahrscheinlichkeit zu erhöhen (also Personen mit COVID-typischer Symptomatik und vorangegangener Exposition) bzw. situationsbedingt auf besonders vulnerable Bereiche wie beispielsweise Krankenhäuser oder Pflegeeinrichtungen. Testen ohne Anlass führt auch zu einem falschen Sicherheitsgefühl. Denn auch ein negativer PCR-Nachweis ist nur eine Momentaufnahme, schließt eine Infektion nicht aus und entbindet nicht von Hygiene- und Schutzmaßnahmen (AHA-Regel). Präventives Testen ohne begründeten Verdacht belastet die vorhandene Testkapazität und verzögert die Identifizierung von wirklich erkrankten Personen.*

Auch weitere Studien u.a. eine Studie im Journal of Medical Virology kommen zum Ergebnis, dass die Tests instabil sind, daher falsch positive und falsch negative Resultate zeigen und daher nicht ohne entsprechende zusätzliche ärztliche Diagnostik verwendet werden sollten (Stability issues of RT-PCR testing of SARS-CoV-2 for hospitalized patients clinically diagnosed with COVID-19 <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/jmv.25786>).

Hinzu kommt, dass der CT-Wert bei einem PCR-Test angemessen bestimmt werden muss. Wenn der Schwellwert zu hoch angesetzt wird, dann werden auch zahlreiche nicht infektiöse Personen irrtümlich als positiv getestet.

So hielt ein portugiesisches Berufungsgericht die PCR-Tests für unzuverlässig und hob eine Quarantäne auf.

Auszug aus dem Urteil:

„Eine medizinische Diagnose ist eine medizinische Handlung, zu der nur ein Arzt rechtlich befugt ist und für die dieser Arzt allein und vollständig verantwortlich ist. Keine andere Person oder Institution, einschließlich Regierungsbehörden oder Gerichten, hat eine solche Befugnis. Es ist nicht Aufgabe der regionalen Gesundheitsbehörde der Azoren, jemanden für krank oder gesundheitsgefährdend zu erklären. Nur ein Arzt kann dies tun. Niemand kann per Dekret oder Gesetz für krank oder gesundheitsgefährdend erklärt werden, auch nicht als automatische, administrative Folge des Ergebnisses eines Labortests, egal welcher Art.“

Das Gericht übte auch grundlegende Kritik an den PCR-Tests:

Auf der Grundlage der derzeit verfügbaren wissenschaftlichen Beweise sei dieser Test [der RT-PCR-Test] nicht in der Lage, zweifelsfrei festzustellen, ob die Positivität tatsächlich einer Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus entspricht.

Unter Berufung auf Jaafar et al. (2020; <https://doi.org/10.1093/cid/ciaa1491>) kam das Gericht zu dem Schluss, dass „wenn eine Person durch PCR als positiv getestet wird, wenn ein Schwellenwert von 35 Zyklen oder höher verwendet wird (wie es in den meisten Labors in Europa und den USA die Regel ist), die Wahrscheinlichkeit, dass diese Person infiziert ist, <3% beträgt und die Wahrscheinlichkeit, dass das Ergebnis ein falsches Positiv ist, 97% beträgt“. Das Gericht stellte ferner fest, dass der Schwellenwert für die Zyklen, der für die derzeit in Portugal durchgeführten PCR-Tests verwendet wird, unbekannt sei. Unter Berufung auf Surkova et al (2020; [https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600\(20\)30453-7/fulltext](https://www.thelancet.com/journals/lanres/article/PIIS2213-2600(20)30453-7/fulltext)) stellte es weiter fest, dass jeder diagnostische Test im Kontext der tatsächlichen Krankheitswahrscheinlichkeit interpretiert werden müsse, wie sie vor der Durchführung

des Tests selbst eingeschätzt wird, und äußerte die Meinung, dass „in der gegenwärtigen epidemiologischen Landschaft die Wahrscheinlichkeit zunehme, dass Covid-19-Tests falsch positive Ergebnisse liefern, was erhebliche Auswirkungen auf den Einzelnen, das Gesundheitssystem und die Gesellschaft habe.

Aufgrund dieses Urteils erfolgte am 26.11.2020 durch Abgeordnete eine Anfrage an den Bundesminister für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz. Eine Antwort steht noch aus.

3.3. Gesundheitliche Beeinträchtigung durch Corona-PCR-Testungen?

Zu beachten ist auch, dass die Testung bei nicht fach- und sachgerechter Anwendung zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen führen kann. So wird in den Medien von massiven Problemen nach Testungen berichtet. Nach einem Corona-Test durch einen Abstrich mit einem Stäbchen, soll einer Frau Gehirnflüssigkeit aus der Nase ausgelaufen sein <https://www.rnd.de/panorama/corona-test-lauft-schief-hirnflussigkeit-lauft-aus-nase-von-patientin-323OPZSAVRE2HBQ7WMTGYEDILQ.html>.

3.4. Zusammenfassend:

3.1. Eine Testung im Falle von Krankheitssymptome ist zulässig, da der jeweilige Lehrer im Rahmen seiner Beistandspflicht zur Beseitigung von möglichen Gefahren beizutragen hat.

3.2. Ob von einem symptomlosen Lehrer, der in Kontakt mit einem Erkrankten stand, eine Testung verlangt werden kann, ist aus nachfolgenden Gründen zweifelhaft:

- symptomlose Personen sind unter Umständen gar keine Überträger und
- spielen nur eine untergeordnete Rolle,
- die Tests sind - wie ausgeführt - ohne zusätzliche ärztliche Diagnostik nicht zuverlässig,
- eine falsche Testung hat weitreichende Folgen (Entziehung der körperlichen Freiheit durch angeordnete Quarantänemaßnahme) und
- durch die Testung werden auch gesundheitliche Risiken eingegangen.

Aufgrund der Pflicht des AN, zur Beseitigung möglicher Gefahren beizutragen und der möglichen dienstrechtlichen Konsequenzen, die allenfalls gerichtlich geklärt werden müssten, empfehle ich jedoch, die Testung bei Kontakt mit infizierten Personen nicht zu verweigern.

3.3. Eine Pflicht, sich testen zu lassen, wenn keine Symptome vorliegen und kein Kontakt zu erkrankten Personen bestand, besteht jedoch meiner Ansicht nach nicht. Da diesbezüglich keine Rechtsprechung vorliegt, könnte sich im Falle einer gerichtlichen Klärung im jeweiligen Einzelfall aber auch eine Verpflichtung zur Testung ergeben.

3.4. Da die Tests aus den dargelegten Gründen ohne zusätzliche ärztliche Diagnostik kein gesichertes Ergebnis liefern und es sich nur um eine Momentaufnahme handelt, sich daher ein negativ getesteter Lehrer bereits am nächsten Tag anstecken könnte, sind auch mittelbare Konsequenzen (z.B. Absonderung von den Schülern) aufgrund der für den AG bestehenden Fürsorge- und Gleichbehandlungspflicht nicht zulässig, wobei jedoch auch dies im jeweiligen Einzelfall zu prüfen wäre.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Nagel', written in a cursive style.

Mag. Astrid Nagel