



Mag. Georg Streit

© WILKE, Wien

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Vorstandsmitglied der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern.

## Aktuelles in Kürze

### Neues zum Arbeitnehmerschutz

Mit dem Gesetz mit dem prächtigen Namen ArbeitnehmerInnenschutz-Deregulierungsgesetz vom 1.8.2017 (BGBl I 2017/126) erfuhr unter anderem das ArbeitnehmerInnenschutzgesetz (ASchG) eine Adaptierung. Neben der Beseitigung bürokratischer Hürden (etwa die Streichung der gesonderten Aufzeichnungspflicht von Beinahe-Unfällen am Arbeitsplatz, weil diese ohnedies im Rahmen des Sicherheits- und Gesundheitsdokumentes zu dokumentieren sind) wurde vor allem der „Nichtraucher/innenschutz“ auch mit Bezug zu Arbeitnehmer/innen gesetzlich normiert.

Zunächst hat der Gesetzgeber die Gelegenheit genutzt, den Nichtraucherschutz zu gendern und aus „Nichtrauchern“ nun „Nichtraucher/innen“ zu machen. Arbeitgeber/innen haben in Zukunft dafür zu sorgen, dass nicht rauchende Arbeitnehmer/innen vor den Einwirkungen von Tabakrauch am Arbeitsplatz geschützt sind, allerdings nur „*soweit dies nach der Art des Betriebs möglich ist*“. Explizit normiert ist, dass das Rauchverbot auch „verwandte Erzeugnisse“ und Wasserpfeifen im Sinn des Tabak- und NichtraucherInnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetzes – TNRS<sup>1</sup> umfasst.

Das bedeutet im Ergebnis, dass dann nicht geraucht werden darf, wenn auch Nichtraucher/innen beschäftigt werden. Ausnahmen bestehen nur für Arbeitsstätten außerhalb von Gebäuden oder solche Arbeitsstätten, in denen „eine ausreichende Anzahl von Räumlichkeiten“ vorhanden ist. Dann kann in einzelnen Räumen das Rauchen doch gestattet werden. Es darf sich dabei aber nicht um Arbeitsräume handeln und der Tabakrauch von Rauch darf auch nicht in Arbeitsräume gelangen, in denen sich Nichtraucher/innen aufhalten. In Räumen für den allgemeinen Aufenthalt, Sanitätsräumen, Garderoben und Umkleideräumen darf keinesfalls geraucht werden.

Diese Regelung ist nun viel konkreter als die derzeit noch (bis 30.4.2018) geltende Rechtslage. Denn der Gesetzgeber legt sich nun explizit auf die räumliche Trennung fest, während es bisher nur gilt „durch

geeignete technische oder organisatorische Maßnahmen“ dafür zu sorgen, dass Nichtraucher vor den Einwirkungen von Tabakrauch geschützt sind. Die Aufenthalts- und Bereitschaftsräume wandern nun von den geschützten Bereichen zu den Bereichen, in denen das Rauchen explizit verboten ist.

Die neue Nichtraucher/innenschutzbestimmung tritt mit 1.5.2018 in Kraft. Ob dabei der Gedanke, dass es sich in den wärmeren Monaten leichter an das Rauchverbot gewöhnen lässt, weil man auch ins Freie ausweichen kann, eine Rolle gespielt hat?

### Mutterschutzfrist NEU

Das ArbeitnehmerInnenschutz-Deregulierungsgesetz (BGBl I 2017/126) bringt auch eine Vereinfachung für werdende Mütter mit sich. Das Zeugnis zur Freistellung der Mutter über das Beschäftigungsverbot in den letzten acht Wochen vor der Geburt hinaus muss ab dem 1.1.2018 nicht mehr von einem Inspektionsarzt oder einem Amtsarzt stammen, sondern kann auch von einem Facharzt ausgestellt werden. Die Gesetzesmaterialien begründen dies wohl zu Recht damit, dass sich der Arbeitsinspektionsarzt oder Amtsarzt ohnedies auf das fachärztliche Attest stützt. Die neue Rechtslage erleichtert der werdenden Mutter die Erlangung eines Freistellungszeugnisses somit deutlich, aber ... dieses Zeugnis kann nicht jeder Facharzt ausstellen, vielmehr hat der BM für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz in einer Verordnung festzulegen, bei welchen medizinischen Indikationen dieses Zeugnis auszustellen ist, welche Fachärzte es ausstellen können und überhaupt alle näheren Bestimmungen über Ausstellungen, Form und Inhalt des Freistellungszeugnisses. Daneben kann im Einzelfall auch wegen anderer als der in der Verordnung genannten medizinischen Indikationen die Freistellung erfolgen, hier aber nur aufgrund eines Zeugnisses des Arbeitsinspektionsarztes oder des Amtsarztes.

Die Verordnung ist auch schon erlassen, sie wurde als Mutterschutzverordnung – MSchV im BGBl II 2017/310 veröffentlicht und enthält als Service auch gleich ein Formular, das für das Freistellungszeugnis zu

1 Vgl dazu auch JMG 2016, 4

verwenden ist – genauer gesagt sind es zwei Formulare, eines für das fachärztliche Zeugnis zur Vorlage beim SV-Träger und eines zur Vorlage beim Dienstgeber.

## Das lange Leben der ELGA

Die elektronische Gesundheitsakte (ELGA) ist offensichtlich ein Reizthema für viele (Ärzte). Rechtliche Grundlage der ELGA ist der vierte Abschnitt des Gesundheitstelematikgesetzes (GTelG 2012), die §§ 13 bis 24. Dieses Gesetz wurde als Artikel 1 des Elektronische Gesundheitsakte-Gesetzes (ELGA-G), BGBl I 2012/111 erlassen.

(Vermutlich) dieses Gesetz war schon kurz darauf Ziel eines Individualantrages auf Aufhebung vor dem Verfassungsgerichtshof. Ein Gynäkologe und ein Beamter des Bundesheeres beantragten dort die Aufhebung des ELGA-G im gesamten Umfang. Sie scheiterten damit im Jahr 2015 aus formalen Gründen. Der VfGH wies sie im Erkenntnis vom 2.3.2015, G140/2014 ua. darauf hin, dass das ELGA-G ein Sammelgesetz ist, das sich in sieben Artikel (= Gesetze) gliedert. Im Rahmen eines Individualantrages muss die angefochtene Gesetzesbestimmung aber genau bezeichnet sein, um es dem Verfassungsgerichtshof zu ermöglichen zu prüfen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist. Die (viel zu) pauschal gehaltene Anfechtung wurde vom VfGH daher schon aus formalen Gründen zurückgewiesen. Auf die in der Beschwerde dargelegten verfassungsrechtlichen Bedenken musste (und konnte) der Verfassungsgerichtshof daher gar nicht eingehen.

Nicht einmal zwei Jahre dauerte es, bis sich der VfGH neuerlich mit einem Individualantrag gegen ELGA zu befassen hatte. Der Antragsteller, wieder „ein Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe“ beantragte, diesmal etwas konkreter, einzelne genauer bezeichnete Bestimmungen des GTelG 2012 als verfassungswidrig aufzuheben. Er machte geltend, dass diese in sein Grundrecht auf Datenschutz gemäß § 1 DSGVO 2000 iVm. Artikel 8 EMRK eingreifen würden. Auch das ging schief. Der Verfassungsgerichtshof verwies im Beschluss vom 13.10.2016, G 330/2015 auf seine langjährige ständige Rechtsprechung, wonach Voraussetzung für der Antragslegitimation für einen Individualantrag zumindest die Behauptung der unmittelbaren Verletzung des Antragstellers in seinen Rechten durch das angefochtene Gesetz ist und dies ohne, dass eine gerichtliche Entscheidung oder ein Bescheid einer Behörde ergangen ist.

Der Aufhebungsantrag wurde einerseits in der Eigenschaft des Arztes, andererseits in der Eigenschaft des Patienten gestellt. Welche der angefochte-

nen Bestimmungen in welcher Eigenschaft zu welchem Grund verfassungsrechtlich bedenklich sein sollten, war dem Antrag/der Beschwerde offenkundig nicht zu entnehmen. Da dem Antrag die Zuordnung fehlte, in welcher Eigenschaft (als Patient oder Arzt) die angefochtenen Bestimmungen angefochten wurden, erachtete der Verfassungsgerichtshof den Antrag als unzulässig. Dazu muss die bekämpfte Gesetzesstelle genau und eindeutig bezeichnet werden. Der Verweis auf „dargestellte verfassungsrechtliche Bedenken“ zur Bekämpfung verschiedener Gesetzesstellen reicht dazu nicht aus. Der VfGH richtete dem Beschwerdeführer aus, dass dem Antrag „mit hinreichender Deutlichkeit entnehmbar sein [muss], zu welcher Rechtsvorschrift die zur Aufhebung beantragte Norm in Widerspruch stehen soll und welche Gründe für diese These sprechen“.

Somit unternahm der wackere Kämpfer gegen die ELGA einen dritten Versuch, dieser verfassungsrechtlich an den Kragen zu gehen. Diesmal dauerte es noch kürzer, bis der VfGH über einen Individualantrag auf Aufhebung von Bestimmungen des GTelG 2012, konkret jene, die die elektronische Gesundheitsakte regeln, zu entscheiden hatte. Um das Ergebnis vorweg zu nehmen: ELGA ist immer noch Bestand der Rechtsordnung, hat also auch diese dritte Attacke überstanden. Neuerlich wurde der Individualantrag vom VfGH (mit Beschluss vom 14.6.2017, G 36/2017) als unzulässig zurückgewiesen. Die (kurze) Begründung dafür ist über weite Strecken ident mit jener des Beschlusses vom 13.10.2016. Der VfGH verwies sogar explizit auf jenen Beschluss. Offenbar hatte der Antragsteller diesen aber nicht genau gelesen – oder nicht wahrhaben wollen. Auch der wiederholte Versuch, den VfGH mit weitwendigen pauschalen Ausführungen allgemeiner Art zur Verfassungswidrigkeit von ELGA, vor allem mit datenschutzrechtlichen Argumenten, zur Aufhebung der Rechtsgrundlage für ELGA im GTelG 2012 zu bewegen, war somit nicht von Erfolg gekrönt. Es bleibt dabei: pauschal vorgetragene Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit von gesetzlichen Bestimmungen, wenn auch diesmal konkret genannter Bestimmungen, entsprechen schlicht nicht den Anforderungen eines Gesetzesprüfungsantrages an den Verfassungsgerichtshof.

Wer also dem VfGH inhaltliche Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit von ELGA entlocken will, muss sich der Mühe unterziehen, die Judikatur des Gerichtshofes zu formalen Anforderungen an einen Individualantrag genau zu befolgen. Das durfte zwar schon beim ersten Versuch (2015) nicht überraschen, umso erstaunlicher ist die Beharrlichkeit des Antragstellers, weshalb aber auch nicht auszuschließen ist, dass es der (zumindest gemessen an der Anzahl von VfGH-Beschwerden vermutlich prominenteste) deklarierte ELGA-Gegner ein weiteres Mal versuchen wird.