



GERHARD STUBY/GINE ELSNER

## Verpflichtende HIV-Tests im Gesundheitswesen

*Der Vorstand des Klinikums der Universität Frankfurt hat per Dienstanweisung für die Beschäftigten in Bereichen mit invasiven Tätigkeiten HIV-Tests zum Schutz vor Infektionen verpflichtend vorgeschrieben. Der Personalrat hat dieser Dienstanweisung die Zustimmung verweigert. Eine genaue Prüfung der Rechtslage ergibt, dass es hinsichtlich einer verpflichtenden HIV-Testung bei invasiv tätigen Personal im Gesundheitsbereich einer eigenen gesetzlichen Ermächtigung bedarf. Diese besteht derzeit jedoch nicht. Bestehende gesetzliche Regelungen bilden keine solche Ermächtigungsgrundlage. Insofern ist die Anweisung des Klinik-Arbeitgebers als unzulässig zu bewerten.*

Seit vor 25 Jahren die Aids-Erkrankungen aufgetreten sind, sind HIV-Infektionen weltweit ein Problem. Vor einem Jahr hat uns das Vogelgrippe-Virus in Atem gehalten. Manche sprechen von einer Rückkehr der Seuchen. Das Personal in Krankenhäusern ist naturgemäß besonders gefährdet, sich an infizierten Patienten anzustecken. Gefährdet sind aber auch Patienten: Geschätzt wird, dass jährlich zwischen 700 000 und 900 000 Menschen an einer Infektion erkranken, die sie sich im Krankenhaus zugezogen haben, und dass 40 000 Patienten an dieser Infektion sterben (Uni-Klinik aktuell 2006). Denkbar ist, dass ein infizierter Krankenhausbeschäftigter einen Patienten ansteckt; diese Möglichkeiten bestehen bei Virus-Erregern, die durch Blut übertragen werden, wie Infektionen durch HIV oder Hepatitis-Viren (HBV und HCV).

### Dienstanweisung des Vorstands des Frankfurter Klinikums

Der Vorstand des Frankfurter Klinikums der Johann Wolfgang Goethe-Universität hat deshalb am 24. April 2006 eine „Dienstanweisung zur Verhütung von Infektionsrisiken durch HBV, HCV, HIV“ erlassen. In § 3a dieser Dienstanwei-

sung heißt es: „Die Testung auf eine HIV-Infektion erfolgt grundsätzlich auf freiwilliger Basis des Mitarbeiters und nur mit seiner Zustimmung ... Sollte allerdings die Beschäftigung in unten genannten Bereichen ausgeübt werden, ist die HIV-Testung verpflichtend. Der Vorstand des Klinikums geht davon aus und hält die Personalabteilung für verpflichtet, mit dem Beschäftigten, der invasive Tätigkeiten in den folgenden Fachgebieten: Chirurgie, Orthopädie, Gynäkologie, Urologie ausübt, arbeitsvertraglich eine Nebenabrede zum Arbeitsvertrag festzulegen, dass eine HIV-Testung grundsätzlich verpflichtend ist. Das heißt, untersuchungspflichtig sind Ärzte, Pflegepersonal, OP-Personal sowie Hebammen mit direktem Patientenkontakt... Die Untersuchung auf HIV findet in maximal dreijährlichen Untersuchungsintervallen statt. Langfristig soll angestrebt werden, dass besonders exponiertes Personal jährlich untersucht wird.“

Der Personalrat des Frankfurter Universitätsklinikums hat dieser Dienstanweisung nicht zugestimmt. Denn es stellt sich die Frage, ob ein solcher verpflichtender Test nicht unverhält-

nismäßig in die Persönlichkeitsrechte des invasiv tätigen Personals eingreife. Im Folgenden soll der Sachverhalt diskutiert werden, ob verpflichtende HIV-Tests beim Krankenhauspersonal durch den Klinikumsvorstand vorgeschrieben werden können.

### HIV-Tests bei Einstellung und Kontrolltests in periodischer Folge

Zu der hier interessierenden Frage der HIV-Testung bei Einstellungsuntersuchungen konnte die Rechtsprechung bislang noch keine Stellung beziehen. Soweit sich Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur zu dieser Frage äußern, geschieht es beiläufig. Ohne nähere Begründung, sozusagen selbstverständlich, werden für Einstellungen im Gesundheitssektor HIV-Tests als gerechtfertigt angesehen. Im Zusammenhang mit dem Fragerecht beim Bewerbungsgespräch wird z. B. ausgeführt, dass zwar „nur nach solchen Krankheiten gefragt werden darf, die die Eignung für die angestrebte Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen aufheben oder beeinträchtigen.“ Jedoch: „Dies ist insbesondere auch der Fall, wenn die Gefahr der Ansteckung von Patienten

**Der Autor**  
Prof. Dr. jur.  
Gerhard Stuby,  
Professor i. R.  
für Öffentliches  
Recht & wissenschaftliche  
Politik, Universität  
Bremen

**Die Autorin**  
Prof. Dr. med.  
Gine Elsner, Institut für Arbeits-  
medizin, Johann-  
Wolfgang-Goethe-Universität,  
60590 Frankfurt  
am Main. Kontakt:  
g.elsner@em.uni-frankfurt.de

oder Kollegen besteht. Deshalb darf im Gesundheitsdienst auch nach einer HIV-Infektion gefragt werden“ (Laber 2006). Ein anderer Autor unterscheidet zunächst zwischen HIV-Erkrankung und HIV-Infektion. „Die Frage nach einer Aids-Erkrankung dürfte unbeschränkt zulässig sein. Man muss wohl leider davon ausgehen, dass eine ausgebrochene Aids-Erkrankung unmittelbare Auswirkungen auf die generelle Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers hat. Bei der Frage nach dem Bestehen einer HIV-Infektion muss man hingegen weiter unterscheiden. Das Bestehen einer

Recht des Dateninhabers steht das Recht des Arbeitgebers gegenüber, sich hinreichend über die Qualitäten des Einstellenden zu informieren. Es folgt aus seiner ebenfalls verfassungsrechtlich garantierten Unternehmerfreiheit (Art. 2, 14 GG), deren Zentrum die Vertragsfreiheit darstellt. Die grundsätzlich freie Informationsbeschaffung und -verwertung des Arbeitgebers unterliegt allerdings rechtlichen Schranken. Die Vertragsfreiheit war ja nie grenzenlos. Früher mag der Rahmen weiter gewesen sein. Heute ist er enger gezogen: insbesondere

hier die Begrenzung durch die erwähnte informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers.

Eine Präzisierung der Begrenzung des Rechts des Arbeitgebers, Daten zu erheben und zu verwerten, wird dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) entnommen. Es dürften nur die für das jeweilige Arbeitsverhältnis konkret erforderlichen Daten erhoben werden. Eine

noch enger gezogene Sonderregelung gilt für Gesundheitsdaten (§ 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG). Danach ist eine Verwendung von Gesundheitsdaten nur zulässig, wenn kein Grund zur Annahme besteht, dass schutzwürdige Interessen der Betroffenen dagegen sprechen. Es ist also im Einzelfall eine Abwägung vorzunehmen. Wichtige Grundsätze für die konkreten Gegebenheiten des Arbeitsverhältnisses insbesondere bei der Einstellung hat das Bundesarbeitsgericht in seiner Rechtsprechung zum so genannten Fragerecht des Arbeitgebers entwickelt (BAG 1985).

Nach dieser Rechtsprechung wird dem Arbeitgeber ein Fragerecht nur insoweit zugestanden, als er ein „berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage für das Arbeitsverhältnis“ hat. Dieses Interesse des Arbeitgebers muss objektiv so stark sein, dass dahinter das Interesse des Arbeitnehmers an der Unverletzbarkeit seiner Individualsphäre zurücktritt. Dementsprechend richtet

sich der Umfang des Fragerechts des Arbeitgebers hinsichtlich bestehender Krankheiten danach, ob diese im Zusammenhang mit dem einzugehenden Arbeitsverhältnis stehen. Nach Ansicht des Bundesarbeitsgerichts schränkt sich das Fragerecht des Arbeitgebers im Wesentlichen auf folgende Punkte ein: Liegt eine Krankheit bzw. eine Beeinträchtigung des Gesundheitszustands vor, durch die die Eignung für die vorgesehene Tätigkeit auf Dauer oder in periodisch wiederkehrenden Abständen eingeschränkt ist? Vor allem aber – und das ist in diesem Zusammenhang der entscheidende Gesichtspunkt: Liegen ansteckende Krankheiten vor, die zwar nicht unbedingt die Leistungsfähigkeit beeinträchtigen, jedoch Dritte schädigen können, mit denen der Arbeitnehmer im Rahmen der geforderten Tätigkeiten aus seinem Arbeitsverhältnis zu tun hat, also Patienten oder eventuell auch andere Mitarbeiter? Es könnte ein Haftungsstatbestand für den Arbeitgeber eintreten, oder es wäre u. U. seine Wettbewerbsfähigkeit als Krankenhausbetreiber beeinträchtigt, wenn er HIV-infiziertes Personal beschäftigt, ein Gesichtspunkt, der beim gegenwärtigen Privatisierungsfieber immer stärker in den Vordergrund treten könnte. Die Abwägung der grundsätzlich schutzwürdigen Interessen hängt im Einzelfall von vielen Faktoren ab, insbesondere aber von der Einschätzung des Infektionsrisikos für Patienten (und Mitarbeiter) durch HIV-belastetes Krankenhauspersonal.

#### Kriterien für die Überprüfung der Verhältnismäßigkeit

Die Abwägung der jeweils schutzwürdigen Interessen findet in einem Arbeitsrechtsverhältnis, also in einer privatrechtlichen Beziehung statt. Grundsätzlich kann diese zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer frei, nämlich vertraglich, ausgestaltet werden. Grundrechte wie das informationelle Selbstbestimmungsrecht, die traditionsgemäß im unmittelbaren Staat-Bürger-Verhältnis die Funktion von Abwehrrechten erfüllen, können in dieser privaten Sphäre zunächst keine Geltung beanspruchen. Es ist jedoch in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft unbestritten, dass sie dort eine so genannte mittelbare Drittwirkung entfalten. Diese öffentlichrechtliche Überlagerung soll gerade im Arbeitsrecht bei der



HIV-Infektion führt ja nicht unbedingt zu einer Auswirkung auf die spätere Tätigkeit des Bewerbers. Nur wenn eine Auswirkung auf die spätere berufliche Tätigkeit des Bewerbers zu befürchten ist, besteht ein Fragerecht des Arbeitgebers (...). Es gibt aber Berufe, bei denen eine berufliche Auswirkung (und damit das Fragerecht des Arbeitgebers) wohl generell zu bejahen ist, z. B. alle Heil- und Pflegeberufe, Piloten und Berufskraftfahrer.“ (Wüst 2005)

Auf den ersten Blick mag es einleuchten, dass eine derartig apodiktische Schlussfolgerung für die genannten Berufsgruppen gezogen wird. Bei näherer Prüfung jedoch tauchen Zweifel auf. Die Kenntnis über eine mögliche HIV-Infektion ist zunächst ein höchstpersönliches Datum, über das allein der Betroffene verfügen darf. Dieses Recht ist das Zentrum des seit dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts von 1983 so bezeichneten informationellen Selbstbestimmungsrechts. Diesem

(richterlichen) Überprüfung der Anwendung von Generalklauseln bzw. unbestimmten Rechtsbegriffen (so genannte „Einbruchstellen“ der Grundrechte) die gesellschaftlich bedingte Asymmetrie zwischen den Vertragspartnern relativieren. Insbesondere bei Überprüfung der Verhältnismäßigkeit einer Maßnahme des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer zieht der Richter weitgehend dieselben verfassungsrechtlichen Kriterien heran, die für die Überprüfung einer staatlichen Maßnahme auf ihre Grundrechtskonformität, hier die Übereinstimmung mit dem informationellen Selbstbestimmungsrecht, zugrunde gelegt werden.

Der Begriff „verpflichtend“, wie er in der Dienstanweisung gebraucht wird, bedarf einer Präzisierung. Verpflichtend bedeutet hier nicht zwangsweise. Denn der Betroffene willigt ja ein, nicht nur in einen möglichen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit, sondern vor allem in die Weitergabe persönlicher Daten. Die Formulierung „verpflichtend“ verweist vielmehr auf die zwangsläufigen Folgen hinsichtlich der Beschäftigungssituation des Arbeitnehmers (Nichteinstellung, Kündigung, Versetzung in einen anderen Beschäftigungszusammenhang etc.). Die mittelbare Grundrechtswirkung im Arbeitsverhältnis hat jedoch zur Folge, dass die Einwilligung in unserem Falle genau so wenig als hinreichende Rechtfertigung gilt wie der Grundrechtsverzicht im unmittelbaren Staat-Bürger-Verhältnis.

#### **Bundesdatenschutzgesetz**

Als gesetzliche Grundlage für Eingriffe in das informationelle Selbstbestimmungsrecht wird im Allgemeinen auf das Bundesdatenschutzgesetz rekurriert, das schon im Kontext des Fragerechts des Arbeitgebers erwähnt wurde. Ob es allerdings als Eingriffsermächtigung bzw. „privat“ übersetzt als hinreichende Rechtfertigungsgrundlage „für eine „verpflichtende“ HIV-Testung genügt, erscheint fraglich. Gerade für diejenigen Berufsgruppen, die stets in einem Atemzug mit dem Personal im Gesundheitssektor genannt werden, Piloten und Kraftfahrer, sind nämlich eigene gesetzliche Regelungen erlassen worden. Wieso hätte der Gesetzgeber dies tun sollen, wenn er das Bundesdatenschutzgesetz ganz allgemein als ausreichend ansieht?

Es leuchtet ein, dass ein Pilot, der einen Jumbo-Jet mit über 300 Passagieren an Bord steuert, gesundheitlich topfit sein muss. Dazu muss sich ein Pilot einer ärztlichen Tauglichkeitsprüfung unterziehen. Das Luftverkehrsgesetz schreibt in § 4 Abs. 1 Satz 2 vor: „Wer ein Luftfahrzeug führt, ... bedarf der Erlaubnis. Die Erlaubnis wird nur erteilt ..., wenn der Bewerber seine Tauglichkeit nachgewiesen hat.“ Paragraph 32 Abs. 1 Satz 4 ermächtigt das Bundesministerium für Verkehr, in einer Rechtsverordnung „die Anforderungen an die ... Eignung dieser Personen“ festzusetzen. Auf Grund dieser Ermächtigungsgrundlage hat das Bundesministerium für Verkehr mit Datum vom 15. April 2003 „Die Bekanntmachung der Bestimmungen über die Anforderungen an die Tauglichkeit des Luftfahrtpersonals (JAR-FCL III, deutsch)“ veröffentlicht. In dieser Bekanntmachung heißt es: „1. Ein positiver HIV-Test macht untauglich. 2. Die zuständige Stelle kann die Verlängerung eines flugmedizinischen Tauglichkeitszeugnisses eines HIV-positiven Bewerbers prüfen ...“ (Anhang 7 zu den Abschnitten B und C). Für die HIV-Testung bei einem Piloten nimmt also der Gesetzgeber eine zusätzliche Abwägung (informationelle Selbstbestimmung auf der einen, Schutz der Allgemeinheit vor besonderen Risiken, z. B. durch Einnahme von die Leistungsfähigkeit hemmenden Medikamenten, auf der anderen Seite) in einer speziellen gesetzlichen Ermächtigung vor.

#### **Personenbeförderungsgesetz**

Auch ein Kraftfahrer, der Personen befördert, muss bestimmten gesundheitlichen Anforderungen genügen. Das Personenbeförderungsgesetz ermächtigt in § 57 Abs. 1 Satz 3 das Bundesministerium für Verkehr, in einer Rechtsverordnung Vorschriften über „Anforderungen an die ... Eignung ... der Betriebsbediensteten“ zu erlassen. Das Nähere regelt



§ 48 Abs. 4 und 5 Fahrerlaubnisverordnung. Danach ist die Fahrerlaubnis zur Fahrgastbeförderung nur zu erteilen, „wenn der Bewerber ... seine geistige und körperliche Eignung ... nachweist“. Auch für diese Berufsgruppe wurde eine eigene gesetzliche Ermächtigung für unerlässlich betrachtet, um Einstellungsuntersuchungen durchführen zu können. Ob sie auch HIV-Testungen umfasst, wovon die aufgeführten Stimmen im rechtswissenschaftlichen Schrifttum ausgehen, scheint uns fraglich. Denn im Unterschied zum Flugpersonal sind sie nirgends eigens aufgeführt.

Wie dem auch sei, sowohl bei den Piloten als auch bei den Kraftfahrern erachtet es der Gesetzgeber für notwendig, genauere Regelungen für solche Gesundheitstests zu treffen, die mit tieferen Eingriffen in das Persönlichkeitsrecht verbunden sind. Allerdings nur bei den Piloten schreibt er ausdrücklich HIV-Tests vor. Zu folgern ist, dass diese auf keinen Fall bei anderen Berufsgruppen unter Berufung etwa auf das Bundesdatenschutzgesetz durchgeführt werden können.

#### **Infektionsschutzgesetz und Biostoffverordnung**

Dieses Ergebnis wird durch einen Blick auf das Infektionsschutzgesetz und die Biostoffverordnung bestärkt. Das Infektionsschutzgesetz schreibt die nicht-namentliche Meldepflicht beim Robert-Koch-Institut (RKI) für den Fall einer HIV-Infektion vor. Nur in diesem Kontext wird sie relevant. Die Regelung wird demnach nicht auf bestimmbare Perso-



nen bezogen. Der Gesetzgeber hielt dies mit Blick auf den Infektionsschutz für die Allgemeinheit nicht für erforderlich. Die Regelung schließt also schon aus diesem Grunde Eingriffe in die Rechte von Einzelpersonen aus. Hierfür wäre die namentliche Nennung erforderlich gewesen. Der Schluss scheint daher sehr gewagt, die Gesundheitsämter könnten bei Trägern von HIV ein Tätigkeitsverbot bei parenteralem Übertragungsrisiko aussprechen (so aber Leinmüller 2001). Da die Gesundheitsämter keine Information ad personam haben – die nicht-namentliche Meldepflicht ist jedenfalls keine geeignete Grundlage –, ist eine solche Maßnahme zudem praktisch undurchführbar.

Auch die Biostoffverordnung, erlassen auf der Grundlage des Arbeitsschutzgesetzes, scheidet vom Gesetzeszweck her (Arbeitnehmerschutz) als gesetzliche Ermächtigungsgrundlage und damit als Rechtfertigungsgrund für Maßnahmen im Arbeitsverhältnis aus. Sie nennt als gefährliche biologische Arbeitsstoffe bei Gesundheitsberufen Hepatitis-Viren, nicht jedoch das HI-Virus. Verpflichtende Vorsorgemaßnahmen des Arbeitgebers beziehen sich nur auf mit derartigen Biostoffen belastete Arbeitnehmer und nicht auf Dritte im Schutzbereich des Arbeitgebers. Das ist auch plausibel,

denn Normzweck der Verordnung ist entsprechend dem Arbeitsschutzgesetz der Arbeitnehmerschutz. Insofern können keine Schlüsse für eine Ermächtigungsgrundlage zu HIV-Testungen im Interesse des Arbeitgebers abgeleitet werden.

#### **Es bedarf einer eigenen gesetzlichen Ermächtigung**

Ergebnis: Hinsichtlich einer verpflichtenden HIV-Testung bei invasiv tätigem Personal im Gesundheitsbereich bedarf es einer eigenen gesetzlichen Ermächtigung. Diese fehlt zurzeit. Weder das Infektionsschutzgesetz noch das Arbeitsschutzgesetz bzw. die Biostoffverordnung stellen Ermächtigungsgrundlagen dar. Die Abwägung zwischen dem hohen Gut der Volksgesundheit auf der einen und der individuellen Grundrechtssphäre auf der anderen Seite nimmt der Gesetzgeber entsprechend der Wesentlichkeitstheorie selbst vor. Er legt an die Kriterien der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs strenge Kriterien. Dies wirkt sich auch auf die Anforderungen aus, denen der Richter unterliegt, wenn er überprüft, ob der Arbeitgeber bei seinen Anordnungen verhältnismäßig gehandelt hat. Schon aus diesem Grund muß es als unzulässig angesehen werden, wenn ein Krankenhausbetreiber anordnet, dass sich bestimmte Beschäftigte einer HIV-Testung unterziehen.

#### **Die Frage des Infektionsrisikos in der konkreten Abwägung.**

Die konkrete Interessenabwägung zwischen Krankenhaus als Arbeitgeber und Personal, das im invasiven Bereich beschäftigt ist, wird daher nicht allein auf die Überlegungen abstellen können, die sich mit einem Hinweis auf das Bundesdatenschutzgesetz im Zusammenhang mit den Grundsätzen des bundesarbeitsgerichtlichen Fragenkatalogs begnügen. Eine gerichtliche Überprüfung unter dem Aspekt der verfassungsgemäßen Konkretisierung der Verhältnismäßigkeit landet vielmehr schnell bei der alles beherrschenden Frage: Wie hoch ist das Risiko, sich an einem HIV-positiven Menschen anzustecken? Dabei ist zunächst zu konstatieren, dass die Anzahl der HIV-Neuinfektionen in der Bundesrepublik leider seit dem Jahr 2001 zunimmt. Im vergangenen Jahr 2005 wurden 2490 Fälle von Neuinfektionen dem Robert-Koch-Institut gemeldet (Frankfurter Rundschau vom 7.6.06). Dabei stammten 80% der Meldungen von männlichen Infizierten. Etwa zwei Drittel der Infizierten betraf Männer mit gleichgeschlechtlichen Sexualkontakten; 18% der Infektionen wurden bei Migranten aus Hochprävalenzgebieten gemeldet, und rund 7% der Infektionen waren bei Drogenabhängigen mit intravenösem Missbrauch aufgetreten (RKI 2006a). Das heißt also, dass das Risiko, sich mit HIV zu infizieren, sehr unterschiedlich auf die Bevölkerung verteilt ist. Rund 90% der Infektionen betreffen homosexuelle Männer, Migranten oder Drogenabhängige. Deutsche Frauen haben ein sehr geringes Risiko, sich zu infizieren; sie stellen aber die Mehrheit des Krankenhauspersonals dar.

#### **Infektionsrisiken für Personal und für Patienten**

Natürlich besteht die Möglichkeit, dass sich Krankenhauspersonal an HIV-positiven Patienten ansteckt. Ein Problem stellen die häufigen Nadelstichverletzungen dar. Dabei ist aber das Risiko einer HIV-Übertragung durch eine Nadelstichverletzung deutlich niedriger als beispielsweise das Risiko einer Übertragung von Hepatitis B-Viren (RKI 2006b). Beruflich erworbene HIV-Infektionen, also als Berufskrankheiten anerkannte HIV-Infektionen, sind verglichen mit den Hepatitiden bei Beschäftigten in Gesundheitsberufen in Deutschland sehr selten. Bis zum 31.

Mai 2001 waren in Deutschland insgesamt 41 HIV/Aids-Erkrankungen bei Beschäftigten im Gesundheitsdienst als Berufskrankheiten anerkannt worden – wobei auch im Ausland erworbene HIV-Infektionen einbezogen wurden, soweit es sich um medizinisches Personal handelte (RKI 2001).

Umgekehrt ist jedoch kein Fall in der Bundesrepublik bekannt, bei dem sich ein Patient im Krankenhaus bei einem HIV-positiven Krankenhausbeschäftigten angesteckt hätte. Bekannt geworden sind vier Fallberichte aus Frankreich, Spanien und den USA. Hier hatte Anfang der 90er Jahre ein Aids-kranker Zahnarzt sechs Patienten mit HIV angesteckt, wobei allerdings eine mutwillige Übertragung angenommen wurde (Hofmann 2004). Außerdem wurde der Fall eines Aids-kranken französischen Orthopäden veröffentlicht, der einen Patienten mit HIV infiziert hatte – während es bei 968 Patienten, die der Orthopäde zuvor operiert hatte, zu keiner HIV-Übertragung gekommen war; in Spanien ist eine HIV-Übertragung durch einen Gynäkologen bekannt geworden, und aus Frankreich wurde eine weitere HIV-Infektion durch eine Krankenschwester (Hofmann 2004) gemeldet. Weltweit sind somit neun HIV-Übertragungen von infiziertem Gesundheitspersonal auf Patienten publik geworden. Andererseits wurden in den USA 22171 Patienten verfolgt, die von 51 HIV-positiven Beschäftigten im Gesundheitswesen behandelt worden waren: es war zu keiner einzigen Ansteckung gekommen (Robert u.a. 1995). Insgesamt muss also das Risiko für Patienten, eine HIV-Infektion im Krankenhaus zu akquirieren, als gering angesehen werden.

#### Zur Debatte um die rechtlichen Folgen

Für die rechtlichen Folgerungen ist wichtig, dass das schon erwähnte Infektionsschutzgesetz für die HIV-Infektion keine namentliche Meldepflicht vorsieht. Ist das Ergebnis dieser Abwägung auf die Einschätzung des Gesetzgebers, das Infektionsrisiko bei HIV sei zu vernachlässigen, zurückzuführen? Wir denken, ja! Hiergegen ist der Einwand zu erwarten, das Infektionsschutzgesetz bewecke den allgemeinen Infektionsschutz. Der Gesetzgeber konzentrierte sich nicht auf besondere Gefährdungszonen, in denen invasive Maßnahmen wie in Krankenhäusern üblich seien. Vielmehr ginge

es ihm um die Infektionsrisiken in der alltäglichen Kommunikation. Hier halte er die Schutzmöglichkeiten gegen eine HIV-Infektion für hinreichend. Deshalb habe er bei Abwägung der Interessen die nicht-namentliche Meldepflicht beim RKI als genügend angesehen. Das Infektionsschutzgesetz habe also zu den Infektionsrisiken in bestimmten Arbeitsbereichen nichts gesagt, so dass der Infektionsschutz dort anders und der Gefahrenlage entsprechend adäquat zu regeln sei.

Diese Argumentation ist nicht haltbar. Denn der Gesetzgeber hat im Infektionsschutzgesetz sehr wohl spezielle Gefährdungsbereiche im Blick gehabt: So etwa die Produktion und den Vertrieb von Nahrungsmitteln. Dort hat er Anforderungen z. B. an das Küchenpersonal aufgestellt. Offensichtlich ist der Krankenhausbereich im Infektionsschutzgesetz ganz ausgespart als besondere Gefährdungszone. Mit Blick auf das Infektionsschutzgesetz ist also zu formulieren, dass das HI-Virus im Vergleich zu anderen Erregern eine untergeordnete Rolle spielt. Lediglich im Zusammenhang mit der Pflicht zur allgemeinen, nicht-namentlichen Meldung wird ihm Bedeutung beigemessen.

#### Abwägung des Infektionsrisikos

Desgleichen stützt die auf der Grundlage des Arbeitsschutzgesetzes erlassene Biostoffverordnung die Ansicht, das Infektionsrisiko bei HIV sei gering einzuschätzen. Zwar wird das HI-Virus gemäß § 3 Biostoffverordnung in die Risikogruppe 3 eingeordnet („kann eine schwere Krankheit hervorrufen; wirksame Vorbeugung oder Behandlung ist aber möglich“). Der Ordnungsgeber sieht im Rahmen des Arbeitnehmerschutzes aber nicht die Notwendigkeit, Beschäftigte im Gesundheitswesen vorsorglich zu testen.

Für die konkrete Frage, ob die Anordnung der HIV-Testung verhältnismäßig, d.h. vor allem erforderlich ist, sind die Abwägungen, die der Gesetzgeber bei den angeführten gesetzlichen Regelungen getroffen hat, neben den wissenschaftlichen Hinweisen auf ein äußerst geringes Infektionsrisiko ein wichtiges Indiz. Im Rechtsstreit wirkt sich dies auf die Beweislast aus. Der Richter wird vom Arbeitgeber erwarten, dass er hinrei-

#### Literatur

BAG, Bundesarbeitsgericht (1985): NZA (Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht): 57 ff

Hofmann F (2004): AIDS (Synonym SIDA)/Infektionen durch HIV (Synonym VIH). Handbuch der Infektionskrankheiten, VIII-6.2, ecomed, Landsberg (8. Erg. Lfg.)

Laber J (2006): Bewerbungsgespräch: Lügen erlaubt! Deutsches Ärzteblatt 103: C 360

Leinmüller R (2001): Infektionsschutz – Erste Erfahrungen im Alltag, Deutsches Ärzteblatt 98: B 813 – B 814

RKI, Robert-Koch-Institut (2001): Epidemiologisches Bulletin Nr. 42

RKI, Robert-Koch-Institut (2006a): Gesundheit in Deutschland, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, in Zusammenarbeit mit dem Statistischen Bundesamt, Berlin

RKI, Robert-Koch-Institut (2006b): HIV und AIDS, Gesundheitsberichterstattung des Bundes, Heft 31, Berlin

Robert LM, Chamberland ME, Cleveland JL u.a. (1995): Investigations of patients of health care workers infected with HIV. The Centers for Disease Control and Prevention database. Annals of Internal Medicine 122: 653-657

Uni-Klinik aktuell Nr. 2/2006: „Die Händedesinfektion ist das A und O der Hygiene“, Zeitung für Mitarbeiter und Patienten des Klinikums der Johann Wolfgang Goethe-Universität, Frankfurt am Main

Wüst H (2005): Zum Welt-Aids-Tag: HIV-Infektion und AIDS-Erkrankung aus arbeitsrechtlicher Sicht, www.fachanwalt-arbeitsrecht.com/051201.html

chende Gründe dafür anführt, weshalb Maßnahmen nicht in Frage kommen, die nicht zu einem Beschäftigungsverbot führen, also weniger einschneidend sind. Als hinreichend könnten sie nur akzeptiert werden, wenn es dem Arbeitgeber gelänge, die fundierte Vermutung des geringen Infektionsrisikos (Wissenschaft und Abwägung des Gesetzgebers) mit neuen und zusätzlichen Erkenntnissen zu widerlegen. Bislang jedenfalls sind derartige Gesichtspunkte nicht angeführt worden. Ergebnis: Es ist als unzulässig anzusehen, weil als unverhältnismäßig einzuschätzen, wenn ein Krankenhausbetreiber anordnet, dass sich bestimmte Beschäftigte einer HIV-Testung unterziehen müssen.