

# Covid-19 und der Datenschutz

Im Rahmen der weiter fortschreitenden Ausbreitung des Covid-19-Erregers stellen sich unterschiedlichste rechtliche Fragestellungen. Wie bereits Frau Rain Saskia Krusche die aktuellen Entwicklungen arbeitsrechtlich beleuchtete, geht mit diesem Kurz-Skript nunmehr Herr Dipl.-Jur. (Univ.) Alexander Simon näher auf die datenschutzrechtlichen Fragestellungen ein. Dabei wird besonderes Augenmerk darauf gelegt, inwieweit ein Unternehmen dazu berechtigt ist, personenbezogene Daten, insbesondere Gesundheitsdaten von Arbeitnehmern aber auch von Betriebsfremden angesichts der aktuellen Covid-19-Krise zu verarbeiten.

## 1. Allgemeines

Es ist zu unterscheiden, ob es sich überhaupt um personenbezogene Daten handelt und wenn ja, ob es sich um besondere Kategorien personenbezogener Daten handelt, welche vorliegend verarbeitet werden sollen.

### 1.1 Verarbeitung „einfacher“ personenbezogener Daten

Geht es um die Frage, ob Person X in den letzten 14 Tagen an einem bestimmten Ort war, sich beispielsweise in einem Risikogebiet aufgehalten hat, so ist eine Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DS-GVO durchaus möglich, da bei der Klärung dieser Frage keine Gesundheitsdaten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO verarbeitet werden.

Zur kurzen Erklärung: Gesundheitsdaten sind gemäß Art. 4 Nr. 15 und ErwG 35 DSGVO „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.“ Darunter sind nicht nur Informationen über den früheren oder gegenwärtigen Gesundheitszustand zu verstehen, sondern auch Informationen, die den zukünftigen Gesundheitszustand der Person betreffen.

Bei der Stützung darauf, dass die Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist, sind die üblichen Voraussetzungen zu beachten.

## **1.2 Verarbeitung von Gesundheitsdaten als besondere Kategorie**

Bei der Verarbeitung von Gesundheitsdaten wird es hingegen rechtlich anspruchsvoller. Hierbei handelt es sich um besonders schützenswerte personenbezogene Daten, welche nach Maßgabe des Art. 9 DS-GVO und § 22, gegebenenfalls auch § 26 BDSG zu verarbeiten sind.

## **1.3 Verarbeitung als solche**

Außerdem ist zu differenzieren, ob überhaupt eine Verarbeitung dieser Daten vorliegt. Speichert ein Unternehmen die Information, dass ein bestimmter Arbeitnehmer Symptome des Covid-19-Virus zeigt, so handelt es sich um eine solche Verarbeitung. Wird hingegen ein manueller Fiebertest ohne weitere Verarbeitung von Informationen vorgenommen, so stellt dies alleine noch keine Verarbeitung personenbezogener Daten dar, da kein Bezug zu einer identifizierten oder identifizierbaren Person hergestellt werden kann.

## **2. Maßnahmen gegenüber eigener Arbeitnehmer**

In Bezug auf die eigenen Arbeitnehmer ist eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten über § 26 Abs. 3 BDSG grundsätzlich zulässig, „wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt“. So ist der Arbeitgeber bereits aus Gründen der Fürsorge gegenüber seinen Arbeitnehmern dazu verpflichtet, infizierte Beschäftigte zu identifizieren und die übrigen Beschäftigten vor etwaigen Ansteckungsgefahren im Unternehmen zu schützen. Wichtig ist dabei jedoch eine Interessenabwägung. Die pauschale Durchführung von medizinischen Maßnahmen ist deshalb datenschutzrechtlich unzulässig. Auch muss abgewogen werden, wer welche und wie viele Daten überhaupt erheben, auswerten und einsehen darf. So können Einzelmaßnahmen unter engen Voraussetzungen betreffend besonders gefährdeter oder in Kontakt gekommener Mitarbeiter zulässig sein.

**Einige Beispiele:**

Das Ergebnis einer Fiebermessung entscheidet alleine über die Erlaubnis [ja/nein], das Betriebsgelände betreten zu dürfen oder rein freiwillige Maßnahmen ohne Verpflichtung bzw. Zwang der Mitarbeiter.

Problematisch hingegen wäre wiederum das generelle Fiebermessen am Eingang als Zugangskriterium, bereits schon deshalb, da eine leicht erhöhte Körpertemperatur nicht alleiniges Kriterium für eine Infektion mit dem Covid-19-Erreger darstellt. Die Rechtslage ist dahingehend jedoch unklar, da auch vertreten wird, dass eine Temperaturmessung generell unzulässig sei. Je höher das Potenzial einer Ansteckung von weiteren Mitarbeitern oder Kunden, desto höher ist grundsätzlich das Interesse an der Durchführung derartiger Maßnahmen.

Dahingehend scheint es auch unproblematisch freiwillige Selbstauskunfts- oder Fragebögen bezüglich Aufenthaltsort und Symptome zu verarbeiten. Anlassbezogene Befragungen nach Dienstreisen oder nach Kontakt zu Verdachtspersonen können ebenfalls durchgeführt werden. Dies gilt vor allem hinsichtlich der Verarbeitung von personenbezogenen (Gesundheits-)Daten bei bestätigtem Kontakt eines Mitarbeiters zu einer positiv getesteten Person, so beispielsweise den Zeitpunkt des Kontakts und ergriffene Maßnahmen (, vgl. so jedenfalls die Französische Aufsichtsbehörde:

<https://www.cnil.fr/fr/coronavirus-covid-19-les-rappels-de-la-cnil-sur-la-collecte-de-donnees-personnelles>).

Eine generelle und pauschale Informationsabfrage gegenüber allen Mitarbeitern insbesondere bezüglich Grippe-symptomen von Mitarbeitern dürfte hingegen nicht zulässig sein (, vgl. so auch die italienische Datenschutzaufsicht: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9282117>).

Weiterhin unproblematische Maßnahmen sind das Aufstellen von Warn-, Informations- und Verhaltenshinweisen und je nach Möglichkeit des Betriebes die Einrichtung einer Home-Office-Option für die Beschäftigten (hierbei wiederum die IT-Sicherheit beachten) und die allgemeine Bitte, die Betriebsräume bei sich zeigenden Symptomen nicht zu betreten.

### **3. Maßnahmen betreffend Besucher des Unternehmens**

Problematisch bei Maßnahmen gegenüber Besuchern des Unternehmens ist, dass sich das Unternehmen bei der Verarbeitung personenbezogener Gesundheitsdaten nicht auf § 26 Abs. 3 BDSG berufen kann. Maßnahmen ohne Verarbeitung

personenbezogener Daten bleiben dabei problemlos ergreifbar. Darunter zählt beispielsweise eine mündliche Befragung ohne Speicherung der Daten oder das manuelle Fiebermessen ohne Speicherung der Daten sowie das Aufstellen von Hinweisschildern und vergleichbare Maßnahmen.

Sollte dies für nicht ausreichend erachtet werden, verbleibt beispielsweise für das Ausfüllen von Fragebögen zur Risikoermittlung oder zur Speicherung der Daten einer Fiebermessung nur die Einwilligung gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a) DS-GVO unter Einhaltung der entsprechend stets zu beachtenden formellen und materiellen Anforderungen; diese muss beispielsweise ausdrücklich (konkludent nur im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DS-GVO möglich!), zweckgebunden und freiwillig erfolgen. Dabei ist bereits diskussionswürdig, ob das wahrheitsgemäße Ausfüllen eines Fragebogens als Zugangsvoraussetzung zum Betriebsgelände überhaupt „freiwillig“ erfolgen kann. Im Zweifel ist auf unproblematischere Maßnahmen zurückzugreifen und das freiwillige Ausfüllen von Fragebögen zur weiteren Risikoermittlung lediglich anlassbezogen durchzuführen.

#### **4. Darüber hinausgehende nationale Regelung?**

Der Nationale Gesetzgeber hat nach derzeitigem Stand noch keinen eindeutigen Gebrauch davon gemacht, nach Maßgabe des Art. 9 Abs. 2 lit. g) und i) DS-GVO eigene Regelungen im Sinne von speziellen Gesetzen zum Schutz vor Pandemien zu erlassen und hierzu Unternehmen zu berechtigen, Gesundheitsdaten dahingehend zu verarbeiten. Im nationalen Recht wurde lediglich eine Konkretisierung verschiedener Vorschriften implementiert.

Abweichend von Art. 9 Abs. 2 DS-GVO können Gesundheitsdaten gemäß § 22 Abs. 1 Nr. 1 BDSG i.V.m. Art. 9 Abs. 2 lit. g) DS-GVO verarbeitet werden, sofern diese nicht-öffentliche Stellen darstellen. Wichtig ist § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. c) BDSG. Dieser konkretisiert den Ausnahmetatbestand des Art. 9 Abs. 2 lit. i) DS-GVO.

Hiernach kann die Verarbeitung von Gesundheitsdaten aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit, wie des Schutzes vor schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren, gerechtfertigt sein, wenn dies hierfür erforderlich ist. Der Begriff der öffentlichen Gesundheit ist gemäß des Erwägungsgrundes 54 der DS-GVO wie folgt zu verstehen:

*„alle Elemente im Zusammenhang mit der Gesundheit, wie den Gesundheitszustand einschließlich Morbidität und Behinderung, die sich auf diesen Gesundheitszustand*

*auswirkenden Determinanten, den Bedarf an Gesundheitsversorgung, die der Gesundheitsversorgung zugewiesenen Mittel, die Bereitstellung von Gesundheitsversorgungsleistungen und den allgemeinen Zugang zu diesen Leistungen sowie die entsprechenden Ausgaben und die Finanzierung und schließlich die Ursachen der Mortalität einschließen“*

Die Modalitäten der immer schnelleren Ausbreitung des Coronavirus erfüllen meiner Ansicht nach den Tatbestand einer schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahr. Diese erfordert Maßnahmen, welche den Bereich der öffentlichen Gesundheit tangieren. Zu beachten ist jedoch auch hier zwingend, dass die Maßnahmen erforderlich sein müssen.

## **5. Infektionsschutzgesetz (relevant nur für medizinische Stellen!)**

Bei der Verarbeitung von personenbezogenen (Gesundheits-)Daten ist im Zusammenhang mit dem Coronavirus für medizinische Stellen (Ärzte und Angehörige von Gruppen der Heilberufe) außerdem das Infektionsschutzgesetz zu beachten. Nach § 15 Abs. 1 und 2 IfSG hat das Bundesministerium für Gesundheit durch Verordnung vom 31.01.2020 die Meldepflicht gemäß § 8 IfSG auf das Coronavirus ausgeweitet. Für eine Private Stelle, einen Unternehmer oder einen Infizierten ist die Meldepflicht folglich nicht weiter von Belang.

Dieses Kurz-Skript stellt eine grobe Einschätzung seitens der LIEB.Rechtsanwälte dar und ist als Leitfaden gedacht, welcher von aktuellen Ereignissen jederzeit überholt werden kann, von der Rechtsprechung nicht abschließend geklärt ist und sich generell mit der oben gestellten Fragestellung auseinandersetzt. Darüber hinaus vermag es ein Kurz-Skript keinesfalls eine anwaltliche Beratung zu ersetzen, es besteht daneben kein Anspruch auf Vollständigkeit.

Stand 12.03.2020