

FAQ: Corona-Virus und Datenschutz

Datum:	26. März 2020
Thema:	Verarbeitung von (Gesundheits-)Daten durch Arbeitgeber

Vorbemerkung:

Die vorliegenden Antworten auf häufige Fragen sind als erste Orientierungshilfe für Unternehmen gedacht. Sonderregeln für bestimmte Branchen (v.a. das Gesundheits- und Sozialwesen wie auch den Lebensmittelbereich) werden hier nicht berücksichtigt. Bei Einzelfragen im Hinblick auf die konkrete Situation Ihres Unternehmens sollten Sie, soweit vorhanden, Ihren betrieblichen Datenschutzbeauftragten einbeziehen und ggf. fachkundigen Rat eines Rechtsanwalts einholen.

Ist der Datenschutz auch in der Corona-Pandemie zu beachten?

Ja. Das neuartige Corona-Virus (SARS-CoV-2) und die sich dadurch weltweit ausbreitende Infektionskrankheit (COVID-19) stellen zwar nicht nur ganze Staaten sowie jeden Einzelnen vor Herausforderungen, sondern auch Arbeitgeber. Neben wirtschaftlichen und arbeitsrechtlichen Fragen ist hierbei auch der Datenschutz zu beachten. Die außergewöhnlichen Gesundheitsrisiken durch die Corona-Pandemie können im Rahmen des geltenden Datenschutzrechts berücksichtigt werden. Auch die Aufsichtsbehörden scheinen hier Au-

genmaß walten zu lassen. Allerdings sollten die Arbeitgeber bei ihrer Datenverarbeitung ebenfalls Augenmaß zeigen. Gerade wenn sie von ihren Arbeitnehmern Vertrauen und Offenheit im Hinblick auf Infektionsrisiken erwarten, müssen Arbeitgeber umgekehrt so weit als möglich Vertraulichkeit gewährleisten – ein Kernanliegen des Datenschutzes.

Welche Grundsätze muss ein Arbeitgeber beachten, wenn er personenbezogene Daten seiner Arbeitnehmer im Zusammenhang mit dem Corona-Virus verarbeitet?

Es gelten die allgemeinen Prinzipien nach Art. 5 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO): Jede Verarbeitung benötigt eine Rechtsgrundlage, sie muss nach Treu und Glauben auf transparente Weise erfolgen, festgelegten, eindeutigen und legitimen Zwecke dienen, sie darf nur im erforderlichen Umfang durchgeführt werden, sowohl was die erhobenen Daten als auch die Verarbeitung an sich und deren Dauer angeht. Zudem sind technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen, um die Richtigkeit, Integrität und Vertraulichkeit der verarbeiteten Daten sicherzustellen. Der Arbeitgeber muss die Einhaltung

dieser Grundsätze nachweisen können.

Hinweis: Gerade die zuletzt genannte Rechenschaftspflicht setzt üblicherweise einiges an Dokumentation voraus. Dies stellt Arbeitgeber, die sich nun mit oft reduziertem Personal auf eine akute und neuartige Lage einstellen müssen, oft vor Probleme. Auch wenn vor diesem Hintergrund einzelne Datenverarbeitungen „ad hoc“ ohne entsprechende Dokumentation durchgeführt werden, empfiehlt es sich zumindest, diese schnellstmöglich nachzuholen. Gleiches gilt für Datenschutzhinweise (Art. 13, 14 DSGVO), die den Mitarbeitern die Verarbeitung ihrer Daten im Rahmen der Corona-Bekämpfung in allgemeiner Form transparent machen sollen.

Darf der Arbeitgeber aktuelle private (Mobil-)Telefonnummern oder andere Kontaktdaten von seinen Beschäftigten erheben und verwenden, um diese im Falle einer Betriebsschließung oder in ähnlichen Fällen kurzfristig warnen oder auffordern zu können, zu Hause zu bleiben?

Ja. Die Erhebung und Verwendung von privaten Kontaktdaten seiner Arbeitnehmer für Notfälle stellt auch für den Arbeitgeber einen grundsätzlich legitimen Zweck dar.

Gleichwohl besteht seitens des Arbeitgebers wohl nur ein Anspruch auf Nennung einer aktuellen postalischen Anschrift für Lohnabrechnungen und sonstige Korrespondenz zum Arbeitsvertrag. Die Mitteilung weiterer Kontaktdaten wie einer privaten Handynummer sollte für die Arbeitnehmer daher freiwillig erfolgen. Teils wird insoweit auch die Einholung einer Einwilli-

gung durch den Arbeitgeber empfohlen (Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchst. a DSGVO).

Zumindest im Hinblick auf bereits gespeicherte Kontaktdaten ist es unseres Erachtens vertretbar, diese auch für Zwecke der beschriebenen Notfallkommunikation aufgrund berechtigter Interessen des Arbeitgebers zu verwenden, da die Interessen der betroffenen Arbeitnehmer an einem Ausschluss dieser Verarbeitung kaum überwiegen dürften (Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchst. f DSGVO).

In jedem Fall ist allerdings der Grundsatz der Zweckbindung zu beachten. Werden Kontaktdaten für die Kommunikation in Notfällen wie der Corona-Pandemie erhoben, dürfen sie vom Arbeitgeber nicht einfach für die Kontaktaufnahme nach Feierabend oder am Wochenende für normale berufliche Zwecke genutzt werden.

Dürfen Arbeitgeber Informationen darüber erheben und verarbeiten, ob von einem Beschäftigten erhöhte Risiken der Infektion mit dem Corona-Virus ausgehen?

Ja, aber nur zurückhaltend.

Zurückhaltung ist angebracht, da solche Informationen meist Gesundheitsdaten darstellen, die durch Art. 9 DSGVO besonders geschützt sind. Im Kontext der Corona-Pandemie können hierzu beispielsweise folgende Angaben zu einem Mitarbeiter zählen:

- Bestätigung einer Corona-Infektion
- Symptome einer Corona-Erkrankung wie z.B. Fieber
- Kontakt zu einer infizierten Person
- Voraufenthalt in einem Risikogebiet

Die eben genannten Angaben deuten darauf hin, dass sich der Mitarbeiter mit einer im Vergleich zur sonstigen Bevölkerung erhöhten Wahrscheinlichkeit mit dem Corona-Virus infiziert hat. Er stellt damit seinerseits ein höheres Risiko für eine Infektion seiner Kollegen und damit die Verbreitung der Erkrankung im Unternehmen sowie in der Allgemeinbevölkerung dar.

Gesundheitsgefahren für die Beschäftigten wie die solcher Infektionen muss der Arbeitgeber jedoch möglichst vermeiden oder zumindest gering halten. Das folgt aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sowie dem Arbeitsschutzgesetz.

Zur Erfüllung dieser Pflichten aus dem Arbeitsrecht ist es zulässig, personenbezogene Daten von Beschäftigten, auch solche zur Gesundheit, zu verarbeiten, soweit dies hierfür erforderlich ist und kein Grund zur Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt (Art. 9 Abs. 1 Buchst. b DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG).

Vor diesem Hintergrund ist praktisch einhellig anerkannt ist, dass der Arbeitgeber Angaben seiner Mitarbeiter zum Kontakt zu infizierten Personen und zum Voraufenthalt in Risikogebieten erheben und verarbeiten darf. Gleiches gilt unseres Erachtens für Daten über eine bestätigte Infektion sowie unter Umständen auch über das Vorliegen von Symptomen einer Corona-Erkrankung.

Hinweis: Details zu den einzelnen Risikofällen darf der Arbeitgeber jedoch nicht abfragen. So ist es zum Infektionsschutz am Arbeitsplatz in aller Regel nicht erforder-

lich, dass der Arbeitgeber weiß in welchem Risikogebiet sich der Arbeitnehmer aufgehalten hat, welche Art von Kontakt er zu einer infizierten Person hatte und wer diese ist oder welche konkreten Symptome auf eine Corona-Erkrankung hindeuten.

Wenn der Mitarbeiter Probleme mit einer Selbsteinschätzung hinsichtlich der relevanten Risikogebiete, der Corona-Erkrankungsanzeichen oder der für ein Infektionsrisiko nötigen Nähe zu einem Kontakt hat, kann der Arbeitgeber ihm allgemeine Informationen hierzu zur Verfügung stellen. Hierzu kann z.B. auch die CovApp der Charité genutzt werden, welche dem Nutzer einen strukturierten Web-Dialog bereitstellt, der praktisch anonym genutzt werden kann (kein Tracking, keine Speicherung der IP-Adresse):

<https://covapp.charite.de/>

Alternativ können diese detaillierteren Angaben auch von einem Betriebsarzt oder entsprechend schweigeverpflichtetem Personal im Gespräch erhoben werden, wobei dem Arbeitgeber dann wieder nur das Vorliegen und die grundsätzliche Art des Risikos (Aufenthalt in einem unbenannten Risikogebiet, Vorliegen von nicht näher bezeichneten Corona-Symptomen usw.) mitgeteilt werden darf. Im Gegensatz zu § 22 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b BDSG, der teilweise im Kontext des Screenings von Dritten (Besuchern des Unternehmens etc.) auf Infektionsrisiken als Rechtsgrundlage angeführt wird, enthält § 26 Abs. 3 BDSG zwar keinen Vorbehalt dahingehend, dass die Verarbeitung durch ärztliches Personal oder Personen erfolgen muss, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen. Angesichts der auch hier nötigen Erforderlichkeit und Interessenabwä-

gung dürfte dieser Vorbehalt zumindest im Hinblick auf Details zum Infektionsrisiko auch bei Beschäftigten greifen.

Diese Informationen ermöglichen es dem Arbeitgeber dann zunächst, den betreffenden Mitarbeiter vom Arbeitsplatz zu isolieren (Homeoffice oder Freistellung, soweit keine Krankschreibung oder Quarantäne vorliegt) oder ggf. nach zusammenfassender Einschätzung - z.B. bei schwachen Symptomen (wie leichtem Husten ohne Fieber) oder nur entfernten Kontakten zu einem Infizierten – am Arbeitsplatz noch stärker zu isolieren (z.B. eigener Raum und nicht nur Arbeitsplatz mit Abstand zum nächsten). Zudem kann der bisherige Arbeitsplatz des „Risikofalls“ desinfiziert werden.

Dürfen Arbeitgeber die Körpertemperatur Ihrer Beschäftigten messen und den Zutritt in den Betrieb oder den Verbleib in diesem davon abhängig machen, dass kein Fieber vorliegt?

Die Antwort auf diese Frage ist umstritten.

Unseres Erachtens ist eine kontaktlose Fiebermessung mit verlässlichen Infrarotthermometern in Zeiten der aktuell grassierenden Corona-Pandemie gerade am Werkstor bzw. Büroeingang vertretbar, solange keine Aufzeichnung der Körpertemperatur erfolgt. Dafür sollte Personal eingesetzt werden, das zwar nicht unbedingt selbst eine medizinische Ausbildung haben muss, das aber von entsprechend ausgebildeten Personen (z.B. dem Betriebsarzt) eingewiesen wurde. Wegen Fieber abgewiesene Beschäftigte sollten zur Kontaktaufnahme mit einem Arzt aufgefordert werden, welcher dann eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellen

kann. Die Lohnfortzahlung für den Arbeitnehmer wäre damit gewährleistet und eine über die AU-Bescheinigung hinausgehende Speicherung des Falls beim Arbeitgeber nicht erforderlich. Wird von Arbeitgebern nicht bei jeder Krankmeldung eine AU-Bescheinigung gefordert, so kann dies auch in diesem Fall beibehalten werden. Der Arbeitnehmer sollte sich dann bei den sonst innerbetrieblich zuständigen Stellen (Vorgesetzte oder Personalabteilung) krank melden. Eine automatische Krankmeldung durch den „Fieberkontrolldienst“ sollte nicht erfolgen.

Zwar liegt hier jedenfalls bei Beschäftigten auch ohne Speicherung eine besonders rechtfertigungspflichtige Verarbeitung von Gesundheitsdaten vor, zu denen auch die Körpertemperatur zählt. Die vorgeschlagenen Datenschutzvorkehrungen reduzieren jedoch die Eingriffstiefe der Fiebermessung, so dass es unserer Ansicht nach vertretbar ist, eine Rechtfertigung anzunehmen.

Dagegen wird teils argumentiert, dass die Temperaturmessung schon kein geeignetes Mittel zur Feststellung einer Corona-Infektion sei. Dem ist dahingehend zuzustimmen, dass Fieber ein sehr unspezifisches Krankheitszeichen ist, dass auch bei einer Vielzahl anderer Erkrankungen auftritt. Allerdings sind viele dieser anderen Erkrankungen ebenfalls ansteckend. Zudem tritt in rund 90 % der symptomatischen Corona-Fälle Fieber auf, was zwar keineswegs umgekehrt bedeutet, dass in 90 % der Fieber-Fälle eine Corona-Erkrankung vorliegen würde. Dennoch ist in Zeiten der Corona-Pandemie die Wahrscheinlichkeit, dass Fieber vom Corona-Virus ausgelöst wird, nicht ganz gering.

Dürfen Arbeitgeber den Beschäftigten mitteilen, dass ein bestimmter Mitarbeiter am Corona-Virus erkrankt ist?

Nur ausnahmsweise. Hier wird üblicherweise ein dreistufiges Vorgehen empfohlen:

(1) In der Regel reicht es aus, den betroffenen Mitarbeiter zu isolieren. Wenn dieser Mitarbeiter noch am Arbeitsplatz war, bevor das Risiko festgestellt und er isoliert wurde, sollte ggf. der bisherige Arbeitsplatz desinfiziert werden. Auch ist es dann vertretbar, das unmittelbare Arbeitsumfeld allgemein ohne Namensnennung zu informieren, dass ein Risikofall im Team oder Unternehmen gearbeitet hat, um eine erhöhte Aufmerksamkeit im Hinblick auf Distanzierungs- und Hygienemaßnahmen sowie auf eventuelle Symptome zu erreichen. Spätestens wenn sich eine Infektion bestätigt, sollten die beruflichen Kontaktpersonen des infizierten Mitarbeiters in möglichst anonymisierter Form persönlich gewarnt werden. Auch dies kann meist Team- oder Abteilungsbezogen in der Form erfolgen, dass mitgeteilt wird, dann jemand aus dem Team oder der Abteilung infiziert ist. Rückschlüsse auf die Person des Betroffenen durch manche Mitarbeiter, z.B. wenn nur Kontakt zu einzelnen Kollegen bestand, werden sich dabei nicht immer vermeiden lassen, was jedoch hingenommen werden kann. Die Kontaktpersonen sollten dann möglichst auch isoliert werden.

(2) Wenn die eben beschriebenen Maßnahmen ausnahmsweise zum Infektionsschutz nicht ausreichen, sollte der Arbeitgeber Kontakt zum zuständigen Gesundheitsamt aufnehmen und um dessen Entscheidung ersuchen. Dies kann beispiels-

weise der Fall sein, wenn der Arbeitgeber von einer Infektion Kenntnis erlangt und der betroffene Mitarbeiter über sein Team hinaus auch unternehmensweit oder zu Geschäftspartnern direkt Kontakt hatte, diese aber vom Arbeitgeber aber nicht nachvollzogen werden können, da Daten hierzu nicht systematisch im Unternehmen vorgehalten werden und der Mitarbeiter kurzfristig dazu auch keine Auskunft gibt, möglicherweise weil er dazu gerade nicht in der Lage ist.

(3) Lediglich wenn das Gesundheitsamt auf eine solche Anfrage nicht zeitnah reagiert, darf der Arbeitgeber höchst ausnahmsweise auch sonstige Mitarbeiter, die möglicherweise mit dem infizierten, nun namentlich erwähnten Mitarbeiter in Kontakt gekommen sind, hierüber informieren. Dann können sich die Mitarbeiter melden, die tatsächlich Kontakt mit ihm hatten.

Dürfen Arbeitgeber Daten über Infektionsrisiken bei Beschäftigten nach Aufforderung durch Gesundheitsbehörden an diese übermitteln?

Ja. Beim Ersuchen von zuständigen Hoheitsträgern, etwa bezüglich erkrankter Beschäftigter im Betrieb, ist nach Ansicht von Datenschutzbehörden von einer der Auskunftspflicht korrespondierenden Übermittlungsbefugnis des Arbeitgebers auszugehen (Art. 6 Abs. 1 S. 1 Buchst. c DSGVO i.V.m. § 16 Abs. 2 S. 3 Infektionsschutzgesetz). Behördliche Maßnahmen vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie können, je nach spezifischer Regelung der Länder, meist durch die jeweils zuständigen kommunalen Ordnungsämter oder das zuständige Gesundheitsamt erlassen werden.

Hinweis: Der Arbeitgeber sollte zumindest in Zweifelsfällen prüfen, ob eine Anordnung wirklich von einer zuständigen Behörde stammt. Wenn er telefonisch angefragt wird, sollte er einen Rückruf zusagen und die angegebenen Nummer mit dem Nummernkreis der zuständigen Behörde abgleichen.

Welche weiteren technischen und organisatorischen Maßnahmen sollte der Arbeitgeber jedenfalls treffen?

Informationen zu Infektionsrisiken von Mitarbeitern sollten getrennt von anderen, weniger sensiblen Daten aufbewahrt werden (z.B. gesondert geschützte Laufwerke, separate Ordner in verschlossenen Schränken). Der Kreis derer, die personenbezogene „Corona-Daten“ verarbeiten, ist möglichst kleinzuhalten („need to know“). Die berechtigten Mitarbeiter sollten nochmals darauf aufmerksam gemacht werden, dass sie auf die Vertraulichkeit verpflichtet sind und diese in besonderem Maße auch für Corona-Daten gilt. Es empfiehlt sich interne Richtlinien zu Corona zu erstellen, den Datenschutz hier zu berücksichtigen und Zuständigkeiten zu klären.

Wo findet man weiterführende Hinweise zur Thematik?

Für eine Übersicht der jüngsten Statements der Datenschutzbehörden und Bewertungen der juristischen Fachwelt empfehlen wir die Zusammenstellung von Links der Gesellschaft für Datenschutz und Datensicherheit (GDD):

<https://www.gdd.de/aktuelles/startseite/linksammlung-zu-datenschutz-und-corona>

Speziell im europäischen und internationalen Kontext finden Sie außerdem eine Aufstellung der Stellungnahmen ausländischer Aufsichtsbehörden auf den Seiten der International Association of Privacy Professionals (IAPP):

<https://iapp.org/resources/article/dpa-guidance-on-covid-19/>

In medizinischer Hinsicht empfiehlt sich eine Orientierung an den Leitlinien des Robert-Koch-Institutes:

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/nCoV_node.html

Diese Sicht kann auch für die datenschutzrechtliche Erforderlichkeit relevant sein, wobei bei der Intensität der Maßnahmen zu berücksichtigen ist, dass der Arbeitgeber keine Behandlungseinrichtung oder das Gesundheitsamt ist.

Darüber hinaus können wir Ihnen ein ausführlicheres Dokument mit konkreten Handlungsempfehlungen unsererseits auf Nachfrage zur Verfügung stellen.

Dr. Uwe K. Schneider
Rechtsanwalt
Fachanwalt für IT-Recht
Fachanwalt für Medizinrecht
us@vogel-partner.eu

Björn Früh
Rechtsanwalt
Certified Information Privacy
Professional Europe (CIPP/E)
bf@vogel-partner.eu