

AKTUELLES: ZUR CORONA-PANDEMIE

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU) • Salzburg

„Stopp Corona“-App und flächendeckendes Screening

» jusIT 2020/32

📌 Datenschutzrecht; Stopp Corona-App; Tracking-App; Screening

§ VO (EU) 2016/679: Art 7, Art 9 Abs 2 lit a und lit i; DSGVO: § 10

1. Revisited: Tracking-Apps in der Corona-Krise*

Als Teil der COVID-19-Schutzmaßnahmen hat die datenschutzrechtliche Diskussion in Österreich schon sehr früh den Einsatz von Tracking-Apps in den Fokus genommen. Zum einen, weil bereits im März mit der „Stopp Corona“-App des Österreichischen Roten Kreuzes (ÖRK) ein funktionierendes elektronisches Kontakt-Tagebuch für Smartphones zur Verfügung stand, das – nach Eigendefinition¹ – der Sensibilisierung und damit der möglichst weitgehenden Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus in der Bevölkerung dienen sollte. Nach anfänglichen technischen, aber auch va datenschutzrechtlich zu beanstandenden Unzulänglichkeiten² hat die interessierte Community, allen voran NGOs wie epicenter.works und NOYB, sowie die Bereitschaft des Verantwortlichen dazu geführt, dass die technischen und juristischen Bedenken ausgeräumt werden konnten. Inzwischen liegt ein umfassender Bericht über die Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA-Bericht) vom 12. Mai 2020 vor,³ der laufend aktualisiert wurde und den Dokumentationspflichten gem Art 5, 24 DSGVO sowie den Datensicherheitsanforderungen nach Art 32 DSGVO vollinhaltlich Rechnung trägt. Damit ist einmal mehr unter Beweis gestellt, was am Datenschutz interessierte Rechtsanwender leisten können. Es geht auch in der Krise beides: Daten- und Gesundheitsschutz.⁴

Zu weiteren rechtlichen Details des DSGVO-konformen Einsatzes von Tracking-Apps gegenüber BürgerInnen der Europäischen Union liegt eine Erklärung des Europäischen Datenschutzausschusses über die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit dem Ausbruch von COVID-19 vom 19. März

2020⁵ vor. Außerdem gibt es Bestrebungen – im Hinblick auf die bevorstehenden Grenzöffnungen ab Juni 2020 – eine europaweite, einheitlichen technischen Standards entsprechende Lösung zu finden.

Erlaubnistatbestand des Einsatzes derartiger Tracking-Tools ist und bleibt die informierte Einwilligung des betroffenen Nutzers. Bestrebungen, an der Freiwilligkeit der Installation zu rütteln, sei es auch nur in Form von in Aussicht gestellten Vergünstigungen für die persönliche Lockerung von beschränkenden COVID-19-Maßnahmen, sind zwar seitens der Politik rufbar, wurden aber weder umgesetzt noch sind sie grundrechtlich machbar.

Die gesetzliche Einführung einer verpflichtenden Nutzung der Tracking- oder besser Tracing-App könnte vor dem Hintergrund von Art 9 Abs 2 lit i DSGVO zwar grundsätzlich zulässig sein. Doch ist nach sämtlichen bisher veröffentlichten Einschätzungen eine Grundrechtskonformität zu verneinen. Das gilt neben meiner eigenen⁶ für die Positionen von *Forgo*,⁷ *Bußjäger/Gamper*⁸ und auch für die der Vereinigungen der RichterInnen des VwGH, des BVwG, der Verwaltungs- und der Finanzgerichte.⁹

* RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@euro-lawyer.at; Näheres unter <eurolawyer.at>.

1 Vgl dazu im Folgenden die Informationen zum Stand 18. 5. 2020 auf der Website des ÖRK <roteskreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/> (18. 5. 2020).

2 Dazu ausführlich mit Stand vom 31. 3. 2020 Thiele, Stopp Corona – Thesen und Antithesen zum Einsatz von Tracking-Apps in der Coronakrise, ZIIR 2020, 152 ff mwN.

3 Abrufbar unter <roteskreuz.at/fileadmin/user_upload/Bericht_Datenschutzfolgeabschaetzung_StoppCorona_App.pdf> (18. 5. 2020).

4 Deutlich Thiele, ZIIR, 2020, 152 (157).

5 Abrufbar unter <edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf> (18. 5. 2020).

6 ZIIR 2020, 152 (157).

7 <diepresse.com/5796147/fruhlingshaft-l-oder-grundrechte-sind-keinschonwettershyprogramm> (18. 5. 2020).

8 *Bußjäger/Gamper*, Corona: Stellungnahme zur Verfassungskonformität einer verpflichtenden Tracing-App <uibk.ac.at/public-relations/presse/archiv/2020/1269/> (18. 5. 2020).

9 <uvsvereinigung.files.wordpress.com/2020/04/erklc3a4rung_dvvr_corona.pdf> (18. 5. 2020); „Die in den letzten Tagen auch in Österreich in die Diskussion eingebrachte Einführung einer digitalen Überwachung der Bürgerinnen und Bürger würde einen massiven Grundrechtseingriff darstellen. Der DWR unterstützt die von Amnesty International und über 100 anderen Nichtregierungsorganisationen erhobene Forderung, dass die weltweite Coronavirus-Krise nicht als Deckmantel für den Beginn einer neuen Ära intensiver digitaler Überwachungstechnologien benutzt werden darf“; vgl dazu ua auch <sn.at/politik/innenpolitik/verwaltungsrichter-corona-app-pflicht-waere-unverhaeltnismaessig-86162821>; <derstandard.at/story/2000116805190/vfgh-richter-app-pflicht-waere-unverhaeltnismaessiger-eingriff-in-grundrechte?ref=article>; <nachrichten.at/panorama/chronik/corona-massnahmen-verwaltungsrichter-fordern-rascheren-rechtsschutz/art58,3250153> (jeweils 18. 5. 2020).



2. Flächendeckendes Screening

Testen, testen, testen – die vollmundigen Ankündigungen der Politik klingen noch nach. Die Ansage des Gesundheitsministers, dass ab Ende April flächendeckende Antikörpertests, insb in Seniorenwohneinrichtungen durchgeführt werden sollen, hatte ebenfalls erhebliche datenschutzrechtliche Implikationen. Eine datenschutzkonforme Begleitung dieses tatsächlich durchgeführten „Screenings“¹⁰ gestaltete sich durchaus herausfordernd.

Der sog „PCR-Test“ auf das Coronavirus SARS-CoV-2 wird aus dem Rachen und der Nase des Probanden genommen. Zur reibungslosen Abwicklung dieser Maßnahme war eine Excel-Liste der BewohnerInnen und des Personals an die Landessanitätsdirektion sowie das Rote Kreuz zu übermitteln. In dieser Liste waren Name, Geburtsdatum, Sozialversicherungsnummer, Wohnadresse (bei Personal), Tätigkeit (Kategorisierung laut Tabelle), sofern bekannt, behandelnder Arzt (Hausarzt) der zu testenden Personen bekannt zu geben. Dies hatte gemäß dem Anforderungsschreiben der Landessanitätsdirektion binnen 24 Stunden mittels (Excel-)Liste per E-Mail zu erfolgen. Zu prüfen war daher, ob und inwieweit eine rechtmäßige Datenübermittlung erfolgen könne, insb ob und inwieweit eine taugliche Rechtsgrundlage auch für die folgende Testung vorhanden sei.

Der erste Schritt der Testung, dh der Übermittlungsschritt, kann nicht losgelöst vom gemeinsamen Gesamtzweck der Testung gesehen werden, dienen doch beide Verarbeitungsstufen einem einheitlichen Ziel. Sie sind daher als eine zusammengehörende Verarbeitungstätigkeit anzusehen.¹¹ Diese Auffassung lässt sich auch zwanglos mit der österr Verfassungslage in Übereinstimmung bringen, wonach die Anforderung der Listen (dh Einmeldungen) und die Durchführung der Testungen vor Ort ausschließlich der Hoheitsverwaltung zuzuordnen sind.

Im Auftrag des Bundesministeriums für Soziales, Gesundheit, Pflege und Konsumentenschutz soll es zu einer flächendeckenden Abstrichentnahme in Seniorenwohnhäusern kommen. Das BMSGPK ist daher Verantwortlicher iSv Art 4 Z 7 DSGVO. Die Vorbereitung sowie Durchführung einer angeordneten Abstrichentnahme stellt eine hoheitliche Tätigkeit dar. Soweit ersichtlich, wurden allerdings keine expliziten gesetzlichen Regelungen, Maßnahmen oder Erlässe zur Vornahme einer Abstrichentnahme in den Seniorenwohnhäusern geschaffen.

Das Epidemiegesetz 1950 (EpidemieG) regelt, dass nach § 3 EpidemieG der Haushaltsvorstand (Leiter einer Anstalt) oder die an seiner Stelle mit der Führung des Haushaltes (der Leitung der Anstalt) betraute Person zur Anzeigerstattung einer

anzeigepflichtigen Krankheit verpflichtet ist. In § 4 Abs 4 EpidemieG wird festgehalten, welche Daten im Fall eines Verdachts-, Erkrankungs- und Todesfalls von der Gesundheitsbehörde (Bezirksverwaltungsbehörde) verarbeitet werden dürfen. In § 6 EpidemieG sind die Einleitung von Vorkehrungen bei Auftreten anzeigepflichtiger Krankheiten sowie in § 9 EpidemieG die Ausschließung einzelner Personen, bei denen eine anzeigepflichtige Krankheit aufgetreten ist, geregelt. Aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen ist klar ersichtlich, dass es sich hier ausschließlich um Personen handelt, bei denen ein Verdacht auf eine anzeigepflichtige Krankheit besteht oder bereits eine anzeigepflichtige Erkrankung vorliegt.

Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten ist nur im Rahmen der in Art 9 Abs 2 DSGVO abschließend aufgezählten Eingriffstatbestände zulässig. Vorliegend kommt daher va Art 9 Abs 2 lit i DSGVO in Betracht.

Ob die Durchführung einer verdachtslosen Testung Deckung in dieser Bestimmung findet, ist allerdings fraglich. Dies va deshalb, weil es dafür eine qualifizierte Rechtsgrundlage im Bundes- oder Landesrecht bräuchte. Eine solche ist der Datenschutzbehörde nicht bekannt.¹² Eine in der Folge in der gebotenen Tiefe durchgeführte Analyse der möglichen Rechtsgrundlagen, insb der §§ 3, 3a, 4 Abs 4, § 5 Abs 3, §§ 6, 9 und 17 EpidemieG¹³ sowie §§ 49 ff ASchG, hat ergeben, dass eine Meldung von Bewohner- oder Beschäftigtendaten des Heimträgers an das Gesundheitsministerium oder deren Auftragsverarbeiter zur Ermittlung und/oder Durchführung von flächendeckenden Abstrichentnahmen bei Bewohnern oder Beschäftigten ohne entsprechenden SARS-CoV-2-Verdachtsfall in der konkreten Einrichtung gesetzlich nicht gedeckt ist.

Zwar kann die aktuelle Pandemie als Katastrophenfall gem § 10 Abs 1 DSG angesehen werden, allerdings ist auch hier die Datenermittlung und Datenübermittlung für die Vorbereitung und Durchführung einer flächendeckenden Abstrichentnahme von BewohnerInnen (und vom Personal) ohne jeglichen Verdacht auf SARS-CoV-2 zum Zweck einer Risikoprävention als unzulässig anzusehen.¹⁴

Im Ergebnis läuft die Screening-Maßnahme daher ohne exakte gesetzliche Grundlage Gefahr, zu einer verdachtslosen Vorratsdatenspeicherung¹⁵ zu werden, wenn sie nicht auf andere Erlaubnistatbestände gestützt werden kann.

Als *Zwischenergebnis* ist daher festzuhalten, dass (angeforderte) Screening-Daten iSd Art 17 Abs 1 lit d DSGVO unrechtmä-

¹⁰ Unter „Screening“ ist nach allgemeinem medizinischen Sprachgebrauch für den konkreten Anwendungsfall der Pandemiebekämpfung eine Vorsorgeuntersuchung nach Gesichtspunkten der Epidemiologie zu verstehen, die bei einem Querschnitt der Bevölkerung durchgeführt wird, bspw eine PCR-Testung bei Menschen in Seniorenwohneinrichtungen zur COVID-19-Früherkennung.

¹¹ Vgl so bereits EuGH 10. 7. 2018, C-25/17 (Johovan Todistajai), *jusIT* 2018/59, 163 (Thiele) = *Dako* 2019/9, 16 (Haidinger) = *ÖJZ* 2018/114, 885 (Lehofer) = *ZfR* 2018, 390 (Thiele), zur Erhebung von Daten in Listen und Zusammenführen dieser Daten durch die Meldestelle.

¹² Mitteilung der DSB vom 27. 4. 2020 an den Magistrat der Stadt Salzburg, mit dem Vorbehalt der Kurzfristigkeit der möglichen Recherche zur damit beantworteten Anfrage vom 23. 4. 2020.

¹³ *IdF* vor BGBl I 43/2020.

¹⁴ Zum selben Ergebnis im Hinblick auf Tracking-Apps gelangt jüngst *Bisping*, Corona-Tracking und Datenschutz, *Zak* 2020/266, 170, die einen dringenden Reformbedarf von § 10 DSG ortet.

¹⁵ Vgl zur Datenlöschungspflicht VfGH 27. 6. 2014, G 47/2012, *AnwBl* 2015, 404 (Grabenwarter) = *ecolx* 2014, 581 (Wilhelm) = *jusIT* 2014/106, 223 (Klaushofer) = *JB* Datenschutzrecht 2014, 31 (Tschohl) = *JB* Öffentliches Recht 2015, 179 (Hattenberger/Klingbacher) = *SWK* 2014, 1068 (Stoll) = *VfSlg* 19892 = *ZVG* 2014, 749 (Weh).

ßig verarbeitet werden. Dies hat zur Folge, dass nach Art 17 Abs 1 DSGVO alle unzulässigen Testungsergebnisse vom BMSGPK auch ohne Antrag der betroffenen Personen unverzüglich zu löschen sind.

Für die Rechtsträger der Seniorenwohnhäuser und Arbeitgeber des Pflegepersonals war und ist es daher erforderlich, eine ausdrückliche und vollinformierte Einwilligung nach Art 9 Abs 2 lit a iVm Art 7 DSGVO für die Datenermittlung und Datenübermittlung zum Zweck der Vorbereitung und Durchführung der Abstrichentnahme einzuholen. Diese Vorgehensweise ist ausreichend zu dokumentieren, insb ist eine neue Verarbeitungstätigkeit im Verarbeitungsverzeichnis sowie eine Datenschutz-Folgenabschätzung durchzuführen. Darüber hinaus ist es zwingend erforderlich, die Datensicherheitsmaßnahmen einzuhalten (zB besondere technische Maßnahmen bei der Übermittlung von Daten). Bei Nichterfüllung dieser Verpflichtungen drohen nicht nur erhebliche Bußgelder nach Art 83 DSGVO für private Heimträger, sondern auch eine Strafbarkeit wegen Eingriffs in die körperliche Integrität der getesteten Personen.

Sollten daher – in der unüberschaubaren Flut der COVID-19-Vorschriften¹⁶ – Rechtsnormen bestehen, die Screening-Maßnahmen legitimieren, würden diese wohl unter dem Gesichtspunkt der datenschutzrechtlich gebotenen Vorhersehbarkeit von Datenerhebungen gegen § 1 Abs 2 DSG verstoßen. Mögen derartige Vorschriften bis zu einer Anfechtung beim VfGH auch schon wieder außer Kraft sein, so bleibt für eine Feststellung der Verletzung des Geheimhaltungsanspruchs iSv § 1 DSG durchaus Raum.¹⁷

Mit dem – ebenfalls als Sammelgesetz – verabschiedeten COVID-19-Gesetz¹⁸ ist erstmals zur Durchführung von Screeningprogrammen im Rahmen der Bekämpfung von COVID-19 mit dem eingefügten § 5a EpidemieG eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage für die Verarbeitung, insb die Ermittlung, von bestimmten (auch gesundheitsbezogenen) Datenkategorien und deren Weiterverarbeitung zur Führung des Registers für Screeningprogramme nach § 5b EpidemieG geschaffen worden. Ob diese Bestimmungen allerdings den Vorgaben des Art 9 Abs 2 lit i DSGVO bzw der Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 2 DSG entsprechen, ist mehr als fraglich.¹⁹

Dabei betont § 5a Abs 3 EpidemieG, dass die Screeningprogramme „unter größtmöglicher Schonung der Privatsphäre der betroffenen Person durchzuführen“ sind. Die Teilnahme bedarf der ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person. Das war aber auch schon vorher der Fall.

¹⁶ Um sich einen Überblick zu verschaffen, wurde unter der Herausgeberschaft W. Doralt bereits eine eigene Gesetzessammlung, der KODEX Corona-Gesetze 2020, aufgelegt. Kaum erhält der aufmerksame Rechtsanwender ein gedrucktes Exemplar, ist es bereits überholt und durch eine eigene Kodex-App upzudaten.

¹⁷ Vgl die Nachweise bei Thiele/Wagner in Thiele/Wagner, DAG Praxiskommentar § 24 Rz 42 ff (2020).

¹⁸ BGBl I 43/2020, kundgemacht am 14. 5. 2020, in Kraft getreten mit 15. 5. 2020.

¹⁹ Eine Erörterung dieser Thematik muss an dieser Stelle aus Platzgründen unterbleiben und einer gesonderten Untersuchung vorbehalten bleiben.

3. Resümee

Grundrechtsschutz in Zeiten der Pandemie ist wichtiger denn je. Denn anders als etwa Art 15 EMRK gestattet die Europäische Grundrechtcharta keinen „Grundrechtsschutz light“. Die Würde des Menschen ist unantastbar (Art 1 GRG). Sie ist auch in (COVID-19-)Krisen ungeschmälert zu achten und zu schützen. Ein praxisorientierter, aber in den Grundpositionen unverhandelbarer Datenschutz kann dazu wertvolle Beiträge leisten, die auch ein würdevolles Leben mit Corona-Maßnahmen ermöglichen.

Früher oder später werden Gerichte (Verfassungs-, Verwaltungs-, Zivil- und Strafgerichte) entscheiden, ob die ergriffenen Maßnahmen, Verbote und Gebote in verfassungskonformer Weise auch die Privatsphäre respektiert haben. An diesem irdischen „Judgement Day“ werden sich die Gerichte weder mit „Gesundheitsschutz“ noch mit einem naiv-kindlichen „Es geht ja um Menschenleben“ zufriedengeben.²⁰ Es ist daher höchste Zeit, sich gut zu wappnen – womit? Mit Recht. Denn es wird letztlich rückblickend nicht darum gehen, irgendwie durch die Krise gekommen zu sein, sondern die grundrechtlich kompromisslos geschützte Würde aller Menschen – insb auch jener, die wegen Krankheit, Pflegebedürftigkeit, Alter, Kindheit oder Schockstarre stumm bleiben mussten – in ihrem Kern unverletzt bewahrt zu haben. Andernfalls bliebe mit Peter Strasser²¹ bloß das paradoxe Existenzfrustingscredo zu resümieren: „Ich lebe, um nicht zu sterben.“

²⁰ Deutlich Härtling, Warum wir unsere Freiheit jetzt einfordern müssen, CR-Blog 1. 4. 2020, <cr-online.de/blog/2020/04/01/warum-wir-unsere-freiheit-jetzt-einfordern-muessen/> (22. 5. 2020).

²¹ Ein Leben ohne Tod würde uns zu Zombies einer leeren Ewigkeit machen, NZZ Gastkommentar vom 17. 9. 2018, <nzz.ch/meinung/leben-ohne-zu-sterben-der-homo-deus-waere-der-zombie-einer-leeren-ewigkeit-ld.1413137> (22. 5. 2020).



Der Autor:

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU) studierte US-amerikanisches Steuerrecht in San Francisco; Gründer der RA-Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg; Fachbuch-Autor; gerichtlich beideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insb Neue Medien und Webdesign.

Publikationen des Autors:

Standardkommentar zum RATG³ (2011); gemeinsam mit Elisabeth Staudegger Mitherausgeber des Jahrbuchs Geistiges Eigentum 2012 bis 2019; Co-Autor in Kotschy (Hrsg), RdW Spezial: DSGVO (2019) zum wirklichen Rechtsschutz für Betroffene im zivilen Klagsweg; zahlreiche Beiträge in Fachzeitschriften zu Themen des Informationsrechts.

✉ Anwalt.Thiele@eurolawyer.at
http://www.eurolawyer.at

🌐 lesen.lexisnexis.at/autor/Thiele/Clemens