

DATENSCHUTZ BEI DER DURCHFÜHRUNG VON CORONA-SELBSTTESTS IN UNTERNEHMEN

Informationen zum Datenschutz | Mai 2021

Einleitung

Kontakte am Arbeitsplatz und auf dem Arbeitsweg erhöhen für Beschäftigte das Risiko einer Infektion mit dem Corona-Virus. Da regelmäßig nicht alle Mitarbeiter eines Unternehmens die Möglichkeit haben, im Homeoffice zu arbeiten, wird zur Eindämmung des Corona-Virus aktuell verstärkt auf Testmöglichkeiten gesetzt. Dabei werden nun auch Unternehmen stärker in die Pflicht genommen. Aufgrund einer Änderung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (SARS-CoV-2-ArbSchV) vom 21.04.2021 müssen Unternehmen ihren Beschäftigten grundsätzlich zwei Corona-Tests pro Woche anbieten.

Für Unternehmen ergeben sich hieraus zahlreiche datenschutzrechtliche Fragestellungen. Es lohnt sich insofern eine genauere Prüfung, ob und gegebenenfalls wie bei der Durchführung von Corona-Selbsttests in Unternehmen personenbezogene Daten verarbeitet werden dürfen und welche datenschutzrechtlichen Besonderheiten dabei zu beachten sind.

Rechtliche Grundlagen

Arbeitgeber haben Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, mindestens zweimal pro Kalenderwoche einen Corona-Test anzubieten (§ 5 Abs. 1 SARS-CoV-2-ArbSchV). Die Art des Tests wird nicht vorgegeben; es kann sich also um einen PCR-Test, einen Corona-Schnelltest oder einen Corona-Selbsttest handeln. Die Vorschrift sieht eine Angebotspflicht der Arbeitgeber, nicht jedoch eine Testpflicht für Arbeitnehmer vor.

Es gilt außerdem eine Pflicht des Arbeitgebers, Nachweise über die Beschaffung der Corona-Tests oder Vereinbarungen mit Dritten über die Testung der Beschäftigten bis zum 30.06.2021 aufzubewahren (§ 5 Abs. 2 SARS-CoV-2-ArbSchV). Dokumentiert werden muss demnach nur die Erfüllung der Angebotspflicht, nicht aber die tatsächliche Durchführung von Tests bei einzelnen Mitarbeitern.

Darüber hinaus gibt es in einigen Bundesländern rechtliche Regelungen, in Nordrhein-Westfalen beispielsweise in der Corona-Test- und Quarantäneverordnung in der ab dem 23.04.2021 gültigen Fassung, die für bestimmte Einrichtungen und Berufsgruppen, wie beispielsweise für Pflegepersonal in Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen und ähnlichen Einrichtungen, Testpflichten anordnet.

Freiwillige Testangebote oder Testpflichten?

Soweit in einigen Bundesländern in den Corona-Schutzverordnungen Testpflichten für bestimmte Berufsgruppen und Einrichtungen vorgesehen sind, ist diesen rechtlichen Verpflichtungen nachzu-

kommen. Es stellt sich für Unternehmen die Frage, inwieweit darüber hinaus Corona-Tests verpflichtend vorgeschrieben werden dürfen oder lediglich Angebote für freiwillige Tests erlaubt sind.

Ein Corona-Test stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen dar. Testergebnisse unterliegen zudem als sensible Gesundheitsdaten einem besonders hohen Schutz. Da die aktuell geltenden rechtlichen Bestimmungen abgesehen von besonderen Konstellationen gerade keine Handhabe für Unternehmen vorsehen, ihre Mitarbeiter zu Corona-Tests zu verpflichten, kann eine allgemeine Testpflicht für Beschäftigte durch den Arbeitgeber wohl nicht erzwungen werden. Corona-Tests in Unternehmen sollten vielmehr grundsätzlich freiwillig erfolgen. Zulässig ist es aber, die Mitarbeiter zur Teilnahme zu ermutigen, um eine größtmögliche Effektivität zu erzielen.

Wird in einem Unternehmen überlegt, den Zutritt zu den eigenen Räumlichkeiten von einem negativen Corona-Test abhängig zu machen, sollte der Test für Mitarbeiter dennoch freiwillig sein. Damit auch die Beschäftigten, die keinen Corona-Test machen möchten, weiterhin ihrer Arbeitsverpflichtung nachkommen können, sind ihnen alternative Möglichkeiten zur Verfügung zu stellen, etwa die Einrichtung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes oder – im Extremfall – eine bezahlte Freistellung.

Bei externen Besuchern und Kunden steht die Bedingung des Corona-Tests für den Zutritt zu den Räumlichkeiten in der Regel der Freiwilligkeit nicht entgegen. Es steht Unternehmen im Regelfall frei, zu definieren, unter welchen Voraussetzungen und Rahmenbedingungen Kunden und Besuchern ein Zutritt gewährt wird. Besucher und Kunden sind im Regelfall nicht gezwungen, die Räumlichkeiten und Einrichtungen der verantwortlichen Stelle aufzusuchen, solange alternative Kontaktmöglichkeiten (etwa Onlinebestellungen) oder Wettbewerber verfügbar sind. Der Rückgriff auf die Freiwilligkeit kann aber in Konstellationen scheitern, bei denen Kunden etwa bei Bestehen eines Kontrahierungszwangs einen Anspruch auf die angebotene Leistung haben. In diesen Fällen wird der verpflichtende Corona-Test wohl nur bei einer entsprechenden rechtlichen Pflicht gerechtfertigt sein.

Bereitstellung von Corona-Selbsttests ohne Datenerfassung

Eine Möglichkeit, den Beschäftigten eines Unternehmens Corona-Tests anzubieten, ist es, ihnen Corona-Selbsttests bereitzustellen und sie diese Zuhause beziehungsweise vor der Arbeitsaufnahme selbst durchführen zu lassen. Die Beschäftigten können vorab darauf hingewiesen werden, dass sie im Falle eines positiven Tester-

gebnißes die Räumlichkeiten des Unternehmens nicht aufsuchen dürfen und einen Arzt oder das Gesundheitsamt kontaktieren sollten. Es wird dann auf Vertrauensbasis davon ausgegangen, dass die Mitarbeiter diesen Hinweis tatsächlich befolgen.

Bei dieser Vorgehensweise, die in der Regel ausreichend sein wird, ist es möglich, Corona-Selbsttests im Unternehmen durchzuführen, ohne dass dabei personenbezogene Daten der Beschäftigten verarbeitet werden. Diese Gestaltung stellt damit die datenschutzfreundlichste Möglichkeit dar, Corona-Selbsttests für Beschäftigte anzubieten.

Soll der Zutritt zu den Räumlichkeiten des Unternehmens von dem Nachweis eines negativen Corona-Tests abhängig gemacht werden, wird es in der Regel noch zulässig sein, wenn die verantwortliche Stelle sich das negative Testergebnis vor dem Zutritt zeigen lässt, ohne die Daten bei sich abzuspeichern oder anderweitig nachzuhalten. Insofern ist die Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) wohl zu verneinen. Denn nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO gilt diese nur für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.

Verarbeitung personenbezogener Daten

Die Vorgehensweise, bei der Beschäftigten Corona-Selbsttests bereitgestellt werden, ohne dass dabei Daten durch das Unternehmen erfasst und gespeichert werden, ist in der Regel ausreichend, um der Angebotspflicht des Arbeitgebers nachzukommen und zum Gesundheitsschutz innerhalb des Unternehmens beizutragen. Für Unternehmen kann sich aber die Frage stellen, ob darüber hinaus personenbezogene Daten bezüglich der Selbsttests, beispielsweise zu ausgegebenen und durchgeführten Tests sowie Testergebnissen, verarbeitet werden dürfen. Eine solche Datenverarbeitung kann nur dann zulässig sein, wenn sie auf einer Rechtsgrundlage beruht und die weiteren datenschutzrechtlichen Vorgaben eingehalten werden.

In den aktuellen rechtlichen Regelungen ist für Unternehmen zwar eine Pflicht zum Testangebot enthalten, diese stellt jedoch keine Rechtsgrundlage für etwaige damit einhergehende Datenverarbeitungen dar. Eine rechtliche Verpflichtung zur Datenverarbeitung im Rahmen des Angebots von Corona-Tests in Unternehmen besteht in der Regel gerade nicht.

Soweit Testergebnisse erfasst werden sollen, sind Gesundheitsdaten betroffen, die nur unter den Voraussetzungen des Art. 9 DSGVO verarbeitet werden dürfen. Mangels einer rechtlichen Pflicht zur Datenerfassung kommt eine Rechtfertigung aufgrund einer rechtlichen Verpflichtung nach Art. 9 Abs. 1 lit. c) DSGVO nicht in Betracht. Soweit die Daten von dem Unternehmen und nicht von medizinischem Fachpersonal, das dem Berufsgeheimnis unterliegt, oder unter dessen Verantwortung verarbeitet werden, scheidet auch Art. 9 Abs. 1 lit. h) DSGVO als Rechtsgrundlage aus. Zu überlegen ist, ob die Verarbeitung auf Gründe des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit gem. Art. 9 Abs. 1 lit. i) DSGVO gestützt werden kann. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass die Datenverarbeitung gerade für diese Zwecke erforderlich ist. Eine Dokumentation von Testergebnissen innerhalb des Unternehmens wird bei der Ausgabe von freiwilligen Corona-Tests jedoch regelmäßig nicht erforderlich sein; vielmehr wird der beabsichtigte Zweck des Gesundheitsschutzes bereits dadurch erreicht, dass die Betroffenen die Selbsttests vor Arbeitsbeginn durchführen und nur bei einem negativen Testergebnis den Arbeitsplatz aufsuchen.

Als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung kommt demnach allenfalls eine Einwilligung des Betroffenen in Betracht (Art. 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO, bei Beschäftigten zusätzlich § 26 Abs. 2, 3 BDSG). Hierbei ist jedoch der Grundsatz der Datenminimierung aus Art. 5 Abs. 1 lit. c) DSGVO zu beachten. Personenbezogene Daten müssen danach ihrem Zweck angemessen und erheblich sowie auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein. Unternehmen sollten deshalb vor jeder beabsichtigten Datenverarbeitung im Einzelfall überprüfen, ob die Verarbeitung der personenbezogenen Daten für die beabsichtigten Zwecke tatsächlich erforderlich ist. Wird dies bejaht, sind die Betroffenen über die Datenverarbeitung zu informieren. Die Speicherdauer sollte möglichst kurz gewählt werden und die personenbezogenen Daten sind durch technische und organisatorische Maßnahmen vor einem unberechtigten Zugriff zu schützen.

Datenweitergabe an das Gesundheitsamt

In NRW besteht für gewisse Personengruppen, die zur Nachweiserführung über den Krankheitserreger befugt sind, eine Pflicht, positive Testergebnisse von PCR-Tests und Corona-Schnelltests zu melden (§ 1 Abs. 1, 3 der Corona-Test- und Quarantäneverordnung des Landes NRW in der ab dem 23.04.2021 gültigen Fassung i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 2 des Infektionsschutzgesetzes). Ergebnisse von Corona-Selbsttests müssen dagegen nicht aufgrund einer gesetzlichen Pflicht an das Gesundheitsamt übermittelt werden. Es gibt für Unternehmen keine gesetzliche Ermächtigung, bei Kenntnis von positiven Selbsttests ihrer Beschäftigten diese Information weiterzugeben.

Aus diesem Grund kann in datenschutzrechtlicher Hinsicht die Datenübermittlung an das Gesundheitsamt nicht auf eine rechtliche Verpflichtung als Rechtsgrundlage gestützt werden. Eine Datenweitergabe sollte deshalb nur mit einer entsprechenden Einwilligung der betroffenen Person geschehen.

Zulässig ist aber der allgemeine Aufruf an die Beschäftigten, bei einem positiven Testergebnis unverzüglich einen Arzt oder das Gesundheitsamt zu kontaktieren und den Arbeitgeber zu informieren sowie das weitere Vorgehen mit ihm abzustimmen. Ebenfalls zulässig ist die Aufforderung, nach einem positiven Ergebnis die Räumlichkeiten des Unternehmens nicht zu betreten.

Fazit

Durch die Ausgabe von Corona-Selbsttests in Unternehmen können Arbeitgeber ihrer Pflicht zum Angebot von Corona-Tests an die Beschäftigten nachkommen und gleichzeitig einen wichtigen Beitrag zu dem Gesundheitsschutz ihrer Mitarbeiter leisten.

Die Tests sollten für die Beschäftigten freiwillig sein. Soll der Zutritt zu den Räumlichkeiten des Unternehmens von einem negativen Corona-Test abhängig gemacht werden, sollten den Mitarbeitern, die keinen Corona-Test machen möchten, alternative Möglichkeiten zur Erfüllung ihrer Arbeitsverpflichtung angeboten werden, beispielsweise durch die Einrichtung eines Homeoffice-Arbeitsplatzes.

In der Regel ist es ausreichend und empfehlenswert, den Beschäftigten Corona-Selbsttests anzubieten, ohne dabei personenbezogene Daten, etwa zu durchgeführten Tests und Testergebnissen, zu erfassen. Soll ein negativer Test nachgewiesen werden, wird im Regelfall das Vorzeigen eines negativen Testergebnisses ohne weitere Datenerfassung und -speicherung genügen.

Johanna Schmale



Kontakt:

BRANDI Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB
Adenauerplatz 1
33602 Bielefeld

Johanna Schmale

Wissenschaftliche Mitarbeiterin

T +49 521 96535 - 890

F +49 521 96535 - 113

M johanna.schmale@brandi.net