

RECHT

30. Juni 2020
55/2020 Tx/Bkl

Corna-Warn-App: Anwendungshilfe der BDA

Mit Rundschreiben Hinweise 71/2020 vom 18. Juni 2020 haben wir Ihnen das Positionspapier der BDA zur Corona-Warn-App zukommen lassen.

Als Ergänzung zu diesem Papier hat die BDA eine anwendungsbezogene Arbeitshilfe erarbeitet, in der die mit dem Einsatz der App verbundenen rechtlichen Fragen näher beleuchtet werden.

Die BDA wird sich weiter dafür einsetzen, dass offene Fragen, etwa zu einer möglichen Entschädigungspflicht nach dem Infektionsschutzgesetz, rechtssicher beantwortet werden.

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Warn-App

Die Corona Tracing App soll helfen, Ansteckungswege nachzuverfolgen und damit die Pandemie zu bekämpfen. Die Warn-App soll mittels Bluetooth den Abstand zwischen Personen (ihren Smartphones) messen. Dazu wird mit dem Herunterladen der App auf das Smartphone eine verschlüsselte Identität (ID) des eigenen Smartphones erzeugt. Technisch soll über die Bluetooth-Schnittstelle der Geräte nach Aktivierung der App ein verschlüsselter Datenaustausch mit anderen in der Nähe befindlichen Geräten erfolgen, auf denen die App ebenfalls installiert ist. Gespeichert werden alle Kontakte mit einer Dauer von mehr als fünfzehn Minuten und einem Abstand von weniger als zwei Metern. Diese Kontakte werden für einen Zeitraum von 14 Tagen anonym auf dem Smartphone gespeichert werden. Wird bei einer der beteiligten Personen eine Corona-Infektion festgestellt, kann sie ihre Daten mittels eines Tan-Verfahrens in die App auf ihrem Mobiltelefon eingeben. Die verschlüsselte ID der infizierten Person wird dann an alle Mobiltelefone mit der gespeicherten ID übermittelt. Der Abgleich geschieht lokal auf dem eigenen Mobiltelefon. Im Fall einer Übereinstimmung wird der Nutzer über den kritischen Kontakt informiert.

I. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit

Die Einführung der App ist datenschutzrechtlich unbedenklich. Auch der Bundesdatenschutzbeauftragte, der den Entwicklungsprozess beratend begleitet hat, sieht keine datenschutzrechtlichen Gründe, die gegen die App sprechen.¹

Die Nutzung der App ist freiwillig. Unmittelbar mit dem Herunterladen der App wird eine vollständig anonymisierte ID generiert, die sich mit anderen Geräten austauscht. Es werden weder Standort- noch Verhaltensdaten der Nutzer erfasst. Ein Rückschluss auf Personen ist damit nicht möglich. Es werden nur die verschlüsselten Codes der Mobiltelefone abgeglichen, personenbezogene Daten werden nicht verarbeitet. Eine dezentrale Lösung überträgt keine Nutzerdaten, wie etwa persönliche Daten und Kontakte infizierter Personen.²

¹ Pressemitteilung BfDI, 16. Juni 2020 (https://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Pressemitteilungen/2020/12_Corona-Warn-App.html).

² Mohammadi, Interview in CuA 6|2020, 13, 14.

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Warn-App

Bei den generierten Codes handelt es sich um anonymisierte Daten. Die Daten sind nicht nur pseudonymisiert, sondern vollständig anonymisiert, so dass kein Rückschluss auf eine Person möglich ist. Anders als für anonymisierte Daten findet auf pseudonymisierte Daten die Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) Anwendung (vgl. Erwägungsgrund 26 DS-GVO). Selbst wenn es sich um pseudonymisierte Daten handelt, steht der Datenschutz einer Nutzung der App nicht im Weg. Die Verarbeitung der Daten für humanitäre Zwecke einschließlich der Überwachung von Epidemien und deren Ausbreitung dient sowohl wichtigen Gründen des öffentlichen Interesses als auch lebenswichtigen Interessen der betroffenen Person (Erwägungsgrund 46 S. 3 DS-GVO). Die App ist erforderlich, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder anderer natürlicher Personen zu schützen (Art. 6 Abs. 1 c) DS-GVO).

Der Erfolg der Warn-App ist in besonderer Weise von der breiten Bereitschaft in der Bevölkerung abhängig, diese zu nutzen. Sieht der Arbeitgeber desungeachtet die Notwendigkeit, die Nutzung der App anzuweisen, ist auch dies datenschutzrechtlich gerechtfertigt. Zwar kann es beim Download der App zu einer Verwendung der IP-Adresse kommen. Die IP-Adresse stellt nach herrschender Auffassung ein personenbezogenes Datum dar.³ Als datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage für eine Installation der App im Betrieb kommt unter anderem eine Regelung in einer Betriebsvereinbarung (§ 26 Abs. 4 BDSG) in Betracht. Dem steht nicht die grundsätzliche Freiwilligkeit der Nutzung der App für die Bevölkerung entgegen. Der Arbeitgeber kann auch eine grundsätzlich freiwillig gestaltete Maßnahme im Betrieb anweisen.

Weitere datenschutzrechtliche Fragen stellen sich in der betrieblichen Praxis, wenn den Beschäftigten die „auch private Nutzung“ des dienstlichen Smartphones gestattet wird. Wird die App auf einem dienstlich genutzten Smartphone installiert, kann nicht ausgeschlossen werden, dass Arbeitgeber z. B. bei einem Update des Smartphones an andere private Daten gelangen. Das kann unter Umständen auch bei stichprobenartigen Kontrollen der Smartphones geschehen. In diesem Fall sind die Betriebsvereinbarung und die Einwilligung probate Mittel und bilden die Grundlage für die z. B.

³ BGH v. 16.05.2017, Az. VI ZR 135/13.

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Warn-App

durch Update oder stichprobenartige Kontrolle erfolgende Verarbeitung personenbezogener Daten.

Praxistipp: Die anlassbezogenen oder stichprobenartigen Kontrollen sowie das Aufspielen der Updates sollten ausdrücklich in den Text der Einwilligung oder die Betriebsvereinbarung aufgenommen werden.

II. Folgen einer Warnmeldung

Erhält der Arbeitnehmer über die Corona-App einen Alarm, ist er verpflichtet, diesen unverzüglich an seinen Arbeitgeber zu melden. Zwar sind Arbeitnehmer grundsätzlich nicht verpflichtet, eine konkrete Diagnose gegenüber dem Arbeitgeber zu offenbaren, jedoch ergibt sich in der aktuellen Situation für Fälle einer möglichen Infektion mit einer hoch ansteckenden Infektionskrankheit, die auch nach dem Infektionsschutzgesetz an das Gesundheitsamt gemeldet werden muss, eine solche Pflicht aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers dem Arbeitsvertrag i. V. m. § 242 BGB. Sie kann zudem aus § 16 Abs. 1 ArbSchG hergeleitet werden, wonach Arbeitnehmer jede unmittelbare erhebliche Gefahr für die Gesundheit (das dürfte bei einem Corona-Alarm aufgrund Kontakts zu einem Infizierten zu bejahen sein) unverzüglich zu melden haben. Besteht im Betrieb ein Betriebsrat bietet es sich an, die Details einer Meldepflicht in einer Betriebsvereinbarung zu regeln.

1. Freistellung des betroffenen Arbeitnehmers

Erlangt der Arbeitgeber Kenntnis, ist er berechtigt, alles betriebsorganisatorisch Notwendige zu unternehmen, um eine Ausbreitung der Infektion im Betrieb zu verhindern. Das ergibt sich bereits aus seiner Fürsorgepflicht den anderen Beschäftigten gegenüber. Umfasst davon ist z. B. die Anordnung von sog. Homeoffice und – falls die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice nicht möglich ist – auch die Suspendierung der Arbeitsleistung.

Fehlt eine generelle Individual- oder Betriebsvereinbarung zum Thema mobile Arbeit, wird die Zuweisung von Homeoffice in der aktuellen Situation vom Weisungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 GewO gedeckt sein. Eine solche Weisung entspricht

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Warn-App

insbesondere aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten billigem Ermessen i. S. d. § 106 GewO. Besteht aufgrund des Corona-Alarms der Verdacht einer Infektion und ist die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice nicht möglich, überwiegt das arbeitsschutzrechtliche Suspendierungsinteresse des Arbeitgebers (gestützt auf seine arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht, § 241 Abs. 2 BGB und die Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften) das Interesse des Arbeitnehmers an einer vertragsgemäßen Beschäftigung.

Praxistipp: Erhält der Arbeitgeber Kenntnis von einem Corona-App-Alarm sollte er alles betriebsorganisatorisch Notwendige veranlassen, um seine Beschäftigten vor Ansteckungen im Betrieb zu schützen. Das umfasst z. B. die Anordnung von Homeoffice oder Freistellung.

2. Niederlegung der Arbeit durch den Arbeitnehmer

Im Fall einer Warnmeldung aus der App entsteht für den Arbeitnehmer kein Recht zur „Selbstbeurlaubung“. Er kann sich ohne Absprachen mit dem Arbeitgeber weder in eine mobile Tätigkeit von zuhause aus noch eigenständig in eine Freistellung begeben.

3. Vergütungspflicht

Der Arbeitnehmer hat im Rahmen einer Freistellung keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung. Sobald ein Corona-Alarm erfolgt, besteht ein begründeter Verdacht der Infektion mit einer ansteckenden Krankheit. In diesem Fall wird dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung im Betrieb (rechtlich) unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB). Er kann seine Arbeitsleistung nicht so erbringen wie er sie vertraglich schuldet, da seine Tätigkeit im Betrieb eine Gefährdung für die anderen Beschäftigten bedeutet. Gleichzeitig ist es dem Arbeitgeber auch unzumutbar, einen potenziell Infizierten, der die anderen Beschäftigten anstecken könnte, im Betrieb zu beschäftigen und die Kollegen zu gefährden. Dies führt zum Untergang des Lohnanspruchs nach § 326 Abs. 1 HS. 1 BGB.

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Warn-App

a) Annahmeverzugslohn (§ 615 S. 1 BGB)

Ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach § 615 Satz 1 BGB besteht nicht. Dem Arbeitnehmer ist es nicht möglich, seine Arbeitsleistung entsprechend der vertraglichen Vereinbarungen anzubieten. Der Arbeitgeber kommt nach § 297 BGB nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots außerstande ist, die Leistung vertragsgemäß zu bewirken.⁴ Der Arbeitnehmer ist i. S. v. § 297 BGB außer Stande, die Leistung zu bewirken, wenn er an der Erbringung der Arbeitsleistung rechtlich oder tatsächlich gehindert ist oder die Arbeitsleistung unmöglich ist.⁵ Zur vertraglich vereinbarten Arbeitsleistung, gehört, dass diese ohne die Gefährdung anderer, insbesondere betrieblicher Interessen des Arbeitgebers und der Kollegen, zu erbringen. Vor diesem Hintergrund lässt sich vertreten, dass bei einem konkreten Verdacht mit einer Infektion der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht ohne Gefährdung anderer erbringen kann. Ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach § 615 S. 1 BGB scheidet damit aus.

b) Persönliches Leistungshindernis (§ 616 BGB)

Auch aus § 616 BGB ergibt sich kein Lohnfortzahlungsanspruch. § 616 BGB setzt voraus, dass der Arbeitnehmer aufgrund eines in seiner Person liegenden Grundes kurzzeitig an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert ist. Die Verhinderungsgründe müssen sich gerade auf denjenigen Arbeitnehmer beziehen, der Lohnfortzahlung verlangt, nicht auf einen größeren Kreis von Arbeitnehmern. Damit scheidet für die Anwendung des § 616 Abs. 1 BGB in Fällen aus, in denen die Arbeitsleistung wegen objektiver Hindernisse nicht erbracht werden kann. Das sind z. B. solche, die zur selben Zeit für mehrere Arbeitnehmer gleichzeitig vorliegen.⁶ § 616 ist stellt keine allgemeine Gefahrtragungsregel dar.⁷ Das Risiko der Ansteckung betrifft in einem Pandemiefall eine Vielzahl von Arbeitnehmern und stellt damit ein objektives Leistungshindernis dar.⁸

⁴ BAG v. 29. Oktober 1998 - 2 AZR 666–97, NJW 1999, 3432, 3434.

⁵ Schaub/Link ArbR, § 95 Rn. 40.

⁶ BeckOK-ArbR-Joussen § 616 Rn. 19.

⁷ BeckOK-ArbR-Joussen § 616 Rn. 19.

⁸ vgl. Kühl, SPA 2020, 65, 66

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Warn-App

Auch bei Annahme eines persönlichen Hinderungsgrunds scheidet eine Anwendbarkeit des § 616 BGB in der Corona-Krise zumindest wegen Nichtvorliegens der Voraussetzung der „kurzzeitigen Verhinderung“ aus. § 616 BGB erfasst grundsätzlich nur sehr kurze Zeiträume von wenigen Tagen, die ein Arbeitgeber ohnehin einkalkulieren muss.⁹ Zwar ging der BGH im Jahr 1978 von einer kurzzeitigen Verhinderung von bis zu sechs Wochen aus und begründet das mit der „Nähe“ einer Quarantäne Anordnung mit einer arbeitsunfähigen Erkrankung.¹⁰ Diese Fälle sind aber nicht vergleichbar. Ein ansteckungsverdächtiger App-Nutzer zeigt im Zeitpunkt der Freistellung durch den Arbeitgeber regelmäßig keine Symptome und es steht noch nicht fest, ob er tatsächlich Träger des Virus ist. Er kann sich daher zumindest in der häuslichen Absonderung frei bewegen. Bei Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle entfällt der Vergütungsanspruch nach mittlerweile ganz h. M. vollständig, d.h. der Lohnanspruch besteht auch nicht vorübergehend fort.¹¹

III. Nutzungspflicht

Die freiwillige Nutzung der App ist nachdrücklich zu fördern. Grundsätzlich sind weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer zu einer Nutzung verpflichtet. Ordnet der Arbeitgeber eine Nutzung an, ist dies trotz der hervorzuhebenden Betonung freiwilliger Implementierung auf der Grundlage seines Weisungsrechts i. V. m. seiner Fürsorgepflicht allen Arbeitnehmern gegenüber gerechtfertigt. Arbeitgeber sind aufgrund ihrer Fürsorgepflicht den Beschäftigten gegenüber (§ 618 BGB) sowie nach § 3 Abs. 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) gehalten, diese vor Gefahren am Arbeitsplatz zu schützen und eine Ausbreitung von Infektionen zu verhindern. Gleichzeitig sind die Beschäftigten aufgrund der aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Loyalitätspflicht dem Arbeitgeber gegenüber verpflichtet, ihre Arbeitsleistung ohne Verursachung von Schäden bzw. ohne Gefährdung anderer zu erbringen.

⁹ Hohenstatt/Krois, NZA 413, 416

¹⁰ BGH v. 30. 11. 1978 - III ZR 43/77, NJW 1979, 422, 425.

¹¹ Hohenstatt/Krois, NZA 413, 416; ErfK-ArbR-Preis § 616 Rn. 10

Arbeitsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Warn-App

Praxistipp: Zwar halten wir eine Verpflichtung zur Nutzung auf dienstlichen Geräten für rechtlich zulässig. Bei Vorbehalten von Beschäftigten und Betriebsräten kann es sich jedoch anbieten, auf eine entsprechende Anordnung zu verzichten und stattdessen lediglich für eine Nutzung zu werben mit dem Hinweis, dass die App nur dann einen Nutzen entfaltet, wenn sie von möglichst vielen Menschen genutzt wird. Hier kann es sich auch anbieten, gezielt über die Funktionsweise der App und die Art der gespeicherten Daten zu informieren, um zu verhindern, dass die Nutzung allein aus Unkenntnis abgelehnt wird.

Fazit

Die Nutzung der App kann einen Beitrag zur Infektionsbekämpfung leisten. Erfolgt eine Meldung an den Arbeitgeber, ist er berechtigt, alles betriebsorganisatorisch Notwendige zu unternehmen, um eine weitere Verbreitung der Infektion aufzuhalten. Eine Option besteht z. B. darin, die Verlegung der Arbeit ins sogenannte Homeoffice anzuordnen. Ist auch unter organisatorischen Gesichtspunkten demgegenüber die weitere Erbringung der Arbeitsleistung nicht möglich, ist die Suspendierung der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber zulässig. Es muss klar sein, dass in diesen Fällen kein Anspruch auf Lohn-(fort)zahlung besteht, sondern allein eine Entschädigungspflicht unmittelbar nach dem Infektionsschutzgesetz. Um die Bereitschaft der Arbeitnehmer zu erhöhen, die Warn-App aus freien Stücken zu nutzen, sollte im Infektionsschutzgesetz klar geregelt sein, dass ein Entschädigungsanspruch entsteht.