

# DATENSCHUTZ

## KONKRET

**Recht | Projekte | Lösungen**

Chefredaktion: Rainer Knyrim

### Impfen und Gesundheitsdaten

**Pandemie und Datenschutz**

*Interview mit Karl Stöger, Universität Wien*

**Gesundheitsdaten – was ist das genau?**

*Viktoria Haidinger*

**Behandlungsvertrag: Einwilligungen und Rechte des Betroffenen**

*Maria Manuela Toni*

**COVID-19-Schutzmaßnahmen am Arbeitsplatz – Datenschutz**

*Monika Drs und Jennifer Schwab*

**Checkliste Verarbeitung von Gesundheitsdaten im Unternehmen**

*Hans-Jürgen Pollirer*

**VfGH: Wiener Contact-Tracing-Verordnung**

**OGH: Akteneinsicht in Gesundheitsdaten**

**DSB: Versicherung kann Originalrechnung verlangen**

*Viktoria Haidinger und Michael Löffler*



Markus Oman

Geschäftsführender Gesellschafter O:P:P: Beratungsgruppe

# Pandemie und Datenschutz: Wehret der Verallgemeinerung

**Interview mit Prof. Karl Stöger von der Universität Wien.** Mit zunehmender Dauer der Pandemie werden die datenschutzrechtlichen Fragen zu den Maßnahmen gegen die Verbreitung von COVID-19 immer vielfältiger. Über einige der Aspekte des Zusammentreffens verfassungs-, epidemie- und datenschutzrechtlicher Problemstellungen spricht Karl Stöger.

**Datenschutz konkret:** Wie stehen Sie zum Thema „grüner Impfpass“ bzw. „Green Check“?

**Karl Stöger:** Hier können wir zwei Aspekte trennen: Zum einen die Frage, ob die Idee eines Grünen Passes bzw. Green-Check-App als Erleichterung für Geimpfte verfassungsrechtlich unproblematisch und gesellschaftlich wünschenswert ist, und zum anderen die Frage, ob und inwieweit die Umsetzung zusätzlich datenschutzrechtliche Fragen aufwirft. Diesbezüglich geht es darum, ob solche Anwendungen wichtigen Grundsätze wie Datenminimierung entsprechen und ob allen bewusst ist, dass uns so etwas wie ein Grüner Pass nicht ewig, sondern nur in einer Übergangsphase begleiten soll. Zwar soll es auch weiterhin Impfpässe in elektronischer Form geben, aber grundsätzlich muss unser Ziel sein, dass wir in absehbarer Zeit, zB in fünf Jahren, nicht bei jeder Gelegenheit das Handy zücken müssen, um zu beweisen, dass wir geimpft, getestet oder genesen sind.

**Datenschutz konkret:** Dann zu einer grundsätzlichen Frage: Soll es überhaupt Erleichterungen für Geimpfte geben?

**Stöger:** Erleichterungen für Geimpfte waren etwas, was nicht nur in Österreich, sondern im gesamten deutschsprachigen Raum seit geraumer Zeit diskutiert wurde, bspw bereits im letzten Herbst von der Bioethikkommission. Hätte der Bundesrat Ende März zugestimmt, hätten wir mittlerweile für diese Gleichstellung von Geimpften, Getesteten und Genesenen im COVID-19-Maßnahmen-gesetz eine rechtliche Grundlage.

Die Grundsatzfrage, ob man Erleichterungen für Geimpfte haben will, ist zuerst einmal davon abhängig, ob Geimpfte wirklich als sicher gelten können. Hier ist das, was man bisher an wissenschaftlichen Ergebnissen hat, vielversprechend und macht Hoffnung, dass eine geimpfte Person für die Umgebung sicherer ist als eine getestete,

weil die Impfung die Ansteckung weit genug unterdrückt. Sollte sich dies bestätigen, machen Erleichterungen für Geimpfte Sinn, weil man sie dann nicht jedes Mal im Hinblick auf eine mögliche Ansteckungsgefährdung überprüfen muss.

**Datenschutz konkret:** Und wie ist vorzugehen, wenn Geimpfte wirklich weniger ansteckend sind?

**Stöger:** Wichtig scheint mir, dass wir den Weg gehen, den die Bioethikkommission vorgezeichnet hat, nämlich, dass wir zuerst einmal Geimpfte, Getestete und Genesene gleichstellen. Wenn ich bspw nicht ansteckend bin, bringt es nichts, regelmäßig getestet zu werden (fehlender Zweck), daher wäre auch die entsprechende Datenverarbeitung DSGVO-widrig. Dies ist dann auch keine Privilegierung, sondern eine Rückkehr zum normalen Zustand. Diesen Weg geht auch der Gesetzgeber, und aus den Erläuterungen geht klar hervor, dass er sich auf die Überlegungen der Bioethikkommission beruft. Ich halte diesen Weg für vernünftig, da er Menschen, die aufgrund der Impfung als epidemiologisch weniger gefährlich gelten, das Stück Normalität zurückgibt, das alle haben sollten, sobald großflächig geimpft wurde. Auch die Bioethikkommission hat festgehalten – und dies halte ich für ganz wichtig –, dass alle Menschen dort gleichbehandelt werden, wo der Gesundheitsstatus nicht kontrolliert werden kann und eine gewisse Öffentlichkeitswirkung da ist. Abstandsregeln und Maskenpflicht wird es solange geben, bis ein so großer Anteil der Bevölkerung immunisiert ist, sodass man diese Maßnahmen nicht mehr braucht. Das ist auch wichtig, um diejenigen nicht zu demoralisieren, die noch nicht geimpft werden konnten.

**Datenschutz konkret:** Aber machen Grundrechtseingriffe wie das Verbot des Treffens mehrerer – auch geimpfter – Haushalte dann noch Sinn?

**Stöger:** Für Geimpfte wäre bspw dieses Verbot ein Eingriff in die Grundrechte, jedoch vor dem Hintergrund, dass die meisten Ungeimpften derzeit noch unfreiwillig ungeimpft sind. Daher sollten solche Beschränkungen momentan so geregelt werden, dass auch ein qualifizierter Test, wie er auch in der Green-Check-App vermerkt sein wird, als Alternative gilt. Das wird solange notwendig sein, bis alle, die noch nicht geimpft sind, dies aus eigener Kraft ändern können. Ich schätze, dass das im Herbst der Fall sein wird. Danach wird es natürlich zu einer gesellschaftspolitischen Frage.

**Datenschutz konkret:** Inwiefern?

**Stöger:** Ziel ist es, so viele Menschen zu impfen, dass die Maßnahmen aufgehoben und einzelne Ausbrüche künftig mittels Contact Tracing eingedämmt werden können. Wird dies nicht erreicht, bedeutet eine Weiterführung der Maßnahmen mit allfälligen Ausnahmen für Geimpfte einen indirekten Impfpflicht. Das wäre meines Erachtens verfassungsrechtlich schwierig. Hier wäre es besser, man arbeitet mit offenem Visier und führt eine allgemeine Impfpflicht für alle ein, für die es medizinisch notwendig ist. Das andere System wäre aufwändiger, kostenintensiver und eine Belastung für die Betroffenen. Denn es würde Menschen, die sich nicht impfen lassen können, mit denen gleichstellen, die sich nicht impfen lassen wollen. Und es kann nicht wünschenswert sein, dass sich alle, die sich nicht impfen lassen können, dauernd testen lassen müssen, nur weil ein kleiner Teil der Bevölkerung nicht bereit ist, sich zwei Stiche setzen zu lassen. Und auch Datenschutz hat Vorrang vor dem überschaubaren Risiko der Impfung.

**Datenschutz konkret:** Es gibt immer wieder Diskussionen, dass bspw Fluglinien nur noch geimpfte Passagiere befördern wollen. Wäre das überhaupt zulässig?

**Stöger:** Private können in ihren Maßnahmen weiter gehen als der Staat, weil sie andere Rahmenbedingungen haben. Wenn etwa ein Hotel festlegt, dass nur Geimpfte nächtigen dürfen, wäre das keine verbotene Diskriminierung nach EU-Recht. Eine andere Frage ist aber, ob ein Wirtschaftstreibender ein derartiges Signal setzen möchte, das sich potenzielle Gäste auch noch nach Jahren merken.

**Datenschutz konkret:** Kommen wir zu den datenschutzrechtlichen Aspekten der Green-Check-App bzw grüner Pass. Der Testbetrieb der App soll bald beginnen. Wie sehen Sie das?

**Stöger:** Die erste Frage stellt sich bei Freiwilligkeit oder Pflicht. Ich finde es gut, dass Menschen auf die Papierform zurückgreifen können, auch wenn eine großflächige Nutzung der App wünschenswert wäre. Das Design des Systems, insb der neue § 4b Epidemiegesetz, nimmt den Grundsatz der Datenminimierung sehr ernst – es kommt nur das rein, was auch notwendig ist. Die medial geäußerten Bedenken zur App verstehe ich nur dann, wenn diese App zur Dauereinrichtung wird und über Umwege bspw Informationen über die Mobilität verrät. Das ist meines Wissens bei dieser App aber aktuell nicht der Fall, man ist sich der Gefahren hier bewusst. Dann ist die App wohl ein Service, das Bürgerinnen und Bürger gerne in Anspruch nehmen werden, weil es die Erfüllung gesetzlicher Vorgaben, etwa zum Zutritt, erleichtert. Die App wird uns auch wahrscheinlich lange begleiten. Ich betone aber nochmals, dass das keine Dauerlösung sein soll. Nicht zuletzt, weil es für das Aufrechterhalten eines Green-Check-Systems eine große Anzahl an Teststellen und eine komplexe IT braucht, was sehr kostenintensiv ist.

Auch glaube ich nicht, dass der Schengenraum dadurch gewinnen wird, dass Reisen in Europa auf die nächsten 15 Jahre nur mit Vorzeigen einer App möglich sind. Neben dem Aufwand sind die Missbrauchsmöglichkeiten, bspw durch Mobilitätsdaten, immer noch zu hoch. Vergessen wir nicht: Der freiheitliche Rechtsstaat erlaubt mir, mich für nichts rechtfertigen zu müssen. Das ist eine Errungenschaft, die wir uns nicht von der Pandemie wegnehmen lassen dürfen.

**Datenschutz konkret:** Wie sehen Sie den verpflichtenden e-Impfpass in Hinblick auf

die grundsätzliche Freiwilligkeit der ELGA-Teilnahme?

**Stöger:** ELGA wurde in der Kernanwendung immer als eine Serviceeinrichtung für Patientinnen und Patienten verstanden und auch so beworben. Daraus resultiert auch die Freiwilligkeit, an der sich meiner Ansicht nach nichts ändern sollte. ELGA ist mehrfach gegen jede andere Nutzung außerhalb der Patientenbetreuung abgesichert. Ausnahme ist die statistische anonymisierte Datenauswertung.



Karl Stöger © Foto Baldur Graz

Man sollte daher verstehen, dass der ELGA-e-Impfpass, auch wenn er in ELGA integriert ist, eine andere Anwendung mit einem anderen Zweck ist, der aber auch viel weniger sensible Daten als ein ELGA-Profil enthält. Der ELGA-Impfpass ist nichts anderes, als die im öffentlichen Interesse gelegene Möglichkeit, den Impfstatus von Personen zu erheben. Zum einen ist das bei infektiösen Krankheiten wünschenswert – und wenn Covid vorbei ist, werden wir in diesem Zusammenhang hoffentlich wieder über die Masern sprechen müssen. Zum anderen ermöglicht der e-Impfpass, sonstige Impfungen wie etwa FSME im Auge zu halten und den Betroffenen eine Erinnerung zur Impfung zu schicken. Sie müssen diese ja nicht wahrnehmen.

Der e-Impfpass verfolgt somit eine andere Logik. Es handelt sich um eine staatliche Anwendung, die dem Schutz der Öff-

entlichkeit dient. Daher ist es auch grundvernünftig, dass es hier kein Opt-Out gibt. Bestimmte, ansteckende Krankheiten sind keine Privatsache, wie uns COVID vor Augen geführt hat – bei den Masern wurden auch ganze Klassen nachhause geschickt.

**Datenschutz konkret:** Halten Sie es für sinnvoll, dass auch eingetragen wird, dass man gegen andere, nicht ansteckende Krankheiten, wie etwa FSME oder Tropenkrankheiten, geimpft ist und es hier ein Opt-Out gibt?

**Stöger:** Das ist ein berechtigter Einwand, da auch von rechtlicher Seite betont wird, zwischen Eigen- und Fremdschutz durch Impfungen zu unterscheiden. Bei einer FSME-Impfung reicht eine Impferinnerung, bei den Masern etwa könnte man auch darüber hinausgehen. Bei nicht ansteckenden Krankheiten würde ein Opt-Out bestimmte öffentliche Gesundheitsinteressen nicht beeinflussen, das wäre auch im Sinne der Datenminimierung. Eine umfassende Impferfassung mit anonymisierten Daten würde aber dabei helfen, regionale Schwächen in der Durchimpfung zu erkennen und mit Kampagnen gegenzusteuern.

Möglich wäre auch eine Differenzierung nach Alter, so dass beispielsweise alle empfohlenen Impfungen für Kinder und Jugendliche erfasst werden. So erreicht man auch Eltern, denen der Wert des Impfschutzes nicht ganz bewusst ist. Auch Impfungen gegen Krankheiten, die volkswirtschaftlichen Schaden anrichten können, wären zu bedenken.

**Datenschutz konkret:** Zu einem anderen Thema: Coronatests wurden bis Mitte April nur in Verbindung mit ELGA ausgegeben, ohne dass eine Alternative angeboten wurde.

**Stöger:** In einer Akutsituation, wo es wichtig ist, so viele Tests wie möglich auszugeben und Missbrauch zu vermeiden, ist es legitim, auf eine bestehende Datenbank wie ELGA zurückzugreifen. Gleichzeitig muss aber mit Hochdruck an einer Alternative gearbeitet werden, was ja inzwischen auch gelungen ist. Es sind beinahe 300.000 Menschen von ELGA abgemeldet. Das ist eine so große Gruppe, auf deren Mitwirkung man bei der Pandemiebekämpfung nicht verzichten darf. Auch ist es nicht im Interesse des Staates, dass negative Diskussionen über ELGA zu weiteren Abmeldungen führen könnten. Daher

ist es gut, dass diese Lücke inzwischen geschlossen wurde.

**Datenschutz konkret:** Zurück zum Datenschutz: Wo sehen Sie aus juristischer Sicht die heikelsten Punkte im Zuge der Pandemiebekämpfung?

**Stöger:** Es muss immer darum gehen, dass das Ziel verfolgt wird, Ansteckungen zu verhindern. Sonstige Informationen, die damit nichts zu tun haben, dürfen nicht einfach mitverarbeitet und missbraucht werden. Vergessen wir nicht, dass hier enorme Datenmengen entstehen. Getreu dem Motto „Privacy by design“ muss Datenminimierung von Anfang an mitgedacht werden.

Ebenso müssen von Anfang an mögliche Missbrauchspotenziale identifiziert und verhindert werden, bspw bei Bewegungsprofilen. Die große Eile, mit der alles in dieser Situation geschehen muss, ist natürlich ein Risiko. Vieles ist gut gemeint, eventuelle Fehler und Lücken bemerkt man erst später.

**Datenschutz konkret:** Halten Sie es für sinnvoll, dass bei Abklingen der Pandemiesituation alle COVID-Maßnahmen aufgehoben und ein neues Grundkorsett erstellt wird, welches besser durchdacht ist und die Grundrechte wesentlicher berücksichtigt?

**Stöger:** Das wurde immer angekündigt und ich halte das auch für gut: Die Ära nach dem COVID-19-Maßnahmegesetz muss ein neues Epidemiegesezt hervorbringen, welches nicht nur auf COVID passt, sondern auch im größeren Umfang auf alle Krankheiten anwendbar ist, die uns in den kommenden Jahrzehnten vielleicht blühen. Dabei sollte man die Erfahrungen aus COVID mitnehmen. Zugleich muss klar sein, dass der Umgang mit Daten nach Pandemieende wieder ein anderer sein muss. Dann kann man sich auch nicht mehr auf die Dringlichkeit ausreden, was aktuell durchaus legitim ist.

Man sieht, dass es ein Fehler war, das Epidemiegesezt nicht früher zu erneuern,

weil man dachte, das brauche man „eh nie“. Und jetzt ist es eines der wichtigsten Gesetze der Republik über einen längeren Zeitraum.

Viele Maßnahmen sind nicht gekommen, um zu bleiben, sondern sollen nur für den Ausnahmefall eingesetzt werden. Wenn irgendwann der Zeitpunkt kommt, dass wir COVID soweit behandeln können, dass es tatsächlich nur solche Auswirkungen hat wie die Grippe, dann müssen wir diese Krankheit auch genauso behandeln und nicht andauernd enorme Datenmengen zur Bekämpfung erheben.

Abschließend: Die Pandemie hat generell gezeigt, dass die Politik beim Thema „Erklären“ noch einiges zu lernen hat. In der ersten Phase der Pandemie hat der Aufruf „Bleiben Sie zuhause!“ gut funktioniert,

aber mit fortschreitendem Verlauf wollten die Menschen genauere Antworten. Das sollte man auch mitnehmen, wenn es um die Verwendung personenbezogener Daten geht. Die Menschen sind durchaus bereit, Daten herzugeben, um Ansteckungen zu verhindern und auch andere zu schützen. Hier muss aber klar gesagt werden, dass die Daten nur der Pandemiebekämpfung dienen und nicht dauerhaft erhoben werden. Alles andere erschüttert das Vertrauen in den Staat als Problemlöser. Das Stichwort ist nicht „Wehret den Anfängen“, sondern „Wehret der Verallgemeinerung“. Was gerade jetzt für COVID passt, muss für die Zukunft nicht unbedingt das Richtige bzw notwendig sein.

Dako 2021/27

## Zum Thema

### Über den Interviewpartner

Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger ist nach langjähriger Tätigkeit an der Universität Graz seit 1. 10. 2020 Professor für Medizinrecht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien. Er ist ua Redaktionsmitglied der Zeitschrift „Recht der Medizin“. Zu seinen Forschungsschwerpunkten zählen neben medizinrechtlichen Fragestellungen (insb Krankenanstalten-, Berufs- und Epidemierecht, Fragen der Digitalisierung) unter anderem Fragen des Verwaltungsverfahrensrechts und des Staatsorganisationsrechts.

Internet: <https://staatsrecht.univie.ac.at/team/stoeger-karl/>

E-Mail: [karl.stoeger@univie.ac.at](mailto:karl.stoeger@univie.ac.at)

### Factbox Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Abteilung Medizinrecht

Die Abteilung für Medizinrecht am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht der Universität Wien wurde im Jahr 2002 eingerichtet. Im Herbst 2020 übernahm Prof. Karl Stöger den Lehrstuhl vom langjährigen Lehrstuhlinhaber Prof. Christian Kopetzki. Die Mitarbeiter\*innen des Lehrstuhls beschäftigen sich mit zahlreichen Fragen des Medizinrechts, wobei insb den öffentlich-rechtlichen Aspekten des Rechtsgebiets besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird. Mit dem Institut für Ethik und Recht in der Medizin der Universität Wien besteht eine enge Zusammenarbeit. In der Lehre koordiniert die Abteilung den Wahlfachkorb Medizinrecht der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, daneben werden auch allgemeine öffentlich-rechtliche Lehr- und Prüfungsangebote betreut. Prof. Stöger forscht derzeit insbesondere im Organisationsrecht der Gesundheitseinrichtungen, im Berufsrecht insb der Ärzt\*innen, zu Rechtsfragen von Digitalisierung und Künstlicher Intelligenz in der Medizin und derzeit auch intensiv zu epidemierechtlichen Fragen.

Internet: <https://staatsrecht.univie.ac.at/team/stoeger-karl/> bzw

<https://orcid.org/0000-0002-0294-2910>