



# Gesundheitsschutz des Arbeitnehmers in Zeiten einer Pandemie – was gilt es datenschutzrechtlich zu beachten?

Während der Corona-Pandemie und auch in der darauffolgenden Zeit, wenn wieder vermehrt Normalität in den Arbeitsalltag einkehren wird, sind Arbeitgeber verpflichtet, geeignete Massnahmen zum Gesundheitsschutz ihrer Arbeitnehmenden zu treffen. Das Datenschutzrecht ist hierbei trotz des Ausnahmezustands zu beachten. Der Artikel zeigt vorliegend auf, wie weit Arbeitgeber gehen dürfen und wo die datenschutzrechtlichen Grenzen mit Blick auf die DSGVO und das neue DSG zu setzen sind.

■ Von Dr. iur. Anne-Sophie Morand

## Ausnahmezustand in der Schweiz – auch im Arbeitsleben

Seit Mitte März schränkt die Corona-virus-Pandemie das öffentliche und private Leben der Menschen in der Schweiz und weltweit ein. Events wurden abgesagt, Schulen, Universitäten, Restaurants, Bars, KITAS und Geschäfte geschlossen. Ein Teil der Gesellschaft kann in dieser Zeit nicht arbeiten.

Die Pandemie hat auch Auswirkungen auf das Arbeitsleben derjenigen Personen, welche entweder ganz oder teilweise im Homeoffice sind oder angesichts ihrer Branchenzugehörigkeit bzw. spezifischen Arbeit weiterhin aus dem Haus müssen. Dabei setzen sich diese am Arbeitsplatz sowie auch auf dem Arbeitsweg – u.a. im öffentlichen Verkehr – der Gefahrenquelle des Coronavirus aus.

## Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmenden

Arbeitgeber müssen in diesen Zeiten deshalb ein besonderes Augenmerk auf die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmenden legen. Verschiedene Arbeitgeber haben schon in einem sehr frühen Stadium entschieden, ihre Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen über die Krankheit COVID-19 zu informieren, Hygienevorschriften zu erlassen und verschiedenste Schutzmassnahmen zu ergreifen. Manches Vorgehen ist neu und würde von der Arbeitnehmerschaft

unter normalen Umständen wohl kaum akzeptiert werden. Entsprechend stellt sich auf Arbeitnehmer- und Arbeitgeberseite die Frage der datenschutzrechtlichen Grenze von Massnahmen, welche zum Schutz der Arbeitnehmerschaft erlassen werden.

## Schutzpflichten des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist gestützt auf Art. 328 OR und das Arbeitsgesetz bzw. dessen Verordnung (Art. 6 ArG sowie Art. 3 ArGV) angehalten, die Gesundheit des Arbeitnehmers zu schützen. Ihm obliegt damit eine weitreichende Fürsorgepflicht, die ihn konkret dazu zwingt, sämtliche Massnahmen zu ergreifen, die nach der Erfahrung notwendig sind, um die Sicherheit und den Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmenden zu gewährleisten.

Darin eingeschlossen sind mit Blick auf die vorliegende Situation die gebotenen und zumutbaren Präventionsmassnahmen, die eine Ansteckung oder Weiterverbreitung der Krankheit COVID-19 am Arbeitsplatz verhindern sollen.

## Gesetzliche Grundlage

Das entsprechende Weisungsrecht des Arbeitgebers ist in Art. 321d OR statuiert und besagt, dass er Weisungen und Anordnungen einseitig erlassen und durchsetzen darf. Gemäss Art. 6 Abs. 3 ArG sind Arbeitnehmer

sodann verpflichtet, den Arbeitgeber in der Durchführung der Vorschriften über den Gesundheitsschutz zu unterstützen. Auf der anderen Seite haben Angestellte ein Informations- und Mitspracherecht.

## Gesundheitsdaten als besonders sensible Daten

Einige Arbeitgeber gehen in der aktuellen Situation so weit, dass sie zum Beispiel Selbstauskünfte von Arbeitnehmern verlangen und diesen hierfür Fragebogen zukommen lassen. In diesen Fällen wird der Arbeitnehmer über seinen aktuellen und generellen Gesundheitszustand, Kontakt zu infizierten Personen oder (eher zu Beginn der Pandemie) über mögliche Aufenthaltsorte in Risikogebieten befragt.

Noch weiter gehen verschiedene Unternehmen, die sämtliche Mitarbeitende einem obligatorischen «Massentest» auf das Coronavirus unterziehen, auch jene ohne Symptome. Mit den gewonnenen Informationen möchten Arbeitgeber sichergehen, dass eine Ansteckungsgefahr anderer Arbeitnehmer möglichst verhindert wird und der Arbeitnehmer selbst keiner erhöhten Gefahr ausgesetzt ist.

## Gesundheitsdaten nach DSG und DSGVO

Bei den erwähnten erfassten Daten handelt es sich um Gesundheitsda-



ten und damit um besonders schützenswerte Personendaten i.S.v. Art. 4 Bst. c Ziff. 2 DSG. Das DSG behält in seiner revidierten Fassung damit den expliziten Verweis auf die Daten über die Gesundheit bei.

Auch die DSGVO listet in Art. 9 Abs. 1 personenbezogene Daten auf, deren Verarbeitung grundsätzlich untersagt bzw. nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig ist. Unter diese personenbezogenen Daten fallen Gesundheitsdaten i.S.v. Art. 4 Nr. 15 DSGVO, d.h. sämtliche Daten über den früheren, gegenwärtigen und künftigen körperlichen Gesundheitszustand.

## WICHTIGER HINWEIS



Dieses weite Begriffsverständnis erfasst damit jegliche Informationen einer Person über eine allfällige Erkrankung an COVID-19, Krankheitsrisiken, Vorerkrankungen, den Verlauf einer medizinischen Behandlung, einen Aufenthalt in einem Krankenhaus oder einer Arztpraxis, aber auch die Feststellung, dass eine Person vollkommen gesund ist.

Des Weiteren sind Gesundheitsdaten auch jene Daten, die nur mittelbar Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand einer Person erlauben, zum Beispiel einfache Angaben zu Krankheitssymptomen.

Gesundheitsdaten sind bekanntlich besonders sensitiv. Informationen über die eigene Gesundheit teilen viele Menschen in der Regel nur mit engen Vertrauenspersonen. Verlangt ein Arbeitgeber die Bekanntgabe von Gesundheitsdaten im Zusammenhang mit dem Coronavirus, muss somit sorgfältig geprüft werden, inwieweit diese Daten erfasst und bearbeitet werden dürfen.

### Wichtige Fragestellungen

Ist ein Arbeitnehmer beispielsweise verpflichtet, seine Arbeitgeberin sofort zu informieren, falls er mit einer Person in physischen Kontakt getreten ist, die möglicherweise mit dem Virus infiziert ist? Oder hat ein Arbeitneh-

mer seinen Vorgesetzten über seine seltene Vorerkrankung – die er bisher geheim hielt – im Detail aufzuklären, damit dieser ihn zum Schutz nur im Homeoffice arbeiten lässt oder von der Arbeit freistellt?

### Voraussetzungen und Grenzen der Datenbearbeitung aufgrund der Pandemie

Die Rechtmässigkeit der Verarbeitung von Gesundheitsdaten ist mit Blick auf das Schweizer DSG und die DSGVO an strenge Voraussetzungen geknüpft.

### Grundsätze des schweizerischen Datenschutzgesetzes

Nach dem Schweizer Datenschutzgesetz sind die allgemeinen Grundsätze von Art. 4 ff. DSG zu beachten. Das bedeutet, dass jede Datenbearbeitung rechtmässig und transparent (erkennbar und voraussehbar) sein muss.

Wichtig ist, dass die Bearbeitung von Gesundheitsdaten zweckgebunden, verhältnismässig sowie nach Treu und Glauben erfolgt. Das Erfassen der Daten muss dabei hinsichtlich des Vorbeugens weiterer Ansteckungen notwendig und geeignet sein und nicht über das Ziel des Gesundheitsschutzes der Mitarbeitenden hinausgehen. Die Arbeitnehmer müssen sodann den Sinn und Zweck sowie den inhaltlichen und zeitlichen Umfang der Bearbeitung verstehen.

Wenn immer möglich, sollten zweckdienliche Daten über eigene Symptome von COVID-19, z.B. Fieber und trockener Husten, vom Arbeitnehmer selbst, d.h. freiwillig, weitergegeben werden. In diesem Fall liegt rechtlich gesehen eine Einwilligung vor. Der Arbeitgeber kann seine Angestellten jedoch auch gestützt auf deren Treuepflicht dazu anhalten, ihn umgehend über Symptome zu informieren.

### Öffentliches Interesse

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers dient vorliegend sodann auch einem wichtigen öffentlichen Interesse. Das überwiegende öffentliche Interesse des

Gesundheitsschutzes der Bevölkerung kann ebenfalls als Rechtfertigungsgrund für einen weitgehenden Eingriff in die Persönlichkeit der Arbeitnehmer ins Feld geführt werden und den Arbeitgeber zur Verarbeitung personenbezogener Daten ermächtigen.

## WICHTIGER HINWEIS



Das Gesagte gilt auch für die Frage des Arbeitgebers, ob und wann der Mitarbeiter Kontakt zu einer infizierten Person hatte. Der Arbeitgeber hat das Recht, diese Daten zu erfassen. Ebenso war es zu Beginn der Pandemie datenschutzrechtlich zulässig, einen Angestellten zu fragen (und entsprechende Informationen zu speichern), ob er sich in seinen Ferien in einem Risikogebiet aufhielt. Dies, um das Risiko einer möglichen Ansteckung des Befragten sowie für andere Mitarbeitende richtig einschätzen zu können.

Es ist wohl auch rechtmässig, wenn der Arbeitgeber gegenüber seinen Angestellten bekannt gibt, dass sich ein namentlich benannter Kollege infiziert hat. Dadurch kann der Arbeitgeber dessen Kontaktpersonen identifizieren, was der Eindämmung einer weiteren Verbreitung der Viruserkrankung hilft.

Nichtdestotrotz ist hierbei stets eine Abwägung der Interessen vorzunehmen – einerseits der Interessen des erkrankten Arbeitnehmers an seiner Anonymität und dem Schutz vor der Verbreitung seiner Daten und andererseits der Interessen des Arbeitgebers am Schutz der Gesundheit seiner gesamten Arbeitnehmerschaft. Im Falle einer Pandemie dürfte stets das Interesse des Arbeitgebers überwiegen. Dies gilt auch für den Fall einer noch nicht bestätigten Infektion, aber eines begründeten Verdachtsfalls.

Soweit der Arbeitgeber zum Zwecke der Verhinderung von Ansteckungen medizinische Daten erhebt, wie z.B. das Messen von Körpertemperatur vor dem Betreten von Gebäuden oder auch die Durchführung von Massentests durch medizinisch geschultes



Personal, ist die Bearbeitung dieser Daten mit Blick auf deren inhaltlichen und zeitlichen Umfang auf das zur Erreichung des Zwecks notwendige Minimum zu beschränken.

Bei einer entsprechenden Datenbeschaffung muss sodann die Information und Selbstbestimmung der Betroffenen gewahrt bleiben. Datenschutzrechtlich nicht zulässig wäre hier beispielsweise das Beantworten umfangreicher, zusätzlicher Fragen zum allgemeinen Gesundheitszustand und gegenüber nicht geschultem Medizinpersonal. Dies wäre im vorliegenden Kontext unverhältnismässig. Ob ein Arbeitnehmer auch eine bisher privat bzw. geheim gehaltene Krankheit bekannt geben muss, ist im Einzelfall abzuwägen. Eine mögliche Lösung wäre der Weg über eine Ärztin, die zwar nicht die Krankheit selbst bekannt gibt, jedoch feststellt, dass der Arbeitgeber zur Risikogruppe gehört und deshalb von zu Hause arbeiten muss.

## PRAXISTIPP



Bei der Erhebung und Verarbeitung der erfassten Gesundheitsdaten ist darauf zu achten, dass die Daten vertraulich behandelt und zweckgebunden verwendet werden. Die Daten sind spätestens nach Wegfall des Verarbeitungszwecks, d.h. nach Ende der Corona-Pandemie, unverzüglich und integral zu löschen.

## Anwendungsausnahmen in Art. 9 Abs. 2 DSGVO

Unter dem Blickwinkel der DSGVO klingt es ähnlich wie unter der nationalen Gesetzgebung. Da es sich bei

Gesundheitsdaten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO um eine besondere Kategorie von personenbezogenen Daten handelt, ist eine Verarbeitung dieser Daten nur in den engen Grenzen des Art. 9 Abs. 2 lit. a–j DSGVO möglich. Die Norm nennt also Fälle, in denen erfasste Gesundheitsdaten ausnahmsweise verarbeitet werden dürfen.

### Ausnahme in lit. b

Eine mögliche Anwendungsausnahme lässt sich in lit. b finden. Danach ist die Verarbeitung der Gesundheitsdaten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie etwa für die Erfüllung rechtlicher Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsrecht von Relevanz ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Da der Arbeitgeber die Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz so weit wie möglich minimieren und damit seine Fürsorgepflicht wahrnehmen muss, wird er sich gestützt auf diese Grundlage nach aktuellen Gesundheitssymptomen des Arbeitnehmers erkundigen dürfen.

### Ausnahme in lit. h

Eine weitere gesetzliche Ausnahme stellt lit. h dar. Das Verarbeiten von Gesundheitsdaten ist hiernach u.a. zulässig, wenn die Arbeitsfähigkeit des Beschäftigten zu beurteilen ist oder die Gesundheitsvorsorge im Zentrum steht. Letztere zielt darauf ab, schon das Entstehen einer Gesundheitsbeeinträchtigung präventiv zu verhindern, und kommt dann zur

Anwendung, wenn eine individuelle Gesundheitsbeeinträchtigung Gefahr läuft, sich auf weitere Personen auszuweiten.

Gestützt auf diese Anwendungsausnahme wäre ein angeordneter Massentest aller Arbeitnehmer auf das äusserst ansteckende Coronavirus wohl zulässig – gerade weil dadurch auch Arbeitnehmer, welche der Risikogruppe angehören, präventiv geschützt und Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz so weit wie möglich ausgeschlossen werden können. Hätte sich ein Arbeitnehmer mit dem Virus infiziert, würde er auch zum eigenen Schutz zu Hause bleiben und sich schonen müssen, damit er möglichst bald wieder voll arbeits- und einsatzfähig ist.

## Fazit

Sobald ein Unternehmen Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer verarbeitet – dies lässt sich in Zeiten der Corona-Pandemie kaum vermeiden –, ist das Datenschutzrecht zu beachten. Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer gegenüber seinem Arbeitgeber nicht verpflichtet, Angaben zu seiner Gesundheit zu machen.

Während einer Pandemie kann das Verarbeiten bestimmter Gesundheitsdaten jedoch zulässig sein, um damit den Schutz der Gesundheit der anderen Mitarbeitenden zu gewährleisten. Nichtsdestotrotz muss der Arbeitgeber auch in Zeiten der Corona-Pandemie sorgfältig prüfen, ob die Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte seiner Angestellten gewahrt bleiben, denn Infektionsbekämpfung und Datenschutz schliessen sich gegenseitig nicht aus.

## AUTORIN



### Dr. iur. Anne-Sophie Morand

ist Legal Associate bei der ADVOKATUR FANGER in Luzern (Anwaltsboutique für ICT-, Daten-, Medien- und Arbeitsrecht; [www.advokatur-fanger.ch](http://www.advokatur-fanger.ch)), Lehrbeauftragte an der Universität Luzern und Vizepräsidentin FDP.Die Liberalen Kanton Luzern.