

# Einige Bemerkungen zu datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen des Einsatzes von Tracing-Apps zur Bekämpfung der COVID-19-Krise

---

*Stellungnahme*

*vorgelegt von*

*Mag. iur. Dr. iur. Nikolaus Forgó*

*Universitätsprofessor an der Universität Wien  
Expertenmitglied des Datenschutzrats*

*auf Anfrage von*

*Abg. z. Nr. Mag. Christian Drobits, SPÖ- Datenschutzsprecher*

*am*

*13.04.2020*

Version: 1.0

Stand: 13. 04. 2020, 24.00 Uhr

# 1 Inhaltsverzeichnis

1	Inhaltsverzeichnis .....	2
2	Geschichte und Charakter dieses Dokuments .....	4
3	Sachverhalt(e) .....	6
3.1	„Anonymisierte“ Überwachung von Bewegungsströmen .....	6
3.1.1	Anonymität.....	6
3.1.2	Rechtsgrundlage für die Zweckänderung .....	6
3.2	Überwachung von Quarantänemaßnahmen.....	6
3.3	Automatisierte Rekonstruktion von Kontakten mit (potentiell) Infizierten .....	7
3.3.1	Stopp-Corona .....	8
3.3.2	Novid20 .....	10
3.3.3	Apple/Google .....	11
3.4	Schlussfolgerung.....	13
3.4.1	Notwendigkeit der Zielbestimmung.....	13
3.4.2	Dynamik durch Apple/Google .....	14
3.4.3	Empfehlung der Kommission .....	14
4	Rechtliche (und rechtspolitische) Bedenken.....	15
4.1	Massenüberwachung .....	15
4.2	Verpflichtung vs. Freiwilligkeit .....	15
4.3	Kosten-Mittel-Relation .....	16
4.4	Verstärkung von Locked-In-Effekten .....	16
4.5	Zweckänderung – Slippery Slope.....	16
4.6	Zeitliche Unklarheit.....	16
5	Ziele und Mittel der COVID-19-Politik.....	17
5.1	Einleitung.....	17
5.1.1	Reduzierung der Reproduktionszahl, Rückkehr von Mitigation zu Containment 18	
5.1.2	Flatten the Curve.....	19
5.1.3	Aufbau weiterer medizinischer Ressourcen .....	19
5.1.4	Maßnahmenmix .....	19
5.1.5	So genanntes Executive Summary .....	20
5.2	Kosten .....	21

5.3	Entscheidungsträger und ihre Berater .....	22
6	Rechtliche Ausgangslage .....	24
6.1	Einleitung .....	24
6.2	Einwilligung.....	24
6.2.1	Normative Ausgangslage.....	24
6.2.2	Stimmen der Literatur .....	26
6.2.3	Schlussfolgerung.....	27
7	Handlungsoptionen .....	29
7.1	Nichtstun .....	29
7.1.1	Fehlende Marktdurchdringung .....	29
7.1.2	Unplanbare informelle Effekte.....	29
7.1.3	Skaleneffekte und Entscheidungsdruck .....	30
7.1.4	Wiederaufflackern der Diskussion um verpflichtende Nutzung.....	30
7.1.5	Unterwanderung der Freiwilligkeit durch behördliche Herausgabeverlangen .	30
7.2	Betonung der Freiwilligkeit.....	30
7.3	Gesetzliche Einführung einer verpflichtenden Nutzung der App .....	31
7.4	Gesetzliche Einführung eines Opt-Out .....	32
7.5	Gesetzliche Absicherung der freiwilligen Teilnahme (und sonstiger Rahmenbedingungen).....	32
8	Schlussfolgerungen und Empfehlungen.....	34

## 2 Geschichte und Charakter dieses Dokuments

Diese Ersteinschätzung geht zurück auf eine mir am 10. 4. 2020 übermittelte Anfrage.

Diese lautete in den wesentlichen Teilen wie folgt:

*„Wir wurden in den letzten Tagen von vielen Menschen nach unserer Meinung zu der "Stopp Corona" App des Roten Kreuzes gefragt. Dabei standen vor allem Fragen der Datensicherheit und der Privatsphäre sowie der Freiwilligkeit und Verhältnismäßigkeit im Vordergrund. Klarzulegen ist, in welcher Form die Datenspeicherung erfolgt und wie die Löschung der Daten nach der Pandemie sichergestellt wird. Zudem muss der Zugang zu diesen Daten durch Dritte technisch ausgeschlossen werden.*

*Fragen deren Beantwortung nicht nur der politischen Einschätzung sondern auch fundamentaler Kenntnisse in diesem Bereich bedürfen. Wir würden Sie daher bitten, ob es Ihnen möglich wäre, uns ihre Einschätzung zur Benutzung der erwähnten App in Hinblick auf die aufgeworfenen Fragen zu übermitteln.“*

Hintergrund der Anfrage sind diverse national und international zu beobachtende Entwicklungen technischer Lösungen bei der Bewältigung der Corona-Pandemie. Hier zählt die Stopp-Corona-App des Österreichischen Roten Kreuzes<sup>1</sup> zu den recht frühen und bereits rechts ausgereiften Entwicklungen, sie ist jedoch – bei weitem – nicht die einzige. Vielmehr werden innerhalb und erst recht außerhalb Österreichs unterschiedliche Apps entwickelt und zum Teil auch bereits eingesetzt, die hier mit in Bezug zu nehmen sind. In einigen europäischen Staaten, insbesondere in Polen, ist der Einsatz einer Quarantäneüberwachungssapp bereits seit längerem verpflichtend.<sup>2</sup>Auch auf europäischer Ebene sind Initiativen zu verzeichnen. Zu nennen sind insb. die Empfehlung der Kommission *„on a common Union toolbox for the use of technology and data to combat and exit from the COVID-19 crisis, in particular concerning mobile applications and the use of anonymised mobility data“*<sup>3</sup> vom 08. 04. 2020 und die Stellungnahme des European Data Protection Board vom 19. 03. 2020.<sup>4</sup>

Über ein (Oster-)Wochenende alleine eine bestehende App im Hinblick auf Datensicherheit, Speicher- und Löschkonzepte zu untersuchen, ist unmöglich. Datenschutzbehörden, die derartige Untersuchungen im Anlassfall durchführen, brauchen dafür Wochen oder Monate.

<sup>1</sup> <https://www.rotekreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/>.

<sup>2</sup> Vgl. dazu Napieralski: Apps against Covid-19 – The Polish Way, ZD-Aktuell 2020, 04406; Napieralski in [https://www.youtube.com/watch?v=pTvZc0ytorA&list=PLNsQQZ-Ar\\_sZJHiOKgs18mZ774J21DUDh&index=7&t=0s](https://www.youtube.com/watch?v=pTvZc0ytorA&list=PLNsQQZ-Ar_sZJHiOKgs18mZ774J21DUDh&index=7&t=0s) (ab Minute 24, 30 Sekunden).

<sup>3</sup> C(2020) 2296 final, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation\\_on\\_apps\\_for\\_contact\\_tracing\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_on_apps_for_contact_tracing_4.pdf).

<sup>4</sup> EDPB, Statement on the processing of personal data in the context of the COVID-19 outbreak. Adopted on 19 March 2020, [https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb\\_statement\\_2020\\_processingpersonaldataandcovid-19\\_en.pdf](https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/news/edpb_statement_2020_processingpersonaldataandcovid-19_en.pdf).

Es wäre mE schon deshalb kein sinnvoller Weg, dem Roten Kreuz hier auszurichten, ob und wie die App diese Anforderungen erfüllt.

Vielmehr gehe ich von der Feststellung aus, dass das Rote Kreuz ausweislich seines Webauftritts und sonstiger Äußerungen in der Öffentlichkeit sich sehr bemüht zeigt, datenschutzrechtliche Anforderungen zu erfüllen. Dabei legt das Rote Kreuz sehr deutlich Wert auf einige datenschutzfreundliche Grundeinstellungen, die wichtig sind: Daten werden zunächst nicht zentral, sondern nur auf dem Endgerät der Nutzer\*innen gespeichert, eine Übermittlung verlangt eine ausdrückliche Einwilligung. Die (verpflichtend vorzunehmende) Datenschutzfolgenabschätzung ist derzeit 90 Seiten lang und mithilfe eines bekannten und datenschutzaffinen Expertenteams erstellt.<sup>5</sup>

Gegenstand dieser Stellungnahme kann damit nicht sein, ob die konkrete App Datenschutzanforderungen genügt, sondern vielmehr, welche gesellschaftlichen und rechtlichen Anforderungen überhaupt an eine derartige App geknüpft werden sollen und ob diese gesetzgeberisch zu begleiten sind.

Die durch dieses Stellungnahme (vorläufig, ungefähr) zu beantwortenden Fragen lauten daher:

- Ist der freiwillige Einsatz von Corona Apps datenschutzrechtlich möglich?
- Ist der verpflichtende Einsatz von Corona Apps datenschutzrechtlich möglich?
- In beiden Fällen. Sind gesetzgeberische Begleitmaßnahmen empfohlen oder sogar erforderlich? Wenn ja: Wie sehen diese aus?

---

<sup>5</sup>

[https://www.rotekreuz.at/fileadmin/user\\_upload/Bericht\\_Datenschutz-Folgenabschaetzung\\_OeRK\\_StopCoronaAppR1.1\\_RI\\_09-04-2020\\_V1.1\\_public.pdf](https://www.rotekreuz.at/fileadmin/user_upload/Bericht_Datenschutz-Folgenabschaetzung_OeRK_StopCoronaAppR1.1_RI_09-04-2020_V1.1_public.pdf).

### 3 Sachverhalt(e)

Derzeit verfügbare Apps, die der Bekämpfung der COVID-19-Pandemie dienen sollen, verfolgen vor allem drei mögliche Ziele, die sorgfältig unterschieden werden müssen.

#### 3.1 „Anonymisierte“ Überwachung von Bewegungsströmen

Standortdaten können dazu dienen, in aggregierter Form zu überprüfen, ob Maßnahmen des Social Distancing und der Mobilitätsreduktion greifen, indem die Mobilitätsprofile vieler ausgewertet werden.<sup>6</sup> In dieser Konstellation treten regelmäßig zwei Probleme auf

##### 3.1.1 Anonymität

Da Bewegungsprofile sehr individuell sind, ist in zahlreichen Konstellationen fraglich, ob das Ziel einer vollständigen Anonymisierung der Daten auch erreicht wurde. Bei geringer Aggregationszahl und/oder großen Datenmengen ist das häufig zu verneinen.

##### 3.1.2 Rechtsgrundlage für die Zweckänderung

Die Anonymisierung der ursprünglich personenbezogenen Daten zum Zwecke der Erstellung von Bewegungsprofilen, ist eine Datenverarbeitung zu einem anderen Zweck als dem ursprünglichen. Deswegen bedarf es einer Rechtsgrundlage und es ist zu prüfen, ob der neue Zweck mit dem ursprünglichen vereinbar ist. Beides wird häufig nur behauptet, aber (mir) nicht nachgewiesen.<sup>7</sup>

#### 3.2 Überwachung von Quarantänemaßnahmen

Apps können dazu eingesetzt werden, verhängte Quarantänemaßnahmen durchzusetzen. Mithilfe einer Standortdatenüberwachung soll, ähnlich wie bei einer elektronischen Fußfessel, kontrolliert werden, dass die Person in Quarantäne ihren Wohnsitz nicht verlässt.

Um zu verhindern, dass die Überwachungsmaßnahmen umgangen werden, indem beim Ausgang einfach das Handy zu Hause gelassen wird, müssen sie mit einer festen Verbindung des Körpers des Überwachten mit dem Handy einhergehen („Fußfessel“) oder mit einem Toter-Mann-Mechanismus ausgestattet sein, der den Überwachten unerwartet auffordert, innerhalb einer kappen Zeitspanne zu reagieren und dadurch zu zeigen, dass er sich in der Nähe des Handys befindet – etwa durch Anfertigung eines „Selfies“ oder durch eine Auslösung des Fingerabdrucksensors. Derartige Zusatzmaßnahmen erhöhen die Eingriffsintensität der App in den (grundrechtlich besonders geschützten) persönlichen Lebensbereich des Betroffenen und sie lassen sich deshalb auch nicht voll anwenden. So müssen derartige

---

<sup>6</sup> Vgl. dazu etwa den Beitrag in der ZIB 1 vom 12. 4. 2020, derzeit abrufbar via <https://tvthek.orf.at/profile/ZIB-1/1203/ZIB-1/14048027/Bevoelkerung-haelt-sich-zu-Ostern-an-Ausgangsbeschraenkungen/14678930> .

<sup>7</sup> Beispielhaft etwa in der öffentlich bekannt gewordenen Analyse der Bewegungsprofile nach den Maßnahmen zur Mobilitätseinschränkungen durch A 1. In der relevanten Folie zu den aggregierten Daten steht: „Datengrundlage: Verwendung von DSGVO konformen [sic!] und vollständig [sic!] anonymisierten Mobilfunksignalisierungsdaten“, <https://twitter.com/GFoi/status/1241996591084552192/photo/1>.

Kontrollen wohl zumindest während der Nachtruhe unterbleiben, was umgekehrt bedeutet, dass ein\*e Überwachte\*r sich zur Nachtzeit (ohne Handy) unkontrolliert frei bewegen kann, wenn gewollt.<sup>8</sup>

### 3.3 Automatisierte Rekonstruktion von Kontakten mit (potentiell) Infizierten

Da die COVID-19-Infektion oft nur mit leichten Symptomen einhergeht oder asymptomatisch verläuft und da Infizierte während eines Teils der Inkubationszeit schon infektiös sind, bevor erste Symptome auftreten, können mithilfe einer App Kontakte mit anderen Personen erkannt und aufgezeichnet werden („Kontakttagebuch“) und können diese Personen im Nachhinein nach positiver Diagnose gewarnt und zur Selbstisolation aufgefordert werden, wenn ein Kontakt mit einer infizierten Person erfolgte. Diese Warnung kann auf Grundlage des Kontakttagebuchs (dann personenbezogen) im Nachhinein ausgelöst werden, wobei die derzeit verfügbaren Apps diesen Schritt in der Regel dem Infizierten nach Diagnose selbst über „sein Handy“<sup>9</sup> ermöglichen.

Damit werden erhebliche Effizienzgewinne erzielbar, weil Tracing bisher idR manuell erfolgt und beträchtliche Ressourcen bindet. So wird in der Literatur berichtet, es habe in der Frühphase der Pandemie in Kalifornien den Einsatz von 25 Personen über eine volle Woche erforderlich gemacht, die Kontaktpunkte eines einzigen Patienten zu identifizieren.<sup>10</sup> Erfolgt die Abarbeitung des Kontakttagebuchs computergestützt, ist sie – bei Funktionieren des Systems – ohne weiteres menschliches Tun automatisiert und in sehr kurzer Zeit möglich.

Zu beachten ist hier allerdings, dass ein kompliziertes, mindestens vierpersonales Rechtsverhältnis zwischen Infiziertem, Kontaktiertem, App-Betreiber und Ersteller des (positiven) Tests entsteht, in dem erhebliche Störungen auftreten können. Zu denken ist etwa an folgende Fälle:

- Die Auslösung der Diagnosewarnung durch den Patienten ist fehlerhaft, etwa wegen einer Fehldiagnose, eines Missverständnisses oder böser Absicht („schlechter Scherz“)
- Die Auslösung der Diagnosewarnung erfolgt missbräuchlich in kollusivem Zusammenwirken, etwa, um derart eine gewünschte Selbstisolation des „Gewarnten“ hervorzurufen („Arbeitsvermeidung“)
- Die Auslösung der Diagnosewarnung erfolgt (uU missbräuchlich) durch einen Dritten, der sich in Besitz des Handys gebracht hat (und damit diverse datenschutzrechtlich relevante Vorgänge auslöst)

<sup>8</sup> So ausdrücklich der Fall bei der In Polen eingesetzten Überwachungsapp, vgl. dazu Antoni Napieralski in <https://www.youtube.com/watch?v=pTvZc0ytorA>.

<sup>9</sup> Hier können durchaus Spezialprobleme liegen, etwa, wenn der Nutzer\*innen des Handys nicht Vertragsinhaber ist oder wenn es sich um minderjährige Nutzer\*innen handelt, bei denen (vermutlich) die Einwilligung sowohl des Minderjährigen wie seiner Vertreter vor Auslösung der Warnung erforderlich wäre.

<sup>10</sup> Unicity ventures, Briefing-Note on Patient-Tracing, 10/04/2020, [https://d40c4b65-b3d0-4ba2-bd60-fd6e57adb679.filesusr.com/ugd/d14859\\_3f7f35984ecd4addba04c1b4c2e19c94.pdf](https://d40c4b65-b3d0-4ba2-bd60-fd6e57adb679.filesusr.com/ugd/d14859_3f7f35984ecd4addba04c1b4c2e19c94.pdf), 1.

- Die Auslösung der Diagnosewarnung ist fehlerhaft wegen eines technischen Versagens der APP
- Die Auslösung der Diagnosewarnung erfolgt nicht, obwohl der Diagnostizierte dazu aufgefordert wurde, weil er die Aufforderung nicht verstanden hat oder bewusst ignoriert
- Die Selbstisolation findet nicht statt, obwohl die Kontaktperson dazu (zu Recht) aufgefordert wurde, weil die Aufforderung nicht verstanden oder bewusst ignoriert wurde

Zu beachten ist weiterhin, dass eine österreichische App international (potentiell) Betroffene nicht per se erreichen kann. Wenn und sofern jeder Staat eine eigene App entwickelt, werden Betroffene, insbesondere bei internationalen Reisen, eine Vielzahl unterschiedlicher Apps installieren müssen, die sie (zB wegen fehlender Fremdsprachenkenntnisse) nicht zwingend verstehen. Vor diesem Hintergrund sind europäische Vereinheitlichungsinitiativen wichtig.

Soweit im Folgenden nicht anders angegeben, werden hier nur Apps der dritten Kategorie („Tracing-Apps“) näher untersucht, weil es sich bei der Stopp-Corona-App um eine solche handelt und weil derzeit die Diskussion insbesondere rund um diese besonders intensiv geführt wird.

### 3.3.1 Stopp-Corona

In Österreich wird, mit Stand 11. 04. 2020, insb. eine App des Roten Kreuzes „Stopp Corona“ für Android und iOS angeboten.<sup>11</sup> Die App ermöglicht das Führen eines Kontakttagebuchs. Nach diagnostizierter Infektion, „wird man, [soferne man mit der infizierten Person in den letzten 54 Stunden einen relevanten Kontakt hatte], automatisch benachrichtigt und gebeten, sich selbst zu isolieren. Das verringert jenes Fenster, indem weitere Personen angesteckt werden können. Zuständige Ärzte - die diesen Prozess jetzt bei jedem Fall durchführen - können damit entlastet werden.“<sup>12</sup>

Die App löst (inzwischen) by default unter Android-Geräten einen automatischen Handshake aus, wenn bestimmte Parameter erfüllt sind (etwa Kontakt mit Abstand von weniger als 2m für mehr als 15 Minuten<sup>13</sup>). Voraussetzung dafür ist (natürlich) dass die App auf beiden Endgeräten installiert ist und auch beide Endgeräte mitgeführt werden. Des Weiteren müssen (mindestens beim automatischen Handshake) bestimmte technische Anforderungen erfüllt sein, die ein modernes Smartphone (und einen Internettarif) voraussetzen, nämlich

<sup>11</sup> <https://www.rotekreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/> .

<sup>12</sup> <https://www.rotekreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/>

<sup>13</sup> Es ist mE medizinisch ausgesprochen wichtig, dass diese Annahmen einer Infektionswahrscheinlichkeit empirisch bestmöglich abgesichert sind. Ob das so ist, kann ich aus eigener Kompetenz nicht beurteilen, aber aus der bisherigen Beobachtung unterschiedlicher Empfehlungen und Studien darauf hinweisen, dass sich auch diese Parameter (noch) regelmäßig verändern.

- eine aktive Bluetooth Einstellung
- eine Internet-Verbindung
- eine Ausnahme von der Akku-Optimierung des Herstellers<sup>14</sup>

Die App verlangt bestimmte technische Berechtigungen (Bluetooth, Mikrofon, Standortfreigabe), die nach Angaben des Anbieters (an deren Glaubwürdigkeit zu zweifeln kein Anlass besteht) ausschließlich aus technischen Gründen benötigt werden.

Daten zu Kontakten werden zunächst nur auf den Endgeräten gespeichert. Erst mit einer Diagnosemeldung erfolgt eine Übermittlung.

Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der personenbezogenen Daten ist ausweislich der Datenschutzerklärung (ausschließlich) die ausdrückliche Einwilligung (mit Bezugnahme auf Art. 6 und Art. 9 DSGVO).<sup>15</sup>

Derzeit ist ein automatisierter Handshake nur zwischen Android-Geräten möglich. Falls dieser deaktiviert ist oder ein iOS-Gerät beteiligt ist, muss (weiterhin) ein manueller Handshake durchgeführt werden.<sup>16</sup> Auch hierfür ist die Rechtsgrundlage ausweislich der Datenschutzerklärung die ausdrückliche Einwilligung.<sup>17</sup>

Die Warnung der Kontaktpunkte erfolgt nach manueller Auslösung durch den Betroffenen nach ärztlicher Diagnose, aber auch nach einer Selbstdiagnose, dass man wahrscheinlich infiziert sei. Daraufhin werden alle Personen, mit denen in den letzten 54 Stunden ein digitaler Handshake ausgelöst wurde, benachrichtigt. Bei Meldung ist die Telefonnummer des Melders anzugeben und eine TAN miteinzugeben. Entwarnungen sind möglich und führen wiederum zur Benachrichtigung der Kontaktpunkte.

In der Datenschutzerklärung wird darauf hingewiesen, dass eine Übermittlung personenbezogener Daten ohne Einwilligung in zwei Fällen möglich sei: zum Zwecke der Rechts- und Strafverfolgung einerseits (mE ceteris paribus relativ unproblematisch<sup>18</sup>) und bei gesetzlich geforderter Übermittlung nach dem Epidemiegesetz. Hierzu heißt es in der Datenschutzerklärung wörtlich:

„5.2. EPIDEMIEGESETZ

---

<sup>14</sup> <https://www.rotekreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/>.

<sup>15</sup> <https://www.rotekreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/datenschutzhinformati-on-zur-stopp-corona-app/> : „Die Verarbeitung Ihrer personenbezogenen Daten erfolgt auf Basis Ihrer ausdrücklichen Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a und Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO). Nur wenn Sie diese Einwilligung erteilen, um die Sie gleich zu Beginn gefragt werden, können Sie die App auch nutzen.“

<sup>16</sup> <https://www.rotekreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/datenschutzhinformati-on-zur-stopp-corona-app/>.

<sup>17</sup> <https://www.rotekreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/datenschutzhinformati-on-zur-stopp-corona-app/>: „Auch hier wird in der Erklärung Art. 9 DSGVO mitzitiert, obwohl in dieser Phase wohl (noch) gar keine sensiblen Daten anfallen.“

<sup>18</sup> Allerdings ist zu bedenken, dass Verstöße gegen Quarantäneauflagen o. Ä. strafrechtlich relevant sein oder werden können.

*Für die möglicherweise gesetzlich erforderliche Übermittlung von Informationen über konkrete Infektionsfälle an die Gesundheitsbehörden auf deren Verlangen stellt Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO iVm § 10 Abs. 2 DSG die Rechtsgrundlage dar. Die aktuelle Epidemie kann als Katastrophenfall gemäß § 10 Abs. 1 DSG angesehen werden. Darüber hinaus kann auf Verlangen der Bezirksverwaltungsbehörden eine Pflicht des Verantwortlichen zur Auskunftserteilung über Verdachtsfälle und Infektionen nach § 5 Abs. 3 Epidemiegesetz 1950 bestehen.“<sup>19</sup>*

*§ 5 Abs. 3 Epidemiegesetz lautet: „Auf Verlangen der Bezirksverwaltungsbehörde sind alle Personen, wie insbesondere behandelnde Ärzte, Labors, Arbeitgeber, Familienangehörige und Personal von Gemeinschaftseinrichtungen, die zu den Erhebungen einen Beitrag leisten könnten, zur Auskunftserteilung verpflichtet.“<sup>20</sup>*

*§ 10 Abs. 2 DSG<sup>21</sup> schafft eine Übermittlungsermächtigung im Katastrophenfall: „Wer rechtmäßig über personenbezogene Daten verfügt, darf diese an Verantwortliche des öffentlichen Bereichs und Hilfsorganisationen übermitteln, sofern diese die personenbezogenen Daten zur Bewältigung der Katastrophe für die in Abs. 1 genannten Zwecke [Hilfeleistung, Identifizierung unmittelbar betroffener Personen etc.] benötigen.“<sup>22</sup>*

Diese Information ist mE so zu lesen, dass das Rote Kreuz schon jetzt, de lege lata, davon ausgeht, bei konkreten Infektionsfällen an zuständige Behörden auf Verlangen die vorhandenen personenbezogenen Informationen übermitteln zu müssen und zu dürfen. **Damit wird es schon jetzt bei Nutzung der App grundsätzlich möglich, dass Infizierte gegenüber der Gesundheitsbehörde ohne ihr Wissen (und damit natürlich auch ohne ihre Einwilligung) „enttarnt“ werden. Gleiches gilt möglicherweise auch für Handshake-Partner.<sup>23</sup>**

### 3.3.2 NoVID20

Neben der „Stopp Corona App“ werden weltweit derzeit Apps ähnlichen Zuschnitts entwickelt. Einen gewissen Österreichbezug hat hier insb. NOVID20<sup>24</sup>, weil das Entwicklerteam hier (teilweise) aus Österreich stammt<sup>25</sup>. Eine genauere Prüfung unterbleibt hier aus Platz- und Zeitgründen.<sup>26</sup>

<sup>19</sup> <https://www.rotekreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/datenschutzinformation-zur-stopp-corona-app/>

<sup>20</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10010265>.

<sup>21</sup> Die mE sehr schwierige Frage, ob § 10 DSG europarechtskonform ist, kann hier nicht geprüft werden. Von der Normgeltung wird daher vorläufig ausgegangen.

<sup>22</sup> <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=bundesnormen&Gesetzesnummer=10001597>.

<sup>23</sup> Ob es dem Roten Kreuz (theoretisch) allein möglich wäre, auch die Kontakte des Infizierten zu reidentifizieren und deren Identität daher ebenfalls übermitteln zu können, kann ich nicht zweifelsfrei erkennen. Spätestens bei der Zusammenführung der Daten mit denen des Auftragsverarbeiters Google, der für das „Firebase Cloud Messaging“ herangezogen wird, dürfte dies jedoch in der Regel möglich und wegen § 10 Abs 2 DSG iVm § 5 Abs 3 Epidemiegesetz auf Anforderung auch rechtlich geboten sein.

<sup>24</sup> <https://www.novid20.org/en>

<sup>25</sup> <https://www.novid20.org/en/about-us>.

<sup>26</sup> Aus Transparenzgründen lege ich offen, dass ich während der Entwicklung vom NOVID20-Entwinklerteam angesprochen wurde und auch meine datenschutzrechtlichen Einschätzungen (unentgeltlich, unverbindlich)

### 3.3.3 Apple/Google

Am 10. 04. 2020 gaben Apple und Google bekannt, bei der Entwicklung von Technologien zur Rückverfolgung von Kontakten („contact tracing“) zusammenzuarbeiten.<sup>27</sup> Ziel sei es, unter Verwendung von Bluetooth Regierungen und Gesundheitsbehörden darin zu unterstützen, die Ausbreitung des Virus zu vermindern, mit Datenschutz und Datensicherheit als zentralen Vorgaben. Datenschutzrechtliche Vorgaben sollen insb. durch eine verpflichtende Einwilligung sichergestellt werden („Opt-In“).

In einem ersten Schritt, im Mai 2020, würden beide Unternehmen Schnittstellen („API“) veröffentlichen, die die Interoperabilität von iOS und Android-Versionen von Apps sicherstellen würden, die von öffentlichen Gesundheitsbehörden veröffentlicht und verwendet würden.<sup>28</sup> In einem zweiten Schritt sollen in den kommenden Monaten Anstrengungen unternommen werden, um eine das jeweilige Betriebssystem übersteigende, gemeinsame Contact-Tracing-Plattform auf Bluetooth-Basis in beide Betriebssysteme zu integrieren.<sup>29</sup>

Es ist damit zu erwarten, dass hier ein Selektionsprozess zwischen unterschiedlichen Apps stattfinden wird bzw. schon stattgefunden hat und dass in Österreich insb. die Entscheidung zu treffen sein wird, dass/unter welchen Voraussetzungen die App „Stopp-Corona“ als „official app“ zu qualifizieren ist. Wäre Stopp-Corona eine solche, würde spätestens dann wohl auch ein automatisierter Handshake zwischen Android und iOS-Geräten möglich.

Das Apple/Google-System versucht mit vergleichsweise hohem Aufwand datenschutzrechtliche Freiwilligkeit bei Teilnehmer\*innen sicherzustellen. Das wird etwa in folgender Grafik des Ablaufs deutlich: \_

---

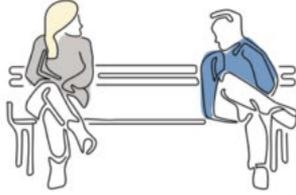
mitgeteilt habe. Eine Geschäftsbeziehung bestand und besteht nicht, ich bin auch an keinem der entwickelnden Unternehmen oder an einem allfälligen Geschäftserfolg der App beteiligt.

<sup>27</sup> <https://blog.google/inside-google/company-announcements/apple-and-google-partner-covid-19-contact-tracing-technology>; [https://www.apple.com/newsroom/2020/04/apple-and-google-partner-on-covid-19-contact-tracing-technology/?utm\\_source=Memberful&utm\\_campaign=7103fec64d-daily\\_update\\_2020\\_04\\_13&utm\\_medium=email&utm\\_term=0\\_d4c7fece27-7103fec64d-111041809](https://www.apple.com/newsroom/2020/04/apple-and-google-partner-on-covid-19-contact-tracing-technology/?utm_source=Memberful&utm_campaign=7103fec64d-daily_update_2020_04_13&utm_medium=email&utm_term=0_d4c7fece27-7103fec64d-111041809) .

<sup>28</sup> „First, in May, both companies will release APIs that enable interoperability between Android and iOS devices using apps from public health authorities. These official apps will be available for users to download via their respective app stores.“

<sup>29</sup> „Second, in the coming months, Apple and Google will work to enable a broader Bluetooth-based contact tracing platform by building this functionality into the underlying platforms. This is a more robust solution than an API and would allow more individuals to participate, if they choose to opt in, as well as enable interaction with a broader ecosystem of apps and government health authorities. Privacy, transparency, and consent are of utmost importance in this effort, and we look forward to building this functionality in consultation with interested stakeholders. We will openly publish information about our work for others to analyze.“

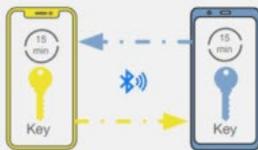
Alice and Bob meet each other for the first time and have a 10-minute conversation.



Bob is positively diagnosed for COVID-19 and enters the test result in an app from a public health authority.



Their phones exchange anonymous identifier beacons (which change frequently).



A few days later...

With Bob's consent, his phone uploads the last 14 days of keys for his broadcast beacons to the cloud.



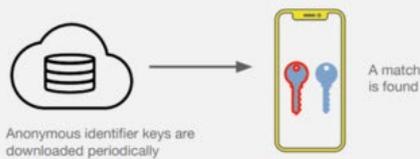
Alice continues her day unaware she had been near a potentially contagious person.



Alice sees a notification on her phone.

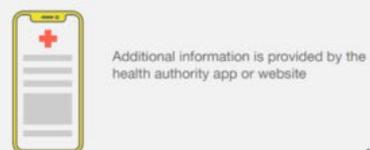


Alice's phone periodically downloads the broadcast beacon keys of everyone who has tested positive for COVID-19 in her region. A match is found with the Bob's anonymous identifier beacons.



Sometime later...

Alice's phone receives a notification with information about what to do next.



30

Als datenschutzrechtliche Grundsätze werden genannt:

<sup>30</sup> Hier zitiert nach Ben Thompson, Stratechery, The Apple-Google Partnership, How to Contain the Coronavirus, Apple-Google Policy, <https://stratechery.com/2020/the-apple-google-partnership-how-to-contain-the-coronavirus-apple-google-policy/> (Zugang über kostenpflichtiges Abonnement, Text bei mir einsehbar).

„Privacy

*Maintaining user privacy is an essential requirement in the design of this specification. The protocol does this by the following means:*

- *The Contact Tracing Bluetooth Specification does not use location for proximity detection. It strictly uses Bluetooth beaconing to detect proximity.*
- *A user’s Rolling Proximity Identifiers changes on average every 15 minutes, and needs the Daily Tracing Key to be correlated to the user. This reduces the risk of privacy loss from advertising them.*
- ***Proximity identifiers obtained from other devices are processed exclusively on device.***
- ***Users decide whether to contribute to contact tracing.***
- ***If diagnosed with COVID-19, users consent to sharing Diagnosis Keys with the server.***
- *Users have transparency into their participation in contact tracing.*<sup>31</sup>

Mit dieser „plattformübergreifenden Plattform“ wird eine Möglichkeit des Contact-Tracings geschaffen, die so gut wie alle Mobiltelefone dieser Welt erfassen und – technisch – selbstverständlich für das Tracen auch nach Corona oder während Corona zu anderen Zwecken ermöglichen würde.

### 3.4 Schlussfolgerung

#### 3.4.1 Notwendigkeit der Zielbestimmung

Um datenschutzrechtlich beurteilen zu können, welche Apps einzuführen sind oder nicht eingeführt werden dürfen, ist es erforderlich zu bestimmen, welche Ziele damit verfolgt werden. Die Zielbestimmungen in den Apps selbst sind dabei regelmäßig relativ ungenau. So heißt es etwa in der Datenschutzfolgenabschätzung der Corona-App dazu nur: „Diese dient der Sensibilisierung und der Verhinderung der weiteren Verbreitung des COVID-19 Virus in der Bevölkerung.“<sup>32</sup> In der Datenschutzerklärung zur App ist zu lesen:

*„Die Hauptfunktion dieser App ist es, Ihnen zu ermöglichen Kontakte mit anderen Personen zu speichern, damit*

- *Sie Ihre Kontakte darüber informieren können, falls Sie krank sind oder den Verdacht haben, krank zu sein;*
- *Sie informiert werden, wenn sich einer Ihrer Kontakte krank gemeldet hat;*
- *Sie eine Entwarnung erhalten, wenn sich einer Ihrer Kontakte irrtümlich krank gemeldet hat.*

*Mit der App sollen infektionsgefährdete Personen besondere Schutzmaßnahmen ergreifen können und die weitere Ausbreitung des Virus so gut wie möglich verhindert werden.*

<sup>31</sup> [https://blog.google/documents/58/Contact\\_Tracing\\_-\\_Bluetooth\\_Specification\\_v1.1\\_RYGZbKW.pdf](https://blog.google/documents/58/Contact_Tracing_-_Bluetooth_Specification_v1.1_RYGZbKW.pdf)

<sup>32</sup> [https://www.roteskreuz.at/fileadmin/user\\_upload/Bericht\\_Datenschutz-Folgenabschaetzung\\_OeRK\\_StopCoronaAppR1.1\\_RI\\_09-04-2020\\_V1.1\\_public.pdf](https://www.roteskreuz.at/fileadmin/user_upload/Bericht_Datenschutz-Folgenabschaetzung_OeRK_StopCoronaAppR1.1_RI_09-04-2020_V1.1_public.pdf), 4.

Außerdem finden Sie in der App Links, die zu Informationen über das COVID-19 Virus führen und Kontaktstellen, an die Sie sich für Hilfe wenden können. Es gibt auch einen Fragebogen, in dem Sie eventuell auftretende Symptome eingeben können und die Antwort erhalten, ob diese Symptome auf eine COVID-19 Erkrankung hindeuten.“<sup>33</sup>

#### 3.4.2 Dynamik durch Apple/Google

Durch den Markteinstieg von Apple/Google ist eine erhebliche Dynamik im Markt entstanden, die derzeit in ihrer Tragweite noch nicht voll erfasst werden kann. Während alle mir bekannten Datenschutzkonzepte, insb. auch jene von „Stopp Corona“, vor dem Bekanntwerden dieses Schritts verfasst wurden und damit uU zu adaptieren sind, während durch diesen Schritt der Druck auf nationale Gesundheitsbehörden (und den Gesetzgeber) weiter steigt, mag dieser Schritt auch eine Chance bieten, die Phase der nationalen Einzellösungen zu beenden und internationale Zugänge (zB einheitlich in Europa) wieder zu befördern. Der Blick auf Aktivitäten der Europäischen Union ist mE auch aus diesem Grund geboten.

#### 3.4.3 Empfehlung der Kommission

In ihrer Empfehlung vom 08. 04. 2020<sup>34</sup> betont die Kommission die Notwendigkeit europäischer Kooperation<sup>35</sup>, begrüßt die Europäische Kommission grundsätzlich den Einsatz von Apps zur Bekämpfung der Pandemie<sup>36</sup> und betont die Notwendigkeit grenzüberschreitender Interoperabilität.<sup>37</sup> Sie verlangt u.a. eine Beachtung der Grundrechte und zu diesem Behufe eine strenge Zweckbindung und zeitliche Limitierung der Eingriffe (Abs. 10) sowie datenschutzfreundliche Voreinstellungen (Abs. 16). Weiterführende datenschutzrechtliche Richtlinien werden angekündigt (Abs. 17).

---

<sup>33</sup> <https://www.roteskreuz.at/site/faq-app-stopp-corona/datenschutzinformation-zur-stopp-corona-app/> .

<sup>34</sup> [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation\\_on\\_apps\\_for\\_contact\\_tracing\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_on_apps_for_contact_tracing_4.pdf)

<sup>35</sup> Vgl. etwa schon EG 1: „An exceptional crisis of such magnitude requires determined action of all Member States and EU institutions and bodies working together in a genuine spirit of solidarity.“

<sup>36</sup> Vgl. etwa schon EG 2: „Digital technologies and data have a valuable role to play in combating the COVID-19 crisis, given that many people in Europe are connected to the internet via mobile devices.“

<sup>37</sup> EG 19: „In order to detect proximity encounters between users of different contact tracing applications (a scenario most likely to happen among people moving across national/regional borders), interoperability between applications should be envisaged.“

## 4 Rechtliche (und rechtspolitische) Bedenken

Gegen die Einführung von Apps werden unterschiedliche Bedenken vorgebracht.<sup>38</sup> Diese kreisen regelmäßig (mindestens) um die folgenden Gesichtspunkte<sup>39</sup>:

### 4.1 Massenüberwachung

Der breite Einsatz von Apps führt zum Anfall sehr großer personenbezogener Datenmengen, die auch sehr eingriffsintensiv sind, weil sich insb. aus Bewegungsprofilen sehr persönlichkeitsnahe Aussagen (Freizeitverhalten, Weg zum/vom Arbeitsort etc.) gewinnen lassen.

### 4.2 Verpflichtung vs. Freiwilligkeit

Es bleibt umstritten, ob der Einsatz nur freiwillig oder verbindlich vorgesehen werden soll.<sup>40</sup> Inzwischen werden auch Mischformen vertreten. So fordert etwa der Vorsitzende der deutschen Jungen Union, einer Organisation der CDU, das Ausrollen der App „by default“.<sup>41</sup> Wer diese nicht einsetzen wolle, müsse im Anschluss aktiv seinen Willen, nicht teilzunehmen, zum Ausdruck bringen, etwa durch Deinstallation der App.

Selbst wenn die App nur freiwillig eingesetzt werden sollte, stellen sich erhebliche Anforderungen an die Sicherstellung dieser Freiwilligkeit. Insbesondere liegen Befürchtungen nahe, dass die Freiwilligkeit der Entscheidung durch rechtliche oder faktische Ausnahmen ausgehebelt wird.

Eine rechtliche Aushebelung könnte etwa daraus entstehen, dass bestimmte Erleichterungen der Ausgehsperrungen an den freiwilligen Einsatz der App geknüpft sind. So wäre etwa denkbar, dass es Personen, die eine App installiert haben, schneller ermöglicht wird, an Freizeitaktivitäten oder gar Massenveranstaltungen teilzunehmen.

Ebenso wäre denkbar, dass die Freiwilligkeit faktisch ausgehebelt wird, weil Dritte – ohne rechtliche Grundlage – den Einsatz verlangen oder befördern. So ist etwa denkbar, dass eine Behörde oder eine Hochschule die installierte App zur Voraussetzung eines Termins oder eines Vorlesungsbesuchs macht, ein Restaurant oder eine Supermarktkette nur Nutzer\*innen der App eintreten lässt oder auch im sozialen Leben ein moralischer Druck zum Einsatz entstehen kann, der die Freiwilligkeit nicht als solche erscheinen lässt.

<sup>38</sup>

[https://www.rotekreuz.at/fileadmin/user\\_upload/Bericht\\_Datenschutz-Folgenabschaetzung\\_OeRK\\_StopCoronaAppR1.1\\_RI\\_09-04-2020\\_V1.1\\_public.pdf](https://www.rotekreuz.at/fileadmin/user_upload/Bericht_Datenschutz-Folgenabschaetzung_OeRK_StopCoronaAppR1.1_RI_09-04-2020_V1.1_public.pdf)gl. dazu etwa

<sup>39</sup>Vgl. dazu zT <https://twitter.com/WolfieChristl/status/1248724612889878530>.

<sup>40</sup> Insoweit bleibt dann auch die Empfehlung der Kommission, C(2020) 2296 final, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation\\_on\\_apps\\_for\\_contact\\_tracing\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_on_apps_for_contact_tracing_4.pdf), unbestimmt, vgl. EG 7: „Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council<sup>3</sup> on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data lays down the conditions for processing personal data, including data concerning health. Such data may be processed *inter alia* when a data subject gives her explicit consent or when processing is in the public interest as specified in Member State or Union law, in particular for monitoring and alert purposes, the prevention or control of communicable diseases and other serious threats to health.“ (Hervorhebung im Original!).

<sup>41</sup> Vgl. <https://www.welt.de/politik/deutschland/article207209897/Tilman-Kuban-JU-Chef-fordert-Corona-App-automatisch-zu-installieren.html>; [https://www.deutschlandfunk.de/covid-19-ju-chef-kuban-fuer-widerspruchsloesung-bei-corona.1939.de.html?drn:news\\_id=1119861](https://www.deutschlandfunk.de/covid-19-ju-chef-kuban-fuer-widerspruchsloesung-bei-corona.1939.de.html?drn:news_id=1119861).

### 4.3 Kosten-Mittel-Relation

Die Entwicklung und der Einsatz von Apps bindet Ressourcen, die anderswo fehlen. Deshalb muss bei knappen Ressourcen gefragt werden, ob der Aufwand nicht andernorts besser zum Gesamtziel beitragen würde.

### 4.4 Verstärkung von Locked-In-Effekten

Insb. die Zusammenarbeit der beiden größten Anbieter für Mobiltelefonbetriebssysteme, verbunden mit einer rechtlichen oder faktischen Verpflichtung, die ASpps einzusetzen, kann die Marktdominanz dieser Unternehmen noch weiter erhöhen und Markteintrittsschranken für Mitbewerber weiter erhöhen, sodass behauptete oder tatsächliche datenschutzrechtliche Herausforderungen dieser Unternehmen weiter prolongiert werden.

### 4.5 Zweckänderung – Slippery Slope

Die anfallenden Daten über Frequenz, Dauer, etc. von sozialen Kontakten können für zahlreiche weitere staatliche und privatwirtschaftliche Szenarien relevant sein und es ist – faktisch – nicht garantiert, dass von diesen nicht Gebrauch gemacht würde.

### 4.6 Zeitliche Unklarheit

Selbst wenn, wovon auszugehen ist, der Einsatz der App mit dem Abklingen der Corona-Krise terminiert werden sollte, bleibt unklar, wann von einem derartigen Abklingen auszugehen ist und wer über dessen Vorliegen bestimmt. Ist es (wieder und weiterhin) eine (stabile) Regierungsmehrheit, kann die Einsatzdauer politisch derzeit kaum begrenzt werden.

## 5 Ziele und Mittel der COVID-19-Politik

### 5.1 Einleitung

Vor dem Hintergrund dieser Bedenken, ist eine Legitimation des Einsatzes von Apps politisch und rechtlich geboten. Dies bedarf zunächst einer Benennung der Ziele, die mit diesen erreicht werden sollen.

Es herrscht mE derzeit jedoch bei näherem Hinsehen eine gravierende Unklarheit darüber, welche Ziele mit den diversen politischen und rechtlichen Maßnahmen eigentlich verfolgt werden. Eine präzise Kenntnis der Ziele ist aber – selbstverständlich – eine Voraussetzung für die rechtliche Beurteilung der eingesetzten Mittel – also insb. auch von Apps, weil Grundrechtseingriffe nur dann zulässig sein können, wenn sie überhaupt geeignet sind, ein (legitimes) Ziel zu erreichen.

Die Unsicherheit über die Ziele geht wesentlich auch darauf zurück, dass für das Gesetzgebungsverfahren zur Bewältigung der COVID-19-Krise durchgängig das Instrument des Initiativantrags (und nicht der Regierungsvorlage) gewählt wurde, sodass Gesetzesmaterialien, Begutachtungen, Stellungnahmen usw. weitgehend fehlen.

Die – wenigen – Erläuterungen finden sich beim COVID-19 Gesetz (BGBl. I Nr. 12/2020) etwa im Bericht des Budgetausschusses.<sup>42</sup> Auch das 2- COVID-19-Gesetz (BGBl. I Nr. 16/2020) fußt auf einem Initiativantrag mit Berichterstattung (und Erläuterung) im Budgetausschuss.<sup>43</sup> Gleiches gilt für das 3. COVID-19-Gesetz (BGBl. I Nr. 23/2020)<sup>44</sup>, das 4. COVID-19-Gesetz (BGBl. I Nr. 24/2020)<sup>45</sup> und das 5. COVID-19-Gesetz (BGBl. I Nr. 25/2020).<sup>46</sup> Damit ist festzuhalten, dass es in Österreich zur bisherigen COVID-Gesetzgebung keinerlei parlamentarische Materialien gibt, die über Berichte des (fachlich nur teilweise zuständigen) Budgetausschusses hinausgehen.

So wurde dann beispielsweise die im 3. COVID-19-Gesetz beschlossene Änderung des Epidemiegesetzes, die mit weitgehenden datenschutzrechtlichen Konsequenzen einhergeht, nicht nur nicht im Datenschutzrat diskutiert. Es findet sich vielmehr auch im Ausschussbericht keine einzige Zeile der Begründung dieser Maßnahme.<sup>47</sup>

---

<sup>42</sup> 102 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I\\_00102/fname\\_787776.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00102/fname_787776.pdf).

<sup>43</sup> 112 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I\\_00112/fname\\_788436.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00112/fname_788436.pdf)

<sup>44</sup> 115 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I\\_00115/fname\\_789821.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00115/fname_789821.pdf)

<sup>45</sup> 116 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I\\_00116/fname\\_789823.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00116/fname_789823.pdf)

<sup>46</sup> 117 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XXVII. GP, [https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I\\_00117/fname\\_789819.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXVII/I/I_00117/fname_789819.pdf)

<sup>47</sup> Das Epidemiegesetz 1950, BGBl. 186/1950, zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 16/2020, wird wie folgt geändert:

*1. Nach § 3 wird folgender § 3a samt Überschrift eingefügt:*

Damit bleiben die politischen Ziele des Handelns entscheidend unbestimmt. Erst recht gilt dies für die eingesetzten Mittel.

Zwar ist nämlich – selbstverständlich – klar, dass eine Überlastung des (österreichischen) Gesundheitssystems verhindert werden muss und daher insb. sicherzustellen ist, dass stets eine ausreichende Zahl von Krankenhaus- und Intensivbetten zur Verfügung steht. Es ist immerhin inzwischen (wohl) auch deutlich, dass die Methode einer möglichst raschen Durchseuchung der Bevölkerung zum Zweck der raschen Erreichung von Herdenimmunität bei strenger Isolation vulnerabler Personen keine sinnvolle Politik darstellt – obwohl sie bekanntlich in mehreren Staaten versucht worden sein dürfte, weil sie das Gesundheitssystem überlastet und eine Triage erforderlich macht.<sup>48</sup>

Jedoch ist nach diesen „faits accomplis“ dann sehr rasch unklar, mit welchen anderen Maßnahmen (und deren Mix) das Ziel der Vermeidung einer Überlastung des Gesundheitssystems und einer Triage erreicht werden kann – und zu welchen Kosten.

#### 5.1.1 Reduzierung der Reproduktionszahl, Rückkehr von Mitigation zu Containment

Ein Ziel der derzeitigen Politik der strengen und weitgehend undifferenzierten sozialen Isolation könnte nämlich erstens sein, die Erkrankungsreproduktionszahl derart auf einen Wert nahe oder unter 1 zu bringen, was bedeuten würde, dass ein Infizierter nur eine weitere Person (oder weniger) infiziert. Das würde die Gesamtzahl der Erkrankungsfälle möglicherweise auf einen Wert bringen, in dem man die derzeitige Politik der massenhaften und sehr weitreichenden Kontakteinschränkung (schrittweise) ersetzen könnte durch einen Zustand der Herstellung weitgehend normaler wirtschaftlicher Verhältnisse bei gleichzeitiger Beibehaltung weniger teurer Kontakteinschränkungen (insb. in der Freizeit) bei, vor allem, rascher Identifikation von Infizierten und rasch und konsequent verfolgter Quarantäne dieser Personen und ihres Umfelds („Containment“).

---

#### „Datenübermittlung im Interesse des Gesundheitsschutzes

§ 3a.

(1) Die Bezirksverwaltungsbehörde ist ermächtigt, dem Bürgermeister den Namen und die erforderlichen Kontaktdaten einer von einer Absonderungsmaßnahme nach Epidemiegesetz 1950 wegen COVID-19 betroffenen Person, die in seinem Gemeindegebiet wohnhaft ist, mitzuteilen, wenn und soweit es zur Versorgung dieser Person mit notwendigen Gesundheitsdienstleistungen oder mit Waren oder Dienstleistungen des täglichen Bedarfs unbedingt notwendig ist.

(2) Eine Verarbeitung dieser Daten zu anderen Zwecken ist nicht zulässig.

(3) Der Bürgermeister hat die Daten umgehend unumkehrbar zu löschen, wenn diese für die in Abs. 1 genannten Zwecke nicht mehr erforderlich sind.

(4) Der Bürgermeister hat geeignete Datensicherheitsmaßnahmen zu ergreifen.

(5) § 30 Abs. 5 Datenschutzgesetz, BGBl. I Nr. 165/1999 zuletzt geändert durch das Bundesgesetz BGBl. I Nr. 24/2018, ist im Rahmen dieser Bestimmung nicht anwendbar.“

<sup>48</sup> A, 13. 04. 2020 wurden im Internet auch Informationen verbreitet, aus südkoreanischen Untersuchungen ergäbe sich, dass mehr als 150 Personen, die bereits eine Infektion durchgemacht haben, ein zweites Mal positiv getestet wurden, somit also eine Immunität nach überstandener Infektion nicht bestehe. Sollten diese Informationen zutreffen, ergibt sich schon auch daraus, dass die Herstellung von Herdenimmunität – auch über einen langen Zeitraum gestreckt – kein Ziel sein kann. Vgl. etwa <https://twitter.com/Faytuks/status/1249782984162582528>.

Das Containment könnte, wie in Frühphasen einer Epidemie, ermöglichen, weitgehend normale Verhältnisse beizubehalten, ohne ein (exponentielles) Wachstum der Erkrankungszahlen zu riskieren.

Dieser Ansatz verlangt eine möglichst rasche Identifikation frisch Infizierter, eine möglichst rasche Identifikation ihres Kontaktumfelds (Tracing) und eine möglichst rasch verhängte und konsequent umgesetzte Quarantäne dieser Personen.

In diesem Szenario können Apps zur Überwachung von Quarantänemaßnahmen und zum Contact Tracing sehr nützlich sein, weil sie das Auffinden potentiell Infizierter beschleunigen und die Überwachung der Quarantäne erleichtern.

### 5.1.2 Flatten the Curve

Statt des Ziels einer Rückkehr zu Containment wäre uU auch die Strategie denkbar, eine Fortsetzung der bisherigen Politik einer weitgehend undifferenzierten Einschränkung aller Sozialkontakte und deren stufenweises Lockern oder Anziehen bei einer Reproduktionszahl leicht über 1 anzustreben, um die aktuelle Erkrankungsquote hinsichtlich der Ressourcen im Gesundheitssystem zu optimieren („Flatten the Curve“), bis eine Behandlung oder ein Impfstoff verfügbar sind.<sup>49</sup> Ziel ist hier also „nur“ die Verhinderung eines unkontrollierten, exponentiellen Wachstums der Erkrankungszahlen.

In diesem Szenario sind Apps deutlich weniger nützlich, weil die Priorität nicht mehr in einer Isolation Erkrankter und ihrer Kontakte liegt; allenfalls Apps der Gruppe 1 können unterstützend wirken, weil und sofern sie die Compliance erhöhen (was nicht bewiesen ist).

Diese Politik wird uU erforderlich sein, wenn es nicht gelingt, die Reproduktionszahl so weit zu reduzieren, dass ein Containment mit den vorhandenen Ressourcen möglich ist.

### 5.1.3 Aufbau weiterer medizinischer Ressourcen

Es ist möglich und wird auch unternommen, dem Problem knapper medizinischer Ressourcen durch deren Erhöhung zu begegnen, also beispielsweise weitere Intensivbetten zu errichten oder bestehende „freizumachen“, provisorische Krankenhäuser zu errichten usw.

Für diese Maßnahmen ist die Entwicklung/der Einsatz von Apps irrelevant oder sogar schädlich, weil Ressourcen gebunden werden.

### 5.1.4 Maßnahmenmix

Für das Erreichen der genannten (und weiterer) Ziele stehen unterschiedliche Maßnahmen zur Verfügung, die unterschiedlich teuer und unterschiedlich eingriffsintensiv sind. Während, beispielsweise, das Tragenmüssen von Masken in öffentlichen Verkehrsmitteln aus

---

<sup>49</sup> Vgl. dazu etwa den enorm stark rezipierten Text von Tomas Pueyo, Coronavirus: The Hammer and the Dance What the Next 18 Months Can Look Like, if Leaders Buy Us Time, <https://medium.com/@tomaspuoyo/coronavirus-the-hammer-and-the-dance-be9337092b56>.

grundrechtlicher Perspektive nicht besonders sensitiv ist, ist das bei früher beschlossenen Maßnahmen – wie etwa der verpflichtenden Schließung von Restaurants und Geschäften – oder dem weitgehenden Verbot des Aufenthalts im öffentlichen Raum, keineswegs der Fall.

Es bleibt daher politische Aufgabe des Gesetzgebers, im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen den „richtigen“ Mix von Maßnahmen zur Erreichung der erwünschten Ziele zu identifizieren und vorzuschreiben. Hierfür ist im Lichte der rechtlichen Überprüfbarkeit mE Dreierlei zu verlangen:

1. eine klare Benennung der verfolgten Ziele
2. eine klare Benennung der Annahmen zu den existierenden empirischen Ausgangslagen (Reproduktionszahl, Durchseuchungsraten etc.)
3. eine klare Benennung der Expert\*innen und ihrer Einschätzungen, die zu den Annahmen von 1 und 2 führen

#### 5.1.5 So genanntes Executive Summary

Medial kolportiert wurde in diesem Kontext insb. eine Stellungnahme von Professoren<sup>50</sup> (alle männlich) der Universität Wien und der Med-Uni Wien.<sup>51</sup> Hintergrund und Adressat(en) dieser Stellungnahme bleiben im Dunkeln. Sie beschreibt als wichtigstes Ziel, die Basisreproduktionszahl unter den Wert von 1 zu drücken, weil sonst „in Österreich zehntausende zusätzliche Tote und ein Zusammenbruch des Gesundheitssystems zu erwarten“ seien.<sup>52</sup> Zum Erreichen dieses Ziels gelte: „Keinesfalls dürfen Hoffnungen auf eine baldige Lockerung der Restriktionen geweckt werden. Wahrscheinlich benötigt dies deutlich strengere Maßnahmen als derzeit in Kraft sind.“<sup>53</sup>

Als eine von sieben Maßnahmen zur Erreichung des Ziels wird benannte: „*Tracing der Kontakte von Infizierten in den Tagen vor dem Test unter Mithilfe von Handydaten*“.<sup>54</sup> Diese Empfehlung wird jedoch mit keinem Wort begründet. In der im Anschluss präsentierten Übersichtstabelle zu Maßnahmen „erfolgreicher“ Staaten (China, Singapur, Südkorea, Taiwan) im Vergleich zu Staaten mit erheblichen Problemen (Italien, Spanien, Frankreich, USA, Großbritannien) zeigt sich, dass in einem einzigen Staat (Südkorea) „*Mobile apps to track interaction*“ eingesetzt worden seien. Daraus lässt sich mE eine Empfehlung nicht abgesichert ableiten.

<sup>50</sup> Es findet sich im Netz u.a. Kritik an der fachlichen Zusammensetzung der Gruppe, da Virologen, Epidemiologen, Spezialwissenschaftler (und Juristen) fehlen würden, vgl. Mathias Tischler, Coronavirus, <https://docs.google.com/document/d/1J6tMUsAxwHcGzkHDr7g8XuKjKBiVu6MhrShQ8xOA7NQ/mobilebasic#>.

<sup>51</sup> Mathias Beiglböck (Uni Wien), Philipp Grohs (Uni Wien), Joachim Hermisson (Uni Wien, Max Perutz Labs), Magnus Nordborg (ÖAW), Walter Schachermayer (Uni Wien) Mit Unterstützung der Rektoren Heinz Engl (Uni Wien) und Markus Müller (Med Uni), Stellungnahme zur COVID19 Krise, 30.3.2020 Executive Summary. Das Originaldokument ist zB hier <https://www.covid19info.at/publikationen/> zwar noch verlinkt, aber nicht mehr verfügbar. Ich habe das Dokument heruntergeladen und kann es zur Verfügung stellen. Verfügbar ist hingegen eine aktualisierte Fassung dieser Stellungnahme mit leicht verändertem Titel: Stellungnahme zur COVID19 Krise Zusammenfassung einiger quantitativer Perspektiven (Update mit aktualisierten Daten vom 31.3.2020), <https://www.oesterreich.gv.at/dam/jcr:a9ba0dbb-fc05-4b6f-a7cb-ecb8b6842364/Executive%20Summary%20Covid19%20v2.pdf>.

<sup>52</sup> Das Dokument ist nicht paginiert. Nach meiner Zählung S. 2.

<sup>53</sup> Ebd, S. 4.

<sup>54</sup> Ebd. S. 6.

Erst recht lässt sich daher daraus nicht ableiten, dass die verpflichtende oder freiwillige Einführung einer Tracing App zulässig oder rechtlich geboten wäre.

## 5.2 Kosten

Es ist evident, dass jedes der genannten Ziele und jede der genannten Maßnahmen Kosten hervorrufen. Diese sind zT monetär, zT auch ideell. So führt etwa das Freimachen von Intensivbetten zur Verschiebung oder Vermeidung medizinisch indizierter Behandlungen anderer Personen, die nicht an Corona erkrankt sind. Isolations- und Quarantänemaßnahmen haben Auswirkungen auf die psychische Gesundheit gesunder und psychisch erkrankter Personen etc. Die undifferenzierte Fortsetzung oder Einführung von Maßnahmen der Reduzierung von Sozialkontakten führen zu enormen materiellen individuellen und kollektiven Kosten usw. Viele dieser Maßnahmen gehen mit erheblichen Grundrechtseinschränkungen einher – Freizügigkeit, Erwerbsfreiheit, Demonstrationsfreiheit, Eigentum, - usw.

Hinzu tritt, dass die getroffenen Maßnahmen unterschiedliche Teile der Bevölkerung sehr unterschiedlich treffen. Während einzelne Bereiche (vermutlich) sogar profitieren (zB Apotheken) und andere (weitgehend) unberührt bleiben (zB der öffentliche Dienst), kommt es in anderen zu massiven (zT unbezahlten) Mehrbelastungen und zu Einkommens(total)ausfällen. Erste Untersuchungen scheinen darauf hinzudeuten, dass die getroffenen Maßnahmen soziale Ungleichheit (deutlich) verstärken: Mobilitätsreduzierung verhält sich indirekt proportional zum Vermögen<sup>55</sup>, Home-Learning und Home-Working stellt teure Anforderungen an die Wohnsituation und an die dort vorhandene IT-Infrastruktur<sup>56</sup>, Einkommen sind unterschiedlich stark betroffen<sup>57</sup>, usw.

Jede Maßnahme zur Einführung oder Nichteinführung von Apps muss daher mit diesen Kosten und Eingriffen in ein rechtlich zulässiges und volkswirtschaftlich optimiertes Gleichgewicht gebracht werden. Die Prüfung der Zulässigkeit einer App muss daher immer auch prüfen, ob mit gelinderen Mitteln (weniger eingriffsintensiv) dieselben Ziele erreicht werden können. Politisch geboten ist es, hier auch die monetären und ideellen Kosten möglicher Handlungsalternativen in Bezug zu setzen.

---

<sup>55</sup> Jennifer Valentino-DeVries, Denise Lu and Gabriel J.X. Dance, Location Data Says It All: Staying at Home During Coronavirus Is a Luxury, April 3 2020, <https://www.nytimes.com/interactive/2020/04/03/us/coronavirus-stay-home-rich-poor.html?referringSource=articleShare>.

<sup>56</sup> Vgl. zB <https://ooe.orf.at/stories/3043208/>, „Beim E-Learning waren vor den Osterferien etwa 6 bis 6,8 Prozent der 6- bis 14-Jährigen nicht erreicht worden. Manchmal liege das auch an fehlenden Geräten.“

<sup>57</sup> Vgl. zB Fabian Kalleitner/David W. Schiestl, Einkommenseinbußen in der Frühphase der Corona-Krise, <https://viecer.univie.ac.at/coronapanel/corona-blog/corona-blog-beitraege/blog07/>: „Da es bis dato vor allem den Personen in Home-Office gelang, einkommens-technisch recht unbeschadet durch die Krise zu kommen und diese eher im höheren Einkommenssegment angesiedelt sind, könnte dies die Ungleichheit erhöhen. Darüber hinaus könnten sich auch längerfristige Vorteile für Menschen in Home-Office ergeben, da sie Suchkosten (nach einem geeigneten neuen Job) vermeiden und durch die ungebrochene Arbeitslaufbahn rascher beruflich aufsteigen können.“ Vgl. auch <https://wien.orf.at/stories/3043764/>.

Voraussetzung einer derartigen Bezugerstellung wäre freilich zunächst der Beweis, dass die Nutzung von Apps individuell auf Ebene der Betroffenen wie auch kollektiv auf Ebene des Gesundheitssystems zunächst mehr nützt als schadet (was nicht zwingend so sein muss, beispielsweise weil die Nutzung der App zu Leichtsinnigkeit führen kann, weil Missbräuche nicht auszuschließen sind, weil Kurzschlussreaktionen nach Warnungen anzunehmen sind usw.). Des Weiteren wäre mE zu beweisen, dass der App-Einsatz mehr zur Zielerreichung beiträgt als andere zur Verfügung stehende Mittel (etwa mehr Maskeneinsatz, mehr Aufklärung, strengere Kontrollen usw.).

### 5.3 Entscheidungsträger und ihre Berater

Die Bestimmung der Ziele und der Mittel ihrer Erreichung ist eine eminent politische Aufgabe. Sie wird jedoch auf Grundlage von Annahmen über die Welt getroffen, die das Ergebnis empirischer Ausgangslagen wie auch fachlicher Annahmen von Expertinnen und Experten sind, die politikberatend agieren.

So verfügt das Virus über eine natürliche Reproduktionszahl, die derzeit nicht zweifelsfrei bekannt ist. Ebenso ist (noch) nicht zweifelsfrei wissenschaftlich anerkannt, welche Maßnahmen sich wie auf die Reproduktionsrate auswirken und welche Kosten-Mittel-Relation hier ideal ist. Würde sich, beispielsweise, in einem Beratungsgremium, die fachliche Meinung durchsetzen, das Ziel einer Reduktion der Reproduktionszahl in einem Bereich, in dem ein Containment wieder sinnvoll möglich wird, wäre nicht erreichbar, dann hätte dieser Befund – selbstverständlich – auch Auswirkungen auf die rechtliche Bewertung der getroffenen Maßnahmen – etwa eines Versammlungsverbots, eines Verhüllungsgebots und auch des Einsatzes von Apps.

Es ist mir jedoch trotz intensiver Suche nicht gelungen, im normativen Begleitmaterial zur Corona-Normierung eine exakte Zielbestimmung zu identifizieren. Auch kann ich nicht reproduzieren, wer „die Regierung“ in welcher Funktion berät. Ich kann nur – negativ – feststellen, dass der Datenschutzrat (bisher) nicht zu diesen Beratungsgremien zählt, weil eine Sitzung seit Ausbruch der Krise nicht stattgefunden hat.

Es ist mir schließlich ebenso nicht gelungen, eine normative Grundlage dafür zu finden, wer Gesetzgeber und Regierung bei der Definition der Ziele und ihrer Umsetzung beraten soll und beraten darf. Vielmehr entsteht (in mir) der Eindruck einer nach informellen Gesichtspunkten zusammengesetzten Gruppe von Berater\*innen.

Diese Berater\*innengruppe muss jedoch disziplinar ausgewogen sein, weil das Problem multifaktoriell ist. Diese Ausgewogenheit ist somit schon deshalb nicht einfach zu erreichen, weil neben virologischen, epidemiologischen und mathematischen Kenntnissen insb. auch ökonomische, psychologische, soziologische, ethische und juristische Kompetenzen erforderlich sind, um das sehr dynamische Geschehen zu erfassen und zu bewerten.

Deswegen ist nach meinem Befund eine Voraussetzung jeder (datenschutz)rechtlichen Bewertung von Apps die Herstellung von Transparenz über die politisch verfolgten Ziele sowie

über die Zusammensetzung, den Auftrag und die Funktion von Beratungsgremien bei der Definition dieser Ziele und ihrer Maßnahmen.

Nur vor diesem Hintergrund kann auf Dauer sinnvoll über die rechtliche Zulässigkeit von Apps diskutiert werden, weil die Ziele eine Bezugsgröße der Grundrechtsprüfung dahingehend sind, ob der Eingriff ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels ist.

## 6 Rechtliche Ausgangslage

### 6.1 Einleitung

In allen genannten Szenarien werden personenbezogene Daten verarbeitet. Damit sind in allen Fällen insb. DSGVO und DSG einschlägig. Hinzu treten die grundrechtlichen Garantien, insb. von Art. 7 und 8 EU-Grundrechtecharta, Art. 8 EMRK und § 1 DSG.

Es bedarf einer Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Daten. In fast allen der genannten Szenarien werden sensible personenbezogene Daten verarbeitet, weil Angaben zur Gesundheit verarbeitet werden. Die Verarbeitung muss daher eine Rechtsgrundlage sowohl in Art. 9 wie auch in Art. 6 DSGVO finden.

Hier steht einerseits die Einwilligung, andererseits eine gesetzliche Grundlage in Form einer nationalen oder europäischen Norm zur Verfügung. Regelmäßig, insb. bei der Stopp-Corona-App, aber auch bei NOVID20 und bei Aple/Google, wird auf die informierte Einwilligung zurückgegriffen.

### 6.2 Einwilligung

#### 6.2.1 Normative Ausgangslage

Die Einwilligung nach Art. 9 Abs. 2 Buchstabe a) schafft eine Ausnahme vom absoluten Verarbeitungsverbot des Art. 9 Abs. 1 DSGVO. Verlangt wird: *„Die betroffene Person hat in die Verarbeitung der genannten personenbezogenen Daten für einen oder mehrere festgelegte Zwecke ausdrücklich eingewilligt, es sei denn, nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten kann das Verbot nach Absatz 1 durch die Einwilligung der betroffenen Person nicht aufgehoben werden“*.

Damit wird zweierlei deutlich: Erstens muss die Einwilligung **ausdrücklich** sein, zweitens darf es auch Fälle geben, in denen ein Mitgliedsstaat die Einwilligung nicht als Rechtsgrundlage der Verarbeitung genügen lässt, sondern eine Datenverarbeitung trotz Einwilligung für unzulässig erklärt.

In Art. 4 Nr. 11 DSGVO wird die Einwilligung der betroffenen Person definiert als *„jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist“*.

Art. 7 DSGVO schafft weitere Bedingungen, denen die Einwilligung genügen muss. Sie muss insb. nachweisbar (Art. 7 Abs. 1 DSGVO) und jederzeit und einfach widerrufbar sein (Art. 7 Abs. 3 DSGVO). Sie unterliegt außerdem einem Kopplungsverbot (Art. 7 Abs. 4 DSGVO): *„Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer*

Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.“

Des Weiteren finden sich in den Erwägungsgründen zur DSGVO weitere Anforderungen an die Einwilligung. In EG 32 heißt es:

„Die Einwilligung sollte durch eine eindeutige bestätigende Handlung erfolgen, mit der **freiwillig, für den konkreten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich** bekundet wird, dass die betroffene Person mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist, etwa in Form einer schriftlichen Erklärung, die auch elektronisch erfolgen kann, oder einer mündlichen Erklärung. Dies könnte etwa durch Anklicken eines Kästchens beim Besuch einer Internetseite, durch die Auswahl technischer Einstellungen für Dienste der Informationsgesellschaft oder durch eine andere Erklärung oder Verhaltensweise geschehen, mit der die betroffene Person in dem jeweiligen Kontext eindeutig ihr Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten signalisiert. **Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person sollten daher keine Einwilligung darstellen.** Die Einwilligung sollte sich auf alle zu demselben Zweck oder denselben Zwecken vorgenommenen Verarbeitungsvorgänge beziehen. Wenn die Verarbeitung mehreren Zwecken dient, sollte für alle diese Verarbeitungszwecke eine Einwilligung gegeben werden. Wird die betroffene Person auf elektronischem Weg zur Einwilligung aufgefordert, so muss die Aufforderung in klarer und knapper Form und ohne unnötige Unterbrechung des Dienstes, für den die Einwilligung gegeben wird, erfolgen.“

In EG 42 heißt es: „Erfolgt die Verarbeitung mit Einwilligung der betroffenen Person, sollte der Verantwortliche **nachweisen** können, dass die betroffene Person ihre Einwilligung zu dem Verarbeitungsvorgang gegeben hat. Insbesondere bei Abgabe einer schriftlichen Erklärung in anderer Sache sollten Garantien sicherstellen, dass die betroffene Person weiß, dass und in welchem Umfang sie ihre Einwilligung erteilt. Gemäß der Richtlinie 93/13/EWG des Rates (10) sollte eine vom Verantwortlichen vorformulierte Einwilligungserklärung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung gestellt werden, und sie sollte keine missbräuchlichen Klauseln beinhalten. **Damit sie in Kenntnis der Sachlage ihre Einwilligung geben kann, sollte die betroffene Person mindestens wissen, wer der Verantwortliche ist** und für welche Zwecke ihre personenbezogenen Daten verarbeitet werden sollen. Es sollte nur dann davon ausgegangen werden, dass sie ihre Einwilligung freiwillig gegeben hat, wenn sie eine echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden.“

EG 43 führt aus: „Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen **Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein klares Ungleichgewicht besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine Behörde handelt**, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall **unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern.** Die Einwilligung gilt nicht als freiwillig erteilt, wenn zu verschiedenen Verarbeitungsvorgängen von personenbezogenen Daten nicht gesondert eine Einwilligung

*erteilt werden kann, obwohl dies im Einzelfall angebracht ist, oder wenn die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung abhängig ist, obwohl diese Einwilligung für die Erfüllung nicht erforderlich ist.“*

Der Normgeber macht hier v.a. Zweierlei deutlich. Erstens steht ein klares Ungleichgewicht zwischen Verantwortlichem und Betroffenen einer freiwilligen Einwilligung regelmäßig entgegen, insbesondere dann, wenn es sich beim Verantwortlichen um eine Behörde handelt. Zweitens kommt es auf eine Prüfung der individuellen Situation nicht an; vielmehr genügt es für die Unwirksamkeit der Einwilligung, dass es wegen des Ungleichgewichts *„in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist“*, dass die Einwilligung freiwillig erteilt wurde.

#### 6.2.2 Stimmen der Literatur

In der (deutschen) Kommentarliteratur wird deshalb regelmäßig hervorgehoben, dass die Einwilligung im öffentlichen Bereich hinter die gesetzliche Determinierung staatlichen Handelns zurücktrete: *„Staatliches Handeln ist zuallererst durch das Gebot der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung geprägt. Die Grenzen zulässiger staatlicher Datenverarbeitung sind nicht Gegenstand eines individuellen Aushandlungsprozesses zwischen Bürger und Staat, sondern bestimmen sich nach den gesetzlich definierten Aufgaben. Im Rahmen dieser Aufgabenerfüllung dürfen staatliche Stellen regelmäßig auf gesetzlicher Grundlage Daten verarbeiten. Umgekehrt kommt eine Ausdehnung dieser Befugnisse über die gesetzlich definierten Grenzen hinaus mittels des Instruments der Einwilligung allenfalls ausnahmsweise in Betracht. EG 43 der Verordnung verweist in diesem Zusammenhang auch darauf, dass „insbesondere“ bei Einholung der Einwilligung durch eine Behörde davon auszugehen ist, dass zwischen den Beteiligten ein klares Ungleichgewicht besteht und schon deshalb die Einwilligung keine rechtliche Handhabe für eine Datenverarbeitung liefern soll.“*<sup>58</sup> *„Der Betroffene muss in der Lage sein, eine echte Wahl zu treffen hinsichtlich des Ob, Wieviel und Wem er die Nutzung seiner Daten gestattet.“*<sup>59</sup>

Die Einwilligung ist nur dann freiwillig, wenn **sie ohne jeden Druck oder Zwang abgegeben** werden darf.<sup>60</sup> Sie ist insb. dann beeinträchtigt, wenn gegen das Kopplungsverbot verstoßen wird, also eine bestimmte Leistung ohne dafür nicht notwendige Einwilligung nicht (mehr) erbracht wird oder dem Betroffenen für den Fall der Verweigerung der Einwilligung Nachteile angekündigt werden.<sup>61</sup>

*„Besonders prekär sind Einwilligungserklärungen in öffentlich-rechtlichen Subordinationsverhältnissen. Wenn der Betroffene bei objektiver Beurteilung damit rechnen muss, dass seine Zustimmung erforderlichenfalls durch einen Zwangszugriff auf seine Daten ersetzt oder er zu einer Preisgabe gezwungen wird, ist der Akt der Einwilligung nur bei isolierter Betrachtung noch freiwillig. Das Gesamtgeschehen wird nicht vom Betroffenen, sondern von der mit Befugnis zur einseitigen Entscheidung ausgestatteten oder eine solche Befugnis*

<sup>58</sup> Kühling/Buchner/Buchner/Kühling DS-GVO Art. 7 Rn.15.

<sup>59</sup> Ernst: Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung, ZD 2017, 110 (111).

<sup>60</sup> Gola DS-GVO/Schulz, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rn. 21.

<sup>61</sup> Ernst: Die Einwilligung nach der Datenschutzgrundverordnung, ZD 2017, 110 (112).

*glaubhaft vorspiegelnden Behörde beherrscht. Eine erteilte „Einwilligung“ ist unter dieser Voraussetzung keine Ausübung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und – mangels Freiwilligkeit – keine Einwilligung im Sinne der DSGVO.“<sup>62</sup>*

*„Insgesamt ist die behördliche Verarbeitung auf der Grundlage einer Einwilligung zwar nicht kategorisch auszuschließen, aber sie wird die rechtfertigungspflichtige Ausnahme bleiben.“<sup>63</sup>*

Freiwilligkeit bedeutet **Freiheit von Zwang und Wahlfreiheit**.<sup>64</sup> Der Betroffene muss „**eine echte und freie Wahl haben**“<sup>65</sup>. Im hier interessierenden Kontext einer möglichen Datenverarbeitung kann in einer Zweistufenprüfung zunächst gefragt werden, ob eine Machtasymmetrie besteht. In einer zweiten Stufe wäre zu prüfen, ob der Betroffene eine echte und freie Wahl bezüglich der Einwilligung hat.<sup>66</sup> Als mögliches Beispiel eines Machtungleichgewichts (auch) gegenüber einem privaten Verantwortlichen wird in der Literatur die Gesundheitsversorgung ausdrücklich genannt.<sup>67</sup> Wahlfreiheit sei dann zu verneinen, „*wenn in Anbetracht aller Umstände des Einzelfalls nicht anzunehmen ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben würde. Besaß der Betroffene keine echte Wahl, da er anderenfalls Nachteile zu befürchten hatte, stellt die Einwilligung keine gültige Grundlage für die Datenverarbeitung dar.*“<sup>68</sup>

An mehreren Stellen der DSGVO lässt sich erkennen, dass der Normgeber die Bedeutung von öffentlichen Gesundheitsdaten sieht und auch normiert, dass diese auch unabhängig von einer Einwilligung verarbeitet werden können sollen. So heißt es etwa in EG 54: „*Aus Gründen des öffentlichen Interesses in Bereichen der öffentlichen Gesundheit kann es notwendig sein, besondere Kategorien personenbezogener Daten **auch ohne Einwilligung** der betroffenen Person zu verarbeiten. Diese Verarbeitung sollte angemessenen und besonderen Maßnahmen zum Schutz der Rechte und Freiheiten natürlicher Personen unterliegen.*“

### 6.2.3 Schlussfolgerung

Soll auf die Einwilligung als Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung im Kontext von Apps zurückgegriffen werden (wie dies derzeit der Fall ist), dann sind an diese Einwilligung insb. hinsichtlich ihrer Freiwilligkeit besonders strenge Maßstäbe anzulegen.

Dies ergibt sich schon allein aus der besonderen Belastungssituation, die aus der aktuellen Krise entsteht. Des Weiteren sind Verantwortliche zwar idR nicht staatliche Stellen (obwohl auch dies in einigen EU-Staaten, so etwa Polen, der Fall sein dürfte<sup>69</sup>), aber doch in einem

<sup>62</sup> Klement, Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Datenschutzrecht, 1. Auflage 2019, Art. 7 Rn 51.

<sup>63</sup> Paal/Pauly/Frenzel, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rn. 19.

<sup>64</sup> Ehmann/Selmayr/Heckmann/Paschke, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rn. 48.

<sup>65</sup> BeckOK DatenschutzR/Stemmer, 31. Ed. 1.2.2020, DS-GVO Art. 7 Rn. 38.

<sup>66</sup> Ehmann/Selmayr/Heckmann/Paschke, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rn. 51.

<sup>67</sup> Ehmann/Selmayr/Heckmann/Paschke, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rn. 52.

<sup>68</sup> Ehmann/Selmayr/Heckmann/Paschke, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 7 Rn. 53.

<sup>69</sup> Vgl. auch die Empfehlung der Kommission, C(2020) 2296 final, [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation\\_on\\_apps\\_for\\_contact\\_tracing\\_4.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/recommendation_on_apps_for_contact_tracing_4.pdf), EG 8: „*Several Member States have introduced specific legislation that allow them to process health data, based on public interest (Article 6(1)(c) or (e) and Article 9(2)(i) of Regulation (EU) 2016/679). In any case, the purposes and means of the data processing, what data are to be processed and by whom, should be clear and specific.*“

Bereich der öffentlichen Gesundheit und damit in einem traditionell dem Staat zuzurechnenden Gebiet tätig.

Es darf beim Einzelnen trotz der Ausnahmesituation und trotz der Staatsnähe nicht der Eindruck entstehen, keine Alternative zur Nutzung der App zu haben. Damit sind insbesondere staatliche Maßnahmen unzulässig, die die Einwilligungsfreiheit des Betroffenen aushebeln, indem sie die Installation der App zur Voraussetzung der uneingeschränkten Handlungsfähigkeit des Betroffenen machen. Eine Norm, die etwa die Aufhebung einer Ausgangssperre an die „freiwillige“ Installation der App binden, wären vor diesem Hintergrund mE klar rechtswidrig.

Aber auch die Hinnahme von faktischen Aufhebungen der Freiwilligkeit – etwa, indem hingenommen würde, dass Arbeitgeber oder Anbieter der Grundversorgung (in privatrechtlichen Verhältnissen) die Installation der App voraussetzen, würde die Freiwilligkeit der Einwilligung zunichte machen.

Schon aus diesem Grund ergibt sich mE die Gebotenheit der gesetzlichen Absicherung der Freiwilligkeit der Einwilligung (dazu unten).

## 7 Handlungsoptionen

Es stehen aus meiner Sicht mit Datum 13. 04. die folgenden Handlungsoptionen aus gesetzgeberischer Sicht zur Verfügung:

### 7.1 Nichtstun

Der Staat (und mit ihm der Gesetzgeber) kann sich (bewusst) entscheiden, die weitere Entwicklung (wie bisher) dem freien Spiel der Kräfte zu überlassen. In diesem Szenario werden, voraussichtlich die bereits entwickelten Apps und weitere Anbieter auf dem Markt auftreten und die Teilnahme/Installation der App unter dem Regime einer Einwilligung, die den Anforderungen der DSGVO genügen muss, geschehen lassen. Datenschutzfreundlichkeit und Wahrnehmung der Betroffenenrechte wären in diesem Szenario Argumente, mit denen App-Anbieter die Bevölkerung zu einer Teilnahme motivieren würden, so wie dies „Stopp-Corona“ bereits jetzt versucht.

Es ist jedoch aus meiner Sicht in diesem Szenario wahrscheinlich, dass (mindestens) fünf Folgeeffekte eintreten:

#### 7.1.1 Fehlende Marktdurchdringung

Es ist mE mit hoher Wahrscheinlichkeit damit zu rechnen, dass ein allein auf Opt-In basierendes System nicht dazu führen wird, dass dadurch ein einigermaßen flächendeckendes Contact-Tracing möglich wird. Selbst in Staaten mit einem erheblich anders ausgerichteten Sozial- und Normverhalten der Bevölkerung wie Singapur<sup>70</sup> oder Israel<sup>71</sup> sollen die Marktdurchdringungsraten bei freiwilligem Einsatz bei unter 20 % der Population gelegen haben.

Im Einzelfall mögen automatisiert Treffer erzeugt werden können, in der Mehrzahl der Fälle wird jedoch weiterhin eine menschliche Rückverfolgung von Kontakten Infizierter notwendig bleiben. Damit dient die App uU einer Sensibilisierung der Bevölkerung aber nicht einer Vorbereitung/Erleichterung des Containing.

#### 7.1.2 Unplanbare informelle Effekte

Enthält man sich einer normativen Vorgabe, ist weder steuer- noch vorhersehbar, ob sich informelle Zwänge zum Einsatz oder Nichteinsatz der App entwickeln. Ebenso wie es denkbar ist, dass Arbeitgeber von Arbeitnehmern oder Supermarktketten von ihren Kunden die Installation der App verlangen, ist vorstellbar, dass sich relevante Subkulturen bilden, die die Installation proaktiv hintertreiben. Das hat erhebliche Auswirkungen und kann auf einen Entfall der Rechtsgrundlage „informierte Einwilligung“ wegen fehlender Freiwilligkeit und/oder fehlender Informiertheit hinauslaufen.

---

<sup>70</sup> <https://www.straitstimes.com/singapore/about-one-million-people-have-downloaded-the-tracetgether-app-but-more-need-to-do-so-for>;

<sup>71</sup>

### 7.1.3 Skaleneffekte und Entscheidungsdruck

Bei Nichtstun ist wahrscheinlich, dass der „First Mover“ auf dem Markt, die App des Roten Kreuzes, gemessen an anderen weiterhin an Popularität gewinnt und im Mai ein Entscheidungsdruck gegenüber der öffentlichen Hand dahingehend entsteht, ob die App als „official App“ im Lichte der Apple/Google-Initiative zu qualifizieren ist, sodass spätestens dann – erst recht – eine behördliche Entscheidung herbeizuführen sein wird.

### 7.1.4 Wiederaufflackern der Diskussion um verpflichtende Nutzung

Bei Fortsetzung einer Politik, die auf Containment gerichtet ist, wird, wenn die oben beschriebenen Effekte eintreffen, früher oder später Folgefragen der verpflichtenden Einführung wieder auftauchen, vor allem, wenn es nicht gelingt, einen ausreichend hohen Anteil freiwilliger Nutzer\*innen\*innen zu gewinnen.

Bei dieser Diskussion ist zu berücksichtigen, dass – selbstverständlich – hier nicht nur das Datenschutzgrundrecht zu veranschlagen ist. Vielmehr streiten hier zahlreiche Grundrechte für die Einführung einer Verpflichtung, insbesondere solche des Eigentums, der Berufsfreiheit, der Freizügigkeit, der Demonstrationsfreiheit usw. wenn die Alternative zur verpflichtenden App die Fortsetzung oder Wiedereinführung strenger(er) Maßnahmen sozialer Isolierung ist.

Die dann entstehende grundrechtliche und politische Lage wird sehr unübersichtlich sein und gleichwohl unter hohem Zeitdruck rasche Entscheidungen verlangen.

### 7.1.5 Unterwanderung der Freiwilligkeit durch behördliche Herausgabeverlangen

Schließlich ist auf Grundlage der geltenden Rechtslage nicht auszuschließen (§ 5 Abs. 3 Epidemiegesetz iVm § 10 Abs 2 DSGVO), dass Behörden Datenübermittlungen an sie schon nach geltendem Recht und trotz Einwilligungslösung verlangen. Beim ersten derartigen Fall, der bekannt würde, entstünde vermutlich ein enormer Vertrauensverlust bei den Nutzer\*innen, der die Marktdurchdringung noch weiter beschädigen würde.

## 7.2 Betonung der Freiwilligkeit

Man könnte sich deshalb auch dazu entschließen, die bisherige Politik des Nachdenkens über die Einführung/Nutzung einer App weiter zu führen und dabei eindeutiger als bisher durch ein weiches Instrument – etwa in Form einer EntschlieÙung, einer Erklärung der Bundesregierung, oder einer Stellungnahme des Datenschutzrats - zu betonen, dass deren Einführung von datenschutzrechtlichen Prinzipien der Freiwilligkeit getragen sei und getragen bleiben muss. Hier könnte auch klargestellt werden, dass mit einem behördlichen Herausgabeverlangen keinesfalls zu rechnen ist. Auch könnte man gegenüber dem Roten Kreuz frühzeitig Gewissheit herzustellen versuchen, ob es sich bei „Stopp Corona“ um eine App im Sinne der Apple/Google-Policy handeln wird.

Dieser Ansatz hätte den Vorteil einer höheren Vorhersehbarkeit der politisch-rechtlichen Positionen, jedoch den Nachteil rechtlicher Unverbindlichkeit (und würde uU zT auch zu

widersprüchlichen Ergebnissen/Aussagen führen, wie man sie in der Vorwoche bereits gesehen hat).<sup>72</sup>

### 7.3 Gesetzliche Einführung einer verpflichtenden Nutzung der App

Es ist auch denkbar, dass, insbesondere wenn die oben beschriebenen Strategien scheitern sollten, die App-Nutzung gesetzlich verpflichtend gemacht wird.

Eine solche Maßnahme könnte vor dem Hintergrund von Art. 9 Abs. 2 Buchstabe i) DSGVO auch grundsätzlich zulässig sein. Demnach sind Ausnahmen vom Verbot der Verarbeitung sensibler Daten auch durch nationales Gesetz zulässig, wenn die Verarbeitung aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit, wie dem Schutz vor schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren erfolgt und angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Person, vorgesehen sind.

Jedoch müssten diese Maßnahmen selbstverständlich grundrechtskonform sein. Insbesondere müsste Verhältnismäßigkeit gegeben sein.

Da, soweit zu sehen, die gesetzliche Verpflichtung der Nutzung einer App in Österreich von niemandem (mehr) gefordert wird, kann hier eine systematische Prüfung unterbleiben. Es ist jedoch festzuhalten, dass alle mir bekannten Einschätzungen eine Grundrechtskonformität verneinen. Das gilt neben meiner eigenen<sup>73</sup> für die Positionen von Bußjäger/Gamper<sup>74</sup> und auch für die der Vereinigungen der Richter des Verwaltungsgerichtshof, des Bundesverwaltungsgerichts, der Verwaltungs- und der Finanzgerichte<sup>75</sup>. Letztere nimmt affirmativ auch auf eine „Gemeinsame Erklärung der Zivilgesellschaft: Staaten, die digitale Überwachungstechnologien zur Bekämpfung von Pandemien einsetzen, müssen die Menschenrechte achten“ Bezug, in der es heißt:

*„Überwachungsmaßnahmen zur Bekämpfung der Pandemie müssen rechtmäßig, notwendig und verhältnismäßig sein. Sie müssen gesetzlich vorgesehen und durch legitime gesundheitspolitische Ziele gerechtfertigt sein, die von den zuständigen Gesundheitsbehörden festgelegt werden, und in einem angemessenen Verhältnis zu diesen Bedürfnissen stehen. Die Regierungen müssen in Bezug auf die von ihnen ergriffenen Maßnahmen transparent sein,*

<sup>72</sup> Vgl. nur <https://www.nachrichten.at/politik/innenpolitik/sobotka-fuer-verpflichtende-corona-app;art385,3247949>.

<sup>73</sup> <https://www.diepresse.com/5796147/fruhlingshaft-1-oder-grundrechte-sind-kein-schonwettershyprogramm>

<sup>74</sup> Bußjäger/Gamper, Corona: Stellungnahme zur Verfassungskonformität einer verpflichtenden Tracing-App

<sup>75</sup> [https://uvsvereinigung.files.wordpress.com/2020/04/erklc3a4rung\\_dvvr\\_corona.pdf](https://uvsvereinigung.files.wordpress.com/2020/04/erklc3a4rung_dvvr_corona.pdf): „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 DVVR 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 u.a. auch <https://www.sn.at/politik/innenpolitik/verwaltungsrichter-corona-app-pflicht-waere-unverhaeltnismaessig-86162821>, <https://www.derstandard.at/story/2000116805190/vfgh-richter-app-pflicht-waere-unverhaeltnismaessiger-eingriff-in-grundrechte?ref=article>; <https://www.nachrichten.at/panorama/chronik/corona-massnahmen-verwaltungsrichter-fordern-rascheren-rechtsschutz;art58,3250153>.

damit sie überprüft und gegebenenfalls später geändert, zurückgenommen oder aufgehoben werden können. Wir können nicht zulassen, dass die COVID-19- Pandemie als Vorwand für eine wahllose Massenüberwachung dient.“<sup>76</sup>

#### 7.4 Gesetzliche Einführung eines Opt-Out

Als „gelindere Maßnahme“ könnte, wie von der Jungen Union gefordert<sup>77</sup>, an eine verpflichtende Installation der App gedacht werden, woraufhin der Nutzer die Deinstallation verlangen oder selbst vornehmen könnte. Eine derartige Lösung hätte in Österreich zwar ein Vorbild im Gesundheitstelematikgesetz<sup>78</sup>. Ein derartiger Zugang wäre aber mindestens im hier interessierenden Zusammenhang wegen der europarechtlich gebotenen Ausdrücklichkeit der Einwilligungserklärung rechtswidrig. Außerdem würde eine derartige Norm voraussichtlich zu einem ganz erheblichen Ansturm an die Widerspruchstellen, so solche vorgesehen wären, führen, haben doch sogar von der wahrscheinlich vergleichsweise als weniger problematisch erlebten ELGA-Teilnahme inzwischen mehrere hunderttausend Österreicher\*innen bewusst Abstand genommen.

#### 7.5 Gesetzliche Absicherung der freiwilligen Teilnahme (und sonstiger Rahmenbedingungen)

Schließlich wäre denkbar, dass eine normative Klärung des Einsatzes von Tracing-Apps dahingehend durchgeführt wird, dass gesetzlich festgeschrieben wird, dass die Teilnahme freiwillig erfolgt. In einem derartigen Gesetz wäre zunächst festzuhalten, dass eine öffentlich- oder privatrechtliche Diskriminierung aufgrund der Gewährung oder Nichtgewährung der Einwilligung nicht erfolgen darf. Es wäre des Weiteren zu garantieren, dass bei erteilter Einwilligung Daten an Behörden nicht übermittelt werden und stets unter der Kontrolle des (privatrechtlich) organisierten Verantwortlichen bleiben. Es wäre die zeitliche Befristung der Infrastruktur sicherzustellen und ein Verbot der Verarbeitung für andere Zwecke festzuschreiben. Schließlich könnten auch weitere Konsequenzen der fehlerhaften Anwendung (etwa des Arbeitsrechts, des Schadensersatzrechts) normiert werden.

<sup>76</sup> [https://uvsvereinigung.files.wordpress.com/2020/04/joint\\_statement\\_de.pdf](https://uvsvereinigung.files.wordpress.com/2020/04/joint_statement_de.pdf).

<sup>77</sup> Vgl. [https://www.deutschlandfunk.de/covid-19-ju-chef-kuban-fuer-widerspruchsloesung-bei-corona.1939.de.html?drn:news\\_id=1119861-](https://www.deutschlandfunk.de/covid-19-ju-chef-kuban-fuer-widerspruchsloesung-bei-corona.1939.de.html?drn:news_id=1119861-)

<sup>78</sup> Vgl. insb. § 15 Abs, 2 Gesundheitstelematikgesetz: „Der Teilnahme an ELGA kann jederzeit generell widersprochen werden (Opt-out). Dabei ist anzugeben, ob sich dieser Widerspruch auf alle oder einzelne Arten von ELGA-Gesundheitsdaten (§ 2 Z 9) beziehen soll. Dieser generelle Widerspruch kann  
1. schriftlich gegenüber gemäß § 28 Abs. 2 Z 7 festzulegenden Widerspruchstellen abgegeben werden oder  
2. elektronisch über das Zugangsportale (§ 23) erfolgen, jedenfalls aber so, dass sowohl die eindeutige Identität der Person, die nicht an ELGA teilnehmen möchte, als auch die Authentizität der Mitteilung geprüft werden können. Der Widerspruch ist zu bestätigen. Der Bundesminister für Gesundheit hat durch Verordnung (§ 28 Abs. 2 Z 7) Widerspruchstellen einzurichten. Dabei sind insbesondere nähere Regelungen für die Wahrnehmung ihrer Aufgaben und für die Sicherstellung der Teilnehmer/innen/rechte zu treffen.“

All diese Maßnahmen könnten das Vertrauen der Bevölkerung in die Nutzung einer App erheblich fördern und damit zur Erreichung des Ziels einer hohen Nutzungsrate beitragen.

Voraussetzung für die Bewertung der Sinnhaftigkeit der Bewertung dieses Ziels wäre freilich ein umfassendes Verständnis über eine transparent vorgetragene Gesamtstrategie auf Grundlage transparent vorgetragener und zusammengesetzter Expertenmeinungen und deren politischer Bewertung. Für ein solches fehlen derzeit mE die Voraussetzungen.

## 8 Schlussfolgerungen und Empfehlungen

1. Grundlage der weiteren rechtspolitischen Diskussion (auch) über die Einführung von Tracing-Apps muss eine allen bekannte Gesamtstrategie zur Bewältigung der COVID-19-Krise sein. Die Herstellung dieser Transparenz ist Voraussetzung aller weiteren politischen Schlussfolgerungen und deren rechtlicher Bewertung und hat damit oberste Priorität.
2. Voraussetzung einer transparenten Gesamtstrategie ist eine transparente und alle relevanten Kompetenzfelder erfassende Zusammensetzung der Expert\*innen-Berater\*innengruppe, die die Gesamtstrategie vorbereiten und begleiten. Diese ist herzustellen. Auf eine Berücksichtigung grundrechtlicher, verfassungsrechtlicher, datenschutzrechtlicher, ethischer, psychologischer und wirtschaftlicher Kompetenz ist ebenso zu achten wie auf epidemiologische, virologische, informatische und mathematische Kompetenzen.
3. Aufgabe der Expert\*innen-Berater\*innengruppe ist das Aufzeigen von politischen Handlungsoptionen zur Erreichung der Ziele der Gesamtstrategie und insb. auch die Bewertung des Einsatzes von Apps als Methode zu dieser Zielerreichung.
4. Aufgabe des Gesetzgebers ist auf Grundlage dieser Bewertungen der Expert\*innen-Berater\*innengruppe eine politische Entscheidung (auch) über den Einsatz von Tracing-Apps zu treffen. Diese hat höherrangigem nationalem und europäischem Recht zu entsprechen. Auf internationale Entwicklungen, auch solche, die von privatwirtschaftlichen Akteuren wie Apple/Google vorangetragen werden, ist ebenso Bedacht zu nehmen wie auf Aktivitäten europäischer Organe.
5. Nach hier vertretener Auffassung ist – mindestens beim jetzigen Kenntnisstand – der verpflichtende Einsatz von Tracing-Apps als unverhältnismäßig und damit als verboten zu qualifizieren.
6. Nach hier vertretener Auffassung empfiehlt es sich die bisherige Politik des normativen Nichtstuns und der Überlassung der weiteren Entwicklung an ein freies Spiel der Kräfte zu verlassen, sofern Apps als Mittel zur Zielerreichung im Rahmen der Gesamtstrategie identifiziert wurden (und ihr Einsatz damit relevant ist).
7. Nach hier vertretener Auffassung empfiehlt sich die Vorbereitung und Verabschiedung eines Bundesgesetzes zur Förderung des freiwilligen Einsatzes von Tracing-Apps, sofern diese als Mittel zur Zielerreichung im Rahmen der Gesamtstrategie identifiziert wurden.
8. Gegenstand dieses Gesetzes wäre insb. die Absicherung der freiwilligen Teilnahme an Tracing-Apps sowie die Ausgestaltung von deren Rechtsfolgen. Ziel des Gesetzes wäre eine größtmögliche Akzeptanz des Einsatzes von Tracing-Apps durch die Bevölkerung und deren rechtssicherer Betrieb – in Entsprechung der Gesamtstrategie.