

# Voraussetzungen für ein rechtmässiges Handy-Tracking zur Eindämmung der COVID-19-Pandemie

## 1 Einleitung

Die Schweiz befindet sich momentan aufgrund der Corona-Pandemie (auch COVID-19 genannt) in einer ausserordentlichen Lage gemäss Art. 7 des Epidemiegesetzes (EpG). Der Bundesrat erliess deshalb die Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19). Daniel Koch vom Bundesamt für Gesundheit (BAG) eröffnete am 19.3.2020, dass als nächster Schritt geprüft werde, ob sich mittels Handy-Daten herausfinden lässt, ob und wo sich Menschen zu nahekommen. Die hierzulande zurzeit heiss diskutierte Massnahme ist in einigen Ländern wie China, Südkorea, Italien, Österreich und Israel schon Realität. In China werden Handys in Echtzeit geortet, um Bewegungsprofile zu erstellen und Infektionsketten zurückzuverfolgen während in Südkorea auf einer Livekarte verzeichnet ist, wo sich infizierte Personen aufhalten.

Da wir uns in einer ausserordentlichen Lage befinden, haben die Behörden grundsätzlich weitreichende Kompetenzen bei der Beschaffung von Personendaten. Damit eine solche Massnahme gemäss dem Eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB) rechtmässig wäre, muss sie sich mit Blick auf den Zweck der Verhinderung von Ansteckungen als verhältnismässig erweisen, wozu sie epidemiologisch begründet und geeignet sein muss, eine Wirkung zur Eindämmung der Pandemie zu entfalten.<sup>1</sup> Auf die durch den EDÖB angesprochenen Themen ist im Rahmen dieses Papers einzugehen, wobei folgende Fragestellung zu beantworten ist:

- Unter welchen rechtlichen Voraussetzungen darf das BAG heute mittels pseudonymisierten Handy-Daten von Infizierten die COVID-19-Pandemie in der Schweiz eindämmen?

## 2 Voraussetzungen der Rechtmässigkeit

### 2.1 Epidemiegesetz

Gemäss Art. 11 des EpG betreibt das BAG in Zusammenarbeit mit weiteren Bundesstellen und den zuständigen kantonalen Stellen Systeme zur Früherkennung und Überwachung von übertragbaren Krankheiten. Dies dient der Identifizierung der sozialen Kontakte von erkrankten Personen.<sup>2</sup> Art. 33 EpG sieht vor, dass eine Person, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet, identifiziert und benachrichtigt werden kann. Dabei muss jedoch Art. 30 EpG beachtet werden, wonach Massnahmen nach Art. 33-38 EpG nur angeordnet werden dürfen, wenn weniger einschneidende Massnahmen, um die Verbreitung einer übertragbaren Krankheit zu verhindern, nicht ausreichen oder nicht geeignet sind; und die Massnahme dazu dient, eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit Dritter abzuwenden. Die Massnahme muss demnach erforderlich und zumutbar sein. Darin äussert sich der Verhältnismässigkeits-Gedanke. Angesichts der Tatsache, dass

---

<sup>1</sup> <https://www.inside-it.ch/de/post/mit-handy-daten-corona-faelle-identifizieren-20200323>, abgerufen am: 25.3.2020.

<sup>2</sup> Botschaft EpG, S. 370.



die Zahl der positiv auf das Coronavirus getesteten Personen stetig steigt und es mittlerweile schon 21'652 Infizierte und 584 Verstorbene sind (Stand: 6.4.2020),<sup>3</sup> kann eine ernsthafte Gefahr für die Gesundheit Dritter bejaht werden.

Das Mittel des Handy-Trackings ist zur Verhinderung weiterer Ansteckungen sicherlich geeignet, sei es mittels WLAN, Mobilfunkantennen, GPS oder App. Der Bundesrat hat mittlerweile die Schulen geschlossen, ein Verbot von Veranstaltungen erlassen und Menschenansammlungen von mehr als 5 Personen verboten. Die infizierten Personen werden befragt, um deren sozialen Kontakte festzustellen und diese ebenfalls zu isolieren. Der Umstand, dass immer noch viele Menschen sich, beispielsweise an den Seepromenaden, nicht konsequent darauf achten den nötigen Abstand zu anderen Menschen einzuhalten und es dadurch zu immer mehr Ansteckungen kommen kann, erschwert jedoch die Eindämmung der Pandemie. Daraus kann geschlossen werden, dass zusätzliche Massnahmen zur Verhinderung von Ansteckungen und Eindämmung der Pandemie dringend notwendig sind. Das Handy-Tracking bietet aufgrund der schnellen und sicheren Auswertung der Daten vielversprechende Resultate. Gemäss Daniel Koch vom BAG gehe es bei der Handy-Trackingmassnahme nicht darum, wie im asiatischen Raum ein Tracking-System aufzubauen. Die Daten blieben anonymisiert und die Behörden hätten kein Tool, womit sie den Aufenthaltsort der Menschen in Echtzeit verfolgen können. Es gehe um die Auswertung von Vergangenheitsdaten.<sup>4</sup> Daraus kann geschlossen werden, dass die Behörden möglichst leichte Mittel einsetzen wollen, um die Verhältnismässigkeit zu wahren. Es sind aus dem heutigen Blickwinkel keine leichteren Mittel ersichtlich, die eine solche umfangreiche Auswertung ermöglichen.

***Exkurs Anonymisierung vs. Pseudonymisierung:***

Anonymisierung: Das Verändern personenbezogener Daten derart, dass die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse nicht mehr oder nur mit einem unverhältnismässig grossen Aufwand an Zeit, Kosten und Arbeitskraft einer bestimmten oder bestimmaren natürlichen Person zugeordnet werden können.

Pseudonymisierung: Das Ersetzen des Namens und anderer Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen zu dem Zweck, die Bestimmung des Betroffenen auszuschließen oder wesentlich zu erschweren.

Daniel Koch spricht oben von einer Anonymisierung der Handy-Daten, doch das ist unseres Erachtens technisch nur schwer möglich, weshalb von im Rahmen dieses Papers von einer Pseudonymisierung ausgegangen wird.

In Art. 58 ff. EpG ist die Datenbearbeitung geregelt. Das BAG, die zuständigen kantonalen Behörden und die mit Aufgaben nach diesem Gesetz betrauten öffentlichen und privaten Institutionen können Personendaten, einschliesslich Daten über die Gesundheit, bearbeiten oder bearbeiten lassen, soweit dies zur Identifizierung von kranken, krankheitsverdächtigen, angesteckten, ansteckungsverdächtigen und Krankheitserreger ausscheidenden Personen im

<sup>3</sup> BAG, Coronavirus Krankheit 2019 (COVID-19) – Situationsbericht zur epidemiologischen Lage in der Schweiz und im Fürstentum Liechtenstein, Stand 6.4.2020, 8:00 Uhr.

<sup>4</sup> <https://www.aargauerzeitung.ch/schweiz/wie-die-schweiz-das-virus-mit-big-data-eindaemmen-will-137306501>, aufgerufen am: 24.3.2020.

Hinblick auf Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit, insbesondere zur Erkennung, Überwachung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten, erforderlich ist (Art. 58 Abs. 1 EpG). Die Behörden haben die Datenschutzvorschriften einzuhalten und können die Daten grundsätzlich für höchstens 10 Jahre aufbewahren (Art. 58 Abs. 2 und 3). Die gesammelten Daten sind jedoch zu vernichten oder zu anonymisieren, sobald diese für die gesetzlich vorgeschriebenen Aufgaben nicht mehr benötigt werden.<sup>5</sup>

Das EpG regelt die Datenbearbeitung somit einlässlich und enthält keinen Hinderungsgrund bezüglich der geplanten Massnahmen, soweit dabei die ausgeführten Bestimmungen, die Verhältnismässigkeit und das Datenschutzgesetz beachtet werden.

## 2.2 Grundrechtsprüfung

An dieser Stelle ist zu beleuchten, welche Grundrechte durch die Massnahme des Handy-Trackings eingeschränkt werden. Dies sind das Recht auf die persönliche Freiheit (Art. 10 der Bundesverfassung; BV), die Versammlungsfreiheit (Art. 22 BV) sowie die Vereinigungsfreiheit (Art. 23) und nicht zuletzt der Schutz der Privatsphäre (Art. 13 BV). Grundrechte dürfen nur eingeschränkt werden, wenn die Voraussetzungen nach Art. 36 BV (gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit) eingehalten werden. Der Kerngehalt der Grundrechte ist unantastbar, ist hier aber nicht betroffen. Aufgrund fehlender Rechtsprechung zum EpG kann an dieser Stelle nicht mit Sicherheit beantwortet werden, ob Art. 58 ff. EpG als gesetzliche Grundlage für die geplanten Massnahmen ausreichen würde, zumal darin Massnahmen wie das Handy-Tracking nicht erwähnt werden. In einer Ausführungs-Verordnung analog der Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus könnte der Bundesrat die Einzelheiten regeln. Damit könnte der Bundesrat Rechtssicherheit darüber schaffen, in welchen Fällen welche Daten erhoben werden, wie diese verwendet werden und wann sie gelöscht werden.

Die Eindämmung der Pandemie liegt im öffentlichen Interesse des Schutzes der öffentlichen Gesundheit. Es sterben weit weniger Menschen, wenn die Infektionszahl gedrosselt wird, da das Gesundheitssystem die kranken und beatmungspflichtigen Patienten versorgen kann und nicht von zu vielen Patienten gleichzeitig überlastet wird.<sup>6</sup> Der Zweck der Massnahme, die Abwendung einer ernsthaften Gefahr für die Gesundheit bzw. der Schutz des Lebens, ist sehr gewichtig. Dem Schutz der Privatsphäre gegenübergestellt ist er wohl als überwiegend zu qualifizieren.

## 2.3 Datenschutzgesetz

Bei jeder Datenbearbeitung müssen die Grundsätze des Datenschutzgesetzes beachtet werden. Personendaten dürfen nur rechtmässig bearbeitet werden, ihre Bearbeitung hat nach Treu und Glauben zu erfolgen und muss verhältnismässig sein (Art. 4 Abs. 1 und 2 DSG). Die Prüfung der Verhältnismässigkeit gemäss dem EpG, welche im Kapitel 2.1 erörtert wurde, ist weitgehend identisch mit derjenigen nach dem DSG. Die weiteren datenschutzrechtlichen Grundsätze wie die Datensicherheit (Art. 7 DSG), die Datenrichtigkeit (Art. 5 DSG) sowie die

---

<sup>5</sup> Botschaft EpG, S. 407.

<sup>6</sup> <https://www.klinikumdo.de/newsartikel/lungenexperte-erklaert-sinnvolle-corona-strategie>; aufgerufen am 26.03.2020.



Zweckgebundenheit der Datenbearbeitung (Art. 4 Abs. 3 DSGVO) müssen ebenfalls eingehalten werden.

Organe des Bundes dürfen Personendaten bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 17 Abs. 1 DSGVO). Zu beachten ist zudem, dass es sich bei medizinischen Daten um besonders schützenswerte Personendaten handelt (Art. 3 lit. c Ziff. 2 DSGVO). Diese dürfen Bundesorgane nur bearbeiten, wenn ein Gesetz im formellen Sinn es ausdrücklich vorsieht oder ausnahmsweise, wenn es für eine in einem Gesetz im formellen Sinn klar umschriebene Aufgabe unentbehrlich ist, der Bundesrat es im Einzelfall bewilligt oder eine Einwilligung vorliegt (vgl. Art. 17 Abs. 2 DSGVO). Zur gesetzlichen Grundlage wurde im Rahmen der Grundrechtsprüfung unter 2.2 Stellung genommen.

## 2.4 Europäisches Datenschutzrecht

Falls das Handy-Tracking für Personen, die aus der EU kommen an der Grenze abgeschaltet wird, resp. nicht bis in die Nachbarländer hinein verfolgt wird, ist auf die Beobachtung im Schweizer Staatsgebiet ausschliesslich Schweizer Datenschutzrecht anwendbar. Europäisches Datenschutzrecht ist demnach für die Massnahmen in der Schweiz nicht massgeblich; auch nicht für Einwohner und Bürger von EU-Staaten. Trotzdem sei an dieser Stelle erwähnt, dass gemäss dem europäischen Datenschutzrecht solche Massnahmen zur Wahrung der öffentlichen Gesundheit und zur Eindämmung einer Epidemie gerechtfertigt sein können: Nach Art. 9 Abs. 2 lit. c DSGVO ist eine Verarbeitung zulässig, wenn sie zum Schutz lebenswichtiger Interessen erforderlich ist. Nach Erwägungsgrund 46 der DSGVO kann die Verarbeitung personenbezogener Daten für humanitäre Zwecke, einschliesslich der Überwachung von Epidemien und deren Ausbreitung, zum Schutz lebenswichtiger Interessen anderer Personen erforderlich sein.

## 3 Konklusion

- **Unter welchen rechtlichen Voraussetzungen darf das BAG heute mittels pseudonymisierten Handy-Daten von Infizierten die COVID-19-Pandemie in der Schweiz eindämmen?**

Zu den rechtlichen Massnahmen nach dem EpG gehört, dass allfällige Massnahmen eine gesetzliche Grundlage haben, verhältnismässig sein und der Abwendung einer ernsthaften Gefahr für die Gesundheit Dritter dienen müssen. Weiter haben die Behörden die Datenschutzvorschriften einzuhalten. Die geplante Datenbearbeitung genügt diesen Voraussetzungen des EpG und des DSGVO. Die Bejahung einer gesetzlichen Grundlage im EpG ist denkbar. Die geplante Massnahme wird gestützt auf die Aussagen des BAG zum geplanten Vorgehen und den obigen Ausführungen als verhältnismässig eingestuft.

## 4 Ausblick

Zukünftig könnte sich die Frage stellen, ob zur schnellen Eindämmung von Coronaviren-Herden die personenbezogenen Handy-Daten von Menschen in der Schweiz benutzt werden dürfen, um so Personen, die sich länger als 15 Minuten und näher als 2 Meter in der Nähe der infizierten Person befunden haben zu identifizieren und zu benachrichtigen.



Bei einer solchen Massnahme sind immer noch die gleichen Grundrechte betroffen. Die Massnahmen müssen deshalb ebenfalls den Voraussetzungen des EpG, des DSG und von Art. 36 BV genügen. Wie schon in Kapitel 2.1. ausgeführt sieht das EpG in Art. 33 vor, dass eine Person, die krank, krankheitsverdächtig, angesteckt oder ansteckungsverdächtig ist oder Krankheitserreger ausscheidet, identifiziert und benachrichtigt werden kann. Zentral ist dabei das Verhältnismässigkeitsgebot. Ein Handy-Tracking mit Identifizierung der infizierten Personen sowie deren sozialen Kontakten ist ein geeignetes Mittel, um weitere Ansteckungen zu verhindern. Die Identifikation von Infizierten ist notwendig, um ein Wiederaufflammen der Pandemie zu verhindern. Die Beispiele in anderen Ländern und die Erfahrungen mit der SARS-Lungenkrankheit haben gezeigt, dass die Identifizierung der sozialen Kontakte einer erkrankten Person wesentlich sein kann, um Massnahmen gegen eine weitere Ausbreitung der Krankheit zu ergreifen.<sup>7</sup> Es wird empfohlen, dass ausschliesslich das BAG oder geeignete kantonale Stellen über die Daten verfügen dürfen. Im Sinne der Verhältnismässigkeit sollte dies, wenn immer möglich mit anonymisierten Personendaten geschehen. Die Geeignetheit und die Erforderlichkeit des Mittels sind gemäss diesen Ausführungen gegeben. Die Zumutbarkeit ist aus dem heutigen Blickwinkel nicht abschliessend prüfbar.

Fraglich ist, wie das Handy-Tracking genau aussehen wird und wie die daraus gewonnen Informationen konkret eingesetzt werden. Hinzuweisen ist an dieser Stelle, dass es unnötig erscheint, einer Person mitzuteilen, wer sie angesteckt haben könnte. Es reicht, wenn sie per SMS darauf aufmerksam gemacht wird, dass sie sich in den letzten Tagen für den genannten Zeitraum in der Nähe einer kürzlich positiv getesteten Person befunden hat und sich in Selbstisolation zu begeben hat. Dies dient dem Schutz der Persönlichkeit Dritter und deren Privatsphäre. Anzumerken ist schlussendlich zudem, dass für Menschen, die kein Handy besitzen, alternative Lösungen gefunden werden müssten, da dies gerade in der Hochrisikogruppe der älteren Personen noch vereinzelt vorkommen kann.

Autorenschaft:

- MLaw Angela Schreier
- MLaw Martina Spaqi

Mit Unterstützung des gesamten Teams der Advokatur Sury AG.

---

<sup>7</sup> Botschaft EpG, S. 369 f.