Gesetzentwurf

der Abgeordneten Katja Keul, Dr. Manuela Rottmann, Dr. Konstantin von Notz, Beate Müller-Gemmeke, Maria Klein-Schmeink, Renate Künast, Luise Amtsberg, Dr. Danyal Bayaz, Canan Bayram, Dr. Anna Christmann, Katja Dörner, Katharina Dröge, Kai Gehring, Anja Hajduk, Britta Haßelmann, Dieter Janecek, Monika Lazar, Dr. Irene Mihalic, Lisa Paus, Filiz Polat, Tabea Rößner, Corinna Rüffer, Stefan Schmidt, Charlotte Schneidewind-Hartnagel, Margit Stumpp und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN

Entwurf eines Gesetzes zur zivil-, arbeits- und dienstrechtlichen Sicherung der Freiwilligkeit der Nutzung und zur Zweckbindung mobiler elektronischer Anwendungen zur Nachverfolgung von Infektionsrisiken (Tracing-App-Freiwilligkeits- und Zweckbindungs-Gesetz – TrAppFZG)

A. Problem

Eine „Tracing-App“ („Corona-Warn-App“) zur Nachverfolgung von Infektionsrisiken ist ein sinnvoller Baustein zur Eindämmung und Bekämpfung der COVID-19-Pandemie. Es ist zu begrüßen, wenn die App nach monatelangem Ankündigen von Seiten der Bundesregierung nun endlich vorgelegt wird. Im Zentrum der nur bei weiter Verbreitung in der Bevölkerung effektiven Applikation („App“, Anwendung) steht neben der Notwendigkeit höchster Datenschutz- und IT-Sicherheitsstandards die Freiwilligkeit ihrer Nutzung als Voraussetzung für die nötige Akzeptanz (zu alledem und weiteren nötigen gesetzgeberischen Maßnahmen siehe zuletzt Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN „Demokratie, Bürgerrechte und Zivilgesellschaft in Zeiten der Corona-Krise“ auf BT-Drs. 19/18958 zu II.2.).

Freiwilligkeit verlangt nicht nur Freiheit von staatlichem Zwang, sondern auch Freiheit von faktischem Zwang zur Nutzung und Offenbarung von Daten aus der App-Nutzung. Die Freiwilligkeit würde unterlaufen, wenn etwa sozialer oder wirtschaftlicher Druck, aber auch Arbeitgeber eine Nutzung erzwingen könnten. Deshalb sollte die Freiwilligkeit der Nutzung und Offenbarung von Daten aus der Nutzung der App bestmöglich abgesichert werden durch begleitende Regelungen zum Schutze für Verbraucherinnen und Verbraucher und Beschäftigte. Die Nutzung von privaten wie öffentlichen Einrichtungen, der Besuch eines Shopping-Centers, Dienstleistungen, bereits das Betreten von Geschäfts-, Betriebs- und Veranstaltungsräumen, generell der Abschluss von Verträgen, Arbeits- und Dienstverhältnissen und vieles andere mehr könnten anderenfalls von der Nutzung der App abhängig gemacht werden. Dies liefe vielfach letztlich mangels Alternative

und angesichts des Interesses an der Lockerung von Infektionsschutzmaßnahmen auf einen faktischen Nutzungszwang hinaus.

B. Lösung

Mit dem Gesetzentwurf soll die Problematik dadurch gelöst werden, dass für bestimmte Massengeschäfte geregelt wird, dass niemand deshalb benachteiligt werden darf, weil er keine Anwendung auf einem Mobilgerät installiert bzw. nutzt, die zwecks Nachverfolgung von Infektionsrisiken dazu dient, Kontakte mit anderen Personen zu identifizieren. Gleiches soll für Arbeitsverhältnisse gelten. Verstöße gegen diese Benachteiligungsverbote sollen mit einem Unterlassungs- sowie einem Schadensersatzanspruch sanktioniert werden. Zudem sollen die Vertragsparteien über diese Ansprüche nicht disponieren können.

Außerdem wird klargestellt, dass die Nutzung oder die Offenbarung von Daten aus der Nutzung der App-Anwendung nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers und dem Weisungsrecht des Dienstherrn unterliegt. Weiter regelt der Gesetzentwurf eine strenge Zweckbindung sowie ein Beschlagnahme- und Verwertungsverbot und sieht die Möglichkeit von Ordnungswidrigkeitssanktionen bei Verstößen vor.

Beschäftigte sollen durch die Nutzung der App auch keine finanziellen Einbußen befürchten müssen. Deshalb soll zwecks weiterer App-Akzeptanzerhöhung zweierlei vorgesehen werden: Erstens zur Vermeidung von Rechtsunsicherheiten ein an näher bestimmte Voraussetzungen gebundenes eigenständiges Leistungsverweigerungsrecht der App-Nutzer im Falle der Warnung für den Zeitraum zwischen Warnung durch die App und Testung bzw. infektionsrechtlicher Entscheidung des Gesundheitsamtes. Und zweitens vollständiger Ausgleich eines dadurch ggf. entstandenen Verdienstausfalls, auch für Erwerbstätige, die ihre selbständige Tätigkeit ohne angestellte Mitarbeiter ausüben („Solo-Selbständige“).

Entsprechende Regelungen für die Beamtinnen und Beamten sowie Richterinnen und Richter der Länder sind Sache der Landesgesetzgeber.

C. Alternativen

Keine.

D. Kosten

Für die Länder in nicht bestimmbarem Umfang bei Entschädigungen für Beschäftigte und „Solo-Selbständige“ aus der in diesem Gesetz vorgesehenen entsprechenden Anwendung von § 56 Abs. 1 und 2 IfSG. Für Arbeitgeber bei der in diesem Gesetz unter bestimmten Voraussetzungen vorgesehenen Entgeltfortzahlung für höchstens 1 bis 3 Tage für den Zeitraum zwischen App-Warnung, Meldung und Testung bei dem und gesundheitsrechtlicher Entscheidung durch das Gesundheitsamt, sofern der Arbeitgeber dies nicht bereits aufgrund anderweitiger gesetzlicher oder aufgrund vertraglicher Regelung schuldet.

**Entwurf eines Gesetzes zur zivil-, arbeits- und dienstrechtlichen Sicherung
der Freiwilligkeit der Nutzung und zur Zweckbindung mobiler
elektronischer Anwendungen zur Nachverfolgung von Infektionsrisiken
(Tracing-App-Freiwilligkeits- und Zweckbindungs-Gesetz – TrAppFZG)**

Vom ...

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates das folgende Gesetz beschlossen:

Artikel 1

Änderung des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche

Artikel 241 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. September 1994 (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061), das zuletzt durch ... des Gesetzes vom ... (BGBl. ...) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„Artikel 241

Freiwilligkeit der Nutzung mobiler elektronischer Anwendungen
zur Nachverfolgung von Infektionsrisiken

§ 1

Allgemeine Verbote

Bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die

1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder
2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben,

darf niemand deshalb benachteiligt werden, weil sie oder er keine Anwendung auf einem Mobilgerät installiert, die der Nachverfolgung von Infektionsrisiken durch den Nutzer dient und zur Erreichung dieses Zwecks Kontakte mit anderen Personen identifiziert.

§ 2

Benachteiligungsverbot

- (1) Beschäftigte dürfen nicht deshalb benachteiligt werden, weil sie

1. auf einem eigenen oder vom Arbeitgeber gestellten mobilen elektronischen Gerät keine Anwendung installiert haben, die der Nachverfolgung von Infektionsrisiken dient und zur Erreichung dieses Zwecks Kontakte mit anderen Personen identifiziert oder
2. Daten aus der Nutzung der Anwendung nach Nummer 1 nicht offenbaren.

Macht ein Beschäftigter oder eine Beschäftigte Tatsachen glaubhaft, die eine Benachteiligung nach Satz 1 erkennen lassen, trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen Satz 1 vorliegt.

(2) Eine Pflicht zur Installation oder Offenbarung von Daten aus der Nutzung der in Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 bezeichneten Anwendung unterliegt nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers und darf nicht Gegenstand von Betriebsvereinbarungen sein.

(3) Beschäftigte im Sinne der §§ 2 bis 8 dieses Artikels sind

1. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
2. die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten,
3. Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbstständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; zu diesen gehören auch die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten,
4. Freiwillige im Sinne des Jugendfreiwilligengesetzes.

Als Beschäftigte gelten auch die Bewerberinnen und Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie die Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist.

§ 3

Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch

Bei einem Verstoß gegen die Verbote nach § 1 oder § 2 können Betroffene unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, können sie auch insoweit Unterlassung verlangen.

§ 4

Schadensersatz

(1) Derjenige, der gegen ein Verbot nach § 1 oder § 2 verstößt, ist zum Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verpflichtet. Dies gilt nicht, wenn er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat.

(2) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.

§ 5

Vereinbarungen, Maßregelungsverbot

(1) Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen das Verbot nach § 1 oder § 2 verstoßen, sind unwirksam.

(2) Der Arbeitgeber darf Beschäftigte nicht wegen der Inanspruchnahme ihrer Rechte nach § 3 und § 4 oder wegen der Weigerung, eine gegen die Verbote nach § 1 und § 2 verstoßende Anweisung auszuführen, benachteiligen. Gleiches gilt für Personen, die Beschäftigte hierbei insbesondere durch eine Zeugenaussage unterstützen.

(3) Die Zurückweisung oder Duldung benachteiligender Verhaltensweisen durch betroffene Beschäftigte darf nicht als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden, die diese Beschäftigten berührt. Absatz 2 Satz 2 gilt entsprechend.

§ 6

Zweckbindung, Beschlagnahme- und Verwertungsverbot

Auf mobilen elektronischen Geräten installierte Anwendungen, die der Nachverfolgung von Infektionsrisiken durch den Nutzer dienen und zur Erreichung dieses Zwecks Kontakte mit anderen Personen identifizieren, dürfen zu keinem anderen Zweck genutzt und Daten aus solchen Anwendungen zu keinem anderen Zweck verarbeitet werden. Eine Erhebung, Übermittlung, Verwendung, Auswertung, Sicherstellung, Durchsicht und Beschlagnahme nach anderen Rechtsvorschriften ist unzulässig.

§ 7

Ordnungswidrigkeiten

Ordnungswidrig handelt wer

1. entgegen § 1 jemanden deshalb benachteiligt, weil sie oder er eine in § 1 benannte Anwendung nicht installiert hat,
2. entgegen § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 Beschäftigte deshalb benachteiligt, weil sie auf einem mobilen elektronischen Gerät keine Anwendung installiert haben, die der Nachverfolgung von Infektionsrisiken dient und zur Erreichung dieses Zwecks Kontakte mit anderen Personen identifiziert,
3. entgegen § 2 Absatz Satz 1 Nummer 2 Beschäftigte deshalb benachteiligt, weil sie Daten aus der Nutzung der Anwendung nach § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 nicht offenbaren,
4. es entgegen § 2 Absatz 2 unternimmt, eine Pflicht zur Installation einer in § 2 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 benannten Anwendung oder die Offenbarung von Daten aus der Nutzung dieser Anwendung anzuordnen oder zum Gegenstand einer Betriebsvereinbarung zu machen.

Die Ordnungswidrigkeit nach Satz 1 kann mit einer Geldbuße bis zu 500 000 Euro geahndet werden. § 30 Absatz 2 Satz 3 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist anzuwenden.

§ 8

Leistungsverweigerungsrecht und Entschädigung

(1) Beschäftigte können im Falle einer Kontaktwarnung durch eine von ihnen genutzte, in § 2 Absatz 1 Nummer 1 bezeichnete Anwendung die Erbringung der Arbeitsleistung verweigern, sofern sie

1. sich unverzüglich zum Zwecke der Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bei der nach Landesrecht zuständigen Stelle (Gesundheitsamt) melden und
2. die Erbringung der Arbeitsleistung nicht auch unter den Bedingungen der Absonderung schulden.

Für den Zeitraum zwischen der Meldung beim Gesundheitsamt, die dem Arbeitgeber durch Bescheinigung des Gesundheitsamtes nachzuweisen ist, und der infektionsrechtlichen Entscheidung des Gesundheitsamtes, längstens aber für drei Tage, hat der Arbeitgeber das Entgelt fortzuzahlen, sofern er dies nicht bereits aufgrund anderweitiger gesetzlicher oder aufgrund vertraglicher Regelung schuldet. Hat das Gesundheitsamt innerhalb dieser Frist keine Entscheidung getroffen und erleidet der Arbeitnehmer infolge der Leistungsverweigerung einen Verdienstausschlag, ist er in entsprechender Anwendung von § 56 Absätze 1 und 2 Infektionsschutzgesetz zu entschädigen.

(2) Erleidet ein Erwerbstätiger, der seine selbständige Tätigkeit ohne angestellte Mitarbeiter ausübt (Solo-Selbständiger) in der Folge einer Kontaktwarnung durch eine von ihm genutzte Anwendung, die der Nachverfolgung von Infektionsrisiken dient und zur Erreichung dieses Zwecks Kontakte mit anderen Personen identifiziert, Verdienstausschlag, ist sie oder er in entsprechender Anwendung von § 56 Absätze 1 und 2 Infektionsschutzgesetz zu entschädigen, sofern sie oder er

1. sich unverzüglich zum Zwecke der Testung auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bei der nach Landesrecht zuständigen Stelle (Gesundheitsamt) gemeldet hat und
2. die Leistung nicht auch unter den Bedingungen der Absonderung erbringen kann.

§ 9

Sonderregelung für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse

Die §§ 2 bis 6 gelten unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend für

1. Beamtinnen und Beamte des Bundes sowie der sonstigen der Aufsicht des Bundes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts,
2. Richterinnen und Richter des Bundes,
3. Soldatinnen und Soldaten des Bundes.“

Artikel 2

Änderung des Unterlassungsklagengesetzes

Das Unterlassungsklagengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), das zuletzt durch Artikel ... des Gesetzes vom ... (BGBl. ...) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 12 wird das Wort „und“ am Ende durch ein Komma ersetzt.
2. In § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 13 wird der Punkt am Ende durch ein Komma und das Wort „sowie“ ersetzt.
3. Nach § 2 Absatz 2 Satz 1 Nummer 13 wird die folgende Nummer 14 angefügt:
„Artikel 241 § 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche.“

Artikel 3

Inkrafttreten, Befristung, Evaluation

(1) Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft und vorbehaltlich des Absatzes 2 mit Ablauf des 31. März 2021 außer Kraft.

(2) Über die Wirkungen dieses Gesetzes hat die Bundesregierung dem Deutschen Bundestag bis zum 31. Mai 2021 unter Beachtung der Grundsätze der Wissenschaftlichkeit, Objektivität und Transparenz unter Beteiligung unabhängigen und neutralen Sachverständigen sowie unter Beteiligung der Fachkreise schriftlich zu berichten.

Berlin, den 16. Juni 2020

Katrin Göring-Eckardt, Dr. Anton Hofreiter und Fraktion

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung

Um das öffentliche Leben auch in der COVID-19-Pandemie weitgehend wieder herzustellen, wird diskutiert, zur Erreichung dieses Zieles den Bürgerinnen und Bürgern die Möglichkeit zu eröffnen, auf ihren mobilen Endgeräten – wie Smartphones oder Tablets – eine Anwendung (Applikation, „App“) zu installieren, die es neben der Information und Aufklärung der Bürgerinnen und Bürger ermöglicht, sie im Nachhinein darüber zu informieren, dass sie sich in der Nähe einer infizierten Person aufgehalten haben. Der jeweils Betroffene kann sich dann testen lassen und bei einem positiven Testergebnis in Quarantäne begeben, um so eine Ansteckung weiterer Personen zu verhindern.

Die so genannten COVID-19-Apps (auch: „Contact-Tracing-App“, „Anti-Corona-Tracking-Apps“ oder auch „Corona[virus]-Apps“) müssen dabei aber nicht nur strengen datenschutzrechtlichen Anforderungen gerecht werden. Sie sollen auch lediglich auf freiwilliger Basis eingesetzt werden; eine Verpflichtung der Bürgerinnen und Bürger eine solche App zu installieren und ein entsprechend präpariertes mobiles Endgerät mit sich zu führen, soll es nicht geben.

Gerade von den Dienstleistungsunternehmen – insbesondere in der Gastronomie, im Einzelhandel und im Veranstaltungsbereich – werden solche COVID-19-Apps dringend erwartet, weil man sich damit weitere Lockerungen der bestehenden Kontaktbeschränkungen erhofft. Diese Unternehmen könnten daher – trotz gerade fehlenden staatlichen Zwangs – versucht sein, von ihren Kundinnen und Kunden die Installation dennoch zur Voraussetzung für Vertragsabschlüsse oder, dem vorgelagert, zur Voraussetzung für das Betreten ihrer Geschäfts- oder Veranstaltungsräumlichkeiten zu machen. Wollen die Betroffenen gleichwohl die Angebote dieser Unternehmen – etwa mangels Alternativen – wahrnehmen, wären sie faktisch dazu gezwungen, entsprechende Applikationen auf ihren mobilen Endgeräten zu installieren und hier vorzuhalten. Dies würde die von staatlicher Seite propagierte Freiwilligkeit unterlaufen.

Gleiches gilt im Bereich des Arbeitslebens: Auch hier besteht die Gefahr, dass Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer dazu drängen oder gar verpflichten, trotz der von staatlicher Seite proklamierten Freiwilligkeit, eine solche Anwendung auf ihrem mobilen Endgerät zu installieren und dieses Endgerät zur Identifizierung ihrer Kontakte bei sich zu tragen.

Die vorgesehenen Regelungen werden auch Verhältnismäßigkeitsanforderungen gerecht und sind mit dem Grundgesetz vereinbar. Die mit dem Benachteiligungsverbot verbundenen Eingriffe Artikel 2 Absatz 1 GG (Vertragsfreiheit), Artikel 12 GG (Berufsausübungsfreiheit) und Artikel 14 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) sind gerechtfertigt. Mit dem Gesetz wird sichergestellt, dass die Verwendung einer COVID-19-App auch im Rechtsverkehr unter Privaten nur freiwillig eingesetzt wird. Der Schutz des Einzelnen und seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung überwiegt den Interessen der Vertragspartner an der Verwendung einer solchen mobilen Anwendung. Die Angemessenheit des Eingriffs wird auch dadurch sichergestellt, dass sich das Benachteiligungsverbot auf solche Geschäfte beschränkt, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat, sowie auf privatrechtliche Versicherungen. Das spezielle Benachteiligungsverbot für Arbeitsverhältnisse ist ebenfalls durch überwiegende Belange der Arbeitnehmer gerechtfertigt. Nachdem eine Tracing-App durch entsprechende Regelungen gerade auch in besonders gefährdeten Berufen (etwa im Krankenhauswesen oder in der Pflege) derzeit nicht für erforderlich gehalten wird und vom Gesetzgeber deshalb auch hier eine verpflichtende Verwendung solcher Anwendung für die dort tätigen Arbeitnehmer nicht vorgesehen ist, erscheint es angemessen, Arbeitnehmer davor zu schützen, dass einzelne Arbeitgeber gleichwohl die Installation einer COVID-19-App von ihren Arbeitnehmern

verlangen. Der damit verbundene mittelbare Eingriff in die grundrechtlich geschützten Rechtspositionen der Arbeitnehmer, insbesondere in ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung, überwiegt vor diesem Hintergrund den Einzelinteressen der jeweiligen Arbeitgeber. Das Gesetz wird i. Ü. gerade auch durch die vorgesehene Befristung Verhältnismäßigkeitsanforderungen gerecht.

II. Wesentlicher Inhalt

Mit dem Gesetzentwurf wird für bestimmte Massengeschäfte geregelt, dass niemand deshalb benachteiligt werden darf, weil er keine Anwendung auf einem Mobilgerät installiert bzw. nutzt, die zwecks Nachverfolgung von Infektionsrisiken dazu dient, Kontakte mit anderen Personen zu identifizieren. Gleiches soll für Arbeitsverhältnisse gelten. Verstöße gegen diese Benachteiligungsverbote sollen mit einem Unterlassungs- sowie einem Schadensersatzanspruch sanktioniert werden. Zudem sollen die Vertragsparteien über diese Ansprüche nicht disponieren können.

Außerdem wird klargestellt, dass die Nutzung oder die Offenbarung von Daten aus der Nutzung der App-Anwendung nicht dem Direktionsrecht des Arbeitgebers und dem Weisungsrecht des Dienstherrn unterliegen. Weiter regelt der Gesetzentwurf eine strenge Zweckbindung sowie ein Beschlagnahme- und Verwertungsverbot und sieht die Möglichkeit von Ordnungswidrigkeitssanktionen bei Verstößen vor.

III. Gesetzgebungskompetenz

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Änderungen folgt aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 1 GG (bürgerliches Recht), aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 12 GG (Arbeitsrecht einschließlich der Betriebsverfassung, des Arbeitsschutzes und der Arbeitsvermittlung), aus Artikel 73 Nummer 8 GG (Dienstrecht), aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 11 GG (Recht der Wirtschaft) und aus Artikel 74 Absatz 1 Nummer 19 GG (Infektionsschutz).

Die Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzes folgt aus Artikel 104a Absatz 4 GG wegen der Anordnung entsprechender Anwendung des § 56 IfSG (Geldleistungspflicht) in Art. 241 § 8 EGBGB-E.

IV. Vereinbarkeit mit dem Recht der Europäischen Union

Der Gesetzentwurf ist mit dem Recht der Europäischen Union vereinbar.

B. Besonderer Teil

Zu Artikel 1 (Änderung des Artikels 241 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche)

Zu § 1 (Allgemeine Verbote)

Mit Art. 241 § 1 EGBGB-E wird ein zivilrechtliches Benachteiligungsverbot normiert. In Massengeschäften und beim Abschluss von Versicherungsverträgen soll sich der Geschäftsinhaber seine Kundinnen und Kunden nicht danach aussuchen können, ob sie eine COVID-19-App auf ihrem mobilen Endgerät installiert haben. Bei Verträgen hingegen, bei denen üblicherweise die Auswahl des Vertragspartners durch den Geschäftsinhaber individuell erfolgt, soll dieser frei bleiben, etwa zu seinem eigenen Schutz und zum Schutz seiner Mitarbeiter, den Vertragsschluss oder das Betreten des Geschäftslokals bzw. der Veranstaltungsräume von der Installation einer solchen Anwendung abhängig zu machen. Massengeschäfte werden dabei als Geschäfte definiert, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen. Nachdem bei Versicherungsverträgen sich das Angebot in der Regel an große Personengruppen richtet, dennoch aber dort auch eine individuelle Auswahl erfolgen kann, weil die Risiken individuell zu verorten sind, sollen diese Verträge ebenfalls erfasst werden. Gerade dort besteht die Gefahr, dass Versicherer Zugang oder Prämiengestaltung von der Installation einer solchen Anwendung abhängig machen könnten.

Erfasst werden alle Anwendung (Applikationen, Apps), die auf einem Mobilgerät installiert werden können und die zur Nachverfolgung von Infektionsrisiken dazu dienen, Kontakte mit anderen Personen zu identifizieren. Ein konkreter Bezug zur Bekämpfung der COVID-19-Pandemie soll hingegen nicht hergestellt werden.

Eine Benachteiligung liegt – in Anlehnung an den im Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verwendeten Benachteiligungsbegriff – immer dann vor, wenn der (potenzielle) Vertragspartner wegen seiner Weigerung zur Installation und Nutzung einer Tracing-App eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde.

Zu § 2 (Benachteiligungsverbot)

Absatz 1

Nach Art. 241 § 2 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 und Nummer 2 EGBGB-E dürfen Beschäftigte nicht deshalb benachteiligt werden, weil sie auf einem mobilen elektronischen Gerät keine Anwendung installiert haben, die der Nachverfolgung von Infektionsrisiken dient und zur Erreichung dieses Zwecks Kontakte mit anderen Personen identifiziert (Nummer 1), oder weil Sie Daten aus der Nutzung der Anwendung nach Nummer 1 nicht offenbaren (Nummer 2).

Nach Art. 241 § 2 Absatz 1 Satz 2 trägt der Arbeitgeber die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen Satz 1 vorliegt, soweit ein Beschäftigter oder eine Beschäftigte Tatsachen glaubhaft macht, die eine Benachteiligung nach Satz 1 erkennen lassen.

Es besteht insoweit ein Bedürfnis, Arbeitgeber davon abzuhalten, von ihren Arbeitnehmern die Nutzung einer Tracing-App zu verlangen. Das Verbot bezieht sich dabei auf jedwede Benachteiligung, unabhängig davon, ob sie aus einer individual- oder einer kollektivrechtlichen Vereinbarung resultiert. Es richtet sich daher auch an die Tarifpartner und die Betriebsparteien. Darüber hinaus sind auch einseitige Maßnahmen des Arbeitgebers (z. B. Weisungen oder Abmahnungen) von dem Verbot umfasst.

Absatz 2

Gemäß Artikel 241 § 2 Abs. 2 Alt. 1 EGBGB-E unterliegen weder die Nutzung noch die Offenbarung von Daten aus der Nutzung der in Art. 241 § 2 Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 EGBGB-E bezeichneten Anwendungen dem Direktionsrecht des Arbeitgebers.

Ferner darf nach Artikel 241 § 2 Abs. 2 Alt. 2 EGBGB-E eine Pflicht zur Nutzung oder zur Offenbarung von Daten aus der Nutzung der in Art. 241 § 2 Abs. 1 Satz 1 Nummer 1 EGBGB-E bezeichneten Anwendungen nicht Gegenstand von Betriebsvereinbarungen sein.

Absatz 3

Die in Artikel 241 § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 bis 3 und Satz 2 EGBGB-E niedergelegte Begriffsbestimmungen knüpfen an den „Beschäftigtenbegriff“ des § 6 Absatz 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) an. Darüber hinaus wird der Anwendungsbereich über Art. 241 § 2 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 EGBGB-E auch auf Freiwillige im Sinne des Jugendfreiwilligengesetzes erstreckt.

Zu § 3 (Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch)

Nach Art. 241 § 3 EGBGB-E können Betroffene bei einem Verstoß gegen die Verbote nach Art. 241 § 1 oder § 2 EGBGB-E unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, können sie auch insoweit Unterlassung verlangen.

Mit der Regelung soll ausdrücklich ein Beseitigungsanspruch für die in § 1 und § 2 normierten Benachteiligungsverbote aufgenommen werden. Drohen darüber hinaus künftig weitere Benachteiligungen, etwa durch ein tatsächliches Handeln, das darauf ausgerichtet ist, auch künftig z.B. den Zugang zu einer Einkaufspassage zu verweigern, soll dies zudem einen Unterlassungsanspruch auslösen können. In diesem Fall muss die bevorstehende Benachteiligung konkret drohen; ein bloßer Verdacht genügt nicht.

Darüber hinausgehende Ansprüche, die sich etwa im Hinblick auf die Ausgestaltung des Benachteiligungsverbots als Schutzgesetz aus § 823 Absatz 2, § 1004 Absatz 1 BGB ergeben können, werden nicht ausgeschlossen.

Zu § 4 (Schadensersatz)

Die Regelung des Art. 241 § 4 EGBGB-E normiert in Absatz 1 die Pflicht des Benachteiligten gegenüber seinem Vertragspartner, bei einem Verstoß den entstandenen Schaden zu ersetzen. Die Regelung ist § 280 Absatz 1 BGB nachgebildet. Satz 1 legt den Grundsatz fest, wonach jede schuldhafte Benachteiligung die Verpflichtung zum Ersatz des hierdurch verursachten Schadens mit sich bringt. In Satz 2 wird deutlich, dass sich der Benachteiligte entlasten kann, wenn er die Benachteiligung im Einzelfall nicht zu vertreten hat.

Nach Absatz 2 bleiben Ansprüche aus unerlaubter Handlung unberührt.

Zu § 5 (Vereinbarungen, Maßregelungsverbot)

Nach der Regelung in Art. 241 § 5 Absatz 1 EGBGB-E sind Bestimmungen in Vereinbarungen, die gegen die Verbote nach § 1 und § 2 verstoßen, unwirksam.

Absatz 2 enthält in Satz 1 ein Maßregelungsverbot für den Fall, dass betroffene Beschäftigte ihre aus einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot resultierende Rechte in Anspruch nehmen oder sich weigern, eine gegen die Benachteiligungsverbote nach § 1 und § 2 verstoßende Anweisung auszuführen. In Satz 2 wird der Anwendungsbereich des Verbots auf Personen erstreckt, die den betroffenen Beschäftigten unterstützen oder als Zeugen aussagen. Die durch das Maßregelungsverbot untersagte Benachteiligung ist nicht bedeutungsgleich mit dem Begriff in § 1 und § 2. Hierunter ist vielmehr jede ungünstigere Behandlung als diejenige, die dem Betroffenen ohne Inanspruchnahme seiner Rechte zuteilgeworden wäre, zu verstehen. Umfasst ist dabei jede Form der rechtlichen oder tatsächlichen Benachteiligung, insbesondere direkte arbeitsrechtliche Sanktionen (Abmahnungen, Versetzungen, Kündigungen), Vorenthaltung von Vorteilen oder auch faktische Schikane.

Absatz 3 ergänzt das Maßregelungsverbot um die Anordnung, dass weder eine Zurückweisung noch eine Duldung benachteiligender Verhaltensweisen durch die Betroffenen als Grundlage für eine Entscheidung herangezogen werden darf, die diese Beschäftigten berührt. Unzulässig sind demzufolge nicht nur Benachteiligungen, sondern auch die Gewährung von Vorteilen an solche Arbeitnehmer, die Benachteiligungen hingenommen haben. Vom Schutz des Absatzes 3 werden, wie bei Absatz 2, neben den betroffenen Beschäftigten auch Unterstützer und Zeugen persönlich erfasst.

Zu § 6 (Zweckbindung, Beschlagnahme- und Verwertungsverbot)

Nach Artikel 241 § 6 EGBGB-E dürfen auf mobilen elektronischen Geräten installierte Anwendungen, die der Nachverfolgung von Infektionsrisiken dienen und zur Erreichung dieses Zwecks Kontakte mit anderen Personen identifizieren, zu keinem anderen Zweck genutzt und Daten aus solchen Anwendungen zu keinem anderen Zweck verarbeitet werden. Eine Erhebung, Übermittlung, Verwendung, Auswertung, Sicherstellung, Durchsicht und Beschlagnahme nach anderen Rechtsvorschriften ist unzulässig.

Die Vorschrift dient insbesondere der Verhinderung einer Umgehung von Zeugnisverweigerungsrechten.

Zu § 7 (Ordnungswidrigkeiten)

Nach Art. 241 § 7 Satz 1 EGBGB-E stellen die dort bezeichneten Verstöße gegen die Regelungen des Art. 241 EGBGB-E Ordnungswidrigkeiten dar. Die Vorschrift verfolgt den Zweck, den von dem Gesetz geförderten Freiwilligkeitsgedanken effektiv durchzusetzen.

Nach dem Verweis in Art. 241 § 7 Satz 3 EGBGB-E auf § 30 Absatz 2 Satz 3 GewO wird eine Anhebung des Bußgeldrahmens für die Fälle erreicht, in denen Organe, Vertreter oder sonstigen Bevollmächtigte von juristischen Personen oder Personenvereinigungen „im Schatten ihres Verbandes“ Ordnungswidrigkeiten nach Artikel 241 § 7 Satz 1 EGBGB-E begehen. Die gesetzliche Verweisung in Art. 241 § 7 Satz 3 EGBGB-E auf § 30 Absatz 2 Satz 3 GewO führt in diesen Fällen zu einer Verzehnfachung des Rahmens der in Art. 241 § 7 Satz 2 EGBGB-E angedrohten Geldbuße.

Zu § 8 (Leistungsverweigerungsrecht und Entschädigung)

Für alle Beschäftigten muss sichergestellt werden, dass wenn sie sich dafür entschieden, der Warnung der App zu folgen, die Entscheidung durch ein ausdrückliches, an bestimmte Voraussetzungen gebundenes Leistungsverweigerungsrecht abgesichert wird. Hier reicht die bestehende Regelung des § 275 Abs. 3 BGB aufgrund der damit verbundenen Unwägbarkeiten und Rechtsunsicherheiten nicht aus. Voraussetzung ist unverzügliche Meldung

beim Gesundheitsamt und dass der Arbeitnehmer die Erfüllung seiner Arbeitsleistung nicht unter den Bedingungen der Absonderung (in der Regel: von Zuhause aus) schuldet. (siehe Absatz 1 Satz 1).

Für den Zeitraum zwischen Meldung beim Gesundheitsamt und Testung/Entscheidung des Gesundheitsamtes regelt Absatz 1 Satz 2 einen kurzzeitigen Entgeltfortzahlungsanspruch von 1 bis höchstens 3 Tagen, sofern der Arbeitgeber dies nicht bereits aufgrund anderweitiger gesetzlicher oder aufgrund vertraglicher Regelung schuldet. Bei eventuellem weiterem Verdienstausschlag in Folge der Leistungsverweigerung, also wenn etwa die Entscheidung des Gesundheitsamtes längere Zeit in Anspruch nehmen sollte, gilt für eine Entschädigung § 56 Abs. 1 und 2 IfSG entsprechend. Der Staat, der für die Zurverfügungstellung der Corona-Warn-App gesorgt hat und im Gesundheitsinteresse der Bevölkerung für deren Nutzung wirbt, hat so auch weitergehende Kosten aus der Nutzung zu tragen.

Die infolge der App-Warnung stattfindende Kontaktaufnahme des Nutzers zum Gesundheitsamt muss mit einer unverzüglichen Handlungspflicht der Gesundheitsbehörde verknüpft sein. In diesem Sinne zu verstehen ist § 1 Abs. 1 i.V.m. § 2 Abs. 2 Nr. 1 der BMG-Verordnung zum Anspruch auf bestimmte Testungen für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vom 8. Juni 2020 (BAnz AT 09.06.2020 V1, siehe S. 14 der Begründung dieser VO).

Für sogenannte „Solo-Selbständige“ wird mit Absatz 2 eine gleichwertige Regelung geschaffen.

Zu § 9 (Sonderregelung für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse)

Nach Artikel 241 § 9 EGBGB-E gelten die Artikel 241 §§ 2 bis 6 EGBGB-E unter Berücksichtigung ihrer besonderen Rechtsstellung entsprechend für Beamtinnen und Beamte des Bundes sowie der sonstigen der Aufsicht des Bundes unterstehenden Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts (Nummer 1), für Richterinnen und Richter des Bundes (Nummer 2) und für Soldatinnen und Soldaten des Bundes (Nummer 3). Für die Beamtinnen und Beamten sowie Richterinnen und Richter der Länder können diese aufgrund ihrer Gesetzgebungskompetenz eine entsprechende Regelung treffen.

Zu Artikel 2 (Änderung des Unterlassungsklagengesetz)

Mit den Änderungen im Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) soll den nach § 3 UKlaG klageberechtigten Stellen auch die Möglichkeit an die Hand gegeben werden Unterlassung oder Beseitigung von Unternehmern zu verlangen, die Verbraucher entgegen der Regelung in Artikel 241 § 1 EGBGB benachteiligen.

Dies ist erforderlich, weil Verbraucherinnen und Verbraucher – gerade bei Massengeschäften, für die § 1 des Entwurfs auch greift – ihre Rechte oft selbst nicht wahrnehmen. Für eine effektive Durchsetzung der Geltung dieses Benachteiligungsverbot ist deshalb ein Verbandsklagerecht nach dem Unterlassungsklagengesetz erforderlich.

Zu Artikel 3 (Inkrafttreten, Befristung, Evaluation)

Der Artikel regelt das Inkrafttreten und tritt mit Ablauf des 31. März 2021 außer Kraft.

In Artikel 3 Absatz 2 ist ferner eine Evaluation des Gesetzes vorgesehen, über deren Ergebnis die Bundesregierung dem Deutschen Bundestag bis Ende Mai 2021 schriftlich zu berichten hat.