



Befreiung von der Maskenpflicht aus gesundheitlichen Gründen

Gemeinsame Aktuelle Kurz-Information 1

Stichwörter: Attest, Befreiung von Maskenpflicht – Gesundheitsdaten, Befreiung von Maskenpflicht – Maskenpflicht, Befreiung | **Stand:** 4. August 2021

Die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (im Folgenden: Maskenpflicht) gehört seit Beginn der COVID-19-Pandemie zum Grundbestand der infektionsschutzrechtlichen Regelungen. Soweit betroffene Personen im Einzelfall keine Maske tragen können, greift eine Befreiungsvorschrift ein. Die entsprechenden Bestimmungen in den Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen wurden mehrfach geändert. Gegenwärtig bestimmt § 3 Abs. 1 Dreizehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (13. BayIfSMV) vom 5. Juni 2021 (BayMBl. Nr. 384), zuletzt geändert durch Verordnung vom 27. Juli 2021 (BayMBl. Nr. 516), unter welchen Voraussetzungen eine betroffene Person von der Maskenpflicht befreit ist.

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz und das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht haben in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich zahlreiche Anfragen zu datenschutzrechtlichen Fragen in diesem Zusammenhang erhalten. Dies gilt insbesondere für die Befreiung von der Maskenpflicht aus gesundheitlichen Gründen. Dabei ging es etwa um den Inhalt, die Kenntnisnahme und gegebenenfalls eine Speicherung von ärztlichen Attesten.

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz hat zu den Vorgängerregelungen von § 3 Abs. 1 13. BayIfSMV für den Bereich der bayerischen öffentlichen Schulen eine Aktuelle Kurz-Information 33 „Befreiung von der Maskenpflicht an bayerischen öffentlichen Schulen“ veröffentlicht und mehrfach aktualisiert. Diese Hinweise werden durch die vorliegende Gemeinsame Aktuelle Kurz-Information 1 abgelöst. Die folgenden Erläuterungen betreffen nicht mehr nur bayerische öffentliche Schulen, sondern grundsätzlich den gesamten öffentlichen sowie nichtöffentlichen Sektor in Bayern.

1. Befreiung von der Maskenpflicht

Die Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnungen sahen schon bisher für verschiedene Lebenssituationen Maskenpflichten vor, während die Befreiungstatbestände ein-

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz
80538 München | Wagnmüllerstraße 18 | Telefon: +49 89 21 26 72-0
poststelle@datenschutz-bayern.de | <https://www.datenschutz-bayern.de>

Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht
91522 Ansbach | Promenade 18 | Telefon: +49 981 18 00 93-0
poststelle@lda.bayern.de | <https://www.lda.bayern.de>

heitlich geregelt waren. Dieses Konzept führt auch die Dreizehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung fort. So ist die Befreiung aus gesundheitlichen Gründen für alle Maskenpflichten übergreifend in § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayIfSMV normiert:

„Soweit in dieser Verordnung Maskenpflicht vorgesehen ist, gilt:

[...]

3. Personen, die glaubhaft machen können, dass ihnen das Tragen einer Maske aufgrund einer Behinderung oder aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder unzumutbar ist, sind von der Maskenpflicht befreit, solange dies vor Ort sofort insbesondere durch Vorlage eines schriftlichen ärztlichen Zeugnisses im Original nachgewiesen werden kann, das den vollständigen Namen, das Geburtsdatum und konkrete Angaben darüber enthalten muss, warum die betroffene Person von der Tragepflicht befreit ist.“

Die Befreiung von der Maskenpflicht ist nach der Neuregelung weiterhin an einen **Befreiungsgrund** geknüpft. Er kann in der Unmöglichkeit oder in der Unzumutbarkeit des Tragens einer Mund-Nasen-Bedeckung bestehen. Diese Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit muss auf einer Behinderung oder auf gesundheitlichen Gründen beruhen.

Wer eine Befreiung in Anspruch nehmen will, muss den Befreiungsgrund **glaubhaft machen**. Glaubhaftmachung ist mehr als eine Behauptung, verlangt jedoch keinen „Vollbeweis“. Darzulegen sind Umstände, die das Eingreifen eines Befreiungsgrundes als wahrscheinlich erscheinen lassen. Übliches Instrument der Glaubhaftmachung einer mit dem Merkmal der gesundheitlichen Gründe angesprochenen Beeinträchtigung ist ein ärztliches Attest, wobei andere Mittel der Glaubhaftmachung nicht ausgeschlossen sind. Dies gilt insbesondere dann, wenn der kontrollberechtigten Stelle in einer konkreten Lebenssituation, etwa im Zusammenhang mit einer Vorerkrankung, bereits Umstände bekannt sind, die einen Befreiungsgrund tragen. § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayIfSMV stellt klar, dass ein ärztliches Attest – in der neuen Vorschrift nun als schriftliches ärztliches Zeugnis bezeichnet – das regelmäßige Mittel der Glaubhaftmachung ist („insbesondere“).

Die Frage, welche **inhaltlichen Anforderungen an ein Attest** zu stellen sind, ist auch eine datenschutzrechtliche: Das Attest braucht nämlich nur „so viel“ an Information zu enthalten, wie zur Glaubhaftmachung eines Befreiungsgrundes erforderlich ist – mehr „schuldet“ eine betroffene Person nicht, wenn sie von der Maskenpflicht befreit sein möchte. Das stellt der Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1 Buchst. c Datenschutz-Grundverordnung – DSGVO) sicher.

Was die inhaltlichen Anforderungen an das ärztliche Attest betrifft, ist der **Verordnungsgeber** nun **von der bisherigen Regelungslösung abgerückt**. Nach der Vorgängerbestimmung in § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 12. BayIfSMV musste das ärztliche Attest einerseits „die fachlich-medizinische Beurteilung des Krankheitsbildes (Diagnose), den lateinischen Namen oder die Klassifizierung der Erkrankung nach ICD 10“ ersehen lassen, andererseits „den Grund, warum sich hieraus eine Befreiung der Tragepflicht ergibt“. Demgegenüber fordert § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayIfSMV, dass das ärztliche Attest „den vollständigen Namen, das Geburtsdatum und konkrete Angaben darüber enthalten muss, warum die betroffene Person von der Tragepflicht befreit ist.“

Eine § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayLfSMV ähnliche Regelung findet sich im brandenburgischen Landesrecht (§ 3 Abs. 4 Satz 1 Nr. 3, Satz 2 SARS-CoV-2-Umgangsverordnung – SARS-CoV-2-UmgV – vom 15. Juni 2021, GVBl. II Nr. 62). § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayLfSMV zielt – in Anbetracht einer derzeit rückläufigen Zahl an COVID-19-Fällen sowie des Fortschreitens der Impfkampagne – ersichtlich auf eine das Datenschutzgrundrecht schonendere Ausgestaltung der ärztlichen Atteste. Vor diesem Hintergrund kann die Anforderung, dass das ärztliche Attest „konkrete Angaben darüber enthalten muss, warum die betroffene Person von der Tragepflicht befreit ist“, **nicht mehr** so verstanden werden, dass (weiterhin) **die in § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 12. BayLfSMV vorgesehene Fundierung** zu fordern ist.

Das Oberverwaltungsgericht Berlin-Brandenburg hat zum Verständnis einer § 3 Abs. 4 SARS-CoV-2-UmgV entsprechenden früheren Bestimmung des brandenburgischen Landesrechts ausgeführt (Beschluss vom 19. Januar 2021, 11 S 4/21, BeckRS 2021, 286, Rn. 18):

„Der [...] Eingriff in [das] Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Sinne von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG ist jedoch in seiner Schwere dadurch begrenzt, dass die angegriffene Regelung die Preisgabe einer Diagnose bzw. der konkreten Hintergründe [...] nicht verlangt. Dem Attest muss bei Vorlage bei Behörden und Gerichten vielmehr nur zu entnehmen sein, warum es dem Betroffenen unmöglich oder unzumutbar ist, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen; das Attest muss mithin nur kurz und plakativ benennen, mit welchen Folgen der Betroffene zu rechnen hätte, wenn er eine Mund-Nasen-Bedeckung tragen würde.“

Dieses Verständnis zugrunde gelegt, kommt das ärztliche Attest nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayLfSMV also – anders als bisher in § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 12. BayLfSMV – mit einem Minimum an Gesundheitsdaten aus; es muss lediglich den **Nachteil benennen, den die betroffene Person im Fall einer Beachtung der Maskenpflicht zu besorgen hätte**. Allerdings genügt eine Wiederholung des Normtextes dieser Anforderung nicht; ein ärztliches Attest, demzufolge „gesundheitliche Gründe“ dem Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung entgegenstehen, erfüllt auch weiterhin nicht die Anforderungen.

Bietet das ärztliche Attest eine ausreichende Erläuterung, ist es nur ausnahmsweise zur Glaubhaftmachung ungeeignet. Das gilt insbesondere dann, wenn sich aus dem Attest selbst oder aus Begleitumständen ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit ergeben. Das kann etwa der Fall sein, wenn das Attest erkennbar ohne persönliche Untersuchung erstellt wurde, wenn identische Atteste zu einer Vielzahl von Personen vorliegen, wenn Anhaltspunkte dafür sprechen, dass das Attest von sachfremden Erwägungen getragen ist, oder wenn andere Anzeichen auf ein „Gefälligkeitsattest“ hindeuten.

2. Kontrollen und Kontrollberechtigte

Die im brandenburgischen § 3 Abs. 4 Satz 2 SARS-CoV-2-UmgV enthaltene **Unterscheidung zwischen ärztlichen Attesten zur Vorlage bei einer Behörde und sonstigen ärztlichen Attesten** findet sich **im bayerischen Landesrecht nicht ausdrücklich**. § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayLfSMV ist allerdings vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Bayerischen Ver-

waltungsgerichtshofs auszulegen. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass „die Verpflichtung zur Glaubhaftmachung eines Befreiungstatbestands ausschließlich gegenüber den für den Vollzug des Infektionsschutzrechts zuständigen Behörden [gilt]“ (Beschluss vom 1. Februar 2021, 20 NE 21.172, BeckRS 2021, 1835, Rn. 4, siehe auch Beschluss vom 2. März 2021, 20 NE 21.620, BeckRS 2021, 5352, Rn. 1). **§ 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BaylfSMV** trifft eine **Regelung nur für den Fall der Glaubhaftmachung gegenüber einer Behörde** mit einschlägigen Aufgaben.

Was die **Kontrollberechtigung** betrifft, bleibt es bei den bisherigen Grundsätzen: Für den Vollzug des Infektionsschutzrechts zuständige Behörden sind insbesondere die **Kreisverwaltungsbehörden** (vgl. § 65 Satz 1 Zuständigkeitsverordnung). Kontrollberechtigt sind zudem Behörden, die eine bestimmte Maskenpflicht durchzusetzen und/oder mögliche Verstöße zu sanktionieren haben. Die gilt etwa für die **Polizei**, die nach Art. 2 Abs. 1 Polizeiaufgabengesetz (PAG) die Aufgabe hat, Gefahren für die öffentliche Sicherheit abzuwehren. Dazu zählt auch die Unversehrtheit der Rechtsordnung unter Einschluss öffentlich-rechtlicher Verhaltenspflichten wie der Vorgabe, in bestimmten Situationen eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen. Kontrollberechtigt sind weiterhin auf dem Schulgelände **Schulen** im Anwendungsbereich des Bayerischen Gesetzes über das Erziehungs- und Unterrichtswesen (BayEUG) hinsichtlich der Maskenpflicht aus § 20 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 13. BaylfSMV. Dies gilt jedenfalls insofern, als die Schulen nicht nur die Aufgabe haben, die dort bestehenden Verhaltenspflichten – darunter die Maskenpflicht – durchzusetzen, sondern mit Art. 86 BayEUG auch über die dafür erforderlichen Befugnisse verfügen.

Bei einer Kontrolle verarbeiten die dazu berechtigten Behörden personenbezogene Daten, wenn eine Person mit einem ärztlichen Attest eine Befreiung von der Maskenpflicht geltend macht. Dafür ist nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. e, Abs. 3 Satz 1 Buchst. b DSGVO eine **Verarbeitungsbefugnis** erforderlich. Für die Kreisverwaltungsbehörde steht hier Art. 4 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 Bayerisches Datenschutzgesetz zur Verfügung. Die Polizei kann Befugnisse aus Art. 32 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Art. 30 Abs. 2 PAG nutzen, Schulen können auf Art. 85 Abs. 1 Satz 1 BayEUG i. V. m. §§ 3 und 20 13. BaylfSMV zurückgreifen. Soll eine Ordnungswidrigkeit „Verstoß gegen die Maskenpflicht“ verfolgt werden (vgl. § 28 13. BaylfSMV), vermitteln § 46 Abs. 1, § 53 Abs. 1 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (OWiG), § 163 Abs. 1 Satz 2 Strafprozeßordnung (StPO) sowie § 500 Abs. 1 StPO i. V. m. § 48 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) die erforderlichen Verarbeitungsbefugnisse. Die Begründung der Dreizehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 5. Juni 2021 (BayMBl. Nr. 385) enthält zu Kontrollen weitere Vorgaben:

„Der zur Kontrolle befugte Verantwortliche hat Stillschweigen über die erhobenen Daten zu bewahren und sicherzustellen, dass die Kenntnisnahme der Daten durch Unbefugte ausgeschlossen ist. Er hat die Anzahl von prüfberechtigten Beschäftigten auf ein notwendiges Minimum zu reduzieren.“

Soweit erforderlich, kann die Kontrolle mit einer **Identitätsfeststellung** verbunden werden; maßgeblich sind die für die jeweilige öffentliche Stelle geltenden fachgesetzlichen Regelungen, so etwa im Bereich der polizeilichen Gefahrenabwehr Art. 13 Abs. 2 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 PAG, im Bereich der Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten § 46 Abs. 1, § 53 Abs. 1 OWiG, § 163b Abs. 1 Satz 1 StPO.

Handels- und Dienstleistungsbetriebe sind **nicht** hinsichtlich der dort von Kundinnen und Kunden nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 13. BayLfSMV zu beachtenden Maskenpflicht **kontrollberechtigt**. Das Gesetz hat ihnen als nichtöffentlichen Stellen nicht die Aufgabe zugewiesen, eine Maskenpflicht durchzusetzen oder mögliche Verstöße zu ahnden; § 28 Nr. 10 13. BayLfSMV sieht eine entsprechende „Garantenpflicht“ nur hinsichtlich des eigenen Personals vor. Betreten Kundinnen oder Kunden ohne vorgeschriebene Maske das Geschäftslokal, können diese gebeten werden, eine solche anzulegen. Kommen die Kundinnen oder Kunden dieser Bitte nicht nach, kann das dazu berechnete Personal vom Hausrecht Gebrauch machen. Leistet eine Kundin oder ein Kunde der Aufforderung, das Geschäftslokal zu verlassen, nicht Folge, kann die – hinsichtlich eines ärztlichen Attests kontrollberechtigte – Polizei verständigt werden. Kundinnen und Kunden können in einem Handels- oder Dienstleistungsbetrieb allerdings freiwillig ein ärztliches Attest nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayLfSMV vorlegen. Das hausrechtsberechnete Personal darf dann Einsicht nehmen. Soweit an der Identität der betroffenen Person Zweifel bestehen, kann sich diese durch ihren Personalausweis legitimieren (§ 20 Abs. 1 Personalausweisgesetz). Auch hier ist Stillschweigen über die erhobenen Daten zu bewahren und sicherzustellen, dass die Kenntnisnahme der Daten durch Unbefugte ausgeschlossen ist; die Anzahl der kenntnisnehmenden Beschäftigten ist auf ein notwendiges Minimum zu reduzieren.

Die für Handels- und Dienstleistungsbetriebe dargestellten Grundsätze gelten auch im **Bereich des Öffentlichen Personennahverkehrs** mit Bussen, Straßen- oder U-Bahnen, soweit dieser von bayerischen öffentlichen Stellen im Wettbewerb erbracht wird (vgl. Art. 1 Abs. 3 Satz 1 BayDSG): Ist ein Fahrgast von der – ihn dort nach § 10 Satz 1 13. BayLfSMV treffenden – Maskenpflicht befreit, steht dem Verkehrsbetrieb kein mit Verwaltungszwang durchsetzbares Recht zu, ein ärztliches Attest einzusehen. Allerdings kann nach den jeweils maßgeblichen Allgemeinen Beförderungsbedingungen und/oder auf Grund des Hausrechts ein Beförderungsausschluss in Betracht kommen. Möchte der Fahrgast das Verkehrsmittel nutzen, bleibt ihm unbenommen, ein ärztliches Attest vorzulegen.

Die Frage einer Kontrollberechtigung bayerischer **Dienstherrn** oder – öffentlicher wie nicht öffentlicher – **Arbeitgeber** im Verhältnis zu den eigenen Beschäftigten ist vor dem Hintergrund der jeweils einschlägigen dienst- oder arbeitsrechtlichen Bestimmungen zu würdigen; dabei sind auch Nebenpflichten in Beamten- oder Arbeitsverhältnissen in Betracht zu ziehen. Soweit eine Pflicht zur Vorlage eines ärztlichen Attests begründet werden kann, stehen als Rechtsgrundlagen für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten aus ärztlichen Attesten bei öffentlichen Dienstherrn und Arbeitgebern Art. 103 Bayerisches Beamtengesetz (BayBG), gegebenenfalls i. V. m. Art. 145 Abs. 2 BayBG, bei nicht öffentlichen Arbeitgebern § 26 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BDSG zur Verfügung. Dienstherrn und Arbeitgeber haben stets kritisch zu prüfen, ob die Voraussetzungen dieser Rechtsgrundlagen – insbesondere im Hinblick auf die Erforderlichkeit der Datenverarbeitung – im konkreten Fall vorliegen.

3. Dokumentation

Die Formulierung von § 3 Abs. 1 Nr. 3 13. BayLfSMV – „solange dies vor Ort sofort [...] nachgewiesen werden kann“ – ist so zu verstehen, dass die **Vorlage eines ärztlichen Attestes grundsätzlich nicht dokumentiert** wird. Dies legt auch die Ordnungsbegründung nahe,

wenn sie gerade auf ausdrücklich geregelte Dokumentationspflichten („Dokumentation [...] vorgeschrieben“) verweist:

„Sofern im Einzelfall eine Dokumentation der Befreiung von der Tragepflicht vorgeschrieben ist, darf die Tatsache, dass das ärztliche Zeugnis vorgelegt wurde, der ausstellende Arzt sowie ein eventueller Gültigkeitszeitraum des ärztlichen Zeugnisses in die zu führenden Unterlagen aufgenommen werden; die Anfertigung einer Kopie des ärztlichen Zeugnisses ist nicht zulässig. Die erhobenen Daten dürfen ausschließlich zum Zweck des Nachweises der Einhaltung bereichsspezifischer Hygieneregeln genutzt werden. Die Aufbewahrung und Speicherung der erhobenen Daten hat unter Einhaltung der einschlägigen datenschutzrechtlichen Vorschriften zu erfolgen. Die erhobenen Daten sind umgehend zu vernichten oder zu löschen, sobald sie für den eben genannten Zweck nicht mehr erforderlich sind.“

Im **öffentlichen Sektor** dürfte einer **vorgeschriebenen Dokumentation** der Fall gleichzustellen sein, dass eine **Verarbeitungsbefugnis** eine **Speicherung** zulässt. In Betracht kommt dies insbesondere dann, wenn Informationen über die Vorlage des ärztlichen Attests für einen bestimmten Zeitraum benötigt werden, so etwa bei einer öffentlichen **Schule**, die eine Schülerin oder ein Schüler an allen Unterrichtstagen aufsucht. Hier lassen Art. 85 Abs. 1 Satz 1 BayEUG i. V. m. §§ 3 und 20 13. BayIfSMV eine Speicherung zu. Soweit die Schule einen Befreiungsgrund als glaubhaft gemacht ansieht, kann dieses Ergebnis in der Schülerakte an dafür geeigneter Stelle vermerkt werden. Diese Grundsätze gelten ebenso für private Schulen, soweit Art. 85 BayEUG (entsprechende) Anwendung findet. Auch im Bereich der **Verfolgung von Straf- und Ordnungswidrigkeiten** kann eine längerfristige Speicherung – etwa in Form einer Kopie – in Betracht kommen. So bleiben nämlich insbesondere die bundesrechtlichen Vorgaben in § 94 Abs. 1 und 2, § 111 n Abs. 1 sowie § 161 und § 163 StPO, die nach Maßgabe von § 46 Abs. 1 und § 53 Abs. 1 OWiG auch im Ordnungswidrigkeitenverfahren Anwendung finden, durch die 13. Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung unberührt. Demgegenüber sind beispielsweise **Handels- und Dienstleistungsbetriebe** nicht berechtigt, Vermerke in etwa bestehenden Kundenkonten anzubringen.