

# ARBEITS- UND DATENSCHUTZRECHT

SEPTEMBER 2021 - UPDATE

## UND WAS NICHT PASST; WIRD PASSEND GEMACHT!

### Update zum Fragerecht des Arbeitgebers hinsichtlich des Impfstatus eines Arbeitnehmers

Mit unserem Newsletter für September 2021 hatten wir vor wenigen Tagen noch darauf hingewiesen, dass sämtliche datenschutzrechtlichen Grundsätze der Europäischen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und daran anschließend des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) auch in Bezug auf die Frage nach dem Impfstatus eines Arbeitnehmers gelten.

#### a)

Eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten ist nur erforderlich, wenn die jeweilige Aufgabe ohne das konkrete Datum nicht oder nicht vollständig erfüllt werden kann. Dazu zählt auch, dass die Aufgabe auf andere Weise nur

- unter unverhältnismäßig großen Schwierigkeiten,
- mit einem unverhältnismäßig höheren Aufwand oder
- verspätet erfüllt werden könnte.

Die Eignung der Daten für die Nutzung und Verarbeitung ist die Voraussetzung für eine Erforderlichkeit. Das heißt, Daten, die zur Erreichung des Verarbeitungszieles überhaupt nicht geeignet sind, sind von daher auch nicht erforderlich. Eine Datenerhebung "auf Vorrat" ist unzulässig.

Ferner ist zu beachten, dass es sich bei den Angaben zum Impfstatus um besonders schützenswerte Gesundheitsdaten im Sinne des Art. 9 DSGVO handelt. Bereits die Frage nach dem Corona-Impfstatus stellt einen Akt der Datenerhebung dar und ist mithin nur dann zulässig, wenn diese Angabe erforderlich ist, damit der Arbeitgeber oder die beschäftigte Person die ihm bzw. ihr aus dem Arbeitsrecht und dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erwachsenden Rechte ausüben und seinen bzw. ihren diesbezüglichen Pflichten nachkommen kann, soweit dies nach Unionsrecht oder dem Recht der Mitgliedstaaten oder einer Kollektivvereinbarung nach dem Recht der Mitgliedstaaten, das geeignete Garantien für die Grundrechte und die Interessen der betroffenen Person vorsieht, zulässig ist (Art. 9 Abs. 2 DSGVO).

Danach darf der Arbeitgeber aber auch nach dem Impfstatus nur fragen, wenn er danach feststellen könnte, ob von dem Arbeitnehmer eine Ansteckungsgefahr ausgeht oder eben nicht. Jegliche anderslautende Einschätzung würde sich als europarechtswidrig darstellen.

Dies erscheint aber fraglich:

*„... Seitdem die Deltavariante vorherrscht, ist die Zahl der Impfdurchbrüche rapide angestiegen und darüber hinaus weisen die infizierten Geimpften eine annähernd so hohe Virenlast auf wie Ungeimpfte...“*

*Die Rechtfertigung, Geimpften mehr Rechte zu geben als Ungeimpften, beruht ... darauf, dass diese Personen im juristischen Sinne nicht "gefährlich" sind. Übertragen aber auch Geimpfte in relevanter Weise das Virus, so fällt der Grund für ihre Bevorzugung weg...“*

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/corona-impfpflicht-testpflicht-3g-regel-2g-impfung-immunitaet-genesen-virus-impfdurchbruch/>

Ein relevanter Erkenntnisgewinn des Arbeitgebers durch die wahrheitsgemäße Beantwortung dieser Frage in Bezug auf ein berechtigtes Interesse erscheint fraglich, da nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen (auch mehrfach) geimpfte Menschen sich weiterhin mit dem Corona-Virus anstecken können und auch selbst ansteckend sind.

#### b)

Darüber hinaus bedarf ein derartiges Fragerecht jedenfalls einer wirksamen gesetzlichen Grundlage, nach der der Arbeitgeber Anspruch auf eine (wahrheitsgemäße) Auskunft hätte.

Bis zum 07.09.2021 war eindeutig festzustellen, dass eine solche Grundlage nicht gegeben war. Eine solche ergab sich – bis auf wenige Ausnahmen in § 23a für Gesundheitsberufe – insbesondere weder aus dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) noch aus der am 01.09.2021 aktuell beschlossenen und bis zum

24.11.2021 geltenden Fassung der Corona-Arbeitsschutzverordnung.

Vielmehr erklärte Bundesarbeitsminister Heil am 31.08.2021, dass der Gesichtspunkt des Arbeitsschutzes wegen der Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten als Grundlage eines arbeitgeberseitigen Fragerechts nach dem Impfstatus von Arbeitnehmern nicht in Betracht käme.

### c)

Dieses rechtlich zutreffende Fazit schien aber nicht den Vorstellungen der Bundesregierung zu entsprechen, so dass es von deren Seite zu einer Gesetzesvorlage kam, der der Bundestag am 07.09.2021 – gegen wesentliche Stimmen der Opposition – zustimmte.

Mit dem sogenannten „Aufbauhilfegesetz 2021 – AufbHG 2021“ hat der Gesetzgeber bezeichnenderweise in einem Gesamtpaket über erhebliche Fluthilfen und gleichzeitig über eine Ergänzung des IfSG in Form einer Erweiterung des Fragerechts des § 23a abgestimmt.

Danach wird in das Gesetz folgende Regelung eingefügt:

*„Sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Abs. 1 S. 1 eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat und soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist, darf der Arbeitgeber in den in den Absätzen 1 und 2 genannten Einrichtungen und Unternehmen personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Sero-status in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts.“*

Die Vorschrift verweist sodann auf die in den §§ 36 Abs. 2, 33 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen, worunter

- Kindertageseinrichtungen und Kinderhorte,
- Einrichtungen der Kindertagespflege,
- Schulen und sonstige Ausbildungseinrichtungen,
- Heime und Ferienlager

fallen. In diesen abschließend aufgezählten Bereichen soll das neue Fragerecht also Anwendung finden.

Das Fragerecht ist danach nicht nur branchenlimitiert, sondern findet auch seine zeitliche Begrenzung durch die Anknüpfung an das Vorliegen einer „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“.

Die Gesetzesbegründung führt dazu weiter aus:

*„Der Arbeitgeber kann diese Daten nur verarbeiten, wenn und soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)*

*erforderlich ist. Die Vorschrift ist an § 23a angelehnt, der eine ähnliche Regelung in Bezug auf die in § 23 Absatz 3 genannten Einrichtungen trifft.*

*Gerade in den in § 36 Absatz 1 und 2 genannten Einrichtungen und Unternehmen, in denen besonders vulnerable Personengruppen betreut werden oder untergebracht sind beziehungsweise aufgrund der räumlichen Nähe zahlreiche Menschen einem Infektionsrisiko ausgesetzt sind, kann im Interesse des Infektionsschutzes die Erforderlichkeit bestehen, Beschäftigte hinsichtlich ihres Impf- und Sero-status in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) unterschiedlich einzusetzen oder von einer Beschäftigung ungeimpfter Personen (in bestimmten Bereichen) abzuweichen. Damit können die Arbeitgeber die Arbeitsorganisation so ausgestalten, dass ein sachgerechter Einsatz des Personals möglich ist und ggfs. entsprechende Hygienemaßnahmen treffen. Die Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts bleiben von der vorliegenden Regelung unberührt. Der Arbeitgeber kann, wenn und soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich, vom Beschäftigten Auskunft oder die Vorlage eines Nachweises über das Bestehen eines Impfschutzes oder das Bestehen einer natürlichen Immunität in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verlangen. Die Daten sind direkt beim Beschäftigten zu erheben. Die Freiwilligkeit der Entscheidung über die Inanspruchnahme von Impfschutz bleibt unberührt.“*

Gleichzeitig wurde auch die Corona-Arbeitsschutzverordnung (ArbSchVO) angepasst. In § 2 Abs. 1 ist nunmehr geregelt, dass

*„bei der Festlegung und der Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes der Arbeitgeber einen ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten berücksichtigen kann.“*

### Praxishinweis

Außerhalb dieses besonderen gesetzlichen Rahmens müssen Arbeitnehmer auch nach aktueller Gesetzeslage dem Arbeitgeber weiterhin keine Auskunft über ihren Impfstatus geben und auch nicht begründen, warum man nicht geimpft ist.

Ein entsprechendes Fragerecht – in jedem Fall über den genannten Rahmen hinaus – besteht nicht, so dass der Arbeitnehmer auch nicht verpflichtet ist, eine solche Frage wahrheitsgemäß zu beantworten. Besteht keine Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen Beantwortung, können aus einer Falschbeantwortung auch keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen abgeleitet werden.

Der Wortlaut der Gesetzesbegründung spricht von „Auskunft verlangen“ oder „einen Nachweis verlangen“. Danach darf der Arbeitgeber zunächst ausschließlich eine Auskunft und nur bei konkreten Zweifeln einen Nachweis verlangen.