

ARBEITS- UND DATENSCHUTZRECHT

SEPTEMBER 2021

Aktuelles zum Fragerecht des Arbeitgebers

Seit Mai 2018 gilt europaweit die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Daneben kommt dem deutschen Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) ergänzende Funktion zu. Diese Regelungen sind aber gerade auch im Rahmen von Arbeitsverhältnissen zwingend zu beachten, um die Grenzen von Rechten und Pflichten, sowohl der Arbeitgeber wie auch der Arbeitnehmer, feststellen zu können.

Aktuell lässt sich allerdings der Eindruck nicht vermeiden, dass diese Regelungen (insbesondere in der politischen Diskussion) zum Teil – ob bewusst oder aus Unwissenheit – vollkommen unbeachtet bleiben.

Daraus resultierende Fehlvorstellungen und damit verbundene Konsequenzen gehen aber zu Lasten des datenschutzrechtlich Verantwortlichen im Sinne der DSGVO, in Arbeitsverhältnissen somit zu Lasten des Arbeitgebers.

Unter dem Gesichtspunkt des zwingend zu beachtenden Beschäftigtendatenschutzes soll daher mit diesem Newsletter auf einige sehr aktuelle Punkte hingewiesen werden.

1. Ausgangspunkt

Gemäß Art. 9 Abs. 1 DSGVO sowie § 46 Nr. 14 BDSG handelt es sich bei Gesundheitsdaten von Arbeitnehmern um besondere Kategorien personenbezogener Daten. Grundsätzlich ist deren Verarbeitung untersagt (Art. 9 DSGVO). Jedoch ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten laut Art. 9 Abs. 2 DSGVO sowie § 22 Abs. 1 Nr. 1b BDSG beispielsweise zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit der Beschäftigten oder zum Zweck der Gesundheitsvorsorge zulässig.

§ 8 Abs. 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) erlaubt so z. B. die Nachfrage nach gesundheitlichen Beeinträchtigungen der Arbeitsfähigkeit, wenn diese *„wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt“*.

Werden jedoch Gesundheitsdaten erhoben, die nicht zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit dienen, sondern sich darüber hinaus beispielsweise auf die Beurteilung von Bewegungs-/Ernährungsmaßnahmen der Arbeitnehmer oder weiterer Themen beziehen, bei der eine

Verarbeitung von Gesundheitsdaten unabdingbar ist, so ist eine Einwilligung zur Verarbeitung dieser Daten notwendig.

Der Arbeitgeber hat aufgrund der gesetzlichen Vorgaben zum Arbeitsschutz und zur Unfallversicherung alle erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen, damit die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer nicht durch die Tätigkeit beeinträchtigt wird. Dies verpflichtet Unternehmen u. a. dazu, die Arbeitsbedingungen regelmäßig zu überprüfen sowie ggf. geeignete Gegenmaßnahmen zu ergreifen.

Dabei ist das direkte Hinterfragen von Beschwerden und Erkrankungen durch den Arbeitgeber aus datenschutzrechtlicher Sicht aber nicht erlaubt. Ausschließlich der Betriebsarzt oder sonstige Personen, die einer entsprechenden Geheimhaltungspflicht unterliegen (Art. 9 Abs. 3 DSGVO), sind dazu berechtigt.

Nach dem Grund der Erkrankung darf darüber hinaus nur in wenigen Ausnahmefällen gefragt werden darf, nämlich wenn der Arbeitgeber den Grund wirklich kennen muss, um zu beurteilen, ob von dem Arbeitnehmer eine Ansteckungsgefahr ausgeht oder es gilt, Gefahren zu beseitigen, die zu Erkrankungen von Arbeitnehmern geführt haben.

2. Besonderheiten im aktuellen Kontext?

Werden im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie personenbezogene Daten erhoben, handelt es sich im Regelfall um genau derartige „Gesundheitsdaten“, die nach Art. 9 DSGVO besonders geschützt sind und deren Verarbeitung nur restriktiv zulässig ist.

Weiterhin ist stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

Der Arbeitgeber hat insoweit gem. § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG einen Informationsanspruch, soweit die Verarbeitung von Gesundheitsdaten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig ist. Das ist der Fall, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person überwiegt.

Zulässig soll daher eine Befragung im Zusammenhang mit der derzeitigen Corona-Situation sein, wenn sie auf Symptome einer Corona-Infektion beschränkt ist und

ein erhöhtes Infektionsrisiko besteht, z. B. wenn es bei anderen Beschäftigten eine Infektion gab.

Der Arbeitgeber darf dabei die Beschäftigten auch zu einer positiven Corona-Testung befragen. Aufgrund der erhöhten Ansteckungsgefahr besteht eine Pflicht der Beschäftigten, den Arbeitgeber im Falle einer festgestellten Infektion zu informieren.

Demgegenüber darf der Arbeitgeber die Beschäftigten nicht allgemein zu Reisezielen befragen. Zulässig ist hingegen die konkrete Frage nach Aufhalten in festgelegten Risikogebieten.

Zulässig ist auch die Frage nach Kontakten mit Infizierten, wenn sie auf Infektionen und Verdachtsfälle bei Personen gerichtet ist, mit denen Beschäftigte oder Personen aus deren unmittelbaren Umfeld innerhalb der letzten 14 Tage direkten Kontakt hatten.

3. Fragerecht zum Impfstatus?

Die o. g. Grundsätze gelten aber auch in Bezug auf die Frage nach dem Impfstatus eines Arbeitnehmers.

a)

Auch nach diesem darf der Arbeitgeber nur fragen, wenn er danach feststellen könnte, ob von dem Arbeitnehmer eine Ansteckungsgefahr ausgeht oder eben nicht.

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/>

b)

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

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat in einem völlig anderen Zusammenhang (Urteil vom 27.05.2020, Az. 5 AZR 387/19) einen Auskunftsanspruch bejaht und diesen auf den Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB gestützt. Dabei ging es aber im Rahmen eines langjährigen Kündigungsschutzprozesses um die Verpflichtung eines Arbeitnehmers, dem Arbeitgeber auf entsprechendes Verlangen Auskunft über seine

Bemühungen hinsichtlich anderweitiger Einnahmeerzielung bzw. seine Bemühungen hinsichtlich des Findens eines anderweitigen Arbeitsplatzes zu erteilen.

Zumindest derzeit sind diese Feststellungen – aufgrund der besonderen Vorgaben des Beschäftigtendatenschutzes zu Gesundheitsdaten – aber nicht ohne Weiteres auf eine Auskunft zum Impfstatus übertragbar.

Vielmehr ist davon auszugehen, dass (derzeit) eine gesetzliche Grundlage hierfür fehlt. Eine solche ergibt sich insbesondere weder aus dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) noch aus der am 01.09.2021 ganz aktuell beschlossenen und bis zum 24.11.2021 geltenden Fassung der Corona-Arbeitsschutzverordnung. Auch nach dieser haben Arbeitgeber ausdrücklich kein Recht, Beschäftigte nach ihrem Impfstatus zu fragen.

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.

Praxishinweis

Gesundheitsdaten zählen zu den speziell geschützten besonderen Arten von personenbezogenen Daten, deren Verarbeitung nach DSGVO grundsätzlich untersagt ist. Der Arbeitgeber darf grds. weder fragen noch wissen, unter welchen Krankheiten ein Beschäftigter leidet, auch nicht, ob er geimpft ist oder nicht.

Im engen Rahmen ermöglicht das BDSG Ausnahmen. Demnach dürfen Gesundheitsdaten unter Umständen abgefragt werden, wenn dies für die Ausübung des Berufs notwendig ist. Rechtlich konkretisiert wird das für Gesundheitsberufe in § 23a IfSG: Dort wird beispielsweise Kliniken ausdrücklich erlaubt, den Impfstatus ihrer Beschäftigten abzufragen, wenn es zur Bekämpfung von Infektionskrankheiten erforderlich ist.

Außerhalb dieses besonderen gesetzlichen Rahmens müssen Arbeitnehmer nach aktueller Gesetzeslage dem Arbeitgeber keine Auskunft über seinen Impfstatus geben und auch nicht begründen, warum er nicht geimpft ist. Ein entsprechendes Fragerecht besteht nicht – auch nicht für einen bestimmten Zeitraum, z. B. „die nächsten sechs Monate“, so dass der Arbeitnehmer auch nicht verpflichtet ist, eine solche Frage wahrheitsgemäß zu beantworten. Besteht aber keine Verpflichtung zur wahrheitsgemäßen Beantwortung, können aus einer Falschbeantwortung auch keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen abgeleitet werden.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass der Arbeitgeber die Beschäftigten mangels gesetzlich bestehender Impfpflicht nicht zu einer Impfung zwingen kann. Dies gilt sowohl für eine unmittelbare Weisung, eine Corona-Schutzimpfung in Anspruch zu nehmen als auch für einen indirekten Impfwang – etwa durch ein Betretungsverbot des Betriebs oder Betriebsgeländes für Ungeimpfte.