

## Dünnes Eis: Die Impfstatusabfrage des Arbeitgebers

Sehr geehrte Datenschutz-Kunden,

mit zunehmender Impfquote werden Rufe nach einer Lockerung der Pandemiebestimmungen lauter. Auch die Verpflichtung der Arbeitgeber zur Bereitstellung temporärer Telearbeitsplätze (ich vermeide den Ausdruck "Home-Office", weil die Regelung so gar nichts mit dem ministerial department of the Government for immigration, security, and law and order in Großbritannien zu tun hatte), wurde in Deutschland zum 1. Juli aufgehoben. Was bleibt ist die Verantwortung der Arbeitgeber, die Belegschaft, Kunden und Klienten vor Ansteckung im betrieblichen Umfeld zu schützen, Hygienekonzepte zu erstellen und umzusetzen.

Naheliegender, den Impfstatus der Belegschaft zu erfassen, um z. B. Geschäftsreisen zu planen, Arbeitsgruppen zusammenzustellen, risikobehaftete Kontakte geimpfter Arbeitnehmern zu übertragen oder einfach nur eine Einschätzung darüber zu treffen, ob die Arbeit des Unternehmens noch durch eine unkontrollierte Infektionskette gefährdet wäre. Sinnvoll also, den Impfstatus der Arbeitnehmer zu erfassen und in die genannten Entscheidungen einfließen zu lassen. Aber auch erlaubt?

Suchen wir also nach einer Rechtsgrundlage. **Artikel 6 Abs. 1** der EU-DSGVO bietet uns hierzu abschließend die Erlaubnistatbestände, auf welche wir uns bei der Verarbeitung personenbezogener Daten berufen können.

Von mir regelmäßig als die "schlechteste aller Rechtsgrundlagen" bezeichnet **Abs. 1a**: Die Einwilligung. In diesem Fall nicht nur deswegen ungeeignet, weil die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann, sondern auch, weil die erforderliche Freiwilligkeit im Beschäftigungsumfeld häufig angezweifelt wird.

**Abs. 1b** der Bestimmung würde uns die Verarbeitung ermöglichen, wenn sie zur gegenseitigen Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Anstellungsverhältnis erforderlich wäre. Diese müssen sich nicht unbedingt direkt aus dem Arbeitsvertrag ableiten lassen, auch kollektivrechtliche Vereinbarungen oder Verpflichtungen des Arbeitgebers im Rahmen des Sozialschutzes sind hier einzubeziehen. Voraussetzung ist jedoch, dass den gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis nicht durch andere Maßnahmen nachgekommen werden kann, diese also "erforderlich" sind (vgl. hierzu auch § 26 BDSG-neu). Die Maßstäbe hierfür sind eng anzulegen, handelt es sich beim Impfstatus nach überwiegender Übereinstimmung in Fachkreisen doch um ein Datum der besonderen Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 EU-DSGVO. Besser also, wir berufen uns nicht auf diese Rechtsgrundlage, wenn wir das Erfordernis nicht zweifelsfrei ableiten und begründen können.

Immer gerne genommen: **Art. 6 Abs. 1c**: Eine Rechtsvorschrift gebietet die Verarbeitung. Und tatsächlich, § 23a Infektionsschutzgesetz (IfSG) gibt uns die Berechtigung "... personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus (zu) verarbeiten, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden. ..." Allerdings richtet sich das IfSG insbesondere an Träger und Leiter von Gemeinschaftseinrichtungen, Lebensmittelbetrieben und Gesundheitseinrichtungen. Der Abschnitt aus § 1 IfSG, nach dem die Eigenverantwortung des Einzelnen bei der Prävention übertragbarer Krankheiten verdeutlicht und gefördert werden soll, räumt einem Arbeitgeber keine diesbezüglichen Rechte ein und auferlegt ihm auch keine entsprechenden Verpflichtungen. Für die meisten Arbeitgeber also keine geeignete Rechtsgrundlage. Ebenso nicht die länderspezifischen Verordnungen, die sich (umgangssprachlich) auf die Drei-G-Regel beziehen und genesen - getestet - geimpft gleichsetzen, um Grundrechtseinschränkungen aufzuheben. Der Arbeitgeber kann (ggf. muss) sich nach diesen Vorschriften in bestimmten Fällen davon überzeugen, dass einer der genannten Tatbestände zutrifft und darf (ggf. muss) auch dokumentieren, dass dem so ist. Er darf aber keine Informationen darüber speichern, welcher Sachverhalt zutrifft, da alle drei Möglichkeiten zum gleichen Ergebnis führen. Insbesondere darf er keine Kopien des Impfausweises oder von Impfbescheinigungen anfertigen, wenn ihm dies nicht ausdrücklich durch gesetzliche Bestimmungen auferlegt wird.

Als letztes möchte ich auch davor warnen, sich als Arbeitgeber auf **Art. 6 Abs. 1f**, also das berechtigte Interesse des Verantwortlichen, zu beziehen. Einer Verarbeitung, die sich hierauf stützt, muss immer eine Interessenabwägung vorangehen, bei der der Verantwortliche seriös und nachvollziehbar zu dem Ergebnis gelangt, dass seine Interessen die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen überwiegen. Vor dem Hintergrund, dass es sich beim Impfstatus um ein Gesundheitsdatum mit besonderem Schutzcharakter handelt, warne ich vor dieser ansonsten beliebten und zielführenden Rechtsgrundlage, da das überwiegende Interesse des Arbeitgebers hier schwer zu begründen sein dürfte. Auch wenn es im Zweifelsfall natürlich komfortabel wäre, genesene und geimpfte Personen von denjenigen unterscheiden zu können, bei denen regelmäßig ein aktueller „Coronatest“ abgefordert werden soll.

Aus den genannten Gründen kann die Ermittlung des Impfstatus einzelner Arbeitnehmer oder der Impfquote des Unternehmens auch nicht Bestandteil des betrieblichen Hygienekonzeptes sein. SARS-CoV-2-ArbSchVO, SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard oder SARS-CoV-2-Arbeitschutzregel sehen keine entsprechenden Maßnahmen vor, so dass wir uns bei der Datenerhebung hierauf nicht berufen können. Es bleibt also weitgehend bei den bekannten Maßnahmen Abstand, Kontaktminimierung, Hygiene, Schutzmasken und Lüften.

München, 2021-07-20

Volker Baron

Hinweis: Zur besseren Lesbarkeit bin ich auf die Absätze 1d und 1e des Artikel 6 nicht eingegangen, da diese ohnehin nicht einschlägig wären.