



Sachstand

Maßnahmen zur Verhinderung nosokomialer Infektionen und das Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Impf- und Serostatus

Maßnahmen zur Verhinderung nosokomialer Infektionen und das Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Impf- und Serostatus

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 079/21
Abschluss der Arbeit: 11. Oktober 2021
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Fragestellung	4
2.	Erforderliche Maßnahmen des Arbeitgebers zur Verhütung nosokomialer Infektionen, § 23 Abs. 3 IfSG	4
2.1.	Nosokomiale Infektionen	4
2.2.	Leiter bestimmter medizinischer Einrichtungen	4
2.3.	Erforderliche Maßnahmen nach § 23 Abs. 3 IfSG	5
3.	Verarbeitung personenbezogener Daten über den Impf- und Serostatus von Beschäftigten, § 23a IfSG	7
3.1.	Allgemeines	7
3.2.	Zulässigkeit der Datenverarbeitung über Impf- und Serostatus von Beschäftigten	8
3.3.	Beschäftigte	10

1. Fragestellung

Die Wissenschaftlichen Dienste wurden um Auskunft gebeten, inwiefern Arbeitgeber beziehungsweise Dienstherrn von Beschäftigten im Rettungsdienst, unabhängig von deren Arbeitnehmer- oder Beamtenstatus, den jeweiligen Impf- und Serostatus zum Zwecke des SARS-CoV-2-Infektionsschutzes, der Patientensicherheit und der Verhinderung der Ausbreitung von COVID-19-Erkrankungen abfragen, entsprechende Daten verarbeiten und schlussfolgernd möglicherweise Änderungen der Arbeits- und Einsatzorganisation vornehmen dürfen oder müssen. Zudem wurde um Beantwortung der Frage gebeten, wer im Falle des Rettungsdienstes „Leiter der Einrichtung“ im Sinne des §23 Infektionsschutzgesetz (IfSG) ist.

2. Erforderliche Maßnahmen des Arbeitgebers zur Verhütung nosokomialer Infektionen, § 23 Abs. 3 IfSG

Gemäß § 23 Abs. 3 IfSG haben die Leiter bestimmter medizinischer Einrichtungen, zu denen nach § 23 Abs. 3 Nr. 12 IfSG auch Rettungsdienste gehören, sicherzustellen, dass die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, um nosokomiale Infektionen zu verhüten und die Weiterverbreitung von Krankheitserregern, insbesondere solcher mit Resistenzen, zu vermeiden.

2.1. Nosokomiale Infektionen

Nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 8 IfSG ist eine nosokomiale Infektion eine Infektion mit lokalen oder systemischen Infektionszeichen als Reaktion auf das Vorhandensein von Erregern oder ihrer Toxine, die im zeitlichen Zusammenhang mit einer stationären oder einer ambulanten medizinischen Maßnahme steht, soweit die Infektion nicht bereits vorher bestand. Zu diesen Infektionen können auch SARS-CoV-2-Infektionen gehören.¹

2.2. Leiter bestimmter medizinischer Einrichtungen

§ 23 Abs. 3 IfSG verpflichtet die Leiter der dort genannten Einrichtungen zur Ergreifung der erforderlichen Maßnahmen, um nosokomiale Infektionen zu verhüten und die Weiterverbreitung von (resistenten) Krankheitserregern zu vermeiden.

1 Vgl. Robert Koch-Institut, Organisatorische und personelle Maßnahmen für Einrichtungen des Gesundheitswesens sowie Alten- und Pflegeeinrichtungen während der COVID-19-Pandemie, Stand 30. September 2021, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Getrennte_Patientenversorgung.html;jsessionid=BEE60F499E82CD527672667D8BF45731.internet071?nn=13490888. Alle Links wurden zuletzt am 11. Oktober 2021 abgerufen.

Zu diesen Einrichtungen gehören auch Rettungsdienste, § 23 Abs. 3 Nr. 12 IfSG. Diese wurden mit dem Masernschutzgesetz² vom 10. Februar 2020 der Aufzählung der Einrichtungen hinzugefügt. Hintergrund war, dass die Kommission für Krankenhaushygiene und Infektionsprävention (KRINKO) beim Robert Koch-Institut den qualifizierten Krankentransport von mit MRSA besiedelten Personen unter anderem in den „Empfehlungen zur Prävention und Kontrolle von Methicillinresistenten *Staphylococcus aureus*-Stämmen (MRSA) in medizinischen und pflegerischen Einrichtungen“ berücksichtigte und der Anwendungsbereich des § 23 Abs. 3 IfSG entsprechend angepasst wurde.³

Gemäß § 2 Nr. 15 HS. 1 IfSG ist die Leitung der Einrichtung die Person, die mit den Leitungsaufgaben in der jeweiligen Einrichtung beauftragt ist. Das ist zunächst die Person, die einer bestimmten Einrichtung vorsteht.⁴ Umfasst ist auch die selbständig tätige Person, die für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich selbst als Leitung der Einrichtung anzusehen ist und daher für die Erfüllung der entsprechenden Pflichten zuständig ist, § 2 Nr. 15 HS. 2 lit. a IfSG.⁵ Welche Person der Einrichtung diese Voraussetzung erfüllt, ist von der jeweiligen personellen und organisatorischen Struktur abhängig. Nach *Kießling* zielt die Regelung wohl auf hauptamtliche Krankenhaushygieniker ab, die in medizinischen Einrichtungen eigenständige Organisationseinheiten leiteten und dabei eine die fachliche Unabhängigkeit gewährleistende Stabsfunktion innehätten.⁶

Auch eine Person, die einrichtungsübergreifend, also für mehrere Einrichtungen, mit den Leitungsaufgaben beauftragt ist, ist Leiter für jede einzelne dieser Einrichtungen, § 2 Nr. 15 HS. 2 lit. b IfSG.⁷

Der Leiter einer Einrichtung bleibt grundsätzlich auch bei einer Delegation von Aufgaben für die Erfüllung der Pflichten verantwortlich.⁸

2.3. Erforderliche Maßnahmen nach § 23 Abs. 3 IfSG

§ 23 Abs. 3 Satz 1 IfSG verpflichtet die Leiter der dort genannten Einrichtungen sicherzustellen, dass in ihren Einrichtungen die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlichen

2 Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) vom 10. Februar 2020, BGBl. I 2020, S. 148.

3 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz), Bundestagsdrucksache 19/13452 vom 23. September 2019, S. 32.

4 Gabriel in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, § 2, Rn. 69.

5 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz), Bundestagsdrucksache 19/13452 vom 23. September 2019, S. 22.

6 Kießling in: Kießling, Infektionsschutzgesetz: IfSG, 2. Auflage 2021, § 2, Rn. 45; siehe hierzu auch Harney in: Kießling, Infektionsschutzgesetz: IfSG, 2. Auflage 2021, § 23, Rn. 26 ff.

7 Gerhardt in: Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, 5. Auflage 2021, § 2, Rn. 77 f.

8 Gerhardt in: Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, 5. Auflage 2021, § 23, Rn. 25.

Maßnahmen getroffen werden, um nosokomiale Infektionen zu verhüten und die Weiterverbreitung von (resistenten) Krankheitserregern zu vermeiden.

§ 23 Abs. 3 IfSG enthält selbst keine Aussage darüber, welche Maßnahmen konkret zu treffen sind. Diese bestimmen sich vielmehr nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft. Der Gesetzgeber verdeutlicht damit, dass die erforderlichen Maßnahmen in ihrer konkreten Ausgestaltung der permanenten Neuerung und Veränderung unterworfen sind.⁹

Die Einhaltung des Standes der medizinischen Wissenschaft, der sich in verschiedenen Regelwerken zum Thema befindet¹⁰, wird nach § 23 Abs. 3 Satz 2 IfSG vermutet, wenn jeweils die veröffentlichten Empfehlungen der KRINKO und der Kommission Antiinfektiva, Resistenz und Therapie (ART) beim Robert Koch-Institut beachtet worden sind. Laut Gesetzesbegründung werden die Einrichtungsleiter durch diese beweisrechtliche Regelung verpflichtet, die Empfehlungen der KRINKO und der Kommission ART zu berücksichtigen. Die widerlegbare Vermutung lasse im Einzelfall ein Unterschreiten der Empfehlungen der KRINKO und der Kommission ART zu, etwa wenn nicht erfüllte baulich-funktionelle Voraussetzungen durch betrieblich-organisatorische Maßnahmen kompensiert werden könnten. Ein Überschreiten der Empfehlungen sei erforderlich, soweit diese Empfehlungen objektiv nicht an den Stand der Wissenschaft angepasst seien. Die Vermutungswirkung entbinde die Adressaten nicht davon, den nach Erscheinen einer Empfehlung erfolgten wissenschaftlichen Fortschritt auch selbst zu verfolgen. Im Ergebnis müsse eine dem Stand der Wissenschaft entsprechende Prävention von nosokomialen Infektionen und Krankheitserregern mit Resistenzen sichergestellt sein.¹¹

Bei den zu ergreifenden Maßnahmen handelt es sich unter anderem um technische und organisatorische Maßnahmen; auch Verhaltensregelungen für die Beschäftigten können dazu gehören.¹²

9 Gerhardt in: Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, 5. Auflage 2021, § 2, Rn. 26.

10 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze, Bundestagsdrucksache 17/5178 vom 22. März 2011, S. 17.

11 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP, Entwurf eines ... Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze, Bundestagsdrucksache 17/5178 vom 22. März 2011, S. 18. Ergänzend wird darauf verwiesen, dass die KRINKO beispielsweise in ihrer Empfehlung ‚Anforderungen an die Infektionsprävention bei der medizinischen Versorgung von immunsupprimierten Patienten‘ (Bundesgesundheitsblatt 2021, 64:232-264, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Krankenhaushygiene/Kommission/Downloads/ImpfungenVonPersonalInMedizin_Article_2021.pdf?blob=publicationFile) für das Management der Pandemie durch das neue SARS-CoV-2-Coronavirus auf entsprechende, fortlaufend aktualisierte Dokumente des Robert Koch-Instituts (www.rki.de/covid-19), der zuständigen medizinischen Fachgesellschaften und auf die vor Ort gültigen Pandemiepläne verweist.

12 Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, IfSG § 23a, Rn. 1.

3. Verarbeitung personenbezogener Daten über den Impf- und Serostatus von Beschäftigten, § 23a IfSG

Damit der Arbeitgeber seine Verpflichtungen aus § 23 Abs. 3 IfSG in Bezug auf übertragbare Krankheiten erfüllen kann, darf er, soweit es zur Erfüllung dieser Verpflichtungen erforderlich ist, personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus verarbeiten, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden, § 23a Satz 1 IfSG.

§ 23a IfSG ermöglicht es folglich dem Arbeitgeber grundsätzlich, seine Beschäftigten zu ihrem Impf- und Serostatus zu befragen, um daraus eine Entscheidungsgrundlage abzuleiten, ob und gegebenenfalls wie die Beschäftigten einzusetzen sind.¹³

3.1. Allgemeines

§ 23a IfSG enthält für bestimmte Einrichtungen im Gesundheitsbereich eine datenschutzrechtliche Spezialregelung zur Verarbeitung von besonderen personenbezogenen Daten (Gesundheitsdaten) im Beschäftigungsverhältnis nach Art. 9, 88 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)¹⁴ und §§ 22, 26 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).¹⁵ Gemäß Art. 4 DSGVO umfasst die Datenverarbeitung jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung.

Die Norm wurde 2015¹⁶ eingeführt, da laut Gesetzesbegründung das Vorhandensein des Impf- oder Immunschutzes, der unter Berücksichtigung der Empfehlungen der Fachkommissionen beim Robert Koch-Institut erforderlich sei, um nosokomiale Infektionen zu vermeiden, für das Personal der in § 23 Abs. 3 IfSG genannten Einrichtungen eine wesentliche und entscheidende Anforderung sei. Es komme durch unzureichenden Impfschutz bei medizinischem Personal und den Umstand, dass bei ungeimpften Personen Infektionen zunehmend erst nach Aufnahme der

13 Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, IfSG § 23a, Rn. 3.

14 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung).

15 Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) und Bundesministerium für Gesundheit (BMG), Abgestimmte Stellungnahme von BMAS und BMG zu §23a Infektionsschutzgesetz (IfSG), insbesondere zum Verhältnis zur Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV) vom 29. Mai 2020, AZ(BMAS): IIIb1-30921-3/31 (abrufbar unter https://www.baua.de/DE/Aufgaben/Geschaeftsfuehrung-von-Ausschuessen/AfAMed/pdf/Stellungnahme-Infektionsschutzgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3); Harney in: Kießling, Infektionsschutzgesetz: IfSG, 2. Auflage 2021, § 23a, Rn. 2.

16 Gesetz zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz - PräVG) vom 17. Juli 2015, BGBl. I 2015, S. 1368.

Berufstätigkeit auftraten, vermehrt zu Übertragungen von Erregern impfpräventabler Krankheiten durch medizinisches Personal auf Patienten.¹⁷

Im Zuge der Corona-Pandemie wurde die Regelung mit Wirkung zum 23. Mai 2020¹⁸ dahingehend erweitert, dass Daten über den Serostatus auch dann verarbeitet werden dürfen, wenn es sich - wie zum damaligen Zeitpunkt bei COVID-19 - nicht um eine impfpräventable Erkrankung handelt.¹⁹

Die Datenverarbeitung ist allerdings nach § 23 Satz 2 IfSG in Bezug auf solche übertragbaren Krankheiten ausgeschlossen, die im Rahmen einer leitliniengerechten Behandlung nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft nicht mehr übertragen werden können.

3.2. Zulässigkeit der Datenverarbeitung über Impf- und Serostatus von Beschäftigten

Die Zulässigkeit der Datenverarbeitung setzt voraus, dass diese zur Erfüllung der Pflichten nach § 23 Abs. 3 IfSG erforderlich ist.²⁰ Ferner darf die Datenverarbeitung nur zu dem Zweck erfolgen, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses und die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden.²¹

Das Vorhandensein eines bestimmten Impf- oder Immunschutzes beim Personal muss nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlich sein, um Patienten vor nosokomialen Infektionen und (resistenten) Krankheitserregern zu schützen.²² So ist die Datenverarbeitung zur Ver-

17 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) a) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksache 18/4282 - Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz - PräVG) und zu weiteren Anträgen, Bundestagsdrucksache 18/5261 vom 17. Juni 2015, S. 63. Solche Empfehlungen enthält zum Beispiel die Empfehlung der KRINKO ‚Impfungen von Personal in medizinischen Einrichtungen in Deutschland die zur Umsetzung der gesetzlichen Regelung in § 23a Infektionsschutzgesetz‘ (Bundesgesundheitsblatt 2021, 64: 636-642, abrufbar unter https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/Krankenhaushygiene/Kommission/Downloads/ImpfungenVonPersonalInMedizin_Article_2021.pdf?blob=publicationFile), die jedoch Covid-19 ausdrücklich nicht berücksichtigt, da angesichts der erst kurzzeitigen Verfügbarkeit von Impfstoffen gegen SARS-CoV-2 für eine valide Aussage zur Bewertung des Impf- oder Serostatus noch keine ausreichende Datenbasis vorhanden sei.

18 Zweites Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 19. Mai 2020, BGBl. I, S. 1018.

19 Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Entwurf eines Zweiten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite, Bundestagsdrucksache 19/18967 vom 5. Mai 2020, S. 59.

20 Harney in: Kießling, Infektionsschutzgesetz: IfSG, 2. Auflage 2021, § 23a, Rn. 5.

21 Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, IfSG § 23a, Rn. 17.

22 Harney in: Kießling, Infektionsschutzgesetz: IfSG, 2. Auflage 2021, § 23a, Rn. 5.

hinderung nosokomialer Infektionen nicht erforderlich, soweit das Infektionsrisiko durch Beachtung von Maßnahmen der persönlichen Basishygiene sicher beherrschbar ist.²³ In Hinblick auf SARS-CoV-2-Viren beziehungsweise COVID-19-Erkrankungen wird davon ausgegangen, dass diese nicht mithilfe von Basishygiene eingedämmt werden können. So verweise auch die Gesetzesbegründung zu § 23a IfSG darauf, dass in Bezug auf Krankheiten, die leicht durch Tröpfchen übertragen werden, bei denen die klinische Symptomatik nicht immer eindeutig ist oder bei denen Infizierte bereits vor Auftreten der klassischen Symptome infektiös sind, das Wissen des Arbeitgebers über das Bestehen eines ausreichenden Impf- oder Immunschutzes erforderlich sei, um für den Einsatz des Personals Bedingungen zu schaffen, die Infektionsrisiken für vulnerable Patienten vermeiden.²⁴

Auch der mit Wirkung zum 15. September 2021²⁵ eingeführte § 36 Abs. 3 IfSG²⁶ zeigt, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Erhebung personenbezogener Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus in Bezug auf COVID-19 als Entscheidungsgrundlage über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung grundsätzlich zur Verhinderung der Verbreitung der COVID-19 erforderlich sein kann. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu unter Hinweis auf § 23a IfSG, dass zum Schutz besonders vulnerabler

-
- 23 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) a) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksache 18/4282 - Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz - PräVG) und weiteren, Bundestagsdrucksache 18/5261 vom 17. Juni 2015, S. 63; Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, S. 66, 71; Temming in: Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, § 16, Rn. 61; Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, IfSG § 23a, Rn. 8.
- 24 Temming in: Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, § 16, Rn. 61 (mit Verweis darauf, dass vor allem zum Schutz vulnerabler Patienten eine Datenerhebung bei der Infektion mit dem Corona-Virus bezüglich eines Impf- und Immunschutzes erforderlich sei); Thüsing/Bleckmann/Rombey, COVuR 2021, S. 66, 71; Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, IfSG § 23a, Rn. 8; alle unter Verweis auf die Gesetzesbegründung zu § 23a IfSG (Bundestagsdrucksache 18/5261 vom 17. Juni 2015, S. 63). In Hinblick auf COVID-19-mRNA-Impfungen führt Aligbe (aaO, Rn. 5a.2) unter Hinweis auf das Epidemiologische Bulletin 16/2021 des Robert Koch-Instituts vom 22. April 2021 (Beschluss der STIKO zur 4. Aktualisierung der COVID-19-Impfempfehlung) aus, dass hinsichtlich der Unterbrechung oder Verminderung der Transmission auf Basis der damaligen Daten angenommen werden könne, dass die Anzahl der PCR-Positiven durch die Impfung erheblich verringert werde und darüber hinaus die Virusausscheidung von Personen, die trotz Impfung PCR-positiv werden, deutlich reduziert sei. Sofern sich die Daten in Bezug auf die Transmission weiter verbesserten, sei vorstellbar, dass aufgrund § 23a IfSG der Impfstatus in Bezug auf COVID-19 verarbeitet werden dürfe. Nach Thüsing/Bleckmann/Rombey (aaO, S. 72) haben die in § 23 Abs. 3 IfSG genannten Arbeitgeber das Recht, nach dem Corona-Impfstatus zu fragen.
- 25 Gesetz zur Errichtung eines Sondervermögens "Aufbauhilfe 2021" und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 - AufbhG 2021) vom 10. September 2021, BGBl. 2021, S. 4147.
- 26 § 36 Abs. 3 IfSG lautet: „Sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 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 Serostatus 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.“

Personengruppen im Interesse des Infektionsschutzes die Erforderlichkeit bestehen könne, Beschäftigte hinsichtlich ihres Impf- und Serostatus in Hinblick auf COVID-19 unterschiedlich einzusetzen oder von einer Beschäftigung ungeimpfter Personen (in bestimmten Bereichen) abzuweisen. Damit könnten die Arbeitgeber die Arbeitsorganisation so ausgestalten, dass ein sachgerechter Einsatz des Personals möglich sei und gegebenenfalls entsprechende Hygienemaßnahmen treffen.²⁷ Dies dürfte erst Recht auf die in §§ 23 Abs. 3, 23a IfSG genannten Arbeitgeber zutreffen.

Das Recht des Arbeitgebers zur Datenverarbeitung des Impf- und Serostatus besteht nur, soweit dies zur Pflichterfüllung nach § 23 Abs. 3 IfSG erforderlich ist. Dementsprechend ist die Zulässigkeit des Fragerechts des Arbeitgebers von dem Infektionsrisiko abhängig, das von dem Beschäftigten an seinem konkreten Arbeitsplatz für das dort zu betreuende Patientenkontingent ausgeht, ist also insbesondere abhängig von Art und Umfang der Patientenkontakte des Beschäftigten. Die Erforderlichkeit ist folglich in Hinblick auf die konkrete Tätigkeit zu beurteilen.²⁸

Die Daten sind unmittelbar beim Beschäftigten zu erheben, und zwar regelmäßig durch Vorlage eines Nachweises. Wird kein Nachweis über den Impf- oder Serostatus vorgelegt, kann der Arbeitgeber in der Regel von Bewerbern beziehungsweise Beschäftigten verlangen, dass sie den Status ärztlich feststellen lassen. Unterbleibt der Nachweis, können daraus Konsequenzen hinsichtlich der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder der Art und Weise einer bestehenden Beschäftigung folgen.²⁹

3.3. Beschäftigte

Wie erläutert, handelt es sich bei § 23a IfSG um eine datenschutzrechtliche Regelung. Gemäß § 23a S. 3 IfSG gelten im Übrigen die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts. § 26 Abs. 8 Satz 1 BDSG definiert den Begriff Beschäftigte im Sinne des Datenschutzrechts. Demnach sind Beschäftigte unter anderem Arbeitnehmer, einschließlich der Leiharbeitnehmer im Verhältnis zum Entleiher (Nr. 1), zu ihrer Berufsbildung Beschäftigte (Nr. 2), Freiwillige, die einen Dienst nach dem Jugendfreiwilligendienstgesetz oder dem Bundesfreiwilligendienstgesetz leisten (Nr. 5) und Beamte des Bundes sowie Zivildienstleistende (Nr. 7).

27 Beschlussempfehlung und Bericht des Haushaltsausschusses (8. Ausschuss) a) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD - Drucksache 19/32039 - Entwurf eines Gesetzes zur Errichtung eines Sondervermögens „Aufbauhilfe 2021“ und zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht wegen Starkregenfällen und Hochwassern im Juli 2021 sowie zur Änderung weiterer Gesetze (Aufbauhilfegesetz 2021 - AufbauhG 2021) und weiteren Anträgen, Bundestagsdrucksache 19/32275 vom 3. September 2021, S. 29.

28 Harney in: Kießling, Infektionsschutzgesetz: IfSG, 2. Auflage 2021, § 23a, Rn. 7; Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, IfSG § 23, Rn. 40; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) a) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung - Drucksache 18/4282 - Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Gesundheitsförderung und der Prävention (Präventionsgesetz - PräVG) und weiteren, Bundestagsdrucksache 18/5261 vom 17. Juni 2015, S. 63.

29 BMAS und BMG, Abgestimmte Stellungnahme von BMAS und BMG zu §23a Infektionsschutzgesetz (IfSG), insbesondere zum Verhältnis zur Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV) vom 29. Mai 2020, AZ(BMAS): IIIb1-30921-3/31 (abrufbar unter https://www.baua.de/DE/Aufgaben/Geschaeftsfuehrung-von-Aus-schuessen/AfAMed/pdf/Stellungnahme-Infektionsschutzgesetz.pdf?__blob=publicationFile&v=3); Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Auflage 2021, VI.3.

Bewerber für ein Beschäftigungsverhältnis sowie Personen, deren Beschäftigungsverhältnis beendet ist, gelten ebenfalls als Beschäftigte, § 26 Abs. 8 Satz 2 BDSG. Für Landesbeamte gelten die jeweiligen Landesgesetze.³⁰

§ 23a IfSG gilt folglich grundsätzlich für Angestellte und Beamte gleichermaßen.

* * *

30 Riesenhuber in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition, Stand: 1. Februar 2021, § 26, Rn. 29; vgl. hierzu auch Riesenhuber in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition, Stand: 1. Februar 2021, § 26, Rn. 6.1. Beispielsweise gilt gemäß § 18 Berliner Datenschutzgesetz (BlnDSG) unter anderem § 26 BDSG entsprechend, wenn öffentliche Stellen personenbezogene Beschäftigendaten im Beschäftigungskontext verarbeiten.