



Ausarbeitung

Auskunftspflicht über Impfstatus gegenüber Arbeitgebern

Nachfragen zu WD 3 - 3000 - 157/21

Auskunftspflicht über Impfstatus gegenüber Arbeitgebern

Nachfragen zu WD 3 - 3000 - 157/21

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 168/21
Abschluss der Arbeit: 8. Oktober 2021 (zugleich letzter Abruf der Internetquellen)
Fachbereich: WD 3: Verfassung und Verwaltung

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.	Einführung und Fragestellung	4
2.	Vereinbarkeit von § 36 Abs. 3 IfSG mit den Grundrechten	4
2.1.	Recht auf informationelle Selbstbestimmung	4
2.2.	Gleichbehandlungsgebot	5
2.2.1.	Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte	5
2.2.2.	Verhältnismäßigkeit	6
2.2.3.	Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte	8
3.	Umgang mit den Daten nach Ende der epidemischen Lage	9
3.1.	Lösch- und Informationspflichten nach der DS-GVO	9
3.2.	Löschpflicht für den abgefragten Impfstatus	10
3.3.	Aufsicht	12

1. Einführung und Fragestellung

Am 7. September 2021 hat der Deutsche Bundestag die Änderung des **§ 36 Abs. 3 Infektionsschutzgesetz (IfSG)**¹ beschlossen und so eine (weitere) Spezialvorschrift für die Verarbeitung personenbezogener Daten eines Beschäftigten über dessen **Impf- und Serostatus** beschlossen. Danach darf der Arbeitgeber zukünftig in den in § 36 Abs. 1 und Abs. 2 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen (insbesondere Kindertagesstätten, Schulen, Pflegeeinrichtungen, Obdachlosenunterkünften, Flüchtlingsunterkünften, Justizvollzugsanstalten) die Information über den Impf- und Serostatus seiner Beschäftigten in Bezug auf die durch das Coronavirus ausgelöste Krankheit COVID-19 verarbeiten, sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat und soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden.

Die Feststellung des Fortbestehens der **epidemischen Lage von nationaler Tragweite** erfolgte zuletzt am 25. August 2021, sodass diese nun bis zum 24. November 2021 vorliegt.²

In der Ausarbeitung

Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 157/21, Auskunftspflicht eines Beschäftigten über seinen Impfstatus gegenüber seinem Arbeitgeber – Datenschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Bewertung, vom 8. September 2021

wurde bereits der verfassungsrechtliche und datenschutzrechtliche Rahmen für die Auskunftspflicht erörtert. Im Folgenden werden spezifische verfassungsrechtliche Aspekte und solche zur Löschung von Daten nach dem Datenschutzrecht ergänzt.

2. Vereinbarkeit von § 36 Abs. 3 IfSG mit den Grundrechten

Ergänzend zu den in der Ausarbeitung gemachten Ausführungen wird im Folgenden die Beschränkung der Auskunftspflicht auf Mitarbeiter bestimmter Einrichtungen grundrechtlich geprüft.

2.1. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

In der genannten Ausarbeitung wurde ausführlich die Vereinbarkeit einer Auskunftspflicht mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG), erörtert. Zu der neuen Norm ist (soweit ersichtlich) bislang keine Rechtsprechung ergangen, die in die Ausarbeitung aufgenommen werden könnte. Eine **Ergänzung** bezogen auf die konkrete Regelung in § 36 Abs. 3 IfSG ist hinsichtlich folgender Argumentation geboten. Im Rahmen der Prüfung der **Erforderlichkeit** einer Auskunftspflicht (WD 3 - 3000 - 157/21, Punkt 3.2.2.3.) wurde bereits darauf hingewiesen, dass die aktuelle Infektionslage und die **Impfquote** zu berücksichtigen

1 Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 10. September 2021 (BGBl. I S. 4147).

2 Deutscher Bundestag, Stenografischer Bericht, 238. Sitzung, 25. August 2021, PlPr 19/238, S. 31049 ff.

ist. Nach neuesten Erkenntnissen liegt diese mittlerweile wohl bei ca. 80 Prozent Personen mit vollständigem Impfschutz.³ Die höhere Impfquote allein ist jedoch kein Argument, das die Erforderlichkeit der Maßnahme pauschal entfallen lässt. Die Impfung ist dennoch als Bestandteil des Bündels der zur Verfügung stehenden alternativen Maßnahmen (ausführlich WD 3 - 3000 - 157/21, Punkt 3.2.2.3.) mit zu beachten.

Im Rahmen der **Angemessenheit** (WD 3 - 3000 - 157/21, Punkt 3.2.2.4.) ist zudem zusätzlich zu berücksichtigen, dass die Regelung sich nur auf einen beschränkten Kreis von Arbeitnehmern bezieht, nämlich Arbeitnehmer in Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 und 2 IfSG, also insbesondere Kindertagesstätten, Schulen, Pflegeeinrichtungen, Obdachlosenunterkünften, Flüchtlingsunterkünften und Justizvollzugsanstalten. Insofern trifft die **Pflicht nur Personenkreise**, die regelmäßig mit besonders gefährdeten Gruppen agieren. So zum Beispiel Mitarbeiter in Schulen und Kindertagesstätten, da für Kinder unter 12 Jahren in Deutschland noch kein Impfstoff zugelassen ist, mit dem diese geschützt werden könnten. Bei Personen in Pflege- und Obdachloseneinrichtungen besteht regelmäßiger Kontakt zu Menschen mit einem schwächeren Immunsystem, die somit besonders gefährdet sind, wobei insbesondere in Pflegeeinrichtungen auch das Abstandsgebot regelmäßig nicht eingehalten werden kann. Bei Flüchtlingsunterkünften und Justizvollzugsanstalten ist die Gefährdungssituation insofern besonders, als dass hier viele Menschen auf engem Raum zusammenkommen, wobei insbesondere bei Justizvollzugsanstalten die Möglichkeit fehlt, diesen zu verlassen.⁴ Mithin beschränkt sich die Regelung auf solche Personen, die beruflich mit besonders vulnerablen Gruppen oder einer Vielzahl an Menschen in unmittelbarer räumlicher Nähe in Kontakt kommen. Dies ist Argument für die Angemessenheit der Regelung.

2.2. Gleichbehandlungsgebot

In der Tatsache, dass nur Arbeitnehmer bestimmter Einrichtungen der Pflicht zur Offenlegung des Impfstatus nach § 36 Abs. 3 IfSG unterliegen, könnte eine Verletzung des Gleichheitsgrundrechts aus Art. 3 Abs. 1 GG liegen.

2.2.1. Ungleichbehandlung wesentlich gleicher Sachverhalte

Dafür müsste zunächst eine **Ungleichbehandlung** wesentlich gleicher Sachverhalte oder eine Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte vorliegen.⁵ Von der Regelung erfasst sind **nur Mitarbeiter** in den in § 36 Abs. 1 und 2 IfSG genannten **Einrichtungen**.

Daneben tritt zudem die bereits vor der jüngsten Gesetzesänderung bestehende Auskunftspflicht für Mitarbeiter in **medizinischen Berufen**, u.a. in Krankenhäusern, Dialyseeinrichtungen, Tageskliniken, Arztpraxen, Zahnarztpraxen, ambulanten Pflegediensten und Rettungsdiensten nach § 23a S. 1 IfSG.

3 Vgl. mit Verweis auf einen aktuellen Bericht des RKI: „Wohl deutlich mehr Geimpfte als gedacht“, tagesschau.de vom 7. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/corona-rki-impfquote-101.html>.

4 Vgl. dazu: Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/32275, S. 29.

5 BVerfGE 4, 144 (155); Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, 3. Auflage 2013, Art. 3 Rn. 20.

Andere Beschäftigte sind von der Auskunftspflicht aus dem IfSG nicht erfasst. Insofern besteht eine Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer, je nachdem in welcher Einrichtung sie tätig werden. Die Auskunftspflicht ihrerseits stellt aufgrund des Offenlegens sensibler persönlicher Daten einen Nachteil für die Betroffenen dar.

2.2.2. Verhältnismäßigkeit

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist das Gleichheitsgebot dann verletzt, wenn eine Ungleichbehandlung vorliegt, obwohl zwischen beiden Gruppen von Normadressaten keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung **rechtfertigen** könnten.⁶ Die Auskunftspflicht für bestimmte Gruppen stellt eine Differenzierung im Rahmen grundrechtlich geschützter Freiheiten – nämlich hier dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung – dar und muss deshalb dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Es muss mithin ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung vorliegen; die Differenzierung muss geeignet sowie erforderlich sein und der Grund schließlich in einem **angemessenen Verhältnis** zu der Ungleichbehandlung stehen.⁷

Dafür muss zunächst ein **legitimes Differenzierungsziel** vorliegen.⁸ Die Auskunftspflicht soll allgemein zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 beitragen, wie es bereits auch aus dem Normtext von § 36 Abs. 3 S. 1 IfSG hervorgeht. Der Gesetzgeber erklärte in der Begründung zur Gesetzesänderung das Ziel der Regelung wie folgt:

„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 Serostatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) unterschiedlich einzusetzen oder von einer Beschäftigung ungeimpfter Personen (in bestimmten Bereichen) abzusehen. Damit können die Arbeitgeber die Arbeitsorganisation so ausgestalten, dass ein **sachgerechter Einsatz** des Personals möglich ist und ggfs. entsprechende **Hygienemaßnahmen** treffen.“⁹

Die Regelung soll mithin dem **Schutz von Leben und Gesundheit** insbesondere der Angehörigen vulnerabler Gruppen dienen beziehungsweise Menschen in Kontexten schützen, in denen die räumliche Nähe zu einer größeren Anzahl an Menschen unvermeidbar ist (z.B. in der Schule, in einer Obdachloseneinrichtung oder Massenunterkunft).

6 Vgl. u.a. zur st. Rspr.: BVerfGE 55, 72 (88); 60, 123 (133 f.).

7 BVerfGE 82, 126 (146); Heun, in: Dreier (Hrsg.), GG, Kommentar, 3. Auflage 2013, Art. 3 Rn. 22.

8 Schmidt, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, Art. 3 GG, Rn. 35.

9 BT-Drs. 19/32275, S. 29. Hervorhebung nur hier.

Das Differenzierungskriterium muss zudem **geeignet** sein, um dieses Ziel zu erreichen.¹⁰ Durch die Auskunftspflicht nur für Beschäftigte, die im Allgemeinen mit vulnerablen Gruppen in Kontakt kommen beziehungsweise in der räumlichen Nähe zu zahlreiche Menschen tätig sind, können bessere Schutzmaßnahmen für diese (besonders gefährdeten) Personen ergriffen werden. Seitens des Gesetzgebers wurden zahlreiche unterschiedliche Einrichtungen in der Regelung zusammengefasst. Zwar ist grundsätzlich die jeweils besondere Situation in den einzelnen Einrichtungsarten zu betrachten; Gesichtspunkte die für eine offensichtliche Ungeeignetheit der Maßnahme sprechen, sind hier jedoch für keine Einrichtungsart ersichtlich. Insofern ist die Regelung der Auskunftspflicht insbesondere für diesen Kreis der Beschäftigten dem Ziel des Gesundheitsschutzes für vulnerable Gruppen und solche in engen räumlichen Gegebenheiten dienlich.

Die Differenzierung muss zudem **erforderlich** sein, um das gewünschte Ziel zu erreichen.¹¹ Die aus der Ungleichbehandlung folgende Belastung darf insoweit nicht weiter gehen, als der die Differenzierung legitimierende Zweck dies verlangt.¹² Zwar bestehen zahlreiche andere Schutzmaßnahmen, die auch in den hier erfassten Einrichtungen zur Anwendung kommen (vgl. WD 3 - 3000 - 157/21, Punkt 3.2.2.3.). Teilweise werden sogar spezielle Maßnahmen ergriffen, die nur in solchen Einrichtungen zur Anwendung kommen, wie verpflichtende regelmäßige Tests in Schulen, jedoch spricht dies nicht gegen das Ergreifen einer **weiteren Schutzmaßnahme**. Zum Gesundheitsschutz werden viele Maßnahmen parallel ergriffen, die regelmäßig aufgrund neuerer Erkenntnisse angepasst werden. Dem Gesetzgeber steht insoweit ein eigener Einschätzungs- und Prognosespielraum zu. Ein milderes Mittel, welches das mit der Differenzierung verfolgte Ziel ebenso gut erreicht, ist mithin vorliegend nicht ersichtlich.

Schließlich muss im Rahmen der **Angemessenheit** das Differenzierungsziel gewichtig genug sein, um die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen.¹³ Die Differenzierung dient gerade dazu, nur solche Gruppen zu belasten, die wesentlich zum Schutz der vulnerablen Gruppen und solchen in engen räumlichen Kontexten beitragen können, und somit auch dem Grundrechtsschutz der nicht von der Regelung erfassten Beschäftigten (vgl. oben Punkt 2.1.). Auch in vielen anderen Einrichtungen und Branchen gibt es Bereiche, in denen viele Menschen auf begrenztem Raum zusammen kommen, etwa Arbeiter in der Produktion, Schlachtindustrie oder auch in der Veranstaltungsbranche. Jedoch handelt es sich bei diesen zum einen nicht um Einrichtungen, in denen der Kontakt überwiegend unvermeidbar ist. Weder in einer Justizvollzugsanstalt, Kinderbetreuungseinrichtung, Schule oder Obdachloseneinrichtung können die „Nutzer“ grundlegend frei entscheiden, ob sie diese aufsuchen wollen, sondern sind aus rechtlichen oder praktischen Gegebenheiten (regelmäßig) zur Nutzung gezwungen. Auch sind die erfassten Einrichtungen gerade die, in denen sich Angehörige vulnerabler Gruppen regelmäßig aufhalten beziehungsweise in denen aufgrund der räumlichen Gegebenheiten zahlreiche Menschen zusammenkommen, ohne dass stets ein spezieller Schutz, zum Beispiel durch Trennscheiben, möglich ist. Kinder unter 12 Jahren etwa, für die bislang kein Impfstoff gegen COVID-19 zugelassen ist, verbringen viel Zeit in einer Einrichtung zur

10 Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 16. Auflage 2020, Art. 3 Rn. 22.

11 Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 16. Auflage 2020, Art. 3 Rn. 22.

12 BVerfGE 85, 238, 245; Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 16. Auflage 2020, Art. 3 Rn. 22.

13 BVerfGE 113, 167, 260; Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 16. Auflage 2020, Art. 3 Rn. 22.

Kinderbetreuung oder der Schule, befinden sich darüber hinaus aber im privaten Umfeld mit regelmäßig wesentlich weniger Kontakten zu anderen Personen, als in den geregelten Kontexten. Insofern ist die Situation des in den Einrichtungen nach § 36 Abs. 3 IfSG erfassten Zusammenkommens mit mehreren anderen Personen im beruflichen Kontext nicht vergleichbar mit anderen. Mithin erscheint die Differenzierung auch angemessen.

2.2.3. Gleichbehandlung wesentlich ungleicher Sachverhalte

Innerhalb der von § 36 Abs. 3 IfSG erfassten Einrichtungen kann es dazu kommen, dass Personen von der Regelung erfasst sind, die in Bereichen der von § 36 Abs. 3 IfSG erfassten Einrichtungen arbeiten, in denen kein oder nur eingeschränkter Kontakt zu Mitgliedern der vulnerablen Gruppen oder überhaupt anderen Personen größerer Zahl in räumlicher Nähe besteht. So ist beispielsweise eine Person die in der Verwaltung einer Justizvollzugsanstalt als Bürosachbearbeiter arbeitet genauso von der Regelung erfasst, wie ein Justizvollzugsbeamter der regelmäßig im unmittelbaren Kontakt mit den Insassen steht.

Das Unterbleiben der nach Art. 3 Abs. 1 GG erforderlichen Differenzierung ist ebenfalls gerechtfertigt. Bei der Regelung von Massenerscheinungen ist die **Typisierung** und **Pauschalierung** von Tatbeständen gegebenenfalls notwendig und daher auch als Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung anerkannt.¹⁴ Dafür darf die Benachteiligung aber nur eine relativ kleine Gruppe treffen und nicht sehr intensiv sein.¹⁵ Der Gesetzgeber hat die Gruppen, für die nach dem IfSG eine Auskunftspflicht besteht, so gewählt, dass die Mitarbeiter in diesen Einrichtungen – soweit ersichtlich – weit überwiegend in Kontakt mit vulnerablen Gruppen oder einer Vielzahl an Menschen in räumlicher Nähe sind. Beschäftigte innerhalb dieser Einrichtungen, die keinen solchen Kontakt haben, sind im Vergleich zu den insgesamt der Regelung unterfallenden Personen wohl verhältnismäßig wenig. Dieser Personenkreis ließe sich darüber hinaus auch kaum trennscharf im Rahmen einer abstrakt-generellen Ausnahmeregelung von § 36 Abs. 3 IfSG erfassen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass beim Normvollzug die Besonderheiten dieser Gruppe berücksichtigt werden können.¹⁶ Für den Arbeitgeber besteht nämlich aus dem IfSG keine Pflicht, die Daten (von allen Beschäftigten) zu erheben. Insofern kann er auch selbst beim Normvollzug darauf verzichten, die Daten von Beschäftigten, bei denen ein Kontakt zu Angehörigen vulnerabler Gruppen oder einer Vielzahl an Menschen in räumlicher Nähe aufgrund der Besonderheiten ihrer konkreten Tätigkeit von vornherein ausgeschlossen werden kann, zu erheben. Aufgrund des dann unverhältnismäßigen Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird dies sogar unterbleiben müssen. Mithin ergibt sich auch aus der Typisierung hier kein nicht zu rechtfertigender Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

14 Schmidt, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, Art. 3 GG, Rn. 45.

15 BVerfG, Beschl. v. 8.10.1991 – BvL 50/86, NJW 1992, 423, 424; BVerfG, Beschl. v. 27.1.1998 – 1 BvL 15/87, NJW 1998, 1475, 1477; Schmidt, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, Art. 3 GG, Rn. 45.

16 BVerfG, Beschl. v. 8.10.1991 – BvL 50/86, NJW 1992, 423, 424; Schmidt, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, Art. 3 GG, Rn. 45.

3. Umgang mit den Daten nach Ende der epidemischen Lage

§ 36 Abs. 3 S. 2 IfSG regelt ausdrücklich, dass im Übrigen die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts gelten. Insofern weist er auch auf die bestehenden Löschverpflichtungen aus dem allgemeinen Datenschutzrecht hin.

3.1. Lösch- und Informationspflichten nach der DS-GVO

Gemäß Art. 17 Abs. 1 Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)¹⁷ hat eine Person in bestimmten Fällen gegenüber dem Verantwortlichen einen **subjektiven Anspruch** auf Löschung der sie betreffenden personenbezogenen Daten. Um den Anspruch geltend zu machen, muss sie einen formfreien Antrag stellen, der erkennbar das Löschungsbegehren und einen identifizierbaren Löschungsinhalt enthält.¹⁸ Gleichzeitig statuiert die Vorschrift eine **objektive (antragsunabhängige) Verpflichtung** des Verantwortlichen, diese Daten von sich aus zu löschen.¹⁹ Dieser steht folglich in der Verantwortung, seine Löschungsverpflichtungen selbstständig und laufend zu überprüfen.²⁰ Für die Ermittlung des Löschbedarfs sind technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen (sog. **Löschkonzept**), vgl. Art. 24 Abs. 1 DS-GVO.²¹ Diese können beispielsweise aus Richtlinien oder Handlungsanweisungen bestehen. Im Rahmen des Löschkonzepts sind insbesondere Löschfristen zu definieren und deren regelmäßige Überprüfung festzulegen.²² Darüber hinaus muss der Verantwortliche gemäß Art. 30 Abs. 1 lit. f DS-GVO ein Verzeichnis aller in seinen Zuständigkeitsbereich fallenden Verarbeitungstätigkeiten führen, das – soweit es möglich ist – unter anderem Löschfristen der verschiedenen Datenkategorien enthält.

Weiter muss der Verantwortliche zum Zeitpunkt der Erhebung personenbezogener Daten der betroffenen Person bestimmte **Informationen** zur Verfügung stellen, die notwendig sind, um eine faire und transparente Verarbeitung zu gewährleisten, Art. 13 Abs. 2 DS-GVO. Darunter fällt zum einen die **Dauer**, für die die personenbezogenen Daten gespeichert werden oder, falls dies nicht möglich ist, die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer. Außerdem muss über das Bestehen eines Rechts auf Auskunft seitens des Verantwortlichen über die betreffenden personenbezogenen Daten sowie auf Berichtigung oder Löschung oder auf Einschränkung der Verarbeitung oder eines Widerspruchsrechts gegen die Verarbeitung sowie des Rechts auf Datenübertragung informiert werden.

17 Datenschutz-Grundverordnung, 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, Amtsblatt L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1, ber. Amtsblatt L 314 vom 22. November 2016, S. 72, Amtsblatt L 127 vom 23. Mai 2018, S. 2.

18 Voigt, in: Bussche v.d./Voigt (Hrsg.), Konzerndatenschutz, 2. Auflage 2019, Kapitel 6 Rn. 45.

19 Paal, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO, BDSG, 3. Auflage 2021, Art. 17 Rn. 20 m.w.N.

20 Ebenda, Rn. 20a.

21 Gründel, Ermittlung des Löschbedarfs bei unstrukturierten Datenbeständen, ZD 2019, 493, 494 ff.

22 Vgl. Erwägungsgrund 39 der DS-GVO sowie Scheja/Quae/Conrad/Hausen, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz, 3. Auflage 2019, Kapitel 1 Rn. 90.

Liegen die Anspruchsvoraussetzungen des Art. 17 Abs. 1 DS-GVO für die Löschung vor, müssen die betroffenen Daten **unverzüglich gelöscht** werden. In der DS-GVO findet sich keine Definition des Begriffs „Löschen“. Es wird zumindest verlangt, dass die in den Daten verkörperte Information in der Weise unkenntlich gemacht wird, dass sie nicht mehr ohne unverhältnismäßigem Aufwand wahrgenommen werden kann;²³ ein vollständiges (physikalisches) Vernichten ist nicht zwingend erforderlich.²⁴ Eine Löschung erfolgt unverzüglich, wenn sie ohne schuldhaftes Zögern durchgeführt wird. In Fällen, in denen eine betroffene Person einen Löschungsantrag stellt, muss der Verantwortliche innerhalb eines Monats eine Entscheidung treffen und den Betroffenen darüber informieren.²⁵

Das **Bundesdatenschutzgesetz** (BDSG) ergänzt die Regelung der DS-GVO nur insoweit, als das Recht des Einzelnen auf Löschung von Daten nicht besteht, wenn die Löschung im Rahmen „nicht automatisierter Datenverarbeitung wegen der besonderen Art der Speicherung nicht oder nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich (ist und) das Interesse der betroffenen Person an der Löschung als gering anzusehen (ist)“, § 35 Abs. 1 BDSG.²⁶ Es besteht dann lediglich ein Recht auf Einschränkung der Verarbeitung, § 35 Abs. 1 S. 2 BDSG.

3.2. Löschpflicht für den abgefragten Impfstatus

Mit dem Ende der epidemischen Lage von nationaler Tragweite könnte für die in § 36 Abs. 3 IfSG genannten Arbeitgeber die Verpflichtung entstehen, die erhobenen Daten zum Impf- und Serostatus ihrer Arbeitnehmer zu löschen. Gemäß Art. 17 Abs. 1 lit. a DS-GVO müssen personenbezogene Daten unverzüglich gelöscht werden, wenn sie für die **Zwecke**, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, **nicht mehr notwendig** sind. Die Löschpflicht kann insoweit als „Spiegelbild“ des Erlaubnistatbestandes für die Datenerhebung angesehen werden.²⁷ Entfällt der Erlaubnistatbestand, sind die Daten regelmäßig zu löschen.

Zwecke i.S.d. Vorschrift sind zuvor festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke.²⁸ Gemäß § 36 Abs. 3 IfSG dürfen die in der Vorschrift genannten Arbeitgeber nur während der Feststellung der **epidemischen Lage von nationaler Tragweite** den Impfstatus ihrer Arbeitnehmer abfragen und verarbeiten und nur soweit es zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist. Ist eine der beiden Voraussetzungen nicht mehr gegeben, entfällt mithin der rechtliche Grund für eine

23 Herbst, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO, BDSG, 3. Auflage 2020, Art. 17 Rn. 37 m.w.N.

24 Kamann/Braun, in: Ehmann/Selmayr (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, 2. Auflage 2018, Art. 17 Rn. 34 m.w.N.

25 Ebenda, Rn. 40.

26 Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097), zuletzt geändert durch Artikel 10 des Gesetzes vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858).

27 Keppeler/Berning, Technische und rechtliche Probleme bei der Umsetzung der DS-GVO-Löschpflichten, ZD 2017, 314, 315.

28 Worms, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition, Stand 1. Februar 2021, Art. 17 Rn. 26.

weitere Verarbeitung der bereits gespeicherten Daten sowie für das Erheben von Daten über den Impf- und Serostatus von weiteren Mitarbeitern. **Auf der Grundlage der Daten** dürfen dann auch **keine arbeitgeberseitigen Maßnahmen** ergriffen werden. Der Gesetzgeber knüpft folglich die Notwendigkeit der Erhebung des Impf- und Serostatus von Arbeitnehmern an das Bestehen der epidemischen Lage sowie an die tatsächliche Erforderlichkeit zur Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus im Einzelfall. Nach dieser gesetzgeberischen Wertung dürfte mit dem Ende der epidemischen Lage eine solche Datenverarbeitung nicht mehr notwendig sein, um die Verbreitung des Coronavirus zu verhindern. Die Daten müssten dann also gelöscht werden.

Auch wenn der **Impfstatus freiwillig** durch den Arbeitnehmer **bekanntgegeben** wurde, ist die Verarbeitungsmöglichkeit durch den Arbeitgeber an das Bestehen der epidemischen Lage geknüpft. Dies kann auch aus folgendem Umstand abgeleitet werden: Der Arbeitgeber darf nach § 2 Abs. 1 S. 3 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung²⁹ den ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten im Rahmen des betrieblichen Infektionsschutzes berücksichtigen (Erlaubnistatbestand). Jedoch tritt auch die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung mit Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite außer Kraft. Mithin bestünde auch aus dieser Verordnung dann keine Erlaubnis für die entsprechende Datenverarbeitung.

Art. 17 Abs. 3 DS-GVO regelt mehrere Ausnahmetatbestände für die Löschpflicht. Das Vorliegen einer solchen **Ausnahme** ist jedoch **nicht ersichtlich**. Insbesondere ist Art. 17 Abs. 3 lit. c DS-GVO nicht anwendbar, der eine Ausnahme der Löschpflicht aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. h und i sowie Artikel 9 Abs. 3 DS-GVO vorsieht. Mit Erlass des § 36 Abs. 3 IfSG hat der Gesetzgeber von der Öffnungsklausel des Art. 9 Abs. 2 lit. i DS-GVO Gebrauch gemacht,³⁰ aber die darin zugelassene Datenverarbeitung eben von dem Bestehen der epidemischen Lage abhängig gemacht. Insofern ist anzunehmen, dass mit dem Wegfall der epidemischen Lage auch kein öffentliches Interesse mehr besteht, dass die Löschpflicht entfallen lassen kann.

Für dieses Ergebnis spricht auch, dass unter anderem die Konferenz der unabhängigen **Datenschutz-aufsichtsbehörden** des Bundes und der Länder bereits 2020 vertreten hat, dass Gesundheitsdaten, die im Rahmen der Pandemie erhoben wurden, aufgrund des im Ende der Pandemie liegenden

29 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 25. Juni 2021 (BAnz AT 28. Juni 2021 V1), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 6. September 2021 (BAnz AT 9. September 2021 V1).

30 Siehe Gesetzesbegründung BT-Drs. 19/32275, S. 29.

Wegfalls des Verarbeitungszwecks unverzüglich zu löschen sind.³¹ Ebenso wird vertreten, dass der entscheidende Zeitpunkt dafür der Wegfall der epidemischen Lage von nationaler Tragweite ist.³²

3.3. Aufsicht

Gemäß Art. 51 Abs. 1 DS-GVO muss jeder Mitgliedsstaat durch nationales Recht eine oder mehrere unabhängige Datenschutzaufsichtsbehörden errichten. In den 16 Bundesländern wurde jeweils ein **Landesdatenschutzbeauftragter** ernannt, der für die Überwachung der Anwendung der DS-GVO bei öffentlichen Stellen zuständig ist. 15 der Landesdatenschutzbeauftragten sind zugleich Aufsichtsbehörde für nichtöffentliche Stellen. In Bayern übernimmt diese Aufgabe das Landesamt für Datenschutzaufsicht.³³ Die Aufsichtsbehörde für die öffentlichen Stellen des Bundes ist der **Bundesdatenschutzbeauftragte**, § 9 BDSG. Welche Stelle für die Aufsicht über die jeweiligen Datenverarbeiter zuständig ist, richtet sich also danach, ob es sich um öffentliche oder private Arbeitgeber handelt und in welchem Bundesland sie tätig sind bzw. ob es sich um öffentliche Stellen des Bundes handelt. Eventuelle Besonderheiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten bleiben hier außer Betracht.³⁴

Wenn gegen die Lösungsverpflichtung aus Art. 17 DS-GVO oder die Informationspflichten aus Art. 13 DS-GVO verstoßen wird, kann gemäß Art. 83 Abs. 5 lit. b DS-GVO ein **Bußgeld** von bis zu 20.000.000 € bzw. bis zu 4% des letztjährigen Jahresumsatzes verhängt werden. Auch der Verstoß gegen die Angabepflicht von Löschfristen nach Art. 30 Abs. 1 lit. f DS-GVO kann mit einem Bußgeld von bis zu 10.000.000 € bzw. bis zu 2% des letztjährigen Jahresumsatzes geahndet werden, Art. 83 Abs. 4 lit. a DS-GVO.

-
- 31 Pressemitteilung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 13. März 2020, Datenschutzrechtliche Informationen zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten durch Arbeitgeber und Dienstherren im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie, abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/20200325_Informationen_zu_Corona_und_Arbeitgeber.pdf. Ebenso: Gemeinsame Stellungnahme des Beauftragten für den Datenschutz der EKD und des Beauftragten für den Datenschutz der Nordkirche zur Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie vom 20. März 2020, abrufbar unter: https://datenschutz.ekd.de/wp-content/uploads/2020/03/Stellungnahme_pbD_Corona.pdf.
- 32 Deutscher Gewerkschaftsbund, Corona und Arbeitsrecht, Impfen und Testen: Was Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jetzt wissen müssen, vom 16. September 2021, abrufbar unter: <https://www.dgb.de/the-men/++co++986b431a-8c8e-11eb-980b-001a4a160123>.
- 33 Vgl. Gola, in: Gola/Heckmann (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, 13. Auflage 2019, § 40 Rn. 4.
- 34 § 19 BDSG; vgl. Eichler, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 37. Edition, Stand: 1. Mai 2021 Art. 55 Rn. 9.