



---

**Ausarbeitung**

---

**Erhebung des Impf- und Genesenenstatus von Beschäftigten in  
Schulen nach § 36 Abs. 3 IfSG**

Verfassungsrechtliche und datenschutzrechtliche Einordnung

**Erhebung des Impf- und Genesenenstatus von Beschäftigten in Schulen nach § 36 Abs. 3 IfSG**  
Verfassungsrechtliche und datenschutzrechtliche Einordnung

Aktenzeichen: WD 3 - 3000 - 178/21  
Abschluss der Arbeit: 15. Oktober 2020 (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

<b>1.</b>	<b>Einführung und Fragestellung</b>	<b>4</b>
<b>2.</b>	<b>Grundrecht auf informationellen Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG</b>	<b>4</b>
2.1.	Schutzbereich und Eingriff	4
2.2.	Verhältnismäßigkeit	5
2.2.1.	Grundsätze	5
2.2.2.	Legitimer Zweck	6
2.2.3.	Geeignetheit	6
2.2.4.	Erforderlichkeit	8
2.2.5.	Angemessenheit	11
2.2.6.	Fazit	13
<b>3.</b>	<b>Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz</b>	<b>14</b>
3.1.	Vereinbarkeit mit Art. 9 DS-GVO	14
3.2.	Umgang mit den Daten nach Ende der epidemischen Lage	16
3.2.1.	Lösch- und Informationspflichten nach DS-GVO und BDSG im Allgemeinen	16
3.2.2.	Löschpflicht für den abgefragten Impf- oder Serostatus	17
3.3.	Fazit	19

## 1. Einführung und Fragestellung

Am 7. September 2021 hat der Deutsche Bundestag die Änderung des **§ 36 Abs. 3 Infektionsschutzgesetz (IfSG)**<sup>1</sup> beschlossen und so eine (weitere) Spezialvorschrift für die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten über deren **Impf- und Serostatus** geschaffen. Die Vorschrift 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.“

Zu den in den Anwendungsbereich der Vorschrift fallenden „Einrichtungen und Unternehmen“ gehören Pflegeeinrichtungen, Obdachlosenunterkünften, Flüchtlingsunterkünften, Justizvollzugsanstalten, aber auch Kindertagesstätten und Schulen (vgl. § 36 Abs. Nr. 1 i.V.m. § 33 Nr. 3 IfSG).

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

Gefragt wurde nach einer Prüfung der Datenerhebung nach § 36 Abs. 3 IfSG anhand des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung, insbesondere ihrer Verhältnismäßigkeit, und einer Einordnung in die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung und des Bundesdatenschutzgesetzes, insbesondere mit Bezug auf die Beschäftigten in Schulen.

## 2. Grundrecht auf informationellen Selbstbestimmung, Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

### 2.1. Schutzbereich und Eingriff

Eine Regelung, durch die der Staat Arbeitnehmer verpflichtet, unter bestimmten Umständen ihren Impf- und Serostatus gegenüber ihrem Arbeitgeber offenzulegen, greift in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) hergeleitet wird, ein. Dieses gewährt dem Einzelnen „die Befugnis, grundsätzlich **selbst zu entscheiden**, wann und innerhalb welcher Grenzen **persönliche Lebenssachverhalte offenbart** werden“<sup>3</sup>. Von diesem Recht umfasst ist die Information über persönliche Gesundheitsdaten, wie den Impf- oder Serostatus. Wenn der Einzelne durch staatliches

---

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.

3 BVerfGE 103, 21 (33), Hervorhebung nur hier.

---

Handeln zur **Offenlegung** seiner Daten **verpflichtet** wird – etwa bei einer normierten Auskunftspflicht – liegt ein Eingriff in das Grundrecht vor.

## 2.2. Verhältnismäßigkeit

Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird **nicht schrankenlos** gewährleistet.<sup>4</sup> Der Gesetzgeber kann das Grundrecht einschränken, allerdings muss die Beschränkung verhältnismäßig sein.

### 2.2.1. Grundsätze

Eine grundrechtsbeschränkende Regelung ist verhältnismäßig, wenn sie geeignet, erforderlich und angemessen zur Erreichung eines legitimen Zieles ist. Dabei kommt dem Gesetzgeber ein **Prognose- und Einschätzungsspielraum** zu; er darf Konzepte erproben.<sup>5</sup> Die **Geeignetheit** kann einer Regelung daher grundsätzlich erst dann abgesprochen werden, wenn sie offensichtlich oder schlechthin ungeeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen. An der **Erforderlichkeit** fehlt es erst dann, wenn bei dem als mildere Alternative in Betracht kommenden Eingriff in jeder Hinsicht feststeht, dass er den fraglichen Zweck sachlich gleichwertig erreicht. Bei der **Angemessenheit** ist zu fragen, ob der (geeignete und erforderliche) Eingriff zu übermäßigen oder unzumutbaren Belastungen des Grundrechtsträgers führt, was (erst) dann der Fall ist, wenn das Maß der von der grundrechtsbeschränkenden Regelung ausgehenden Belastung in keinem vernünftigen Verhältnis mehr zu dem durch sie bewirkten bzw. von ihr zu erwartenden Nutzen steht.<sup>6</sup> Mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist insoweit zu beachten, dass Eingriffe in den „absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung“, namentlich die Intimsphäre, niemals zu rechtfertigen sind, während staatliche Maßnahmen, die zwar das Persönlichkeitsrecht tangieren, aber nicht in den Kernbereich fallen, mit Belangen gerechtfertigt werden können, die im überwiegenden Allgemeininteresse liegen.<sup>7</sup>

Sofern der Wortlaut der grundrechtsbeschränkenden Regelung auch Sachverhalte erfasst, in denen tatsächlich eine unverhältnismäßige Belastung vorliegen würde, ist zu fragen, ob die Regelung einschränkend dahin gehend ausgelegt werden kann, dass sie diese verfassungswidrigen Eingriffskonstellationen nicht mehr abdeckt. Nur wenn solch eine verfassungskonforme Auslegung nicht möglich ist, ist die Norm selbst verfassungswidrig.<sup>8</sup>

---

4 BVerfGE 78, 77 (85).

5 BVerfG, Urteil vom 19. September 2018 – 2 BvF 1/15, 2 BvF 2/15, Rn. 174 f.

6 Vgl. zur Verhältnismäßigkeit statt vieler Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Vorb. Art. 1 Rn. 45 f., Art. 20 Rn. 113 ff.

7 Vgl. BVerfGE 84, 239 (279 f.); 34, 238 (245 f.); Di Fabio, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), GG, 94. EL Januar 2021, Art. 2 Abs. 1 Rn. 181.

8 Vgl. statt vieler Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 16. Aufl. 2020, Art. 20 Rn. 47, 67 f.

### 2.2.2. Legitimer Zweck

Die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 1 IfSG verfolgt das Ziel, die Verbreitung der Coronavirus-Krankheit zu verhindern; denn ausdrücklich nur zu diesem Zweck gestattet sie dem Arbeitgeber die Abfrage des Impf- und Serostatus. Letztlich geht es damit um den Schutz von Leben und Gesundheit der Bevölkerung – zweifelsohne ein legitimes Ziel, das dem Grunde nach geeignet ist, Beschränkungen des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung zu rechtfertigen.

### 2.2.3. Geeignetheit

Zur Frage, wie die Regelung das angestrebte Ziel der Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erreichen soll, heißt es in den Gesetzesmaterialien, dass gerade in den von der Norm erfassten „Einrichtungen und Unternehmen, in denen besonders vulnerable Personengruppen betreut werden oder untergebracht sind beziehungsweise aufgrund der räumlichen Nähe zahlreiche Menschen einem Infektionsrisiko ausgesetzt sind, [...] im Interesse des Infektionsschutzes die Erforderlichkeit bestehen [kann], Beschäftigte hinsichtlich ihres Impf- und Serostatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID 2019) 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 ggf. entsprechende Hygienemaßnahmen treffen.“<sup>9</sup>

Dagegen, dass die **Kenntnis des Arbeitgebers** vom Impf- und Serostatus überhaupt zur Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus beitragen kann und somit geeignet zur Erreichung des angestrebten Zieles ist, könnte eingewandt werden, dass in der Literatur zu Recht darauf hingewiesen wird, dass eine Impfung alleine der Prävention dient und sie mithin keinen Nachweis über den Ausschluss einer akuten Infektion darstellt, also auch keine Aussage über die unmittelbar von dem Geimpften ausgehende Gefahr vermittelt.<sup>10</sup> Zudem, so könnte weiter argumentiert werden, zeigt sich, dass in seltenen Fällen auch vollständig Geimpfte sich infizieren und daraufhin ansteckend sein können, da keiner der Impfstoffe eine 100-prozentige Wirksamkeit bieten kann.<sup>11</sup> Es darf indes nicht übersehen werden, dass nach der aktuellen **Einschätzung des Robert Koch-Instituts (RKI)**<sup>12</sup> Geimpfte **keine relevante Rolle im Pandemiegeschehen** mehr spielen.<sup>13</sup> Basierend auf dieser Einschätzung, dass von Geimpften keine nennenswerte epidemiologische Gefahr mehr ausgeht, sind einschränkende infektionsschutzrechtlichen Maßnahmen aus Gründen der Verhältnismäßigkeit

---

9 BT-Drs. 19/32275, S. 29.

10 Vgl. Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 81 (84).

11 Siehe hierzu die Informationen des RKI zur Wirksamkeit der verschiedenen Impfstoffe und sogenannte Impfdurchbrüche, abrufbar unter: [https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ\\_Liste\\_Wirksamkeit.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Wirksamkeit.html).

12 In der Rechtsprechung wird den wissenschaftlichen Erkenntnissen des RKI ein besonderes Gewicht bei der Beurteilung der aktuellen Lage in Bezug auf die Pandemie gegeben. Daher werden die Äußerungen des RKI auch hier als maßgeblich zugrunde gelegt. Vgl. u.a. BVerfG, Beschluss vom 10. April 2020 – 1 BvQ 28/20.

13 Informationen des RKI, „Können Personen, die vollständig geimpft sind, das Virus weiter übertragen?“ (Stand 28. September 2021), abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html>.

gegenüber diesen als „Nichtstörern“ nur noch unter engen Voraussetzungen möglich.<sup>14</sup> Insofern ist die Information über den Impf- und Serostatus ein geeignetes Kriterium für die entsprechende, diese „Nichtstörer“-Gruppe schonende und gleichzeitig noch wirksame Anpassung betrieblicher Hygienekonzepte und damit zur Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus.

Das gilt auch im Hinblick auf die sich in Schulen mehrheitlich aufhaltende Personengruppe. Kinder und Jugendliche weisen im Unterschied zu Erwachsenen zwar überwiegend einen asymptomatischen oder milden Krankheitsverlauf auf.<sup>15</sup> Allerdings können auch Kinder von gesundheitlichen Langzeitfolgen von Covid-19 betroffen sein; wie häufig sie betroffen sind, ist dabei noch unklar.<sup>16</sup> Darüber hinaus sind zahlreiche Aspekte über die Infektion, Erkrankung und Folgen speziell für Kinder und Jugendliche noch nicht umfassend geklärt.<sup>17</sup> Derzeit sind die **Infektionszahlen** bei Kindern und Jugendlichen zudem besonders hoch. In der 39. Kalenderwoche 2021 verzeichnete das RKI bei den 5-9-Jährigen eine 7-Tages-Inzidenz von 142,37, bei den 10-14-Jährigen sogar den **Spitzenwert** von 178,08 und bei den 15-19-Jährigen eine 7-Tages-Inzidenz von 115,25.<sup>18</sup> Die 7-Tages-Inzidenz der gesamten Bevölkerung lag hingegen lediglich bei 63,8 und damit in etwa halb so hoch.<sup>19</sup> Zu berücksichtigen ist schließlich auch, dass derzeit viele Kinder an Atemwegsinfekten erkranken. Aufgrund der Schließung der Kitas und Schulen und anderer Corona-Maßnahmen im letzten Jahr sind die Kinder mit bestimmten Erregern nicht in Kontakt gekommen und holen diese Erkrankungen nun nach. In Folge dessen ist es zu einem starken **Anstieg von Krankenhauseinweisungen** gekommen.<sup>20</sup> Auch wenn dies vor allem jüngere Kinder (unter 5 Jahren) betrifft, ist die Krankenhausbelastung auch im Zusammenhang mit COVID-19 als problematisch zu bewerten.

- 
- 14 Ausführlich dazu siehe die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, Verfassungsmäßigkeit von Lockerungen der Maßnahmen zum Infektionsschutz für geimpfte Personen, WD 3 - 3000 - 015/21, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/836418/ade8a787775e027df0b7fef9e9e7a072/WD-3-015-21-pdf-data.pdf>. Vgl. zu Maßnahmen gegen „Nichtstörer“ auch und insgesamt kritisch: Murswiek, Freiheitseinschränkungen für Ungeimpfte, Die Verfassungswidrigkeit des indirekten COVID-19-Impfzwangs, Rechtsgutachten vom 4. Oktober 2021, S. 41 ff.
- 15 RKI, Epidemiologischer Steckbrief zu SARS-CoV-2 und COVID-19, Kinder und Jugendliche, Stand: Juli 2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=D6A9C8769DFDF5D729713E735DDC8AD5.internet101?nn=13490888#doc13776792bodyText17](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html;jsessionid=D6A9C8769DFDF5D729713E735DDC8AD5.internet101?nn=13490888#doc13776792bodyText17).
- 16 RKI, Gesundheitliche Langzeitfolgen, Können Kinder auch gesundheitliche Langzeitfolgen von COVID-19 entwickeln?, Stand: Juli 2021, abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html>.
- 17 Vgl. zum Erkenntnisstand März 2021: Steinhoff, „Zur Rolle von Kindern im Corona-Pandemiegeschehen“, Infobrief der Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, WD 8 - 3010 - 035/21 vom 25. März 2021, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/832376/2017b51ba38b391f4f82c4e88be20546/Kindern-im-Corona-Pandemiegeschehen-data.pdf>.
- 18 RKI, COVID-19-Fälle nach Altersgruppe und Meldewoche, Stand: 7. Oktober 2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Altersverteilung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Altersverteilung.html).
- 19 RKI, COVID-19: Fallzahlen in Deutschland und weltweit, Stand: 8. Oktober 2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Fallzahlen.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html).
- 20 „Kinder holen Erkältungen nach“, tagesschau.de vom 3. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/atemwegserkrankungen-kinder-101.html>; „Diese Infekte treffen Kinder besonders häufig“, zeit online vom 5. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.zeit.de/news/2021-10/06/diese-infekte-treffen-kinder-besonders-haeufig>.

Zudem wird es im Zuge des Herbstes und Winters zu mehr Erkältungsinfektionen kommen, sodass auch deshalb eine Überlastung der Krankenhäuser droht.<sup>21</sup> Mithin stellt die von § 36 Abs. 3 IfSG gestattete Impf- bzw. Serostatus-Abfrage bei Beschäftigten in Schulen auch mit Blick auf den Schutz von Kindern und Jugendlichen vor der Infektion mit dem Coronavirus ein geeignetes Mittel zur Erreichung des Ziels der Pandemiebekämpfung dar.

Schließlich lässt sich gegen die Geeignetheit der Regelung in Bezug auf Schulen auch nicht einwenden, dass aufgrund des vielfach dort anzutreffenden **Fachkräftemangels** gar keine infektionsschutzfördernde Reaktion seitens des Arbeitgebers auf den Impf- oder Serostatus seiner Beschäftigten möglich wäre. Auf derartige Konstellationen, in denen die Datenerhebung nicht geeignet zum Erreichen des legitimen Zieles wäre, ist § 36 Abs. 3 IfSG aber von vornherein nicht anwendbar. Denn dieser setzt voraus, dass die Daten erhoben werden, „um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden“. Ist eine solche vom Impf- bzw. Serostatus beeinflusste Entscheidung aufgrund der tatsächlichen Rahmenbedingungen nicht möglich, darf auch nicht nach dem Impf- oder Serostatus gefragt werden. Die Regelung beschränkt sich also von vornherein auf im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geeignete Abfragen. Dass der Fachkräftemangel stets und durchgängig keinerlei Spielräume für impf- bzw. serostatusbasierte Anpassungen von Hygiene- oder Personaleinsatzkonzepten lässt, ist nicht ersichtlich.

Insoweit ist das Recht des Arbeitgebers auf Abfrage des Impf- und Serostatus der Beschäftigten auch bei Schulen nicht offensichtlich oder schlechthin ungeeignet zur Verbesserung des Infektionsschutzes.

#### 2.2.4. Erforderlichkeit

Nach dem Gebot der Erforderlichkeit hat der Staat, wie gesehen, „aus den zur Erreichung des Zweckes gleich gut geeigneten Mitteln das mildeste, also die geschützte Rechtsposition am wenigsten beeinträchtigende Mittel“<sup>22</sup> zu wählen.

Die Erforderlichkeit einer Auskunftspflicht beurteilt sich nach dem konkreten Einzelfall. Sie hängt zum einen von dem **konkreten Beschäftigungsumfeld** und den **jeweiligen Arbeitsbereichen** ab. So kann es z.B. Tätigkeiten geben, bei denen sich sowohl die Beschäftigten miteinander als auch mit Dritten, wie z.B. Schülern oder Besuchern, nur selten in denselben Räumlichkeiten aufhalten und die Tätigkeit keinen oder kaum persönlichen Kontakt voraussetzt. Im schulischen Bereich könnte dies etwa für das nicht-pädagogische Personal wie Hausmeister, Verwaltungskräfte oder Ähnliche gelten. Auf diese konkreten Arbeitsbedingungen mit eingeschränkten Kontakten muss der Arbeitgeber aber auch ohne Erhebung des Impf- und Serostatus reagieren, denn § 36 Abs. 3 IfSG gibt ihm das Recht zur Erhebung der Daten, knüpft dies aber an das genannte Kriterium der Erforderlichkeit

---

21 RKI, Vorbereitungen auf den Herbst/Winter 2021/22, Stand: 11. Juli 2021, S. 2, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Downloads/Vorbereitung-Herbst-Winter.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/Vorbereitung-Herbst-Winter.pdf?__blob=publicationFile); „Corona aktuell: Spahn wirbt für Grippe-Impfung“, Süddeutsche Zeitung vom 7. Oktober 2021, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/politik/corona-aktuell-rki-inzidenz-1.5429546>.

22 Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 20 Rn. 113.



zum Infektionsschutz. In kontaktarmen Arbeitsbereichen würde diese Erforderlichkeit dann nicht bestehen. Insofern wären Differenzierungen innerhalb der Gruppe der Beschäftigten angezeigt.

Als alternative Schutzmaßnahmen kommen eine (vom Impf- bzw. Serostatus unabhängige) Maskenpflicht für Lehrkräfte in den gemeinsam genutzten Räumlichkeiten, der Einsatz von Luftfiltern, Abstandsgebote oder Testangebote in Betracht.<sup>23</sup> Fraglich ist aber schon, etwa mit Blick auf die Maskenpflicht und Tests, ob sie sich durchgängig als mildere, den Grundrechtsträger weniger belastende Mittel begreifen lassen. Damit es an der Erforderlichkeit fehlt, müssten diese zudem den angestrebten Zweck in jeder Hinsicht sachlich gleichwertig erreichen.

In **Schulen** findet zwischen den Schülern untereinander, aber auch zu dem Lehrpersonal ein enger persönlicher Kontakt statt. Der Schulalltag findet weit überwiegend in **geschlossenen Räumlichkeiten** statt, sodass das Infektionsrisiko aufgrund der Aerosole besonders hoch ist.<sup>24</sup> Die Schüler und das Lehrpersonal sind zwar angehalten, einen ausreichenden Abstand zueinander zu halten, innerhalb des **Unterrichts** gilt das **Abstandsgebot** häufig aber **nicht**, um eine sinnvolle Unterrichtsgestaltung zu ermöglichen.<sup>25</sup> Insofern stellt das Abstandsgebot kein gleich geeignetes milderes Mittel dar.

In Schulen treffen die Beschäftigten überwiegend auf Personen, für die noch **kein Impfstoff** zugelassen worden ist und für die damit die Möglichkeit, sich selbst zu schützen, ausgeschlossen ist. Keiner der auf dem Markt befindlichen COVID-19-Impfstoffe hat derzeit eine Zulassung für Kinder und Jugendliche unter 12 Jahren.<sup>26</sup> Ein **Impfangebot** für die Kinder und Jugendlichen unter 12 Jahren kommt somit derzeit faktisch ebenfalls nicht als milderes Mittel in Betracht. Da für Personen ab 12 Jahren ein Impfstoff erst seit Juni 2021 zugelassen wurde, liegt die Impfquote bislang in der Altersgruppe von 13 bis 17 Jahren erst bei 37,5 Prozent vollständig Geimpfter.<sup>27</sup> Diese Quote genügt nicht, um auf andere Schutzmaßnahmen verzichten zu können.

Das Tragen eines medizinischen **Mund-Nase-Schutzes** durch das schulische Personal und Schüler in Innenräumen kann die Infektionswahrscheinlichkeit senken, indem andere Personen vor feinen Tröpfchen und Partikeln, die insbesondere beim Sprechen, Husten und Niesen ausgestoßen werden, geschützt werden. Beim richtigen Tragen können sie aber ebenfalls den Träger vor einer Infektion

---

23 Siehe dazu auch Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers?, COVuR 2021, 66 (67); Bayer, Impfpflicht, Corona-Test, Corona-Pass – Möglichkeiten zur schrittweisen Rückkehr an den Arbeitsplatz, ArbRAktuell 2021, 233 (236).

24 RKI, Infektionsschutzmaßnahmen, Welche Rolle spielen Aerosole bei der Übertragung von SARS-CoV-2?, Stand: 28. Juli 2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ\\_Liste\\_Infektionsschutz.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Infektionsschutz.html).

25 Vgl. z.B. Muster-Corona-Hygieneplan für alle Schulen in der Freien und Hansestadt Hamburg, 20. überarbeitete Fassung, gültig ab 1. Oktober 2021, S. 6 f., abrufbar unter: [https://www.hamburg.de/content-blob/14709468/f2c9dd314a537f4a4650244aa1cbfdc7/data/anlage-musterhygieneplan-master\).pdf](https://www.hamburg.de/content-blob/14709468/f2c9dd314a537f4a4650244aa1cbfdc7/data/anlage-musterhygieneplan-master).pdf).

26 RKI, Impfung bei Kindern und Jugendlichen, Wird es einen eigenen Impfstoff für Kinder geben?, Stand: 17. September 2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ\\_Liste\\_Impfung\\_Kinder\\_Jugendliche.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/FAQ_Liste_Impfung_Kinder_Jugendliche.html).

27 Vgl. RKI, Impfmorning vom 13. Oktober 2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html).

schützen.<sup>28</sup> Nachdem in allen Bundesländern in Schulen über lange Zeit eine **Pflicht** zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung für Schüler bestand, wird diese nun in letzter Zeit intensiv **diskutiert**. In einigen Bundesländern wurde die Maskenpflicht bereits gelockert oder dieser Schritt erwogen. Nur in wenigen Bundesländern wird bislang an ihr festgehalten.<sup>29</sup> Insofern haben sich viele Bundesländer entschieden, dass das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung in der Schule den Kindern nicht mehr vorgeschrieben wird. So haben diese von ihrem eigenen Einschätzungs- und Prognosespielraum Gebrauch gemacht und schätzen diese Maßnahme im Kontext Schule nicht mehr als mögliches milderes Mittel gegenüber anderen Einschränkungen ein. Bislang liegen keine gerichtlichen Entscheidungen vor, die sich mit dem Verhältnis dieser Maßnahmen befassen.

**Luftfilter** und regelmäßiges **Stoßlüften** könnten sich als milderes Mittel darstellen. Sie dienen dem Austausch der Raumluft. Gerade bei längerem Aufenthalt in schlecht belüfteten Räumen, in denen sich viele Personen aufhalten, kann eine Übertragung durch infektiöse, kleine luftgetragene Partikel (Aerosole) auch über eine größere Distanz von 1,5 m erfolgen. Die freischwebenden Aerosole können in Innenräumen durch regelmäßiges Lüften oder durch Luftfilter reduziert bzw. entfernt werden. Damit sind beide Maßnahmen geeignet, das Risiko einer Infektion zu reduzieren. Gleichwohl bieten der Einsatz von Luftfiltern sowie das Stoßlüften keinen vollen Schutz vor einer Infektion, sodass andere, den Infektionsschutz verbessernde Maßnahmen sich nicht als überflüssig bzw. nicht erforderlich darstellen.<sup>30</sup>

Als milderes Mittel kommt zudem eine **engmaschige Teststrategie** in Betracht. Alle Bundesländer sehen derzeit die regelmäßige Testung der Schüler und des Lehrpersonals vor.<sup>31</sup> Ein solches Modell hätte gegenüber dem Einsatz von immunisiertem Personal, das sich nicht testen lassen muss, sogar den zusätzlichen Nebeneffekt, dass durch die Testungen ein Infektionsgeschehen bei möglichen Impfdurchbrüchen schnell erkannt werden könnte.<sup>32</sup> Es ist aber zu berücksichtigen, dass die Antigen-

- 
- 28 RKI, Infektionsschutzmaßnahmen, Was ist beim Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes in der Öffentlichkeit zu beachten?, Stand: 30. September 2021, abrufbar unter: [https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ\\_Liste\\_Infektionsschutz.html](https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/FAQ_Liste_Infektionsschutz.html).
- 29 Vgl. dazu „Dr. Dötschs Diagnose: Sollten Schülerinnen und Schüler weiterhin die Maske tragen“, Zeit online vom 6. Oktober 2021, abrufbar unter: [https://www.zeit.de/2021/41/corona-maskenpflicht-schule-kinder-impfung-unterricht?utm\\_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F](https://www.zeit.de/2021/41/corona-maskenpflicht-schule-kinder-impfung-unterricht?utm_referrer=https%3A%2F%2Fwww.google.com%2F).
- 30 RKI, Antworten auf häufig gestellte Fragen zum Coronavirus SARS-CoV-2 / Krankheit COVID-19, Was bringen Luftreinigungsgeräte bzw. mobile Luftdesinfektionsgeräte?, Stand: 28. Juli 2021, abrufbar unter: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019/gesamt.html>.
- 31 Vgl. z.B. Brandenburg, Ministerium für Bildung, Jugend und Sport, Testkonzept – Teststrategie; abrufbar unter: <https://mbjs.brandenburg.de/corona-aktuell/testkonzept-teststrategie.html>; Berlin, Senatsverwaltung Bildung, Jugend und Familie, Einfach Testen, abrufbar unter: <https://www.berlin.de/sen/bjf/corona/tests/>; NRW, Ministerium für Schule und Bildung, Testpflicht, abrufbar unter: <https://www.schulministerium.nrw/selbsttests>.
- 32 Siehe dazu auch „Statt Impfnachweis-Pflicht – jetzt werden Rufe nach 3G für Arbeitnehmer laut“, Die Welt vom 2. September 2021, abrufbar unter: <https://www.welt.de/politik/deutschland/article233546156/Kampf-gegen-Corona-Statt-Impfnachweis-Pflicht-Jetzt-werden-Rufe-nach-3G-fuer-Arbeitnehmer-laut.html>; „Datenschutzbeauftragter: Arbeitgeber sollte nicht sehen ob geimpft oder genesen“, Deutschlandfunk vom 1. September 2021, abrufbar unter: [https://www.deutschlandfunk.de/impfabfrage-am-arbeitsplatz-datenschutzbeauftragter.694.de.html?dram:article\\_id=502470](https://www.deutschlandfunk.de/impfabfrage-am-arbeitsplatz-datenschutzbeauftragter.694.de.html?dram:article_id=502470).

Schnelltests eine nicht unerhebliche Fehleranfälligkeit aufweisen.<sup>33</sup> PCR-Tests sind nach bisherigem wissenschaftlichen Stand demgegenüber ein zwar besonders zuverlässiges Instrument zur Erkennung einer COVID-19-Infektion. Sie weisen aber wegen ihres zeitlichen Vorlaufs für die notwendige Laboruntersuchung ebenfalls einen Risikofaktor auf. Beide Testvarianten stellen immer **nur** eine **Momentaufnahme** dar.<sup>34</sup> Sie wären damit nicht genauso gut zum Infektionsschutz geeignet wie ein impfstatorientierter Personaleinsatz bzw. ein entsprechendes Hygienekonzept, das durch die Abfrage nach § 36 Abs. 3 IfSG ermöglicht werden soll. Darüber hinaus kann auch hinterfragt werden, ob es sich bei der Teststrategie überhaupt um ein milderes Mittel handelt, da auch bei dieser wiederholt Gesundheitsdaten offenbart werden.

Die genannten Maßnahmen sind in die Beurteilung der Erforderlichkeit der Abfrage des Impf- und Genesenenstatus nach § 36 Abs. 3 IfSG im Kontext von Schulen einzubeziehen. Sollte die Erforderlichkeit im Einzelfall zu verneinen sein, ist die Norm verfassungskonform dahin gehend anzuwenden, dass von einer Abfrage abgesehen wird. Dass es durchgehend, bei allen denkbaren Anwendungsfällen im Kontext von Schulen an der Erforderlichkeit fehlt, ist hingegen nicht ersichtlich. Es ist eine Vielzahl von Mitteln denkbar, von denen aber keines allein einen sicheren Schutz vor der Verbreitung des Coronavirus verspricht. In der Regel wird das Schutzniveau erst durch das Zusammenwirken der Maßnahmen verbessert, sodass sich keine gegenüber den anderen als milderes, das angestrebte Ziel „genauso gut“ erreichende Mittel darstellen lässt.

#### 2.2.5. Angemessenheit

Angemessenheit bedeutet, dass die staatliche Maßnahme nicht außer Verhältnis zum Zweck des Eingriffes stehen darf. Das Gebot der Angemessenheit erfordert eine Abwägung zwischen dem Nutzen der Maßnahme und den durch die Maßnahme herbeigeführten Beeinträchtigungen.<sup>35</sup> Im Rahmen der Abwägung sind das Gewicht der betroffenen Interessen sowie die **Eingriffstiefe** einzubeziehen.<sup>36</sup>

Insoweit spricht zunächst für die Angemessenheit, dass die Regelung sich nur auf einen beschränkten Kreis von Arbeitnehmern bezieht, nämlich Arbeitnehmer in Einrichtungen nach § 36 Abs. 1 und 2 IfSG. Insofern trifft die Auskunftspflicht nur Personen, die regelmäßig mit besonders gefährdeten Gruppen agieren oder bei denen, wie im Bereich der Schulen, aufgrund der räumlichen Nähe

---

33 Vgl. Sangs, Die Änderungen des Infektionsschutzgesetzes und das Fragerecht der Arbeitgeber nach dem COVID-19-Status der Beschäftigten, NVwZ 2021, 1481 (1483), der deshalb auch ein „regelmäßiges Testangebot“ als mildere Alternative im Sinne der Erforderlichkeit ablehnt.

34 Vgl. zum Ganzen auch die Ausarbeitung der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages, „Verfassungsrechtliche Bewertung des Ausschlusses Ungeimpfter von Veranstaltungen und in der Gastronomie“, WD 3 - 3000 - 148/21 vom 17. August 2021, S. 4, abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/855920/5ae52a4b6e88498c771244b090633005/WD-3-148-21-pdf-data.pdf>.

35 Grzeszick, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Werkstand: 94. EL Januar 2021, Art. 20 Rn. 117.

36 Klatt/Meister, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, 193 (196 f.).

zu zahlreichen Menschen ein Infektionsrisiko besteht.<sup>37</sup> Der Gesetzgeber hat also gerade keine allgemeine Auskunftspflicht gegenüber dem Arbeitgeber geschaffen, sondern diese nur auf bestimmte Personengruppen beschränkt.

Kinder und Jugendliche, verbringen meist viel Zeit in einer Schule und haben darüber hinaus im privaten Umfeld regelmäßig wesentlich weniger Kontakte zu anderen Personen als im schulischen Kontext. Aufgrund der **Schulpflicht**<sup>38</sup> können sie den Besuch der Schule in der Regel auch nicht vermeiden. Da der Staat die Schüler insofern in eine Situation bringt, in der sie mit zahlreichen anderen Personen in räumlicher Nähe sind, hat er wiederum auch auf ihren Schutz in besonderem Maße hinzuwirken. Auch dies spricht eher für die Angemessenheit einer Regelung, die auf den besonderen Schutz dieser Gruppe hinwirken soll.

In Bezug auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist insbesondere von Bedeutung, welche Art von Daten erhoben wird. **Gesundheitsbezogene Daten** sind **besonders sensibel und schutzbedürftig**.<sup>39</sup> Ein Eingriff durch die Verarbeitung solcher Daten wiegt daher besonders schwer. Auf der anderen Seite soll durch die Erhebung des Impfstatus und daran anknüpfende Maßnahmen die Gesundheit der Schüler und des Lehrpersonals und damit indirekt der Bevölkerung insgesamt geschützt werden. Damit verfolgt sie den Schutz von **besonders wichtigen Gemeinschaftsgütern**.

Einen besonders tiefgehenden Eingriff würde es darstellen, wenn nicht-immunisierten Beschäftigten aufgrund ihrer Auskunft **arbeitsrechtliche Nachteile**, wie z.B. eine Abmahnung oder eine Kündigung, drohen würden. Solange keine Impfpflicht gegen COVID-19 besteht, dürften sich solche massive Eingriffe nicht rechtfertigen lassen. Derartige Eingriffe sind aber nicht die zwangsläufige Folge von Statusabfragen nach § 36 Abs. 3 IfSG, sodass sie der Verhältnismäßigkeit der Datenabfrage, solange diese auf die vorgesehentlich vorgesehenen Zwecke beschränkt bleibt, nicht entgegenstehen. Nicht zu verkennen ist allerdings, dass auch die von § 36 Abs. 3 IfSG vorgesehenen Folgemaßnahmen, namentlich die **Anpassung des betrieblichen Schutzkonzeptes**, schwerwiegende Konsequenzen für den einzelnen Beschäftigten haben kann. In Bezug auf Lehrpersonal kann dies etwa bedeuten, dass die ungeimpfte Person nicht mehr im Präsenzunterricht eingesetzt wird, sondern nur noch die Betreuung von digitalem Unterricht – sofern ein solcher überhaupt noch erfolgt – oder andere Aufgaben ohne direkten Kontakt zu Schülern und anderem Lehrpersonal übernehmen darf.

Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die Auskunft über den Impfstatus zu einer **Stigmatisierung** der „potenziell gefährlichen Ungeimpften“ führen kann.<sup>40</sup> Zu befürchten ist, dass der Impfstatus des Einzelnen auch für die Kollegen erkennbar wird, wenn der Arbeitgeber für die Gruppe der Ungeimpften andere Schutzmaßnahmen trifft als für die Gruppe der Geimpften oder Genesenen. Dies

---

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

38 Vgl. z.B. §§ 37 ff. Hamburgisches Schulgesetz (HmbSG) vom 16. April 1997 (HmbGVBl. S. 97), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. Mai 2021 (HmbGVBl. S. 322).

39 Vgl. Weichert, in: Kühling/Buchner (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2020, Art. 9 DS-GVO Rn. 13, 34 ff.; Ernst, in: Paal/Pauly (Hrsg.), DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2021, Art. 4 Rn. 106 f.

40 Bayer, Impfpflicht, Corona-Test, Corona-Pass – Möglichkeiten zur schrittweisen Rückkehr an den Arbeitsplatz, ArbRAktuell 2021, S. 233 (236); grundsätzlich zur Stigmatisierung bei Einführung eines Corona-Passes: Boehme-Neßler, Corona-Pass und Grundgesetz, NVwZ 2020, 1570 (1571).

könnte dazu führen, dass sich die Ungeimpften gegenüber ihren immunisierten Kollegen einem **Rechtfertigungsdruck** für das Unterlassen der Impfung ausgesetzt sehen könnten, etwa wenn ihr anderweitiger Einsatz zu einer höheren Arbeitsbelastung des geimpften Schulpersonals führt. Darüber hinaus könnte der Impfstatus auch für die Schüler und deren Eltern erkennbar werden und damit den internen Schulbereich verlassen und einer deutlich größeren Gruppe bekannt werden. Auch dadurch ist mit einem erhöhten Rechtfertigungsdruck zu rechnen. Nachdem über einen langen Zeitraum kein Unterricht in Präsenz erfolgen konnte, wird von allen Seiten gefordert, dass nun der Unterricht in vollem Umfang und ohne weitere Störungen durchgeführt werden soll. Der durch diese Stigmatisierungswirkung erzeugte Rechtfertigungsdruck könnte unter Umständen sogar dazu führen, dass Beschäftigte, die sich aus gesundheitlichen Gründen nicht impfen lassen können, sich genötigt fühlen, weitere Informationen über ihren Gesundheitsstatus preiszugeben, um Verständnis beim Arbeitgeber, bei den Kollegen, den Schülern und deren Eltern für das Unterlassen der Impfung zu finden. Gerade aber in Bezug auf ein Arbeitsverhältnis sind (chronische) Vorerkrankungen ein besonders sensibles, schutzwürdiges Thema. Diese Stigmatisierungswirkungen könnten gegen die Angemessenheit der Maßnahme sprechen. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der jeweilige Arbeitgeber auch aus der in § 36 Abs. 3 S. 2 IfSG statuierten Verpflichtung zum Datenschutz heraus dafür Sorge tragen muss, dass das Bekanntwerden der Daten nach außen, bestmöglich verhindert wird.

Das Auskunftsrecht nach § 36 IfSG ist insbesondere an die **Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite (§ 5 Abs. 1 S. 1 IfSG)** geknüpft. Diese muss nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG vom Bundestag festgestellt werden. Eine Auskunftspflicht kommt damit nur in besonderen Situationen zum Tragen, die durch ein dynamisches Ausbruchsgeschehen, das geeignet ist, das gesamte Gesundheitssystem zu destabilisieren, gekennzeichnet sind. Nach § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG gilt die Feststellung als aufgehoben, wenn der Bundestag nicht spätestens nach drei Monaten nach zunächst getroffener Feststellung das Fortbestehen feststellt. Damit ist der Auskunftsanspruch nicht nur sachlich, sondern auch zeitlich begrenzt. Das ist ein Argument für die Angemessenheit der Regelung.

#### 2.2.6. Fazit

Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat gezeigt, dass zahlreiche Aspekte bei der Rechtfertigung des Eingriffs in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung durch die in § 36 Abs. 3 S. 1 IfSG geregelte Datenerhebung zu beachten sind. Auch wenn im Kontext „Schule“ bereits unterschiedliche andere Maßnahmen zum Infektionsschutz ergriffen wurden, kann der Regelung – auch mit Blick auf den Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers – nicht per se die Eignung abgesprochen werden, zu einer weiteren Verbesserung im Sinne einer infektionsschutzgerechten Feinabstimmung der Arbeitsorganisation beitragen zu können. Soweit dies nicht der Fall sein sollte oder soweit die Anwendung der Regelung zu unangemessenen Härten für Betroffene führen würde, wäre dem durch ihre einschränkende verfassungskonforme Auslegung, die derartige Eingriffe nicht zulässt, Rechnung zu tragen.

### 3. Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz

Die Erhebung und weitere Verarbeitung des Impf- bzw. Serostatus nach § 36 Abs. 3 S. 1 IfSG muss den europarechtlichen Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)<sup>41</sup> entsprechen, die das nationale Recht verdrängen. Darüber hinaus erklärt § 36 Abs. 1 S. 2 IfSG „[i]m Übrigen“ die „Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts“ für anwendbar, sodass ergänzend auch etwaige Vorgaben des Bundesdatenschutzgesetzes zu beachten sind, soweit sie nicht der speziellen Vorschrift des § 36 Abs. 1 S. 1 IfSG widersprechen.

#### 3.1. Vereinbarkeit mit Art. 9 DS-GVO

Art. 9 DS-GVO regelt die Verarbeitung „besonderer Kategorien“ personenbezogener Daten, wobei unter „Verarbeitung“ gemäß Art. 4 Nr. 2 DS-GVO sowohl die Erhebung der Daten als auch der weitere Umgang mit ihnen zu verstehen ist. Zu den von Art. 9 DS-GVO erfassten Datenkategorien gehören „Gesundheitsdaten“, mithin also auch die Information über den Impf- und Serostatus. In Art. 9 Abs. 1 DS-GVO wird die Verarbeitung von Gesundheitsdaten grundsätzlich untersagt, in Abs. 2 werden Ausnahmen von diesem Verbot statuiert. So gestattet Art. 9 Abs. 2 lit. i DS-GVO die Verarbeitung von Gesundheitsdaten, wenn dies aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der **öffentlichen Gesundheit**, wie dem Schutz vor schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren oder zur Gewährleistung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards bei der Gesundheitsversorgung und bei Arzneimitteln und Medizinprodukten, **erforderlich** ist. Zudem bedarf es einer Grundlage im Unionsrecht oder im **Recht des betreffenden Mitgliedstaats**. Darin müssen **angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten** der betroffenen Person, insbesondere des Berufsgeheimnisses, vorgesehen sein.

Der Gesetzgeber ging davon aus, dass § 36 Abs. 3 IfSG von Art. 9 Abs. 2 lit. i DS-GVO gedeckt ist.<sup>42</sup> In der Tat dient die Norm als Teil des Rechts des Mitgliedstaats Bundesrepublik Deutschland der Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 und liegt damit im öffentlichen Interesse im Bereich der **öffentlichen Gesundheit**. Durch den Verweis auf das „allgemeine Datenschutzrecht“ in § 36 Abs. 3 S. 2 IfSG sind auch angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorgesehen (siehe dazu näher unten bei 3.2.). Die Frage ist, ob die von § 36 Abs. 3 S. 1 IfSG vorgesehene Verarbeitung von Gesundheitsdaten „erforderlich“ im Sinne von Art. 9 Abs. 2 lit. i DS-GVO ist.

Unter welchen Voraussetzungen eine Abfrage des COVID-19-Impfstatus „erforderlich“ im Sinne des Art. 9 Abs. 2 lit. i DS-GVO ist, wurde bereits vor Einführung des § 36 Abs. 3 IfSG kontrovers diskutiert.

Einigkeit bestand dahin gehend, dass an eine Verarbeitung durch das Erfordernis der Erforderlichkeit **hohe Anforderungen** zu stellen seien. Einige hielten die Verarbeitung von Gesundheitsdaten

---

41 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.

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

nur dann für erforderlich, wenn es einen konkreten Verdachtsfall gebe. Die rein „abstrakte“ Prävention könne nicht zu einem Überwiegen des Interesses des Arbeitgebers führen.<sup>43</sup> Andere sahen die Erforderlichkeit (erst) bei Einführung einer **Impfpflicht** gegeben, da mit einer solchen die Annahme verbunden sei, dass allein durch das Impfen für Beschäftigte und Dritte, wie Kunden und Besucher, ein effektiver Gesundheitsschutz gewährleistet werden könne.<sup>44</sup>

Der Hamburger Datenschutzbeauftragte betonte ebenfalls die hohe Hürde der Erforderlichkeit. In diesem Zusammenhang sei allerdings der Aufgabenbereich des Betriebs sowie die Frage zu berücksichtigen, ob der Arbeitgeber ohne Kenntnis des Impfstatus die Arbeit im Betrieb organisieren oder seinen Verpflichtungen als Arbeitgeber nachkommen könne. Aus der jeweiligen Corona-Schutzverordnung könne sich für bestimmte Bereiche ein Recht zur Verarbeitung ergeben. Sofern diese regule, dass ein betriebliches Testkonzept verpflichtend sei und Testungen anzubieten seien, gleichzeitig aber auch die Verpflichtung zum Testen entfallen könne, wenn ein Impfnachweis vorgelegt werde, könne der Arbeitgeber ohne die Abfrage des Impfstatus seiner Verpflichtung nicht nachkommen (vgl. insoweit beispielhaft § 10e Abs. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO). Der Arbeitnehmer werde nicht gezwungen, die Auskunft zu erteilen, müsse aber andernfalls einen Test durchführen.<sup>45</sup>

Andere schließlich verwiesen auf die Besonderheiten, die mit einer Pandemie einhergingen, sodass – zumindest in einzelnen Bereichen – das Interesse des Arbeitgebers an der Information des Impfstatus aufgrund seiner Fürsorgepflicht gegenüber den anderen Beschäftigten und Dritten überwiegen könne.<sup>46</sup>

In die Regelung des § 36 Abs. 3 S. 1 IfSG selbst wurde ausdrücklich das Kriterium der **Erforderlichkeit** der Datenerhebung für die Pandemiebekämpfung aufgenommen, und zwar als Voraussetzung für jede einzelne Abfrage. Zudem wurde die Geltung der Regelung explizit an das Bestehen einer **epidemischen Lage nationaler Tragweite** geknüpft. Für deren Bestehen muss der Deutsche Bundestag selbst nach § 5 Abs. 1 S. 1 und 6 IfSG feststellen, dass eine ernsthafte Gefahr für die öffentliche Gesundheit in der gesamten Bundesrepublik Deutschland besteht. Ein solcher Beschluss hat eine Wirkung von maximal drei Monaten, ist also dementsprechend aktuell und manifestiert die Erforderlichkeit von speziellen Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung. Durch diese Anknüpfung an eine von einem unmittelbar demokratisch legitimierten Verfassungsorgan festgestellte Krisenlage nationalen Ausmaßes in Verbindung mit der in jedem Einzelfall zu prüfenden Notwendigkeit des Dateneingriffs dürfte dem Erforderlichkeitsgebot des Art. 9 Abs. 2 lit. i DS-GVO – wie schon dem

---

43 Boecken/Bantele, Rechtliche Fragen im Zusammenhang mit der Testangebotspflicht des Arbeitgebers nach § 5 Abs. 1 SARS-COV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV), COVuR 2021, 322 (329); Boecken, SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante Befunde des Arbeitgebers, Saarl. AnwBlatt 2021, 20 (27).

44 Wittek, COVID-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, ArbRAktuell 2021, 61 (64); Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 81 (84).

45 Hamburgischer Beauftragter für Datenschutz und Informationsfreiheit, Datenschutz in Zeiten von Covid-19, Abfrage des Impfstatus durch Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, abrufbar unter: <https://datenschutz-hamburg.de/pages/corona-faq>.

46 Fuhlrott/Fischer, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, NJW 2021, 657 (661); Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers?, COVuR 2021, 66 (71).

aus dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgendem (vgl. oben Punkt 2.2.4.) – Rechnung getragen sein.

### 3.2. Umgang mit den Daten nach Ende der epidemischen Lage

§ 36 Abs. 3 S. 2 IfSG regelt ausdrücklich, dass im Übrigen die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzes gelten. Insofern verweist er auch auf die darin verankerten Löschverpflichtungen.

#### 3.2.1. Lösch- und Informationspflichten nach DS-GVO und BDSG im Allgemeinen

Gemäß Art. 17 Abs. 1 DS-GVO 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 Lösungsbegehren und einen identifizierbaren Lösungsinhalt enthält.<sup>47</sup> Gleichzeitig statuiert die Vorschrift eine **objektive (antragsunabhängige) Verpflichtung** des Verantwortlichen, diese Daten von sich aus zu löschen.<sup>48</sup> Dieser steht folglich in der Verantwortung, seine Lösungsverpflichtungen selbstständig und laufend zu überprüfen.<sup>49</sup> Für die Ermittlung des Lösungsbedarfs sind technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen (sog. **Löschkonzept**), vgl. Art. 24 Abs. 1 DS-GVO.<sup>50</sup> Diese können beispielsweise aus Richtlinien oder Handlungsanweisungen bestehen. Im Rahmen des Lösungskonzepts sind insbesondere Lösungsfristen zu definieren und deren regelmäßige Überprüfung festzulegen.<sup>51</sup> 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 Lösungsfristen der verschiedenen Datenkategorien enthält.

Weiter muss der Verantwortliche gemäß Art. 13 Abs. 2 DS-GVO 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. Darunter fällt zum einen die **Dauer** der Speicherung der personenbezogenen Daten. Falls dies nicht möglich ist, sind die Kriterien für die Festlegung dieser Dauer, mitzuteilen. Zum anderen 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.

---

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

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

49 Ebenda, Rn. 20a.

50 Gründel, Ermittlung des Lösungsbedarfs bei unstrukturierten Datenbeständen, ZD 2019, 493 (494 ff.).

51 Vgl. Erwägungsgrund 39 der DS-GVO sowie Scheja/Quae/Conrad/Hausen, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Hrsg.), Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 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;<sup>52</sup> ein vollständiges (physikalisches) Vernichten ist nicht zwingend erforderlich.<sup>53</sup> 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.<sup>54</sup>

Das **Bundesdatenschutzgesetz** (BDSG) ergänzt die Regelung der DS-GVO in § 35 Abs. 1 BDSG nur insoweit, als dass 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]“. Es besteht dann lediglich ein Recht auf Einschränkung der Verarbeitung.

### 3.2.2. Löschpflicht für den abgefragten Impf- oder Serostatus

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.<sup>55</sup> Entfällt der Erlaubnistatbestand, sind die Daten regelmäßig zu löschen.

Zwecke im Sine dieser Vorschrift sind zuvor festgelegte, eindeutige und legitime Zwecke.<sup>56</sup> 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 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

---

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

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

54 Ebenda, Rn. 40.

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

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

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.

Dies dürfte auch dann gelten, wenn der **Impf- oder Serostatus freiwillig**, aus eigener Initiative durch den Arbeitnehmer **bekanntgegeben** wurde und somit nicht durch eine „Verarbeitung“ nach § 36 Abs. 3 S. 1 IfSG zur Kenntnis des Arbeitgebers gelangt ist. Denn nach § 2 Abs. 1 S. 3 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung<sup>57</sup> darf der Arbeitgeber zwar 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 nach dieser Verordnung keine Erlaubnis mehr für die entsprechende Datenverarbeitung. Eine Verarbeitung auf der Grundlage des § 36 Abs. 3 S. 1 IfSG kommt, wie gesehen, mangels Erforderlichkeit und epidemischer Lage nicht mehr in Betracht.

Art. 17 Abs. 3 DS-GVO regelt zwar 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 Art. 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,<sup>58</sup> 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, das die Löschpflicht entfallen lassen kann.

Dieses Ergebnis entspricht der Sichtweise der Konferenz der unabhängigen **Datenschutzaufsichtsbehörden** des Bundes und der Länder, die bereits 2020 vertreten haben, dass Gesundheitsdaten, die im Rahmen der Pandemie erhoben würden, aufgrund des im Ende der Pandemie liegenden Wegfalls des Verarbeitungszwecks unverzüglich zu löschen seien.<sup>59</sup> Ebenso wird vertreten, dass der entscheidende Zeitpunkt dafür der Wegfall der epidemischen Lage von nationaler Tragweite ist.<sup>60</sup> Nach anderer Auffassung soll eine Datenverarbeitung im Einzelfall aber auch nach Ende der

---

57 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).

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

59 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](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](https://datenschutz.ekd.de/wp-content/uploads/2020/03/Stellungnahme_pbD_Corona.pdf).

60 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/themen/++co++986b431a-8c8e-11eb-980b-001a4a160123>.

epidemischen Lage nationaler Tragweite gemäß § 36 Abs. 3 S. 2 IfSG i.V.m. § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG „im Einzelfall“ noch möglich sein, weil es sich bei § 36 Abs. 3 S. 1 IfSG nur um eine klarstellende Regelung handele.<sup>61</sup>

### 3.3. Fazit

Auch die europarechtlichen Anforderungen der DS-GVO verlangen, wie schon die des Grundgesetzes, eine strikt am Gebot der Erforderlichkeit ausgerichtete Anwendung des § 36 Abs. 3 IfSG, wie sie freilich auch im Wortlaut der Norm bereits angelegt ist. Hinzuweisen ist ferner auf die datenschutzrechtlichen Löschpflichten, die spätestens beim Ende der epidemischen Lage nationaler Tragweite greifen.

\* \* \*

---

61 So Sangs, NVwZ 2021, 1481 (1486).