Sachstand

Arbeitsrechtliche Aspekte zu Auskunftspflichten eines Beschäftigten über den Impfstatus

Nachfragen zu WD 3 - 3000 - 157/21

© 2021 Deutscher Bundestag

Arbeitsrechtliche Aspekte zu Auskunftspflichten eines Beschäftigten über den Impfstatus
Nachfragen zu WD 3 - 3000 - 157/21

Aktenzeichen:	WD 6 - 3000 - 078/21
Abschluss der Arbeit:	24. November 2021 (zugleich letzter Abruf der Internetquellen)
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. Einleitung 4

2. Keine spezialgesetzlichen Regelungen im Arbeitsschutzrecht 5

3. Allgemeine Erlaubnisnorm des § 26 Abs. 3 BDSG 6
3.1. Gesetzlich normierte Rechte und rechtliche Pflichten 6
3.2. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag oder aus Normen, die das arbeitsvertragliche Gefüge ausgestalten 9

4. Fazit 12

1. Einleitung

Das Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages „Auskunftspflicht eines Beschäftigten über seinen Impfstatus gegenüber seinem Arbeitgeber - Datenschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Bewertung“[1] erörtert unter anderem die Frage, ob eine allgemeine Auskunftspflicht der Beschäftigten gegenüber ihrem Arbeitgeber über ihren Impfstatus betreffend einer Impfung gegen COVID-19 mit dem geltenden Datenschutzrecht vereinbar ist. Im Nachgang wurden die Wissenschaftlichen Dienste gebeten, dieses Gutachten in Hinblick auf arbeitsrechtliche Fragestellungen zu ergänzen.

Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es keine allgemeine Pflicht zur Auskunftserteilung im Arbeitsverhältnis gibt.[2] Vielmehr setzt eine Auskunfts- oder Mitteilungsverpflichtung grundsätzlich eine normative oder rechtsgeschäftliche Rechtsgrundlage voraus. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) kann sich im Arbeitsrecht allerdings auch ohne eine solche konkrete Rechtsgrundlage eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Verpflichtung zur Auskunftserteilung aus § 242 BGB ergeben.[3] Ein solches Auskunftsrecht kann dann bestehen, wenn aufgrund einer besonderen rechtlichen Beziehung (hier des Arbeitsverhältnisses) ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse an der Auskunft besteht. Davon ist auszugehen, wenn die Auskunft sich auf das Bestehen oder den Umfang von Rechten aus dem Arbeitsverhältnis bezieht und mithin ein Zusammenhang mit der Erfüllung der vom Arbeitnehmer geschuldeten vertraglichen Leistung, mit dessen sonstiger Pflichtenbindung oder mit der Pflichtenbindung des Arbeitgebers besteht. Nicht ausreichend ist nur ein allgemeiner Zweckzusammenhang.[4] Die Auskunftsverpflichtung darf keine übermäßige Belastung für den Arbeitnehmer darstellen. Sie muss der Bedeutung des Auskunftsinteresses entsprechen. Kann sich der Arbeitgeber die Information auf zumutbare Weise anderweitig verschaffen, ist der Anspruch ausgeschlossen. Ferner ist die grundsätzliche Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zu berücksichtigen. Greift die Frage in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers ein, so muss dieser Eingriff einer Abwägung der beiderseitigen Interessen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit standhalten. Ein unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung muss in jedem Falle gewahrt bleiben.[5]

---

1 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Auskunftspflicht eines Beschäftigten über seinen Impfstatus gegenüber seinem Arbeitgeber - Datenschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Bewertung, WD 3 - 3000 - 157/21 vom 10. September 2021, abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/868132/4606696853cffed18cc11f7c2dfcbe90/WD-3-157-21-pdf-data.pdf.

2 BAG, Urteil vom 15. Februar 1962, 5 AZR 79/61, Rn. 9 (zitiert nach juris); BAG, Urteil vom 4. November 2015 - 7 AZR 972/13, Rn. 18 (zitiert nach juris).

3 Vgl. Kiss-Nauenheim et al. in: BMAS, Übersicht über das Arbeitsrecht und das Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, Kapitel 2, Rn. 48.

4 BAG, Urteil vom 7. September 1995 - 8 AZR 828/93, Rn . 28 (zitiert nach juris).

5 Vgl. Kiss-Nauenheim et al. in: BMAS, Übersicht über das Arbeitsrecht und das Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, Kapitel 2, Rn. 48; BAG, Urteil vom 7. September 1995 - 8 AZR 828/93, Rn. 29 (zitiert nach juris).

Jedoch ist auch ein solches Auskunftsverlangen des Arbeitgebers nur im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben erlaubt, sodass auch insoweit die Voraussetzungen des Datenschutzrechtes zu beachten sind.[6] Vorliegend ist insbesondere maßgebend, dass es sich bei dem Impfstatus um ein Gesundheitsdatum handelt, welches zu den besonderen Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO zählt und damit dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt des Art. 9 DS-GVO unterliegt, die Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) folglich erfüllt sein müssen, soweit keine speziellen Erlaubnisnormen vorliegen.[7]

Der vorliegende Sachstand knüpft daher an das eingangs genannte Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste an und greift spezifisch arbeitsrechtliche Aspekte im Rahmen der datenschutzrechtlichen Voraussetzungen auf.

2. Keine spezialgesetzlichen Regelungen im Arbeitsschutzrecht

Außerhalb des Infektionsschutzgesetzes (IfSG)[8] finden sich keine ausdrücklich normierten Regelungen, die die Verarbeitung des Impfstatus der Beschäftigten durch den Arbeitgeber erlauben.

Eine solche Erlaubnis ergibt sich insbesondere nicht aus der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV).[9] Die Verordnung enthält weder eine ausdrückliche Regelung zur Verarbeitung des Impfstatus noch eine Verpflichtung, die die Erhebung des Impfstatus ausdrücklich zur Voraussetzung hat. Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung wurde auf Grund des § 18 Abs. 3 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) erlassen und dient dem Ziel, das Risiko einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bei der Arbeit zu minimieren und die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten zu schützen, § 1 Abs. 1 Corona-ArbSchV. In § 2 Corona-ArbSchV werden insbesondere Anforderungen an die nach §§ 5 und 6 ArbSchG zu erstellende Gefährdungsbeurteilung und das betriebliche Hygienekonzept konkretisiert. Dabei bestimmt § 2 Abs. 1 Satz 3 Corona-ArbSchV zwar, dass der Arbeitgeber bei der Festlegung und der Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes einen ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der

---

6 Fuhlrott, Darf der Arbeitgeber nach dem Impfstatus fragen?, Expertenforum Arbeitsrecht, abrufbar unter https://efarbeitsrecht.net/fragerecht-arbeitgeber-impfstatus/.

7 Siehe hierzu auch ausführlich die Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages: ‚Auskunftspflicht eines Beschäftigten über seinen Impfstatus gegenüber seinem Arbeitgeber - Datenschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Bewertung', WD 3 - 3000 - 157/21 vom 10. September 2021, abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/868132/4606696853cffed18cc11f7c2dfcbe90/WD-3-157-21-pdf-data.pdf, sowie ‚Auskunftspflicht über Impfstatus gegenüber Arbeitgebern - Nachfragen zu WD 3 - 3000 - 157/21', WD 3 - 3000 - 168/21 vom 8. Oktober 2021.

8 Zu den §§ 23a, 36 Abs. 3 und 56 IfSG siehe die in Fußnote 7 genannten Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste sowie das Gutachten ‚Ausschluss Ungeimpfter von der Entschädigung nach § 56 IfSG - Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Beurteilung', WD 3 - 3000 - 164/21 und WD 9 - 3000 - 081/21 vom 20. September 2021, abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/866096/ac2750dadffbe197e335a7683aa180ac/WD-3-164-21-pdf-data.pdf. Die vom Deutschen Bundestag am 18. November 2021 beschlossenen Änderungen des Infektionsschutzgesetzes bleiben vorliegend außer Betracht.

9 Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, Verarbeitung des COVID-19-Impfstatus im bayerischen öffentlichen Dienst - Arbeitspapier, Stand: 1. November 2021, abrufbar unter: https://www.datenschutz-bayern.de/datenschutzreform2018/AP_Impfstatus.pdf.

Beschäftigten berücksichtigen kann. Die Verordnung sieht jedoch keine Erlaubnis für den Arbeitgeber vor, den Impfstatus der Arbeitnehmer zu diesem Zweck zu erheben.

Auch das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) selbst enthält keine Regelungen, die die Abfrage eines Impfstatus ausdrücklich vorsehen. Eine arbeitgeberseitige Erlaubnis für die Erhebung des Impfstatus in Bezug auf Covid-19 ergibt sich für den Arbeitgeber auch nicht aus den weiteren auf Grundlage des Arbeitsschutzgesetzes erlassenen Verordnungen.

3. Allgemeine Erlaubnisnorm des § 26 Abs. 3 BDSG

Speziell auf das Arbeitsverhältnis ausgerichtet ist die in Art. 9 Abs. 2 lit. b DS-GVO eröffnete Erlaubnisnorm[10], die mit § 26 Abs. 3 BDSG in deutsches Recht umgesetzt wurde.[11] Danach ist abweichend von Art. 9 Abs. 1 DS-GVO die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

Dabei ist umstritten, ob es sich bei den ‚Rechten' oder ‚rechtlichen Pflichten' im Sinne des § 26 Abs. 3 BDSG nur um solche handelt, die gesetzlich oder durch Kollektivvereinbarung normiert sind und die Verarbeitung der Information ausdrücklich zulassen oder auch solche Rechte und Pflichten erfasst sind, die sich aus dem Arbeitsvertrag oder aus Normen ergeben, die das arbeitsvertragliche Gefüge ausgestalten.[12]

3.1. Gesetzlich normierte Rechte und rechtliche Pflichten

So wird einerseits vertreten, dass § 26 Abs. 3 BDSG für die Verarbeitung von besonderen Kategorien personenbedingter Daten - und damit auch des Impfstatus - eine gesetzliche Grundlage voraussetze, der Gesetzgeber hier nur Rechte und Pflichten meine, „die bezogen auf das Beschäftigungsverhältnis gesetzlich normiert sind". Dabei sollen nur solche Erlaubnisnormen in Betracht

---

10 Gola in: Gola/Heckmann, Bundesdatenschutzgesetz, 13. Auflage 2019, BDSG, § 26, Rn. 141.

11 Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages, Auskunftspflicht eines Beschäftigten über seinen Impfstatus gegenüber seinem Arbeitgeber - Datenschutzrechtliche und verfassungsrechtliche Bewertung, WD 3 - 3000 - 157/21 vom 10. September 2021, S. 4 f., abrufbar unter https://www.bundestag.de/resource/blob/868132/4606696853cffed18cc11f7c2dfcbe90/WD-3-157-21-pdf-data.pdf.

12 Hidalgo, „3G-Regelung" im Betrieb - Nicht so unzulässig wie gedacht?, NJW 2021, S. 3151, 3155; Gräf, Datenschutz, Leistungsstörungsrecht und Kündigungsschutz im Lichte der aktuellen Corona-Regeln, NZA 2021, S. 1361, 1365; siehe zum Streitstand auch ausführlich Gola in: Gola/Heckmann, Bundesdatenschutzgesetz, 13. Auflage 2019, § 26, Rn. 143 ff.; Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Ist die Verarbeitung des Impf- und Genesenenstatus von Beschäftigten durch Arbeitgeber zulässig?, Stand: August 2021, S. 12ff., abrufbar unter https://datenschutz.hessen.de/sites/datenschutz.hessen.de/files/Handreichung%20-%20Verarbeitung%20des%20Impf-und%20Genesenenstatus%20von%20Besch%C3%A4ftigten%20durch%20Arbeitgeber_0.pdf.

kommen, die eine Information ausdrücklich zulassen oder vorschreiben.[13] Zum Teil wird ergänzend darauf hingewiesen, dass die Gestaltung der §§ 23a, 36 IfSG für das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage spräche, da anderenfalls diese Regelungen entbehrlich seien.[14]

Als solche gesetzlich normierten Rechte und Pflichten in Frage kommen könnten hier Regelungen des Arbeitsschutzes sowie Fürsorgepflichten des Arbeitgebers nach § 618 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den arbeitsschutzrechtlichen Regelungen.

Allerdings ergibt sich aus der Corona-Arbeitsschutzverordnung, wie oben bereits dargestellt, selbst keine solche Befugnis oder Pflicht, den Impfstatus abzufragen.[15] Gleiches gilt für die SARS-CoV- 2 Arbeitsschutzregel[16], auf die die Corona-Arbeitsschutzverordnung explizit Bezug nimmt. Dazu wurde seitens des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit ausgeführt, dass durch die Corona-Arbeitsschutzverordnung und die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel abschließend ausgestaltet sei, was für den betrieblichen Infektionsschutz in Ansehung der Corona-Pandemie erforderlich sei. Daher scheide eine Erlaubnis der Verarbeitung nach § 26 Abs. 3 BDSG in Verbindung mit diesen arbeitsschutzrechtlichen Regelungen aus.[17]

Ebenso würde nach dieser Ansicht auch die Fürsorgepflicht nach § 618 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) in Verbindung mit den arbeitsschutzrechtlichen Regelungen für eine generelle Abfrage des Impfstatus nicht in Betracht kommen. § 618 Abs. 1 BGB stellt eine besondere Ausprägung der allgemeinen Fürsorgepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB dar, wonach die Vertragspartner verpflichtet sind, auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Vertragsteils Rücksicht zu nehmen.[18] Nach § 618 Abs. 1 BGB ist der Arbeitgeber verpflichtet, Räume, Vorrichtungen oder

---

13 Wedde in: Däubler et al., EU- DSGVO und BDSG, Kommentar, 2. Aufl. 2020, BDSG § 26 Rn. 241; im Ergebnis wohl auch Rödemer, Erweiterung des Fragerechts nach dem Impfstatus der Arbeitnehmer: Was darf der Arbeitnehmer wissen und welche Rechtsfolgen darf er aus seinem Wissen ziehen?, AnwZert ArbR 20/2021 Anm. 2.

14 Vgl. Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Ist die Verarbeitung des Impf- und Genesenenstatus von Beschäftigten durch Arbeitgeber zulässig?, Stand: August 2021, S.12 f, abrufbar unter https://datenschutz.hessen.de/sites/datenschutz.hessen.de/files/Handreichung%20-%20Verarbeitung%20des%20Impf-und%20Genesenenstatus%20von%20Besch%C3%A4ftigten%20durch%20Arbeitgeber_0.pdf.

15 Sangs, Die Änderungen des Infektionsschutzgesetzes und das Fragerecht der Arbeitgeber nach dem COVID-19-Status der Beschäftigten, NVwZ 2021, S. 1481, 1485.

16 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel vom 7. Mai 2021 (GMBl 2021, S. 622).

17 Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Verarbeitung von Daten zum Impfstatus und Testungen durch den Arbeitgeber im Zusammenhang mit dem Coronavirus, Schreiben an die Bundesminister für Arbeit und Soziales und Gesundheit vom 18. August 2021, abrufbar unter https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/DokumenteBfDI/Stellungnahmen/2021/StgN_Impfstatus-Abfrage-Arbeitgeber.pdf;jsessionid=47CF8C56C68D2609FE70AC7B1FE55D83.intranet222?__blob=publicationFile&v=1; vgl. Will, Die Frage nach dem Impfstatus im Arbeitsverhältnis - ein unbewältigter Konflikt?, ZD 2021, S. 601, 602.

18 Vgl. Kiss-Nauenheim et al. in: BMAS, Übersicht über das Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, Kapitel 2, Rn. 408.

Gerätschaften, die er zur Verrichtung der Dienste zu beschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Korrespondierend bestimmt § 3 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) dazu, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. § 618 Abs. 1 BGB nimmt mithin die zivilrechtliche Absicherung sowie Integration der entsprechenden öffentlich-rechtlichen Schutzvorschriften aus dem Bereich des Arbeitsschutzrechts in das Zivilrecht vor.[19] Den Vorschriften des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes kommt damit eine Doppelwirkung zu. Diese öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzregelungen konkretisieren den vom Arbeitgeber nach § 618 Abs. 1 BGB einzuhaltenden Standard, das heißt, sie legen für Beschäftigte einen Mindeststandard fest. Eine Verpflichtung des Arbeitgebers, über den öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutz hinausgehende Maßnahmen zu ergreifen, kann sich ausnahmsweise bei besonders schutzbedürftigen Beschäftigten ergeben. Zu allen in § 618 Abs. 1 BGB angegebenen Verpflichtungen bestehen öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften, regelmäßig in Verbindung mit dem Arbeitsschutzgesetz. Zu den Regelungspflichten des Arbeitgebers aus § 618 Abs. 1 BGB gehört es grundsätzlich auch, Sorge dafür zu tragen, dass die Beschäftigten vor einer Ansteckung durch andere erkrankte Beschäftigte hinreichend geschützt sind.[20] Diese Schutzpflicht des Dienstberechtigten erstreckt sich jedoch nicht nur auf mitarbeitende Kollegen, sondern darüber hinaus auch auf eine Infektion durch Dritte, mit denen der Dienstverpflichtete infolge seiner ihm angewiesenen Tätigkeit bestimmungsgemäß in Kontakt kommt.[21] Den Arbeitgeber treffen in der Corona-Pandemie unter Berücksichtigung der besonderen Gefährdungslage in dem jeweiligen Betrieb erweiterte Schutzpflichten im Hinblick auf den Schutz seiner Beschäftigten vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus SARS-CoV-2, die insbesondere durch die Corona-Arbeitsschutzverordnung und die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel näher konkretisiert werden. Diese bestimmen aber, wie oben ausgeführt, keine Befugnis oder Pflicht, den Impfstatus abzufragen.[22]

Folgt man dieser Auffassung, könne danach - abgesehen von expliziten Erlaubnisregelungen wie beispielsweise §§ 23a, 36 Abs. 3 oder 56 IfSG - keine Verarbeitung des Impfstatus von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern durch den Arbeitgeber nach § 26 Abs. 3 BDSG erfolgen. In einem Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder (DSK) „Verarbeitungen des Datums „Impfstatus“ von Beschäftigten durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber“ vom 19. Oktober 2021 heißt es dazu insbesondere: „Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber dürfen das Datum „Impfstatus“ ihrer Beschäftigten ohne eine ausdrückliche gesetzliche

19 Joussen in: Rolfs et al., BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Stand: 1. September 2021, BGB, § 618, Rn. 1 f.

20 Joussen in: Rolfs et al. BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Stand: 1. September 2021, BGB, § 618, Rn. 24.

21 Joussen in: Rolfs et al. BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Stand: 1. September 2021, BGB, § 618, Rn. 24.

22 Vgl. Bundesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, Stellungnahme zu Impfstatus und Testungen im Dienst- oder Arbeitsverhältnis vom 18. August 2021 an die Bundesminister für Arbeit und Soziales und Gesundheit, abrufbar unter: https://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/DokumenteBfDI/Stellungnahmen/2021/StgN_Impfstatus-Abfrage-Arbeitgeber.pdf?__blob=publicationFile&v=1.

Ermächtigung grundsätzlich nicht verarbeiten - auch nicht im Rahmen der COVID-19-Pandemie".[23] Weiter wird hier ausgeführt, dass für die Verarbeitung des Datums „Impfstatus" von Beschäftigten § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG nicht zum Tragen komme. Eine Verarbeitung sei nur in Einzelfällen auf Grundlage gesetzlicher Regelungen möglich. Dabei wird die Verarbeitung nach §§ 23a, 36 Abs. 3 IfSG aufgeführt, ferner die Verarbeitung des Impfstatus jener Beschäftigten, die ihren Arbeitgebern gegenüber einen Anspruch auf Lohnersatzentschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG geltend machen und im Übrigen die Verarbeitung des Impfstatus von Beschäftigten, soweit dies durch Rechtsverordnung zur Pandemiebekämpfung auf Basis des Infektionsschutzgesetzes vorgegeben sei.

3.2. Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsvertrag oder aus Normen, die das arbeitsvertragliche Gefüge ausgestalten

Nach anderer Auffassung ist der Erlaubnisrahmen weiter zu ziehen; erfasst seien auch solche Rechte und Pflichten, die sich aus dem Arbeitsvertrag oder aus Normen ergeben, die das arbeitsvertragliche Gefüge ausgestalten.[24]

Jedoch ist auch bei Vertretern dieser weiten Auslegung umstritten, wann ein arbeitgeberseitiges Auskunftsbegehren nach dem Impfstatus der Beschäftigten nach § 26 Abs. 3 BDSG zulässig sein könnte.

So kämen beispielsweise als Pflichten im Sinne des § 26 Abs. 3 BDSG grundsätzlich die unter 3.1 erwähnten Fürsorgepflichten aus §§ 241 Abs. 2, 618 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den diese Bestimmung konkretisierenden Regelungen des öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzes nach Maßgabe des Arbeitsschutzgesetzes und hierauf gründender untergesetzlicher Regelungen in Betracht, da hiernach der Arbeitgeber verpflichtet ist, Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten zu

---

23 DSK, Beschluss vom 19. Oktober 2021 „Verarbeitungen des Datums „Impfstatus" von Beschäftigte durch die Arbeitgeberin oder den Arbeitgeber", abrufbar unter: https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20211025_DSK_Beschluss_Impfstatus_von_Besch%C3%A4ftigten.pdf.

24 Hidalgo, „3G-Regelung" im Betrieb - Nicht so unzulässig wie gedacht?, NJW 2021, S. 3151, 3155; Gräf, Datenschutz, Leistungsstörungsrecht und Kündigungsschutz im Lichte der aktuellen Corona-Regeln, NZA 2021, S. 1361, 1365; Horstmeier, Bist du geimpft? Auskunft über den Impfstatus von Mitarbeitern im Arbeitsrecht, BB 2021, S. 2612, 2613 f.; Sangs, Die Änderungen des Infektionsschutzgesetzes und das Fragerecht der Arbeitgeber nach dem COVID-19-Status der Beschäftigten, NVwZ 2021, S. 1481, 1483; Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers? Arbeits- und datenschutzrechtliche Implikationen, COVuR 2021, S. 66, Fußnote 65; Gola in: Gola/Heckmann, Bundesdatenschutzgesetz, 13. Auflage 2019, BDSG, § 26, Rn. 147; Piltz, BDSG, 2018, § 26, Rn. 84 f.; Wybitul, Der neue Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG und Art. 88 DSGVO, NZA 2017, S. 413, 417.

treffen. Die Erhebung des Impfstatus würde zur Erfüllung rechtlicher Pflichten des Arbeitgebers aus dem Arbeitsrecht erfolgen.[25]

Allerdings wird auch hier vertreten, dass sich ein generelles Fragerecht nach dem Impfstatus derart nicht begründen ließe. Vielmehr müsse die Impfstatus-Abfrage im Einzelfall zur Erfüllung arbeitsschutzrechtlicher Vorgaben erforderlich und angemessen sein[26], wobei jedoch dem Geheimhaltungsinteresse der Beschäftigten nicht generell der Vorrang vor dem Gesundheitsschutz der Kollegen gegeben werden könne.[27]

Zum Teil wird darauf verwiesen, dass mit dem Kriterium der Erforderlichkeit sichergestellt werden solle, dass ein an sich berechtigtes Ziel nicht zum Anlass genommen werde, überschießend personenbezogene Daten zu verarbeiten. Auf Grundlage der mithin geforderten Verhältnismäßigkeitsprüfung sei die Erhebung des Impfstatus aber nicht gerechtfertigt. § 618 BGB in Verbindung mit den arbeitsschutzgesetzlichen Regelungen erfordere und legitimiere als Präventionsschutz personenbezogene Maßnahmen nur dann, wenn Anhaltspunkte vorlägen, dass ein Arbeitnehmer infiziert sein könnte, also ein Verdachtsfall gegeben sei. Demgegenüber bedeute eine vorgelagerte „abstrakte“ Prävention losgelöst von dem Verdacht einer konkreten Gefahr einen nicht erforderlichen und daher unzumutbaren Eingriff in die Privat- und Intimsphäre des Arbeitnehmers.[28]

Nach anderer Auffassung könne ein Auskunftsrecht des Arbeitgebers in Hinblick auf den Impfstatus zur Erfüllung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten als grundsätzlich erforderlich anzusehen sein. Der Arbeitgeber sei auch präventiv zum Arbeitsschutz verpflichtet; ihm fehle andernfalls das Wissen zu persönlichen Voraussetzungen des Arbeitnehmers für die Erfüllung seiner arbeitsvertraglich vorgesehenen Beschäftigungspflicht. Grundsätzlich sei die Information über den Impfstatus der Mitarbeiter ein erforderlicher wichtiger Baustein, um das Infektionsrisiko in der Belegschaft einzuschätzen, und diese adäquat zu beschäftigen. Im Rahmen der Abwä-

---

25 Boecken, SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante Befugnisse des Arbeitgebers, Saarländisches Anwaltsblatt 1/2021, S. 20, 27; Gräf, Datenschutz, Leistungsstörungsrecht und Kündigungsschutz im Lichte der aktuellen Corona-Regeln, NZA 2021, S. 1361, 1365; Horstmeier, Bist du geimpft? Auskunft über den Impfstatus von Mitarbeitern im Arbeitsrecht, BB 2021, S. 2612, 2613 f.; so wohl auch Fuhlrott/Fischer, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis? NJW 2021, S. 657, 661; Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers? Arbeits- und datenschutzrechtliche Implikationen, COVuR 2021, S. 66, 71 (jedenfalls als ergänzende Rechtsgrundlage im Zusammenhang mit dem Umgang mit vulnerablen Gruppen im Gesundheitssektor).

26 Laut dem Hessischen Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit könnte beispielsweise ein solch konkreter Einzelfall dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer im Rahmen seines Dienstverhältnisses eine Reise in ein Risikogebiet antreten soll (Der Hessische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Ist die Verarbeitung des Impf- und Genesenenstatus von Beschäftigten durch den Arbeitgeber zulässig, Stand: August 2021, S. 14, abrufbar unter: https://datenschutz.hessen.de/sites/datenschutz.hessen.de/files/Handreichung%20-%20Verarbeitung%20des%20Impf-und%20Genesenenstatus%20von%20Besch%C3%A4ftigten%20durch%20Arbeitgeber_0.pdf).

27 Gräf, Datenschutz, Leistungsstörungsrecht und Kündigungsschutz im Lichte der aktuellen Corona-Regeln, NZA 2021, S. 1361, 1365.

28 Boecken, SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante Befugnisse des Arbeitgebers, Saarländisches Anwaltsblatt 1/2021, S. 20, 27.

gung mit den schutzwürdigen Interessen der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung seien jedoch die jeweiligen betrieblichen Umstände im Einzelfall (zum Beispiel Homeoffice) zu berücksichtigen.[29]

Strittig ist zudem, ob und inwieweit Schutzpflichten des Arbeitgebers gegenüber Dritten Pflichten aus dem Arbeitsrecht im Sinne des § 26 Abs. 3 BDSG sein können.

Zum Teil wird geltend gemacht, dass die Verpflichtung des Arbeitgebers zum Schutz von Patienten oder Betreuten vor Ansteckungsgefahren keine arbeitsrechtlich begründete Verpflichtung sei, sondern eine aus dem Behandlungs- und Pflegevertrag zwischen dem Träger der Einrichtung und dem Patienten folgende Schutzpflicht gegenüber Dritten (§§ 241 Abs. 2, 242 BGB) wie auch deliktsrechtlich begründete Verkehrssicherungspflicht (§ 823 Abs. 1 BGB) sei.[30] Daher könne die Zulässigkeit der Erhebung des Impfstatus der Beschäftigten zum Schutz von Patienten bei medizinischen und pflegerischen Tätigkeiten nicht über § 26 Abs. 3 BDSG gerechtfertigt werden; vielmehr bedürfe es hierfür der besonderen Erlaubnistatbestände nach dem IfSG.[31]

Von anderen Stimmen im Schrifttum wurde unter Hinweis auf die besondere Situation der Corona-Pandemie erwogen, ob nicht insbesondere in Hinblick auf den Schutz besonders vulnerabler Personengruppen ein vorhandener Impfschutz der betroffenen Beschäftigten mit der Erbringung der Arbeitsleistung verbunden werden dürfe, wenn dadurch erhebliche Gefahren für solch vulnerable Personen vermieden werden könnten.[32] Dies betreffe insbesondere die Gesund-

29 Horstmeier, Bist du geimpft? Auskunft über den Impfstatus von Mitarbeitern im Arbeitsrecht, BB 2021, S. 2612, 2614 f.

30 Boecken, SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante Befugnisse des Arbeitgebers, Saarländisches Anwaltsblatt 1/2021, S. 20, 28; so auch Gräf, Datenschutz, Leistungsstörungsrecht und Kündigungsschutz im Lichte der aktuellen Corona-Regeln, NZA 2021, S. 1361, 1365.

31 Boecken, SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante Befugnisse des Arbeitgebers, Saarländisches Anwaltsblatt 1/2021, S. 20, 28.

32 Vgl. Fuhlrott, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, NJW 2021, S. 657, 659; Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers? Arbeits- und datenschutzrechtliche Implikationen, COVuR 2021, S. 66, 67 ff.; Gräf, Der Impfstatus im Arbeitsverhältnis - Datenschutz, Leistungsstörungsrecht und Kündigungsschutz im Lichte der aktuellen Corona-Regeln, NZA 2021, S. 1361, 1368 ff.

heit von besonders gefährdeten Personengruppen wie etwa Patienten, die einer Risikogruppe angehörten.[33] In diesen Fällen stünde dem Arbeitgeber dann auch ein entsprechendes Auskunftsrecht nach dem Impfstatus im Rahmen des § 26 Abs. 3 BDSG zu.[34]

4. Fazit

Wie bereits in den zitierten Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste dargelegt, handelt es sich bei dem Impfstatus um ein Gesundheitsdatum, das dem besonderem Schutz des Art. 9 DS-GVO unterliegt. Für das Beschäftigtenverhältnis müssen, sofern keine spezialgesetzlichen Regelungen vorliegen, die Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 BDSG erfüllt sein.

Nach dem vorliegenden Gutachten ist festzuhalten, dass sich außerhalb des Infektionsschutzgesetzes keine Rechtsgrundlagen des Arbeitsschutzes oder des Arbeitsrechtes finden, die die Erhebung des Impfstatus durch den Arbeitgeber in Hinblick auf Covid-19 ausdrücklich vorsehen. Inwieweit eine Abfrage nach § 26 Abs. 3 BDSG zulässig sein kann, ist höchst umstritten. Soweit dies grundsätzlich für möglich erachtet wird, wird jedoch auch hier überwiegend ein Auskunftsrecht allenfalls in Zusammenhang mit dem Schutz vulnerabler Gruppen in Betracht gezogen beziehungsweise auf den Einzelfall abgestellt.

***

33 Vgl. etwa Naber/Schulte, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis und die Frage nach dem Impfstatus, Newsdienst Compliance 2021, 230004; Gräf, Der Impfstatus im Arbeitsverhältnis - Datenschutz, Leistungsstörungsrecht und Kündigungsschutz im Lichte der aktuellen Corona-Regeln, NZA 2021, S. 1361, 1365 der insbesondere auch solche Beschäftigte einbezieht, die Personen betreuen, die sich nicht impfen lassen können beziehungsweise für die eine Impfung nicht empfohlen wird. Mithin komme eine Verknüpfung der Arbeitsleistung mit einer Impfung in vielen der unter §§ 23 Abs. 3 Satz 1 und 36 Abs. 1 und 2 IfSG fallenden Einrichtungen in Betracht; wenngleich auch selten denkbar, aber auch dann, wenn keine Einrichtung in diesem Sinne vorliegt, etwa in Privathaushalten angestellten Personen zur Betreuung der genannten Personengruppen.

34 Fuhlrott, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, NJW 2021, S. 657, 659; Thüsing, S. 66, 67 ff.; Gutzeit, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, DB 2021, S. 955, 956; vgl. Kluckert in: Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, Teil 7, § 16, Rn. 74; Gräf, Der Impfstatus im Arbeitsverhältnis - Datenschutz, Leistungsstörungsrecht und Kündigungsschutz im Lichte der aktuellen Corona-Regeln, NZA 2021, S. 1361, 1365; Naber/Schulte, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis und die Frage nach dem Impfstatus, Newsdienst Compliance 2021, 230004; Stück, Die Beendigung von Arbeitsverhältnissen aufgrund der Corona-Pandemie, MDR 2021, S, 268, 272 f.