

Dr. Dominik Sorber

## Sind Sie eigentlich geimpft? Ist Frage des Arbeitgebers nach dem Corona-Impfstatus zulässig?

Man wird ja wohl noch – nach dem Corona-Impfstatus – fragen dürfen, oder? Irgendwann musste auch diese Frage diskutiert werden. Dürfen Arbeitgeber den Impfstatus ihrer Mitarbeiter erfragen bzw. in welchen Fällen dürfen Arbeitgeber den Impfstatus ihrer Mitarbeiter – vom Gesetzgeber ausdrücklich legitimiert – erfragen? Und was sollten Arbeitgeber, die nicht unter das gesetzlich privilegierte Fragerecht fallen beachten? Die Rechtslage wird in diesem Beitrag erläutert und es werden praktische Lösungsvorschläge für Unternehmen vorgestellt, wie sie über Umwege, Klarheit über den Impfstatus der Mitarbeiter erlangen können.

### Arbeitsrechtliche Ausgangslage und Gesetzgebung während der Corona-Pandemie

Die Ausgangslage ist schnell zusammengefasst: Während der Corona-Pandemie hat der Gesetzgeber immer wieder arbeitsrechtliche Regelungen geschaffen, bei denen die Umsetzung für die Unternehmen verpflichtend war. Gleichzeitig waren die Arbeitnehmer aber nicht verpflichtet, die Regelungen zu befolgen, sondern der Gesetzgeber arbeitete hier mit Empfehlungen und Appellen. Damit mussten Unternehmen erhebliche Ressourcen aufwenden, um bußgeldbewährte Regelungen umzusetzen, ohne dass die Beschäftigten einem Annahmehzwang unterworfen wurden. Dies galt beispielsweise für das Corona-Testangebot oder das verpflichtende Home-Office-Angebot gegenüber Mitarbeitern. Diese Art der Gesetzgebung zog sich von Anfang an durch die arbeitsrechtlichen Regelungen, um die Corona-Pandemie einzudämmen. Dass auf diese Weise nicht immer der wirksamste und effektivste Weg gegen das Virus gegangen wurde, dürfte auf der Hand liegen. Diese Gesetzgebung setzt sich nun auch bei der Frage nach dem Impf- und Genesenenstatus (in der Folge: Impfstatus) fort. Der Gesetzgeber regelte diese zentrale Frage für bestimmte Branchen verpflichtend. Welche Regelungen bestehen und wo diese Frage auch eine Rolle spielt, wird dargestellt.

### Datenerhebung hinsichtlich Impfstatus von Mitarbeitern ist nicht neu

Die Frage nach dem Impfstatus von Mitarbeitern ist in der arbeits- und beschäftigendatenschutzrechtlichen Themenwelt nichts Neues. Es besteht bereits seit 2015 mit § 23a IfSG im Infektionsschutzgesetz eine Vorschrift, die es bestimmten Arbeitgebern gesetzlich ausdrücklich erlaubt, den Impfstatus von Mitarbeitern und damit besondere personenbezogene Daten zu erheben.

Der Gesetzgeber hat damit bereits vor der „Corona-Gesetzgebung“ für bestimmte Fallgruppen die Notwendigkeit erkannt, eine rechtssichere Erlaubnisgrundlage für eine Datenerhebung zu schaffen. Sinn und Zweck ist es, dass über

die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung in medizinischen Einrichtungen, Vorsorgemaßnahmen zu treffen und Infektionen von Patienten zu vermeiden.

### Ausweitung des Arbeitgeber-Fragerechts durch Corona-Gesetzgebung

Im September 2021 trat eine Ausweitung des gesetzlich geregelten Arbeitgeberfragerechts in Kraft, sodass auch andere Arbeitgeber den Impfstatus rechtssicher erheben dürfen. In § 36 Abs. 3 IfSG heißt es wörtlich:

„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.“

Gesetzessystematisch nahm der Gesetzgeber auf weitere Regelungen des Infektionsschutzgesetzes Bezug, die regeln, für welche Unternehmen und Einrichtungen ein Fragerecht besteht. Zusammengefasst besteht ein solches Recht u. a. für Arbeitgeber, die Krankenhäuser, medizinische Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, Dialyseeinrichtungen, Tageskliniken, Entbindungseinrichtungen, Arzt- oder Zahnarztpraxen bzw. Kindertageseinrichtungen und Kinderhorte, Schulen, Kinderheime oder andere Gemeinschaftsunterkünfte wie Obdachlosenunterkünfte oder Justizvollzugsanstalten betreiben. Diese Aufzählung hier ist nicht abschließend. In der Gesetzesbegründung wird ergänzend Folgendes ausgeführt:

„Der Arbeitgeber kann diese Daten nur verarbeiten, wenn und soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist. [...] 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. Die Bestimmungen des Arbeitsschutzrechts bleiben von der vorliegenden Regelung unberührt. Der Arbeitgeber kann, wenn und soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich, vom Beschäftigten Auskunft oder die Vorlage eines Nachweises über das Bestehen eines Impfschutzes oder das Bestehen einer natürlichen Immunität in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verlangen. Die Daten sind direkt beim Beschäftigten zu erheben.“

Die Voraussetzungen für eine Datenerhebung sind an die allgemeinen datenschutzrechtlichen Voraussetzungen in § 26 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 BDSG angelehnt. Insbesondere der Grundsatz der Erforderlichkeit wurde für bestimmte Fallgruppen gesetzgeberisch konkretisiert. Als weitere Voraussetzung muss der Bundestag die sog. epidemische Lage von nationaler Tragweite feststellen, damit der Anwendungsbereich eröffnet ist.

### **Ist mit dieser Regelung ein allgemeines Arbeitgeber-Fragerecht unzulässig?**

Die Antwort gibt der Gesetzgeber selbst, in dem er ausführt, dass die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts im Übrigen gelten. Das bedeutet im Umkehrschluss, dass ein Arbeitgeberfragerecht für andere als im IfSG genannten Unternehmen gerade nicht ausscheidet und die Zulässigkeit nach den allgemeinen beschäftigten-datenschutzrechtlichen Vorschriften zu prüfen ist. Gegen eine abschließende Regelung spricht auch, dass der Arbeitgeber die Vorgaben der Corona-Arbeitsschutzverordnung zu beachten hat. In § 2 Abs. 1 IfSG ist geregelt, dass „bei der Festlegung und der Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes der Arbeitgeber einen ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten berücksichtigen kann.“ Damit hat der Gesetzgeber das Fragerecht für andere Bereiche nicht ausgeschlossen, sondern lediglich für die benannten Bereiche die datenschutzrechtliche Interessenabwägung für eine

rechtmäßige Datenerhebung vorweggenommen, in dem er von der Öffnungsklausel in Art. 9 Abs. 2 lit. i DSGVO Gebrauch gemacht.

Weiterhin hat der Gesetzgeber durch die Regelung und insbesondere durch die Gesetzesbegründung die Maßstäbe für eine erforderliche Datenerhebung im Allgemeinen vorgezeichnet, die im Rahmen einer datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsprüfung gem. § 26 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 26 Abs. 3 BDSG zu berücksichtigen sind. Daraus folgt für die Zulässigkeit der Frage nach dem Impfstatus nach den allgemeinen Regelungen Folgendes:

#### **1. Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Frage nach dem Impfstatus**

Die Voraussetzungen dafür, ob eine Datenerhebung im Arbeitsverhältnis zulässig ist oder nicht, bestimmt sich danach, ob eine Erlaubnisgrundlage für die Datenerhebung besteht. Dies kann eine gesetzliche Regelung (spezial- oder allgemein) oder auch eine Betriebsvereinbarung sein. Zunächst soll der Fokus auf die allgemeine Regelung des § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG gelenkt werden. Hier gilt bekanntermaßen, dass die Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses u. a. zur Durchführung erforderlich sein muss.

Weitere Voraussetzung für eine zulässige Frage nach dem Corona-Impfstatus ist, dass der Bundestag ebenfalls das Vorliegen einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat. Sofern diese Voraussetzung nicht erfüllt ist, ist die Frage nach dem Impfstatus unzulässig und nicht erforderlich. Eine Ausnahmesituation liegt dann nicht vor.

Die weiteren Voraussetzungen hinsichtlich der Erforderlichkeit sind an die gesetzgeberischen Voraussetzungen aus dem IfSG anzulehnen. Das bedeutet, dass eine Erforderlichkeit nur dann bejaht werden kann, wenn die Frage für die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung dem Schutz besonders vulnerable Personengruppen dient. Das kann beispielsweise dann der Fall sein, wenn in einem Unternehmen besonders schutzbedürftige Mitarbeiter auch durch räumliche Nähe, einem Infektionsrisiko ausgesetzt sind.

Es kann nach hier vertretener Auffassung nicht allein auf einen zahlenmäßig definierten Personenkreis, der gefährdet sein muss, abgestellt werden oder ankommen. Entscheidend ist, dass es gefährdete Personen, wie zum Beispiel eine schwangere Frau gibt, die durch räumliche Nähe zu Kollegen besonders gefährdet ist. Auch eine schwangere Frau ist von ihrem Arbeitgeber bestmöglich vor Gesundheitsrisiken am Arbeitsplatz zu schützen. Die Interessenabwägung zwischen dem informationellen Selbstbestim-

mungsrecht, dem Gesundheitsschutz besonders gefährdeter Personen und die Arbeitgeberfürsorgepflicht sind miteinander abzuwägen. Da es sich um eine Ausnahmesituation handelt, sind die besonderen pandemischen Umstände auch maßgebend zu berücksichtigen. Es bestehen weitere Fallgruppen, in denen besonders gefährdete Personen geschützt werden müssen. Aus diesem Grund ist der Arbeitgeber verpflichtet, seine Arbeitsorganisation umzustellen, dass beispielsweise bestimmte Personen ausschließlich mit Geimpften zusammenarbeiten. Weiterhin kann der Arbeitgeber Beschäftigte, wenn er den Impfstatus kennt, unterschiedlich einsetzen oder von einem Einsatz von Ungeimpften insgesamt absehen. Zudem kann der Arbeitgeber auch entsprechende Hygienemaßnahmen treffen bzw. von solchen absehen, sofern sämtliche Mitarbeiter geimpft sind.

### 2. Besondere Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Frage nach dem Impfstatus

In diesem Zusammenhang sind auch die Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 BDSG zu berücksichtigen. Demnach dürfen besondere Kategorien personenbezogener Daten im Sinne des Artikels 9 Abs. 1 DSGVO erhoben werden, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Arbeitgeber sind bereits unter nicht-pandemischen Verhältnissen aufgrund ihrer Fürsorgepflicht verpflichtet, ihre Mitarbeiter vor Gesundheitsgefahren so wirkungsvoll als möglich zu schützen. Aus dem Arbeitsschutzgesetz (§ 15 Abs. 1 Satz 2) folgt, dass Arbeitnehmer für die Gesundheit anderer Beschäftigten Sorge zu tragen haben (Mitwirkungspflicht). In diesem Zusammenhang sind auch die Erwägungsgründe der DSGVO in die Auslegung miteinzubeziehen. In ErwGr. 52 DSGVO hat der Ordnungsgeber einen Ausnahmetatbestand mitgeregelt, der auf die pandemische Corona-Lage anwendbar ist. Denn zur Sicherung der Gesundheit bei ansteckenden Krankheiten, die schwerwiegende Gesundheitsgefahren auslösen können, ist eine Datenerhebung auch im Arbeitsverhältnis möglich. Dass dieser Tatbestand allein auf Ausnahmesituationen anwendbar ist, wird durch die weiter oben bestimmten Voraussetzungen sichergestellt. Damit lässt sich argumentieren, dass eine Abfrage des Impfstatus auch neben den spezialgesetzlichen Fallgruppen zulässig sein kann. Im Beschäftigtendatenschutz sind ergänzend auch die Vorgaben der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urt. v. 5.10.1995 – 2 AZR 923/94) zu berücksichtigen. Demnach gilt zum Fragerecht des Arbeitgebers: „Ein Fragerecht des Arbeitgebers bei den Einstellungsverhandlungen wird nur insoweit anerkannt, als der Arbeitgeber ein berechtigtes, billigenwertes und schutzwürdiges Interesse an der Beantwortung seiner Frage im Hinblick auf das Arbeitsver-

hältnis hat. Ein solches berechtigtes Interesse ist nur dann gegeben, wenn das Interesse des Arbeitgebers so gewichtig ist, dass dahinter das Interesse des Arbeitnehmers, seine persönlichen Lebensumstände zum Schutz seines Persönlichkeitsrechts und zur Sicherung der Unverletzlichkeit seiner Individualität geheim zu halten, zurückzutreten hat.“

Nach dieser Rechtsprechung ist der Arbeitgeber immer dann berechtigt z. B. nach ansteckenden Krankheiten oder dem Schutz durch eine Impfung zu fragen, wenn das Vorhandensein unmittelbar der Ausübung der Tätigkeit entgegensteht, weil dadurch eine Gesundheitsgefährdung anderer Arbeitnehmer oder Dritter besteht. Auch diese Wertung ist bei der Prüfung der Erforderlichkeit der Datenerhebung zu berücksichtigen, wobei auch hier der Gesundheitsschutz dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung vorzuziehen ist. Denn die Beschränkung dieses Rechts ist Voraussetzung für die Wahrnehmung anderer Rechte, die das Leben, den Körper und die Gesundheit schützen.

### 3. Zusammenfassung

Damit steht fest, dass ein Fragerecht des Arbeitgebers auch in anderen nach allgemeinen Voraussetzungen bestehen kann. Zentral ist hierbei auch, dass die Daten unmittelbar beim Beschäftigten erhoben und nur für die Zwecke des Gesundheitsschutzes und Arbeitsorganisation genutzt werden dürfen. Zudem ist zu beachten, dass die Daten nur so lange zu speichern sind, wie die epidemische Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag festgestellt wird. Sofern diese Voraussetzung entfällt, sind die Daten grundsätzlich zu löschen.

### 4. Kontrollüberlegungen

Dass unter den hier aufgezeigten, sehr engen Voraussetzungen, auch andere Arbeitgeber als die im IfSG aufgeführten Unternehmen, den Impfstatus abfragen dürfen, kann anhand einer Kontrollüberlegung bestätigt werden: Ein Unternehmen führt eine Veranstaltung, bei der die 2-G-Regel gilt, durch. Sämtliche Gäste müssten ihren Impfstatus für eine berechtigte Teilnahme offenlegen. Die eigenen Mitarbeiter dürften aber nicht nach dem Impfstatus gefragt werden, müssten aber gleichzeitig an der Veranstaltung teilnehmen. Dass dies unter pandemischen Bedingungen nicht richtig sein kann, liegt auf der Hand und bestätigt, dass die Interessenabwägung zu Gunsten des Gesundheitsschutzes auszufallen hat.

### Auffassung der baden-württembergischen Aufsichtsbehörde

Die baden-württembergische Aufsichtsbehörde hat sich Anfang Oktober 2021 in einem Positionspapier zum Thema „Lohnfortzahlung, Corona und Datenschutz“ zur rechtlichen Zulässigkeit der Frage nach dem Impfstatus geäu-

ßert. Die Aufsichtsbehörde führte aus, dass in bestimmten Branchen der Impfstatus der Beschäftigten erfragt werden dürfe. Eine detaillierte Auseinandersetzung mit dem Gesetz und der Systematik oder der Gesetzesbegründung erfolgte nicht. Damit hat sich die Aufsichtsbehörde nicht zu den allgemeinen Voraussetzungen des Arbeitgeber-Frage-rechts hinsichtlich des Impfstatus geäußert, sondern nur die gesetzgeberische Wertung aus dem IfSG wiedergegeben. Die Aufsichtsbehörde nahm zu dem Auskunftsanspruch des Arbeitgebers gegenüber Beschäftigten im Rahmen der Lohnfortzahlung Stellung und verneinte eine entsprechende Antwortpflicht. Hintergrund ist die Regelung des § 56 Abs. 1 IfSG. Bei einer behördlich angeordneten Absonderung zahlt der Arbeitgeber das Gehalt an den Mitarbeiter weiter und geht somit grundsätzlich gegenüber der zuständigen Behörde in Vorleistung. Der Arbeitgeber kann dann die Gehaltszahlungen im Rahmen eines Erstattungsanspruchs gegenüber der Behörde geltend machen. Eine Erstattung ist aber nach § 56 Abs. 1 Satz 4, 5 IfSG u. a. ausgeschlossen, wenn der Beschäftigte durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung die Quarantäne hätte vermeiden können.

Die Aufsichtsbehörde fasst verschiedene Fragestellungen und rechtliche Aspekte zusammen und kommt zu dem Ergebnis, dass der Gesetzgeber keine spezialgesetzliche Regelung zu einer Offenbarungspflicht des Arbeitnehmers regelte und verneint im Ergebnis eine solche. Auch in einer solchen Situation soll der Arbeitnehmer nicht verpflichtet sein, den Impfstatus offenzulegen.

Unabhängig von einer datenschutzrechtlichen Bewertung führt dies in der Praxis dazu, dass Arbeitgeber in einer solchen Konstellation, Gehaltszahlungen entweder ganz aussetzen oder nur unter der Bedingung vornehmen, dass ein Erstattungsanspruch besteht und im Falle der Nichterstattung eine Rückforderung geltend gemacht wird. Ohne eine entsprechende freiwillige Offenbarung dürften Lohnfortzahlungen von Arbeitgebern zur Ausnahme werden, da das Risiko besteht, dass der Erstattungsanspruch wegen einer fehlenden Schutzimpfung nicht besteht. Diese Risiken werden Unternehmen an ihre Mitarbeiter weitergeben, solange keine Offenbarungspflicht besteht. Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass auch die Ansicht der Aufsichtsbehörde nicht dazu führt, dass unter den oben aufgeführten Voraussetzungen, ein Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Impfstatus besteht.

### Welche Möglichkeiten haben Unternehmen, den Impfstatus anderweitig zu erfragen?

Unternehmen können beispielsweise Anreize dafür setzen, dass Mitarbeiter sich entweder impfen lassen oder ihren Impfstatus offenlegen. Hierzu bieten sich Bonuszahlungen an. Unabhängig davon sind Arbeitgeber aufgrund der Co-

rona-Arbeitsschutzverordnung dazu verpflichtet, Arbeitnehmern, während der (bezahlten) Arbeitszeit es zu ermöglichen, sich impfen zu lassen. Auch so erfahren Arbeitgeber, dass eine Impfung erfolgte. Sollten Arbeitgeber sich dazu entscheiden, einen Impfbonus auszuloben, ist in Betrieben mit einem Betriebsrat dieser zu beteiligen, sodass eine Betriebsvereinbarung abzuschließen ist. Auch andere Anreize, den Impfstatus offenzulegen, sind denkbar, wie zum Beispiel die Gewährung eines freien Tages oder die Ausgabe eines Gutscheins. Auch indirekte Besserstellungen im Betrieb sind denkbar, sofern hierzu eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen wird.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass die Betriebsparteien eine Betriebsvereinbarung abschließen können, die als Rechtsgrundlage für eine rechtmäßige Datenerhebung dient. In einer solchen sollten vergleichbare Fallgruppen und Voraussetzungen berücksichtigt werden, die weiter oben für die allgemeinen Voraussetzungen eines Arbeitgeberfragerechts hinsichtlich des Impfstatus aufgestellt wurden.

### Fazit und Ausblick

Die Corona-Pandemie hat die gesetzgeberischen Schwächen bei der arbeits- und datenschutzrechtlichen Gesetzgebung sehr offen zu Tage treten lassen. Die Politik verlangt von den Unternehmen z. B. durch bezahlte Freistellung für das Impfen vollen (Kosten)Einsatz beim Gesundheitsschutz. Dann müssen die Unternehmen aber rechtlich mit rechtssicheren Instrumentarien ausgestattet werden, den Gesundheitsschutz während einer Pandemie bestmöglich umzusetzen. Hierzu zählt befristet das Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Impfstatus. Als Nachweis sollte das Impfbild über die Corona-Warn-App ausreichend sein. Eine Stelle im Unternehmen kann die Daten zentral erfassen. Aber auch ohne eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage sind Arbeitgeber berechtigt, sofern die engen Voraussetzungen vorliegen, den Impfstatus abzufragen.

**Autor:** Dr. Dominik Sorber, Rechtsanwalt bei ADVANT Beiten in München und Mitglied der Praxisgruppe Arbeitsrecht. Der Autor berät nationale und internationale Mandanten auf dem gesamten Gebiet des Beschäftigtendatenschutzes und des Arbeitsrechts.

