

## Praxiswissen Online Nr. 23

Ausgabe, 05.11.2021

### Neues beim Arbeitsschutz und bei der Frage nach dem Impfstatus

Richard Vollmer

Mit dem 10.09.2021 trat die „Erste Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung“ in Kraft. Die Verordnung ändert die bisherige SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung in zwei wichtigen Punkten. Zum einen sollen die Dienstgeber den Dienstnehmern Schutzimpfungen gegen das Coronavirus **während der Arbeitszeit** ermöglichen, zum anderen sollen die Dienstgeber innerbetrieblich über das Virus und die Impfung informieren und damit zur Steigerung der Impfquote beitragen. Der neue § 5 lautet wie folgt:

#### „§ 5 Schutzimpfungen

*(1) Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten zu ermöglichen, sich während der Arbeitszeit gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 impfen zu lassen. Der Arbeitgeber hat die Betriebsärzte und die überbetrieblichen Dienste von Betriebsärzten, die Schutzimpfungen aus Gründen des Bevölkerungsschutzes im Betrieb durchführen, organisatorisch und personell zu unterstützen.*

*(2) Die Beschäftigten sind im Rahmen der Unterweisung über die Gesundheitsgefährdung bei der Erkrankung an der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) aufzuklären und über die Möglichkeit einer Schutzimpfung zu informieren.“*

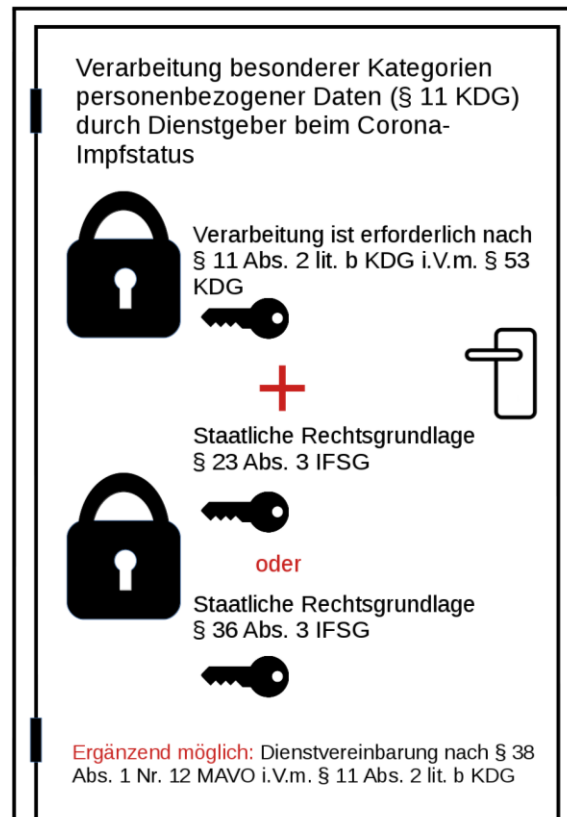
Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung enthält keine allgemeine Verpflichtung der Dienstnehmer, dem Dienstgeber Auskunft über ihren Impf- bzw. Genesungsstatus zu erteilen. Allerdings kann der Dienstgeber nun bei der Festlegung und der Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes einen ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der Dienstnehmer berücksichtigen (Neuregelung in § 2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung).

## Rechtsgrundlagen für die Abfrage des Corona-Impfstatus

Es stellt sich die Frage, darf der Dienstgeber die Information über den Impfstatus abfragen. Die Antwort lautet ja, soweit eine besondere Rechtsgrundlage besteht. Die Erforderlichkeit der Abfrage des Corona-Impfstatus durch den Dienstgeber richtet sich nach § 11 Abs. 2 lit. b KDG i.V.m. § 53 KDG. Die Vorschrift nach § 23a IfSG enthält eine Sonderregelung zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten (Gesundheitsdaten) für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses in Einrichtungen des Gesundheitswesens nach der Auflistung des § 23 Abs. 3 IFSG (z.B. Krankenhäuser). Sie ist die staatliche Rechtsgrundlage, nach der der Dienstgeber seinen nach § 11 Abs. 2 lit. B KDG genannten Rechten oder Pflichten nachkommen kann, also in unserem Fall den Impfstatus abfragen darf.

Der Bundesgesetzgeber hat am 10.09.2021 auch den § 36 Abs. 3 IFSG geändert, nachdem das Fragerecht nach dem Impfstatus durch Dienstgeber der nach dem im § 36 Abs. 1 und § 33 IFSG genannten Gemeinschaftseinrichtungen erweitert wird. Dies betrifft zum Beispiel u.a. Kindertageseinrichtungen (Ausnahme Tagespflege), Schulen, Einrichtungen der stationären Jugendhilfe, voll- und teilstationäre Einrichtungen für behinderte und pflegebedürftige Menschen, Obdachloseneinrichtungen. Die Änderung trat am 15.09.2021 in Kraft.

Die folgende Grafik soll die Zusammenhänge verdeutlichen:



Für die Erhebung des Impfstatus durch Dienstgeber, die nicht unter besondere Spezialnormen fallen, besteht derzeit keine Rechtsgrundlage. Impfbescheinigungen dürfen dementsprechend nicht mit zur Personalakte genommen werden.

## Freiwillige Angabe des Corona-Impfstatus?

Es stellt sich die weitere Frage, ob Dienstnehmer in die Verarbeitung des Impfstatus durch den Dienstgeber auf freiwilliger Basis einwilligen können.

Wenn die jeweiligen Spezialnormen des IFSG für den jeweiligen Dienstgeber zutreffen, ist die Verarbeitung des Impfstatus nach § 7 Abs. 1 lit. a i.V.m. § 6 Abs. 1 lit. a KDG rechtmäßig. D.h., der Dienstgeber kann sich auf eine Rechtsgrundlage zur Verarbeitung berufen und darf die personenbezogenen Daten verarbeiten. Eine zusätzliche Einwilligung kommt daher nicht als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung des Impfstatus in Betracht. Wird dennoch gleichzeitig eine Einwilligung verlangt, bekommt der Dienstgeber spätestens dann ein Problem, wenn der Betroffene die Einwilligung widerrufen möchte (§ 8 Abs. 6 KDG). Bei Dienstgebern, die ihren Nachweis- und Dokumentationspflichten nach § 7 Abs. 2 KDG nachkommen, sollte eine solche Situation nicht eintreten.

Wenn die oben genannten Spezialnormen des IFSG für den Dienstgeber nicht zutreffen wäre zu prüfen, ob die Einwilligung als alleinige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung des Impfstatus taugt. Hierzu bestimmt § 11 Abs. 2 lit. a KDG, dass die betroffene Person in die Verarbeitung der personenbezogenen (Gesundheits-)Daten für einen oder mehrere Zwecke „ausdrücklich“ eingewilligt hat. Der Begriff der „Ausdrücklichkeit“ macht die besondere Schutzbedürftigkeit dieser Datenkategorie gegenüber allen sonstigen personenbezogenen Daten deutlich. „Ausdrücklichkeit“ bedeutet, dass konkludente Willenserklärungen (durch schlüssiges Handeln) in diesem Kontext ausgeschlossen sind. Erfolgt die Einwilligung im Rahmen eines Abhängigkeitsverhältnisses wie zum Beispiel im Arbeitsverhältnis, sind an die ohnehin schon hohen Anforderungen an die Freiwilligkeit in § 8 KDG nochmals höhere Anforderungen zu stellen. Laut Erwägungsgrund 43 der DSGVO soll bei Vorliegen eines klaren Ungleichgewichts überhaupt keine gültige Einwilligung möglich sein.

Fragt der Dienstgeber „beiläufig“ nach den Gründen warum ein Mitarbeiter geimpft oder nicht geimpft ist, besteht hier nach Ansicht des Autors keine Rechtsgrundlage, da die Spezialnormen des IFSG nur die Frage nach dem Impf- bzw. Serostatus als solchen betreffen, nicht hingegen weitere Angaben, durch die der Dienstgeber Rückschlüsse beispielsweise über chronische Erkrankungen ziehen könnte.

## Möglicher Verdienstausschlag für Ungeimpfte

Tritt ab dem 11.10.2021 in NRW bzw. ab dem 01.11.2021 bundesweit der Fall ein, dass sich ein Mitarbeiter aufgrund behördlicher Anordnung in häusliche Quarantäne begeben muss, erwartet Ungeimpfte, dass sie einen Verdienstausschlag erleiden (Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz des Bundes und der Länder vom 22.09.2021). Eine Ausnahme soll nur gelten, wenn eine Impfung aus medizinischen Gründen nicht möglich sei. Da der Dienstgeber nach § 56 IFSG für die behördliche Lohnersatzung zunächst in Vorleistung geht, hat er natürlich ein Interesse daran zu erfahren, dass er später auch eine Erstattung von der Gesundheitsbehörde erhält. Hierdurch wird der Druck auf Ungeimpfte erhöht, dem Dienstgeber im Quarantänefall den Impfstatus mitzuteilen bzw. die Gründe für die Nichtimpfung.

## Vorsorge nach ArbMedVV keine Rechtsgrundlage zur Abfrage des Impfstatus

Wurde die Impfung des Mitarbeiters vom Dienstgeber selbst organisiert und durchgeführt, zum Beispiel in Krankenhäusern, soll hier darauf hingewiesen werden, dass diese Impfungen im Rahmen der arbeitsmedizinischen Vorsorge nach ArbMedVV erfolgen. Der Dienstgeber erhält nach § 6 Abs. 3 Nr. 3 ArbMedVV eine Vorsorgebescheinigung. Die Vorsorgebescheinigung enthält lediglich eine Angabe darüber, dass, wann und aus welchem Anlass ein arbeitsmedizinischer Vorsorgetermin stattgefunden hat. Nach ArbMedVV kann der Dienstgeber deshalb keine Informationen über Impf- und Serostatus des Mitarbeiters verlangen. Die Frage nach dem Impfstatus der Mitarbeiter richtet sich wie oben ausgeführt nach anderen Rechtsgrundlagen und wird daher nicht überflüssig, auch wenn der Mitarbeiter sich vom oder beim Dienstgeber hat impfen lassen.

## Rechte der Betroffenen

Bei der Verarbeitung von Gesundheitsdaten der Mitarbeiter durch den Dienstgeber gelten selbstverständlich alle weiteren Vorschriften des KDG über die Verarbeitung personenbezogener Daten. Hierzu gehören insbesondere die Informationspflichten des Dienstgebers nach § 15 KDG und die Information über die Betroffenenrechte nach Abschnitt 2 KDG wie z.B. das Auskunftsrecht (§ 17 KDG) und das Recht auf Beschwerde bei der Aufsichtsbehörde. Der Verantwortliche für die Datenverarbeitung (i.d.R. der Dienstgeber) ist verpflichtet, die rechtmäßige Verarbeitung nachweisen zu können (§ 7 Abs. 2 KDG). Er muss die notwendigen und hinreichenden technischen und organisatorischen Maßnahmen nach § 26 KDG sicherstellen. Verarbeitet der Verantwortliche die Daten nicht selbst sondern durch externe Dienstleister sind Verträge zur Auftragsverarbeitung mit dem Dienstleister abzuschließen. Kommt der Verantwortliche seinen Pflichten nicht nach oder kann er die Nachweise der rechtmäßigen Verarbeitung nicht erbringen, droht ihm u.U. die Verhängung eines Bußgelds durch die Aufsichtsbehörde.

## Aufgaben der MAV, Dienstvereinbarungen

Die Mitarbeitervertretungen haben das Recht und die Pflicht, im Rahmen des § 26 Abs. 1 MAVO darauf zu achten, dass der Dienstgeber die personenbezogenen Daten rechtmäßig verarbeitet. § 11 Abs. 2 lit. b KDG nennt auch Dienstvereinbarungen als mögliche Rechtsgrundlage zur Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten. Diese Dienstvereinbarungen müssen sich auf staatliche oder kirchliche Erlaubnistatbestände stützen und beschränken sich daher in der Regel auf die Gestaltung des „Wie“ und nicht des „Ob“ der Datenverarbeitung. In der Dienstvereinbarung kann z.B. die Art und Weise der Abfrage des Impfstatus und eventuell vorhandener medizinischer Ausschlussgründe, den Ort der Speicherung und die Datenlöschung geregelt werden. Bei Fragen hierzu können die Mitarbeitervertretungen sowohl den betrieblichen Datenschutzbeauftragten als auch die Aufsichtsbehörde konsultieren.