

## Kein branchenübergreifendes Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Impf- und Genesungsstatus nach Neuregelung

Dr. Alberto Povedano Peramato

Sie Darf der Arbeitgeber den Impf- und Genesungsstatus von Beschäftigten erfragen? Dies ist seit Beginn der Impfkampagne Gegenstand kontroverser Diskussionen. Während Arbeitgeberverbände hierfür plädieren, zeigen sich Arbeitnehmervertretungen und Datenschützer kritisch. Nunmehr haben Bundestag und Bundesrat den kürzlich von den Koalitionsfraktionen CDU/CSU und SPD vorgelegten Gesetzentwurf zum Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Impf- und Genesungsstatus der Beschäftigten gebilligt (siehe BT-Drucks. 19/32275 (Vorabfassung), S. 12). Dieser räumt Arbeitgebern in abschließend benannten Branchen ein entsprechendes Fragerecht ein. Leider dürfte das mit der Regelung verfolgte Ziel, eine weitere Ausbreitung des Coronavirus zu verhindern, aufgrund ihres eng gefassten Anwendungsbereichs nur in geringem Umfang erreicht werden. Zum Inkrafttreten muss das Gesetz nur noch vom Bundespräsidenten ausgefertigt und anschließend im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden. Beides dürfte in naher Zukunft geschehen.

### Inhalt der Neuregelung

Schon derzeit ist eine Abfrage des Impf- und Genesungsstatus nach § 23a Satz 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG) in **medizinischen Einrichtungen** im Sinne von § 23 Abs. 3 IfSG möglich, worunter etwa Krankenhäuser und Arztpraxen fallen. Das nunmehr auf den Weg gebrachte Gesetz sieht eine Änderung von § 36a Abs. 3 IfSG vor, durch die das Auskunftsrecht des Arbeitgebers auf **Betreuungs- und Pflegeeinrichtungen sowie Gemeinschaftsunterkünfte** (§ 36 Abs. 1 und 2 IfSG) ausgeweitet wird, solange eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ besteht und „soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist“. Das Auskunftsrecht nach § 28a Abs. 3 IfSG soll demnach insbesondere in Kitas und Schulen gelten. Erklärter Zweck ist es, die in den Einrichtungen betreuten Risikogruppen besser zu schützen. Gefahren sollen zudem für Beschäftigte reduziert werden, indem die durch das Auskunftsrecht gewonnenen Informationen im Rahmen von passgenaueren Personaleinsatzplanungen und Hygienekonzepten genutzt werden (BT-Drucks. 19/32275 (Vorabfassung), S. 29). Dies steht im Einklang mit der jüngsten Anpassung

der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV), wonach der Arbeitgeber gemäß § 2 Abs. 1 S. 3 Corona-ArbSchV „[b]ei der Festlegung und der Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes einen ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten berücksichtigen“ darf.

### Praxishinweise

Die gesetzlich explizit zugelassene und damit rechtssichere Möglichkeit für Arbeitgeber, den Impf- und Genesungsstatus ihrer Mitarbeiter zu Schutz- und Präventionszwecken zu erfragen, wird bedauerlicherweise weiterhin nur für wenige Branchen eröffnet sein. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Infektionsschutzgesetzes bleibt eine Datenverarbeitung entsprechender personenbezogener Gesundheitsinformationen auf Grundlage einer ausdrücklichen **Einwilligung** der Beschäftigten nach § 26 Abs. 3 S. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) in Verbindung mit Art. 9 Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) möglich. Im Grundsatz kommt auch eine Datenverarbeitung nach § 26 Abs. 3 BDSG ohne ausdrückliche Einwilligung des Beschäftigten in Betracht. Erforderlich ist jedoch, dass ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Datenverarbeitung besteht, welches das Geheimhaltungsinteresse des Beschäftigten im Einzelfall überwiegt. Mit Blick auf die Begründung zur Neufassung von § 28a Abs. 3 IfSG, wonach die Regelungen des Arbeitsschutzes unberührt bleiben (BT-Drucks. 19/32275 (Vorabfassung), S. 29), ließe sich insoweit einwenden, dass der Arbeitgeber für einen möglichst wirksamen Gesundheitsschutz im Betrieb verantwortlich ist (§§ 241 Abs. 2, 618 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) sowie §§ 3, 5 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG)). Zudem werden auch die Beschäftigten in diesem Zusammenhang gesetzlich zur Mitwirkung verpflichtet (§§ 15, 16 ArbSchG). Im Übrigen könnte ein überwiegendes Informationsinteresse des Arbeitgebers angenommen werden, wenn Personaleinsatzmöglichkeiten bei Kunden und Vertragspartnern zu klären sind, die innerhalb ihrer Räumlichkeiten die „2G-Regel“ anwenden. Indes bleibt die Zulässigkeit einer solchen Datenverarbeitung

Frage des Einzelfalls und ist daher risikobehaftet. Praktischer kann dagegen der Abschluss einer **Betriebsvereinbarung** sein, die ein Fragerecht nach dem Impf- und Genesungsstatus und die näheren Modalitäten der Datenverarbeitung regelt (siehe § 26 Abs. 4 BDSG).

Im Ergebnis ist Arbeitgebern außerhalb der Bereiche der Pflege, Betreuung und medizinischen Versorgung zu raten, ihre Beschäftigten auf Basis einer freiwilligen Einwilligung oder einer Betriebsvereinbarung zur Auskunft über ihren Impf- und Genesungsstatus zu bewegen. Ob bei be-

sonderen Gefährdungslagen ein überwiegendes berechtigtes Interesse an der Datenverarbeitung gegen den Willen der Arbeitnehmer zu bejahen ist, kann nur im Einzelfall beurteilt werden – die Hürden dürften hierfür angesichts der Neufassung von § 28a Abs. 3 IfSG weiter gestiegen sein. Der Gesetzgeber hat jedenfalls die Chance vertan, ein branchenübergreifendes Fragerecht gesetzlich zu verankern und hierdurch für alle Betriebe eine rechtssichere und damit praxistaugliche Regelung zu schaffen.

## Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. den Autor Dr. Alberto Povedano Peramato unter +49 221 33660-544 oder apovedano@goerg.de an.

## Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

### BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin  
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### HAMBURG

Alter Wall 20 – 22, 20457 Hamburg  
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90