



ARBEITSRECHT

Abfrage des COVID-19-Impfstatus: Zulässig im Beschäftigungsverhältnis und Bewerberverfahren?

von RAin Jasmin Johanna Kasper LL.M. und RA, FA für MedR Christian Fiedler, Dr. Schmidt und Partner, Koblenz/Dresden

Die COVID-19-Pandemie begleitet uns seit nunmehr knapp zwei Jahren. Weder hat es in neuerer Zeit eine derartige Infektionslage pandemischen Ausmaßes gegeben, noch war man sich zu Beginn der Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 im Ansatz bewusst, welche Rechtsfragen sich in eigentlich alltäglichen Situationen ergeben können. AH beleuchtet, welche datenschutz- und arbeitsrechtlichen Besonderheiten bei der Frage nach dem COVID-19-Impfstatus zu beachten sind und welche Risiken daraus resultieren können. |

Datenschutz: Grundsatz der Datensparsamkeit

Nicht erst seit Geltung der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) muss sich jeder Arbeitgeber darüber im Klaren sein, dass er die Verantwortung für die bei einem Bewerber bzw. einem Arbeitnehmer erhobenen Daten trägt. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Datensparsamkeit, der letztlich Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines jeden Menschen ist, dürfen daher nur diejenigen Daten verarbeitet werden, die tatsächlich benötigt werden und für deren Verarbeitung eine Rechtsgrundlage existiert. Da es sich beim Impfstatus um ein besonderes personenbezogenes Datum i. S. des Art. 9 Abs. 1 DS-GVO handelt, gilt es zunächst, das grundsätzliche Verbot der Verarbeitung zu beachten. Nur wenn besondere, in Art. 9 Abs. 2 DS-GVO genannte Umstände es rechtfertigen, darf eine Verarbeitung erfolgen. Dies ist beispielsweise das rechtmäßig erteilte Einverständnis eines Bewerbers oder Arbeitnehmers.

MERKE | Es ist insbesondere zu beachten, dass eine Einwilligung nur dann als wirksam erteilt gilt, wenn sie freiwillig erteilt wird und kein gesetzliches Verbot einer Einwilligung entgegensteht. Den Grundsätzen der DS-GVO und dem besonderen Beschäftigtendatenschutz ist es geschuldet, dass eine Einwilligung nur dann als freiwillig erteilt gilt, wenn keine hinreichenden Aspekte darauf hinweisen, dass sie unter dem Druck gegeben wurde, einen Arbeitsvertrag abzuschließen oder dessen Bestand zu erhalten.

Frage in bestimmten Einrichtungen und Unternehmen zulässig

Eindeutig geregelt ist die Frage nach der Zulässigkeit der Abfrage des Impfstatus für bestimmte Einrichtungen und Unternehmen gemäß § 36 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG), in denen aus Sicht des Gesetzgebers besonders hohe Ansteckungsrisiken bestehen. Dazu zählen z. B. Kindertageseinrichtungen, Schulen, Alters- und Pflegeheime oder Justizvollzugsanstalten. Gemäß § 36 Abs. 3 IfSG soll es arbeits- und datenschutzrechtlich für diese Einrichtungen möglich sein, gegenüber Bewerbern und Beschäftigten den Impfstatus

Voraussetzungen für eine wirksam erteilte Einwilligung

Apothekenbetriebe werden nicht genannt

abzufragen. Apothekenbetriebe werden in dieser Aufzählung jedoch gerade nicht genannt. § 36 Abs. 2 IfSG führt zudem mit auf, dass in erweitertem Maße personenbezogene Daten auch in Einrichtungen und Unternehmen abgefragt werden können, bei denen die Möglichkeit besteht, dass durch Tätigkeiten am Menschen (durch Blut) Krankheitserreger übertragen werden. Damit sind i. d. R. Arzt-/Zahnarztpraxen gemeint. Für die unter diese Regelung fallenden Einrichtungen gilt die Erfragung des Impfstatus gleichermaßen.

MERKE | Somit besteht eine gesetzliche Grundlage für die Erhebung und Verarbeitung der personenbezogenen Daten in Bezug auf den Impfstatus. Dies gilt solange der Deutsche Bundestag eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat und unabhängig davon bis zum Ablauf des 19.03.2022.

Gesetzliche Grundlage ist gegeben

Zulässige Frage bei Quarantäneanordnung

Eindeutig ist die Zulässigkeit der Abfrage des Impfstatus außerdem geklärt, wenn es um die Beanspruchung von Entschädigungsleistungen während Quarantänezeiten gemäß § 56 Abs. 1 IfSG geht. Durch die Neueinführung des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG besteht dann kein Anspruch auf Lohnfortzahlung im Quarantänefall, wenn der Arbeitnehmer die behördliche Absonderung durch Inanspruchnahme einer öffentlich empfohlenen Impfung hätte vermeiden können. Auf dieser Grundlage hat der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran, den Impfstatus des Arbeitnehmers zu erfragen.

3G am Arbeitsplatz als Grundlage des Fragerechts?

Als weitere Rechtsgrundlage für die Abfrage des Impfstatus von bereits tätigen Mitarbeitern wäre § 28b IfSG denkbar, der seit dem 24.11.2021 gilt und „3G am Arbeitsplatz“ regelt. Diese Regelung sieht den Arbeitgeber als Verantwortlichen, bei den Mitarbeitern den Impf-, Genesenen- oder Teststatus vor Betreten der Betriebsstätte in solchen Betrieben abzufragen, in denen physische Kontakte innerhalb der Belegschaft oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können. Der Arbeitgeber wird dadurch jedoch nicht ermächtigt, den reinen Impfstatus abzufragen oder noch weitergehend, Nachweise hierüber zu verlangen. Vielmehr darf er lediglich den „3G-Status“ kontrollieren.

Arbeitgeber darf 3G-Status lediglich kontrollieren ...

MERKE | Der Gesetzgeber hat für Arbeitnehmer von besonderen Einrichtungen in § 28b Abs. 2 IfSG eine generelle Testpflicht geregelt. Angesichts der ausdrücklichen Normierung von Vorlagepflichten und der Befugnis des Arbeitgebers zur Erhebung und Verarbeitung von Impf-, Sero- und Teststatus folgt, dass der Gesetzgeber diese Regelung nicht auch für die 3G-Regelung aus § 28b Abs. 1 IfSG schaffen wollte.

Wenn der Arbeitgeber also einen bei ihm beschäftigten Mitarbeiter konkret nach dessen COVID-19-Impfstatus fragt, so ist dieser nicht zur Beantwortung der Frage verpflichtet. Den Arbeitnehmer trifft lediglich die Pflicht, den 3G-Status zu offenbaren und ggf. nachzuweisen. Verweigert der Mitarbeiter dies, so schreibt § 28b Abs. 1 IfSG im Umkehrschluss vor, dass der Zutritt zum

... Mitarbeiter muss 3G-Status offenbaren und ggf. nachweisen

Generelle Impfpflicht
in der Apotheke nicht
mit Übermaßverbot
vereinbar

3G- bzw. 2G-Regelung
am Arbeitsplatz
ist ausreichend

Betrieb verweigert werden muss. Sollte es dann nicht möglich sein, die Tätigkeit aus dem Homeoffice heraus zu erbringen, dürfte der Entgeltanspruch entfallen. Das Verhalten ist als Pflichtverstoß abmahnfähig und im Wiederholungsfall grundsätzlich als Kündigungsgrund geeignet.

Die gesetzlichen Regelungen zu „3G am Arbeitsplatz“ sind somit nicht geeignet, als Ermächtigung zur Abfrage des COVID-19-Impfstatus zu dienen.

MERKE | An einer konkreten Rechtsgrundlage, nach der ein Apotheker im bestehenden Arbeitsverhältnis nach dem COVID-19-Impfstatus fragen darf, mangelt es.

Was gilt im Zusammenhang mit der anstehenden Impfpflicht?

Der Gesetzgeber hat mit dem Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 einen neuen § 20a IfSG eingeführt, der einzelnen Berufsgruppen zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und vulnerabler Personengruppen vor einer COVID-19-Erkrankung eine Impfpflicht und die Vorlage eines entsprechenden Nachweises gegenüber dem Arbeitgeber auferlegt. Ausweislich der Auflistung in § 20a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 IfSG gilt dies allerdings nicht für Mitarbeiter in Apotheken. Die restriktive Definition der genannten Personengruppen geht auf den vom Gesetzgeber zu beachtenden Grundsatz des Übermaßverbots zurück. Das bedeutet, dass die aus einer gesetzlichen Regelung folgenden Nachteile für einen Betroffenen nicht außer Verhältnis zu dem beabsichtigten Erfolg stehen dürfen. Es wäre mit dem Übermaßverbot nicht in Einklang zu bringen, die Apothekeninhaber und deren Angestellte unter eine generelle Impfpflicht zu stellen. Denn in einer Apotheke können in vielen Bereichen leichter Maßnahmen ergriffen werden, um Kunden und Personal auf Abstand zu halten.

Ein Apothekeninhaber kann jedoch durchaus ein individuelles Interesse an der Erhebung des Impfstatus haben, denn er ist allen anderen Arbeitnehmern, seinen Kunden, die engeren Kontakt zum Personal haben, und Geschäftspartnern gegenüber zum Schutz verpflichtet. Angesichts der Betriebsabläufe kann die Erhebung des Impfstatus beispielsweise für den Einsatz des Personals zweckmäßig erscheinen. Denkbar wäre der Fall, dass einer ungeimpften PTA der Zugang zu einer Arztpraxis verweigert wird, in der sie ein angepasstes Rezept abholen möchte, sie die Praxis also nicht aus eigenen medizinischen Gründen aufsucht. Allerdings muss sich der Apotheker entgegenhalten lassen, dass eine Schutzimpfung nicht als alleiniges Instrument in Betracht kommt, um das Infektionsrisiko zu senken. Aus der bundesweiten 3G-Regelung – für einzelne Berufsgruppen 2G-Regelung – am Arbeitsplatz folgt, dass diese Maßnahmen als ausreichend angesehen werden. Es wäre dem Apotheker im Beispiel daher durchaus zumutbar, dem Arzt die Negativtestung zu bestätigen, ggf. eine geimpfte PTA zu entsenden oder aber anderweitige Maßnahmen unter Berücksichtigung berufsrechtlicher Bestimmungen zu ergreifen.

MERKE | Da sich die Impf- und die Nachweispflicht ausdrücklich nicht auf Apothekenmitarbeiter erstreckt, können daraus keine rechtlichen Schlüsse für eine Frage nach dem Impfstatus gezogen werden.

Folgen, wenn Apotheker den Impfstatus trotzdem abfragen

Ein Fragerecht nach dem COVID-19-Impfstatus besteht für Apothekeninhaber nicht. Die trotzdem gestellte Frage müsste damit auch nicht wahrheitsgemäß beantwortet werden („Recht zur Lüge“). § 612a Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) schreibt zudem vor, dass ein Arbeitnehmer nicht benachteiligt werden darf, wenn er in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Der Apotheker setzt sich also erhöhten Rechtsrisiken aus, wenn er die Frage stellt und eine Antwort des Arbeitnehmers zu dessen Nachteil auslegt.

Auch im Bewerbungsverfahren dürfte die Frage nach dem COVID-19-Impfstatus dazu führen, dass dem Arbeitnehmer ein Recht zur Lüge zugesprochen wird. Selbst wenn er also nicht geimpft ist, könnte er dies gegenüber dem potenziellen Arbeitgeber behaupten. Sollte nach seiner Einstellung die Wahrheit über seinen Impfstatus ans Licht kommen, stünde dem Arbeitgeber jedenfalls nicht die Anfechtung des Vertragsangebots wegen arglistiger Täuschung zu. Eine etwaige Kündigung – auch während der Probezeit – müsste im Lichte des Maßregelungsverbots gemäß § 612a BGB betrachtet werden.

Zudem könnte sich ein Problem aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) ergeben. Das AGG schreibt vor, dass weder ein Bewerber noch ein Arbeitnehmer aus bestimmten, im Gesetz genannten Gründen benachteiligt werden darf, sofern es für die Benachteiligung keine sachliche Rechtfertigung gibt. Die Frage nach dem COVID-19-Impfstatus könnte durchaus zur Diskriminierung nach dem AGG führen und Entschädigungszahlungen begründen.

■ Beispiel

Eine PTA bewirbt sich in der Apotheke. Sie leidet an einer nicht ansteckenden chronischen Krankheit, aufgrund derer eine Schwerbehinderung mit einem Grad der Behinderung von 70 anerkannt wurde. Diese Krankheit führt dazu, dass die behandelnden Ärzte davon abraten, sich impfen zu lassen. Im Bewerbungsgespräch fragt der Apothekeninhaber nach dem Impfstatus. Als die PTA erläutert, dass sie nicht geimpft ist, entscheidet sich der Apothekeninhaber gegen eine Beschäftigung und lässt der PTA im Nachgang zum Bewerbungsgespräch eine schriftliche Absage zukommen.

Das AGG schützt den Bewerber vor unmittelbaren, aber auch mittelbaren Diskriminierungen. Im vorliegenden Fall hat sich der Apothekeninhaber mittelbar aufgrund der Schwerbehinderung gegen eine Einstellung der PTA entschieden. Der PTA wäre es aufgrund des Verstoßes möglich, empfindliche Entschädigungszahlungen geltend zu machen.

FAZIT | Die Frage nach dem COVID-19-Impfstatus kann mitunter weitreichende Folgen nach sich ziehen. Sollte vonseiten der politischen Entscheidungsträger eine allgemeine Impfpflicht beschlossen werden, würde dies die rechtliche Einordnung selbstverständlich ändern. Bis dahin kann daher nur Vorsicht angeraten werden.

Arbeitnehmer steht
Recht zur Lüge zu ...

... auch im
Bewerbungs-
verfahren

AGG ist zu
beachten

Apotheker sollten
Vorsicht walten
lassen