



Der Bayerische Landesbeauftragte  
für den Datenschutz

---

## Verarbeitung des COVID-19- Impfstatus im bayerischen öffentlichen Dienst

Arbeitspapier

---

## Inhalt

1. Ausgangslage: Grundsätzliches Verarbeitungsverbot .....	3
2. Verarbeitungsbefugnis nach § 23a IfSG.....	5
a) Allgemeines.....	5
b) Anwendungsbereich .....	5
c) Voraussetzungen .....	6
d) Verarbeitungszwecke und Verarbeitungsmodalitäten .....	6
3. Verarbeitungsbefugnis nach § 36 Abs. 3 IfSG .....	7
a) Allgemeines.....	7
b) Anwendungsbereich .....	8
c) Voraussetzungen .....	9
d) Verarbeitungszwecke und Verarbeitungsmodalitäten .....	9
4. Verarbeitung auf Grundlage der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung.....	9
5. Verarbeitung auf Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 3 Corona-ArbSchV.....	10
6. Verarbeitung des Impfstatus Beschäftigter im Rahmen des § 56 IfSG.....	11
7. Einwilligung.....	12
8. Informationspflichten .....	13
9. Fazit.....	13

Bearbeiter: Dr. Matthias Stief

Version 1.0 | Stand: 1. November 2021

Dieses Arbeitspapier wird ausschließlich in elektronischer Form bereitgestellt.

Es kann im Internet auf <https://www.datenschutz-bayern.de> in der Rubrik  
„Datenschutzreform 2018“ abgerufen werden.

Die PDF-Datei ist für den doppelseitigen Ausdruck optimiert.

**D**er überwiegende Anteil der Bevölkerung hat zwischenzeitlich eine Schutzimpfung gegen das Coronavirus Sars-CoV-2 erhalten. Ein weiterer Teil der Bevölkerung hat durch eine überstandene Infektion einen natürlichen Immunschutz erlangt. Nach derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen ist bei den genannten Personengruppen das Risiko einer Infektion mit dem Coronavirus Sars-CoV-2 und in der Folge auch das Risiko einer Übertragung des Virus auf andere Personen gegenüber Nicht-Geimpften signifikant verringert.<sup>1</sup>

Bayerische Dienstherrn und öffentliche Arbeitgeber sehen sich angesichts der fortwährenden COVID-19-Pandemie insbesondere mit der Frage konfrontiert, welche Maßnahmen zu treffen sind, um einen ordnungsgemäßen Dienstbetrieb sicherzustellen und ihren beamteten- und arbeitsrechtlichen (Fürsorge-)Pflichten den Beschäftigten gegenüber nachzukommen. Informationen über den Impf- oder Genesenenstatus von Beschäftigten sind für Dienstherrn und Arbeitgeber daher von Interesse.

Aus Datenschutzsicht stellen diese Informationen Gesundheitsdaten und damit besonders sensible Daten der Beschäftigten dar. Die Verarbeitung dieser Daten durch Dienstherrn und Arbeitgeber ist mit Risiken für die Beschäftigten verbunden. Insbesondere besteht die Gefahr, dass Dienstherrn und Arbeitgeber die erhobenen Daten „zweckentfremdet“ verwenden, und dass neben dem Impf- oder Genesenenstatus weitere sensible (Gesundheits-)Daten der Beschäftigten erhoben werden – etwa zu der Frage, weshalb sich Beschäftigte gegen eine mögliche Schutzimpfung entschieden haben. In der Folge können den Beschäftigten Diskriminierungen im Arbeitsumfeld oder berufliche Nachteile in der Zeit nach Bewältigung der Pandemie drohen. Dieses „Spannungsfeld“ hat jüngst zu einer politischen und gesellschaftlichen Diskussion geführt, die schließlich auch in einer Änderung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) mündete.

Im Folgenden soll dargestellt werden, welche datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen für bayerische Dienstherrn und öffentliche Arbeitgeber im Hinblick auf die Verarbeitung des Impf- oder Genesenenstatus ihrer Beschäftigten gelten. Dienst- oder arbeitsrechtliche Aspekte bleiben dabei außer Betracht.

## 1. Ausgangslage: Grundsätzliches Verbot

Die Datenschutzrechte betroffener Personen sind durch die COVID-19-Pandemie nicht außer Kraft gesetzt. Verarbeitungen personenbezogener Daten, die anlässlich oder im Zusammenhang mit ihr erfolgen, müssen daher gesetzlich zulässig sein. Die Datenschutz-Grundver-

<sup>1</sup> Vgl. hierzu etwa die Ausführungen des Robert Koch-Instituts zu der Frage „Können Personen, die vollständig geimpft sind, das Virus weiterhin übertragen?“, Internet: <https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html>.

ordnung (DSGVO) bietet dabei einen Rahmen, der die zur Eindämmung der Pandemie erforderlichen Datenverarbeitungen – einschließlich der Verarbeitung von Gesundheitsdaten – unter besonderer Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ermöglicht. Die in der Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Rechtsgrundlagen bedürfen vielfach allerdings noch der Ergänzung durch mitgliedstaatliches Recht. Spezifische Vorgaben für das Dienst- oder Arbeitsverhältnis enthält die Datenschutz-Grundverordnung nicht; sie ermöglicht es dem mitgliedstaatlichen Gesetzgeber jedoch, solche Regelungen zu treffen (Art. 88, Art. 6 Abs. 2 DSGVO). Dies bedeutet im Einzelnen:

- 6 Der Corona-Impf- oder Genesenenstatus einer oder eines Beschäftigten ist ein personenbezogenes Datum im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DSGVO. Die Verarbeitung – einschließlich der Erhebung – personenbezogener Daten bedarf einer Rechtsgrundlage (Art. 6 Abs. 1 DSGVO). Angaben zum Impfstatus sind ferner Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 4 Nr. 15 DSGVO. Sie gehören damit zu einer besonderen Kategorie personenbezogener Daten, deren Verarbeitung Art. 9 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich untersagt. Ausnahmen von diesem Verarbeitungsverbot enthält Art. 9 Abs. 2 DSGVO: Danach kann die Verarbeitung von Gesundheitsdaten etwa zulässig sein, um Rechte oder Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes auszuüben bzw. zu erfüllen (Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DSGVO) oder aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit (Art. 9 Abs. 2 Buchst. i DSGVO). Beide Zulässigkeitstatbestände setzen allerdings eine „Aktivierung“<sup>2</sup> durch Unionsrecht oder mitgliedstaatliches Recht voraus.
- 7 Für eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten Beschäftigter durch Dienstherren oder Arbeitgeber muss somit neben einer Verarbeitungsbefugnis nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO (gegebenenfalls in Verbindung mit nationalem Durchführungsrecht) zusätzlich ein Zulässigkeitstatbestand nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO (auch hier gegebenenfalls in Verbindung mit nationalem Durchführungsrecht) vorliegen. Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten Beschäftigter durch Dienstherren oder Arbeitgeber ist nur bei Vorliegen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen zulässig. Im Zusammenhang mit der Erhebung des Impf- oder Genesenenstatus Beschäftigter ist dabei insbesondere zu beachten, dass eine allgemeine oder bereicherspezifische Impfpflicht derzeit nicht besteht.
- 8 Es ist somit zuvorderst Sache des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers festzulegen, in welchen Bereichen und zu welchen Zwecken Dienstherren und Arbeitgeber den Impf- oder Genesenenstatus von Beschäftigten verarbeiten dürfen. Für bestimmte Einrichtungen aus dem Gesundheits- und Pflegebereich besteht mit § 23a IfSG bereits seit Längerem eine solche Regelung (hierzu Rn. 10 ff.). Eine zusätzliche „COVID-19-spezifische“ Verarbeitungsbefugnis ist mit § 36 Abs. 3 IfSG jüngst für weitere Einrichtungen und Unternehmen hinzugekommen (hierzu Rn. 21 ff.). Ferner dürfen Dienstherren und Arbeitgeber den Impf- oder Genesenenstatus von Beschäftigten auch verarbeiten, soweit dies auf Basis der jeweils gültigen Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayIfSMV) vorgegeben (hierzu Rn. 30 ff.) oder auf Grundlage der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV, hierzu Rn. 34 f.) erlaubt ist. Auch diese Vorschriften bieten aber keine pauschalen „Freigaben“. Vielmehr binden diese Regelungen eine Datenverarbeitung an tatbestandliche Voraussetzungen,

<sup>2</sup> So Ehmann, in: Wilde/Ehmann/Niese/Knoblach, Datenschutz in Bayern, Stand 6/2018, Art. 8 BayDSG, Rn. 1 und 4.

deren Vorliegen Dienstherrn oder Arbeitgeber zu prüfen und im Rahmen ihrer Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) auch nachzuweisen haben.

Die genannten Vorschriften verdeutlichen bereits, dass außerhalb des Anwendungsbereichs spezifischer Verarbeitungsbefugnisse eine Verarbeitung des Impf- und Genesenenstatus Beschäftigter durch Dienstherrn oder Arbeitgeber nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen kann (vgl. hierzu Rn. 36 ff. und 40 f.). Das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalles ist von den Dienstherrn oder Arbeitgebern als den datenschutzrechtlich Verantwortlichen im Einzelfall eingehend zu begründen (Art. 5 Abs. 2 DSGVO). 9

## 2. Verarbeitungsbefugnis nach § 23a IfSG

### a) Allgemeines

Bereits vor Pandemiebeginn durften Arbeitgeber unter den Voraussetzungen des § 23a IfSG personenbezogene Daten über den Impf- und Serostatus von Beschäftigten in bestimmten **Einrichtungen des Gesundheitsbereichs** verarbeiten. Diese Befugnis umfasst auch ein entsprechendes **Fragerecht** des Arbeitgebers.<sup>3</sup> Die Vorschrift bezog sich zunächst nur auf Krankheiten, denen durch Impfung tatsächlich wirksam vorgebeugt werden kann. Da gegen COVID-19 zunächst keine Schutzimpfung zur Verfügung stand, hat der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Vorschrift auf **übertragbare Krankheiten** (vgl. § 2 Nr. 3 IfSG) erweitert.<sup>4</sup> § 23a IfSG lautet nunmehr: 10

<sup>1</sup>Soweit es zur Erfüllung von Verpflichtungen aus § 23 Absatz 3 [IfSG] in Bezug auf übertragbare Krankheiten erforderlich ist, darf der Arbeitgeber personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus verarbeiten, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden. <sup>2</sup>Dies gilt nicht in Bezug auf übertragbare Krankheiten, die im Rahmen einer leitliniengerechten Behandlung nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft nicht mehr übertragen werden können. <sup>3</sup>Im Übrigen gelten die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts.

### b) Anwendungsbereich

Verarbeitet werden darf nach dieser Vorschrift der Impf- und Serostatus nur von Personen, die in **Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 Satz 1 IfSG** beschäftigt sind. Bei den genannten Einrichtungen handelt es sich um solche des **Gesundheitsbereichs**, etwa Krankenhäuser (§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 IfSG) oder bestimmte Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes (§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 10 IfSG). Der Begriff des „**Beschäftigten**“ ist in diesem Zusammenhang weit zu verstehen und umfasst auch etwa Bewerberinnen und Bewerber sowie Beamtinnen und Beamte.<sup>5</sup> 11

<sup>3</sup> Harney, in: Kießling, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 23a Rn. 5.

<sup>4</sup> Vgl. BT-Drs. 19/18967, S. 59; ferner Harney, in: Kießling, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 23a Rn. 3.

<sup>5</sup> Aligbe, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Stand 10/2021, § 23a IfSG Rn. 11.

### c) Voraussetzungen

- 12 Die Norm erlaubt Arbeitgebern und Dienstherren Datenverarbeitungen jedoch nur, soweit diese auch **erforderlich** sind, um Verpflichtungen nach § 23 Abs. 3 IfSG in Bezug auf übertragbare Krankheiten zu erfüllen (§ 23a Satz 1 IfSG). Diese Verpflichtungen zielen nach § 23 Abs. 3 Satz 1 IfSG darauf ab, nosokomiale Infektionen – das sind Krankenhausinfektionen (vgl. § 2 Nr. 8 IfSG) – zu verhüten und die Weiterverbreitung von Krankheitserregern (vgl. § 2 Nr. 1 IfSG) zu vermeiden. Die Verarbeitungsbefugnis nach § 23a Satz 1 IfSG soll somit insbesondere verhindern, dass Erreger übertragbarer Krankheiten durch medizinisches Personal auf Patientinnen und Patienten übertragen werden.<sup>6</sup>
- 13 Der Umfang der Verarbeitungsbefugnis hängt somit maßgeblich davon ab, welches Infektionsrisiko von den Beschäftigten an ihrem konkreten Arbeitsplatz für die zu betreuenden Personen, insbesondere Patientinnen und Patienten, ausgeht.<sup>7</sup> Dies erfordert eine **differenzierte, tätigkeitsbezogene Betrachtung** durch den Arbeitgeber.<sup>8</sup> So wird etwa das Infektionsrisiko von Pflegekräften, die patientennah tätig sind, anders zu beurteilen sein als das Infektionsrisiko von Beschäftigten im Verwaltungsbereich eines Krankenhauses.
- 14 Nach der Gesetzesbegründung<sup>9</sup> sind bei der Beurteilung der Erforderlichkeit durch Dienstherren und Arbeitgeber im Rahmen des § 23a Satz 1 IfSG insbesondere Art und Umfang der Patientenkontakte des Beschäftigten sowie besondere Merkmale (etwa eine Immunsuppression) der betreuten Personen zu beachten. **Nicht erforderlich** ist die Erhebung des Impf- oder Serostatus hiernach allerdings, soweit ein Infektionsrisiko durch Beachtung von Maßnahmen der persönlichen Basishygiene sicher beherrschbar ist (vgl. in diesem Zusammenhang auch den „Ausschlusstatbestand“ des § 23a Satz 2 IfSG).
- 15 Umgekehrt nimmt die Gesetzesbegründung an, dass das Wissen des Arbeitgebers über das Bestehen eines ausreichenden Impf- oder Immunschutzes seiner Beschäftigten mit Patientenkontakt regelmäßig jedenfalls in Bezug auf Krankheiten **erforderlich** ist, „die leicht durch Tröpfchen übertragen werden, bei denen die klinische Symptomatik nicht immer eindeutig ist oder bei denen Infizierte bereits vor Auftreten der klassischen Symptome infektiös sind“. Beispielfhaft werden in diesem Zusammenhang „Masern, Mumps, Röteln, Varizellen [= Windpocken] und Pertussis [= Keuchhusten]“ genannt.<sup>10</sup> Die genannten Kriterien treffen allerdings auch auf **COVID-19** zu.<sup>11</sup>

### d) Verarbeitungszwecke und Verarbeitungsmodalitäten

- 16 § 23a Satz 1 IfSG legitimiert erforderliche Verarbeitungen von Beschäftigtendaten durch Dienstherren oder Arbeitgeber nur zu **bestimmten Zwecken**, nämlich – erstens –, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses, oder – zweitens –, um über die Art und

<sup>6</sup> BT-Drs. 18/5261, S. 63.

<sup>7</sup> Harney, in: Kießling, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 23a Rn. 7 m. w. N.

<sup>8</sup> Aligbe, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Stand 10/2021, § 23a IfSG Rn. 7.

<sup>9</sup> Vgl. BT-Drs. 18/5261, S. 63.

<sup>10</sup> Zum Ganzen BT-Drs. 18/5261, S. 63.

<sup>11</sup> Harney, in: Kießling, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 23a Rn. 7.

Weise einer Beschäftigung zu entscheiden. Damit trägt die Vorschrift dem Grundsatz der Zweckbindung (vgl. Art. 5 Abs. 1 Buchst. b DSGVO) Rechnung.

§ 23a Satz 3 IfSG stellt klar, dass „im Übrigen“ die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts gelten. Dies bedeutet etwa, dass eine nach den dargestellten Maßstäben erforderliche Erhebung des Impf- und Serostatus direkt bei den betroffenen Beschäftigten zu erfolgen hat.<sup>12</sup> 17

Zu beachten sind ferner insbesondere die europarechtlichen Grundsätze der „**Datenminimierung**“ (vgl. Art. 5 Abs. 1 Buchst. c DSGVO) und der „**Speicherbegrenzung**“ (vgl. Art. 5 Abs. 1 Buchst. e DSGVO). Im Rahmen des § 23a Satz 1 IfSG wird es daher in aller Regel ausreichend sein, dass Beschäftigte über das Bestehen eines Impfschutzes oder einer natürlichen Immunität **Auskunft** geben oder einen geeigneten **Nachweis** vorlegen.<sup>13</sup> Erforderlichenfalls kann die Auskunft oder die Vorlage des Nachweises dann von den Dienstherrn oder Arbeitgebern entsprechend vermerkt werden. Die Aufnahme von **Kopien** von Impf- oder Genesenennachweisen in den Personalakt dürfte demgegenüber **regelmäßig nicht erforderlich** sein. Sollte dies doch einmal der Fall sein, hat der Dienstherr oder Arbeitgeber die Erforderlichkeit zu begründen und im Rahmen seiner Rechenschaftspflicht gegebenenfalls nachzuweisen (Art. 5 Abs. 2 DSGVO). 18

Auf Grundlage des § 23a IfSG verarbeitete Daten beziehen sich letztlich auf die gesundheitliche Eignung von Beschäftigten im Hinblick auf bestimmte Tätigkeiten. Sie sind demnach grundsätzlich den **Personalaktendaten** im Sinne von § 50 Satz 2 Beamtenstatusgesetz (BeamtStG), Art. 103 ff. Bayerisches Beamtengesetz (BayBG) zuzuordnen. Soweit § 23a IfSG nicht bereits eine abschließende Regelung trifft (etwa im Hinblick auf die Erforderlichkeit oder zur Zweckbestimmung, siehe Rn. 12 ff., 16), kommen damit ergänzend die Vorgaben des Personalaktenrechts zur Anwendung. Diese gelten für vertraglich Beschäftigte bei bayerischen öffentlichen Stellen grundsätzlich entsprechend, vgl. Art. 145 Abs. 2 BayBG. So darf etwa eine Verarbeitung von Personalaktendaten nur durch Beschäftigte erfolgen, die mit der Bearbeitung von Personalangelegenheiten betraut sind (Art. 103 Satz 2 BayBG). 19

Ist eine Verarbeitung des Impf- oder Serostatus von Beschäftigten infolge eines **Tätigkeitswechsels** nicht mehr erforderlich, sind die diesbezüglich bereits erhobenen Daten wieder zu löschen, sofern der Dienstherr oder Arbeitgeber die (weitere) Verarbeitung nicht auf eine andere Rechtsgrundlage stützen kann. 20

### 3. Verarbeitungsbefugnis nach § 36 Abs. 3 IfSG

#### a) Allgemeines

Die zwischenzeitlich neu geschaffene Verarbeitungsbefugnis des § 36 Abs. 3 IfSG betrifft ebenfalls nur Beschäftigte in bestimmten Einrichtungen. Die Vorschrift lautet: 21

<sup>12</sup> So ausdrücklich BT-Drs. 18/5261, S. 63.

<sup>13</sup> Vgl. auch BT-Drs. 18/5261, S. 63.

<sup>1</sup>Sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 [IfSG] 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. <sup>2</sup>Im Übrigen gelten die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts.

- 22 Strukturell ist § 36 Abs. 3 IfSG ersichtlich an § 23a IfSG angelehnt. <sup>14</sup>Von seiner „Vorbildnorm“ unterscheidet sich § 36 Abs. 3 IfSG allerdings im Hinblick auf den Anwendungsbereich (hierzu Rn. 23 ff.) sowie auf die „eingebaute“ zeitliche Begrenzung (hierzu Rn. 27).

### b) Anwendungsbereich

- 23 Im Gegensatz zu § 23a IfSG, der allgemein auf übertragbare Krankheiten abstellt, ist § 36 Abs. 3 IfSG eine „**COVID19-spezifische**“ Norm: Sie erlaubt Dienstherren und Arbeitgebern unter gewissen Voraussetzungen lediglich **in Bezug auf COVID-19** die Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten (zum Begriff vgl. Rn. 11) über deren Impf- und Serostatus einschließlich eines entsprechenden Fragerechts.
- 24 Verarbeitet werden können hiernach Daten von Personen, die in **Einrichtungen und Unternehmen nach § 36 Abs. 1 und 2 IfSG** beschäftigt sind. Nach der Gesetzesbegründung ist für diese Einrichtungen und Unternehmen unter dem Blickwinkel des Infektionsschutzes charakteristisch, dass „besonders vulnerable Personengruppen betreut werden oder untergebracht sind beziehungsweise aufgrund der räumlichen Nähe zahlreiche Menschen einem Infektionsrisiko ausgesetzt sind“. <sup>15</sup>
- 25 Der Vorschrift unterfallen gemäß § 36 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 IfSG zunächst die in § 33 IfSG genannten **Gemeinschaftseinrichtungen**, also insbesondere **Kindertageseinrichtungen und Kinderhorte** (§ 33 Nr. 1 IfSG) sowie **Schulen** und sonstige Ausbildungseinrichtungen (§ 33 Nr. 3 IfSG). Zu diesen „sonstigen Ausbildungseinrichtungen“ zählen die staatlichen Hochschulen im Sinne des Art. 1 Bayerisches Hochschulgesetz allerdings nicht: <sup>16</sup>Denn § 33 IfSG erfasst schon dem Wortlaut nach nur „Einrichtungen, in denen überwiegend minderjährige Personen betreut werden“.
- 26 Vom Anwendungsbereich des § 36 Abs. 3 IfSG umfasst sind ferner unter anderem Beschäftigte in Gemeinschaftsunterkünften für Asylbewerber und Flüchtlinge (§ 36 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 4 IfSG) sowie in Justizvollzugsanstalten (§ 36 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 1 Nr. 6 IfSG). Die Darstellung ist nicht abschließend, vgl. die Aufzählung in § 36 Abs. 1 und 2 IfSG.

<sup>14</sup> Vgl. auch BT-Drs. 19/32275, S. 29.

<sup>15</sup> BT-Drs. 19/32275, S. 29.

<sup>16</sup> So ausdrücklich BT-Drs. 14/2530, S. 76.



### c) Voraussetzungen

In zeitlicher Hinsicht greift die Verarbeitungsbefugnis nach § 36 Abs. 3 Satz 1 IfSG nur, **sofern und solange** der Deutsche Bundestag nach § 5 Abs. 1 Satz 1 IfSG eine **epidemische Lage von nationaler Tragweite** festgestellt hat. 27

Bei Vorliegen der vorgenannten Voraussetzung dürfen Dienstherrn und Arbeitgeber den Impf- und Serostatus ihrer Beschäftigten in Bezug auf COVID-19 zudem nur insoweit verarbeiten, als dies **erforderlich** ist, um eine Verbreitung von COVID-19 zu verhindern (§ 36 Abs. 3 Satz 1 IfSG). Notwendig ist somit, vergleichbar zu § 23a IfSG, eine **differenzierte, tätigkeitsbezogene Betrachtung** im Hinblick auf die „Infektionsrisiken“, die mit einer Tätigkeit verbunden sind. Maßgebend sein werden dabei insbesondere die Art und der Umfang der Kontakte von Beschäftigten zu betreuten oder untergebrachten Personen, etwa im Hinblick auf die Dauer der Kontakte sowie auf die (Un-)Möglichkeit, den infektionshygienisch empfohlenen Mindestabstand einzuhalten. Besondere Dispositionen der betreuten oder untergebrachten Personen sind, soweit bekannt, gleichfalls in die Betrachtung einzubeziehen. 28

### d) Verarbeitungszwecke und Verarbeitungsmodalitäten

Bezüglich der Verarbeitungszwecke und Verarbeitungsmodalitäten kann auf die Ausführungen zu § 23a IfSG unter Rn. 16 ff. verwiesen werden. Zu beachten ist freilich auch in diesem Zusammenhang, dass § 36 Abs. 3 IfSG die Verarbeitung des Impf- und Serostatus Beschäftigter lediglich **in Bezug auf COVID-19** erlaubt. Ferner sind die diesbezüglich erhobenen Daten wieder zu löschen, wenn und sobald die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite **aufgehoben** worden ist (vgl. § 5 Abs. 1 Sätze 2, 3 und 5 IfSG), sofern der Dienstherr oder Arbeitgeber die (weitere) Verarbeitung nicht auf eine andere Rechtsgrundlage stützen kann. 29

## 4. Verarbeitung auf Grundlage der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung

Gegebenenfalls können bayerische Dienstherrn und öffentliche Arbeitgeber auf Grundlage der jeweils geltenden Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung befugt sein, den Impf- oder Serostatus ihrer Beschäftigten in **Bezug auf COVID-19** zu verarbeiten. Dies gilt insbesondere dann, wenn ein Dienstherr oder Arbeitgeber als Anbieter, Veranstalter oder Betreiber zur Überprüfung von vorzulegenden Impf-, Genesenen- oder Testnachweise verpflichtet ist.<sup>17</sup> Eine solche Überprüfungspflicht setzt allerdings voraus, dass für die betroffenen Personen – etwa im Rahmen einer 2G- oder 3G (plus)-Zugangsregelung – eine entsprechende gesetzliche Nachweispflicht besteht.<sup>18</sup> 30

<sup>17</sup> Zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dieses Arbeitspapiers normiert § 3 Abs. 1 Satz 2 14. BayIfSMV eine solche Prüfpflicht.

<sup>18</sup> Vgl. hierzu auch die diesbezügliche Verordnungsermächtigung in § 32 in Verbindung mit § 28a Abs. 1 Nr. 2a IfSG.

- 31 Ob und gegebenenfalls auf welche Beschäftigte diese Voraussetzung zutrifft, haben Dienstherren oder Arbeitgeber **vor** Beginn der Datenverarbeitung anhand der jeweils gültigen Fassung der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung sorgfältig zu prüfen und im Rahmen ihrer Rechenschaftspflicht (Art. 5 Abs. 2 DSGVO) zu dokumentieren. Gerade im Zusammenhang mit einer 3G (plus)-Zugangsregelung ist dabei zu berücksichtigen, dass es grundsätzlich die Entscheidung der betroffenen Person ist, ob sie die Nachweiserfordernisse „durch Vorlage eines Impf- oder Genesenennachweises oder durch Vorlage der Testnachweise“<sup>19</sup> erfüllt. Eine hinreichende Rechtsgrundlage muss dabei bereits **zu Beginn** der Datenverarbeitung bestehen; „vorgreifende“ Verarbeitungen unter Verweis auf eine (mögliche) künftige Rechtslage sind demgegenüber nicht zulässig.
- 32 Ferner ist zu beachten, dass die Rechtsentwicklung in diesem Bereich sehr **dynamisch** ist und sich die einschlägigen Vorgaben schnell ändern können. Arbeitgeber und Dienstherren haben daher auch nach Beginn der Verarbeitung die Rechtslage kontinuierlich zu beobachten und etwaige Verarbeitungsprozesse fortwährend auf ihre Rechtmäßigkeit hin zu überprüfen. Ergibt sich, dass eine vormals bestehende Verarbeitungsbefugnis auf Grundlage der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung wieder weggefallen ist und die weitere Verarbeitung auch nicht auf eine andere Rechtsgrundlage gestützt werden kann, sind die in diesem Zusammenhang bislang verarbeiteten Daten zu löschen.
- 33 Im Falle einer vorgenannten „Überprüfungspflicht“ reicht es in aller Regel aus, sich die jeweiligen Nachweise von den betroffenen Beschäftigten vorlegen zu lassen und die Vorlage in geeigneter Weise zu dokumentieren. Art. 103 Satz 2 BayBG ist zu beachten (vgl. bereits Rn. 19). Die Aufnahme von **Kopien** kompletter Impfausweise in den Personalakt ist schon deshalb nicht erforderlich und damit unzulässig, weil Prüf- und Nachweispflichten nach der Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung nur in Bezug auf COVID-19 bestehen.

## 5. Verarbeitung auf Grundlage von § 2 Abs. 1 Satz 3 Corona-ArbSchV

- 34 Nach § 2 Abs. 1 Satz 3 Corona-ArbSchV können Dienstherren und Arbeitgeber einen ihnen **bekanntem** Impf- oder Genesenenstatus der Beschäftigten im Hinblick auf COVID-19 „bei der Festlegung und der Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes“ berücksichtigen.
- 35 Schon aus dieser Formulierung wird deutlich, dass die Norm **keine Erhebungsbefugnis** und damit insbesondere auch **kein** entsprechendes Fragerecht für Arbeitgeber oder Dienstherren vermittelt. Vielmehr erlaubt § 2 Abs. 1 Satz 3 Corona-ArbSchV Dienstherren und Arbeitgebern (nur, aber immerhin), in anderem Zusammenhang erlangte und damit bereits vorliegende Erkenntnisse über den Impf- oder Genesenenstatus ihrer Beschäftigten nunmehr auch zu dem Zweck zu verwenden, über Maßnahmen des Infektionsschutzes zu befinden und

<sup>19</sup> Vgl. Begründung der Verordnung zur Änderung der Vierzehnten Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 14. Oktober 2021, BayMBl. 2021 Nr. 734, S. 4.

diese umzusetzen. Freilich müssen die bereits vorhandenen personenbezogenen Daten über den Impf- oder Genesenenstatus zuvor **rechtmäßig erlangt** worden sein.

## 6. Verarbeitung des Impfstatus Beschäftigter im Rahmen des § 56 IfSG

Bestimmte Personen, die sich auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes in Quarantäne (also in eine Absonderung im Sinne des § 30 IfSG) begeben müssen, können für einen dadurch entstehenden Verdienstaussfall eine **Entschädigung** in Geld erhalten (§ 56 Abs. 1 Satz 2 in Verbindung mit Satz 1 IfSG). Bei **Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern** hat die Verdienstaussfallentschädigung für längstens sechs Wochen nach § 56 Abs. 5 Satz 1 IfSG zunächst **der Arbeitgeber verpflichtend** für die zuständige Behörde **auszuzahlen**. Diesem werden auf Antrag die ausgezahlten Beträge von der zuständigen Behörde **erstattet** (§ 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG). Die Erstattung dieser arbeitgeberseitigen „Vorleistung“ durch die zuständige Behörde kann allerdings nur in Höhe des **tatsächlichen Entschädigungsanspruchs** erfolgen.<sup>20</sup> Gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG erhält eine Entschädigung dabei unter anderem nicht, wer durch die Inanspruchnahme einer **Schutzimpfung**, die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen öffentlich empfohlen wurde, eine Absonderung hätte vermeiden können. § 56 IfSG lautet auszugsweise:

(1) <sup>1</sup>Wer auf Grund dieses Gesetzes als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern [...] Verboten [...] unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstaussfall erleidet, erhält eine Entschädigung in Geld. <sup>2</sup>Das Gleiche gilt für eine Person, die nach § 30 [IfSG], auch in Verbindung mit § 32 [IfSG], abgesondert wird oder sich auf Grund einer nach § 36 Absatz 8 Satz 1 Nummer 1 [IfSG] erlassenen Rechtsverordnung absondert. [...] <sup>4</sup>Eine Entschädigung nach den Sätzen 1 und 2 erhält nicht, wer durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung [...], die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen öffentlich empfohlen wurde, [...] eine Absonderung hätte vermeiden können. [...]

(5) <sup>1</sup>Bei Arbeitnehmern hat der Arbeitgeber für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, längstens für sechs Wochen, die Entschädigung für die zuständige Behörde auszuzahlen. [...] <sup>3</sup>Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet. [...]

Nach dieser gesetzlichen Konzeption obliegt es einem Arbeitgeber, vor Auszahlung der Entschädigung unter anderem zu **prüfen**, ob ein **Ausschlussgrund** nach § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG bei betroffenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern besteht. Diese Prüfung dürfte es erfordern, dass sich der Arbeitgeber in Entschädigungsfällen nach § 56 Abs. 1 IfSG insoweit auch über den **Impfstatus** der Betroffenen informiert.

<sup>20</sup> Kümper, in: Kießling, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 56 Rn. 45 mit weiteren Nachweisen.

- 38 Das Infektionsschutzgesetz enthält keine spezifische Verarbeitungsbefugnis im Hinblick auf die vorliegende Konstellation. Soweit bayerische öffentliche Stellen als Arbeitgeber Entschädigungsleistungen nach § 56 Abs. 5 Satz 1 IfSG auszahlen und hierfür gemäß § 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG eine Erstattung beantragen, halte ich es aufgrund der dargestellten gesetzlichen Konzeption allerdings für vertretbar, die Verarbeitung des Impfstatus Beschäftigter auf die allgemeinen Verarbeitungsbefugnisse nach Art. 4, Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 Bayerisches Datenschutzgesetz (BayDSG) zu stützen. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer Verarbeitung von Gesundheitsdaten ergibt sich in diesem Zusammenhang aus Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 oder Nr. 2 BayDSG, je nachdem, ob man die dargestellten Pflichten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit der „Lohnersatzfunktion“ des § 56 IfSG<sup>21</sup> betrachtet (dann Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BayDSG) oder aber den Charakter dieser Vorschrift als „Maßnahme der sozialen Sicherung“<sup>22</sup> betont (dann Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayDSG). Personalakten Daten im Sinne von § 50 Satz 2 BeamtStG, Art. 103 ff. BayBG sind in diesem Zusammenhang meines Erachtens nicht betroffen: Der Dienstherr oder Arbeitgeber nimmt den Impf- oder Genesenenstatus hier lediglich im Zuge seiner „Vorleistungspflicht“ zur Kenntnis, um quasi „stellvertretend“ für die Erstattungsbehörde über die Zahlung einer Entschädigungsleistung zu befinden. Die genannten personalaktenrechtlichen Vorschriften sind demnach insoweit nicht einschlägig.
- 39 Die dargestellte Verarbeitungsbefugnis erlaubt nach meinem Dafürhalten Dienstherrn und Arbeitgebern allerdings **nicht**, über den Impfstatus hinaus zusätzliche detaillierte Gesundheitsdaten von Beschäftigten in Erfahrung bringen. So dürfen Dienstherrn und Arbeitgeber erforderlichenfalls lediglich danach fragen, **ob** ein besonderer Grund vorliegt, weshalb eine Schutzimpfung nicht in Anspruch genommen worden ist, nicht jedoch, worin dieser Grund liegt.

## 7. Einwilligung

- 40 Eine Verarbeitung des Impf- oder Genesenenstatus auf Grundlage datenschutzrechtlicher Einwilligungen kann im Beschäftigungsverhältnis **nur in Ausnahmefällen** in Betracht kommen. Denn vielfach wird es hier angesichts des bestehenden Machtungleichgewichts zwischen Arbeitgebern und Dienstherrn auf der einen und Beschäftigten auf der anderen Seite an der nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO erforderlichen **Freiwilligkeit fehlen**.
- 41 Kommt eine Verarbeitung auf Einwilligungsbasis ausnahmsweise einmal in Betracht, sind freilich auch die weiteren rechtlichen Anforderungen an eine Einwilligung, etwa nach Art. 7 Abs. 3, Art. 9 Abs. 2 Buchst. a DSGVO zu beachten.<sup>23</sup> Das Vorliegen einer wirksamen – und damit insbesondere auch freiwilligen – Einwilligung muss der Dienstherr oder Arbeitgeber nachweisen können (Art. 7 Abs. 1 DSGVO).

<sup>21</sup> So etwa Eckart/Kruse, in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, Stand 10/2021, § 56 IfSG, Rn. 11.

<sup>22</sup> So Kümpfer, in: Kießling, IfSG, 2. Aufl. 2021, § 56 Rn. 3.

<sup>23</sup> Vgl. ausführlich zur Einwilligung Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Die Einwilligung nach der Datenschutz-Grundverordnung, Orientierungshilfe, Stand 9/2021, Internet: <https://www.datenschutz-bayern.de>, Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Orientierungs- und Praxishilfen – Einwilligung“.

## 8. Informationspflichten

Im Fall einer zulässigen Erhebung des Impf- oder Genesenenstatus Beschäftigter haben Dienstherren und Arbeitgeber insbesondere ihre Informationspflichten nach Art. 13 Abs. 1 und 2 DSGVO zu beachten.<sup>24</sup> 42

## 9. Fazit

Die Verarbeitung des Impf- oder Genesenenstatus von Beschäftigten durch bayerische Dienstherren und öffentliche Arbeitgeber ist nur bei Vorliegen der entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen zulässig. Dabei ist es zuvorderst Sache des Gesetzgebers festzulegen, in welchen Bereichen und zu welchen Zwecken Dienstherren und Arbeitgeber diese Beschäftigtendaten verarbeiten dürfen. Eine allgemeine Verarbeitungsbefugnis für Dienstherren und Arbeitgeber besteht diesbezüglich auch angesichts der COVID19-Pandemie derzeit nicht. Bereichsspezifische Regelungen lassen eine Verarbeitung des Impf- oder Genesenenstatus Beschäftigter allerdings durchaus zu – freilich nur, sofern die Voraussetzungen der jeweiligen Befugnisnorm auch tatsächlich erfüllt sind. Außerhalb spezifischer Verarbeitungsbefugnisse kommt eine Verarbeitung des Impf- oder Genesenenstatus von Beschäftigten durch Dienstherren oder Arbeitgeber nur in Ausnahmefällen in Betracht. 43

Auch bei Vorliegen einer Verarbeitungsbefugnis sind jedoch die einschlägigen Vorgaben des allgemeinen Datenschutzrechts zu beachten – dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Grundsätze der „Datenminimierung“ und „Speicherbegrenzung“ sowie in Bezug auf die Informationspflichten des Verantwortlichen. 44

<sup>24</sup> Vgl. ausführlich hierzu Bayerischer Landesbeauftragter für den Datenschutz, Informationspflichten des Verantwortlichen – Erläuterungen zu Art.13 und 14 Datenschutz-Grundverordnung, Orientierungshilfe, Stand 11/2018, Internet: <https://www.datenschutz-bayern.de>, Rubrik „Datenschutzreform 2018 – Orientierungs- und Praxishilfen – Informationspflichten“.