

LIEBE MITARBEITER



BITTE



3G-NACHWEIS

BEREITHALTEN

Unsere Freiheiten:
Daten nützen – Daten schützen



Der Landesbeauftragte für
Datenschutz und
Informationsfreiheit
Baden-Württemberg

Orientierungshilfe –
3G-Nachweis im
Beschäftigtenverhältnis
(§ 28b Abs. 1 und 3 IfSG)

3G-Nachweis im Beschäftigtenverhältnis (§ 28b Abs. 1 und 3 IfSG)

Orientierungshilfe des LfDI

Herausgegeben vom
Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Dr. Stefan Brink
Lautenschlagerstraße 20, 70173 Stuttgart
Telefon: 0711/615541-0
Telefax: 0711/615541-15
<https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de>
E-Mail: poststelle@lfdi.bwl.de
Mastodon: <https://bawue.social/@lfdi>
PGP Fingerprint: E4FA 428C B315 2248 83BB F6FB 0FC3 48A6 4A32 5962
Stand: 27.11. 2021



1. Hintergrund

Der Impf- bzw. Teststatus von Beschäftigten stellt ein besonders schützenswertes Gesundheitsdatum dar (Art. 9 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO). Mit Änderung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) vom 22.11.2021 hat der Bundesgesetzgeber mit dem neugefassten § 28b IfSG („Bundesweit einheitliche Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)“) eine Regelung eingeführt, welche erstmalig umfassende und konkrete Arbeitgeberbefugnisse und -verpflichtungen zur Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten der Beschäftigten normiert. In dieser Spannweite ist das ein Novum für das Arbeits- als auch für das Datenschutzrecht; zudem sind die neuen Regeln mit Bußgeldandrohungen unterlegt.

Um so wichtiger wäre es gewesen, eine klare, verständliche und umsetzbare Regelung zu treffen – dies ist leider nicht gelungen. Der Versuch des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, mittels FAQ-Listen nachzuschärfen, überzeugt nicht; von der Ermächtigung in § 28b Absatz 6 IfSG zum Erlass einer konkretisierenden Verordnung wurde bislang ebenfalls nicht Gebrauch gemacht.

Daher stellt der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg diese Orientierungshilfe für Arbeitsstätten, die nicht zu den in § 28b Absatz 2 IfSG genannten besonders vulnerablen Einrichtungen und Unternehmen gehören, zur Verfügung. Sie kann nicht alle offenen Fragen endgültig beantworten, wird jedoch sowohl der Arbeitgeberseite, als auch den Beschäftigten Hilfestellungen zur Umsetzung der 3G-Regeln am Arbeitsplatz leisten. Für letzte Klarheit kann nur der Bundesgesetz- und -verordnungsgeber sorgen – er sollte dies im Sinne der pflichtbewussten Arbeitgeber und des Schutzes der sensiblen Beschäftigtendaten tun.

2. Kernaussagen des § 28b IfSG

- Wenn in Arbeitsstätten physische Kontakte² von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, dürfen gem. § 28b Absatz 1 Satz 1 IfSG ausschließlich Beschäftigte mit einem 3G-Status (geimpft, genesen, getestet) die Arbeitsstätte betreten. Arbeitgeber trifft hierbei gem. § 28b Absatz 3 IfSG eine Kontrollpflicht, deren Einhaltung sie zu dokumentieren haben.
- Das Gesetz räumt den Arbeitgebern mit § 28b IfSG damit erstmals eine bundesweite gesetzliche Grundlage für eine 3G-Zugangsregelung am Arbeitsplatz sowie eine ausdrückliche Verarbeitungsbefugnis ein.
- Auch nach Inkrafttreten des neu gefassten § 28b IfSG besteht außerhalb der Pflege- und Heilbranche jedoch kein vollumfängliches Auskunfts- und Fragerecht des Arbeitgebers über den Impf-/Genesenenstatus der Beschäftigten. Zwar müssen Arbeitgeber nun von ihren Beschäftigten einen Nachweis verlangen, dass eines der 3 G erfüllt ist; bei der Prüfung des 3G-Status ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Arbeitnehmer nicht zur Vorlage eines *bestimmten* Nachweises verpflichtet sind. Arbeitnehmer können vielmehr frei entscheiden, welchen Nachweis sie erbringen wollen. Insbesondere können auch Geimpfte und Genesene statt eines Immunisierungsnachweises einen tagesaktuellen Testnachweis vorlegen. Der Arbeitgeber ist daher nicht befugt, von den Arbeitnehmern speziell die Nennung des jeweiligen Impfstatus (Welches der 3 G trifft zu?) einzufordern.

3. Rechtsgrundlage für Verarbeitung

Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten im Zusammenhang mit den Zugangsregelungen zu einer Arbeitsstätte nach § 2 Abs. 1 und 2 Arbeitsstättenverordnung ist Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c, Art. 9 Abs. 2 lit. i der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) iVm § 28b Abs. 1 S. 1, Abs. 3 IfSG. 4. Reichweite der Verarbeitungsbefugnis und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers.

² Der Begriff des „physischen Kontakts“ taucht im Infektionsschutzgesetz nur an dieser Stelle auf. Man wird diesen Begriff nicht auf Körperkontakt i.e.S. beschränken können, sondern auf alle Begegnungen zwischen Menschen beziehen müssen (vgl. BT-Drs. 20/89, S. 6: „Zusammentreffen mit anderen Personen“), bei denen eine Übertragung des Virus SARS-Cov-2 im Wege von Aerosol- oder Tröpfcheninfektion nicht vollständig sicher ausgeschlossen werden kann.

4. Reichweite der Verarbeitungsbefugnis und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers

Offen lässt § 28b IfSG hierbei wesentliche Fragen der Reichweite der Kontrollbefugnis, des Umfangs der notwendigen Dokumentation sowie bezüglich des Ablaufs der konkreten Kontrollen des 3G-Status.

- Reichen Sichtkontrollen aus, um der Kontrollpflicht zu genügen?
- Muss zusätzlich die Gültigkeit der Nachweise kontrolliert werden?
- Welcher Personenkreis darf die Kontrollen durchführen?
- Ist ein Abgleich mit Ausweisdokumenten notwendig?
- Darf der Immunisierungsstatus vom Arbeitgeber gespeichert werden, ggf. wie lange?

Gem. § 28b Abs. 3 S. 1 IfSG ist die Einhaltung der Verpflichtungen aus Absatz 1 Satz 1 (nämlich insbesondere die Arbeitsstätte nur zu betreten, wenn sie geimpfte Personen, genesene Personen oder getestete Personen sind und einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben) „*durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen*“. Damit sind arbeitsrechtliche Folgefragen und Konsequenzen an die Abfrage des 3G-Status geknüpft, sodass eine konsolidierte Kontrolle erfolgen muss.

a) Sichtkontrolle an der Pforte

§ 28b IfSG lässt zunächst offen, in welcher Form die Kontrollen zu erfolgen haben. Zulässig und sinnvoll erscheint etwa eine Kontrolle beim Zutritt am Betriebseingang.

Der Wortlaut der Norm legt nahe, dass eine Sichtkontrolle hierbei grundsätzlich ausreichend ist. Denn die Beschäftigten genügen den zu kontrollierenden Verpflichtungen aus Absatz 1 schon dann, wenn sie „*einen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis im Sinne des § 2 Nr. 2, Nr. 5 oder Nr. 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben*“. Der Arbeitgeber kann demnach nicht verlangen, dass sie die entsprechenden Nachweise „hinterlegen“. Auch sind die Beschäftigten nicht verpflichtet, den Nachweis in Form eines digital lesbaren Zertifikats zu führen. Denn nach § 28b Absatz 1 Satz 1 genügt ausdrücklich ein Nachweis im Sinne von § 2 Nr. 2, 5 oder 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung. Die dort genannten Nachweise können aber sämtlich „in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form“ erbracht werden. Soweit im Bericht des Hauptausschusses des

Bundestages ausgeführt wurde³:

„Eine sichere Kontrolle ist vor allem dann gewährleistet, wenn sie digital durch geeignete technische Lösungen (zum Beispiel die CovPass-App) erfolgt.“

lässt sich daraus nicht schlussfolgern, der Arbeitgeber könne verlangen, dass die Beschäftigten den Nachweis zwingend elektronisch – beispielsweise über eine App – erbringen; der Nachweis in Papierform muss ständig möglich bleiben.

Lediglich die kontrollbefugten Personen des Arbeitgebers (dazu sogleich unter b) dürfen Einsicht in die Nachweise sowie die Kontrolldokumentation erhalten. Offene Listen oder Erhebungsgespräche, bei denen andere Mitarbeitende oder Externe mithören können, scheiden daher ebenso wie für andere einsehbare, den 3G-Nachweis anzeigende „Ampeln“ für die Erhebung aus.

Falls der Arbeitnehmer dem kontrollierenden Arbeitgeber unbekannt ist, ist ein zusätzlicher Sichtabgleich des 3G-Nachweises mit einem Werksausweis oder – wenn kein Werksausweis existiert – mit einem amtlichen Ausweisdokument naheliegend. Ob er auch geboten ist, lässt sich dem Infektionsschutzgesetz nicht klar entnehmen.

Solche Unklarheiten können nicht zu Lasten des verpflichteten Arbeitgebers gehen, eine staatliche Sanktion kann daher an das Unterlassen des Abgleichs mit einem Ausweisdokument nicht geknüpft werden. Da der Arbeitgeber zugleich die Vorgaben der DS-GVO (hier: des Grundsatzes der Datenminimierung Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO) einzuhalten hat, wird an dieser Stelle nicht mehr als eine stichprobenartige Überprüfung geboten sein. Weitergehende Kontrollpflichten müsste der Bundesgesetzgeber normenklar statuieren.

Dem steht nicht entgegen, dass in § 6a der Verordnung der Landesregierung Baden-Württembergs über infektionsschützende Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS-CoV-2 (Corona-Verordnung – CoronaVO) vom 15. September 2021 (in der ab 24. November 2021 gültigen Fassung) geregelt ist, dass die Kontrolle von Test-, Impf- oder Genesenennachweisen „gemeinsam mit der Einsichtnahme in ein amtliches Ausweisdokument im Original zu erfolgen“ habe und dass Impfnachweise in digital auslesbarer Form vorzulegen seien. Denn diese Regelungen gelten nur für die in Teil 2 der Corona-Verordnung geregelten Vorlageobliegenheiten von Besucherinnen und Besuchern, Teilnehmenden usw., nicht jedoch für das Beschäftigten-Verhältnis, für das die 3-G-Kontrollen in § 28b IfSG insoweit abschließend geregelt sind.⁴

³ DBT-Drs 20/89, 17.11.2021, S. 18.

⁴ Vgl. hierzu auch die Begründung zur dritten Änderungsverordnung vom 23. November 2021 der Corona-Verordnung vom 15. September 2021, abzurufen unter https://www.baden-wuerttemberg.de/fileadmin/redaktion/dateien/PDF/Coronainfos/211123_Begrue ndung_zur_dritten_AenderungVO_zur_11_CoronaVO.pdf, zu § 18 CoronaVO: „Nachdem die betriebliche Testung von nicht-immunisierten Beschäftigten bundesrechtlich in § 28b Absatz 1 und Absatz 3 IfSG abschließend geregelt wird, sind die Regelungen zur allgemeinen betrieblichen Testung von Beschäftigten aufzuheben.“

Dasselbe gilt für den Umfang der Kontrollen: Zwar lässt sich den Gesetzesmaterialien entnehmen, dass eine „möglichst flächendeckende und lückenlose Umsetzung der Nachweispflicht über den Status geimpft, genesen oder getestet in den Unternehmen sicherzustellen“⁵ ist, eine Pflicht zur Vollkontrolle ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes jedoch nicht. „Lückenlos“ sind sicherlich das in § 28b Absatz 1 Satz 1 IfSG festgelegte Betretungsverbot ohne 3G-Status und die hierauf bezogene Nachweispflicht – ob das auch für die arbeitgeberseitige Nachweiskontrollpflicht gilt, lassen der Gesetzeswortlaut ebenso offen wie die Gesetzgebungsmaterialien. Der Bericht des Hauptausschusses des Bundestages fordert insoweit nicht lückenlose, sondern nur „effiziente und damit tägliche Kontrollmechanismen“⁶. Eine Pflicht zur täglichen Vollkontrolle sämtlicher Beschäftigter wird damit nicht verbunden; im Gegenteil: Der „Schwerpunkt dieser Kontrollen liegt auf dem täglichen Nachweis über die Aktualisierung des Status getestet“ – was ja wohl bedeutet, dass die Kontrolle des Status Geimpft bzw. Genesen nicht in gleich intensiver Weise erfolgen muss. Und auch eine jeden Tag durchgeführte stichprobenartige Teilkontrolle ist eine „tägliche Kontrolle“ im Sinne des § 28 b Abs. 3 IfSG.

Auch diese Unklarheit ist für alle Beteiligten misslich: Ein Arbeitgeber, der von einer täglichen Vollkontrolle absieht, läuft Gefahr, sich einen Verstoß gegen das Infektionsschutzgesetz vorwerfen lassen zu müssen – ein Arbeitgeber, der tägliche Vollkontrollen durchführt, läuft Gefahr, sich einen Verstoß gegen die Datenschutz-Grundverordnung (wegen nicht erforderlicher Datenerhebungen) vorwerfen lassen zu müssen. Der Arbeitgeber darf angesichts dieser Pflichtenlage eben nur genau das kontrollieren, was er auch kontrollieren muss – und nicht mehr. Angesichts dieser (unverschuldeten) Pflichtenlage scheiden staatliche Sanktionen wohl auch hier aus; der Bußgeldtatbestand des § 73 Absatz 1a Nummer 11d IfSG („wer vorsätzlich oder fahrlässig ... entgegen § 28b Absatz 3 Satz 1 die Einhaltung einer dort genannten Verpflichtung nicht oder nicht richtig überwacht“) erscheint insoweit zumindest nicht hinreichend bestimmt.

b) Auswahl geeigneter kontrollbefugter Beschäftigter

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales geht davon aus, dass der Arbeitgeber „unter Beachtung der Anforderungen an den Beschäftigtendatenschutz die Kontrolle auch an geeignete Beschäftigte oder Dritte delegieren [kann].“⁷

⁵ Siehe den Bericht des Hauptausschusses des Bundestages, a. a. O.

⁶ BT-Drs 20/89, 17.11.2021, S. 18.

⁷ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Betrieblicher Infektionsschutz Antworten auf die häufigsten Fragen: <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>; 1.1.10.

Dies entspricht im Grundsatz dem arbeitsrechtlichen Verständnis der Delegation von konkreten arbeitgeberseitigen Verpflichtungen, welche nun den Arbeitgeber durch die Verpflichtung zu täglichen Kontrollen treffen. Der Kreis an kontrollbefugten Personen ist zwingend auf einen kleinen Personenkreis zu beschränken, der über entsprechende Sensibilisierung im Umgang mit personenbezogenen Daten verfügt. Diese Befähigung ist regelmäßig durch die Teilnahme an Schulungsmaßnahmen nachzuweisen. Zudem hat Arbeitgeber die kontrollbefugten Personen zur Verschwiegenheit im Umgang mit den Gesundheitsdaten zu verpflichten.

Geeignet dürften in erster Linie Beschäftigte des Personalbereichs oder Personenkreise sein, welche mit Blick auf die Vertraulichkeit von Personalangelegenheiten ohnehin zur Verschwiegenheit verpflichtet sind. Darüber hinaus sind Aufgabenkollisionen und Interessenkonflikte zu vermeiden; wer über Fragen der Lohnfortzahlung⁸ oder Home-Office-Absprachen entscheidet, sollte nicht zugleich als Kontrollperson fungieren. Damit ist der direkte oder weitere Vorgesetzte des Beschäftigten keine ideale Kontrollperson.

Insbesondere für KMU und Handwerksbetriebe, welche nicht über externe Dienstleister, Pfortendienste oder eine eigene Personalabteilung verfügen, können sich aus der Betriebsgröße Besonderheiten bezüglich der Geeignetheit des kontrollbefugten Personals ergeben.

Ausgehend von den betrieblichen und örtlichen Gegebenheiten, sollte eine Kontrolle daher durch Beschäftigte mit Vorgesetztenfunktion auf den Ausnahmefall beschränkt sein und nur dann erfolgen, wenn für die hierfür eingesetzten Beschäftigten klare und transparente Melde-/ Berichtswege bestehen und diese eingehalten werden. Arbeitgeber sollten entsprechende schriftliche Arbeitsanweisungen für die kontrollbefugten Personen entwickeln, in denen der datenschutzkonforme Umgang mit den Kontrolldokumentationen klar und nachvollziehbar beschrieben wird.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass die Kontrollverpflichtung auch bei „Sammeltransporten“ greift, da Arbeitgeber „Transporte von mehreren Beschäftigten zur Arbeitsstätte oder von der Arbeitsstätte nur durchführen“ dürfen, wenn entsprechende Kontrollen erfolgt sind, vgl. § 28b Abs. 1 IfSG.

⁸ Vgl. zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen: Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Betrieblicher Infektionsschutz Antworten auf die häufigsten Fragen: <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>; 1.1.20.

c) Freiwillige Hinterlegung des Immunisierungsstatus

Alternativ, und um für einen gewissen Zeitraum von den wiederkehrenden Kontrollen ausgenommen zu werden, ist es Arbeitnehmern möglich, den Immunitätsstatus einmalig gegenüber ihrem Arbeitgeber nachzuweisen und diesen dort speichern zu lassen. Arbeitnehmern steht es insofern frei, ihrem Arbeitgeber das Recht einzuräumen, zu dokumentieren, dass ein Immunitätsstatus für eine gewisse Dauer besteht. In diesem Fall wird der Beschäftigte insoweit „von den täglichen Zugangskontrollen ausgenommen“, als er bei diesen keinen Nachweis mehr vorlegen muss. „Diese Hinterlegung ist freiwillig“.⁹

Bei der Hinterlegung bedarf es dabei im Grundsatz keiner Differenzierung danach, ob die betroffene Person geimpft oder genesen ist. Lediglich dann, wenn der Status „genesen“ vor dem 19. März 2022 enden sollte, kann es notwendig werden, das Ablaufdatum zu speichern (wodurch mittelbar erkennbar sein kann, dass die betroffene Person nicht geimpft, sondern genesen ist).

Eine solche Speicherung kann jedoch ausschließlich auf Basis einer ausdrücklichen und informierten Einwilligung des Beschäftigten (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a, Art. 9 Abs. 2 lit. a DS-GVO, § 26 Abs. 2 und Absatz 3 Satz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes) erfolgen. Die Hinterlegung eines Nachweises bei dem Arbeitgeber muss freiwillig erfolgen und kann vom Arbeitgeber nicht verpflichtend angeordnet werden. Zudem steht es jedem Beschäftigten frei, die einmal erteilte Einwilligung zur Speicherung seines Impfstatus ohne Angabe von Gründen jederzeit zu widerrufen (Art. 7 Abs. 3 DS-GVO). Darauf ist der Beschäftigte hinzuweisen (Art. 7 Abs. 3 S. 3 DS-GVO). Nach dem Widerruf lebt die Pflicht zur Vorlage des Nachweises aus § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG wieder auf.

§ 28 Abs. 3 S. 1 IfSG fordert eine tägliche Überwachung der Einhaltung der 3G-Zugangsregelung. Dem Bericht des Hauptausschusses des Bundestages ist zu entnehmen¹⁰, dass

„die technischen und organisatorischen Maßnahmen der Datensicherheit umzusetzen [sind], die in den Betrieben und Einrichtungen auch für andere sensible Daten der Beschäftigten oder der dort untergebrachten Personen zur Anwendung kommen. Auch digitale Formen der Erhebung und Speicherung von Nachweisen sind zugelassen, um zusätzliche Möglichkeiten zur Reduzierung des betrieblichen Umsetzungsaufwands zu schaffen.“

⁹ So zutreffend Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Betrieblicher Infektionsschutz Antworten auf die häufigsten Fragen: <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>; 1.1.11.

¹⁰ BT-Drs 20/89, 17.11.2021, S. 18; Hervorhebung durch LfDI.

Auch bei der Hinterlegung des Immunisierungsstatus stellen sich die vorgenannten Fragen der für die Speicherung zuständigen und geeigneten Beschäftigten. Ab einer hinreichenden Betriebsgröße und entsprechenden örtlichen Gegebenheiten kommt in der Regel ausschließlich die Personalabteilung im Rahmen der Hinterlegung in Frage.

Grundlegend ist der Zugriff auf die hinterlegten Daten auf einen begrenzten, sensibilisierten und zur Verschwiegenheit verpflichteten Personenkreis und an zentraler Stelle, in der Regel in der Personalabteilung, zu beschränken und nur bei Bedarf (z.B. zur Zutrittskontrolle oder zur Ergänzung, Korrektur oder Löschung der Daten) darauf zuzulassen.

Die Hinterlegung ist zwingend so auszugestalten, dass eine Kenntnisnahme von Unbefugten ausgeschlossen ist. Dies setzt voraus, dass die Arbeitgeber im Rahmen der Dokumentation zum einen entsprechende technisch-organisatorische Maßnahmen nach Art. 32 DS-GVO treffen, wie z.B. ein streng begrenztes Zugriffskonzept auf die hinterlegten Datensätze. Ausgeschlossen sind insofern insbesondere sämtliche Kennzeichnungen auf Werksausweisen, bspw. durch Sichtvermerk für „geimpft“ oder „genesen“. Innerbetrieblich muss klar geregelt sein, wer Zugriff auf diese Daten haben darf.

Hinterlegte Daten aus der 3G-Zutrittskontrolle und der dazugehörigen Dokumentation dürfen aufgrund der geltenden strengen Zweckbindung nicht mit sonstigen Beschäftigtendaten – etwa in der Personalakte – zusammengeführt werden.

Den 3G-Nachweis muss jede(r) Beschäftigte, der bzw. die ihn nicht bei dem Arbeitgeber „hinterlegt“ hat, stets bei sich führen und bei Kontrollen durch Behörden vorzeigen können. Die Verpflichtung, den Nachweis bei sich zu führen, trifft vor dem Hintergrund von Stichprobenkontrollen durch Behörden einzig den Arbeitnehmer selbst.

5. Dokumentation der Kontrolle

Offen lässt § 28b Abs. 1, Abs. 3 IfSG zudem, wie die die regelmäßige Dokumentation durch den Arbeitgeber zu erfolgen hat.

Arbeitgeber sind sowohl im Rahmen der Kontrolle und als auch der Dokumentation dazu verpflichtet, personenbezogene Daten ihrer Beschäftigten in den Grenzen des Grundsatzes der Erforderlichkeit (Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO) zu verarbeiten.

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Dokumentationspflicht ist die bei jeder Verarbeitung personenbezogener Daten einschlägige Nachweispflicht des Verantwortlichen nach Art. 5 Abs. 2 DS-GVO. Der Nachweis der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Verarbeitungsgrundsätze nach Art. 5 Abs. 1 DS-GVO setzt planerisches Vorgehen des Verantwortlichen voraus, durch das im Vorhinein die Datenerhebung und weitere -verarbeitung systematisch angelegt, dokumentiert und so nachweisbar gemacht wird. Zu dokumentieren sind daher die Verarbeitungsschritte und ihre Einhaltung, nicht jedoch die einzelnen Verarbeitungen selbst.

Dies bedeutet für die Dokumentation der 3G-Kontrollen des Arbeitgebers: Er muss im vorhinein festlegen, auf welche Weise er durch wen und wo Nachweise der Beschäftigten kontrolliert und er muss die Einhaltung dieser Vorgaben regelmäßig durch Erklärung der mit der Kontrollaufgabe Beauftragten bestätigen lassen.

Nicht von der Dokumentationspflicht des § 28b IfSG erfasst sind die einzelnen Kontrollvorgänge selbst. Eine solche Verpflichtung ergibt sich nicht aus dem Infektionsschutzgesetz, sie wird durch nachträgliche Äußerungen etwa in FAQs eines Ministeriums auch nicht begründet. Das gilt auch für die listenmäßige Erfassung der kontrollierten Personen; solche Kontrollvorgänge könnten zum Gegenstand einer Dokumentationspflicht gemacht werden, dies ist bislang jedoch nicht der Fall.

Für die geforderte regelmäßige Dokumentation, dass die Zutrittsvoraussetzungen durch den Arbeitgeber eingehalten werden, reicht es demnach aus, wenn Arbeitgeber nachprüfbar Prozesse in ihrem Unternehmen etabliert haben, in denen beschrieben wird, auf welche Weise täglich der 3G-Status der Beschäftigten geprüft wird.

Den Arbeitgeber trifft demnach gerade keine Pflicht, Nachweisdokumente zu speichern; dies ist damit datenschutzrechtlich unzulässig (Grundsatz der Datenminimierung, Art. 5 Abs. 1 lit. c DS-GVO). Das Anfertigen von Kopien, Scans oder ähnlichen Vervielfältigungen der Nachweisdokumente der Beschäftigten durch den Arbeitgeber ist rechtswidrig.



Die so angefertigte Dokumentation ohne personenbezogene Daten von Beschäftigten dient dem Arbeitgeber als Kontrollnachweis gegenüber kontrollierenden Behörden.

Außerhalb der besonders vulnerablen Einrichtungen und Unternehmungen (vgl. § 23a, § 28b Absatz 2, § 36 Absatz 3 IfSG) ist eine Differenzierung zwischen dem jeweiligen Immunitätsstatus (geimpft oder genesen) der Beschäftigten im Rahmen der Dokumentation nicht erforderlich.

6. Aufbewahrungsdauer

Gem. § 28b Abs. 7 IfSG tritt die Vorschrift des § 28b IfSG mit Ablauf des 19. März 2022 außer Kraft, und die Pflicht des Arbeitgebers täglich 3G-Kontrollen durchzuführen sowie diese Kontrollen regelmäßig zu dokumentieren endet.

Die Kontrolldokumentationen des Arbeitgebers weisen zwar keine personenbezogenen Daten von kontrollierten Beschäftigten auf, jedoch Daten von mit der Kontrolle beauftragten Personen. Auch sie unterliegen der datenschutzrechtlichen Löschpflicht.

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales geht davon aus, dass die Daten der Dokumentation für behördliche Kontrollen „*spätestens sechs Monate nach ihrer Erhebung zu löschen [sind]*“¹¹. Dieser Zeitraum gibt lediglich eine Höchstspeicherdauer an, die von Unternehmen nicht ausgeschöpft werden darf, wenn dies zum Zweck der Zugangskontrolle bzw. der Dokumentation nicht mehr erforderlich ist. Darauf weist das Infektionsschutzgesetz in § 28b Abs. 3 Satz 8, 2. Halbsatz hin („die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts bleiben unberührt“).

Für etwaig beim Arbeitgeber hinterlegte Informationen zum Immunisierungsstatus ist zunächst auch der 19. März 2022 maßgebend. Im Falle des Widerrufs der Einwilligung ist die hinterlegte Information unverzüglich zu löschen. In diesem Fall treffen den Beschäftigten wieder die allgemeinen Kontroll- und Zugangsregelungen.

Die in § 28b Abs. 3 S. 8 IfSG ausdrücklich geregelte sechsmonatige Aufbewahrungsfrist betrifft hingegen nur die in § 28 b Abs. 2 S. 1 IfSG näher bezeichneten Einrichtungen und Unternehmen und kann nicht pauschal übertragen werden.

¹¹ Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Betrieblicher Infektionsschutz Antworten auf die häufigsten Fragen: <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>; 1.1.14.

7. Information der Beschäftigten

Die Arbeitgeber haben Ihre Beschäftigten – unabhängig davon, ob sie den 3G-Status in einem Dateisystem speichern (vgl. § 26 Absatz 7 BDSG) – über die Verarbeitung gemäß Art. 13 DS-GVO zu informieren.

8. Weitergehende Konkretisierung der Anforderungen

§ 28 Abs. 6 IfSG räumt dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales die Möglichkeit ein, konkretisierende Regelungen im Wege einer Rechtsverordnung zu erlassen, welche Maßnahmen die Arbeitgeber zur Umsetzung der Verpflichtungen aus § 28b IfSG zu treffen haben und wie sich die Beschäftigten zu verhalten haben, um ihre jeweiligen Pflichten, die sich aus § 28b IfSG ergeben, zu erfüllen.

Es bleibt abzuwarten, ob und wann das Bundesministerium für Arbeit und Soziales von dieser Verordnungsermächtigung Gebrauch macht und die Vorgaben insbesondere zu den Vorlage- und Dokumentationspflichten konkretisiert. Es wird dabei die Anforderungen höherrangigen Rechts, insbesondere auch der DS-GVO, zu beachten haben.



Der Landesbeauftragte für
Datenschutz und
Informationsfreiheit
Baden-Württemberg