



FAQ-Sammlung zur Verarbeitung von 3G im Beschäftigtenverhältnis

Auswirkungen der Änderung des Infektionsschutzgesetzes und der 15. BayIfSMV zum 24.11.2021

Hinweis:

Bitte beachten Sie, dass aufgrund des dynamischen Geschehens sich kurzfristige Änderungen ergeben können. Die FAQ-Sammlung bildet den Stand zum angegebenen Zeitpunkt ab.

I. Wann darf ein Arbeitgeber den Impfstatus der Beschäftigten verarbeiten?

Mit Beschluss vom 19.10.2021 hat sich die Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder zu den gesetzlichen Regelungen geäußert, auf deren Grundlage eine Verarbeitung des Impfstatus durch den Arbeitgeber möglich ist.

Der Beschluss ist unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20211025_DSK_Beschluss_Impfstatus_von_Besch%C3%A4ftigten.pdf abrufbar.

Mit der Änderung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) zum 24.11.2021 wurde eine bundesweite gesetzliche Grundlage für eine 3G-Zugangsregelung am Arbeitsplatz (§ 28 b IfSG) sowie eine ausdrückliche Verarbeitungsbefugnis geschaffen (§ 28 b Abs. 3 IfSG). Außerdem wurden auf Basis des IfSG in der 15. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (15. BayIfSMV) ebenfalls in bestimmten Bereichen G-Zugangsregelungen für Beschäftigte geschaffen.

Konkrete Anwendungsfragen im Zusammenhang mit diesen Regelungen werden unter IV. behandelt.

Im Übrigen wird ergänzend auf die Anwendungshilfe der Datenschutzkonferenz vom 20.12.2021 „Häufige Fragestellungen nebst Antworten zur Verarbeitung von Beschäftigtendaten im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie“, abrufbar unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20211220_oh_dsk_anwendungshilfe.pdf verwiesen.

II. Was regelt § 28b Abs.1 bis 3, 6 und 7 IfSG?

§ 28b Abs. 1 S. 1 IfSG gibt unter anderem vor, dass Arbeitgeber und Beschäftigte, die physische Kontakte zu anderen Personen haben können, die Arbeitsstätte nur betreten dürfen, wenn sie im Sinne des § 2 Nummern 2, 4, 6 der COVID 19-Schutzmaßnahmen- Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) geimpft, genesen oder getestet sind und einen Impf-, Genesenen oder Testnachweis im Sinne des § 2 Nummern 3, 5 oder 7 SchAusnahmV bei sich führen oder beim Arbeitgeber hinterlegt haben.

Ausnahmsweise ist das Betreten der Arbeitsstätte ohne vorherigen Nachweis erlaubt, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme einen durch den Arbeitgeber zur Verfügung gestellten Corona-Test durchzuführen oder ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen (§ 28b Abs. 1 S. 3 IfSG).



Soweit sog. Sammeltransporte stattfinden, die dem Arbeitgeber zuzurechnen sind, wird die Nachweispflicht auf den Zeitpunkt des Einsteigens in das Transportmittel vorverlagert.

Die Arbeitgeber sind gem. § 28b Abs. 3 IfSG verpflichtet, die Einhaltung der Pflicht, einen Nachweis bei sich zu führen, durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren. Der Nachweis ist auf Verlangen vorzulegen. Soweit es zur Erfüllung der Überprüfungs- und Dokumentationspflicht erforderlich ist, darf der Arbeitgeber zu diesem Zweck personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten. Die Daten dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG) verwendet werden, soweit dies erforderlich ist. § 22 Abs. 2 des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) gilt entsprechend.

Spezielle Regelungen gelten für bestimmte Einrichtungen und Unternehmen der Pflege bzw. in denen besonders vulnerable Personen untergebracht sind (vgl. § 28b Abs. 2 IfSG). Hiernach müssen auch geimpfte und genesene Personen einen negativer Testnachweis mit zu führen. Neben den Arbeitgebern und den Beschäftigten gilt dies auch für Besucher. Darüber hinaus bestehen nach § 28b Abs. 3 S. 7 IfSG bestimmte statistische Berichtspflichten. Der Freistaat Bayern hat allerdings am 24.11.2021 mit sofortiger Wirkung ein Moratorium für die Berichts- und Dokumentationspflicht gemäß § 28b Abs. 3 S. 7 Nr. 1 und 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG) für Einrichtungen wie etwa Krankenhäuser, Arztpraxen, Alten- und Pflegeheime, Behinderteneinrichtungen und Rettungsdienste (<https://www.stmgp.bayern.de/presse/holetschek-bayern-setzt-neue-dokumentations-und-berichtspflicht-der-ampel-koalition-fuer/>). Hierzu müssen die (möglicherweise auch sehr kurzfristigen) weiteren Entwicklungen beobachtet werden.

Rechtmäßig erhobene Daten sind spätestens am Ende des sechsten Monats nach ihrer Erhebung zu löschen.

Außerdem wird eine Verordnungsermächtigung für das Bundesministerium für Arbeit und Soziales erteilt (§ 28b Abs. 6 IfSG), in der noch u.a. die Einzelheiten zu den von den Arbeitgebern zu ergreifenden Überwachungs- und Dokumentationspflichten weiter konkretisiert werden können.

Die Regelungen gelten zunächst bis Ablauf des 19. März 2022.

III. Was regeln die §§ 4, 5 und 10 der 15. BayIfSMV?

Auch im Rahmen der 15. BayIfSMV wird auf eine entsprechende bzw. unmittelbare Geltung des § 28 b Abs.1 IfSG für die Beschäftigten verwiesen. Im Einzelnen ist dies wie folgt geregelt:

In der 15. BayIfSMV ist geregelt, dass der Zugang zu den in den § 4 Abs.1 der 15. BayIfSMV bestimmten Veranstaltungen, Angeboten und Betrieben für **Beschäftigte mit Kundenkontakt** § 28 b Abs.1 IfSG entsprechen gilt (vgl. § 4 Abs. 4 der 15. BayIfSMV)). Soweit die Beschäftigten bereits direkt von § 28b Abs. 1 IfSG erfasst werden, enthält § 4 Abs. 4 der 15. BayIfSMV keine selbstständige Regelung und ist lediglich klarstellender Natur.

§ 5 der 15. BayIfSMV verweist für den Zugang zu geschlossenen Räumlichkeiten bestimmter Angebote über § 4 Abs. 4 der 15. BayIfMSV ebenfalls auf die entsprechende Anwendung des § 28 b Abs. 1 IfSG. Auch hier gilt, dass von § 28 b Abs.1 IfSG direkt erfasste Beschäftigte unmittelbar durch die bundesrechtliche Regelung der 3G-Nachweispflicht unterliegen.



Für die **Beschäftigten ohne Kundenkontakt** gilt in den §§ 4, 5 der 15. BayIfSMV definierten Bereiche § 28 b Abs.1 IfSG unmittelbar.

§ 10 der 15. BayIfSMV regelt im Zusammenhang mit der 2G-Regelung für die Handels- und Dienstleistungsbetriebe, die nicht der Deckung des täglichen Bedarfs dienen, dass für die Beschäftigten der Ladengeschäfte § 28 b Abs. 1 IfSG unmittelbar gilt.

Diese Regelungen der 15. BayIfSMV gelten bis Ablauf des 12.01.2022.

IV. Konkrete Anwendungsfragen

1. Wer gilt als Beschäftigter im Sinne der § 28b Abs. 1 IfSG und der §§ 4 und 5 der BayIfSMV?

a) Als Beschäftigte i.S.d. § 28b IfSG sind alle Personen gemeint, die nach § 2 Abs. 2 ArbSchG als solche definiert werden.

Beschäftigte sind insbesondere:

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
- die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten,
- arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes, ausgenommen die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten,
- die in Werkstätten für Behinderte Beschäftigten

Als Beschäftigte i.S.d. §§ 4 und 5 der 15. BayIfSMV gelten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Einrichtung oder des Veranstalters, aber darüber hinaus auch sonstige Personen, die auf Veranlassung des Veranstalters oder Betreibers in der Einrichtung oder bei der Veranstaltung mit unmittelbarem Kundenkontakt tätig werden (z. B. Caterer, Servicepersonal, freie Mitarbeiter) (vgl. Begründung zur Änderung der 14. BayIfSMV vom 14.10.2021).

2. Wie häufig muss das Vorliegen eines Nachweises geprüft werden?

§ 28b Abs. 3 S. 1 fordert eine tägliche Überwachung der Einhaltung der 3G-Zugangsregelung mitsamt der verpflichtenden Erbringung eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweis.

3. Darf der Betriebsinhaber die Einhaltung der 3G-Regelung bzw. 2G/2Gplus-Regelung bei Beschäftigten eines anderen Arbeitgebers prüfen, wenn diese seinen Betrieb betreten?

a) Zu den Arbeitsstätten zählen insbesondere auch Orte auf dem Gelände eines Betriebes oder einer Baustelle, zu denen Beschäftigte im Rahmen ihrer Arbeit Zugang haben. Allerdings ist gem. § 28b Abs. 3 IfSG der Arbeitgeber der die Arbeitsstätte betretenden Personen zur Überprüfung der Einhaltung der 3G-Nachweispflicht verpflichtet.

Der Betriebsinhaber ist nicht verpflichtet und damit auf Grundlage des § 28b Abs. 3 IfSG auch nicht berechtigt, das Vorliegen der Zugangsvoraussetzungen zu prüfen, vielmehr obliegt diese Pflicht dem Arbeitgeber der jeweiligen Personen.



- b) Gemäß der 15. BayIfSMV können auch Beschäftigte eines anders Arbeitgebers der Kontrollpflicht des Veranstalters, Anbieters oder Betreibers unterfallen, soweit diese als Beschäftigte i.S.d. dortigen Regelung gelten (vgl. Frage IV 1b). Zudem gilt die G-Regelung (2G/2Gplus) auch für Besucher.
- c) Daneben kann ein Betrieb in seinem Hygienekonzept eine 3G-Regelung einführen, womit auch Personen, die nicht Beschäftigte eines Betriebs sind, einen Nachweis erbringen müssen.

4. Wie kann der Arbeitgeber datensparsam das Vorliegen eines Nachweises prüfen?

Eine datensparsame Überprüfung kann insb. mittels der kostenlosen, auf betriebseigenen Geräten zu installierenden „CovPassCheck-App“ des RKI (<https://digitaler-impfnachweis-app.de/covpasscheck-app/>) erfolgen. Hierbei wird der QR-Code des Impf- oder Genesenenzertifikats abgescannt. Die überprüfende Person sieht dann lediglich, dass ein gültiges Zertifikat vorliegt, nicht aber, ob es sich um ein Impf- oder Genesenenzertifikat handelt. Weiterhin wird der Nachname, Vorname und das Geburtsdatum zur Verifizierung angezeigt. Eine Speicherung der angezeigten Daten durch die CovPassCheck-App findet nicht statt. Die Verwendung der CovPassCheck-App auf betriebseigenen Endgeräten wird von unserem Haus ausdrücklich empfohlen.

Hinweis: Die Nutzung der „CovPass-App“ zur Überprüfung von Zertifikaten ist im Gegensatz zur Nutzung der „CovPassCheck-App“ datenschutzrechtlich unzulässig. Die „CovPass-App“ ist zur Nutzung durch die nachweispflichtige Person vorgesehen. Mit dieser wird das digitale Zertifikat in der App gespeichert, so dass mittels des eingespeicherten Zertifikats ein Nachweis des G-Status erfolgen kann. Somit würden bei einer Nutzung der „CovPass-App“ nicht nur die für die Überprüfung erforderlichen Daten eingesehen werden, sondern durch den Verantwortlichen eine Speicherung des G-Nachweises ohne Rechtsgrundlage stattfinden.

5. Darf der Impf-, Genesenen- und Teststatus der Beschäftigten durch den Arbeitgeber gespeichert werden?

§ 28b Abs. 1 S. 1 IfSG gibt den Beschäftigten die Möglichkeit ihren 3G-Nachweis beim Arbeitgeber zu hinterlegen. Damit ist der Arbeitgeber bis zum Ablauf der gesetzlichen Regelung (vgl. Frage IV. 11) in diesen Fällen befugt, auch eine Kopie des Nachweises auf Grundlage einer Einwilligung i.S.d. § 26 Abs. 2 BDSG zu speichern.

Liegt keine Einwilligung vor, so ist eine Speicherung der Nachweise als solche z.B. als Kopie nicht zulässig. Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus dürfen nur verarbeitet werden, soweit dies erforderlich ist, um der Verpflichtung zur täglichen Überwachung durch Nachweiskontrollen und zur regelmäßigen Dokumentation nachzukommen (§ 28b Abs. 3 S. 3 IfSG).

Eine Erforderlichkeit zur Speicherung der „3G-Daten“ kann begründbar sein, wenn der betriebliche Umsetzungsaufwand außer Verhältnis zu einer täglichen Überprüfung stehen würde. Dies kann beispielsweise dann zutreffen, wenn der Zugang der Beschäftigten regelmäßig automatisiert überprüft wird, eine größere Anzahl an Zugängen vorhanden sind oder eine tägliche Kontrolle durch den gleichzeitigen Zugang vieler Beschäftigter Verzögerungen im Betriebsablauf bedeuten würden.

Soweit die Erforderlichkeit für eine Verarbeitung des Status im Rahmen der 3G-Regelung begründet werden kann, genügt es vor dem Grundsatz der Datenminimierung (Art.5 Abs. 1 Buchst. c der



Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)), wenn das Vorhandensein eines gültigen Nachweises („ob“) mitsamt der Art des Nachweises („welches“, vgl. hierzu auch Frage IV. 4) und der Gültigkeitsdauer dokumentiert werden. Eine tägliche Kontrolle ist dann für die Beschäftigten, deren Status gespeichert wurde, grundsätzlich nicht mehr erforderlich.

§ 28b Abs. 3 S. 5 IfSG regelt die entsprechende Anwendung des § 22 Abs. 2 BDSG (vgl. Frage IV. 10).

6. Darf der Arbeitgeber verlangen, dass ihm ein Impfnachweis bereits vorab (elektronisch) zugesandt wird?

Da der Arbeitgeber den G-Nachweis an sich nur in eng begrenzten Fällen speichern darf, kann eine Vorab-Zusendung des Nachweises nur freiwillig geschehen. Jedenfalls muss dem Beschäftigten auch die Möglichkeit gegeben werden, den Nachweis vor Ort bei Betreten der Arbeitsstätte vorzuzeigen.

Wird die Möglichkeit einer elektronischen Zusendung eröffnet, so ist insbesondere darauf zu achten, dass der Empfängerkreis begrenzt gehalten wird (z.B. bei einer Funktions-E-Mail-Adresse) und der angebotene Kommunikationsweg sicher ist. Weiterhin gilt gleiches wie bei der Sichtkontrolle (vgl. Frage IV. 5). Soweit keine Befugnis zur Speicherung des Nachweises besteht, sind ggf. nach einer Dokumentation (Vorlage ja, ggf. konkreter Status, Gültigkeitsdauer), z.B. E-Mails mit Nachweisen zu löschen.

Alternativ kann z.B. im Rahmen eines Videochats ein Nachweis vorgezeigt werden. Auch hier muss dem Beschäftigten eine Möglichkeit des Vor-Ort-Nachweises gegeben werden und es müssen die Vorgaben zur Datensicherheit eingehalten werden.

7. Was muss der Arbeitgeber dokumentieren?

Eine Konkretisierung der Überwachungs- und Dokumentationspflichten des Arbeitgebers ist nach § 28b Abs. 6 S. 2 Nr. 2 IfSG einer gesonderten Ordnungsregelung vorbehalten. Aus Sicht des BayLDA kann die Pflicht des Arbeitgebers zur regelmäßigen Dokumentation gem. § 28b Abs. 3 S. 1 IfSG zunächst nur eine Pflicht zur Dokumentation der Prozesse zur Überwachung der Einhaltung der Nachweispflichten und deren tatsächlichen Umsetzung bedeuten. Für den Nachweis einer tatsächlichen Umsetzung dieser Prozesse kann z.B. nach Erbringung des Nachweises ein Haken o.ä. hinter den Namen des jeweils Beschäftigten gesetzt werden.

8. Wie lange darf die Information über das Vorliegen eines konkreten Nachweises und dessen Gültigkeitsdauer gespeichert werden?

Verantwortliche sollten vorsehen, dass spätestens nach Ablauf von sechs Monaten nach der Erhebung der „G-Daten“ überprüft wird, ob eine Pflicht zur Löschung besteht.

Die Dauer der Speicherung wird durch den Erforderlichkeitsgrundsatz begrenzt. Sobald der „G-Status“ nicht mehr zur Überprüfung der Zugangsvoraussetzungen und zur Erfüllung von Dokumentationspflichten nach § 28b IfSG erforderlich ist, sind die Daten zu löschen (vgl. Frage IV. 5) - spätestens jedoch am Ende des sechsten Monats nach ihrer Erhebung (§ 28b Abs. 3 S. 8 IfSG) bzw. zum Zeitpunkt des Wegfalls der zu Grunde liegenden Rechtsgrundlage am 19.03.2022, ggf. bereits zum



15.12.2021 (vgl. Frage IV. 10). Etwas anderes gilt, sofern der Arbeitgeber die weitere Verarbeitung (ausnahmsweise) auf eine andere Rechtsgrundlage stützen kann.

Die rechtmäßig bekanntgewordenen Daten dürfen insbesondere zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes verwendet werden, soweit dies erforderlich ist (§ 28b Abs. 3 S.4 IfSG).

9. Darf das Vorliegen des Impf-, Genesenen- und Teststatus im Zusammenhang mit §G-Zugangsregelung in der Personalakte gespeichert werden?

Eine Speicherung in der Personalakte ist grundsätzlich wegen der eigenständigen und vorübergehenden infektionsschutzrechtlichen Zweckbestimmung von 3G-Zugangsregelungen nicht erforderlich und damit nicht zulässig. Vergleichbares gilt gegebenenfalls auch im Falle einer weiteren Verarbeitung nach § 28b Abs. 3 S.4 IfSG. Die Speicherung des Vorliegens eines Impf-, Genesenen- und Teststatus muss wegen ihrer eigenständigen und vorübergehenden infektionsschutzrechtlichen Zweckbestimmung daher gesondert erfolgen.

Dabei muss sich vor Augen gehalten werden, dass es sich um eine Zugangsregelung handelt, deren Überprüfung vor dem Betreten der Arbeitsstätte bzw. der nach der 15. BayIfSMV bestimmten Örtlichkeit erfolgen muss. Es muss somit die Stelle, die mit der Überprüfung des Vorliegens eines Nachweises und einer geforderten Dokumentation betraut ist, berechtigt sein, im erforderlichen Umfang Zugriff auf die gespeicherten Daten zu haben. Eine Zugriffsmöglichkeit und, damit einhergehend, eine Speicherung an anderer Stelle ist regelmäßig nicht erforderlich. Etwas anderes kann dann gelten, wenn die zulässigerweise erhobenen Daten mit einer anderweitigen Rechtsgrundlage verarbeitet werden dürfen (vgl. Frage IV. 8).

10. Welche Maßnahmen müssen zum Schutz der betroffenen Personen vorgesehen werden?

Gem. § 28b Abs. 3 S. 5 IfSG gilt § 22 Abs. 2 BDSG entsprechend. § 22 Abs. 2 BDSG sieht für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten, wie des Impf-, Genesenen- oder Teststatus, vor, dass angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Personen vorzusehen sind. In einem nicht abschließenden Katalog werden dort Maßnahmen, die in Abhängigkeit der konkreten Verarbeitungsumstände und der für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen bestehenden Risiken, zu ergreifen sind, aufgezählt. Vorliegend wird dabei insbesondere auf das Erfordernis technisch-organisatorischer Maßnahmen, die Sensibilisierung der an den Verarbeitungsvorgängen beteiligten Personen, die Beschränkung des Zugangs zu den Daten und die Datensicherheit hingewiesen. Diese sind gem. Art. 30 Abs. 1 Buchst. g DS-GVO zusammen mit den übrigen Angaben zur Verarbeitung der „3G-Daten“ zu dokumentieren.

11. Wie lange gelten die Regelungen des § 28b IfSG und der 15. BayIfSMV?

Die Regelungen des § 28b IfSG gelten zunächst bis Ablauf des 19. März 2022.

Gem. § 18 der 15. BayIfSMV tritt die 15. BayIfSMV mit Ablauf des 12. Januar 2022 außer Kraft.