

DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz

Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Tilman Herbrich, Philipp Quiel, Laurenz Strassemeyer

Editorial

Dr. Alexander Golland

Geschenke aus Berlin und Brüssel (nicht nur zu Weihnachten)

Seite 337

Stichwort des Monats

Dr. Gregor Scheja

Virtual Voice Assistants (VVA) – ist der Einsatz von Sprachassistent ohne Einwilligungserklärung möglich?

Seite 338

Datenschutz im Fokus

Corinna Bernauer

**Dürfen Arbeitgeber nach dem Impfstatus von Beschäftigten fragen?
Der DSK-Beschluss und § 28b IfSG n. F.**

Seite 342

Dr. Matthias Jantsch und Dr. Dominik Sorber

3G-Regel am Arbeitsplatz datenschutzkonform ausgestalten – Gesetzgeber lässt Gestaltungsspielraum

Seite 345

Felix Meurer

Neue gesetzliche Pflichten bei Telefonwerbung

Seite 348

Rainer Burkardt und Jürgen Recha

Das neue chinesische Datenschutzrecht und die europäische DSGVO im Rechtsvergleich

Seite 350

Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

Dr. Carlo Piltz

Blick über den Tellerrand: FAQ der finnischen Datenschutzbehörde zur DSGVO

Seite 356

Andreas Schmidt

Aufforderungs-E-Mails zur Bewertung eines Online-Shops bedürfen der Einwilligung

Seite 358

Rechtsprechung

Niklas Plutte

LG Frankfurt: Haftung bei technisch fehlerhaftem Consent Banner

Seite 360

▪ Nachrichten Seite 340 ▪ Service Seite 364

Dr. Matthias Jantsch und Dr. Dominik Sorber

3G-Regel am Arbeitsplatz datenschutzkonform ausgestalten – Gesetzgeber lässt Gestaltungsspielraum

Die 3G-Regel gilt nun auch am Arbeitsplatz. Geschäftsführer und Personalverantwortliche mussten die 3G-Regelungen in nur wenigen Tagen – quasi übers Wochenende in den Unternehmen umsetzen. Der Gesetzgeber regelte, dass Arbeitgeber den G-Status ihrer Mitarbeiter zu kontrollieren haben, da sonst kein Zugang zum Arbeitsplatz gewährt werden darf. Datenschutzrechtlich sind Arbeitgeber ab sofort berechtigt, den Impf-, Genesenen- und Teststatus zu verarbeiten. Wie die Arbeitgeber die Kontrolle vorzunehmen haben, lässt der Gesetzgeber weitgehend offen. Damit stellen sich datenschutzrechtliche Fragen, die in diesem Beitrag praxisnah aufgeworfen und beantwortet werden sollen.

Neuregelung des IfSG – 3G am Arbeitsplatz

Der Gesetzgeber hat auf die steigenden Corona-Zahlen und immer neuen Rekordwerte bei Infektionen und Hospitalisierungswerten mit einer 3G-Regelung am Arbeitsplatz reagiert. Bundestag und Bundesrat beschlossen am 19.11.2021 Neuregelungen des Infektionsschutzgesetzes (IfSG), die bereits am 24.11.2021 in Kraft getreten sind. Kernstück der Neuregelungen ist § 28b IfSG. Diese Regelung gilt bundesweit und soll einheitliche Schutzmaßnahmen sicherstellen, um die vierte Corona-Welle zu brechen und die Ausbreitung des Coronavirus auch am Arbeitsplatz zu verhindern. Das bedeutet, dass ab dem 24.11.2021 nur noch Mitarbeiter die Arbeitsstätte betreten dürfen, die geimpft, genesen oder getestet sind. Diese Neuregelung verpflichtet Arbeitgeber, die Beschäftigten zu kontrollieren. Hier sind datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten, die aber nicht ausdrücklich durch den Gesetzgeber geregelt wurden.

Regelungsinhalt von § 28b IfSG (neu)

Der neue § 28b IfSG regelt, dass der Arbeitsplatz erst dann aufgesucht werden darf, wenn die Beschäftigten dem Arbeitgeber ein „G“ nachgewiesen haben. Alle Beschäftigten müssen daher einen Impf-, Genesenen- bzw. Testnachweis mit sich führen. Ausnahmsweise darf die Arbeitsstätte auch dann betreten werden, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme einen Test durchzuführen oder ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen.

Gesundheitsdaten dürfen verarbeitet werden

Eine wesentliche Neuregelung ist, dass Arbeitgeber die genannten Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO verarbeiten dürfen. In § 28b Abs. 3 IfSG ist geregelt, dass alle Arbeitgeber verpflichtet sind, die Einhaltung der Verpflichtungen durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren. Soweit es zur Erfüllung der Pflichten erforderlich ist, darf der Arbeitgeber zu diesem Zweck personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit verarbeiten. Die Daten

dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 ArbSchG verwendet werden, soweit dies erforderlich ist.

Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber die bislang bestehende Gesetzeslücke geschlossen, damit auch betriebliche Hygiene- und Gesundheitskonzepte wirksam und effektiv kontrolliert und umgesetzt werden können. § 28b Abs. 3 IfSG ist damit eine datenschutzrechtliche Erlaubnisgrundlage und gilt bis zum 19.03.2022. Damit hat der Gesetzgeber aber nicht geregelt, wie ein betriebliches 3G-Konzept (datenschutzkonform) ausgestaltet werden muss. Die Umsetzung obliegt den Arbeitgebern.

Inhalt und Umsetzung der Testpflicht

Grundsätzlich gilt die Testpflicht nicht für die Personen, die geimpft oder genesen sind. Ausnahmen hiervon sind nach dem Gesetz in besonderen Einrichtungen wie z. B. Krankenhäusern zu machen. Dort herrscht nach der Neuregelung eine tägliche Schnelltestpflicht (oder zwei PCR-Tests in der Woche) unabhängig davon, ob die Mitarbeiter geimpft oder genesen sind, da dadurch vulnerable Personengruppen besonders geschützt werden sollen. In der Praxis führt diese Regelung bereits dazu, dass eine Vielzahl von Bundesländern und kassenärztlichen Vereinigungen (z. B. Baden-Württemberg) die Aussetzung der täglichen Testpflicht wegen fehlender Testkapazitäten angekündigt haben.

Die Testpflicht verlangt von ungeimpften bzw. nicht genesenen Beschäftigten, dass sie täglich einen Antigen-Schnelltest vorlegen müssen. Dieser Test darf maximal 24 Stunden zurückliegen. Der Schnelltest muss entweder in Form von einem Selbsttest vor Ort unter Aufsicht des Arbeitgebers oder einer von ihm beauftragten Person erfolgen und dokumentiert werden. Alternativ kann durch den Arbeitgeber oder den von ihm beauftragten Personen, die die dafür erforderliche Ausbildung und Kenntnisse sowie Erfahrungen besitzen, erfolgen und muss ebenfalls

dokumentiert werden. Alternativ hierzu ist auch ein Schnelltest in einem Testzentrum geeignet, den Testnachweis zu erbringen. Sofern Beschäftigte einen PCR-Test vorweisen, darf die zugrundeliegende Testung maximal 48 Stunden zurückliegen. Die Gültigkeit des Testnachweises muss im Zeitpunkt der betrieblichen Zugangskontrolle gegeben sein.

Die Testzeit, die für ungeimpfte und nicht genesene Mitarbeiter anfällt, ist keine Arbeitszeit und dementsprechend nicht zu vergüten. Der Gesetzgeber hat die Regelung auch so ausgestaltet, dass der Arbeitgeber nicht verpflichtet ist, für nicht geimpfte und nicht genesene Personen ein vollständiges Testangebot vorzuhalten. Das bedeutet, dass Mitarbeiter sich selbstständig um die Tests zu kümmern haben, sofern sie nicht geimpft und nicht genesen sind. Allerdings sind Arbeitgeber weiterhin nach der Corona-Arbeitsschutzverordnung dazu verpflichtet, jedem Mitarbeiter zweimal in der Woche ein Testangebot für einen Schnelltest zu unterbreiten. Diese Schnelltests können, wenn sie unter Aufsicht des Arbeitgebers durchgeführt werden, als Test zum Betreten des Unternehmens herangezogen werden. Die Kosten für weitere Schnelltests oder auch PCR-Tests haben Mitarbeiter aber selbst zu zahlen.

Datenschutzkonforme Umsetzung der Tests, der Kontrollen und der Dokumentation

Damit stellt sich die Frage, wie die Tests, die Kontrollen des G-Status und die Dokumentation datenschutzkonform umgesetzt werden können. § 28b IfSG normiert hierzu keine Vorgaben. Das bedeutet, dass auf die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze und Vorgaben zurückgegriffen werden muss, um DSGVO-konform zu verfahren. Das Bayerische Landesamt für Datenschutzaufsicht hat am 23.11.2021 eine FAQ-Sammlung zur Verarbeitung von 3G im Beschäftigtenverhältnis veröffentlicht. Diese Übersicht bietet eine erste Orientierung, wie sich die Aufsichtsbehörden zur Umsetzung von 3G-Konzepten positionieren.

Insbesondere müssen die Schnelltests in den Betrieben datenschutzkonform durchgeführt werden. Das bedeutet, dass es einer abgeschirmten und vertraulichen Umgebung bedarf. Dies kann beispielsweise durch Raumteiler oder Trennwände hergestellt werden.

Zugangskontrolle

Der 3G-Nachweis muss grundsätzlich unmittelbar vor dem Betreten der Arbeitsstätte erbracht werden. In der Praxis ist es ratsam, die Kontrolle vor dem Werksgelände oder im Empfangsbereich durchzuführen. In jedem Fall muss sichergestellt werden, dass dieser Ort dauerhaft besetzt ist, um eine lückenlose Kontrolle zu ermöglichen. Sofern der Arbeitgeber Sammeltransporte als Transportmittel für Beschäftigte zur Verfügung stellt, hat die Kontrolle beim Ein-

stieg in das Verkehrsmittel zu erfolgen. Mitarbeiter, die keinen 3G-Nachweis vorweisen können, dürfen ihren Arbeitsplatz nicht aufsuchen. Kommen Beschäftigte ihrer Nachweispflicht nicht nach, kann dies arbeitsrechtliche Sanktionen wie Gehaltskürzung, Abmahnung oder auch eine Kündigung zur Folge haben.

Für die tägliche Kontrolle in der Praxis empfiehlt es sich eine Liste der Beschäftigten mit dem jeweiligen Datum des vollen Impfschutzes bzw. der Genesung anzufertigen. Alternativ kann auch das Ablaufdatum berechnet und eingetragen werden. Bei nicht geimpften oder genesenen Personen kann der jeweilige Testnachweis täglich eingetragen werden. Bei der Zugangskontrolle kann der Status dadurch schnell überprüft werden. Bei Impf- oder Genesenenzertifikaten ist erst mit Ablauf ein neuer Nachweis zu erbringen und neu zu dokumentieren. Eine tägliche Sichtkontrolle ist somit bei geimpften und genesenen Personen nicht erforderlich. In die Liste, die entweder digital oder analog geführt werden kann, sollte stets auch das späteste Löschdatum nach sechs Monaten vermerkt werden.

Der G-Status kann auch in einem vorhandenen digitalem Zugangssystem hinterlegt werden. Damit könnte man geimpften und genesenen Personen den automatischen Zugang zur Betriebsstätte ermöglichen, ohne den Status jeden Tag persönlich zu kontrollieren. Nur ungeimpfte Arbeitnehmer müssten noch persönlich kontrolliert werden. Gerade bei größeren Unternehmen mit einer Vielzahl von Beschäftigten und Eingängen kann die Zugangskontrolle dadurch deutlich vereinfacht und beschleunigt werden.

Nachweiserbringung

Der Arbeitgeber ist zur Dokumentation verpflichtet, dass er die 3G-Kontrollen durchgeführt hat. Wie er diesen Nachweis erbringt, ist dem Arbeitgeber überlassen. Der Arbeitgeber darf im Rahmen der Erfüllung der Kontroll- und Dokumentationspflicht die Gesundheitsdaten verarbeiten. Zweckmäßig ist, dass Arbeitgeber den Impf- und Genesenenstatus einmal durch Sichtkontrolle feststellen und das Datum des vollen Impfschutzes bzw. der Genesung dokumentieren. Wenn die zu prüfenden Personen nicht persönlich bekannt sind, sollten die Identifikationsdaten mit dem Personalausweis abgeglichen werden. Für die Kontrolle der Echtheit des EU-Impfzertifikats empfiehlt sich die CovPassCheck-App. Der eingescannte QR-Code wird dabei nur im Arbeitsspeicher eines Smartphones verarbeitet und nicht durch Dritte weiterverarbeitet. Diese Verarbeitung ist erforderlich, um den Kontrollzweck zu erreichen und datenschutzrechtlich unbedenklich.

Speicherung von Impfzertifikaten

Arbeitgeber dürfen Impfzertifikate oder Genesenennachweise grundsätzlich dann verarbeiten, wenn der Nachweis freiwillig erbracht wurde und eine wirksame Einwilligung

vorliegt. Dabei ist darauf zu achten, dass diese Zertifikate nur für den Zweck der Zugangskontrolle verwendet werden dürfen und auch nur den Personen vorliegen, die diese Kontrolle durchführen oder die Dokumentation vornehmen (Stichwort: Berechtigungskonzept). Die Nachweise sollten nicht in der Personalakte gespeichert werden. Es ist daher zu empfehlen, diese Dokumente nicht zu speichern, da dies zu einer Reihe von datenschutzrechtlichen Folgeproblemen führen kann. Es ist vielmehr zu empfehlen, die Kontrolle dieser Nachweise zu dokumentieren und Nachweise umgehend zu löschen oder nicht entgegenzunehmen.

Beteiligung des Betriebsrats

Der Betriebsrat hat bei dem 3G-Konzept ein Mitbestimmungsrecht. Insbesondere die Ausgestaltung der betrieblichen Zugangskontrolle ist nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Zuständig für die Mitbestimmung ist der örtliche Betriebsrat. Sollte eine Betriebsvereinbarung in der Kürze der Zeit nicht umsetzbar sein, können die Betriebsparteien auch eine Regelungsabrede abschließen.

Ergreifen technisch-organisatorischer Maßnahmen

Der Arbeitgeber hat geeignete technisch-organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass nur die zur Zugangskontrolle befugten Personen Zugang zu den Nachweisen bzw. deren Dokumentation haben. Bei digitaler Speicherung ist hier auf die korrekten Laufwerke, Ordner und Zugangsrechte zu achten. Auch die Personen, die die Dokumentationen verwalten, dürfen Zugang haben. Aus diesem Grund sollte auch hier ein Berechtigungskonzept erstellt werden, damit nachvollzogen werden kann, wer Zugang zu den Daten hat. Bei einer analogen Erfassung auf Papier sind die Nachweise in einem verschlossenen Schrank aufzubewahren, auf denen nur die Befugten Zugang haben.

Geschultes Personal

Der Arbeitgeber sollte grundsätzlich nur geschultes Personal bei der 3G-Kontrolle am Arbeitsplatz einsetzen, dass sich sowohl der Sensibilität im Umgang mit Gesundheitsdaten bewusst ist als auch generell im Datenschutz geschult ist. Der Verarbeitungsprozess sollte zusätzlich gegenüber den Beschäftigten kommuniziert werden.

Mitarbeiterinformation zur Verarbeitung

Unternehmen sollten in Bezug auf das 3G-Konzept auch Mitarbeiterinformationen entwerfen. Denn Unternehmen sind die Verantwortlichen und damit verpflichtet, den Beschäftigten gem. Art. 13 und Art. 14 DSGVO alle Informationen, die sich auf die Verarbeitung der 3G-Daten beziehen, in präziser, transparenter, verständlicher und leicht zu-

gänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache zur Verfügung zu stellen (Art. 12 Abs. 1 DSGVO).

Eintragung in das Verarbeitungsverzeichnis

Da die 3G-Kontrolle eine Verarbeitung personenbezogener Daten darstellt, ist diese auch als Verarbeitungstätigkeit in das Verarbeitungsverzeichnis entsprechend Art. 30 DSGVO aufzunehmen. Bietet der Arbeitgeber neben der 3G-Kontrolle auch noch die Testung des Arbeitnehmers vor Ort an, so ist auch diese Verarbeitung in das Verarbeitungsverzeichnis einzutragen.

Löschung von Nachweisen

Sobald keine Verpflichtung mehr zur Erfassung von Nachweisen der 3G-Kontrolle erforderlich ist oder der Zweck insgesamt entfällt, sind diese zu löschen. Derzeit ist dies nach dem Ende des sechsten Monats ihrer Erfassung der Fall bzw. nach dem Ablauf der bundesweiten Regeln des Infektionsschutzgesetzes zum 19. März 2022. Insgesamt sollten die Löschfristen in das Löschkonzept aufgenommen werden. Die Löschung muss datenschutzkonform erfolgen, daher entweder durch einen beauftragten zertifizierten Dienstleister oder vor Ort durch einen geeigneten Aktenvernichter mit Partikelschnitt.

Fazit

Der Gesetzgeber hat die Unternehmen mit weitreichenden Kompetenzen im Kampf gegen die vierte Covid-19-Welle ausgestattet. Damit sind die Unternehmen nicht nur praktisch, also logistisch, sondern vor allem auch rechtlich gefordert. Insbesondere die datenschutzkonforme Ausgestaltung stellt Unternehmen vor Herausforderungen. Denn Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorgaben können eine Geldbuße in Höhe von EUR 20 Mio. oder im Fall eines Unternehmens von bis zu 4% seines gesamten weltweit erzielten Jahresumsatzes des vorangegangenen Geschäftsjahrs verhängt werden. Daher sind bei der Umsetzung eines 3G-Konzeptes die allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätze zu beachten.

Autoren: Dr. Matthias Jantsch ist zertifizierte Fachkraft für Datenschutz und Datenschutzauditor bei der Veritas Management Group und berät Unternehmen aus unterschiedlichen Bereichen bei datenschutzfachlichen Themen.



Dr. Dominik Sorber, Rechtsanwalt bei ADVANT BEITEN in München und Mitglied der Praxisgruppe Arbeitsrecht. Der Autor berät nationale und internationale Mandanten auf dem gesamten Gebiet des Beschäftigten-datenschutzes und des Arbeitsrechts.

