

BDA · Roritzerstraße 27 · 90419 Nürnberg

JUSTITIARIN

RAin Andrea Pfundstein

Sekretariat:
Gabriele Schneider-Trautmann

Telefon: 0911 / 933 78 27

E-Mail: gschneider@bda-ev.de

Datum: 08.02.2022 P/Sch

Stellungnahme der Rechtsabteilung des BDA zu „Einrichtungsbezogene Impfpflicht“ des § 20 a Infektionsschutzgesetz (IfSG) - Inhalt und mögliche Folgen - Stand 08.02.2022

Mit dem Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie wurde am 12.12.2021 der sog. *Immunitätsnachweis gegen Covid-19* mit der Neuregelung des § 20 a IfSG¹ eingeführt. Eine sanktionsbewährte Pflicht, sich impfen zu lassen, sieht das Gesetz – entgegen der medialen Darstellung – nicht vor.

Welche Mitarbeiter und Einrichtungen sind betroffen?

Personen, die in Krankenhäusern, Einrichtungen für ambulantes Operieren, Tageskliniken, Arztpraxen, Rettungsdienst und anderen im Gesetz genannten besonders schutzbedürftigen Settings bereits tätig sind oder ab dem 16.03.2022 neu eingestellt werden, müssen ihren Impf- bzw. Genesenenstatus oder eine medizinische Kontraindikation gegen eine Coronavirus-Impfung nachweisen.

Die Aufzählung der betroffenen Einrichtungen/Unternehmen ist abschließend.

„Tätige Personen“ bezieht sich nicht nur auf das medizinische bzw. Pflege- und Betreuungspersonal, sondern umfasst z.B. auch Mitarbeiter der Klinikverwaltung, Mitarbeiter aus dem Hol- und Bringdienst, Reinigungspersonal oder externe Firmen, die vor Ort ihre Dienstleistung erbringen. Die gesetzliche Regelung gilt für den Personenkreis unabhängig davon, ob sie selbständig (z.B. als ärztlicher Gesellschafter einer BAG) oder angestellt tätig sind und welche Art der vertraglichen Verbindung besteht (z.B. auch Praktikanten, BFDs).

¹ Gesetzeswortlaut: https://www.gesetze-im-internet.de/ifsg/__20a.html

Wie erfolgt der Nachweis?

Für die bereits laufenden Beschäftigungsverhältnisse gilt: Der Nachweis muss bis zum 15.03.2022 in verkörperter oder digitaler Form, d.h. mit Impfpass, digitalem Code oder Genesenennachweis mit entsprechenden Labordaten oder als ärztliches Zeugnis über eine Kontraindikation gegenüber der Leitung der Einrichtung erbracht werden.

Verliert ein Nachweis ab dem 16.03.2022 seine Gültigkeit wegen Zeitablaufs, ist binnen eines Monats nach Ablauf ein neuer Nachweis in vorgenannter Form vorzulegen.

Für neue, ab dem 16.03.2022 beginnende Beschäftigungsverhältnisse gilt: Der Nachweis muss *vor* Beginn der Tätigkeit vorgelegt werden (§ 20 a Abs. 3 IfSG).

Was geschieht nach dem 15.03.2022?

Wird ein anerkannter, gültiger Nachweis oder aber ein Attest über die Kontraindikation nicht fristgerecht erbracht und liegt auch kein anerkannter Lieferengpass an den maßgeblichen Impfstoffen vor, die eine Impfung bis 15.03.2022 verhindern, läuft folgendes Prozedere ab:

Schritt 1:

Die Leitung der Einrichtung/des Unternehmens hat das zuständige Gesundheitsamt unter Nennung der personenbezogenen Daten *über den fehlenden Nachweis* der Person unverzüglich zu benachrichtigen.

Liegt zwar ein Nachweis vor, hat die Leitung aber *Zweifel an der Echtheit oder der inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises*, hat ebenso eine Meldung an das zuständige Gesundheitsamt zu erfolgen.

Weitergegeben werden müssen somit Name und Vorname, Geschlecht, Geburtsdatum, Anschrift der Hauptwohnung oder des gewöhnlichen Aufenthaltsortes und, falls abweichend, Anschrift des derzeitigen Aufenthaltsortes der betroffenen Person sowie, soweit vorliegend, Telefonnummer und E-Mail-Adresse (§ 2 S. 1 Nr. 16 IfSG).

Unterbleibt die Benachrichtigung des Gesundheitsamts, so droht der Leitung ein Bußgeld von bis zu 2.500 € (§ 73 Abs. 1a Ziff. 7e IfSG).

Schritt 2:

Auf *Anforderung des Gesundheitsamts* muss die Person einen Nachweis erbringen. Verstöße gegen die Nachweispflicht können mit einem Bußgeld von bis zu 2.500 € geahndet werden (§ 73 Abs. 1a Ziff. 7h IfSG).

Bestehen Zweifel an der Echtheit oder der inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises kann das Gesundheitsamt eine *ärztliche Untersuchung anordnen*, um eine etwaige Kontraindikation festzustellen.

Schritt 3:

Wird dem Gesundheitsamt auf Anforderung innerhalb angemessener Frist *gar kein Nachweis erbracht oder die ärztliche Untersuchung verweigert*, kann das Gesundheitsamt gegenüber dem Mitarbeiter ein *Betretungs- und Tätigkeitsverbot* für die betroffene Einrichtung verhängen.

Nur für neu ab dem 16.03.2022 eingestellte Mitarbeiter gilt: Ohne anerkannten Nachweis zum Vertragsbeginn darf die Person die Einrichtung nicht betreten und nicht vom Arbeitgeber beschäftigt werden (§ 20a Abs. 3 S. 4 u. 5 IfSG), auch ohne oder zeitlich vor einem behördlichen Betretungs- und Tätigkeitsverbot. Verstöße gegen das Beschäftigungsverbot sind bußgeldbewehrt (§ 73 Abs. 1a Ziff. 7g IfSG).

Betretungs- und Tätigkeitsverbot

Die „Kann-Regelung“ in § 20 a Abs. 5 IfSG gewährt dem Gesundheitsamt einen Ermessensspielraum bei der Entscheidung, ob ein Betretungs- und Tätigkeitsverbot ausgesprochen wird oder nicht. Dies mag vor allem dann eine Rolle spielen, wenn im Einzelfall der Nachweis wegen einer erst unmittelbar bevorstehenden, aber belastbar belegten vollständigen Impfung zum 15.03.2022 noch nicht erbracht werden kann oder die Labordaten für die kürzlich erfolgte Genesung wegen Überlastung der Labor noch nicht vorgelegt werden können. Zeitlich ähnlich kritische Sachverhalte sind denkbar, wobei allein der Blick auf die – derzeitige – zeitliche Befristung der Regelung bis zum 31.12.2022 nicht ausreichen wird.

Das Ermessen der Behörde wird jedoch bei besonderen Umständen soweit reduziert – man spricht dann von einem Ermessen gegen Null -, dass sie nur noch eine einzige fehlerfreie Entscheidung treffen kann. Dies ist insbesondere bei erheblichen Gefahren für bedeutsame Rechtsgüter der Fall. Bedenkt man die Intention des § 20 a IfSG und den notwendigen Schutz besonders vulnerabler Personengruppen, die einen „erhöhten Unterstützungs- und Betreuungsbedarf“ haben und „ihre Kontakte nur schwer beeinflussen können“ (Gesetzesentwurf BT-Drs. 20/188, 06.12.2021, A. Problem u. Ziel), ist diese Rechtsfolge jedenfalls denkbar.

Vor der Ermessensreduzierung gegen Null steht der Ermessensfehler: Übt die Behörde das ihr zustehende Ermessen überhaupt nicht aus, prüft somit auch nicht den Einzelfall, sondern erlässt pauschal in den von den Einrichtungen gemeldeten Fällen generell kein Betretungs- und Tätigkeitsverbot, so wäre dies nach derzeitiger Gesetzeslage gerichtlich angreifbar.

Arbeitsrechtliche Konsequenzen

Ungeachtet der Meldepflicht gewährt § 20 a IfSG dem Arbeitgeber im Verhältnis zu den Personen, die in einem laufenden Beschäftigungsverhältnis stehen, kein Recht, ein Betretungs- und Tätigkeitsverbot auszusprechen.

Unabhängig davon ist es dem Arbeitgeber unbenommen, arbeitsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen. Denn der Arbeitnehmer ist nicht nur zur „Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit“ verpflichtet (§ 611 a BGB), sondern er hat aufgrund des in § 241 Abs. 2 BGB geregelten Gebots der Rücksichtnahme auf Rechte, Rechtsgüter und Interessen ihres Vertragspartners auch zahlreiche Nebenpflichten. Die nicht fristgerechte Vorlage eines anerkannten

Nachweises könnte als Verstoß gegen die vertraglichen Nebenpflichten gewertet werden.

Der Arbeitgeber kann auf diesen Verstoß wie auf jede andere arbeitsvertragliche Pflichtverletzung reagieren, d.h. eine nochmalige Frist zur Vorlage des Nachweises setzen oder auch sogleich eine Abmahnung erteilen und bei weiterer Verweigerung eine (außer-) ordentliche Kündigung aussprechen.

Denkbar ist auch das Mittel der Freistellung, entweder bis ein anerkannter Nachweis oder eine Entscheidung des Gesundheitsamts vorliegt oder jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist. Es wird geprüft werden müssen, ob dies auch zum Wegfall von Vergütungsansprüchen oder der Anrechnung auf Urlaubs- und Freizeitausgleichsansprüche führen kann. Wie die Arbeitsgerichte über die Zulässigkeit der gewählten arbeitsrechtlichen Schritte entscheiden, dazu vermag keine Prognose abgegeben werden.

Ausblick

Nicht nur das Ausscheren einzelner Bundesländer von der in Bundestag und Bundesrat beschlossenen, und damit bundesweit geltenden Regelung des § 20 a IfSG wird weiter im Fokus stehen. Auch das Bundesverfassungsgericht und vermutlich alle Instanzen der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit werden sich mit Grundsatzfragen beschäftigen müssen, die im vorliegenden Gesetz leider nur lückenhaft bzw. nicht eindeutig genug geklärt wurden.

Nürnberg, den 08.02.2022

RAin Andrea Pfundstein
Ass. iur. Evelyn Weis