

## Arbeitsrechtliche Fragen

### im Zusammenhang mit der einrichtungsbezogenen Impfpflicht

#### Zweite Aktualisierung

##### Hinweise:

1. *Aufgrund des fortschreitenden Erkenntnisprozesses kann es erforderlich werden, dass die nachfolgenden Ausführungen aktualisiert werden müssen. Etwaige Änderungen oder Ergänzungen gegenüber der vorherigen Fassung werden jeweils kursiv und farblich gekennzeichnet.*
2. *Diese Handreichung ist nur für Paritätische Mitgliedsorganisationen, Einrichtungen und Unternehmen bestimmt, nicht dazu, an Dritte weitergegeben oder (frei) veröffentlicht zu werden. Sie ist dementsprechend auch nur über die Paritätischen Landesverbände zu beziehen und wird nicht auf der Homepage des Gesamtverbands veröffentlicht.*
3. *Die Frage, ob in Einrichtung (bereits) tätige Personen, die am 15. März 2022 keinen Nachweis vorgelegt haben, über den Stichtag hinaus noch (weiter-)beschäftigt werden dürfen, jedenfalls solange kein behördliches Verbot erlassen wurde, wird teilweise unterschiedlich beurteilt (siehe dazu unter Ziff. 5). Die hier vertretene Auffassung scheint sich aber zunehmend in Verbänden und Ministerien durchzusetzen.*
4. *Bitte informieren Sie sich weiterhin und halten sich auf dem neuesten Stand. (Neue) Informationen oder etwaige Änderungen würden wir hier oder vor allem in unserer Fachinformation zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht bekanntgeben:*

<https://www.der-paritaetische.de/alle-meldungen/impfpflicht-in-gesundheitspflege-und-betreuungseinrichtungen-zum-schutz-vor-coronavirus-krankheit/>

##### Ausgangslage:

Personen, die zum Beispiel in Kliniken, Pflegeheimen, *Pflegediensten* oder (*auch ambulanten*) Einrichtungen der Eingliederungshilfe tätig sind, müssen nach dem neu eingefügten §20a Infektionsschutzgesetz (IfSG) bis zum 15. März 2022 der Einrichtungsleitung einen Nachweis über eine abgeschlossene Impfung gegen das Coronavirus, einen Genesenennachweis, oder ein ärztliches Attest, dass sie nicht geimpft werden können, vorlegen.

In vielen Einrichtungen wird den Leitungen schon in etwa bekannt sein, welche Personen geimpft, genesen oder keines von beidem sind. Denn in Einrichtungen nach § 23a und § 36 Abs. 1 und 2 IfSG haben die Leitungen ja schon länger die Möglichkeit, den Impf- und Serostatus ihrer Beschäftigten (zur Begründung oder Durchführung eines Beschäftigungsverhältnisses) zu erfragen. In vielen Fällen dürfte sich daher bereits ein gewisses Lagebild abgezeichnet haben.

Für Einrichtungen stellt sich nun die Frage, wie sie mit (bereits) tätigen Personen arbeitsrechtlich umgehen sollen, die keine Nachweise vorlegen, insbesondere, wenn es mehrere oder sogar zahlreiche solcher Fälle in einer Einrichtung geben sollte, bis hin zu dem Szenario, dass der Betrieb, ohne diese Personen, nicht mehr aufrechterhalten werden könnte.

### **1. Information**

In einem ersten Schritt werden die in betroffenen Einrichtungen tätigen Personen über die neue Regelung des § 20a IfSG zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht durch die Leitung zu informieren sein. Hierzu kann auf die vom Gesamtverband veröffentlichte Fachinformation (siehe den obenstehenden Link) zurückgegriffen und Teile daraus für ein entsprechendes Informationsschreiben verwendet werden.

Deutlich werden sollte vor allem, dass

- bereits tätige Personen nun die Pflicht haben, der Einrichtungsleitung bis zum 15. März 2022 einen bestimmten Nachweis vorzulegen,
- anderenfalls die Leitung gesetzlich verpflichtet ist, eine Meldung an das Gesundheitsamt zu machen,
- und wenn auch dem Gesundheitsamt auf Anforderung kein Nachweis vorgelegt wird, dies eine Ordnungswidrigkeit darstellen und außerdem ein behördliches Verbot drohen würde, die Einrichtung fernerhin noch zu betreten oder darin tätig zu werden.

### **2. Appell**

Sicherlich ist angezeigt, vor dem Hintergrund der neuen gesetzlichen Regelung auch noch einmal einen Appell an diejenigen tätigen Personen zu richten, die sich bislang noch nicht für eine Impfung gegen das Coronavirus entscheiden konnten, dies schleunigst nachzuholen, um die Zusammenarbeit ungestört fortsetzen zu können.

Um am 15. März 2022 als geimpfte Person zu gelten, muss eine (Zweit-)Impfung spätestens am 1. März erfolgen, eine (Erst-)Impfung dementsprechend (je nach Alter und Vakzin) zwischen drei bis sechs Wochen vorher, das heißt etwa in der Zeit zwischen dem 18. Januar und dem 8. Februar.

Allzu viel Zeit ist daher nicht mehr.

### **3. Gespräch**

Falls die Leitung einschätzt, dass (einzelne) tätige Personen einer Ansprache zugänglich sein könnten, sollte im Nachgang zu der Information gegebenenfalls auch noch einmal das Gespräch gesucht werden, in der Hoffnung, den einen oder die andere möglicherweise doch noch umstimmen zu können.

Völlig klar ist, dass es bei diesen Schritten vor allem darum geht, die noch Unentschlossenen zu identifizieren und nach Möglichkeit für eine Impfung zu gewinnen, um die Zahl derjenigen Personen, die sich dazu definitiv nicht entschließen können, so klein wie möglich werden zu lassen.

#### 4. Zu erfassende Daten

Welche Daten aus den Nachweisen zu verfassen sind, geht aus der gesetzlichen Regelung zwar nicht explizit hervor, ergibt sich aber aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 20a IfSG, wonach die Einrichtungsleitung zu überprüfen hat, ob die in der Einrichtung tätigen Personen geimpfte oder genesene Personen (oder solche mit ärztlichem Attest) sind.

Wie gültige Impf- und Genesenenausweise auszusehen haben, definiert § 2 Nr. 8 und 10 Schutzmaßnahmenausnahmereverordnung (SchAusnahmVO) in Verbindung mit den unter [www.pei.de/impfstoffe/covid-19](http://www.pei.de/impfstoffe/covid-19) beziehungsweise unter [www.rki.de/covid-19-genesennachweis](http://www.rki.de/covid-19-genesennachweis) jeweils veröffentlichten Vorgaben. Seit 15. Januar 2022 sind beim Impfnachweis insbesondere auch Intervallzeiten zu berücksichtigen, die nach einer Impfung für einen vollständigen Impfschutz abgewartet werden müssen und die höchstens zwischen Einzelimpfungen oder Auffrischimpfungen liegen dürfen. Auch für den Genesennachweis gibt es entsprechende (Mindest-)Zeiten, die eingehalten oder verstrichen sein müssen. Daraus ergeben sich für die Nachweise nun eine „Gültigkeitsdauer“, so dass von den Einrichtungsleitungen vor allem folgende Daten zu erfassen sind:

- Impfnachweis: Anzahl und Zeitpunkt(e) der Impfung(en) und Auffrischungsimpfungen, Name des Vakzins
- Genesennachweis: Art und Zeitpunkt der Testung zum Nachweis der vorherigen Infektion

Im Sinne der Datensparsamkeit ist es vorzugswürdig, wenn sich die Leitungen entsprechende Nachweise im Original vorzeigen lassen und die relevanten Daten daraus lediglich notieren, versehen mit dem Vermerk, dass (und welches) Originaldokument am ... (Datum) vorgelegen hat, unterschrieben von der den Nachweis vorlegenden Person sowie der Einrichtungsleitung, woraufhin das (Original-)Dokument zurückgereicht (und auf eine Kopie verzichtet) werden kann.

Zwar sind in den Einrichtungen tätige Personen (von sich aus) nach § 20a Abs. 4 IfSG verpflichtet, sollte ihr Nachweis durch Zeitablauf seine Gültigkeit verloren haben, innerhalb eines Monats einen neuen Nachweis vorzulegen. Da allerdings die Einrichtungsleitungen die Verantwortung dafür tragen, dass die Bestimmungen umgesetzt werden, wozu auch gehört, dass stets (gültige) Nachweise vorliegen, ist zu empfehlen, dass sich die -Leitungen bei Erfassung der Daten sogleich eine Wiedervorlage eintragen, wann ein neuer Nachweis absehbar vorgelegt werden muss.

#### 5. *Unverzügliche Meldung*

Wenn es gleichwohl nicht gelingt, (einzelne) tätige Personen von einer Impfung und der Vorlage entsprechender Nachweise zu überzeugen, verhält es sich so, dass die Einrichtungsleitung nach Ablauf des 15. März 2022 unverzüglich eine entsprechende Meldung an das zuständige Gesundheitsamt zu machen hat. Unverzüglich heißt ohne schuldhaftes Zögern, so dass die Meldung am 16. März, in begründbaren Ausnahmefällen möglicherweise auch erst am 17. oder (spätestens) 18. März 2022 zu erfolgen hat.

*Sollte schon (weit) vor dem 15. März ein Nachweis vorgelegt werden, zum Beispiel ein ärztliches Zeugnis, und Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des*

*vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Einrichtungsleitung dies ebenfalls dem Gesundheitsamt – unverzüglich ab Vorlage des Nachweises – zu melden.*

Ein (Handlungs-)Spielraum, die Meldung zu machen oder davon abzusehen, besteht nicht. Im Gegenteil beginge eine Einrichtungsleitung eine Ordnungswidrigkeit, wenn sie die Meldung unterlassen würde. Dies könnte (in jedem Einzelfall) mit einer Geldbuße bis zu 2.500 Euro geahndet werden.

Zu übermitteln sind *insbesondere* 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.

*Zu überlegen ist im Einzelfall, ob die Mitteilung auf diese (wenigen) Angaben beschränkt bleiben sollte. In besonderen Fällen, wenn in einer Einrichtung zum Beispiel zahlreiche Meldungen zu machen sind oder eine Meldung im Hinblick auf eine besonders wichtige Person (Leistungsträger\*in) ansteht, so dass die Aufrechterhaltung des Betriebs und/oder die Versorgungssicherheit gefährdet sind, ist zu empfehlen, diese Umstände dem Gesundheitsamt ebenfalls möglichst konkret zu schildern. Die gesetzlich vorgeschriebene Meldung ist dann eine Chance (ähnlich wie bei einer „Anhörung“), dem Gesundheitsamt eine besondere betriebliche Situation zu verdeutlichen und Umstände zur Kenntnis zu bringen, die es im Rahmen des eröffneten Ermessens berücksichtigen kann (oder sogar muss) und die der Verhängung eines Betretens- oder Beschäftigungsverbots gegebenenfalls entgegenstehen können (siehe hierzu auch Ziff. 9.).*

## **6. (Weiter-)Beschäftigung**

Die Frage, ob in Einrichtung (bereits) tätige Personen, die am 15. März 2022 keinen Nachweis vorgelegt haben, über diesen Zeitpunkt hinaus noch (weiter-)beschäftigt werden dürfen, jedenfalls solange kein behördliches Verbot erlassen wurde, wird unterschiedlich beurteilt.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist dies gesetzlich nicht ausgeschlossen.

Die Gründe hierfür werden im Folgenden genannt. (Für wen dies zu weitschweifig und nicht primär von Interesse ist, mag das Eingerückte überspringen):

- a) § 20a Abs. 2 IfSG regelt **einzig**, dass Einrichtungsleitungen unverzüglich eine Meldung an die zuständigen Gesundheitsämter zu machen haben, wenn in den Einrichtungen tätige Personen keinen Nachweis vorgelegt haben. **Anders** als Abs. 3 S. 4 und 5, die sich aber (nur) auf die ab dem 16. März 2022 erstmals in den Einrichtung tätig werdenden Personen bezieht, ist in Abs. 2 gerade **nicht** geregelt, dass die in den Einrichtungen schon tätigen Personen, die keinen Nachweis vorgelegt haben, nicht mehr beschäftigt werden dürfen.

Wäre diese Rechtsfolge aber (auch) für die schon in den Einrichtung tätigen Personen (einheitlich) gewollt gewesen, wäre es ja ein Leichtes gewesen, dies in Abs. 2 durch einen weiteren Satz 4, genauso wie in Abs. 3 Satz 4 und 5, zu tun.

- b) Nun heißt es zwar bereits in Abs. 1 S. 1, dass (nachfolgend näher bestimmte) Personen ab dem 15. März 2022 entweder geimpfte oder genesene Personen sein müssen. Das bedeutet aber nicht zwingend, dass sie, wenn sie keinen Nachweis vorgelegt haben, sogleich nicht mehr beschäftigt werden dürfen. Wenn es dies aber hat bedeuten sollen, wäre der Abs. 3 Satz 4 und 5 nicht mehr erklärlich, der (für die (Neu-)Einstellungen ab 16. März 2022) ja explizit ein Beschäftigungsverbot regelt, wenn kein Nachweis vorgelegt wurde. Dieser Sätze bedürfte es dann ja nicht, wenn sich dies - und zwar für alle tätigen Personen, gleich ob nach Abs. 2 oder Abs. 3 - schon aus Abs. 1 Satz 1 hätte ergeben sollen.
- c) Bezeichnenderweise handelt nach § 73 Abs. 1a Nr. 7g IfSG ordnungswidrig, wer **entgegen § 20a Absatz 3 Satz 4 oder Satz 5** eine Person beschäftigt oder in einer Einrichtung oder einem Unternehmen tätig wird, beziehungsweise nach Nr. 7h, wer entgegen § 20a Absatz 5 Satz 1 einen Nachweis nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorlegt. **Dagegen** handelt weder die Einrichtungsleitung ordnungswidrig, wenn sie eine bereits tätige Person, die keinen Nachweis vorgelegt hat, nach einer Meldung gemäß Abs. 2 (weiter-)beschäftigt, noch stellt es eine Ordnungswidrigkeit dar, den Nachweis der Einrichtungsleitung nicht vorzulegen.

Auch von daher wird das hier favorisierte Auslegungsergebnis gestützt.

- d) Das Bundesgesundheitsministerium hat sich zu unseren (mehrfachen) Anfrage, wie es sich hier verhält, bislang nicht explizit geäußert. Auf der inzwischen erschienenen FAQ-Seite des Ministeriums (<https://www.zusammengegencorona.de/impfen/gesundheits-und-pflegeberufe-impfen/einrichtungsbezogene-impfpflicht/#id-fed59645-ea4e-5620-9f45-69b9a74bedfd>) findet sich lediglich *folgende, indirekte Hinweise, die* die hier favorisierte Auffassung jedenfalls nicht ausschließen. Auf der FAQ-Seite heißt es dazu wie folgt:

- **„Welche arbeitsrechtlichen Folgen können sich für die betroffenen Personen ergeben, wenn keine Nachweise im Rahmen der einrichtungsbezogenen Impfpflicht vorgelegt werden?“**

*Das Gesundheitsamt kann gegenüber den betroffenen Personen ein Verbot aussprechen, das Unternehmen bzw. die Einrichtung zu betreten, oder in einer betroffenen Einrichtung bzw. in einem betroffenen Unternehmen tätig zu sein.*

*In diesen Fällen dürfte im Ergebnis für betroffene Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Vergütungsanspruch in der Regel entfallen. Weigert sich die Arbeitnehmerin bzw. der Arbeitnehmer dauerhaft, einen 2G-Nachweis bzw. ein ärztliches Zeugnis über die Kontraindikation vorzulegen, kann als letztes Mittel eine Kündigung in Betracht kommen. Hier dürfte der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit jedoch regelmäßig zunächst eine Abmahnung erfordern.*

*Personen, die noch nicht in einer betroffenen Einrichtung oder in einem betroffenen Unternehmen tätig sind, dies aber beabsichtigen, dürfen ab dem 16. März 2022 ohne Vorlage eines entsprechenden Nachweises nicht beschäftigt werden bzw. keine Tätigkeit in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmen aufnehmen.*

*Stand: 23.12.2021*

- ***Was passiert, wenn ein Nachweis im Rahmen der einrichtungsbezogenen Impfpflicht nicht vorgelegt wird?***

*Im Hinblick auf Personen, die bereits in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmen tätig sind:*

*Wenn der Nachweis nicht innerhalb der Frist bis zum Ablauf des 15. März 2022 vorgelegt wird oder wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das zuständige Gesundheitsamt darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt die erforderlichen personenbezogenen Daten (Umfang ergibt sich aus § 2 Nummer 16 IfSG) weiterzuleiten. Das Gesundheitsamt wird den Fall untersuchen und die Person zur Vorlage des entsprechenden Nachweises auffordern. Wenn kein entsprechender Nachweis vorgelegt wird, kann das Gesundheitsamt der betroffenen Person gegenüber ein Betretungs- bzw. Tätigkeitsverbot im Hinblick auf die im § 20a Absatz 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen aussprechen.*

*(...)*

*Im Hinblick auf Personen, die nach dem 15. März 2022 eine Tätigkeit in einer betroffenen Einrichtung oder einem betroffenen Unternehmen aufnehmen wollen:*

*Eine Person, die keinen Nachweis vorgelegt hat, darf nicht in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmen beschäftigt oder tätig werden.“*

*Stand: 24.01.2022*

Im Umkehrschluss kann *den beiden Fragen/Antworten (indirekt)* entnommen werden, dass es ein solches Beschäftigungsverbot für diejenigen Personen, die bereits in den Einrichtungen tätig waren, gerade nicht geben soll.

Eine (Weiter-)Beschäftigung von in den Einrichtungen (bereits) tätigen Personen, die keinen Nachweis vorgelegt haben, ist daher nach hiesiger Auffassung über den 15. März 2022 hinaus zunächst einmal gesetzlich nicht ausgeschlossen, jedenfalls solange kein behördliches Verbot erlassen wird. Denn es ist nicht die

Einrichtungsleitung, die gegebenenfalls über ein Betretens- oder Tätigkeitsverbot zu entscheiden hat, sondern einzig das zuständige Gesundheitsamt.

Einrichtungsleitungen sind daher nicht gehalten, solche Personen ab dem 16. März freizustellen (oder sogar zu kündigen). Im Gegenteil ist nach hiesiger Auffassung keine Rechtsgrundlage ersichtlich, auf die sich Leitungen stützen könnten, um unbezahlte Freistellungen auszusprechen.

Solche sind erst angezeigt, wenn das zuständige Gesundheitsamt ein Betretens- oder Beschäftigungsverbot ausgesprochen hat, und die Einrichtungsleitung darüber informiert wird, dass ein solches Verbot ausgesprochen wurde und ab wann es zu beachten ist. Insoweit müssen sich die Leitungen auch nicht bei den betreffenden Personen permanent erkundigen, sondern können eine behördliche Benachrichtigung abwarten.

### **7. Reaktion des Gesundheitsamts**

Wie die Gesundheitsämter (auf Meldungen der Einrichtungen) reagieren werden, ist derzeit noch ungewiss.

Das Gesundheitsamt „kann“ einer Person, die trotz der (behördlichen) Anforderung keinen Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist vorlegt, untersagen, dass sie die dem Betrieb einer Einrichtung dienenden Räume betritt oder in einer solchen Einrichtung tätig wird. Die Behörde hat demnach eine Ermessensentscheidung zu treffen.

Sie kann zunächst eine Frist setzen, dem Amt einen Nachweis vorzulegen. Geschieht dies nicht (oder nicht rechtzeitig), wäre dies bereits eine Ordnungswidrigkeit. Die Behörde könnte dann einen Bußgeldbescheid erlassen. Die Geldbuße könnten bis zu 2.500 Euro betragen.

Bestehen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises, kann das Gesundheitsamt eine ärztliche Untersuchung dazu anordnen, ob die betroffene Person auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus geimpft werden kann. Dieser nicht Folge zu leisten, stellt ebenfalls eine Ordnungswidrigkeit dar.

Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine vom Gesundheitsamt erlassene Anordnung oder ein erteiltes Verbot, die Betroffene möglicherweise anstreben werden, haben keine aufschiebende Wirkung, das heißt eine Anordnung beziehungsweise ein Verbot wären zunächst einmal zu beachten, bis Gerichte möglicherweise etwas anderes entscheiden.

In vielen Fällen dürfte sich das behördliche Verfahren, bis es möglicherweise zu einem Beschäftigungsverbot käme, daher zunächst einmal noch hinziehen. Eine naheliegende, das behördliche Ermessen beeinflussende Erwägung könnte vor allem sein, dass angesichts der (erwarteten) Inzidenzen in Gesundheits-, Pflege- und Betreuungseinrichtungen zur Aufrechterhaltung der Versorgungssicherheit alle Kräfte benötigt werden, jedenfalls in den nächsten Wochen (und möglicherweise auch noch Monaten).

## **8. Arbeitsrechtliche Konsequenzen**

### a) Abmahnung

Da in den betroffenen Einrichtungen (bereits) tätige Personen nun gesetzlich verpflichtet sind, der Leitung bis zum 15. März 2022 einen Nachweis vorzulegen, kann, wenn dies nicht erfolgt, darauf mit dem Ausspruch einer Abmahnung reagiert werden.

Das kommt auch dann in Betracht, wenn die betreffende Person zunächst einmal (weiter-)beschäftigt wird.

### b) Freistellung / Urlaubsgewährung

Sollte es in der Folge zu einem behördlichen Verbot und einer entsprechenden Benachrichtigung der Einrichtung hierüber kommen, sind betreffende Personen *ab* Geltung des Beschäftigungsverbots (unbezahlt) freizustellen.

Davon, vor einer solchen Freistellung zunächst den (restlichen) Urlaub zu gewähren, sollte, selbst wenn die Betroffenen damit einverstanden sind, Abstand genommen werden. Denn bei einem (absoluten) Beschäftigungsverbot zum Beispiel nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG) ist es so, dass die Arbeitspflicht der (werdenden) Mutter für die Dauer des Verbots ruht. Während dieser Zeit kann ihr nicht (wirksam) Urlaub gewährt werden, der ja auf eine bezahlte Freistellung gerichtet ist, weil gar keine Arbeitspflicht (mehr) besteht. Dies gilt auch dann, wenn der Urlaub bereits vor Beginn des Beschäftigungsverbots genehmigt worden war.

Die gleichen Überlegungen dürften auch in der hiesigen Situation greifen, wenn das Gesundheitsamt nach § 20a Abs. 5 IfSG ein Beschäftigungsverbot ausspricht. Daher sollte nicht zunächst Urlaub gewährt, sondern sogleich eine (unbezahlte) Freistellung vorgenommen werden, um als Einrichtung nicht in die Gefahr zu kommen, den Urlaub möglicherweise noch einmal gewähren (oder abgelten) zu müssen. Anders wäre es, wenn das Gesundheitsamt nur ein Verbot aussprechen würde, die Einrichtung zu betreten, der betroffenen Person von der Einrichtungsleitung aber zum Beispiel im Homeoffice Tätigkeiten zugewiesen werden könnten. Dann könnte auch Urlaub (wirksam) gewährt werden, was aber eher die Ausnahme sein dürfte.

### c) „Schwebezustand“

Ein solches behördliches und eine nachfolgende Freistellung berühren das Arbeitsverhältnis in seinem Bestand zunächst einmal nicht, sondern es besteht weiter fort. Die betreffende Person verdient jedoch nichts mehr. Auch drohen nachteilige sozialversicherungsrechtliche Folgen, insbesondere der Verlust des Krankenversicherungsschutzes. Sie hat auch keinen Anspruch auf Arbeitslosengeld, weil sie dem Arbeitsmarkt ja nicht zur Verfügung steht. (Die „heimliche“, unberechtigte Aufnahme einer Nebentätigkeit kann zu einer Kündigung berechtigen).

Möglicherweise führt dies bei dem einen oder der anderen zu einem Sinneswandel.



#### d) Sozialversicherungsrechtliche Folgen

Eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt gilt gemäß § 7 Abs 3 SGB IV als fortbestehend, solange das Beschäftigungsverhältnis ohne Anspruch auf Arbeitsentgelt fort dauert, jedoch nicht länger als einen Monat. Das bedeutet, dass im Falle einer unbezahlten Freistellung, wenn keine Vergütung bezahlt und keine Sozialversicherungsbeiträge mehr abgeführt werden, der Krankenversicherungsschutz noch einen Monat länger gesetzlich aufrechterhalten bleibt, danach aber nicht mehr besteht.

Die Einrichtungen werden betreffende Personen nach Ablauf der Monatsfrist bei der Krankenkasse abmelden.

#### e) Krankschreibungen

Sollten sich um den 15. März 2022 herum just nicht geimpfte Personen plötzlich krankmelden und es nach den gesamten Umständen, weil es vielleicht sogar schon angekündigt worden war, Zweifel an der Berechtigung der Krankmeldungen geben, können Einrichtungen nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 SGB V (über die Krankenkasse) den Medizinischen Dienst der Krankenkassen (MDK) einschalten.

Hinweise auf Unregelmäßigkeiten könnten hier vor allem sein, dass ein bestimmter Arzt mehreren nicht geimpften Personen in der Einrichtung eine Krankschreibung ausstellt, möglicherweise auch in etwa zur gleichen Zeit, mit von vornherein besonders langer Dauer (zum Beispiel gleich vier Wochen). Auch ein attestierter Beginn einer Arbeitsunfähigkeit, bevor sich die Person überhaupt bei dem Arzt vorgestellt hat, ist nicht plausibel, etc.

Sollte in der Folge durch das Gesundheitsamt ein Beschäftigungsverbot verhängt worden sein, gilt für den Entgeltfortzahlungsanspruch folgendes:

Nach § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) muss die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache für die Arbeitsverhinderung sein (Grundsatz der Monokausalität). Der Arbeitgeber wird mit der Fortzahlung des Entgelts ohne eine Gegenleistung nur belastet, wenn der/die Arbeitnehmer\*in ohne Erkrankung gearbeitet hätte. Das ist aber nicht der Fall, wenn die Arbeit zumindest auch aus einem anderen Grund nicht geleistet worden ist. Unterliegt beispielsweise eine (werdende) Mutter einem der (krankheitsunabhängigen) Beschäftigungsverbote nach dem MuSchG, hat sie auch keinen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG, sondern bezieht eine Vergütung nach §§ 18, 19 MuSchG.

Die gleichen Erwägungen dürften auch hier gelten, wenn in den Einrichtungen tätige Personen nicht bis zum 15. März 2022 einen Nachweis vorgelegt haben und in der Folge das Gesundheitsamt ein Beschäftigungsverbot ausspricht. Dann würde die Arbeit schon aus diesem Grunde nicht mehr erbracht werden können, so dass eine hinzutretende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit den Entgeltfortzahlungsanspruch nicht auslösen würde (keine Monokausalität). In solchen Fällen dürfte es auch keine Rolle spielen, ob die Krankschreibung (noch) vor dem 15. März 2022 oder erst danach erfolgt ist, sondern ist vertretbar, dass jedenfalls ab Geltung eines Beschäftigungsverbots kein Entgeltfortzahlungsanspruch mehr besteht.

## f) Kündigung

Sollte sich trotz allem in der Folge eines behördlichen Verbots und einer nachfolgenden Freistellung nichts (mehr) ändern und der Nachweis beharrlich ausbleiben, so dass das Arbeitsverhältnis dauerhaft nicht mehr fortgesetzt werden kann, kommt als letztes Mittel auch eine Kündigung in Betracht.

Welche Zeitspanne für eine „beharrliche“ und „dauerhafte“ Weigerung erforderlich ist, kann nicht pauschal, sondern nur im Einzelfall beantwortet werden. Wenn sich Personen zum Beispiel mehrfach und über einen Zeitraum von Wochen hinweg klar äußern, keinen Nachweis vorlegen zu wollen, mag früher eine Kündigung in Betracht kommen, als wenn sich Personen dazu nur ausweichend oder überhaupt nicht klar positionieren.

Nicht eindeutig ist im Übrigen auch die Frage zu beurteilen, ob es sich um eine verhaltens- oder personenbedingte Kündigung handeln würde, die jeweils etwas anderen rechtlichen Regeln folgen.

Die Abgrenzung kann im Einzelfall schwierig sein. Grundsätzlich gilt, dass ein personenbedingter Grund bei einem nicht steuerbaren Handeln vorliegt, während ein Grund im Verhalten des/der Mitarbeitenden auf willensgesteuerten Verhaltensweisen beruht. Kurz: Ein Grund in der Person liegt vor, wenn der/die Mitarbeitende will, aber nicht kann; ein Grund im Verhalten ist demgegenüber gegeben, wenn der/die Mitarbeitende kann, aber nicht will.

Nun könnte man annehmen, dass sich doch jede\*r frei, willens- und vernunftgesteuert entscheiden kann, ob er/sie sich impfen lassen möchte oder nicht. Als die Gesundheit und körperliche Unversehrtheit betreffende, besonders sensible Entscheidung hat dies jedoch eine gewisse Nähe zu Glaubens- oder Gewissensstandpunkten und -Konflikten, die im Arbeitsverhältnis ebenfalls dazu führen können, dass Arbeitnehmer\*innen - aus einer inneren Überzeugung heraus - ihre Arbeitspflichten (personenbedingt) nicht mehr erfüllen können.

Welche Zuordnung im Streitfall die Gerichte vornehmen, wird sich zeigen.

Ob Einrichtungen angesichts der Befristung der Geltung des § 20a IfSG auf den 31. Dezember 2022 zumutbar ist, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, den das Bundesgesundheitsministerium in seinen FAQ ausdrücklich anspricht, von einem solchen Schritt abzusehen, *dürfte stark vom Einzelfall abhängen. Denkbar könnte dies zum Beispiel bei einer beabsichtigten Kündigung einer langjährig tätigen Person sein, wenn der Ablauf der Kündigungsfrist das Jahresende bereits (annähernd) erreichen würde.*

*Auch könnte einer Kündigung entgegenstehen, dass die betroffene Person noch anderweitig beschäftigt werden kann, etwa im Falle eines Betretungsverbots ihr noch (zum Beispiel verwaltende) Tätigkeiten im Homeoffice zugewiesen werden könnten. Dies dürfte im medizinischen, pflegerischen oder betreuenden Bereich aber eher die Ausnahme sein.*

## g) Sperrzeit

Im Falle einer (Eigen-)Kündigung hat die Person in der Regel mit einer zwölfwöchigen Sperrzeit zu rechnen, innerhalb derer sie kein Arbeitslosengeld bezieht, es sei denn, sie hat einen wichtigen Grund für die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses. Ob die Bundesagentur die Entscheidung gegen eine Impfung als einen solchen Grund gelten lässt, werden wir sehen. Gleiches gilt, wenn ein Aufhebungsvertrag abgeschlossen wird.

Ob dies auch so ist, wenn der Arbeitgeber kündigt, kommt darauf an, ob der Kündigungssachverhalt als verhaltens- oder personenbedingt von der Bundesagentur eingeordnet wird (siehe oben). Lediglich im Falle einer verhaltensbedingten Kündigung wäre nachfolgend mit einer Sperrzeit zu rechnen.

## **9. Vorsorgliche Anzeige bei Heimsaufsicht/Gesundheitsamt**

In extremen Fällen, wenn zum Beispiel in einer Einrichtung eine größere Zahl von Personen beharrlich keine Nachweise vorlegt, Argumenten nicht mehr zugänglich ist und sich auch von behördlichen Sanktionen und Freistellungen nicht beeindrucken lässt, mag es sein, dass (auch) die oben dargestellten Maßnahmen keine Wirkung mehr zeigen.

Die in den Einrichtungen tätigen Personen können letztlich nicht gezwungen werden, sich doch noch impfen zu lassen. Eine „Ersatzvornahme“ in dem Sinne, dass Impfungen, etwa durch die Gesundheitsämter, vollzogen werden, kommt ausdrücklich nicht in Betracht. Bei Zuwiderhandlungen sieht das Gesetz Bußgelder und das Betretens- oder Beschäftigungsverbot vor. Hinzu kommen die gezeigten arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Folgen einer (beharrlichen) Verweigerung.

Sollte nun zum Beispiel die Versorgung von zu pflegenden Heimbewohner\*innen konkret gefährdet sein, weil der Personalausfall im Falle von behördlichen Beschäftigungsverboten mit den üblichen Mitteln (zum Beispiel der Aktivierung von „Springern“, Zeitarbeitskräften) nicht mehr zu verkraften wäre, müsste erwogen werden, eine vorsorgliche Anzeige an das zuständige Gesundheitsamt, das allerdings den Überblick haben müsste, und auch an die Heimaufsicht zu machen.

Damit läge der „Ball im Feld“ der Behörden. Weder die Gesundheitsämter noch die Heimaufsichten haben jedoch ein Interesse an einer Gefährdung der Versorgungssicherheit oder Eskalation der ohnehin schon angespannten personellen Situation in den Gesundheits-, Pflege- und Betreuungseinrichtungen. Das Gesundheitsamt muss ja auch nicht sofort Beschäftigungsverbote aussprechen (siehe oben). In jedem Fall sollte, insbesondere nach so einer Anzeige, das Gespräch und die Abstimmung mit den zuständigen Stellen gesucht werden.

## **10. Neue Einstellungen**

Im Hinblick auf (Neu-)Einstellungen von Personen, die ab dem 16. März 2022 (erstmalig) ihren Dienst in den betroffenen Einrichtungen beginnen sollen, gilt, dass ohne Vorlage eines entsprechenden Nachweises gegenüber der Leitung schon keine

Aufnahme der Tätigkeit erlaubt ist. Eine Zuwiderhandlung wäre eine (bußgeldbewehrte) Ordnungswidrigkeit.

Zu empfehlen ist, wenn der Nachweis nicht schon bei Abschluss des Arbeitsvertrags vorliegt (was jedoch die Regel sein sollte), den Vertrag zum Beispiel unter der aufschiebenden Bedingung abzuschließen, dass zunächst der Nachweis in der gesetzlich gebotenen Form erbracht wird. Der Arbeitsvertrag wird dann erst mit Eintritt der Bedingung wirksam. Bis dahin darf selbstverständlich auch noch keine Beschäftigung in der Einrichtung erfolgen.

Berlin, 27. Januar 2022

Paritätischer Gesamtverband e. V.

Dr. Ingo Vollgraf