Sachstand

Einzelfragen zum Weisungsrecht des Arbeitgebers im Hinblick auf Schutzimpfungen

© 2021 Deutscher Bundestag

Einzelfragen zum Weisungsrecht des Arbeitgebers im Hinblick auf Schutzimpfungen

Aktenzeichen:	WD 6 - 3000 - 077/21
Abschluss der Arbeit:	15. Oktober 2021
Fachbereich:	WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1. Einleitung 4

2. Arbeitsrechtliche Fragestellungen 5
2.1. Arbeitsrechtliches Weisungsrecht 5
2.1.1. Gegenstand des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts 5
2.1.2. Grenzen des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts 7
2.1.2.1. Arbeitsvertragliche Grenzen 7
2.1.2.2. Kollektivrechtliche Grenzen 7
2.1.2.3. Gesetzliche Grenzen 8
2.1.2.4. Billiges Ermessen 8
2.1.3. Rechtsfolgen 9
2.2. Aktuelle Diskussion zu arbeitsrechtlichem Weisungsrecht und Impfung 9

3. Allgemeines zum Recht der gesetzlichen Unfallversicherung 11
3.1. Der Versicherungsfall nach § 7 SGB VII 12
3.1.1. Schutzimpfung als Arbeitsunfall 12
3.1.2. Gesundheitsschaden 14

4. Entschädigungsanspruch nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) 15

1. Einleitung

An die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages wurde die Fragestellung herangetragen, inwieweit Arbeitgeber im Rahmen ihres Weisungsrechts ihre Beschäftigten zu Schutzimpfungen auffordern können und welche rechtlichen Folgen sich daraus - auch bei auftretenden Impfkomplikationen - ergeben können.

Eine grundsätzliche Impfpflicht besteht derzeit in Deutschland nicht.[1][2] Vielmehr beruht das Impfwesen ganz wesentlich auf Impfempfehlungen. Erstellt werden diese auf Bundesebene von der „Ständigen Impfkommission" (STIKO)[3], die beim Robert-Koch-Institut (RKI) eingerichtet wurde.

Den oberen Bundesbehörden und den obersten Landesbehörden obliegt es dabei gemäß § 20 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG), die Bevölkerung über die Bedeutung von Schutzimpfungen aufzuklären. Ziel dieser Aufgabe ist es, Unsicherheiten in Bezug auf Impfungen abzubauen und einen möglichst lückenlosen Impfschutz in der Bevölkerung durch eine freiwillige Impfentscheidung zu erreichen.[4]

Bei einer Schutzimpfung handelt es sich gemäß § 2 Nr. 9 IfSG um die Gabe eines Impfstoffes mit dem Ziel, die geimpfte Person vor einer übertragbaren Krankheit zu schützen. Schutzimpfungen verhindern nicht nur, dass die geimpfte Person erkrankt, sie tragen auch dazu bei, dass Personen, die keine Impfungen - beispielsweise aus medizinischen Gründen - erhalten können, ebenfalls geschützt werden.[5]

Auch am Arbeitsplatz zählen Schutzimpfungen zu den medizinischen Präventionsmaßnahmen und sind somit Bestandteil der betrieblichen Gesundheitsförderung im Sinne des Arbeitsschutzes, soweit sie im Zusammenhang mit Gefahren der ausgeübten Tätigkeit des Beschäftigten stehen. Prävention gegen Krankheiten, die nicht mit der Arbeit, sondern mit dem privaten Bereich des Beschäftigten einhergehen, sind hingegen nicht Gegenstand des Arbeitsschutzes.

Zum einen wird im Folgenden zunächst auf das arbeitsrechtliche Weisungsrecht eingegangen. Weiterhin wird der Frage nachgegangen, ob bei einer betrieblich veranlassten Schutzimpfung

---

1 Aligbe in: Eckhart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, IfSG, § 20, Rn. 8.

2 Als „Impfverpflichtung" sind nur solche Impfverpflichtungen zu verstehen, welche auch mit Mitteln des Verwaltungszwangs durchgesetzt werden können. Es können jedoch mittelbare Impfverpflichtungen bestehen, welche zwar an das Vorhandensein einer Schutzimpfung anknüpfen, diese aber selbst nicht durchsetzen können, wie beispielsweise die Regelungen im Sinne des Masernschutzgesetzes.

3 Empfehlungen der STIKO abrufbar unter: https://www.rki.de/DE/Content/Kommissionen/STIKO/Empfehlungen/Impfempfehlungen_node.html;jsessionid=338BC0725236DC174EF997E0BC884DDD.internet051, zuletzt abgerufen am 16. September 2021.

4 Gerhardt in: Gerhardt, Infektionsschutzgesetz, 5. Auflage 2021, § 20, Rn. 2.

5 Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, , 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, IfSG, § 20, Rn. 6.

Versicherungsschutz im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung nach den Vorschriften des Siebten Buchs Sozialgesetzbuch (SGB VII) besteht.

2. Arbeitsrechtliche Fragestellungen

Zunächst soll hier auf die allgemeinen Fragestellungen zum arbeitsrechtlichen Weisungsrecht und im Anschluss auf die vor dem Hintergrund der aktuellen Corona-Pandemie geführte juristische Diskussion zum Weisungsrecht im Hinblick auf eine Impfung eingegangen werden.

2.1. Arbeitsrechtliches Weisungsrecht

Das Weisungsrecht - auch Direktionsrecht genannt - ist wesentlicher Bestandteil eines jeden Arbeitsverhältnisses. Es ermöglicht dem Arbeitgeber, unter bestimmten Voraussetzungen, die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht des Arbeitnehmers einseitig näher zu konkretisieren.[6] Diesem Weisungsrecht steht eine entsprechende Folgepflicht des Arbeitnehmers gegenüber.[7]

2.1.1. Gegenstand des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts

§ 611a Abs. 1 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) bestimmt, dass der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. Das Weisungsrecht ist essentieller Bestandteil des Arbeitsvertrages und gehört zu dessen Wesen, da sich der Arbeitnehmer mit Abschluss des Arbeitsvertrages zu unselbständiger, weisungsgebundener Arbeit verpflichtet. Damit folgt das Weisungsrecht neben der ausdrücklichen Bestimmung in § 106 Gewerbeordnung (GewO) in Verbindung mit § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB schon aus der Natur des Arbeitsverhältnisses: erst der Arbeitgeber konkretisiert die vom Arbeitnehmer übernommene Leistungspflicht, indem er den Arbeitnehmer zu bestimmten Handlungen und Unterlassungen anweist.[8]

Seit dem 1. Januar 2003 ist das Weisungsrecht gesetzlich ausdrücklich in § 106 GewO kodifiziert.[9] Nach § 106 GewO kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, eine

---

6 Bundesarbeitsgericht (BAG), Urteil vom 1. Dezember 2020 - 9 AZR 102/20, Rn. 33 (zitiert nach juris).

7 Karb in: Conze et al., Personalbuch Arbeits- und Tarifrecht öffentlicher Dienst, 7. Auflage 2021, Direktionsrecht (= Weisungsrecht), Rn. 1212; Ehrich in: Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Auflage, Edition 16, 2021, Direktionsrecht, Rn. 1 f.

8 Vgl. Joussen in: Rolfs et al., BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Stand: 1. September 2021, BGB, § 611a, Rn. 18; Kiss-Nauenheim et al. in: Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS), Übersicht über das Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, Kapitel 2, Rn. 110.

9 Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften, Bundestags-Drucksache 14/8796 vom 17. April 2002, S. 24 wo es heißt: „Obwohl das Weisungsrecht des Arbeitgebers heute in Rechtsprechung und Literatur als wesentlicher Bestandteil des Arbeitsvertrages allgemein anerkannt ist, ist eine ausdrückliche Regelung von Inhalt und Grenzen des Weisungsrechts im Interesse von Rechtsklarheit und Rechtssicherheit im Arbeitsverhältnis geboten.“

Betriebsvereinbarung, einen anwendbaren Tarifvertrag oder durch gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen. An diese Regelung hat der Gesetzgeber mit § 611a Abs. 1 Satz 2 BGB angeknüpft, wonach das Weisungsrecht Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen kann, ohne damit eine inhaltliche Veränderung herbeiführen zu wollen.[10]

Bei dem Weisungsrecht des Arbeitgebers handelt es sich nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts um ein Recht zur einseitigen Leistungsbestimmung.[11] Insofern kommt es bei der Frage, ob es sich überhaupt um eine arbeitsrechtliche Weisung handelt, auf die konkrete Erklärung des Arbeitgebers als empfangsbedürftige Willenserklärung und mithin auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles an.[12] Die Weisung bedarf keiner besonderen Form. Sie kann etwa auch mündlich erfolgen[13], wobei der Empfänger den Inhalt der Weisung auch als solche verstehen muss. Ist der Inhalt der Weisung unklar, ist auf den Empfängerhorizont abzustellen.[14]

Das Weisungsrecht betrifft zum einen die Konkretisierung der Hauptleistungspflicht. „Es ermöglicht dem Arbeitgeber, dem Arbeitnehmer bestimmte Aufgaben zuzuweisen und den Ort und die Zeit der Erledigung verbindlich festzulegen.“[15] Vom Weisungsrecht umfasst ist auch jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise von deren Erbringung unmittelbar zusammenhängt. Darüber hinaus, so das Bundesarbeitsgericht, bewirkt die besondere persönliche Bindung der Vertragspartner im Arbeitsverhältnis für beide Parteien nach § 241 Abs. 1 BGB eine nicht abschließend aufzählbare, je nach den Umständen näher zu bestimmende Vielzahl von Pflichten, deren Erfüllung unumgänglich ist, um den Austausch der Hauptleistungen sinnvoll zu ermöglichen. In Bezug auf diese sogenannten leistungssichernden Neben- und Verhaltenspflichten besteht ebenfalls ein Weisungsrecht des Arbeitgebers.[16] Ein Weisungsrecht des Arbeitgebers kann schließlich auch in Bezug auf Unterlassungspflichten sowie hinsichtlich der aus § 241 Abs. 2 BGB folgenden

---

10 Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes und anderer Gesetze vom 20. Juli 2016, Bundestagsdrucksache 18/9232, S. 31 f.; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Soziales (11. Ausschuss) zu diesem Gesetzentwurf und weiteren Anträgen vom 19. Oktober 2016, Bundestagsdrucksache 18/10064, S. 17.

11 BAG, Urteil vom 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16, Rn. 60 (zitiert nach juris); ebenso nach überwiegender Auffassung in der Literatur, siehe etwa: Joussen in: Rolfs et al., BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Stand: 1. September 2021, BGB, § 611a, Rn. 16; a.A. vgl. etwa Boecken/Pils in: Boecken et al., Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, GewO, § 106, Rn. 8, danach soll es sich bei der Weisung um eine geschäftsähnliche Handlung handeln, wobei die Vorschriften über die Willenserklärung entsprechende Anwendung finden sollen; insbesondere auch zu diesem Streitstand ausführlich: Bitzenhofer, Grundlagen des Weisungsrechts, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Band 359, 2020, S.112 ff.

12 Vgl. Tillmanns in: Rolfs et al., BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Stand: 1. September 2021, GewO, Rn.5.

13 BAG, Urteil vom 23. Juni 2009 - 2 AZR 606/08, Rn. 17 (zitiert nach juris).

14 Peters, Das Weisungsrecht der Arbeitgeber, 2. Auflage 2021, Rn. 6 f.

15 BAG, Urteil vom 2. November 2011 - 10 AZR 596/15, Rn. 24 (zitiert nach juris).

16 BAG, Urteil vom 2. November 2011 - 10 AZR 596/15, Rn. 26 (zitiert nach juris).

Schutz- und Rücksichtnahmepflichten bestehen.[17] Nach § 106 Satz 2 GewO betrifft das Weisungsrecht ferner die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. In den Bereich der privaten Lebensführung darf, so das Bundesarbeitsgericht, dagegen durch das Weisungsrecht grundsätzlich nicht eingegriffen werden.[18]

2.1.2. Grenzen des arbeitsrechtlichen Weisungsrechts

Das Weisungsrecht wird durch Vereinbarungen individual- und kollektivrechtlicher Natur sowie durch gesetzliche Regelungen beschränkt, § 106 Satz 1 GewO. Innerhalb dieser Grenzen ist der Arbeitgeber verpflichtet, sein Weisungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben, § 106 Satz 2 GewO.

2.1.2.1. Arbeitsvertragliche Grenzen

Die Regelungen des Arbeitsvertrages bilden die primäre Grenze des Weisungsrechts. Was arbeitsvertraglich (ausdrücklich oder konkludent) vereinbart ist, kann der Arbeitgeber nicht mehr im Wege einer Weisung ändern.[19] Inhaltliche Änderungen der Arbeitsbedingungen, welche die Bestandteile des Austauschverhältnisses, das heißt also die Höhe des Entgelts und den Umfang der geschuldeten Leistungen, berühren, sind nicht mehr vom Direktionsrecht des Arbeitgebers umfasst.[20] Änderungen des Arbeitsvertrages lassen sich daher nur einvernehmlich zwischen den Vertragsparteien oder durch eine wirksame Änderungskündigung erreichen.[21] Grundsätzlich können die Parteien die Reichweite des Weisungsrechts im Arbeitsvertrag vereinbaren.[22] In Notfällen kann sich aus § 242 BGB eine Ausweitung des Weisungsrechts ergeben.[23]

2.1.2.2. Kollektivrechtliche Grenzen

Im Übrigen findet das Weisungsrecht des Arbeitgebers seine Grenzen in Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen.

---

17 BAG, Urteil vom 2. November 2016 - 10 AZR 596/15, Rn. 27 (zitiert nach juris).

18 BAG, Urteil vom 23. August 2012 - 8 AZR 804/11, Rn. 24 (zitiert nach juris).

19 Vgl. Joussen in: Rolfs et al., BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Stand: 1. September 2021, BGB, § 611a, Rn. 363.

20 Joussen in: Rolfs et al., BeckOK Arbeitsrecht, 61. Edition, Stand: 1. September 2021, BGB, § 611a, Rn. 355; Preis in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, GewO, § 106, Rn. 3.

21 Kiss-Nauenheim et al. in: BMAS, Übersicht über das Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, Kapitel 2, Rn. 110.

22 BAG, Urteil vom 2. März 2006 - 2 AZR 23/05, Rn. 16; handelt es sich bei Klauseln, die das Weisungsrecht erweitern um Allgemeine Geschäftsbedingungen, unterliegen sie hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit der Kontrolle nach den §§ 305 ff. BGB, vgl. BAG, Urteil vom 23. August 2012 - 8 AZR 804/11, Rn. 20 ff. (zitiert nach juris).

23 Neumann in: Landmann/Romer, Gewerbeordnung, Werkstand: 86. EL, Februar 2021, § 106, Rn. 8.

2.1.2.3. Gesetzliche Grenzen

Weisungen müssen sich ferner im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen bewegen. Dazu gehören neben den allgemeinen Gesetzen auch die speziellen arbeitsrechtlichen Gesetze.

2.1.2.4. Billiges Ermessen

Schließlich muss die Ausübung des Weisungsrechts nach billigem Ermessen erfolgen. Dabei handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei welchem dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt.[24] Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichts verlangt die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen.[25] Insbesondere ist in diesem Rahmen eine Abwägung der kollidierenden Grundrechte von Arbeitnehmer und Arbeitgeber auch dann verlangt, wenn es sich um einen privaten Arbeitgeber handelt. Das bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts zu wahrende billigende Ermessen wird inhaltlich durch die Grundrechte des Arbeitnehmers mitbestimmt. Bei einer Kollision von grundrechtlich geschützten Interessen auf Arbeitnehmerseite und Arbeitgeberseite ist durch eine Güterabwägung im Einzelfall zu ermitteln, ob das Interesse auf Arbeitnehmerseite den Vorrang verdient. Nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz sind die betroffenen Interessen des Arbeitnehmers und des Arbeitgebers im Sinne einer praktischen Konkordanz so abzuwägen, dass die geschützten Rechtspositionen für alle Beteiligten möglichst weitgehend wirksam werden.[26] Je einschneidender die Auswirkungen der erteilten Weisungen für den Arbeitnehmer sind, desto sorgfältiger muss die Abwägung der beiderseitigen Interessen erfolgen. Eine Weisung, mit der der Arbeitgeber allein seine Interessen durchzusetzen versucht, ist unbillig.[27] Besonderes Gewicht kommt einer Weisung aber dann zu, wenn sie auf einer unternehmerischen Entscheidung beruht. Ihr Vorliegen führt allerdings nicht dazu, dass sich die Belange des Arbeit-

---

24 BAG, Urteil vom 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16, Rn. 46 (zitiert nach juris).

25 BAG, Urteil vom 24. Oktober 2018 - 10 AZR 19/18, Rn. 26 (zitiert nach juris) mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des Gerichts.

26 Vgl. BAG, EuGH-Vorlage vom 30. Januar 2019 - 10 AZR 299/18 (A), Rn. 40 mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des Gerichts; BAG, Urteil vom 23. August 2012 - 8 AZR 804/11, Rn. 36 (jeweils zitiert nach juris).

27 Preis in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, GewO, § 106, Rn. 11 mit weiterem Nachweis aus der Rechtsprechung des BAG; Kiss-Nauenheim et al. in: BMAS, Übersicht über das Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, Kapitel 2, Rn. 111.

nehmers nur in dem vom Arbeitgeber durch die unternehmerische Entscheidung gesetzten Rahmen durchsetzen könnten.[28] Dabei handelt es sich nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei welchem dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt.

2.1.3. Rechtsfolgen

Hat der Arbeitgeber sein Weisungsrecht ordnungsgemäß ausgeübt[29], so resultiert für den Arbeitnehmer eine entsprechende arbeitsrechtliche Folgepflicht.[30] Der Arbeitnehmer ist damit verpflichtet, der Weisung nachzukommen; anderenfalls kann dies als Verletzung arbeitsvertraglicher Pflichten eine Abmahnung durch den Arbeitgeber und gegebenenfalls nachfolgend eine verhaltensbedingte Kündigung zur Folge haben.[31] Hat der Arbeitgeber sein Weisungsrecht nicht wirksam ausgeübt, besteht auch keine Verpflichtung des Arbeitnehmers, die Weisung zu befolgen. Auch an eine Weisung des Arbeitgebers, die die Grenzen billigen Ermessens nicht wahrt, ist nach mittlerweile einheitlicher Rechtsprechung der Senate des Bundesarbeitsgerichts ein Arbeitnehmer nicht - auch nicht vorläufig - gebunden.[32] Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Weisung im Rahmen der gesetzlichen, arbeitsvertraglichen und kollektiv-rechtlichen Grenzen erfolgt sowie billigem Ermessen entspricht, trägt der Arbeitgeber.

Ob eine vom Arbeitgeber konkret erteilte Weisung im Rahmen der dargestellten Grenzen erfolgt ist, kann nur einzelfallbezogen beurteilt werden und obliegt letztlich arbeitsgerichtlicher Entscheidung.

2.2. Aktuelle Diskussion zu arbeitsrechtlichem Weisungsrecht und Impfung

Wie bereits ausgeführt, besteht in Deutschland keine allgemeine gesetzliche Impfpflicht im engeren Sinne.[33] Ausgehend davon, dass es für einen gegebenenfalls bestehenden Anspruch aus der gesetzlichen Unfallversicherung letztlich nicht darauf ankommt, ob in einem konkreten Fall eine

---

28 Kiss-Nauenheim et al. in: BMAS, Übersicht über das Arbeitsrecht und Arbeitsschutzrecht, 13. Auflage 2019, Kapitel 2, Rn. 111.

29 einschließlich der Beachtung der gegebenenfalls bestehenden Beteiligungsrechte der Beschäftigtenvertretung

30 Kiss-Nauenheim et al. in: BMAS, Übersicht über Arbeitsrecht, 13. Auflage 2019, Kapitel 2, Rn. 111.

31 Becker in: Däubler et al., Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, GewO, § 106, Weisungsrecht des Arbeitgebers, Rn. 3.

32 BAG, Urteil vom 18. Oktober 2017 - 10 AZR 330/16, Rn. 63 ff. (zitiert nach juris).

33 Soweit es gesetzliche Regelungen zur Masernschutzimpfung gibt, sehen diese insbesondere vor, dass Personal in Gemeinschafts- oder Gesundheitseinrichtungen grundsätzlich entweder einen ausreichenden Impfschutz oder eine Immunität gegen Masern aufweisen muss, vgl. § 20 Abs. 8 IfSG. Dabei handelt es sich um eine mittelbare Impfpflicht. Kann die Immunität nicht nachgewiesen werden, darf der Arbeitnehmer nicht tätig beziehungsweise beschäftigt werden. Wurde die Tätigkeit bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes ausgeübt, gilt dies nicht, vielmehr kann bei Nichtvorlage des Nachweises (unter Berücksichtigung der entsprechenden Fristen) das Gesundheitsamt der betroffenen Person untersagen, dass sie in der entsprechenden Einrichtung tätig wird. Eine durchsetzbare Pflicht, die Impfung durchführen zu lassen, folgt daraus nicht.

arbeitsrechtlich für den Arbeitnehmer zu befolgende Weisung vorliegt[34], soll hier auf die erst vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie umfangreich geführte aktuelle Diskussion in der juristischen Literatur[35] nur kursorisch eingegangen werden. Soweit ersichtlich, liegen bisher keine einschlägigen arbeitsgerichtlichen Entscheidungen vor.

Die Frage, ob der Arbeitgeber bei einem bestehenden Arbeitsverhältnis aufgrund seines Weisungsrechts von seinen Arbeitnehmern verlangen kann, sich gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 impfen zu lassen, wird im Schrifttum überwiegend verneint. Ohne eine entsprechende gesetzliche Grundlage gebe es keine Impfpflicht und erst Recht könne der Arbeitgeber keine Impfung verlangen. Dies gelte ausnahmslos - auch im Bereich der Pflege oder in Krankenhäusern.[36] Die Frage, ob man sich impfen lasse, sei grundsätzlich Privatsache und habe keinen unmittelbaren Bezug zu Arbeitsvertragspflichten, so dass eine solche Anordnung schon nicht zum Gegenstand des Weisungsrechts gehöre.[37] Der Arbeitgeber, so wird ausgeführt, könne mit seinen Weisungen die geschuldete Arbeitsleistung konkretisieren, nicht aber seinen Rechtskreis erweitern und den Arbeitnehmer veranlassen, einen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit hinzunehmen.[38] Im Übrigen wird ausgeführt, dass eine Impfverpflichtung durch den Arbeitgeber einen erheblichen Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit sowie das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter darstellen würde. Unter dem Gesichtspunkt eines solchen schwerwiegenden Grundrechtseingriffs könne das Direktionsrecht des Arbeitgebers eine Impfpflicht daher nicht

34 Siehe dazu unter Punkt 3.1.1.

35 Zum Streitstand vgl. auch: Stille, Impfpflicht am Arbeitsplatz: Möglichkeiten des Arbeitgebers zum Umgang mit impfunwilligen Arbeitnehmern, AnwZert ArbR 14/2021 Anm. 2, der im Ergebnis festhält, dass die Rechtmäßigkeit einer Schutzimpfungsweisung nicht pauschal bejaht oder verneint werden könne, es komme immer auf die Gesamtabwägung anhand der konkreten Einzelfallumstände an.

36 Tillmanns in: Haufe, Personal Office Premium, Stand: 13. September 2021, Corona-Pandemie: Arbeitsrechtliche Auswirkungen, Impfung (HI14306114), wobei er weiter ausführt, dass man es dem Arbeitgeber jedenfalls in den genannten Bereichen nicht verwehren könne, nur geimpftes Personal einzusetzen.

37 Boecken, SARS-CoV-2: Impfstatusrelevante Befugnisse des Arbeitgebers, Saarländisches Anwaltsblatt 1/2021, S. 20, 22.

38 Benkert, Wege aus der Pandemie - Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, NJW-Spezial 2021, S. 50, 50; aber differenzierend im Hinblick auf eine mögliche Nebenpflicht; ebenso vgl. Stöhr, Ablehnung der Corona-Impfung als Kündigungsgrund? Eine evidenzorientierte Betrachtung, NZA 2021, S. 1215, 1217; vgl. auch Gräf, Der Impfstatus im Arbeitsverhältnis - Eine evidenzorientierte Betrachtung, NZA 2021, S. 1361, 1368 ff., Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Nachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, S. 81, 83.

umfassen.[39] Eine Weisung des Arbeitgebers entspräche bei den genannten Grundrechtseingriffen nicht billigem Ermessen.[40]

Einzelne Stimmen in der juristischen Literatur halten im Hinblick auf eine Impfung gegen SARS-CoV-2 eine arbeitgeberseitige Weisung, sich impfen zu lassen in engen Grenzen für vertretbar. Zwar sei eine allgemeine Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, unterschiedslos für alle Arbeitnehmer in allen Tätigkeitsbereichen unzulässig und eine entsprechende Weisung unwirksam. Die Abwägung der kollidierenden Interessen könne ausnahmsweise aber anders ausfallen, wenn etwa Beschäftigte aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit im Pflege- und Gesundheitsbereich mit besonders vulnerablen Personengruppen zu tun haben.[41] Weiter wird ausgeführt, dass sich der Arbeitgeber, wo andere Maßnahmen sowie die Aussicht zahlreicher freiwilliger Impfungen ausreichten, um ein nach wissenschaftlichen Erkenntnis hinreichendes Schutzniveau vor Infektionen zu gewährleisten, auf diese Maßnahmen beschränken müsse. Dies sei in dem genannten Tätigkeitsbereich allerdings nicht ausreichend. In solchen Bereichen habe der Arbeitgeber neben dem Interesse am Schutz der Belegschaft und eines leistungsstarken Gesundheitssystems, ein legitimes Interesse daran, diese Gruppen bestmöglich zu schützen und nur geimpftes Personal einzusetzen. Eine Impfung könne mithin ein geeignetes, erforderliches und angesichts der überragend wichtigen Individual- und Gemeinwohlbelange, die mit einer entsprechenden Weisung im Gesundheits- und Pflegesektor geschützt werden, auch angemessenes Mittel sein, den Infektionsschutz zu gewährleisten. In begründeten Fällen könne daher die Weisung, nur im geimpften Zustand zu arbeiten, als rechtmäßig einzustufen sein.[42]

3. Allgemeines zum Recht der gesetzlichen Unfallversicherung

Aufgabe der gesetzlichen Unfallversicherung ist es nach den Vorschriften des SGB VII, mit allen geeigneten Mitteln Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten sowie arbeitsbedingte Gesundheitsge-

---

39 Pflüger, Die Impfpflicht kraft Direktionsrecht des Arbeitgebers?, ARP 2021, S. 145, 145 f; Müller/Ahrendt, Arbeitsrechtliche Impfpflicht für jedermann oder Gleichbehandlung für alle?, ArbRAktuell 2021, S. 309, 311, im Ergebnis so auch Wittek, COVID-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis? ArbRAktuell 2021, S. 61, 62 unter Hinweis auf den Gesetzesvorbehalt.

40 Bayer, Impfpflicht, Corona-Test, Corona-Pass - Möglichkeiten zur schrittweisen Rückkehr an den Arbeitsplatz, ArbAktuell 2021, S. 233, 234 f.; vgl. Steinau-Steinrück/Bruhn, Der Impfmuffel im Arbeitsrecht, NJW-Spezial 2021, S. 498, 498; Temming in: Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Auflage 2021, § 16 Infektionsschutzrechtliche Implikationen auf das Arbeitsrecht, Rn. 74.

41 Vgl. Fuhlrott/Fischer, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, NJW 2021, S. 657, 659, die dies für Personen für vertretbar halten, wenn und solange diese einen Anspruch auf eine privilegierte Schutzimpfung nach §§ 2 ff. Coronavirus-Impfverordnung [a.F.] hätten, hingegen die Personen, mit denen sie Kontakt haben, nicht oder zumindest weniger stark privilegiert seien; Gutzeit, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, DB 2021, S. 955, 956.

42 Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers? Arbeits- und datenschutzrechtliche Implikationen, COVuR 2021, S. 66, 67 ff., die im Ergebnis dazu kommen, dass als Ultima Ratio im Falle der Nichtbefolgung einer rechtmäßigen Weisung zur Impfung, da diese an die fehlende Eignung für die Dauer der Pandemie anknüpfe, je nach Einzelfall eine personen- oder betriebsbedingte Kündigung in Betracht komme.

fahren zu verhüten (Prävention, §§ 14 bis 21 SGB VII) und bei Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten die Gesundheit und die Leistungsfähigkeit wiederherzustellen (Rehabilitation) und die Versicherten oder ihre Hinterbliebenen durch Geldleistungen zu entschädigen (§ 1 SGB VII).

Nach Eintritt von Arbeitsunfällen oder Berufskrankheiten erbringt die Unfallversicherung neben Heilbehandlungsmaßnahmen und Leistungen zur Teilhabe Geldleistungen an Versicherte und Hinterbliebene in Form von Renten.

Nach § 2 SGB VII sind unter anderem alle abhängig Beschäftigten in der gesetzlichen Unfallversicherung pflichtversichert.

Auch ein gesundheitlicher Schaden, der durch eine Schutzimpfung verursacht wurde, kann grundsätzlich einen Versicherungsfall im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung darstellen. Unter welchen Voraussetzungen eine Schutzimpfung als Arbeitsunfall anerkannt werden kann, wird im Folgenden näher betrachtet.

3.1. Der Versicherungsfall nach § 7 SGB VII

§ 7 Abs. 1 SGB VII benennt Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten als die zentralen Versicherungsfälle der gesetzlichen Unfallversicherung. Der Begriff „Versicherungsfall“ grenzt das in diesem Zweig der Sozialversicherung versicherte Risiko gegenüber dem unversicherten allgemeinen Lebensrisiko ab. Den näheren Inhalt bestimmen die konkreten Regelungen der §§ 8 ff. SGB VII.[43]

Für gesundheitliche Schäden, die keinen Versicherungsfall nach §§ 8 und 9 SGB VII darstellen, sondern aus einer Pflichtverletzung des Arbeitgebers resultieren, haftet der Arbeitgeber nach den allgemeinen Regelungen des BGB. Eine Entschädigung nach den Vorschriften des SGB VII scheidet hingegen aus.[44]

Ob die Voraussetzungen zur Anerkennung eines Gesundheitsschadens infolge einer Schutzimpfung als Arbeitsunfall vorliegen, kann nur aufgrund der jeweiligen Umstände des Einzelfalls geprüft und bewertet werden.

3.1.1. Schutzimpfung als Arbeitsunfall

Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 SGB VII setzt ein Arbeitsunfall ein zeitlich begrenztes, von außen auf den Körper einwirkendes Ereignis voraus, das zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führt. Gesundheitsschäden sind dabei alle regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustände, auch in der Form einer Verschlimmerung eines bereits bestehenden Leidens.[45] Eine betrieblich durchgeführte Impfung stellt ein von außen wirkendes, zeitlich begrenztes Ereignis

---

43 Wietfeld in: Rolfs et al., BeckOK Sozialrecht, 62. Edition, Stand: 1. September 2021, SGB VII, § 7, Rn. 1.

44 Rolfs in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, SGB VII, § 7, Rn. 1.

45 Rolfs in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Auflage 2021, SGB VII, § 8, Rn. 1.

dar und kann als Arbeitsunfall anerkannt werden, wenn die Impfung selbst mit dem Beschäftigungsverhältnis im ursächlichen Zusammenhang steht.[46] Ein solcher Zusammenhang setzt eine mit der Tätigkeit verbundene Gefährdung, die eine Schutzimpfung über die allgemeine Gesundheitsvorsorge hinaus erforderlich macht, voraus.[47]

Der Begriff der zeitlichen Begrenzung erfasst einen Zeitraum bis zu einer Arbeitsschicht, weshalb eine einzelne Impfung anhand der Maßstäbe eines Arbeitsunfalls zu beurteilen ist.[48]

Ein Arbeitsunfall liegt jedoch nur dann vor, wenn er infolge einer den Versicherungsschutz begründenden Tätigkeit eingetreten ist. Bei Beschäftigten sind das sämtliche Tätigkeiten, die dem Beschäftigungsverhältnis zugerechnet werden können.[49] Der Gesundheitsschaden muss zudem infolge des versicherten Unfallereignisses objektiv und rechtlich wesentlich verursacht worden sein.[50]

Gemäß § 8 SGB VII in Verbindung mit § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII sind Beschäftigte nicht nur im Kernbereich ihrer arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeit versichert, sondern es werden dem Versichertenbereich auch alle solche Tätigkeiten zugerechnet, die wesentlich der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeit zugerechnet werden. Dazu zählen maßgeblich solche Tätigkeiten, die nach den objektiven und den vom Versicherten erkennbaren Umständen als dem Betrieb nützlich angesehen werden. Maßgeblich ist, ob das Handeln des Versicherten dazu bestimmt ist, dem Unternehmen wesentlich zu dienen.[51]

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) wird eine Beschäftigung im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung immer dann verrichtet, wenn der Beschäftigte zumindest dazu ansetzt, eine ihm gegenüber dem Arbeitgeber treffende Haupt- oder Nebenpflicht aus dem Beschäftigungsverhältnis tatsächlich zu erfüllen.[52] Besteht jedoch keine Verpflichtung zur Erfüllung einer Haupt- oder Nebenpflicht gegenüber dem Arbeitgeber, besteht auch kein Versicherungsschutz im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung.[53] Es kann jedoch ausreichend sein, dass der

46 BSG, Urteil vom 31. Januar 1974 - 2 RU 277/73, Rn. 22 (zitiert nach juris).

47 Sozialgericht (SG) Mainz, Urteil vom 21. März 2013 - S 10 U 48/11, Rn. 54 (zitiert nach juris).

48 Landessozialgericht (LSG) Hessen, Urteil vom 1. Dezember 2010 - L 9 U 47/07, Rn. 31 (zitiert nach juris).

49 Wietfeld in: Rolfs et al., BeckOK Sozialrecht, 62. Edition, Stand: 1. September 2021, SGB VII, § 8, Rn. 6.

50 BSG, Urteil vom 5. Juli 2016 - B 2 U 5/15 R, Rn. 13 (zitiert nach juris).

51 LSG Hessen, Urteil vom 1. Dezember 2010 - L 9 U 47/07, Rn. 33 (zitiert nach juris).

52 BSG, Urteil vom 15. Mai 2012 - B 2 U 8/11 R, Rn. 48 (zitiert nach juris).

53 BSG, Urteil vom 15. Mai 2012 - B 2 U 8/11 R, Rn. 53 (zitiert nach juris).

Beschäftigte aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls in der - möglicherweise auch irrigen - Annahme war, es bestünde für ihn eine entsprechende Verpflichtung.[54,55]

Betriebliche Gesundheitsmaßnahmen, die der Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit dienen - hierzu zählen auch allgemeine Schutzimpfungen - gelten im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung als eigenwirtschaftliche Verrichtungen und sind grundsätzlich nicht versichert. Auch wenn sich der Arbeitgeber an den Kosten der Maßnahmen beteiligt oder sie in seinen Räumlichkeiten durchführt und sie auch den Interessen des Arbeitgebers dienen, sind diese Maßnahmen der Gesunderhaltung dem persönlichen Lebensbereich des Beschäftigten zuzuordnen und unterliegen nicht dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung.[56]

Die Teilnahme an betrieblichen Gesundheitsmaßnahmen steht nur dann in einem sachlichen Zusammenhang mit der versicherten Tätigkeit, wenn die Maßnahme aus besonderen betrieblichen Gründen notwendig ist, wie beispielsweise Schutzimpfungen für die Pflege von Menschen oder vor einer dienstlichen Auslandsreise, oder wenn sie aufgrund einer betrieblichen Anordnung durchgeführt werden.[57]

3.1.2. Gesundheitsschaden

Lässt sich ein sachlicher Zusammenhang zwischen Impfung und versicherter Tätigkeit herstellen und besteht auch zwischen Impfung und Gesundheitsschaden haftungsausfüllende Kausalität, kann ein Arbeitsunfall nach § 8 SGB VII anerkannt werden. Das setzt voraus, dass Gesundheitsschaden, versicherte Tätigkeit und die durch sie bedingten schädigenden Einwirkungen mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen werden.[58]

Nach der in der gesetzlichen Unfallversicherung geltenden Theorie der wesentlichen Bedingung haben nur solche Ursachen für die Beurteilung des Zusammenhangs rechtliche Bedeutung, denen nach der Anschauung des praktischen Lebens wesentliche Bedeutung für den Eintritt des Ereignisses zukommt.[59] Die der rechtlichen Bewertung zugrundeliegenden Tatsachen sind gegebenenfalls mithilfe von Sachverständigengutachten zu ermitteln.[60]

Ein Gesundheitsschaden ist jeder regelwidrige körperliche, geistige oder seelische Zustand, der von der äußeren Einwirkung, die ihn hervorgerufen hat, abzugrenzen ist. Das äußere Ereignis ist

---

54 BSG, Urteil vom 15. Mai 2012 - B 2 U 8/11 R, Rn. 67 (zitiert nach juris).

55 Wietfeld in: Rolfs et al., BeckOK Sozialrecht, 62. Edition, Stand: 1. September 2021, SGB VII, § 8, Rn. 27 f.

56 Wietfeld in: Rolfs et al., BeckOK Sozialrecht, 62. Edition, Stand: 1. September 2021, SGB VII, § 8, Rn. 42.

57 Wietfeld in: Rolfs et al., BeckOK Sozialrecht, 62. Edition, Stand: 1. September 2021, SGB VII, § 8, Rn. 43.

58 SG Karlsruhe, Urteil vom 27. März 2015 - S 4 U 3896/13, Rn. 27 (zitiert nach juris).

59 BSG, Urteil vom 9. Dezember 2003 - B 2 U 8/03 R, Rn. 17 (zitiert nach juris).

60 BSG, Urteil vom 6. Mai 2021 - B 2 U 15/19 R, Rn. 19 f. (zitiert nach juris).

bei einer Schutzimpfung der Vorgang des Impfens, welche dann im Ergebnis einen Gesundheitsschaden verursacht, der nach aktuellen medizinischen Erkenntnissen nachgewiesen sein muss.[61]

Auch kurzfristig auftretende Impfreaktionen können demnach einen Gesundheitsschaden hervorrufen. Weitergehende gesundheitliche Beeinträchtigungen in Form einer Impfkomplikation oder eines Impfschadens sind im Einzelfall durch entsprechende medizinische Gutachten nachzuweisen.[62]

In diesem Zusammenhang ist es auch Aufgabe der STIKO, Kriterien zur Abgrenzung einer üblichen Impfreaktion von einer über das normale Ausmaß einer Impfreaktion hinausgehenden gesundheitlichen Schädigung aufzustellen.[63]

4. Entschädigungsanspruch nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG)

Soweit ein Gesundheitsschaden infolge einer Schutzimpfung nicht nach den Vorschriften des SGB VII als Arbeitsunfall anerkannt werden kann, kann möglicherweise ein Versorgungsanspruch nach den Regeln des sozialen Entschädigungsrechts bestehen. § 60 IfSG regelt, dass, wer einen Impfschaden durch eine öffentlich empfohlene Schutzimpfung erlitten hat, auf Antrag Versorgung nach dem Bundesversorgungsgesetz (BVG) erhält. Als Beispiel sei hier eine Halbseitenlähmung nach einer Pockenschutzimpfung erwähnt.[64]

Die Beurteilung, ob eine im zeitlichen Zusammenhang mit einer Impfung eingetretene gesundheitliche Schädigung durch die Impfung verursacht wurde, ist gemäß § 64 IfSG Aufgabe des Versorgungsamtes des jeweiligen Bundeslandes.

Soweit ein nach dem Infektionsschutzgesetz anerkannter Impfschaden zugleich auch einen Arbeitsunfall im Sinne der gesetzlichen Unfallversicherung darstellt, regelt § 65 BVG, dass die Versorgungsbezüge nach den Vorschriften des Bundesversorgungsgesetzes auf die Leistungen aus der gesetzlichen Unfallversicherung angerechnet werden.

***

61 Wietfeld in: Rolfs et al., BeckOK Sozialrecht, 62. Edition, Stand: 1. September 2021, SGB VII, § 8, Rn. 137 ff.

62 LSG Hessen, Urteil vom 1. Dezember 2010 - L 9 U 47/07, Rn. 46 (zitiert nach juris).

63 Aligbe in: Eckhart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 6. Edition, Stand: 1. Juli 2021, IfSG, § 20, Rn. 27.

64 SG Landshut, Urteil vom 27. Mai 2019 - S 15 VJ 6/17.