



Ausarbeitung

Arbeitsrechtliche Aspekte der einrichtungsbezogenen Impfpflicht nach § 20a IfSG

**Arbeitsrechtliche Aspekte der einrichtungsbezogenen
Impfpflicht nach § 20a IfSG**

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 004/22
Abschluss der Arbeit: 11. März 2022 (zugleich letztes Abrufdatum der zitierten Webseiten)
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.	Immunitätsnachweis gegen Covid-19 gemäß § 20a IfSG	4
2.1.	Anwendungsbereich	4
2.1.1.	Der Begriff des Tätigwerdens	5
2.1.2.	Ausnahmen bei medizinischer Kontraindikation	6
2.2.	Die einzelnen Nachweispflichten	6
2.3.	Folgen der Nichtvorlage eines Immunitätsnachweises	7
2.4.	Abweichende Zuständigkeiten	7
2.5.	Ordnungswidrigkeiten	8
2.5.1.	Verstöße durch die Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens	8
2.5.2.	Verstöße durch die nachweispflichtige Person	9
2.6.	Geltungsdauer	9
3.	Arbeitsrechtliche Konsequenzen der Einführung des § 20a IfSG hinsichtlich vor dem 15. März 2022 beschäftigter Personen	9
3.1.	Bei Vorliegen eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots	9
3.1.1.	Freistellungsrecht des Arbeitgebers	9
3.1.1.1.	Voraussetzungen der Freistellung	10
3.1.1.2.	Auswirkungen auf den Lohnzahlungsanspruch	11
3.1.1.3.	Aufnahme einer Nebentätigkeit während der Freistellung	12
3.1.1.4.	Dauer der Freistellung	12
3.1.2.	Kündigungsrecht des Arbeitgebers	12
3.1.3.	Personenbedingte Kündigung	13
3.1.3.1.	Voraussetzungen	13
3.1.3.2.	Ordentliche und außerordentliche personenbedingte Kündigung	13
3.1.4.	Verhaltensbedingte Kündigung	14
3.1.4.1.	Voraussetzungen	14
3.1.4.2.	Ordentliche und außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung	15
3.1.5.	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	15
3.2.	(Noch) kein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot	17
3.2.1.	Freistellungsrecht des Arbeitgebers	17
3.2.2.	Kündigungsrecht des Arbeitgebers	19
4.	Arbeitsrechtliche Konsequenzen der Einführung des § 20a IfSG hinsichtlich ab dem 16. März 2022 beschäftigter Personen	19
5.	Rechtsschutzmöglichkeiten des Arbeitnehmers	19

1. Einleitung

Am 10. Dezember 2021 beschloss der Deutsche Bundestag zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und vulnerabler Personengruppen das Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie.¹ Im Zuge dessen wurde das Infektionsschutzgesetz (IfSG) um den neuen § 20a IfSG ergänzt, der die Vorlage eines Immunitätsnachweises gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 im Gesundheits- und Pflegesektor normiert. Demnach müssen Personen, die in den in der Vorschrift bezeichneten Einrichtungen und Unternehmen tätig sind, ab dem 15. März 2022 nachweisen, dass sie entweder geimpft oder genesen im Sinne des § 2 Nr. 2 oder 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) sind oder ein ärztliches Zeugnis über das Bestehen einer medizinischen Kontraindikation vorweisen können (sogenannte einrichtungsbezogene Impfpflicht).

Die in § 20a IfSG geregelten einrichtungs- und unternehmensbezogenen Pflichten zum Nachweis einer Impfung, Genesung oder Kontraindikation sowie die Folgen der Nichtvorlage eines entsprechenden Nachweises können sich auch auf die Arbeitsverhältnisse zwischen den nachweispflichtigen Personen und den betroffenen Einrichtungen oder Unternehmen auswirken. Hierbei ist zwischen Personen, die bereits vor dem 15. März 2022 in den Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, und Personen, die dort erst ab oder nach dem 16. März 2022 tätig werden sollen, zu unterscheiden.

Die vorliegende Ausarbeitung legt zunächst den Regelungsgehalt des § 20a IfSG dar. Im Anschluss werden mögliche arbeits-, sozialversicherungs- und leistungsrechtliche Konsequenzen erörtert.

2. Immunitätsnachweis gegen Covid-19 gemäß § 20a IfSG

2.1. Anwendungsbereich

Die Nachweispflichten betreffen Personen, die in Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, welche typischerweise dem Aufenthalt, der Behandlung oder Pflege besonders vulnerabler Personengruppen dienen.² Die betroffenen Einrichtungen sind in § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 IfSG abschließend aufgezählt. Diejenigen Personen, welche in den Einrichtungen oder Unternehmen behandelt, betreut, gepflegt oder untergebracht sind, sind von Pflichten gemäß § 20a Abs. 6 IfSG ausdrücklich ausgenommen.

1 Gesetz vom 10. Dezember 2021 - BGBl. I 2021, S. 5162.

2 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, Bundestagsdrucksache 20/188 vom 6. Dezember 2021, S. 37.

2.1.1. Der Begriff des Tätigwerdens

Nach dem Wortlaut des § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG gilt das Erfordernis einen Immunitätsnachweis in Bezug auf das Coronavirus SARS-CoV-2 aufzuweisen für alle Personen, die in den dort genannten Einrichtungen tätig sind. Auf ein bestehendes Vertragsverhältnis zwischen der jeweiligen Einrichtung und der dort tätigen Person kommt es ebenso wie auf die Art der Beschäftigung nicht an. Erfasst sind daher neben medizinischem Fachpersonal auch Hausmeister, Transport-, Küchen- oder Reinigungspersonal sowie Auszubildende, Praktikanten, ehrenamtliche Mitarbeiter und Zeitarbeitskräfte.³

Tätig wird eine Person in der Einrichtung oder dem Unternehmen dann, wenn sie dort regelmäßig und zeitlich nicht bloß ganz vorübergehend, d.h. nicht jeweils nur für einen Zeitraum von wenigen Minuten, tätig ist.⁴ Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift erstreckt sich die Nachweispflicht daher nicht auf Personen, welche die Einrichtungen oder Unternehmen lediglich kurzzeitig betreten, ohne dabei unmittelbaren Kontakt zu den vulnerablen Personengruppen oder dem betreuenden Personal zu haben. Dies gilt insbesondere für Postboten und Beschäftigte von Lieferdiensten, aber auch für Handwerker und Bauarbeiter, die nur einmalig für einen kurzen Zeitraum oder nur außerhalb des Gebäudes tätig werden.⁵

Ebenfalls nicht von der Nachweispflicht erfasst ist Verwaltungspersonal, bei dem jeglicher Kontakt zu den in der Einrichtung oder dem Unternehmen betreuten Personen sowie den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die unmittelbaren Kontakt zu den vulnerablen Personengruppen haben, ausgeschlossen werden kann. Dies ist etwa der Fall bei in separaten Verwaltungsgebäuden arbeitenden Personen oder dem räumlich klar abgetrennt arbeitenden Verwaltungspersonal ambulanter Pflegedienste.⁶

3 Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, Bundestagsdrucksache 20/188 vom 6. Dezember 2021, S. 37 f.

4 Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, Beck'scher Online-Kommentar Infektionsschutzrecht, 10. Edition Stand 15. Januar 2022, § 20a IfSG Rn. 97; zur vergleichbaren Regelung bei der Masernimpfpflicht Spree/Kozak, Arbeitsrechtliche Folgen der Einführung des Masernschutzgesetzes, ZTR 2020, S. 385.

5 Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, Beck'scher Online-Kommentar Infektionsschutzrecht, 10. Edition Stand 15. Januar 2022, § 20a IfSG Rn. 101 ff.

6 Bundesministerium für Gesundheit, Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeiten, Handreichung zur Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeiten, S. 18 f., abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_20a_IfSG.pdf.

2.1.2. Ausnahmen bei medizinischer Kontraindikation⁷

Von der Immunitätsnachweispflicht ausgenommen sind gemäß § 20a Abs. 1 Satz 2 IfSG zudem Personen, die aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden können, bei denen also aus medizinischer Sicht die Schutzimpfung wegen der zu erwartenden Nachteile als nicht geeignet erscheint. Der Nachweis der medizinischen Kontraindikation erfolgt in der Regel durch ein ärztliches Zeugnis. Sofern die Kontraindikation nur von vorübergehender Dauer ist, entfällt der Ausnahmetatbestand des § 20a Abs. 1 Satz 2 IfSG mit deren Beendigung und die betroffene Person ist verpflichtet, innerhalb eines Monats einen neuen Nachweis nach § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorzulegen.⁸

2.2. Die einzelnen Nachweispflichten

§ 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG regelt die Nachweispflicht von Personen, die bereits vor dem 15. März 2022 in den betroffenen Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind. Diese haben der Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens bis zu diesem Stichtag einen Impf- oder Genesenachweis im Sinne des § 2 Nr. 3 oder 5 SchAusnahmV in der jeweils geltenden Fassung oder ein ärztliches Zeugnis über das Vorliegen einer medizinischen Kontraindikation vorzulegen.

§ 20a Abs. 3 Satz 1 IfSG regelt die Nachweispflicht von Personen, die erst ab oder nach dem 16. März 2022 in den betroffenen Einrichtungen oder Unternehmen tätig werden sollen. Diese haben der Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens einen der oben genannten Nachweise vor Beginn ihrer Tätigkeit vorzulegen. Unter Beginn der Tätigkeit ist die tatsächliche Aufnahme der Arbeit zu verstehen, nicht der Abschluss des Arbeitsvertrages.⁹

§ 20a Abs. 4 IfSG regelt Fälle, in denen ein bereits vorgelegter Nachweis nach dem 16. März 2022 infolge Zeitablaufs seine Gültigkeit verliert. Erfasst sind hiervon insbesondere Fälle, in denen der Impf- oder Genesenstatus einer Person infolge Zeitablaufs entfällt.¹⁰ In diesem Fall hat die nachweispflichtige Person der Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens innerhalb eines Monats nach Ablauf der Gültigkeit des bisherigen Nachweises einen neuen Nachweis im Sinne des § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorzulegen. Dies gilt sowohl für Beschäftigte, die bereits vor dem 15. März 2022 in der Einrichtung oder dem Unternehmen tätig waren als auch für Beschäftigte, die erst ab oder nach dem 16. März 2022 tätig werden.

7 Zur medizinischen Kontraindikation im Rahmen des § 20a IfSG: Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestags, Zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht, Medizinische Kontraindikationen und Versorgung bei einem Impfschaden, Sachstand vom 21. Januar 2022, WD 9 – 3000 – 115/21, abrufbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/879440/838b75f4d8522fde41292f57741cf477/WD-9-115-21-pdf-data.pdf>.

8 Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, Beck'scher Online-Kommentar Infektionsschutzrecht, 10. Edition Stand 15. Januar 2022, § 20a IfSG Rn. 108 ff.

9 Rambach in: Haufe, Die einrichtungsbezogene Corona-Impfpflicht nach dem IfSG, Stand: 1. Februar 2022, 4.2 (HI15028464).

10 Aligbe in: Eckart/Winkelmüller, Beck'scher Online-Kommentar Infektionsschutzrecht, 10. Edition Stand 15. Januar 2022, § 20a IfSG Rn. 179.

2.3. Folgen der Nichtvorlage eines Immunitätsnachweises

Erbringt eine Person, die bereits vor dem 15. März 2022 tätig war, den Nachweis bis zu diesem Stichtag nicht oder nicht rechtzeitig oder bestehen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises, so hat die Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens gemäß § 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG das zuständige Gesundheitsamt hiervon zu unterrichten und die personenbezogenen Daten der betroffenen Person zu übermitteln. Zu den zu übermittelnden personenbezogenen Angaben gehören 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 Nr. 16 IfSG.

Erbringt eine Personen, die erst ab oder nach dem 16. März 2022 tätig werden soll, vor Beginn der Tätigkeit keinen Nachweis, so ordnet § 20a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG ein unmittelbares Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot an. Die betroffene Person darf ihre Tätigkeit bis zu der Vorlage eines entsprechenden Nachweises nicht aufnehmen. Bestehen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit eines vorgelegten Nachweises, so hat die Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens gemäß § 20a Abs. 3 Satz 3 IfSG das zuständige Gesundheitsamt hiervon zu unterrichten und die personenbezogenen Daten der betroffenen Person zu übermitteln.

Hat ein Nachweis infolge Zeitablaufs seine Gültigkeit verloren und wird ein neuer Nachweis nicht gemäß § 20a Abs. 4 Satz 1 IfSG innerhalb eines Monats nach Ablauf der Gültigkeit des bisherigen Nachweises vorgelegt, so hat die Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens gemäß § 20a Abs. 4 Satz 2 IfSG das zuständige Gesundheitsamt zu benachrichtigen und die personenbezogenen Daten der betroffenen Person zu übermitteln.

Ist eine Benachrichtigung des Gesundheitsamts erfolgt, weil die betroffene Person keinen Immunitätsnachweis erbracht hat, so kann das Gesundheitsamt einen solchen gemäß § 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG nochmals anfordern. Bestehen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit eines vorgelegten Nachweises, so kann das Gesundheitsamt gemäß § 20a Abs. 5 Satz 2 IfSG eine ärztliche Untersuchung darüber anordnen, ob die betroffene Person aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden kann.

Erbringt die betroffene Person trotz erneuter Anforderung eines Immunitätsnachweises durch das Gesundheitsamt einen solchen innerhalb einer angemessenen Frist nicht oder kommt sie der angeordneten ärztlichen Untersuchung nicht nach, so kann das Gesundheitsamt der Person gemäß § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG nach pflichtgemäßem Ermessen untersagen, die dem Betrieb einer Einrichtung oder eines Unternehmens im Sinne des § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG dienenden Räume zu betreten oder in einer solchen Einrichtung oder einem solchen Unternehmen tätig zu werden.

Gemäß § 20a Abs. 5 Satz 4 IfSG haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Anordnung einer ärztlichen Untersuchung oder eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots durch das Gesundheitsamt keine aufschiebende Wirkung.

2.4. Abweichende Zuständigkeiten

Gemäß § 20a Abs. 2 Satz 3 IfSG können die oberste Landesgesundheitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle anordnen, dass

1. der Immunitätsnachweis nach § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG nicht gegenüber der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens, sondern gegenüber dem Gesundheitsamt oder einer anderen staatlichen Stelle zu erfolgen hat,
2. die Benachrichtigung nach § 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG nicht durch die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens, sondern durch die nach Nummer 1 bestimmte Stelle zu erfolgen hat,
3. die Benachrichtigung nach § 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG nicht gegenüber dem Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, sondern gegenüber einer anderen staatlichen Stelle zu erfolgen hat.

Diese Regelungen gelten gemäß § 20a Abs. 3 Satz 3 IfSG und § 20a Abs. 4 Satz 3 IfSG in Bezug auf Nachweise durch Neuarbeitnehmer sowie auf ungültig gewordene Nachweise jeweils entsprechend.

2.5. Ordnungswidrigkeiten

Im Zuge der Einführung des § 20a IfSG hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie auch die Bußgeldvorschriften nach § 73 IfSG ergänzt. Verstöße gegen § 20a IfSG können sowohl aufseiten der Leitung der betroffenen Einrichtungen und Unternehmen als auch aufseiten der nachweispflichtigen Personen eine Ordnungswidrigkeit darstellen.

2.5.1. Verstöße durch die Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens

Gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 7e IfSG handelt die Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens ordnungswidrig, wenn sie die Benachrichtigung des Gesundheitsamtes bei Nichtvorlage eines Immunitätsnachweises oder bei Zweifeln an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des Nachweises nicht, nicht richtig, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig vornimmt.

Sie handelt gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 7f IfSG zudem ordnungswidrig, wenn sie einer vollziehbaren Anordnung nach § 20a Abs. 2 Satz 3 Nr. 3 IfSG (Möglichkeit abweichender Zuständigkeiten) auch in Verbindung mit § 20a Abs. 3 Satz 3 oder Abs. 4 Satz 3 IfSG (Verweis auf die Möglichkeit abweichender Zuständigkeiten bei Neuarbeitnehmern und Ungültigkeit des Nachweises infolge Zeitablaufs), zuwiderhandelt. Erfasst sind damit zum einen Fälle, in denen die oberste Landesgesundheitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle bestimmt, dass die Benachrichtigung nach § 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG (Benachrichtigung bei Nichtvorlage oder Zweifeln an Echtheit oder Richtigkeit des Nachweises) nicht gegenüber dem zuständigen Gesundheitsamt, sondern einer anderen staatlichen Stelle zu erfolgen hat und die Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens die Benachrichtigung nicht an diese Stelle übermittelt.¹¹

11 Neuhofer/Kindhäuser in: Eckart/Winkelmüller, Beck'scher Online-Kommentar Infektionsschutzrecht, 10. Edition Stand 15. Januar 2022, § 73 IfSG Rn. 31c.

Gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 7g IfSG handelt die Leitung der Einrichtung oder des Unternehmens schließlich ordnungswidrig, wenn sie eine Person entgegen eines Beschäftigungsverbots nach § 20a Abs. 3 Satz 4 IfSG beschäftigt.

2.5.2. Verstöße durch die nachweispflichtige Person

Nachweispflichtige Personen im Sinne des § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG handeln gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 7f IfSG ordnungswidrig, wenn sie eine Einrichtung oder ein Unternehmen entgegen eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG betreten oder darin tätig werden. Dasselbe gilt gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 7g IfSG, wenn diese Personen entgegen eines unmittelbaren Beschäftigungsverbots nach § 20a Abs. 3 Satz 5 IfSG eine Tätigkeit in der Einrichtung oder dem Unternehmen aufnehmen.

Schließlich handelt eine nachweispflichtige Person gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG ordnungswidrig, wenn sie einen Nachweis nach Anforderung durch das Gesundheitsamt gemäß § 20a Abs. 5 Satz 1 IfSG nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorlegt.

2.6. Geltungsdauer

Gemäß Art. 23 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie treten § 20a IfSG sowie die dazugehörigen Ordnungswidrigkeitstatbestände am 1. Januar 2023 außer Kraft.

3. **Arbeitsrechtliche Konsequenzen der Einführung des § 20a IfSG hinsichtlich vor dem 15. März 2022 beschäftigter Personen**

3.1. Bei Vorliegen eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots

Hat das Gesundheitsamt gegenüber einer bereits vor dem 15. März 2022 beschäftigten Person gemäß § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot ausgesprochen, so darf diese in der betroffenen Einrichtung nicht mehr tätig werden. Als Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers können hier grundsätzlich eine Freistellung oder eine Kündigung des Arbeitnehmers in Betracht kommen.

3.1.1. Freistellungsrecht des Arbeitgebers

Bei einer Freistellung handelt es sich um die vorübergehende oder dauerhafte Suspendierung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers aus § 611a Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB).¹² Eine solche

12 Oberthür/Esskandari in: Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Auflage, Edition 16 2021, Freistellung Rn. 1.

kann sich entweder aus einer einvernehmlichen Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien oder aus einer einseitigen Anordnung durch den Arbeitgeber ergeben.¹³

3.1.1.1. Voraussetzungen der Freistellung

Zwar hat der Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber einen allgemeinen Beschäftigungsanspruch, der aus den §§ 611, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB sowie dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz (GG) abgeleitet wird.¹⁴ Den Arbeitgeber trifft daher grundsätzlich eine Beschäftigungspflicht.¹⁵ Diese Beschäftigungspflicht kann jedoch ausnahmsweise durch eine einseitige Freistellung seitens des Arbeitgebers durchbrochen werden, wenn dieser hierfür ein gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an der Beschäftigung überwiegendes, schutzwürdiges Interesse an dessen Nichtbeschäftigung geltend machen kann.¹⁶ Zudem erlischt der Beschäftigungsanspruch, wenn die Beschäftigung unmöglich ist (§ 275 Abs. 1 BGB).¹⁷

Hat das Gesundheitsamt ein Betretungs- und Tätigkeitsverbot gegenüber dem Arbeitnehmer erlassen, ist diesem die Erbringung der Arbeitsleistung rechtlich unmöglich. Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers ist folglich gemäß § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen und die Beschäftigungspflicht des Arbeitgebers entfällt.

Die Freistellung kann unabhängig von einer Kündigung oder im Anschluss an eine Kündigung erfolgen.¹⁸ Durch eine arbeitgeberseitige Freistellung erfolgt auch keine Verletzung betrieblicher Mitbestimmungsrechte nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Bei einer Freistellung handelt es sich nicht um eine Versetzung im Sinne des § 95 Abs. 3 BetrVG, da dem Arbeitnehmer sein bisheriger Aufgabenbereich zwar entzogen, ihm aber kein anderer zugewiesen wird¹⁹, sodass eine Beteiligung des Betriebsrats gemäß § 99 BetrVG nicht erforderlich ist.

-
- 13 Oberthür/Esskandari in: Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Auflage, Edition 16 2021, Freistellung Rn. 3 ff.
- 14 Bundesarbeitsgericht (BAG) Beschluss vom 27. Februar 1985 – GS 1/84, NZA 1985, S. 703; BAG, Urteil vom 9. April 2014 – 10 AZR 637/13, NZA 2014, S. 720.
- 15 Becker in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht Handkommentar, 4. Auflage 2017, Art. 2 GG Rn. 22.
- 16 Ring/Boemke in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht Handkommentar, 4. Auflage 2017, § 611a BGB Rn. 395; Adjan/Lettmeier, „Der vorsichtige Arbeitgeber“: Einseitige Freistellung als Schutzmaßnahme in der Pandemie, NZA 2021, S. 161, 162.
- 17 Oberthür/Esskandari in: Grobys/Panzer-Heemeier, StichwortKommentar Arbeitsrecht, 3. Auflage, Edition 16 2021, Freistellung Rn. 4.
- 18 Grützner/Jakob in: Grützner/Jakob, Compliance von A-Z, 2. Auflage 2015, Freistellung.
- 19 BAG, Urteil vom 28. März 2000 – 1 ABR 17/99, NZA 2000, S. 1355.

3.1.1.2. Auswirkungen auf den Lohnzahlungsanspruch

Unterliegt der Arbeitnehmer einem Betretungs- oder Tätigkeitsverbot, so besteht für den Zeitraum der Freistellung kein Vergütungsanspruch.

Nach dem Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“²⁰ entfällt der Anspruch auf Vergütung, wenn dem Arbeitnehmer die Leistung aufgrund des Verbots unmöglich ist (§§ 275, 326 BGB i.V.m. § 614 BGB).²¹

Ein Lohnanspruch ergibt sich dabei auch nicht aus §§ 611a Abs. 2, 615 Satz 1 BGB, wonach der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch behält, wenn er die geschuldete Arbeitsleistung infolge eines Annahmeverzugs des Arbeitgebers nicht erbringen kann. Ein Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt gemäß § 297 BGB voraus, dass der Arbeitnehmer zur Zeit des Angebots zu der Leistung imstande ist. Bei einem Betretungs- oder Tätigkeitsverbot ist dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung jedoch rechtlich unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB), sodass ein Annahmeverzug des Arbeitgebers ausscheidet.²²

Ein Lohnzahlungsanspruch besteht auch nicht gemäß §§ 611a Abs. 2, 616 Satz 1 BGB, wonach der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Vergütung nicht verliert, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert wird. Zum einen dürfte die Dauer eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots angesichts der Geltungsdauer der einrichtungsbezogenen Impfpflicht bis zum 31. Dezember 2022 einen verhältnismäßig unerheblichen Zeitraum in der Regel überschreiten, zum anderen dürfte angesichts der derzeit ausreichenden Impfstoffverfügbarkeit und der Weigerung des Arbeitnehmers, sich impfen zu lassen, auch ein Verschulden des Arbeitnehmers zu bejahen sein.²³

20 BAG, Urteil vom 16. April 2013 – 9 AZR 554/11 –, Rn. 13 (juris).

21 Gräf, Sperrzeitrechtliche Folgen der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ (§ 20 a IfSG), NZS 2022, S. 175, 177; Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163; Fuhlrott, Kündigungen von ungeimpften Arbeitnehmern im Pflege- und Gesundheitssektor?, GWR 2022, S. 22, 24; im Ergebnis ebenso Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP, Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, Bundestagsdrucksache 20/188 vom 6. Dezember 2021, S. 42; Bundesministerium für Gesundheit, Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeiten, Handreichung zur Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeiten, S. 21, abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_20a>IfSG.pdf.

22 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163.

23 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163.

3.1.1.3. Aufnahme einer Nebentätigkeit während der Freistellung

Für die Dauer der Freistellung gelten die allgemeinen Grundsätze zur Ausübung einer Nebentätigkeit fort. Ist die Aufnahme einer Nebentätigkeit gesetzlich, tarifvertraglich oder einzelvertraglich nicht geregelt, so darf der Arbeitnehmer grundsätzlich jede Nebentätigkeit ausüben, die nicht zu einer Beeinträchtigung der Arbeitsleistung oder der betrieblichen Belange führt.²⁴

Eine arbeitsvertragliche Regelung der Nebentätigkeit ist möglich, jedoch ist ein generelles Verbot der Nebentätigkeit unzulässig.²⁵ Zulässig ist hingegen die Vereinbarung eines Erlaubnisvorbehalts, wobei der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Genehmigung der Nebentätigkeit besitzt, wenn keine Beeinträchtigung der betrieblichen Interessen des Arbeitgebers zu erwarten ist.²⁶ Ob betriebliche Interessen der Aufnahme einer Nebentätigkeit entgegenstehen, ist anhand der jeweiligen Umstände des Einzelfalls zu beurteilen.

3.1.1.4. Dauer der Freistellung

Die Voraussetzungen der Freistellung sind grundsätzlich so lange gegeben, wie ein Beschäftigungs-, Betretungs- oder Tätigkeitsverbot nach § 20a IfSG besteht. Ein entsprechendes Verbot erlischt mit dem Außerkrafttreten des § 20a IfSG zum 1. Januar 2023. Im Übrigen ist das Verbot durch das Gesundheitsamt aufzuheben, sobald ein Immunitätsnachweis gemäß § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorgelegt wird.²⁷

3.1.2. Kündigungsrecht des Arbeitgebers

Denkbar ist zudem eine Kündigung des betroffenen Arbeitnehmers. Besteht das Arbeitsverhältnis bereits seit mehr als sechs Monaten, so ist die Rechtmäßigkeit einer Kündigung anhand der Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes (KSchG) zu beurteilen. Gemäß § 1 Abs. 1 KSchG ist eine Kündigung nur dann zulässig, wenn sie sozial gerechtfertigt ist.²⁸ Eine soziale Rechtfertigung ist nach § 1 Abs. 2 KSchG dann gegeben, wenn die Gründe für die Kündigung in der Person oder

24 Spinner in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2020, § 611a Rn. 1015, 1018.

25 Spinner in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage 2020, § 611a Rn. 1024.

26 BAG, Urteil vom 11. Dezember 2001 – 9 AZR 464/00, NZA 2002, S. 967.

27 Bundesministerium für Gesundheit, Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeiten, Handreichung zur Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeiten, S. 20 f., abrufbar unter https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_20a_IfSG.pdf.

28 Vor Ablauf der sechsmonatigen Wartefrist des § 1 Abs. 1 KSchG steht es dem Arbeitgeber hingegen grundsätzlich frei, das Arbeitsverhältnis ohne das Erfordernis der sozialen Rechtfertigung zu kündigen, soweit dabei im Einzelfall die Grenzen der Sitten- oder Treuwidrigkeit nicht überschritten werden, vgl. Rolfs in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Mießling/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 62. Edition Stand 1. Dezember 2021, § 1 KSchG Rn. 36; speziell im Hinblick auf eine Kündigung wegen der Nichterbringung eines Immunitätsnachweises während der Wartezeit auch Fuhlrott, Kündigungen von ungeimpften Arbeitnehmern im Pflege- und Gesundheitssektor?, GWR 2022, S. 22, 24; Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163.

dem Verhalten des Arbeitnehmers liegen oder wenn dringende betriebliche Erfordernisse einer Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers in dem Betrieb entgegenstehen. In Betracht kommt in der vorliegenden Konstellation insbesondere eine personen- oder verhaltensbedingte Kündigung.

3.1.3. Personenbedingte Kündigung

3.1.3.1. Voraussetzungen

Die personenbedingte Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer aufgrund fehlender persönlicher Fähigkeiten oder Eigenschaften nicht mehr in der Lage ist, die geschuldete Arbeitsleistung ordnungsgemäß zu erbringen. Erfasst sind dabei insbesondere auch Fälle, in denen der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung aufgrund rechtlicher Hindernisse nicht mehr erbringen kann.²⁹ Ein personenbedingter Kündigungsgrund ist daher jedenfalls dann anzunehmen, wenn ein behördliches Betretungs- oder Tätigkeitsverbot vorliegt, da es in diesem Fall an der persönlichen Eignung des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung fehlt.³⁰

Darüber hinaus müssen durch die fehlende persönliche Eignung die betrieblichen und wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers beeinträchtigt werden.³¹

Erforderlich ist zudem eine sogenannte Negativprognose, also das Vorliegen hinreichender Anhaltspunkte dafür, dass die Störung der Vertragsbeziehung jedenfalls noch bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bestehen wird.³² Dies wird angesichts der Geltungsdauer des § 20a IfSG bis zum 31. Dezember 2022 jedenfalls dann zu bejahen sein, wenn das Tätigkeitsverbot nicht erst kurze Zeit vor dem Außerkrafttreten der Vorschrift erteilt wird.³³

3.1.3.2. Ordentliche und außerordentliche personenbedingte Kündigung

Die personenbedingte Kündigung ist sowohl als ordentliche als auch als außerordentliche Kündigung denkbar.

Bei einer Kündigung ist grundsätzlich die tarif- oder einzelvertraglich vereinbarte Kündigungsfrist einzuhalten. Wurde eine solche zwischen den Vertragsparteien nicht vereinbart, so greift die

29 Hergenröder in: MünchKommBürgerlG, Band 5, 8. Auflage 2020, § 1 KSchG Rn. 145.

30 Fuhlrott, Kündigungen von ungeimpften Arbeitnehmern im Pflege- und Gesundheitssektor?, GWR 2022, S. 22, 24; Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163.

31 Denecke in: Gallner/Mestwerdt/ Nägele, Kündigungsschutzrecht, 7. Auflage 2021, KSchG § 1 Rn. 476.

32 Rolfs in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 62. Edition Stand 01. Dezember 2021, § 1 KSchG Rn. 107.

33 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163.

gesetzliche Kündigungsfrist nach § 622 BGB. In diesen Fällen spricht man von einer ordentlichen Kündigung.³⁴

Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann ein Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil jedoch ausnahmsweise auch außerordentlich ohne die Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Ob es dem Arbeitgeber zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis mit einem Arbeitnehmer, der einem Betretungs- oder Tätigkeitsverbot unterliegt, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist fortzuführen, kann abschließend nur anhand der jeweiligen Umstände des konkreten Einzelfalles beurteilt werden.

Allgemein wird jedoch gegen die Möglichkeit der personenbedingten außerordentlichen Kündigung angeführt, dass bei einer Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist keine erheblichen Nachteile für den Arbeitgeber ersichtlich seien. Da es dem Arbeitnehmer aufgrund des Betretungs- und Tätigkeitsverbot rechtlich unmöglich sei, die Arbeitsleistung zu erbringen, entfalle die Vergütungspflicht des Arbeitgebers. So habe der Arbeitgeber die Möglichkeit, den Arbeitnehmer bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist unter Wegfall des Vergütungsanspruchs freizustellen, sodass der Arbeitgeber durch den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses keiner finanziellen Belastung ausgesetzt sein dürfte (siehe hierzu auch die Ausführungen unter 3.1.1.2).³⁵ Für den Arbeitnehmer habe eine außerordentliche Kündigung hingegen vielseitige Belastungen zur Folge: Zum einen bestehe zumindest die Möglichkeit, dass Arbeitslosengeld im Einzelfall erst nach Ablauf einer Sperrzeit gewährt werde. Zum anderen könne sich der Arbeitnehmer nicht aus einem laufenden Arbeitsverhältnis um eine neue Beschäftigung bemühen, was wiederum zu Lücken im Lebenslauf führen könne.³⁶

3.1.4. Verhaltensbedingte Kündigung

3.1.4.1. Voraussetzungen

Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer eine vertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflicht erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und dadurch dauerhaft eine störungsfreie Vertragserfüllung nicht mehr zu erwarten ist.³⁷ Anders als bei der personenbedingten Kündigung muss die Pflichtverletzung auf ein vom Arbeitnehmer steuerbares Verhalten zurückzuführen sein.³⁸

34 Oetker in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Auflage 2022, § 1 KSchG Rn. 51.

35 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 161 f.

36 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 161 f.

37 BAG, Urteil vom 19. November 2015 – 2 AZR 217/15, BB 2016, S. 947 f.

38 Markowski in: Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Arbeitsrecht Handkommentar, 4. Auflage 2017, § 1 KSchG Rn. 214.

Ursache für ein behördliches Betretungs- oder Tätigkeitsverbot ist die Nichtvorlage eines Immunitätsnachweises oder eines ärztlichen Zeugnisses über eine medizinische Kontraindikation durch den Arbeitnehmer. Zu den arbeitsvertraglichen Nebenpflichten des Arbeitnehmers gehört es gemäß §§ 611a, 241 Abs. 2 BGB, auf die Rechte, Rechtsgüter und berechtigten Interessen des Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen.³⁹ Den Arbeitnehmer trifft insbesondere auch die Pflicht, dafür Sorge zu tragen, dass er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, um seine Arbeitsleistung erbringen zu können.⁴⁰ Verstößt der Arbeitnehmer gegen seine gesetzliche Pflicht zur Vorlage eines Immunitätsnachweises und führt dies zu einem Betretungs- oder Tätigkeitsverbot, so ist darin eine Pflichtverletzung seinerseits zu sehen, welche den Arbeitgeber zu einer verhaltensbedingten Kündigung berechtigen kann.⁴¹ Diese ist auch erheblich, da das Verhalten des Arbeitnehmers letztendlich dazu führt, dass er seine Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann.⁴²

3.1.4.2. Ordentliche und außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung

Ebenso wie bei der personenbedingten Kündigung ist auch bei der verhaltensbedingten Kündigung grundsätzlich die vertraglich vereinbarte oder gesetzliche Kündigungsfrist einzuhalten. Eine außerordentliche fristlose Kündigung ist auch hier nur möglich, wenn dem Arbeitnehmer eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zumutbar ist. Dabei gelten grundsätzlich dieselben Erwägungen wie bei der personenbedingten außerordentlichen Kündigung.

Im Rahmen der Interessenabwägung wird bei der außerordentlichen verhaltensbedingten Kündigung jedoch zudem zu Lasten des Arbeitnehmers angeführt, dass die vertragliche Störung hier auf einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers beruhe. Zu seinen Gunsten sei jedoch zu berücksichtigen, dass die abgelehnte Impfung einen körperlichen Eingriff darstelle und dass die Impfpflicht nach § 20a IfSG eine öffentlich-rechtliche, nicht zwischen den Vertragsparteien vereinbarte Pflicht darstellt, welche bei länger zurückliegendem Vertragsschluss kaum absehbar gewesen sei.⁴³

3.1.5. Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Weitere Voraussetzung sowohl der personenbedingten als auch der verhaltensbedingten Kündigung ist die Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Kündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn eine umfassende Interessenabwägung ergibt, dass dem Arbeitgeber eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum Wegfall der vertraglichen Störung unzumutbar ist. Nach

39 Müller, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht im Arbeitsrecht, ArbRAktuell 2022, S. 55, 58; im Ergebnis ebenso Fuhlrott, Kündigungen von ungeimpften Arbeitnehmern im Pflege- und Gesundheitssektor?, GWR 2022, S. 22, 24, der die arbeitsvertragliche Nebenpflicht zur Vorlage eines Immunitätsnachweises jedoch aus §§ 611a, 242 BGB ableitet.

40 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 162.

41 Müller, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht im Arbeitsrecht, ArbRAktuell 2022, S. 55, 58.

42 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 164.

43 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 164.

dem Ultima-ratio-Prinzip ist eine Kündigung insbesondere nur dann zulässig, wenn nach den konkreten Umständen und nach Abwägung der beiderseitigen Interessen keine zumutbaren milderen Mittel zur Verfügung stehen.⁴⁴

In der Regel ist daher zunächst eine Abmahnung auszusprechen, um dem Arbeitnehmer die Möglichkeit zu geben, seine Pflichtwidrigkeit zu korrigieren.⁴⁵ Das Erfordernis einer Abmahnung besteht zwar grundsätzlich vor allem im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung⁴⁶, die Rechtsprechung hat die Notwendigkeit einer Abmahnung jedoch auch in Fällen der personenbedingten Kündigung bejaht, in denen die in der Person des Arbeitnehmers liegenden Kündigungsgründe durch diesen selbst behoben werden können.⁴⁷ Das Abmahnungserfordernis dürfte daher in der vorliegenden Konstellation auch für die personenbedingte Kündigung gelten, da der Arbeitnehmer auch hier die Möglichkeit hat, die vertragliche Störung durch Vorlage eines Nachweises zu beseitigen.⁴⁸

Als mildere Mittel können zudem eine Versetzung des Arbeitnehmers in andere Bereiche der Einrichtung oder des Unternehmens, für die keine Nachweispflicht besteht, oder ein Einsatz im Homeoffice in Betracht kommen, wenn sich die Tätigkeit des betroffenen Arbeitnehmers dazu eignet und keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen.⁴⁹ Inwieweit dem Arbeitgeber eine Überbrückung der sich durch die Nichtvorlage eines Nachweises ergebenden Störung durch den Einsatz anderer Mitarbeiter oder Arbeitnehmer möglich und zumutbar ist, dürfte im Einzelfall zu entscheiden sein, wobei auch die Auswirkungen auf seine wirtschaftlichen Interessen zu berücksichtigen sind.⁵⁰

Im Rahmen der Interessenabwägung wird zudem zu Lasten des Arbeitnehmers angeführt, dass dieser das Betretungs- oder Tätigkeitsverbot aufgrund seiner Weigerung, einen Immunitätsnachweis vorzulegen, selbst zu vertreten habe. Auch wenn dies einen nicht unerheblichen Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit darstelle, habe der Gesetzgeber mit dem Erlass des § 20a IfSG deutlich gemacht, dass der Grundrechtsschutz des Arbeitnehmers im Gesundheits- und Pflegebereich zurücktrete.⁵¹

44 Henssler in: MünchKommBürgerlG, 8. Auflage 2020, Band 5, § 626 Rn. 95.

45 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 164.

46 Vossen in: Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht, 6. Auflage 2021, Die ordentliche personenbedingte Arbeitgeberkündigung Rn. 127.

47 Vgl. etwa BAG, Urteil vom 4. Juni 1997 – 2 AZR 526/96, NZA 1997, S. 1283.

48 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 164.

49 Gräf, Sperrzeitrechtliche Folgen der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ (§ 20a IfSG), NZS 2022, S. 175, 177.

50 Vgl. Rolfs in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Mießling/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 62. Edition Stand 1. Dezember 2021, § 1 KSchG Rn. 110.

51 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163.

3.2. (Noch) kein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot

Für Personen, die bereits vor dem 15. März 2022 in Pflege- oder Gesundheitseinrichtungen tätig sind, ordnet § 20a IfSG bei fehlender oder nicht ordnungsgemäßer Erbringung eines Nachweises kein unmittelbares Beschäftigungs- oder Tätigkeitsverbot an.⁵² Ein solches ergibt sich vielmehr erst aus einer entsprechenden Anordnung durch das Gesundheitsamt nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG. Bis eine solche Anordnung ausgesprochen wird, ergeben sich für ein bereits bestehendes Arbeits- und Beschäftigungsverhältnis daher keine unmittelbaren gesetzlichen Konsequenzen, sodass dieses zunächst unverändert fortgeführt werden kann.⁵³

Strittig ist, ob der Arbeitgeber in diesem Fall dennoch arbeitsrechtliche Maßnahmen ergreifen kann.⁵⁴ In Teilen der Literatur wird auch in dieser Konstellation ein Recht des Arbeitgebers zur Freistellung oder Kündigung bejaht, während dies von anderen abgelehnt wird.

Im Vorfeld der Einführung des § 20a IfSG wurde in den schriftlichen Stellungnahmen zur Anhörung im Hauptausschuss kritisiert, dass für den Arbeitgeber weder aus der Vorschrift selbst noch aus der Gesetzesbegründung hervorgehe, welche arbeitsrechtlichen Handlungsmöglichkeiten ihm gegenüber einem bereits vor dem 15. März 2022 Beschäftigten zur Verfügung stünden, wenn dieser keinen Immunitätsnachweis vorlege, aber auch noch keinem behördlichen Betretungs- oder Tätigkeitsverbot unterliege.⁵⁵

3.2.1. Freistellungsrecht des Arbeitgebers

Für die Möglichkeit einer Freistellung auch vor Ausspruch eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots durch das Gesundheitsamt wird in der Literatur zum Teil angeführt, dass der Arbeitgeber sich nicht auf das mit dem unklaren Status, ob die Tätigkeitsvoraussetzungen nach § 20a Abs. 1

52 So auch Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163; Aligbe, Impfpflichten in Gesundheitseinrichtungen, ARP 2022, S. 4; Fuhlrott, Kündigungen von ungeimpften Arbeitnehmern im Pflege- und Gesundheitssektor?, GWR 2022, S. 22, 24; a.A. im Ergebnis Weigert, Der Anwendungsbereich der neuen Impfpflicht im Gesundheitswesen nach § 20a IfSG, NZA 2022, S. 166, 169, der ein unmittelbares Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot für Bestandskräfte damit begründet, dass es im Hinblick auf den Schutz der besonders vulnerablen Personengruppen nach Sinn und Zweck der Vorschrift unerheblich sei, ob die Tätigkeit vor oder nach dem 15. März 2022 begonnen habe.

53 Vgl. Bundesministerium für Gesundheit, Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeiten - Handreichung zur Impfprävention in Bezug auf einrichtungsbezogene Tätigkeiten, S. 21, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_20a_IfSG.pdf.

54 Rambach in: Haufe, Die einrichtungsbezogene Corona-Impfpflicht nach dem IfSG, Stand: 1. Februar 2022, 5.1.2.1 (HI15028469).

55 Vgl. die folgenden schriftlichen Stellungnahmen zur öffentlichen Anhörung des Hauptausschusses am 8. Dezember 2021 zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie (Bundestagsdrucksache 20/188), abrufbar unter: <https://www.bundestag.de/resource/blob/871034/aa2bcf62570851a830ba5006cb1ef6c6/Anlage1-8-data.pdf>; Stellungnahme der Deutschen Krankenhausgesellschaft, Stand 7. Dezember 2021, S. 4; Stellungnahme des Deutschen Pflegerates e.V. (DPR) Stand 6. Dezember 2021, S. 2; Stellungnahme des Deutschen Städtetages, S. 2 f.; Stellungnahme der Vereinten Dienstleistungsgewerkschaft – ver.di, Stand 6. Dezember 2021.

IfSG vorlägen, des durch die Nichtvorlage eines Nachweises pflichtwidrig handelnden Beschäftigten einlassen müsse.⁵⁶

Dem wird jedoch entgegengehalten, dass der Gesetzgeber in § 20a IfSG für Bestandskräfte, die bis zum 15. März 2022 keinen Immunitätsnachweis erbringen, gerade kein Beschäftigungs- oder Tätigkeitsverbot vorsieht, sondern eine diesbezügliche Anordnung des Gesundheitsamts verlangt. Zum einen würde eine eigenmächtige Intervention des Arbeitgebers dieser Konzeption widersprechen.⁵⁷ Zum anderen könne ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers an einer Freistellung auch nicht mit dem Schutz der übrigen Mitarbeiter und betreuten Personen begründet werden, da dieser bereits durch die nach wie vor bestehende Testpflicht des Pflegepersonals nach § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG gewährleistet werde.⁵⁸

Bejaht man die Möglichkeit der Freistellung, obwohl der Arbeitnehmer keinem Betretungs- oder Tätigkeitsverbot unterliegt, so stellt sich die Frage nach dem Lohnzahlungsanspruch des Arbeitnehmers während der Dauer der Freistellung. In diesem Fall steht es dem Arbeitgeber frei, den Arbeitnehmer weiterhin zu beschäftigen. Der Arbeitnehmer bietet dem Arbeitgeber damit eine ordnungsgemäße Arbeitsleistung an und der Arbeitgeber gerät durch die Nichtannahme in Verzug. Im Ergebnis dürften die Voraussetzungen der §§ 611a Abs. 2, 615 Satz 1 BGB daher erfüllt sein und der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch behalten.⁵⁹

Teilweise wird jedoch vertreten, dass der Arbeitgeber auch hier nicht in Annahmeverzug gerate, da ihm die Annahme der angebotenen Arbeitsleistung eines nichtimmunen Arbeitnehmers unzumutbar sei. Da eine Infektion mit dem Sars-Cov-2-Virus schwere gesundheitliche Schäden bis zu einem tödlichen Krankheitsverlauf auslösen könne, bestehe eine erhöhte Gefährdung für Leib, Leben oder Gesundheit des Arbeitgebers, seiner Angehörigen oder anderer Personen. Die Beschäftigung des Arbeitnehmers sei daher unzumutbar, solange dieser seine Nachweispflichten nach § 20a IfSG nicht erfülle.⁶⁰

56 Müller, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht im Arbeitsrecht, ArbRAktuell 2022, S. 55, 58 f.

57 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163; im Ergebnis ebenso: Bundesministerium für Gesundheit, Impfprävention im Bereich einrichtungsbezogener Tätigkeiten - Handreichung zur Impfprävention in Bezug auf einrichtungsbezogene Tätigkeiten, S. 21, abrufbar unter: https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_20a>IfSG.pdf.

58 Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 162 f.

59 Rambach in: Haufe, Die einrichtungsbezogene Corona-Impfpflicht nach dem IfSG, Stand: 1. Februar 2022, 5.1.2.1 (HI15028469).

60 Müller, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht im Arbeitsrecht, ArbRAktuell 2022, S. 55, 58 f; für einen Wegfall des Vergütungsanspruchs ohne nähere Begründung auch Fuhlrott, Kündigung von ungeimpften Arbeitnehmern im Pflege- und Gesundheitssektor?, GWR 2022, S. 22, 24.

3.2.2. Kündigungsrecht des Arbeitgebers

Auch die Möglichkeit einer personenbedingten Kündigung wird in Teilen der Literatur bereits vor Ausspruch eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots bejaht. Wenn der Gesetzgeber das Vorliegen einer Impfung oder Genesung im Gesundheits- und Pflegesektor für so wesentlich erachte, dass dessen Fehlen zu einem gesetzlichen oder behördlichen Beschäftigungsverbot führen könne, dann müsse es dem Arbeitgeber auch möglich sein, den Nachweis einer Impfung oder Genesung zur Bedingung des Fortbestands des Arbeitsverhältnisses zu machen.⁶¹

4. Arbeitsrechtliche Konsequenzen der Einführung des § 20a IfSG hinsichtlich ab dem 16. März 2022 beschäftigter Personen

Für Personen, die ihre Tätigkeit erst ab oder nach dem 16. März 2022 aufnehmen sollen, ordnet § 20a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG ein unmittelbares Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot an. Den betroffenen Personen ist es bereits ohne eine entsprechende Anordnung durch das Gesundheitsamt untersagt, in der jeweiligen Einrichtung tätig zu werden. Hinsichtlich einer Kündigung oder Freistellung des Arbeitnehmers gelten in diesem Fall dieselben Grundsätze wie bei Personen, die bereits vor dem 15. März 2022 beschäftigt werden und einem behördlichen Betretungs- oder Tätigkeitsverbot unterliegen.

Jedoch dürfte in einem solchen Fall die sechsmonatige Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG in der Regel noch nicht erfüllt sein, sodass eine Kündigung auch ohne soziale Rechtfertigung zulässig sein dürfte, solange dabei im konkreten Einzelfall die Grenzen der Sitten- und Treuwidrigkeit nicht überschritten werden.⁶²

5. Rechtsschutzmöglichkeiten des Arbeitnehmers

Gegen Maßnahmen des Arbeitgebers aufgrund der Nichterbringung eines Immunitätsnachweises stehen dem Arbeitnehmer die allgemeinen arbeitsrechtlichen Rechtsschutzmöglichkeiten offen. Im Falle einer Kündigung kann der Arbeitnehmer Kündigungsschutzklage erheben, im Falle einer Freistellung Klage auf Weiterbeschäftigung sowie gegebenenfalls auf Lohnzahlung. In beiden Fällen besteht zudem die Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung auf Weiterbeschäftigung zu beantragen.

61 Fuhlrott, Kündigungen von ungeimpften Arbeitnehmern im Pflege- und Gesundheitssektor?, GWR 2022, S. 22, 24.

62 Rolfs in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Meßling/Udsching, Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 62. Edition Stand 1. Dezember 2021, § 1 KSchG Rn. 36; speziell im Hinblick auf eine Kündigung wegen der Nichterbringung eines Immunitätsnachweises während der Wartezeit auch Fuhlrott, Kündigungen von ungeimpften Arbeitnehmern im Pflege- und Gesundheitssektor?, GWR 2022, S. 22, 24; Harländer/Otte, Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S. 160, 163.