

Dr. Jens Steinigen*

Die einrichtungsbezogene Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2

Übersicht

1. Einleitung
2. Pflicht zur Vorlage von Nachweisen – die zwei Fälle § 20a IfSG
 - 2.1 Welche Personen, die in einem Krankenhaus tätig sind oder tätig werden wollen, werden von der Nachweispflicht erfasst?
 - 2.2 Verfahren bei Personen, die am 15.3.2022 bereits im Krankenhaus tätig sind
 - 2.2.1 Am 15.3.2022 bereits beschäftigte Personen, die Nachweise vorlegen, die ihre Gültigkeit nicht aufgrund Zeitablaufs verlieren
 - 2.2.2 Am 15.3.2022 bereits beschäftigte Personen, die Nachweise vorlegen, die ihre Gültigkeit aufgrund Zeitablaufs verlieren
 - 2.3 Verfahren bei Personen, die im Krankenhaus ab 16.3.2022 neu tätig werden wollen
 - 2.3.1 Personen, die keinen Nachweis vorlegen
 - 2.3.2 Personen, die einen Nachweis vorlegen, bei dem jedoch Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen
3. Pflichten der Arbeitsvertragsparteien bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben des § 20a IfSG
4. Datenschutzrechtliche Probleme
 - 4.1 Übermittlung personenbezogener Daten von Beschäftigten an das Gesundheitsamt
 - 4.2 Umfang der Datenverarbeitung beim Arbeitgeber
 - 4.3 Dauer der Datenspeicherung
5. Die Rolle des Betriebsarztes und die ärztliche Schweigepflicht
6. Rechtsfolge von Beschäftigungsverboten
 - 6.1 Entgeltanspruch bei Beschäftigungsverboten
 - 6.2 Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei Beschäftigungsverboten
7. Fazit

1. Einleitung

Das Thema „Impfen oder nicht Impfen“ scheint inzwischen fast den Bedeutungsgehalt der Frage „Sein oder Nichtsein“ erreicht zu haben. Entsprechend emotional wird auch das Thema einrichtungsbezogene Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 diskutiert. In deutschen Zeitungen tauchen seit Januar 2022 verstärkt ähnliche Anzeigen auf, mit denen (angebliche) Pflegekräfte angeblich wegen der Impfpflicht neue Stellen suchen, deren Form und Gestaltung mehr als Zweifel an der Echtheit der Inserate aufkommen lassen¹, bei genauer Betrachtung der Rechtslage tatsächlich jedoch entweder auf evidente Rechtsunkenntnis hindeuten oder einfach als böswillige Panikmache von Gegnern der Coronamaßnahmen entlarvt werden können. Denn tatsächlich ist § 20a IfSG, der die einrichtungsbezogene „Impfpflicht“ ab 15.3.2022 einführt, nicht nur ein Gesetz mit überschaubarer Geltungsdauer, sondern rechtfertigt vor allem auch allenfalls bedingt den Gebrauch des Begriffes „Impfpflicht“. Dennoch müssen sich die Betreiber der in § 20a

IfSG genannten Einrichtungen damit auseinandersetzen und Maßnahmen zur Umsetzung ergreifen. Dafür soll dieser Beitrag als Leitfaden dienen. Dabei sollen nachfolgend der Einfachheit halber im Wesentlichen nur die Begriffe „Krankenhaus“ und „Beschäftigte“ verwendet werden. Die Ausführungen dazu gelten jedoch für alle (Gesundheits-)Einrichtungen i. S. v. § 20a Abs. 1 IfSG (z. B. Tageskliniken, Arztpraxen und Rettungsdienste) und für die dort jeweils tätigen Personen gleichermaßen.

2. Pflicht zur Vorlage von Nachweisen – die zwei Fälle § 20a IfSG

§ 20a IfSG unterscheidet vom Grundsatz her in den Abs. 2 und 3 zunächst zwischen Beschäftigten, die am 15.3.2022 bereits in einem Krankenhaus tätig sind und Beschäftigten, die ab dem 16.3.2022 neu in einem Krankenhaus tätig werden wollen und knüpft unterschiedliche Rechtsfolgen an die Nichtvorlage von Nachweisen.²

2.1 Welche Personen, die in einem Krankenhaus tätig sind oder tätig werden wollen, werden von der Nachweispflicht erfasst?

Auf der Homepage des Ministeriums für Gesundheit „Zusammen gegen Corona“ war im Januar 2022 unter dem Punkt „Wann ist eine Person in einer Einrichtung oder in einem Unternehmen ‚tätig‘ in Bezug auf die einrichtungsbezogene Impfpflicht?“ in der Aufzählung im 2. Absatz 4. Spiegelpunkt folgende Aussage zu finden: „Dies bedeutet, dass insbesondere folgende Personen der Nachweispflicht unterfallen:

Mitarbeitende in der Verwaltung oder in technischen oder IT-Diensten, in der Leitung/Geschäftsführung, sofern keine klare räumliche Abgrenzung zu den in der Einrichtung bzw. dem Unternehmen behandelten, untergebrachten oder gepflegten Personen vorhanden ist,“³

Diese Aussage erscheint missverständlich und steht im Widerspruch zum Hinweis im letzten Absatz unter diesem Punkt. Denn dort heißt es weiter: „Der Gesetzeswortlaut ist weit gefasst, sodass es grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob die in einer Einrichtung oder Unternehmen tätige Person einen direkten Kontakt zu den vulnerablen Personengruppen hat. Einzig in den Fällen, in denen jeglicher Kontakt zu den gefährdeten Personengruppen und zu den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die einen direkten Kontakt zu diesen Personengruppen haben, wegen des Charakters der ausgeübten Tätigkeit sicher ausgeschlossen werden kann (beispielsweise räumlich abgetrennt tätigen Verwaltungsmitarbeiterinnen und -mitarbeiter der ambulanten Pflegedienste oder in getrennten Verwaltungsgebäuden arbeitende Mitarbeitende), kann eine Tätigkeit in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmen im Sinne des § 20a Absatz 1 Satz 1 IfSG verneint werden.“⁴

Schon nach diesen Erläuterungen kommt es also grundsätzlich nicht darauf an, ob die in einer Einrichtung oder Unternehmen tätige Person einen direkten Kontakt zu den vulne-

2 Vgl. Gesetzesbegründung in BT-Drucksache 20/188, S. 39 f.

3 <https://www.zusammengegen corona.de/impfen/gesundheits-und-pflegerberufe-impfen/einrichtungsbezogene-impfpflicht/>

4 <https://www.zusammengegen corona.de/impfen/gesundheits-und-pflegerberufe-impfen/einrichtungsbezogene-impfpflicht/>

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Lenze & Partner mbB, Traunstein.

1 Spiegel online vom 23.1.2022 – Corona: Verlag vermutet Impfgegner hinter verdächtiger Jobanzeigen-Häufung.

raben Personengruppen (also Patienten) hat. Vielmehr kann einzig in den Fällen, in denen wegen des Charakters der ausgeübten Tätigkeit jeglicher Kontakt zu den gefährdeten Personengruppen und zu den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, die einen direkten Kontakt zu diesen Personengruppen haben, sicher ausgeschlossen werden kann, auch eine Tätigkeit in den betroffenen Einrichtungen und Unternehmen im Sinne des § 20a Absatz 1 Satz 1 IfSG verneint werden.

Ausschließlich diese Deutung lässt sich mit der gesetzlichen Regelung in § 20a Abs. 1 Nr. 1 IfSG in Übereinklang bringen. Denn nach § 20a Abs. 1 Nr. 1 IfSG müssen Personen, die in folgenden Einrichtungen oder Unternehmen „tätig sind“, ab dem 15.3.2022 entweder geimpfte oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sein, es sei denn, dass sie aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden können.

Demnach betrifft die gesetzliche Regelung zunächst einmal alle Personen, die in den § 20a Abs. 1 IfSG genannten Einrichtungen, also z. B. Krankenhäusern tätig sind. Eine Einschränkung etwa dahingehend, dass es auf einen möglichen Kontakt zu Patienten ankommt oder dass dies nicht für in Krankenhäusern tätige Personen gilt, bei denen physische Kontakte zu Patienten ausgeschlossen werden können, enthält die gesetzliche Bestimmung nicht.

Dementsprechend ergibt sich aus dem Wortlaut von § 20a IfSG kein Anhaltspunkt dafür, dass es für die Impfpflicht von Beschäftigten in Krankenhäusern darauf ankommen könnte, ob bei ihnen physische Kontakte zu Patienten ausgeschlossen werden können oder nicht. Dafür spricht auch ein Vergleich mit anderen gesetzlichen Bestimmungen, etwa der in § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG zur 3-G-Regelung für Arbeitgeber und Beschäftigte. Dort ist bestimmt, dass die 3-G-Regel für Arbeitsstätten gilt, „in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können“.

Auch aus der Gesetzesbegründung selbst ergibt sich für eine andere Auslegung kein Anhaltspunkt. Denn dort heißt es, dass die Art der Beschäftigung (Arbeitsvertrag, Leiharbeitsverhältnis, Praktikum, Beamtenverhältnis etc.) ohne Bedeutung sei und es sich bei den erfassten Personen beispielsweise um medizinisches bzw. Pflege- und Betreuungspersonal einschließlich zusätzlicher Betreuungskräfte nach § 53b SGB XI, aber auch andere dort tätige Personen wie zum Beispiel Hausmeister oder Transport-, Küchen- oder Reinigungspersonal handeln könne. Erfasst seien zudem auch Auszubildende, Personen, welche ihren Freiwilligendienst (nach dem BFDG oder JFDG) ableisten, ehrenamtlich Tätige, Praktikanten sowie Zeitarbeitskräfte.⁵

Es kommt damit nicht nur darauf an, dass der Kontakt von im Krankenhaus tätigen Personen zu Patienten sicher ausgeschlossen sein muss, sondern auch zu den Beschäftigten, die einen direkten Kontakt zu Patienten haben, damit im Krankenhaus tätige Personen von der Nachweispflicht ausgenommen werden können. In der Praxis werden sich kaum Beschäftigte – etwa in der Verwaltung – in einem Krankenhauses finden lassen, für die eine Tätigkeit im Sinne des § 20a Absatz 1 Satz 1 IfSG verneint werden kann. Eine Ausnahme käme allenfalls für solche Beschäftigten in Betracht, bei denen auch ein Kontakt zu Beschäftigten im Krankenhaus, die Patientenkontakt haben, sicher ausgeschlossen werden kann. Dass es solche Personen gibt, mag allenfalls in der Theorie vorstellbar sein, da auch bei z. B. in der Verwaltung eines

Krankenhauses Beschäftigten ein sicherer Ausschluss des Kontakts zu den Pflegekräften, Ärzten, Stationshilfen, Reinigungskräften in sämtlichen Räumlichkeiten mit hinreichender Sicherheit nicht ausgeschlossen werden kann.

2.2 Verfahren bei Personen, die am 15.3.2022 bereits im Krankenhaus tätig sind

Nach § 20a Abs. 2 S. 1 IfSG haben Personen, die in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG genannten Einrichtungen oder Unternehmen (also z. B. in Krankenhäusern) tätig sind, der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens bis zum Ablauf des 15.3.2022 folgenden Nachweis vorzulegen:

1. einen Impfnachweis im Sinne des § 2 Nummer 3 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung,
2. einen Genesenennachweis im Sinne des § 2 Nummer 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung oder
3. ein ärztliches Zeugnis darüber, dass sie aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden können.

Für den Fall, dass die vorstehenden Nachweise von diesen Beschäftigten nicht bis zum 15.3.2022 vorgelegt werden oder wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat der Arbeitgeber unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich das Krankenhaus befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten dieser Beschäftigten zu übermitteln (§ 20a Abs. 2 S. 2 IfSG).

Anschließend ist es Sache des Gesundheitsamtes diejenigen Beschäftigten, deren Daten es vom Arbeitgeber erhalten hat, nach § 20a Abs. 5 IfSG zunächst aufzufordern, die Nachweise vorzulegen bzw. bei Zweifeln an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises eine ärztliche Untersuchung dazu anzuordnen. Erst wenn dies nicht innerhalb einer angemessenen Frist geschieht oder der Anordnung einer ärztlichen Untersuchung nicht Folge geleistet wird, kann das Gesundheitsamt u. a. die weitere Tätigkeit im Krankenhaus untersagen.⁶ Erst dann steht ein Betätigungsverbot für diejenigen Beschäftigten im Raum, die am 15.3.2022 bereits in einem Krankenhaus beschäftigt sind und die in § 20a Abs. 2 IfSG genannten Einrichtungen oder Unternehmen (also z. B. in Krankenhäusern) der Leitung genannten Nachweise nicht vorlegen.

Das bedeutet, dass selbst für diejenigen Beschäftigten, die keine Impfnachweise vorlegen, ab 16.3.2022 zunächst kein allgemeines Beschäftigungsverbot im Raum steht, und angesichts der in der Regel überschaubaren personellen Ausstattung der Gesundheitsämter und der vielfältigen Aufgaben, die die Gesundheitsämter in der Pandemie zu erfüllen haben, wahrscheinlich eine nicht unerhebliche Zeit vergehen wird, bis es – wenn überhaupt – zum Ausspruch von Beschäftigungsverboten durch die Gesundheitsämter kommen wird.⁷ Da § 20a IfSG nach dem aktuellen Rechtsstand zudem ohnehin am 31.12.2022 wieder außer Kraft treten soll, erscheint sogar die Prognose naheliegend, dass Tätigkeitsverbote gegenüber am 15.3.2022 bereits in einem Krankenhaus Beschäftigten die Ausnahme bleiben werden.

⁶ Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine vom Gesundheitsamt angeordnete ärztliche Untersuchung oder ein vom Gesundheitsamt erteiltes Verbot haben im Übrigen keine aufschiebende Wirkung, § 20a Abs. 5 S. 4 IfSG.

⁷ Spiegel online vom 26.1.2022 – Gesundheitsämter können Impfpflicht offenbar nicht kontrollieren.

⁵ Vgl. BT-Drucksache 20/188 Seite 38.

Bei denjenigen Beschäftigten im Krankenhaus, die bis zum 15.3.2022 die o.g. Nachweise vorlegen, ist ferner zu unterscheiden zwischen denjenigen, deren Nachweise weiterhin ihre Gültigkeit nicht verlieren, und denjenigen Personen, deren Nachweise ihre Gültigkeit aufgrund Zeitablaufs ab dem 16.3.2022 verlieren.

2.2.1 Am 15.3.2022 bereits beschäftigte Personen, die Nachweise vorlegen, die ihre Gültigkeit nicht aufgrund Zeitablaufs verlieren

Werden Nachweise vorgelegt, die ihre Gültigkeit nicht aufgrund Zeitablaufs verlieren, so bestehen für diese Beschäftigten und den Arbeitgeber in Bezug auf diese Beschäftigten keine weiteren Pflichten.

2.2.2 Am 15.3.2022 bereits beschäftigte Personen, die Nachweise vorlegen, die ihre Gültigkeit aufgrund Zeitablaufs verlieren

Diese Beschäftigten sind nach § 20a Abs. 4 IfSG verpflichtet, soweit der von ihnen vorgelegte Nachweis ab dem 16. März 2022 aufgrund Zeitablaufs nicht mehr gilt, der Leitung des Krankenhauses einen neuen Nachweis innerhalb eines Monats nach Ablauf der Gültigkeit des bisherigen Nachweises vorzulegen.

Das bedeutet für den Arbeitgeber, dass er die von den Beschäftigten übermittelten Nachweise auch darauf prüfen muss, ob diese ihre Gültigkeit aufgrund Zeitablaufs ab dem 16.3.2022 verlieren. Dies ist auch zu dokumentieren, da der Arbeitgeber die Daten dieser Beschäftigten an das Gesundheitsamt zu übermitteln hat, wenn diese innerhalb eines Monats nach Ablauf der Gültigkeit des bisherigen Nachweises keinen neuen Nachweis vorlegen (§ 20a Abs. 4 IfSG). Dabei ist nach dem aktuellen Gesetzesstand allerdings zu beachten, dass dies nur Nachweise betreffen dürfte, die bis zum 30.11.2021 ihre Gültigkeit aufgrund Zeitablaufs verlieren, da § 20a IfSG am 31.12.2022 wieder außer Kraft treten soll.⁸

2.3 Verfahren bei Personen, die im Krankenhaus ab 16.3.2022 neu tätig werden wollen

Anders ist das bei Personen, die ab dem 16.3.2022 ihre Arbeit in einem Krankenhaus neu aufnehmen wollen. Diese haben gem. § 20a Abs. 3 IfSG der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens vor Beginn ihrer Tätigkeit einen Nachweis nach § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorzulegen. Dabei ist zwischen Personen zu unterscheiden, die gar keinen Nachweis vorlegen und Personen, die zwar einen Nachweis vorlegen, bei dem jedoch Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen.

2.3.1 Personen, die keinen Nachweis vorlegen

Eine Person, die keinen Nachweis nach § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorlegt, darf nicht im Krankenhaus beschäftigt werden. Für diese Personen ergibt sich somit bereits aus dem Gesetz ein Beschäftigungsverbot.⁹

2.3.2 Personen, die einen Nachweis vorlegen, bei dem jedoch Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen

Wenn lediglich Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten zu übermitteln. Wird von diesen Personen ein Nachweis vorgelegt und bestehen für den Arbeitgeber lediglich Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises, so folgt daraus kein gesetzliches Beschäftigungsverbot. Vielmehr sind in diesem Fall vom Arbeitgeber das Gesundheitsamt zu informieren und die personenbezogene Daten an das Gesundheitsamt zu übermitteln.

Anschließend muss das Gesundheitsamt diese Personen nach § 20a Abs. 5 IfSG zunächst auffordern, die erforderlichen Nachweise vorzulegen bzw. bei Zweifeln an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises eine ärztliche Untersuchung dazu anordnen. Erst wenn dies nicht geschieht oder der Anordnung einer ärztlichen Untersuchung nicht Folge geleistet wird, kann das Gesundheitsamt für diese Personen die weitere Tätigkeit im Krankenhaus untersagen.¹⁰

3. Pflichten der Arbeitsvertragsparteien bei der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben des § 20a IfSG

Die Pflichten von Beschäftigten und Bewerbern in diesem Zusammenhang sind vorstehend beschrieben.

Der Arbeitgeber wird im Hinblick auf die bestehende Fürsorgepflicht verpflichtet sein, den Beschäftigten die Vorlage der Nachweise und deren Dokumentation möglichst einfach zu machen und – schon aus Gründen des Datenschutzes – wirklich nur personenbezogene Daten von den Beschäftigten an das Gesundheitsamt zu übermitteln, die ihre Nachweise nicht vorgelegt haben oder bei denen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen.

4. Datenschutzrechtliche Probleme

Im Bereich des Datenschutzes zeigen sich eine Reihe von Problemen, die nachfolgend näher betrachtet werden sollen.

4.1 Übermittlung personenbezogener Daten von Beschäftigten an das Gesundheitsamt

Unproblematisch erscheint zunächst die Übermittlung personenbezogener Daten von Beschäftigten an das Gesundheitsamt, die die in § 22a Abs. 2 IfSG genannten Nachweise bis zum Ablauf des 15.3.2022 nicht vorgelegt haben oder wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, da in diesen Fällen die Datenübertragung ausdrücklich in § 22a Abs. 2 IfSG vorgesehen ist. Die Datenübermittlung und Verarbeitung er-

⁸ Vgl. Art. 2 Nr. 1 und Art. 23 Abs. (4) des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, BT-Drucksache 830/21.

⁹ Vgl. Gesetzesbegründung in BT-Drucksache 20/188, S. 41.

¹⁰ Nachdem gem. § 279 StGB n.F. inzwischen das Vorzeigen eines falschen Impfpasses zur Täuschung im Rechtsverkehrs mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft werden kann, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften dieses Abschnitts mit schwererer Strafe bedroht ist, und der Arbeitgeber bei Neueinstellungen das Gesundheitsamt zu informieren hat, wenn Zweifel an der Echtheit des vorgelegten Nachweises bestehen, dürfte das Ausnutzen dieser Beschäftigungsmöglichkeit durch ungeimpfte Beschäftigte überschaubar bleiben.

folgt insoweit auf der Grundlage des Art. 9 Abs. 2 Buchstabe i DSGVO iVm. § 22 Abs. 1 lit. c BDSG.¹¹

Nicht ganz eindeutig im Gesetz geregelt ist allerdings, welche Daten an das Gesundheitsamt zu übermitteln sind. Zwar wird in der Gesetzesbegründung insoweit auf § 2 Nr. 16 IfSG verwiesen,¹² womit dies 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 wären. Allerdings heißt es in § 20a Abs. 3 IfSG, dass dem Gesundheitsamt „personenbezogene Daten“ zu übermitteln sind, während § 2 Nr. 16 IfSG den Begriff der „personenbezogene Angabe“ verwendet. Es wäre sicher wünschenswert gewesen, wenn der Gesetzgeber in § 20a IfSG und in § 2 Nr. 16 IfSG auch die gleichen Begrifflichkeiten verwendet hätte, um Zweifel bei der Auslegung zu vermeiden. Im Ergebnis wird man schon angesichts der Gesetzesbegründung davon ausgehen können, dass es sich allenfalls um ein redaktionelles Versehen handelt, mit den unterschiedlichen Begrifflichkeiten jedoch keine inhaltlichen Unterschiede für die Datenübermittlung normiert werden sollten.

4.2 Umfang der Datenverarbeitung beim Arbeitgeber

Es erstaunt, dass der Gesetzgeber es unterlassen hat, in § 20a IfSG zu regeln, welche Daten in welchem Umfang vom Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Erfüllung seiner Pflichten verarbeitet (also z. B. von den Beschäftigten erhoben und gespeichert) werden dürfen. Das verwundert vor allem auch deshalb, weil das IfSG in Bezug auf andere, darin geregelte Nachweis- bzw. Kontrollpflichten etwa zum Impfstatus¹³ ausdrücklich Regelungen enthält.

So ist z. B. in § 23a IfSG ausdrücklich geregelt, dass der Arbeitgeber personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus verarbeiten darf, soweit es zur Erfüllung von Verpflichtungen aus § 23 Abs. 3 IfSG in Bezug auf übertragbare Krankheiten erforderlich ist, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden. Auch im Hinblick auf die Einhaltung der sog. 3-G-Regel am Arbeitsplatz normiert § 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG ausdrücklich, dass der Arbeitgeber, um die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 28b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 Satz 1 IfSG durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren, personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten darf, soweit es zur Erfüllung dieser Pflichten erforderlich ist. Auch § 36 Abs. 3 IfSG enthält eine entsprechende Ermächtigung zur Datenverarbeitung für den Fall, dass der Deutsche Bundestag nach § 5 Abs. 1 S. 1 IfSG eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat und unabhängig davon bis zum Ablauf des 19. März 2022. Danach darf der Arbeitgeber, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist, in den in den Abs. 1 und 2 genannten Einrichtungen und Unternehmen personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten, um über die Begründung eines Beschäftigungsver-

hältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden.

Bzgl. der Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten durch den Arbeitgeber im Zusammenhang mit den in § 20a IfSG geregelten Pflichten findet sich im Gesetz keine entsprechende Regelung. In der Gesetzesbegründung zu § 20a IfSG ist insoweit lediglich folgende Aussage enthalten, die dem hieraus Verpflichteten allenfalls bedingt weiterhilft:

„Es sind die Vorgaben des Datenschutzrechtes zu beachten. Wenn die Nachweise bzw. das ärztliche Zeugnis im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses vorzulegen sind, kann die Datenverarbeitung, soweit sie nicht bereits nach § 23a bzw. § 36 Absatz 3 IfSG zulässig ist, auf § 26 Absatz 3 Satz 1 bzw. auf § 22 Absatz 1 Buchstabe c Bundesdatenschutzgesetz in Verbindung mit § 20a IfSG gestützt werden. Die Pflicht, in den genannten Einrichtungen und Unternehmen nur mit Impf- oder Genesenennachweis oder ärztlichem Zeugnis über das Vorliegen einer Kontraindikation tätig zu sein, stellt eine gesetzliche Tätigkeitsvoraussetzung und damit eine rechtliche Pflicht aus dem Arbeitsrecht im Sinne des § 26 Absatz 3 Satz 1 BDSG dar. Eine über die Nachweise bzw. das ärztliche Zeugnis hinausgehende Verarbeitung von Gesundheitsdaten, wie zum Beispiel dem Grund, aus dem sich eine Kontraindikation ergibt, ist nicht zulässig. Nach § 22 Absatz 2 BDSG sind angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Personen vorzusehen.“¹⁴

Bzgl. der Übermittlung von Daten an das Gesundheitsamt durch den Arbeitgeber, wenn die erforderlichen Nachweise nicht bis zum 15.3.2022 vorgelegt werden, heißt es in den Gesetzesmaterialien weiter: *„(...) Die Datenübermittlung und Verarbeitung erfolgt insoweit auf der Grundlage des Artikels 9 Absatz 2 Buchstabe i der Datenschutz-Grundverordnung in Verbindung mit § 22 Absatz 1 Buchstabe c des Bundesdatenschutzgesetzes.“*

D. h., nach der Gesetzesbegründung ist die Verarbeitung von personenbezogenen Daten in diesem Zusammenhang durch den Arbeitgeber zulässig, wobei sich der Gesetzesbegründung allerdings nichts Genaueres dazu entnehmen lässt, welche Daten dies genau sind.

Im Zusammenhang mit der Erhebung des Impfstatus dürften jedenfalls die datenschutzrechtlichen Vorgaben in Art. 9 Abs. 4 DSGVO i. V. m. § 26 Abs. 3 BDSG einschlägig sein, nachdem es sich um Daten i. S. v. Art. 9 Abs. 1 DSGVO (Gesundheitsdaten als „besondere Kategorie personenbezogener Daten“) handelt, deren Verarbeitung nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich unzulässig und nur ausnahmsweise erlaubt ist. Nach § 26 Abs. 3 BDSG ist jedoch abweichend von Art. 9 Abs. 1 DSGVO die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt. Dabei sind auch die Vorgaben von § 22 Abs. 2 BDSG zu beachten, wonach für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Personen vorzusehen sind.

Damit ist die Verarbeitung von Gesundheitsdaten der Beschäftigten grundsätzlich zulässig. Das beantwortet aber noch nicht die Frage, welche Daten vom Arbeitgeber in diesem Zusammenhang im Detail verarbeitet (also z. B. erhoben und gespeichert) werden dürfen. Jedenfalls bis Mitte

14 Vgl. Gesetzesbegründung in BT-Drucksache 20/188, S. 4.

11 BT-Drucksache 20/188 S. 40.

12 BT-Drucksache 20/188 S. 40.

13 Soweit der Begriff „Impfstaus“ verwendet wird, bezieht sich die Begrifflichkeit aber auch auf die anderen Nachweise i. S. v. § 20a Abs. 2 IfSG.

Januar 2022 waren zu dieser Problematik auch keine Stellungnahmen, etwa der Landes-Datenschutzbehörden, zu finden.

Bei der Beantwortung dieser Frage ist vom Grundsatz der Datensparsamkeit (bzw. Grundsatz der Datenminimierung nach Art. 5 DSGVO), der Erforderlichkeit und den Vorgaben von § 22 Abs. 2 BDSG auszugehen, wobei eine Orientierung an den Empfehlungen der Datenschutzbehörden, die im Hinblick auf die Datenverarbeitung zur Umsetzung der 3-G-Regel gemacht wurden, empfehlenswert erscheint.

Auf der Homepage des Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Rheinland-Pfalz heißt es dazu beispielsweise, dass Arbeitgeber gehalten sind, die datensparsamste Nachweismethode zu wählen. So sei etwa die Nutzung der vom RKI herausgegebenen kostenlosen „CovPassCheck-App“ durch den Arbeitgeber¹⁵ zu empfehlen, da diese Methode gegenüber dem Anlegen umfangreicher Namenslisten mit Informationen zum Genesenenstatus oder zu zurückliegenden Impfterminen vorzuzugswürdig sei. Soweit Nachweis-Zertifikate oder QR-Codes elektronisch übermittelt werden sollen, sei eine ausreichende Vertraulichkeit der Daten sicherzustellen, z. B. durch eine geeignete Verschlüsselung.¹⁶

Im Beschluss der Konferenz der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden des Bundes und der Länder vom 19.10.2021¹⁷ heißt es, dass im Zusammenhang mit der Abfrage des Datums „Impfstatus“ zu beachten sind:

- der Grundsatz der „Datenminimierung“, Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO: Zunächst muss geprüft werden, ob die reine Abfrage des Impfstatus zur Zweckerreichung bereits ausreichend ist. Dann ist keine Speicherung erforderlich. Soll der Impfstatus gespeichert werden, dürfen keine Kopien von Impfausweisen oder vergleichbaren Bescheinigungen (im Original oder als Kopie) in die Personalakte aufgenommen werden. Es ist ausreichend, wenn vermerkt wird, dass diese jeweils vorgelegt worden sind.
- Grundsatz der „Speicherbegrenzung“, Art. 5 Abs. 1 lit. e DSGVO, Recht auf Löschung, Artikel 17 DS-GVO: Sobald der Zweck für die Speicherung des Impfstatus entfallen ist, muss dieses personenbezogene Datum gelöscht werden.

Vom Bayerischen Landesbeauftragten für den Datenschutz findet man zur Verarbeitung des COVID-19-Impfstatus im bayerischen öffentlichen Dienst Folgendes: *„Die öffentliche Arbeitgeber können im Rahmen von 2G- oder 3G-Zutrittsregelungen auf Grundlage des IfSG oder der jeweils geltenden Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung befugt sein, (auch) den Impf- oder Serostatus ihrer Beschäftigten in Bezug auf COVID-19 zu verarbeiten. Dies setzt allerdings voraus, dass der Arbeitgeber zur Überprüfung von vorzulegenden Impf-, Genesen- oder Testnachweisen verpflichtet ist und dass für die betroffenen Beschäftigten eine entsprechende gesetzliche Nachweispflicht besteht.“*¹⁸ Diese Aussage betrifft zwar 2G- oder 3G-Zutrittsregelungen. Jedenfalls aber gilt in Bezug auf § 20a IfSG ebenfalls, dass der Arbeitgeber zu Überprüfung der Nachweise verpflichtet ist und für die Beschäftigten eine Nachweispflicht besteht.

15 <https://www.digitaler-impfnachweis-app.de/covpasscheck-app/>

16 <https://www.datenschutz.rlp.de/de/aktuelles/detail/news/detail/News/3g-am-arbeitsplatz-datensparsamkeit-heisst-das-gebot-der-stunde>

17 https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/dskb/20211025_DSK_Beschluss_Impfstatus_von_Besch%C3%A4ftigten.pdf

18 https://www.datenschutz-bayern.de/datenschutzreform2018/AP_Impfstatus.pdf – Rn. 10.

Aus den Erläuterungen der Datenschutzbeauftragten der Länder zur Verarbeitung des COVID-19-Impfstatus von Beschäftigten außerhalb des Bereichs von § 20a IfSG lassen sich somit Grundsätze herleiten, die auch für § 20a IfSG fruchtbar gemacht werden können. Dementsprechend dürfte für § 20a IfSG Folgendes gelten:

- Wenn Arbeitgeber Nachweise der Beschäftigten prüfen müssen, dürfen sie das Ergebnis im erforderlichen Umfang dokumentieren. Dokumentiert werden darf in diesem Zusammenhang jedenfalls, dass und wann eine Überprüfung bei welchen Beschäftigten stattgefunden hat und natürlich auch mit welchem Ergebnis, aber auch, dass ein vorgelegter Nachweis ab dem 16.3.2022 seine Gültigkeit verliert oder dass Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen.
- Arbeitgeber dürfen Impf- und Genesenennachweise bzw. Atteste ansehen, jedoch grundsätzlich nicht aufbewahren und speichern. Ausgenommen dürfte der Fall sein, dass die Beschäftigten schon im Rahmen der Umsetzung der sog. 3-G-Regel ihren jeweiligen 3G-Nachweis freiwillig beim Arbeitgeber hinterlegt haben. Für diese Beschäftigten dürfte zudem nicht die nochmalige Vorlage der Nachweise zur Erfüllung der Pflichten aus § 20a Abs. 3 IfSG erforderlich sein, soweit die vorgelegten Nachweise ab dem 16.3.2022 nicht ihre Gültigkeit verlieren.
- Da bei der Prüfung von Impfnachweisen nach allg. Ansicht der Datenschutzbeauftragten der Länder die CovPassCheck-App verwendet werden kann, sollte sich eine elektronische/automatisierte Überprüfung von Nachweisen am Umfang der Datenverarbeitung orientieren, wie sie auch durch diese App erfolgt, wobei sich das dann zunächst einmal auf die im digitalen Zertifikat enthaltenen Grunddaten (Name und Vornamen, Geburtsdatum und Typ des Nachweises) beschränken muss. Eine vollständige Dokumentation/Speicherung aller im digitalen Zertifikat gespeicherten Daten (also bei einem Impfnachweis z. B. auch Impfstoff; Impfstoffhersteller; Anzahl der Impfungen; jeweiliges Datum der einzelnen Impfungen; Land, in dem die jeweilige Impfung erfolgte) dürfte nicht zulässig sein. Hiervon ausgenommen ist der Fall, dass die Gültigkeitsdauer des Nachweises von derartigen Informationen abhängt, da der Arbeitgeber auch das Ablaufdatum zu dokumentieren hat.
- Der mit der Überprüfung der Nachweise befasste Personenkreis ist möglichst klein zu halten. Insoweit kann auf das jeweils geltende Personalaktenrecht verwiesen werden.
- Die entsprechende Dokumentation ist gesondert außerhalb der Personalakte als Teilakte zu führen und gegen unbefugten Zugang hinreichend zu sichern.

4.3 Dauer der Datenspeicherung

Die Dauer der Speicherung der im Rahmen von § 20a IfSG erhobenen Daten beim Arbeitgeber wäre nach dem aktuellen Gesetzesstand grds. nur bis zum 31.12.2022 zulässig, da zu diesem Zeitpunkt § 22a IfSG wieder außer Kraft treten soll¹⁹ und die Daten anschließend für die Zwecke des § 20a IfSG nicht mehr benötigt werden. Im Übrigen sind die

19 Vgl. Art. 2 Nr. 1 und Art. 23 Abs. (4) des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, BT-Drucksache 830/21.

Daten zu löschen, sobald ihre Verarbeitung für die gesetzlich zulässigen Verarbeitungszwecke nicht mehr erforderlich ist, also etwa bei einem Ausscheiden von Beschäftigten aus dem Arbeitsverhältnis.

5. Die Rolle des Betriebsarztes und die ärztliche Schweigepflicht

Im Zusammenhang mit der Erfüllung der Pflichten gemäß § 20a IfSG stellen sich viele der davon betroffenen Arbeitgeber zudem die Frage, wie die in diesem Zusammenhang notwendigen Prozesse effizient abgewickelt werden können. Gerade in größeren Einrichtungen iSd. § 20a Abs. 1 IfSG dürften die Betriebsärzte auch eine größere Anzahl von Beschäftigten geimpft haben, sodass die im Zusammenhang mit § 20a IfSG vom Arbeitgeber von den Beschäftigten zu erhebenden Daten dort bereits vorliegen. Angesichts der angespannten Personalsituation in Krankenhäusern könnte daher die Versuchung bestehen, die in der Betriebsmedizin vorliegenden Informationen zum Impfstatus der Beschäftigten, wenn sie dort geimpft worden sind, zu verwenden, also z. B. automatisiert in andere Programme zu übernehmen.

So findet sich etwa in der Information der Deutschen Krankenhaus Gesellschaft, § 20a IfSG – „Einrichtungsbezogene Impfpflicht“ bzw. Umsetzung der Nachweispflicht von Immunisierungen, Fragen und Antworten, Stand 14.1.2022 unter Punkt 11 Abs. 3 folgender Hinweis: *„Wurden Beschäftigte in der Einrichtung/im Krankenhaus geimpft und liegen die entsprechenden Daten vor, ist davon auszugehen, dass die Nachweise nebst maßgeblichen Daten bekannt sind und es keiner erneuten Vorlage der Nachweise bedarf.“* Nachdem diese Aussage, wenn nicht sogar falsch, so doch zumindest sehr missverständlich ist, soll auch die Rolle des Betriebsarztes in diesem Zusammenhang näher betrachtet werden.

Auch der Betriebsarzt hat nach § 8 Abs. 1 S. 3 ASiG die Regeln über die ärztliche Schweigepflicht zu beachten. Die Weitergabe von Einzelheiten der Behandlung, Untersuchung oder Beratung eines Arbeitnehmers an den Arbeitgeber ist daher grds. unzulässig und nur dann zulässig, wenn der Arzt eine Rechtfertigung hierfür hat, die sich aus einem Einverständnis, einer gesetzlichen Offenbarungspflicht oder einem Notstand ergeben kann.

Die Weitergabe von Daten etwa zum Impfstatus der Beschäftigten durch den Betriebsarzt an den Arbeitgeber mit ausdrücklicher Einwilligung der Beschäftigten ist somit grds. unproblematisch. Aus Beweisgründen sollte sich der Arzt ein ausdrückliches Einverständnis aber immer schriftlich geben lassen und zum Nachweis aufbewahren. Für eine Rechtfertigung der Weitergabe solcher Daten, aufgrund gesetzlicher Offenbarungspflicht oder aufgrund eines Notstandes, gibt es im Zusammenhang mit § 20a IfSG allerdings keine Ansatzpunkte. Denkbar bleibt allenfalls eine konkludente Einwilligung in bestimmten Fallgestaltungen.

Nachdem die Schweigepflicht des Arztes auch schon das Verbot der Preisgabe einer Information darüber umfasst, „ob“ überhaupt und „wie“ ein Patient eine Behandlung oder Beratung etc. durch den Arzt erhält, dürfen vom Betriebsarzt ohne Einwilligung der Beschäftigten keinerlei Informationen über den Impfstatus der Beschäftigten an den Arbeitgeber weitergegeben werden, unabhängig davon, ob dies analog oder digital bzw. automatisiert erfolgt. Es verstößt somit grds. gegen die ärztliche Schweigepflicht, wenn seitens des Betriebsarztes ohne Einwilligung der Beschäftigten deren Impfstatus etwa an die Personalabteilung des Arbeitgebers übermittelt wird.

Anders dürfte das jedoch zu sehen sein, wenn der Betriebsarzt seitens des Arbeitgebers in die Umsetzung der Vorgaben des § 20a IfSG einbezogen wird. Denn der Arbeitgeber kann die Aufgaben, die sich für ihn im Zusammenhang mit der Vorlage und Prüfung der in § 20a Abs. 2 IfSG genannten Nachweise stellen, auf den Betriebsarzt delegieren. Dieser Weg dürfte sogar vorzugsweise sein, einerseits aufgrund der beim Betriebsarzt vorhandenen Fachkompetenz, andererseits weil auch das dem Grundsatz Rechnung trägt, dass der mit der Überprüfung der Nachweise befassten Personenkreis möglichst klein zu halten ist.

Problematisch ist dann in Bezug auf die Weitergabe von Daten zum Impfstatus, dass grds. jede Art der Kenntniserlangung genügt, solange sie in der Eigenschaft als Arzt erfolgt, sodass sich die Schweigepflicht nicht nur auf Tatsachen erstreckt, von denen der Arzt im Zusammenhang mit der Behandlung erfährt, sondern auch auf solche, die ihm außerhalb seines Dienstes „anvertraut“ werden. Maßgeblich ist allein, dass ihm das Geheimnis bekannt wird, weil er Arzt ist, also eine berufsspezifische Konnexität besteht, unabhängig davon, ob ihm der Betroffene selbst oder ein Dritter das Geheimnis mitgeteilt haben. Die Alternative in § 203 StGB „sonst bekannt“ geworden erfasst sämtliche Formen der Kenntniserlangung, unabhängig davon, ob tatsächlich ein Vertrauensverhältnis besteht.²⁰ Damit steht natürlich auch im Raum, dass die im Zusammenhang mit der Vorlage und Prüfung der in § 20a Abs. 2 IfSG genannten Nachweise erlangten Kenntnisse der Schweigepflicht unterfallen.

Diese Informationen werden dem Betriebsarzt wohl schon nicht in seiner Funktion als Arzt bekannt, da an diesen lediglich die dem Arbeitgeber gem. § 20a IfSG selbst obliegenden Aufgaben delegiert sind, es somit an der berufsspezifischen Konnexität fehlt. Jedenfalls aber wird man hier von einer konkludenten Einwilligung der Beschäftigten ausgehen, wenn diese die von ihnen gemäß § 20a IfSG zu erbringenden Nachweise den mit der Prüfung dieser Nachweise vom Arbeitgeber beauftragten Personen, auch wenn diese Person der Betriebsarzt ist, vorlegen, da dann den Beschäftigten die Weitergabe der Informationen an den Arbeitgeber von vornherein klar ist. Denn die Daten werden vom Betriebsarzt explizit für den Arbeitgeber erhoben, damit dieser seine gesetzlichen Pflichten erfüllen kann.²¹

Deutlich zu machen ist dabei jedoch in jedem Fall, dass die Erhebung des Impfstatus ausschließlich für den Arbeitgeber zur Umsetzung der Vorgaben des § 20a IfSG erfolgt und zu diesem Zweck z. B. an die Personalabteilung des Arbeitgebers übermittelt wird, wobei sichergestellt werden sollte, dass sich das auf die Daten/Informationen beschränkt, die zur Erfüllung der Arbeitgeberpflichten nach § 20a IfSG erforderlich sind, also darauf

- dass und wann der Nachweis vorgelegt wurde,
- die Grunddaten der geprüften Nachweise (also Name und Vornamen des Beschäftigten, Geburtsdatum und Typ des Nachweises),
- das Ergebnis der Überprüfung und ggf. das Datum, zu dem ein vorgelegter Nachweis ab dem 16.3.2022 seine Gültigkeit verliert,
- etwaige Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit der vorgelegten Nachweise.

²⁰ Spickhoff/Knauer/Brose, 3. Aufl. 2018, StGB §§ 203–205 Rn. 26.

²¹ Als vergleichbar könnte man etwa die Fallgestaltung ansehen, in der eine Untersuchung vom Arzt evident zugunsten Dritter vorgenommen wird, z. B. für eine Versicherung; auch in diesen Fällen wird eine konkludente Befreiung von der Schweigepflicht angenommen, vgl. Spickhoff/Knauer/Brose, 3. Aufl. 2018, StGB §§ 203–205 Rn. 34.

6. Rechtsfolge von Beschäftigungsverboten

6.1 Entgeltanspruch bei Beschäftigungsverboten

Besteht ein gesetzliches Beschäftigungsverbot oder wird ein solches vom Gesundheitsamt verhängt, so entfällt für die davon betroffenen Beschäftigungspflichtigen auch die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers, d. h. § 326 Abs. 1 BGB, § 326 Abs. 2, §§ 615 und 616 BGB sind nicht einschlägig, wie sich auch schon aus der Gesetzesbegründung ergibt.²²

6.2 Kündigung des Arbeitsverhältnisses bei Beschäftigungsverboten

Ausgenommen von fristgerechten Kündigungen von ungeimpften und impfunwilligen Beschäftigten in den ersten sechs Monaten der Beschäftigung, d. h. in der Wartezeit nach § 1 Abs. 1 KSchG, die ohne Weiteres zulässig sein dürfte,²³ erst recht natürlich, wenn ein Beschäftigungsverbot verhängt wird, werden Kündigungen bei Bestehen des allgemeinen Kündigungsschutzes nach § 1 KSchG zumindest problematisch sein. Bei einem vom Gesundheitsamt erteilten Beschäftigungsverbot mag durchaus eine ordentliche personenbedingte Kündigung in Raum stehen, da der Mitarbeiter seiner Arbeitspflicht nicht mehr nachkommen kann, bei ordentlich nicht mehr kündbaren Beschäftigten (vgl. etwa § 34 Abs. 2 TVöD/TV-L) möglicherweise auch eine außerordentliche Kündigung mit sozialer Auslaufzeit, da es an der persönlichen Eignung des Beschäftigten fehlt und auch die erforderliche Negativprognose vorliegen kann, nachdem § 20a IfSG erst zum 31.12.2022 wieder außer Kraft treten soll.²⁴ Tatsächlich wird die Rechtmäßigkeit einer Kündigung jedoch immer von den Umständen des Einzelfalls und insbesondere auch vom Zeitpunkt abhängen, in dem das Beschäftigungsverbot verhängt wird, sowie der Beschäftigungsdauer des jeweiligen Beschäftigten und damit einhergehend mit der für den jeweiligen Beschäftigten maßgeblichen Kündigungsfrist.

Denn unabhängig von der tatsächlichen Frage, ob es sich ein Krankenhausträger angesichts der in Regel angespannten Personalsituation etwa im Pflegebereich überhaupt leisten kann, die Kündigung von Pflegepersonal in Erwägung zu ziehen, dürfte sich vor allem auch die Frage stellen, ob und in welchem Umfang dem Arbeitgeber Überbrückungsmaßnahmen zumutbar sind. Betrachtet man in diesem Zusammenhang z. B. die Grundsätze, die das BAG in Fallgestaltungen entwickelt hat, in denen Beschäftigten ihre Arbeitspflichten wegen einer Haftstrafe²⁵ nicht erfüllen können, so dürften folgende Grundsätze gelten:

Da der Arbeitgeber bei einem Beschäftigungsverbot von der Entgeltzahlungspflicht befreit ist, wird es maßgeblich darauf ankommen, ob und in welchem Umfang sich die durch das Beschäftigungsverbot bedingte Nichterfüllung der Arbeitspflicht nachteilig auf das Arbeitsverhältnis auswirkt. Dabei dürfte neben Art und Ausmaß der betrieblichen Auswirkungen des Beschäftigungsverbots vor allen Dingen auch die Frage eine Rolle spielen, wie lange der Beschäftigte (voraussichtlich) nicht in der Lage sein wird, seine arbeitsvertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Liegt

kündigungsrechtlich gesehen eine beachtliche Störung vor, bedarf es dann immer auch noch der abschließenden, alle Umstände des Einzelfalls einbeziehenden Abwägung, ob es dem Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Interessen beider Vertragsteile unzumutbar war, das Arbeitsverhältnis bis zum Wegfall des Hinderungsgrundes fortzusetzen. Sowohl bei der Frage, ob von einer erheblichen Störung des Austauschverhältnisses auszugehen ist, als auch bei der Interessenabwägung wäre im Fall einer Kündigung wegen eines nach § 20a IfSG verhängten Beschäftigungsverbot weiter zu berücksichtigen, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsverhinderung zu vertreten hat. Deshalb sind dem Arbeitgeber zur Überbrückung des Arbeitsausfalls regelmäßig nicht die gleichen Anstrengungen und Belastungen zuzumuten wie etwa bei einer Krankheit.²⁶

Dies bedeutet aber eben auch, dass dem Arbeitgeber im Einzelfall überhaupt keine Überbrückungsmaßnahmen zugemutet werden können. Denn nach der Entscheidung des BAG vom 24.3.2011 kann dem Arbeitgeber zumindest dann, wenn im Kündigungszeitpunkt noch eine Haftstrafe von mehr als zwei Jahren zu verbüßen ist und eine Entlassung vor Ablauf von zwei Jahren nicht sicher zu erwarten steht, regelmäßig nicht zugemutet werden, lediglich Überbrückungsmaßnahmen zu ergreifen und auf eine dauerhafte Neubesetzung des Arbeitsplatzes zu verzichten.²⁷ In seinem Urteil vom 20.11.1997 hat das BAG aber auch die Entscheidung der Vorinstanzen bestätigt, die eine während der Untersuchungshaft vom Arbeitgeber ausgesprochene außerordentliche und ordentliche Kündigung für unwirksam angesehen hatten, weil es dem Arbeitgeber bei Ausspruch der Kündigungen nach dreimonatiger Untersuchungshaft und bloßer Ungewissheit über den Zeitpunkt der Haftentlassung bei einem 14 Jahre lang beschäftigten Arbeitnehmer ohne die Darlegung betrieblicher Störungen zumutbar war, die Untersuchungshaft abzuwarten, die dann auch tatsächlich ca. 2,5 Monate nach Ausspruch der Kündigungen geendet hatte.²⁸

Überträgt man diese Grundsätze auf Fälle, in denen bei am 15.3.2022 bereits in Krankenhäusern Beschäftigten in der Zeit ab dem 16.3.2022 bis zum Außerkrafttreten des Gesetzes am 31.12.2022 Beschäftigungsverbote verhängt werden könnten, so ist es kaum vorstellbar, dass im Zusammenhang mit der Verhängung von Beschäftigungsverboten ausgesprochene Kündigungen tatsächlich unproblematisch für die Arbeitgeberseite, also ohne Weiteres wirksam sein werden. Denn die Gesundheitsämter müssen erst vom Arbeitgeber über die Beschäftigten informiert werden, die keine Nachweise vorgelegt haben, auch wenn das unverzüglich zu erfolgen hat (§ 20a Abs. 2 S. 2 IfSG). Im Anschluss werden die Gesundheitsämter sicherlich eine gewisse Zeit benötigen, bis die Beschäftigten, die dem Arbeitgeber keine Nachweise vorgelegt haben, zur Vorlage der Nachweise aufgefordert werden (§ 20a Abs. 5 S. 1 IfSG). Erst wenn trotz dieser Anforderung kein Nachweis innerhalb einer „angemessenen Frist“ vorgelegt wird, „kann“ vom Gesundheitsamt ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen werden (§ 20a Abs. 5 S. 3 IfSG). Berücksichtigt man ferner, dass etwa im Bereich des TVöD schon ab einer Beschäftigungsdauer von mehr als einem Jahr eine Kündigungsfrist von sechs Wochen zum Schluss eines Kalenderjahres gilt (§ 24 Abs. 1 TVöD), wird es wohl in den seltensten Fällen dazu kommen, dass dem Arbeitgeber die Überbrückung der Zeit zwischen Ablauf

²² Vgl. BT-Drucksache 20/188 S. 42.

²³ Fuhlrott, GWR 2022, 22/24.

²⁴ Fuhlrott, GWR 2022, 22/24.

²⁵ Dieser Vergleich möge aber nicht dahin missverstanden werden, dass vom Verfasser ungeimpfte bzw. impfunwilligen Beschäftigte in Krankenhäusern mit Straftätern gleichgesetzt werden sollen; vielmehr stellen die vom BAG entwickelten Grundsätze allgemeine kündigungrechtliche Prinzipien dar, die bei Beschäftigungsverboten nach § 20a IfSG aus Sicht des Unterzeichners ebenfalls bzw. erst recht gelten müssen.

²⁶ BAG 24.3.2011 – 2 AZR 790/09 – Rz. 15 zur personenbedingten Kündigung bei mehrjähriger Haftstrafe.

²⁷ BAG 24.3.2011 – 2 AZR 790/09 – Rz. 15 zur personenbedingten Kündigung bei mehrjähriger Haftstrafe.

²⁸ BAG 20.11.1997 – 2 AZR 805/96.

der Kündigungsfrist und dem 31.12.2022 nicht zumutbar ist, jedenfalls wenn von Arbeitgeberseite nicht zugleich entsprechende betriebliche Störungen vorgetragen und bewiesen werden können.

7. Fazit

Die allgemeine Verwendung des Begriffs „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ erscheint deutlich überzogen, da die gesetzlichen Bestimmungen mitnichten eine Pflicht zur Impfung vorschreiben. Auch der Gesetzgeber selbst spricht im Zusammenhang mit § 20a IfSG lediglich vom „Immunitätsnachweis gegen COVID-19“. Ein Beschäftigungsverbot steht für Beschäftigte in den in § 20a Abs. 1 IfSG genannten Einrichtungen im Ergebnis ab 16.3.2022 nur für einen kleinen Personenkreis im Raum, nämlich für diejenigen, die ab

diesem Tag in einer solchen Einrichtung neu ihre Tätigkeit aufnehmen möchten und überhaupt keinen Nachweis vorlegen. Für alle übrigen Beschäftigten eines Krankenhauses, die nicht über die erforderlichen Nachweise verfügen, käme es darauf an, ob von den Gesundheitsämtern tatsächlich Beschäftigungsverbote verhängt werden, was angesichts der überschaubaren Ressourcen der Gesundheitsämter, der ebenfalls sehr knappen Personalressourcen der Krankenhäuser im Pflegebereich und des Außerkrafttretens von § 20a IfSG am 31.12.2022 im Ergebnis nicht sonderlich wahrscheinlich erscheint. Sieht man einmal vom Wegfall des Vergütungsanspruchs bei einem Beschäftigungsverbot ab, so dürften größere Auswirkungen im Bereich des Individualarbeitsrechts, insbesondere eine Kündigungswelle, von der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ nicht zu erwarten sein.