



Fragenkatalog „Impfung/Testung wegen Covid19“

Dieser Katalog gibt die Antworten nach bestem Wissen und Gewissen aufgrund der Rechtslage vom 06.01.2021 wieder. Da sich viele Gesetze, Verordnungen und Rechtsauslegungen zurzeit in hohem Tempo ändern und zudem auch länderspezifisch sind, bitten wir Sie herzlich, regelmäßig auf entsprechende Veränderungen zu achten.

Aktuell gibt es vermehrt Anfragen von MAVen aus Pflege- und Gesundheitseinrichtungen bezüglich der Umsetzung der aktuellen Corona Bestimmungen.

Wir weisen darauf hin, dass die folgenden Ausführungen eine begründete Meinung darstellen. Allerdings liegt Rechtsprechung in diesem Zusammenhang (noch) nicht vor.

Was passiert, wenn sich Mitarbeitende nicht auf Covid19 testen lassen wollen?

Einschlägig ist hierzu der § 5 der Corona-Schutz-Verordnung NRW (i.d.F. vom 16.12.2020). Hier beschreibt der Absatz 3:

(3) Das Pflegepersonal und weitere Beschäftigte der Einrichtungen nach Absatz 2, die die zum Aufenthalt von Patienten und Bewohnern dienenden Räume betreten, sind mindestens an jedem dritten Tag auf das Vorliegen einer SARS-CoV-2 Infektion (mindestens mittels PoCAntigen-Schnelltest) zu testen. Dies gilt auch für das Personal ambulanter Pflegedienste, soweit es Kontakt zu den Pflegebedürftigen hat. Die in diesem Absatz genannten Beschäftigten haben beim unmittelbaren Kontakt mit den zu betreuenden Personen eine FFP2-Maske zu tragen.

Hiermit sind alle Mitarbeitergruppen umfasst, die die entsprechenden Räumlichkeiten betreten, unabhängig, ob sie dort tätig werden müssen oder nicht. Flure und Korridore sind hier wohl auszunehmen, soweit dort keine Sitzgelegenheiten vorhanden sind, auf denen sich Bewohner*innen aufhalten.

Damit ist eine gesetzliche Grundlage für die Tests geschaffen und die Mitarbeiter*innen haben keine Möglichkeit sich zu weigern. Sollten die Mitarbeiter*innen dies dennoch tun, darf der Dienstgeber sie im Grunde nicht in den entsprechenden Räumen beschäftigen, hieraus könnten sich verschiedene Konsequenzen ergeben:

- Übertragung gefährdungsfreier Tätigkeiten (auch niedriger zu bewertende Tätigkeiten),
 - Ob im Einzelfall eine solche Tätigkeit durch die Mitarbeiter*innen ausgeübt werden muss, hängt letztlich von den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen ab, stellt aber im Zweifel das mildeste Mittel dar.
- Freistellung ohne Fortzahlung der Bezüge,
- Ermahnung, Abmahnung und ggfls. in letzter Konsequenz eine Kündigung

Rechtlich betrachtet muss eine durch den Dienstgeber angeordnete Maßnahme 1. zulässig, 2. zweck- und verhältnismäßig, 3. zumutbar sein.

Alle drei Kriterien treffen jedoch wohl zu, sodass die Verweigerung eines Tests nicht möglich (und nebenbei auch nicht sinnvoll) ist. (Vergleiche z.B. auch mit arbeitsmedizinischer Vorsorge, z.B. Hepatitis, ...)

Muss ich mich bei meinem Arbeitgeber testen lassen?

Eine andere Frage ist, ob die Mitarbeiter*innen sich weigern könnten den Test vom Arbeitgeber durchführen zu lassen. Dies könnte man in Analogie zu betriebsärztlichen Untersuchungen so argumentieren, allerdings wäre auch hier zu sagen, dass die Mitarbeiter*innen eigentlich kein Problem haben sollten, denn bei einem positiven Test würde der Arbeitgeber durch das Gesundheitsamt ohnehin informiert.

Muss ich mich impfen lassen?

Eine Impfung gegen Corona kann der Dienstgeber nicht einseitig anordnen, dies wäre ein Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit. Hierzu würde die Fürsorgepflicht oder das Hausrecht aus verfassungsrechtlicher Sicht wohl nicht ausreichen. Es bedürfte also einer rechtlichen Grundlage. Eine allgemeine Impfpflicht gegen das Corona-Virus ist zurzeit seitens der Politik zwar nicht vorgesehen, aber das ISchG bietet im § 20 durchaus eine geeignete gesetzliche Grundlage, die das Gesundheitsministerium ermächtigt mit Zustimmung des Bundesrates für bestimmte Personengruppen eine Impfpflicht einzuführen.

Gerechnet werden muss damit wohl, wenn zwei Faktoren erfüllt sind: 1. Der Impfstoff steht in ausreichender Menge zur Verfügung und 2. die Impfquote in den Gesundheitsberufen liegt unter 70%. Dann wird sich kein MA ohne einen rechtfertigenden Grund verweigern können (vgl. auch Masernimpfung oder Hepatitis-B, ...).

Grundsätzlich gilt aber: Es gibt keine Impfpflicht, Beschäftigte müssen sich auch nicht gegen das Coronavirus impfen lassen. Der Arbeitgeber hat aber ein Direktionsrecht (oder Weisungsrecht) und ist für den Gesundheitsschutz im Betrieb verantwortlich. Um eine Ausbreitung des Coronavirus zu verhindern, darf er Beschäftigte z.B. verpflichten, einen Mundschutz zu tragen und sich regelmäßig die Hände zu waschen oder zu desinfizieren.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers hat allerdings Grenzen. Gibt es eine MAV in der Einrichtung, so muss der Arbeitgeber bei solchen Maßnahmen ihr Mitbestimmungsrecht beachten.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers beinhaltet auch, dass der Arbeitgeber gemäß der arbeitsvertraglichen Grundlagen Inhalt, Zeit und Ort der Arbeitsleistung einseitig bestimmen darf. Damit wäre die Anordnung die Arbeitsleistung an einem anderen Arbeitsplatz (räumlich oder inhaltlich) zunächst einmal rechtlich möglich. Aber der Arbeitgeber darf sein Weisungsrecht nur innerhalb der vertraglichen Grenzen und auch nur nach billigem Ermessen ausüben. (Mitbestimmungsrechte bei Abordnung und Versetzung beachten!) Es kommt also immer darauf an, was im Arbeitsvertrag steht.

Der Arbeitgeber ist ohnehin verpflichtet, den Arbeitsplatz auf Gefährdungen zu beurteilen und die erforderlichen Schutzmaßnahmen zu treffen, so sehen es das Arbeitsschutzgesetz (vgl. §§ 3 bis 5 ArbSchG) und ggf. die Biostoffverordnung (vgl. §§ 4 bis 14 BiostoffV) vor. Ergibt sich aus einer Gefährdungsbeurteilung eine erhöhte Infektionsgefährdung, z.B. durch Krankheitserreger, ist nach der BioStoffV und der Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV)

zu verfahren. Das kann auch bedeuten, nicht geimpfte Beschäftigte aus Gründen des Gesundheitsschutzes abziehen, z.B. sie nicht mehr auf einer Station mit Covid19-Patient*innen einzusetzen.

Wir verweisen auf die Anforderungen der ArbMedVV. Diese werden in den Arbeitsmedizinischen Regeln (AMR) konkretisiert. AMR 6.5 - Impfungen als Bestandteil der arbeitsmedizinischen Vorsorge bei Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen führt unter Ziffer 4.2.3 aus:

"Der oder die Beschäftigte kann das Impfangebot annehmen oder ablehnen. Bei Ablehnung muss das Impfangebot dem oder der Beschäftigten anlässlich der nächsten arbeitsmedizinischen Vorsorge erneut unterbreitet werden. Die Tätigkeit darf auch bei Ablehnung des Impfangebotes ausgeführt werden. Hält der Arzt oder Ärztin wegen fehlenden Immunschutzes einen Tätigkeitswechsel für angezeigt, bedarf diese Mitteilung an den Arbeitgeber der Einwilligung des oder der Beschäftigten (vgl. auch AMR 6.4)".

Eine Ablehnung der Impfung nach ausführlicher arbeitsmedizinischer Beratung sollte in jedem Fall schriftlich festgehalten werden.

Welche Aufgaben hat die MAV?

Da die Testung gesetzlich vorgeschrieben ist, ist die MAV hierzu nicht zustimmungspflichtig. Jedoch unterliegt das gesamte Verfahren in der Einrichtung dem Zustimmungsrecht der MAV gem. § 36 (1) Zf. 10 MAVO (Maßnahmen zum Gesundheitsschutz), d.h. wer testet, wo und wann, wer erhält Daten und wie werden sie verarbeitet, etc.

Gilt das alles auch für Krankenhäuser?

Bedingt, denn Krankenhäuser unterliegen nicht der Testpflicht gem. Coronaschutzverordnung, hier gilt keine gesetzliche Testpflicht für alle Beschäftigten.

Hier ist es wie immer komplizierter: Die Verpflichtung Beschäftigter sich testen zu lassen ergibt sich aus dem Recht der Einrichtungen gem. § 4 TestV von Besuchern und/oder Beschäftigten eine Testung zu verlangen. Hierzu ist es erforderlich, dass die Einrichtungen ein Testkonzept erstellen und dieses dem zuständigen Gesundheitsamt zur Genehmigung vorlegen (wobei die Genehmigung als erteilt gilt, wenn das Gesundheitsamt in dieser Frist nicht widerspricht). Die Richtlinien des RKI sind hierbei zu befolgen.

Das bedeutet auch, dass Mitarbeiter in den Krankenhäusern nur einen Rechtsanspruch auf Testung haben, wenn sie diesen nach § 1 ff. Coronavirus-Testverordnung – TestV z.B. als Kontaktperson haben. Dem von der Einrichtung erstellten Konzept müssen sich die Beschäftigten aber wohl unterwerfen.

Ansonsten gilt, das vorher Geschriebene. **Ausnahme: Mitbestimmung der MAV bei der Erstellung des Testkonzeptes besteht nach § 36 (1) Zf. 10, da der Dienstgeber bei der Erstellung einen Ermessensspielraum hat.**

Ich möchte eine Nebentätigkeit in einem Impfzentrum aufnehmen. Der Dienstgeber verweigert die Genehmigung. Was nun?

Grundsätzlich bedarf die Ausübung einer Nebentätigkeit keiner Genehmigung. Daher ist die Formulierung des Dienstgebers schon falsch, wenn er mitteilt, dass grundsätzlich keine Nebentätigkeiten in Impfzentren genehmigt werden.

Um eine Nebentätigkeit zu untersagen, müssen die berechtigten Interessen des Dienstgebers beeinträchtigt werden und zwar massiv, z.B. wegen Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot, wegen Verstoß gegen das Arbeitszeitgesetz (sehr schwierig z.B. bei Teilzeitbeschäftigten!) oder weil die Nebentätigkeit in Widerspruch zu den Aufgaben der eigenen Einrichtung steht. Denn: „Eine Interessenkollision zwischen dem Hauptarbeitgeber und dem Arbeitgeber der Nebentätigkeit ist jeder Nebentätigkeit immanent. Sie kann nicht ausreichen, um die zusätzliche Tätigkeit bei einem weiteren Arbeitgeber zu untersagen (KAG Mainz 15.8.2017 – M 08/17 Lb, ZMV 2017, 329).“ (Schmitz in Eichstätter Kommentar zu § 35 Abs. 1 Nr. 6MAVO, Rn. 75)

Zumal die Untersagung einer Nebenbeschäftigung in einem Impfzentrum zur Bekämpfung der Corona-Pandemie nicht der christlich-ethischen Ausrichtung eines kirchlichen Krankenhauses entsprechen kann.

Die Mitarbeiter (die selbst ja als medizinisches Personal ausgebildet sind) arbeiten in den Impfzentren mit der vollen Schutzkleidung. Das dürfte mehr sein, als üblicherweise auf den normalen Stationen eines Krankenhauses zur Verfügung steht. Die Gefahr einer Infektion erscheint daher in der „normalen“ Tätigkeit entsprechend viel höher zu sein, als sie es in den Impfzentren ist.

In einem Verfahren vor dem Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg ist in einem vergleichbaren Fall dazu bereits eine Entscheidung gefällt worden: Die Arbeitgeberin lehnte eine Nebenbeschäftigung eines Patientenmanagers bei einer Zeitarbeitsfirma in der Tätigkeit als Intensivpfleger ab und führte zur Begründung aus, es liege eine Wettbewerbssituation vor, der Kläger wolle seinen besonderen Erfahrungsschatz als Intensivpfleger anderweitig nutzen, zudem stehe die besondere Lage in der Pandemie mit Ansteckungsgefahren der Nebentätigkeit entgegen. Das LAG hat wie das ArbG keinen Grund gesehen, die beabsichtigte Nebentätigkeit zu untersagen. Zur Begründung hat es ausgeführt, es liege keine unmittelbare Konkurrenzsituation vor, gesetzliche Ruhezeiten könnten eingehalten werden, sonstige nachteilige Folgen aufgrund der beabsichtigten anderweitigen Tätigkeit habe die Arbeitgeberin nicht hinreichend dargelegt. Der Kläger könne sowohl im Rahmen seiner Tätigkeit für die Arbeitgeberin als auch im Rahmen der angestrebten Nebentätigkeit mit an Covid 19 erkrankten Patientinnen und Patienten in Kontakt kommen. Es gebe keine Anhaltspunkte für eine fehlende Einhaltung der erforderlichen Schutzmaßnahmen in den Krankenhäusern, in denen der Kläger im Rahmen seiner Nebentätigkeit eingesetzt werde. (Urteil vom 01.09.2020 - 16 Sa 2073/19, FD-ArbR 2021, 435021 Rn., beck-online)

Der DG braucht also gem. § 35 MAVO die Zustimmung der MAV zur Untersagung. Wenn die MAV die Zustimmung verweigert, dann geht das Verfahren den normalen Gang und es folgt ein Einigungsgespräch. Im Falle des Scheiterns der Einigung, muss der Dienstgeber das Kirchliche Arbeitsgericht anrufen, um die Zustimmung ersetzen zu lassen.

Geschieht dies Seitens des Dienstgebers nicht, dann hat die MAV ein Klagerecht wegen Verstoß gegen § 33 i.V.m. § 35 MAVO.

Darf ich – bis zum Abschluss des Zustimmungsverfahrens – in der Zwischenzeit meiner Nebentätigkeit nachgehen?

Nach unserer Rechtsauffassung ist bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens keine Untersagung möglich, da es keiner Genehmigung einer Nebentätigkeit bedarf.

Zu dieser Frage gibt es bisher nur das o.g. Urteil des LAG Berlin-Brandenburg.

Sollte es also sein, dass die Ausübung der Nebentätigkeit arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich zieht (Ermahnung, Abmahnung, Kündigung), müssten diese dann von dem betroffenen Mitarbeiter individualrechtlich auf ihre Zulässigkeit geprüft werden. Dabei kann der Verweis auf die Ausführung des LAG Berlin-Brandenburg hilfreich sein.

Stand: 06.01.2021

Michael Billeb, billeb health care consult

Margret Nowak, Marion Stichling-Isken, Benedikt Kemper, KAB-Berufsverband

Ulrich Richartz, DiAG-MAV im Bistum Münster