



## Fragenkatalog „Testung/Impfung wegen Covid19“

Dieser Katalog gibt die Antworten nach bestem Wissen und Gewissen aufgrund der Rechtslage vom 10.12.2021 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.

### Testung

#### **Ist die Zeit des Corona-Tests Arbeitszeit?**

Nach KAVO, AVO und AVR zählen lediglich ärztliche Behandlungen, die aus medizinischen Gründen während der Arbeitszeit erfolgen müssen, zur Arbeitszeit. Eine Testung ist keine ärztliche Behandlung.

Die Testung zählt grundsätzlich nicht zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit. Abweichend von § 28b Absatz 1 Satz 1 IfSG ist Arbeitgebern und Beschäftigten das Betreten der Arbeitsstätte erlaubt, um ein Testangebot des Arbeitgebers im Sinne des § 4 Absatz 1 der Corona-ArbSchV zur Erlangung eines Testnachweises im Sinne des § 2 Nummer der COVID-19-Schutzmaßnahmenausnahmereverordnung wahrzunehmen. Dieser Test ist unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme abzugeben. Etwas anderes gilt dann, wenn der Arbeitgeber freiwillig bereit ist, die Zeit der Testung zu vergüten.

Für die nach Sars-Cov-2-Arbeitsschutz-Verordnung vorgeschriebenen zwei Tests pro Woche, ist die Zeit der Testteilnahme als Arbeitszeit zu werten. Sollte der Dienstgeber Regelungen zum Testen erlassen, die über die Regelung der Arbeitsschutz-Verordnung hinausgehen, sind die Kosten vom Dienstgeber zu tragen und ebenso als Arbeitszeit zu werten.

Um eine klare und transparente Regelung in den Einrichtungen zu erwirken, empfehlen wir dringend den Abschluss einer Dienstvereinbarung nach § 38 Abs. 1 Nr. 12 MAVO.

### Impfung

#### **Handelt es sich bei den Beschlüssen der Bundesregierung vom 10.12.2021 um eine „Impfpflicht?“**

Strenggenommen handelt es sich um eine „Nachweispflicht“. Es handelt es sich hierbei eher um eine „Tätigkeitsvoraussetzung“, die ich als Mitarbeitender „mitbringen“ muss, um in der Einrichtung tätig werden zu können. Dabei wird nicht nach konkreten Tätigkeiten unterschieden,

sondern alle (!) Mitarbeitenden, müssen ihren Impf- oder Genesenenstatus nachweisen. Es handelt sich hierbei also um eine gesetzliche Tätigkeitsvoraussetzung. Die Mitarbeitenden können sich „frei“ entscheiden, wie sie sich zu dieser Voraussetzung künftig verhalten werden. Sie könnten die Impfung verweigern, dürfen dann aber nicht mehr in der Einrichtung tätig werden. Es handelt sich also um eine „indirekte“ Impfpflicht.

### **Für wen gilt die Nachweispflicht?**

Die Nachweispflicht ist nicht personenbezogen sondern einrichtungsbezogen. Mitarbeitende folgender Einrichtungen sind (Stand 10.12.2021) benannt:

- Krankenhäuser
- Einrichtungen für ambulantes Operieren,
- Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt,
- Dialyseeinrichtungen,
- Tageskliniken,
- Entbindungseinrichtungen,
- Behandlungs- oder Versorgungseinrichtungen, die mit einer der in den Nummern 1 bis 6 genannten Einrichtungen vergleichbar sind,
- Arztpraxen, Zahnarztpraxen,
- Praxen sonstiger humanmedizinischer Heilberufe,
- Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes, in denen medizinische Untersuchungen, Präventionsmaßnahmen oder ambulante Behandlungen durchgeführt werden,
- ambulante Pflegedienste, die ambulante Intensivpflege in Einrichtungen, Wohngruppen oder sonstigen gemeinschaftlichen Wohnformen erbringen, und
- Rettungsdienste,
- sozialpädiatrische Zentren,
- medizinische Behandlungszentren für Erwachsene mit geistiger Behinderung oder schweren Mehrfachbehinderungen nach § 119c des Fünften Buches Sozialgesetzbuch,
- Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation nach § 51 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch und Dienste der beruflichen Rehabilitation,
- Begutachtungs- und Prüfdienste, die auf Grund der Vorschriften des Fünften Buches Sozialgesetzbuch oder des Elften Buches Sozialgesetzbuch tätig werden,
- Personen, die in voll- oder teilstationären Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen oder in vergleichbaren Einrichtungen tätig sind,
- Personen, die in ambulanten Pflegediensten und weiteren Unternehmen, die den in Nummer 2 genannten Einrichtungen vergleichbare Dienstleistungen im ambulanten Bereich anbieten, tätig sind; zu diesen Unternehmen gehören insbesondere:
  1. ambulante Pflegeeinrichtungen gemäß § 72 des Elften Buches Sozialgesetzbuch sowie Einzelpersonen gemäß § 77 des Elften Buches Sozialgesetzbuch,
  2. ambulante Pflegedienste, die ambulante Intensivpflege in Einrichtungen, Wohngruppen oder sonstigen gemeinschaftlichen Wohnformen erbringen,
  3. Unternehmen, die Assistenzleistungen nach § 78 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch erbringen,

4. Unternehmen, die Leistungen der interdisziplinären Früherkennung und Frühförderung nach § 42 Absatz 2 Nummer 2 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch und § 46 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch in Verbindung mit der Frühförderungsverordnung oder heilpädagogische Leistungen nach § 79 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch erbringen,
5. Beförderungsdienste, die für Einrichtungen nach Nummer 2 dort behandelte, betreute, gepflegte oder untergebrachte Personen befördern oder die Leistungen nach § 83 Absatz 1 Nummer 1 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch erbringen, und
6. Leistungsberechtigte, die im Rahmen eines Persönlichen Budgets nach § 29 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch Personen für die Erbringung entsprechender Dienstleistungen beschäftigen.

### **Für wen gilt die Nachweispflicht in den o.g. Einrichtungen nicht?**

Die Impfpflicht gilt nicht für Personen, die auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden können.

Das Gesetz nennt dazu keine Beispiele und erklärt auch nicht, wie genau eine ärztliche Bescheinigung darüber aussehen muss. Nach der aktuellen Rechtsprechung, die sich auf Atteste über medizinische Kontraindikationen bezieht, muss ein Attest „eine auf ihre Plausibilität nachprüf-bare inhaltliche Aussage über die Kontraindikation treffen, aber keine Aussagen zu Befunden oder Diagnosen enthalten“ (OVG NRW, Beschluss vom 29. Oktober 2021 – 12 B 1277/21, Rn.8).

### **Muss ich den Impf- oder Genesenenstatus nachweisen, wenn ich schon in der Einrichtung tätig bin?**

Wenn ich dort tätig bleiben möchte, muss ich bis zum 15. März 2022 den Impf- oder Genesenenstatus vorlegen. Die Einrichtungen können also bis dahin die Beschäftigten auffordern, den Impf- oder Genesenenstatus vorzulegen, sofern er ihnen nicht schon bekannt ist.

Der Dienstgeber benötigt die Information über den vollständigen Impfschutz, der zurzeit 14 Tage nach der zweiten Impfung gegeben ist. Der Genesenenstatus hingegen endet sechs Monate nach Genesung.

### **Was passiert, wenn ich den Nachweis bis zum 15.03.2022 nicht vorlege?**

Die Einrichtungen müssen die Personen dem Gesundheitsamt melden, die keinen Impf- oder Genesenennachweis bzw. kein ärztliches Zeugnis über eine medizinische Kontraindikation vorlegen. Außerdem müssen die Einrichtungen die Personen melden, bei denen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des Nachweises bestehen. Das Gesundheitsamt kann anordnen, dass eine Person, die einen zweifelhaften Nachweis über eine medizinische Kontraindikation vorgelegt hat, sich ärztlich untersuchen lassen muss (§ 20a Abs. 5 Satz 2 IfSG).

### **Was macht das Gesundheitsamt mit der Meldung über den fehlenden Nachweis?**

Wird dem Gesundheitsamt trotz Anforderung kein echter und inhaltlich richtiger Nachweis vorgelegt oder wird der Anordnung einer ärztlichen Untersuchung nicht Folge geleistet, kann es ab dem 16. März 2022 Tätigkeits- bzw. Aufenthaltsverbote verhängen (§ 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG). Die Nichtvorlage eines (richtigen) Nachweises ist bußgeldbewehrt mit einer Geldbuße bis zu zweitausendfünfhundert Euro (§ 73 Abs. 1a Nr. 7h IfSG).

### **Was passiert nach dem 15.3.2022?**

Für die Zeit nach dem 16. März 2022, in der die vorhandene Mitarbeiterschaft idealerweise geimpft ist (oder genesen oder sich auf eine medizinische Kontraindikation beruft), müssen gemäß § 20a Abs. 3 IfSG Personen, die in der Einrichtung tätig sind, einen Impfnachweis vorlegen. Ansonsten trifft den Dienstgeber kraft Gesetzes ein Beschäftigungsverbot (§ 20a Abs. 3 Satz 4 IfSG) und ergänzend ein die Mitarbeitenden treffendes Tätigkeitsverbot (§ 20a Abs. 3 Satz 5 IfSG).

### **Entfällt mein Arbeitsentgelt, wenn ich wegen des Nichtvorliegens eines Nachweises nicht beschäftigt werden darf?**

In der Gesetzesbegründung wird dazu ausgeführt: Im Ergebnis entfällt für diesen Personenkreis die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers (§ 326 Absatz 1 BGB, § 326 Absatz 2, §§ 615 und 616 BGB sind nicht einschlägig). Weitere arbeitsrechtliche Konsequenzen können im Einzelfall in Betracht kommen. „Unzweifelhaft dürfte sein, dass ungeimpfte Arbeitnehmer:innen nicht „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ (§ 616 BGB) an der Erbringung ihrer Arbeitsleistung verhindert sind. Regelmäßig werden Unternehmen, wenn die Arbeitsleistung wegen eines mangelnden Nachweises nicht erbracht wird, hierdurch auch nicht in Annahmeverzug kommen (§ 615 Satz 1 BGB). Etwas anderes kann aber dann gelten, wenn ein Unternehmen über Arbeitsplätze verfügt, für die kein Impf- oder Genesenennachweis erforderlich ist. Solche Arbeitsplätze können in einem anderen Betrieb desselben Unternehmens bestehen, auf den sich die Nachweispflicht nicht erstreckt. Auch eine Versetzung ins Homeoffice ließe die Nachweispflicht entfallen. Nur wenn solche Ausweichmöglichkeiten nicht bestehen, können sich Unternehmen sicher sein, ab dem 16. März 2022 keinen Annahmeverzugslohn zu schulden.“ (Rixen, Stephan; Sagan, Adam: Impfpflicht oder „2G minus K“?: Zur „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“, Verfblog, 2021/12/11, <https://verfassungsblog.de/impfpflicht-oder-2g-minus-k/>)

### **Kann ich in der Zeit des Beschäftigungsverbotes andere Sozialleistungen bekommen, wie z.B. Arbeitslosengeld oder ALG II?**

Das Gesetz schweigt sich dazu aus. Der Arbeitnehmer wäre in diesem Falle zwar „beschäftigungslos“ im Sinne des SGB III, aber könnte wegen Arbeitsaufgabe für die Dauer von zwölf Wochen gesperrt werden. Leistungen des ALG II sind ausgeschlossen, sofern noch verwertbares Vermögen besteht.

### **Was ist mit Abmahnung und Kündigung?**

Eine Kündigung ist im Arbeitsverhältnis stets das letzte Mittel. Der nicht vorhandene Nachweis ist sicher als „Störung“ der Leistungserbringung zu betrachten. Allerdings ist das Gesetz nur bis zum 31.12.2022 befristet. Die „Störung“ besteht also nicht auf Dauer. Ob sich daher Dienstgeber auf Kündigungsschutzprozesse einlassen, bleibt abzuwarten.

Eine Abmahnung ist vermutlich ebenfalls kritisch zu betrachten, da der Gesetzgeber ja nicht von einer direkten „Impfpflicht“ sondern nur von einer Nachweispflicht ausgeht. Ob man dann von einer erheblichen Verletzung der Nebenpflicht, sich für die Arbeit bereit zu halten, ausgehen kann, ist offen.

Für beide Sachverhalte bleibt die Rechtsprechung abzuwarten.

### **Stand: 10.12.2021**

Michael Billeb, billeb health care consult

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

Ulrich Richartz, DiAG-MAV im Bistum Münster