



Fragenkatalog „Testung/Impfung wegen Covid19“

Dieser Katalog gibt die Antworten nach bestem Wissen und Gewissen aufgrund der Rechtslage vom 21.02.2021 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 Nachweispflicht 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).

Ebenso besteht keine Pflicht für Mitarbeitende, bei denen ein Kontakt zu Klienten, Bewohnern, Pflegebedürftigen, ... ausgeschlossen ist (z.B. durch eindeutige bauliche Trennung, Tätigkeit im HomeOffice, ...).

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

Wer sicher dort tätig bleiben möchte, muss 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 aktuell drei 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 Genesennachweis bzw. kein ärztliches Zeugnis über eine medizinische Kontraindikation vorlegen. Außerdem müssen die Einrichtungen diejenigen 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).

Für NRW gilt:

Für die „unverzügliche“ Benachrichtigung der Unternehmen an die zuständigen Gesundheitsbehörden wird ein Zeitraum bis 31. März eingeräumt.

Zuständig für die Sichtung, Bewertung, Einschätzung etc. sind die Kreise und kreisfreien Städte als untere Gesundheitsbehörden, in deren Zuständigkeitsbereich sich die jeweilige Einrichtung befindet. Diese erste Verfahrensstufe, inklusive bei unklaren ärztlichen Bescheinigungen eventuell behördlicherseits anzuordnender ärztlicher Untersuchung, soll bis zum 15. Juni abgeschlossen sein. Entsprechende Verwaltungsverfahren i.S. d. Erlasses von Untersagungsverfügungen nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG werden ab dem 16. Juni nach im Erlass beschriebenen Procedere verhängt.

Im Rahmen der Ermessensentscheidung darüber, welche Schritte (Betätigungsverbot / Betretungsverbot) einzuleiten sind, ist mangels Anhaltspunkten im § 20a IfSG entscheidend, wie sich die konkrete Situation vor Ort darstellt.

Dieser personenbezogene Verwaltungsakt (Einzelfallentscheidung) ist ohne weitere aufschiebende Wirkung sofort vollziehbar. Den unteren Gesundheitsbehörden wird seitens des MAGS vorgegeben in den Ermessensentscheidungen nicht nur die betreffenden Personen sondern auch die Unternehmen und Einrichtungen zu berücksichtigen.

Als belastender Verwaltungsakt ist vor dem Erlass einer entsprechenden Untersagungsverfügung eine Anhörung der Beteiligten gem. § 28 VwVfG NRW durchzuführen. Die Leitungen der Einrichtungen und Unternehmen nach § 20a Abs. 1 i.V.m. § 2 Nr. 15 a) und b) IfSG sind regelmäßig als Beteiligte (§ 13 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 2 VwVfG NRW) hinzuzuziehen und daher ebenfalls anzuhören (vgl. 5.2.1. Erlass).

Was passiert nach dem 15.3.2022?

Wer ab dem 16.03.2022 in der Einrichtung tätig werden soll (Neueinstellung, externer Dienstleister, Leiharbeiter, etc.) darf ohne vorgelegten Nachweis über Impfung oder Genesung nicht beschäftigt werden. Diese Vorschrift (§ 20a (3) IfSG) gilt unmittelbar.

Bereits beschäftigte Mitarbeiter, die bis zum 15.03.2022 keinen Nachweis vorlegen, sind lt. Gesetzestext unverzüglich dem zuständigen Gesundheitsamt zu melden. Bis zu einer Entscheidung der Behörde über ein evtl. auszusprechendes Betretungs- und /oder Tätigkeitsverbot darf der Mitarbeiter weiterbeschäftigt werden.

Darf der Dienstgeber meinen Impf- oder Genesenennachweis kopieren?

Nein. Der Impfnachweis enthält Angaben, die dem Dienstgeber zwar vorzulegen sind, dieser darf sie aus datenschutzrechtlichen Gründen nicht dauerhaft speichern/aufbewahren. Angaben die der Dienstgeber dokumentieren darf sind: Name, Vorname, Geb.Datum oder Pers.Nr, Erreichung des vollständigen Impfschutzes mit Anzahl und Datum der Impfungen sowie Datum der Genesung und ggfls. Ablaufdatum.

Zitat INFO – Fokus Arbeitsrecht der DG-Seite der AK v. 15.02.2022:

„Datenschutzkonform ist die Verwendung eines Formulars (digital oder analog), in dem lediglich die oben genannten erforderlichen Daten aufgenommen werden, nachdem das Ausweisdokument (idealerweise im 4-Augen-Prinzip) eingesehen wurde. Anschließend ist das Ausweisdokument der mitarbeitenden Person zurückzugeben. Die Dokumentation ist (gleich ob analog oder digital) zugriffsgeschützt aufzubewahren und darf nur einem kleinen Personenkreis zugänglich sein.“

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

Hat das zuständige Gesundheitsamt ein Betretungs- und /oder Tätigkeitsverbot verhängt, entfällt auch der Anspruch auf das Arbeitsentgelt.

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/>)

Stellt der Dienstgeber frei, ohne dass eine Entscheidung des Gesundheitsamtes vorliegt, und obwohl der Mitarbeiter seine Arbeitsleistung anbietet, muss der Dienstgeber die Vergütung weiterzahlen. Gegebenenfalls muss der Mitarbeiter dann seinen Lohn einklagen.

Was bedeutet der Verlust des Arbeitsentgeltes?

Hier ist zu bedenken, dass der Verlust der Vergütung sich natürlich auch auf weitere Aspekte auswirkt. So würden in diesem Fall natürlich auch z.B. die Weihnachtsspendung / die Jahressonderzahlung, das Leistungsentgelt, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall & Urlaubsvergütung (Aufschlagssatz) sinken. Ebenfalls entfallen ohne Entgelt auch die Sozialversicherungsbeiträge, die Rentenansprüche sinken (Wegen Erwerbsminderungsschutz bitte Rentenberatung in Anspruch nehmen), die Kranken- und Pflegeversicherung läuft nur einen Monat nach, danach muss eine Freiwillige Versicherung oder die Familienmitversicherung greifen.

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.

Kann mich der Dienstgeber versetzen, wenn ich den Nachweis nicht erbringe?

Hier gelten die allgemeinen arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Soweit eine Umsetzung oder Versetzung vom Direktionsrecht gedeckt, also arbeitsvertraglich zulässig ist, ist dies möglich. Besteht ein entsprechendes Direktionsrecht nicht, kann dies nur einvernehmlich erfolgen, eine Änderungskündigung dürfte mit hohen juristischen Hürden verbunden sein. Die Mitbestimmungsrechte der MAV sind zwingend zu berücksichtigen.

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.

Inzwischen liegt mit Datum vom 16.02.2022 eine Handreichung zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht seitens des Bundesministeriums für Gesundheit vor:

https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_20a_IIfSG.pdf

Mit Datum vom 18.02.2022 hat das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales (MAGS) des Landes NRW einen ersten Erlass zur Umsetzung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht veröffentlicht:

<https://www.meine-caritas.de/files/newsletters/ff219510-8ec2-4ec0-8b30-7cae22760848/d05f7252-0e7a-470d-bdbb-4c2a2cce1e0e/documents/2022-02-21/1.%20Erlass%20zur%20Anwendung%20des%20§%2020a%20IIfSG.pdf>

Stand: 21.02.2022

Michael Billeb, billeb health care consult

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

Ulrich Richartz, DiAG-MAV im Bistum Münster