

Luther.

Einrichtungsbezogene Masernimpfpflicht

Dr. Eva Rütz, LL.M.

Fachanwältin für Arbeitsrecht / Fachanwältin für Medizinrecht

Bundesverband Medizintechnologie e.V.

1. Juni 2022

Inhaltsverzeichnis

- I. Infektionsschutzrechtliche Vorschriften
- II. „Tätigwerden“
- III. Nachweispflicht über ausreichenden Impfschutz
- IV. Sanktionen gegen Einrichtung und Person
- V. Arbeitsrechtliche Implikationen
- VI. Rechtsprechung

I. Infektionsschutzrechtliche Vorschriften

Relevante Vorschriften

- „Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention“ (Masernschutzgesetz) vom 10. Februar 2020 (BGBl. 2020 I S. 1448) ist am **1. März 2020 in Kraft** getreten.
 - § 20 Abs. 8 Infektionsschutzgesetz (IfSG): Einführung einer **einrichtungsbezogenen (mittelbaren) Impfpflicht**.
 - Die ursprüngliche Umsetzungsfrist der Nachweislegung für **Bestandsmannschaft** wurde wegen der Corona-Pandemie zweimalig verlängert.
 - **Bis zum 31. Juli 2022 müssen Nachweise vorliegen.**
- „Dabei handelt es sich **nicht um eine durch unmittelbaren Zwang durchsetzbare Pflicht**, die Konsequenzen eines nicht ausreichenden Impfschutzes beziehungsweise einer nicht ausreichenden Immunität ergeben sich vielmehr aus den Folgeabsätzen“ (BT-Drs. 19/13452, S. 27)

Gesetzgeberische Intention

- Verbesserung des **individuellen Schutzes** insbesondere von vulnerablen Personengruppen sowie Erreichung eines **ausreichenden Gemeinschaftsschutzes** vor Maserninfektionen.
- Schutz vor Masern in Kindergärten, Schulen und anderen Gemeinschaftseinrichtungen sowie in medizinischen Einrichtungen **fördern**.
- **Impfquote deutlich steigern**.
- Der Fokus des Gesetzes liegt insbesondere auf Personen, die regelmäßig in Gemeinschafts- und Gesundheitseinrichtungen mit anderen Personen in Kontakt kämen. Von einem Gemeinschaftsschutz profitieren vor allem jene Menschen, die aufgrund ihrer gesundheitlichen Verfassung nicht geimpft werden könnten
- Beitrag zur **Einhaltung der Infektionshygiene** in den medizinischen Einrichtungen leisten.
- BT-Drs. 19/13452 und BT-Drs. 19/15164.

§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSG

§ 20 Abs. 8 Satz 1 IfSG - Personenkreis

(8) *Folgende Personen, die nach dem 31. Dezember 1970 geboren sind, müssen entweder einen nach den Maßgaben von Satz 2 ausreichenden Impfschutz gegen Masern oder ab der Vollendung des ersten Lebensjahres eine Immunität gegen Masern **aufweisen**:*

- (1) *Personen, die in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 33 Nummer 1 bis 3 [Kindertageseinrichtungen, Schulen etc.] betreut werden,*
- (2) *Personen, die bereits vier Wochen*
 - a) *in einer Gemeinschaftseinrichtung nach § 33 Nummer 4 [Heime] betreut werden oder*
 - b) *in einer Einrichtung nach § 36 Absatz 1 Nummer 4 [z.B. Flüchtlingsheim] untergebracht sind, und*
- (3) *Personen, die in Einrichtungen nach § 23 Absatz 3 Satz 1, § 33 Nummer 1 bis 4 oder § 36 Absatz 1 Nummer 4 **tätig** sind.*

*[...] Satz 1 gilt **nicht** für Personen, die **aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft** werden können.*

§ 23 Absatz 3 Satz 1 IfSG

§ 23 Abs. 3 Satz 1 IfSG - Einrichtungen

1. *Krankenhäuser,*
2. *Einrichtungen für ambulantes Operieren,*
3. *Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt,*
4. *Dialyseeinrichtungen,*
5. *Tageskliniken,*
6. *Entbindungseinrichtungen,*
7. *Behandlungs- oder Versorgungseinrichtungen, die mit einer der in den Nummern 1 bis 6 genannten Einrichtungen vergleichbar sind,*
8. *Arztpraxen, Zahnarztpraxen,*
9. *Praxen sonstiger humanmedizinischer Heilberufe,*
10. *Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes, in denen medizinische Untersuchungen, Präventionsmaßnahmen oder ambulante Behandlungen durchgeführt werden,*
11. *ambulante Pflegedienste, die ambulante Intensivpflege in Einrichtungen, Wohngruppen oder sonstigen gemeinschaftlichen Wohnformen erbringen, und*
12. *Rettungsdienste.*

§ 20 Abs. 8 vs. § 20 Abs. 9 IfSG – alles gleich?

§ 20 Abs. 8 IfSG	§ 20 Abs. 9 IfSG
<ul style="list-style-type: none">▪ Personen, die in [...] Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 Satz 1 [...] tätig werden sollen, haben der Leitung der jeweiligen Einrichtung vor Beginn ihrer Betreuung oder ihrer Tätigkeit folgenden Nachweis vorzulegen [...].▪ Wenn der Nachweis nicht vorgelegt wird oder wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, unverzügliche Benachrichtigung des Gesundheitsamts.	<ul style="list-style-type: none">▪ Personen, die am 1. März 2020 bereits in [...] Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 Satz 1 [...] tätig waren und noch sind, haben der Leitung der jeweiligen Einrichtung einen Nachweis nach Abs. 9 Satz 1 bis zum Ablauf des 31. Juli 2022 vorzulegen.▪ Wenn der Nachweis nicht bis zum Ablauf des 31. Juli 2022 vorgelegt wird oder wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, unverzügliche Benachrichtigung des Gesundheitsamts. <p>➤ Bestandsmannschaft hat zeitlichen Aufschub zur Nachweislegung.</p>

II. „Tätigwerden“

„Personen, die in Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 Satz 1 tätig sind“

- **Anknüpfungspunkt:** Personen, die in den Einrichtungen/Unternehmen „tätig“ werden.
 - Gesetzeswortlaut ist **weit gefasst**
 - Grds. „alle“ tätigen Personen.
 - **Nicht nur zeitlich ganz vorübergehend** (nicht nur jeweils wenige Minuten, sondern über einen längeren Zeitraum) in der Einrichtung oder Unternehmen tätig. **Auf einen direkten Kontakt mit z.B. Patienten kommt es nicht an.**
 - U.E. irrelevant, ob tätig aufgrund eines Beschäftigungsverhältnisses, es genügt „zur Tätigkeit veranlasst“ zu sein.
 - Insbesondere **medizinisches Personal**, aber **auch andere dort tätige Personen** wie z.B. Küchen- oder Reinigungspersonal, ehrenamtlich Tätige oder Praktikanten (BT-Drs. 19/13452, S. 28).
 - **Auch Außendienstmitarbeiter!**

„Personen, die in Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 Satz 1 tätig sind“

Nachweispflicht (+) grds. „alle“	Nachweispflicht (-)
<ul style="list-style-type: none">▪ Freie Mitarbeiter, Honorarkräfte, Berater, Leiharbeitnehmer▪ Schüler, Praktikanten, Auszubildende, FSJ▪ rechtliche Betreuer, ehrenamtlich Tätige▪ Personen, die sich u.a. auf der Grundlage von Werk- oder Dienstleistungsverträgen länger in der Einrichtung aufhalten, z. B. Vertriebsmitarbeiter Handwerker, Reinigungskräfte, Frisöre, Orthopädietechniker▪ Beschäftigte der Verwaltung oder in technischen oder IT-Diensten▪ etc.	<ul style="list-style-type: none">▪ Taxifahrer und Bestatter▪ andere Personen, die sich lediglich über einen ganz unerheblichen Zeitraum in der Einrichtung aufhalten▪ Patienten und deren Besucher▪ usw.

Homecare

- Versorgung, Einweisung, Anpassung und Überwachung von Patienten mit medizinischen Hilfsmittel, Verbandmitteln sowie medizinischer Ernährung
- Produkt- und patientenspezifischen Dienstleistungen
- In der Häuslichkeit des Patienten, im Krankenhaus oder in einem Heim (Altenheim, Kinderheim etc.)
- **Ständiger und sehr enger Kontakt zu meist schwer chronisch kranken Patienten** (Stoma, künstliche Ernährung, Beatmung, Inkontinenz, Auto-Immun-Erkrankungen)
 - Infektionsschutz auch aus moralischer Verantwortung
 - Vermeidung von Infektionsrisiken
 - Arbeitsschutz
 - Reputationsschäden

Medizinprodukteberater, Außendienstmitarbeiter

- Personen im Außendienst oder Anwendungsberater, die den Fachkräften die sachgerechte Handhabung, Anwendung und den Betrieb des Medizinproduktes zeigen sowie in die zulässige Verbindung mit anderen Medizinprodukten, Gegenständen und Zubehör einweisen (§ 10 MPBetreibV).
 - z.B. Unterweisung der Fachkreise (z.B. Krankenhausarzt) im OP-Saal bei Implantateinsatz.
 - Funktionsprüfung am Betriebsort.
 - Tätigkeit in der Regel in einer Einrichtung nach § 23 Abs. 3 Satz 1 IfSG.
- Service- und Instandhaltungsmaßnahmen von Medizinprodukten finden überwiegend beim Kunden (z.B. Arztpraxis) statt:
 - „zur Tätigkeit veranlasst“, „Tätigwerden“ (+)
 - Masernimpfpflicht (+)

III. Nachweispflicht über ausreichenden Impfschutz

Nachweis über den ausreichenden Impfschutz gegen Masern, § 20 Abs. 8 bis 11 IfSG

- **Nachweispflicht** betrifft Personen, die nach 1970 geboren sind und
 - schon **vor dem 1. März 2020** bei den genannten Einrichtungen **tätig** waren (Bestandsmannschaft) oder
 - nach **dem 1. März 2020 eingestellt** wurden und **tätig** sind.
 - **Ausreichender Impfschutz** gegen Masern besteht, wenn ab der Vollendung des ersten Lebensjahres **mindestens eine Schutzimpfung** und ab der Vollendung des zweiten Lebensjahres **mindestens zwei Schutzimpfungen** gegen Masern bei der betroffenen Person durchgeführt wurden.

Gilt auch, wenn zur Erlangung von Impfschutz gegen Masern ausschließlich **Kombinationsimpfstoffe** zur Verfügung stehen, die auch Impfstoffkomponenten gegen andere Krankheiten enthalten (z.B. MMR-Masern-Mumps-Röteln oder MMRV-Masern-Mumps-Röteln-Windpocken).
- Grundsätzlich **lebenslange Immunität**.

Impfschema Masern (Abstand zu COVID-19-Impfung)

- Grundsätzlich 2x
 - Etwa 8 % der Geimpften sind nach der ersten Impfung nicht immun gegen Masern.
 - Die Impfeffektivität nach einer zweiten Impfung liegt in der Regel bei 98-99 %.
- Seit 2018 in der EU nur Kombi-Impfstoff als Lebendimpfstoff verfügbar (z.B. MMR)
 - Unterschiedliche Lebendimpfstoffe **können zeitgleich verabreicht** werden.
 - Werden Impfungen mit Lebendimpfstoffen **nicht zeitgleich verabreicht**, sollte ein **Mindestabstand von 4 Wochen** zwischen den Impfungen eingehalten werden.
 - Totimpfstoffe: Können zeitgleich mit dem Lebendimpfstoff oder auch zu jedem anderen Zeitpunkt gegeben werden. Aber Impfreaktionen vorausgegangener Impfungen sollten vor erneuter Impfung vollständig abgeklungen sein.
 - Laut RKI: Masernimpfung **kann 2 Wochen nach der 2. COVID-19-Impfung** erfolgen (alternativ: 1. Masernimpfung 14 Tage nach der 1. COVID-19-Impfung; Die 2. COVID-19-Impfung kann dann im Abstand von wiederum 14 Tagen und die 2. Masernimpfung 14 Tage nach der 2. COVID-19-Impfung verabreicht werden).

Nachweisarten, § 20 Abs. 9 Satz 1 Nrn. 1-3 IfSG

Nr. 1 - Impfnachweis

- **Impfdokumentation** nach § 22 Abs. 1 und 2 IfSG (*Impfausweis oder Impfbescheinigung*)

oder

- **Ärztliches Zeugnis** darüber, dass **ausreichender Impfschutz** gegen Masern besteht (auch in Form einer Dokumentation nach § 26 Abs. 2 Satz 4 SGB V möglich, *Gesundheitsuntersuchungen bei Kindern*).

Nr. 2 - Ärztliches Zeugnis

- **Ärztliches Zeugnis** darüber, dass eine **Immunität** gegen Masern vorliegt oder sie aufgrund einer **medizinischen Kontraindikation** nicht geimpft werden können.
 - z.B. Schwangerschaft oder Hühnereiweißallergie (aber Einzelfall).
 - Chronische Grunderkrankungen stellen per se keine Kontraindikation für eine Masernimpfung dar.

Nr. 3 - Bestätigung

- **Bestätigung** einer staatlichen Stelle oder der Leitung einer anderen in Abs. 8 Satz 1 genannten Einrichtung darüber, dass ein **Nachweis nach Nrn. 1 oder 2 bereits vorgelegen hat**.

Nachweiskontrolle

- **Nachweiskontrolle** durch Leitung der Einrichtung, § 2 Nrn. 15a und 15b IfSG
 - In der Regel Geschäftsführung der Einrichtung.
 - Aufgabe kann delegiert werden (z.B. auf Medizintechnik-Unternehmen).
 - Ggf. dynamische Kontrolle (bei Zeitablauf oder wenn 2. Impfung fehlt).
 - Nicht durch Betriebsarzt, da keine arbeitsschutzrechtliche Aufgabe (BT-Drs. 19/13452, S. 30 oben).
- **Art des Nachweises**
 - Papierdokument oder in elektronischer Form (Vorlage Impfausweis, Impfbescheinigung oder Titerbestimmung)
 - Ggf. unter Vorlage des Personalausweises.
 - Fertigung von Kopien nicht vorgesehen; aus Dokumentationsgründen ist jedenfalls ein „Abhaken“ zu empfehlen; im Übrigen Kopien nur mit schriftlicher Einwilligung.
- **Bei Zweifeln an der Echtheit oder Richtigkeit des Nachweises ist unverzüglich das Gesundheitsamt zu benachrichtigen.**

Was passiert, wenn kein Nachweis vorgelegt wird?

- **Tätigkeitsverbot** (Tätigkeit darf nicht aufgenommen/ausgeübt werden)
 - seit dem 1. März 2020 (Neuverträge)
 - nach dem 31. Juli 2022 (Bestandsmannschaft)
- und
- Leitung der jeweiligen Einrichtung muss **unverzüglich das zuständige Gesundheitsamt benachrichtigen** und muss dem Gesundheitsamt die erforderlichen personenbezogenen Daten zu übermitteln.
- **Aber bei Bestandsmannschaft:** Bis zu einem Handeln (z.B. behördliches Tätigkeitsverbot) **können** die Personen weiterhin in der Einrichtung tätig sein (BT-Drs. 19/13452, S. 30 oben).

Handlungsoptionen des Gesundheitsamts gegenüber Person

- § 20 Abs. 12 IfSG
- „Kann“ = pflichtgemäßes Ermessen
- Anforderung des **Nachweises** (kann mit Zwangsgeld durchgesetzt werden).
- **Anordnung ärztlicher Untersuchung**, ob medizinische Kontraindikation besteht.
- Ladung zu **Beratung** und **Aufforderung zur Vervollständigung** des Impfschutzes.
- **Betretungs- und Tätigkeitsverbot**.
- Verhängung **Bußgeld**.

Einzelfragen

- **Ausnahmen?**
 - Religiöse Gründe? keine Ausnahme / Befreiungsmöglichkeit (Ausnahme besteht ausdrücklich nur bei medizinischer Kontraindikation).
 - Stillzeit? grds. Impfung möglich (STIKO)
- **Impfung zu einem späteren Zeitpunkt möglich?**
 - § 20 Abs. 9a IfSG
 - Grds. ja, dann muss aber **innerhalb eines Monats, nachdem die Erlangung oder Vervollständigung der Impfung möglich war**, ein Nachweis vorgelegt werden
 - Gilt auch, wenn der vorgelegte **Nachweis durch Zeitablauf seine Gültigkeit** verloren hat (z.B. Ärztliches Zeugnis bzgl. Kontraindikation bezieht sich auf einen nachträglich weggefallenen Umstand wie eine Schwangerschaft).

Einzelfragen

- **Was ist bei anderer Einsatzmöglichkeit im gleichen Unternehmen?**
 - Einrichtung = juristische Person.
 - Teile/Organisationseinheit: abhängig davon, ob dieser Teil so in die Einrichtung integriert ist, dass sie räumlich und organisatorisch (z. B. rechtlich unselbständig) als Teil der Einrichtung und nicht als selbstständige Einrichtung anzusehen ist.
 - Also: grundsätzlich unabhängig von Tätigkeitsbereich gilt Tätigkeitsverbot.
 - **Ausnahme:** bei klarer räumlicher Abgrenzung und Unmöglichkeit der Verbreitung des Infektionsgeschehens.
 - Verwaltungsgebäude auf Krankenhaugelände (kritisch, wegen ständigem Austausch mit Personal des Krankenhauses).
- **Verlagerung des Vertriebsgebiets (siehe unten)?**



IV. Sanktionen gegen Einrichtung und Person

Sanktionen gegen Einrichtung und Person

- Bußgeld- oder Strafnormen, §§ 73, 74 IfSG
 - Keine Strafbarkeit (keine Freiheitsstrafe oder Geldstrafe).
 - **Ordnungswidrigkeit** (bis zu EUR 2.500 je Fall)

Einrichtung/Unternehmen	Personen im Sinne des § 20a Abs. 1 IfSG
<ul style="list-style-type: none">▪ § 73 Abs. 1a Nr. 7a IfSG, wenn entgegen § 20 Abs. 9 Satz 2, Abs. 9a Satz 2, Abs. 10 Satz 2, Abs. 11 Satz 1 eine Benachrichtigung nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorgenommen wird;▪ § 73 Abs. 1a Nr. 7c IfSG, wenn entgegen § 20 Abs. 9 Satz 6 oder 7 eine Person beschäftigt oder in einer dort genannten Einrichtung tätig wird.	<ul style="list-style-type: none">▪ § 73 Abs. 1a Nr. 7b IfSG, wer einer vollziehbaren Anordnung nach § 20 Abs. 9 Satz 3 Nr. 3, auch in Verbindung mit Abs. 9a Satz 3, Abs. 10 Satz 3, Abs. 11 Satz 3, oder nach § 20 Abs. 12 Satz 4 auch i.V.m. Abs. 13 zuwiderhandelt;▪ § 73 Abs. 1a Nr. 7d IfSG, wenn entgegen § 20 Abs. 12 Satz 1 auch i.V.m. § Abs. 13 ein Nachweis nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig vorgelegt wird.▪ (Strafbarkeit gemäß § 279 StGB bei Gebrauchen, Nutzen, Vorlage eines unrechten/falschen Gesundheitszeugnisses)

V. Arbeitsrechtliche Implikationen

Vertriebsmitarbeiter

- **Problemstellung**

- Vertriebsmitarbeiter wie z.B. Medizinprodukteberater, die in Einrichtungen gemäß § 23 Abs. 3 Satz 1 IfSG „tätig“ werden müssen, aber keinen ausreichenden Impfschutz gegen Masern nachweisen.
- Krankenhäuser machen z.B. von ihrem Hausrecht unter Verweis auf die Masernimpfpflicht Gebrauch und verweigern den Zutritt.

- Verschiedene **Lösungsansätze** möglich (siehe nachfolgend „Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten“).

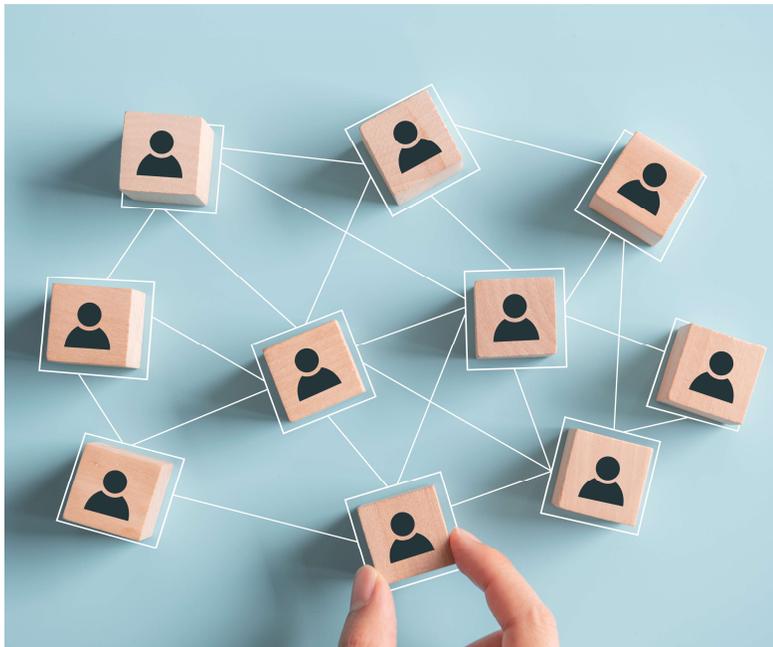
Gesetzliche Tätigkeitsvoraussetzung

Tätigkeitsverbot? Beschäftigungsverbot? Tätigkeitsvoraussetzung?

- Telos: § 20 Abs. 8 IfSG → tätig werden dürfen nur Personen, die einen ausreichenden Impfschutz gegen Masern oder eine Kontraindikation nachweisen können.
 - Ziel: Schutz vor Masern fördern; Beitrag zur Einhaltung der Infektionshygiene in den medizinischen Einrichtungen.
 - Aber: bei Kontraindikation besteht kein Tätigkeitsverbot – Infektionsschutz ist also nicht einschränkungslos.
 - Gleichwohl: auch unter Aspekten möglicher Reputationsschäden und moralischer Verantwortung sollten Infektionsrisiken soweit als möglich durch Versetzung und Freistellung vermieden werden – unabhängig von zulässigem ordnungsrechtlichen Einsatz (der auch in der Abwägung v .a. dem Schutz vor Pflegenotstand dient).



Arbeitsrechtliches Beschäftigungsverbot



- **Ausdrückliches automatisches Tätigkeitsverbot** lediglich für **Neueintritte** ab dem 1. März 2020 definiert.
- Was ist mit **Bestandsmannschaft**, die schon vor dem 1. März 2020 beschäftigt war und keinen Nachweis bis zum 31. Juli 2022 vorlegt?
 - Unsere Überlegungen:
 - Erst nach behördlicher Anordnung?
Freistellungsmöglichkeit nach unserer Auffassung vor behördlicher Anordnung (+) (vgl. Corona-Rspr.)
 - Vergütungspflicht während Freistellung? Nach unserer Auffassung ex post-Beurteilung maßgeblich.
 - Ordnungsrechtlich Einsatz zulässig (Schutz z.B. vor Pflegenotstand).

Arbeitsrechtliche Empfehlungen - Bestandsmannschaft



- Zeitschiene (Beispiel):
 - Jetzt: **Auskunft** über Impfstatus, § 23a IfSG.
 - (bis) 15. Juni 2022: Allen Mitarbeitern schriftlich aufgeben, bis zum 31. Juli 2022 den **Nachweis vorzulegen** und um frühere Nachweislegung bitten.
 - Bei Nichtvorlage des Nachweises:
 - 30. Juni 2022: **Erneute Aufforderung** bis zum 31. Juli 2022 unter Ankündigung der unverzüglichen Information des Gesundheitsamts **und** Freistellung (ohne Fortzahlung der Vergütung).
→ **Achtung**: Kein automatisches behördliches Tätigkeitsverbot.
 - 1. August 2022: **Unverzügliche Benachrichtigung** des Gesundheitsamts über Nichtvorlage und nach erfolgloser Abmahnung auch Kündigung (unter Beachtung etwaiger Mitbestimmungsrechte etc.).

Arbeitsrechtliche Empfehlungen - Neuverträge

Bei Neuverträgen (seit 1. März 2020 begründet):

- **Fragerecht** im Vorstellungsgespräch über Impfstatus nicht unproblematisch (Achtung: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) - Diskriminierung wegen möglicher Kontraindikation? Recht zur Lüge)?
 - (Bei Einrichtung gemäß § 23a Satz 1 IfSG aber Datenverarbeitung zur Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses möglich)
- **Aufschiebende Bedingung** der Nachweislegung für Abschluss des Vertrags → **vor Beginn der Tätigkeit** muss Nachweis vorliegen (ansonsten **Tätigkeitsverbot qua legem**).
- Achtung: **Ordnungswidrigkeit** gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 7c IfSG, wenn entgegen § 20 Abs. 9 Satz 6 oder 7 eine Person **beschäftigt** oder in einer dort genannten Einrichtung **tätig** wird.



Bestandsmannschaft - Einsatz von Mitarbeiter mit Kontraindikation?

- Kein unmittelbares (behördliches) Tätigkeitsverbot.
 - **Aber:** faktisch hohes Gesundheitsrisiko je nach Einsatzgebiet.
 - Freistellungsinteresse kann also überwiegen (z.B. im Krankenhausbereich: ungeimpfte Krankenpflegekraft auf Kinderonkologiestation).
 - **Aber:** Vergütungspflicht während Freistellung bleibt (u.E. anders bei „bloßer“ Impfverweigerung).
- Keine sanktionierbare Pflichtverletzung → Abmahnung/Kündigung jedenfalls aus verhaltensbedingten Gründen nicht möglich.

Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten – Bsp. Vertriebsmitarbeiter

Verlagerung der Tätigkeit ins Homeoffice

- Schwer umsetzbar, da den Fachkräften die sachgerechte Handhabung, Anwendung und den Betrieb des Medizinproduktes **vor Ort** gezeigt wird.

Incentives bieten

- Impfprämien ausloben, um Impfbereitschaft zu steigern.
- Grds. zulässig, aber Beachtung allgemeiner Gleichheitsgrundsatz sowie Maßregelverbot (§ 612a BGB)
- Ggf. Mitbestimmungsrechte Betriebsrat

Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten – Bsp. Vertriebsmitarbeiter

Anpassung des Vertriebsgebiets (1/3)

- Entzug des Vertriebsgebiets im Rahmen des **Weisungsrechts** möglich. → Zuweisung jeder Tätigkeit innerhalb des arbeitsvertraglich festgelegten Tätigkeitsbereichs/Position.
 - § 106 GewO (nicht willkürlich, sondern nach billigem Ermessen)
 - ohne Verletzung des bestandsfesten Kerns des Arbeitsverhältnisses
 - Entgegenstehende Versetzungsklausel?
 - Bestimmter Vertriebsbezirk (Postleitzahl, Aufzählung von Orten) vereinbart?
 - Anspruch auf bestimmtes Vertriebsgebiet aus langjähriger Vertragspraxis?
 - Ggf. Mitbestimmungsrechte bei Versetzung berücksichtigen.
- **Änderungs- oder Beendigungskündigung**

Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten – Bsp. Vertriebsmitarbeiter

Anpassung des Vertriebsgebiets (2/3)

- **In der Regel kein Anspruch auf Zuweisung eines bestimmten Vertriebsgebiets, bestimmter zu betreuender Kunden oder eines bestimmten zu vertreibenden Produktsegments** (LAG München, Urteil vom 13.08.2009, Az. 3 Sa 91/09).
- Keine Konkretisierung der arbeitsvertraglichen Pflicht durch langjährige Vertragspraxis. Nichtausübung des Direktionsrechts über **längeren Zeitraum (z.B. 5,5 Jahre) schafft weder Vertrauenstatbestand, noch hat Erklärungswert** (LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 28.01.2014, Az. 1 Sa 230/13).
- **Ausnahme:** Arbeitsvertraglich bestimmtes Gebiet z.B. durch Zuweisung von Postleitzahl, Aufzählung von Orten vereinbart. **Arbeitsverträge und Zusatzvereinbarung prüfen!**
- **Unwirksame Weisung:** Nur Anspruch auf Ausübung pflichtgemäßen Ermessens (Zuweisung), nicht auf bestimmtes Gebiet/Produkt/Kunden. Arbeitnehmer muss aber bei einer unwirksamen Weisung Arbeitsleistung nicht erbringen.

Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten – Bsp. Vertriebsmitarbeiter

Anpassung des Vertriebsgebiets (3/3)

- Vergütung eines Vertriebsmitarbeiters besteht zum Großteil aus Provisionen. Bei Verlagerung des Vertriebsgebiets drohen somit **mittelbar finanzielle Einbußen!**
 - Provision ist in der Regel Teil des Entgelts für die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung.
 - Für Provisionsanspruch genügt grundsätzlich, wenn Vermittlungstätigkeit **mitursächlich** für den Vertriebserfolg geworden ist (auch bei z.B. schon verlagertem Vertriebsgebiet).
 - (LAG Köln, Urteil vom 23.10.2006, Az. 14 Sa 459/06).

Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten

Pflichtverletzung

- Jedenfalls Nebenpflichtverletzung (§ 241 Abs. 2 BGB) → Rücksichtnahmepflicht; Pflicht, Schäden zu verhindern (Patientengefährdung bei Kunden, Einsetzbarkeit in der Einrichtung).
 - Nichtvorlage eines Nachweises.
 - Unterlassen einer Mitteilung an die Leitung über ein behördliches Betretens- und Tätigkeitsverbots.
 - Unentschuldigtes Fehlen.

Sanktionsmöglichkeiten

- Abmahnung.
- Freistellung ohne Vergütungsverpflichtung.
 - Nicht bei Kontraindikation!
- Kündigung bei wiederholt pflichtwidrigem Verhalten.

Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten

Abmahnung

- (+), wenn trotz Aufforderung kein Nachweis über ausreichenden Impfschutz oder Kontraindikation vorgelegt wird (Haupt- oder Nebenpflichtverletzung).

Freistellung ohne Vergütungsverpflichtung

- Freistellung möglich, da gesetzliche Tätigkeitsvoraussetzung („subjektives Leistungshindernis“)
 - Ein Zuwarten des Arbeitgebers bis zur Erteilung eines behördlichen Tätigkeitsverbots durch das Gesundheitsamt ist nach unserer Auffassung nicht zu fordern.
- Wegfall der Vergütungsverpflichtung?
 - „Ohne Arbeit, kein Lohn“
 - Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers entfällt nach unserer Auffassung, weil Annahme der Arbeitsleistung schlechthin unzumutbar (§ 297 BGB). Hierbei muss zwar stets eine Abwägung aller betroffenen Interessen und Rechte erfolgen.
 - Ausnahme: Kontraindikation.

Arbeitsrechtliche Handlungsmöglichkeiten

Kündigung (Ultima Ratio Prinzip! Mitbestimmung Betriebsrat o.ä. berücksichtigen!)

- **(Ordentliche) Verhaltensbedingte Kündigung**
 - Wegen Nichtimpfung (-), da keine Impfpflicht besteht.
 - Wegen Nichtvorlage eines (echten) Immunitätsnachweises (+/-), aber wohl vorherige Abmahnung.
 - Wegen Betretens der Räumlichkeiten trotz Betretungsverbots (+).
- **(Ordentliche) Personenbedingte Kündigung**
 - wohl (+), wenn die ab dem 1. August 2022 **gesetzlich erforderliche Eignung** (gesetzliche Tätigkeitsvoraussetzung) nicht gegeben ist und eine Beschäftigung aufgrund des Wegfalls der persönlichen Eignung nicht mehr möglich ist, aber vorherige Aufforderung. Anforderungen an Beharrlichkeit?
- Milderer Mittel wie z. B. Homeoffice oder Verlagerung des Vertriebsgebiets? **Änderungskündigung?**
- Ggf. Sperrfrist durch Agentur für Arbeit.

VI. Rechtsprechung

Rechtsprechung



- **OVG Münster Beschluss vom 29.10.2021, Az. 12 B 1277/21**

Ein Attest muss eine auf ihre **Plausibilität nachprüfbare inhaltliche Aussage** über die Kontraindikation treffen, aber keine Aussagen zu Befunden oder Diagnosen enthalten.

- **VGH München, Beschluss vom 7.07.2021, Az. 25 CS 21.1651**

Das ärztliche Zeugnis zur Befreiung vom Nachweis der Masern-Impfung darf sich nicht damit begnügen, den Gesetzeswortlaut zum Bestehen einer medizinischen Kontraindikation zu wiederholen, **sondern muss wenigstens solche Angaben zur Art der Kontraindikation enthalten, die das Gesundheitsamt in die Lage versetzen, das ärztliche Zeugnis auf die Plausibilität hin zu überprüfen.**

- **BVerfG, Beschluss vom 11.05.2020, Az. 1 BvR 469 und 470/20**

Eilanträge gegen Regelungen des Infektionsschutzgesetzes zum Nachweis einer Masernschutzimpfung abgelehnt.

Exkurs: Corona-Impfung (§ 20a IfSG)

- **ArbG Gießen, Urteil vom 12.04.2022 - 5 Ca 1/22**

Freistellung eines nicht gegen Corona geimpften Mitarbeiters ist gerechtfertigt. Dem Beschäftigungsanspruch eines Arbeitnehmers steht das überwiegende Interesse der Arbeitgeberin entgegen, ihre vulnerablen Bewohner des von ihr betriebenen Seniorenheims vor einer Beschädigung von Leib und Leben schützen zu wollen.

Ihre Fragen

Ihre Ansprechpartnerin



Dr. Eva Rütz, LL.M.

**Rechtsanwältin, Partnerin
Fachanwältin Arbeitsrecht
Fachanwältin Medizinrecht**

Düsseldorf

T + 49 211 5660 27048

Eva.Ruetz@luther-lawfirm.com

Dr. Eva Rütz studierte Rechtswissenschaften in Köln von 2001 bis 2006. Während ihres Studiums und auch während der Promotion war sie Stipendiatin der Begabtenförderung der Friedrich-Naumann-Stiftung. Im Jahr 2007 wurde sie von der Universität Mannheim (Professor Taupitz) zu einem medizinrechtlichen Thema promoviert und mit dem Promotionspreis der Universität ausgezeichnet. Im Jahr 2008 war sie sodann als Foreign Associate des German Desk bei Duane Morris LLP in New York City/USA tätig. Das Masterstudium Medizinrecht an der Heinrich-Heine-Universität in Düsseldorf schloss sie anschließend im Jahr 2009 ab.

Seit 2010 ist Frau Dr. Rütz als Anwältin zugelassen und war zunächst für Möller & Partner in Düsseldorf tätig, bevor sie 2011 zu Luther wechselte. Seit 2014 führt sie den Titel Fachanwältin für Arbeitsrecht und auch Fachanwältin für Medizinrecht. Bei Luther wurde sie 2016 zur Partnerin ernannt. Wissenschaftlich engagiert sich Dr. Eva Rütz u.a. als Lehrbeauftragte an der Bucerius Law School in Hamburg und hält dort v.a. Vorlesungen zu Themen an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Medizinrecht. Sie publiziert regelmäßig Artikel sowie Beiträge in der juristischen Fachliteratur und hält regelmäßig Vorträge. 2020 wurde sie von JUVE ausgezeichnet als „Aufsteigerin“ im Bereich Arbeitsrecht, insb. wegen der besonderen Expertise bei arbeitsrechtlichen Fragestellungen im Gesundheitswesens.

Dr. Eva Rütz berät in sämtlichen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts, häufig mit internationalem Bezug. Ihr wesentlicher Beratungsschwerpunkt liegt hier bei der Restrukturierung von Unternehmen und im Transaktionsbereich sowie bei der Beratung an der Schnittstelle zwischen Arbeits- und Medizinrecht für Unternehmen der Gesundheitsbranche. Im Bereich des Medizinrechts ist sie auf die wirtschaftsmedizinrechtliche Beratung von sämtlichen Leistungserbringern spezialisiert (Krankenhäuser, Universitätsklinika, Vertragsärzte/MVZ, Apotheker). Sie leitet die Arbeitsgruppe „Stationäre und ambulante Leistungserbringer“ zusammen mit Dr. Hendrik Bernd Sehy.

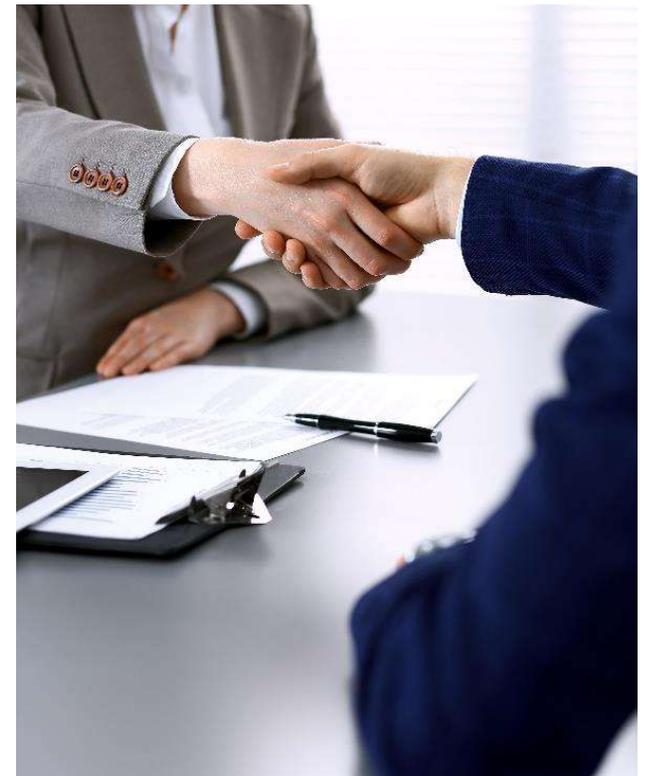
Arbeitsrecht

Wir verfügen über eine der größten und leistungsstärksten arbeitsrechtlichen Praxen auf dem deutschen Markt. Neben unserem Beratungsschwerpunkt im kollektiven Arbeitsrecht bieten wir eine gleichermaßen hohe Kompetenz im Bereich des individuellen Arbeitsrechts.

Außergewöhnlich für eine Großkanzlei: Bei uns werden Sie seit vielen Jahren in allen Bereichen des Arbeitsrechts auf dem höchsten Niveau beraten, nicht nur bei Transaktionen. Selbstverständlich begleiten wir aber auch diese mit unserer arbeitsrechtlichen Expertise bestens. Aufgrund unserer langjährigen Erfahrung stellen wir eine effiziente und hervorragende Beratung unserer Mandanten, sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor, sicher.

Unser Beratungsangebot

- Restrukturierung
- Betriebsverfassung
- Tarifrecht und Arbeitskampf
- Alles zum Arbeitnehmer
- Auslandssachverhalte
- Betriebliche Altersvorsorge
- Sozialversicherungsrecht für Unternehmen



Health Care & Life Science



Luther steht für fokussierte Rechts- und Steuerberatung in der gesamten Health Care & Life Science-Branche in Deutschland und Europa. Dazu zählen von den gesundheitlichen Versorgungsstrukturen stationär und ambulant, über regulatorische Fragestellungen, die Absicherung komplexer Forschungsvorhaben bis hin zu Transaktionen und zur Prozessführung.

Vielen Dank!

Luther.

Die Angaben in dieser Präsentation sind ausschließlich für die genannte Veranstaltung bestimmt. Die Überlassung der Präsentation erfolgt nur für den internen Gebrauch des Empfängers. Die hier zusammengestellten Texte und Grafiken dienen allein der Darstellung im Rahmen dieser Veranstaltung und dokumentieren die Thematik ggf. nicht vollständig.

Die Präsentation stellt keine Rechts- oder Steuerberatung dar und wir haften daher nicht für den Inhalt. Diese erfolgt individuell unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls auf der Grundlage unserer Mandatsvereinbarung. Die Verteilung, Zitierung und Vervielfältigung – auch auszugsweise – des Inhalts zum Zwecke der Weitergabe an Dritte ist nur nach vorheriger Absprache gestattet.

Luther.

Bangkok, Berlin, Brüssel, Delhi-Gurugram, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M., Hamburg, Hannover, Jakarta, Köln, Kuala Lumpur, Leipzig, London, Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon

Weitere Informationen finden Sie unter
www.luther-lawfirm.com
www.luther-services.com