



Was Arbeitgeber jetzt beachten müssen

Corona-Impfung von Arbeitnehmern

Die Schutzimpfung gegen das Coronavirus steht im Zentrum der öffentlichen Diskussion und stellt Arbeitgeber derzeit vor viele Fragen. Einerseits dürften sie ein großes Interesse an einer möglichst hohen Impfbereitschaft ihrer Belegschaft haben, andererseits sind der Einwirkung auf das Impfverhalten von Arbeitnehmern Grenzen gesetzt.

IMPFPFLICHT

Eine gesetzliche Pflicht zur Impfung gegen das Coronavirus besteht aktuell nicht. Eine solche ergibt sich auch nicht aus der Coronavirus-Impfverordnung; diese regelt lediglich ein Recht auf eine Schutzimpfung und die Impfereihenfolge nach Prioritäten. Nach dem aktuellen Stand der politischen Diskussion ist eine generelle gesetzliche Impfpflicht gegen das Coronavirus in Deutschland auch nicht beabsichtigt; sie ließe sich nach dem Positionspapier der Ständigen Impfkommission nur „durch schwerwiegende Gründe und für eine präzise definierte Personengruppe“ rechtfertigen.

Im Arbeitsverhältnis bestehen arbeitgeberseitig gem. § 618 BGB sowie §§ 2, 3 ArbSchG umfangreiche Schutz- und Fürsorgepflichten gegenüber Beschäftigten; dennoch sind Arbeitgeber nicht berechtigt, ihre Arbeitnehmer einseitig zu einer Impfung anzuweisen. Bei einer Impfung handelt es sich nicht um ein vom Direktionsrecht umfasstes dienstliches Verhalten, sondern um außerdienstliches Verhalten, welches die Arbeitnehmer grundsätzlich frei gestalten können. Darüber hinaus stellt eine Impfung stets einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und – sofern diese zwangsweise erfolgt – in das Selbst-

bestimmungsrecht des Einzelnen dar. Ein derart gewichtiger Eingriff in Grundrechte ist – selbst zum Schutze der Belegschaft und der Funktionsfähigkeit des Betriebs – ohne eine gesetzliche Grundlage nicht gerechtfertigt. Aus den gleichen Erwägungen stellt die Vereinbarung einer Impfpflicht in Arbeitsverträgen – ohne gesetzliche Ermächtigung – regelmäßig eine unangemessene Benachteiligung gem. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dar, da insoweit von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abgewichen wird.

Dies gilt unterschiedslos auch gegenüber Arbeitnehmern in Betrieben, die mit vulnerablen Gruppen berufsbedingt besonders häufig in Kontakt kommen. Zwar haben nach § 23 Abs. 3 IfSG Leiter von Gesundheits- und Pflegeeinrichtungen sicherzustellen, dass die nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft erforderlichen Maßnahmen getroffen werden, um die Weiterverbreitung von Krankheitserregern, insbesondere solcher mit Resistenzen, zu vermeiden. Allerdings ergibt sich hieraus keine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage für die Anordnung von Impfungen. Darüber hinaus ist bislang nicht sicher geklärt, inwieweit Impfungen gegen das Coronavirus überhaupt zu einer sog. sterilen Immunität beitragen und geeignet sind, Dritte zu schützen.

Eine Impfpflicht in Bezug auf das Coronavirus setzt folglich entweder eine Änderung des IfSG voraus, in welchem eine solche – analog zur Masernschutzimpfung (vgl. § 20 Abs. 8ff. IfSG) – geregelt werden müsste oder eine Anordnung durch Rechtsverordnung gem. § 20 Abs. 6 IfSG. Ob eine Impfpflicht für Beschäftigte in der Pflege und Klinikpersonal eingeführt wird, bleibt abzuwarten. Momentan setzt die Bundesregierung jedenfalls auf eine freiwillige Impfbereitschaft.

FRAGE NACH DEM IMPFSTATUS

Wenngleich Arbeitnehmer nicht zur Impfung gegen das Coronavirus verpflichtet sind, werden Arbeitgeber in der Praxis versucht sein, Informationen hinsichtlich der Impfbereitschaft bzw. des Impfstatus ihrer Arbeitnehmer zu erlangen. Denkbar ist auch, dass Arbeitgeber – insbesondere bei Tätigkeiten mit häufigem Kontakt zu vulnerablen Gruppen – die Einstellung von Arbeitnehmern von einem entsprechenden Impfnachweis abhängig machen werden.

Die Information über den Impfstatus, also darüber, ob eine Impfung durchgeführt wurde, stellt nicht nur eine personenbezogene Information, sondern ein sensibles und besonders schützenswertes Gesundheitsdatum im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO dar. Eine Datenverarbeitung ist deshalb nur unter Beachtung der strengen Anforderungen gem. Art. 9 Abs. 2 DSGVO bzw. Art. 88 DSGVO i. V. m. § 26 Abs. 3 Satz 1 und 3 BDSG rechtmäßig. Nach § 26 Abs. 3 BDSG ist die Verarbeitung sensibler Daten im Sinne von Art. 9 Abs. 1 DSGVO 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.

Im Rahmen der Abwägung der Interessen ist zu berücksichtigen, dass eine Impfung nach aktuellen Erkenntnissen lediglich der Prävention vor einer Erkrankung an COVID-19 dient, jedoch keine Aussage über eine akute Infektion trifft. Es bestehen bislang keine gesicherten Erkenntnisse darüber, inwieweit die Impfung auch verhindert, dass Geimpfte das Virus übertragen. Folglich können Arbeitgeber mit der Information „(un)geimpft“ nach aktuellem Stand keine unmittelbaren Rückschlüsse auf etwaige erforderliche betriebliche Maßnahmen im Rahmen der Fürsorgepflicht ziehen. Dies unterscheidet den Impfnachweis wesentlich von Informationen über das Ergebnis von (Schnell-)Tests. Die Information ist insoweit „zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung von Rechten aus dem Arbeitsrecht“ weder geeignet noch erforderlich. Vor diesem Hintergrund wird regelmäßig das schutzwürdige Interesse des Arbeitnehmers an dem Ausschluss der Verarbeitung der Impfdaten überwiegen. Das Interesse des Arbeitgebers an der Verarbeitung von Gesundheitsdaten überwiegt dagegen bspw. bzgl. solcher Daten, die auf eine Infektion mit dem Coronavirus schließen lassen, wie die Abfrage Corona-spezifischer Symptome. Die Kenntnis dieser Daten ist Voraussetzung

dafür, dass der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht und Verpflichtung zur Information über Infektionen im Betrieb nachkommen und die nötigen Sicherheitsvorkehrungen treffen kann. Arbeitnehmer sind aufgrund ihrer in den §§ 15 Abs. 1, 16 Abs. 1 ArbSchG konkretisierten Rücksichtnahmepflicht auch ohne Nachfrage des Arbeitgebers verpflichtet, diesem gegenüber mitzuteilen, wenn sich Corona-spezifische Symptome bei Ihnen einstellen oder diese positiv auf das Coronavirus getestet wurden. Für Arbeitgeber von Beschäftigten im Gesundheitswesen hat der Gesetzgeber in § 23a IfSG geregelt, dass diese die personenbezogenen Daten ihrer Beschäftigten über Impf- und Serostatus zur Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung verarbeiten dürfen, sofern dies erforderlich ist, um die Weiterverbreitung von übertragbaren Krankheiten zu vermeiden. Eine Erhebung und Verarbeitung der Impfdaten von im Gesundheitswesen Beschäftigten kann also mit Blick auf einen möglichst effektiven Schutz vor einer Weiterübertragung des Virus durchaus gerechtfertigt sein, sofern im Einzelfall gleich geeignete, mildere Mittel nicht in Betracht kommen. Sollte die Impfung gegen das Coronavirus allerdings nicht verhindern, dass Geimpfte das Coronavirus übertragen können, ist eine Datenverarbeitung auch nach § 23a IfSG von vornherein nicht gerechtfertigt.

Für die Frage nach dem Impfstatus gelten im Vorstellungsgespräch dieselben Grundsätze – sie ist grundsätzlich nur auf der Grundlage der Sonderregelung des § 23a IfSG und damit nur bei bestimmten Beschäftigten zulässig, sofern die Impfung einen Fremdschutz bewirkt. Alle anderen Beschäftigten dürfen – solange eine Impfpflicht nicht besteht - die Antwort auf die Frage verweigern oder unwahre Angaben machen (sog. „Recht zur Lüge“).

Arbeitnehmer können freiwillig in die Datenverarbeitung einwilligen. An die Einwilligung zur Verarbeitung von Gesundheitsdaten werden jedoch gem. Art. 9 Abs. 2 Nr. 1 DSGVO i. V. m. Art. 7 DSGVO bzw. § 26 Abs. 3 Satz 2 i. V. m. Abs. 2 BDSG hohe Anforderungen gestellt. Im Arbeitsverhältnis kann fraglich sein, ob die Einwilligung tatsächlich „freiwillig“ oder zur Vermeidung etwaiger für den Arbeitnehmer nachteiliger Folgen erteilt wurde. Insbesondere vor Abschluss des Arbeitsvertrags sind an die Freiwilligkeit höhere Anforderungen zu stellen, da die Drucksituation für den Arbeitnehmer zur Preisgabe der Information größer ist (vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 96).

UMGANG MIT IMPFVERWEIGERERN

Die Impfbereitschaft ist nach aktuellen Erhebungen hoch, aber längst nicht alle Menschen wollen sich impfen lassen. Zu lesen ist immer häufiger von Forderungen nach Sanktionen gegenüber Impfverweigerern bzw. deren Ausschluss von Leistungen.

Arbeitnehmer, die sich nicht impfen lassen, üben – mangels Verpflichtung zur Impfung – in zulässiger Weise ihre Rechte aus. Arbeitgeber dürfen ihre Arbeitnehmer deshalb nicht wegen der Entscheidung gegen eine Corona-Schutzimpfung sanktionieren; dies verbietet das

Maßregelungsverbot gem. § 612a BGB. Verhaltensbedingte Maßnahmen, wie Abmahnungen oder Kündigungen, wegen einer fehlenden Corona-Schutzimpfung wären folglich rechtswidrig. Die Entscheidung von Mitarbeitern gegen eine nicht verpflichtende Impfung führt zudem nicht per se zu einer personenbedingten Ungeeignetheit für die Erbringung der Arbeitsleistung, die Voraussetzung für eine personenbedingte (Änderungs-) Kündigung wäre. Dies gilt unabhängig davon, ob die Impfung auch vor einer Übertragung des Virus schützt; allein das abstrakte Risiko einer Infektion Dritter am Arbeitsplatz genügt hierfür nicht. Das Maßregelungsverbot verbietet es Arbeitgebern auch, Mitarbeiter von betrieblichen Leistungen und Einrichtungen (z. B. der Nutzung von Kantine und Teeküche) auszuschließen, weil diese sich gegen eine Impfung entschieden haben.; Dies gilt auch unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber der Belegschaft. Zwar sind Arbeitgeber nach § 618 BGB bzw. §§ 4 Nr. 1, 3 ArbSchG verpflichtet, Arbeitnehmer vor Gefahren für die körperliche Unversehrtheit am Arbeitsplatz, und damit auch vor Ansteckungen mit gefährlichen Viren, zu schützen (vgl. BAG, Urt. v. 14.12.2006 – 8 AZR 628/05, NZA 2007, S. 262). Allerdings darf dies – ohne bestehende Impfpflicht – nicht zu einer Trennung der Belegschaft in „Geimpfte“ und „Ungeimpfte“, führen, ungeachtet der bislang nicht geklärten Frage, in welchem Umfang die verfügbaren Impfstoffe auch vor einer Übertragung des Virus schützen. Darüber hinaus sind grundsätzlich mildere Mittel, wie die Einführung eines betrieblichen Hygienekonzepts, Anordnung einer Maskenpflicht für Gemeinschaftsbereiche oder die Durchführung von Schnelltests, in Betracht zu ziehen, bevor eine Arbeitnehmergruppe von betrieblichen Leistungen gänzlich ausgeschlossen wird.

Ein arbeitgeberseitiges Hausverbot oder eine Freistellung ungeimpfter Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht wären insoweit gleichermaßen rechtswidrig (vgl. auch Naber/Schulte, NZA 2021, S. 81, 84 f.). Ohne wirksame Freistellungsklausel bzw. -vereinbarung entfällt der Beschäftigungsanspruch nur dann, wenn der Beschäftigung erhebliche betriebliche oder persönliche Gründe entgegenstehen, sodass der Arbeitgeber ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an der einseitigen Suspendierung des Arbeitnehmers hat (BAG, Urt. v. 19.8.1976 – 3 AZR 173/75, NJW 1977, S. 215). Ein solches Interesse des Arbeitgebers besteht nicht bereits bei einer fehlenden Impfung von Arbeitnehmern. Arbeitnehmer haben in diesem Fall unverändert einen durchsetzbaren Anspruch auf tatsächliche vertragsgemäße Beschäftigung nach § 611a i. V. m. § 242 BGB; Art. 1, 2 Abs. 1 GG. Darüber hinaus wären Arbeitgeber nach den Grundsätzen des Annahmeverzugs gem. § 615 Satz 1 BGB verpflichtet, den Vergütungsanspruch für die Zeiten der Freistellung bzw. des Hausverbots zu erfüllen. Anders liegt der Fall bei einer Infektion mit dem Coronavirus. Wurde ein Arbeitnehmer positiv getestet oder besteht der Verdacht einer Infektion, ist der Arbeitgeber berechtigt, diesen einseitig von der Arbeit freizustellen. Dem arbeitsvertraglichen Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers steht hier das überwiegende Interesse des Arbeitgebers an dem Schutz der übrigen Beschäf-

tigten vor den Gefahren einer Ansteckung entgegen. Im Falle der Infektion des Arbeitnehmers oder einer im selben Haushalt lebenden Person wird i. d. R. ohnehin das zuständige Gesundheitsamt eine Quarantänepflicht oder ein berufliches Tätigkeitsverbot nach § 28 IfSG i. V. m. §§ 30, 31 IfSG anordnen.

IMPFNACHWEIS GEGENÜBER DRITTEN

Öffentlichkeitswirksam diskutiert werden Fälle, in denen u. a. Kunden, Lieferanten und Fluggesellschaften den Zutritt zum Betriebsgelände bzw. den Zugang zu Leistungen vom Nachweis einer Corona-Schutzimpfung abhängig machen. Dies ist i. d. R. rechtlich zulässig, denn Dritte sind grundsätzlich frei darin zu entscheiden, mit wem und unter welchen Bedingungen sie einen Vertrag schließen. Grenzen der Vertragsfreiheit ergeben sich zwar insbesondere aus dem AGG, den gesetzlichen Regelungen zu den AGB (§§ 307ff. BGB), sowie aus Spezialgesetzen (z. B. § 22 des Personenbeförderungsgesetzes). Eine Differenzierung nach dem Impfstatus ist hiernach bislang jedoch nicht verboten. Obgleich das Verlangen eines Impfnachweises – ohne gesetzliche Impfpflicht und ohne freiwillige Einwilligung des Betroffenen – im Zweifel datenschutzrechtlich schwer zu rechtfertigen sein dürfte, steht es Dritten hiernach aktuell frei, den Nachweis einer Corona-Schutzimpfung zur Bedingung von Leistungen zu erheben. Dies provoziert Bestrebungen in der Politik, ein gesetzliches Verbot von Benachteiligungen aufgrund des Impfstatus in der Privatwirtschaft zu regeln.

Verlangt ein Dritter, z. B. ein Kunde des Arbeitgebers, von dem bei ihm eingesetzten Arbeitnehmer einen Impfnachweis und kann dieser wegen eines fehlenden Impfnachweises seine Arbeitsleistung nicht erbringen, gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. Eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs nach den Grundsätzen des Annahmeverzugs gem. § 615 Satz 1 BGB kommt nicht in Betracht, da der Arbeitnehmer wegen der Weigerung des Dritten nicht in der Lage ist, die geschuldete Leistung zu erbringen (§ 297 BGB). Der Lohnzahlungsanspruch kann in diesem Fall nur gem. § 326 Abs. 2 BGB aufrechterhalten werden, wenn der Arbeitgeber allein oder weit überwiegend für die Unmöglichkeit der Leistungserbringung verantwortlich ist (vgl. BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 146/14, AuA 9/17, S. 552). Allerdings hat die Rechtsprechung erkennen lassen, dass der Arbeitgeber in einem solchen Fall verpflichtet sein kann, auf den Kunden einzuwirken und – im Rahmen des im Einzelfall Zumutbaren – zu versuchen, eine Aufhebung der Maßnahme zu erwirken (vgl. BAG, Urt. v. 28.9.2016 – 5 AZR 224/16, AuA 5/17, S. 310). Zur Vermeidung von Lohnfortzahlungsansprüchen sollten Arbeitgeber folglich ihr Bemühen dokumentieren, auf einen Einsatz ihrer Arbeitnehmer z. B. bei Kunden ohne Vorlage eines Impfnachweises hinzuwirken.

Diese Grundsätze gelten gleichermaßen im Falle von Ein- oder Ausreiseverboten für Arbeitnehmer wegen eines fehlenden Impfnachweises. Vergleichbar zu behördlichen Tätigkeitsverboten, muss hier ebenfalls ein den



FEEDBACK

Hat Ihnen der Beitrag gefallen? Sagen Sie uns Ihre Meinung! Alle Infos auf www.auplus.de

Annahmeverzug des Arbeitgebers ausschließendes Unvermögen des Arbeitnehmers angenommen werden, mit der Folge, dass der Vergütungsanspruch entfällt (vgl. BAG v. 28.9.2016, a. a. O.). Eine Verantwortlichkeit des Arbeitgebers kommt in dieser Konstellation von vornherein nicht in Betracht.

Ist dem Arbeitgeber in diesen Fällen eine vertragsgemäße Beschäftigung des Arbeitnehmers dauerhaft nicht möglich, sind alternative Einsatzmöglichkeiten im Wege der Versetzung zu prüfen. Allein dann, wenn diese nicht in Betracht kommen und der Beschäftigungsmangel nicht anderweitig behoben werden kann, ist im Einzelfall eine personenbedingte (Änderungs-)Kündigung gegenüber dem Arbeitnehmer denkbar.

IMPFUNGEN WÄHREND DER ARBEITSZEIT

Bei der Durchführung einer Corona-Schutzimpfung handelt es um außerdienstliches Verhalten. Verlassen Arbeitnehmer ihren Arbeitsplatz, um sich impfen zu lassen, entfällt grundsätzlich der Vergütungsanspruch für diese Zeit nach dem Prinzip „ohne Arbeit kein Lohn“.

Nach § 616 Satz 1 BGB behalten Arbeitnehmer ihren Vergütungsanspruch jedoch dann, wenn sie wegen eines in ihrer Person liegenden Grundes ohne ihr Verschulden für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit an der Erbringung ihrer Dienstleistung verhindert sind. Dies ist in folgenden Konstellationen der Fall:

1. Impftermine außerhalb der Arbeitszeit stehen nicht zur Verfügung bzw. ein von der Behörde zugeteilter, innerhalb der Arbeitszeit liegender Impftermin kann vom Arbeitnehmer nicht zeitnah auf einen Termin außerhalb der Arbeitszeit verschoben werden. In diesem Fall darf der Betroffene den Impftermin während der Arbeitszeit wahrnehmen. Der Arbeitgeber bleibt zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet, es sei denn, die Anwendbarkeit von § 616 Satz 1 BGB wurde wirksam vertraglich ausgeschlossen (zu Arztbesuchen während der Arbeitszeit: BAG, Urt. v. 29.2.1984 – 5 AZR 92/82, BAGE 45, S. 171).
2. Für Arbeitnehmer, bei denen das Risiko einer Infektion tätigkeitsbedingt und im Vergleich zur Allgemeinbevölkerung erhöht ist, bspw. für Krankenhaus- oder Pflegepersonal, sind Impfungen Bestandteil der arbeitsmedizinischen Vorsorge, die grundsätzlich während der Arbeitszeit stattfinden soll (§ 3 Abs. 3 Satz 1 ArbMedVV). Der Vergütungsanspruch bleibt in diesem Fall auch dann erhalten, wenn die Anwendbarkeit von § 616 BGB ausgeschlossen wurde, da der vertragliche Ausschluss der Regelung insoweit unwirksam wäre.

Können Arbeitnehmer, die berufsbedingt kein höheres Infektionsrisiko haben, den Impftermin jedoch selbst festlegen oder auf eine Zeit außerhalb der Arbeitszeit verschieben, muss der Termin grundsätzlich außerhalb der Arbeitszeit wahrgenommen werden. Der Arbeitgeber ist in diesem Fall nicht verpflichtet, die Zeit für einen in der Arbeitszeit liegenden Impftermin zu vergüten.

BETRIEBLICHES IMPFPROGRAMM

Arbeitgeber sind berechtigt, betriebliche Impfprogramme zur Förderung freiwilliger Corona-Schutzimpfungen – analog zur jährlichen Gripeschutzimpfung – anzubieten; dies setzt natürlich voraus, dass ausreichend Impfstoff zur Verfügung steht. Hinsichtlich der Durchführung von Impfprogrammen ist der allgemeine arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zu beachten, d. h. der Zugang nur eines Teils der Belegschaft zum betrieblichen Impfprogramm muss durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt sein, z. B. ein tätigkeitsbedingt ungleich höheres Infektionsrisiko für Mitarbeiter bestimmter Abteilungen, wie etwa für Außendienstmitarbeiter oder Mitarbeiter in Großraumbüros. Vor dem Hintergrund der bestehenden Anforderungen an die Begründung eines sachlichen Grundes für eine Ungleichbehandlung, sollte die Teilnahme an einem betrieblichen Impfprogramm im Zweifel allen Mitarbeitern angeboten werden. In Betrieben mit Betriebsrat ist bei Einführung eines betrieblichen Impfprogramms zudem das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG zu beachten.

Im Falle eines betrieblichen Impfangebots stellen sich für Arbeitgeber regelmäßig Haftungsfragen: Eine Haftung für Impfschäden haben Arbeitgeber nach der Rechtsprechung des BAG jedenfalls dann nicht zu befürchten, wenn sie die für die Impfung zuständige Person, z. B. den freiberuflichen Betriebsarzt, ordnungsgemäß ausgewählt haben und diese Person im eigenen Namen zur Impfung einlädt. In diesem Fall kommt weder ein Behandlungsvertrag zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber zustande, noch entsteht der Eindruck, dass sich der Arbeitgeber hierzu verpflichten möchte. Den Arbeitgeber treffen in diesem Fall auch keine weitergehenden Hinweis- und Aufklärungspflichten aus dem Arbeitsverhältnis (vgl. zur Gripeschutzimpfung BAG, Urt. v. 21.12.2017 – 8 AZR 853/16, AuA 3/18, S. 181).

IMPFPREMIIEN

In der Wirtschaft werden aktuell vielerorts betriebliche Prämiensysteme diskutiert, mit denen Mitarbeiter zu einer freiwilligen Impfung motiviert werden sollen. Eine möglichst hohe Durchimpfungsrate in der Belegschaft zum Schutz der Gesundheit und zur Verringerung von Fehlzeiten ist zweifelsohne wünschenswert.

Arbeitgeber können zwar grundsätzlich die Kriterien für die Gewährung einer freiwilligen Leistung bestimmen; Impfpremien sind im Hinblick auf das Maßregelungsverbot gem. § 612a BGB jedoch nicht unproblematisch (vgl. Naber/Schulte, NZA 2021, S. 81, 85).

Eine von § 612a BGB missbilligte Benachteiligung von Arbeitnehmern kann nicht nur in der Schlechterstellung gegenüber dem status quo, sondern auch in der Vorenthaltung von Vorteilen liegen (BAG, Urt. v. 31.5.2005 – 1 AZR 254/04, AuA 9/05, S. 562). Eine Impfpremie wird denjenigen Arbeitnehmern vorenthalten, die sich zulässigerweise gegen eine Corona-Schutzimpfung entscheiden. Im Ergebnis verringert der Arbeitgeber mit

dem Angebot einer Impfpremie den Adressatenkreis der freiwilligen Leistung um diejenigen Mitarbeiter, die in zulässiger Weise ihre Rechte ausüben, was nach ständiger Rechtsprechung eine unzulässige Maßregelung darstellt (vgl. BAG, Urt. v. 12.6.2002 – 10 AZR 340/01, AuA 11/02, S. 521, zum Fall des Ausschlusses von Arbeitnehmern von einer Sondervergütung, die sich einer Verlängerung der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit rechtmäßig widersetzen). Hieran ändert auch die nachvollziehbare Motivation des Arbeitgebers, Anreize zum Schutz der Belange des Unternehmens und seiner Arbeitnehmer zu setzen, nichts. Eine sachliche Rechtfertigung der Ungleichbehandlung durch eine in der Impfung ausgedrückte besondere Bereitschaft der Arbeitnehmer, auf die Belange des Unternehmens und anderer Arbeitnehmer Rücksicht zu nehmen (vgl. hierzu ArbG Siegen, Urt. v. 30.9.2004 – 3 Ca 399/04; zurückhaltend LAG Hamm, Urt. v. 14.4.2005 – 8 Sa 2196/04), schließt die Anwendung des § 612a BGB nicht von vornherein aus. Während der Gleichbehandlungsgrundsatz jede sachfremde Differenzierung untersagt, richtet sich das Maßregelungsverbot speziell gegen das Differenzierungsmerkmal „zulässige Rechtsausübung“ (BAG, Urt. v. 15.2.2005 – 9 AZR 116/04, NZA 2005, S. 1117).

Auch aus der Zulässigkeit von Anwesenheitsprämien, die zur Vorenthaltung von Vorteilen gegenüber arbeitsunfähigen Arbeitnehmern führen, kann nicht zwangsläufig auch auf die Rechtmäßigkeit von Impfpremien geschlossen werden. Anders als Impfpremien, knüpfen Anwesenheitsprämien unmittelbar an den arbeitsrechtlichen Grundsatz an, dass Arbeitsentgelt grundsätzlich nur für geleistete Arbeit gezahlt wird, soweit nicht gesetzliche Vorschriften eine Verpflichtung zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts auch für Zeiten ohne Arbeitsleistung vorsehen (BAG, Urt. v. 26.10.1994 – 10 AZR 482/93, NZA 1995, S. 266). Diese Wertung ist nur im weitesten Sinne auch auf Impfpremien übertragbar. Solange ein Schutz vor Übertragung nicht erwiesen ist, dürfte es Zweck der Prämie lediglich sein, das Risiko einer COVID-19-Erkrankung und damit eines Arbeitsausfalls durch vorbeugenden Impfschutz zu verringern. Inwieweit die Impfpremie Arbeitnehmer aber – vergleichbar mit einer Anwesenheitsprämie, bei welcher jeder Fehltag zum Verlust eines Teils der Sonderzahlung führt – motiviert, die Zahl der Fehltag gering zu halten, ist zumindest zweifelhaft.

Argumente gegen eine Maßregelung liefert das Urteil des BAG vom 15.2.2005 (a. a. O.): Der Arbeitgeber hatte nach einem „Abfindungsplan“ Arbeitnehmern nach Erhalt einer Kündigungsschutzklage eine Abfindung gewährt, wenn diese die Kündigung annehmen und keine Klage erheben. Das BAG sah hierin keine unzulässige Maßregelung von Arbeitnehmern, die ihr Recht auf Erhebung einer Kündigungsschutzklage in Anspruch nehmen, da dem Arbeitnehmer einerseits eine Wahl bleibe und die Abfindung wegen einer Klageerhebung nur deshalb vorenthalten werde, weil der Arbeitnehmer die ihm abverlangte Gegenleistung nicht erbracht habe. Das BAG stellt hiermit entscheidend auf das Bestehen eines Gegenseitigkeitsverhältnisses zwischen Rechtsausübung und (vorenthaltener) Leistung ab, das auch im Falle der Zahlung einer Impfpremie für geimpfte Arbeitnehmer vorläge (ähnlich BAG, Urt. v. 6.12.2006

– 4 AZR 798/05, AuA 10/07, S. 632, zur Wahl zwischen Abfindung und Kündigungsschutzklage). Es bleibt abzuwarten, ob die Begründung der Entscheidung des BAG als Blaupause für die objektive Rechtfertigung der Zahlung einer Impfpremie dient oder – was zu vermuten ist – lediglich den gesetzlichen Wertungen des § 1a KSchG hinsichtlich der Formulierung von Anspruchsvoraussetzungen für die Zahlung einer Abfindung Rechnung trägt. Mindestvoraussetzung für eine Zulässigkeit von Impfpremien dürfte aber jedenfalls sein, dass der Arbeitgeber eine Impfpremie vor deren Gewährung ankündigt und diese nicht erst nachträglich auszahlt, um impfunwillige Arbeitnehmer zu sanktionieren (vgl. BAG v. 6.12.2006, a. a. O.); darüber hinaus sollte die Höhe so bemessen sein, dass lediglich ein Anreiz aber kein Zwang zur Impfung begründet wird. In Betrieben mit Betriebsrat ist bei der Einführung von Impfpremien zudem an das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. §§ 87 Abs. 1 Nr. 7 und Nr. 10 BetrVG (Gesundheitsschutz und betriebliche Lohngestaltung) zu denken.

Bis zur Klärung der Rechtsfrage durch die Gerichte verbleibt jedenfalls ein Restrisiko für Arbeitgeber: Ungeimpfte Arbeitnehmer wären im Falle eines Verstoßes gegen das Maßregelungsverbot so zu stellen, als wenn sie zum Adressatenkreis der Regelung gehört hätten (vgl. BAG v. 12.6.2002, a. a. O.); sie könnten also voraussichtlich ebenfalls einen Anspruch auf Zahlung einer Impfpremie geltend machen.

Unproblematisch zulässig ist es dagegen, wenn Arbeitgeber die mit der Impfung ihrer Mitarbeiter verbundenen Kosten übernehmen oder diese für die Wahrnehmung von Impfterminen unter Fortzahlung der Vergütung freistellen, da insoweit lediglich die mit der Impfung verbundenen Aufwendungen ersetzt würden.

FAZIT

Das Coronavirus und die Maßnahmen zu dessen Eindämmung stellen Arbeitnehmer und Arbeitgeber vor Herausforderungen. In rechtlicher Hinsicht wird vielerorts Neuland betreten. Sowohl Datenschutz als auch Maßregelungsverbot setzen Maßnahmen des Arbeitgebers Grenzen. Wie weitgehend Arbeitgeber letztlich auf das Impfverhalten ihrer Arbeitnehmer Einfluss nehmen dürfen, hängt nicht zuletzt auch davon ab, ob und inwieweit doch noch eine gesetzliche Impfpflicht eingeführt wird und ob nach wissenschaftlichem Stand davon ausgegangen werden kann, dass die Impfstoffe zu einer sterilen Immunität beitragen. Bis dahin sind praktikable Konzepte genauso gefragt, wie ein gutes Risikomanagement. ■

UNSERE AUTOREN



Sören Seidel
Counsel, Rechtsanwalt,
Fachanwalt für Arbeitsrecht,
Allen & Overy LLP, Hamburg



Chantal Ahnefeld
Rechtsreferendarin,
Allen & Overy LLP, Hamburg