

Rechtsanwalt Prof. Dr. Michael Fuhlrott und Rechtsanwältin Dr. Katharina Fischer*

Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?

Die Impfungen in Deutschland sind angelaufen. Nach der Coronavirus-Impfverordnung sind – neben über 80-Jährigen – zunächst pflegerische Mitarbeiter ambulanter Pflegedienste und medizinisches Personal mit einem hohen Expositionsrisiko oder auf Onkologie- oder Transplantationsstationen berechtigt, eine Impfung zu beanspruchen. Eine öffentlich-rechtlich verankerte Impfpflicht besteht indes nicht. Gleichwohl haben erste Fluggesellschaften und Betreiber privater Einrichtungen wie etwa von Gaststätten oder Theatern angekündigt oder jedenfalls in Aussicht gestellt, nur geimpfte Personen befördern oder nur diesen künftig Zutritt gewähren zu wollen. Vor diesem Hintergrund wird auch zunehmend die Frage diskutiert, ob Arbeitgeber ihre Mitarbeiter zur Inanspruchnahme einer Impfung verpflichten können bzw. ob ungeimpften Arbeitnehmern andere Konsequenzen drohen.

I. Wirkung einer Impfung

[1] Am 21.12.2020 hat das Vakzin „Comirnaty“ des Herstellers BioNTech/Pfizer als erster Impfstoff in der Europäischen Union gegen Covid-19 eine bedingte Normalzulassung erhalten,¹ die flächendeckenden Impfungen in Deutschland sind am 27.12.2020 nach der nach § 32 AMG erfolgten Chargenfreigabe durch das Paul-Ehrlich-Institut angelaufen.² Es ist allerdings noch nicht abschließend geklärt, wie lange der Impfschutz vorhält, ob geimpfte Personen nur einen eigenen Immunschutz gegen eine Erkrankung aufbauen oder ob diese auch nach erfolgter Impfung weiterhin andere Menschen anstecken können³ (sog. sterile Immunität). Häufig schließt eine Impfung auch die Ansteckung anderer Personen aus. Allerdings kommt es auch bei der Impfung gegen Influenza – zwar nur in wenigen Fällen – auch bei geimpften Personen zu einer Infektion mit dem Influenzavirus, die dann oftmals aufgrund der geringen Intensität des Krankheitsverlaufs unbemerkt bleibt, aber gleichwohl eine Ansteckung anderer Personen mit sich ziehen kann.⁴

[2] Die abschließende Beantwortung dieser Frage hinsichtlich der Wirkungen der Impfstoffe gegen Covid-19, mit der erst in einigen Monaten gerechnet werden darf, wird maßgeblichen Einfluss auf die Betrachtung der nachstehenden arbeitsrechtlichen Fragen haben. Fehlt es völlig an einer sterilen Immunität, so bestünde keinerlei Tätigkeitsbezug und wäre eine Impfung nur Eigenschutz. Kein Mensch muss sich aber vernünftig verhalten: Auch Fallschirmspringen unterfällt der Allgemeinen Handlungsfreiheit und ist als unvernünftiges Verhalten zunächst rechtlich geschützt. Allerdings wird mit Blick auf die Impfungen gegen Covid-19 davon

ausgegangen, dass die Impfung im Falle der Ansteckung jedenfalls zu einer Reduzierung der eigenen Viruslast in den oberen Atemwegen führt, so dass geimpfte Personen auch bei fehlender steriler Immunität jedenfalls weniger ansteckend für andere Menschen sind. Impfen ist vor diesem Hintergrund und nach dieser Erkenntnislage im Ergebnis folglich nicht nur Eigen-, sondern auch Fremdschutz.

II. Keine gesetzliche Impfpflicht

[3] Die Grundlage der anstehenden Impfverteilung stellt die Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Impfverordnung).⁵

* Der Autor Fuhlrott ist Fachanwalt für Arbeitsrecht und Partner bei FHM sowie Professor für Arbeitsrecht an der Hochschule Fresenius in Hamburg; die Autorin Fischer ist Rechtsanwältin im arbeitsrechtlichen Dezernat von Linklaters LLP, Hamburg.

1 Pressemitl. der Europäischen Kommission v. 21.12.2020, abrufbar unter https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2466 (alle zitierten Internetseiten zuletzt abgerufen am 18.2.2021).

2 FAQ – Häufig gestellte Fragen COVID19, Paul-Ehrlich-Institut, letzte Aktualisierung 29.1.2021, abrufbar unter <https://www.pei.de/DE/az-neimittel/impfstoffe/covid-19/covid-19-node.html>.

3 „Langzeitimmunität ist möglich“ in Pharmazeutische Zeitung v. 28.8.2020, <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/langzeit-immunitaet-ist-moeglich-119889/seite/alle/>; s. auch „Wie lange ist man immun?“ in Deutsche Apotheker Zeitung v. 1.12.2020, abrufbar unter <https://www.deutsche-apotheker-zeitung.de/news/artikel/2020/12/01/wie-lange-ist-man-immun>.

4 Informationen des RKI zur Influenza v. 3.9.2019, abrufbar unter https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/Impfen/Influenza/Hochdosis-Impfstoffe/FAQ_Uebersicht.html.

5 CoronaImpfV v. 18.12.2020 – BAnz AT 21.12.2020 V3.

Diese unterteilt die Impfanspruchsberechtigten je nach persönlichem Ansteckungsrisiko oder gesundheitlicher Vorkonstitution in vier unterschiedliche Gruppen.⁶ Eine Impfpflicht wird durch die Coronavirus-Impfverordnung allerdings nicht angeordnet. Aufgrund des wesentlichen Eingriffs in das Recht auf körperliche Unversehrtheit wäre eine derartige Pflicht auch nur aufgrund eines formellen Gesetzes möglich. Dem Grunde nach ist eine gesetzliche Impfpflicht aber möglich und verfassungskonform, wie das *BVerwG* bereits 1959⁷ anlässlich der Pflicht zu Pockenschutzimpfungen sowie jüngst für „militärische Basisimpfungen“ für Soldaten auf Grundlage von § 17a II 1 SG⁸ bejahte. Auch das IfSG sieht mit § 20 VI 1 eine entsprechende gesetzliche Grundlage vor, wonach „bedrohte Teile der Bevölkerung an Schutzimpfungen oder anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilzunehmen haben, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist“. Der Gesetzgeber hat eine hierauf beruhende Impfpflicht für schulpflichtige Kinder und in Schulen bzw. Betreuungseinrichtungen tätige Personen mit dem Masernschutzgesetz⁹ eingeführt, was das *BVerfG* wohl für verfassungskonform ansieht.¹⁰ Mit Blick auf Covid-19 wird eine solche Pflicht aber weder allgemein noch für bestimmte Gruppen diskutiert. Für Arbeitgeber bedeutet dies indes, dass diese sich bei einem Impfverlangen gegenüber ihren Beschäftigten nicht auf die Vollziehung einer öffentlich-rechtlichen Impfpflicht berufen können.

III. Impfpflicht qua Direktionsrecht

[4] Was arbeitgeberseitige Maßnahmen betrifft, wurden im bisherigen Pandemie-Verlauf zunächst vor allem Auskunft- und Offenbarungspflichten, etwa nach Rückkehr aus einem Risikogebiet,¹¹ relevant und später insbesondere die Pflicht zur Einhaltung allgemeiner Verhaltens- und Hygieneregeln im Betrieb¹² sowie Mitarbeiteruntersuchungen, wie etwa Fiebermessungen.¹³ Auf der Skala dieser Schutzmaßnahmen wäre eine Pflicht, sich gegen SARS-CoV-2 impfen zu lassen, der bislang erheblichste Eingriff in die Rechte und Interessen des Arbeitnehmers.

[5] Ob bzw. unter welchen Umständen nunmehr eine Weisung, sich impfen zu lassen, zulässig wäre, ist daher kritisch zu hinterfragen und soll getrennt nach „gewöhnlichen“ Arbeitsverhältnissen (also solchen ohne spezifische Risikokontakte; dazu Rn. 6 ff.) und „besonderen Arbeitsverhältnissen“ (also solchen mit Kontakten zu vulnerablen Gruppen; dazu Rn. 15 ff.) betrachtet werden.

1. Gewöhnliche Arbeitsverhältnisse

[6] Als Grundlage einer Weisung kommen § 106 GewO, § 4 Nr. 7 iVm § 15 I 1 ArbSchG sowie §§ 241 II, 242 BGB als arbeitsvertragliche Nebenpflicht in Betracht. In jedem Fall müsste eine entsprechende Weisung billigem Ermessen entsprechen. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung sind die Grundrechte, gesetzliche Wertentscheidungen und allgemeine Wertungsgrundsätze der Verhältnismäßigkeit, Verkehrssitte und Zumutbarkeit zu würdigen.¹⁴

[7] Aufseiten des Arbeitgebers sind im Rahmen dieser Interessenabwägung insbesondere die nach Art. 2 I, 12 I und 14 I 1 GG geschützte unternehmerische Freiheit¹⁵ und das Recht

am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb zu berücksichtigen.¹⁶

[8] Mit einer durchgeimpften Belegschaft werden finanzielle Belastungen und Einschränkungen des Betriebs, welche durch Corona-Erkrankungen entstehen, reduziert, wenn nicht sogar ausgeschlossen. Solche betreffen etwa Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 EFZG, in Fertigungsbetrieben Einbußen durch die Einschränkung der Produktion, wenn nicht nur Erkrankte, sondern auch Kontaktpersonen in Quarantäne sind, Entgeltfortzahlung nach § 616 BGB, wenn Arbeitnehmer sich während der Arbeitszeit auf das Corona-Virus testen lassen oder gar eine behördlich angeordnete Betriebschließung. Je mehr Arbeitnehmer geimpft sind, desto eher kann zudem aufgrund der „Zwangsimmunisierung“ und der reduzierten Gefahr einer Ansteckung auf viele der mittlerweile zum Standard gewordenen Hygienemaßnahmen, die jedoch Geld kosten, die Arbeit weniger effizient machen und zum Teil Kapazitäten binden, verzichtet und zur früheren „betrieblichen Normalität“ zurückgekehrt werden.

[9] Als Beispiele seien hier nur kleinere Schichtgrößen genannt, um die Einhaltung des Mindestabstands zu gewährleisten, kürzere Reinigungsintervalle, das Zurverfügungstellen von Schutzausrüstung und/oder Mund-Nase-Bedeckungen, die unter Umständen für einige Arbeitnehmer weniger effiziente und den Arbeitgeber teurere Arbeit von zu Hause aus.

[10] Für eine Impfpflicht spricht ferner, dass der Arbeitgeber so seiner Schutzpflicht gegenüber seinen Beschäftigten (vgl. § 618 BGB, § 3 ArbSchG)¹⁷ nachkommt, da sich das Risiko einer Ansteckung reduziert. Insbesondere gegenüber Arbeitnehmern, die ein Risiko eines schwereren Krankheitsverlaufs, zum Beispiel aufgrund von Vorerkrankungen oder fortgeschrittenen Alters haben, bestehen arbeitgeberseitig gesteigerte Schutzpflichten.

[11] Aufseiten des Arbeitnehmers hingegen würde mit der Pflicht, sich gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 impfen zu lassen, mit dem entsprechenden ärztlichen Heileingriff massiv in die körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG) und das

6 §§ 2–4 CoronaImpfV sprechen von Schutzimpfungen mit höchster (§ 2), hoher (§ 3) und erhöhter Priorität (§ 4), bevor – sodann als vierte und zahlenmäßig größter Gruppe – alle übrigen Personen geimpft werden sollen.

7 *BVerwGE* 9, 78 = NJW 1959, 2325.

8 *BVerwG* Urt. v. 22.12.2020 – 2 WNB 8/20, BeckRS 2020, 38518.

9 BGBl. 2020 I 148.

10 *BVerfG* NJW 2020, 1946.

11 S. hierzu zB *Sagan/Brockfeld* NJW 2020, 1112.

12 S. hierzu insb. die „SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel“ des BMAS (Fassung v. 20.8.2020).

13 S. hierzu *Fuhlrott* GWR 2020, 107 (bei Verdachtsfällen im Betrieb, nach Rückkehr aus einem Risikogebiet oder wenn der Betrieb in einem Hotspot liegt).

14 StRSpr., s. zB *BAG* NZA 2019, 619; NJW 2011, 3319.

15 *BVerfGE* 50, 290 = NJW 1979, 699; *BAG* NZA 2013, 730; *Scholz* in *Maunz/Dürig*, GG, 92. EL Aug. 2020, Art. 12 Rn. 123, 144.

16 Str. ob vom Schutzbereich des Art. 14 I GG erfasst; vom *BVerfG* bisher offengelassen, s. zB *BVerfGE* 143, 246 = NJW 2017, 217; dafür die hLit., vgl. *ErfK/Schmidt*, 21. Aufl. 2021, Art. 14 GG Rn. 5; *Wendt* in *Sachs*, GG, 8. Aufl. 2018, Art. 14 Rn. 67; dagegen *HK-ArBR/Hensche*, 4. Aufl. 2017, Art. 14 GG Rn. 18. S. idS bereits *Fuhlrott*, Impfpflicht für Arbeitnehmer, <https://www.lto-karriere.de/beruf/stories/detail/corona-impfpflicht-arbeitgeber-angestellte-kuendigung>.

17 Vgl. *Bertke/Reinbach* in *Hohenstatt/Sittard*, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, 2020, VIII.1; *MHD* *ArbR/Reichold*, 4. Aufl. 2018, § 91 Rn. 1.

Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I iVm Art. 1 I GG) eingegriffen.¹⁸

[12] Dabei ist ferner zu berücksichtigen, dass der Nutzen für den Arbeitnehmer selbst sowie die weiter zu schützende Belegschaft zwar hoch, aber nicht derart überragend ist, dass er die Eingriffsintensität auszugleichen vermag. So kann es bei SARS-CoV-2 zwar zu schweren Krankheitsverläufen kommen. Allerdings ist die Letalitätsrate in Deutschland mit bislang 1,8 % vergleichsweise moderat und dürfte, da vor allem ältere Patienten an dem Virus sterben, in der arbeitenden Bevölkerung nochmals geringer sein.¹⁹

[13] Die Frage, ob ein Arbeitnehmer sich gegen SARS-CoV-2 impfen lässt, ist daher im Grundsatz Teil der persönlichen Lebensgestaltung, welche dem arbeitgeberseitigen Weisungsrecht entzogen ist.

[14] Eine allgemeine Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, unterschiedslos für alle Arbeitnehmer in allen Tätigkeitsbereichen, wäre daher unzulässig und eine entsprechende Weisung unwirksam.²⁰

2. Besondere Arbeitsverhältnisse

[15] Möglicherweise fällt die Abwägung der kollidierenden Interessen ausnahmsweise anders aus, wenn der Arbeitgeber etwa als Betreiber eines Krankenhauses oder (Alten-)Pflegeheims Schutzpflichten gegenüber Dritten – seinen Patienten – hat bzw. die Arbeitnehmer mit besonders vulnerablen Personen in Kontakt kommen. In solchen Konstellationen hat der Arbeitgeber ein großes Interesse daran, dass seine Belegschaft, zumindest aber diejenigen Arbeitnehmer, welche Patientenkontakt haben, geimpft sind. Zwar kommt ein Arbeitgeber seinen Schutzpflichten gegenüber der Belegschaft und Dritten auch mit effektiven und strengen Hygienevorschriften nach. Überdies ist zu bedenken, dass Risikopersonen, die nach der CoronaImpfV bereits priorisiert geimpft wurden, vorbehaltlich der Wirksamkeit der Impfung, ein geringeres Schutzbedürfnis haben.

[16] Allerdings erscheint die Zulässigkeit einer arbeitgeberseitigen Weisung, sich impfen zu lassen, aus Sicht der Autoren insbesondere dann vertretbar,²¹ wenn bzw. solange Arbeitnehmer aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit einen Anspruch auf eine privilegierte Schutzimpfung nach §§ 2 ff. CoronaImpfV haben, hingegen die Personen, mit denen sie Kontakt haben, nicht oder zumindest weniger stark privilegiert sind.

[17] So haben zum Beispiel Arbeitnehmer einen Anspruch auf Schutzimpfung mit höchster Priorität, welche ältere oder pflegebedürftige Menschen behandeln, betreuen oder pflegen (§ 2 Nr. 2 und 3 CoronaImpfV), auf Intensivstationen oder in Notaufnahmen tätig sind (§ 2 Nr. 4 CoronaImpfV) oder Personen behandeln, betreuen oder pflegen, bei denen ein sehr hohes Risiko für einen schweren oder tödlichen Krankheitsverlauf nach einer Infektion mit dem Coronavirus besteht, insbesondere in der Onkologie oder Transplantationsmedizin (§ 2 Nr. 5 CoronaImpfV). Demgegenüber sind die in diesen Aufzählungen erwähnten Personen, die – wie § 1 II Corona ImpfV in Verbindung mit der Empfehlung der Ständigen Impfkommission²² zu entnehmen ist – besonders geschützt werden sollen, unter Umständen nicht derartig privilegiert. So gehören etwa ältere Menschen, die „nur“ das 70. Lebensjahr vollendet haben, lediglich zur Impfgruppe

mit hoher (§ 3 Nr. 1 Corona ImpfV) und Krebspatienten zur Impfgruppe mit erhöhter Priorität (§ 4 Nr. 2 Buchst. h Corona ImpfV).

IV. Kündigung ungeimpfter Arbeitnehmer

[18] Unter bestimmten Umständen kann zudem eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses eines „impfunwilligen Arbeitnehmers“ in Betracht kommen.

1. Verhaltensbedingte Kündigung

[19] Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt per se nur in Betracht, wenn eine entsprechende Weisung, sich impfen zu lassen, ausnahmsweise zulässig ist. Überdies wird, sofern der Arbeitnehmer nicht eindeutig erklärt hat, sich unter keinen Umständen impfen zu lassen,²³ eine Kündigung eine vorherige Abmahnung voraussetzen. Zudem stünde eine verhaltensbedingte Kündigung unter dem Vorbehalt einer Interessenabwägung zulasten des Arbeitnehmers. Dies dürfte in der Praxis in den seltensten Fällen zu bejahen sein. Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt sodann ferner in Betracht, wenn sich Arbeitnehmer weisungswidrig im Zusammenhang mit dem Thema „Corona-Impfung“ gegen arbeitgeberseitige Impfeempfehlungen aussprechen. Praxisrelevant könnte dies insbesondere im Fall einer Vorgabe an Führungskräfte sein, sich nicht zuwider einer Arbeitgeberempfehlung für die Corona-Impfung zu äußern. Eine entsprechende Weisung wäre billig und damit wirksam iSv § 106 GewO, da diese die oben erwähnten Interessen des Arbeitgebers sowie die Gesundheit der Belegschaft zu schützen, bezweckte.

2. Personenbedingte Kündigung wegen Wegfalls der Eignung?

[20] Sofern – wie in den meisten Fällen – eine verhaltensbedingte Kündigung nicht in Betracht kommt, wäre allenfalls eine personenbedingte Kündigung in Betracht zu ziehen. Diese setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die erforderliche Eignung und Fähigkeiten nicht (mehr) besitzt, um die

18 Vgl. *Sternberg-Lieben* in *Schönke/Schröder*, StGB, 30. Aufl. 2019, § 223 Rn. 34, 50 c; *Bleck-Vogdt* in *Helm/Bundschuh/Wulff*, Arbeitsrechtliche Beratungspraxis in Krisenzeiten, 2020, § 3 Rn. 35.

19 Statistik zur Letalitätsrate beim Corona-Virus, Stand 15.2.2021 <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/1103785/umfrage/mortalitaetsrate-des-coronavirus-nach-laendern/>.

20 So bereits *Fuhlrott*, Impfpflicht für Arbeitnehmer, s. Fn. 16; so iErg. auch *Bleck-Vogdt* in *Helm/Bundschuh/Wulff*, Arbeitsrechtliche Beratungspraxis in Krisenzeiten, § 3 Rn. 35; *Kiesche/Kobte*, Arbeits- und Gesundheitsschutz in Zeiten von Corona, 2. Aufl. 2020, 8.11; *Müller* in *Helm/Bundschuh/Wulff*, Arbeitsrechtliche Beratungspraxis in Krisenzeiten, § 4 Rn. 21; *Schmidt/Novara* DB 2009, 1817 (1819); *Tödtmann/Hartmann* in *Tödtmann/v. Bockelmann*, Arbeitsrecht in Not- und Krisenzeiten, 2020 Rn. 98; *Stück/Wein* AuA 2020, 200 (202); im Einzelfall je nach Risiken und Nebenwirkungen der Impfung sowie Letalitätsrate uU vertretbar.

21 Insofern wird, was die Einzelfälle, in denen eine Impfpflicht vertretbar erscheint, die von den Autoren in NZA 2020, 345 Fn. 30 vertretene Auffassung aufgegeben. Maßgeblich ist, wie hier ausgeführt, die Tätigkeit, nicht die Risiken der Impfung und die Letalitätsrate.

22 Beschluss der STIKO für die Empfehlung der Covid-19-Impfung und die dazugehörige wissenschaftliche Begründung v. 14.1.2021 (online vorab) https://www.rki.de/DE/Content/Infekt/EpidBull/Archiv/2021/Ausgaben/02_21.pdf?__blob=publicationFile.

23 Zur Entbehrlichkeit der Abmahnung bei hartnäckiger Pflichtverletzung s. BAG NZA 1995, 65.

geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen.²⁴ Allein das Fehlen einer Corona-Impfung rechtfertigt – anders als bei der Masern-Impfung (vgl. § 20 IX 6 IfSG) – kein Beschäftigungsverbot und daher auch keine personenbedingte Kündigung. Dass dies überdies dazu führt, dass der Vertragszweck nicht mehr erreicht werden kann, ist nur in besonderen Fällen denkbar. In Fällen, in welchen Arbeitnehmer als Ärzte oder Pflegepersonal mit vulnerablen Gruppen in Kontakt kommen und ungeimpft theoretisch eine Gefahr für andere darstellen, können Infektionsgefahren etwa durch das Verwenden von Schutzausrüstung und die Durchführung regelmäßiger Tests zwar maßgeblich reduziert, aber nicht vollständig ausgeschlossen werden.²⁵ Die vertragliche Leistung kann in Ausnahmefällen nicht mehr uneingeschränkt erbracht werden, so dass bei Fehlen anderweitiger Beschäftigungsmöglichkeiten eine personenbedingte Kündigung von ungeimpften Arbeitnehmern erwogen werden kann.

3. Betriebsbedingte Kündigung

[21] Davon zu unterscheiden ist die Entscheidung des Arbeitgebers, ab einem bestimmten Zeitpunkt eine Impfung zur Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten zu machen,²⁶ insbesondere etwa in den (unter Rn. 15 ff.) beschriebenen Fällen (zB für Pfleger und Ärzte auf Intensivstationen). Diese unternehmerische Entscheidung würde gerichtlich nur einer Missbrauchskontrolle unterliegen,²⁷ welcher sie standhalten dürfte. Allerdings müsste diese unternehmerische Entscheidung auch konsequent umgesetzt werden. Dies wäre etwa dann nicht möglich, wenn sich zu wenig Arbeitnehmer impfen lassen, ein betrieblicher Bedarf mit diesen wenigen Arbeitnehmern nicht gedeckt werden kann und der Arbeitgeber dies hinnimmt. Eine betriebsbedingte Kündigung dürfte ferner regelmäßig ausscheiden, wenn als milderer, vorrangiges Mittel die Versetzung auf einen Arbeitsplatz in Betracht kommt, bei dem kein notwendiger Kontakt zu „Risikogruppen“ erfolgt.

4. Druckkündigung?

[22] Fraglich ist, ob eine personenbedingte Kündigung dann wirksam wäre, wenn Dritte den Einsatz geimpften Personals verlangen und eine entsprechende „Kundenerwartung“ haben. Eine derartige Erwartung könnte etwa gegenüber Arbeitnehmern bestehen, die vielfältigen Kontakt zu anderen Menschen haben, zum Beispiel Fahrer von Essens-/Getränkeliendienstleistungen.²⁸ Denkbar sind solche Konstellationen auch bei Kundentechnikern oder Servicemitarbeitern, die Betriebsräume ihrer Kunden nicht mehr betreten können, da diese nur geimpfte Vertragspartner auf ihr Betriebsgelände lassen wollen. Verlangen Dritte vom Arbeitgeber unter der Androhung von Nachteilen, einem bestimmten Arbeitnehmer zu kündigen, kann dieser eine Druckkündigung in Betracht ziehen.²⁹

[23] In solchen Konstellationen kommt mangels Vorliegens eines personen- oder verhaltensbedingten Kündigungsgrundes allenfalls eine „echte Druckkündigung“ in Betracht. An eine solche „echte Druckkündigung“ sind nach der Rechtsprechung des BAG indes strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere muss sich der Arbeitgeber zunächst schützend vor den betroffenen Arbeitnehmer stellen. Nur wenn auf diese Weise die Drohung nicht abgewendet werden kann

und bei Verwirklichung der Drohung schwere wirtschaftliche Schäden drohen, kann die Kündigung sozial gerechtfertigt sein. Dabei ist jedoch Voraussetzung, dass die Kündigung das einzig praktisch in Betracht kommende Mittel ist, um die Schäden abzuwenden.³⁰ Ob es gelingt, diese Anforderungen im Einzelnen darzulegen, wird man im konkreten Fall genau zu prüfen haben.

V. Ungleichbehandlungen geimpfter und ungeimpfter Arbeitnehmer

[24] Selbstverständlich können Arbeitgeber sich öffentlich oder etwa über das Intranet für eine Impfung aussprechen bzw. diese empfehlen. Diskutiert wird auch die Frage, ob Arbeitgeber Schutzimpfungen darüber hinaus auch incentivieren dürfen (dazu Rn. 25) und ob eine erfolgte Impfung andere Teilhaberechte ermöglichen darf (dazu Rn. 26 f.).³¹

1. Incentivierung

[25] Unabhängig von den vorgenannten Ausführungen dürfen de lege lata Arbeitgeber allein schon mit Blick auf ihre Schutzpflichten gegenüber der Belegschaft und gegebenenfalls Dritten sowie aufgrund wirtschaftlicher Interessen (Verhinderung krankheits- und quarantänebedingter Ausfälle) die Vornahme von Impfungen incentivieren.³² Zu beachten ist zudem, dass Impfungen gem. § 6 II 3 ArbMedVV auch Bestandteil der arbeitsmedizinischen Vorsorge sind. Incentivierungen können vom Angebot von der Freistellung von der Arbeit für eine Schutzimpfung durch den Betriebsarzt³³ bis zu finanziellen Anreizen („Impf-Bonus“) reichen. Es handelt sich hierbei zwar um eine Ungleichbehandlung, die nach dem allgemeinen arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz³⁴ allerdings gerechtfertigt ist, da sie auf einem sachlichen Grund basiert. Sachliche Gründe liegen nämlich immer dann vor, wenn der Differenzierung vernünftige und einleuchtende Erwägungen zugrunde liegen, die nicht gegen übergeordnete Wertentscheidungen verstoßen.³⁵ Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt. Die SARS-CoV-2-Impfung wird von der STIKO empfohlen,³⁶ zugleich dient eine Impfung den wirtschaftlichen Interessen des Arbeit-

24 StRspr., so ausdr. zB BAG NZA 1989, 464 = NJW 1989, 1694 Ls.

25 Zum Erfordernis eines substantiierten Vortrags zu Infektionsgefahren s. die im Ansatz vergleichbare Argumentation des BAG für den Fall einer symptomlosen HIV-Infektion: BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 = NJW 2014, 1470 Ls., dazu die Anm. Fuhlrott GWR 2014, 96.

26 Vgl. die Erwägungen in BAGE 147, 60 = NZA 2014, 372 = NJW 2014, 1470 Ls., die implizieren, dass konkrete Infektionsgefahren einen Kündigungsgrund rechtfertigen können.

27 StRspr., s. zB BAG NJW 2008, 2872.

28 Praxisrelevant dürfte diese Frage auch für Lehrer sein, die allerdings regelmäßig verbeamtet sind. S. hierzu *Bretschneider/Peter* NVwZ 2020, 1462.

29 Vgl. BAG NZA 2017, 116.

30 BAG NZA 2014, 109; BAGE 157, 267 = NZA 2017, 500 = NJW 2017, 1342 Ls.

31 Soweit bisweilen in der politischen Diskussion de lege ferenda über eine Ergänzung des AGG oder eine Anpassung der §§ 305 ff. BGB diskutiert wurde, um eine Differenzierung nach dem Impfstatus zu unterbinden, hat der Gesetzgeber derartige Überlegungen bislang nicht aufgenommen.

32 So auch *Tödtmann/Hartmann* in *Tödtmann/v. Bockelmann*, Arbeitsrecht in Not- und Krisenzeiten, Rn. 98.

33 Vgl. *Sander/Hilberg/Bings* COVnR 2020, 347 (350).

34 Zu dessen Umfang *Fuhlrott* ArbRAktuell 2015, 141.

35 Vgl. BAGE 104, 205 = NZA 2004, 321.

36 S. hierzu bereits *Fuhlrott* GWR 2014 96.

gebers und seinen Schutzpflichten gegenüber der Belegschaft, so dass eine entsprechende Honorierung durch den Arbeitgeber nicht unvernünftig wäre. Die Situation ist insofern mit der zulässigen Gewährung von Nichtraucherprämien³⁷ und der Bezuschussung von Mitgliedschaften in Fitnessstudios als Anreiz für ein gesundes Verhalten vergleichbar.

2. Zutritts- und Teilhaberechte

[26] Genauso spricht viel dafür, dass Arbeitgeber geimpfte Arbeitnehmer anders als Ungeimpfte behandeln dürfen. Nach einer Gefährdungsbeurteilung iSv § 5 ArbSchG in Verbindung mit der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel³⁸ kann es durchaus „erforderlich“ sein, dass Ungeimpfte keinen Zugang mehr zu bestimmten Gemeinschaftseinrichtungen, wie etwa der Kantine, erhalten dürfen, wenn ein Zugang nicht zwingend notwendig ist, um die Arbeitsleistung wahrzunehmen. Sollte feststehen, dass die SARS-CoV-2-Impfung auch Ansteckungen verhindert, kann in diesen Einrichtungen auch dahingehend differenziert werden, dass nur Ungeimpfte weiter eine Maske tragen und die Abstandsregelungen einhalten müssen bzw. ungeimpfte Personen gar keinen Zutritt erhalten.

[27] Aufgrund der überragenden Wichtigkeit des Gesundheitsschutzes erscheint es aus Sicht der Autoren vertretbar, derartige Differenzierungen bereits vorzunehmen, wenn die Verfügbarkeit des Impfstoffs noch nicht für die gesamte Bevölkerung und daher auch Belegschaft gewährleistet ist und es Arbeitnehmern objektiv nicht möglich ist, sich impfen zu lassen, obwohl sie dazu bereit wären.

VI. Datenschutzrechtliche Aspekte

[28] Ergänzend stellt sich die Frage, ob Arbeitgeber Informationen über den Impfstatus ihrer Beschäftigten in datenschutzrechtlicher Hinsicht überhaupt abfragen dürfen, was Voraussetzung der oben genannten Schritte wäre. Nach der hier vertretenen Auffassung ist eine solche Datenerhebung nach Art. 88 DS-GVO iVm § 26 III BDSG zulässig. Zugegebenermaßen handelt es sich beim Impfstatus eines Arbeitnehmers um Gesundheitsdaten und damit um besondere personenbezogene Daten gem. Art. 9 I DS-GVO.³⁹ Allerdings dürfen auch derartige Daten im Beschäftigungsverhältnis nach § 26 III 1 BDSG verarbeitet werden, wenn dies zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht erforderlich ist und im Rahmen einer Abwägung das arbeitgeberseitige Interesse an der Verarbeitung überwiegt. Dafür streitet auch die Regelung in § 23 a IfSG, die es Arbeitern bestimmter Branchen erlaubt, Angaben zum Impfstatus des Beschäftigten zu verarbeiten und der nach dem Gesetzgeber keine Sperrwirkung im Übrigen zukommen soll.⁴⁰ Es ist zudem weitgehend anerkannt, dass der Arbeitgeber, soweit dieser nach seiner Fürsorgepflicht für den Schutz des Arbeit-

nehmers verantwortlich ist, entsprechende ärztliche Untersuchungen seiner Arbeitnehmer verlangen darf.⁴¹ Auch verschiedene Stellungnahmen datenschutzrechtlicher Aufsichtsbehörden sehen die Verarbeitung besonderer personenbezogener Daten im Pandemie-Fall als durchaus zulässig an: So ist etwa der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit der Ansicht, dass Fragen zu Aufenthalten in Risikobereichen zulässigerweise gestellt werden dürfen.⁴² Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit hält auch – in engen Grenzen – Temperaturmessungen vor Betreten des Betriebs für zulässig.⁴³ Verschiedene Stimmen in der Literatur teilen diese Auffassung.⁴⁴ Hinzukommt, dass die DS-GVO in ihrem Erwägungsgrund Nr. 46 für besondere Konstellationen in Form einer Auslegungshilfe ebenfalls eine „pandemiefreundliche Auslegung“ befürwortet.⁴⁵

[29] Daher überwiegt aus den aufgezeigten Gründen der Fürsorgepflicht gegenüber anderen Arbeitnehmern – aber auch unternehmensfremden Dritten wie zum Beispiel Patienten – das Interesse des Arbeitgebers an einer entsprechenden Auskunftserlangung über den Impfstatus seiner Arbeitnehmer deren jeweiliges arbeitnehmerseitiges Geheimhaltungsinteresse.

VII. Ausblick

[30] Die Frage von Impfpflichten und damit einhergehend einer unterschiedlichen Behandlung von geimpften und ungeimpften Arbeitnehmern nimmt Fahrt auf. Mit weiterer Abklärung der Faktenlage hinsichtlich steriler Immunität und zunehmenden tatsächlichen Impfmöglichkeiten wird sich die Diskussion weiter ausweiten und die Arbeitsgerichte zeitnah beschäftigen. Einhergehend damit ist ebenfalls davon auszugehen, dass auch die Diskussion um einen Immunitätsausweis neu entflammen wird. ■

37 V. Steinau-Steinrück/Vogel NJW-Spezial 2006, 177; BeckOK ArbR/Werner, 58. Ed. 1.12.2020, § 87 BetrVG Rn. 188.

38 Fassung v. 18.12.2020, Vorabversion vor Bekanntmachung im GMBL., abrufbar unter <https://www.baua.de/DE/Angebote/Rechtstexte-und-Technische-Regeln/Regelwerk/AR-CoV-2/AR-CoV-2.html>.

39 Vgl. auch Mester in Taeger/Gabel, DSGVO BDSG, 3. Aufl. 2019, DS-GVO Art. 9 Rn. 15, die als Beispiel Befunddaten nennen und BeckOK DatenschutzR/Albers/Veit, 34. Ed. 1.5.2020, DS-GVO Art. 9 Rn. 40 mHinw auf die Notwendigkeit einer weiten Auslegung.

40 BT-Drs. 18/10938, 21, s. auch Köllmann/Niklas, Arbeitsrechtliche Auswirkungen der Corona-Pandemie im neuen Jahr, abrufbar unter <https://www.arbrb.de/blog/2021/01/04/arbeitsrechtliche-Auswirkungen-der-corona-pandemie-im-neuen-jahr>.

41 BeckOK DatenschutzR/Riesenhuber, 1.11.2020, BDSG § 26 Rn. 123.

42 https://www.bfdi.bund.de/DE/Datenschutz/Themen/Gesundheit_Soziales/GesundheitSozialesArtikel/Datenschutz-in-Corona-Pandemie.html.

43 Datenschutz in Zeiten von Covid-19, 27.11.2020, abrufbar unter <https://datenschutz-hamburg.de/pages/corona-faq>.

44 Stück CCZ 2020, 205; Fuhlrott GWR 2020, 107; kritischer Sagan/Brockfeld NJW 2020, 1112 (1112 f.).

45 S. dazu auch Wiünschelbaum NZA 2020, 612.