



**Arbeitgeberverband
privater Träger der
Kinder- und Jugendhilfe e.V.**

Corona – Testpflicht oder gar Impfpflicht für Mitarbeiter*innen?

In den letzten Wochen haben wir häufiger die Frage gestellt bekommen, ob Mitarbeiter*innen zu einer (Covid-) Impfung oder aber zumindest regelmäßigen Tests verpflichtet werden können. Wir haben dazu die aktuelle Fachliteratur und Rechtsprechung ausgewertet. Zu beachten ist, dass sich gerade in diesem Bereich nicht nur auf Bundesebene, sondern auch auf Länderebene ständig neue Regelungen ergeben und die nachfolgende Zusammenfassung daher vermutlich in wenigen Monaten wieder angepasst werden muss - und nicht von der Verpflichtung entbindet, die jeweilige Gesetzgebung auf Bundes- und Landesebene zu beobachten.

Insgesamt erfordern alle Maßnahmen immer eine Prüfung und Abwägung der Verhältnismäßigkeit, da Eingriffe in Grundrechte wie z.B. das Persönlichkeitsrecht oder gar das Recht auf körperliche Unversehrtheit gegenüber dem beabsichtigten Schutz abgewogen werden müssen. Sofern Maßnahmen gesetzlich vorgeschrieben sind, dann muss der Arbeitgeber diese selbstverständlich entsprechend umsetzen. An zweiter Stelle steht dann jedoch bereits die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, und zwar gegenüber Mitarbeitern und den untergebrachten Kindern und Jugendlichen. Entsprechende Anweisungen des Arbeitgebers können und müssen sich daher auch aus den weiteren arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen (Gefährdungsbeurteilungen, Hygiene- bzw. Pandemiepläne etc.) ergeben sowie aus der vertraglichen Nebenpflicht gegenüber den Kindern und Jugendlichen, auch deren Gesundheitsschutz sicherzustellen.



1. Können Mitarbeiter*innen zu einer Impfung verpflichtet werden?

Nein, *grundsätzlich* nicht, denn es gibt keine gesetzliche Impfpflicht.

Solange keine gesetzliche Impfpflicht (wie etwa bei der Masern-Impfung) besteht, kann der Arbeitgeber daher niemanden zwingen, sich impfen zu lassen. Solange das Impfen reine Privatsache ist, kann der Arbeitgeber auch keinen Mitarbeiter per Direktionsrecht anweisen, sich impfen zu lassen. Abmahnungen wegen Impfverweigerung oder gar Kündigungen sind damit ebenso unzulässig.

In der aktuellen arbeitsrechtlichen Diskussion wird jedoch diskutiert, ob sich eine Impfverpflichtung möglicherweise dann ergeben kann, wenn durch die (Arbeits-) Tätigkeit andere Menschen gefährdet werden könnten.

Nach *Fuhlrott / Fischer*¹ erscheint die Zulässigkeit einer arbeitgeberseitigen Weisung, sich impfen zu lassen, dann vertretbar, 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. Als Beispiel führen *Fuhlrott / Fischer*² an:

„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

¹ Fuhlrott, Michael; Fischer, Katharina: Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, in: NJW 2021, 657 Rn. 16, 17

² Ebd.

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 Impfkommission 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).“

Strenger wird eine mögliche Impfpflicht von *Naber / Schulte*³ gesehen, die ebenfalls eine Orientierung an der Priorisierung durch die Corona ImpfV vorschlagen, allerdings eine verpflichtende Impfung lediglich bei Arbeitnehmern der höchsten Prioritätsgruppe sehen.

Andere Autoren sind hinsichtlich der möglichen Impfvspflichtung noch zurückhaltender⁴, gehen jedoch davon aus, dass eine Impfverweigerung möglicherweise zu einer personenbedingten Kündigung führen kann; selbstverständlich allerdings erst nach einer entsprechenden Aufklärung und Prüfung milderer Mittel wie bspw. einer Versetzung.⁵

Zusammenfassend kann für den Bereich der Kinder- und Jugendhilfe hier noch keine verlässliche Einschätzung gegeben werden. Nach aktuellem Stand der Kommentar- und sonstigen Fachliteratur wird eine mögliche Impfpflicht wohl nur in absoluten Ausnahmefällen zum Tragen kommen und bedarf einer eingehenden Einzelfallprüfung unter Hinzuziehung des betriebsmedizinischen Dienstes. Darüber hinaus stellt sich bei einer Impfpflicht auch immer die Frage der Haftung, insbesondere für Impfschäden.⁶

³ Naber, Sebastian; Schulte, Willem: Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, in: NZA 2021, 81 ff.

⁴ Z.B. Wittek, Wolfgang: COVID-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, in: ArbAktuell 2021,61 ff.

⁵ Ebd., S. 62

⁶ Vgl. dazu bereits bei Gripeschutzimpfungen BAG, Urt. v. 21.12.2017 – 8 AZR 853/16

2. Können Mitarbeiter*innen zur regelmäßigen „Corona-Testung“ verpflichtet werden?

Eine Testverpflichtung ist im Verhältnis zu einer Impfung ein deutlich geringerer Eingriff in das Persönlichkeitsrecht bzw. Recht auf körperliche Unversehrtheit.

In einigen Bundesländern sehen die Corona-Schutzverordnungen bereits eine Testpflicht für bestimmte Berufsgruppen vor. Die Rechtmäßigkeit der Verordnungen vorausgesetzt,⁷ stellen diese Verordnungen eine Rechtsgrundlage für Arbeitgeber dar, um von Mitarbeitern die Durchführung eines Corona-Tests bzw. die Vorlage eines Negativattestes verlangen zu können.⁸ Soweit sich die Arbeitnehmer in diesen Fällen weigern, kommen arbeitsrechtliche Sanktionen in Betracht.⁹ Unabhängig einer spezialgesetzlichen Regelung kann der Arbeitgeber aber auch aus Gründen der Fürsorgepflicht und des Arbeitsschutzes verpflichtet sein, regelmäßige Tests zu verlangen. Neben dem Arbeitnehmerschutz kann sich diese Fürsorgepflicht auch als vertragliche Nebenpflicht aus dem Betreuungsvertrag gegenüber den untergebrachten Kindern und Jugendlichen ergeben.

Das Arbeitsgericht Offenbach hat bereits entschieden, dass der Zutritt zu einem Werksgelände von einem negativen Corona-Test abhängig gemacht werden kann.¹⁰ Zudem hat der Arbeitgeber gem. § 618 BGB und § 3 (1) 1 ArbSchG sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahren für seine Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Danach muss der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Umstände, die die

⁷ Derzeit anhängige Verfahren erlauben noch keine verlässliche Einschätzung

⁸ Müller, Stefan; Becker, Marc: Verpflichtende Corona-Tests im Arbeitsverhältnis. In: ArbRAktuell 2021, 201

⁹ Ebd.

¹⁰ ArbG Offenbach, Urt. v. 3.2.2021 – 4 Ga 1/21

Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes treffen.¹¹

Es spricht daher sehr viel dafür, eine entsprechende Testpflicht in Einrichtungen der Kinder- und Jugendhilfe verpflichtend einzuführen, selbst wenn es im entsprechenden Bundesland (noch) keine verpflichtende Teilnahme an Tests für die relevante Berufsgruppe bzw. -tätigkeit gibt.

Hier mag im Übrigen für Arbeitnehmer*innen auch der Vorteil einer Impfung liegen, da nach einem aktuellen Beschluss des BayVGH¹² vollständig geimpfte Beschäftigte von Einrichtungen (...) nicht grundsätzlich „ansteckungsverdächtig“ im Sinne des Infektionsschutzgesetzes sind und nach summarischer Prüfung eine fortlaufende Beobachtung und regelmäßige Testpflicht (mehrmals pro Woche) bei geimpften Beschäftigten rechtswidrig sei.

Auch hier ist, genau wie bei allen anderen Fragen des Gesundheitsschutzes, der betriebsmedizinische Dienst einzubeziehen; dies bietet sich insbesondere auch dann an, wenn der Arbeitgeber Mitarbeiter für die Durchführung von Tests schulen will.

3. Testpflicht bei Umgangskontakten

Abschließend zum Thema Testung sei noch auf ein aktuelles Urteil des OLG Nürnberg¹³ hingewiesen, in dem es um Fragen einer möglichen Impfverpflichtung sowie möglichen Testung bei Umgangskontakten ging. Das OLG hat dazu entschieden, dass Umgangskontakte nicht davon abhängig gemacht werden können, dass die umgangsberechtigte Person gegen das Corona-Virus geimpft ist. Umgangskontakte können aber unter bestimmten Voraussetzungen davon abhängig gemacht werden, dass sich die umgangsberechtigte Person zuvor einem Test auf Infektion mit dem Corona-Virus mit negativem Ausgang unterzieht. Auch diese Entscheidung macht

¹¹ Ebd.

¹² BayVGH Beschl. v. 2.3.2021, 20 NE 21.353

¹³ OLG Nürnberg Beschl. v. 12.4.2021 – 10 UF 72/21

noch einmal deutlich, dass die Vorsichts- und Schutzmaßnahmen immer im Verhältnis zu sehen sind.

4. Maskenpflicht

Die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung ist länderspezifisch unterschiedlich geregelt und hat in der Vergangenheit keine grundsätzlichen Fragen aufgeworfen. Das LAG Köln¹⁴ hat jetzt allerdings eine interessante Entscheidung getroffen bzw. das Urteil aus der ersten Instanz bestätigt, dass ein Arbeitgeber die Beschäftigung eines Arbeitnehmers im Betrieb verweigern kann, wenn es diesem nicht möglich ist, eine Mund-Nasen-Bedeckung („Maske“) zu tragen.

Dies gilt nach Auffassung des LAG auch dann, wenn der Arbeitnehmer durch ärztliches Attest nachweist, dass er keine Masken tragen kann. Der Arbeitnehmer ist in diesem Fall nach Ansicht des LAG bereits arbeitsunfähig.

Bekräftigt wurde im Übrigen, dass die Aufforderung des Arbeitgebers zum Tragen einer Maske ohne Weiteres durch das Direktionsrecht gedeckt ist.

Ob der Arbeitgeber von seinem Direktionsrecht Gebrauch macht, ist selbstverständlich seine Entscheidung. Besteht eine gesetzliche Verpflichtung, dann muss er entsprechend anweisen; ebenso kann sich die Verpflichtung aus der Umsetzung arbeitsschutzrechtlicher Pflichten (Gefährdungsbeurteilung, Hygiene- bzw. Pandemieplan etc.) ergeben. Ob bei der direkten Arbeit mit Kindern und Jugendlichen eine gesetzliche Verpflichtung zum Tragen einer Maske besteht, ist in den einzelnen Bundesländern unterschiedlich geregelt; insbesondere stationäre Einrichtungen wurden hier teilweise ausgenommen.

Verden, den 08.06.2021

Michael du Carrois, MBA, LL.M.

¹⁴ LAG Köln, Urteil vom 12.4.2021 – 2 SaGa