

## **Impfpflicht in Gesundheitseinrichtungen, § 20a IfSG Eine rechtliche Betrachtung, Dr. Joachim M. Keiler**

### **I. Gesetzliche Grundlage**

Der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates eine Impfpflicht für Gesundheits- und Pflegepersonal für bestehende und bis zum 15.03.2022 einzugehende Tätigkeitsverhältnisse beschlossen. Das Gesetz nennt sich im amtlichen Text wie folgt:

**„Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen Covid-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie“**

Der Gesetzentwurf wurde von den Koalitionsfraktionen eingebracht.

**Drei Änderungsanträge der AfD wurden mit Mehrheit der Stimmen im Bundestag abgelehnt.**

Die AfD-Anträge lauteten wie folgt:

- keine Corona-Impfpflicht**
- keine Diskussion über Corona-Maßnahmen ohne ausreichende Datengrundlage über Wirksamkeit und Nebenwirkung der Impfung**
- Grundrechte sind keine Geimpferechte - die Wahrnehmung von Grundrechten darf nicht von Bedingungen abhängig gemacht werden**

Eine Übersicht findet sich auf der Mitteilungsseite des Deutschen Bundestages vom 10.12.2021 hierzu.

### **1. Einschätzung des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages vom 22.11.2021**

In seiner juristischen Einschätzung kommt der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages vor Erlass des Gesetzes zu folgender Erkenntnis:

*„Die grundsätzliche Verhältnismäßigkeit einer Impfpflicht für Lehr- und Pflegekräfte hängt letztlich davon ab, ob der durch sie erreichte Mehrwert für den Gesundheitsschutz, insbesondere von Pflegebedürftigen und schulpflichtigen Kindern, in einem vernünftigen Verhältnis zur Tiefe des durch die Impfung bewirkten Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit der Geimpften steht. Diese Prüfung ist stets an die aktuellen Erkenntnisse anzupassen. Dabei müssten u.a. das Infektionsgeschehen, die freiwillige Impfbereitschaft sowie Nebenwirkungen und Langzeitfolgen der Impfung einbezogen werden. Auch die Ungleichbehandlung durch die Impfpflicht allein für diese Berufsgruppen (könnte grundsätzlich gerechtfertigt werden).“*

Wenn also der Wissenschaftliche Dienst von einer „Impfpflicht für bestimmte Berufsgruppen“ hier im Gesundheits- und Pflegebereich spricht, so stellt er auch eine Ungleichbehandlung zu anderen Berufsgruppen fest, die angeblich gerechtfertigt werden könnte. 1)

## 2. Bedenken gegen die gesetzliche Regelung

Die Freistellung von der Impfpflicht erlaubt das Gesetz bei einer sogenannten **Kontraindikation**. Was eine relevante medizinische Kontraindikation ist, lässt das Gesetz offen. Gemeint sein dürfte hier eine Impfstoffunverträglichkeit.

Die Anforderungen an eine derartige Attestierung regelt das Gesetz nicht. An dieser Stelle ist die gesetzliche Regelung zu unbestimmt. Ein ärztliches Attest dürfte genügen.

Nach der gesetzlichen Konstruktion dürfte es sich nicht um eine **direkte Impfpflicht** handeln, sondern um eine sogenannte **gesetzliche Tätigkeitsvoraussetzung im Gesundheits- und Pflegebereich**. Dies bedeutet, dass die Person, die sich entscheidet ungeimpft zu bleiben, eine Tätigkeit in den genannten Einrichtungen nicht mehr ausüben darf. 2)

## 3. Übergangsregelung bis zum 15.03.2022

Die betroffenen Einrichtungen müssen diejenigen Mitarbeiter, die bis zum Ablauf des 15.03.2022 keinen Impf- oder Genesenennachweis oder ein ärztliches Zeugnis über eine medizinische Kontraindikation vorlegen, beim Gesundheitsamt melden. Das Gesundheitsamt **kann** dann im Rahmen der Infektionsschutzkontrolle ab dem 16.03.2022 Tätigkeits- bzw. Aufenthaltsverbote aussprechen. Hierbei handelt das Gesundheitsamt regelmäßig durch Verwaltungsakt.

In § 20a Abs. 5 Satz 4 Infektionsschutzgesetz ist geregelt, dass ein Widerspruch gegen einen derartigen Verwaltungsakt keine aufschiebende Wirkung hat. Es handelt sich quasi um einen Verwaltungsakt mit der Anordnung des gesetzlichen Sofortvollzugs.

## 4. Rechtsmittel gegen derartige Verwaltungsakte

Gegen einen Verwaltungsakt ist das Rechtsmittel des Widerspruchs gegeben. Der Widerspruch hat keine aufschiebende Wirkung. Der gesetzliche Rahmen eröffnet die Möglichkeiten des Verwaltungs-/Vollstreckungsrechts zu dem auch die durchsetzbare Pflicht zur Anordnung von Zwangsgeld gehören kann. Gegen die Ablehnung des Widerspruchs ist der Weg zu den Verwaltungsgerichten offen.

-----

1) Vgl. Ausarbeitung DB 3-3000-187/21, Deutscher Bundestag.

2) Vgl. Rixen, Sagan, Verfassungsblock vom 11.12.2021, Impfpflicht oder 2G-K? zur einrichtungsbezogenen Impfpflicht

## 5. Bußgeldbewehrung

Die Nichtvorlage eines erforderlichen Nachweises ist bußgeldbewehrt, ebenso die Missachtung vollziehbarer Verbotsverfügungen. Bußgeldbescheide, sofern sie rechtskräftig sind, oder gerichtliche Bußgeldentscheidungen können im Rahmen der Bußgeldvollstreckung beigetrieben werden, wozu im Extremfall auch Erzwingungshaft angeordnet werden kann.

**Erzwingungshaft dürfte allerdings erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken begegnen.**

## 6. Arbeitsrechtliche Betrachtung

Ungeimpfte im Gesundheits- und Pflegebereich, die dem Gebot nicht nachkommen, sind im arbeitsrechtlichen Sinne nicht mehr in der Lage, ihrer dienstvertraglich geschuldeten Tätigkeit nachzukommen.

Dies bedeutet, dass im Ergebnis die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers grundsätzlich entfällt. Dies ist unmittelbare Folge der gesetzlichen Anordnung als sogenannte Tätigkeitsvoraussetzung. Das Gesetz selbst nennt die Vergütungspflichten nicht. Grundsätzlich ist der vom Tätigkeitsverbot betroffene Arbeitnehmer nicht in der Lage, seine Arbeitsleistung zu erbringen.

Dies setzt allerdings voraus, dass der Arbeitnehmer in keinem anderen von den gesundheitlichen Regelungen nicht betroffenen Betrieb oder Teilbetrieb eingesetzt werden kann.

Eine eben solche Lage dürfte sich für Kündigungen ergeben. Bevor eine fristlose oder auch personenbedingte fristgemäße Kündigung ausgesprochen wird, ist grundsätzlich immer zu prüfen, ob eine sozialverträgliche Versetzung im Betrieb möglich ist.

Eine Rechtsprechung hierzu existiert bislang noch nicht naturgemäß.

Da es sich bei dem Infektionsschutzgesetz auch um eine Notfallmaßnahme handelt, wird es hier grundsätzlich auf den Einzelfall im jeweiligen zeitlichen Moment einer Pandemiephase ankommen.

Ob und in welchem Umfang Entgeltersatzleistungen zu gewähren sind, zeigt das Gesetz nicht auf.

## 7. Mögliche Ansprüche auf Arbeitslosengeld

Bei Vorliegen der Voraussetzungen für den Bezug von Arbeitslosengeld I (SGB III) kommt auch dann ein Anspruch auf das Arbeitslosengeld in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis noch besteht, der ungeimpfte Arbeitnehmer aufgrund des Tätigkeitsverbots aber nicht mehr entgeltlich tätig ist.

Fraglich ist, ob eine Sperre des Leistungsbezugs für die Dauer von zwölf Wochen möglich ist; die nicht durchgeführte Impfung könnte als „arbeitsvertragswidriges Verhalten“ i.S.d. § 159 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB III interpretiert werden, das Anlass für die Lösung des Beschäftigtenverhältnisses gegeben hat. Damit wäre die Sperrzeit gerechtfertigt.

Es ist nicht absehbar, wie die Arbeitsagenturen künftig diesbezüglich entscheiden werden. Diese Frage wird voraussichtlich auch die Sozialgerichte beschäftigen. 3)

## II. Verfassungs- und europarechtliche Betrachtung

Ganz allgemein lässt sich bei Sichtung der verschiedenen gutachterlichen Äußerungen erkennen, dass mit Blick auf das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.11.2021 (Bundesnotbremse) eine durchaus breite Anzahl von Staatsrechtlern sich dahingehend äußert, dass sogar eine explizite Impfpflicht für Werk tätige im Pflege- und Gesundheitsbereich gerechtfertigt werden könnte. Derzeit handelt es sich um ein Tätigkeitsverbot für ungeimpfte Fachkräfte und damit um eine „indirekte“ Impfpflicht.

Dies ist meines Erachtens wenig überzeugend, da das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung eine Regelung vom 23.04.2021 geprüft und dabei ausdrücklich darauf verwiesen hat, dass es bei den jeweiligen gesetzlichen Maßnahmen immer auf die Einschätzung des erlassenden Gesetzgebers im Zeitpunkt des Erlasses des Gesetzes ankomme. Hierbei sei auch der jeweilige Stand der Wissenschaft zeitaktuell zu berücksichtigen.

Ein Verweis auf diese Entscheidung ist deshalb nicht zwingend verfassungsrechtlich hilfreich, weil es zwischen dem April 2021 und dem März 2022 sicherlich eine andere Einschätzungsprärogative in wissenschaftlicher Hinsicht geben wird, die dann bei einer Verfassungsbeschwerde zugrunde zu legen wäre. 4)

Zudem hat am 10.12.2021 das Niedersächsische Obergericht in einem Eilverfahren 2G+-Regelungen bei körpernahen Dienstleistungen außer Vollzug gesetzt. In der Pressemitteilung heißt es wie folgt:

**„Der mit der 2G+-Regelung verbundene vollständige Ausschluss Ungeimpfter von allen körpernahen Dienstleistungen sei unangemessen und unter Berücksichtigung des aktuellen Infektionsgeschehens in Niedersachsen keine notwendige Schutzmaßnahme. Das Infektionsrisiko bei der Inanspruchnahme körpernaher Dienstleistung sei regelmäßig auf nur wenige gleichzeitig anwesende Personen beschränkt und könne durch Basischutzmaßnahmen, beispielsweise Maske, Testnachweis und Kontaktdatenerfassung, deutlich reduziert werden.**

-----

3) Der leistungsrechtliche Begriff der Beschäftigten stellt nicht auf die rechtlichen Verhältnisse, sondern auf die tatsächliche Tätigkeit ab; Kallert in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 7. Auflage 2021, § 138 SGB III Rn. 9

4) vgl. Pressemitteilung Nr. 101/2021 vom 30.11.2021, Bundesverfassungsgericht

*Der vollständige Ausschluss Ungeimpfter von allen körpernahen Dienstleistungen berücksichtigt grundlegende Bedürfnisse dieser Dienstleistungen gar nicht, ist jedenfalls aber mit der allein vorgesehenen Ausnahme für „medizinisch notwendige körpernahe Dienstleistungen“ nicht ausreichend. Der Zugang zu körpernahen Dienstleistungen, die körperpflegerische Grundbedarfe befriedigen, z.B. Friseur und Fußpflege, dürfe derzeit auch für Ungeimpfte nicht vollständig verschlossen werden. Bis zu einer Neuregelung der Zugangsbeschränkungen bei der Entgegennahme einer Dienstleistung eines Betriebs der körpernahen Dienstleistung **gelten die Pflichten zum Tragen einer Maske des Schutzausweises FFP2, zur Kontaktdatenerhebung und Kontaktdatendokumentation und zur Erstellung und Umsetzung eines Hygienekonzeptes.**“ 5)*

Der Gedanke, dass auch auf Intensivstationen nur ein begrenzter Personenkreis tätig ist, gilt natürlich auch bei Pflege- und Gesundheitseinrichtungen. Die auf Intensivstation liegenden Corona-Patienten sind bereits infiziert.

Wie dem auch sei, verfassungsrechtlich stünden folgende Maßnahmen zur Verfügung:

### **1. Maßnahmen, die eine politische Partei ergreifen kann**

Hier kommt eine Normenkontrollklage in Betracht.

Im Rahmen einer Normenkontrollklage prüfen die Verfassungsgerichte nur die Vereinbarkeit einer Regelung oder Verordnung auf eine allgemeine Vereinbarkeit mit der jeweiligen Verfassung. Es sind zwar auch Grundrechtsauswirkungen zu berücksichtigen, allerdings ist die Prüfung mehr juristisch formal. Das heißt, die bislang geführten Normenkontrollverfahren führten in der Regel zu keinem der angestrebten Ergebnisse.

### **2. Individualverfassungsbeschwerden**

Jeder Bürger, der in seinen Grundrechten verletzt ist, kann sich mit einer Individualverfassungsbeschwerde gegen Maßnahmen wenden.

Voraussetzung hierfür ist allerdings die Erschöpfung des Rechtswegs. Dies bedeutet, dass zunächst der bußgeldrechtliche, gegebenenfalls strafrechtliche oder verwaltungsrechtliche Rechtsweg beschritten werden muss. Dies nimmt erhebliche Zeit in Anspruch.

Lediglich die Bayerische Landesverfassung kennt eine sogenannte Individualbeschwerde, eine sogenannte Popularklage, unmittelbar gegen eine Rechtsnorm durch einen einzelnen Bürger. **In Sachsen steht dieses Rechtsmittel nicht zur Verfügung.**

-----

5) PM Niedersächsisches Obergericht, 10.11.2021 zu Az. 13 MN 462/21

### 3. Europarechtliche Sichtweise

In Betracht kommt hier unter Umständen auch ein Vorgehen unter europarechtlichen Gesichtspunkten. Das sogenannte Antidiskriminierungsgesetz ist die deutsche Übersetzung im Hinblick auf die Arbeitnehmerfreizügigkeit innerhalb der EU. Es besteht ein Diskriminierungsverbot.

Im Bereich des Gesundheitsschutzes selbst hat die EU nach eigener Kundgabe nur wenig Kompetenzen, weshalb bereits Stimmen laut werden, das europäische Zentrum für die Prävention und die Kontrolle von Krankheiten (ECDC) mit weiteren Kompetenzen zu versehen.

Hier eröffnet sich allerdings auch durchaus unter Harmonisierungsgesichtspunkten die Frage, was passiert, wenn in anderen EU-Staaten ein derartiges Tätigkeitsverbot nicht gesetzlich normiert wird und damit ausländischen Bewerbern der Zugang zum Arbeitsmarkt im deutschen Gesundheitswesen versperrt wird. Aber auch hier handelt es sich um eine arbeitsrechtliche Überlegung, die innerhalb kürzester Frist keine verwertbaren Ergebnisse zeitigen dürfte.

### 4. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Tangiert könnte auch die Europäische Charta der Menschenrechte sein.

Hier hatte am 08.04.2021 (Az. 47621/13) der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) entschieden, dass eine in Tschechien bestehende Impfpflicht gegen 9 bekannte Kinderkrankheiten wie Masern, Röteln und Mumps zulässig sei und Kindergärten und Krippen ungeimpfte Kinder abweisen dürften. Bei Verstößen droht im Übrigen den Eltern eine Geldbuße, wie der EGMR gleichfalls bestätigt hat.

Dabei gilt allerdings zu berücksichtigen, dass es sich um traditionelle und erprobte Impfvorfahren, wie etwa die Masern-Impfung oder die Impfung gegen Röteln und Mumps, ging.

Ob diese Rechtsprechung auf einen Impfstoff mit Notzulassung übertragbar ist, ist unklar. Das Bundesverfassungsgericht legt nationales Recht unter Berücksichtigung der Regelungen der Europäischen Menschenrechtskonvention aus. 6)

### III. Gesamtschau/Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass die verfassungsrechtliche Bewertung relativ offen ist. Es mag nicht ausgeschlossen sein, dass im Rahmen eines individuellen Klageverfahrens eines Bürgers, bezogen auf den Einzelfall, eine Grundrechtsverletzung festgestellt wird.

-----

6) EGMR zur Impfpflicht in Tschechien, 08.04.2021, auf LTO legal tribune online

Bei Normenkontrollklagen dürfte es massiv auf den wissenschaftlichen Erkenntnisstand ankommen. Aktuell ist die Beurteilung der Wirksamkeit der Impfstoffe nach wie vor im Fluss. Die Zulassung von Protein- und Totimpfstoffen steht kurz bevor. Derzeit werden nur mRNA- und Vector-Impfstoffe angeboten!

Im Hinblick auf bußgeldrechtliche, arbeitsrechtliche und sozialrechtliche Auswirkungen lassen sich mangels einschlägiger Urteile keine Präzedenzfälle schildern.

**Auch wenn die AfD hier nicht über eine Mehrheit verfügt und damit regierungsorientierte Legislativmaßnahmen nicht verhindern kann, so ist doch durch Änderungs- und Ergänzungsanträge, auch für etwaige Verfassungsverfahren, die Sichtweise derjenigen vertreten, die auf eine vernünftige Eigenverantwortung und eine Achtung der Grundrechte freier Bürger setzen.**

Dresden, den 15.12.2021

Dr. Joachim M. Keiler  
AfD Landesverband Sachsen