

RAe SCHÄFER, BESECKE, HAUFFE & KOLL. | Breiter Weg 229 | 39104 Magdeburg

vorab per Fax an 0391/6715-757 und -932
Universitätsklinikum Magdeburg A.ö.R.
Ärztliches Direktorat u.
Kaufmännisches Direktorat
Leipziger Str. 44, Haus 18

39120 Magdeburg

Unser Zeichen (bitte stets angeben)

2/22

Sachbearbeiter

RA Besecke/
RAin Helbig

D67-22

Datum

18. Januar 2022

Impflicht Covid-19 (2021/145)

Sehr geehrte Damen und Herren,
sehr geehrter Herr Prof. Dr. med. Heinze,
sehr geehrte Frau Dr. Stachel,

in vorbezeichneter Angelegenheit teilen wir mit, dass uns im Rahmen arbeitsrechtlicher Beratungen Ihr Informationsschreiben an die Mitarbeiter des Universitätsklinikums Magdeburg vom 28.12.2021 erreichte.

Im Rahmen einiger Erstberatungen betreffend der derzeitigen und künftigen Rechte und Pflichten von Arbeitnehmern Ihres Hauses haben wir Ihr Schreiben auf Vollständigkeit und Richtigkeit bezüglich der Informationsweitergabe an Ihre Mitarbeiter geprüft. Dabei erstreckten sich die Beratungen vor allem auf die arbeitsrechtlichen, sozialrechtlichen sowie strafrechtlichen Regelungen.

Nach erfolgter Prüfung Ihres Schreibens bedarf es nach Meinung dreier hier in der Kanzlei u.a. im Arbeitsrecht tätiger Anwälte und in Rücksprache mit weiteren Kollegen einer Richtigstellung und Ergänzung entsprechend folgender Ausführungen:

Zunächst einmal ist aufgefallen, dass Ihr Informationsrundsreiben leider nicht nur fehlerhaft, sondern auch unvollständig ist. Es ist uns daher ein Anliegen, dieses zu ergänzen und für Sie und Ihre Mitarbeiter die rechtlichen Grundsätze einer „Impflicht“ aufzuzeigen. Unserer Ansicht nach kann jeder einzelne Mitarbeiter (Arbeitnehmer) Ihres Klinikums nur bei vollständiger Kenntnis der Sach- und Rechtslage eine Entscheidung für oder gegen eine Impfung gegen COVID-19 treffen, inklusive aller Folgen die mit dieser Entscheidung verbunden sind.

Sozien

Magdeburg RA Enrico Besecke
Eilenburg RA Carsten Schäfer
RA Dr. Steffen Hauffe

Bankverbindung

Fremdgeldkonto:
RA Enrico Besecke
Volksbank Börde-Bernburg
BIC: GENODEF1WZL
IBAN: DE87810690520101236652

Sekretariatszeiten:

Mo - Do: 9-17.00 Uhr
Fr: 9-13.00 Uhr

Terminvereinbarungen außerhalb der Sekretariatszeiten nach Absprache

3) freier Mitarbeiter, **kein Sozium**
4) Rechtsanwältin in Anstellung

FA Magdeburg
Steuernummer: 102/206/00497

Dieses Schreiben gilt als Benachrichtigung gem. §§ 31, 32, 47 BDSG und Art. 6 Abs. 1 b), d), e), f), 12, 14, 21 Abs. 1, EG 45 ff., 60ff. DSGVO

Telefonische Auskünfte nur verbindlich mit schriftlicher Bestätigung

Enrico Besecke¹
Torsten Lehmann^{1, 3}
Sarah Helbig^{1, 4}
Carsten Schäfer²
Dr. Steffen Hauffe²
Tobias Rzehaczek^{2, 3}

MAGDEBURG¹

Breiter Weg 229
39104 Magdeburg
Tel: 0391 - 56 100 43
Fax: 0391 - 56 100 44
Notfall: 0177 / 30 62 734
(nur mit Rufnummerübertragung)
E-Mail: rabesecke@live.de

EILENBURG²

Dr.-Külz-Ring 06
04838 Eilenburg
Tel: 03423 - 70 65 48
Fax: 03423 - 70 65 50

In Kooperation mit LEIPZIG

RA Peter Sterzing
RA Danny L. Wagenleitner
Delitzscher Landstraße 60
04158 Leipzig
Tel.: 0341 - 520 32 80
Fax: 0341 - 520 32 80



Direkt im ersten Absatz Ihres Schreibens führen Sie aus:

„der Bundestag hat mit Zustimmung des Bundesrates beschlossen, dass gem. § 20a Infektionsschutzgesetz mit Ablauf des 15.03.2022 nur noch geimpfte oder genesene Personen in Gesundheitseinrichtungen tätig sein dürfen. Einen Auszug der hierfür relevanten Regelungen haben wir als Anlage beigefügt. [...]“

Dem Schreiben beigefügt, war lediglich ein Ausdruck des § 20a Absatz 1 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG).

Leider habe Sie es verabsäumt, auch die anderen sechs (!) Absätze der Norm für Ihre Mitarbeiter zur Verfügung zu stellen. Denn eine isolierte Betrachtung nur von Absatz 1 dürfte wohl mehr als unvollständig und zudem irreführend sein. Lediglich aus der Gesamtbetrachtung ergibt sich nämlich das Vorgehen aller Beteiligten nach dem Ablauf des 15.03.2022. Denn die weiteren Absätze beinhalten sowohl die Pflichten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber als auch die des zuständigen Gesundheitsamtes.

Weiter führen Sie aus:

„[...] Sollten Sie sich gegen eine Impfung entscheiden, bedeutet dies, dass Sie keine Tätigkeit im Gesundheitswesen in Deutschland mehr ausüben können. [...]“

„Sofern Sie Ihren Nachweis bis zum 15.01.2022 nicht eingereicht haben, werden wie Sie anschreiben und Ihnen ein Impfangebot in unserer Impfbulanz anbieten. Ihre Vorgesetzten werden am 15.02.2022 darüber informiert, ob Sie geimpft sind oder nicht, damit die Dienstplanung ab dem 16.03.2022 reibungslos gewährleistet werden kann. [...]“

„Alle Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die bis zum 15.03.2022 keinen Nachweis vorgelegt haben, können Ihre Tätigkeit bis zum Vorlegen des Immunitätsnachweises nicht mehr bei uns ausüben. Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass ab diesem Zeitraum kein Entgelt mehr bezahlt wird. Weiterhin weisen wir darauf hin, dass bei einer unbezahlten Freistellung, die länger als einen Monat dauert, der Versicherungsschutz in der gesetzlichen Krankenversicherung entfallen kann.“

Diese Ausführungen sind nicht mit den gesetzlichen Ausführungen in § 20a IfSG in Einklang zu bringen. Es ergibt sich mitnichten aus den Regelungen des § 20a IfSG, dass keine Tätigkeit mehr im Gesundheitswesen in Deutschland ausgeübt werden kann. Auch ist die Dienstplanung des Universitätsklinikums zu keinem Zeitpunkt gefährdet, da eine gesetzliche Freistellung der betroffenen Personen bzw. ein Betretungsverbot nicht aus dem Gesetz abgeleitet werden kann. Sollte es also eine Tätigkeitsausübung für die betroffenen Arbeitnehmer nicht mehr möglich sein, dann ergibt sich dies nicht aus dem Gesetz, sondern durch Ihre Entscheidung als Arbeitgeber!

Ferner sei darauf hingewiesen, dass es entgegen Ihrer Ausführungen nicht dazu kommt, dass die Arbeitnehmer den Versicherungsschutz in der gesetzlichen Krankenversicherung verlieren.

Vielmehr ist es selbst bei einer durch den Arbeitgeber angeordneten unbezahlten Freistellung so, dass der Arbeitnehmer dem Arbeitsmarkt wieder vollständig zur Verfügung steht und daher regelmäßig bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen ein Anspruch auf Arbeitslosengeld I besteht.

Sollte dieser Fall eintreten, ist selbstverständlich auch der fortdauernde Versicherungsschutz in der gesetzlichen Krankenversicherung etc. der Arbeitnehmer gewährleistet.

Genau diese Informationen sollten Sie Ihren Mitarbeiter jedoch geben und nicht durch die Nichtvorlage der Absätze 2 bis 7 des § 20a IfSG (vorsätzlich) verschweigen und langjährige Mitarbeiter verunsichern und verängstigen.

Die nachfolgenden Erläuterungen dürften auch in Ihrem Interesse liegen. Es ist wichtig, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer umfangreiche Informationen zur Verfügung gestellt bekommen, um einen Zusammenbruch der Pflege der Patienten in Ihrem Klinikum und einen daraus resultierenden Pflegenotstand zu verhindern.

Diese Informationsbeschaffung und -weitergabe ist gerade in der jetzigen Zeit mit mehr als dürftiger, verwirrender und täglich wechselnder Berichterstattung der Medien und auch wechselnden Auffassungen sowie Aussagen der Politiker essentiell.

Zunächst einmal sei voran gestellt, dass Unternehmen und Einrichtungen, die ihre Beschäftigten und die sonst bei ihnen Tätigen unabhängig von ihrem Impfstatus weiterbeschäftigen wollen, dies zunächst ohne Bußgeldrisiko und ohne gegen ein gesetzliches Verbot zu verstoßen, auch über den 16. März 2022 hinaus tun können!

Nach Ablauf des 15. März 2022 sind Sie als Arbeitgeber lediglich gesetzlich dazu verpflichtet, unverzüglich an die zuständige Behörde (Gesundheitsamt) zu melden, welche bei ihnen beschäftigten Arbeitnehmer die erforderlichen Nachweise, mithin einen Impf- oder Genesenennachweis oder Impfunfähigkeitsbescheinigung, nicht vorgelegt haben. In diesem Zusammenhang müssten Sie personenbezogene Daten der betroffenen Personen an das zuständige Gesundheitsamt übermitteln. Andere Pflichten treffen Sie als Arbeitgeber ab dem 16.03.2022 nach dem Infektionsschutzgesetz zunächst nicht. Dies ist in § 20a Absatz 2 Satz 2 IfSG regelt.

Welche Regelungen Sie darüber hinaus treffen, kann jedoch nicht auf das IfSG gestützt werden. Dies liegt in Ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass es zunächst keine Änderungen für die betroffenen Arbeitnehmer bedeuten muss. Vor allem ist eine Freistellung der Arbeitnehmer ab dem 16.03.2022 nicht erforderlich. Insbesondere stellt es für Sie keine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit dar, wenn Sie die betroffenen Mitarbeiter weiterhin beschäftigen.

Sie wären Ihrer Verpflichtung aus dem IfSG mit der Weiterleitung der personenbezogenen Daten damit vollständig nachgekommen. Das weitere Vorgehen und die dann folgenden Anordnungen stehen zu diesem Zeitpunkt ausschließlich im Ermessensspielraum des zuständigen Gesundheitsamtes.

Ein Verbot der weiteren Tätigkeitsausübung für diese Personengruppen (nicht geimpft oder genesen) ist an dieser Stelle (16.03.2022) jedoch noch nicht gegeben.

Dieses Verbot, weiter der beruflichen Tätigkeit nachzugehen, greift für diese Personengruppe erst und nur dann ein, wenn das Gesundheitsamt nach einem zweistufigen Verfahren gegenüber dem Betroffenen, der nicht geimpft oder genesen ist, ein konkretes Betretungsverbot ausspricht (§ 20a Absatz 5 IfSG).

Erst nach Ausspruch dieses Betretungsverbotes ist es nicht mehr zulässig und für Sie als Arbeitgeber mit Bußgeld bedroht, die entsprechenden Personengruppen weiter einzusetzen.

Ferner ist zu beachten, dass dieses Betretungsverbot **nicht automatisch** eintritt. Vielmehr ist das zuständige Gesundheitsamt angehalten, eine pflichtgemäße Ermessensentscheidung zu treffen. Aus der gesetzlichen Regelung in § 20a Absatz 5 Satz 3 IfSG ergibt sich das Ermessen der Behörde durch die Formulierung „kann“.

Möglicherweise können Sie als Arbeitgeber den betroffenen Mitarbeitern sogar helfen. Eine Ermessensentscheidung kann das Gesundheitsamt nämlich nur treffen, wenn es die Gesamtsituation und alle Umstände, welche für diese Entscheidung erforderlich ist, kennt.

Wie Ihnen am besten bekannt sein dürfte, fehlen bereits heute in vielen Pflegeberufen die Fachkräfte. Dies wird sich in den nächsten Jahren wahrscheinlich noch verschärfen. Für Sie als Arbeitgeber dürfte es daher schwierig werden, die ohnehin schon zu wenig vorhandenen Mitarbeiter zu verlieren.

Es könnte den Arbeitnehmern daher helfen, wenn Sie dem zuständigen Gesundheitsamt mitteilen, weshalb gerade der betroffene Mitarbeiter kein Berufsverbot erhalten soll, weshalb dieser Mitarbeiter aufgrund seiner Qualifikation, Erfahrung, Teamfähigkeit etc., natürlich unter Einhaltung des entsprechenden Hygienekonzepts, unbedingt weiterhin in der Klinik tätig sein muss. Jeder Mitarbeiter und jeder Kollege wird gebraucht, um eben den gefürchteten Pflegenotstand nicht hervorzurufen.

Es sei auch darauf hingewiesen, dass es wahrscheinlich ist, dass Mitarbeiter, die dem Pflegeberuf erst einmal den Rücken gekehrt haben, diese nicht erneut in diesen Beruf einsteigen und zurückfinden. Es steht daher zu befürchten, dass selbst bei Außer-Kraft-Treten der derzeitigen gesetzlichen Regelungen, die Fachkräfte nicht in ihren Beruf zurückkehren.

Dies war zuletzt bspw. in der Gastronomie und im Hotelgewerbe zu erkennen. Genau aus diesen Gründen ist es so wichtig, dass Sie Ihre langjährigen Mitarbeiter so gut es geht unterstützen, indem Sie das Verfahren beim Gesundheitsamt gemeinsam durchlaufen und negative Folgen für die betroffenen Mitarbeiter so lange es geht abwenden.

Ferner sei noch erwähnt, dass § 20a IfSG ausdrücklich zwischen „Personen, die in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind“ (§ 20a Absatz 2 IfSG) und „Personen, die in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen ab dem 16. März 2022 tätig werden sollen“ (§ 20a Absatz 3 IfSG), unterscheidet. Auf die zweite Personengruppe soll vorliegend nicht näher eingegangen werden.

Es werden sowohl unterschiedliche Rechtsfolgen als auch unterschiedliche Pflichten sowohl für die Beschäftigten als auch für die Arbeitgeber an die jeweilige Personengruppe geknüpft.

Der wohl bedeutendste Unterschied zwischen beiden Personengruppen ist der, dass der Gesetzgeber denjenigen Personen, welche bereits in der Einrichtung tätig sind, nicht automatisch ein Beschäftigungs- und Betretungsverbot auferlegt hat, sondern es zu diesem nur über ein mehrstufiges Verfahren führen kann, wenn das Gesundheitsamt ein solches nach seinem Ermessen anordnet. Daraus könnte für die bereits vor dem 16. März 2022 tätigen Personen eine Art Bestandsschutz abgeleitet werden. Denn für diese „Bestandsbelegschaft“ führt nur das in § 20a Absatz 2 und Absatz 5 IfSG geregelte Verfahren zu einem Tätigkeitsverbot, welches erst ab dem 16. März 2022 in Gang gesetzt werden kann. Dieses Verfahren wäre überflüssig, wenn auch die bereits tätigen Mitarbeiter das automatische Verbot treffen würde.

Dass die zuvor gemachten rechtlichen Ausführungen mit den gesetzlichen Regelungen tatsächlich übereinstimmen ergibt sich aus der **Bundestagsdrucksache 20/188 vom 6. Dezember 2021**.

Schlussendlich bleibt jedoch abzuwarten, inwieweit die Gesundheitsämter im Rahmen der Pandemiebekämpfung überhaupt Kapazitäten für diese zweistufigen Betretens- und Tätigkeitsverbotsverfahren mit einer umfangreichen Ermessensentscheidung haben. Sollte sich die Auslastung bzw. Überlastung der Gesundheitsämter bis zum 15.03.2022 nicht großartig verändern, ist es wohl eher unwahrscheinlich, dass Mitte März 2022 nach Meldung der Arbeitgeber mit diesen Verfahren begonnen werden kann.

Ständige Änderungen an den „äußeren Bedingungen“ wie Änderung der Dauer des Genesenenstatus und/oder Anzahl notwendiger Impfungen werden nicht zu einer Verbesserung der Situation beitragen.

Schließlich sei gesagt, dass es vor der Anordnung eines Betretungsverbotes keinen (zwingenden) Grund gibt, Arbeitnehmer oder sonst Tätige zu kündigen, freizustellen oder anderweitig auszuschließen.

Wir weisen der Vollständigkeit halber darauf hin, dass es auch für Sie rechtliche Konsequenzen haben kann, wenn Sie sich nicht an die gesetzlichen Vorgaben halten.

Wie bereits oben ausführlich dargestellt, ergibt sich eine Freistellung der Mitarbeiter, welche nicht als genesen gelten oder geimpft sind, nicht automatisch aus dem Gesetz. Vielmehr bedarf es einer Anordnung des Gesundheitsamtes. Dieses kann ein Betretens- und/oder Berufsverbot aussprechen.

Solange dies jedoch nicht erfolgt ist, kann ein Arbeitnehmer, welcher zur Personengruppe der Nichtgeimpften oder -genesen gehört, problemlos weiterhin seiner Beschäftigung nachgehen. Sollte es jedoch dazu kommen, dass ein Arbeitnehmer unbezahlt freigestellt oder gar aufgrund der Nichtvorlage eines Nachweises im Sinne des IfSG gekündigt wird, so kann dieser Arbeitnehmer den nicht gezahlten Lohn einklagen (bei unbezahlter Freistellung) sowie ggf. eine Kündigungsschutzklage (bei Kündigung des Arbeitnehmers) erheben.

Das IfSG rechtfertigt mitnichten nach hiesiger Auffassung eine unbezahlte Freistellung oder Kündigung des Arbeitnehmers.

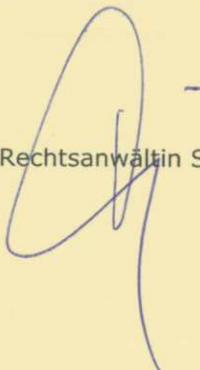
Es sei ferner der abschließende Hinweis erlaubt, dass Ihr „Informationsschreiben“ den Eindruck erweckt als wollen Sie den Arbeitnehmern absichtlich Angst machen, indem Sie mit (nicht zu rechtfertigenden) Konsequenzen arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Natur drohen, um die Betroffenen zu einer Impfung zu „nötigen“ in der Hoffnung Ihren Arbeitsaufwand mit dem Gesundheitsamt zu minimieren und gleichzeitig die betroffenen Personen aufgrund vor Existenzängsten so zu einer Impfung (gegen ihre Überzeugung und gegen ihren Willen) zu überreden.

Dies sollte jedoch nicht Sinn und Zweck eines Informationsschreibens bzw. des Nachkommens Ihrer Pflichten als Arbeitgeber sein. Vielmehr wäre es doch angebracht, die einzelnen Arbeitnehmer in ihrer Entscheidung zu unterstützen, auch indem Sie als Arbeitgeber nicht den gleichen Fehler machen wie die Politik und Bundesregierung, indem Sie wichtige und entscheidende Informationen zurückhalten.

Mit freundlichen Grüßen
für RA 'e Schäfer, Besecke & Kollegen



Rechtsanwalt Enrico Besecke



Rechtsanwältin Sarah Helbig