

ArbR • Arbeitsrecht Aktuell

10. Jahrgang 2018
ISSN 1868-9094
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Corona-Schutzimpfung und Vergütungspflicht des Arbeitgebers

RA, FAArbR Dr. Stefan Müller: Leipzig

Schutzimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 sind eine wirksame Maßnahme des Infektionsschutzes (zur Kostentragungspflicht des Arbeitgebers *Aligbe*, ArbRAktuell 2021, 11). Mit Blick auf die Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 (CoronalmpfV) kann sich in der arbeitsrechtlichen Praxis die Frage stellen, ob Arbeitnehmer ihren Vergütungsanspruch auch für die Zeiten behalten, die sie zur Teilnahme an einer Schutzimpfung aufwenden.

I. Grundsatz: „ohne Arbeit kein Lohn“

Ein Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung nach § 611 a II BGB i. V. m. dem Arbeitsvertrag setzt voraus, dass der Arbeitnehmer die vereinbarte Arbeitsleistung erbringt. Soweit die Arbeitsleistung nicht erbracht wird, gilt – soweit keine Sonderregelung eingreift (dazu nachfolgend unter II und III) der in § 326 I BGB verankerte Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. Daher verliert der Arbeitnehmer grds. seinen Vergütungsanspruch, soweit und solange er infolge der Teilnahme an einer Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 der Arbeit fernbleibt.

Fraglich ist, ob dann eine andere Beurteilung angezeigt ist, wenn die Arbeitsverhinderung darauf zurückzuführen

ist, dass die Schutzimpfung vom Arbeitgeber angewiesen wurde (vgl. zur Frage der Wirksamkeit einer derartigen Weisung u. a. *Wittek*, ArbRAktuell 2021, 61). Die aus § 611 a II BGB i. V. m. den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen folgende Vergütungspflicht des Arbeitgebers knüpft allein an die „*Leistung weisungsgebundener Arbeit in persönlicher Abhängigkeit*“ i. S. v. § 611 a I 1 BGB an. Zu der „Arbeit“ zählt aber nicht nur die Erbringung der eigentlichen, arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit, sondern jede vom Arbeitgeber verlangte sonstige Tätigkeit oder Maßnahme, die mit der eigentlich geschuldeten Arbeitsleistung oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt (BAG, BeckRs 2018, 26639, Rn. 13 m. w. N.). Darunter fällt jede Tätigkeit, die als solche der Befriedung eines fremden (arbeitgeberseitigen) Bedürfnisses dient (BAG, a. a. O.). Damit stellt sich die Frage, ob eine vom Arbeitgeber veranlasste Schutzimpfung im (überwiegenden) Interesse des Arbeitgebers oder aber im (überwiegenden) Interesse des Arbeitnehmers liegt (dazu auch BAG, BeckRS 1995, 30758816, II 1 der Gründe). Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Schutzimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 *vorrangig nicht dem Schutz des Arbeitgebers, sondern dem Schutz des Impflings bzw. der Allgemeinheit vor einer*

Infektion mit dem neuartigen Coronavirus und einer damit verbundenen Erkrankung an Covid-19 dient. In diesem Zusammenhang dient die Mitwirkung an einer Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 im Regelfall weniger der Befriedigung eines fremden (arbeitgeberseitigen) sondern eines eigenen (arbeitnehmerseitigen) Bedürfnisses.

Mithin scheidet ein Vergütungsanspruch aus § 611 a BGB i. V. m. dem Arbeitsvertrag nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ (§ 326 BGB) aus. Hier kommt dann allerdings ein Vergütungsanspruch auf Grundlage tariflicher Regelungen (z. B. § 29 I 1 lit. f) TVöD / TV-L) bzw. ein Vergütungsanspruch aus § 616 BGB in Betracht.

II. Vergütungsanspruch aufgrund tariflicher Regelung

Im TVöD wie auch im TV-L ist unter § 29 („Arbeitsbefreiung“) I 1 u. a. geregelt:

„Nur die nachstehend aufgeführten Anlässe gelten als Fälle nach § 616 BGB, in denen Beschäftigte unter Fortzahlung des Entgelts in dem angegebenen Ausmaß von der Arbeit freigestellt werden:

(...)

f) Ärztliche Behandlung von Beschäftigten, wenn diese während der Arbeitszeit erfolgen muss,	erforderliche nachgewiesene Abwesenheitszeit einschließlich erforderlicher Wegezeiten.
--	--

Entsprechende Regelungen finden sich auch in Tarifwerken der Privatwirtschaft. Im Anwendungsbereich derartiger Regelungen ist fraglich, ob Arbeitnehmer auf Grundlage derartiger Regelungen einen Vergütungsanspruch für die Zeiten haben, die sie zur Teilnahme an einer Schutzimpfung aufwenden. Dies soll nachfolgend anhand der Regelung des § 29 I 1 lit. f) TV-L beleuchtet werden. Danach haben Arbeitnehmer im Falle einer ärztlichen Behandlung (dazu unter 1) und bestehender Arbeitspflicht (dazu unter 2) einen Anspruch auf bezahlte Freistellung für erforderliche (und nachgewiesene) Abwesenheitszeiten einschließlich erforderlicher Wegezeiten (dazu unter 3).

1. Ärztliche Behandlung

Eine „ärztliche Behandlung“ i. S. v. § 29 I 1 lit. f) TV-L erfasst jede ärztliche Versorgung des Arbeitnehmers durch einen Arzt oder Zahnarzt, gleich ob es sich um einen Kassen- oder einen Privatarzt, um einen Amts-, Betriebs-, Versorgungs- oder Vertrauensarzt handelt (vgl. Breier u. a., TV-L, Stand: 09/2020, § 29 Rn. 48.1; vgl. zum Behandlungsbegriff auch § 28 SGB V für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung). Unter eine ärztliche Behandlung fällt nicht nur die Therapie, sondern bereits die Untersuchung (Diagnose) sowie eine – aufgrund ärztlicher Verordnung – erfolgte Behandlung durch einen Dritten z. B. durch einen Angehörigen der Heilhilfsberufe (vgl. Breier u. a., a. a. O.).

Allerdings ist erforderlich, dass dem behandelnden Arzt/Zahnarzt ein zu versorgender, also zu heilender Beschäftigter gegenübersteht. Dies bedeutet, dass § 29 I 1 lit. f) TV-L im Regelfall voraussetzt, dass der Arbeitnehmer „krank“ ist, also einer ärztlichen Versorgung bedarf (vgl. Breier u. a., a. a. O., Rn. 52 m. w. N.; vgl. auch die Unterscheidung im SGB V zwischen „Leistungen zur Verhütung von Krankheiten ...“ (§§ 20 ff. SGB V) einerseits und „Leistungen bei Krankheit“ (§§ 27 ff. SGB V) – darunter die ärztliche Behandlung (§ 28 SGB V) – andererseits).

Darüber hinaus wird vertreten, dass eine „Behandlung“ i. S. v. § 29 I 1 lit. f) TV-L auch dann vorliegen kann, wenn der Arzt/Zahnarzt aufgrund seiner Untersuchung zwar keine Krankheit feststellt, jedoch die Vorsorgeuntersuchung aufgrund eines An- oder Zuratens des Arztes/Zahnarztes erfolgte. D. h. ärztlich angeratene Vorsorgeuntersuchungen können gleichfalls als ärztliche Behandlung eingestuft werden (vgl. Breier u. a., a. a. O., Rn. 53; Döring/Kutzki/Schwald, TVöD, 2006, § 29, Rn. 16).

Mit Blick auf die Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist zunächst zu sehen, dass hier ärztliches Personal tätig wird und auch tätig werden muss, vgl. §§ 15 I 2, 28 I 2 SGB V (vgl. auch §§ 7, 10 der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über Schutzimpfungen nach § 20 i SGB V in Kraft getreten am 23.12.2020 abrufbar unter: https://www.g-ba.de/downloads/62-492-2330/SI-RL_2020-10-15_iK-2020-12-23.pdf letzter Abruf: 3.3.2021). Unter besonderen Voraussetzungen kann zwar die Durchführung der eigentlichen Injektion an medizinisches Assistenzpersonal delegiert werden; allerdings bleibt der Arzt zur Aufklärung über die zu verhütende Krankheit und die Impfung verpflichtet (vgl. § 7 Satz 1 der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über Schutzimpfungen nach § 20 i SGB V). Mithin erfolgt auch die Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 unter ärztlicher Beteiligung.

Allerdings ist fraglich, ob hier eine ärztliche „Behandlung“ vorliegt. Dagegen spricht, dass die Impfungen nicht therapiert werden (sollen). Es geht nicht um die Durchführung einer (Heil-) Behandlung. Vielmehr handelt es sich bei der Impfung um eine Schutzmaßnahme mit dem Ziel, die Impfungen vor einer übertragbaren Krankheit zu schützen (vgl. § 2 Nr. 9 IfSG). Es handelt sich insoweit um eine Leistung „zur Verhütung von Krankheiten“ i. S. v. § 20 i SGB V und nicht um Leistungen „bei Krankheit“ i. S. d. §§ 27 ff. SGB V, darunter die ärztliche Behandlung i. S. v. § 28 SGB V. Hinzu tritt, dass dem Impfpersonal im Regelfall kein zu heilender Arbeitnehmer gegenübersteht. Der Impfling bedarf hier keiner ärztlichen Versorgung, er ist nicht „krank“. Auch dies spricht dafür, dass § 29 I 1 lit. f) TV-L nicht eingreift (vgl. Breier u. a., a. a. O., Rn. 52 m. w. N.). Schließlich ist – eigenständig tragend – zu vergegenwärtigen, dass § 29 I TV-L auf § 616 BGB in Bezug nimmt und feststellt, dass als Fälle der bezahlten Arbeitsbefreiung nach § 616 BGB nur die in § 29 I TV-L aufgeführten Fallgestaltungen zu werten sind. Mithin

können die Wertungen aus § 616 BGB nicht unberücksichtigt bleiben. D. h. es können auch die in § 29 I TV-L (abschließend) aufgeführten Fälle nur dann einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung begründen, soweit diese auch von § 616 BGB erfasst werden (vgl. *Breier* u. a., a. a. O., Rn. 48.4).

Berücksichtigt man, dass gute Argumente dafür streiten, dass Schutzimpfungen nicht als persönliches Leistungshindernis i. S. v. § 616 BGB einzustufen sind (dazu nachfolgend unter III), dann wird deutlich, dass auch dies gegen einen Anspruch aus § 29 I 1 lit. f) TV-L spricht.

2. Bestehende Arbeitspflicht

Soweit man dies anders beurteilen sollte und die Ansicht vertritt, dass § 29 I 1 lit. f) TV-L auch Schutzimpfungen erfasst, ist zu beachten, dass ein Entgeltfortzahlungsanspruch das Bestehen einer Arbeitspflicht voraussetzt. D. h. wenn der Arbeitnehmer bereits aus anderen Gründen (z. B. bei ärztlich bescheinigter Arbeitsunfähigkeit, wegen Urlaubs oder Freizeit) am Impftermin von seiner Arbeitspflicht befreit ist, besteht (ebenfalls) kein Anspruch aus § 29 I TV-L (vgl. *Breier* u. a., a. a. O., Rn. 50.1).

Die Tarifnorm greift auch dann nicht ein, wenn der Impftermin auf einen arbeitsfreien Tag bzw. in die Freizeit des Arbeitnehmers fällt. Denn auch hier besteht keine Arbeitspflicht und damit auch kein Bedürfnis nach einer „*Arbeitsbefreiung*“ i. S. v. § 29 TV-L (vgl. LAG Schleswig-Holstein vom 9.3.1983 – 4 (5) Sa 534/82, n. v.; *Breier* u. a., a. a. O., Rn. 50.1).

3. Erforderliche Abwesenheitszeiten

Schließlich erfordert ein Anspruch aus § 29 I 1 lit. f) TV-L, dass der Arztbesuch innerhalb der Arbeitszeit notwendig war. Denn es werden nur „*erforderliche*“ Abwesenheitszeiten erfasst. Daher obliegt es dem Arbeitnehmer, sich zu bemühen, einen Arzttermin außerhalb der Arbeitszeit zu erhalten (vgl. *Breier* u. a., a. a. O., Rn. 49). Mit Blick auf die Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist in diesem Zusammenhang zu berücksichtigen, dass Impfwillige in den Wunschportalen einen „*Wunschtermin*“ vereinbaren und insoweit einen Tag mit Wunschzeitraum angeben und damit auf die Termingestaltung Einfluss nehmen können (vgl. u. a. das „Serviceportal zur Impfung gegen das Corona Virus in Sachsen“ abrufbar unter <https://sachsen.impfterminvergabe.de/> letzter Abruf: 3.3.2021). Soweit mithin die Angabe eines Wunschtermins außerhalb der Arbeitszeit möglich ist, scheidet – aus einem weiteren Grund – ein Anspruch aus § 29 I 1 lit. f) TV-L aus.

Ungeachtet dessen kommt § 29 I 1 lit. f) TV-L auch für diejenigen Arbeitnehmer nicht zur Geltung, die ihre Arbeitszeit selbst bestimmen können. Denn § 29 I TV-L soll die Kollision zwischen einem vom Arbeitnehmer nicht beeinflussbaren Arzttermin und der fremdbestimmten, vom Arbeitnehmer nicht bestimmbar Arbeitszeitlage auflösen. Ein solche Kollisionslage fehlt aber nicht nur dann, wenn der Arbeitnehmer Einfluss

auf die Terminlage nehmen kann, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit selbst bestimmen kann, wie in der Gleitzeit außerhalb der Kernarbeitszeit. Wenn also ein (Impf-) Termin außerhalb der Kernarbeitszeit genommen werden kann, dann ist ebenfalls (aus einem weiteren Grund) kein Anspruch aus § 29 I 1 lit. f) TV-L gegeben (vgl. *Schwald*, a. a. O., Rn. 17 m. w. N.).

III. Vergütungsanspruch nach § 616 Satz 1 BGB

Fraglich ist, ob sich ein Anspruch auf Vergütung der infolge eines Impftermins ausgefallenen Arbeitszeit auf § 616 BGB stützen lässt. Für Arbeitnehmer, auf deren Arbeitsverhältnis § 29 TV-L (oder eine vergleichbare Tarifnorm) anzuwenden ist, entfällt ein Anspruch aus § 616 BGB bereits unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die allgemeine gesetzliche Regelung des § 616 BGB hier bereits durch § 29 TV-L (oder eine vergleichbare Tarifnorm) abgedungen wurde. Ein Rückgriff auf die gesetzliche Generalklausel scheidet damit bereits aus (vgl. *Breier* u. a., a. a. O., Rn. 48.4).

Ungeachtet dessen ist zu berücksichtigen, dass ein Arbeitnehmer nach § 616 Satz 1 BGB nur dann einen Vergütungsanspruch erlangt, wenn er durch einen „*in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird*“. Der Verhinderungsgrund muss also gerade in der Person des betroffenen Arbeitnehmers bestehen, also seiner persönlichen Sphäre entspringen (vgl. *ErfKPreis*, 21. Aufl. 2021, § 616 BGB Rn. 3; *MünchKomm-BGB/Henssler*, 8. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 19: „*die Gründe müssen mit anderen Worten in seinen persönlichen Lebensumständen liegen*“ jeweils m. w. N.). Ein derartiges persönliches Leistungshindernis ist von objektiven Hinderungsgründen abzugrenzen. Letztgenannte Leistungshindernisse werden von § 616 BGB nicht erfasst. Dafür spricht nicht nur der Gesetzeswortlaut. Vielmehr verfolgt § 616 BGB den Zweck, dem Arbeitgeber als Dienstberechtigten nur das Vergütungsrisiko bei persönlichen Leistungshindernissen aufzuerlegen. Mit diesen muss der Arbeitgeber rechnen; solche kann er in seine Kalkulation einbeziehen. Anders ist dagegen die Situation bei objektiven Leistungshindernissen die eine größere Zahl von Dienstnehmern ergreifen (vgl. *Henssler*, a. a. O., Rn. 20 m. w. N.).

Die Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 ist auf ein allgemein bestehendes Infektionsrisiko zurückzuführen. Dieses liegt nicht in den persönlichen Lebensumständen des einzelnen Arbeitnehmers. Vielmehr erfasst es eine Vielzahl weitere Arbeitnehmer, letztlich alle Bevölkerungsgruppen. Dies spricht dafür, dass sich bei einer Arbeitsverhinderung infolge der Wahrnehmung eines Impftermins ein objektives und kein subjektives Leistungshindernis verwirklicht und damit auch kein Vergütungsanspruch nach § 616 BGB besteht. Soweit man dies anders beurteilt, wäre auch im Rahmen von § 616 BGB zu prüfen, ob der Arbeitnehmer nicht einen außerhalb der Arbeitszeit liegenden Impftermin hätte wahrnehmen

können (vgl. *Preis*, a.a.O., Rn. 7 m.w.N.). Insoweit kann auf vorstehende Ausführungen unter II 3 verwiesen werden.

IV. Fazit

Arbeitnehmer verlieren ihren Vergütungsanspruch, soweit und solange sie infolge der Teilnahme an einer

Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 der Arbeit fernbleiben. Es sprechen gute Argumente dafür, dass hier weder ein Vergütungsanspruch aus § 29 I 1 lit. f) TV-L oder einer vergleichbaren Tarifnorm, noch ein Anspruch aus § 616 BGB besteht. Dies gilt regelmäßig auch bei der Wahrnehmung eines Termins im Rahmen einer sonstigen Schutzimpfung (z.B. gegen Influenza-Viren). ■