

Impfpflicht in Abhängigkeitsverhältnissen und wie die Grundrechtsdogmatik zur Lösung verhilft

Colin Kastrup, Düsseldorf/Jakob Zumbé, Köln*

Eine Impfpflicht löst stets unmittelbare oder zumindest mittelbare grundrechtliche Implikationen aus. Daher wird es in zukünftigen Streitfällen immer auf die konkrete Interessenabwägung im Einzelfall ankommen. Jedoch lassen sich bereits Leitplanken in verschiedenen Rechtsgebieten abstecken, die zeigen, dass die deutsche Rechtsordnung um Ausgleich bemüht ist. Die Diskussion zur Impfpflicht wird einmal mehr den Mehrwert des Rechtsstaates in Abwägung zwischen Partikularinteressen und Gemeinschaftsinteressen verdeutlichen.

A. Öffentliche und politische Debatte

Jeden Tag werden weltweit tausende Menschen gegen Corona geimpft. Allein in Deutschland wurden bereits innerhalb der ersten Woche nach der Zulassung des ersten Impfstoffes knapp 300.000 Menschen geimpft.¹ Ziel der Bundes- und Landesregierungen ist es, erst in Impfzentren und dann mittels dezentraler Strategien jeweils mehrere tausend Menschen pro Tag zu impfen.² Umfragen zufolge wollten im Januar 2021 54 % der deutschen Gesellschaft ein Impfangebot sicher annehmen und weitere 21 % wollten sich wahrscheinlich impfen lassen.³ Obwohl diese Quote den erforderlichen Schwellenwert einer sogenannten „Herdenimmunität“ erreicht, werden politisch, gesellschaftlich und juristisch Debatten über eine Corona-Impfpflicht geführt. Die Bundesregierung verspricht kategorisch, dass die Corona-Impfungen freiwillig bleiben werden.⁴ Der bayerische Ministerpräsident hat hingegen zumindest für Pflegekräfte eine Impfpflicht gefordert.⁵

Mit der Aktualität des Themas Impfpflicht geht einher, dass wohl täglich neue Meinungen und möglicherweise bald auch judikative oder legislative Entscheidungen die Debatte verändern werden. Daher ist der allgemeine rechtliche Blickwinkel neben den aktuellen konkreten rechtlichen Fragen und Problemen Ausgangspunkt der folgenden Ausführungen. Auf die Frage, ob und wie in Deutschland eine Gesetzesänderung mit einer expliziten Impfpflicht erfolgen sollte oder könnte, geht der Beitrag nicht näher ein.⁶

Vor die Klammer gezogen und somit abstrakt von den konkreten rechtlichen Implikationen der Impfpflicht sind zuerst die verschiedenen regulativen Varianten einer Impfpflicht darzustellen. Jens Kersten und Stephan Rixen beschreiben in ihrem Buch „Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise“, dass sich eine Impfpflicht auf drei Weisen realisieren lasse. Erstens könnte der Gesetzgeber legislativ tätig werden und ein spezifisches Gesetz beschließen. Zweitens könnte die Exekutive von der Ermächtigung in § 20 Abs. 6 und 7 Infektionsschutzgesetz (IfSG) Gebrauch machen. Die dritte Option wäre die mittelbare Variante, in der die Möglichkeit geschaffen wird, dass mit einem Impfausweis die Teilnahme am sozialen Leben erleichtert wird.

B. Grundrechtliche Perspektive

Zwei grundrechtliche Vorfragen, die es zu beachten gilt, sind zum einen, zwischen wem Grundrechte unmittelbar gelten, und zum anderen, auf welche Weise Grundrechte auch dann zu beachten sind, wenn die unmittelbare Geltung nicht gegeben ist.

Grundrechte wirken allgemein gesprochen immer dann, wenn deren Schutzbereich betroffen ist. Weiter gilt für die unmittelbare Anwendbarkeit der Grundrechte gemäß Art. 1 Abs. 3 GG, dass Grundrechte nur die Gesetzgebung, die Exekutive und die Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht binden. Das heißt, Grundrechte gelten unmittelbar nur zwischen Staat und Bürger. Ausnahmen bestäti-

* Die Autoren haben Rechtswissenschaft an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn studiert. Der Aufsatz entstand als wissenschaftliche Weiterentwicklung eines Beitrags zum Alias Fernsehpodcast bezüglich einer Impfpflicht in Beschäftigungsverhältnissen.

¹ https://www.rki.de/SharedDocs/Bilder/InfAZ/neuartiges_Coronavirus/Impfquotenmonitoring_Balken.png?sessionid=9469B9C7510F6C7015888BB07C08A5B4.internet081?__blob=poster&v=23, Abruf v. 22.1.2021.

² <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/coronavirus-impfung-faq-1788988>, Abruf v. 22.1.2021.

³ <https://www.tagesschau.de/inland/deutschlandtrend-2471.pdf>, Abruf v. 22.1.2021.

⁴ <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/faq-covid-19-impfung.html>, Abruf v. 22.1.2021.

⁵ <https://www.zdf.de/nachrichten/politik/corona-impfpflicht-lambrrecht-lauterbach-laschet-100.html>, Abruf v. 22.1.2021.

⁶ Zur Möglichkeit einer allgemeinen Impfpflicht hat der wissenschaftliche Dienst des Bundestages klargestellt, dass es letztendlich am Einzelfall hängt, ob eine Impfpflicht angemessen ist und damit der Verhältnismäßigkeit entspricht (WD 3 - 3000 - 019/16).

gen dabei die Regel.⁷ Deshalb ist es notwendig, zwischen öffentlich Beschäftigten und privatrechtlich Angestellten zu unterscheiden.

Eine Impfung ist immer ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und betrifft somit den Schutzbereich des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Zur Veranschaulichung liegt der Fokus allein auf dem Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit.⁸ Dieser Eingriff darf nur aufgrund eines Gesetzes erfolgen (Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG). Noch allgemeiner gilt, dass eine Rechtfertigung stets erforderlich ist.⁹

Im öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis gelten die Grundrechte daher unmittelbar zwischen dem Staat als Arbeitgeber und den Beamtinnen und Beamten als Arbeitnehmer. Der Staat als Arbeitgeber hat sich an das Grundgesetz zu halten und kann bzw. darf daher nicht – ohne sich auf ein Gesetz berufen zu können – durch eine Impfpflicht die körperliche Unversehrtheit beeinträchtigen. Gleichermaßen sind die anderen Beschäftigten in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis grundrechtsberechtigt.¹⁰ Im Rahmen von privatwirtschaftlichen Arbeits- oder Dienstverhältnissen steht der Staat nicht auf Arbeitgeberseite. Daher entfalten die Grundrechte allenfalls mittelbare Wirkung.¹¹ Der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin ist nicht Adressat oder Adressatin des Grundgesetzes. Jedoch gelten im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis Rechtsnormen, die entweder von den Grundrechten abgeleitet sind, oder es fließen über Generalklauseln, wie etwa § 826 BGB, die grundrechtlichen Wertungen in das Zivilrecht ein.¹² So kommt die Judikative ihrer Pflicht aus Art. 1 Abs. 3 GG nach. Ein Arbeitgeber kann demnach grundsätzlich nicht gegen die Grundrechte selbst verstoßen.¹³ Jedoch kann er in zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Hin-

sicht rechtswidrig handeln. Nimmt ein Arbeitgeber oder eine Arbeitgeberin die Impfung eigenhändig vor, könnten diese sich gemäß §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 Var. 2 StGB strafbar machen. Realistischer ist hingegen, dass der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer mit einem empfindlichen Übel im Sinne einer Nötigung gemäß § 240 Abs. 1, 2 StGB gedroht wird.¹⁴ Also muss sich die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber an rechtliche Vorgaben halten. Insofern dürfen auch Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen grundsätzlich keine Impfpflicht verhängen. Sie bräuchten vielmehr – ähnlich wie der Staat – eine Rechtfertigung.

C. Masern-Impfpflicht

Die Masern-Impfpflicht stellt einen guten Vergleich zur Corona-Diskussion dar, weil tatsächlich eine konkrete Impfpflicht erlassen worden ist und zuletzt vom BVerfG vorläufig bestätigt wurde.¹⁵ In der Literatur ist die grundrechtliche Bewertung der Masern-Impfpflicht derweil sehr umstritten.¹⁶ Das IfSG regelt seit dem 20.7.2020 in § 20 Abs. 8 und 9, dass sich Beschäftigte im Gesundheitsbereich und in Gemeinschaftseinrichtungen entweder impfen lassen oder anderweitig Immunität vorweisen müssen. In gleicher Weise gilt diese Regel für Kinder und Erwachsene, die in den entsprechenden Einrichtungen betreut oder untergebracht sind.

Dabei gilt die Masern-Impfpflicht mittelbar, also nach dem oben beschriebenen dritten Weg.¹⁷ Niemand wird gezwungen, sich impfen zu lassen, jedoch wird der Zutritt zu oder die Tätigkeit in den Einrichtungen verweigert, in denen der Impfnachweis vorgeschrieben ist.

Von der Masern-Impfpflicht sind Menschen betroffen, die in keinem Dienst- oder Arbeitsverhältnis stehen. So gesehen können beispielsweise Kinder in Kindertagesstätten als Kunden und Kundinnen angesehen werden. Vom

⁷ Die folgenden staatlichen Institutionen können sich ihrerseits zumindest auf spezielle Grundrechte gegenüber dem Staat berufen: Universitäten und Fakultäten (BVerfGE 15, 256 [262]); Rundfunkanstalten (BVerfGE 31, 314 [322]; 59, 231 [254]); Kirchen (BVerfGE 18, 385 [386 f.]).

⁸ Weitere denkbare Grundrechte, deren sachlicher Schutzbereich betroffen sein könnte und die damit im jeweiligen Einzelfall zu diskutieren wären, sind die Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG, das allgemeine Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG, der Gleichheitsgrundsatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG ggf. i. V. m. dem Diskriminierungsverbot gemäß Art. 3 Abs. 3 GG, die Glaubens-, Gewissens- und Religionsfreiheit gemäß Art. 4 Abs. 1 GG, das Recht auf Erziehung gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG und die Eigentumsfreiheit gemäß Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG.

⁹ Vgl. zur Dogmatik der Grundrechtsschranken bspw. *Herdegen*, in Maunz/Dürig, 92. EL August 2020, GG Art. 1 Abs. 3 Rn. 43–47.

¹⁰ *Langenfeld*, in Maunz/Dürig/Langenfeld, 92. EL August 2020, GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 138.

¹¹ Abweichend zu diesem allgemeinen Prinzip wendet das BAG die Grundrechte unmittelbar in Tarifstreitigkeiten an: BAG, NZA 2011, 751; vgl. bezüglich einer möglichen neuen, davon abweichenden Entwicklung hin zur unmittelbaren Anwendung der Grundrechte im Privatrecht: *Jobst*, NJW 2020, 11.

¹² BVerfGE 7, 198 Rn. 206.

¹³ Zu beachten ist wiederum die abweichende Rechtsprechung des BAG, NZA 2011, 751, vgl. dazu etwa *Armbrüster*; MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 134 BGB Rn. 34.

¹⁴ Im Rahmen der Nötigung ist zu beachten, dass je nach Einzelfallkonstellation die Verwerflichkeitsprüfung gemäß § 240 Abs. 2 StGB bereits Raum lässt, um Alltagsnötigungen nicht zu kriminalisieren.

¹⁵ *BVerfG*, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. Mai 2020, 1 BvR 469/20.

¹⁶ *Zuck*, ZRP 2017, 118; *Komp/Thrun*, JA 2020, 195; *Rixen*, Verfassungsfragen der Masernimpfpflicht: Ist die Impfpflicht nach dem geplanten Masernschutzgesetz verfassungswidrig?, 2019, www.individuelle-impfentscheidung.de/pdfs/Rixen/Verfassungsgutachten.pdf; Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF), Stellungnahme zum Masernschutzgesetz v. 7.1.2020, 6 ff., www.diju-f.de; keine Bedenken bei *Ratzel*, GesR 2019, 560 (561); *Schaks*, Stellungnahme für die öffentliche Anhörung im Ausschuss für Gesundheit am 23.10.2019, Ausschuss-Drs. 19(14)112, S. 14; s. auch *Schaks/Kranert*, MedR 2015, 860 ff.; allg. Kritik an flächendeckenden Pflichtimpfungen bei *Trapp*, DVBl 2015, 11 ff.; krit. zum fehlenden Einzelimpfstoff für Masern *Amhaouach/Kießling*, MedR 2019, 853 (861), zitiert nach *Rixen*, NJW 2020, 647 (651).

¹⁷ Zu dieser Methode greifen *Kersten* und *Rixen* die Begrifflichkeit des „Zwangs in Samthandschuhen“ von *Reiter*, Rechtspaternalismus und Biomedizinrecht, S. 24 ff., 46 ff., als Ausformung des weichen Paternalismus auf, zitiert nach *Kersten/Rixen*, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 91.

Masernschutzgesetz sind jedoch ebenfalls Beamtinnen und Beamte, öffentlich Beschäftigte und Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer betroffen.

Das BVerfG argumentiert im einstweiligen Verfahren, dass im Falle einer einstweiligen Anordnung und einer späteren erfolglosen Verfassungsbeschwerde die grundrechtlich geschützten Interessen von etwa den Kindern in Kinderbetreuungseinrichtungen in erheblichem Maß und erheblicher Menge beeinträchtigt werden würden.¹⁸

D. Corona-Impfpflicht

Wie könnte es also bei der Corona-Impfung sein? Ausgangspunkt ist, dass politisch versprochen wird, dass es keine allgemeine Impfpflicht geben wird. Denkbar wäre eine Impfpflicht für bestimmte Berufsgruppen.

I. Allgemeine Corona-Impfpflicht

Eine allgemeine Impfpflicht sehen aktuell weder das IfSG noch andere deutsche Sondergesetze vor.¹⁹

Eine Sondervorschrift für Beschäftigte, die sowohl den öffentlichen Dienst als auch privatrechtlich Angestellte betrifft, ist § 23 Abs. 3 in Verbindung mit § 23a S. 1 IfSG. Dort ist vorgesehen, dass Leitungen von Gesundheitseinrichtungen Maßnahmen ergreifen müssen, um Infektionskrankheiten zu verhüten, und sich dabei an die Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts halten sollen. Ergänzt wurde im Mai 2020 die Regel, dass der Arbeitgeber Impfdaten der Beschäftigten verarbeiten darf, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden. Anhand dieser gesetzlichen Konstellation könnte etwa eine Krankenhausleitung eine Impfpflicht für Beschäftigte juristisch begründen und über eine Einstellung bzw. die konkrete Beschäftigung im Hinblick auf den Immunschutz entscheiden.²⁰ Dies gilt unabhängig davon, ob Beamten- oder Arbeitsrecht gilt. Voraussetzung für die Erlaubnis zur Datenverarbeitung ist die Erforderlichkeit im Sinne von § 23 Abs. 3 IfSG, die ihrerseits von Art und Ausmaß des Kontaktes der Beschäftigten mit Risikogruppen abhängig ist.²¹ Allerdings wird diese Regelung aufgrund ihres klar gefassten Adressatenkreises nicht auf andere Berufsgruppen ausweitbar sein.

¹⁸ BVerfG, NVwZ 2020, 1822 Rn. 15.

¹⁹ Vgl. Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Corona-Krise, 2. Aufl. 2021, S. 84.

²⁰ Jäkel, PharmR 2015, 419.

²¹ BT-Drs. 18/5261, 63.

II. Corona-Impfpflicht für Beamtinnen und Beamte

Explizit schreibt das Beamtenrecht keine Impfung vor.²² Allerdings könnten allgemeine beamtenrechtliche Vorschriften die Herleitung einer Impfpflicht ermöglichen.

1. § 62 Abs. 1 S. 2 BBG und § 35 S. 2 BeamStG NRW

Im Beamtenverhältnis haben die Dienstherrinnen und Dienstherrn gemäß § 62 Abs. 1 S. 2 Bundesbeamtengesetz bzw. § 35 S. 2 Bundesbeamtengesetz eine Weisungsbefugnis und die Beamtinnen und Beamten eine Folgepflicht. Jedoch sind auch Beamte und Beamtinnen Grundrechtsträger. Also darf in die körperliche Unversehrtheit von Beamtinnen und Beamten nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden. Eine solche allgemein für alle Beamtinnen und Beamte geltende Rechtsgrundlage besteht derzeit jedoch nicht. Dafür, dass die Folgepflicht nicht ausreicht, spricht etwa, dass es eine spezielle Bestimmung für Soldaten und Soldatinnen gibt, die ärztliche Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit geregelt hat.²³

2. § 78 BBG und § 45 BeamStG NRW

Aus § 78 BBG ergibt sich die Fürsorgepflicht der Dienstherrinnen und Dienstherrn gegenüber ihren Beamtinnen und Beamten, sie ist das Gegenstück zu der oben bereits angesprochenen Folgepflicht.²⁴ Die Schutz- und Fürsorgepflicht der Dienstherrinnen und Dienstherrn ist von verfassungsrechtlichem Rang und in Art. 33 Abs. 4 GG verankert, sie ist ein Teil der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums.²⁵ Bei § 78 BBG und § 45 BeamStG NRW handelt es sich um eine gesetzliche Ausformung dieses Prinzips.²⁶ Der Dienstherr oder die Dienstherrin ist verpflichtet, das Leben und die Gesundheit der Beamten und Beamtinnen zu schützen.²⁷ § 78 BBG ist dabei ein ausfüllungsbedürftiger Tatbestand und kann je nach Situation andere Pflichten begründen.²⁸ So können die Verpflichtungen des Dienstherrn in einer Pandemie weiter reichen. Wie bereits eingangs erwähnt ist das Ziel einer Impfung immer auch die Herdenimmunität und damit der Schutz der gesamten – auch der nicht geimpften – Bevölkerung. Dabei können Menschen aus verschiedenen gesundheitli-

²² Bretschneider/Peter, NVwZ 2020, 1462.

²³ § 17a Abs. 2 S. 1 Soldatengesetz, Abs. 2 S. 1 Soldatengesetz.

²⁴ Badenhausen/Fähnle, BeckOK Beamtenrecht Bund, 20. Edition Stand 1. April 2020, § 78 BBG Rn. 1.

²⁵ Badenhausen/Fähnle, BeckOK Beamtenrecht Bund, 20. Edition Stand 1. April 2020, § 78 BBG Rn. 1; Grigoleit in: Battis, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 78 Rn. 2.

²⁶ Vgl. Grigoleit in: Battis, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 78 Rn. 2.

²⁷ Grigoleit in: Battis, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 78 Rn. 10.

²⁸ Vgl. Badenhausen/Fähnle in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 20. Edition Stand 1. April 2020, § 78 BBG Rn. 3.

chen Gründen auf eine Impfung verzichten oder eine Impfung ist gerade bei älteren Menschen weniger effektiv als bei jungen Menschen. Somit steht neben dem Selbstschutz durch eine Pflicht zur Impfung immer der solidarische Schutz anderer Menschen.

Mit diesem Gedanken ist es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass der Dienstherr oder die Dienstherrin eine Impfpflicht für seine/ihre Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen gestützt auf die Fürsorgepflicht aus § 78 BBG bzw. § 45 BeamtStG NRW durchsetzt oder zum Schutz dieser sogar durchzusetzen verpflichtet ist. So wurde vor der Einführung des bundesweiten Rauchverbots eine Pflicht der Dienstherrn und Dienstherrinnen zum Schutz der Gesundheit der Nichtraucher angenommen. Dies hatte den Zweck, die nicht rauchenden Beamten und Beamtinnen mit geeigneten Maßnahmen vor den gesundheitlichen Gefahren des Passivrauchens zu schützen.²⁹

Allerdings sprechen der Wortlaut sowie Sinn und Zweck des § 78 BBG gegen eine so weite Auslegung. Der § 78 BBG verpflichtet den Dienstherrn zum Schutz der Gesundheit der Beamten und Beamtinnen.³⁰ Der Schutz einer Beamtin oder eines Beamten kann aber nicht gleichzeitig ein Recht zum Eingriff in die körperliche Unversehrtheit anderer Beamten und Beamtinnen durch eine Impfung bedeuten. Denn auch gegenüber diesen anderen Beamten und Beamtinnen ist der Dienstherr oder die Dienstherrin zum Schutz der Gesundheit verpflichtet, welche durch eine Impfung wider Willen verletzt würde. Im Ergebnis lässt sich eine Impfpflicht daher nicht auf § 78 BBG stützen.

III. Corona-Impfpflicht für privatrechtlich Beschäftigte

Auch bei Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gibt es keine konkrete Vorschrift, die eine durch die Arbeitgeberinnen oder Arbeitgeber vorgeschriebene Impfpflicht rechtfertigen könnte. Es kommen jedoch einige Vorschriften in Betracht, die den Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen eine Verpflichtung der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen zur Impfung ermöglichen könnten. Konkret handelt es sich dabei um das allgemeine Weisungsrecht aus § 106 GewO und die Fürsorgepflicht der Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen gemäß § 618 BGB.

1. § 106 GewO

§ 106 GewO regelt das sogenannte allgemeine Weisungsrecht der Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen gegenüber den Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen. Der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin kann Anordnungen zum Verhalten im Betrieb erteilen und abstrakt-generelle Verhaltensre-

geln erlassen.³¹ So kann der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin entsprechend der durch COVID-19 bedingten Situation besondere betriebliche Verhaltensregeln aufgrund des § 106 GewO erlassen. Zu denken ist insbesondere an Abstands- und Hygieneregeln.

Der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin hat das durch § 106 GewO eröffnete Weisungsrecht nach billigem Ermessen auszuüben.³² Dieses Ermessen wird, da es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, maßgeblich durch die Grundrechte der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen geprägt.³³ Somit sind die obigen grundrechtlichen Ausführungen auch hier zu beachten. Daher kann eine Impfung nicht arbeitsrechtlich angewiesen werden.³⁴

2. Die Fürsorgepflicht der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber

Ähnlich wie oben für Beamte und Beamtinnen beschrieben, haben auch die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber eine Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern. Ein Anknüpfungspunkt für diese Fürsorgepflicht ist § 618 BGB.³⁵ Aus § 618 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verpflichtet sind. Darunter fällt auch eine Pflicht der Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Infektionskrankheiten zu schützen.³⁶ Gesunde Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind vor einer Ansteckung durch kranke Kollegen und Kolleginnen zu schützen.³⁷ Auch hier lässt sich mit demselben Gedanken wie bei § 78 BBG bzw. § 45 BeamtStG NRW – der Gewährleistung des Gesundheitsschutzes durch Sicherstellung einer ausreichenden Durchimpfung – eine Impfpflicht der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen diskutieren.³⁸

²⁹ Grigoleit in: Batts, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 78 Rn. 11.

³⁰ Vgl. Grigoleit in: Batts, Bundesbeamtengesetz, 5. Aufl. 2017, § 78 Rn. 8.

³¹ Maschmann, BeckOGK, Stand: 1. September 2018, § 106 GewO Rn. 1; Preis, ErfurterKomm-ArbeitsR, 21. Aufl. 2021, § 106 GewO Rn. 3.

³² Maschmann, BeckOGK, Stand: 1. September 2018, § 106 GewO Rn. 73; Preis, ErfurterKomm-ArbeitsR, 21. Aufl. 2021, § 106 GewO Rn. 10.

³³ Maschmann, BeckOGK, Stand: 1. September 2018, § 106 GewO Rn. 87; Preis, ErfurterKomm-ArbeitsR, 21. Aufl. 2021, § 106 GewO Rn. 11.

³⁴ Naber/Schulte, NZA 2021, 81, (84); Stück, CCZ 2020, 205, (209).

³⁵ Klapstein, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB - Schuldrecht, 3. Aufl. 2016, § 618 Rn. 1; Witschen, BeckOGK-BGB, Stand: 01. Dezember 2020, § 618 Rn. 1.

³⁶ Henssler, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 618 Rn. 50; Witschen, BeckOGK-BGB, Stand: 01. Dezember 2020, § 618 Rn. 122.

³⁷ Henssler, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 618 Rn. 50.

³⁸ Vgl. Naber/Schulte, NZA 2021, 81, (83); so ist die Untersuchung Angestellter zum Schutz der Gesundheit von anderen Mitarbeitern unter die Fürsorgepflicht gefasst von Stück, CCZ 2020, 205, (208).

Mit Blick auf COVID-19 ist anerkannt, dass die Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen besondere und über normale Hygienekonzepte hinausgehende Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten einzuführen haben.³⁹

Geht die Fürsorgepflicht so weit, dass diese einen invasiven Eingriff – in Abgrenzung z. B. zum reinen Temperaturmessen oder anderen Hygienekonzepten – rechtfertigen oder sogar erfordern kann? Einigkeit besteht in der Literatur insoweit nur dahingehend, dass die Fürsorgepflicht die Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen zu Schutzmaßnahmen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen voneinander verpflichtet. Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zu der Grundrechtsrelevanz eines solchen Eingriffs ist fraglich und soweit ersichtlich in der Literatur ebenfalls unentschieden, ob der § 618 BGB auch bei einer – wenn auch nur mittelbaren – Grundrechtswirkung einen angemessenen Ausgleich zwischen den betroffenen Grundrechten schaffen kann. Unabhängig von der Frage, wer die Impfung durchführen würde und was im Falle von Schäden passieren sollte, ist festzuhalten, dass diese denkbare Rechtsgrundlage sich aufgrund der mit ihr verbundenen Unsicherheiten und den potentiell hohen Strafandrohungen der §§ 240 Abs. 1 und 2, 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 Var. 2 StGB nicht als Rechtsgrundlage für eine Anordnung zur Impfung des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern eignet.

IV. Corona-Impfpflicht für andere Beschäftigte im öffentlichen Dienst

Andere Beschäftigte im öffentlichen Dienst als Beamte stehen systematisch zwischen ebendiesen und privatrechtlichen Beschäftigten. Gemäß § 4 Abs. 3 Bundespersonalvertretungsgesetz handelt es sich nunmehr definitorisch um Arbeitnehmer. Durch diese begriffliche Gleichstellung gilt der Arbeitnehmerbegriff des § 611a BGB.⁴⁰ Damit geht einher, dass auch für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im öffentlichen Recht die Grundsätze des allgemeinen Arbeitsrechts anwendbar sind.⁴¹ Andererseits können Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sich gegenüber dem Staat als Arbeitgeber unmittelbar auf Grundrechte berufen.⁴² Insofern kann je nach Einzelfall auf die Ausführungen zu Beamten und Beamtinnen bzw. zu Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Privatrecht verwiesen werden.

V. Corona-Impfpflicht gegenüber Kunden, Gästen und Verbrauchern

Eine weitere Quelle der Diskussion ist die Auseinandersetzung darüber, ob Unternehmen ihr Angebot auf geimpfte Kundinnen und Kunden begrenzen dürfen. So haben etwa internationale Fluggesellschaften angekündigt, lediglich geimpfte Passagiere zu transportieren.⁴³ Ganz allgemein gilt die Vertragsfreiheit und damit steht es Unternehmen frei, sich ihre Kundinnen und Kunden auszusuchen. Grenzen der Vertragsfreiheit werden etwa im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) gesetzt. So dürfte es sich jedenfalls bei Menschen, die sich aus gesundheitlichen Gründen nicht impfen lassen können, in der Regel um eine unerlaubte Diskriminierung handeln. Zwar sieht § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 AGG wiederum eine Ausnahme im Hinblick auf Gefahren vor, womit auch pandemische Risiken umfasst sein dürften. Jedoch ist zu bedenken, dass die Pandemie durch die freiwillig Geimpften ohnehin zurückgedrängt werden soll und damit die Infektionsgefahr zu einem statistischen Risiko verkommen würde.⁴⁴ Eingeschränkt ist die Nachfrage nach einem Impfnachweis zudem datenschutzrechtlich.⁴⁵ Erschwerend kommt hinzu, dass Art. 9 DSGVO explizit für Gesundheitsdaten die Maßgaben von Art. 6 DSGVO für personenbezogene Daten wiederholt, was jedenfalls den Stellenwert der Schutzbedürftigkeit von Gesundheitsdaten zeigt. Art. 9 Abs. 2 lit. h) und i) scheitern mangels Rechtsgrundlage auf sowohl Unions- als auch nationaler Ebene.⁴⁶ Damit bliebe allein die Möglichkeit einer Einwilligung gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO. Aus Art. 3 Nr. 11 DSGVO ergibt sich die Voraussetzungen der Freiwilligkeit der Einwilligung. Ob jedoch Freiwilligkeit angenommen werden kann, wenn eine Ablehnung mit Nachteilen einhergeht, lässt sich sogar definitorisch bezweifeln. Noch deutlicher wird dieses Missverhältnis aus Art. 7 Abs. 4 DSGVO und dem dort niedergeschriebenen Kopplungsverbot. Demnach ist keine Freiwilligkeit gegeben, wenn die Einwilligung der einzige Weg ist, um zur Dienstleistung zugelassen zu werden.⁴⁷ Letztlich bleibt es dabei, dass die Umstände des Einzelfalles je nach Belastung der Anbieter und nach dem konkreten Infektionsrisiko die Sicherstellung des Impfstatus

³⁹ Vgl. *Witschen*, BeckOGK-BGB, Stand: 1.12.2020, § 618 Rn. 122; allgemein durch den Verweis auf Stand der Technik und Hygiene: *Wank*, ErfurterKomm-Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, § 618 Rn. 14; vgl. auch *Wilrich*, NZA 2020, 634 (635) zur Auswirkung des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard des BMAS auf die Auslegung des § 618 BGB.

⁴⁰ *Benecke*, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 26.

⁴¹ *Benecke*, in: Richardi/Dörner/Weber, Personalvertretungsrecht, 5. Aufl. 2020, Rn. 26.

⁴² *Langenfeld*, in: Maunz/Dürig/Langenfeld, 92. EL August 2020, GG Art. 3 Abs. 2 Rn. 138.

⁴³ <https://www.tagesschau.de/wirtschaft/qantas-kuendigt-impfpflicht-fuer-passagiere-an-101.html>, Abruf v. 24.1.2021.

⁴⁴ *Kießling/Müllmann*, Bald wird geimpft, <https://verfassungsblog.de/bald-wird-geimpft/>, Abruf v. 24.1.2021.

⁴⁵ Datenschutz ist, wie sich oben bereits bei der datenschutzrechtlichen Ausnahmevorschrift § 23a IfSG gezeigt hat, nicht nur gegenüber Verbraucherinnen und Verbrauchern zu beachten, sondern auch in jeder Form eines Beschäftigungsverhältnisses.

⁴⁶ *Kießling/Müllmann*, Bald wird geimpft, <https://verfassungsblog.de/bald-wird-geimpft/>, Abruf v. 24.1.2021. Denkbar ist, dass § 23 Abs. 3 i. V. m. § 23a IfSG eine solche Ausnahmevorschrift für Personal in der Gesundheitsbranche ist.

⁴⁷ *Stemmer* in: Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht, 34. Edition Stand: 1.11.2020, Art. 7 Rn. 40.

erforderlich machen können.⁴⁸ Ebenfalls ergibt sich eine andere Gewichtung der Abwägung, sollten staatlich auferlegte Pflichten nur dann erfüllt werden können, wenn Immunisierung sichergestellt ist.

E. Fazit

Die dargelegte rechtliche Analyse zeigt, dass der deutsche Rechtsstaat sich schützend vor die Freiheitsrechte seiner Bürger stellt. Das stellt sicher, dass weder die Staatsgewalt noch Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen diese Freiheitsrechte ohne Einschränkungen beeinträchtigen können. Die Grundrechtsdogmatik zeigt, dass ein Eingriff erstens nicht ohne formale Rechtfertigung im Sinne des Art. 19 Abs. 1, 2 GG in Verbindung mit dem jeweiligen Grundrecht und zweitens nicht ohne Abwägung der Interessen und Rechte im Sinne der Verhältnismäßigkeit stattfindet. Gleichermassen wirkt das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung den Sorgen entgegen, dass in Fällen, in denen die staatliche Gewalt kein unmittelbarer Akteur ist, die in den Grundrechten normierten Wertungen außer Acht gelassen werden könnten. Damit gilt auch dort, dass rechtliche Regeln notwendig sind, um hochrangige individuelle Freiheiten zu beeinträchtigen. Konkret kommen wir zu dem Ergebnis, dass keine der vier thematisierten Gruppen, von Beamtinnen und Beamten über andere Beschäftigte im öffentlichen Dienst, Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bis hin zu Kundinnen und Kunden grundsätzlich verpflichtet ist, sich gegen COVID-19/Sars-Cov-2 impfen zu lassen. Zu anderen Ergebnissen kann es anhand von speziellen Einzelfällen kommen, wobei insbesondere in der Gesundheitsbranche mit unmittelbarem Kontakt zu besonders vulnerablen Gruppen und den bereits bestehenden Sonderregeln im IfSG viele Argumente dafür sprechen, dass eine Immunisierung Voraussetzung für den Kontakt mit Risikopatienten ist.⁴⁹ Daher gilt, dass der legitime Zweck eines globalen Endes der Corona-Pandemie dann sichergestellt ist, wenn geeignete Impfstoffe in den erforderlichen Mengen und in angemessener Art und Weise an Freiwillige verabreicht werden. Es ist zu hoffen, dass eine verhältnismäßige gesetzliche Impfpflicht rein akademisch bleibt.

⁴⁸ *Kießling/Müllmann*, Bald wird geimpft, <https://verfassungsblog.de/bald-wird-geimpft/>, Abruf v. 24.1.2021.

⁴⁹ Zu einem ähnlichen Ergebnis kam *Thüsing* am 18.12.2020 in einem Interview mit dem Deutschlandfunk, https://www.deutschlandfunk.de/arbeitsrechtler-zu-impfverordnung-arbeitgeber-kann.769.de.htm?dram:article_id=489604, Abruf v. 28.01.2021.