

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 19. Juni 2024
- 5 AZR 216/23 -
ECLI:DE:BAG:2024:190624.U.5AZR216.23.0

I. Arbeitsgericht Offenbach am Main

Urteil vom 12. Juli 2022
- 3 Ca 124/22 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 27. April 2023
- 5 Sa 1225/22 -

Entscheidungsstichworte:

Einrichtungsbezogener Impfnachweis - unbezahlte Freistellung

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 216/23
5 Sa 1225/22
Hessisches
Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
19. Juni 2024

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Juni 2024 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie die ehrenamtliche Richterin Aue und den ehrenamtlichen Richter Abel für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 27. April 2023 - 5 Sa 1225/22 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten in der Revision noch über einen Anspruch des Klägers auf Annahmeverzugsvergütung für die Zeit vom 12. Mai bis zum 31. Dezember 2022. Hintergrund sind die Regelungen zum einrichtungsbezogenen Immunitätsnachweis nach § 20a IfSG in den bis zum 31. Dezember 2022 befristet geltenden - soweit hier erheblich - im Wesentlichen gleichlautenden Fassungen vom 18. März bzw. 16. September 2022 (im Folgenden IfSG aF). 1

Die Beklagte betreibt bundesweit Pflegeeinrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer und pflegebedürftiger Menschen. Der Kläger ist seit dem 1. April 2007 als Pflegefachkraft in einem Seniorenheim der Beklagten beschäftigt. Seine Bruttomonatsvergütung belief sich im streitgegenständlichen Zeitraum auf 3.500,00 Euro. 2

Der Kläger war nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft. Er legte der Beklagten weder einen Impf- noch einen Genesenennachweis iSd. § 20a Abs. 1 IfSG aF vor. Eine medizinische Kontraindikation, die einer Impfung entgegengestanden hätte, bestand bei ihm nicht. Die Beklagte stellte den Kläger mit Schreiben vom 15. März 2022 unter Hinweis auf den fehlenden Nachweis nach § 20a Abs. 1 IfSG aF bis auf Weiteres, längstens bis zum 31. Dezember 2022 widerruflich ohne Entgeltfortzahlung von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung frei. Der Kläger forderte die Beklagte in der Folgezeit mehrfach auf, von der Freistellung Abstand zu nehmen und bot seine Arbeitskraft an. Die Beklagte kam dem nicht nach. Das zuständige Gesundheitsamt ordnete gegenüber dem Kläger kein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG aF an. 3

Der Kläger hat die Auffassung vertreten, dass sich die Beklagte im Annahmeverzug befunden habe, da sie seine ordnungsgemäß angebotene Arbeitskraft nicht angenommen habe. Er sei zur Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung imstande und auch leistungswillig iSv. § 297 BGB gewesen. Aus § 20a IfSG aF folge für Personen, die bereits vor dem 15. März 2022 in Einrichtungen iSd. § 20a Abs. 1 IfSG aF tätig waren (sog. Bestandskräfte) kein unmittelbares gesetzliches Beschäftigungs- oder Tätigkeitsverbot. Einseitige Weisungen des Arbeitgebers seien nicht vorgesehen. Ein überwiegendes Interesse an einer Freistellung könne zudem weder mit dem Schutz der übrigen Mitarbeiter noch der zu betreuenden Personen begründet werden. Diesem sei durch die Testpflicht des Personals nach § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG aF ausreichend Rechnung getragen worden.

4

Der Kläger hat zuletzt sinngemäß beantragt:

5

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 14.489,86 Euro (Vergütung für den Zeitraum vom 12. Mai bis zum 31. Dezember 2022 abzüglich auf die Bundesagentur für Arbeit übergegangener Ansprüche) nebst zeitlich und betragsmäßig gestaffelten Zinsen zu bezahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, sie schulde keine Annahmeverzugsvergütung. § 20a Abs. 1 IfSG aF enthalte ab dem 16. März 2022 auch für Bestandskräfte eine gesetzliche Tätigkeitsvoraussetzung. Durch Ausübung ihres Direktionsrechts habe sie für den streitgegenständlichen Zeitraum die Vorlage eines Immunitätsnachweises als vertragliche Bedingung für ein Tätigwerden in ihren Pflegeeinrichtungen festgelegt. Dieser Ausübung ihres Weisungsrechts stehe § 20a Abs. 5 IfSG aF nicht entgegen, da hierdurch lediglich öffentlich-rechtliche Anforderungen und Befugnisse des Gesundheitsamtes geregelt würden. Arbeitsrechtliche Maßnahmen blieben weiterhin dem Arbeitgeber vorbehalten. Angesichts des damit bezweckten Schutzes der zu betreuenden Personen entspreche die Weisung billigem Ermessen. Der Kläger, der über einen Immunitätsnachweis nicht verfügt habe, sei außer Stande gewesen, seine Arbeitsleistung zu bewirken.

6

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner von dem Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Zahlungsbegehren weiter, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt. 7

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. 8

A. Der Kläger kann, wie das Landesarbeitsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, für den streitgegenständlichen Zeitraum vom 12. Mai bis zum 31. Dezember 2022 von der Beklagten keine Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs verlangen. Der Kläger hat der Beklagten trotz deren Anordnung keinen Immunitätsnachweis iSd. § 20a IfSG aF vorgelegt und war damit außer Stande, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken (§ 297 BGB). 9

I. Ein Anspruch auf Vergütung unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs scheidet nicht bereits an einem etwa fehlenden tatsächlichen Angebot der Arbeitsleistung. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Kläger, nachdem die Beklagte ihn freigestellt hatte, seine Arbeitsleistung zur Begründung des Annahmeverzugs nicht gesondert anbieten musste. 10

1. Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber die nach § 611a Abs. 2 BGB vereinbarte Vergütung fortzuzahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste in Verzug gerät. Gemäß § 293 BGB kommt der Arbeitgeber in Annahmeverzug, wenn er im erfüllbaren Arbeitsverhältnis die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung grundsätzlich tatsächlich anbieten, § 294 BGB. Ein wörtliches Angebot genügt (nur), wenn der Arbeitgeber ihm zuvor erklärt hat, er werde die Arbeitsleistung nicht annehmen oder er sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden Umfang zu beschäftigen, 11

§ 295 BGB (*BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 15, BAGE 178, 293; 25. Februar 2015 - 1 AZR 642/13 - Rn. 41, BAGE 151, 35*). Ein Angebot der Arbeitsleistung kann ausnahmsweise entbehrlich sein, wenn offenkundig ist, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt (*st. Rspr., vgl. nur BAG 18. September 2019 - 5 AZR 240/18 - Rn. 19 mwN, BAGE 168, 25*). Entsprechendes gilt, wenn er durch einseitige Freistellung des Arbeitnehmers von der Arbeit auf das Angebot der Arbeitsleistung verzichtet hat (*BAG 23. Februar 2021 - 5 AZR 314/20 - Rn. 12; 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 19, BAGE 153, 85; Staudinger/Fischinger [2022] BGB § 615 Rn. 120; Schaub ArbR-HdB/Linck 20. Aufl. § 95 Rn. 10*).

2. Ausgehend hiervon war ein Angebot des Klägers entbehrlich. Die Beklagte hat ihn mit Schreiben vom 15. März 2022 ab dem darauffolgenden Tag widerrufen, längstens bis 31. Dezember 2022 von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt. Sie hat damit zu erkennen gegeben, dass sie seine Arbeitsleistung bis zum Fristablauf oder dem Widerruf der Freistellung ohne vorherige Vorlage eines Immunitätsnachweises nicht annehmen wird. 12

II. Die Beklagte hat jedoch zu Recht eingewandt, der Kläger sei iSv. § 297 BGB nicht im Stande gewesen, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. 13

1. Gemäß § 297 BGB gerät der Arbeitgeber unbeschadet der sonstigen Anspruchsvoraussetzungen nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außer Stande ist, die geschuldete Arbeitsleistung aus in seiner Person liegenden Gründen zu bewirken (*st. Rspr., vgl. BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 543/20 - Rn. 9 mwN*). Leistungswille und Leistungsfähigkeit sind vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen (*st. Rspr., vgl. nur BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 18 mwN, BAGE 178, 293*). Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freigestellt worden ist. Deren Aufhebung bedeutet zwar einen Verzicht des Arbeitgebers auf das Angebot der Arbeitsleistung. Jedoch muss der Arbeitnehmer zur Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Arbeitsleistung fähig sein. Ein Absehen von den Erfordernissen des § 297 BGB bedarf einer - im Streitfall nicht existierenden - ausdrücklichen 14

Vereinbarung der Parteien (vgl. BAG 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 22, BAGE 153, 85).

- a) Leistungsfähigkeit setzt voraus, dass der Arbeitnehmer tatsächlich und rechtlich zur geschuldeten Arbeitsleistung in der Lage ist (*MüKoBGB/Henssler 9. Aufl. § 615 Rn. 32; MHdB ArbR/Tillmanns 6. Aufl. Bd. 1 § 76 Rn. 31*). Ob Leistungsfähigkeit besteht, bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Grundsätzlich unerheblich ist die Ursache für eine Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Das Unvermögen kann auf tatsächlichen Umständen (wie zB Arbeitsunfähigkeit) beruhen oder seine Ursache im Rechtlichen haben, etwa wenn ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht oder eine erforderliche Erlaubnis für das Ausüben der geschuldeten Tätigkeit fehlt (*BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 22 mwN, BAGE 178, 293*). In diesen Fällen steht der Erbringung der Arbeitsleistung ein objektives Leistungshindernis entgegen. 15
- b) Leistungswille setzt voraus, dass der Arbeitnehmer den ernstlichen Willen hat, die Arbeitsleistung in dem geschuldeten Umfang zu erbringen. Dies ist nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer es selbst in der Hand hat, den Hinderungsgrund, welcher der Erbringung der Arbeitsleistung entgegensteht, zu beseitigen (vgl. *BAG 1. Juni 2022 - 5 AZR 28/22 - Rn. 20, BAGE 178, 150*). 16
- c) Leistungsunfähigkeit und Leistungsunwillen schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern können nach den Umständen des Einzelfalls auch nebeneinander bestehen. Ein Arbeitnehmer kann zugleich zur Erbringung der Arbeitsleistung nicht bereit und nicht dazu in der Lage sein. 17
- d) Bei der Anwendung des § 297 BGB ist zwischen den Fällen abzugrenzen, in denen die Nichtannahme der Arbeit ausschließlich auf dem Willen des Arbeitgebers beruht, so dass er gemäß § 615 Satz 1 BGB zur Fortzahlung des Entgelts verpflichtet ist, und den Konstellationen, in denen mangels Leistungsbereitschaft oder Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers kein Vergütungsanspruch wegen Annahmeverzugs besteht (*BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 18 und 24 mwN, BAGE 178, 293*). Handelt es sich um Leistungshindernisse, die ihre Ursache in dem vom Arbeitgeber bereitzustellenden Sachsubstrat oder 18

der von ihm zu regelnden Arbeitsorganisation haben, ist er deshalb grundsätzlich zur Zahlung der Annahmeverzugsvergütung verpflichtet (vgl. *Staudinger/Fischinger [2022] BGB § 615 Rn. 90*).

e) Beruft sich der Arbeitgeber gegenüber einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzug auf dessen Leistungsunfähigkeit oder Leistungsunwilligkeit iSd. § 297 BGB, erhebt er eine Einwendung, für deren Voraussetzungen er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast trägt (*BAG 21. Juli 2021 - 5 AZR 543/20 - Rn. 11*). 19

2. Dies zugrunde gelegt bestehen die vom Kläger erhobenen Annahmeverzugsansprüche nicht. Die Beklagte hat mit Erfolg eingewandt, dass der Kläger in dem streitgegenständlichen Zeitraum iSv. § 297 BGB außer Stande war, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken. 20

a) Für den Kläger bestand allerdings kein unmittelbares Beschäftigungsverbot kraft Gesetzes. Den Regelungen in § 20a IfSG aF lässt sich ein solches für Bestandskräfte, die über keinen Immunitätsnachweis verfügten, nicht entnehmen. 21

aa) Nach § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 IfSG aF mussten Personen, die wie der als Pflegefachkraft arbeitende Kläger in voll- oder teilstationären Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen tätig waren, ab dem 15. März 2022 über einen Impf- oder Genesenennachweis nach § 22a Abs. 1 oder 2 IfSG aF verfügen, sofern nicht eine medizinische Kontraindikation vorlag, aufgrund derer eine Impfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 nicht erfolgen konnte. § 20a Abs. 2 Satz 1 IfSG aF sah weiter vor, dass Personen, die in den in Abs. 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen (bereits) tätig waren (Bestandskräfte), der Leitung der jeweiligen Einrichtung bis zum Ablauf des 15. März 2022 einen Impf- oder Genesenennachweis oder ein ärztliches Zeugnis über die medizinische Kontraindikation vorlegen mussten. Kamen sie dem nicht nach, hatte die Einrichtungsleitung das jeweils zuständige Gesundheitsamt darüber zu benachrichtigen (§ 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG aF). Dieses konnte nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG aF solchen Mitarbeitern 22

gegenüber ein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot aussprechen. Demgegenüber mussten Personen, die ab dem 16. März 2022 (erstmalig) in einer der im Gesetz genannten Einrichtungen tätig werden sollten, nach § 20a Abs. 3 IfSG aF vor Beginn ihrer Tätigkeit einen Immunitätsnachweis vorlegen. Taten sie dies nicht, durften sie nach § 20a Abs. 3 Satz 4 IfSG aF in den entsprechenden Einrichtungen nicht beschäftigt werden.

bb) Bei der in § 20a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG aF aufgestellten Anforderung handelte es sich um eine berufliche Tätigkeitsvoraussetzung (vgl. *BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 244, BVerfGE 161, 299; Berneith COVuR 2022, 135, 136; Oberthür ArbRB 2022, 80, 81; Seel öAT 2022, 155*). Dies kommt in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG aF, wonach Mitarbeiter, die in den im Einzelnen aufgeführten Einrichtungen tätig sind, über einen Immunitätsnachweis „verfügen müssen“, hinreichend klar zum Ausdruck (vgl. zu dieser Anforderung *BAG 18. März 2009 - 5 AZR 192/08 - Rn. 15, BAGE 130, 29*).

cc) Die vom Gesetz aufgestellte Tätigkeitsvoraussetzung bedurfte, soweit Bestandskräfte sie nicht erfüllten, der Umsetzung durch weitere Maßnahmen. Dies wird durch den Vergleich von § 20a Abs. 2 iVm. Abs. 5 IfSG aF und § 20a Abs. 3 IfSG aF verdeutlicht. Für Bestandskräfte war - anders als in § 20a Abs. 3 Satz 4 IfSG aF für neu einzustellende Mitarbeiter - ein unmittelbares Tätigkeits- oder Betretungsverbot im Gesetz nicht vorgesehen (vgl. *BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 215, 253, BVerfGE 161, 299; Gerhardt 6. Aufl. IfSG § 20a Rn. 49*). Ein solches ergab sich auch nicht über eine analoge Anwendung aus § 20a Abs. 3 IfSG aF (*Weigert NZA 2022, 166, 169 f.*). Unter Berücksichtigung der Gesamtregelung des § 20a IfSG aF mit der darin vorgenommenen Differenzierung zwischen Bestandskräften und neu eingestellten Mitarbeitern lag keine planwidrige Regelungslücke vor. Zudem verbliebe bei einem solchen Gesetzesverständnis für Betretungs- und Tätigkeitsverbote durch Anordnung des Gesundheitsamtes nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG aF kein Anwendungsbereich mehr (*Christ/Jeck DStR 2022, 944, 945; Schmidt/Schneider NZA-RR 2022, 121, 122*).

b) Im Fall des Klägers ordnete das zuständige Gesundheitsamt keine Maßnahmen zur Umsetzung der in § 20a Abs. 1 IfSG aF vorgesehenen Tätigkeits-

voraussetzung an. Es verhängte ihm gegenüber im streitgegenständlichen Zeitraum kein Betretungs- bzw. Tätigkeitsverbot nach § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG aF. Die Umsetzung der in § 20a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG aF geregelten beruflichen Tätigkeitsvoraussetzung konnte für Bestandskräfte jedoch auch durch den Arbeitgeber erfolgen.

aa) Arbeitsrechtlich wurzelte die Befugnis der Arbeitgeber, für die (weitere) Beschäftigung der Arbeitnehmer in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG aF genannten Einrichtungen befristet für die Dauer der Geltung dieser Vorschrift einen der dort in Abs. 2 aufgeführten Nachweise zu verlangen, in § 106 Satz 1 GewO. Hier nach kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. In diesem Rahmen konnte der Arbeitgeber die in § 20a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG aF gesetzlich vorgesehene berufliche Tätigkeitsanforderung für die Dauer ihrer Geltung im Wege des Weisungsrechts auch zur Voraussetzung für eine weitere Beschäftigung der unter ihren Geltungsbereich fallenden Arbeitnehmer machen. 26

bb) Diese in § 106 Satz 1 GewO iVm. § 20a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG aF gründende Befugnis des Arbeitgebers wird durch die Regelungen des Infektionsschutzgesetzes für Bestandskräfte nicht ausgeschlossen (*iE ebenso Sangs/Eibenstein/Sangs IfSG § 20a Rn. 76; Bonitz/Schleiff NZA 2022, 233, 238; Christ/Jeck DStR 2022, 944, 947; Peisker/Bleckmann BB 2022, 635, 638; Thüsing/Bleckmann/Rombey COVuR 2021, 66, 70; Singer FS Henssler 2023 S. 613, 624; Sangs NVwZ 2021, 1481, 1485; nur bei bestimmten Personengruppen Fischinger SR 2022, 37, 42; aA: Harländer/Otte NZA 2022, 160, 163; Chama/Noll MDR 2022, 406, 407; Stach NZA 2023, 83, 85; wohl auch Gerhardt 6. Aufl. IfSG § 20a Rn. 49*). 27

(1) Dem Wortlaut von § 20a IfSG aF lässt sich nicht entnehmen, dass eine Umsetzung der dort geregelten Tätigkeitsvoraussetzung auf privatrechtlicher Ebene durch den Arbeitgeber unzulässig sein sollte. § 20a Abs. 2 Satz 2 IfSG aF verpflichtete den Arbeitgeber, das zuständige Gesundheitsamt zu unterrichten, 28

wenn Bestandskräfte bis zum Ablauf des 15. März 2022 den gesetzlich vorgesehenen Immunitätsnachweis nicht vorlegten. Diese Regelung befasste sich insoweit - wie auch § 20a Abs. 3 Satz 2 IfSG aF - nur mit den (Informations-)Pflichten des Arbeitgebers gegenüber dem Gesundheitsamt (*so auch Bonitz/Schleiff NZA 2022, 233, 237*), ohne Anhaltspunkte dafür, dass damit eine abschließende Regelung getroffen sein sollte. § 20a Abs. 5 IfSG aF regelte das weitere Vorgehen des Gesundheitsamtes, darunter seine Befugnis, Personen, die trotz Anforderung keinen Immunitätsnachweis vorlegten, das Betreten der im Gesetz genannten Einrichtungen oder eine Tätigkeit in diesen zu untersagen. Die Regelungen in § 20a IfSG aF bezogen sich insgesamt auf die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, Befugnisse und verfahrensrechtlichen Vorgaben. Eine ausdrückliche Pflicht zur Weiterbeschäftigung von Bestandskräften ohne Immunitätsnachweis oder ein Verbot arbeitsrechtlicher Maßnahmen gegenüber diesen statuierte das Gesetz nicht.

(2) Auch in der Gesetzesbegründung finden sich keine konkreten Aussagen zu den Auswirkungen des Fehlens der beruflichen Tätigkeitsvoraussetzung nach § 20a IfSG aF auf die arbeitsrechtlichen Vertragsbeziehungen. Weitere denkbare „arbeitsrechtliche Konsequenzen“ werden dort hinsichtlich der Bestandskräfte lediglich mit Bezug zu einem vom Gesundheitsamt angeordneten Betretungs- oder Tätigkeitsverbot angesprochen (*BT-Drs. 20/188 S. 42*). Den Fall, dass ein solches nicht oder zunächst (noch) nicht ausgesprochen wird, behandelt die Gesetzesbegründung nicht. 29

(3) Nicht maßgeblich für die Interpretation von § 20a IfSG aF und in der Sache unzutreffend ist die Handreichung des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) zur Impfprävention in Bezug auf einrichtungsbezogene Tätigkeiten vom 22. Februar 2022, in der ausgeführt wird, ein Recht des Arbeitgebers zur Freistellung sei nicht begründet (*S. 21 - zuletzt abgerufen am 19. Juni 2024 unter https://www.bsn-ev.de/site/assets/files/63723/faqs_zu_20a_ifsg-1_2022-02-22.pdf [der Link führt auf die Seite des Behinderten Sportverbands Niedersachsen, auf der Internetseite des BMG findet sich die Handreichung nicht mehr]*). Das BMG ist als Teil der Exekutive nicht zur verbindlichen Auslegung von 30

Gesetzen berechtigt (*vgl. auch Chama/Noll MDR 2022, 406, die aber dennoch eine Berechtigung zur Freistellung ablehnen*).

(4) Der aus der Gesetzesbegründung hinreichend deutlich erkennbare Zweck der einrichtungsbezogenen Nachweispflicht nach § 20a IfSG aF spricht klar dafür, dass Arbeitgeber nach § 106 Satz 1 GewO die Tätigkeit als Pflegefachkraft vom Vorliegen der in § 20a Abs. 2 IfSG aF geregelten Tätigkeitsvoraussetzung abhängig machen konnten. Die gesetzliche Regelung sollte dem Schutz der sog. vulnerablen Personengruppen dienen, bei denen aufgrund ihres Gesundheitszustands und/oder Alters ein erhöhtes Risiko für einen schweren oder tödlichen COVID-19-Krankheitsverlauf besteht, die zudem häufig weniger gut auf die Impfung ansprechen bzw. bei denen sonstige Schutzmaßnahmen weniger gut umgesetzt werden können (*vgl. BT-Drs. 20/188 S. 1 ff., 37 f.*). Mit der einrichtungsbezogenen Nachweispflicht wurde eine Erhöhung der Impfquote der Beschäftigten in den in § 20a IfSG aF aufgeführten Einrichtungen angestrebt (*vgl. BT-Drs. 20/188 S. 4, 37*). Betretungs- und Tätigkeitsverbote sollten vulnerable Personen darüber hinaus auch dann schützen, wenn sich die von der Nachweispflicht Betroffenen gegen eine Impfung entschieden und gleichwohl ihre Tätigkeit fortsetzen wollten; zugleich sollten die Verbote Zwecken des öffentlichen Gesundheitsschutzes dienen (*BT-Drs. 20/188 S. 42*). 31

(5) Ausgehend hiervon können § 20a Abs. 2, 3 und 5 IfSG aF auch im Zusammenhang nicht dahingehend ausgelegt werden, dass Arbeitgeber bis zu einer Entscheidung des Gesundheitsamtes zu einer Weiterbeschäftigung von Bestandskräften verpflichtet gewesen wären, die keinen Immunitätsnachweis vorgelegt hatten. Die unterbliebene Anordnung eines unmittelbaren gesetzlichen Betretungs- und Tätigkeitsverbots auch für Bestandskräfte verfolgte im Rahmen des gesetzlichen Gesamtkontextes ersichtlich einen anderen Zweck. Der Gesetzgeber sah bei diesem Personenkreis ein Bedürfnis für eine - gebundene - Ermessensentscheidung, bei der dem Gesundheitsamt jedoch - vorbehaltlich besonders gelagerter Einzelfälle - kein relevanter Spielraum verblieb. Der § 20a Abs. 5 IfSG aF zugrundeliegende Regelungszweck, vulnerable Personen zu schützen, legte vielmehr den Erlass einer Anordnung nach § 20a Abs. 5 Satz 3 32

IfSG aF im Regelfall nahe (vgl. BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 85, BVerfGE 161, 299). Bestandskräften sollte nicht ein dem Gesetzeszweck zuwiderlaufender Beschäftigungsanspruch aufrechterhalten bleiben, sondern es sollte allein die Berücksichtigung besonders gelagerter Einzelfälle möglich bleiben. Dabei sollte insbesondere der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens Rechnung getragen werden.

(6) Dieser Regelungszweck erforderte es, auch dem Arbeitgeber eine Ermessensentscheidung zu ermöglichen (vgl. auch BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 245, BVerfGE 161, 299, wonach „insbesondere“ die Gesundheitsämter entsprechend befugt waren). Die Gesundheitsämter arbeiteten „am Rand der Belastbarkeit bzw. deutlich darüber hinaus“ und waren ersichtlich zur Anordnung eines Betretungs- oder Tätigkeitsverbots zeitnah nach Eingang der Arbeitgebermeldungen nicht in der Lage (vgl. die Stellungnahme Deutscher Landkreistag vom 7. Dezember 2021 [S. 2] und die Stellungnahme Deutscher Städtetag vom 7. Dezember 2021 [S. 3] im Rahmen der öffentlichen Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie, beide zuletzt abgerufen am 19. Juni 2024 unter <https://www.bundestag.de/aus-schuesse/hauptausschuss/anhoerungen/870414-870414>). Ein bloßes Abstellen auf das Tätigwerden der Gesundheitsämter hätte demzufolge zu einem weitgehenden Leerlaufen der Regelung in § 20a Abs. 5 Satz 3 IfSG aF führen können, einer Vorschrift, die mit dem erstrebten Schutz von Gesundheit und Leben der besonders gefährdeten, vulnerablen Personen überragend wichtigen Rechtsgütern diene (BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 256, aaO). Darüber hinaus kommt es für die Beurteilung, ob ein besonders gelagerter Einzelfall vorliegt und ob eine Beschäftigung nicht geimpfter Mitarbeiter für die Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit einer bestimmten Einrichtung erforderlich ist, aufgrund seiner Sachnähe und Kenntnis der persönlichen und betrieblichen Gegebenheiten ohnehin primär auf die Einschätzung des Arbeitgebers an.

33

- c) Hiervon ausgehend hat die Beklagte mit dem Schreiben vom 15. März 2022 die vom Kläger geschuldete Arbeitsleistung wirksam dahingehend konkretisiert, dass sie die in § 20a Abs. 1 IfSG aF geregelte Tätigkeitsvoraussetzung für das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger verbindlich verlangte. 34
- aa) Die streitgegenständliche Konkretisierung der Arbeitsleistung war trotz des dadurch mittelbar auf eine Impfentscheidung gerichteten Entscheidungs- und Handlungsdrucks zulässiger Gegenstand einer arbeitsvertraglichen Weisung. Die Entscheidung für oder gegen eine Impfung ist zwar grundsätzlich dem Bereich der privaten Lebensführung zuzuordnen, in den durch das Weisungsrecht in der Regel nicht eingegriffen werden darf (*BAG 23. August 2012 - 8 AZR 804/11 - Rn. 24 mwN, BAGE 143, 62*). Mit der erfolgten Konkretisierung der Arbeitspflicht hat die Beklagte jedoch diesen besonders geschützten Bereich nicht verletzt. Die in das Arbeitsverhältnis umgesetzte gesetzliche Tätigkeitsanforderung zielte in erster Linie darauf ab, dass sich der Kläger für eine Impfung entscheidet, um ungehindert weiter arbeiten zu können (*vgl. BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 86, BVerfGE 161, 299*). Da der Kläger in einem Heil- und Pflegeberuf arbeitete, wusste er, dass mit seiner Tätigkeit eine besondere Verantwortung gegenüber den von ihm betreuten Personen bestand. Er musste damit rechnen, dass zum Schutz der Heimbewohner neue Tätigkeitsanforderungen geschaffen werden, was auch der Gesetzgeber im Rahmen der Regelungen zur einrichtungsbezogenen Nachweispflicht hervorgehoben hat (*vgl. BT-Drs. 20/188 S. 2; BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 265, aaO*). 35
- bb) Der gesetzliche Anknüpfungspunkt, § 20a IfSG aF, unterlag keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (*sh. im Einzelnen BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - BVerfGE 161, 299*). Die in § 20a IfSG aF geregelte einrichtungs- und unternehmensbezogene Nachweispflicht griff zwar in die durch Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geschützte körperliche Unversehrtheit ein. Der Eingriff war jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt (*vgl. BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 109 ff., aaO*). Die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG war nicht verletzt (*vgl. BVerfG 27. April 2022 - 1 BvR 2649/21 - Rn. 243 ff., aaO*). 36

cc) Die von der Beklagten gestellte Anforderung an eine pflegerische Tätigkeit genügt dem Erfordernis billigen Ermessens gemäß § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB. 37

(1) Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt - wovon das Landesarbeitsgericht bei seiner Prüfung zutreffend ausgegangen ist - eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung dieser Grenzen trägt der Bestimmungsberechtigte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hatte (*st. Rspr., BAG 30. November 2022 - 5 AZR 336/21 - Rn. 38 f.; 1. Juni 2022 - 5 AZR 28/22 - Rn. 27, BAGE 178, 150; 27. April 2021 - 9 AZR 343/20 - Rn. 68*). 38

(2) Ob die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, wobei es nicht auf die vom Arbeitgeber angestellten Erwägungen, sondern darauf ankommt, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt. Weil der Begriff des billigen Ermessens bei der Ausübung des Weisungsrechts ein unbestimmter Rechtsbegriff ist, steht den Tatsacheninstanzen bei der Ausübungskontrolle ein Beurteilungsspielraum zu, der vom Revisionsgericht nur darauf zu überprüfen ist, ob das Berufungsgericht den Rechtsbegriff selbst verkannt hat, ob es bei der Unterordnung des Sachverhalts unter die Rechtsnorm Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt hat, ob es alle wesentlichen Umstände berücksichtigt hat und ob das Urteil in sich widerspruchsfrei ist (*BAG 30. November 2022 - 5 AZR 336/21 - Rn. 39*). 39

(3) Im Streitfall ergibt sich die Wahrung billigen Ermessens ausnahmsweise schon daraus, dass die Beklagte sich im Rahmen des gesetzlich vorgesehenen bewegt und lediglich den vom Gesetzgeber mit § 20a IfSG aF primär bezweckten Schutz besonders vulnerabler Personen während der Corona-Pandemie verwirklicht hat. Dabei durfte sie davon ausgehen, dass der Gesetzgeber bei seiner Normsetzung die Interessen der betroffenen Beschäftigten ausreichend abgewogen hat. Besondere Umstände, die dem vom Gesetzgeber unterstellten Regelfall der Nichtbeschäftigung entgegenstünden, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. 40

(4) Da maßgeblich für die Ausübungskontrolle der Zeitpunkt ist, zu dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hatte, kommt es auf von der Revision vorgebrachte Zweifel an der Effektivität der mit § 20a IfSG aF umgesetzten Maßnahmen aufgrund des weiteren Pandemieverlaufs und fortschreitender Erkenntnisse der Wissenschaft nicht an. Solche späteren Entwicklungen stehen der Wirksamkeit der Weisung nicht entgegen. Anfang des Jahres 2022 entsprach es ganz überwiegender wissenschaftlicher und auch der vom BMG und dem Robert-Koch-Institut vertretenen Auffassung, dass eine Impfung gegen das SARS-CoV-2-Virus vor einer Übertragung des Virus schützt. Hiervon konnte auch die Beklagte ausgehen. Zudem waren die stetige Entwicklung der pandemischen Lage sowie die Änderung der Virusvarianten und Impfeffektivität in der Weisung berücksichtigt, die - wie § 20a IfSG aF - zeitlich befristet war. 41

d) Schließlich war vorliegend kein Fall gegeben, in dem die Nichtannahme der Arbeit ausschließlich auf dem Willen des Arbeitgebers beruhte, so dass er gemäß § 615 Satz 1 BGB zur Fortzahlung des Entgelts verpflichtet bliebe (*anders im Verfahren BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - BAGE 178, 293*). Die über die Freistellung erfolgte Konkretisierung der geschuldeten Arbeitsleistung (§ 106 Satz 1 GewO) für die Zeit bis zum 31. Dezember 2022 entsprach dem aus der Gesetzesbegründung klar ersichtlichen primären Sinn und Zweck des § 20a IfSG aF. Die Beklagte hat eine vom Gesetz geleitete Ermessensentscheidung getroffen. Dem Kläger fehlte in der Folge eine von der Beklagten in Übereinstimmung mit dem Gesetz verlangte Tätigkeitsvoraussetzung. Ursache 42

hierfür war seine persönliche und freie Entscheidung, sich nicht gegen SARS-CoV-2 impfen zu lassen. Insoweit war er sowohl leistungsunfähig wie auch leistungsunwillig iSd. § 297 BGB.

B. Ein Zinsanspruch scheidet mangels Hauptanspruchs aus. 43

C. Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Revision zu tragen (§ 97 Abs. 1 ZPO). 44

Linck

Biebl

Bubach

Aue

Abel