

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial setting. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another similar gear is partially visible. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor belt system and other mechanical components, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory environment.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Februar 2021**

## **Inhalt**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Rechtsprechung verschärft Arbeitgeberpflichten bei der Arbeitszeiterfassung**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Vorbeschäftigungsverbot: Bei 17 Jahre und 3 Monate zurückliegender Vorbeschäftigung kann sachgrundlose Befristung wirksam sein**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Kündigung wegen Entwendens von Desinfektionsmittel wirksam**

### **Neues vom Gesetzgeber**

**Keine Steuern auf Outplacement-Beratungen**

### **Loschelder Praxistipp**

**Impfpflicht für Arbeitnehmer?**

## Neues aus der Rechtsprechung

### Rechtsprechung verschärft Arbeitgeberpflichten bei der Arbeitszeiterfassung

*Der EuGH hatte mit seinem spektakulären Urteil vom 14. Mai 2019 (C-55/18) – der sogenannten Stechuhr-Entscheidung – entschieden, dass alle Arbeitgeber ein „objektives, verlässliches und zugängliches“ Zeiterfassungssystem einführen müssen, das die gesamte Arbeitszeit aller Arbeitnehmer erfasst und dokumentiert. Das deutsche Arbeitszeitrecht sieht dies so weitgehend nicht vor. Eigentlich könnte das EuGH-Urteil gegenüber deutschen Arbeitgebern deshalb keine Wirkung entfalten, solange der deutsche Gesetzgeber das Arbeitszeitrecht nicht anpasst. Dies sieht das ArbG Emden in seiner Entscheidung vom 24. September 2020 allerdings anders.*

Das Arbeitszeitrecht befindet sich im Fluss. Eines ist dabei absehbar: Die Arbeitgeberpflichten bei der Arbeitszeiterfassung werden strenger.

1. Bislang ist das **deutsche Recht** vergleichsweise großzügig: Nach **§ 16 Abs. 2 ArbZG** müssen Arbeitgeber Mehrarbeitszeiten (d.h. Arbeitszeiten, die acht Stunden am Tag überschreiten) sowie Sonn- und Feiertagsarbeitszeiten aufzeichnen und dokumentieren. Eine weitergehende Pflicht zur Arbeitserfassung sieht das deutsche Recht nicht vor.

Viele Arbeitgeber sahen es bislang noch entspannter und verzichteten im Rahmen einer „**Vertrauensarbeitszeit**“ auf jedes System der Arbeitszeiterfassung. Eine solche Praxis war zwar streng genommen nicht korrekt, wurde durch die Aufsichtsbehörden jedoch weitflächig toleriert. Sie schien auch einer modernen Arbeitsorganisation zu entsprechen: Eigenverantwortung statt Überwachung. Leistungsbewertungen nach Arbeitsergebnissen statt nach bloßen Präsenzzeiten am Arbeitsplatz.

Mit seiner **Stechuhr-Entscheidung** vom **14.05.2019** hat sich der **EuGH** dieser Entwicklung entgegengestellt und festgelegt, dass jeder Arbeitgeber ein „**objektives, verlässliches und zugängliches**“ Zeiterfassungssystem einführen muss, mit dem die von einem jeden Arbeitnehmer geleistete „**tägliche Arbeitszeit**“ (und somit nicht bloß Mehrarbeit und Sonntagsarbeit) gemessen werden kann. Dies

leitet der EuGH aus der europäischen **Arbeitszeit-Richtlinie 2003/88/EG** ab, in der dies so explizit allerdings gar nicht drinsteht.

Politisch ist die Frage der Arbeitszeiterfassung damit auf lange Sicht entschieden: Urteile des EuGH zur Auslegung europäischer Richtlinien müssen durch den deutschen Gesetzgeber befolgt werden. Der deutsche Gesetzgeber darf also die Reglementierungen um die Arbeitszeiterfassung nicht liberalisieren, selbst wenn er dies wollte. Europarecht hat Vorrang.

Allerdings gelten Urteile des EuGH zur Auslegung europäischer Richtlinien für deutsche Unternehmen nicht unmittelbar. Es liegt beim deutschen Gesetzgeber, die deutschen Gesetze so anzupassen, dass sie den europäischen Richtlinien entsprechen. Tut er dies nicht, verstößt allein der deutsche Gesetzgeber gegen das Europarecht. Private Unternehmen müssen sich hingegen nur nach den geltenden deutschen Gesetzen richten und sind nicht dafür verantwortlich, wenn diese nicht europarechtskonform sind.

Bis heute hat der deutsche Gesetzgeber das deutsche Arbeitszeitrecht nicht an die neue EuGH-Rechtsprechung angepasst. Da jede Änderung des Arbeitszeitrechts spürbar in den Lebensalltag zahlreicher Beschäftigter eingreift und da hier Arbeitgeberverbände und Gewerkschaften auf gesetzgeberische Pläne sofort mit Kampagnen reagieren, war das Thema der Bundesregierung offenbar zu heikel. So wurde es aufgeschoben. § 16 Abs. 2 ArbZG gilt deshalb auch heute noch unverändert. Eine umfassende Pflicht zur Arbeitszeiterfassung, wie sie der EuGH eigentlich erwartet, ist in Deutschland noch nicht eingeführt.

2. Angesichts der Untätigkeit des deutschen Gesetzgebers ist das **ArbG Emden** mit seinem **Urteil vom 24.09.2020** (Az. 2 Ca 144/20) nun selbst aktiv geworden. Es hat – in Widerspruch zur bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts – eine Pflicht zur umfassenden Arbeitszeiterfassung und Dokumentation kurzerhand selbst eingeführt, indem es sie im Wege „**europarechtskonformer Auslegung**“ in das deutsche Recht hineinliest:

Im konkreten Fall war mit einer Arbeitnehmerin Vertrauensarbeitszeit vereinbart. Es existierte zwar ein System zur Arbeitszeiterfassung. Allerdings hatten Arbeitgeber und Arbeitnehmerin im Arbeitsvertrag vereinbart, dass Überstunden generell nicht vergütet werden. Solche Vereinbarungen sind nach deutschem Recht jedoch im Grundsatz unzulässig und deshalb unwirksam (§ 307 BGB). Die Arbeitnehmerin begann nun eigenmächtig, in großem Umfang Überstunden abzuleisten und erfasste 1001,15 Überstunden im System. Der Arbeitgeber kümmerte sich darum nicht und nahm von den erfassten Überstunden nicht einmal Kenntnis. Nachdem die Arbeitnehmerin ihr Arbeitsverhältnis beendet hatte, erhob sie Klage und forderte die Vergütung ihrer Überstunden ein.

Der Arbeitgeber verteidigte sich mit dem Einwand, er habe die erfassten Überstunden weder angeordnet, noch bewusst geduldet und müsse solch aufgedrängte Überstundenleistungen deshalb auch nicht vergüten. Aufgrund der bisherigen Rechtsprechung des BAG wäre dieser Einwand auch völlig berechtigt gewesen. Doch das ArbG Emden sah dies anders und wich in „europarechtskonformer Auslegung“ von der Rechtsprechung BAG ab. Das ArbG Emden zog aus der Entscheidung des EuGH vom 14.05.2019 folgende Schlussfolgerungen:

- Alle Arbeitgeber müssen schon jetzt die Arbeitszeit ihrer Arbeitnehmer umfassend erfassen und dokumentieren.
- Außerdem müsse der Arbeitgeber die erfasste Arbeitszeit kontrollieren und sich Kenntnis von den Dokumentationen verschaffen.
- Deshalb sei der Arbeitgeber für alle im Arbeitszeitsystem erfassten Überstunden verantwortlich und müsse sie vergüten, egal ob er sie gekannt oder nicht gekannt habe. Im letzten Fall sei der Arbeitgeber selbst schuld, da er seine Kontrollpflicht missachtet habe.

Das ArbG Emden gab der Klage deshalb statt und verurteilte den Arbeitgeber zur Überstundenabgeltung i.H.v. 20.213,22 EUR.

Die Argumentation des ArbG Emden mag fragwürdig sein und hat viel Widerspruch gefunden. Dies ändert nichts daran, dass die Marschroute von Gerichten, Behörden und wahrscheinlich mittelfristig auch vom deutschen Gesetzgeber eindeutig ist: Die Pflichten zur Arbeitszeitdokumentation werden umfangreicher. Die Kontrollpflichten der Arbeitgeber bei der Arbeitszeiterfassung werden strenger.

Arbeitgeber, die derzeit ein System der Arbeitszeiterfassung einführen, sollten sich auf diese Entwicklung einstellen. Arbeitgebern, die Arbeitszeiten ihrer Mitarbeiter immer noch nicht erfassen, sei angeraten, wenigstens eine **Ausschluss- und Verfallsklausel** in die Arbeitsverträge aufzunehmen, die AGB-rechtlichen Vorgaben standhält. Sonst könnten Mitarbeiter plötzlich mit hohen Vergütungsforderungen für jahrelang angeblich heimlich geleistete Überstunden auf sie zukommen.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Vorbeschäftigungsverbot: Bei 17 Jahre und 3 Monate zurückliegender Vorbeschäftigung kann sachgrundlose Befristung wirksam sein

*Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hatte im Juni 2018 entschieden, dass die vom BAG vorgenommene Begrenzung des sogenannten Vorbeschäftigungsverbots des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG auf drei Jahre verfassungswidrig ist. Das BAG gab seine im Jahr 2011 etablierte Rechtsprechung daraufhin auf (siehe dazu unsere Newsletter Juli 2018 und Februar 2019). Auch nach Auffassung des BVerfG sollen jedoch nicht sämtliche Vorbeschäftigungen eine erneute sachgrundlos befristete Beschäftigung verhindern. Das Verbot des § 14 Abs. 2 Satz 2 TzBfG sei unzumutbar, soweit eine Gefahr der Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Beschäftigten nicht bestehe und das Verbot der sachgrundlosen Befristung nicht erforderlich sei, um das unbefristete Arbeitsverhältnis als „Regelbeschäftigungsform“ zu erhalten. Das Verbot der sachgrundlosen Befristung könne insbesondere dann unzumutbar sein, wenn eine Vorbeschäftigung sehr lange zurückliege, ganz anders geartet oder von sehr kurzer Dauer gewesen sei.*

#### Stand der Rechtsprechung

Während das BVerfG den Begriff der „ganz anders gearteten“ Beschäftigung durch Beispiele näher eingegrenzt hat (geringfügige Nebenbeschäftigung während der Schul-/Studien-/Familienzeit, Werkstudierendentätigkeit, Tätigkeit vor beruflicher Neuorientierung), hat es offengelassen, wann eine Vorbeschäftigung „sehr lange zurückliegt“.

Zwischenzeitlich sind zu dieser Frage einige Urteile ergangen. Das BAG hat entschieden, dass ein Zeitraum von **ca. 15 Jahren** „ohne das Hinzutreten besonderer Umstände“ noch **nicht ausreicht** (BAG, Urteil vom 17.04.2019, Az. 7 AZR 323/17). Welche besonderen Umstände dies sein könnten, hat das BAG wiederum offengelassen. Nach Ablauf von **ca. 22 Jahren** soll eine sachgrundlose Befristung bei demselben Arbeitgeber hingegen „in der Regel“ **wieder zulässig** sein (BAG, Urteil vom 21.08.2019, Az. 7 AZR 452/17).

Jüngst hat das LAG Berlin-Brandenburg entschieden, dass ein Zeitraum von **17 Jahren und 3 Monaten** jedenfalls dann ausreicht, wenn das **Vorbeschäftigungsverhältnis auf Betreiben des Arbeitnehmers aufgelöst** worden ist (Urteil vom 11.09.2020,

Az. 2 Sa 747/20). Im konkreten Fall hatte eine Tierpflegerin nach gut neun Monaten um die Aufhebung ihres befristeten Arbeitsvertrags mit einer Stiftung des öffentlichen Rechts gebeten, um in ein kommerzielles Pharmaunternehmen zu wechseln. Nach Auffassung des LAG besteht in einem solchen Fall keine Gefahr einer Kettenbefristung in Ausnutzung der strukturellen Unterlegenheit der Arbeitnehmerin; diese habe durch den Abschluss des Aufhebungsvertrags selbst „die Kette zerrissen“. Jedenfalls die Kombination aus der langen Zeitspanne von ca. 17 Jahren und 3 Monaten und der Aufhebung des ersten Arbeitsverhältnisses mache es auch nicht erforderlich, die Arbeitnehmerin zum Erhalt des unbefristeten Arbeitsverhältnisses als Regelbeschäftigungsform weiterzubeschäftigen.

Die Klägerin hat Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt. Ob das BAG die Entscheidung – sollte die Revision zugelassen werden – bestätigen würde, ist schwer zu prognostizieren. Die Gefahr einer Kettenbefristung dürfte zumindest nicht bestehen; das BAG hat diese schon bei einem Abstand von 15 Jahren verneint (BAG, Urteil vom 17.04.2019, Az. 7 AZR 323/17, juris, Rn. 24). In solchen Konstellationen hat es zuletzt vielmehr entscheidend darauf abgestellt, ob die erneute Befristung mit dem sozialpolitischen Zweck des **Schutzes der unbefristeten Beschäftigung als Regelfall** im Einklang steht. Dies soll bei einer Unterbrechung von 15 Jahren nicht Fall sein, weil dann im Rahmen eines typischen Erwerbslebens von 40 Jahren drei sachgrundlos befristete Arbeitsverhältnisse mit demselben Arbeitgeber abgeschlossen werden könnten – zu Beginn, in der Mitte und am Ende des Erwerbslebens. Dann wäre die sachgrundlose Befristung jedoch nicht mehr die Ausnahme.

Bei einer Unterbrechung von 17 Jahren und 3 Monaten wären nach dieser Berechnung nur zwei *zweijährige* sachgrundlose Befristungen bei demselben Arbeitgeber möglich – eine zu Beginn des Erwerbslebens und eine in der Mitte (nach 19 Jahren und 3 Monaten). Ob das BAG dies ausreichen ließe, ist mehr als fraglich, zumal nach dieser Berechnung noch Raum für eine weitere 18-monatige sachgrundlose Befristung zum Ende des Erwerbslebens wäre. Wahrscheinlicher ist, dass das BAG – wie im Urteil vom 17.04.2019 angeklungen – zukünftig auf das Eingreifen der **längstmöglichen gesetzlichen Kündigungsfrist** abstellen wird, da sich so an eine gesetzgeberische Wertung anknüpfen lässt (§ 622 Abs. 2 Nr. 7 BGB). Bis auf Weiteres sollte also vorsorglich davon ausgegangen werden, dass eine **Vorbeschäftigung**



**mindestens 20 Jahre zurückliegen** muss, um unschädlich zu sein. Welche Rolle Besonderheiten wie die selbst veranlasste Aufhebung des Vorbeschäftigungsverhältnisses spielen, ist noch völlig offen.

#### **Was können Arbeitgeber vorbeugend tun?**

Um frühere Arbeitnehmer identifizieren und Verstöße gegen das Vorbeschäftigungsverbot somit sicher vermeiden zu können, müssten gerade größere Unternehmen sämtliche Beschäftigungsverhältnisse und deren Dauer für mindestens 22 Jahre nach ihrer Beendigung in einer **Datenbank** speichern. Die Datenbank müsste auch das Geburtsdatum der Arbeitnehmer enthalten, um sie auch im Fall eines zwischenzeitlich erfolgten, heiratsbedingten Namenswechsels identifizieren zu können. Allerdings ist **umstritten**, ob eine solche **Speicherung datenschutzrechtlich zulässig** ist. Unseres Erachtens muss eine Speicherung der Grunddaten, d.h. Name, Geburtsdatum sowie Art und Dauer des Beschäftigungsverhältnisses, angesichts der weitreichenden Folgen von Verstößen gegen das Vorbeschäftigungsverbot zulässig sein. Bis zu einer Klärung dieser Frage sollten Arbeitgeber jedoch vorsichtig sein und stattdessen **etwaige Vorbeschäftigungen schon in der Bewerbungsphase abfragen**. Klauseln im Arbeitsvertrag, durch die Arbeitnehmer bestätigen, noch nicht in einem Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber gestanden zu haben, hat das LAG Baden-Württemberg wegen Verstoßes gegen § 309 Nr. 12 b) BGB für unwirksam erklärt (Urteil vom 11.03.2020, Az. 4 Sa 44/19).

Es besteht also weiterhin eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Auch wenn Arbeitnehmer bereits in einem Arbeitsverhältnis zu demselben Unternehmen standen, **scheidet eine Befristung** allerdings **nicht generell aus**. Wenn die erneute Befristung auf einen **Sachgrund i.S.d. § 14 Abs. 1 TzBfG** gestützt werden kann, stellen sich die hier erörterten Probleme von vornherein nicht.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **Kündigung wegen Entwendens von Desinfektionsmittel wirksam**

*Im Zuge der Pandemie haben bestimmte Alltagsgegenstände scheinbar an Wert gewonnen. Gerade während des ersten Lockdowns im Frühjahr war Toilettenpapier etwa für viele Gold wert. Ähnliches galt und gilt zeitweise für Desinfektionsmittel. Wie ein Arbeitgeber auf das Entwenden entsprechender Gegenstände im Betrieb reagieren kann, hatte jüngst das LAG Düsseldorf zu entscheiden (Urteil vom 14. Januar 2021, Az. 5 Sa 483/20).*

Der Kläger war als Be- und Entlader sowie Wäscher von Fahrzeugen bei der Beklagten beschäftigt. Dabei war er unter anderem in einer Nachschicht mit sechs bis sieben Kollegen tätig. Seinen eigenen PKW parkte er regelmäßig in der Nähe des Arbeitsplatzes. Im Rahmen stichprobenartiger Ausfahrtskontrollen wurde gegen 07:50 Uhr morgens vom Werkschutz im Kofferraum des Klägers eine ungeöffnete Plastikflasche mit einem Liter Desinfektionsmittel sowie eine Handtuchrolle gefunden. Der Wert des Desinfektionsmittels betrug ca. 40,00 €. Die Beklagte sprach daraufhin eine außerordentliche Kündigung aus.

Der Kläger verteidigte sein Verhalten damit, dass er sich während der Arbeit jede Stunde zu seinem Fahrzeug begeben habe, um sich die Hände zu desinfizieren. Das vom ihm aus den Waschräumen in sein Fahrzeug gebrachte Mittel habe er für sich und seine Kollegen

verwenden wollen, zumal in den Waschräumen nicht zu jeder Zeit ausreichend Desinfektionsmittel zur Verfügung gestanden hätte. Bei der Ausfahrt vom Betriebsgelände habe er dann schlicht vergessen, dass sich das Desinfektionsmittel noch in seinem Kofferraum befunden habe. Weiterhin führt der Kläger an, dass er aufgrund der Tätigkeit seiner Frau in der Pflege mit Desinfektionsmittel ausreichend versorgt gewesen sei.

Die Beklagte hielt dem entgegen, dass der Kläger dem Werkschutz „gestanden habe“, dass er das Desinfektionsmittel habe mitnehmen wollen. Hierzu hätte sich der Kläger jedoch berechtigt gesehen, um sich unterwegs die Hände zu desinfizieren. Ferner trug die Beklagte vor, sie habe mit Aushängen im Sanitärbereich darauf hingewiesen, dass das Mitnehmen von Desinfektionsmitteln eine fristlose Kündigung und Anzeige zur Folge haben könne.

Nach Ansicht des LAG Düsseldorf ist die Kündigung rechtswirksam. Das LAG ging davon aus, dass sich der Kläger das Desinfektionsmittel zugeeignet habe, um es für sich selbst zu verwenden. Eine vorherige Abmahnung sei nicht erforderlich gewesen. Der Kläger habe im Wissen um die geringe Verfügbarkeit von Desinfektionsmittel im Allgemeinen und bei der Beklagten insbesondere, dennoch eine nicht geringe Menge Desinfektionsmittel entwendet. Dabei habe er auch in Kauf genommen, dass dies dazu führe, dass seinen Kollegen kein Desinfektionsmittel zur Verfügung steht. Ihm habe dabei klar sein müssen, dass er das Desinfektionsmittel nicht an sich nehmen durfte.

Die Einzelfallentscheidung zeigt, dass es auch in Pandemiezeiten dem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht erlaubt ist, vom Arbeitgeber im Rahmen der Arbeitsleistung zur Verfügung gestellte Gegenstände sich anzueignen. Sonderregeln für pandemiebedingten Mundraub gibt es nicht. Insofern überrascht das Urteil nicht.



## Neues vom Gesetzgeber

### Keine Steuern auf Outplacement-Beratungen

*Aufgrund von Änderungen des Einkommensteuergesetzes zum 1. Januar 2021 müssen Arbeitnehmer Beratungsleistungen zur beruflichen Neuorientierung wie Bewerbungstrainings, Beratungen bei der Arbeitsplatzwahl und die Aufarbeitung des Arbeitsplatzverlustes (sogenannte „Outplacement-Beratungen“) nicht mehr wie Einkommen versteuern. Outplacement-Beratungen könnten daher in Zukunft eine größere Bedeutung bei der Verhandlung und Gestaltung der Beendigung von Arbeitsverhältnissen einnehmen.*

Der Gesetzgeber hat §3 Nr.19 EStG durch Art.1 Nr.1 des Jahressteuergesetzes 2020 ergänzt. Aufgrund dieser Ergänzung sind Beratungsleistungen zur beruflichen Neuorientierung bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen, die der Arbeitgeber oder ein Dritter auf Veranlassung des Arbeitgebers erbringt, nunmehr von der Einkommensteuer befreit. Dadurch entstehen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer attraktive Spielräume bei der Gestaltung der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Sowohl nach betriebsbedingten Entlassungen von Arbeitnehmern als auch im Rahmen von Aufhebungsverhandlungen können die Beratungsangebote, die etwa Leistungen wie Gespräche zur beruflichen Neuorientierung, Bewerbungstrainings oder Schulungen für den Übergang in die Selbständigkeit umfassen, eine wichtige Rolle spielen.

Bietet ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern etwa nach betriebsbedingten Kündigungen als Zeichen seines guten Willens Outplacement-Beratungen an, erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass auch die entlassenen Arbeitnehmer zuversichtlich sind, schnell wieder einen Arbeitsplatz zu finden. Das wiederum senkt die Wahrscheinlichkeit von langwierigen und kostenintensiven Kündigungsschutzprozessen enorm. Der Arbeitnehmer kann die Maßnahmen nunmehr aufgrund der geänderten Rechtslage in Anspruch nehmen, ohne einen Teil ihres Wertes als Einkommensteuer wieder zu verlieren.

Arbeitgeber haben unter den Voraussetzungen des § 110 Abs. 1 SGB III nach betriebsbedingten Kündigungen zusätzlich die Möglichkeit, die Gewährung von Outplacement-Beratungen durch die Bundesagentur für Arbeit im Umfang von bis zu 50% bezuschussen zu lassen.

Darüber hinaus können „Outplacement“-Beratungen eine interessante Verhandlungsmasse im Rahmen von Aufhebungsverträgen darstellen. Werden sie als Draufgabe oder als Ersatz für einen Teil der Abfindung angeboten, erhöhen sich die Chancen für den Arbeitnehmer, schnell eine neue Beschäftigung zu finden. Entsprechend größer dürfte seine Bereitschaft sein, einem Aufhebungsvertrag zuzustimmen. Bisher mussten Arbeitnehmer entsprechende Leistungen allerdings wie eine Abfindung versteuern, was regelmäßig dazu geführt hat, dass sie sich bei einer Wahlmöglichkeit für das Geld entschieden haben. Die Aufhebung der Einkommensteuer in diesem Bereich macht Outplacement-Beratungen für Arbeitnehmer erheblich attraktiver.

Die durch das Jahressteuergesetz 2020 eingeführte Erleichterung bei der Einkommenssteuer eröffnet damit verschiedene Spielräume bei der Beendigung von Arbeitsverhältnissen. Wenn Sie davon Gebrauch machen möchten, beraten wir Sie dabei gerne zu allen rechtlichen Fragen.



## **Loschelder Praxistipp**

### **Impfpflicht für Arbeitnehmer?**

*Noch sind die Impfstoffe rar und nicht für jeden verfügbar. Es besteht jedoch die Hoffnung, dass mittelfristig eine Corona-Schutzimpfung für jeden möglich sein wird. Nach aktuellen Umfragen ist allerdings nicht davon auszugehen, dass tatsächlich jeder sich gegen das Coronavirus wird impfen lassen. Da einzelne lokale Ausbrüche selbst bei einem positiven Verlauf der Pandemie in den nächsten Jahren nicht unwahrscheinlich sind, stellt sich für Unternehmen die Frage, inwiefern sie ihre Arbeitnehmer zu einer Impfung verpflichten können, um hierdurch das Risiko eines Ausbruchs im eigenen Betrieb zu minimieren.*

Auch wenn die großangelegte Impfkampagne bislang sehr schleppend verläuft, ist es nur eine Frage der Zeit, bis eine Impfung nicht nur den Angehörigen von Risikogruppen, sondern allen Bevölkerungsschichten zugänglich sein wird. Ob eine solche Impfung vor dem Hintergrund der immensen Auswirkungen der Pandemie verpflichtend sein soll, wird politisch bislang klar beantwortet: Eine Impfung erfolgt freiwillig und eine gesetzliche Impfpflicht soll es laut Bundesgesundheitsminister Jens Spahn nicht geben. Ziel ist es vielmehr, nur durch freiwillige Impfungen die viel zitierte „Herdenimmunität“ zu erreichen, wofür eine Durchimpfung der Bevölkerung von 60% bis 70% erforderlich ist.

Eine gesetzliche Impfpflicht stellt aufgrund des damit verbundenen Grundrechtseingriffes in die körperliche Unversehrtheit ohnehin eine absolute Ausnahme dar. Eine solche besteht seit dem 01.03.2020 nur für die Masernkrankheit und auch nur für bestimmte Arbeitnehmergruppen (tätig in Gemeinschafts- oder Gesundheitseinrichtungen). Hier fällt die Interessenabwägung zwischen der körperlichen Unversehrtheit und Selbstbestimmung der Arbeitnehmer einerseits und der hohen gesundheitlichen Schutzbedürftigkeit von bspw. Bewohnern oder Patienten andererseits zugunsten letzterer aus. Die gesetzliche Grundlage zur Anordnung einer solchen Impfpflicht findet sich in § 20 Abs. 6 Satz 1 Infektionsschutzgesetz. Hierbei muss aber beachtet werden, dass eine solche Impfpflicht nicht mit einer Zwangsimpfung gleichzusetzen ist; vielmehr wird bei einer Impfverweigerung seitens des Gesundheitsamtes ein Tätigkeitsverbot ausgesprochen mit der Folge, dass der Arbeitnehmer seine Beschäftigung nicht mehr ausüben kann. In diesen Fällen kommt eine personenbedingte Kündigung seitens des Arbeitgebers in Betracht.

Während vieles dafürspricht, dass zukünftig Berufsgruppen mit „Superspreader“-Potenzial sowie unmittelbarem Kontakt zu Angehörigen von Risikogruppen entgegen der bisherigen politischen Äußerungen ähnlich zur Masernkrankheit eine gesetzliche Impfpflicht auferlegt bekommen werden, stellt sich die Frage, inwiefern eine solche Impfpflicht arbeitsrechtlich in Unternehmen durchgesetzt werden kann, in denen eine gesetzliche Impfpflicht nicht greift.

### **Arbeitsvertragliche Impfpflicht?**

Eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, sich gegen das Coronavirus impfen zu lassen, kann in Formulararbeitsverträgen nicht wirksam vereinbart werden. Eine solche Klausel würde eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen und wäre somit AGB-rechtlich unwirksam, da die grundgesetzlich geschützte Selbstbestimmung und körperliche Integrität des Arbeitnehmers hier gegenüber den Interessen des Arbeitgebers überwiegen dürfte. Außerhalb von medizinischen Einrichtungen dürfte eine solche Klausel außerdem überraschend und auch aus diesem Grund unwirksam sein.

Eine Impfpflicht des Arbeitnehmers könnte sich ggf. als arbeitsvertragliche Nebenpflicht ergeben, da der Arbeitnehmer stets

gehalten ist, auf die schutzwürdigen Interessen seines Arbeitgebers Rücksicht zu nehmen und etwaigen Schaden von ihm abzuwenden. Wenn eine Impfung gegen Covid-19 die einzige Möglichkeit wäre, einen Ausbruch des Coronavirus im Betrieb zu vermeiden, könnte das im Einzelfall eine Impfpflicht begründen. Allerdings verhindert nach bisherigem Kenntnisstand eine Covid-19-Impfung zwar einen schweren Krankheitsverlauf, aber nicht zwingend eine Infektion bzw. eine Weitergabe des Coronavirus. Somit würde eine Impfung des Arbeitnehmers eine Weiterverbreitung des Coronavirus im Betrieb nicht verhindern. Auch dürfte es stets darauf ankommen, inwieweit der Arbeitgeber nicht bereits durch andere, vor allem organisatorische Maßnahmen eine Verbreitung des Virus bzw. eine Ansteckung seiner Arbeitnehmer untereinander vermeiden kann (insbesondere durch die Gewährung von Home-Office sowie Einführung eines Hygienekonzepts). Somit dürfte eine Impfpflicht als vertragliche Nebenpflicht nur in Ausnahmefällen zu bejahen sein.

Wenn eine Impfpflicht arbeitsvertraglich nicht besteht, können bei einer Impfverweigerung keine arbeitsrechtlichen Maßnahmen (z.B. Abmahnung, Kündigung) erfolgen.

*Exkurs: Aktuell mehren sich die ersten Berichte von Arbeitgebern, die Arbeitnehmer aufgrund einer Impfverweigerung abmahnen, kündigen oder unbezahlt freistellen. Wir werden Sie über etwaige Urteile hierzu auf dem Laufenden halten!*

### **Anreize schaffen**

Wollen Arbeitgeber, wenn es dann soweit ist, eine möglichst hohe „Geimpftenquote“ in ihrem Betrieb vorweisen können, sollten sie auf dieselben Mittel wie die Politik setzen: Freiwilligkeit und Aufklärung. Hierzu können – ähnlich wie bei den Grippeimpfungen – betriebsinterne Impfkampagnen durchgeführt werden (insbesondere zu den haftungsrechtlichen Aspekten empfehlen wir Ihnen in diesem Zusammenhang die Lektüre unseres Newsletterbeitrags aus dem November 2020 zur Grippeimpfung).

Ob und inwieweit Arbeitgeber einen zusätzlichen Anreiz durch die Gewährung von „Impfprämien“ schaffen können, ohne dass sie gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz verstoßen, ist bislang noch nicht hinreichend rechtlich geklärt.



## Fazit

Jedenfalls in Unternehmen und Betrieben, in denen die Arbeitnehmer nicht direkt mit Angehörigen von Risikogruppen in Berührung kommen, dürfte eine Impfpflicht wohl kaum durchsetzbar sein. In diesen Fällen sollten Arbeitgeber also an die Vernunft appellieren und es der Belegschaft so einfach wie möglich machen, sich impfen zu lassen – denn die Entscheidung liegt letztlich bei jedem einzelnen Arbeitnehmer selbst.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



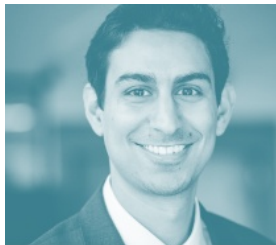
Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven  
+49 (0) 221 650 65-129  
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel  
+49 (0) 221 650 65-129  
malte.goebel@loschelder.de

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de