

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 gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various industrial structures, including pipes, beams, and possibly other machinery, all slightly out of focus. The overall atmosphere is one of a busy manufacturing or engineering environment.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
März 2022**

Inhalt

Neues vom Gesetzgeber

Der „Freedom Day“ am 20. März 2022 aus arbeitsrechtlicher Perspektive

Neues aus der Rechtsprechung

Neue Fallstricke bei anzeigepflichtigen Entlassungen – zum Vorlagebeschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Januar 2022

Neues aus der Rechtsprechung

Mitbestimmung des Betriebsrats bei Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters

Neues vom Gesetzgeber

„Einrichtungsbezogene Impfpflicht“ – Was gilt ab Mitte März und welche (arbeitsrechtlichen) Konsequenzen drohen?

Neues aus der Rechtsprechung

Jahresbeurteilung wird nicht nach den Zeugnisgrundsätzen überprüft

Neues vom Gesetzgeber

Der „Freedom Day“ am 20. März 2022 aus arbeitsrechtlicher Perspektive

Am 16. Februar 2022 haben der Bundeskanzler und die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder sich darauf verständigt, die weitreichenden Corona-Maßnahmen in drei kontrollierten Schritten bis zum kalendarischen Frühjahrsbeginn zurückzufahren. Durch den dritten und letzten Schritt sollen ab dem 20. März 2022 alle tiefgreifenden Schutzmaßnahmen – darunter die Homeoffice-Regelungen – entfallen.

Nach derzeitiger Rechtslage ist der Arbeitgeber gemäß § 28b Abs. 4 Infektionsschutzgesetz (IfSG) dazu verpflichtet, den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten sollen dieses Angebot annehmen müssen, soweit ihrerseits „keine Gründe“ entgegenstehen. Diese Regelung gilt gemäß § 28b Abs. 7 Satz 1 IfSG bis zum Ablauf des 19.03.2022 und soll ausweislich des Bund-Länder-Beschlusses vom 16.02.2022 mit Beginn des 20.03.2022 entfallen.

Damit endet die Verpflichtung des Arbeitgebers, Home-Office nach dieser Sonderregelung anzubieten, zum 20.03.2022.

Natürlich kann die Arbeit im Homeoffice im Einvernehmen mit den Beschäftigten fortgesetzt werden. Dafür gelten die allgemeinen Regelungen. Ein Anspruch auf Homeoffice besteht im Regelfall nicht (dazu LAG Köln, Urteil vom 12.04.2021, Az. 2 SaGa 1/21).

Soll die Möglichkeit, die Arbeit zu Hause zu verrichten, über den 19.03.2022 hinaus nicht fortbestehen, ist zweierlei zu prüfen: Zunächst ob dieses Angebot arbeitgeberseitig bereits befristet bis zum 19.03.2022 oder beschränkt auf der Grundlage der Corona-bedingten Homeoffice-Verpflichtung ausgesprochen worden war. Ist dies nicht der Fall, ist zu bewerten, unter welchen rechtlichen Voraussetzungen ein Widerruf bzw. eine entsprechende Ausübung des Direktionsrechts, wieder im Büro zu arbeiten, erforderlich und möglich sind.

Angesichts des Koalitionsvertrages der Regierungsparteien ist mittelfristig unabhängig von jeglichem Infektionsgeschehen jedoch damit zu rechnen, dass bei dafür geeigneten Tätigkeiten Beschäftigte

zumindest einen Erörterungsanspruch über mobiles Arbeiten und Homeoffice erhalten werden und Arbeitgeber einem entsprechenden Wunsch nur betriebliche – also keine sachfremden oder willkürlichen – Gründe entgegenhalten werden dürfen, sofern tarifvertraglich oder betrieblich nichts Abweichendes vereinbart wird.

Mit Ablauf des 19.03.2022 treten gemäß § 28b Abs. 7 IfSG auch die *3G-Regelungen* für das Betreten von Arbeitsstätten inklusive der entsprechenden Nachweispflichten gemäß § 28b Abs. 1 IfSG sowie die besonderen Zugangsvoraussetzungen für Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher in besonderen Einrichtungen und Unternehmen inklusive der jeweiligen Kontroll-, Dokumentations- und Nachweispflichten nach § 28b Abs. 2 und 3 IfSG außer Kraft.

Auch die sich aus § 4 Abs. 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) ergebende Pflicht des Arbeitgebers, seinen Beschäftigten mindestens *zweimal* pro *Kalenderwoche* kostenfrei eine *Testmöglichkeit* anzubieten, entfällt mit dem Außerkrafttreten der Corona-ArbSchV mit Ablauf des 19.03.2022. Dasselbe gilt für die nach deren § 2 erforderliche Gefährdungsbeurteilung und das betriebliche Hygienekonzept. Allerdings bleiben hier die allgemeinen Verpflichtungen zur Gefährdungsbeurteilung in Kraft.

Nach deren § 7 tritt die Corona-ArbSchV am 19.03.2022 mit ihren besonderen Regelungen insgesamt außer Kraft.

Es ist zu erwarten, dass die Corona-Arbeitsschutzregel (Sars-CoV-Arbeitsschutzregel) überarbeitet werden wird. Darüber werden wir berichten.

Während der Bund-Länder-Beschluss das Entfallen der Homeoffice-Regelungen für den Fall einer dies zulassenden Situation in den Krankenhäusern ausdrücklich vorsieht, können ihm keine expliziten Vereinbarungen in Bezug auf andere, den Arbeitsplatz betreffende Regelungen entnommen werden. Aus den Protokollerklärungen geht aber hervor, dass bislang zumindest das Land Baden-Württemberg eine Verlängerung der 3G-Regelungen nach § 28b Abs. 1 IfSG für „*infektiologisch riskante Bereiche*“ sowie der besonderen Zugangsvoraussetzungen nach Abs. 2 für erforderlich erachtet. Abzuwarten bleibt deshalb, wie die bundesgesetzliche Grundlage beschaffen sein wird, die die *Länder* zum Ergreifen von „*niedrigschwelligen Basisschutzmaßnahmen*“ ermächtigen soll und

inwiefern die jeweiligen Landesgesetzgeber, denen die Umsetzung des Beschlusses obliegt, insbesondere die vorgesehenen Testerfordernisse sowie die Pflicht zur Nachweisführung des Impf-, Genesenen- und Teststatus in „bestimmten Bereichen“ regeln werden.



Neues aus der Rechtsprechung

Neue Fallstricke bei anzeigepflichtigen Entlassungen – zum Vorlagebeschluss des Bundesarbeitsgerichts vom 27. Januar 2022

Das Verfahren zur Massenentlassung gemäß § 17 Kündigungsschutzgesetz (KSchG), das die europarechtlichen Vorgaben der Massenentlassungsrichtlinie (MERL, Richtlinie 98/59/EG) in deutsches Recht umsetzt, lief in der Vergangenheit häufig neben dem aus Sicht der Betriebsparteien wichtigeren Verfahren zur Verhandlung eines Interessenausgleichs und Sozialplans her. Das Massenentlassungsverfahren erschien als eine bloße Formalität neben dem inhaltlich wichtigeren Interessenausgleich und dem Sozialplan und wurde häufig durch eine Regelung im Interessenausgleich, dass das in § 17 KSchG vorgesehene Konsultationsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden sei, „miterledigt“.

Das Verfahren nach § 17 KSchG betrifft alle Kündigungen, deren Anzahl die in § 17 Abs. 1 KSchG festgelegten Schwellenwerte überschreitet: Bei Betrieben zwischen 20 und 60 Arbeitnehmern ist diese Schwelle bereits bei mehr als fünf Entlassungen erreicht.

Eine Reihe von Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG) aus der letzten Zeit hat endgültig deutlich gemacht, welche umfassende eigenständige Bedeutung das Verfahren nach § 17 KSchG hat und dass Fehler in diesem frühen Stadium des Verfahrens bereits zu einer Unwirksamkeit der später ausgesprochenen Kündigungen führen können. Wie weitreichend das sein kann, zeigt der Beschluss des BAG vom 27.01.2022.

Worum geht es in dem Beschluss? Vordergründig lediglich um die Bagatelle, dass der Arbeitgeber eine Information an den Betriebsrat rechtzeitig an die Bundesagentur weiterleitet. Das Verfahren nach § 17 KSchG ist zweigliedrig: Vorgeschaltet ist ein Informations- und Konsultationsverfahren, in dem der Arbeitgeber den Betriebsrat vor dem Ausspruch der geplanten Kündigungen zu informieren und die geplanten Entlassungen mit diesem zu beraten hat. In einem zweiten Schritt müssen nach der Beratung mit dem Betriebsrat die beabsichtigten Kündigungen der zuständigen Arbeitsagentur vor deren Ausspruch angezeigt werden.

Das Informations- und Konsultationsverfahren des § 17 KSchG bleibt hinsichtlich der Rechte des Betriebsrats deutlich hinter den weiterreichenden Ansprüchen aus dem Betriebsverfassungsgesetz auf Verhandlung eines Interessenausgleichs und Sozialplans zurück. Tückisch wird es für den Arbeitgeber allerdings dadurch, dass die Arbeitsgerichte auf Rüge des einzelnen Arbeitnehmers umfassend prüfen, ob der Arbeitgeber seinen gesetzlichen Informationspflichten tatsächlich umfassend nachgekommen ist; eine unzureichende Information führt zur Unwirksamkeit der Kündigung. Die bloße Erklärung des Betriebsrats, zutreffend informiert worden zu sein, reicht hier nicht (mehr) aus (BAG, Urteil vom 13.06.2019, Az. 6 AZR 459/18).

Der Arbeitgeber muss daher seine schriftliche Unterrichtungspflicht aus § 17 Abs. 2 S. 1 KSchG sehr ernst nehmen; zu unterrichten ist über

- die Gründe für die geplanten Entlassungen
- die Zahl und die Berufsgruppen der zu entlassenden Arbeitnehmer
- die Zahlung der Berufsgruppen der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer
- den Zeitraum in dem die Entlassungen vorgenommen werden sollen

- die vorgesehenen Kriterien für die Auswahl der zu entlassenden Arbeitnehmer
- die für die Berechnung etwaiger Abfindungen vorgesehenen Kriterien

Der neue Vorlagebeschluss des BAG knüpft an die bislang häufig übersehene Verpflichtung des § 17 Abs. 3 S. 1 KSchG an:

„Der Arbeitgeber hat gleichzeitig der Agentur für Arbeit eine Abschrift der Mitteilung an den Betriebsrat zuzuleiten; sie muss zumindest die in Abs. 2 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 eigenen Angaben enthalten.“

Im vom BAG zu entscheidenden Fall hatte der Arbeitgeber diese Zuleitung unterlassen, allerdings später die Anzeige der Entlassungen ordnungsgemäß an die Arbeitsagentur gesandt. Der klagende Arbeitnehmer machte nun geltend, auch die frühzeitige Zuleitung der Information an die Arbeitsagentur habe arbeitnehmerschützenden Charakter da sie rechtzeitige Vermittlungsbemühungen der Arbeitsagentur sicherstellen solle. Die Vorinstanzen waren diesem Argument nicht gefolgt; das BAG legt die Frage, ob ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Unwirksamkeit der Kündigung führe, nun dem EuGH vor. Dessen Entscheidung bleibt abzuwarten; in der Vergangenheit tendierte der EuGH allerdings stark dazu, die Effektivität der europarechtlichen Vorschriften zu betonen, so dass eine Entscheidung des EuGH, dass der Verstoß gegen die Zuleitungspflicht zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, nicht unwahrscheinlich ist.

Auch, wenn die Entscheidung des EuGH noch aussteht, macht der Vorlagebeschluss für die Arbeitgeber nochmals deutlich, welche hohe Sorgfalt auf das Verfahren nach § 17 KSchG verwandt werden muss. Eine ordnungsgemäße Vorbereitung der Betriebsratsinformation, damit diese den inhaltlichen Anforderungen des BAG genügt, ist hier unerlässlich. Auch die korrekte Zuleitung an die Arbeitsagentur ist keineswegs trivial: In der Entscheidung vom 14.05.2020 (6 AZR 235/19) hat das BAG für die Erstattung der Anzeige selbst festgelegt, dass diese nur wirksam ist, wenn sie bei der für den Betriebssitz örtlich zuständigen Agentur für Arbeit eingeht und hierbei einen eigenständigen europarechtlichen Betriebsbegriff begründet. Dieser europarechtliche Betriebsbegriff muss nicht identisch sein mit dem betriebsverfassungsrechtlichen, so dass bei Erstattung der Anzeige sehr genau zu prüfen ist, welche Arbeitsagentur örtlich zuständig ist.

Hier ist davon auszugehen, dass für die Weiterleitung der Mitteilung an den Betriebsrat entsprechende Regeln gelten, sodass gegebenenfalls vorsorglich mehrere Arbeitsagenturen angeschrieben werden müssen.



Neues aus der Rechtsprechung

Mitbestimmung des Betriebsrats bei Weiterbeschäftigung nach Erreichen des Rentenalters

Der Arbeitgeber kann mit Arbeitnehmern vereinbaren, dass diese trotz einer im Arbeits- oder Tarifvertrag vorgesehenen Altersgrenzenklausel über das Erreichen der Regelaltersgrenze hinaus weiterbeschäftigt werden. Dies setzt nach § 41 Satz 3 SGB VI eine sog. Hinausschiebungsvereinbarung voraus. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat jetzt entschieden, dass es sich bei der Weiterbeschäftigung über den ursprünglich im Wege der Altersgrenzenklausel vorgesehenen Beendigungszeitpunkt hinaus um eine mitbestimmungspflichtige Einstellung gemäß § 99 Abs. 1 BetrVG handelt (Beschluss vom 22. September 2021, Az. 7 ABR 22/20).

Im entschiedenen Fall sollte ein Arbeitsverhältnis aufgrund tariflicher Regelungen mit dem Erreichen der gesetzlichen Regelaltersgrenze enden. Um eine automatische Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 31.05.2019 zu verhindern, vereinbarten die Arbeitsvertragsparteien die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses bis zum 20.05.2020. Der Betriebsrat wurde hierüber – entsprechend der Praxis des Arbeitgebers in den Vorjahren – unterrichtet, aber nicht um Zustimmung ersucht. Gegen diese Praxis wandte sich der

Betriebsrat, der die Weiterbeschäftigung auf Grundlage einer Hinausschiebensvereinbarung für mitbestimmungspflichtig gem. § 99 Abs. 1 BetrVG hielt. Der Arbeitgeber vertrat hingegen im Wesentlichen die Auffassung, dass das Mitbestimmungsrecht durch die Zustimmung zur ursprünglichen Einstellung „verbraucht“ sei.

Das BAG hat zugunsten des Betriebsrats entschieden. Die **Weiterbeschäftigung** eines Arbeitnehmers **über das Ende eines befristeten Arbeitsverhältnisses hinaus** sei eine **nach § 99 Abs. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Einstellung**. Auch eine Vereinbarung, wonach das Arbeitsverhältnis wegen Erreichens der Regelaltersgrenze enden soll, sei eine kalendermäßige Befristung. Da das Arbeitsverhältnis mit dem Erreichen der Altersgrenze ende, müsse der Arbeitgeber erneut über die Besetzung des Arbeitsplatzes entscheiden.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Einstellung diene in erster Linie den **Interessen der im Betrieb schon beschäftigten Arbeitnehmer**. Deren Interessen würden **nicht nur durch die erstmalige Eingliederung eines weiteren Arbeitnehmers berührt**, sondern auch dann, wenn dieser über den zunächst vorgesehenen Zeitpunkt hinaus **im Betrieb verbleibe**. Dies könne **Zustimmungsverweigerungsgründe** auslösen, **die bei der „Ersteinstellung“ nicht voraussehbar waren** und deshalb bei der ursprünglichen Zustimmungsentscheidung des Betriebsrats noch nicht berücksichtigt werden konnten. Die Beteiligung des Betriebsrats reiche grundsätzlich bei jeder befristeten Einstellung nur bis zu der vorgesehenen Beendigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Entscheidung verdeutlicht, dass nicht nur bei der erstmaligen Einstellung von Arbeitnehmern an die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu denken ist. Vielmehr ist der **Betriebsrat immer dann erneut zu beteiligen, wenn Arbeitnehmer über eine auslaufende Befristung hinaus weiterbeschäftigt werden sollen**. Gegen bestehende Hinausschiebensvereinbarungen, vor deren Abschluss der Betriebsrat nicht beteiligt worden ist, könnte dieser theoretisch gem. § 101 BetrVG vorgehen und **beim Arbeitsgericht die Aufhebung der „Einstellung“ beantragen**. Mit Blick auf die typischerweise kurzen Laufzeiten derartiger Vereinbarungen dürfte ein solcher Antrag **rein praktisch nur selten erfolgreich** sein. Bis eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung vorliegt, werden die meisten Vereinbarungen bereits ausgelaufen sein. Dies würde dazu führen, dass der Antrag des Betriebsrats während des laufenden Verfahrens

unbegründet wird. So war es übrigens auch in der vom BAG entschiedenen Konstellation.



Neues vom Gesetzgeber

„Einrichtungsbezogene Impfpflicht“ – Was gilt ab Mitte März und welche (arbeitsrechtlichen) Konsequenzen drohen?

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Musterverfahren den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, gerichtet auf die vorläufige Aussetzung der sog. einrichtungsbezogenen Impfpflicht, am 10. Februar 2022 abgelehnt. § 20a des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) bleibt daher bis auf Weiteres in Kraft. Ab dem 15. März 2022 müssen Personen, die in bestimmten Einrichtungen des Gesundheitswesens tätig sind, entweder geimpft oder genesen sein. Ausgenommen sind Personen, die aufgrund einer „medizinischen Kontraindikation“ nicht geimpft werden können.

1. Erfasste Einrichtungen

Von der Regelung betroffen sind insbesondere Krankenhäuser und Tageskliniken, Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, Arzt- und Zahnarztpraxen, Rettungsdienste, Einrichtungen zur Betreuung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen sowie ambulante Pflegeeinrichtungen und -dienste.

Eine detaillierte Aufzählung findet sich in **§ 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 IfSG**. Außerdem hat das Bundesgesundheitsministerium eine ausführliche „Handreichung“ veröffentlicht, in der sich weitere Hinweise zu den erfassten Einrichtungen und zur Handhabung der gesetzlichen Regelung insgesamt finden. Diese ist am 16.02.2022 in einer überarbeiteten Fassung erschienen und kann [hier](#) abgerufen werden.

2. Erfasster Personenkreis

Von der Regelung erfasst werden **alle Personen**, die in der Klinik **tätig** sind. Nach der Gesetzesbegründung kommt es auf die Art der Beschäftigung nicht an. Erfasst sind also neben dem medizinischen und pflegerischen Personal **z.B. auch Hausmeister, Transport-, Küchen- und Reinigungspersonal**.

Es kommt ferner nicht darauf an, ob ein Arbeitsverhältnis besteht. Auch **Auszubildende/Studierende, ehrenamtlich Tätige, freie Mitarbeiter und Arbeitnehmer externer Dienstleister** werden erfasst. **Ausgenommen** sind lediglich Personen, die sich jeweils **nur wenige Minuten in der Klinik aufhalten**, z.B. Lieferfahrer, Postboten o.ä., sowie die **Patienten der Klinik** (§ 20a Abs. 6 IfSG).

Es ist grundsätzlich **nicht erforderlich**, dass **unmittelbarer Kontakt zu vulnerablen Personen**, z.B. Patienten einer Einrichtung, besteht. Nach dem Gesetzeswortlaut ist es ausreichend, dass die Personen in der Einrichtung bzw. dem Unternehmen „tätig“ sind. Gemäß einer Handreichung des Bundesgesundheitsministeriums sollen lediglich solche Personen von der Nachweispflicht ausgenommen sein, bei denen **jeglicher Kontakt zu den gefährdeten Personengruppen** wegen des Charakters der ausgeübten Tätigkeit **sicher ausgeschlossen** werden kann. Das soll z.B. bei Verwaltungsmitarbeitern der Fall sein, die **in räumlich abgetrennten Gebäudeteilen arbeiten**. Halten diese Mitarbeiter sich zumindest gelegentlich in denselben Bereichen auf, wie die durch das Gesetz zu schützenden Personen (Patienten etc.), dürften auch sie zur Vorlage eines Nachweises verpflichtet sein.

3. **Pflicht zur Vorlage eines Impfnachweises / Genesenennachweises / ärztlichen Zeugnisses über Impfbefreiung**

Die von der Nachweispflicht erfassten Personen müssen der Leitung der jeweiligen Einrichtung **bis spätestens zum 15.03.2022** einen **Impfnachweis**, einen **Genesenennachweis** oder ein **ärztliches Zeugnis** darüber, dass sie **aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht geimpft werden können**, vorlegen.

Die Begriffe „Impfnachweis“ und „Genesenennachweis“ sind **in der sog. COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV) definiert.**

Impfnachweis

Ein Impfnachweis gem. § 2 Nr. 3 SchAusnahmV ist der in verkörperter oder digitaler Form erbrachte Nachweis über das Vorliegen eines **vollständigen Impfschutzes** in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache. Der Nachweis kann also z.B. durch Vorlage des Impfpasses oder Vorzeigen des Status in der Corona-Warn-App erbracht werden.

Voraussetzung ist (derzeit), dass die vom Paul-Ehrlich-Institut im Benehmen mit dem Robert-Koch-Institut unter www.pei.de/impfstoffe/covid-19 veröffentlichten Vorgaben bzgl. verwendeter Impfstoffe, erforderlicher Anzahl an Einzelimpfungen, erforderlicher Auffrischungsimpfungen und Intervallzeiten eingehalten sind. **Die Anforderungen können sich also fortlaufend ändern.**

Derzeit reichen zwei Einzelimpfungen mit den Impfstoffen von Biontech, Moderna, AstraZeneca und Johnson & Johnson, auch, wenn diese kombiniert wurden. Zusätzlich ist die **Intervallzeit von 14 Tagen nach der zweiten Impfung** abzuwarten, um den vollständigen Impfschutz zu erlangen.

Auf der Seite des Paul-Ehrlich-Instituts finden sich zudem **drei Ausnahmen** von dem Erfordernis von zwei Einzelimpfungen für Personen, die vor oder nach der Impfung eine Corona-Infektion durchgemacht haben oder einen positiven Antikörpertest nachweisen können.

Zu Auffrischungsimpfungen („Booster“) und entsprechenden Intervallzeiten finden sich noch keine Angaben. Der **Nachweis einer Booster-Impfung** ist daher **nach jetzigem Stand nicht erforderlich**.

Genesenennachweis

Ein Genesenennachweis gem. § 2 Nr. 5 SchAusnahmV ist der in verkörperter oder digitaler Form erbrachte Nachweis über das Vorliegen eines **durch vorherige Infektion erworbenen Immunschutzes** in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache. Auch hier ist eine Vorlage in „Papierform“ oder per App möglich.

Voraussetzung ist, dass die vom Robert-Koch-Institut unter www.rki.de/covid-19-genesenennachweis veröffentlichten Vorgaben eingehalten sind:

- Die **Testung** zum Nachweis der vorherigen Infektion muss durch eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (**PCR**, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt sein.
- Das Datum der Abnahme des positiven Tests muss **mindestens 28 Tage zurückliegen**.
- Das Datum der Abnahme des positiven Tests darf **höchstens 90 Tage zurückliegen**.

Genesene Personen, bei denen der **positive Test mehr als 90 Tage zurückliegt**, gelten somit **nicht mehr als genesen** und **benötigen daher zusätzlich eine Impfung**. Sie gelten ab dem Tag der verabreichten Dosis (nicht erst nach 14 Tagen) als vollständig geimpft (zu diesen Sonderfällen: www.pei.de/impfstoffe/covid-19).

4. Folgen bei Nichtvorlage eines Nachweises / Zweifeln an der Echtheit / Richtigkeit

Wird ein Nachweis bis zum 15.03.2022 nicht vorgelegt oder bestehen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises, hat die **Klinikleitung unverzüglich das zuständige Gesundheitsamt zu**

benachrichtigen und folgende **personenbezogene Daten der betroffenen Person zu übermitteln:**

- Name, Vorname
- Geschlecht
- Geburtsdatum
- Anschrift der Hauptwohnung oder des gewöhnlichen/derzeitigen Aufenthaltsorts
- Telefonnummer (wenn vorhanden)
- E-Mail-Adresse (wenn vorhanden)

Das Gesundheitsamt wird die betroffene Person sodann **noch einmal unter Fristsetzung zur Vorlage eines Nachweises auffordern**. Bestehen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des ärztlichen Zeugnisses über eine medizinische Kontraindikation, kann das Gesundheitsamt eine **ärztliche Untersuchung** dazu **anordnen**, ob die betroffene Person aufgrund medizinischer Gründe nicht geimpft werden kann.

5. Personen, die trotz Aufforderung keinen Nachweis vorlegen oder der Anordnung der ärztlichen Untersuchung nicht Folge leisten, **kann das Gesundheitsamt das Betreten der Klinik bzw. die Tätigkeit in der Klinik untersagen**. Hierbei handelt es sich allerdings um eine **einzelfallbezogene Ermessensentscheidung** des Gesundheitsamts. Dabei könnte z.B. auch berücksichtigt werden, ob es durch Tätigkeitsverbote zu Personalengpässen kommt oder ob die betroffene Person überhaupt direkten Kontakt zu gefährdeten Personen hat (wenn diese nicht ohnehin schon von den in der Einrichtung „tätigen“ Personen ausgenommen ist, s.o.). Denkbar ist ferner, dass die Gesundheitsämter von Tätigkeitsverboten absehen, wenn Arbeitnehmer bereits einmal geimpft sind und die Erlangung des vollständigen Impfschutzes somit relativ kurz bevorsteht. Es bleibt abzuwarten, wie sich die Gesundheitsämter hier positionieren und ob diese angesichts der voraussichtlich eintretenden Arbeitsüberlastung überhaupt „hinterherkommen“ werden.

Neben einem Zutritts- oder Tätigkeitsverbot können die Gesundheitsämter **Bußgelder bis zu 2.500 €** verhängen (§ 73 Abs. 1a Nr. 7h, Abs. 2 IfSG). Auch hierbei handelt es sich um eine **Ermessensentscheidung**. Es ist davon auszugehen, dass

der Bußgeldrahmen in den seltensten Fällen ausgeschöpft werden wird.

6. Arbeitsrechtliche Konsequenzen

Wird Arbeitnehmern die Tätigkeit in der Einrichtung untersagt, **entfällt grundsätzlich die Pflicht zur Lohnzahlung für den Zeitraum der Untersagung**. Das stellt die Gesetzesbegründung ausdrücklich klar. Das Verbot bezieht sich allerdings nur auf die Tätigkeit „in“ der Einrichtung. Ist eine Beschäftigung im Homeoffice möglich und bieten Arbeitgeber eine solche nicht an, laufen sie Gefahr, sich Annahmeverzugs- bzw. Schadensersatzansprüchen der Arbeitnehmer auszusetzen.

Bis zu einer Untersagungsverfügung des Gesundheitsamts ist der jeweilige Arbeitnehmer grundsätzlich **weiterzubeschäftigen**, natürlich unter Einhaltung der ohnehin geltenden **3G-Regel** am Arbeitsplatz. Das Bundesgesundheitsministerium hat in der neuesten Fassung seiner Handreichung klargestellt, dass die öffentlich-rechtliche Vorschrift des § 20a IfSG kein Recht des Arbeitgebers zur Freistellung begründet.

Ob weitere arbeitsrechtliche Maßnahmen zulässig sind, ist im Einzelfall zu prüfen. Hier ist zu unterscheiden: **Weigert** sich der Arbeitnehmer schlicht, einen Nachweis vorzulegen, verstößt er gegen seine **vertragliche Nebenpflicht zur Mitwirkung aus § 241 Abs. 2 BGB**. Dies berechtigt den Arbeitgeber zur **Abmahnung**. Lehnt der Arbeitnehmer trotz der Abmahnung die Vorlage eines Nachweises ohne Begründung ab, kommt eine **verhaltensbedingte Kündigung** in Betracht.

Ist der Arbeitnehmer **nicht zur Vorlage eines Nachweises in der Lage**, weil er einen solchen nicht besitzt, dürften Abmahnung und verhaltensbedingte Kündigung regelmäßig nicht in Betracht kommen. Gegen die Zulässigkeit spricht etwa der Umstand, dass § 20a IfSG als Rechtsfolge das Tätigkeitsverbot vorsieht, das zum Entfallen der Lohnzahlungspflicht führt. Wenn ein Arbeitnehmer eine **Impfung endgültig verweigert**, kommt allerdings grundsätzlich eine **personenbedingte Kündigung** in Betracht,

da dieser dauerhaft nicht mehr in der Einrichtung eingesetzt werden kann. Allerdings soll die Impfpflicht zunächst nur bis zum 31.12.2022 gelten. Danach könnte der sich weigernde Arbeitnehmer wieder eingesetzt werden; bis dahin schuldet der Arbeitgeber keine Vergütung. Ob die Arbeitsgerichte vor diesem Hintergrund eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses zulassen würden, ist fraglich. Dies gilt erst recht, wenn die für den Arbeitnehmer geltende Kündigungsfrist den 31.12.2022 überdauert.

Eine **außerordentliche Kündigung** kommt in Betracht, wenn Arbeitnehmer **gefälschte Nachweise** vorlegen. § 20a IfSG verfolgt den Zweck, besonders vulnerable Personen vor einer Ansteckung mit dem Coronavirus zu schützen. Legen Arbeitnehmer gefälschte Impf-, Genesenen- oder Befreiungsnachweise vor, täuschen sie nicht nur ihrem Arbeitgeber falsche Tatsachen vor, sondern nehmen auch eine Gefährdung der besonders zu schützenden Personen billigend in Kauf. Dies begründet einen **wichtigen Grund** zur fristlosen Kündigung.

7. Umgang mit neu eintretenden Arbeitnehmern

Ab dem 16.03.2022 dürfen keine neuen Arbeitnehmer mehr in Einrichtungen gem. § 20a Abs. 1 IfSG tätig werden, die über keinen Impf- oder Genesennachweis bzw. ein ärztliches Zeugnis über eine Impfbefreiung verfügen (§ 20a Abs. 3 IfSG). Arbeitgebern ist daher dringend zu raten, **nur noch Arbeitsverträge mit Personen abzuschließen, die über einen entsprechenden Nachweis verfügen und diesen vorgelegt haben.**

Ist dies versäumt worden, kommt eine **Probezeitkündigung** in Betracht. Verträge, die jetzt bereits abgeschlossen sind, können auch schon **vor deren Invollzugsetzung** – unter Einhaltung der für die Probezeit vorgesehenen Kündigungsfrist – gekündigt werden.

8. Ablauf der Nachweise nach dem 15.03.2022

Wenn Nachweise nach dem 15.03.2022 aufgrund Zeitablaufs ihre Gültigkeit verlieren (etwa, weil der Genesenenstatus nach 90 Tagen abgelaufen ist oder eine Auffrischungsimpfung erforderlich ist), müssen die betroffenen **Arbeitnehmer von**

sich aus der Leitung der Einrichtung innerhalb eines Monats nach Ablauf der Gültigkeit des bisherigen Nachweises einen neuen Nachweis vorlegen. Unterlassen sie dies oder bestehen Zweifel an der Echtheit bzw. inhaltlichen Richtigkeit des Nachweises, ist wiederum das Gesundheitsamt zu informieren.

Einrichtungen, die von der Regelung in § 20a IfSG betroffen sind, sollten **spätestens jetzt handeln** und die bei ihr tätigen Personen auffordern, einen Impf-, Genesenen- oder Befreiungsnachweis vorzulegen. Ein Hinweis auf die Rechtsfolgen bei Fehlen eines Nachweises könnte den einen oder anderen Arbeitnehmer noch dazu bewegen, sich impfen zu lassen.

Leider bleibt es den Einrichtungen derzeit nicht erspart, regelmäßig auf den Seiten des Paul-Ehrlich-Instituts (www.pei.de/impfstoffe/covid-19) und Robert-Koch-Instituts (www.rki.de/covid-19-genesennachweis) nachzusehen, welche Anforderungen aktuell an Impf- bzw. Genesenennachweise gestellt werden. Ob es bei dieser Verweisungstechnik in der SchAusnahmV bleibt, ist fraglich. Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach hat jüngst verlautbaren lassen, jedenfalls über den Genesenenstatus zukünftig wieder selbst entscheiden zu wollen. Vermutlich werden die Definitionen daher schon bald wieder direkt in der SchAusnahmV zu finden sein. Im Übrigen hatte auch das Bundesverfassungsgericht die vom Gesetzgeber in § 20a IfSG gewählte Regelungstechnik – doppelte dynamische Verweisung zunächst in die SchAusnahmV und dann auf die Internetseiten des PEI bzw. RKI – kritisiert.



Neues aus der Rechtsprechung

Jahresbeurteilung wird nicht nach den Zeugnisgrundsätzen überprüft

Insbesondere in internationalen Konzernen spielen detaillierte Beurteilungssysteme eine große Rolle. Diese werden oftmals von der Konzernspitze vorgegeben und dann auch in deutschen Unternehmen angewandt. Anhand einer bestimmten Notenskala wird dann eine Jahresbeurteilung vorgenommen, die oft Grundlage für etwaige Gehaltserhöhungen oder andere Entwicklungsmöglichkeiten im Unternehmen ist, ohne dass zwingend ein unmittelbarer Geldwert der Beurteilung entgegensteht. Mit der Frage des Maßstabs der Überprüfung einer entsprechenden Bewertung hat sich das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein beschäftigt (Urteil vom 09.12.2021, Az. 5 Sa 149/21). Es hat einer Übertragung der Grundsätze der Erteilung von Arbeitszeugnissen eine Absage erteilt.

Gegenstand des Rechtsstreits war die Klage eines regionalen Vertriebsleiters. Zuletzt beantragte er eine Verbesserung seiner Jahresbewertung. Diese wird bei der Arbeitgeberin anhand einer Skala von 1-3 durchgeführt, wobei jede Stufe drei Unterstufen hat (1,1 = schlechteste Bewertung; bis 3,3 = beste Bewertung). Bewertungsgrundlage sind bestimmte Ziele, die sich auf Leistungs- und Führungsaufgaben des Mitarbeiters beziehen. Der Mitarbeiter hatte in den Vorjahren regelmäßig eine Gesamtbewertung von 2,2

erhalten, im Jahr 2019 lediglich 2,1. Er klagte auf Anhebung der Bewertung auf 2,2.

Das LAG lehnte einen entsprechenden Anspruch ab. Es stellte dabei fest, dass für die hier strittige Performancebeurteilung nicht die gleichen Grundsätze wie zur Erteilung eines Arbeitszeugnisses gemäß § 109 Abs. 1 GewO anzulegen seien. Denn ein Arbeitszeugnis sei dazu bestimmt, dem ausscheidenden Arbeitnehmer als Unterlage für zukünftige berufliche Entwicklungen zu dienen. Die Performancebeurteilung hingegen habe lediglich innerdienstliche Zwecke. Die entsprechende Jahresbeurteilung sei stets ein Akt wertender Erkenntnis, bei dem dem beurteilenden Arbeitgeber ein Beurteilungsspielraum zustehe. Das Ergebnis der Beurteilung sei eine Tatsache, deren Richtigkeit nicht gerichtlich überprüft werden könne, lediglich der Beurteilungsvorgang sei einer solchen Überprüfung zu unterziehen. Nur, wenn der Beurteilung sachfremde Erwägungen zugrunde lägen oder allgemein gültige Bewertungsmaßstäbe außer Acht gelassen würden, sei der dem Arbeitgeber zustehende Beurteilungsspielraum überschritten. Weiterhin sei gerichtlich überprüfbar, ob die Beurteilung auf einer richtigen und umfassenden Tatsachengrundlage beruhe. Vor diesem Hintergrund waren die gegen die Beurteilung gerichteten Angriffe des Arbeitnehmers nicht ausreichend.

Das Urteil ist nicht überraschend, verdient jedoch gewisse Beachtung. Denn insbesondere werden die Darlegungs- und Beweislastregeln für Streitigkeiten über die Leistungs- und Führungsbeurteilungen aus Zeugnissen nicht auf entsprechende Performancebeurteilungen übertragen. Das bedeutet, dass auch bei unterdurchschnittlichen Jahresbewertungen die Darlegungs- und Beweislast nicht beim Arbeitgeber liegt, sondern der Arbeitnehmer, der sich auf eine bessere Bewertung beruft, vollständig darlegungs- und beweisbelastet bleibt. Nicht selten sind die Jahresbewertungen zumindest mittelbar von nicht unerheblicher finanzieller Bedeutung und werden diese jedenfalls in (bevorstehenden) Trennungsprozessen Gegenstand umfänglicher Auseinandersetzung. Wir beraten Sie gerne zur Umsetzung entsprechender Systeme sowie in Streitfällen.

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



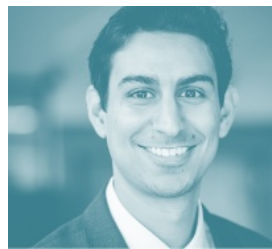
Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



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



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