

NEWSLETTER

Sehr geehrte Damen und Herren,

in unserem aktuellen Newsletter November 2021 möchten wir Sie auf die folgenden für die Praxis wichtigen Gesetzesänderungen hinweisen:

Inhalt:

1. Coronaimpfung – was darf der Arbeitgeber?	S. 1
2. Schon wieder Änderung von Ausschlussklauseln?	S. 4
3. Coronabonus bleibt steuerfrei bis 31.03.2022!	S. 5
4. Wie kann die Probezeit verlängert werden?	S. 5

1. Coronaimpfung – was darf der Arbeitgeber?

Wir befinden uns in der 4. Welle der Coronapandemie. Die Impfquote in Deutschland stagniert. Die Politik ist gefragt, um Impfanreize zu setzen, sodass uns ein dramatischer Verlauf der 4. Welle an Corona-Infektionen erspart bleibt. Wann die Ampelkoalition ihre Regierungstätigkeit aufnimmt und die ersten Coronagesetze und Rechtsverordnungen erlassen wird, ist noch völlig unklar.

Selbstverständlich wünschen sich auch Arbeitgeber, dass sich möglichst viele ihrer Mitarbeiter gegen das Coronavirus impfen lassen, um eine Infektionswelle in der Belegschaft zu vermeiden.

Es stellt sich daher die Frage, welche Möglichkeiten es für Arbeitgeber gibt, möglichst viele Mitarbeiter zu einer Impfung zu bewegen oder zumindest zu einer Risikogruppe gehörende Mitarbeiter vor einer Ansteckung durch ungeimpfte Mitarbeiter zu schützen.

Problematisch ist dabei, dass in Deutschland keine allgemeine Impfpflicht besteht. Aus diesem Grunde dürfen Arbeitgeber eine solche auch nicht in ihren Betrieben einführen. Verlangt ein Arbeitgeber von einem Mitarbeiter eine Impfung gegen das Coronavirus, muss der Mitarbeiter dieser Aufforderung grundsätzlich nicht nachkommen. Etwaige arbeitsrechtliche Sanktionen wegen der „Impf-

verweigerung“ wären daher grundsätzlich unwirksam. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn der Arbeitgeber in einem Bereich tätig ist, bei dem eine hohe Infektionsgefahr besteht und bei dem die Kunden des Arbeitgebers voraussetzen, dass seine Mitarbeiter gegen das Coronavirus geimpft sind. Einschlägige Rechtsprechung zu diesem Problemkreis gibt es jedoch leider noch nicht.

Impfanreize durch den Arbeitgeber:

Viele Arbeitgeber denken darüber nach, Arbeitnehmern eine „Belohnung“ zu versprechen, falls diese sich gegen das Coronavirus impfen lassen (z. B. durch Zahlung eines Impfbonus an die Mitarbeiter).

Ob diese Vorgehensweise rechtlich zulässig ist, ist in der juristischen Literatur hoch umstritten. Einschlägige Rechtsprechung gibt es hierzu leider noch nicht.

Es besteht insoweit das Risiko, dass auch ungeimpfte Mitarbeiter in den Genuss des Impfbonus kommen, da diese Vorgehensweise einen Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz darstellen könnte, was wiederum zu einem Anspruch auch der ungeimpften Mitarbeiter führen könnte.

Unseres Erachtens liegt jedoch kein Verstoß gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz vor. Zwar ist eine Ungleichbehandlung ungeimpfter und geimpfter Mitarbeiter gegeben. Diese ist jedoch unseres Erachtens durch die wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers und seine Schutzpflichten gegenüber der Belegschaft gerechtfertigt.

Abfragen des Impfstatus:

Angaben zum Impfstatus sind besonders schützenswerte Gesundheitsdaten. Arbeitgeber dürfen diese Daten daher nur unter sehr eingeschränkten Voraussetzungen bei ihren Beschäftigten abfragen. Bis September 2021 stand nur den Arbeitgebern der Gesundheitsberufe ein Fragerecht gegenüber ihrer Belegschaft zu. Dieses Fragerecht wurde nun durch eine Ergänzung des Infektionsschutzgesetzes erweitert.

§ 36 Abs. 3 Infektionsschutzgesetz wurde nunmehr wie folgt abgeändert:

„Sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Abs. 1 Satz 1 eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat und soweit dies zu Verhinderung der Verbreitung der Corona-Virus-Krankheit-2019 (Covid-19) erforderlich ist, darf der Arbeitgeber in denen in den Absätzen 1 und 2 genannten Einrichtungen und Unternehmen personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus in Bezug auf die Corona-Virus-Krankheit-2019 (Covid-19) verarbeiten, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden.“

Die Norm bezieht sich auf die § 36 Abs. 1, Abs. 2, § 33 Infektionsschutzgesetz. Die dort genannten Einrichtungen sind etwa Kindertageseinrichtungen, Kinderhorte, Schulen oder Heime. Auch dort darf der Arbeitgeber nunmehr den Impfstatus seiner Beschäftigten abfragen. In allen anderen Bereichen bleibt die Erhebung und Verarbeitung von Informationen zum Impfstatus ein datenschutzrechtlich heikles Unterfangen.

Nach Art. 9 Abs. 2 der Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) in Verbindung mit § 36 Abs. 3 Satz 1 Bundesdatenschutzgesetz kann eine Datenverarbeitung zulässig sein, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht erforderlich ist. Ob Angaben zum Impfstatus für die Durchführung eines Arbeitsverhältnisses überhaupt erforderlich sind oder ob ein Arbeitsverhältnis nicht grundsätzlich auch im Rahmen der SARS-COV2-Arbeitsschutzverordnung sicher fortgeführt werden kann, wird kontrovers diskutiert. Die zuständigen Datenschutzbehörden sind hier leider sehr restriktiv. Von einer Erforderlichkeit könne nur ausgegangen werden, wenn der Arbeitgeber ohne die Information schlechterdings nicht in der Lage ist, seinen Betrieb zu organisieren oder seinen Verpflichtungen als Arbeitgeber nachzukommen.

Vor diesem Hintergrund stellt sich immer wieder die Frage nach dem Umgang mit freiwilligen Auskünften der Arbeitnehmer zu ihrem Impfstatus. Nach Art. 9 Abs. 2 a DS-GVO kann eine Datenverarbeitung zulässig sein, wenn die Beschäftigten ausdrücklich in die Erhebung ihres Impfstatus und die Verarbeitung dieser Information für bestimmte Zwecke **einwilligen**. Eine Einwilligung ist indes nur wirksam, wenn sie **freiwillig** erteilt wird. Im Beschäftigungskontext werden hohe Anforderungen an die Freiwilligkeit solcher Erklärungen gestellt, da sich die Beschäftigten in einem mehr oder weniger stark ausgeprägten Abhängigkeitsverhältnis zu ihrem Arbeitgeber befinden. Viele Datenschutzbehörden sehen daher eine Einwilligung als Grundlage für die Datenverarbeitung des Impfstatus sehr kritisch. Der hessische Datenschutzbeauftragte hat jetzt in einer „Handreichung“ weitergehende Überlegungen zur Freiwilligkeit einer solchen Einwilligung angestellt. Nach Auffassung des hessischen Datenschutzbeauftragten kann eine solche Freiwilligkeit dann vorliegen, wenn für Beschäftigte ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil erreicht wird oder Arbeitgeber und Beschäftigte gleich gelagerte Interessen verfolgen (§ 26 Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz). Eine Verarbeitung des Impfstatus komme daher dann in Betracht, **wenn die Einwilligung im Zusammenhang mit einem Anreizprogramm** erfolge. Denkbar sind hier Impfprämien oder eine unkomplizierte Impfung im Betrieb. Gleich gelagerte Interessen verfolgen die Parteien nach dieser Auffassung dann, wenn grundsätzlich eine Testpflicht besteht und der Beschäftigte sich von dieser Testpflicht durch die Offenlegung seines Impfstatus befreien kann.

Praxistipp:

Auch wenn dem Arbeitgeber nach der aktuellen Gesetzeslage nur in Ausnahmefällen ein Fragerecht bezüglich des Impfstatus des Mitarbeiters zusteht, ist dringend zu empfehlen, alle Mitarbeiter nach dem Impfstatus zu befragen, um damit in Erfahrung zu bringen, welche Mitarbeiter noch nicht geimpft oder genesen sind.

Den ungeimpften oder nicht genesenen Mitarbeitern sollte dann ein Impfanreiz zum Beispiel in Form eines Impfbonus (z. B. auch in Form eines steuerfreien Coronabonus) angeboten werden, um damit zu erreichen, dass möglichst alle Mitarbeiter im Unternehmen geimpft sind.

Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht



2. Schon wieder Änderungen von Ausschlussklauseln?

Mit Ausschlussfristen in den Arbeitsverträgen können Arbeitgeber das Risiko reduzieren, dass Arbeitnehmer plötzlich rückwirkend für mehrere Jahre Ansprüche geltend machen können, zum Beispiel Überstundenvergütung oder Sonderzahlungen.

Nach der Rechtsprechung ist es rechtlich zulässig im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, dass Ansprüche innerhalb einer Frist von 3 Monaten geltend gemacht werden müssen und andernfalls verfallen. Zusätzlich kann als zweite Stufe noch eine weitere Frist zur gerichtlichen Geltendmachung von 3 Monaten vereinbart werden, wenn die außergerichtliche Geltendmachung keinen Erfolg hatte.

Nach der Rechtsprechung unterliegen diese Ausschlussfristen jedoch strengen inhaltlichen Anforderungen, damit sie ausreichend „transparent“ sind und keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstellen. In der Rechtsprechung entstehen immer weitere Einschränkungen, die bei der Formulierung zu beachten sind, damit die Ausschlussfristen wirksam sind.

Zunächst darf die Ausschlussfrist nicht kürzer als 3 Monate sein. Aufgrund gesetzlicher Vorgabe darf auch keine „schriftliche“ Geltendmachung gefordert werden, sondern es muss „Textform“ ausreichen.

Seit in Kraft treten des Mindestlohngesetzes im Jahre 2015 müssen Mindestlohnansprüche ausdrücklich von der Geltung der Ausschlussfrist ausgenommen werden.

Bisher ging die Rechtsprechung davon aus, dass Ansprüche wegen vorsätzlicher Vertragsverletzung und vorsätzlicher Schädigung nicht von der Ausschlussfrist erfasst sind.

Das Bundesarbeitsgericht hat jetzt in seinem Urteil vom 26.11.2020 (Az.:8 AZR 58/20) seine Rechtsauffassung geändert. Werden Ansprüche aus vorsätzlichem Handeln nicht ausdrücklich von der Ausschlussfrist ausgenommen, führt dies nunmehr zur Nichtigkeit der gesamten Klausel und alle Ansprüche können auch nach mehr als 3 Monaten noch geltend gemacht werden.

Praxistipp:

Alle Ausschlussfristen in den Arbeitsverträgen sollten daher schnellstmöglich der aktuellen Rechtsprechung angepasst werden.

Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht



3. Coronabonus bleibt bis 31.03.2022 steuerfrei!

Wie wir Ihnen bereits in unserem Newsletter Juli 2020 mitgeteilt hatten, hat die Bundesregierung im Zusammenhang mit der Coronapandemie einen steuerfreien Coronabonus in Höhe von bis zu € 1.500,00 eingeführt, mit dem Arbeitgeber aller Branchen ihren Beschäftigten ihre besondere unverzichtbare Leistung während der Coronapandemie honorieren können.

Diese Regelung, die ursprünglich bis zum 31.12.2020 befristet und dann bis zum 30.06.2021 verlängert wurde, wurde nunmehr **letztmalig bis zum 31.03.2022 verlängert**. Danach ist der Bonus wieder voll lohnsteuer- und sozialversicherungsbeitragspflichtig. Dabei kann dieser Bonus auch gestaffelt werden. Dies bedeutet, dass dann, wenn einem Mitarbeiter von dem Gesamtbetrag in Höhe von € 1.500,00 bereits ein Betrag in Höhe von € 500,00 ausgezahlt wurde, dem Mitarbeiter zum Beispiel mit dem Gehalt für den Monat Dezember 2021 ein weiterer Bonus in Höhe von € 500,00 und mit dem Gehalt für März 2022 ein weiterer Bonus in Höhe von € 500,00 gezahlt werden, bis der Gesamtbetrag in Höhe von € 1.500,00 ausgeschöpft ist.

Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht



4. Wie kann die Probezeit verlängert werden?

Nach der 6-monatigen Probezeit sollte eigentlich klar sein, ob der Arbeitnehmer „passt“ und die Chemie stimmt. Ist es aber häufig nicht. Dann möchten Arbeitgeber gerne die Probezeit nachträglich verlängern. Insoweit stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang die Probezeit nachträglich rechtssicher verlängert werden kann.

Problematisch ist insoweit, dass in § 622 Abs. 3 BGB geregelt ist, dass die **Probezeit maximal 6 Monate betragen darf** und auch die Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes exakt 6 Monate beträgt, sodass häufig die vereinbarte Probezeit und die Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes, nachdem ein Arbeitnehmer Kündigungsschutz genießt, deckungsgleich sind. Dies bedeutet, dass allein die bloße Verlängerung der Probezeit dem Arbeitgeber in der Regel nichts bringt, da der Arbeitnehmer dann nach Ablauf der 6-monatigen Wartezeit des Kündigungsschutzgesetzes dennoch Kündigungsschutz genießen würde.

Um dennoch eine nachträgliche Verlängerung der Probezeit über 6 Monate hinaus vorzunehmen, ohne dass der Arbeitnehmer Kündigungsschutz genießt, gibt es für den Arbeitgeber zwei Möglichkeiten:

Zum einen kann er entweder gegenüber dem Arbeitnehmer innerhalb der Probezeit eine Kündigung aussprechen, deren Frist über das Ende der bisherigen Probezeit hinausreicht.

Oder er schließt mit dem Arbeitnehmer einen Aufhebungsvertrag ab, der das Arbeitsverhältnis erst eine gewissen Zeit nach Ablauf der Probezeit enden lässt.

Ein Risiko der Unwirksamkeit besteht indes bei beiden Varianten. Es wird nämlich jeweils die Beendigung des Arbeitsverhältnisses „künstlich verschoben“, sodass sowohl bei der Kündigung als auch beim Aufhebungsvertrag eine Einstufung als nachträgliche Befristung des Arbeitsvertrages droht. Diese nachträgliche Befristung des Arbeitsvertrages ist gemäß § 14 Abs. 1 Satz 1 TzBfG grundsätzlich nur zulässig, wenn sie durch einen sachlichen Grund im Sinne des § 14 Abs. 1 Satz 2 TzBfG gerechtfertigt ist, wobei der Sachgrund der Erprobung aus § 14 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 TzBfG eine sich an die Probezeit anschließende nachträgliche Befristung in aller Regel nicht rechtfertigen kann, da der Sachgrund der Erprobung nach der Rechtsprechung nur dann vorliegt, wenn die Erprobungszeit in einem angemessenen Verhältnis zu der in Aussicht genommenen Tätigkeit steht. Eine Erprobungszeit von über 6 Monaten erachtet das BAG nur bei Vorliegen besonderer Einzelumstände als gegeben.

Für die Wirksamkeit einer nachträglichen Verlängerung der Probezeit ist damit entscheidend, ob sie als unzulässige nachträgliche Befristung des Arbeitsverhältnisses einzustufen ist und/oder ob durch sie die zwingenden Vorschriften des Kündigungsschutzgesetzes umgangen werden.

Wirklich verlässliche Aussagen darüber, wie lange eine Probezeit wirksam verlängert werden kann, enthält die Rechtsprechung des BAG und der Instanzgerichte leider nicht.

Auf der sicheren Seite stehen Arbeitgeber jedenfalls dann, wenn sie den Beendigungszeitpunkt an der Dauer der nach Ende der Probezeit geltenden Kündigungsfrist ausrichten oder diesen jedenfalls **nicht später als 4 Monate nach Ablauf der Probezeit ansetzen**, da das BAG in der einschlägigen Entscheidung eine Verlängerung des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines Aufhebungsvertrages um 4 Monate noch als zulässig angesehen hat.

Zudem sollte der Text der Kündigung oder des Aufhebungsvertrages eine **Wiedereinstellungszusage** dergestalt enthalten, dass dem Arbeitnehmer durch die Verlängerung der Probezeit eine Chance zur weiteren Bewährung gegeben wird. Ferner sollte in dem Kündigungsschreiben oder dem Aufhebungsvertrag mitaufgenommen werden, dass der Arbeitnehmer den Arbeitgeber bisher nicht von seinen Leistungen überzeugen konnte und deshalb eine weitere Erprobung erforderlich ist.

Praxistipp:

Nachdem es bei einer Verlängerung der Probezeit u. a. auf den genauen Wortlaut der Formulierung im Kündigungsschreiben bzw. im Aufhebungsvertrag ankommt, ist bei einer Verlängerung der Probezeit größte Vorsicht geboten. Andernfalls besteht die große Gefahr, dass dem Arbeitnehmer im Falle der Verlängerung der Probezeit der volle Kündigungsschutz nach 6 Monaten zusteht und die Trennung von dem Mitarbeiter nur durch eine teure Abfindung möglich ist.

Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht



Für weitere Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Hans-Jürgen Marx
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Arbeitsrecht