

Hinweise für Arbeitgeber

3G am Arbeitsplatz

22. November 2021

Mit der Neufassung des § 28b IfSG sind über den Winter hinweg die Regeln für die Arbeit im Betrieb und im Homeoffice neu gefasst worden. Die Auswirkungen gehen dabei über das hinaus, was noch im Frühjahr galt. Mit den wichtigsten FAQs finden Sie ein wenig schneller den Weg durch das Dickicht der Regelungen:

1. Wie gilt 3G am Arbeitsplatz?

3G am Arbeitsplatz verpflichtet sowohl Arbeitnehmer als auch Arbeitgeber.

Sobald **Mitarbeiter** den Arbeitsplatz/Betrieb betreten wollen, müssen Sie zur Kontrolle der 3G-Regelungen einen Nachweis vorlegen oder beim Arbeitgeber hinterlegt haben, § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG.

Arbeitgeber wiederum sind dazu verpflichtet, diese Nachweispflicht auch tatsächlich zu kontrollieren und zu dokumentieren, § 28b Abs. 3 Satz 1 IfSG.

Achtung: Nach § 73 Abs. 1a lit. 11b und 11d ist ein Verstoß gegen diese Regelungen sowohl für Mitarbeiter wie auch für Arbeitgeber bußgeldbewährt.

2. Wie wird 3G erfüllt?

Die **Nachweise** können (nur) erbracht werden durch

- Nachweis eines vollständigen Impfschutzes (14 Tage nach der 2. Dosis)
- Genesenennachweis (durch PCR nachgewiesene Infektion, die mindestens 28 Tage zurückliegt, aber noch nicht länger als 6 Monate)
- Nachweis durch einen Test (Bürgertest max. 24 Stunden alt; PCR-Test max. 48 Stunden alt; Schnelltest im Betrieb nur bei fachgerechter Aufsicht bei Testung)

Hinweis: Auch wenn der Gesetzestext keine ausdrückliche Regelung hierzu trifft, sprechen Systematik des Gesetzes und die Begründung des Entwurfes dafür, dass sowohl die **Kosten** für einen außerbetrieblichen Test vom Mitarbeiter zu tragen sind (derzeit sind diese Tests aber ohnehin kostenfrei), und dass die Zeit für die Testung **keine** vergütungspflichtige **Arbeitszeit** ist.

3. Gibt es weiterhin Tests durch den Arbeitgeber?

Ja, aber ... Nach wie vor müssen Arbeitgeber pro Woche den Mitarbeitern **zwei kostenlose Tests** anbieten. Durch diese Tests kann allerdings ein Nachweis zur Einhaltung der 3G Regeln nicht ohne weiteres geführt werden.

Der 3G-Nachweis ist jeden Tag zu leisten – die Anbiertungspflicht für den Arbeitgeber indes weiterhin auf 2 Tage in der Woche beschränkt; zudem muss der Test unter fachgerechter Aufsicht einer hierfür qualifizierten Kraft des Arbeitgebers durchgeführt werden. Da eine Pflicht des Arbeitgebers zur Bereitstellung einer solchen Kraft nicht besteht, können Arbeitgeber überlegen, ob



Dr. Markus J. Goetzmann, LL.M.
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
markus.goetzmann@llr.de

Haben Sie Fragen?
Gerne stehen unsere Experten
für Arbeitsrecht zu Ihrer
Verfügung:

Telefon: +49 221 55400-110
Telefax: +49 221 55400-191

**LLR Legerlotz Laschet
und Partner Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB**
Mevissenstraße 15
50668 Köln
Deutschland
Telefon: +49 221 55400-0
Telefax: +49 221 55400-190
www.llr.de

Sitz: Köln
Registrierung:
AG Essen PR 3609

sie die hiermit entstehenden Personalkosten wirklich auf sich nehmen wollen, oder aber dies in die Verantwortung der Mitarbeiter legen.

4. **Gibt es jetzt ein Fragerecht für den Arbeitgeber?**

Jein. Politisch und rechtlich umstritten war bislang, ob Arbeitgeber ein Fragerecht nach dem Impf- oder Genesenenstatus ihrer Mitarbeiter haben. Das war gesetzlich bislang nur für einige Berufsgruppen vorgesehen.

Die neuen Regelungen sehen zwar **kein unmittelbares Fragerecht** nach dem Impfstatus vor. Sie führen **aber mittelbar** dazu, dass viele Mitarbeiter ihren Impf- oder Genesenenstatus offenlegen werden, um die tägliche Test- und Nachweispflicht zu vermeiden. Insoweit besteht ein entsprechender Auskunftsanspruch des Arbeitgebers.

5. **Ist die Erfassung und Nutzung der Daten datenschutzkonform?**

Ja. § 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG regelt ausdrücklich, dass der Arbeitgeber zum Zwecke der Überprüfung und Dokumentation der vorstehend genannten Pflichten personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten darf.

Das Gesetz geht sogar **noch einen Schritt weiter**: Die Daten dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes verwendet werden, soweit dies erforderlich ist, § 28b Abs. 3 Satz 4 IfSG.

Der Arbeitgeber muss insoweit die Regelung des § 22 Abs. 2 BDSG beachten (d.h. Maßnahmen zum Schutz dieser besonders sensiblen Daten vorsehen).

6. **Gibt es eine Homeoffice-Pflicht oder einen Homeoffice-Anspruch?**

Weder das eine noch das andere gibt es in Reinform. Letztlich liegt (wie bereits im Frühjahr) eine **Sollvorschrift mit Appellfunktion** vor.

§ 28b Abs. 4 Satz 1 IfSG regelt, dass der **Arbeitgeber** den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten hat, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Diese **Regelung entspricht wörtlich der bereits im Frühjahr verabschiedeten Regelung**, die vielfach fälschlicherweise als Homeoffice-Pflicht bezeichnet wurde. Tatsächlich handelt es sich nur um die Pflicht, ein Angebot zu unterbreiten, und auch diese nur für bestimmte Tätigkeiten und selbst bei diesen nur dann, wenn nicht „zwingende betriebliche Gründe“ entgegenstehen.

Neu gegenüber dem Frühjahr ist die Regelung des § 28b Abs. 4 Satz 2 IfSG, die regelt, dass die **Beschäftigten dieses Angebot anzunehmen haben**, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. Hier reichen wiederum bereits „einfache“ Gründe aus (die Gesetzesbegründung nennt exemplarisch fehlende technische Ausstattung, Störung durch Dritte oder nicht ausreichender Platz).

Der Arbeitnehmer kann seine Ablehnung formlos und ohne Begründungszwang mitteilen. Der Arbeitgeber ist für sein Angebot ebenfalls nicht an ein bestimmtes Formerfordernis gebunden; da er aber dokumentieren muss, dass

er seinen Verpflichtungen nachgekommen ist, sollte eine solche Dokumentation erfolgen und kann dies z.B. durch ein **Angebot in Textform** (E-Mail), auch an einen größeren Verteiler, erledigt werden.

Hinweis: Es gibt auch nach der neuen Fassung **keinen einklagbaren Anspruch auf Homeoffice**. Es gibt nach wie vor nur eine Angebotspflicht, die mittelbar zwar in bestimmten Fällen darauf hinauslaufen kann, dass der Arbeitnehmer einen Anspruch auf ein entsprechendes Angebot hat. Als einklagbarer Anspruch ist die Regelung aber gerade nicht gestaltet worden, und da sie ihrerseits auch nur zeitlich befristet ist (siehe nachstehend unter 8.), dürfte ein Erstreiten eines Arbeitsplatzes im Homeoffice vor dem Ablauf der Befristung der Regelung nur unter schwierigen Bedingungen möglich sein.

7. Wenn Homeoffice möglich ist: nach welchen Regeln wird dieses gestaltet und wer trägt die Kosten?

Weder das eine noch das andere wird durch den Gesetzgeber geregelt. § 28b Abs. 6 IfSG sieht zwar eine Ermächtigung für das BMAS in Zusammenarbeit mit dem BMG vor, entsprechende Vorgaben im Rahmen von Verordnungen zu erlassen.

Bis dahin (und von einer solchen Ermächtigung wurde schon im Frühjahr kein Gebrauch gemacht) ist es **Aufgabe der Vertragsparteien**, entsprechende Regelungen zu treffen. Hierzu besteht auch weitestgehend Vertragsfreiheit unter Beachtung der Vorschriften des Arbeits- und Datenschutzes. Von dieser Möglichkeit sollte auch Gebrauch gemacht werden, um Rechtssicherheit zu erlangen.

Achtung: Die Begriffe Homeoffice, mobiles Arbeiten und Telearbeit werden in der Praxis oft synonym nebeneinander gebraucht. Tatsächlich gibt es aber **rechtlich erhebliche Unterschiede zwischen diesen Ausgestaltungsformen** mit unterschiedlicher Gestaltungsmöglichkeit. Entsprechende Regelungen sollten daher im Zweifelsfall mit rechtlicher Unterstützung in Angriff genommen werden.

8. Wie lange gelten diese Regelungen?

Die ehrliche Antwort lautet wohl: So lange, bis bemerkt wird, dass etwas bei den Regelungen übersehen wurde oder die Notwendigkeit weitergehender Schritte festgestellt wird.

Die juristische Antwort ist: Die Regelungen sind gem. § 28b Abs. 7 IfSG **befristet bis zum 19. März 2022** mit der Option, dass die Regelung des § 28b IfSG sowie die Geltung ggf. auf der Grundlage von § 28b Abs. 6 IfSG erlassener Verordnungen durch einen Beschluss des Deutschen Bundestages **einmalig um bis zu drei Monate verlängert** werden kann.

Dieses Zeitfenster sollte dann auch bei Regelungen zur Durchführung eines Homeoffice beachtet werden, damit nicht durch eine vorbehaltlose Vereinbarung ein Anspruch von Arbeitnehmern auf weitergehende Arbeit aus dem Homeoffice besteht.

9. Was passiert, wenn ein Mitarbeiter die 3G-Regeln nicht beachtet?

Die einzige unmittelbare Konsequenz, die das IfSG vorsieht, ist der bereits erwähnte **Bußgeldtatbestand**. Welche weiteren Konsequenzen sich in arbeitsrechtlicher Hinsicht ergeben, hat der Gesetzgeber ungeregelt gelassen, so dass insoweit auf die allgemeinen Grundsätze des Vertrags- und Arbeitsrechts zurückzugreifen ist.

Nach der gesetzlichen Vorgabe bietet ein Mitarbeiter seine Arbeitsleistung nur dann ordnungsgemäß an, wenn er einen 3G-Nachweis erbringt. Tut er dies nicht oder weigert er sich sogar, diese Regelungen zu beachten, so bietet er seine Arbeitskraft nicht in der Form an, wie es Vertrag und Gesetz vorsehen. Mangels entsprechendem ordnungsgemäßen Arbeitsangebot gerät der Arbeitgeber daher auch nicht in Annahmeverzug; eine **Entgeltspflicht besteht** daher in diesem Fall **nicht**.

Anders ist dies (nur) dann zu sehen, wenn die konkrete Tätigkeit auch aus dem Homeoffice erbracht werden könnte, und keine zwingenden Gründe des Arbeitgebers einer solchen Erbringung der Arbeitsleistung entgegenstehen und damit das Angebot des Mitarbeiters, aus dem **Homeoffice** zu arbeiten, als ein (noch) ordnungsgemäßes Angebot der Arbeitsleistung angesehen werden kann.

Sofern diese Ausnahme nicht zutrifft, ist ansonsten die Verletzung oder gar Verweigerung der 3G-Regelungen eine (ggf. nachhaltige) Verweigerung der Arbeitspflicht, die eine **Abmahnung** und nachfolgen eine, ggf. auch fristlose, **Kündigung** des Arbeitsverhältnisses nach sich ziehen können.

Wichtig: Kündigungsentscheidungen sind in diesem Zusammenhang regelmäßig Einzelfallentscheidungen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles. Hier sollte im Zweifelsfall rechtliche Beratung in Anspruch genommen werden, um eine belastbare Risikoeinschätzung treffen zu können.

Ungeklärt: Bislang gibt es keine belastbare Rechtsprechung dazu, ob der Arbeitgeber auch noch **weitergehende Regelungen im Rahmen eines Hygienekonzeptes** aufstellen kann, als sie durch Gesetz- oder Ordnungsgeber vorgesehen sind, und welche Rechtsfolgen sich aus einem solchen Verstoß ergeben. Es gibt aber gute Gründe dafür, dass der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der ihm obliegenden Schutzpflicht gem. § 618 BGB auch weitergehende betriebliche Regelungen aufstellen kann.

Sofern der Arbeitgeber solche weitergehenden Regelungen aufstellen will, wird er allerdings in Betrieben mit einem Betriebsrat beachten müssen, dass solche Regelungen im Zweifelsfall einer zwingenden Mitbestimmung unterliegen. Sofern diese nicht beachtet wurde, wären dann auch Einzelmaßnahmen gegenüber Arbeitnehmern, die gegen Vorgaben des Arbeitgebers verstoßen, nicht einseitig rechtssicher durchsetzbar.

10. Welche Mitbestimmungsrechte gelten im Rahmen des § 28b IfSG?

Diese Frage hat der Gesetzgeber nicht geregelt. Ob er überhaupt die Problematik gesehen hat, ist fraglich, den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens lässt sich dazu jedenfalls nichts entnehmen.

Bislang ist anerkannt, dass der Betriebsrat sowohl bei einer **Versetzung** ins Homeoffice nach § 99 BetrVG mitzubestimmen hat, wie auch Mitbestimmungsrechte bei **Hygienekonzepten und deren Umsetzung** bestehen, § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG. Im Einzelfall können sich auch noch weitere Mitbestimmungsrechte ergeben, z.B. § 87 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, 6 und 14 BetrVG.

Andererseits bestimmt § 87 Abs. 1 Einleitungssatz BetrVG, dass ein Betriebsrat nicht nach dieser Vorschrift ein Mitbestimmungsrecht geltend machen kann, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung besteht. Hier kann im Einzelfall streitig sein, inwieweit man in den Vorgaben des Gesetzgebers nun eine abschließende Regelung erkennen will, die eine Mitbestimmung des Betriebsrats ausschließt.

Hinweis: In der Praxis sind die Betriebsparteien gut beraten, über diese Frage keinen Streit zu entwickeln. Die Belegschaft würde in Anbetracht der aktuellen Zahlen der Pandemie vermutlich wenig Verständnis aufbringen, wenn Betriebsrat und Arbeitgeber in Einzelfalldiskussionen gerieten und ein schnelles und effektives Konzept an Diskussionen über Mitbestimmungsrechte scheitert.

Haben Sie Fragen?

Gerne stehen unsere Experten für Arbeitsrecht zu Ihrer Verfügung:

LLR.

Dr. Markus J. Goetzmann
markus.goetzmann@llr.de

Christoph Legerlotz
christoph.legerlotz@llr.de

Dr. Daniel Stille
daniel.stille@llr.de

Jochen Dütemeyer
jochen.duetemeyer@llr.de

Thomas Lubig
thomas.lubig@llr.de

Lukas Jönsson
lukas.joensson@llr.de

T: +49 221 55 400 110 F: +49 221 55 400 191
www.llr.de