



3G am Arbeitsplatz – Was Arbeitgeber jetzt beachten müssen

November 2021

Gestern ist das neue, von den Ampel-Parteien vorgelegte, Infektionsschutzgesetz (**IfSG**) in Kraft getreten. Für die Arbeitswelt bedeutet dies, dass seit diesem Mittwoch bundesweit 3G am Arbeitsplatz gilt. Erhalten Sie in unserem Briefing Antworten auf die wichtigsten Fragen, die Arbeitgeber rund um diese Thematik aktuell beschäftigen.

1. Was bedeutet 3G am Arbeitsplatz?

3G ist die Kurzform für eine Maßnahme gegen die Verbreitung von COVID-19, wonach lediglich solche Personen Zutritt zu einer Veranstaltung bzw. einem Gebäude erhalten, die (nachweislich) geimpft, genesen oder getestet sind. Nach der Änderung des IfSG bedeutet dies nun, dass gemäß § 28b Abs. 1 IfSG bundesweit nur nachweislich geimpfte, genesene oder negativ getestete Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber und Beschäftigte die Arbeitsstätte betreten dürfen. Die Vorschrift gilt zunächst befristet bis zum Ablauf des 19. März 2022.

2. Welche Pflichten treffen Arbeitgeber?

Die Änderungen des IfSG statuieren Pflichten sowohl für Beschäftigte als auch für die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber: Beschäftigte dürfen eine Arbeitsstätte künftig nur noch betreten, wenn sie geimpft, genesen oder täglich negativ getestet sind, und dies durch einen gültigen 3G-Nachweis belegen können (§ 28b Abs. 1 S. 1 IfSG). Bei einer Genesung darf die Infektion nicht länger als sechs Monate zurückliegen.

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sind andererseits nun zur Durchführung der erforderlichen Zugangskontrollen sowie zu deren regelmäßiger Dokumentation verpflichtet (§ 28b Abs. 3 S. 1 IfSG).

Die neue 3G-Pflicht gilt übrigens für **alle** Arbeitsstätten, sofern dort physische Kontakte von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten möglich sind. Physische Kontakte sollen dabei

bereits dann gegeben sein, wenn in der Arbeitsstätte ein Zusammentreffen mit anderen Personen nicht ausgeschlossen werden kann, auch wenn es zu keinem näheren Kontakt oder Publikumsverkehr kommt. 3G gilt daher ab sofort nicht mehr nur in der Gastronomie oder bestimmten Sektoren (etwa Pflegeheimen), sondern auch in Büros. Denn in der Praxis lässt sich ein möglicher physischer Kontakt im Betrieb von Personen untereinander wohl nie ganz ausschließen.

3. Was ist bei nur getesteten Beschäftigten zu beachten?

Hervorzuheben ist, dass Beschäftigte nicht verpflichtet sind, ihren Impfstatus oder Genesenenstatus in jedem Fall zu offenbaren. Vielmehr können sich auch geimpfte und genesene Beschäftigte dazu entscheiden, dem Arbeitgeber bzw. der Arbeitgeberin gegenüber den Impf- oder Genesenenstatus nicht offenzulegen. Dann jedoch müssen sie täglich nachweisen, dass sie aktuell negativ getestet wurden.

Ein negativer Antigen-Schnelltest darf höchstens 24 Stunden alt sein; für PCR-Tests gilt ein großzügigeres Zeitfenster, diese dürfen nicht älter als 48 Stunden sein.

Zudem dürfen Beschäftigte ohne Nachweis die Arbeitsstätte betreten, um dort ein Impfangebot oder – unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme – ein Testangebot des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin wahrzunehmen.

4. Wen muss ich als Arbeitgeberin / Arbeitgeber prüfen, jeden der die Arbeitsstätte betreten möchte?

Die 3G-Prüfpflicht besteht bzgl. „Beschäftigter“. Es kommt daher in der Praxis maßgeblich auf die Definition dieses Begriffs an. Teilweise finden sich in Gesetzen ausdrückliche Legaldefinitionen für den Begriff (so beispielsweise in § 6 Abs. 1 S. 1 AGG oder § 26 Abs. 8 BDSG). Für das IfSG fehlt eine solche Definition jedoch.

Der Bericht des Hauptausschusses verweist für die Bestimmung des Beschäftigtenbegriffs auf die Definition des § 2 Abs. 2 ArbSchG. Demnach sind Beschäftigte zunächst Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten, arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 des ArbGG, ausgenommen die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten, Beamtinnen und Beamte, Richterinnen und Richter, Soldatinnen und Soldaten sowie die in Werkstätten für behinderte Menschen beschäftigten Menschen mit Behinderungen. Aber was gilt darüber hinaus?

- **Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter** müssten dabei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit als „Beschäftigte“ i.S.d. § 28b IfSG einzuordnen sein. Dafür spricht, dass § 11 Abs. 6 S. 1 AÜG anordnet, dass die Tätigkeit des Leiharnehmers bei dem Entleiher den für den Betrieb des Entleihers geltenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts unterliegt. Der Entleiher ist daher für die Einhaltung der öffentlich-rechtlichen Vorschriften verantwortlich. Zu diesen öffentlich-rechtlichen Vorschriften dürfte unstreitig auch das IfSG zählen.
- **Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter von externen Dienstleistern** oder **Besucherinnen und Besucher** fallen allerdings nicht unter den Beschäftigtenbegriff des § 28b IfSG. Der Wortlaut lässt einen solchen Einbezug eindeutig nicht zu, auch wenn Sinn und Zweck der neuen Regelung eine Einbeziehung nahe legen würden. Auch das BMAS verweist in seinen veröffentlichten FAQs lediglich auf die Definition des § 2 Abs. 2 ArbSchG. Für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber besteht daher gegenüber den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern von externen Dienstleistern oder gegenüber Besucherinnen und Besuchern derzeit keine Pflicht zur Prüfung des 3G-Status und entsprechend auch kein Recht, entsprechende Nachweise zu verlangen. Denn ein solcher Nachweis wäre eine Datenverarbeitung und bedürfte einer Rechtsgrundlage (siehe dazu unten), die für diese Personengruppe im Ergebnis nicht vorliegt.

Das BMAS hat jedoch bestätigt, dass die 3G-Prüfpflichten für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber zwar nur gegenüber ihren eigenen Beschäftigten – und nicht Externen – gelten, sie gelten jedoch nicht nur bzgl. ihrer eigenen, sondern bezüglich jeder Arbeitsstätte. Das bedeutet, dass die Vertragsarbeitgeberin bzw. der

Vertragsarbeitgeber die 3G-Nachweise der Beschäftigten auch dann prüfen muss, wenn diese zum Beispiel im Außendienst Arbeitsstätten Dritter betreten.

- Da die 3G-Pflicht in § 28b Abs. 1 IfSG nicht nur für Beschäftigte, sondern auch für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber gilt, ist auch die **Geschäftsführerin und der Geschäftsführer** verpflichtet, eines der 3Gs zu erfüllen und einen entsprechenden Nachweis bei sich zu führen.

5. Dürfen Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen jetzt nach dem Impfstatus der Beschäftigten fragen?

Ein pauschales Fragerecht – also unabhängig vom Zugang zur Arbeitsstätte – wurde nicht eingeführt und besteht daher weiterhin nur für die in §§ 23a und 36 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen.

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sind aber nun zum Zwecke der Zugangskontrolle berechtigt und verpflichtet, den 3G-Status der Beschäftigten, die den Betrieb betreten wollen, zu prüfen. § 28b IfSG enthält für diesen Zweck nun endlich eine ausdrückliche Rechtsgrundlage für die Verarbeitung der Gesundheitsdaten. Eine Einwilligung ist nicht erforderlich.

6. Darf der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin den Impf- oder Genesenen-Status speichern oder muss er sich das Impfbzertifikat täglich vorzeigen lassen?

Das ist leider nicht ausdrücklich im neuen § 28b IfSG geregelt. Der Bericht des Hauptausschusses spricht jedoch dafür, dass jedenfalls wohl das Vorliegen eines gültigen 3G-Nachweises inkl. dessen Gültigkeitsdauer gespeichert werden darf.

Der Grundsatz der Datensparsamkeit nach Artikel 5 Abs.1 lit. c) DSGVO sowie die bereits veröffentlichte Kritik verschiedener Datenschutzbehörden sprechen jedoch dafür, dass nicht der konkrete Status und insbesondere keine Kopien der Nachweise gespeichert werden sollten. Eine tägliche Kontrolle wäre dann nur bei Getesteten durchzuführen.

7. Was ist datenschutzrechtlich noch zu beachten?

Es ist insbesondere die **strenge Zweckbindung** zu beachten: Diese Daten dürfen ausschließlich für die Zugangskontrolle und – soweit erforderlich – zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzeptes verwendet werden.

Insgesamt ist auf eine datenschutzkonforme Einführung des 3G-Modells zu achten, um Bußgelder und Schadensersatzforderungen nach der DSGVO zu vermeiden. Das erfordert insbesondere (1) eine strenge Zugriffsbeschränkung auf need-to-know Basis, (2) die Sensibilisierung der Zugriffsberechtigten, diese Daten streng vertraulich zu behandeln, sowie (3) die weiteren technischen und organisatorischen Maßnahmen nach § 22 Abs. 2 BDSG wie bspw. Verschlüsselung. Zudem ist an die Dokumentations- und Transparenzpflichten zu denken: Das Verarbeitungsverzeichnis und die Datenschutzhinweise müssen aktualisiert werden.

Der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin muss die erhobenen Daten zudem spätestens nach sechs Monaten löschen.

8. Wie können Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen 3G kontrollieren? Muss der Betriebsrat involviert werden?

§ 28b Abs. 3 IfSG regelt, **dass** Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber die jeweiligen Nachweise der Beschäftigten vor dem Betreten der Arbeitsstätte prüfen und die Kontrolle regelmäßig protokollieren müssen. **Wie** der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin diese Pflicht umzusetzen haben, ist jedoch gesetzlich nicht vorgeschrieben, d.h. Art und Weise der einzusetzenden Kontrollinstrumente und -verfahren sind nicht festgelegt. Der Gesetzgeber geht insoweit von einem Umsetzungsspielraum für Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen aus. Dies zeigt auch die Vielzahl der möglichen Durchführungsalternativen hinsichtlich der Zugangskontrolle. Das BMAS verweist auf die simple

Möglichkeit des Führens einer händischen Liste mit täglichem Abhaken nach erbrachtem Nachweis. Daneben ist beispielsweise die Sperrung etwaiger Zugangskarten bis zum Nachweis eines entsprechenden Impf- oder Genesenenausweises denkbar, sodass insoweit bei Geimpften und Genesenen nur eine einmalige Kontrolle erforderlich wäre.

Aufgrund des insoweit bestehenden Umsetzungsspielraums für Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber bei der Ausgestaltung der Kontrollmöglichkeit bleibt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates daher grundsätzlich bestehen. Dieses kann sich im Einzelfall aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb), § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (technische Einrichtungen) sowie § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (betrieblicher Gesundheitsschutz) ergeben. Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sollten daher umgehend das Gespräch mit dem Betriebsrat suchen, um die Einführung der Zugangskontrollen zeitnah und ordnungsgemäß im Betrieb umsetzen zu können.

9. Welche Vorteile haben Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen, wenn sie einmal den Impf- oder Genesenenstatus eines Beschäftigten erfahren und diesen gespeichert haben?

Der entscheidende Vorteil besteht in der geringeren Kontrolldichte in Bezug auf diese Beschäftigten. Hat der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin den Genesenen- oder den Impfnachweis einmal kontrolliert und diese Kontrolle dokumentiert, so können Beschäftigte mit gültigem Impf- oder Genesenenachweis anschließend grundsätzlich von den täglichen Zugangskontrollen ausgenommen werden. Es bleibt zu hoffen, dass sich – nicht zuletzt um den Aufwand zu ersparen, ggf. mehrmals pro Woche ein Testzentrum aufsuchen zu müssen – viele geimpfte und genesene Beschäftigte für diese Möglichkeit entscheiden und sich dadurch der organisatorische und personelle Mehraufwand des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin in einem noch vertretbaren Rahmen halten wird.

10. Reichen bei nicht geimpften oder genesenen Beschäftigten Selbsttests aus? Gemäß der Bayerischen Verordnung genügen noch zwei Schnelltests pro Woche, gilt das weiterhin?

Die Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayIfSMV) sieht bereits seit zwei Wochen – wenn auch in modifizierter Form – 3G am Arbeitsplatz vor. Dort wurde zunächst in einigen Hot-Spot-Regionen und sodann landesweit eine 3G-Regelung dergestalt eingeführt, dass der Zutritt zu geschlossenen Räumen in Betrieben mit mehr als zehn Beschäftigten Arbeitgebern bzw. Arbeitgeberinnen und Beschäftigten nur dann gestattet ist, wenn sie entweder geimpft, genesen oder negativ getestet sind. In der Verordnung wird jedoch klargestellt, dass ein Testnachweis nur an zwei Tagen pro Woche zu erbringen ist.

Der neue § 28b Abs. 1 IfSG enthält eine solche Einschränkung demgegenüber nicht. Der Zutritt ist nicht geimpften oder genesenen Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen sowie Beschäftigten an jedem Tag nur dann gestattet, wenn diese über einen aktuellen Testnachweis verfügen.

§ 28a Abs. 9 IfSG sieht zwar eine kurze Übergangsfrist für die Fortgeltung der bereits vor dem Auslaufen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite erlassenen Schutzmaßnahmen der Bundesländer vor. Aufgrund der Übergangsregelung können auch solche Maßnahmen der Länder, die über den neuen, um besonders grundrechtsintensive Maßnahmen bereinigten Kompetenzkatalog des § 28a Abs. 7 IfSG hinausgehen, somit zeitlich befristet fortgelten.

Dies gilt indes nicht, wenn das Schutzniveau einer Landesregelung hinter dem der neu eingeführten bundesweit einheitlichen Regelung zurückbleibt. Für die 3G-Pflicht bedeutet dies, dass auch in Bayern und in den übrigen Ländern, die – wie beispielsweise Baden-Württemberg und Hessen – die Testpflicht nur an zwei Tagen in der Woche vorgeschrieben und darüber hinaus von weitergehenden Voraussetzungen abhängig gemacht haben, die Landesregelungen der Bundesregelung nun weichen müssen. Das hat zur Folge, dass seit gestern auch in diesen Bundesländern täglich 3G kontrolliert werden muss und nicht geimpfte oder genesene Beschäftigte an jedem Tag einen gültigen Testnachweis vorlegen können müssen.

Auch die Frage, welche Tests nun erforderlich sind, um den 3G-Nachweis zu erbringen, ist bundeseinheitlich geregelt.

Durch den Verweis auf die COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung kommen folgende Testnachweise in Betracht:

- Tests, die von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 der Coronavirus-Testverordnung vorgenommen oder überwacht worden sind;
- Tests, die durch den Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin oder von ihm bzw. ihr beauftragte Personen, die die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzen, erfolgen und dokumentiert werden;
- Selbsttests, sofern sie vor Ort unter Aufsicht des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin oder einer von ihm bzw. ihr beauftragten Person erfolgen und dokumentiert werden.

11. Wer muss die Tests zahlen?

Im Grundsatz sind die Beschäftigten für die Beibringung eines Testnachweises zur Erfüllung der 3G-Anforderung selbst verantwortlich.

Das IfSG sieht nicht vor, dass der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin die Kosten für die ggf. erforderlichen Tests zu tragen hat. Nach § 4 Abs. 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) hat der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin den Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, jedoch weiterhin mindestens zweimal pro Kalenderwoche kostenfrei einen Test anzubieten. Die Corona-ArbSchV wurde auch über den 24. November 2021 hinaus bis zum 19. März 2022 verlängert. Insofern besteht für den Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin weiterhin die Verpflichtung zur Übernahme der Kosten von zwei Tests pro Woche; eine darüber hinausgehende Verpflichtung zur Übernahme der Kosten für die Coronatests besteht aber nicht. Ebenso wenig besteht ein Anspruch der Beschäftigten, dass der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin im Rahmen der Testangebotspflicht nach § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV Testungen anbietet, die den Anforderungen des § 28b Abs. 1 IfSG genügen. Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen ist es weiterhin freigestellt, in welcher Form die Testungen angeboten werden; sie müssen also insbesondere keine beaufsichtigten Tests anbieten. Dies dürfte für die Beschäftigten keine unzumutbare Härte darstellen, da seit dem 13. November 2021 wieder die Möglichkeit der Inanspruchnahme kostenloser Bürgertests besteht.

12. Gehört das Testen zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit?

Die Frage, ob die Dauer der Testung als Arbeitszeit zu werten ist oder nicht, ist zwar auch nach der jüngsten Gesetzesänderung nicht ausdrücklich geregelt und bisher auch nicht höchstrichterlich geklärt. Im Ergebnis dürfte die Dauer der Testung jedoch keine vergütungspflichtige Arbeitszeit darstellen und der Beschäftigte hat insofern keinen Lohnanspruch.

Es gab zwar bislang einige Stimmen in der Literatur, die u.a. basierend auf der in § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV geregelten Verpflichtung des Arbeitgebers bzw. der Arbeitgeberin zur Bereitstellung von zwei Corona-Schnelltests pro Woche sowie aufgrund der Rechtsprechung zu vergütungspflichtigen Umkleidezeiten, davon ausgehen, dass die mit der Durchführung der Tests verbundene Zeit sowie die Wartezeit entsprechend als vergütungspflichtige Arbeitszeit zu werten sind. Diese Argumente können angesichts der neuen Regelung des § 28b IfSG jedoch nicht mehr überzeugen. Zum einen ist jeder Beschäftigte durch das Gesetz eigenverantwortlich verpflichtet, sich um einen gültigen 3G-Nachweis zu kümmern. Ein Beschäftigter, der weder geimpft noch genesen ist bzw. dies der Arbeitgeberin bzw. dem Arbeitgeber nicht offenbaren möchte, muss sich insofern selbst um einen negativen Test kümmern. Es handelt sich bei dem Test somit gerade nicht mehr um eine für den Beschäftigten fremdnützige Tätigkeit, d.h. er befriedigt damit nicht ausschließlich das Arbeitgeberinteresse, sondern er erfüllt damit vielmehr seine eigene Pflicht nach § 28b Abs. 1 IfSG. Zum anderen legt die Ausnahmeregelung in § 28b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 IfSG zur Wahrnehmung betrieblicher Testangebote nahe, dass Beschäftigte die Tests außerhalb der Arbeitszeit durchführen müssen. Dieser zufolge dürfen Beschäftigte auch ohne 3G-Nachweis die Arbeitsstätte betreten, um

sich dort „unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme“ einem COVID-19-Test zu unterziehen. Auch wenn sich diese Voraussetzung wohl darauf bezieht, dass sich die Beschäftigten vor möglichen Kontakten mit Kolleginnen und Kollegen dem Test unterziehen sollen, lässt sich daraus auch schließen, dass die Arbeitszeit der Beschäftigten noch nicht mit der Durchführung des Tests beginnt (sondern eben erst danach) und die Zeit nicht vergütungspflichtig ist.

13. Wie sollten Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen mit Beschäftigten umgehen, die sich weigern, einen 3G-Nachweis vorzulegen?

Weigert sich ein Beschäftigter Auskunft jeglicher Art zu seinem 3G-Status zu geben bzw. weigert sich ein ungeimpfter oder nicht genesener Beschäftigter einen Test zu machen, so ist ihm der Zutritt zum Betrieb zu untersagen. Da mit der bloßen Verweigerung keine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit einhergeht, ist der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin insofern auch im Grundsatz nicht zur Entgeltfortzahlung verpflichtet.

Grundsätzlich kann die Weigerung einen 3G-Nachweis zu erbringen als Arbeitsverweigerung ausgelegt werden. Nach der Rechtsprechung kann eine schwere, insbesondere schuldhaftes Vertragspflichtverletzung des Arbeitnehmers eine außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses aus wichtigem Grund an sich rechtfertigen. Die beharrliche Weigerung eines Beschäftigten, seine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen, kann daher nach Ansicht des BAG einen Grund für eine fristlose Kündigung darstellen (vgl. z.B. BAG v. 19. April 2007 – 2 AZR 78/06, BeckRS 2009, 73620). In unserem Fall hier besteht jedoch die Besonderheit, dass sich der Beschäftigter nicht weigert, bestimmte, ihr/ihm zugewiesene Aufgaben durchzuführen oder generell seine Arbeitsleistung zu erbringen. Vielmehr weigert sie/er sich, seine Arbeitsleistung an dem dafür grundsätzlich vorgesehenen Ort auf dem Betriebsgelände zu erbringen. Zu prüfen wäre daher im Einzelfall, ob als milderer Mittel zu einer Kündigung hier die temporäre, einvernehmliche Vereinbarung einer Home Office-Tätigkeit möglich und ob dies sowohl dem Beschäftigten als auch dem Arbeitgeber bzw. der Arbeitgeberin zumutbar wäre (als Beispiel: Der Produktionsmitarbeiter wird insofern vermutlich keine Tätigkeiten im Home Office erbringen können, so dass hier eine Vereinbarung dieser Art auch nicht zumutbar wäre). Daneben ist in jedem Fall der Ausspruch einer vorherigen Abmahnung aufgrund der Weigerung erforderlich. Denn im Einzelnen nachzuweisen, dass dem Beschäftigten bei der einmaligen Weigerung die kündigungsrechtlichen Konsequenzen bewusst waren, dürfte schwierig sein, wäre für den Nachweis der Beharrlichkeit aber in jedem Fall erforderlich. Führt die Abmahnung dann zu keiner Änderung in dem Verhalten des Beschäftigten, dürfte in der Regel der Ausspruch einer außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung (je nach Einzelfall) wirksam möglich sein.

14. Müssen alle Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer jetzt ins Home Office?

Nein. Allerdings wurde mit der Gesetzesänderung in § 28b Abs. 4 IfSG wieder ein Recht auf Home Office eingeführt. Danach hat der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Als entgegenstehende Gründe nennt die Entwurfsbegründung dabei zum Beispiel den Fall, dass die Arbeit des Beschäftigten innerhalb des Büros erforderlich ist, da ansonsten die Betriebsabläufe erheblich eingeschränkt oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten. Gleichzeitig haben die Beschäftigten nach der Gesetzesänderung dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. Die Anforderungen an die Gründe der Beschäftigten für eine Ablehnung der Tätigkeit im Home Office sind wesentlich geringer. So kommen laut Entwurfsbegründung schon Gründe wie räumliche Enge oder unzureichende Ausstattung in Betracht, über die eine formlose Mitteilung des Mitarbeiters ausreichen soll.

Die Regelung entspricht wörtlich der bereits vormals bis zum 30. Juni 2021 in § 28 b Abs. 7 IfSG im Gesetz befindlichen Regelung

Arbeitsplätze im Home Office sind auch keine Arbeitsstätten im Sinne des § 28b IfSG, so dass Beschäftigte, die ausschließlich von ihrer Wohnung aus arbeiten, keinen entsprechenden 3G-Nachweispflichten unterliegen.

15. Womit müssen Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen rechnen, wenn das Gesundheitsamt anklopft, sie aber keine Test- oder Impfnachweise der Beschäftigten vorweisen können?

Wie bereits erwähnt, sind Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen nicht nur zur Durchführung der erforderlichen Zugangskontrollen, sondern auch zu deren regelmäßiger Dokumentation verpflichtet (§ 28b Abs. 3 S. 1 IfSG). Dabei muss der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin jedoch nicht den Test- oder Impfnachweis vorlegen können, sondern lediglich in der Lage sein, regelmäßige Kontrollen nachzuweisen. Das IfSG sieht vielmehr für alle Beschäftigten die Pflicht vor, einen konkreten 3G-Nachweis mit sich zu führen und auf Verlangen vorzeigen zu können.

Sofern der Arbeitgeber bzw. die Arbeitgeberin gegen die Kontroll- und Dokumentationspflicht verstößt, droht eine Geldbuße bis zu EUR 25.000 (§ 73 Abs. 1a Nr. 11d IfSG). Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass sich die Ministerpräsidenten und Ministerpräsidentinnen und die Kanzlerin im Rahmen der jüngsten Bund-Länder-Gespräche am 18. November 2021 darauf verständigt haben, die Kontrolldichte zu erhöhen und Verstöße gegen 3G-Nachweispflichten und damit einhergehende Kontrollpflichten entschieden zu sanktionieren und den Bußgeldrahmen auszuschöpfen. Ob eine solche Praxis in jedem Einzelfall einer gerichtlichen Nachprüfung stand halten wird, mag bezweifelt werden. Fest steht jedoch, dass die Bundesländer willens sind, ihrerseits strikt zu kontrollieren und Verstöße massiv zu ahnden.

Hinzuweisen sei in diesem Zusammenhang schließlich noch auf § 28b Abs. 6 IfSG, dem in den kommenden Wochen und Monaten durchaus große Bedeutung zukommen kann. Diese Vorschrift enthält eine Verordnungsermächtigung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit – aber ohne Zustimmung des Bundesrates – im Einzelnen vorzuschreiben, welche Maßnahmen Arbeitgeber bzw. Arbeitgeberinnen zur Erfüllung ihrer Verpflichtungen konkret zu treffen haben. Insofern bleibt zu hoffen, dass die Verpflichtungen durch eine detaillierte, aber zugleich praxistaugliche Bundesrechtsverordnung klare Konturen erhalten, die eine ebenso rechtssichere wie praktikable betriebliche Praxis auch mit Blick auf die 3G-Regel ermöglichen.

16. 3G- und Home Office-Pflicht – Müssen Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen darüber hinaus noch etwas beachten?

Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber sind auch nach Inkrafttreten der Neuregelungen mit einer Vielzahl unterschiedlicher Regelwerke zum betrieblichen Infektionsschutz konfrontiert. Die Neuregelungen auf Bundesebene gelten nämlich nur ergänzend zu den zahlreichen bereits bestehenden Pflichten der Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen. Diese werden sich weiterhin einer Pluralität der Regelungsmaterien – (allgemeiner) Infektionsschutz und (besonderer) Arbeitsschutz – sowie einer Pluralität der Regelungsebenen – Bund, Länder und Kommunen – gegenübersehen. So bleibt auf Bundesebene zunächst die bereits erwähnte Corona-ArbSchV in leicht modifizierter Form in Kraft. Diese verpflichtet die Arbeitgeber und Arbeitgeberinnen nicht lediglich zum Angebot von zwei kostenlosen Tests pro Woche, sondern enthält darüber hinaus nach wie vor Vorgaben u.a. zu betrieblichen Hygienekonzepten sowie zur Kontaktreduzierung im Betrieb. Konkretisiert werden die Anforderungen auch weiterhin durch die detaillierte SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel.

Des Weiteren werden auch zukünftig die Corona-Schutzverordnungen der Bundesländer zu beachten sein, die regelmäßig spezifische Vorgaben für den Bereich der Arbeitswelt enthalten, so etwa in Bezug auf Personalrestaurants und Kantinen. Zusätzlich zu diesem föderalen Flickenteppich müssen u.U. auch noch Regelungen auf kommunaler Ebene berücksichtigt werden. Die Neuregelungen des IfSG stellen vor diesem Hintergrund zwar einen äußerst wichtigen, jedoch nur einen Teilaspekt der von Arbeitgebern und Arbeitgeberinnen einzuhaltenden Regelungen dar.

Ihre #Employmenttalk Referentinnen und Referenten



Markulf Behrendt

Partner – Hamburg

Tel +49 40 82221 2171
Mob +49 172 4108398
markulf.behrendt@allenoverly.com



Catharina Glugla

Senior Associate – Düsseldorf

Tel +49 211 2806 7103
Mob +49 172 6865914
catharina.glugla@allenoverly.com



Dr. Stephan Bühner

Associate – Frankfurt

Tel +49 69 2648 5787
Mob +49 151 14884088
stephan.buehner@allenoverly.com



Dr. Isabel Jost

Associate – München

Tel +49 89 71043 3149
Mob +49 175 9329595
isabel.jost@allenoverly.com

Ihre weiteren Kontakte in unserem Arbeitsrechtsteam



Dr. Hans-Peter Löw

Partner – Frankfurt

Tel +49 69 2648 5440
Mob +49 171 5458220
hans-peter.loew@allenoverly.com



Thomas Ubber

Partner – Frankfurt

Tel +49 69 2648 5430
Mob +49 170 2940759
thomas.ubber@allenoverly.com



Dr. Bettina Scharff

Counsel – München

Tel +49 89 71043 3133
Mob +49 174 3466371
bettina.scharff@allenoverly.com



Dr. Sebastian Schulz

Counsel – Frankfurt

Tel +49 69 2648 5915
Mob +49 172 6862873
sebastian.schulz@allenoverly.com



Peter Wehner

Counsel – Frankfurt

Tel +49 69 2648 5988
Mob +49 172 5733284
peter.wehner@allenoverly.com

Allen & Overy means Allen & Overy LLP and/or its affiliated undertakings. Allen & Overy LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC306763. Allen & Overy (Holdings) Limited is a limited company registered in England and Wales with registered number 07462870. Allen & Overy LLP and Allen & Overy (Holdings) Limited are authorised to act as solicitors in England and Wales. The partnership is authorised to act as a solicitor in England and Wales. Allen & Overy LLP and Allen & Overy (Holdings) Limited are authorised to act as solicitors in England and Wales. The partnership is authorised to act as a solicitor in England and Wales. Allen & Overy LLP and Allen & Overy (Holdings) Limited are authorised to act as solicitors in England and Wales. The partnership is authorised to act as a solicitor in England and Wales. Allen & Overy LLP and Allen & Overy (Holdings) Limited are authorised to act as solicitors in England and Wales. The partnership is authorised to act as a solicitor in England and Wales.

© Allen & Overy LLP 2021. This document is for general information purposes only and is not intended to provide legal or other professional advice. | EUS1: 2001808420.8