

Memo zu den Pflichten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit dem Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite

Ab dem **24.11.2021** gelten die vom Bundestag am 18.11.2021 beschlossenen Änderungen zum Corona-Schutz. Diese Regelungen gelten zunächst **befristet bis zum 19.03.2022**. Für den Arbeitgeber ergeben sich hierbei insbesondere aus dem neu gefassten § 28b IfSG bestimmte Pflichten, die ab diesem Zeitpunkt umgesetzt werden müssen.

Auf seiner [Website hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales \(BMAS\)](#) hierzu ebenfalls einen Überblick über die wichtigsten Punkte veröffentlicht.

Nachstehend haben wir die wichtigsten Regelungen für Arbeitgeber und Arbeitnehmer zusammengefasst:

1. 3G am Arbeitsplatz:

a)

Im neu gefassten § 28b Absatz 1 IfSG ist die 3G Zutrittsregelung am Arbeitsplatz kodifiziert. Hiernach dürfen Arbeitgeber und Beschäftigte, bei denen physische Kontakte zu anderen Mitarbeitern oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, den Betrieb nur noch dann betreten dürfen, wenn sie entweder geimpft, genesen oder getestet sind und einen Impf-, Genesenen- oder Testnachweis mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben. Sofern die Impfung, Genesung oder Testung, als zwingende Zugangsvoraussetzung nicht vorliegt, dürfen die entsprechenden Arbeitgeber und Beschäftigten den Betrieb nur betreten, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot oder ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen. Der Arbeitgeber hat die Beschäftigten über diese betrieblichen Zugangsregelungen zu informieren.

Die Zugangsvoraussetzung gilt unabhängig von der Betriebsgröße und ist damit auch von Kleinbetrieben zu beachten ist.

b)

Zudem sind Arbeitgeber gemäß § 28b Absatz 3 IfSG grundsätzlich verpflichtet, den 3G Status ihrer Mitarbeiter durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren. Die Mitarbeiter sind verpflichtet, einen Impf-, Genesenen- oder Testnachweis auf Verlangen des Arbeitgebers vorzulegen. Es genügt hierbei nicht, bloß einzelne Beschäftigte stichprobenartig zu kontrollieren.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht bestehen nach hiesiger Rechtsauffassung keine Bedenken gegen die Erhebung und Verarbeitung der personenbezogenen Daten. Um die Zugangsvoraussetzung zu kontrollieren, darf der Arbeitgeber personenbezogene Daten zum Impf-, Genesungs- und Teststatus verarbeiten. Diese Daten dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung verwendet werden. Nach § 28b Absatz 1 Satz 1 IfSG darf der Impf- und Genesungsnachweis sogar bei dem Arbeitgeber hinterlegt werden. Hierin dürfte zudem eine erlaubte Datenverarbeitung zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses im Sinne von § 26 Absatz 1 BDSG liegen.

In praktischer Hinsicht hält das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) es für ausreichend, am jeweiligen Kontrolltag den Vor- und Zunamen der Beschäftigten auf einer Liste "abzuhaken", wenn der jeweilige Nachweis durch den Beschäftigten erbracht worden ist. Bei geimpften und genesenen Personen muss das Vorhandensein eines gültigen Nachweises nur einmal erfasst und dokumentiert werden. Bei Genesenen ist in diesem Fall zusätzlich das Enddatum des Genesenenstatus zu dokumentieren. Hierdurch solle dem Grundsatz der Datenminimierung nach Artikel 5 Absatz 1 lit. c DS-GVO genügt werden. Nach Aussage des BMAS sind diese Daten spätestens sechs Monate nach Ihrer Erhebung zu löschen.

Arbeitgeber haben im Zusammenhang mit der Zugangskontrolle und der damit verbundenen Dokumentation der personenbezogenen Daten weitere Vorgaben des Datenschutzes einzuhalten. Hierzu müssen die Arbeitgeber angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Personen nach § 22 Absatz 2 BDSG ergreifen. Dafür sind unter anderem technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit zu ergreifen. In diesem Zusammenhang müssen Arbeitgeber insbesondere sicherstellen, dass eine Kenntnisnahme der erfassten Daten durch Unbefugte (Kolleginnen und Kollegen) ausgeschlossen ist.

c)

Die Form, in der die Beschäftigten ihren Testnachweis erbringen müssen ergibt sich aus § 2 Nr. 7 Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV). Der Testnachweis muss in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form vorlegt werden. Die zugrundeliegende Testung muss durch In-vitro-Diagnostika erfolgt sein, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt ist und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder Sonderzulassung verkehrsfähig ist. Grundsätzlich darf die Testung maximal 24 Stunden zurückliegen. Bei einem Test mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR etc.) darf der Test maximal 48 Stunden zurückliegen.

d)

Die Beschäftigten sind dafür verantwortlich, dass sie einen gültigen 3G-Nachweis (Impfung, Genesenenstatus, Test) vorlegen können. Dem Arbeitgeber obliegt lediglich die Kontrolle des 3G-Nachweises vor Betreten der Arbeitsstätte und der Dokumentation dieser Kontrollen. In § 28b IfSG sind keine weiteren Aufwendungen des Arbeitgebers in diesem Zusammenhang geregelt.

Eine Neuerung ergibt sich aus § 4 Absatz 1 Corona-ArbSchV n.F., nach dem Arbeitgeber den Beschäftigten nicht nur zwei Mal pro Kalenderwoche einen kostenfreien Test zur Verfügung zu stellen haben. Vielmehr haben sie in Zukunft mindestens zwei Mal pro Kalenderwoche eine kostenfreie Testung durch In-vitro-Diagnostika, die für den direkten Erregernachweis geeignet und auf Grund ihrer CE Kennzeichnung verkehrsfähig ist, anzubieten. Dementsprechend geht die Beschlussempfehlung davon aus, dass Arbeitgeber nur die Kosten für zwei kostenfreie Testungen zu tragen haben (BT-Drs. 20/78, Seite 9). Im Ergebnis werden die Kosten damit zwischen Arbeitgeber und Mitarbeiter aufgeteilt.

Betriebliche Testangebote können genutzt werden, wenn sie durch beauftragte Dritte durchgeführt und bescheinigt oder unter Aufsicht im Betrieb durchgeführt und dokumentiert werden. Der Arbeitgeber kann unter Beachtung der Anforderungen des Datenschutzes geeignete Beschäftigte oder Dritte mit der Beaufsichtigung und Dokumentation beauftragen. Die aufsichtführenden Personen müssen überprüfen, ob die jeweiligen Beschäftigten das Testverfahren ordnungsgemäß entsprechend der Gebrauchsanleitung des verwendeten Tests durchführen. Sie müssen hierzu entsprechend unterwiesen sein. Die Unterweisung soll auch auf die für die Testung unter Aufsicht erforderlichen Infektionsschutzmaßnahmen für alle Beteiligten eingehen. Name, Vorname von Aufsichtsführenden und Probanden sowie Datum und Uhrzeit der Probenahme sind zum Beispiel in einer Tabelle -ggf. auch digital- zu dokumentieren. Die getesteten Beschäftigten dürfen sich erst dann an den Arbeitsplatz begeben, wenn ein negatives Testergebnis vorliegt. Ein Anspruch der Beschäftigten, dass der Arbeitgeber im Rahmen seiner Testangebotspflicht gemäß § 4 Absatz 1 Corona-ArbSchV n.F. Testungen anbietet, die die Anforderungen des § 28b Abs. 1 IFSG erfüllen, besteht nicht. Dem Arbeitgeber ist weiterhin freigestellt, in welcher Form er diese Testungen anbietet. Die Bundesländer können hierbei aber abweichende Regelungen treffen.

e)

Nach einer Auskunft des BMAS müssen Beschäftigte, die keinen 3G-Nachweis vorlegen können oder wollen und infolgedessen die Arbeitsleistung nicht erbringen, grundsätzlich kündigungsrechtliche Konsequenzen befürchten. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dürfte jedoch regelmäßig zunächst eine Abmahnung erfordern. Weigert sich ein Beschäftigter dauerhaft, einen 3G-Nachweis vorzulegen, kann als letztes Mittel eine Kündigung in Betracht kommen. Hier ist im Rahmen der Negativprognose auch die zeitliche Befristung der 3G-Regelung zu beachten. Wenn der Arbeitnehmer seinen 3G-Status nicht preisgeben möchte oder nicht nachweisen kann und deshalb die Arbeitsleistung nicht erbringen kann, dürfte ihm in der Regel auch kein Vergütungsanspruch zustehen.

2. Home-Office-Pflicht:

Durch das Angebot zum Homeoffice soll eine Reduzierung betriebsbedingter Personenkontakte erzielt werden. Durch die Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice werden die Personenkontakte im Betrieb sowie auf dem Weg von und zur Arbeit reduziert.

In Sachen Home-Office wird die bereits vom 23.04.2021 bis zum 30.06.2021 geltende Home-Office-Pflicht (§ 28b Absatz 7 IfSG a.F.) „wiederbelebt“. Gemäß § 28b Absatz 4 IfSG n.F. haben Arbeitgeber ihren Mitarbeitern im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten im Home-Office auszuführen, wenn keine „zwingenden betriebsbedingten Gründe“ entgegenstehen. Die Mitarbeiter haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. Der Impf- oder Genesenenstatus spielt hierfür keine Rolle; die Home-Office-Pflicht gilt grundsätzlich für alle Mitarbeiter, die eine Bürotätigkeit verrichten.

Die Anforderungen an das Vorliegen zwingender betriebsbedingter Gründe sind streng. Nach der Begründung des Gesetzentwurfs zu § 28b Absatz 7 IfSG a.F. sollen „zwingende betriebliche Gründe“ nur dann vorliegen, wenn Betriebsabläufe anderenfalls erheblich eingeschränkt würden oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten. Beispielsweise lassen Tätigkeiten in Produktion, Dienstleistung, Handel, Logistik etc. eine Tätigkeit im Homeoffice nicht zu. Das Fehlen der erforderlichen IT-Ausstattung, die notwendige Veränderung der Arbeitsorganisation oder eine unzureichende Qualifizierung der Beschäftigten können, wenn überhaupt, nur vorübergehend angeführt werden können.

Die Beschäftigten sind zwar grundsätzlich verpflichtet, das Home-Office Angebot anzunehmen. Allerdings können sie das Angebot bereits dann ablehnen, wenn Gründe entgegenstehen. Solche Gründe können sich insbesondere aus der entsprechenden Wohnsituation der Beschäftigten ergeben. Das familiäre Zusammenleben bringt in der Regel eine gewisse räumliche Enge sowie Störungen durch Dritte mit sich. Oftmals liegt aber auch eine unzureichende technische Ausstattung (z.B. fehlender Schreibtisch und Bürostuhl, aber auch eine schlechte Internetverbindung) vor. Nach unserer Rechtsauffassung müssen Beschäftigte die genauen Gründe gegenüber dem Arbeitgeber nicht offenlegen. Arbeitgeber sollten sich von ihren Beschäftigten jedoch eine Mitteilung geben lassen, dass diesen das Arbeiten von zu Hause aus nicht möglich ist.

3. Vergütungsansprüche während einer Erkrankung sowie Quarantäne:

Im Falle einer tatsächlichen Erkrankung an Corona und einer daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeit des Beschäftigten verbleibt es auch weiterhin dabei, dass dem Beschäftigten ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gemäß § 3 EFZG zusteht.

Etwas mehr Klarheit besteht nunmehr in den Fällen, in denen sich ein Beschäftigter aufgrund eines Kontaktes mit einer mit dem Coronavirus infizierten Person oder einer Rückkehr aus einem Hochrisikogebiet in behördlich angeordnete Quarantäne begeben muss.

Nach § 56 Absatz 1 Satz 1 und 2 IfSG haben Personen, die als Ausscheider (mit Einschränkungen), Ansteckungsverdächtige oder Krankheitsverdächtige durch amtliche Anordnung abgesondert werden und dadurch einen Verdienstausfall erleiden, weiterhin einen Anspruch auf

eine Entschädigung in Höhe ihres Verdienstaufschlags (NZA 2021, 251). Der Anspruch aus § 56 Absatz 1 IfSG richtet sich gemäß § 66 Absatz 1 Satz 1 IfSG gegen das Land, in dem das Verbot, also die Absonderung, erlassen worden ist.

Die Höhe der Entschädigung bemisst sich in den ersten sechs Wochen der Absonderung nach dem Verdienstaufschlag und ab Beginn der siebenten Woche nach der Höhe des Krankengeldes, § 56 Absatz 2 IfSG. Sie ist fällig mit dem Entgelt aus der bisherigen Tätigkeit. Während der ersten sechs Wochen ist die Entschädigung vom Arbeitgeber „für die zuständige Behörde“ ausbezahlen, § 56 Absatz 5 Satz 1 IfSG. Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet, § 56 Absatz 5 Satz 3 IfSG.

Nach § 56 Absatz 1 Satz 3 IfSG hat der Beschäftigte jedoch keinen Anspruch auf Entschädigung, wenn er durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung oder anderen Maßnahme der spezifischen Prophylaxe, die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen öffentlich empfohlen wurde, oder durch Nichtantritt einer vermeidbaren Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet ein Verbot in der Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit oder eine Absonderung hätte vermeiden können. Eine Reise ist in diesem Sinne vermeidbar, wenn zum Zeitpunkt der Abreise keine zwingenden und unaufschiebbaren Gründe für die Reise vorlagen. Damit haben nicht geimpfte Beschäftigte und Beschäftigte die eine Urlaubsreise in ein Hochrisikogebiet antreten, nach hiesiger Rechtsauffassung, keinen Entschädigungsanspruch aus § 56 Absatz 1 IfSG. Da sie nicht arbeitsunfähig erkrankt sind steht ihnen zudem kein Entgeltfortzahlungsanspruch zu.

4. Kontrollen und mögliche Bußgelder:

Wir empfehlen Ihnen, die Kontrolle der 3G Zugangsbeschränkung gewissenhaft zu kontrollieren. Für den Fall, dass gegen diese Vorschriften verstoßen wird, können empfindliche Strafen drohen. Arbeitgebern, die die Einhaltung der Zugangsvoraussetzungen nicht oder nicht richtig überwachen, droht gemäß § 73 Absatz 1 lit. a Nr. 11d IfSG ein Bußgeld von bis zu 25.000,00 €.

5. Kontakt zu uns:

Unsere [Fachanwälte für Arbeitsrecht](#) erreichen Sie unter

HTM Meyer Venn & Partner

Tel. 02852 9150-0 / Fax 02852 9150-50

info@htm-meyer-venn.de

Brüner Straße 4-6

46499 Hamminkeln

6. Disclaimer:

Wir gestatten uns den Hinweis, dass die Informationen in diesem Memo zum arbeitsrechtlichen Umgang mit den neuen Regeln des Infektionsschutzgesetzes bzgl. der Zugangskontrolle (3G), des Home-Offices und der Quarantäne lediglich der allgemeinen Information dienen und keine Rechtsberatung im Einzelfall darstellen und eine solche auch nicht ersetzen können.

Stand: 23.11.2021
