



Neues Infektionsschutzgesetz!

3G-Regel am Arbeitsplatz voraussichtlich ab dem 24. November 2021!

Stand: 22. November 2021

Wer nicht vollständig genesen, geimpft oder getestet ist, dem darf ab voraussichtlich Mittwoch kein Zutritt mehr zur Arbeitsstätte gewährt werden. Wer hiergegen oder gegen die Dokumentationspflichten über vorgezeigte Nachweise verstößt, riskiert ein Bußgeld. Arbeitnehmer, die sich weigern, einen Nachweis beizubringen, droht ein Lohnausfall und bei vehementer Weigerung die Kündigung.

Inhalt

Inkrafttreten des neuen Infektionsschutzgesetzes

3G-Regeln am Arbeitsplatz

Genesene und Geimpfte

Nichtgenesene und Nichtgeimpfte: Testpflicht und Informationspflicht

Homeoffice

Dokumentationspflicht, Ermächtigung zur Datenverarbeitung

Weigerung zur Nachweiserbringung, Lohnanspruch, Kündigung und Kurzarbeit

Wir unterstützen Sie

Inkrafttreten des neuen Infektionsschutzgesetzes

Bundestag und Bundesrat haben am 18./19. November 2021 zur Eindämmung der Corona-Pandemie das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weitere Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite beschlossen. Das Gesetz wird mit der Verkündung in Kraft treten (Tag der Ausgabe, d.h. der Tag nach Einlieferung der Bundesgesetzblatt-Exemplare). Die Verkündung wird voraussichtlich so erfolgen, dass das Gesetz ab Mittwoch, den 24. November 2021 zu beachten ist. Die Regelung gilt zunächst bis zum 19. März 2022.

3G-Regeln am Arbeitsplatz

Die größte Herausforderung für Unternehmen dürfte das neue Gesetz durch die Einführung der sogenannten 3G-Regel am Arbeitsplatz bedeuten. Denn Arbeitgeber dürfen voraussichtlich ab Mittwoch Arbeitnehmern nur dann Zutritt zur Arbeitsstätte gewähren, wenn diese entweder vollständig geimpft, genesen oder getestet sind. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber hierüber einen Nachweis zu erbringen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die Nachweise zu dokumentieren. Verstöße hiergegen werden als Ordnungswidrigkeiten mit Bußgeldern sowohl gegen den Arbeitnehmer geahndet, der die Arbeitsstätte ohne den erforderlichen Status betritt (§ 73 Abs. 1a Nr. 11b Infektionsschutzgesetz (IfSG) n.F.), als auch gegen den Arbeitgeber, der die Einhaltung der Zugangspflichten nicht oder nicht richtig überwacht (§ 73 Abs. 1a Nr. 11d IfSG n.F.).

Als Arbeitsstätte sind solche definiert, in denen physische Kontakte von Arbeitnehmern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können. Umfasst sind auch Transporte von mehreren Beschäftigten zur oder von der Arbeitsstätte.

Genesene und Geimpfte

Vollständig Geimpfte und Genesene haben Zutritt zur Arbeitsstätte. Allerdings haben auch diese Arbeitnehmer einen Nachweis hierüber (physischer Impfausweis oder digitales Impfbzertifikat) während der Arbeitszeit bei sich zu führen, bereitzuhalten und/oder beim Arbeitgeber zu hinterlegen.

Vollständig geimpft ist, wenn nach der zweiten Impfung mindestens 14 Tage vergangen sind. Lediglich mit dem Impfstoff von Johnson & Johnson ist nur eine Impfung ausreichend.

Als vollständig genesen gilt, wer eine Corona-Infektion überstanden hat und dies mit einem positiven PCR-Test nachweist, der mindestens 28 Tage und höchstens 6 Monate alt ist. Solche Genesenen können sich bereits 4 Wochen nach der überstandenen Corona-Infektion impfen lassen und gelten bereits nach der ersten Impfung als vollständig immunisiert.

Nichtgenesene und Nichtgeimpfte: Testpflicht und Informationspflicht

Nicht Genesene und nicht vollständig Geimpfte müssen einen Testnachweis vor dem Zutritt zur Arbeitsstätte beibringen. **Ein Selbsttest mit Selbstauskunft ist hierfür nicht ausreichend.** Benötigt wird ein Testzertifikat (Testzentrum, Ärzte, Apotheken), welches bis zu 24 Stunden Gültigkeit behält. Damit ist eine tägliche Testung erforderlich. Ein Testnachweis mittels sog. PCR-Test darf maximal 48 Stunden zurückliegen.

Der Arbeitgeber kann selbst eine Teststation einrichten. Arbeitnehmer dürfen dann zum Zwecke der Testung den dafür eingerichteten (Vor-)Raum betreten. Die Testung hat dann vor Ort unter Aufsicht von Personal zu erfolgen, das die dafür erforderliche Ausbildung, Kenntnis und Erfahrung besitzt. Es ist nicht erforderlich, dass es sich um medizinisches Personal handelt. Die besonders geschulte Person muss den Test auch nicht selbst durchführen, sondern eine Überwachung über die richtige Anwendung ist ausreichend. Diese Person kann dann den erforderlichen Testnachweis gem. § 3 Nr. SchAusnahmV ausstellen und dokumentieren.

In der Gesetzesbegründung findet sich die Passage: „Der Arbeitgeber darf seine Beschäftigten nicht auf die kostenlose Bürgertestung verweisen, soweit er nach Arbeitsschutzrecht verpflichtet ist, eine kostenlose Testung anzubieten. Der Beschäftigte ist ansonsten für die Beibringung des Testnachweises (zum Beispiel durch Wahrnehmung eines Bürgertest) verantwortlich.“ Eine arbeitsschutzrechtliche Pflicht zur Testung durch den Arbeitgeber mit Nachweiserbringung wurde jedoch gesetzlich nicht geregelt. Auch aus den bislang veröffentlichten FAQs des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales zu 3G am Arbeitsplatz unter [BMAS - FAQs zu 3G am Arbeitsplatz](#) lässt sich eine solche Pflicht nicht entnehmen.

Der Arbeitgeber hat nach der Neufassung von § 28 b Abs. 1 IfSG die Beschäftigten in barrierefrei zugänglicher Form über die betrieblichen Zugangsregelungen zu informieren.

Homeoffice

Der Gesetzgeber hat für den Arbeitgeber die Homeoffice-Pflicht wieder eingeführt. Arbeitgeber haben ihren Arbeitnehmern ein Arbeiten von zu Hause aus zu gestatten, wenn keine betrieblichen Gründe entgegenstehen. An Tagen, an denen im Homeoffice gearbeitet wird, bedarf es keines Zugangsnachweises.

Nur wenn zwingende betriebliche Gründe entgegenstehen, kann von einer Verlagerung der Tätigkeiten in das Homeoffice abgesehen werden. Solche betriebsbedingten Gründe können vorliegen, wenn die Betriebsabläufe sonst erheblich eingeschränkt würden oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten. Beispiele können sein: mit einer Bürotätigkeit verbundene Nebentätigkeiten wie die Bearbeitung und Verteilung der eingehenden Post, die Bearbeitung des Wareneingangs und Warenausgangs, Schalterdienste bei weiterhin erforderlichen Kunden- und Mitarbeiterkontakten, Materialausgabe, Reparatur- und Wartungsaufgaben (zum Beispiel IT-Service), Hausmeisterdienste und Notdienste zur Aufrechterhaltung des Betriebes, unter Umständen auch die Sicherstellung der Ersten Hilfe im Betrieb.

Technische oder organisatorische Gründe, wie zum Beispiel die Nichtverfügbarkeit benötigter IT-Ausstattung, notwendige Veränderung der Arbeitsorganisation oder unzureichende Qualifizierung der betroffenen Beschäftigten, können in der Regel nur vorübergehend bis zur Beseitigung des Verhinderungsgrunds angeführt werden. Auch können besondere Anforderungen des Betriebsdatenschutzes und des Schutzes von Betriebsgeheimnissen gegen die Ausführung von Tätigkeiten im Homeoffice sprechen.

Die Beschäftigten müssen Bürotätigkeiten oder vergleichbare Tätigkeiten in ihrer Wohnung ausführen, wenn dies den Beschäftigten möglich ist. Gründe, die dem entgegenstehen, können beispielsweise räumliche Enge, Störungen durch Dritte oder unzureichende Ausstattung sein. Über die Gründe, die dem Homeoffice entgegenstehen, reicht eine formlose Mitteilung des Beschäftigten auf Verlangen des Arbeitgebers aus. Liegen betriebliche Gründe dafür vor, dass die Homeoffice-Maßnahme nicht umgesetzt werden kann, so muss der Arbeitgeber auf Verlangen der zuständigen Behörde diese Gründe darlegen.

Dokumentationspflicht, Ermächtigung zur Datenverarbeitung

Um die möglichst flächendeckende und lückenlose Umsetzung der Nachweispflicht über den Status geimpft, genesen oder getestet in den Unternehmen sicherzustellen, sollen effiziente und damit tägliche Kontrollmechanismen sichergestellt werden. Die Betriebe, Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, die Nachweise über den Status geimpft, genesen oder getestet ihrer Beschäftigten täglich zu kontrollieren. Der Schwerpunkt dieser Kontrollen liegt auf dem täglichen Nachweis über die Aktualisierung des Status getestet. Bei den Kontrollen der Nachweise über den Status geimpft und genesen sind vereinfachte Kontrollprozesse anwendbar. Eine sichere Kontrolle ist vor allem dann gewährleistet, wenn sie digital durch geeignete technische Lösungen (bspw. CovPass-App) erfolgt. Dabei sind die technischen und organisatorischen Maßnahmen der Datensicherheit umzusetzen, die in den Betrieben und Einrichtungen auch für andere sensible Daten der Beschäftigten oder der dort untergebrachten Personen zur Anwendung kommen. Auch digitale Formen der Erhebung und Speicherung von Nachweisen sind zugelassen, um zusätzliche Möglichkeiten zur Reduzierung des betrieblichen Umsetzungsaufwands zu schaffen.

Die zuständige Behörde kann von jedem Arbeitgeber die zur Durchführung ihrer Überwachungsaufgabe erforderlichen Auskünfte verlangen.

Soweit es zur Erfüllung der Verpflichtung zur Dokumentation der Nachweise erforderlich ist, darf der Arbeitgeber zu diesem Zweck personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf COVID-19 verarbeiten. 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. Der Arbeitgeber hat gemäß § 28 Abs. 3 IfSG angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Personen i. S. v. § 22 Absatz 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) vorzusehen.

Für Arbeitgeber eine Herausforderung ist, dass anhand des Gesetzes nicht bestimmbar ist, ab welchem Tag das Gesetz zu beachten ist und damit auch der Arbeitgeber berechtigt ist, die Daten der Arbeitnehmer zu erfassen. Wir meinen, dass bereits jetzt Daten erhoben werden können, damit zum Tag des Inkrafttretens das Zutritts- und Hygienekonzept gesetzeskonform umgesetzt werden kann.

Weigerung zur Nachweiserbringung, Lohnanspruch, Kündigung und Kurzarbeit

Arbeitnehmern, die sich weigern, den erforderlichen Nachweis zu erbringen, darf kein Zutritt zur Arbeitsstätte gewährt werden. Können diese Arbeitnehmer aufgrund dessen ihre Arbeitsleistung nicht erbringen, weil auch ein Arbeiten im Homeoffice nicht möglich ist, stellt sich die Frage, ob diese Arbeitnehmer noch Gehalts Lohn zu zahlen ist.

Gemäß § 616 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) wird ein Arbeitnehmer nicht dadurch seines Vergütungsanspruchs verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert ist. Aufgrund des erheblichen Eingriffs in die Grundrechte des Arbeitnehmers bei einer Impfung kann vielleicht noch ein Verschulden verneint werden, wenn sich dieser nicht impfen lässt. Aufgrund des geringen Eingriffs bei einem Test und da der Gesetzgeber einen solchen Test ausdrücklich vorschreibt, dürfte der nicht testbereite Arbeitnehmer schuldhaft seine Arbeitsunfähigkeit herbeigeführt haben. Da das neu gefasste IfSG zunächst bis zum 19. März 2022 in Kraft bleibt, liegt auch nicht nur eine unerhebliche Zeit der Verhinderung vor. Im Ergebnis hat der Arbeitnehmer daher keinen Lohnanspruch, wenn er mangels Nachweises arbeiten kann. Bei einer vehementen Weigerung stehen dem Arbeitgeber zudem die Rechte auf Abmahnung und Kündigung zu.

Da der Arbeitsausfall auch vermeidbar ist, dürfte auch kein Kurzarbeitergeldanspruch für diese Arbeitnehmer bestehen. Sind diese beim Arbeitsausfall mit berechnet (derzeit und nach der geplanten Verlängerung der Kurzarbeitergeldregelung 10 %-Eingangsvoraussetzung), droht nicht nur die Rückforderung des gewährten Kurzarbeitergeldes für den betroffenen Arbeitnehmer, sondern, wenn durch Herausrechnung des Arbeitnehmers die Zugangsschwelle unterschritten wird, die gesamte Rückforderung des Kurzarbeitergeldes.

Anders dürfte sich die Rechtslage darstellen, wenn sich der Arbeitgeber ohne bestehende zwingende betriebliche Gründe weigert, dem Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung im Homeoffice zu ermöglichen. In diesem Falle würde der Arbeitgeber in Annahmeverzug geraten und wäre gemäß § 615 BGB zur Zahlung eines Annahmeverzugslohns verpflichtet.

Wir unterstützen Sie

Sie haben Fragen rund um das Thema „Neues Infektionsschutzgesetz“? Wir unterstützen Sie gerne.

Neben Ihren bekannten Ansprechpartnern bei Gehrke Econ stehen Ihnen hierfür

Rechtsanwalt Thorsten Hunsalzer ° E: thorsten.hunsalzer@gehrke-econ.de ° T: 0511-700 50-220 und
Rechtsanwalt Tom-Christian Uhland ° E: tom-christian.uhland@gehrke-econ.de ° T: 0511-700 50-176

gerne zur Verfügung.

Bleiben Sie gesund!

Ihre Gehrke Econ Gruppe