

## Neues vom Gesetzgeber

### Seit dem 24. November 2021 gilt die 3-G-Regel am Arbeitsplatz

*Bundestag und Bundesrat haben am 18./19.11. 2021 eine Testpflicht am Arbeitsplatz verabschiedet. Die Gesetzesmaterialien finden sich in [BT-Drucksache 20/78](#) (Normtext) und [BT-Drucksache 20/89](#) (Begründung).*

Der neue § 28 b Infektionsschutzgesetz (IfSG) ist am 23.11.2021 im [BGBl. I, Seite 4907](#) veröffentlicht und am 24.11.2021 in Kraft getreten. Arbeitgeber müssen die Neuregelungen seitdem umsetzen.

Durch § 28 b Abs. 6 IfSG wird das BMAS ermächtigt, die detaillierteren Umsetzungsmaßnahmen durch Verordnung zu regeln. Das gilt insbesondere für die *Überwachungs- und Dokumentationspflichten* (Abs. 3), aber auch für die Pflichten zur *3G-Zugangsbeschränkung* (Abs.1). Sobald die Verordnung vorliegt, unterrichten wir Sie.

Was wird geregelt?

#### 3G – Regelung und Nachweispflicht

*Arbeitsstätten* i.S.v. § 2 Abs. 1 und 2 der Arbeitsstättenverordnung, an denen ein *physischer* Kontakt zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten, den Betriebsangehörigen untereinander sowie zu anderen Personen *nicht ausgeschlossen* werden kann, dürfen Beschäftigte (und Arbeitgeber) nur betreten, wenn sie über einen aktuellen Nachweis der **Impfung**, der **Genesung** oder eines **Tests** verfügen.

**Wichtig:** Dieser **Nachweis** muss darüber hinaus von den Beschäftigten auch mitgeführt werden (§ 28 b Abs. 2 S. 1 IfSG).

*Physische* Kontakte setzen keinen direkten Körperkontakt voraus. Es genügt, wenn ein Zusammentreffen mit anderen Personen nicht ausgeschlossen werden kann (BT-Drucksache 20/89, Seite 17). Nicht erheblich ist auch, ob Beschäftigte auf andere Personen treffen. Die

Regelung gilt auch für „Sammeltransporte“. Diese liegen schon vor, wenn der Arbeitgeber einen betriebseigenen PKW zur Verfügung stellt oder Absatzkosten übernimmt und wenn in dem Fahrzeug zwei Beschäftigte transportiert werden, erst recht bei einem eingerichteten Werksverkehr.

Eine *geimpfte* Person ist nur eine solche, die *keine Symptome* zeigt. Das folgt aus § 2 Nr. 2 der [COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmen Verordnung](#) vom 08.05.2021. Liegen also typische Symptome einer Corona Infektion vor, ist dem Beschäftigten der Zutritt zu verweigern. Gleiches gilt im Übrigen im Hinblick auf den Status „*genesen*“ bzw. „*getestet*“. Auch hier wird der Status ergänzend durch das Nichtvorliegen typischer Symptome einer Corona Infektion bestimmt. Liegen Symptome vor, ist der Zutritt zu verweigern.

Ein PCR-Test hat nur noch für 48 Stunden Gültigkeit (§ 28 b Abs. 1 S. 2 IfSG). Der sogenannte Antigen-Schnell Test darf längstens 24 Stunden alt sein. Was ein solcher Test ist, wird durch § 28 b Abs. 1 S. 1 IfSG definiert: Dafür ist ein Test gemäß § 2 Nr. 3, Nr. 5 oder Nr. 7 der [COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmen Verordnung vom 08.05.2021](#) relevant. Testnachweis im Sinne von § 2 Nr. 7 a) und b) sind auch Testungen, die der *Arbeitgeber* im Rahmen einer betrieblichen Testung nach den Arbeitsschutzregeln durch Personen mit der erforderlichen Ausbildung und Kenntnis und Erfahrung durchführt oder die von solchen Personen überwacht werden. Die Überwachung muss vor Ort durch den Arbeitgeber oder die von ihm beauftragte Person erfolgen. Beschäftigte können dann das Angebot des Arbeitgebers auf mindestens zwei wöchentliche Testungen gemäß § 4 Abs. 1 der Corona-Arbeitsschutzverordnung annehmen. Diese Testungen können dann von den ausgebildeten und beauftragten anderen Beschäftigten überwacht und attestiert werden. Eine Pflicht, eine solche Überwachungs- bzw. Testmöglichkeit einzurichten, besteht für Arbeitgeber nicht. Mehr als die Zurverfügungstellung der beiden „einfachen“ Selbsttests gemäß § 4 Abs. 1 Corona-Arbeitsschutzverordnung muss der Arbeitgeber nicht machen. Ansonsten und im Übrigen (in Bezug auf die weiteren Tests) fallen die Kosten der Tests den Beschäftigten zur Last, soweit diese nicht den kostenfreien wöchentlichen Bürgertest nutzen. Es handelt sich in keinem Fall um vergütungspflichtige Arbeitszeit, da die Zeit für die Tests nicht ausschließlich fremdnützig ist.

**Wichtig:** *Ausnahmsweise* darf der Beschäftigte die Arbeitsstätte ohne Testnachweis betreten, wenn er *unmittelbar* vor der Arbeitsaufnahme ein solches Testangebot des Arbeitgebers oder ein Impfangebot des

Arbeitgebers wahrnehmen möchte; sonst nicht ohne Nachweis von Impfung, Genesung oder Testung.

## Überwachung

Arbeitgeber (Betriebe, Einrichtungen und Unternehmen) sind verpflichtet, die Nachweise über den Status "geimpft", "genesen" oder "getestet" **täglich** zu **kontrollieren**. Bei den Kontrollen über den Status „geimpft und genesen“ sind vereinfachte Kontrollprozesse denkbar (BT-Drucksache 20/89, Seite 18): Das kann durch Listen erfolgen, z.B. indem sich der Arbeitgeber die Cov-Pass-App zeigen lässt und den Status "geimpft" mit dem Auslaufdatum tabellarisch speichert. Oder: Beim Betreten des Betriebsgeländes wird der Impfstatus, ähnlich wie bei einer Großveranstaltung (Fußballspiel), durch Einscannen geprüft und gespeichert. In einem mittelständischen Betrieb können einfache tabellarische Auflistungen mit den Namen der Beschäftigten und dem aktuellen Impfstatus angefertigt werden. Betriebe können also manuell oder digital die Daten erfassen.

Nach § 28 b Abs. 3 S. 3 IfSG dürfen Arbeitgeber die **Beschäftigtendaten** in Bezug auf den Status "genesen, geimpft oder getestet" verarbeiten. Dieser Status kann auch insoweit verarbeitet werden, als der Arbeitgeber das betriebliche Hygienekonzept auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes anpassen will (BT-Drucksache 20/89, Seite 19).

Die allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen sind zu beachten: Damit ist auf *Datenminimierung* und *-sparsamkeit* zu achten. Vor allem aber muss der Arbeitgeber im Hinblick auf die Löschpflicht gemäß Art. 17 DSGVO ein *Löschkonzept* erstellen. Das muss berücksichtigen, dass die zuständige Behörde von jedem Arbeitgeber Auskünfte verlangen kann, ob die Vorgaben zur 3G-Regelung eingehalten sind. Das Gesetz tritt gemäß § 28 b Abs. 7 IfSG nicht vor dem 19.03.2022 außer Kraft. Bis dahin können die Daten in jedem Fall aufbewahrt werden, da mit behördlichen Kontrollen zu rechnen ist, wie aus § 28 b Abs. 3 S. 5 IfSG deutlich wird.

Nach § 28 b Abs. 2 IfSG gelten für Einrichtungen und Unternehmen, in denen besonders *vulnerable* Personen behandelt, betreut, gepflegt oder untergebracht sind, sowie Besucher solcher Einrichtungen besondere Regelungen. Diese dürfen die Einrichtungen nur betreten, wenn sie als getestet gelten. Das gilt auch für Personen, die aus einem

beruflichen Grund die Einrichtung betreten wollen, wie beispielsweise Therapeuten, Handwerker oder Paketboten. Der Kreis der Einrichtungen definiert sich nach § 23 Abs. 3 S. 1 IfSG sowie § 36 Abs. 1 Nr. 2 und 7 IfSG.

### **Arbeitsrechtliche Konsequenzen**

Weist der Beschäftigte seinen Status als genesen, geimpft oder getestet (3G-Status) nicht nach, *bietet* er seine Arbeitskraft *nicht* ordnungsgemäß an, da der Arbeitgeber ihn nach § 28 b Abs. 2 IfSG nur mit diesem Nachweis beschäftigen kann. Kann die Arbeit vertragsgemäß im *Home-Office* erbracht werden, behält der Arbeitnehmer den Vergütungsanspruch, falls der Arbeitgeber keine Tätigkeit im Home-Office anbietet, wie es § 28 b Abs. 4 IfSG wieder verlangt. Bietet der Arbeitgeber Home-Office an, lehnt Arbeitnehmer die Tätigkeit dort ab und erbringt den 3G-Nachweis nicht, verliert er den Vergütungsanspruch.

Entsprechendes wird gelten, falls der Arbeitnehmer mangels 3G-Nachweis den Arbeitsplatz nicht erreichen kann. Dann gelten die Regelungen zum *Wegerisiko*, welches grundsätzlich der Arbeitnehmer trägt.

Daneben liegt eine Pflichtverletzung im Arbeitsverhältnis vor, die als solche mit Ermahnungen und Abmahnungen und bis hin ggf. zur Kündigung sanktioniert werden kann. An die Abmahnung und insbesondere Kündigung wird man wegen des hoffentlich vorübergehenden Zeitraums der Verpflichtung möglicherweise höhere Anforderungen stellen müssen. Insbesondere stellt sich die Frage nach betrieblichen Störungen und der Prognose. Arbeitgeber sollten daher ausdrücklich fragen, ob die Beschäftigten *wenigstens* den Nachweis zum **Teststatus** erbringen wollen, da dann eine Beschäftigung möglich ist.

Setzt der Beschäftigte einen gefälschten Test ein, berührt dies den Vertrauensbereich des Arbeitsverhältnisses, da auch sonst nicht auf die Wahrheitsgemäßheit der Erklärungen des Beschäftigten vertraut werden kann. Hier kommt die außerordentliche Kündigung in Betracht. Dies gilt umso mehr, als dass der Beschäftigte im Zusammenhang mit seiner Erklärung das hohe Rechtsgut der Gesundheit von Kunden und Kollegen gefährdet.

## Home-Office

Die schon früher bekannte Home-Office-Regelung wird durch § 28 b Abs. 4 IfSG wieder in Kraft gesetzt. Nur wenn *zwingende* betriebliche Gründe entgegenstehen, kann von Home-Office bei Bürotätigkeiten oder vergleichbaren Tätigkeiten abgesehen werden. Betriebsabläufe müssten erheblich eingeschränkt werden oder gar nicht aufrechterhalten werden können. Die Gesetzesbegründung (BT-Drucksache 20/89, Seite 19) nennt Beispiele:

- mit einer Bürotätigkeit verbundene Nebentätigkeiten wie die Verarbeitung oder Verteilung der eingehenden Post,
- die Bearbeitung des Wareneingangs und des Warenausgangs,
- Schalterdienste bei weiterhin erforderlichen Kunden- und Mitarbeiterkontakten,
- Materialausgabe,
- Reparatur- und Wartungsaufgaben – zu denken ist insbesondere an IT,
- Hausmeisterdienste (die vielleicht aber gar keine Bürotätigkeiten sind und deshalb schon tatbestandlich von der Home-Office-Pflicht ausgenommen werden können) und
- Notdienste.

Sind die notwendigen Techniken für das Home-Office noch nicht vorhanden, kann das nur vorübergehend die Home-Office-Pflicht suspendieren. Ohnehin dürften nun Ende 2021 erhöhte Anforderungen an die Darlegungslast zu stellen sein, warum man ein Home-Office nicht einrichten kann.

Beschäftigte können das Home-Office-Angebot mit „Gründen, die dem entgegenstehen“ ablehnen. Solche Gründe müssen – wie schon im Frühsommer 2021 – nicht weiter substantiiert werden. Das bedeutet im Ergebnis, dass Arbeitnehmer ohne jede Begründung Home-Office ablehnen können.

Die Neuregelungen stellen erhöhte Anforderungen an die Organisation vieler Arbeitgeber; wir beraten Sie gerne bei der Umsetzung.

## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@loschelder.de

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de