

/ Rückkehr zur Home-Office-Pflicht und 3-G Pflicht am Arbeitsplatz **Noerr**

18.11.2021

Arbeitsrecht | Corona Crisis Center

Vor dem Hintergrund sprunghaft angestiegener Infektionszahlen hat der Bundestag am Donnerstag, den 18.11.2021, dem von den Fraktionen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP eingebrachten „Gesetzesentwurf zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und der Arbeitsschutzverordnung“ zugestimmt. Mit diesem Gesetzesentwurf werden bundeseinheitlich die Corona-Regeln für Arbeitgeber massiv verschärft. Für Arbeitgeber ergeben sich zwei zentrale Pflichten:

- ▶ Voraussichtlich ab dem 22.11.2021 gilt wieder eine generelle Home-Office-Pflicht für Büromitarbeiter, sofern keine zwingenden betrieblichen Gründe oder Gründe auf Arbeitnehmerseite entgegenstehen.
- ▶ Alle verbleibenden Mitarbeiter dürfen den Betrieb nur dann betreten, wenn sie entweder geimpft, genesen oder getestet sind (3-G Pflicht). Nachfolgend beantworten wir die wichtigsten Fragen zur Home-Office-Pflicht und zu 3-G am Arbeitsplatz:

I. Wiedereinführung der Home-Office-Pflicht

1. Was gilt konkret?

Nach § 28b Abs. 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 insofern keine Rolle; die Home-Office-Pflicht gilt grundsätzlich für alle Mitarbeiter, die eine Bürotätigkeit verrichten. Nach dem klaren Wortlaut dürfte auch eine quotale Entsendung ins Home-Office – z.B. zu 50 Prozent – ausscheiden.

In der Sache ist die Home-Office-Pflicht nicht neu. Vielmehr wird lediglich die vom 23.04.2021 bis zum 30.06.2021 geltende Regelung in § 28b Abs. 7 IfSG a.F. wortwörtlich „reaktiviert“. Es dürften damit im Wesentlichen dieselben Regeln wie im ersten Halbjahr 2021 gelten.

2. Ab wann und bis wann gilt die Home-Office-Pflicht?

Die Regelungen sollen mit Wirkung ab Montag, den 22.11.2021, in Kraft treten und bis zum Ablauf des 19.03.2022 gelten. Eine einmalige Verlängerung um bis zu drei Monate soll möglich sein (§ 28b Abs. 7 IfSG).

3. Unter welchen Voraussetzungen sind Arbeitgeber von der Home-Office-Pflicht befreit?

Arbeitgeber sind von der Home-Office-Pflicht befreit, wenn und soweit – bezogen auf einen konkreten Mitarbeiter – „zwingende betriebsbedingte Gründe“ einer Tätigkeit im Home-Office entgegenstehen. Die Anforderungen sind streng. Nach der Begründung des Gesetzesentwurfs zu § 28b Abs. 7 IfSG sollen „zwingende betriebliche Gründe“ nur dann vorliegen, wenn Betriebsabläufe anderenfalls erheblich eingeschränkt würden oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten. Dies kann entweder auf technische oder organisatorische Gründe zurückzuführen sein. Die Nichtverfügbarkeit benötigter IT-Ausstattung, notwendige Veränderung der Arbeitsorganisation oder unzureichende Qualifizierung der betroffenen Mitarbeiter sollten in der Regel nur vorübergehend angeführt werden können.

4. Müssen Mitarbeiter das Home-Office Angebot annehmen?

Nein. Zwar sind die Mitarbeiter grundsätzlich verpflichtet, das Home-Office Angebot anzunehmen. Allerdings können diese das Angebot bereits dann ablehnen, wenn Gründe entgegenstehen. Das können beispielsweise räumliche Enge, Störungen durch Dritte oder unzureichende technische Ausstattung sein. Eine Offenlegung der Gründe gegenüber dem Arbeitgeber dürfte nicht erforderlich sein. Vielmehr soll eine Mitteilung des Beschäftigten ausreichen, dass ihm das Arbeiten von zu Hause aus nicht möglich ist.

II. 3-G Pflicht am Arbeitsplatz

1. Was gilt konkret?

Nach § 28b Abs. 1 IfSG dürfen Mitarbeiter, 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. Die Impfung, Genesung oder Testung ist also Zugangsvoraussetzung. Liegt diese Zugangsvoraussetzung nicht vor, darf der Mitarbeiter den Betrieb nur betreten, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot oder ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen. Über diese betrieblichen Zugangsregelungen hat der Arbeitgeber seine Mitarbeiter zu informieren.

Bemerkenswert ist, dass diese Zugangsvoraussetzung unabhängig von der Betriebsgröße greift und damit auch von Kleinbetrieben zu beachten ist. Bisher galt die 3-G Regel am Arbeitsplatz z.B. in Bayern nur für Betriebe mit mehr als zehn Mitarbeitern (§ 17 Satz 2 Ziffer 4. der 14. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung).

2. Hat der Arbeitgeber den 3-G Status der Mitarbeiter zu kontrollieren?

Ja. Nach § 28b Abs. 3 IfSG sind Arbeitgeber verpflichtet, den 3-G 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. Stichprobenartige Kontrollen genügen nicht (Umkehrschluss aus § 28b Abs. 5 IfSG).

3. Ist eine Verarbeitung des 3-G Status datenschutzrechtlich zulässig?

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 Abs. 1 Satz 1 IfSG darf der Impf- und Genesungsnachweis sogar bei dem Arbeitgeber hinterlegt werden.

4. Welche Corona-Tests sind erlaubt?

Der Testnachweis muss in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form vorgelegt 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 (§ 2 Nr. 7 SchAusnahmV). Grundsätzlich darf die Testung maximal 24 Stunden zurückliegen. Bei einem Test mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR etc.) darf der Test maximal 48 Stunden zurückliegen.

5. Wer trägt die Kosten für die Tests?

Völlig unklar bleibt nach der gesetzlichen Neuregelung und den spärlichen Gesetzesmaterialien, wer die Kosten für die

Testnachweise tragen soll. Da die Mitarbeiter selbst verantwortlich ist, die Testnachweise zu beschaffen, werden sie grundsätzlich auch die Kosten zu tragen haben. Allerdings haben Arbeitgeber gem. § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV n.F. den Mitarbeitern nicht nur – wie bisher – zwei Mal pro Kalenderwoche einen kostenfreien *Test* zur Verfügung zu stellen. 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.

6. Wer muss sich um den Testnachweis kümmern?

Grundsätzlich muss sich der Mitarbeiter selbst um den Testnachweis kümmern. Allerdings kann der Arbeitgeber den Mitarbeitern eine betriebliche Testung durch Personal anbieten, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt. Zwar folgt aus § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV n.F. keine Pflicht des Arbeitgebers *eigene* Testungen anzubieten. Vielmehr kann auch eine externe Testung angeboten werden. Um einen möglichst reibungslosen Betriebsablauf zu gewährleisten, könnte es für größere Betriebe allerdings sinnvoll sein, die zwei kostenfreien Testungen am Montag und Dienstag als betriebliche Testung anzubieten.

7. Wie ist zu verfahren, wenn eine betriebliche Testung positiv ausfällt?

Der betroffene Mitarbeiter muss den Betrieb unverzüglich verlassen. Sofern er seine Arbeitsleistung im Home-Office verrichtet, behält er seinen regulären Vergütungsanspruch. Kann der Mitarbeiter seine Arbeitsleistung hingegen im Home-Office nicht erbringen, hängt sein Anspruch auf Lohnfortzahlung von einer Vielzahl von Umständen des Einzelfalls ab. Sollte er tatsächlich arbeitsunfähig an Corona erkranken, wird ihm Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG bestehen. Ist er leistungsfähig und wird seine Absonderung („Quarantäne“) behördlich angeordnet, kann – abhängig von der Verhinderungsdauer – ein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB wegen vorübergehender Verhinderung bestehen.

8. Welche Konsequenzen drohen Arbeitgebern bei Verstößen?

Arbeitgebern, die die Einhaltung der Zugangsvoraussetzungen nicht oder nicht richtig überwachen, droht gem. § 73 Abs. 1a Nr. 11d. IfSG ein Bußgeld von bis zu EUR 25.000,00.

III. Fazit:

Arbeitgebern wird vorerst nichts anderes übrig bleiben, als ihre Büromitarbeiter überwiegend ins Home-Office zu schicken. Nur Mitarbeiter, deren Anwesenheit im Betrieb aus zwingenden betrieblichen Gründe erforderlich ist, dürfen weiterhin im Betrieb eingesetzt werden. Diesen Mitarbeitern darf nur dann Zugang zum Betrieb gewährt werden, wenn sie entweder geimpft, genesen oder täglich getestet sind und einen entsprechenden Nachweis vorlegen können. Das Vorliegen der Zugangsvoraussetzungen haben Arbeitgeber zu überwachen und zu dokumentieren. Ferner haben sie die Mitarbeiter über diese Zugangsvoraussetzungen zu informieren.

Haben Sie Fragen? Kontaktieren Sie gerne: [Dr. Wolfgang Schelling](#) , [Dr. Michael Wilhelm Weber](#)

Praxisgruppe: [Arbeitsrecht](#)



Corona Crisis Center



Wir haben eine Task Force eingerichtet, die die Situation laufend im Hinblick auf die Auswirkungen für das Geschäft von Unternehmen analysiert.

[>> Zum Crisis Center](#)

Contact Person



Dr. Wolfgang Schelling, Maître en droit

Mitglied der Practice Group Arbeitsrecht
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht

T +49 89 28628236



Dr. Michael Wilhelm Weber

Mitglied der Practice Group Arbeitsrecht
Rechtsanwalt

T +49 89 28628 154