

2G und 3G im Betrieb: Was gilt es als Betriebsrat zu beachten?



Tobias Schliemann



Herzlich Willkommen!

Das Webinar beginnt um 10:00 Uhr

Technischer Ablauf



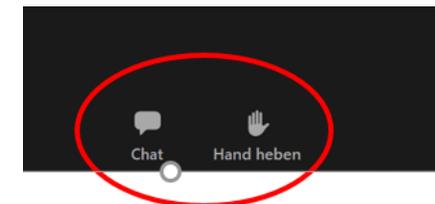
1. Die Mikrophone sind am Anfang auf „stumm“ geschaltet und das Video „ausgeschaltet“. Der Referent und die Präsentation sind „groß“ zu sehen.
2. Wer eine Frage hat, nutzt bitte die Funktion „**Hand heben**“. Die Mikrophone werden dann vom Moderator freigeschaltet (spätestens nach jedem Abschnitt) und es können direkte Fragen gestellt werden. Am Ende gibt es ebenfalls die Möglichkeit die Fragen zu stellen.
3. Fragen / Anmerkungen können auch in den „**Chat**“ geschrieben werden. Diese werden vom Moderator gesammelt und nach jedem Abschnitt an den Referenten gestellt.



Paul Kolfhaus
Moderator



Tobias Schliemann
Referent



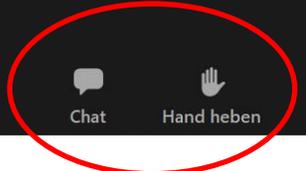


Zu Vollbildmodus wechseln



Tobias Schliemann

Audio-Einstellungen ^



Verlassen

Überblick

- A. Überblick: 2G und 3G Modelle**
- B. Neue 3G-Regelung für Betriebe**
- C. Beteiligungsrechte des BR bei Umsetzung**
- D. Reaktivierung der „Home-Office-Pflicht“**
- E. Umgang mit geimpften und ungeimpften Beschäftigten**

A. Überblick: 3G und 2G Modelle



Geltungsbereiche:

- Für Beschäftigte in ihrem AV
- Für Zugang im „Freizeitbereich“

3G = Geimpft, Genesen, Getestet

3G Plus = Geimpft, Genesen, PCR Getestet

2G = Geimpft, Genesen

2G Plus = Geimpft, Genesen + jeweils getestet

1G = Getestet

Rechtsgrundlagen:

- Neue §§ 28a-c InfSchG
- Corona-Verordnungen der Länder
- Covid-19 Arbeitsstätten-VO

A. Überblick: 3G und 2G Modelle

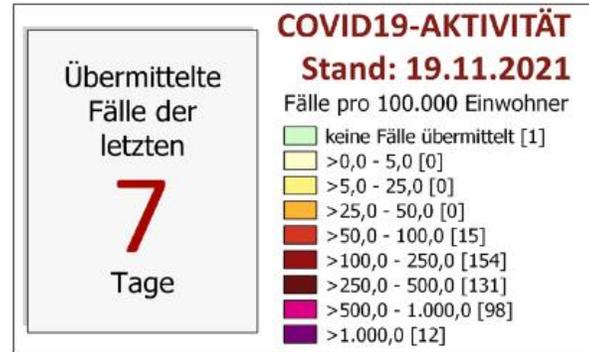
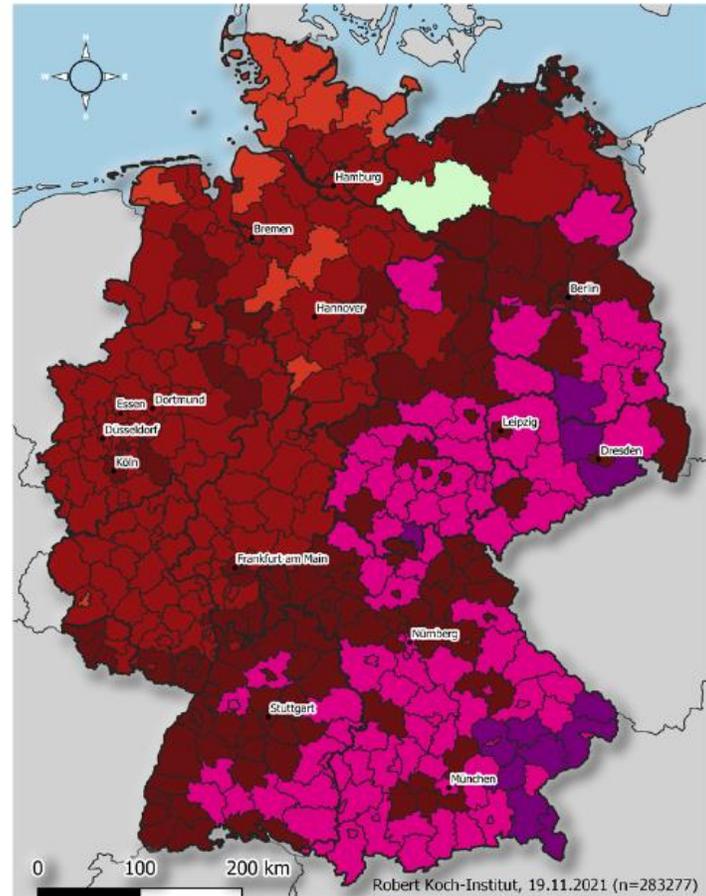


Neuregelungen treten am 24.11.2021 in Kraft und enden mit Ablauf des 21.03.2022:

- **3G am Arbeitsplatz**
§ 28b Abs. 1 - 3
- **Home-Office-Pflicht**
§ 28b Abs. 4
- **Bundeseinheitlicher Maßnahmenkatalog für Bundesländer (u.a. auch 2G)**
§ 28a Abs. 7

A. Überblick: 3G und 2G Modelle

Begründung für Verschärfungen



	Landkreis	Anzahl	Inzidenz
1	LK Rottal-Inn	1734	1.423,6
2	LK Freyung-Grafenau	1071	1.366,9
3	LK Elbe-Elster	1157	1.144,6
4	LK Berchtesgadener Land	1191	1.120,1
5	LK Traunstein	1984	1.117,8
6	LK Mühldorf a.Inn	1276	1.095,4
7	LK Landshut	1723	1.068,9
8	LK Meißen	2556	1.063,4
9	LK Sonneberg	601	1.053,6
10	LK Sächsische Schweiz-Osterzgebirge	2564	1.047,7
11	LK Dingolfing-Landau	1015	1.043,8
12	LK Passau	1948	1.007,0
13	LK Hildburghausen	610	973,6
14	LK Altötting	1080	967,3
15	LK Saale-Orla-Kreis	765	960,7

BT Drucks. 20/89 Seite 17:

- Geimpfte werden seltener infiziert und werden somit auch seltener zu Überträgern des Coronavirus SARS-CoV-2
- Das Risiko das von Ihnen ausgeht ist deutlich geringer
- Die Testung reduziert das Risiko eines Eintrages in den Betrieb und trägt zu einem besseren Überblick über das Infektionsgeschehen bei

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

INFEKTIONS-
SCHUTZGESETZ

Überblick: Neues 3-G-Modell am Arbeitsplatz gemäß § 28b InfSchG

NEU

1.

Absatz 1: Zutritt zur Arbeitsstätte nur für geimpfte, getestete oder genesene Beschäftigte / Arbeitgeber

- alle Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte nicht ausgeschlossen werden können und bei Transport durch AG
- Betreten, um Test oder Impfung unmittelbar vor Arbeitsaufnahme durchzuführen, ist zulässig
- Impfnachweis, Genesenennachweis oder Testnachweis müssen mitgeführt werden sowie zur Kontrolle verfügbar gehalten oder beim Arbeitgeber hinterlegt werden

2.

Absatz 2: Sonderregelungen für „vulnerable“ Einrichtungen (iSd § 23 III 1 IfSchG: z.B. Krankenhaus)

- Testnachweis für Besucher, Arbeitgeber und Beschäftigte
- Für geimpfte oder genesene Beschäftigte ist ein zweimaliger Selbsttest pro Woche ausreichend
- Verpflichtung zur Erstellung eines einrichtungsbezogenen Testkonzepts mit einem Testangebot

3.

Absatz 3: Überwachungs- und Dokumentationspflicht der Arbeitgeber / Datenverarbeitung

- AG hat Zutrittsbeschränkungen durch Nachweiskontrollen **täglich zu überwachen** und **regelmäßig zu kontrollieren**
- Soweit zur Erfüllung der Überwachung und Kontrolle erforderlich, darf der Arbeitgeber die personenbezogenen Daten hins. den Impf-, Genesenen und Teststatus der Beschäftigten verarbeiten
- Übermittlung der durchgeführten Testungen und der Anzahl der geimpften jeweils anonymisiert zweiwöchentlich an die zuständige Behörde

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

Überblick: Welche verschiedenen Testarten gibt es?

PCR-Tests



„Goldstandard“ unter den Corona-Tests. Die Probenentnahme erfolgt durch medizinisches Personal – die Auswertung durch Labore.

Antigen-Schnelltests



Haben ihren Namen, weil das Ergebnis schnell vorliegt. Können nur durch geschultes Personal durchgeführt werden – dafür wird ähnlich wie beim PCR-Test ein Nasen- oder Rachenabstrich gemacht.

Selbsttests



Sind zur Anwendung durch Privatpersonen bestimmt. Dafür muss die Probenentnahme und -auswertung entsprechend einfach sein. Der Test kann zum Beispiel mit einem Nasenabstrich oder mit Speichel erfolgen.

§ 2 Ziffer 7 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung:

ein Testnachweis ein Nachweis hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in **verkörperter oder digitaler Form**, wenn die zugrundeliegende Testung durch In-vitro-Diagnostika erfolgt ist, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer **CE-Kennzeichnung** (...) verkehrsfähig sind, die zugrunde liegende **Testung maximal 24 Stunden** zurückliegt und

- vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfindet, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist,
- im Rahmen einer **betrieblichen Testung** im Sinne des Arbeitsschutzes durch **Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt**, erfolgt
- oder von einem Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 der Coronavirus Testverordnung vorgenommen oder überwacht wurde,“

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

1. Welcher Testnachweis ist für den Zutritt erforderlich?

- Entweder PCR-Test nicht älter 48 Stunden oder Schnelltest nicht älter als 24 Stunden
- Selbsttest nur im Betrieb unter Aufsicht und Dokumentation von beauftragten Personal, das „die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt“
- Kein Anspruch auf ein solches betriebliches Testangebot in „nicht vulnerablen Einrichtung“

2. Wer zahlt die Kosten des Test?

- Keine Kostenregelung in Neuregelung enthalten; BMAS ist ermächtigt durch RVO konkretisierende Vorschriften zu erlassen (§ 28b Abs. 6 IfSchG), geht aber in ihrem veröffentlichten [FAQ](#) von einer Kostentragung der Arbeitnehmer aus
- Die Kosten trägt der (ungeimpfte) Arbeitnehmer, keine Kosten des Arbeitsschutzes nach § 3 Abs. 3 ArbSchG, die der Arbeitgeber zu tragen hat
- Beschäftigte und Arbeitgeber können die kostenfreien Bürgertests oder Testangebote des Arbeitgebers in Anspruch nehmen, zu denen diese aufgrund der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung verpflichtet ist, wenn diese unter Aufsicht durchgeführt werden.

3. Erfolgt der Test während der (bezahlten) Arbeitszeit?

- Test erfolgt „unmittelbar vor Arbeitsaufnahme“ (vgl. § 28b Abs. 1 IfSchG)
- Arbeitszeit ist nicht über § 3 Abs. 3 ArbSchG als Maßnahme des Arbeitsschutzes zu vergüten (vgl. hierzu BAG zum Anlegen der PSA-Schutzausrüstung, Urteil vom 21. Juli 2021 – 5 AZR 572/20 –); keine Vergütung über § 611a Abs. 2 BGB.
- Abweichende Regelungen z.B. durch BV sind möglich



Praxis

- Nachweis durch CovPassApp einfach
- Andere Nachweise dürfen aber nicht abgelehnt werden, soweit es sich um zulässige Nachweise im Sinne von § 2 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung handelt

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

4. Wie wird die Nachweispflicht und Kontrollpflicht erfüllt?

- Einmalige Vorlage und Dokumentation des (digitalen) Impfnachweises oder (digitalen) Genesenennachweises ist ausreichend; Schwerpunkt ist laut Gesetzesbegründung der tägliche Testnachweis
- Kontrolle kann digital erfolgen (z.B. Freischalten der Mitarbeiterausweise für Geimpfte und Genesene zum Passieren des Tors) oder durch Erstellen einer (Excel-)Liste

5. Welche Folgen hat ein Verstoß gegen die Nachweispflicht?

- Kein Zutrittsrecht
- Bei fehlender Möglichkeit Zuhause zu arbeiten besteht kein Anspruch auf Annahmeverzugslohn, weil dem Arbeitnehmer die Leistung unmöglich ist (§ 297 BGB)
- Anbahnung und verhaltensbedingte Kündigung möglich

6. Welche Folgen hat ein Verstoß des AG oder AN gegen die Zutrittsbeschränkung?

- Bußgeld von bis zu 25.000 Euro



Praxis

- Nachweis durch CovPassApp einfach
- Andere Nachweise dürfen aber nicht abgelehnt werden, soweit es sich um zulässige Nachweise im Sinne von § 2 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung ahndelt

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

Verarbeitung des Impf-, Genesenen- oder Teststatus (§ 28b Abs. 3 Satz 2-4)

1. Verarbeitung zur Erfüllung der Nachweis- und Kontrollpflichten

Soweit es zur Erfüllung der Pflichten des Arbeitgebers zu tägliche Nachweiskontrollen und zur regelmäßigen Dokumentierung **erforderlich** ist darf der Arbeitgeber (...) **zu diesem Zweck** personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten.

Die (...) erhobenen Daten sind **spätestens** am Ende des sechsten Monats nach ihrer Erhebung zu löschen; die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts bleiben unberührt.

- **Zweckbindung (Art. 5 Abs. 1b DS-GVO)**
 - Eine Verarbeitung außerhalb des Zweckes ist unzulässig
- **Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 Abs. 1c DS-GVO)**
 - Eine Verarbeitung von Daten, die nicht erforderlich sind, ist unzulässig
- **Grundsatz des Speicherbegrenzung (Art. 5 Abs. 1e DS-GVO)**
 - Daten sind zu löschen sobald der Zweck eine weitere Verarbeitung nicht mehr erforderlich macht. Obergrenze: 6 Monate
- **Grundsatz der Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1e DS-GVO)**



Gesundheitsdaten (Art. 9 DS-GVO)

- Gehören zu den besonders sensiblen Daten, die nur in eng begrenzten Fällen verarbeitet werden dürfen
- Art. 9 II buchst. i DS-GVO erlaubt eine Verarbeitung „im öffentlichen Interesse bei Schutz vor schwerwiegenden grenzüberschreitenden Gesundheitsgefahren“ aufgrund einer gesetzlichen Regelung der Mitgliedstaaten

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

Berichterstattungspflicht des Arbeitgebers gegenüber Behörden (§ 28b Abs. 3 Satz 7)

Übermittlung folgender anonymisierter Angaben an die zuständigen Behörden alle 2 Wochen:

1. *Angaben zu den durchgeführten Testungen, jeweils bezogen auf Personen, die in der Einrichtung oder dem Unternehmen beschäftigt sind oder behandelt, betreut oder gepflegt werden oder untergebracht sind, sowie bezogen auf Besuchspersonen*
2. *Angaben zum Anteil der Personen, die gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft sind, jeweils bezogen auf die Personen, die in der Einrichtung oder dem Unternehmen beschäftigt sind oder behandelt, betreut oder gepflegt werden oder untergebracht sind.*

„Vulnerable Einrichtungen“ (vgl. § 28b Abs. 2) dürfen zur Vorbereitung der Berichterstattung auch Daten von Besuchern und Bewohnern verarbeiten



B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

Verarbeitung des Impf-, Genesenen- oder Teststatus (§ 28b Abs. 3 Satz 2-4)

2. Verarbeitung zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzeptes

Die Daten dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzeptes auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den § 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes verwendet werden, soweit dies erforderlich ist. § 22 Absatz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes gilt entsprechend.

Die nach (...) erhobenen Daten sind spätestens am Ende des sechsten Monats nach ihrer Erhebung zu löschen; die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts bleiben unberührt.



§ 22 Abs. 2 BDSG

- Bei der Verarbeitung sind „angemessene und spezifische Maßnahmen zur Wahrung der Interessen der betroffenen Person vorzusehen.“
- Regelbeispiele (Ziffer 1-10) u.a.:
 - TOM
 - Verschlüsselung
 - Zugriffbeschränkungen
- Gesetzesbegründung hebt „Datensicherheit“ hervor

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

Verarbeitung des Impf-, Genesenen- oder Teststatus (§ 28b Abs. 3 Satz 2-4)

2. Verarbeitung zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzeptes

§ 5 Abs. 1 ArbSchG: Beurteilung der Arbeitsbedingungen

Der Arbeitgeber hat durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind.

§ 6 Abs. 1 ArbSchG: Dokumentation

Der Arbeitgeber muss über die je nach Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten erforderlichen Unterlagen verfügen, aus denen das Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung, die von ihm festgelegten Maßnahmen des Arbeitsschutzes und das Ergebnis ihrer Überprüfung ersichtlich sind.

§ 2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung: Gefährdungsbeurteilung und betriebliches Hygienekonzept

Der Arbeitgeber hat gemäß den § § 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes die Gefährdungsbeurteilung hinsichtlich zusätzlich erforderlicher Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes zu überprüfen und zu aktualisieren. Auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung hat der Arbeitgeber in einem Hygienekonzept die erforderlichen Maßnahmen zum betrieblichen Infektionsschutz festzulegen und umzusetzen. Bei der Festlegung und der Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes kann der Arbeitgeber einen ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten berücksichtigen.



SARS-CoV-2- Arbeitsschutzverordnung

- wurde durch Beschluss des BT ergänzt und tritt mit Ablauf des 19.03.2022 außer Kraft

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

Ergänzende Sonderregelungen für „vulnerable Einrichtungen“

§ 23 Abs. 1 IfSchG

1. *Krankenhäuser,*
2. *Einrichtungen für ambulantes Operieren,*
3. *Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt,*
4. *Dialyseeinrichtungen,*
5. *Tageskliniken,*
6. *Entbindungseinrichtungen,*
7. *Behandlungs- oder Versorgungseinrichtungen,*
8. *Arztpraxen, Zahnarztpraxen,*
9. *Praxen sonstiger humanmedizinischer Heilberufe,*
10. *Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes, in denen medizinische Untersuchungen, Präventionsmaßnahmen oder ambulante Behandlungen durchgeführt werden,*
11. *ambulante Pflegedienste, die ambulante Intensivpflege in Einrichtungen, Wohngruppen oder sonstigen gemeinschaftlichen Wohnformen erbringen, und*
12. *Rettungsdienste.*

§ 36 Abs. 1 IfSchG

1. *Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen,*
2. *Obdachlosenunterkünfte,*
3. *Asylbewerberunterkünfte*
4. *sonstige Massenunterkünfte,*
5. *Justizvollzugsanstalten*
sowie
6. *sonstige ambulante*
Pflegedienste

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

Ergänzende Sonderregelungen für „vulnerable Einrichtungen“

1. Testpflicht für Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher (nicht für behandelte, gepflegte, betreute Personen)
2. Für Arbeitgeber und Beschäftigte, die geimpfte Personen oder genesene Personen sind, kann die zugrunde liegende Testung auch durch Antigen-Tests zur Eigenanwendung ohne Überwachung erfolgen.
3. Die Testung muss für Arbeitgeber und Beschäftigte, die geimpfte Personen oder genesene Personen sind, höchstens zweimal pro Kalenderwoche wiederholt werden
4. Die Einrichtungen sind verpflichtet, ein einrichtungsbezogenes Testkonzept zu erstellen. Im Rahmen des Testkonzepts haben sie Testungen auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 für alle Beschäftigten und Besucher anzubieten.

Die hierbei anfallenden Daten dürfen ebenfalls verarbeitet und anonymisiert übermittelt werden.

B. Neue 3G-Regelung für Betriebe

Ermächtigung des BMAS zur Konkretisierung der Pflichten (§ 28b Abs. 6 InfSchG)

„ Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates für einen befristeten Zeitraum vorzuschreiben, welche Maßnahmen die Arbeitgeber zur Umsetzung der Verpflichtungen nach dieser Vorschrift zu treffen haben und wie sich die Beschäftigten zu verhalten haben, um ihre jeweiligen Pflichten, die sich aus dieser Vorschrift ergeben, zu erfüllen. In der Rechtsverordnung kann insbesondere das Nähere geregelt werden zu den in Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 genannten Pflichten und den in Absatz 3 genannten Überwachungs- und Dokumentationspflichten.“

- Bisher sind keine Konkretisierungen erfolgt oder geplant. Solche sind aber bei auftretenden Problemen der Praxis bei der Umsetzung jederzeit denkbar
- **Bis dahin**: Umsetzungsspielraum der Unternehmen unter Beteiligung der Betriebsräte und Interessenvertretungen

C. Mitbestimmung des BR



§ 87 Abs. 1 Ziffer 7 BetrVG

Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften;

1. Gesetzliche Vorschrift zum Arbeits- und Gesundheitsschutz

- **§ 3 Abs. 1 ArbSchG:** „erforderliche Maßnahmen des Arbeitsschutzes“ (Generalklausel) und „für eine geeignete Organisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen“
- **SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung:** *Anpassung des betrieblichen Hygienekonzeptes aufgrund der Gefährdungsbeurteilung*
- **§ 28b Abs. 1-4 InfSchG:** Organisatorische Umsetzung der Kontroll- und Nachweispflicht ist nicht abschließend vorgegeben

2. Regelungsspielraum

- Keine abschließende Regelung ohne verbleibenden Gestaltungsraum (vgl. § 28b Abs. 6 InfSchG)

3. Konkretisierende Maßnahmen innerhalb des Regelungsrahmens

- Der BR ist nicht berechtigt, einen über den Inhalt der Rahmenvorschrift hinausgehenden Gesundheitsschutz zu verlangen

C. Mitbestimmung des BR



Anpassung des betrieblichen Hygienekonzeptes um die organisatorische Durchführung der 3G Regeln:

1. *Typische Inhalte eines Hygienekonzeptes:*

- Technische und organisatorische Maßnahmen, um betriebsbedingte Personenkontakte zu reduzieren
- Betriebsbedingte Zusammenkünfte durch die Verwendung von Informationstechnologie ersetzen
- Ist das unmöglich, so hat der Arbeitgeber einen gleichwertigen Schutz sicherzustellen, bspw. durch Lüftungsmaßnahmen und geeignete Abtrennungen
- Bei gleichzeitiger Nutzung von Innenräumen bedarf es einer Mindestfläche von 10m², wenn das die Tätigkeit zulässt
- Einteilung von möglichst kleinen Arbeitsgruppen
- Zeitversetztes Arbeiten
- Kann der Mindestabstand oder die Vorgaben zur Raumbelagung nicht eingehalten werden, muss der Arbeitgeber einen medizinischen Mund-Nasen-Schutz kostenlos zur Verfügung stellen.

2. *Ergänzungen*

- Wer ist für die Kontrolle zuständig und wie wird sie durchgeführt?
- Gibt es ein betriebliches Testangebot zur Durchführung des Corona-Tests unter Aufsicht (für Ungeimpfte)?
- Wie soll im Betrieb der Nachweis dokumentiert werden?
- Wo soll die Testung erfolgen?

D. Home-Office-Pflicht

§ 28b Abs. 4 InfSchG

“Der Arbeitgeber **hat** den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, **wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen**. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen.“

. „Zwingende betriebliche Gründe“

- wenn die Betriebsabläufe sonst erheblich eingeschränkt würden oder gar nicht aufrechterhalten werden könnten
- **Beispiele:** mit einer Büro(-Tätigkeit) verbundene Nebentätigkeiten wie die Bearbeitung und Verteilung der eingehenden Post, die Bearbeitung des Warenein- und Ausgangs, Schalter- und Kassendienste bei weiterhin erforderlichen Kunden- und Mitarbeiterkontakten, Materialausgabe, Reparatur- und Wartungsaufgaben (z.B. IT-Service), Hausmeisterdienste und Notdienste zur Aufrechterhaltung des Betriebes, unter Umständen auch die Sicherstellung der Ersten Hilfe im Betrieb.
- **Nur vorübergehende Gründe:** Nichtverfügbarkeit benötigter IT-Ausstattung, notwendige Veränderung der Arbeitsorganisation oder unzureichende Qualifizierung der betroffenen Beschäftigten können i.d.R. nur vorübergehend bis zur Beseitigung des Verhinderungsgrunds angeführt werden.
- **besondere** Anforderungen des Datenschutzes und des Schutzes von Betriebsgeheimnissen



D. Home-Office-Pflicht

§ 28b Abs. 4 InfSchG

*“Der Arbeitgeber **hat** den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, **wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen**. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen.“*

Prüfpflicht des Arbeitgebers

- Zuständige Arbeitsschutzbehörde kann vom Arbeitgeber die erforderlichen Auskünfte verlangen und Anordnungen zur Erfüllung der Arbeitgeberpflicht treffen.
- Wird eine derartige Anordnung nicht innerhalb einer gesetzten Frist oder eine für sofort vollziehbar erklärte Anordnung nicht sofort ausgeführt, kann die zuständige Behörde die von der Anordnung betroffene Arbeit nach § 22 ArbSchG untersagen.
- Liegen nach Meinung des Arbeitgebers zwingende betriebliche Gründe dafür vor, dass kein Homeoffice-Angebot gemacht werden kann, so muss der Arbeitgeber diese Gründe gegenüber der Arbeitsschutzbehörde auf deren Verlangen nachweisen.



D. Home-Office-Pflicht

§ 28b Abs. 4 InfSchG

*“Der Arbeitgeber **hat** den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, **wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen**. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen.“*

- Kein subjektives Klagerecht von Beschäftigten auf „Home-Office“ oder „Mobile Arbeit“
- keine Verpflichtung zur Annahme des Angebots durch Beschäftigte (Art. 13 GG!)
- Für die Umsetzung ist es erforderlich, dass die **räumlichen und technischen Voraussetzungen** in der Wohnung der Beschäftigten gegeben sind und dass zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten eine Vereinbarung bezüglich Homeoffice getroffen wurde, beispielsweise auf dem Wege einer arbeitsvertraglichen Regelung oder durch eine Betriebsvereinbarung.
- Die Ausgestaltung dieser Vereinbarungen ist den Vertragsparteien freigestellt, insbesondere besteht **keine Vorgabe, einen Tlearbeitsplatz gemäß § 2 Absatz 7 der Arbeitsstättenverordnung zu vereinbaren und einzurichten**.



D. Home-Office-Pflicht

§ 28b Abs. 4 InfSchG

*“Der Arbeitgeber **hat** den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen, **wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen**. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen.“*

- Mitbestimmungsrechte des BR aus § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG beachten
- Kein Homeoffice ohne Zustimmung des BR
- Kein Homeoffice gegen den Willen der Beschäftigten
- Bei Streitigkeiten können Beschäftigte das Beschwerderecht aus § 17 ArbSchG nutzen. Hilft das nicht kann die zuständige Arbeitsschutzbehörde oder die Unfallversicherung mit einbezogen werden.



E. Umgang mit (un)geimpften Beschäftigten

2G-Modelle im Betrieb?

- *Darf der Zutritt auf genesene und geimpfte Beschäftigte beschränkt werden?*
- *Darf die Kantine nur für geimpfte und genesene geöffnet werden?*
- *Darf für Präsenzmeetings eine 2G-Regel eingeführt werden?*



tagesschau

Sendung verpasst? ▶

🏠 ▶ Wirtschaft ▶ Unternehmen ▶ Corona-Auflagen in Betrieben: Kantinenessen nach 2G-Regel



Corona-Auflagen in Betrieben

Kantinenessen nach 2G-Regel

Stand: 01.11.2021 10:38 Uhr

Großunternehmen wie Bayer und Eon wollen geimpften und nach einer Corona-Infektion genesenen Beschäftigten künftig eigene Kantinenbereiche anbieten. Auch Meetings nach der 2G-Regel sollen teilweise erlaubt sein.

E. Umgang mit (un)geimpften Beschäftigten

2G-Modelle im Betrieb?

1.

2-G Pflicht für Publikumsverkehr

- Nach den jeweiligen Corona-Länder-Verordnungen (z.B. § 10j Hamburger SARS-CoV-2-Eindämmungs-VO) kann es Betriebe mit obligatorischen oder optionalen 2-G-Modell geben
- Sonderregeln für (ungeimpfte) Beschäftigte dieser Betriebe, wie z.B. Test- und Maskenpflicht

2.

2-G für Beschäftigte

- Entscheidung des Arbeitgebers, die über die derzeitigen Corona-Verordnungen der Bundesländer hinaus geht
- Beachte: Die Zuständigkeit für den Arbeitsschutz liegt beim Bund und nicht bei den Länder (Art. 74 I Nr. 12 GG); die Länder könnten aber über Zutrittsbeschränkungen zu den Einrichtungen 2G-Regelungen treffen

E. Umgang mit (un)geimpften Beschäftigten

1. Ungleichbehandlung

2. Sachlicher Grund für Ungleichbehandlung (Rechtfertigung)

- Ist die Ungleichbehandlung aufgrund des Zweckes sachlich gerechtfertigt?
- Je eher an persönliche Merkmale (z.B. Impfstatus) des Arbeitnehmers angeknüpft wird, desto eher muss der sachliche Grund auch dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen

- Grad der Gefahr einer Ansteckung aufgrund der Tätigkeiten
- Allgemeines Interesse an einer hohen Impfquote
- Schutz der Gesundheit (§ 618 BGB sowie Art. 2 II GG)
- Störung des Betriebsfriedens und der Arbeitsabläufe
- Betriebsfortführung (Art 14 GG)



**Abwägung und
Verhältnismäßigkeitsprüfung**

- Persönliche Entscheidung sich nicht impfen zu lassen (Art. 4 Abs. 1 GG)
- Grad der Beeinflussung der Entscheidung
- Störung des Betriebsfriedens und der Arbeitsabläufe

E. Umgang mit (un)geimpften Beschäftigten

Darf der Arbeitgeber ungeimpften Beschäftigten den Zutritt zum Betrieb verweigern?

Der Arbeitgeber hat mangels Impfpflicht kein berechtigtes Interesse an einer Ablehnung der Arbeitsleistung und Verweigerung des Zutritts zum Betrieb aufgrund seines Hausrechtes:

- Die Verweigerung des Zutritts ohne vorherige Impfung ist eine unzulässige Maßregelung (§ 612a BGB) und widerspricht der gesetzlichen 3G Regelung, die auch Getesteten einen Zutritt erlaubt. Der Impfstatus muss nicht offenbart werden, wenn der Beschäftigte einen zulässigen Testnachweis mit sich führt
- **Bei Zutrittsverweigerung:**
 1. Annahmeverzugslohn aus § 615 S. 1 BGB
 2. Anspruch auf Beschäftigung gegebenenfalls im Wege einstweiligen Rechtsschutzes (Beschäftigungsanspruch „schlägt“ das Hausrecht)

E. Umgang mit (un)geimpften Beschäftigten

Darf der Arbeitgeber ungeimpften Beschäftigten den Zutritt zu Sozialeinrichtungen (z.B. Kantine) verweigern?

1. Position (u.a. Gewerkschaft)

- Unzulässige Maßregelung (§ 612a BGB)
- nicht sachlich gerechtfertigte Ungleichbehandlung

2. Gegenposition

- Nach der Gefährdungsbeurteilung in Verbindung mit der SARS-CoV-2 Arbeitsverordnung kann es wegen der überragender Wichtigkeit des Arbeits- und Gesundheitsschutzes aus sachlichen Gründen erforderlich sein ungeimpften Beschäftigten keinen Zutritt zu Gemeinschaftseinrichtungen wie Kantinen zu gewähren, sofern eine Gefährdung besteht
- Hierbei sind vorrangige mildere Mitteln wie z.B. Testung oder Maskenpflicht zu prüfen und auch die Auswirkungen auf die Arbeitsorganisation und den Betriebsfrieden zu berücksichtigen



Mitbestimmung des BR:

- Arbeits- und Gesundheitsschutz: § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG
- Ausgestaltung der Benutzung der Sozialeinrichtung: § 87 Abs. 1 Nr. 9 BetrVG
- Ordnung im Betrieb: § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG

Frage: Wie wollen wir als Betriebsrat mit dem Thema betriebspolitisch umgehen?

E. Umgang mit (un)geimpften Beschäftigten

Was passiert, wenn Kunden von ihrem Hausrecht Gebrauch machen und nur geimpften Arbeitnehmern den Zutritt zum Kundenbetrieb gewähren?

1. Zwingende gesetzliche Vorgaben durch Coronaschutz-Verordnungen der Länder
 - **Vergütungsanspruch:** Dem Arbeitnehmer die Arbeitsleistung beim Kunden aufgrund eines in seiner Person liegenden Leistungshindernisses unmöglich (§ 297 BGB); sofern keine anderen zumutbaren Beschäftigungsalternativen zugewiesen werden kann (§ 241 Abs. 2 BGB, 106 GewO) besteht kein Annahmeverzugslohn; die bestehende öffentlich-rechtliche „Home-Office-Pflicht“ wird bei der Frage, ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer Home-Office anbieten muss, wertungsgemäß zu berücksichtigen sein. Ob ein Anspruch aus § 616 BGB wertungsgemäß ausscheidet, ist ungeklärt (vgl. BAG, Urteil vom 13.10.2021, 5 AZR 211/21, für den Fall der behördlichen Betriebsschließung: „allgemeines Lebensrisiko“)
 - **Personenbedingte Kündigung:** nur als ultima-ratio denkbar; zu berücksichtigen ist ferner die Befristung der Corona-Regeln
2. 3G oder 2G aufgrund des Hausrechtes des Kunden
 - **Vergütungsanspruch:** Wird ein Arbeitnehmer daran gehindert, seine Arbeitsleistung zu erbringen, weil ihm – aufgrund rechtmäßiger Weigerung, eine Impfung nachzuweisen – der Zutritt zum Arbeitsort verwehrt wird, ist ihm die Tätigkeit i.S. d. § 297 BGB nicht möglich. Eine solche rechtlich zulässige Verweigerung fällt nicht in die Sphäre des Arbeitnehmers, sondern in die des Arbeitgebers, so dass nach § 326 II BGB weiterhin eine Pflicht zur Lohnzahlung besteht (BAG v. 28.9.2016 – 5 AZR 224/16 –)
 - Nach der Rechtsprechung des Bundearbeitsgerichts muss der Arbeitgeber zunächst auf den Kunden einwirken (BAG v. 28.9.2016 – 5 AZR 224/16 –). Eine „**echte Druckkündigung**“ des AN ist nur unter sehr strengen Anforderungen in Ausnahmefällen anerkannt: Dem Arbeitgeber müssen schwere wirtschaftliche Schäden drohen und eine Kündigung das einzige in Betracht kommende Mittel sein, die Schäden abzuwenden

E. Umgang mit (un)geimpften Beschäftigten

Umgang mit Arbeitnehmern, die aufgrund einer Gefährdung für Dritte (z.B. in der Pflege) nicht eingesetzt werden können?

- **Personenbedingte Kündigung?**
 - Allein das Fehlen einer Corona-Impfung rechtfertigt – anders als bei der Masern-Impfung (vgl. § 20 IX 6 IfSG) – kein Beschäftigungsverbot und daher auch keine personenbedingte Kündigung.
 - Erforderlich ist, dass der Vertragszweck nicht mehr erreicht werden kann, was nur in besonderen Fällen denkbar ist (z. B. Pflege)
 - Vorrangig hat der Arbeitgeber andere Einsatzmöglichkeiten und Schutzmaßnahmen zu prüfen
- **Betriebsbedingte (!) Kündigung?**
 - Denkbar bei unternehmerische Entscheidung nur noch geimpfte Beschäftigte zu beschäftigen, die auch umgesetzt wird und nur auf Willkür geprüft wird (Fulrott/Fischer, NJW 2021, 657)
 - Zweifelhaft, da unternehmerische Entscheidung eine Diskriminierung beinhaltet

E. Umgang mit (un)geimpften Beschäftigten

Kann der Arbeitgeber eine Impfpflicht für Beschäftigte einführen?

1. Keine Impfpflicht ohne gesetzliche Grundlage

- Aufgrund des wesentlichen Eingriffs in das Recht auf körperliche Unversehrtheit kann eine Impfpflicht nur aufgrund eines Gesetzes erlassen werden

2. Gesetzliche Impfpflicht

- Die **Pockenschutzimpfpflicht**, die bis 1976 galt, hat das BVerwG eine solche Impfpflicht als verfassungskonform bewertet (NJW 1959, NJW Jahr 1959 Seite 2325).
- Nachdem im letzten Jahr mit dem **Masernschutzgesetz** eine Impfpflicht für schulpflichtige Kinder, sowie für Personen, die in Schulen und Betreuungseinrichtungen tätig sind, gegen Masern eingeführt wurde, hat das BVerfG (NJW 2020, NJW Jahr 2020 Seite 1946) auch diese als verfassungsmäßig angesehen. Die Impfpflicht für Kinder in Tschechien für die Aufnahme in eine KITA ist **keine Menschenrechtsverletzung** (EGMR, Az. 47621/13)

3. Rechtsgrundlage: § 20 Absatz VI 1 IfSG

- Das Bundesministerium für Gesundheit kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates anordnen, dass „bedrohte Teile der Bevölkerung an Schutzimpfungen oder anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilzunehmen haben, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist“.

Diskussion:

- Impfpflicht für besondere Beschäftigtengruppen
- z.B. in Krankenhäusern oder im Pflegebereich
- Ohne gesetzliche Grundlage unzulässig

F. Betriebsrisiko bei Lockdown

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.10.2021, 5 AZR 211/21

Die Beklagte betreibt einen Handel mit Nähmaschinen und Zubehör und unterhält in Bremen eine Filiale. Dort ist die Klägerin seit Oktober 2019 als geringfügig Beschäftigte gegen eine monatliche Vergütung von 432,00 Euro im Verkauf tätig.

Im April 2020 war das Ladengeschäft aufgrund der „Allgemeinverfügung über das Verbot von Veranstaltungen, Zusammenkünften und der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus“ der Freien Hansestadt Bremen vom 23. März 2020 geschlossen. Deshalb konnte die Klägerin nicht arbeiten und erhielt auch keine Vergütung.

Mit ihrer Klage hat sie die Zahlung ihres Entgelts für den Monat April 2020 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs begehrt. Sie hat gemeint, die Schließung des Betriebs aufgrund behördlicher Anordnung sei ein Fall des von der Beklagten als Arbeitgeberin zu tragenden Betriebsrisikos.

Dagegen hat die Beklagte Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, die von der Freien Hansestadt Bremen zur Pandemiebekämpfung angeordneten Maßnahmen betreffen das allgemeine Lebensrisiko, das nicht beherrschbar und von allen gleichermaßen zu tragen sei.

Besteht ein Vergütungsanspruch der Arbeitnehmerin für die Zeiten des behördlich angeordneten Lockdowns?



Hintergrund:

- Das neue Infektionsschutzgesetz sieht keinen flächendeckenden Lockdown als Maßnahme vor,
- Maßnahme, die vor dem Auslaufen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite in den Bundesländern erlassen wurden, gelten aber noch befristet bis zum 15.12.2021 weiter

F. Betriebsrisiko bei Lockdown

Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 13.10.2021, 5 AZR 211/21

- Der Arbeitgeber trägt auch nicht das Risiko des Arbeitsausfalls, wenn – wie hier – zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge von SARS-CoV-2-Infektionen durch behördliche Anordnung in einem Bundesland die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert und nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden.
- In einem solchen Fall realisiert sich nicht ein in einem bestimmten Betrieb angelegtes Betriebsrisiko. Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ist vielmehr Folge eines hoheitlichen Eingriffs zur Bekämpfung einer die Gesellschaft insgesamt treffenden Gefahrenlage.
- Es ist Sache des Staates, gegebenenfalls für einen adäquaten Ausgleich der den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile – wie es zum Teil mit dem erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld erfolgt ist – zu sorgen. Soweit ein solcher – wie bei der Klägerin als geringfügig Beschäftigter – nicht gewährleistet ist, beruht dies auf Lücken in dem sozialversicherungsrechtlichen Regelungssystem. Aus dem Fehlen nachgelagerter Ansprüche lässt sich jedoch keine arbeitsrechtliche Zahlungspflicht des Arbeitgebers herleiten.



Vielen Dank für Eure Aufmerksamkeit!



Fachanwälte für Arbeitsrecht

**Kanzlei Gaidies Heggemann und Partner
Mönckebergstraße 17
20095 Hamburg**

**Tel.: 040 – 280 886 14
schliemann@gsp.de
www.gsp.de.de**

Anhang:

Neuer Podcast für Betriebsräte „Frische BRise“



- [Gesetzesbeschluss des Deutschen Bundestages](#)
- [Gesetzesbegründung des Hauptausschusses des BT](#)
- [Ursprünglicher Gesetzesentwurf vom 8.11.2021](#)

- [FAQ des BMAS zu 3G am Arbeitsplatz](#)

- [VGH Bayern zur Verfassungsmäßigkeit des bayrischen 3-G-Modells](#)

- [BAG v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21: Ein staatlich angeordneter „Lockdown“ stellt kein vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko dar](#)