



# **FAQ**

**zur neuen Rechtslage anlässlich der Aufhebung der  
Feststellung der epidemischen Lage von nationaler  
Tragweite**

**Stand: 22. November 2021**

**IG METALL VORSTAND  
StSt Justitiariat / Datenschutz  
FB Betriebspolitik  
FB Sozialpolitik**

# Inhaltsverzeichnis

1.	Warum entfällt die epidemische Lage von nationaler Tragweite mit Ablauf des 25.11.2021? .....	3
2.	Was sind die wichtigsten Änderungen und ab wann gelten sie?.....	3
3.	Wie ist die Neuregelung in § 28 b IfSG zu 3G am Arbeitsplatz einzuordnen?.....	4
4.	Wie muss der Nachweis ausgestaltet sein, den Geimpfte und Genesene beim Zutritt zur Arbeitsstätte mit sich führen müssen? .....	4
5.	Wie muss der Nachweis ausgestaltet sein, den Beschäftigte, die weder geimpft noch genesen sind, beim Zutritt zur Arbeitsstätte mit sich führen müssen? .....	5
6.	Was gilt für Außendienstmitarbeiter?.....	5
7.	Was gilt in Bezug auf Leiharbeitnehmer?.....	6
8.	Was gilt bei Arbeit im Homeoffice?.....	6
9.	Ist der Arbeitgeber verpflichtet, Testungen anzubieten? .....	6
10.	Wer trägt die Kosten für die Testungen? .....	7
11.	Ist der Zeitaufwand, der für die Testungen aufzuwenden ist, zu vergüten? .....	7
12.	Ist der Zeitaufwand, der für die Kontrollen aufzuwenden ist, vom Arbeitgeber zu vergüten? .....	8
13.	Was bedeuten die Neuregelungen für den Datenschutz? .....	8
14.	Was bedeutet das für den Arbeitsschutz? .....	9
15.	Welche Rolle kommt dem Betriebsrat dabei zu? .....	9
16.	Was, wenn ein Beschäftigter die erforderlichen Voraussetzungen für den Zugang nicht erfüllt?.....	10
17.	Wird ein etwaiger Verlust des Arbeitsentgelts anderweitig aufgefangen? .....	10
18.	Welche weiteren arbeitsrechtlichen Folgen könnte es nach sich ziehen, wenn ein Arbeitnehmer sich weigert, die Nachweispflichten zu erfüllen? .....	11
19.	Was beinhaltet die sogenannte „Homeofficepflicht“? .....	12

# 1. Warum entfällt die epidemische Lage von nationaler Tragweite mit Ablauf des 25.11.2021?

Die Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite ist zuletzt durch Beschluss des Bundestags im August 2021 erfolgt. Sie wird mit Ablauf des 25.11.2021 als aufgehoben gelten, da der Bundestag keinen Beschluss über ihre Fortgeltung fassen wird.

Das bedeutet nicht, dass die erheblichen Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung und das Funktionieren des Gesundheitswesens nicht mehr bestehen. Vielmehr ist damit ein rechtstechnischer Anknüpfungspunkt für weitreichende Regelungsbefugnisse auch durch Rechtsverordnungen der Länder entfallen.

Durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite sind nun zum einen neue bundesgesetzliche Regelungen geschaffen worden, mit denen auf die fortbestehende Gefahren für die öffentliche Gesundheit und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens eingewirkt wird. Zum anderen ist der Handlungsspielraum für die Bundesländer durch Rechtsverordnungen zu handeln, enger gefasst worden.

# 2. Was sind die wichtigsten Änderungen und ab wann gelten sie?

Ab dem **24.11.2021** gelten neue Regelungen, von denen die wichtigsten die folgenden sind:

- Arbeitgeber und Beschäftigte dürfen Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten, wenn sie geimpft, genesen oder negativ getestet sind (3G am Arbeitsplatz)
- Überwachungs- und Dokumentationspflichten des Arbeitgebers über das Vorhandensein eines der drei „G“, inklusive der damit einhergehenden Datenverarbeitung – soweit erforderlich
- Verwendung der Daten zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts im Einzelfall ist gestattet, soweit erforderlich
- Arbeit im Homeoffice
- Nutzung des öffentlichen Personennah- und Fernverkehrs sowie der Verkehrsmittel des Luftverkehrs nur von Fahr- oder Fluggästen die geimpft, genesen oder negativ getestet sind

- Fortgeltung des in § 56 Abs. 1a IfSG geregelten Entschädigungsanspruchs trotz Wegfalls der epidemischen Lage von nationaler Tragweite im Sinne des IfSG
- Fortführung der erweiterten Möglichkeiten zum Bezug von Krankengeld bei Erkrankung des Kindes
- Ausweitung von Strafvorschriften bei Verstoß gegen das IfSG

### **3. Wie ist die Neuregelung in § 28b IfSG zu 3G am Arbeitsplatz einzuordnen?**

§ 28b Abs. 1 IfSG adressiert ein Verbot an Arbeitnehmer und Arbeitgeber Arbeitsstätten zu betreten, sofern sie nicht geimpft oder genesen oder negativ getestet sind, keinen Impfnachweis, einen Genesenennachweis oder einen Testnachweis mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben.

Die Regelung dient der Eindämmung der Verbreitung des Coronavirus und ist keine arbeitsrechtliche Bestimmung.

### **4. Wie muss der Nachweis ausgestaltet sein, den Geimpfte und Genesene beim Zutritt zur Arbeitsstätte mit sich führen müssen?**

Geimpfte und Genesene können den erforderlichen Nachweis durch einen Impf- oder Genesenennachweis im Sinne des § 2 Nummer 3 oder Nummer 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung vom 08.05.2021 erbringen.

Richtigerweise steht es geimpften oder genesenen Personen frei, ihrem Arbeitgeber diesen Status nicht zu offenbaren und stattdessen täglich einen Negativtest als Nachweis vorzulegen.

Dem steht weder entgegen, dass das Erfassen des Impf- oder Genesenenstatus eine Vereinfachung der Kontrollmaßnahmen ermöglichen kann noch, dass der Arbeitgeber die Daten zum Impf-, Sero- oder Teststatus zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts verwenden darf. Die gesetzliche Neuregelung begründet keine eigenständige Grundlage für eine Datenverarbeitung zu diesen beiden Zwecken, sondern gestattet lediglich eine weitere Nutzung der Daten, die zur Überwachung des Zutrittsrechts erforderlich sind.

## **5. Wie muss der Nachweis ausgestaltet sein, den Beschäftigte, die weder geimpft noch genesen sind, beim Zutritt zur Arbeitsstätte mit sich führen müssen?**

Diese Beschäftigten müssen einen Testnachweis nach § 28b IfSG mit sich führen.

Gemäß § 2 Nummer 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung vom 08.05.2021 muss die Testung folgende Voraussetzungen erfüllen:

- Sie hat vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattgefunden, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist,
- sie hat im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, stattgefunden,
- sie ist von einem Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung erbracht worden.

Daraus folgt, dass die nach der Corona-Arbeitsschutzverordnung vom Arbeitgeber anzubietenden Tests nicht ohne weiteres dazu geeignet sind, einen entsprechenden Nachweis zu führen. Denn die Pflichten des Arbeitgebers nach § 4 der Corona-Arbeitsschutzverordnung gehen nicht so weit, dass die dort angesprochenen Tests unter seiner Aufsicht oder durch qualifiziertes Personal oder durch einen Leistungserbringer durchgeführt werden müssen.

Grundsätzlich hat ein ordnungsgemäßer negativer Testnachweis eine Gültigkeit für 24 Stunden. Ist der Test durch eine PCR-Testung oder ein vergleichbares Testverfahren durchgeführt worden, beträgt die Gültigkeit 48 Stunden.

## **6. Was gilt für Außendienstmitarbeiter?**

Außendienstmitarbeiter können zudem weiteren 3G, 2G oder weitergehender Regularien unterworfen sein, wenn sie Arbeitsstätten anderer Arbeitgeber betreten wollen oder sie Unterkünfte nutzen müssen. So gelten etwa für Einrichtungen wie Krankenhäuser grundsätzlich Testpflichten für Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher. Die Nutzung von Hotels- und Herbergen kann zudem länderspezifischen Regelungen unterworfen sein. Das kann etwa Monteure, die Fahrstühle in Krankenhäusern einbauen, warten oder reparieren betreffen.

Beschäftigte, die außerhalb des Betriebs des eigenen Arbeitgebers auf einer Baustelle ihre Arbeit erbringen, unterfallen ebenfalls den 3G-Regeln am Arbeitsplatz. § 28b IfSG erfasst alle Arbeitsstätten im Sinne des § 2 Arbeitsstättenverordnung.

## **7. Was gilt in Bezug auf Leiharbeitnehmer?**

Die gesetzlichen Neuregelungen treffen keine ausdrücklichen Aussagen zu Leiharbeitnehmern.

Für die Leiharbeitnehmer selbst ist aber festzuhalten, dass sie auch für den Zutritt zum Betrieb des Entleihers geimpft oder genesen oder negativ getestet sein müssen und sie einen entsprechenden Nachweis mit sich führen müssen.

Unklar ist, ob die an den Arbeitgeber adressierten bußgeldbewehrten Pflichten zur Überwachung und Dokumentation des Impf-, Sero- oder Teststatus und die damit einhergehenden Rechte zur Datenverarbeitung den Verleiher und/ oder den Entleiher treffen.

Insbesondere praktische Erwägungen sprechen dafür, dass auch der Entleiher in Bezug auf einen Leiharbeitnehmer Arbeitgeber im Sinne des § 28b IfSG ist oder er zumindest vom Verleiher entsprechend beauftragt werden kann.

Leiharbeitnehmern ist somit anzuraten, an den Kontrollen des Entleihers mitzuwirken.

## **8. Was gilt bei Arbeit im Homeoffice?**

Arbeitet ein Beschäftigter im Homeoffice wird er von den Zutrittsbeschränkungen und Nachweispflichten des § 28b IfSG nicht erfasst, da der Arbeitsplatz im Homeoffice keine Arbeitsstätte im Sinne der Arbeitsstättenverordnung ist.

## **9. Ist der Arbeitgeber verpflichtet, Testungen anzubieten?**

Die Pflichten nach § 4 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung bleiben bestehen. Der Arbeitgeber ist verpflichtet, allen Arbeitnehmern, die nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, mindestens zweimal wöchentlich Tests anzubieten.

Die Testangebotspflicht besteht ausnahmsweise nicht, soweit der Arbeitgeber durch andere geeignete Schutzmaßnahmen einen gleichwertigen Schutz der Beschäftigten sicherstellt oder einen bestehenden gleichwertigen Schutz nachweisen kann.

Soweit teilweise vertreten worden ist, dass das Angebot von Tests entbehrlich ist, wenn dem Arbeitgeber der Nachweis über eine Impfung bzw. eine Genesung des Beschäftigten vorliegt, hat das schon bislang nicht überzeugt. Diese Sichtweise hat auch in den aktuellen Neuregelungen keinen Niederschlag gefunden. Nach wie vor gilt daher richtigerweise, dass auch Geimpfte und Genesene das Recht auf die Angebote zur Testung nach § 4 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung haben, da nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch sie das Virus in sich tragen und auch übertragen können.

Die vom Arbeitgeber anzubietenden Tests sind jedoch nicht ohne weiteres geeignet, den nach § 28b IfSG zu führenden Nachweis zu erbringen (s.o.).

## **10. Wer trägt die Kosten für die Testungen?**

Hinsichtlich der Tests, die der AN nach § 28b IfSG zum Zutritt zur Arbeitsstätte benötigt, ist im Allgemeinen eine Pflicht des Arbeitgebers zur Übernahme der Kosten für den Test nicht gegeben. Anderes könnte sich nur aus entsprechenden spezifischen (Betriebs-) Vereinbarungen ergeben.

Hinsichtlich der Tests, die der Arbeitgeber nach § 4 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung anbieten muss, bleibt es bei der Kostentragungspflicht des Arbeitgebers.

Schließlich besteht Anspruch auf kostenfreie Bürgertests nach den §§ 5, 4a Coronavirus-Testverordnung im Rahmen der Verfügbarkeit von Textkapazitäten mindestens 1 x wöchentlich.

## **11. Ist der Zeitaufwand, der für die Testungen aufzuwenden ist, zu vergüten?**

Grundsätzlich gilt, dass der Zeitaufwand, den ein Beschäftigter aufwenden muss, um den nach § 28b IfSG erforderlichen Testnachweis erbringen zu können, seiner persönlichen Sphäre zugeordnet ist und nicht vom Arbeitgeber vergütet werden muss.

Für Tests, die der Arbeitgeber auf Grundlage der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung anbieten muss und die vom Arbeitnehmer in Anspruch genommen werden, kann anderes gelten:

Bietet der Arbeitgeber diese Tests nämlich ausschließlich in der betrieblichen Sphäre an, handelt es sich dann nach richtiger Auffassung um vergütungspflichtige Arbeitszeit.

Dass in dieser Zeit nicht die eigentliche Arbeitsleistung erbracht wird, ist nicht entscheidend. Es handelt sich um eine mit der geschuldeten Arbeitstätigkeit untrennbar zusammenhängende Tätigkeit, die im Interesse des Arbeitgebers so „erledigt“ wird, dass die aufzuwendende

Zeit der freien Verfügung des Beschäftigten entzogen ist. Diese Zeit ist daher grundsätzlich wie Arbeitszeit zu vergüten.

Daran ändert sich auch dann im Grundsatz nichts, wenn das Testangebot des Arbeitgebers so ausgestaltet ist, dass damit zugleich der Nachweis gemäß § 28b IfSG geführt werden kann.

Wie bei der Frage der Kostentragungspflicht für Testungen (s.o.) bleibt es den Betriebsparteien unbenommen anderes zu regeln, z.B. dass Zeitaufwand im Zusammenhang mit Testungen und Kontrollen wie Arbeitszeit vergütet wird. Zur Rolle des Betriebsrats und bestehenden Mitbestimmungsrechten siehe Frage 15.

## **12. Ist der Zeitaufwand, der für die Kontrollen aufzuwenden ist, vom Arbeitgeber zu vergüten?**

Im Grundsatz ist das nicht der Fall.

Kann der Beschäftigte jedoch seine Arbeit nur deshalb verspätet aufnehmen, weil die Kontrollmaßnahmen des Arbeitgebers zu erheblichen Verzögerungen beim Zutritt zum Betrieb führen, die in diesem Ausmaß nicht erwartet werden mussten, so kann daraus ein Anspruch auf Vergütung der ausgefallenen Arbeitszeit gegen den Arbeitgeber folgen.

## **13. Was bedeuten die Neuregelungen für den Datenschutz?**

Soweit es zur Erfüllung der Überwachungs- und Dokumentationspflichten des Arbeitgebers erforderlich ist, darf der Arbeitgeber Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus verarbeiten.

Erforderlich ist allein zu kontrollieren und zu dokumentieren, dass eines der drei „G´s“ vorhanden ist und nicht welches.

Die Daten dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung verwendet werden, soweit dies erforderlich ist. Daraus folgt jedoch nicht, dass daraus weitergehende Auskunftsansprüche des Arbeitgebers folgen als die, die zur Kontrolle und Überwachung der Zutrittsvoraussetzungen zur Arbeitsstätte erforderlich sind (s.o.).

Die für besonders sensible Gesundheitsdaten spezifischen Regelungen des Datenschutzrechts – insbesondere § 22 BDSG – sind in jedem Fall zu beachten.



Spätestens nach sechs Monaten müssen diese Daten gelöscht werden. Diese in § 28b Abs. 3 IfSG ausdrücklich genannte Löschfrist ist eine Höchstfrist. Nach dem allgemeinen Datenschutzrecht sind die Daten somit bereits früher zu löschen, wenn ihre weitere Speicherung nicht erforderlich ist.

## **14. Was bedeutet das für den Arbeitsschutz?**

Die bisher etablierten Maßgaben zur betrieblichen Corona-Prävention bleiben im Kern unberührt: Der Arbeitgeber hat auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung in einem betrieblichen Hygienekonzept die Maßnahmen zum betrieblichen Infektionsschutz festzulegen und umzusetzen. Die gleichzeitige Nutzung von Räumen durch mehrere Personen ist weiterhin auf ein betriebsnotwendiges Minimum zu beschränken, wenn nicht durch andere Maßnahmen ein gleichwertiger Schutz sichergestellt werden kann.

§ 3 der Corona-Arbeitsschutzverordnung fordert nach der aktuellen Anpassung „zu prüfen, welche geeigneten technischen und organisatorischen Maßnahmen getroffen werden können, um betriebsbedingte Personenkontakte zu reduzieren“. Zur Anpassung der Maßnahmen soll es möglich sein, den Immunisierungsstatus (geimpft oder genesen) der Beschäftigten zu berücksichtigen. Vor dem Hintergrund medizinischer Erkenntnisse zu den Übertragungsmöglichkeiten auch durch Geimpfte sowie weiter steigender Infektionszahlen ist auch weiterhin ein hohes Schutzniveau aufrechtzuerhalten. Die Festlegung entsprechender Maßnahmen ist mitbestimmungspflichtig gemäß § 87 Abs.1 Nr. 7 BetrVG.

## **15. Welche Rolle kommt dem Betriebsrat dabei zu?**

Nicht das „Ob“ – dieses ist zwingend nach § 28b IfSG vorgegeben –, aber das „Wie“, d.h. die Ausgestaltung der Kontrollen unterliegt der Mitbestimmung (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 6, 7 BetrVG; Ordnung des Betriebes, technische Überwachungseinrichtung und Arbeits- und Gesundheitsschutz).

In einer Betriebsvereinbarung kann daher geregelt werden, dass es ausreicht, am jeweiligen Kontrolltag den Vor- und Zunamen der Beschäftigten auf einer Liste "abzuhaken". Es wird dabei nicht erfasst, welcher konkrete „G“-Nachweis vorliegt. Auch digitale Systeme kommen in Betracht. Die Prüfung der Nachweise kann z.B. über die CovPassCheck-App des Robert-Koch-Instituts erfolgen. Mit der App können alle gängigen Zertifikate überprüft werden. Bei der Prüfung werden keinerlei Daten gespeichert.

In einer Regelung sollte gewährleistet sein, dass die Beschäftigten die Wahlfreiheit haben, ihren Impf-bzw. Genesenstatus oder einen Testnachweis vorzulegen.

Die Frage, ob die nach § 4 der Corona-Arbeitsschutzverordnung vom Arbeitgeber anzubietenden Tests als „qualifizierte Tests“ für den Nachweis gemäß § 28b IfSG angeboten werden, ist nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Darüber hinaus ist zu gewährleisten, dass Regelungen über den Schutz der erhobenen Daten getroffen werden. Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten handhabt die DSGVO iVm. dem BDSG restriktiv (Art. 9 DS-GVO / § 22 BDSG). Geboten ist u.a. Transparenz über die Art und Weise der Verarbeitung der Gesundheitsdaten zu schaffen, z.B. an wen die Daten gehen sowie Lösungsfristen, Datensparsamkeit, Sicherstellung der engen Zweckbindung.

Zum Schutz der Gesundheitsdaten können die zur Verschwiegenheit verpflichteten Betriebsärzt\*innen und/oder Fachkräfte für Arbeitssicherheit einbezogen werden. Auf dieser Grundlage können infektionssichere Anpassungen der Schutzmaßnahmen unter Einbeziehung aller Arbeitsschutzakteure vorgenommen werden.

Sollen Drittfirmen mit der Kontrolle von 3 G am Arbeitsplatz beauftragt werden, ist der Betriebsrat sowohl in die Auswahl als auch in ein regelmäßiges Monitoring einzubeziehen.

## **16. Was, wenn ein Beschäftigter die erforderlichen Voraussetzungen für den Zugang nicht erfüllt?**

Ein Beschäftigter der nicht geimpft, genesen oder negativ getestet ist oder einen entsprechenden Nachweis nicht mit sich führt, zur Kontrolle verfügbar hält oder ihn beim Arbeitgeber hinterlegt hat, darf die Arbeitsstätte nicht betreten und kann damit seine Arbeitsleistung nicht erbringen.

Schon das ordnungsgemäße Anbieten der Arbeitsleistung in der Arbeitsstätte ist ihm dann aus rechtlichen Gründen nicht möglich.

Er verliert damit seinen Entgeltanspruch aus § 611a Abs. 2 BGB. Auch ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn aus § 615 Satz 1 BGB besteht nicht.

## **17. Wird ein etwaiger Verlust des Arbeitsentgelts anderweitig aufgefangen?**

In Fällen, in denen kein Entgeltanspruch besteht, ist davon auszugehen, dass die betroffenen Personen auch kein Arbeitslosengeld erhalten werden. In den ersten drei Monaten ohne Entgelt wird in aller Regel wegen einer sogenannten Sperrzeit auch kein Anspruch auf Arbeitslosengeld bestehen. Aber auch für einen weitergehenden Zeitraum ist damit zu rechnen, dass die Arbeitslosenversicherung eine Zahlung ablehnen wird. Sie wird dies damit begründen kön-

nen, dass die Versicherten nicht in der Lage seien, eine zumutbare Beschäftigung anzunehmen – was aber Voraussetzung für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld wäre. Denn solange die 3-G-Regel für die überwiegende Zahl der Arbeitsplätze greift, darf bzw. kann eine Beschäftigung unter den üblichen Bedingungen des Arbeitsmarktes ohne Nachweis nicht ausgeübt werden.

Es bleibt dann lediglich der Anspruch auf Arbeitslosengeld II („Hartz IV“). Aber auch Bezieh\*innen dieser Leistung sind verpflichtet, zumutbare Beschäftigungen anzunehmen. Wer diese Pflicht verletzt, muss mit einer Kürzung der (ohnehin schon geringen) Leistungen um bis 30 % rechnen. Wer auf Dauer keinen 3-G-Nachweis erbringt, wird diese Sanktion in Kauf nehmen müssen, weil hierdurchin aller Regel eine zumutbare Beschäftigung verhindert wird.

Im Übrigen wird Arbeitslosengeld II nur an Personen gezahlt, die ihren Lebensunterhalt nicht aus eigenem Einkommen oder Vermögen sichern können. Wer über Vermögen verfügt, muss dieses daher zunächst bis auf einen kleinen Freibetrag aufbrauchen.

## **18. Welche weiteren arbeitsrechtlichen Folgen könnte es nach sich ziehen, wenn ein Arbeitnehmer sich weigert, die Nachweispflichten zu erfüllen?**

Darf ein Arbeitnehmer die Arbeitsstätte, an der er seine Arbeitsleistung zu erbringen hat, nicht betreten, weil er keine der Voraussetzungen des § 28b Abs. 1 IfSG erfüllt, kann er seine Arbeitsleistung nicht erbringen. Es entsteht ein Arbeitsausfall.

Ob der Arbeitsausfall personen- oder verhaltensbedingten Gründen zuzuordnen ist, kann unterschiedlich beurteilt werden. Da die Pflichten nach § 28b IfSG, die den Arbeitnehmer treffen, keine Vertragspflichten sind, sprechen die besseren Gründe dafür, dass nicht Vorhandensein eines der drei „G´s“ als personenbedingten und nicht als verhaltensbedingten Hinderungsgrund anzusehen. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber kommt daher nach richtiger Rechtsauffassung allenfalls unter den strengen Wirksamkeitsvoraussetzungen, die an personenbedingte Kündigungen gestellt werden, in Frage.

Das Risiko, dass Beschäftigte wegen der Weigerung, den erforderlichen Nachweis für den Zutritt zum Betrieb zu erbringen, gleichwohl abgemahnt und verhaltensbedingt gekündigt werden, ist allerdings nicht unerheblich. Ob die Arbeitsgerichte im Einklang mit der hier vorgenommenen Einordnung schon das Vorliegen eines verhaltensbedingten Grundes verneinen werden, ist keineswegs sicher.

## 19. Was beinhaltet die sogenannte „Homeofficepflicht“?

Der Arbeitgeber muss gemäß § 28b Abs. 4 IfSG bei Büroarbeiten oder vergleichbaren Tätigkeiten Home-Office anbieten, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen (beispielsweise räumliche Enge, Störungen durch Dritte oder unzureichende Ausstattung).

Die Ausgestaltung unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG. Im Einzelnen können durch eine Regelung außerdem die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 2, 3, und 6 BetrVG betroffen sein.

Näheres siehe Infopaket 4, dort „FAQ – Betriebsvereinbarungen zur Pandemie“

Vor dem Hintergrund der Homeofficeangebotspflicht des Arbeitgebers nach § 28b Abs. 4 IfSG ergibt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer Fortzahlung der Vergütung verlangen kann, wenn er zwar die Zutrittsvoraussetzungen des § 28b Abs. 1 IfSG nicht erfüllt, er jedoch bereit ist, im Homeoffice zu arbeiten und der Arbeitgeber seinerseits auch verpflichtet ist, ihm dies anzubieten.

Im Ergebnis dürfte dies der Fall sein. Der Arbeitgeber verhält sich treuwidrig, wenn er die Möglichkeit zur Erbringung der Arbeitsleistung im Homeoffice vereitelt. In Betracht kommen ansonsten auch Schadensersatzansprüche, wenn der Arbeitgeber seiner Angebotspflicht nicht nachkommt und der Arbeitnehmer deshalb Entgeltverluste erleidet.

Das BMAS hat unter folgendem Link [FAQ-Katalog](#) zu den hier dargestellten sowie zu weiteren Fragen ebenfalls ein FAQ veröffentlicht.

### Impressum

IG Metall, Wilhelm-Leuschner-Str. 79, 60329 Frankfurt  
vertreten durch den Vorstand, 1. Vorsitzender: Jörg Hofmann

V.i.S.d.P./Verantwortlich nach § 18 Abs. 2 MStV:  
Thomas Hess, Stabsstelle Justitiariat / Datenschutz  
Martin Bauer, Funktionsbereich Sozialpolitik  
Isaf Gün, Funktionsbereich Betriebspolitik  
Wilhelm-Leuschner-Str. 79, Frankfurt  
Kontakt: [vorstand@igmetall.de](mailto:vorstand@igmetall.de)