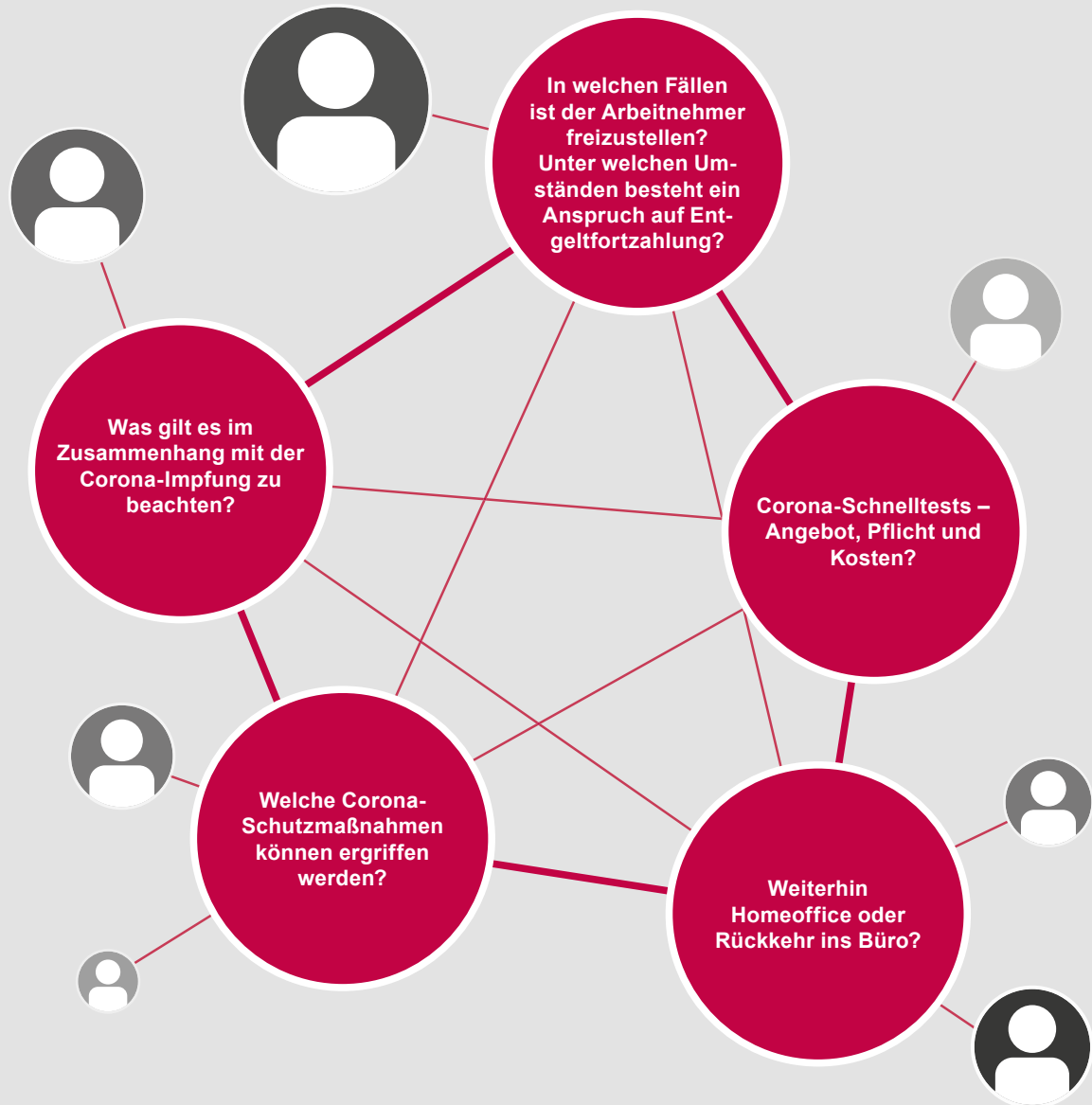


# Luther.



## Sondernewsletter Corona

Oktober 2021

# Inhalt

In welchen Fällen ist der Arbeitnehmer freizustellen? Unter welchen Umständen besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung? .....	3
Was gilt es im Zusammenhang mit der Corona-Impfung zu beachten?.....	6
Corona-Schnelltests – Angebot, Pflicht und Kosten? .....	9
Welche Corona-Schutzmaßnahmen können ergriffen werden? .....	12
Weiterhin Homeoffice oder Rückkehr ins Büro? .....	14
Autoren .....	18
Veranstaltungen, Veröffentlichungen und Blog .....	19

# In welchen Fällen ist der Arbeitnehmer freizustellen? Unter welchen Umständen besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung?



## **Sind Arbeitnehmer, die sich impfen lassen wollen, von der Erbringung der Arbeitsleistung unter Fortzahlung der Vergütung freizustellen?**

Grundsätzlich gilt für Arzt- und Impftermine, dass diese vom Arbeitnehmer außerhalb der Arbeitszeit wahrgenommen werden sollen. Anderenfalls greift der in § 326 Abs. 1 BGB verankerte Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ mit der Folge, dass der Vergütungsanspruch für die Zeit der Abwesenheit erlischt. Anders sieht es aus, wenn der Arztbesuch aufgrund der Umstände im Einzelfall zwingend in der Arbeitszeit erfolgen muss, wie beispielsweise bei einer behördlichen Terminzuweisung. In diesem Fall würde die Regelung des § 616 BGB greifen und der Vergütungsanspruch bliebe bestehen.

Um die Impfbereitschaft der Arbeitnehmer während der Pandemie zu fördern, wurde in der aktuellen Fassung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) ein neuer § 5 eingeführt. Dieser enthält die Verpflichtung des Arbeitgebers, seinen Arbeitnehmern zu ermöglichen, sich während der Arbeitszeit impfen zu lassen. Auch wenn aus der Verordnung nicht explizit hervorgeht, ob es sich hierbei um eine bezahlte oder unbezahlte Freistellung handelt, wird die Regelung wohl so zu verstehen sein, dass es sich hierbei um eine Freistellung handelt, bei der der Arbeitgeber die ausgefallene Arbeitsleistung zu vergüten hat. Ob allerdings eine solche Vergütungspflicht wirksam im Rahmen einer Verordnung geregelt werden kann, ist unter Juristen heftig umstritten.

## **Kann der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer freistellen, der nachweislich Kontakt zu einer infizierten Person hatte? Hat der Arbeitnehmer im Falle einer Freistellung einen Anspruch auf Fortzahlung seiner Vergütung?**

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich verpflichtet, den Arbeitnehmer vertragsgemäß zu beschäftigen (sog. Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers). Eine Freistellung von der Arbeitsleistung ist nur dann möglich, wenn ein dem Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegendes Interesse des Arbeitgebers besteht. So etwa das Interesse des Arbeitgebers am Schutz der übrigen Mitarbeiter vor den Gefahren einer Ansteckung. Hierfür müssen allerdings spezifische Verdachtgründe für eine Infektion des Arbeitnehmers vorliegen. Ein nachweislich direkter Kontakt zu einer infizierten Person stellt eine solche konkrete Infektionsgefahr dar, welche das Interesse des Arbeitgebers überwiegen lässt und den Arbeitgeber zur einseitigen Freistellung berechtigt.

Im Falle einer Freistellung behält der Arbeitnehmer regelmäßig seinen Vergütungsanspruch gem. § 615 Satz 1 BGB. Im Pandemiefall kommt es darauf an: Sofern bei einem Arbeitnehmer noch keine Infektion nachgewiesen ist und er seine Arbeitsleistung anbietet, ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Vergütung zu entrichten.

## **Können Arbeitgeber bei einer Covid-Erkrankung Entgeltfortzahlung verweigern, wenn Arbeitnehmer eine angebotene Impfung abgelehnt haben?**

Wer infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, hat grundsätzlich Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Das gilt somit auch für Fälle, in denen sich Arbeitnehmer mit dem Covid-19 Virus infiziert haben und Krankheitssymptome aufweisen. Das Entgeltfortzahlungsgesetz knüpft diesen Anspruch allerdings an die Voraussetzung des Unverschuldens des Arbeitnehmers an. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts handelt schuldhaft, wer vorsätzlich oder besonders leichtfertig gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhaltensweise verstößt (Urteil vom 18.03.2015, 10 AZR 99/14). Ein solcher Verstoß ist regelmäßig bei Unfällen im Rahmen der Ausübung besonders gefährlicher Sportarten anzunehmen oder wenn aus touristischem Interesse eines der Infektionsgebiete trotz Reisewarnung aufgesucht wird. Aus der fehlenden Bereitschaft des Arbeitnehmers, sich impfen zu lassen, kann ein Verschulden des Arbeitnehmers i. S. d. § 3 EFZG nach der derzeitigen Rechtslage hingegen nicht abgeleitet werden.

## **Wie wirkt sich die Anordnung häuslicher Quarantäne auf den Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers aus?**

Im Falle einer behördlich angeordneten Quarantäne gilt es hinsichtlich des Entgeltfortzahlungsanspruchs des Arbeitnehmers zu differenzieren. Ob, wie viel und von wem der Arbeitnehmer Geld während der Quarantäne bekommt, hängt unter anderem davon ab, ob dieser arbeitsunfähig erkrankt ist, von zuhause arbeiten kann und neuerdings, ob er geimpft oder genesen ist.

Ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig an Covid-19 erkrankt, erhält er Lohnfortzahlung nach den üblichen Regelungen der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, § 3 EFZG. Auch die aufgrund der Covid-19-Erkrankung angeordnete häusliche Isolierung ändert nach allgemeiner Auffassung hieran nichts.

Befindet sich der Arbeitnehmer hingegen nur vorsorglich wegen des Verdachts auf eine mögliche Infektion in Quarantäne, hängt der Entgeltfortzahlungsanspruch davon ab, ob die geschuldete Arbeitsleistung am Ort der Quarantäne erbracht

werden kann oder nicht. Ist das Arbeiten von zuhause möglich, bleibt der Arbeitnehmer zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet und erhält weiterhin sein gewöhnliches Entgelt vom Arbeitgeber.

Entfällt die Möglichkeit des Homeoffices, hat der Arbeitnehmer nach dem Infektionsschutzgesetz einen Anspruch auf Entschädigung. § 56 IfSG gewährt dem Arbeitnehmer eine Entschädigung in Höhe des Netto-Arbeitsentgelts, welche zunächst vom Arbeitgeber ausbezahlt wird. Dieser wiederum kann sich den jeweiligen Betrag anschließend auf Antrag von der zuständigen Behörde erstatten lassen.

Der Anspruch auf Entschädigung besteht nach § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG aber nicht, wenn durch Inanspruchnahme einer öffentlich empfohlenen Schutzimpfung eine Quarantäne hätte vermieden werden können. Die Gesundheitsminister von Bund und Ländern haben am 22. September 2021 nun mehrheitlich das Ende der Entschädigungszahlung für Ungeimpfte beschlossen. Ihre Entscheidung begründen sie damit, dass mittlerweile jeder die Möglichkeit zur Impfung hat. Spätestens ab dem 1. November 2021 erhalten daher Arbeitnehmer, die das Impfangebot freiwillig verstreichen haben lassen, im Falle einer Quarantäne für den erlittenen Verdienstausfall keine Entschädigung mehr.

Ausgenommen hiervon sind Personen, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen können bzw. bei Impfdurchbrüchen oder Neuerkrankungen. In diesen Fällen besteht weiterhin ein Anspruch auf Entschädigung.

## **Wer trägt die Ausfallkosten der Arbeitnehmer, wenn diese nach der Impfung aufgrund von Impfreaktionen infolge Arbeitsunfähigkeit ausfallen?**

Sollte ein Arbeitnehmer nach der Impfung aufgrund einer Impfreaktion arbeitsunfähig erkranken, besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz. Dies wird zunächst vom Arbeitgeber getragen, der sich die dadurch entstandenen Aufwendungen im Nachgang von der jeweils zuständigen Krankenkasse im versicherten Umfang erstatten lassen kann, sofern er am sogenannten U1-Verfahren nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz (AAG) teilnimmt.

## **Hat der Arbeitnehmer einen Entgeltfortzahlungsanspruch, wenn dieser privat in ein Risikogebiet verreist und sich danach in häusliche Quarantäne begeben muss?**

Für Reiserückkehrer aus einem Hochrisiko- oder Virusvariantengebiet gilt seit dem 1. August 2021 die neue Coronavirus-Einreiseverordnung (CoronaEinreiseV). Danach müssen sich Personen, die nach Deutschland eingereist sind und sich zu einem beliebigen Zeitpunkt in den letzten zehn Tagen vor der Einreise in einem zum Zeitpunkt der Einreise als Hochrisikogebiet oder Virusvariantengebiet eingestuften Gebiet aufgehalten haben, unverzüglich nach der Rückkehr nach Deutschland in eine zehn- bis 14-tägige häusliche Quarantäne begeben. Für Hochrisikogebiete besteht die Möglichkeit der Freitestung und für Geimpfte und Genesene entfällt die Quarantänepflicht gänzlich.

Reist ein Arbeitnehmer wissentlich in eines der Länder, die der Quarantänepflicht unterfallen, und muss er sich im Anschluss aufgrund der CoronaEinreiseV tatsächlich in häusliche Isolierung begeben, handelt er schuldhaft im Sinne der Regelungen über die Entgeltfortzahlung. Es entsteht eine selbstverschuldete vorübergehende Verhinderung der Erbringung der Arbeitsleistung i. S. d. § 616 BGB und damit entfällt der Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Darüber hinaus ist in diesem Fall auch eine Verdienstaufschlagsentschädigung nach dem Infektionsschutzgesetz ausgeschlossen. Denn § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG schließt einen Entschädigungsanspruch ausdrücklich für den Fall aus, dass eine Quarantäne durch Nichtantritt einer Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet hätte vermieden werden können. Nach dem Gesetzeswortlaut gilt eine Reise als vermeidbar, wenn zum Zeitpunkt der Abreise keine zwingenden und unaufschiebbaren Gründe für die Reise vorlagen. Hierzu würden etwa dringende medizinische Behandlungen, behördliche Termine oder familiäre Notfälle wie eine Beerdigung zählen.

Der Anspruch auf Zahlung des Arbeitsentgelts besteht allerdings dann fort, wenn der Arbeitnehmer die Möglichkeit hat, während der Quarantäne aus dem Homeoffice zu arbeiten.

Etwas anders ist der Fall zu behandeln, in dem das vom Arbeitnehmer bereiste Land erst nach seiner Abreise aus Deutschland zum Risikogebiet erklärt wird. Dann hat er nicht schuldhaft gehandelt und hätte grundsätzlich für einen vorüber-

gehenden Zeitraum einen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB. Der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB greift allerdings nur, wenn die Arbeitsverhinderung zudem nur für einen verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum besteht. Dauert die Arbeitsverhinderung aufgrund der Quarantäne länger, greift jedoch § 56 IfSG und gewährt dem Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entschädigung. Ausnahmen können sich für Nichtgeimpfte ergeben (s.o.).

Eine Liste der derzeit ausgewiesenen Risikogebiete finden Sie auf der Website des RKI ([RKI – Coronavirus SARS-CoV-2 – Informationen zur Ausweisung internationaler Risikogebiete durch das Auswärtige Amt, BMG und BMI](#)).

# Was gilt es im Zusammenhang mit der Corona-Impfung zu beachten?

## Darf der Arbeitgeber den Impfstatus von Arbeitnehmern erfragen und einen Nachweis verlangen?

Ja, aber nur dann, wenn er dafür eine Rechtsgrundlage oder ein „legitimes Interesse“ hat. Denn ein Arbeitgeber darf nur solche Informationen erfragen, an deren Beantwortung ein berechtigtes, billigenswertes und schutzwürdiges Interesse für das Arbeitsverhältnis besteht.

Die meisten Arbeitgeber werden aktuell aber keine solche Rechtsgrundlage oder ein legitimes Interesse haben. Dies gilt insbesondere, da in Deutschland derzeit keine Impfpflicht besteht und es sich bei der Abfrage um sensible Gesundheitsdaten handelt, die datenschutzrechtlich besonders geschützt werden.

Eine Rechtsgrundlage existiert beispielsweise im Gesundheitswesen. Derzeit gilt ganz allgemein, dass Gesundheitseinrichtungen wie Krankenhäuser, Dialyseeinrichtungen oder auch Arztpraxen ihre Beschäftigten in Bezug auf übertragbare Krankheiten nach deren Impfstatus fragen können und die

personenbezogenen Daten verarbeiten dürfen (§ 23a i. V. m. § 23 Abs. 3 Satz 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG)). Das galt auch schon vor der Corona-Pandemie und dient dem Schutz der Patienten vor sog. nosokomialen Infektionen (z. B. Infektion der Patienten mit „Krankenhauskeimen“). Sinn und Zweck der Vorschrift von § 23 IfSG ist es, dem medizinischen Arbeitgeber die Datenverarbeitung zum Impf- und Serostatus in Bezug auf impfpräventable Erkrankungen der Arbeitnehmer zu erleichtern, letztlich zum Schutz der Arbeitnehmer aber auch Patienten. Durch den § 23 a IfSG wird der Bereich auch auf nicht-impfpräventable Erkrankungen (wie Covid-19) erweitert. Wichtig ist, dass aus diesem Fragerecht keine Impfpflicht resultiert, denn sich impfen zu lassen, bleibt weiterhin freiwillig.

Die meisten Arbeitgeber aus anderen Branchen haben im Übrigen aktuell keine Rechtsgrundlage, um nach dem Impfstatus zu fragen und einen Nachweis zu verlangen. Im Rahmen des Aufbauhilfegesetzes 2021 (AufbHG 2021) wurde u. a. auch **28a Abs. 3** sowie § 36 Abs. 3 IfSG geändert (Inkrafttreten: 15. September 2021). Nach § 36 Absatz 3 IfSG gilt nunmehr, dass insbesondere den in § 36 Abs. 1 und 2 IfSG genannten Ein-



richtungen (z. B. Obdachloseneinrichtungen, Pflegeheime, Schulen, Kindertageseinrichtungen) die Möglichkeit gegeben wird, den Impfstatus ihrer Beschäftigten in Bezug auf eine Covid-19-Schutzimpfung abzufragen und zu speichern.

*„Sofern der Deutsche Bundestag nach § 5 Absatz 1 Satz 1 eine epidemische Lage von nationaler Tragweite festgestellt hat und soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) erforderlich ist, darf der Arbeitgeber in den in den Absätzen 1 und 2 genannten Einrichtungen und Unternehmen personenbezogene Daten eines Beschäftigten über dessen Impf- und Serostatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten, um über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder über die Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden. Im Übrigen gelten die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts.“*

Wir meinen, dass aus der berechtigten Frage des Arbeitgebers zum Impf- und Serostatus innerhalb der §§ 23, 23a und 36 IfSG folgt, dass die Beschäftigten wahrheitsgemäß antworten müssen, also kein „Recht zur Lüge“ besteht.

## **Können Arbeitnehmer zur Impfung per Direktionsrecht verpflichtet werden?**

Nein, das ist nicht vom Direktionsrecht gemäß § 106 Satz 1 GewO umfasst. Selbst Gesundheitseinrichtungen dürfen ihre Beschäftigten nicht zu einer Impfung mit Blick auf den zuvor erwähnten § 23a i. V. m. § 23 Abs. 3 Satz 1 IfSG verpflichten. Es besteht nur eine Frage- und Datenverarbeitungsrecht.

Es ist bereits sehr umstritten, ob überhaupt eine gesetzliche Impfpflicht in Deutschland rechtlich möglich wäre (§ 20 Abs. 6 IfSG beinhaltet jedenfalls grundsätzlich eine Verordnungsermächtigung). Daraus folgt, dass erst recht eine Impfpflicht nicht vom Direktionsrecht umfasst wäre. Nach unserer rechtlichen Einschätzung entspräche ein solches Verlangen des Arbeitgebers nicht billigem Ermessen, da die Entscheidung, sich impfen zu lassen oder nicht, primär eine private Entscheidung ist, mithin das Persönlichkeitsrecht und das Recht auf körperliche Unversehrtheit betroffen sind.

Da keine Impfpflicht besteht und eine Impfung nicht dem Direktionsrecht unterliegt, wäre eine solche Aufforderung genauso unwirksam wie eine auf einem „Verstoß“ basierende ausgesprochene Abmahnung oder Kündigung. Der Abschluss einer Betriebsvereinbarung in Gestalt einer zwingenden Pflicht zur Impfung ist ebenfalls unzulässig.

## **Welche Relevanz haben Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (STIKO) für den Arbeitgeber?**

Da Arbeitgeber weder verpflichtet sind Impfungen anzubieten, noch von ihren Beschäftigten verlangen können, sich zu impfen, haben die Empfehlungen der STIKO keine Relevanz für die Arbeitgeber.

Die STIKO ist eine demokratisch legitime Form der institutionell abgesicherten Einbeziehung externen Sachverständigen, ohne selbst eine selbstständige Bundesbehörde zu sein. Die STIKO gibt deshalb „nur“ Empfehlungen zur Durchführung von Schutzimpfungen und zur Durchführung anderer Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe und entwickelt auch Kriterien zur Abgrenzung einer üblichen Impfreaktion und einer über das übliche Ausmaß einer Impfreaktion hinausgehenden gesundheitlichen Schädigung (§ 20 Abs. 2, 2a IfSG). Die STIKO-Empfehlungen sind also primär Leitlinien ohne rechtsverbindliche Wirkung hinsichtlich der Festlegung öffentlicher Impftermine oder –empfehlungen, entfalten daher keine unmittelbare rechtliche Wirkung und Verbindlichkeit, wirken sich aber u.a. auf den medizinrechtlichen Haftungsmaßstab aus.

## **Darf der Arbeitgeber von den Arbeitnehmern „Booster-Impfungen“ und „Auffrischungsimpfungen“ verlangen?**

Nein, er kann bereits überhaupt keine Impfungen verlangen. Auffrischungsimpfungen sind aktuell ohnehin nur für einen begrenzten Personenkreis vorgesehen. Es muss sich z. B. um sog. vulnerable Personen handeln, bei denen sich sechs Monate nach der (üblicherweise) zweiten Impfung eine reduzierten oder schnell nachlassenden Immunantwort vorliegt.

## **Ist der Arbeitgeber verpflichtet, Corona-Impfungen zur Verfügung zu stellen? Wer trägt die Kosten für den Impfstoff?**

Der Arbeitgeber hat nicht selbst die Schutzimpfung zur Verfügung zu stellen. Er hat es jedoch zu ermöglichen, dass die Beschäftigten während der Arbeitszeit geimpft werden können und hat ggf. die Betriebsärzte dabei zu unterstützen. Zusätzlich haben Arbeitgeber ihre Beschäftigten über Impfangebote zu informieren. § 5 Abs. 1 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung lautet:

*„Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten zu ermöglichen, sich während der Arbeitszeit gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 impfen zu lassen. Der Arbeitgeber hat die Betriebsärzte und die überbetrieblichen Dienste von Betriebsärzten, die Schutzimpfungen aus Gründen des Bevölkerungsschutzes im Betrieb durchführen, organisatorisch und personell zu unterstützen.“*

Eine Kostenübernahme durch den Arbeitgeber ist nicht vorgesehen. Denn generell werden die Kosten der Corona-Schutzimpfungen – ungeachtet des Versicherungsstatus – im Rahmen der Coronavirus-Impfverordnung vom Bund übernommen.

### **Darf der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern für den Fall, dass diese sich impfen lassen, Sonderleistungen versprechen?**

Ja, der Arbeitgeber kann eine „Impfprämie“ ausloben, um die Impfbereitschaft zu erhöhen. Denn ein solcher Anreiz stellt keine Impfpflicht dar und den Beschäftigten obliegt es weiterhin sich freiwillig zu melden, um sich impfen zu lassen und eine „Impfprämie“ zu erhalten.

Der Arbeitgeber darf aber nicht andersherum seine Beschäftigten schlechter stellen oder maßregeln, wenn diese die Auskunft über ihren Impfstatus rechtmäßig verweigern. Grundsätzlich scheint allerdings faktisch nicht ausgeschlossen, dass der Betriebsfrieden gestört sein könnte, wenn sich Beschäftigte benachteiligt fühlen, soweit sie die Prämie nicht erhalten.

Wenn „Impfprämien“ ausgelobt werden sollen, sind ggf. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 und 10 BetrVG berücksichtigen.

### **Kann der Arbeitgeber den Zugang zu betrieblichen Einrichtungen für nicht geimpfte Arbeitnehmer beschränken?**

Arbeitgeber haben gegenüber allen Beschäftigten eine Fürsorgepflicht, worunter auch der Schutz vor Ansteckung fällt. Das bedeutet aber nicht, dass der Arbeitgeber allein unter Berufung auf seine Fürsorgepflicht ungeimpfte Beschäftigte nach Hause schicken dürfte/müsste. Der Arbeitgeber kann zwar dem Grunde nach seine Beschäftigten durch sein Hausrecht von dem Betrieb ausschließen. Allerdings muss er den Beschäftigten grundsätzlich aufgrund des Beschäftigungsanspruchs adäquat beschäftigen. Darüber hinaus sieht § 612a

BGB ein Maßregelverbot vor, wonach der Arbeitgeber seine Beschäftigten nicht ungleich behandeln darf.

Ob die ungeimpften Beschäftigten alternativ (als milderer Mittel) ins Homeoffice geschickt werden dürfen, ist umstritten und wird ebenso heiß diskutiert wie eine räumliche Trennung innerhalb des Betriebs. Auch hier spielt das Maßregelungsverbot eine Rolle. Im Zweifel wird der Arbeitgeber die Beschäftigten im Betrieb beschäftigen müssen und z. B. Schnelltests vor einer Zutrittsbeschränkung anordnen müssen.

Jedenfalls behalten die Beschäftigten ihren Entgeltanspruch aus Annahmeverzugsgründen (§ 616 BGB), wenn der Arbeitgeber sie z. B. nach Hause schickt, ohne dass Homeoffice-Tätigkeiten möglich sein.

Übrigens: Sind Beschäftigte ungeimpft und müssen in Quarantäne, die bei einer Impfung vermeidbar gewesen wäre, haben sie keinen Anspruch auf die Entschädigung ihres Verdienstausfalls (§ 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG), geimpfte Beschäftigte hingegen schon (§ 56 Abs. 1 IfSG).

### **Kann der Arbeitgeber aufgrund des Impfstatus eine andere Tätigkeit zuweisen?**

Der Arbeitgeber muss den Arbeitnehmer adäquat und im Rahmen des Arbeitsvertrages beschäftigen. Gibt es innerhalb dieses Rahmens Tätigkeiten, die nach dem Willen des Arbeitgebers nur von geimpften Beschäftigten ausgeübt werden sollen (z. B. im Krankenhaus bei der Behandlung von immungeschwächten Patienten), kann er die Aufgaben entsprechend billigem Ermessen zuweisen (§ 106 Satz 1 GewO). Wenn es keine Versetzungsmöglichkeit gibt, sondern z. B. im Krankenhaus der Patientenkontakt zwingend ist und bleibt, ist die medizinische Frage entscheidend, inwieweit ein nahezu vergleichbares Schutzniveau mittels Schutzausrüstung und Tests erreicht werden kann.



# Corona-Schnelltests – Angebot, Pflicht und Kosten?



## Sind Arbeitgeber verpflichtet, Corona-Schnelltests anzubieten?

Ja, nach der zurzeit geltenden Fassung der Corona-ArbSchV sind Arbeitgeber verpflichtet, den Beschäftigten mindestens zweimal pro Woche einen Test anzubieten. Dies gilt grundsätzlich für alle Beschäftigte, die nicht ausschließlich im Homeoffice tätig sind.

Entbehrlich sollen die Testangebote sein, soweit der Arbeitgeber „durch andere geeignete Schutzmaßnahmen einen gleichwertigen Schutz der Beschäftigten sicherstellt oder einen bestehenden gleichwertigen Schutz nachweisen kann.“ Nach der Gesetzesbegründung müssen daher keine Tests für Beschäftigte bereitgestellt werden, die nachweislich vollständig geimpft sind oder bei denen der Nachweis einer vorangegangenen Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorliegt, welche mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt.

Aus letzterem folgt jedoch kein Informationsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich des Impfstatus der Arbeitnehmer. Soll das Testangebot auf Arbeitnehmer beschränkt werden, die weder geimpft noch genesenen sind, kann dies bei der Bereitstellung der Tests zwar so kommuniziert werden. Eine Kontrollmöglichkeit besteht seitens des Arbeitgebers aber nicht.

Die Corona-ArbSchV ist zunächst bis zum 24. November 2021 befristet. Für die Zeit danach kann aktuell – aufgrund der ausstehenden Regierungsbildung – keine sichere Prognose abgegeben werden. Arbeitgeber sollten sich aber vorsichtshalber auf eine Verlängerung der verpflichtenden Testangebote einstellen.

## Welche Corona-Tests dürfen Arbeitgeber beschaffen und an ihre Arbeitnehmer verteilen?

Nach der Corona-ArbSchV muss es sich bei den Tests um solche handeln, die einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 erbringen und vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) zugelassen sind.

Ein direkter Erregernachweis kann durch PCR-Tests oder Antigen-Schnelltests zur professionellen beziehungsweise zur Selbstanwendung erbracht werden, nicht dagegen durch Antikörpertests, welche nur eine zurückliegende Infektion nachweisen. Zur Verteilung an die Arbeitnehmer eignen sich ausschließlich die Antigen-Schnelltests zur Selbstanwendung. Eine vollständige Liste der zugelassenen Tests findet sich auf der [Internetseite des BfArM](#).

Daneben besteht die Möglichkeit, Dritte z. B. geeignete Dienstleister oder anerkannte Testzentren/Teststellen mit der Durchführung der Tests zu beauftragen. Dabei muss sichergestellt sein, dass nur Personen die Tests durchführen, die über die erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung verfügen und entsprechend eingewiesen sind. Nicht ausreichend ist es, die Arbeitnehmer auf die kostenlosen Bürgertests zu verweisen.

Unbedingt zu beachten ist, dass bis zum 24. November 2021 Nachweise über die Beschaffung der Tests bzw. Beauftragung Dritter mit der Durchführung der Tests aufzubewahren sind. Im Falle einer Überprüfung durch die Arbeitsschutzbehörden sind die Nachweise vorzulegen.

## **Sind Arbeitnehmer verpflichtet, vom Arbeitgeber angebotene Schnelltests durchzuführen?**

Eine gesetzliche Pflicht zur Durchführung der vom Arbeitgeber angebotenen Tests besteht für die Arbeitnehmer nicht. Zurzeit bleibt es bei einer Empfehlung der Bundesregierung zur Inanspruchnahme des Testangebots.

Nur in Einzelfällen kann sich eine Testpflicht für Arbeitnehmer aus den Verordnungen und Allgemeinverfügungen der einzelnen Bundesländer ergeben. Die darin vorgesehenen Testpflichten knüpfen an längere urlaubsbedingte Abwesenheitszeiten (in NRW: 5 Werktage Abwesenheit) oder an den Tätigkeitsbereich (in NRW: insb. Pflege und medizinische Einrichtungen) der Beschäftigten an. Zum Teil sind immunisierte, also geimpfte oder genesene Beschäftigte von der Testpflicht ausgenommen.

## **Darf der Arbeitgeber (tägliche) Corona-Schnelltests anordnen?**

Die Zulässigkeit von verpflichtenden, rein präventiven Corona-Tests für Arbeitnehmer ist ein sehr umstrittenes Thema. Besteht keine gesetzliche Sonderregelung, wie z. B. in Pflegeeinrichtungen, ist eine Anordnung seitens des Arbeitgebers nicht ohne weiteres vom Direktionsrecht umfasst.

Ganz allgemein gilt, dass jede Weisung des Arbeitgebers die Grenzen billigen Ermessens wahren muss, also nicht einseitig die Interessen des Arbeitgebers, sondern auch die des Arbeitnehmers ausreichend zu berücksichtigen sind. In Bezug auf die Testpflicht ist auf Seiten des Arbeitgebers zu berücksichtigen, dass dieser eine Fürsorgepflicht für die gesamte Belegschaft hat, insbesondere hinsichtlich Gefahren

für Leben und Gesundheit. Auf Seiten des Arbeitnehmers ist zu berücksichtigen, dass mit den Tests ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sowie ein (geringfügiger) Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit verbunden ist.

In Abwägung der beiderseitigen Interessen ergibt sich nach unserer Ansicht folgendes Bild: Eine präventive Testpflicht setzt voraus, dass ein nicht unerhebliches Infektionsrisiko am Arbeitsplatz besteht. Insofern sind folgende Kriterien maßgebend:

- Arbeit vor Ort ist unerlässlich (keine Möglichkeit von Homeoffice)
- Mitarbeiter-/Kundenkontakt lässt sich nicht vermeiden (insbesondere bei Kontakt zu vulnerablen Personengruppen ein gewichtiges Kriterium)
- Sonstige Arbeitsschutzmaßnahmen sind nicht ausreichend (insbesondere: Abstand, Hygiene, Masken, Lüften)
- Betrieb liegt in einer Region mit erhöhter Ansteckungsgefahr (Die Testpflicht sollte an die 7-Tage-Inzidenz des RKI geknüpft werden. Als Grenze eignet sich der in § 28 b IfSG genannte Schwellenwert einer Inzidenz von 100).

Bezüglich der Frequentierung der Tests sollte sich an den Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts (RKI) orientiert werden, welches für die präventive Testung in Unternehmen Tests an mindestens zwei, besser drei Tagen pro Woche empfiehlt. Eine darüber hinausgehende, tägliche Testpflicht wird dagegen im Regelfall unzulässig sein.

Ist im Betrieb ein Betriebsrat eingerichtet, kann der Arbeitgeber die Anordnung einer Testpflicht nur mit Beteiligung des Betriebsrates beschließen, welcher ein zwingendes Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1, 7 BetrVG hat. Inhaltlich sind bei einer derartigen Betriebsvereinbarung dieselben Grenzen zu beachten, die hinsichtlich des Weisungsrechts des Arbeitgebers gelten.

Weniger kompliziert ist der Umgang mit Arbeitnehmern, die Symptome aufweisen, welche im Zusammenhang mit Covid-19 typischerweise auftreten (insb. Husten, Fieber, Schnupfen, Störung des Geruchs- und/oder Geschmackssinns). Hier ist die Anordnung eines Corona-Tests vom Weisungsrecht des Arbeitgebers gedeckt. Sofern die Weisung in Bezug auf einzelne Arbeitnehmer ergeht und keine allgemeine betriebliche Regel aufgestellt wird, ist dies auch ohne Beteiligung des Betriebsrates möglich.

## **Muss der Arbeitgeber die Kosten der Corona-Schnelltests tragen?**

Ja, bei den Tests handelt es sich um Maßnahmen des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes, dessen Kosten die Arbeitgeber zu tragen haben. Die Corona-ArbSchV regelt zudem ausdrücklich, dass die Tests für die Beschäftigten kostenfrei sein müssen. Eine Übernahme der Kosten durch den Staat ist nicht vorgesehen. Soweit ein Anspruch auf Überbrückungshilfe III oder Überbrückungshilfe III Plus besteht, können die Kosten aber als Ausgaben für Hygienemaßnahmen berücksichtigt werden.

Eine Ausnahme besteht hinsichtlich der gesetzlich verpflichtenden Tests in Pflegeeinrichtungen. Hier werden die Kosten von der Pflegekasse erstattet.

## **Sind Arbeitnehmer verpflichtet, den Arbeitgeber über ein positives Testergebnis zu informieren?**

Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer nicht verpflichtet dem Arbeitgeber eine Diagnose mitzuteilen. Eine ausdrückliche gesetzliche Pflicht besteht auch für Covid-19 nicht. Ein positives Testergebnis muss daher nicht in jedem Fall mitgeteilt werden.

Hat der Arbeitnehmer im Betrieb des Arbeitgebers einen Test durchgeführt und ist dieser positiv, wird der Arbeitnehmer aber entweder aufgrund einer entsprechenden Landesverordnung oder aufgrund seiner vertraglichen Rücksichtnahmepflicht den Betrieb sofort verlassen müssen. Um eine Ausbreitung des Virus in der Belegschaft zu verhindern, wird der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber in diesem Fall auch das Testergebnis und ggf. Kontaktpersonen mitteilen müssen, wenn andernfalls eine Ausbreitung des Virus zu befürchten ist. Das Geheimhaltungsinteresse des Arbeitnehmers wird in diesem Fall hinter das Interesse des Arbeitgebers, eine Ausbreitung des Virus im Betrieb zu verhindern und damit seiner Fürsorgepflicht gegenüber den anderen Arbeitnehmern nachzukommen, zurückstehen müssen.

Es kann sich daher im Einzelfall aus der Rücksichtnahmepflicht des Arbeitnehmers eine Pflicht ergeben, den Arbeitgeber über ein positives Testergebnis zu informieren. Im Einzelfall wird der Arbeitnehmer auch seine Kontaktpersonen im Betrieb mitteilen müssen.

# Welche Corona-Schutzmaßnahmen können ergriffen werden?

## Kann der Arbeitgeber die Nutzung der Corona-Warn-App auf dienstlichen Smartphones der Arbeitnehmer anordnen?

Von einer Anordnung zur verpflichtenden Nutzung der Corona-Warn-App auf dem dienstlichen Smartphone ist abzuraten. Arbeitgeber sollten eine freiwillige Lösung anstreben und den Arbeitnehmern die Nutzung der App bloß nahe legen.

Zwar kann der Arbeitgeber nach unserer Ansicht grundsätzlich die Installation und Nutzung der Corona-Warn-App auf dem dienstlichen Smartphone anordnen. Schließlich obliegt es dem Arbeitgeber zu entscheiden, wie Betriebsmittel genutzt werden und somit auch, welche Apps und Software zu installieren ist. Allerdings gibt es bereits diesbezüglich einige Stimmen in der Rechtsliteratur, die aus datenschutzrechtlichen Aspekten eine derartige Weisung für unwirksam halten.

Ungeachtet dessen geht das Weisungsrecht jedenfalls nicht so weit, als der Arbeitnehmer auch zur Nutzung der App außerhalb der Arbeitszeit angewiesen werden könnte. Da dies den Nutzen der Corona-Warn-App erheblich einschränkt, ist insgesamt eine freiwillige Lösung vorzugswürdig.

Wird sich gleichwohl für eine Anordnung der Nutzung der Corona-Warn-App entschieden, sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 6, 7 BetrVG zu beachten.

## Darf der Arbeitgeber „2 G“ oder „3 G“ anordnen?

Nach den derzeit geltenden bundeseinheitlichen Regelungen kann der Arbeitgeber nicht für den ganzen Betrieb einheitlich „2 G“ oder „3 G“ anordnen, mit der Folge, dass Arbeitnehmer ohne einen „2 G“ oder „3 G“ Nachweis den Betrieb nicht betreten dürfen, da der Arbeitnehmer einen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung hat und darüber hinaus keine gesetzliche Impfpflicht und grundsätzlich auch keine Testpflicht besteht, siehe oben.

Der Arbeitgeber darf aber einen ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der Arbeitnehmer bei der Festlegung und der Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes berücksichtigen. Dies ist in § 2 Abs. 1 Satz 3 Corona-ArbSchV ausdrücklich vorgesehen. Bezüglich der Frage, ob der Arbeitgeber ein Auskunftsrecht im Hinblick auf den Impf- oder Genesungsstatus hat, siehe oben.

Zu der Frage, durch welche Maßnahmen der Impf- oder Genesungsstatus berücksichtigt werden darf, schweigt die Corona-ArbSchV und verweist zur Orientierung auf die branchenbezogenen Handlungshilfen der Unfallversicherungsträger. Zu dieser Frage und insbesondere dazu wie weitreichend eine Anpassung des betrieblichen Hygienekonzeptes zugunsten von geimpften und genesenen Arbeitnehmern zulässig ist, hat sich auch im Schrifttum noch keine einheitliche Tendenz ausgebildet. Maßnahmen die das Maßregelungsverbot aus § 612 a BGB überschreiten sind jedenfalls unzulässig. Unter Beachtung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes und der Einhaltung des Maßregelungsverbot werden die



folgenden Maßnahmen diskutiert und sind auch aus unserer Sicht im Einzelfall denkbar:

- Wegfall der Maskenpflicht, wenn in einem festen Team oder in einem Arbeitsbereich alle Personen vollständig geimpft oder genesen sind;
- Zugangsbeschränkungen für nicht geimpfte bzw. genesene Personen bei der Nutzung von Sozialräumen wie beispielsweise Pausenbereichen und Kantinen.

Nach der Corona-ArbSchV darf ausdrücklich nur der Impf- und Genesungsstatus bei der Festsetzung des betrieblichen Infektionsschutzes berücksichtigt werden. Ein negatives Testergebnis der Beschäftigten darf der Arbeitgeber im Umkehrschluss bei der Festlegung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes hingegen nicht zum Anlass nehmen Erleichterungen bei den Arbeitsschutzmaßnahmen vorzunehmen. Dies stellt auch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales in seinen FAQ's zur Corona-ArbSchV klar.

Im Ergebnis ist jedes betriebliche Hygienekonzept daran zu messen, ob der Arbeitgeber die nach der Gefährdungsbeurteilung erforderlichen Maßnahmen für den Infektionsschutz getroffen hat. Bei der Festlegung der Maßnahmen ist dabei weiterhin nach dem TOP-Prinzip vorzugehen, das heißt technische Maßnahmen sind vorrangig vor organisatorischen Maßnahmen und diese wiederum vorrangig vor personenbezogenen Maßnahmen auf ihre Anwendbarkeit zu prüfen und sachgerecht miteinander zu verknüpfen (vgl. § 4 ArbSchG).

Ein Überblick zu den branchenspezifischen Handlungshilfen und Konkretisierungen findet sich auf der [Internetseite der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung](#).

## **Darf der Arbeitgeber „2 G“ für den Publikumsverkehr anordnen?**

Das Bundesrecht sieht eine solche Möglichkeit nicht vor. Allerdings eröffnen einige Landesverordnungen diese Möglichkeit.

Die Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung (HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO), gültig bis zum 31. Oktober 2021, sieht beispielsweise für bestimmte Branchen vor, dass der Arbeitgeber „2 G“ für den Publikumsverkehr anordnen kann, wenn gewährleistet ist, dass bei dem Betrieb, der Veranstaltung oder dem Angebot ausschließlich Personen anwesend sind, die über einen Impf- oder Genesenennachweis verfügen oder unter 18 Jahre alt sind. Mithin gilt das „2 G“- Zugangsmodell auch für die im Betrieb, in der Einrichtung oder bei der Veranstaltung beschäftigten oder sonst

tätigen Personen, die sich mit dem Publikumsverkehr in denselben Räumlichkeiten oder räumlichen Bereichen aufhalten (vgl. § 10 j Abs. 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

Um sicherzustellen, dass auch alle Arbeitnehmer, die sich in den entsprechenden Räumen aufhalten, diesen Anforderungen entsprechen, darf der Arbeitgeber personenbezogene Daten über das Vorliegen eines Impf- oder Genesenennachweis oder über das Lebensalter verarbeiten. Die Bestimmungen zum allgemeinen Datenschutzrecht bleiben jedoch unberührt (vgl. § 10 j Abs. 3 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO).

## **Darf ein Arbeitnehmer sich weigern seine Arbeitsleistung zu erbringen, indem er sich weigert ungeimpfte Kunden zu bedienen bzw. Patienten zu behandeln oder der Arbeit fern bleibt?**

Nein. Der Arbeitnehmer bleibt zur Erbringung seiner vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung verpflichtet. Ihm steht grundsätzlich kein Leistungsverweigerungsrecht zu. Weigert sich der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zu erbringen, besteht für den Arbeitgeber grundsätzlich keine Vergütungspflicht. Das unentschuldigte Fehlen des Arbeitnehmers kann ferner abgemahnt werden. Bleibt der Arbeitnehmer zudem wiederholt und beharrlich vom Arbeitsplatz fern, kann nach entsprechender Abmahnung unter Umständen auch eine verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt sein.

In Ausnahmefällen darf der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung jedoch verweigern, wenn der Arbeitgeber keine ausreichenden Schutzmaßnahmen ergriffen hat und konkrete Anhaltspunkte für eine nicht nur vorübergehende Gefährdung der Gesundheit des Arbeitnehmers bestehen. In diesen Fällen besteht ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers trotz fehlender Erbringung seiner Arbeitsleistung. Dies dürfte jedoch nur der Fall sein, wenn erstens der Arbeitgeber sich beharrlich weigert, ein betriebliches Hygienekonzept gemäß den Vorschriften in der Corona-ArbSchV umzusetzen und zweitens nachhaltige Schäden für die Gesundheit konkret zu befürchten sind. Dies dürfte grundsätzlich nicht anzunehmen sein, wenn der Arbeitnehmer sich auf eine Dienstreise oder dienstliche Veranstaltung begeben soll oder Dienstleistungen zugunsten von Kunden des Arbeitgebers – unter Einhaltung der betrieblichen Hygienemaßnahmen – zu erbringen hat. Denkbar wäre ein Leistungsverweigerungsrecht jedoch bei einer vom Arbeitgeber angeordneten Dienstreise in ein Land, für das das Auswärtige Amt eine Reisewarnung ausgesprochen hat.

## Weiterhin Homeoffice oder Rückkehr ins Büro?



### Gibt es ein Recht auf Homeoffice?

Nein, bisher hat der deutsche Gesetzgeber (noch) keinen Anspruch für Arbeitnehmer auf Homeoffice normiert. Es bleibt dabei, dass der Arbeitgeber nach billigem Ermessen über Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung entscheidet, sofern keine anderweitige vertragliche Regelung getroffen wird. Pandemiebedingte Sonderregelungen, nach denen eine Tätigkeit im Homeoffice angeboten werden musste, sind ausgelaufen. Weiterhin kann eine Tätigkeit im Homeoffice aber eine „geeignete organisatorische Maßnahme“ darstellen, um die Kontakte im Betrieb zu minimieren.

Die gesetzliche Lage zum Homeoffice könnte sich jedoch in Zukunft ändern. Derzeit liegt das Mobile Arbeit-Gesetz (MAG) als Referentenentwurf vor. Es enthält zwar keinen Anspruch auf Arbeit im Homeoffice, sieht aber in der vorliegenden Fassung vom 14. Januar 2021 eine Erörterungslösung bei einem Verlangen des Arbeitnehmers, im Homeoffice tätig zu werden, vor. Im Fall der Ablehnung des Wunsches des Arbeitnehmers auf regelmäßige mobile Arbeit hat der Arbeitgeber seine ablehnende Entscheidung in Textform zu erklären. Kommt der Arbeitgeber seinen Verpflichtungen zur Erörterung und Erklärung nicht nach, würde die Vereinbarung wie zunächst vom Arbeitnehmer gewünscht, für den beantragten Zeitraum (längstens jedoch für sechs Monate) festgelegt werden.

Damit würde der Arbeitgeber zwar nicht zur Gewährung von regelmäßiger mobiler Arbeit verpflichtet und es ergibt sich für den Arbeitnehmer kein „Anspruch auf Homeoffice“, jedoch würde eine solche Regelung den Arbeitgeber verpflichten, sich mit den Anfragen seiner Mitarbeiter vertieft auseinanderzusetzen.

Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen können darüber hinaus einen etwaigen Anspruch von Arbeitnehmern auf Tätigkeit aus dem Homeoffice sowie die Rahmenbedingungen der Arbeit von zu Hause bzw. der Erbringung mobiler Arbeit regeln. Daneben kann sich ein Anspruch aufgrund individualvertraglicher Vereinbarungen zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ergeben.

Ausnahmen hiervon können sich auch aus allgemeinen Rechten und Pflichten der Arbeitsvertragsparteien wie z. B. der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergeben, die auf das Arbeitsverhältnis Anwendung finden. Auch aus dem Rechtsinstitut der betrieblichen Übung kann sich ggf. ein Anspruch auf Homeoffice ergeben. Letztlich könnte sich ein Anspruch auf Homeoffice auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergeben. Gewährt der Arbeitgeber anderen Arbeitnehmern die Möglichkeit zur Arbeit aus dem Homeoffice, kann er anderen Arbeitnehmern die mobile Arbeit nur verwehren, sofern ausreichende sachliche Gründe eine Ungleichbehandlung rechtfertigen.

## **Darf der Arbeitgeber einseitig die Rückkehr ins Büro anordnen?**

Der Arbeitgeber entscheidet grundsätzlich nach § 611 a BGB und § 106 GewO nach billigem Ermessen über Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung. Sollte das Homeoffice übereinstimmend als Übergangslösung für die Zeit der Pandemie festgelegt worden sein, ist der Arbeitgeber berechtigt, unter Wahrung billigen Ermessens den Arbeitnehmer wieder an seinen Arbeitsplatz am Unternehmenssitz zurückzurufen. Dies gilt auch, wenn vor dem Hintergrund der Corona-Pandemie keine besonderen Abreden getroffen wurden. Sofern eine dauerhafte Vereinbarung über die Tätigkeit aus dem Homeoffice geschlossen wurde, ist eine einseitige Anordnung – abgesehen von einer Änderungskündigung – nicht wirksam möglich.

## **Kann der Arbeitnehmer die Rückkehr ins Büro verlangen?**

Grundsätzlich bleibt es dabei, dass der Arbeitgeber nach § 611 a BGB und § 106 GewO nach billigem Ermessen über Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung entscheidet. Eine Anordnung des Arbeitgebers, die Arbeitsleistung von zu Hause zu erbringen, würde jedoch in den privaten Bereich des Arbeitnehmers eingreifen und wäre aus diesem Grund unwirksam. Dem Arbeitgeber fehlt die Verfügungsgewalt über die privaten Räumlichkeiten des Arbeitnehmers. Schon die Einführung des Homeoffice bedarf der Zustimmung des Arbeitnehmers. Wurde keine Vereinbarung getroffen und wurde der Arbeitnehmer trotzdem ins Homeoffice geschickt, konnte sich der Arbeitgeber in der Hochzeit der Pandemie darauf berufen, dass er seiner ihm obliegenden Fürsorgepflicht gegenüber den Arbeitnehmern nachkommen müsse, zumal die Mehrheit der Arbeitnehmer hiergegen keine Einwände gehabt haben dürfte. Angesichts des derzeitigen Verlaufs der Pandemie lässt sich eine entsprechende Sondersituation jedoch nicht mehr erkennen. Dementsprechend können Arbeitnehmer die Rückkehr ins Büro verlangen.

## **Welche technischen Kontrollmöglichkeiten hat der Arbeitgeber in Bezug auf die Arbeitszeit und Arbeitsleistung seiner Arbeitnehmer im Homeoffice?**

Auch im Homeoffice ist der Arbeitgeber unter Beachtung der geltenden Rahmenbedingungen berechtigt, die Leistungserbringung zu kontrollieren. Dazu zählen z. B.:

- Überprüfen von Log-in Zeiten
- Überprüfung von Email- und Internetaktivitäten
- Überprüfung der Speicheraktivität
- Dokumentation von Arbeitsschritten

Ob die vorgenannten Kontrollmöglichkeiten angewendet werden dürfen, bedarf jeweils einer Prüfung im Einzelfall. Die Maßnahme muss verhältnismäßig sein und darf nicht in unzulässiger Weise in das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters eingreifen. Auf Seiten des Arbeitgebers besteht dagegen das legitime Interesse der Überprüfung des Austauschverhältnisses von Lohn gegen Arbeit. Primär ist auf offene, dem Mitarbeiter bekannte, Überwachungsmöglichkeiten zurückzugreifen. Dies kann z. B. dadurch erfolgen, dass Mitarbeiter aufgefordert werden, ihre Arbeitsschritte elektronisch zu dokumentieren.

In Fällen, in denen die private Nutzung der zur Verfügung gestellten Hard- und Software untersagt ist, wird ggf. auch die stichprobenartige Kontrolle der Verlaufsdaten des Internetbrowsers zulässig sein. So kann sowohl die Einhaltung des Verbots, als auch die tatsächlich geleistete Arbeit punktuell kontrolliert werden. Entsprechendes gilt für die Überprüfung der Log-in Zeiten, wobei anhand der bloßen Log-in Zeiten noch nicht überprüft werden kann, ob der Arbeitnehmer auch tatsächlich gearbeitet hat.

Kontrollmaßnahmen, die zu einer lückenlosen und heimlichen Überwachung führen, sind dagegen regelmäßig unzulässig und dürften nur in Ausnahmefällen – z. B. bei einem auf konkrete Tatsachen gestützten Verdacht einer schwerwiegenden, jedoch nicht zwangsläufig strafbaren Pflichtverletzung – erlaubt sein.

Nicht zuletzt unterliegt die Einführung und Anwendung technischer Einrichtungen, die zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle geeignet sind, der Mitbestimmung des Betriebsrats (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG). Wurden bestimmte IT-Systeme als technische Einrichtungen bereits mitbestimmt eingeführt, werden sich Grenzen der Nutzung zur Verhaltens- und Leistungskontrolle, insbesondere im Hinblick auf Auswertungsmöglichkeiten, aus der Betriebsvereinbarung ergeben.

## Was muss der Arbeitgeber beachten, wenn er Homeoffice dauerhaft beibehalten möchte?

Der Arbeitgeber sollte im beiderseitigen Interesse die Bedingungen für die Arbeit aus dem Homeoffice mit dem Arbeitnehmer, dem Betriebsrat oder im Rahmen einer tarifvertraglichen Regelung festlegen.

### 1. Aufwendungen/Fahrtkosten

Richtet der Arbeitnehmer in Absprache mit dem Arbeitgeber einen Arbeitsplatz im Homeoffice ein, ist dies regelmäßig mit Kosten verbunden. Sofern der Arbeitnehmer selbst Arbeitsmittel auf eigene Kosten anschafft, hat er einen Erstattungsanspruch nach § 670 BGB. Nach überwiegender Meinung kann dieser allerdings abbedungen werden. Sollten die getätigten Aufwendungen auch in seinem eigenen Interesse liegen, z. B. in Form der Einrichtung des auch privat genutzten Büros, besteht ein Aufwendungsersatzanspruch nur dann, wenn das Interesse des Arbeitgebers weit überwiegt. Neben dem Einrichtungskosten fallen zudem Nebenkosten (Heizung, Strom, Telefonie, etc.) an. Vor diesem Hintergrund empfiehlt sich bei Kostenübernahme die Vereinbarung einer monatlichen pauschalen Abgeltung unter Verzicht auf die Geltendmachung weiterer Aufwendungsersatzansprüche.

Für den Fall, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer als alleinigen Arbeitsort das Homeoffice festgelegt haben, stellt jede Fahrt zur Betriebsstätte eine Dienstreise dar. Die Fahrtzeit ist dementsprechend regulär zu vergüten, soweit keine abweichende Regelung getroffen wird.

### 2. Datenschutz/Geschäftsgeheimnisse

Für den Schutz geschäftlicher Daten und die Datenverarbeitung im Homeoffice gelten die allgemeinen Regeln und Maßstäbe. Auch wenn der Arbeitnehmer im Homeoffice arbeitet, ändert das an der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit des Arbeitgebers nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO nichts. Der Arbeitgeber muss daher geeignete Maßnahmen treffen, um sicherzustellen, dass auch bei einer Tätigkeit im Homeoffice ein sorgfältiger Umgang mit personenbezogenen Daten erfolgt und geschäftliche Daten vertraulich behandelt werden. Dies mag im Homeoffice eine besondere Herausforderung darstellen, da das Homeoffice bereits faktisch dem Einfluss des Arbeitgebers entzogen ist. Dementsprechend ist der jeweilige Arbeitnehmer zu verpflichten, Daten und geschäftliche Unterlagen vor dem Zugriff Dritter zu schützen.

### 3. Arbeitsschutz / Unfallversicherung

Auch im Homeoffice hat der Arbeitgeber Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu ergreifen. So besteht z. B. die Verpflichtung zur Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung auch im Homeoffice. Daneben sind z. B. Unterweisungen durchzuführen, die sich auf u. a. auf die Bewältigung von Zeit- und Leistungsdruck, die Einrichtung und Lichtverhältnisse oder die richtige Sitzhaltung erstrecken.

Ebenso fallen die Arbeitnehmer im Homeoffice grundsätzlich unter den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII. Es bestehen jedoch Abgrenzungsschwierigkeiten, ob ein Unfall im Rahmen einer versicherten Tätigkeit erfolgt.

### 4. Zutrittsrecht

Ein gesetzliches Zutrittsrecht in die Wohnung der Arbeitnehmer besteht vor dem Hintergrund des Gebots der Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG nicht. Ohne Zustimmung des jeweiligen Arbeitnehmers ist es dem Arbeitgeber somit nicht möglich, die Einhaltung der Verpflichtungen des Arbeitnehmers zu überprüfen oder auch sicherzustellen, dass er seiner Fürsorgepflicht nachkommt. Es ist deshalb anzuraten, in einer Homeoffice-Vereinbarung ein Zutrittsrecht unter Einhaltung einer ausreichend langen Ankündigungsfrist, bei Vorliegen eines konkreten Anlasses sowie des Einverständnisses betroffener Dritter zu vereinbaren. Für den Fall der beharrlichen Weigerung des Arbeitnehmers ist die Möglichkeit einer einseitigen Beendigung der Homeoffice-Regelung durch den Arbeitnehmer in die Vereinbarung aufzunehmen.

### 5. Arbeiten im Ausland

Nicht wenige Arbeitnehmer mögen auf die Idee kommen, ihre Arbeit nicht nur aus dem heimischen Homeoffice, sondern auch aus einem Auslandsurlaub erbringen zu können. Eine nicht nur vorübergehende Tätigkeit der Arbeitnehmer aus dem Ausland birgt jedoch erhebliche Risiken. Vor Genehmigung einer Erbringung der Tätigkeit im Ausland sind die rechtlichen Rahmenbedingungen des Gastlandes zu klären, insbesondere im Hinblick auf Aufenthaltstitel/Arbeitserlaubnis sowie die arbeits-, sozialversicherungs- und steuerrechtlichen Voraussetzungen und Folgen. Nicht nur für den Arbeitnehmer, sondern auch für den Arbeitgeber können sich hier erhebliche Konsequenzen ergeben. Ein Anspruch auf eine Tätigkeitserbringung im Ausland besteht nicht. Erlaubt der Arbeitgeber die Auslandstätigkeit, sollte mit dem Arbeitnehmer eine Vereinbarung abgeschlossen



werden, welche die wichtigsten Eckpunkte wie den Umfang der Tätigkeit, Rückkehr auf Weisung oder eine zeitliche Begrenzung festlegt.

## **6. Mitbestimmung des Betriebsrats**

Die vollständige oder teilweise Arbeit aus dem Homeoffice oder die Rückkehr in den Betrieb kann eine Versetzung nach § 99 Abs. 1 BetrVG darstellen. Der Betriebsrat ist über jede Versetzung zu unterrichten. Sofern die Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Homeoffice durch eine Änderungskündigung erzwungen werden soll, ist der Betriebsrat nach § 102 BetrVG vor Ausspruch der Kündigung anzuhören.

Daneben ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG bei der Ausgestaltung von mobiler Arbeit, die mittels Informations- und Kommunikationstechnik erbracht wird, zu beachten. Die Einrichtung oder Abschaffung einer relevanten Anzahl von Homeoffice-Plätzen kann zudem eine Betriebsänderung im Sinne des § 111 Satz 1 BetrVG darstellen. Über diese wäre sodann mit dem Betriebsrat zu verhandeln.

Ist die Maßnahme mit einer relevanten Anzahl von (Änderungs-)Kündigungen verbunden, hat der Arbeitgeber zudem gegenüber dem Betriebsrat seine nach § 17 Abs. 2 KSchG bestehende Beratungs- und Unterrichtungspflicht zu erfüllen.

## Autoren



**Achim Braner**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht, Partner  
Frankfurt a. M.  
T +49 69 27229 23839  
achim.braner@luther-lawfirm.com



**Katharina Gorontzi, LL.M.**  
Rechtsanwältin, Senior Associate  
Düsseldorf  
T +49 211 5660 25038  
katharina.gorontzi@luther-lawfirm.com



**Dr. Eva Maria K. Rütz, LL.M.**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für  
Medizinrecht, Fachanwältin für  
Arbeitsrecht, Partnerin  
Düsseldorf + Köln  
T +49 211 5660 27048 + T +49 221 9937 0  
eva.ruetz@luther-lawfirm.com



**Leif Born**  
Rechtsanwalt, Associate  
Essen  
T +49 201 9220 20963  
leif.born@luther-lawfirm.com



**Dr. Astrid Schnabel, LL.M. (Emory)**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für  
Arbeitsrecht, Partnerin  
Hamburg  
T +49 40 18067 14072  
astrid.schnabel@luther-lawfirm.com



**Kevin Brinkmann LL.M.**  
Rechtsanwalt, Associate  
Hamburg  
T +49 40 18067 11184  
kevin.brinkmann@luther-lawfirm.com



**Dr. Volker Schneider**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht, Partner  
Hamburg  
T +49 40 18067 12195  
volker.schneider@luther-lawfirm.com



**Audrey Duffner**  
Rechtsanwältin, Associate  
Hamburg  
T +49 40 18067 12195  
audrey.duffner@luther-lawfirm.com



**Paul Schreiner**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für  
Arbeitsrecht, Partner  
Köln + Essen  
T +49 221 9937 11691 + T +49 201 9220 0  
paul.schreiner@luther-lawfirm.com



**Lukas Gallenkämper**  
Rechtsanwalt, Associate  
Düsseldorf  
T +49 211 5660 12338  
lukas.gallenkaemper@luther-lawfirm.com

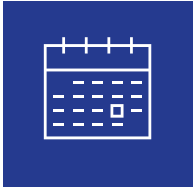


**Nadine Ceruti**  
Rechtsanwältin, Fachanwältin für  
Arbeitsrecht, Senior Associate  
Frankfurt a. M.  
T +49 69 27229 24795  
nadine.ceruti@luther-lawfirm.com



**Daniel Greger**  
Rechtsanwalt, Associate  
Hamburg  
T +49 40 18067 12195  
daniel.greger@luther-lawfirm.com

# Veranstaltungen, Veröffentlichungen und Blog



Eine Übersicht mit unseren  
Veranstaltungen finden Sie [hier](#).



Eine Liste unserer aktuellen  
Veröffentlichungen finden Sie  
[hier](#).



Unseren Blog finden Sie [hier](#).

## Impressum

**Verleger:** Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
Anna-Schneider-Steig 22, 50678 Köln, Telefon +49 221 9937 0  
Telefax +49 221 9937 110, [contact@luther-lawfirm.com](mailto:contact@luther-lawfirm.com)

**V.i.S.d.P.:** Achim Braner

Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH  
An der Welle 10, 60322 Frankfurt am Main  
Telefon +49 69 27229 23839

[achim.braner@luther-lawfirm.com](mailto:achim.braner@luther-lawfirm.com)

**Copyright:** Alle Texte dieses Newsletters sind urheberrechtlich geschützt. Gerne dürfen Sie Auszüge unter Nennung der Quelle nach schriftlicher Genehmigung durch uns nutzen. Hierzu bitten wir um Kontaktaufnahme. Falls Sie künftig keine Informationen der Luther Rechtsanwaltsgesellschaft mbH erhalten möchten, senden Sie bitte eine E-Mail mit dem Stichwort „Arbeitsrecht“ an [unsubscribe@luther-lawfirm.com](mailto:unsubscribe@luther-lawfirm.com)

Bildnachweise: Seite 3: ©kebox/Adobestock; Seite 6: Feydzhet Shabanov/Adobestock; Seite 9: nito/Adobestock; Seite 11: MQ-Illustrations/Adobestock; Seite 13: hakinmhan/Adobestock

## Haftungsausschluss

Obgleich dieser Newsletter sorgfältig erstellt wurde, wird keine Haftung für Fehler oder Auslassungen übernommen. Die Informationen dieses Newsletters stellen keinen anwaltlichen oder steuerlichen Rechtsrat dar und ersetzen keine auf den Einzelfall bezogene anwaltliche oder steuerliche Beratung. Hierfür stehen unsere Ansprechpartner an den einzelnen Standorten zur Verfügung.

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit verwenden wir nicht durchgehend geschlechterspezifische Sprachformen. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung grundsätzlich für alle Geschlechter. Die verkürzte Sprachform hat redaktionelle Gründe und beinhaltet keine Wertung.

# Luther.

**Bangkok, Berlin, Brüssel, Delhi-Gurugram, Düsseldorf, Essen, Frankfurt a. M.,  
Hamburg, Hannover, Jakarta, Köln, Kuala Lumpur, Leipzig, London,  
Luxemburg, München, Shanghai, Singapur, Stuttgart, Yangon**

Weitere Informationen finden Sie unter

[www.luther-lawfirm.com](http://www.luther-lawfirm.com)

[www.luther-services.com](http://www.luther-services.com)

