

G-Anforderungen und Arbeitsrecht

Auswirkungen von 3G-, 3G plus- und 2G-Anforderungen auf das Arbeitsverhältnis

Stand 15. Oktober 2021

Hinweis

Viele Rechtsfragen im Zusammenhang mit dem Coronavirus und den sich ständig ändernden Infektionsschutzmaßnahmen sind leider nach wie vor noch nicht gerichtlich geklärt. In vielen Fällen fehlt es noch an Leitlinien der Rechtsprechung. Klare, abschließende Aussagen zur Rechtslage sind deshalb nicht möglich. Nachfolgend geben wir unsere begründete Rechtsauffassung wieder, müssen aber ausdrücklich darauf hinweisen, dass abweichende arbeitsgerichtliche Entscheidungen möglich sind.

Nach der 14. Bayerischen Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (IfSMV) müssen ab dem 19. Oktober 2021 Mitarbeiter mit Kundenkontakt einen entsprechenden Nachweis vorlegen, wenn sie in Bereichen tätig sind, die nach der IfSMV 3G-, 3G plus- und 2G-Anforderungen unterliegen.

Hinweis

Die Pflicht gilt also nicht generell für alle Mitarbeiter mit Kundenkontakt in allen Betrieben. Sie gilt nur dort, wo nach der IfSMV zwingend mindestens 3G vorgeschrieben ist (z.B. bei Kongressen, Tagungen, in der öffentlichen Gastronomie etc.).

Allerdings kommt es darüber hinaus auch vor, dass Kundenbetriebe auf Grund ihres Hausrechtes für Externe auch dort bestimmte G-Nachweise einfordern, wo dies nicht staatlich vorgeschrieben ist.

In beiden Fällen stellt sich die Frage, wie damit arbeitsrechtlich umzugehen ist, wenn ein Mitarbeiter weder geimpft noch genesen ist und dadurch die Arbeitsleistung beeinträchtigt wird.

1.1 Kosten für erforderliche Tests und Vergütung der für Tests aufgewandten Arbeitszeit

Zusammenfassung

Im Umfang des § 4 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) muss der Arbeitgeber ohnehin für Tests aufkommen. Gegebenenfalls können aber mehr oder andere Tests erforderlich sein, als nach der Corona-ArbSchV vorgesehen.

Wir gehen davon aus, dass Arbeitsgerichte eher dazu tendieren dürften, dass die Arbeitgeber die Kosten für erforderliche Tests zu tragen haben und die dafür anfallende Arbeitszeit regulär vergüten müssen. Im Bewusstsein des Prozessrisikos können Arbeitgeber aber auch mit guter Begründung die Zahlung verweigern.

Hier sind zwei verschiedene juristische Standpunkte denkbar:

- Standpunkt 1: Der entsprechende G-Nachweis ist eine persönliche Voraussetzung der Arbeitsleistung, für die der Arbeitnehmer selbst verantwortlich ist. Das wäre dann z. B. vergleichbar mit der Fahrerlaubnis, die ein Berufskraftfahrer braucht, um seine Arbeitsleistung ordnungsgemäß anbieten zu können. Dann erfolgt kein Kostenersatz und keine Vergütung.
- Standpunkt 2: Grundsätzlich handelt es sich um zur Erfüllung der arbeitsrechtlichen Weisungen erforderliche Aufwendungen, die nach § 670 BGB zu erstatten sind (bzw. der Zeitaufwand nach § 612 BGB zu vergüten).

Bei der „Erforderlichkeit“ stellt sich dann aber die Frage der Zumutbarkeit einer Impfung zur Kostenvermeidung. Diese kann man mit Blick darauf, dass es keinen Impfwang geben soll, verneinen oder analog der normgeberischen Entscheidung, keine Tests für Ungeimpfte mehr zu bezahlen, bejahen.

Wir gehen eher davon aus, dass sich die Arbeitsgerichte vor diesem Hintergrund für eine Erstattungs- und Vergütungspflicht entscheiden dürften.

1.2 Vergütung ausgefallener Arbeitszeit

Zusammenfassung

Wir gehen davon aus, dass die wegen eines fehlenden G-Nachweises ausfallende Arbeitszeit vom Arbeitgeber nicht vergütet werden muss.

Ist eine Arbeitsleistung nicht möglich, weil der für einen vorgesehenen Einsatz notwendige G-Nachweis nicht vorliegt, ist nach folgendem juristischen Schema vorzugehen:

Durch den fehlenden Nachweis wird die Arbeitsleistung unmöglich (§ 275 BGB) oder es liegt ein Fall des Unvermögens vor (§ 297 BGB). Das gilt sowohl für staatliche G-Anforderungen als auch für G-Anforderungen durch Kundenbetriebe. (Ordnet ein Arbeitgeber allerdings selbst für seine Arbeitnehmer besondere G-Anforderungen an, ohne dass dies auf der IfSMV beruht, könnte ein Fall des Annahmeverzuges vorliegen.)

Sowohl im Falle der Unmöglichkeit als auch bei Unvermögen entfällt grundsätzlich der Entgeltanspruch des Arbeitgebers nach § 326 Abs. 1 BGB (für das Unvermögen: siehe BAG, Urt. v. 28.9.2016 – 5 AZR 224/16, Rz. 21). Von diesem Grundsatz kommen jedoch auch Ausnahmen in Betracht:

- Nach § 326 Abs. 2 BGB besteht der Entgeltanspruch trotz Unmöglichkeit oder Unvermögen, wenn der Arbeitgeber für diese allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. Davon könnte man z. B. dann ausgehen, wenn die IfSMV selbst nur 3G vorschreibt, der Arbeitgeber als Betreiber bzw. Veranstalter sich aber für freiwilliges 3G plus bzw. freiwilliges 2G entscheidet. Dann könnte das Erfordernis eines über einen Schnelltest hinausgehenden Nachweises dem Arbeitgeber zuzurechnen sein. Dementsprechend müsste der Arbeitgeber dann zumindest gute Argumente vorbringen, warum 3G plus bzw. 2G betrieblich notwendig ist (z. B. weil eine Veranstaltung unter allgemeinem 3G mit Abstandsvorgaben nicht rentabel ist).
- Nach § 615 S. 3 BGB könnte darüber hinaus ein Entgeltanspruch bestehen, wenn der Arbeitsausfall dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers zuzurechnen ist. Das ist aber sowohl bei Zugangsbeschränkungen durch Kunden (BAG, Urt. v. 28.9.2016 – 5 AZR 224/16) als auch bei staatlichen Infektionsschutzmaßnahmen (BAG, Urt. v. 13.10.2021 - 5 AZR 211/21) nicht der Fall.
- Darüber hinaus kann ein Entgeltanspruch auch nach § 616 BGB bzw. für Auszubildende nach § 19 BBiG bestehen. Der Anspruch für Arbeitnehmer nach § 616 BGB kann schon von vornherein durch Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag ausgeschlossen sein.

Sowohl der Anspruch nach § 616 BGB als auch nach § 19 BBiG entfallen bei Verschulden des Arbeitnehmers. Deshalb stellt sich die Frage, inwieweit das Unterlassen eines Tests bzw. der Verzicht auf eine mögliche Impfung ein Verschulden darstellen. Bei einem Test dürfte ein Verschulden wegen der geringeren Eingriffsintensität noch am ehesten zu begründen sein. Nach unserer Ansicht liegt aber auch im Unterbleiben einer möglichen Impfung ein Verschulden. Das ergibt sich zum einen daraus, dass die Impfung von der ständigen Impfkommision bis auf wenige Ausnahmefälle empfohlen wird. Außerdem ergibt sich aus der Entscheidung des Gesetzgebers, Ungeimpften grundsätzlich keine Quarantäne-Entschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG mehr zu zahlen auch, dass den Arbeitnehmer eine entsprechende Eigenverantwortung trifft. Es ist aber nicht sichergestellt, dass die Arbeitsgerichte dieser Ansicht folgen werden.

Bei Personen, die nachweislich aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können, und für die entsprechend einer 2G-Anforderung des Kunden keine Ausnahme mit (PCR-)Test möglich ist, kann allerdings nicht von einem Verschulden ausgegangen werden. (Für staatliche 2G-Anforderungen sind in solchen Fällen Ausnahmen durch PCR-Tests vorgesehen.)

Hinweis

Für tarifliche Regelungen, durch die § 616 BGB ersetzt wird, die ebenfalls auf das Verschulden des Arbeitgebers abstellen (wie z.B. § 10 B. Ziffer 4 des Manteltarifvertrags für die Arbeitnehmer der bayerischen Metall- und Elektroindustrie), gelten die Ausführungen entsprechend.

Der Anspruch nach § 616 BGB entfällt auch dann komplett (von Anfang an), wenn der Zeitraum des Arbeitsausfalls unverhältnismäßig groß ist. Hiervon gehen wir aus, wenn ein Zeitraum von vier Tagen überschritten wird. Dann bestünde gar kein Zahlungsanspruch (auch nicht für die ersten vier Tage). Die Entgeltfortzahlung nach § 19 BBiG für Auszubildende ist aber immer für bis zu sechs Wochen zu leisten (auch wenn der Ausfall sechs Wochen überschreitet).

Hinweis

Jedenfalls aus der Fürsorgepflicht heraus dürfte der Arbeitgeber auch zu prüfen haben, ob er den Arbeitnehmer in anderen Bereichen einsetzen kann, wo kein entsprechender G-Nachweis erforderlich ist.

1.3 Impfung bzw. Testung als arbeitsvertragliche Pflicht

Zusammenfassung

Höchst umstritten ist die Frage, ob eine Impfung bzw. Testung als arbeitsvertraglich Nebenpflicht des Arbeitnehmers eingestuft werden kann. Bei einer Impfung kann dies wohl kaum angenommen werden. Bei einer erforderlichen Testung gehen wir grundsätzlich schon davon aus, dass diese eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht ist. Es muss jedoch auf jeden Fall in Betracht gezogen werden, dass die Arbeitsgerichte das nicht so sehen.

1.3.1 Impfung

Bei einer Impfung kann wohl kaum davon ausgegangen werden, dass es sich um eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht handelt. Das widerspräche der allgemeinen Grundhaltung, dass es keine Impfpflicht geben soll.

Vielmehr dürfte es sich bei dem Fehlen einer Immunisierung durch Impfung oder Genesung um einen personenbezogenen Umstand handeln. Kommt es dadurch zu einer erheblichen Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses, wäre es deshalb möglich, wie bei einer personenbedingten Kündigung vorzugehen. Demnach wäre vorrangig nach milderem Mitteln zu suchen, wie z.B. eine Versetzung gegebenenfalls auch durch Änderungskündigung. Da der personenbezogene Grund aber dennoch vom Arbeitnehmer durch eine Impfung beseitigt werden kann, wäre wohl einer der Sonderfälle gegeben, bei denen auch bei einer personenbezogenen Kündigung eine vorherige Abmahnung geboten wäre. Es ist auf jeden Fall damit zu rechnen, dass die Arbeitsgerichte nach sehr strengen Maßstäben prüfen werden.

1.3.2 Testung

Da Testungen mit einer deutlich geringeren Eingriffsintensität verbunden sind als Impfungen, lässt sich hier schon vertreten, dass eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht besteht, soweit die Tests zur Arbeitsleistung erforderlich sind. Aber auch hier ist keinesfalls sichergestellt, dass die Arbeitsgerichte dem folgen werden.

Geht man von einer solchen Nebenpflicht aus, kann der Arbeitgeber bei Verweigerung eines Tests abgemahnt werden und im Wiederholungsfall sogar gekündigt werden. Aber



auch hier wäre vorrangig zu prüfen, ob gegebenenfalls eine Versetzung als milderer Mittel in Betracht kommt.

Sieht man in der Testung keine arbeitsvertragliche Nebenpflicht, so wäre ebenfalls vorzugehen wie bei einer personenbezogenen Kündigung (siehe Ziffer 1.3.1).

1.4 Datenschutz

Zusammenfassung

Wir gehen davon aus, dass die Erfassung des G-Status durch den Arbeitgeber zulässig ist, soweit sie für den Arbeitseinsatz und die Einsatzplanung erforderlich ist.

Mit den Angaben zum Impf- bzw. Genesen-Status oder der Vorlage eines Testergebnisses werden personenbezogene Daten und insbesondere auch besonders schützenswerte Gesundheitsdaten im Sinne des Art. 9 DS-GVO verarbeitet. Der Arbeitgeber bedarf daher für die Verarbeitung eines datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestands. Mit Blick auf die Regelung der IfSMV wird man wohl davon ausgehen können, dass die Datenverarbeitung zur Durchführung des Arbeitsverhältnisses (§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG) erforderlich sein dürfte. Ohne eine diesbezügliche Kenntnis ist dem Arbeitgeber eine vernünftige Arbeitsorganisation nicht möglich. Des Weiteren könnten die Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 BDSG erfüllt sein, da der Arbeitgeber insoweit den Vorgaben aus der IfSMV nachkommt. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob die Datenschutzaufsichtsbehörden in diesem Zusammenhang eine spezifische Pflicht des Arbeitgebers sehen.

Ansprechpartner

<https://www.vbw-bayern.de/vbw/ServiceCenter/Corona-Pandemie/Ansprechpartner/Arbeitsrecht-9.jsp>