

Umgang mit COVID-19 – ein Leitfaden für HR-Themen

– Neues zu Testpflicht & Homeoffice (Update 23.04.2021) –

Kaum ist die neue, um eine Schnelltestangebotspflicht ergänzte Corona-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) in Kraft, folgen auch schon die nächsten Änderungen:

- Die bis hier schon bestehende Pflicht der Arbeitgeber, den Arbeitnehmern¹ unter bestimmten Bedingungen Arbeit im Homeoffice anzubieten, wird aus der Corona-ArbSchV herausgenommen und in einen neuen § 28b Abs. 7 Infektionsschutzgesetz (IfSG) eingegliedert. Ergänzt wird dies um eine Pflicht der Arbeitnehmer, ein Angebot der Arbeitgeber auch anzunehmen, wenn dem keine Gründe entgegenstehen.
- Die Pflicht der Arbeitgeber, den Arbeitnehmern Corona-Tests anzubieten, wird ausgeweitet: Statt grundsätzlich einem Test pro Kalenderwoche müssen zwei Tests pro Kalenderwoche angeboten werden.

Wie üblich gilt: Die Rechtslage ist vielfach unklar und wurde bislang noch nicht in all ihren Konsequenzen rechtlich diskutiert. Das heißt: Einerseits wollen wir Ihnen mit diesem Leitfaden eine echte Praxishilfe bieten. Andererseits besteht ein relativ hohes Maß an Rechtsunsicherheit und kann dieser Leitfaden eine fundierte Bewertung der Rechtslage sowie der Vor- und Nachteile einzelner Handlungsoptionen im Einzelfall nicht ersetzen. Die Rechtslage wird auch entscheidend durch die landesrechtlichen Regelungen geprägt, sodass Aussagen zur Rechtslage in NRW nicht ohne weiteres auf andere Bundesländer übertragen werden können.

Inhaltsübersicht

1	Ausweitung der Testpflicht	2
	Fazit	2
2	Homeoffice	2
2.1	Sanktionen: wie bisher.....	3
2.2	Pflicht des Arbeitnehmers, Angebot des Arbeitgebers anzunehmen.....	4
2.3	Entgegenstehende Gründe des Arbeitnehmers	4
3	Inkrafttreten	5

¹ Zur besseren Lesbarkeit wird im Folgenden allein die männliche Form „Mitarbeiter“ oder „Arbeitnehmer“ verwendet. Umfasst sind selbstverständlich Arbeitnehmer*innen jeden Geschlechts (m/w/d).

1 Ausweitung der Testpflicht

Ab Inkrafttreten der Neufassung der Corona-ArbSchV sind Arbeitgeber verpflichtet, allen Beschäftigten, die nicht ausschließlich im Homeoffice arbeiten, mindestens zweimal pro Woche (statt, wie bisher, einmal) einen Corona-Test (PCR bzw. Antigen-Schnelltest zur professionellen oder Selbstanwendung) anzubieten (§ 5 Abs. 1 Corona-ArbSchV). Die Begrenzung des erweiterten Testangebots auf besondere Beschäftigtengruppen, die derzeit noch in § 5 Abs. 2 Corona-ArbSchV geregelt ist, entfällt.

Nachweise über die Beschaffung von Tests, also z.B. schriftliche Bestellbestätigungen, sind bis zum 30.06.2021 aufzubewahren (zukünftig § 5 Abs. 2 Corona-ArbSchV). Derzeit – nach der am 20.04.2021 in Kraft getretenen Fassung – gilt eine Aufbewahrungspflicht von vier Wochen.

Es bleibt leider dabei, dass die Beschäftigten nach den Regelungen der Corona-ArbSchV nicht verpflichtet sind, den angebotenen Test auch durchzuführen. Ausnahmen gelten in Sachsen und Berlin.

Und: Das ArbG Offenbach hat in einem einstweiligen Verfügungsverfahren (Urteil vom 03.02.2021, Az. 4 Ga 1/21) bejaht, dass der Arbeitgeber Beschäftigten, die sich weigern, vor Betreten des Betriebsgeländes einen Corona-Schnelltest durchzuführen, den Zutritt zum Betriebsgelände verweigern darf. Allerdings hatten Betriebsrat und Arbeitgeber darüber eine Betriebsvereinbarung abgeschlossen. Die Ausführungen des ArbG Offenbach lassen jedoch erkennen, dass es als nicht fernliegend ansieht, dass der Arbeitgeber dies angesichts der Infektionslage, die im Februar in Offenbach wohl so war wie nun bundesweit, im Wege des Direktionsrechts anordnen kann. Man kann auch über eine Nebenpflicht des Arbeitnehmers nachdenken (also mit § 241 Abs. 2 BGB argumentieren).

Fazit

Die Änderungen sind geringfügig, so dass die Darstellung in unserem [Leitfaden zur Impf- und Testpflicht](#) ihre Gültigkeit behält. Erstaunlich bleibt die Tatsache, dass die Testpflicht bereits geändert und erweitert wird, nachdem sie erst am 20.04.2021 in Kraft getreten ist.

2 Homeoffice

Die Homeoffice-Angebotspflicht, die in § 2 Abs. 4 Corona-ArbSchV geregelt war, wird aus der Verordnung herausgelöst und in einen neuen § 28b Abs. 7 IfSG überführt.

„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.“

Das ist inhaltlich die bisherige Regelung der Corona-ArbSchV.

Die Regelungen in § 28b IfSG gelten nur für die Dauer der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag und damit derzeit bis 30.06.2021. Wird das Gesetz nicht „verlängert“, endet die Homeoffice-Pflicht dann.

Betriebsbedingte Gründe können nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/28732, Seite 20) vorliegen, wenn die Betriebsabläufe sonst erheblich eingeschränkt würden oder gar nicht aufrechterhalten werden können. Technische oder organisatorische Gründe, wie zum Beispiel die Nichtverfügbarkeit benötigter IT-Ausstattung, notwendige Veränderungen der Arbeitsorganisation oder eine unzureichende Qualifizierung der Beschäftigten, sollen in der Regel nur vorübergehend angeführt werden können. Insoweit ändert sich nichts.

Liegen betriebliche Gründe vor, dass die Homeoffice-Maßnahme nicht umgesetzt werden kann, muss der Arbeitgeber auf Verlangen der zuständigen Behörde – das werden in der Regel die für den Arbeitsschutz zuständigen Behörden sein – dies darlegen.

Praxishinweis für Arbeitgeber:

Wir empfehlen, diese Gründe für jeden Beschäftigten gesondert zu dokumentieren, wenn dies nicht schon im Zusammenhang mit der Homeoffice-Angebotspflicht gemäß der Corona-ArbSchV seit dem 27.01.2021 geschehen ist. Angesichts dessen, dass seitdem fast drei Monate vergangen sind und sich die zur Verneinung der Homeoffice-Möglichkeit führenden Umstände geändert haben können, sollte der „Homeoffice-Check“ nun wiederholt werden.

2.1 Sanktionen: wie bisher

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, Arbeit im Homeoffice anzubieten, wird inhaltlich unverändert in das IfSG übernommen. **Unmittelbare Sanktionen** für einen Verstoß sind weiterhin **nicht** vorgesehen.

Zu beachten ist aber, dass konkrete **Anordnungen** der Behörden nach § 22 Abs. 3 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) eingehalten werden müssen. Solche Anordnungen können auch die **Untersagung der Tätigkeit im Betrieb** beinhalten (§ 22 Abs. 3 Satz 3 ArbSchG). Handelt der Arbeitgeber einer „vollziehbaren Anordnung“ nach § 22 Abs. 3 Satz 1 und 3 ArbSchG zuwider, kann dies mit einer **Geldbuße** bis zu 30.000 € nach § 25 Abs. 1 Nr. 2a, Abs. 2 ArbSchG geahndet werden. Insoweit besteht mittelbar doch ein ordnungswidrigkeitenrechtliches Sanktionsrisiko, dies aber erst dann, wenn die Behörde eine Anordnung erlassen hat. Gegen eine solche Anordnung sollte deshalb vorgegangen werden.

Damit ändert sich für die Pflichten der Arbeitgeber nichts: Wir können unverändert auf unseren [Beitrag im Blog des „Arbeitsrechtsberaters“ vom 20.01.2021 \(siehe dort insb. unter Ziffer 4.\)](#) verweisen.

2.2 Pflicht des Arbeitnehmers, Angebot des Arbeitgebers anzunehmen

Neu ist die Verpflichtung der Arbeitnehmer nach § 28b Abs. 7 Satz 2 IfSG, dieses Angebot anzunehmen:

„Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen.“

Diese Regelung klärt wenig: Zahlreiche offene Fragen bleiben, etwa zur Durchsetzung dieser Pflicht und zu den Anforderungen an entgegenstehende Gründe.

2.3 Entgegenstehende Gründe des Arbeitnehmers

Gründe für die Ablehnung des Homeoffice-Angebots, so die ersten Verlautbarungen auf der Homepage des BMAS, könnten z.B.

- eine „Störung durch Dritte“ (Familienmitglieder) oder
- ein „fehlender adäquater Arbeitsplatz“ sein.

Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/28732, Seite 21) sind solche Gründe auch

- räumliche Enge und
- unzureichende technische Ausstattung.

Aber ab wann liegt ein adäquater Arbeitsplatz vor? Reicht es, dass die Mindestanforderungen nach dem ArbSchG eingehalten werden? Und welche Anstrengungen muss ein Arbeitnehmer unternehmen, um einen adäquaten Arbeitsplatz zu schaffen? Jedenfalls werden die wenigsten Arbeitnehmer über ein separates Arbeitszimmer mit verschließbaren Schubladen verfügen. Die Vorschrift bietet also – wohl bewusst – sehr viel Spielraum.

Nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 19/28732, Seite 21) soll eine „Mitteilung des Beschäftigten auf Verlangen des Arbeitgebers, dass die Arbeit von zu Hause aus nicht möglich ist“, zur Darlegung ausreichen.

Die Behauptung, dass die Wohnung ungeeignet sei, wird demnach reichen. Kontrollbesuche des Arbeitgebers in der Wohnung und erst Recht solche der Arbeitsschutzbehörde sind vom Gesetz nicht vorgesehen und unzulässig.

Hierzu passt es, dass DGB-Chef Reiner Hoffman in der FAZ bereits erklärt hat, niemand dürfe gezwungen werden, im Homeoffice zu arbeiten. Wer nicht zu Hause arbeiten könne, müsse dies durch Zuruf klären können; es dürfe kein aufwändiger Nachweis damit verbunden sein. „Und es dürfen keine Sanktionen drohen, wenn die Gründe von den Beschäftigten nicht genannt werden.“

Das Ganze ist also mehr Appell als Rechtspflicht und aus Arbeitgebersicht praktisch nicht durchsetzbar.

Praxishinweis für Arbeitgeber:

Dokumentieren Sie die Weigerung des Arbeitnehmers, die angebotene Homeoffice-Tätigkeit durchzuführen.

3 Inkrafttreten

Sowohl die neue Fassung des IfSG als auch die neue Corona-ArbSchV ist am **23.04.2021** in Kraft getreten.

Bei Rückfragen steht Ihnen das Loschelder Team Arbeitsrecht gerne zur Verfügung:



Dr. Detlef Grimm
T +49 221 650 65 129
E detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
T +49 221 650 65 233
E martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
T +49 221 650 65 263
E sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
T +49 221 650 65 263
E arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
T +49 221 650 65 129
E stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven
T +49 221 650 65 129
E jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
T +49 221 650 65 263
E farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel
T +49 221 650 65 129
E malte.goebel@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0 | Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de | www.loschelder.de