

# Informationsblatt<sup>1</sup>

Rechtsanwaltskanzlei - Ahrens - Lüneburg

---



## 3 G – Regelung am Arbeitsplatz

Von Rechtsanwältin Karolin Ahrens

### Ausgangslage

Ab dem 23. November 2021 haben Arbeitgeber die sogenannte 3G-Regelung umzusetzen, d.h. Arbeitnehmer dürfen nur noch getestet, genesen oder geimpft am Arbeitsplatz erscheinen und/oder das Betriebsgelände betreten. Diese Regelung steht im Spannungsverhältnis zu den betroffenen Grundrechten der Arbeitnehmer<sup>2</sup>, die der Arbeitgeber im Rahmen seines Direktionsrechts zu beachten und ohne rechtliche Grundlage und sachlichem Grund nicht eingreifen darf. Bei Verletzung macht der Arbeitgeber sich ggf. schadensersatzpflichtig.

Der neugeschaffene § 28b IfSG ist sehr unübersichtlich und missverständlich formuliert. Bei Auslegung der Norm ist zunächst strikt zwischen den „normalen“ Arbeitgebern und den Arbeitgebern i.S.d. Absatz 2 zu unterscheiden. Nur für diese Unternehmen gelten weitreichende Nachweis – und Kontrollpflichten, wobei auch diese auf Verfassungs – und Rechtmäßigkeit überprüft werden sollten. Auch bleibt

## INHALT

---

Rechtliche Grundlage,  
Umsetzbarkeit, rechtliche  
Spannungsverhältnisse und  
Lösungsvorschläge

---

<sup>1</sup> Das Informationsblatt kann eine Rechtsberatung im Einzelfall nicht ersetzen

<sup>2</sup> Insb. Allgemeine Handlungsfreiheit, Berufsausübungsfreiheit und Recht auf Informationelle Selbstbestimmung

abzuwarten, ob nach Absatz 6 das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates erlassen wird.

## Rechtliche Grundlage

### § 106 GewO, § 315 BGB Weisungsrecht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder **gesetzliche Vorschriften** festgelegt sind. Dies gilt auch hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Bei der Ausübung des Ermessens hat der Arbeitgeber auch auf Behinderungen des Arbeitnehmers Rücksicht zu nehmen.

*! Gesetzliche Vorschriften i.S.d. dieser Regelung sind nach herrschender Meinung Parlamentsgesetze*

Zu den das Direktionsrecht begrenzenden gesetzlichen Regelungen gehören insbesondere Vorschriften des Arbeitnehmerschutzrechts.<sup>3</sup>

**Die Vorschriften des Arbeitsvertrages** bilden daher die primäre Grenze des Direktionsrechts nach § 106 S. 1 GewO. Haben die Parteien bereits eine hinreichend konkrete Bestimmung des Leistungsinhaltes vorgenommen, so ist für eine einseitige Bestimmung durch den Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechts kein Raum mehr. Ist also die Art der Leistung ausdrücklich oder konkludent inhaltlich festgelegt, kann der Arbeitgeber keine einseitigen Weisungen über Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung mehr vornehmen.

Vom Grundsatz, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch die im Arbeitsvertrag ausdrücklich oder konkludent vereinbarten Bestimmungen begrenzt ist, kann nur in sogenannten **Notfällen** abgewichen werden. Ein solcher liegt vor, wenn eine Situation besteht, in denen ein Schaden für die Güter des Arbeitgebers unmittelbar bevorsteht oder droht und diese Situation unabhängig von dem Willen der Betroffenen eingetreten ist. Die Annahme einer Notfallsituation erfordert ein außerhalb des Bereichs unternehmerischer Vorhersehbarkeit und Vermeidbarkeit liegendes äußeres Ereignis, so dass allgemeine Dispositionsschwierigkeiten, regelmäßige Eilaufträge, ein permanenter Fachkräftemangel oder ein vorhersehbarer betrieblicher Arbeitskräftemangel hierfür nicht ausreichen. Als Notfallsituationen zählen insbesondere Fälle höherer Gewalt und Naturkatastrophen. Die durch das Coronavirus Sars-Cov-2 ausgelöste Pandemie kann nach Auffassung in der Literatur als ein vergleichbar außergewöhnliches Ereignis im beschriebenen Sinne eingestuft werden.<sup>4</sup>In diesen Fällen ist der Arbeitgeber ungeachtet der Bestimmungen des Arbeitsvertrages kraft

<sup>3</sup> Vgl. Boecken/Pils in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, § 106 GewO, Rn. 60

<sup>4</sup> Vgl. Fischinger/Herngstberger, Arbeitsrechtliche Fragen in der Corona-Krise, JA 2020, S. 561, 562; Fuhlrott/Fischer, Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, NZA 2020, S. 345, 349.

seines Direktionsrechts befähigt, dem Arbeitnehmer kurzfristig Tätigkeiten über den vertraglich geschuldeten Umfang hinaus zuzuweisen. Nach allgemeiner Auffassung ergibt sich dies aus dem das Arbeitsverhältnis beherrschenden Grundsatz von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB sowie den Rücksichtnahmepflichten des Arbeitnehmers aus § 241 Abs. 2 BGB.<sup>5</sup>

Schließlich muss die Ausübung des Direktionsrechts gemäß § 106 S. 1 GewO nach billigem Ermessen erfolgen. Nach Auffassung des BAG handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, bei welchem dem Tatsachengericht ein Beurteilungsspielraum zukommt.

Hinsichtlich der Modalitäten der Ermessensausübung führt das BAG aus:

„Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen (§ 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB) verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen.“<sup>6</sup>

### **Lösungsansätze**

Im Rahmen des billigen Ermessens bietet es sich unter Abwägung dieser Grundsätze bei Betrieben, die sich in der Vergangenheit nicht als besondere Gefahrenquelle<sup>7</sup> erweisen haben, folgende Richtlinien an:

- Da der individuelle Arbeitsvertrag i.d.R. nicht umfasst, dass der Arbeitgeber berechtigt ist medizinische Untersuchungen durchzuführen oder sensible Gesundheitsdaten abzufragen, hat eine allgemeine Aufklärung zur bestehenden Rechtslage der Arbeitnehmer zu erfolgen. Zwar ermächtigt der Absatz 3 Satz 3 Arbeitgeber personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) zu verarbeiten und die Daten auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes zu verwenden – jedoch nur dann, wenn es erforderlich ist. Erforderlich ist eine Maßnahme, wenn kein gleichermaßen geeigneten Mitteln und somit kein milderes Mittel zur Verfügung steht, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Da der Zweck hier auch durch eine individualvertragliche Vereinbarung erreicht werden kann, dürfte der Arbeitgeber nicht ohne weiteres

---

<sup>5</sup> Boecken/Pils in: Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, § 106 GewO, Rn.

<sup>6</sup> BAG, Urteil vom 18. Oktober 2017 – 10 AZR 330/16 –, juris Rn. 45.

<sup>7</sup> Insbesondere Unternehmen i.S.d. § 28 b Absatz 2 IfSG

befugt sein, die personenbezogenen Daten abzufragen. Auch bleibt abzuwarten, ob diese Regelung einer gerichtlichen Überprüfung standhalten wird, da der Gesetzgeber nicht ohne weiteres befugt ist, in die Berufsfreiheit einzugreifen und auch vor dieser Rechtsunsicherheit die Eingriffsintensität möglichst gering erfolgen sollte, um nicht mögliche Schadensersatzansprüche von Arbeitnehmern zu begründen.

- Der individuelle Hygieneplan sollte ergänzend werden, der sich grsd. an den gesetzlichen Bestimmungen zum Arbeitsschutz bzgl. SARS-CoV-2 orientieren sollte.
- Soweit ein Betriebsrat besteht, ist dieser nach § 87 Absatz 1 Nr. 1 und 7 Betriebsverfassungsgesetz zu involvieren.
- Die besondere Vertrauensvereinbarung und Kenntnisnahme der Regelungen sollten gesondert durch einen Annex zum Arbeitsvertrag oder einer gegenseitigen Verpflichtungserklärung umgesetzt und angleichend der Geltungsdauer an die gesetzliche Frist (bis zum Ablauf des 19. März 2022) befristet werden.
- Sensible Gesundheitsdaten (insb. der individuelle Impfstatus) sollte nicht ausdrücklich abgefragt werden, da hier das Recht auf informationelle Selbstbestimmung<sup>8</sup> der Arbeitnehmer verletzt wird und nach derzeitigem Sachstand<sup>9</sup> eine Impfung nicht vor einer Ansteckung schützt, der Zweck der Corona-Verordnung - der Eindämmung der Verbreitung - durch eine Ungleichbehandlung nicht gefördert wird und ein Arbeitgeber so gegen Artikel 3 Grundgesetz (Gleichbehandlungsgrundsatz) verstoßen könnte, der nach Rechtsprechung des BAG im Rahmen des Direktionsrechts zu beachten ist.
- Nach Artikel 33 Absatz 4 Grundgesetz ist ein Arbeitgeber nicht befugt, hoheitliche Maßnahmen (Durchsetzung und Einhaltung von Corona-Schutzvorschriften) auszuführen.
- Es sollte eine Vereinbarung getroffen werden, dass Personen, die eine Krankheits - Symptomatik aufweisen den Betrieb nicht aufsuchen dürfen, bei einem positiven Test-Ergebnis sollte ein Kontrolltest durchgeführt und eine ärztliche Diagnostik erfolgen. In diesem Fall kann eine Meldepflicht an den Arbeitgeber angezeigt sein.

**! Ein mögliches Informationsschreiben könnte wie folgt formuliert werden:**

*Liebe Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter,*

*ab dem 24. November 2021 sehen die geltenden Corona-Bestimmungen eine sogenannte 3G-Regelung am Arbeitsplatz vor. Hiernach dürfen Arbeitnehmer nur noch getestet, genesen oder geimpft am Arbeitsplatz erscheinen und/oder das Betriebsgelände betreten.*

*Im Rahmen unseres arbeitgeberseitigen Direktionsrechts haben wir*

---

<sup>8</sup> Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

<sup>9</sup>Paul-Ehrlich-Institut: <https://www.pei.de/DE/arzneimittel/impfstoffe/covid-19/covid-19-node.html>

*diese Regelung nach billigem Ermessen und unter Beachtung der sich hieraus ergebenden Pflichten, aber auch der Beachtung der Rechte der Arbeitnehmer umzusetzen. Auf dieser Grundlage erfolgt die Umsetzung der 3G-Regelung auf einer wechselseitigen, verpflichtenden Vertrauensvereinbarung.*

- 1. Da wir das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zu beachten haben und nicht befugt sind den individuellen Impfstatus einzelner Mitarbeiter abzufragen, zu speichern und zu verwerten, hat jeder Mitarbeiter in Eigenverantwortung sicherzustellen, dass er - getestet, genesen oder geimpft – am Arbeitsplatz erscheint.*
- 2. Selbsttests werden vom Unternehmen kostenlos zur Verfügung gestellt. Eine Aufnahme der personenbezogenen Daten findet nur bei einem positiven Testergebnis statt. Hierzu wird eine gesonderte Datenschutzerklärung in Absprache mit dem betroffenen Mitarbeiter angefertigt.*
- 3. Sollte bei einem Mitarbeiter ein positives Testergebnis vorliegen, ist ein Kontrolltest und unverzüglich eine Diagnostik bei einem Arzt durchzuführen. Bis zum Ergebnis der ärztlichen Untersuchung wird der Mitarbeiter unter Lohnfortzahlung vom Dienst freigestellt, bis das weitere Vorgehen mit der Geschäftsleitung besprochen ist. Ein Erscheinen am Arbeitsplatz ist bis zu einer endgültigen Klärung und Ausschluss eines Ansteckungsverdachts nicht gestattet.*

*Hinsichtlich einer schriftlichen Vereinbarung zu der vorstehend genannten Vertrauensvereinbarung kommen wir in den nächsten Tagen gesondert auf Sie zu.*

*Mit freundlichem Gruß  
- Geschäftsleitung –*