

# newsletter

## Nachweisgesetz: ein bisher zahloser Tiger nimmt Fahrt auf!



Das Nachweisgesetz (**NachwG**), sprich das Gesetz über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen, ist seit dem 28.07.1995 in Kraft. Bisher fristete dieses Gesetz ein kümmerliches Dasein, da Arbeitgeber ohnehin die wesentlichen Arbeitsbedingungen in ihre schriftlich vereinbarten Arbeitsverträge aufnehmen. Vor allem aber hatte der Verstoß gegen das Nachweisgesetz keine praktische Konsequenz, insbesondere ist der rein **mündlich vereinbarte Arbeitsvertrag** nicht unwirksam. Allein im Streitfall mag der Umstand, ob eine Arbeitsbedingung dem Nachweisgesetz genügend schriftlich niedergelegt worden ist oder nicht, eine erleichterte **Beweisführung** zur Folge haben.

Nun kommt die **EU** ins Spiel, sprich die Richtlinie (EU) 2019 / 1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union.

Diese Richtlinie ist am **31.07.2019** in Kraft getreten und auch Deutschland war bis 31.07.2022 verpflichtet, die Richtlinie in **deutsches nationales Arbeitsrecht** umzusetzen. Der deutsche Gesetzgeber hat dazu den Gesetzentwurf zur Änderung unter anderem des Nachweisgesetzes in den Bundestag eingebracht. Das Gesetz wird am **01.08.2022** in Kraft treten, nachdem der Bundestag am 23.06.2022 das Gesetz verabschiedet hat.

In den Katalog der nunmehr in kürzerer Frist dem Arbeitnehmer in **Schriftform** niederzulegenden Arbeitsbedingungen wird neu aufgenommen:

- sofern vereinbart die Dauer der Probezeit,
- die Zusammensetzung und die Höhe des Arbeitsentgeltes, einschließlich der Vergütung von Überstunden, der Zuschläge, der Zulagen, Prämien und Sonderzahlungen sowie andere Bestandteile des Arbeitsentgelts, die jeweils getrennt anzugeben sind, und deren Fälligkeit sowie die Art der Auszahlung,
- die vereinbarte Arbeitszeit, vereinbarte Ruhepausen und Ruhezeiten sowie bei vereinbarter Schichtarbeit das Schichtsystem, der Schichtrhythmus und die Voraussetzungen für Schichtänderungen sowie – sofern vereinbart – die Möglichkeit der Anordnung von Überstunden und deren Voraussetzungen.

Vor allem ist nun **schriftlich** niederzulegen, dass bei einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren, mindestens das Schriftformerfordernis und die Fristen für die Kündigung des Arbeitsverhältnisses sowie die Frist zur Erhebung einer Kündigungsschutzklage. § 7 KSchG - Kündigung gilt als wirksam, wenn ein Arbeitnehmer die **Drei-Wochen-Frist zur Erhebung der Kündigungsschutzklage** versäumt – soll aber von dem ordnungsgemäßen oder fehlenden Nachweis der Drei-Wochen-Frist im Arbeitsvertrag unberührt bleiben und findet weiter Anwendung.

Letzteres ist neu. Denn mögen Arbeitsverträge bisher Regelungen zur Dauer von Kündigungsfristen enthalten und zudem den Hinweis, dass eine Kündigung schriftlich zu erfolgen hat, so findet sich in den Musterarbeitsverträgen nichts zur Drei-Wochen-Frist für die Kündigungsschutzklage. Allerdings stellt der Gesetzgeber mit Verweis auf § 7 KSchG klar, dass nach seiner Sicht die Rechtsfolgen eines fehlenden Nachweises nicht gravierend sein sollen.

Hierzu stellen sich mehrere Fragen, nämlich zum einen, ob die Rechtsprechung tatsächlich nichts aus dem fehlenden Hinweis auf die Drei-Wochen-Frist macht. Vorstellbar wäre ein **Anspruch auf Schadensersatz** des Arbeitnehmers, wenn er die Frist versäumen sollte und im Arbeitsvertrag nicht hingewiesen wurde. Zum anderen stellt sich die Frage, was das bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitgeber und Arbeitnehmer einzuhaltende Verfahren sein soll. Zu den bei der Kündigung des Arbeitsverhältnisses einzuhaltenden Verfahren wird sicherlich zählen die vorherige **Anhörung des Betriebsrates** nach § 102 BetrVG, aber auch die **Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung**, uU das

**Integrationsamtsverfahren nach SGB IX**, vielleicht auch das **betriebliche Eingliederungsmanagement** im Vorfeld einer personenbedingten Kündigung etc. Man wird gespannt abwarten dürfen, wie die Rechtsprechung das Gesetz bewerten wird.

Schließlich wird das Nachweisgesetz um **Bußgeldvorschriften** ergänzt, d.h. wer ab dem 01.08.2022 die erforderlichen wesentlichen Vertragsbedingungen nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig dem Arbeitnehmer aushändigt, handelt ordnungswidrig und kann mit einer **Geldbuße** von bis zu **2.000,00 €** belegt werden.

Hat das Arbeitsverhältnis bereits vor dem 01.08.2022 bestanden, so ist dem Arbeitnehmer auf sein Verlangen hin spätestens am siebten Tag bzw. einen Monat nach Zugang der Aufforderung beim Arbeitgeber die Niederschrift in Schriftform mit den erforderlichen Angaben auszuhändigen.

Von Seiten der deutschen Wirtschaft war dringend empfohlen worden, auf die **gesetzliche Schriftform** für den Nachweis zu verzichten, insbesondere da inzwischen in vielen Unternehmen allein noch elektronisch gespeicherte Arbeitsverträge vorhanden sind. Da wird nichts mehr in Papierform abgelegt und verwahrt. Dem ist man jedoch nicht gefolgt, d.h. der Nachweis allein etwa in Textform/via E-Mail schließt die Gefahr des Bußgeldes nicht aus.

**Kurzum, bestehende Musterarbeitsverträge sind spätestens ab 01.08.2022 zu überarbeiten, insbesondere mit Blick auf die nunmehr erforderlichen Angaben zum Kündigungsverfahren und der Frist zur Kündigungsschutzklage. Ansonsten droht demnächst ein Bußgeld.**

*Dr. Frank Dahlbender*  
Rechtsanwalt

### Inhalt

#### Seite 1

- **Nachweisgesetz: ein bisher zahloser Tiger nimmt Fahrt auf!**

#### Seite 2

- **Aufhebungsvertrag auch ohne Bedenkzeit wirksam**
- **Öffentlichkeitsgrundsatz – Einschränkung zur Pandemiebekämpfung?**

#### Seite 3

- **Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit Null**
- **Vorwirkender Kündigungsschutz bei aufgeteilter Elternzeit**

#### Seite 4

- **Betrieblicher Infektionsschutz nach Auslaufen der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung**

## Aufhebungsvertrag auch ohne Bedenkzeit wirksam

Das Bundesarbeitsgericht hatte mit Urteil vom 24.02.2022 (Az.: 6 AZR 333/21) darüber zu entscheiden, ob ein Aufhebungsvertrag unter Verstoß gegen das Gebot fairen Verhandels zustande kommt, wenn der Arbeitgeber den Abschluss von der sofortigen Annahme des Angebots abhängig macht.

Dem Rechtsstreit lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 22.11.2019 führten der Geschäftsführer und der Prozessbevollmächtigte der Beklagten gemeinsam mit der Klägerin ein Personalgespräch. Die Klägerin war als Teamkoordinatorin Verkauf im Bereich Haustechnik beschäftigt. Die Beklagte erhob gegenüber der Klägerin den Vorwurf, sie habe unberechtigt Einkaufspreise in dem System der Beklagten abgeändert bzw. reduziert, um so einen höheren Verkaufsgewinn vorzuspiegeln. Zugleich hat der Geschäftsführer der Beklagten der Klägerin einen Aufhebungsvertrag angeboten. Dieser sah u.a. eine einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zum 30.11.2019 vor. Die Klägerin unterzeichnete nach einer etwa zehnmütigen Pause, in der die drei anwesenden Personen schweigend am Tisch saßen, den

von der Beklagten vorbereiteten Aufhebungsvertrag. Die Klägerin hat sodann den Aufhebungsvertrag mit Erklärung vom 29.11.2019 wegen widerrechtlicher Drohung nach § 123 BGB angefochten. Mit ihrer Klage hat die Klägerin u.a. den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses über den 30.11.2019 hinaus geltend gemacht. Zur Begründung hat sie angeführt, dass ihr für den Fall der Nichtunterzeichnung des Aufhebungsvertrags die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung sowie die Erstattung einer Strafanzeige in Aussicht gestellt worden sei. Ihrer Bitte, eine längere Bedenkzeit zu erhalten und Rechtsrat einholen zu können, sei von der Beklagten nicht entsprochen worden. Damit habe die Beklagte nach den Ausführungen der Klägerin gegen das Gebot fairen Verhandels verstoßen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat sie auf die Berufung der Beklagten hingegen abgewiesen. Die Revision der Klägerin vor dem Bundesarbeitsgericht gegen die Entscheidung des Landesarbeitsgerichts hatte keinen Erfolg. Das Bundesarbeitsgericht hat in der zitierten Entscheidung vielmehr festgestellt, dass es an der Widerrechtlichkeit der behaupteten

Drohung fehle.

Ein verständiger Arbeitgeber habe im vorliegenden Fall sowohl die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung als auch die Erstattung einer Strafanzeige ernsthaft in Erwägung ziehen dürfen. Die Beklagte habe weder unfair verhandelt noch dadurch gegen ihre Pflichten aus § 311 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB verstoßen.

Die Entscheidungsfreiheit der Klägerin sei ebenfalls nicht dadurch verletzt, dass die Beklagte den Aufhebungsvertrag entsprechend § 147 Abs. 1 Satz 1 BGB nur zur sofortigen Annahme unterbreitet habe und die Klägerin über die Annahme deswegen sofort entscheiden musste. Allein der Umstand, dass der Arbeitgeber den Abschluss eines Aufhebungsvertrags von der sofortigen Annahme seines Angebots abhängig mache, stelle für sich genommen keine Pflichtverletzung gemäß § 311 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB dar, auch wenn dies dazu führe, dass dem Arbeitnehmer weder eine Bedenkzeit verbleibt noch der Arbeitnehmer erbetenen Rechtsrat einholen kann.

## Öffentlichkeitsgrundsatz - Einschränkung zur Pandemiebekämpfung?

Das Bundesarbeitsgericht hatte mit Beschluss vom 02.03.2022 (Az.: 2 AZN 629/21) über die Frage zu entscheiden, ob der Öffentlichkeitsgrundsatz zur Pandemiebekämpfung eingeschränkt werden kann.

In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall war während der mündlichen Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht Hamburg die Anzahl der anwesenden Personen im Sitzungssaal auf drei Richter und sieben weitere Personen im Hinblick auf die Coronavirus-Pandemie begrenzt. Die zur Verfügung stehenden Plätze im Sitzungssaal waren vollständig von den Verfahrensbeteiligten genutzt worden. Im Sitzungssaal waren der Vorsitzende Richter, zwei ehrenamtliche Richter, die Klägerin mit ihrem Rechtsanwalt, die beiden Rechtsanwälte der beiden Beklagten, der Geschäftsführer der Beklagten zu 2. sowie der dem Rechtsstreit auf Seiten der Klägerin beigetretene Streitverkündete mit seinem Rechtsanwalt anwesend. Für weitere Zuhörer (für die Öffentlichkeit) waren keine Plätze mehr im Sitzungssaal vorhanden.

Das Bundesarbeitsgericht hat nun entschieden, dass das Berufungsurteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden seien. Zur Begründung hat das Bundesarbeitsgericht wie folgt ausgeführt:

Gemäß § 52 Satz 1 i.V.m. § 64 Abs. 7 ArbGG sei die Verhandlung vor dem Landesarbeitsgericht öffentlich. Der Grundsatz der Öffentlichkeit, der zu den Prinzipien demokratischer Rechtspflege gehöre und auch in § 169 Abs. 1 Satz 1 GVG niedergelegt sei, verlange, dass jedermann nach Maßgabe des tatsächlich verfügbaren Raums Zutritt zur Verhandlung ermöglicht werde. Die Beachtung des Grund-

satzes finde ihre Grenze in der tatsächlichen Unmöglichkeit, ihr zu entsprechen. Es bestehe grundsätzlich kein Anspruch der Öffentlichkeit auf so viele Plätze, wie Interessenten kommen. Der Öffentlichkeitsgrundsatz sei daher nicht verletzt, wenn aus zwingenden Gründen Beschränkungen bestehen oder angeordnet werden müssen.

Zulässig sei auch eine Reduzierung der Zuhörerzahl in einem Saal, um Abstandsregelungen im Zuge einer Pandemiebekämpfung einhalten zu können. Die Verhandlung sei aber nur dann öffentlich, wenn beliebige Zuhörer, sei es auch nur in sehr begrenzter Zahl, die Möglichkeit des Zutritts haben. Erforderlich sei daher, dass Zuhörer in einer Anzahl Einlass finden, in der sie noch als Repräsentanten einer keiner besonderen Auswahl unterliegenden Öffentlichkeit angesehen werden können.

Vorliegend hatten keine beliebigen Zuhörer - auch nicht in sehr begrenzter Zahl - Zutritt zu der Verhandlung. Im Verhandlungsraum sei nicht einmal für einen Zuhörer Platz gewesen. Die zur Verfügung stehenden Sitzplätze seien bereits von den Verfahrensbeteiligten besetzt gewesen. Zwar können auch im Sitzungssaal Abstandsregeln und eine verringerte Anzahl an Zuhörern festgelegt werden. Die Tatsache, dass keiner als Zuhörer einen Sitzplatz hätte finden können, verstößt jedoch gegen den Öffentlichkeitsgrundsatz.

**Dominik Kranz**  
Rechtsanwalt



ARBEITSRECHTLICHE  
PRAKTIKER SEMINARE  
GMBH

In Kooperation mit  Rechtsanwälte Ulrich Weber & Partner mbB

**Zu folgenden Themen bieten wir Ihnen aktuell Inhouse-Schulungen an:**

- Abmahnung, verhaltensbedingte sowie personenbedingte Kündigung
- Update Arbeitsrecht 2021/2022
- „Crash-Kurs“ BetrVG
- Einseitige Änderung von Arbeitsbedingungen

**Maßgeschneiderte Inhouse-Seminare 2022**

Quellennachweis: ©Syda Productions, fotolia



**FRAGEN SIE**

nach einem individuellen Angebot für Ihre Inhouse-Schulung

## Urlaubsberechnung bei Kurzarbeit Null

Das BAG hat mit Urteil vom 30.11.2021 – 9 AZR 225/21 – entscheiden, dass die während der Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage bei der Berechnung des Jahresurlaubs zu berücksichtigen sind.

In dem vom BAG entschiedenen Fall war die Klägerin bei der Beklagten in einer 3-Tage-Woche in Teilzeit beschäftigt. Vereinbarungsgemäß standen ihr pro Jahr umgerechnet 14 Arbeitstage Urlaub zu. Ab dem 01.04.2020 galt für die Klägerin von April bis Dezember wiederholt Kurzarbeit Null. In den Monaten Juni, Juli und Oktober 2020 bestand diese durchgehend. Im August und September 2020 wurden der Klägerin sodann durch die Beklagte insgesamt 11,5 Arbeitstage Urlaub gewährt. Die Parteien stritten darum, ob der Klägerin für das Jahr 2020 der ungekürzte Urlaub von 14 Tagen zustehen, d.h. noch weitere 2,5 Arbeitstage.

Die Vorinstanz, das LAG Düsseldorf, vertrat die Auffassung, dass die Klägerin durch die Kurzarbeit Null in den Monaten Juni, Juli und Oktober 2020 in diesem Zeitraum keine Urlaubsansprüche gemäß § 3 BUrlG erworben habe. Der Jahresurlaub stehe ihr deshalb nur anteilig in gekürztem Umfang zu. Für jeden vollen Monat der Kurzarbeit Null war der Urlaub um 1/12 zu kürzen, was rein rechnerisch sogar eine Kürzung von 3,5 Arbeitstagen ergeben hätte. Im Hinblick darauf, dass der Erholungsurlaub bezweckt, sich zu erholen, setzt dies eine Verpflichtung zur Tätigkeit voraus. Kurzarbeiter seien insofern wie vorü-

bergehend teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer zu behandeln, deren Erholungsurlaub ebenfalls anteilig zu kürzen ist. Der Umstand, dass die Kurzarbeit der Klägerin durch die Corona-Pandemie veranlasst sei, ändere nichts.

Die Revision der Klägerin beim 9. Senat des BAG hatte keinen Erfolg. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf weitere 2,5 Arbeitstage Erholungsurlaub aus dem Kalenderjahr 2020.

Nach § 3 Absatz 1 BUrlG beläuft sich der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub bei einer gleichmäßigen Verteilung der Arbeit auf sechs Tage in der Woche auf 24 Werktage. Wird die Arbeitszeit eines Arbeitnehmers nach dem Arbeitsvertrag auf weniger oder mehr als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche verteilt, ist die Anzahl der Urlaubstage grundsätzlich unter Berücksichtigung des für das Urlaubsjahr maßgeblichen Arbeitsrhythmus zu berücksichtigen, um für alle Arbeitnehmer eine gleichwertige Urlaubsdauer zu gewährleisten (24 Werktage x Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht / 312 Werktage). Dies gilt entsprechend für den vertraglichen Mehrurlaub, wenn die Arbeitsvertragsparteien keine für die Berechnung des Urlaubsanspruchs von § 3 Absatz BUrlG - wie im vorliegenden Fall - abweichende Vereinbarung getroffen haben.

Der kurzarbeitsbedingte Ausfall ganzer Arbeitstage rechtfertigt eine unterjährige Neuberechnung des Urlaubsanspruchs. Aufgrund einzel-

vertraglich vereinbarter Kurzarbeit ausgefallene Arbeitstage sind weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht mit Arbeitspflicht gleichzustellen. Das BAG führt sodann in seiner Entscheidung weiter aus, dass der Urlaubsanspruch der Klägerin aus dem Kalenderjahr 2020 deshalb nicht die von der Beklagten berechneten 11,5 Arbeitstage übersteigt. Allein bei Zugrundelegung der drei Monate, in denen die Arbeit vollständig ausgefallen ist, hätte die Klägerin eigentlich nur einen Urlaubsanspruch von 10,5 Arbeitstagen (28 Werktage x 117 Tage mit Arbeitspflicht / 312 Werktage).

## Vorwirkender Kündigungsschutz bei aufgeteilter Elternzeit

Das LAG Mecklenburg-Vorpommern hat am 13. April 2021 unter dem Aktenzeichen -2 Sa 300/20- über die Frage entschieden, ob bei einer aufgeteilten Elternzeit vor jedem der Zeitabschnitte der vorwirkende Kündigungsschutz nach § 18 Absatz Satz 2 Nr. 1 bzw. 2 BEEG besteht.

In dem vom LAG entschiedene Sachverhalt hatte der Kläger im Januar 2019 gemäß § 15 BEEG für die Zeitabschnitte 26.05.2019 bis 25.06.2019 sowie 26.04.2020 bis 25.05.2020 Elternzeit beantragt, welche ihm die Beklagte genehmigt hatte. Mit Schreiben vom 20.04.2020, dem Kläger am 21.04.2020 zugegangen, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 31.05.2020.

Das LAG entschied im vorliegenden Fall, dass die Kündigung gemäß § 134 BGB i.V.m. § 18 Absatz 1 Nr. 1 BEEG nichtig ist, da die Kündigung während der achtwöchigen Schonfrist vor der Elternzeit zugegangen ist. Zur Begründung führt das LAG aus, dass der achtwöchige Schonfristzeitraum bei Teilabschnitten der von vornherein festgelegten Elternzeit nicht nur vor Beginn des ersten Abschnitts der Elternzeit Anwendung findet, sondern auch vor Beginn der weiteren Zeitabschnitte. Dies folgt nach Auslegung aus Wortlaut und Zweck des Gesetzes. Der vorwirkende Kündigungsschutz gilt lediglich nicht für Fälle, in denen die Elternzeit einvernehmlich

mit dem Arbeitgeber festgelegt werden muss und für die keine Kündigungsfrist gilt.

**Katharina Meyer-Renkes**  
Rechtsanwältin



# Betrieblicher Infektionsschutz nach Auslaufen der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung



Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung ist mit Wirkung des 25. Mai außer Kraft getreten. Nach Auffassung der Bundesregierung bestand angesichts des beständigen Abklingens der Infektionszahlen und der zumeist mildereren Krankheitsverläufe derzeit kein Anlass diese zu verlängern.

Relevante regionale und betriebliche Infektionsausbrüche sind jedoch immer möglich. Vor diesem Hintergrund sind Arbeitgeber entsprechend der Vorgaben des **Arbeitsschutzgesetzes** verpflichtet, ihre Gefährdungsbeurteilung stetig an das Infektionsgeschehen anzupassen und daraus abgeleitete Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu ergreifen.

Auf Seiten des Bundesministerium für Arbeit und Soziales werden Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes empfohlen, die den betrieblichen Akteuren Orientierung zur Verhinderung und Eingrenzung von Ausbrüchen des Coronavirus in Betrieben und Einrichtungen geben sollen.

In der betrieblichen Praxis stellt sich nun häufiger die Frage, ob Arbeitgeber durch Ausübung ihres Hausrechts beispielsweise verpflichtende Tests ihrer Mitarbeitenden fordern können?

Zu dieser Fragestellung finden Sie bislang wenig Verlautbarungen, Stellungnahme oder gar Urteile.

Zur Beantwortung dieser Frage müssen also allgemeine Wertungen herangezogen werden.

## Änderungen Infektionsschutzgesetz

Der Bundesrat hat am 18. März 2022 Änderungen am Infektionsschutzgesetz gebilligt. Nach dem Auslauf der Rechtsgrundlage für die meisten Corona-Schutzmaßnahmen im Infektionsschutzgesetz (IfSG) stehen weiterhin Maßnahmen zur Pandemieeindämmung zur Verfügung.

## Niedrigschwellige Maßnahmen

Die Länder sind grundsätzlich nur noch befugt, unabhängig vom lokalen Infektionsgeschehen ausgewählte niedrigschwellige

Maßnahmen anzuordnen, wie etwa Maskenpflicht in medizinischen und Pflegeeinrichtungen und im öffentlichen Personennahverkehr, sowie Testpflichten zum Schutz vulnerabler Personen in bestimmten Einrichtungen.

Eine große Anzahl der privaten Arbeitgeber gehören nicht zu den vorgenannten Einrichtungen beziehungsweise zum öffentlichen Personennahverkehr.

## Erweiterte Maßnahmen für „Hot Spots“

Bei lokal begrenzten bedrohlichen Infektionslagen – zum Beispiel aufgrund einer gefährlicheren Virusvariante oder aufgrund drohender Überlastung der Krankenhäuser – sind unter bestimmten landesrechtlichen Voraussetzungen erweiterte Schutzmaßnahmen möglich, etwa Maskenpflicht, Abstandsgebot und Hygienekonzepte.

Diese Voraussetzungen liegen derzeit aber nicht vor.

## Verpflichtung der Mitarbeitenden zu Tests durch Ausübung des Hausrechts durch den Arbeitgeber?

Eine Rechtsgrundlage hierfür sucht man vergebens. Im Infektionsschutzgesetz (IfSG) finden sich Regelungen nur bezüglich des Tragens von Masken. Eine Regelung abseits der „Hot-Spot-Regelung“ ist in § 28a Abs. 8 IfSG nicht mehr zu finden. § 28a Abs. 7 Nr. 1 IfSG erlaubt die **Anordnung zum Tragen von Masken** (nicht jedoch eine Verpflichtung zum Test!) nur noch in wenigen Bereichen, ebenso wie die Verpflichtung zur Testung nach § 28a Abs. 7 Nr. 2 IfSG.

Auch hier gilt: Betriebe sind in § 28a Abs. 7 IfSG nicht genannt. Angesichts der langwierigen Diskussion zuvor hat der Gesetzgeber offenkundig davon abgesehen, eine Testpflicht auch für Betriebe zu statuieren. Es kann daher nicht von einer planwidrigen Lücke ausgegangen werden.

Naheliegender wäre nun, auf das Hausrecht abzustellen. Mit der neuen Rechtslage könnte man nun argumentieren, dass der Gesetzgeber deutlich gemacht habe, dass andere Maßnahmen als die in § 28a Abs. 7 IfSG vorgesehenen nicht mehr möglich sein sollen. Hiergegen lässt sich einwenden, dass die Streichung einer Norm im IfSG nicht zwin-

gend bedeuten muss, dass man die Anordnung von Maßnahmen unterbinden wollte, sondern dass schlicht die Notwendigkeit einer bundeseinheitlichen Regelung nicht mehr erkennbar war. Hier bewegt man sich nun im Bereich der Spekulation, da sich die Politik selten so klar festlegen will – zumal bei einem solch sensiblen Thema.

Das Bundesarbeitsministerium teilt auf seiner Website mit, dass Basisschutzmaßnahmen abhängig vom örtlichen Infektionsschutzgeschehen und tätigkeitsspezifischer Infektionsgefahren als Ergebnis einer **Gefährdungsbeurteilung** durch den Arbeitgeber selbst festzulegen seien.

In der Gesetzesbegründung zur Streichung des § 28b IfSG a.F. wird jedoch vornehmlich auf Handlungsbedarf bei „Hot Spots“ und lokalen Ausbrüchen in Betrieben abgestellt, ebenso darauf, dass sich das Bedürfnis nach bundesweit einheitlichen Schutzmaßnahmen „geändert“ habe.

Fazit: Es muss festgehalten werden, dass das Vorgehen einen betrieblichen Corona-Infektionsschutz nach Wegfall der Ermächtigungsgrundlagen nun über das Hausrecht durchzusetzen, der gesetzgeberischen Intention bei der Änderung des IfSG nicht entsprechen dürfte. Damit dürfte es wohl keine Verpflichtung der Mitarbeitenden geben, einen Test durchführen zu müssen.

## Praxistipp:

Sofern im Betrieb ein Betriebsrat gewählt ist, hat dieser nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG ein Mitbestimmungsrecht bei Fragen des Gesundheitsschutzes im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften. Die Regelungen des Infektionsschutzgesetzes fallen unter das staatliche Arbeitsschutzrecht.

Es ist daher zu empfehlen, gemeinsam mit dem Betriebsrat zu einer gemeinsamen Regelung zu kommen. Dies erhöht auch die Akzeptanz innerhalb der Belegschaft.

**Michael Wald**  
Rechtsanwalt

