
Neue verbindliche Regelungen zum CovidCheck am Arbeitsplatz

Nachdem in der Vergangenheit die Einführung von CovidCheck-Regelungen für luxemburgische Unternehmen außerhalb des HORECA-Sektors[1] auf freiwilliger Basis möglich gewesen ist (siehe hierzu unsere bisherigen Newsletter[2]), wurde nunmehr mit dem Gesetz vom 17. Juli 2020 über die Maßnahmen zur Bekämpfung der Covid-19-Pandemie[3] und den diesbezüglichen Änderungen durch die Gesetze vom 16. Dezember 2021 und vom 24. Dezember 2021 (nachfolgend das "**Gesetz**") branchenunabhängig für alle luxemburgischen Unternehmen ab dem 15. Januar 2022 verbindliche Regelungen zum CovidCheck am Arbeitsplatz eingeführt.

In seiner aktuell gültigen Fassung sieht das Gesetz vor, dass die Regelungen zunächst zeitlich begrenzt bis zum 28. Februar 2022 gültig sein sollen. Eine Verlängerung dieser Maßnahmen über diesen Zeitpunkt hinaus ist nicht ausgeschlossen und erscheint angesichts der aktuellen pandemiebedingten Entwicklungen auch wahrscheinlich.

A. Welches sind die konkreten Auswirkungen der „3G“ Regelungen im Rahmen des CovidChecks für den Arbeitgeber?

Ab dem 15. Januar 2022 ist jeder Arbeitgeber verpflichtet, (persönlich oder durch eine beauftragte Person) im Rahmen des CovidCheck zu überprüfen, ob jeder seiner Arbeitnehmer über ein gültiges „3G“-Zertifikat verfügt, bevor er Zugang zu seinem Arbeitsplatz erhält.

Unter einem solchen "3G"-Zertifikat versteht das Gesetz nunmehr alternativ:

- eine Impfbescheinigung (vollständiges Impfschema), die mit einem QR-Code versehen oder von einer Gesundheitsbehörde ausgestellt worden ist;
- ein Genesenzertifikat, das mit einem QR-Code versehen ist;
- ein Negativnachweis, der nach einem innerhalb von 48 Stunden durchgeführten PCR-Test oder einem innerhalb von 24 Stunden durchgeführten Antigen-Schnelltest ausgestellt wurde, wobei beide Tests von zertifizierten Gesundheitsfachkräften durchgeführt worden sein müssen oder
- eine Bescheinigung über die Kontraindikation gegen eine Impfung gegen Covid-19 sowie zusätzlich ein negatives Testergebnis, so wie unter vorstehendem Punkt beschrieben (d.h. PCR-Test oder Antigen-Schnelltest) oder aufgrund eines vor Ort durchgeführten Antigen-Schnelltests.

Das Gewerbeaufsicht (*Inspection du Travail et des Mines (ITM)*) ist dafür zuständig, die Anwendung der CovidCheck-Regeln zu überwachen. Ein Arbeitgeber, die sich weigert, die nunmehr verbindlich geltenden Covid-Check-Regelungen in seinem Betrieb umzusetzen, muss mit Bußgeldern[4] und sogar strafrechtlichen Konsequenzen[5] rechnen.

Zur Vereinfachung der Überprüfung der CovidCheck-Zertifikate der Arbeitnehmer im Betrieb, sieht das Gesetz vor, dass der Arbeitgeber (persönlich oder durch eine von ihm beauftragte

Person) eine Liste der geimpften oder genesenen Arbeitnehmer führen kann.

Es gilt jedoch zu beachten, dass auf dieser Liste nur Arbeitnehmer stehen dürfen, die ihre Zustimmung^[6] hierzu erteilt haben, und sie darf nur ihren Namen, Vornamen und die Gültigkeitsdauer des Zertifikats enthalten. Ein Arbeitnehmer kann jederzeit und ohne Angabe von näheren Gründen die Streichung von dieser Liste verlangen. In diesem Zusammenhang müssen die internen Regelungen über den Arbeitnehmerdatenschutz^[7] im Betrieb entsprechend angepasst werden. Darüber hinaus darf die vorstehend genannte Liste nur für den Zeitraum der Gültigkeit des Gesetzes^[8] geführt werden. Nach diesem Zeitpunkt muss die Liste vernichtet werden.

Hinsichtlich solcher Arbeitnehmer, die ihre Zustimmung für die Aufnahme auf diese Liste nicht erteilt haben, verleiht dem Arbeitgeber nur die Möglichkeit, eine tägliche Überprüfung der Nachweise mittels der Covid-Check-Applikation vorzunehmen und auf dieser Grundlage den Zugang zu den Betriebsräumen zu gestatten.

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich allerdings nur auf zwei der insgesamt drei möglichen CovidCheck-Nachweise Bezug genommen, nämlich auf das vollständige Impfschema sowie das Genesenenzertifikat, nicht hingegen das Negativergebnis auf der Grundlage eines PCR- oder Antigen-Schnelltests. Das Ergebnis eines PCR-Tests oder eines Antigen-Schnelltests stellt jedoch ebenfalls ein gültiges „3G“-Zertifikat im Rahmen des CovidChecks dar. In diesem Zusammenhang ist daher fraglich, ob ein Arbeitnehmer mit einem Nachweis auf Grundlage eines negativen PCR- oder Antigen-Schnelltests nicht in diese Liste aufgenommen werden kann, selbst wenn er dies ausdrücklich wünscht.

Fraglich ist, ob es sich hierbei um eine bewusste Absicht des Gesetzgebers handelt, um die Impfbereitschaft in der Bevölkerung zu fördern (in der Erwartung der Einführung eines CovidCheck"2G"-Zertifikats) oder hat diese Möglichkeit schlicht übersehen, da die nur kurze Gültigkeitsdauer solcher Zertifikate (24 oder 48 Stunden) den Nutzen, auf einer solchen Liste zu stehen, sehr gering erscheinen lässt.

Um Fälschungen oder dem Missbrauch von CovidCheck-Zertifikaten vorzubeugen, verpflichtet der Gesetzgeber den Arbeitgeber zudem, (persönlich oder durch eine beauftragte Person) zu überprüfen, ob die auf dem vorgelegten CovidCheck-Zertifikat angegebene Identität mit der Identität, der das Zertifikat vorzeigenden Person übereinstimmt. Von dieser Befugnis darf der Arbeitgeber nur zu den gesetzlich vorgeschriebenen Zwecken und innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Grenzen Gebrauch machen. Solche Identitätskontrollen haben in den Nachbarländern bereits heftige Debatten ausgelöst^[9].

Anzumerken ist ferner auch, dass die CovidCheck-"3G"-Regeln zwar verpflichtend für die Beschäftigten des Unternehmens, nicht jedoch für Personen außerhalb des Unternehmens (z.B. Kunden, Dienstleister usw.) ist. Das Gesetz räumt den Unternehmen an dieser Stelle lediglich die Möglichkeit ein, diesen externen Personengruppen auch die geltenden „3G“-Regeln des CovidCheck-Regimes aufzuerlegen. Diese Regelung betrifft nicht den Zugang von Kunden im Gastronomie-Sektor, für die bereits seit dem 1. November 2021 das verbindliche CovidCheck "3G"-System gilt und die ab dem 15. Januar 2022 ein CovidCheck "2G+"-Zertifikat vorlegen müssen.^[10]

B. Welches sind die konkreten Auswirkungen der „3G“ Regelungen im Rahmen des CovidChecks für den Arbeitnehmer?

Soweit sich ein Arbeitnehmer weigert oder aus anderen Gründen nicht in der Lage sein sollte, ein gültiges CovidCheck-Zertifikat vorzulegen, darf er die Räumlichkeiten des Unternehmens nicht betreten.

Im Gegensatz zu früheren gesetzlichen Bestimmungen, die diesbezüglich keine Regelungen vorsahen, bestimmt das Gesetz nun ausdrücklich, dass gegen einen Arbeitnehmer, der nicht in der Lage ist, ein gültiges Covid-Check-Zertifikat vorzuweisen und daher auch nicht am Arbeitsplatz erscheinen konnte, keine Disziplinarmaßnahmen ergriffen und insbesondere auch keine Kündigung ausgesprochen werden darf.

Das Gesetz bestimmt, dass eine solche Kündigung als nichtig und unwirksam zu qualifizieren ist und dass der entlassene Arbeitnehmer innerhalb von 15 Tagen nach seiner Entlassung mit einem einfachen Antrag beim Präsidenten des Arbeitsgerichts die Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung beantragen kann und ferner, dass über seine Wiedereinstellung verfügt wird. Im Gegensatz zu Personalvertretern hat das Gesetz nicht vorgesehen, dass dem zu Unrecht entlassene Arbeitnehmer ein Wahlrecht zur Verfügung steht, wonach zwischen einer Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Kündigung und einer Klage wegen missbräuchlicher Kündigung gewählt werden kann. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung dieses Wahlrecht in der Zukunft zugrunde legen wird, so wie es bereits im Falle von Arbeitnehmerinnen geschehen ist, denen während der Schwangerschaft oder des Mutterschaftsurlaubs gekündigt wurde.

Das Gesetz verbietet zwar ausdrücklich, einen Arbeitnehmer allein deshalb zu entlassen, weil er kein gültiges CovidCheck-Zertifikat vorlegen kann oder will. Wir behalten an dieser Stelle den bereits in der Vergangenheit von uns in unseren Newslettern [\[11\]](#) vertretenen rechtlichen Standpunkt bei: Soweit der Arbeitgeber Beweis dafür erbringen kann, dass die längeren oder wiederholten Abwesenheiten dieses Arbeitnehmers zu einer Desorganisation des Unternehmens oder der Abteilung führen, könnte diese Desorganisation ebenfalls eine Kündigung unter Einhaltung der einschlägigen Kündigungsfristen des betreffenden Arbeitnehmers rechtfertigen.

In jedem Fall können die Fehltage des Arbeitnehmers, der kein gültiges CovidCheck-Zertifikat vorlegen konnte oder wollte, im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber von seinem gesetzlichen und/oder tariflichen Jahresurlaub abgezogen werden. Kommt es zu keiner Einigung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer oder verfügt der Arbeitnehmer nicht mehr über genügend Urlaubstage, werden die nicht geleisteten Stunden nicht vergütet.

Im letzteren Fall und im Gegensatz zum unbezahlten Urlaub wird der Arbeitsvertrag nicht ausgesetzt, so dass:

- der Arbeitnehmer sozialversicherungspflichtig bleibt. (die Berechnung der Beiträge wird jedoch beeinflusst) und

- die Zeit der unbezahlten Abwesenheit für den Erwerb des Urlaubsanspruchs und die Berechnung der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers einer tatsächlichen Arbeitszeit gleichgestellt wird.

Arbeitnehmer, die über kein CovidCheck-Zertifikat verfügen oder sich weigern, ihrem Arbeitgeber eine solche vorzulegen, können im Übrigen nicht im Rahmen von Kurzarbeit eingesetzt werden.

[1] Für Unternehmen im HORECA-Sektor ist diese Regelung für Kunden und Beschäftigte in geschlossenen Räumen bereits seit dem 1. November 2021 aufgrund eines Gesetzes vom 18. Oktober 2021 verpflichtend vorgeschrieben

(<https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2021/10/18/a732/jo>)

[2] <https://molitorlegal.lu/back-to-work-the-health-situation-in-businesses-with-regard-to-covid/> und <https://molitorlegal.lu/sesame-ouvre-toi-covidcheck-en-entreprise/> –.

[3] Die konsolidierte und ab dem 15. Januar 2022 gültige Fassung des Gesetzes vom 17. Juli 2020 ist abrufbar unter:

<https://legilux.public.lu/eli/etat/leg/loi/2020/07/17/a624/consolide/20220115>.

[4] Die ITM ist befugt, gegen Unternehmen, die sich weigern, ihren Anordnungen nachzukommen, Verwaltungsstrafen aufzuerlegen, deren Höhe je nach Schwere des Verstoßes festzulegen ist (Artikel L.614-3 Arbeitsgesetzbuch).

Artikel L.314-4 Arbeitsgesetzbuch bestimmt, dass jeder Verstoß gegen die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Sicherheit und Gesundheit seiner Arbeitnehmer zu gewährleisten, strafrechtlich geahndet wird (Der Strafrahmen variiert von einer Haftstrafe von acht Tagen bis zu einem Monat und/oder Geldstrafe von 251 bis 25.000 Euro).

[6] Unserer Meinung nach, und auch wenn das Gesetz dies nicht ausdrücklich festlegt, kann es sich aus Beweisgründen an dieser Stelle einzig um eine schriftliche Zustimmung handeln. Wir empfehlen Arbeitgebern daher, diese Zustimmung mithilfe eines speziellen Formulars einzuholen, das von beiden Parteien in zweifacher Ausfertigung unterzeichnet wird.

[7] Dies dient dazu, dem Arbeitgeber das Recht einzuräumen, eine solche Liste zu führen, einzubeziehen und ihren Zweck zu präzisieren.

[8] 28. Februar 2022 – nach der gegenwärtig anwendbaren Fassung des Gesetzes

[9] Die Möglichkeit, Kontrollen durchzuführen, wird in Frankreich und Belgien in Betracht gezogen, löst dort aber noch heftige Debatten aus.

[10] Kunden, die das Alter von zwölf Jahren und zwei Monaten erreicht haben, müssen nicht nur eine Impfbescheinigung oder ein Genesenzertifikat vorlegen, sondern auch einen Antigen-Schnelltest vor Ort durchführen oder einen gültigen zertifizierten SARS-CoV-2 PCR-Test oder SARS-CoV-2-Antigen-Schnelltest vorlegen. Der Kunde ist von der Testpflicht befreit, wenn er bereits eine Auffrischungsimpfung (3. Dosis oder "Booster") erhalten hat. Diese Regelung gilt indessen nur für den Innenbereich und die Terrassen der Restaurants.

[11] <https://molitorlegal.lu/back-to-work-the-health-situation-in-businesses-with-regard-to-covid/>