

BDA / FAQ 3G am Arbeitsplatz nach § 28b IfSG

Dezember 2021

Mit dem Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und anderer Gesetze werden in § 28b Abs. 1 und 3 IfSG eine 3G-Regelung am Arbeitsplatz sowie Kontrollpflichten für Arbeitgeber eingeführt. Zunächst bis zum 19. März 2022 dürfen Beschäftigte und Arbeitgeber Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte mit anderen Menschen nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten, wenn sie geimpft, genesen oder getestet sind und die entsprechenden Nachweise mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder beim Arbeitgeber hinterlegt haben. Wir haben die wichtigsten Fragen im Zusammenhang mit den neuen Regelungen im nachfolgenden Fragenkatalog zusammengefasst.

I. 3G-Regelung am Arbeitsplatz nach § 28b Abs. 1 IfSG

Ab wann gilt die Neuregelung in § 28b IfSG?

Das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes wurde am 23. November 2021 im Bundesgesetzblatt verkündet. Es ist einen Tag nach der Verkündung im Bundesgesetzblatt in Kraft getreten. Damit gelten die Neuregelungen seit dem 24. November 2021. Eine Übergangsfrist ist nicht vorgesehen.

Was ist eine Arbeitsstätte im Sinne von § 28b Abs. 1 IfSG

Der Begriff Arbeitsstätte wird in § 2 Abs. 1 und 2 Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) definiert. Danach sind Arbeitsstätten Arbeitsräume und andere Orte in Gebäuden auf dem Gelände eines Betriebs, Orte im Freien auf dem Gelände eines Betriebes sowie Orte auf Baustellen, sofern sie zur Nutzung für Arbeitsplätze vorgesehen sind. Ebenfalls gehören zur Arbeitsstätte u.a. Unterkünfte sowie Lager-, Maschinen und Nebenräume, Fluchtwege, Sanitärräume, Kantinen, Pausen- und Bereitschaftsräume sowie Unterkünfte.

Wann besteht die Möglichkeit für physische Kontakte in der Arbeitsstätte?

Es genügt, wenn in der Arbeitsstätte ein Zusammentreffen mit anderen Personen nicht ausgeschlossen werden kann. Es soll nach der Gesetzesbegründung unerheblich sein, ob Beschäftigte tatsächlich auf andere Personen treffen. Nicht als Kontakte im Sinne des § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG gelten Kontakte und Begegnungen im Freien, bei denen es nicht zur Unterschreitung des Mindestabstands von 1,5 m oder zu direktem Körperkontakt kommt, vgl. FAQs des BMAS (Stand: 1. Dezember 2021).

Gilt die 3G-Regelung auch für Sammeltransporte?

Nach § 28b Abs. 1 IfSG dürfen Arbeitgeber Transporte von mehreren Beschäftigten zur Arbeitsstätte oder von der Arbeitsstätte nur durchführen, wenn die Beschäftigten geimpft, genesen oder getestet sind. Ein Sammeltransport in diesem Sinne soll nach der Gesetzesbegründung bereits beim Transport von zwei Beschäftigten vorliegen.



Welche Pflichten treffen den Arbeitgeber nach der neuen Regelung?

Der neue § 28b Abs. 3 IfSG sieht vor, dass Arbeitgeber die Einhaltung der Verpflichtungen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren haben. Gesetzlich bestätigt wurde nunmehr, dass die Daten zum Impf-, Genesenen- und Teststatus verarbeitet werden dürfen. Kennt der Arbeitgeber den Impf- bzw. Genesenenstatus seiner Beschäftigten, sind für Geimpfte bzw. Genesene vereinfachte Zugangskontrollen (sog. „Fast Lanes“) möglich. Der Schwerpunkt dieser Kontrollen wird daher auf den täglichen Nachweisen über den Status „getestet“ liegen. Eine sichere Kontrolle ist – so die Gesetzesbegründung - vor allem dann gewährleistet, wenn sie digital durch geeignete technische Lösungen (zum Beispiel die CovPass-App) erfolgt. Bezüglich der Dokumentation von Impf- bzw. Genesenenachweis muss das Vorhandensein eines gültigen Nachweises nur einmal erfasst und dokumentiert werden. Bei einem Genesenenachweis muss zusätzlich das Enddatum des Genesenenstatus (positiver Test darf maximal sechs Monate zurückliegen, § 2 Nr. 5 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung) erfasst werden.

Was umfasst die zulässige Verarbeitung des Immunisierungsstatus?

Nach der gesetzlichen Regelung sind Arbeitgeber berechtigt, soweit es zur Erfüllung der 3G-Pflichten aus § 28b Abs. 1 und 3 S. 1 IfSG erforderlich ist, zu diesem Zweck personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) zu verarbeiten. Einmal erhobene Impf- bzw. Genesenenachweise dürfen genutzt werden - soweit und solange dies für den Gesundheitsschutz im Betrieb erforderlich ist, etwa bei der fortlaufenden Anpassung der betrieblichen Hygienekonzepte. Das umfasst auch eine Speicherung der Daten, um ggf. gegenüber der Kontrollbehörde eine erfolgte Kontrolle nachzuweisen, d.h. Rechenschaft abzulegen.

Wie und wie lange dürfen diese Daten aufbewahrt werden?

Daten zum Immunisierungsstatus sind als Gesundheitsdaten besondere Kategorien von Daten und unterfallen damit dem besonderen Schutz nach der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO). Das Verarbeiten von personenbezogenen Daten umfasst gem. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO auch das Speichern von Daten. Danach ist eine Speicherung des Immunisierungsstatus durch den Arbeitgeber zulässig. Eine Speicherung dieser gesundheitsbezogenen Daten muss aber außerhalb der Personalakte erfolgen, damit der Zugriff auf diese Daten auf einen kleinen, für die Kontrolle von 3G verantwortlichen Personenkreis begrenzt werden kann. Die erhobenen Daten sind gemäß § 28b Abs. 3 S. 9 IfSG spätestens am Ende des sechsten Monats nach ihrer Erhebung zu löschen. Die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts bleiben unberührt.

Praxistipp: Die Daten können gem. Art 17 Abs 3 lit. e) DS-GVO zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen über die sechs Monate hinaus aufbewahrt werden, also etwa im Rahmen von Entgeltklagen und um Erstattungsansprüche für Entschädigungsleistungen gegenüber der Behörde durchzusetzen.

Ist die für die Zugangstests aufzuwendende Zeit Arbeitszeit?

Die für die Erlangung des Testnachweises aufgewendete Zeit ist nicht als Arbeitszeit zu werten. Unabhängig von der Art des Tests, der den Zugang ermöglichen soll, ist dieser vor Dienstantritt so pünktlich zu bewirken, dass die Arbeitsabläufe nicht gestört werden. Soll ein vom Arbeitgeber nach der SAS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung angebotener Test genutzt werden, sieht das Gesetz vor, dass der Test **unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme** durchgeführt werden muss. Der Arbeitnehmer hat sich so pünktlich zum Test zu melden, dass er im Anschluss seine Tätigkeit aufnehmen kann.



Wie lange ist ein Testnachweis gültig?

§ 28b Abs. 1 IfSG nimmt für die Gültigkeitsdauer von Tests Bezug auf die Covid-19-Schutzmaßnahmenausnahmereverordnung. Gemäß § 2 Nr. 6, 7 der Covid-19-Schutzmaßnahmenausnahmereverordnung darf die zugrunde liegende Testung maximal 24 Stunden zurückliegen. Für einen PCR-Test regelt § 28b Abs. 1 IfSG davon abweichend, dass dieser maximal 48 Stunden zurückliegen darf.

Welcher Zeitpunkt ist maßgeblich für die Gültigkeit des Tests?

Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Zugangskontrolle. Nach § 28b Abs. 1 IfSG muss der Nachweis **beim Betreten der Arbeitsstätte** mitgeführt bzw. zur Kontrolle verfügbar gehalten werden. Der Testnachweis muss also nicht die gesamte Arbeitszeit erfassen. Schnell- und PCR-Tests können daher auch am Vorabend durchgeführt werden. Verlässt ein Beschäftigter den Betrieb, z. B. für eine Mittagspause, und betritt danach erneut die Arbeitsstätte muss er bei seiner Rückkehr einen zu diesem Zeitpunkt gültigen Test nachweisen.

Sind Zeitarbeitnehmer von der 3G-Regelung erfasst?

Das BMAS definiert „Beschäftigte“ als alle Personen, die nach § 2 Abs. 2 ArbSchG als solche definiert werden. Nach dieser Definition fallen auch Zeitarbeitskräfte unter die 3G-Regelung und der Arbeitgeber des Einsatzbetriebes muss die Kontroll- bzw. Dokumentationspflichten nach § 28b Abs 1, 3 IfSG erfüllen.

Sind Werkvertragsunternehmer/ Dienstleister von der 3G-Regelung erfasst?

Für Werkvertragsunternehmer oder Dienstleister trifft den Arbeitgeber des Einsatzbetriebs keine Kontrollpflicht. Es handelt sich bei diesen Personen nicht um seine Beschäftigten und sie werden auch nicht (anders als Zeitarbeitnehmer) in den Betrieb eingegliedert. Diese Beschäftigten müssen ihren 3G-Nachweis ihrem Vertragsarbeitgeber gegenüber erbringen. Wenn sie dessen Arbeitsstätte nicht betreten, kann die Übermittlung auch in elektronischer Form erfolgen. Vertragliche Vereinbarungen, dass nur geimpfte, genesene oder getestete Personen das Betriebsgelände des Kunden betreten dürfen, sind unabhängig davon möglich.

Wie ist mit Beschäftigten ohne feste Betriebsstätte umzugehen?

Auch Beschäftigte, die sich nicht jeden Tag zu ihrem Betrieb oder zu einer festen Betriebsstätte begeben, sondern deren Einsatzort häufig wechselt (Bsp.: Beschäftigte im Wach- und Sicherheitsgewerbe, die häufig wechselnde Objekte betreuen und dort vor Ort ihre Arbeit antreten, LKW-Fahrer, die Fahrten beim Kunden beginnen, Beschäftigte im Vertrieb) müssen von ihrem Arbeitgeber grds. kontrolliert werden. Auch wenn die Beschäftigten die Arbeitsstätte ihres Arbeitgebers nicht betreten, müssen sie ihren 3G-Status gegenüber ihrem Vertragsarbeitgeber nachweisen, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeit fremde Arbeitsstätten betreten. Nach Auskunft des BMAS soll dabei eine Geringfügigkeitsschwelle von ca. 10 Minuten gelten. In diesem Fall ist ebenfalls eine Übermittlung der Nachweise in elektronischer Form möglich. Eine Kontrollpflicht des eigenen Arbeitgebers besteht dann nicht, wenn der Beschäftigte im Rahmen seiner Tätigkeit Privathaushalte betritt. Diese fallen nicht unter den Begriff der Arbeitsstätte. Die 3G Regel gilt nicht, soweit keine Möglichkeit für physische Kontakte in der Arbeitsstätte besteht. Nicht als Kontakte im Sinne des § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG gelten Kontakte und Begegnungen im Freien, bei denen es nicht zur Unterschreitung des Mindestabstands von 1,5 m oder zu direktem Körperkontakt kommt, vgl. FAQs des BMAS (Stand: 1. Dezember 2021).

Müssen sich auch Besucher testen lassen?

§ 28b Abs. 1 IfSG sieht die 3G-Regelung für Arbeitgeber und Beschäftigte vor. Etwas anderes gilt gemäß § 28b Abs. 2 IfSG in Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Abs. 3 Satz 1 und § 36 Abs. 1 Nr. 2 und 7 IfSG (bspw. in Krankenhäusern, Arztpraxen, ambulanten Pflegediensten, Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen). In diesen Einrichtungen gilt für Arbeitgeber, Beschäftigte und auch für Besucher eine



Testnachweispflicht – zusätzlich von einem etwaigen Impf- oder Genesenenstatus. Für Besucher darf die zugrunde liegende Testung unabhängig von einem etwaigen Impf- bzw. Genesenenstatus maximal 24 Stunden zurückliegen, § 28b Abs. 2 S. 1 IfSG i. V. m. § 2 Nr. 6, 7 Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung. Für einen PCR-Test regelt § 28b Abs. 2 S. 3 IfSG i. V. m. Abs. 1 S. 2 IfSG davon abweichend, dass dieser maximal 48 Stunden zurückliegen darf. Die in § 28b Abs. 2 IfSG bestimmten Einrichtungen und Unternehmen müssen im Rahmen eines geeigneten Testkonzepts ihren Besuchern Tests zur Verfügung stellen.

Wie ist zu verfahren, wenn Beschäftigte die Erfüllung der 3G-Regelung verweigern?

Der Impf-, Genesenen- oder Testnachweis ist aufgrund der Regelung in § 28b Abs. 1 IfSG als rechtliche Voraussetzung für die Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung zu werten. Erbringt der Arbeitnehmer diese Voraussetzung nicht, kann er seine Arbeitsleistung nicht erbringen. Die Gegenleistungspflicht des Arbeitgebers entfällt, § 326 Abs. 1 BGB. Der Arbeitnehmer kann bereits seine Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß anbieten. Ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn besteht nicht.

Sind im Rahmen der 3G-Regelung Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats zu beachten?

Das „Ob“ der Kontrolle ist gesetzlich vorgeschrieben, hier besteht kein Ausgestaltungsspielraum für die Betriebsparteien, so dass eine Mitbestimmung des Betriebsrats ausscheidet. Bezüglich der Ausgestaltung der Zugangskontrollen (dem „Wie“) besteht ein Gestaltungsspielraum, innerhalb dessen z. B. Festlegungen getroffen werden können, in welcher Form oder von wem die Nachweise kontrolliert werden. Hier kommen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 und 7 BetrVG in Betracht.

Können die Länder für den Arbeitsplatz abweichende/strengere Regelungen schaffen?

§ 28b IfSG regelt „bundeseinheitliche Schutzmaßnahmen“. Dies spricht dafür, dass die in § 28b Abs. 1 IfSG vorgesehene 3G-Regel abschließend ist. Das neue Infektionsschutzgesetz sieht diesbezüglich keine Öffnungsklausel für die Länder vor. Vielmehr enthält § 28b Abs. 6 IfSG die Möglichkeit für das BMAS im Einvernehmen mit dem BMG, die Maßnahmen 3G und „Home-office“ und die daraus resultierenden Pflichten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern durch eine bundeseinheitliche Rechtsverordnung auszugestalten. Es handelt sich bei der Regelung um ausgeübte konkurrierende Gesetzgebung des Bundes.

Die Länder können zwar weiterhin gemäß § 32 IfSG i. V. m. §§ 28, 28a IfSG Schutzmaßnahmen erlassen und nach § 28a Abs. 7 Nr. 4 IfSG den Zugang zu bestimmten Einrichtungen nach § 28a Abs. 1 Nr. 4-8 und 10-16 IfSG beschränken und vom Impf-, Genesenen- oder Testnachweis abhängig machen. Allerdings gilt dies nur für Besucher oder Kunden der in § 28a Abs. 1 Nr. 4-8, 10-16 IfSG genannten Einrichtungen, jedoch nicht für die dort Beschäftigten.

Welche Konsequenzen drohen bei Verstößen gegen § 28b Abs. 1 IfSG?

Das Betreten einer Arbeitsstätte ohne den erforderlichen Nachweis und Verstöße gegen die Überwachungspflicht der 3G-Regelung können gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 11b und 11d, Abs. 2 IfSG mit einer Geldbuße von bis zu 25.000 € geahndet werden.

II. Testangebotspflicht des Arbeitgebers aus der Corona-ArbSchV?

Gem. § 4 Abs. 2 Corona-ArbSchV besteht auch weiterhin die Pflicht des Arbeitgebers, seinen in Präsenz Beschäftigten mindestens zweimal pro Woche einen kostenlosen Corona-Test anzubieten. Gemäß der Corona-ArbSchV sind Arbeitgeber nicht verpflichtet, diese Tests unter Aufsicht durchzuführen und ihren Beschäftigten einen entsprechenden Nachweis auszustellen. Zur Beibringung eines 3G-Nachweises, der gemäß § 28b Abs. 1 IfSG zum Zutritt zum Betrieb be-



rechtigt, ist daher der Arbeitnehmer verpflichtet. Es steht dem Arbeitgeber frei, seinen Beschäftigten stattdessen auch die Tests nach § 4 Corona-ArbSchV anzubieten und einen entsprechenden Nachweis auszustellen – in diesem Fall müssen die Tests dann beaufsichtigt werden.

Bietet der Arbeitgeber an, darf der Beschäftigte die Betriebsstätte ohne Impf-, Genesenen- oder Testnachweis betreten, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers zur Erlangung eines Nachweises im Sinne von § 4 Abs. 1 Corona-Arbeitsschutzverordnung wahrzunehmen, § 28b Abs. 1 S. 2 Nr. 1 IfSG. Das gilt auch, wenn der Beschäftigte ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrnehmen möchte, § 28b Abs. 1 S. 2 Nr. 2 IfSG. Bietet der Arbeitgeber nach der Corona-Arbeitsschutzverordnung lediglich Selbsttests ohne Aufsicht an, muss der Beschäftigte ausgehend von einer fünf-Tage-Woche fünf Testnachweise selbst beschaffen. Bietet der Arbeitgeber demgegenüber – freiwillig – zwei Testungen unter Aufsicht im Betrieb an, muss der Arbeitnehmer drei Testnachweise selbst beschaffen.

III. Anforderungen an Testnachweise

§ 2 Nr. 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) definiert einen Testnachweis als einen Nachweis hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch In-vitro-Diagnostika erfolgt ist, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Absatz 1 des Medizinproduktegesetzes erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind und die zugrunde liegende Testung maximal 24 Stunden zurückliegt soweit er:

- vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfindet, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist (§ 2 Nr. 7a):
Ein Testnachweis nach § 2 Nr. 7a SchAusnahmV gilt nur an dem Ort, an dem die Testung beaufsichtigt wurde. Die die Testung begleitende Person muss "unterwiesen" sein. D. h. die den Selbsttest begleitende Person muss durch eine fachliche und auch dokumentierte Unterweisung durch beispielsweise den Hausarzt oder Apotheker in der Lage sein, die effektive praktische Durchführung eines Antigen-Selbsttest und die sich daraus ergebenden Implikationen zu bewältigen. Anders als in den anderen beiden Konstellationen darf kein Testnachweis ausgestellt werden, der für die nächsten 24 Stunden auch in anderen 3G-Kontexten verwendet werden kann. Ein Testnachweis, der z. B. gem. § 2 Nr. 7a SchAusnahmV von einem Restaurant ausgestellt wurde, gilt auch nur dort und berechtigt den Arbeitnehmer nicht auch zum Zugang nach § 28b Abs. 1 IfSG. Eine reine Onlinebeaufsichtigung eines Tests erfüllt nicht die Voraussetzung einer Testung vor Ort.
- Im Rahmen einer betrieblichen Testung durch Personal erfolgt, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt (§ 2 Nr. 7b SchAusnahmV). Stellt der Arbeitgeber bzw. das eingesetzte Personal in dieser Konstellation freiwillig einen Testnachweis aus, kann dieser Nachweis auch in anderen 3G-Kontexten verwendet werden.
- von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 der Coronavirus-Testverordnung vorgenommen oder überwacht werden (§ 2 Nr. 7c):
Die Vornahme oder Überwachung setzt nach der Coronavirus-Testverordnung grundsätzlich die Anwesenheit des Leistungserbringers vor Ort voraus.



Berechtigten unter Videoaufsicht eines Arztes durchgeführte Tests zum Zugang nach § 28b Abs. 1 IfSG?

Testungen, bei denen z. B. ein Arzt über Video die Durchführung eines Schnelltests überwacht, berechtigen nicht zum Zugang zur Arbeitsstätte gemäß § 28b Abs. 1 IfSG. Ein Test durch einen Arzt gemäß § 2 Nr. 7 SchAusnahmV erfordert in Verbindung mit § 6 Abs. 1 Coronavirus-Testverordnung (TestV) und § 1 Abs. 1 TestV neben einem Gespräch, einer Diagnostik und Ergebnismitteilung auch die Entnahme von Körpermaterial. Zwar sind nach § 1 Abs. 1 TestV auch Antigentests zur Eigenanwendung unter Aufsicht zulässig, aber nur, wenn deren Durchführung von einem Leistungserbringer nach § 6 vor Ort überwacht wird (überwachter Antigen-Test zur Eigenanwendung).

Nach unserer Auffassung scheidet die Erstellung eines Testnachweises im Sinne der COVID-19 Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung bei einer videoüberwachten Selbsttestung aus. Auch das Bundesgesundheitsministerium weist in seinen FAQ darauf hin, dass Testnachweise, die im Rahmen von 3G-Konzepten verwendet werden sollen, nicht auf einer bloßen videoüberwachten Selbsttestung beruhen dürfen (vgl. FAQs des BMG unter <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/nationale-teststrategie/faq-covid-19-tests.html>).

Ansprechpartner:

BDA | DIE ARBEITGEBER

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

Abteilung Arbeitsrecht und Tarifpolitik

T +49 30 2033-1200

arbeitsrecht@arbeitgeber.de

Die BDA organisiert als Spitzenverband die sozial- und wirtschaftspolitischen Interessen der gesamten deutschen Wirtschaft. Wir bündeln die Interessen von einer Million Betrieben mit rund 20 Millionen Beschäftigten. Diese Betriebe sind der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden.