

## **Corona:**

### **Änderung des Infektionsschutzgesetzes Verabschiedung im Bundestag und Bundesrat**

Sehr geehrte Damen und Herren,

Bundestag und Bundesrat haben dem Gesetzentwurf zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes am 18.11.2021 zugestimmt.

Mit den im Gesetz vorgenommenen Änderungen im Infektionsschutzgesetz sollen Vorkehrungen für die Zeit nach dem Ende der epidemischen Lage getroffen werden. Zusätzlich sind die Einführung einer 3G-Regel am Arbeitsplatz sowie eine Pflicht zur mobilen Arbeit für Bürotätigkeiten im IfSG vorgesehen.

#### **I. Einführung der 3G-Regeln vor Betreten der Arbeitsstätte - § 28b Abs. 1-3 IfSG**

##### **1. Betretungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt**

Mit einer Neufassung des § 28b Abs. 1 IfSG wird eine 3G-Regel für den Arbeitsplatz eingeführt werden. Danach dürfen Arbeitgeber und Beschäftigte Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten, wenn sie geimpft, genesen oder getestet sind und den entsprechenden Nachweis mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben (Betretenverbot mit Erlaubnisvorbehalt).

Hinsichtlich des Begriffs der **Arbeitsstätte** kann auf **§ 2 Abs. 1 und 2 ArbStättV** zurückgegriffen werden. Danach zählen zu den Arbeitsstätten nicht nur Arbeitsräume und Orte in den Gebäuden auf dem Betriebsgelände, sondern auch Orte im Freien auf dem Betriebsgelände sowie Orte auf Baustellen. Es stellt sich allerdings die Frage, wie die Kontrolle und Dokumentation des 3G-Nachweises (s. u.) organisiert werden kann. **Außendienstmitarbeiter**, die keine Arbeitsstätte in diesem Sinn betreten, unterliegen nicht der Nachweispflicht.

Ein Betreten der Arbeitsstätte ist auch erlaubt, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers zur Erlangung eines Testnachweises nach § 4 Corona-Arbeitsschutzverordnung (§ 28b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 IfSG) oder ein Impfangebot (§ 28b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 IfSG) wahrzunehmen.

Die Verpflichtungen zur Einhaltung der 3G-Regelung gelten ab dem Tag des Inkrafttretens des Gesetzes, also nach Unterzeichnung durch den Bundespräsidenten und seiner Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt. Es ist davon auszugehen, dass das Gesetz bereits in der kommenden Woche (also in der 47. Kalenderwoche) in Kraft treten wird.

##### **2. Erfüllung der Testangebotsverpflichtung nach § 4 Abs. 1 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV)**

Ausweislich des Gesetzestextes enthält das neue Gesetz keine Verpflichtung für die Arbeitgeber, ihren Beschäftigten einen Test anbieten zu müssen. Eine solche Verpflichtung ergibt

sich lediglich aus § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV vom 6. September 2021. Danach hat der Arbeitgeber den Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, zur Minderung des betrieblichen SARSCoV-2-Infektionsrisikos mindestens zweimal pro Kalenderwoche einen kostenfreien Test in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 anzubieten, der vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassen ist.

Zur Erfüllung dieser Verpflichtung können Arbeitgeber ihren Beschäftigten u.a. zweimal pro Woche einen PoC-Antigentest unter Aufsicht von geschultem Personal oder auch nur einen Corona- Antigentest in Eigenanwendung (sog. unbeaufsichtigter Selbsttest) anbieten. Nicht geregelt ist, an welchen Wochentagen das Testangebot erfolgen und die Tests durchgeführt werden müssen. Demzufolge ist es auch nicht zwingend, dass Arbeitgeber bereits zu Beginn der 47. Kalenderwoche entsprechende Tests anbieten müssen. Sollte das Gesetz und damit auch die Änderungen im IfSG einschließlich der 3G-Regelung bereits am Montag, den 22. November in Kraft treten, müssten Arbeitgeber ihre Beschäftigten bereits ab diesem Montag im Hinblick auf den Impf-, Genesenen- bzw. Testnachweis kontrollieren. Sie müssten den Beschäftigten an diesem Tag aber keinen Test anbieten. Dagegen müssen die Beschäftigten an diesem Tag gleichwohl einen entsprechenden Nachweis mit sich führen und zur Verfügung halten.

### **3. Hinweise zur Testdurchführung**

Nach diesseitigem Verständnis der Vorschrift des § 28b IfSG sind Arbeitgeber nicht verpflichtet, den Beschäftigten zweimal wöchentlich Tests durch entsprechend geschultes Personal im Sinne des § 2 Nr. 7 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV) anzubieten. Sie sind gleichwohl nicht gehindert, den Beschäftigten freiwillig ein optionales Testangebot zur Erlangung eines Nachweises des Arbeitgebers vor Arbeitsaufnahme zu unterbreiten.

#### **a. Test unter Aufsicht von geschultem Personal im Betrieb**

Sofern Arbeitgeber ihren Beschäftigten optional vor Betreten der Arbeitsstätte einen Test unter Aufsicht anbieten, müssen sie nach **§ 28b Abs. 3 S. 2 und S. 3 Nr. 1 IfSG** einen Testnachweis erstellen. Der angebotene Test muss in diesem Fall als direkter

Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassen sein. Die Testung darf gemäß § 2 Nummer 7 SchAusnahmV grundsätzlich maximal 24 Stunden zurückliegen. Sofern die dem Testnachweis zugrundeliegende Testung mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoCPCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist, darf diese abweichend von § 2 Nummer 7 SchAusnahmV vom 8. Mai 2021 (BANz AT 08.05.2021 V1) maximal 48 Stunden gemäß § 28b Abs. 1 S. 2 IfSG) zurückliegen.

Die Zeit für die Durchführung der Testung bis zur Bekanntgabe des Testergebnisses ist vom Arbeitgeber nicht zu vergüten, da die Tests ausweislich des Gesetzestextes unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme von den Beschäftigten wahrgenommen werden müssen (§ 28b Abs. 1 S. 3 Nr. 1 IfSG).

Für die Beibringung und Mitführung des Impf- und Genesenen- bzw. Testnachweises sind die Beschäftigten verantwortlich. Zusätzlich müssen die Beschäftigten deshalb an den anderen Arbeitstagen einen Testnachweis, den sie ggf. als Bürgertest erlangen können, vorlegen.

Arbeitgeber, die den Test unter Aufsicht vor Arbeitsaufnahme der Beschäftigten durchführen, können anschließend den im Betrieb erstellten Testnachweis bei diesen Beschäftigten kontrollieren und die Daten gemäß § 28b Abs. 3 IfSG speichern. Auch in diesem Fall müssen die Beschäftigten den Testnachweis gemäß § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG mit sich führen. Sie dürfen ohne Testnachweis nicht ihre Arbeit aufnehmen.

#### **b. Testangebot für Antigentest unter Eigenanwendung (sog. Selbsttest)**

Diejenigen Arbeitgeber, die keinen Test unter Aufsicht anbieten wollen, müssen die Beschäftigten gleichwohl an **jedem Arbeitstag** (i. d. R. also 5 x pro Woche) hinsichtlich eines Impf-, Genesenen- bzw. Testnachweises kontrollieren. Bieten Arbeitgeber im Rahmen ihrer Verpflichtung aus § 4 Corona-ArbSchV den Beschäftigten lediglich Selbsttests (ohne Aufsicht) an, so verschaffen diese Tests den Beschäftigten nicht zum Betreten der Arbeitsstätte erforderlichen Testnachweis im Sinne des § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG. In diesem Fall haben die Beschäftigten arbeitstäglich einen Testnachweis – ggf. auf eigene Kosten – bzw. als Bürgertest durchgeführten Coronatests vorzulegen und mit sich zu führen.

#### **4. Dokumentations- und Nachweispflicht**

Verantwortlich für die Beibringung und das Mitsichführen des Testnachweises sind die Arbeitnehmer. Soweit sie keinen Testnachweis mit sich führen, verstoßen sie bei Betreten des Betriebes gegen die aus § 28b Abs. 1 IfSG folgende gesetzliche Verpflichtung.

Arbeitgeber sind dagegen verpflichtet, die Einhaltung der Verpflichtungen zur 3G-Regelung (Kontrolle des Impf-, Genesenen- bzw. Testnachweises) durch Nachweiskontrollen zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren. Die Kontrolle hat arbeitstäglich zu erfolgen. Arbeitgeber können, müssen die Kontrolle aber nicht zwingend vor Arbeitsbeginn am Werkort durchführen. Die Kontrolle kann auch im Verlaufe des Tages z.B. am Arbeitsplatz erfolgen. Die aufgenommenen Daten sind von den Arbeitgebervertretern datenschutzkonform und vertraulich zu behandeln.

Soweit es für die Überwachungs- und Dokumentationspflicht erforderlich ist, dürfen Arbeitgeber zu diesem Zweck personenbezogene Daten sowie Daten zum Impf-, Genesenen- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit verarbeiten (§ 28b Abs. 3 Satz 3 IfSG).

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Gesundheitsministerium durch Rechtsverordnung vorzuschreiben, welche Maßnahmen Arbeitgeber zur Umsetzung der Verpflichtungen zu treffen haben und wie sich die Beschäftigten zur Erfüllung ihrer Pflichten zu verhalten haben (§ 28b Abs. 6 IfSG).

## **5. Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Kontrolle und Dokumentation**

Hinsichtlich der Einführung der 3 G – Regeln und der Kontrolle der Nachweis- und Dokumentationspflichten im Betrieb obliegt dem Betriebsrat kein Mitbestimmungsrecht, da diese Verpflichtungen im Gesetz zwingend vorgeben sind. Ebenso besteht kein Mitbestimmungsrecht bei Bestimmung der Kontrollpersonen durch den Arbeitgeber.

Bei Einsatz technischer Vorrichtungen zur Durchführung und Dokumentation der Kontrolle kann sich ggf. ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ergeben. Es kann allerdings auch zweckmäßig sein, zeitnah mit dem Betriebsrat Einvernehmen über den Ablauf und die Ausgestaltung der Nachweiskontrolle zu erzielen. Hierdurch kann eine größere Akzeptanz bezüglich der Einhaltung und zügigen Umsetzung der Nachweiskontrollen in der Belegschaft erreicht werden.

## **II. Verpflichtung zur Abgabe eines Angebots auf Arbeit von Zuhause aus - § 28b Abs. 4 IfSG**

Nach dem neu vorgesehenen § 28b Abs. 4 IfSG haben Arbeitgeber ihren Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese Tätigkeit in deren Wohnungen auszuführen, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen. Betriebsbedingte Gründe, die einer Verlegung der Arbeitstätigkeit nach Hause entgegenstehen, können vorliegen, wenn die Betriebsabläufe sonst erheblich eingeschränkt würden oder nicht aufrechterhalten werden könnten. Gründe, die aus Sicht der Beschäftigten entgegenstehen könnten sind, z. B. räumliche Enge, Störungen durch Dritte oder unzureichende Ausstattung. Die bisherigen Hinweise zur Auslegung der bis zum 30. Juni 2021 geltenden Vorläuferregelung in § 28b Abs. 7 IfSG a. F. können zur Umsetzung und Anwendung der in § 28b Abs. 4 IfSG festgeschriebenen gesetzlichen Vorgaben erneut herangezogen werden, da der Wortlaut der beiden Vorschriften - § 28b Abs. 4 IfSG n. F. einerseits und § 28b Abs. 7 IfSG anderseits – identisch ist).

## **III. Schutzmaßnahmen der Länder**

Entgegen der vorherigen Entwürfe der Änderungsanträge soll in einem neuen § 28a Abs. 8 IfSG die Möglichkeit für die Länder erhalten bleiben, auch nach Ende der epidemischen Lage Schutzmaßnahmen nach § 28a Abs. 1 bis 6 IfSG anzuwenden, soweit die konkrete Gefahr einer epidemischen Ausbreitung des Coronavirus besteht und das Parlament die Anwendbarkeit von § 28a Abs. 1 bis 6 IfSG festgestellt hat. Bestimmte Maßnahmen sollen dabei ausgeschlossen sein, z. B. die Anordnung von Ausgangsbeschränkungen, die Schließung von Kindertagesstätten und Schulen sowie die Schließung oder Beschränkung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel.

Mit freundlichen Grüßen  
Christian Kerner