

Unternehmensverbände Berlin-Brandenburg für eine starke Wirtschafts- und Arbeitsmarktregion



Webinar „3G am Arbeitsplatz – Neuregelung des § 28b
IfSG“

30. November 2021 | Carolin Vesper, UVB

I. § 28b Abs. 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG)

„**Arbeitgeber** und **Beschäftigte** dürfen **Arbeitsstätten**, in denen **physische Kontakte** von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten und Arbeitgeber dürfen Transporte von mehreren Beschäftigten zur Arbeitsstätte oder von der Arbeitsstätte nur durchführen, wenn sie geimpfte Personen, genesene Personen oder getestete Personen im Sinne des § 2 Nummer 2, Nummer 4 oder Nummer 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung ... sind und einen **Impfnachweis**, einen **Genesenennachweis** oder einen **Testnachweis** im Sinne des § 2 Nummer 3, Nummer 5 oder Nummer 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8. Mai 2021 ... **mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben**. Sofern die dem Testnachweis zugrunde liegende Testung mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist, darf diese abweichend von § 2 Nummer 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom 8. Mai 2021 ... maximal 48 Stunden zurückliegen. Abweichend von Satz 1 ist Arbeitgebern und Beschäftigten ein Betreten der Arbeitsstätte erlaubt, um

1. unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers zur Erlangung eines Nachweises im Sinne des § 4 Absatz 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 25. Juni 2021 (BAnz AT 28.06.2021 V1), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 6. September 2021 (BAnz AT 09.09.2021 V1) geändert worden ist, wahrzunehmen oder

2. ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen.

...“

1. Arbeitgeber und Beschäftigte

§ 28b Abs. 1 IfSG gilt für **Arbeitgeber** und **Beschäftigte**.

Auch der Arbeitgeber muss folglich einen entsprechenden Nachweis mit sich führen.

Das Bundesarbeitsministerium (BMAS) verweist in seinen FAQs hinsichtlich des Beschäftigtenbegriffs auf **§ 2 Abs. 2 ArbSchG**.

Beschäftigte sind danach:

- Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
- die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten,

- arbeitnehmerähnliche Personen im Sinne des § 5 Abs. 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes, ausgenommen die in Heimarbeit Beschäftigten und die ihnen Gleichgestellten,
- Beamtinnen und Beamte,
- Richterinnen und Richter,
- Soldatinnen und Soldaten,
- die in Werkstätten für behinderte Menschen beschäftigten Menschen mit Behinderungen.

Zeitarbeitnehmer

Die Tätigkeit von Zeitarbeitnehmern unterliegt den für den Betrieb des Entleihers geltenden **öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Arbeitsschutzrechts**. Die sich hieraus ergebenden Pflichten für den Arbeitgeber obliegen dem Entleiher, unbeschadet der Pflichten des Verleihers, vgl. § 11 Abs. 6 AÜG.

BMAS: Auch wenn das IfSG nicht primär dem Arbeitsschutzrecht zugerechnet werden kann, dürfte der **Entleiher** für die Einhaltung und Kontrolle der 3G-Regel in Bezug auf die eingesetzten Zeitarbeitnehmer **verantwortlich** sein.

Besucher und Beschäftigte anderer Arbeitgeber

Diese Personen sind **keine Beschäftigten** iSd § 28 Abs. 1 IfSG. Eine Kontrolle hat daher grundsätzlich nicht zu erfolgen.

Das betriebliche Hygienekonzept kann aber vorsehen, dass diese Personengruppe den 3G Status für das Betreten des Betriebes erfüllen muss. In diesem Fall kann eine Kontrolle erfolgen.

2. Begriff der „Arbeitsstätte“

Arbeitsstätten sind in **§ 2 Abs. 1 und 2 der Arbeitsstättenverordnung** (ArbStättV) definiert.

Arbeitsstätten sind demnach:

- Arbeitsräume oder andere Orte in Gebäuden auf dem Gelände eines Betriebes,
- Orte im Freien auf dem Gelände eines Betriebes,
- Orte auf Baustellen, sofern sie zur Nutzung für Arbeitsplätze vorgesehen sind.

Zur Arbeitsstätte gehören insbesondere auch:

- Orte auf dem Gelände eines Betriebes oder einer Baustelle, zu denen Beschäftigte im Rahmen ihrer Arbeit Zugang haben,
- Verkehrswege, Fluchtwege, Notausgänge, Lager-, Maschinen- und Nebenräume, Sanitärräume, Kantinen, Pausen- und Bereitschaftsräume, Erste-Hilfe-Räume, Unterkünfte.

Außerhalb des Betriebsgeländes findet die ArbStättV keine Anwendung.

Beschäftigte anderer Arbeitgeber

BMAS: Der Begriff der Arbeitsstätten umfasst auch **Arbeitsstätten anderer Arbeitgeber**. Die 3G-Nachweispflicht und die Zugangskontrollen haben durch den „eigenen“ Arbeitgeber auch für Beschäftigte zu erfolgen, die in „fremden“ Arbeitsstätten tätig sind.

3. Nachweis 3G-Status

Die Beschäftigten müssen einen **Impfnachweis**, einen **Genesenennachweis** oder einen **Testnachweis** im Sinne des § 2 Nr. 3, Nr. 5 oder Nr. 7 a)-c) der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben.

§ 2 Nr. 3 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung

Impfnachweis

„ein Impfnachweis ist ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vollständigen Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 in deutscher, englischer, französischer, italienischer oder spanischer Sprache **in verkörperter oder digitaler Form**, ...wenn die zugrundeliegende Schutzimpfung mit einem oder mehreren vom Paul-Ehrlich-Institut im Internet unter der Adresse www.pei.de/impfstoffe/covid-19 genannten Impfstoffen erfolgt ist, und

a) entweder aus einer vom Paul-Ehrlich-Institut im Internet unter der Adresse www.pei.de/impfstoffe/covid-19 veröffentlichten Anzahl von Impfstoffdosen, die für eine vollständige Schutzimpfung erforderlich ist, besteht und seit der letzten erforderlichen Einzelimpfung **mindestens 14 Tage vergangen sind** oder

b) bei einer **genesenen Person aus einer verabreichten Impfstoffdosis** besteht,

§ 2 Nr. 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung

Genesenennachweis

„ein Genesenennachweis ist ein Nachweis hinsichtlich des Vorliegens einer vorherigen 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 eine Labordiagnostik mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist und **mindestens 28 Tage sowie maximal sechs Monate zurückliegt**,

§ 2 Nr. 7 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung

Testnachweis

„ein Testnachweis ist ein 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, die zugrunde liegende Testung **maximal 24 Stunden** zurückliegt und

§ 2 Nr. 7 a) COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung

„... vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfindet, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist,“

- der Test berechtigt nur zum Betreten der entsprechenden Räumlichkeiten
- war einschlägig z.B. für Restaurants, Friseur
- der Arbeitgeber fällt theoretisch auch darunter
- es kann **kein Nachweis** ausgestellt werden, der in anderen 3G Kontexten verwendet werden kann

§ 2 Nr. 7 b) COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung

„... im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, erfolgt...“

Gem. § 4 Absatz 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung hat der Arbeitgeber nach wie vor eine **zweimalige Testangebotspflicht pro Woche** gegenüber den Beschäftigten. Diese kann er ebenfalls nach wie vor dadurch erfüllen, dass er einen Antigen-Schnelltest zur Selbstanwendung aushändigt. **Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, einen Test unter Aufsicht anzubieten.**

Die betrieblichen Testangebote können im Rahmen des § 28b IfSG nur genutzt werden, wenn sie **durch beauftragte Dritte durchgeführt und bescheinigt** oder **unter Aufsicht im Betrieb** durchgeführt und dokumentiert werden. Werden nur Antigen-Schnelltest zur Selbstanwendung ausgehändigt, dann müssen die Beschäftigten an allen Tagen selbst für einen Testnachweis sorgen, z.B. mit einem sog. Bürgertest.

Auf freiwilliger Grundlage können Arbeitgeber Tests im Sinne des § 2 Nr. 7 SchAusnahmV anbieten, d. h. Selbsttests unter Aufsicht, Tests durch geschultes Personal oder durch externe Leistungserbringer durchführen. In diesem Fall müssen die Beschäftigten für diese Tage keine zusätzlichen Testnachweise erbringen.

Die aufsichtführenden Personen müssen überprüfen, ob die jeweiligen Personen das Testverfahren **ordnungsgemäß** entsprechend der Gebrauchsanleitung des verwendeten Tests **durchführen**. Sie müssen hierzu entsprechend unterwiesen sein (d.h. Personen mit medizinischer Ausbildung oder geschultes Personal).

Die **Unterweisung** soll auch auf die für die Testung unter Aufsicht erforderlichen Infektionsschutzmaßnahmen für alle Beteiligten eingehen. Name, Vorname von Aufsichtsführenden und Probanden sowie Datum und Uhrzeit der Probenahme sowie das Ergebnis sind zum Beispiel in einer Tabelle -ggf. auch digital- zu dokumentieren.

Ein ausgestellter Nachweis kann auch in anderen 3G Kontexten verwendet werden.

§ 2 Nr. 7 c) COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung

„...von einem Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung vorgenommen oder überwacht wurde, ...“

Damit sind die klassischen Testzentren gemeint.

Auch ein **PCR-Test** ist möglich, dieser darf maximal **48 Stunden** zurückliegen.

Die Gültigkeit des Testnachweises muss laut BMAS zum **Zeitpunkt der betrieblichen Zugangskontrolle** gegeben sein.

Die elektronische Übermittlung des Testnachweises an den Arbeitgeber von nicht in den Betrieben anwesenden Beschäftigten, die sich in Arbeitsstätten anderer Arbeitgeber begeben, ist möglich.

Online Testzertifikate

- die Begründung zur SchAusnahmV enthält keine Hinweise
- BMG zur Testung durch Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 Coronavirus-TestV: „Achtung: Testnachweise im Sinne der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung, die in Deutschland im Rahmen von impf-, genesenen- oder testnachweisbezogenen Schutzkonzepten (sogenannte 3G-Konzepte) verwendet werden sollen, dürfen nicht auf einer videoüberwachten Selbsttestung beruhen.“
- laut BMAS sind Zertifikate nach **virtuell beaufsichtigtem Test** kein gültiger Testnachweis
- str., ein dauerhaft überwachter Test könnte u.U. zulässig sein

5. Arbeitszeit

Die **Kontrolle** und **Dokumentation** des 3G-Status ist **keine vergütungspflichtige Arbeitszeit**. Es ist auch keine Arbeitszeit iSd Arbeitszeitgesetzes.

Nach Auffassung des BMAS gilt dies auch für die **Testangebote gem. § 4 Abs. 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung**. Dieser Test ist unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme abzugeben. Da sich ungeimpfte Beschäftigte testen lassen, um nicht selbst gegen eine (bußgeldbewehrte) Verbotsnorm zu verstoßen, deren Adressaten sie sind, steht ihr eigenes Interesse an der Testung im Vordergrund.

6. Arbeitsrechtliche Konsequenzen bei Weigerung der Vorlage eines Testnachweises

Die Beschäftigten dürfen im Fall der Weigerung der Vorlage eines Testnachweises die Arbeitsstätte **nicht betreten**.

Der Arbeitgeber kann diese Beschäftigten **ohne Fortzahlung der Vergütung** von der Arbeit **freistellen**.

Bei beharrlicher Weigerung könnte man auch über arbeitsrechtliche Konsequenzen wie den Ausspruch einer Abmahnung nachdenken. Eine Kündigung dürfte aufgrund der zeitliche Befristung der Regelung nicht erfolgsversprechend sein.

7. Mitbestimmung des Betriebsrats

Das "Ob" der Einführung von 3G im Betrieb ist nicht mitbestimmungspflichtig, da diese Verpflichtung im Gesetz zwingend vorgeben ist.

Bei der **Ausgestaltung von 3G-Regelungen im Betrieb** dürften grundsätzlich die Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 7 BetrVG berührt sein.

Beim Einsatz technischer Vorrichtungen zur Durchführung und Dokumentation der Kontrolle kann sich zudem ggf. ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ergeben.

II. § 28b Abs. 2 IfSG

„Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher in den folgenden Einrichtungen und Unternehmen dürfen diese nur betreten, wenn sie getestete Personen im Sinne des § 2 Nummer 6 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung vom ... sind und einen Testnachweis mit sich führen:

1. Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Absatz 3 Satz 1 mit der Maßgabe, dass Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen auch dann umfasst sind, wenn dort keine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt, und
2. Einrichtungen und Unternehmen nach § 36 Absatz 1 Nummer 2 und 7.

Für Arbeitgeber und Beschäftigte, die geimpfte Personen oder genesene Personen ... sind, kann die zugrunde liegende Testung auch durch Antigen-Tests zur Eigenanwendung ohne Überwachung erfolgen. Eine Testung nach Absatz 1 Satz 2 muss für Arbeitgeber und Beschäftigte, die geimpfte Personen oder genesene Personen ... sind, höchstens zweimal pro Kalenderwoche wiederholt werden. ... Die in Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, ein einrichtungs- oder unternehmensbezogenes Testkonzept zu erstellen. Im Rahmen des Testkonzepts haben sie Testungen auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 für alle Beschäftigten und Besucher anzubieten.“

III. § 28b Abs. 3 IfSG

„Alle **Arbeitgeber** sowie die Leitungen der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, die Einhaltung der Verpflichtungen nach Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 durch Nachweiskontrollen **täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren**. Alle Arbeitgeber und jeder Beschäftigte sowie Besucher der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, einen entsprechenden Nachweis **auf Verlangen vorzulegen**. Soweit es zur Erfüllung der Pflichten aus Satz 1 erforderlich ist, darf der Arbeitgeber sowie die Leitung der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen zu diesem Zweck **personenbezogene Daten** einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) **verarbeiten**. Die Daten dürfen auch zur **Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts** auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes verwendet werden, soweit dies erforderlich ist....“

Der Arbeitgeber ist verantwortlich für die **Überprüfung der 3G-Nachweise** vor dem Betreten der Arbeitsstätten. Er kann die Kontrolle auch an geeignete **Beschäftigte oder Dritte** delegieren.

Es ist eine effiziente betriebliche Zutrittskontrolle erforderlich, die eine lückenlose Umsetzung der Nachweispflicht zum Status geimpft, genesen oder getestet sicherstellt.

Bei einem Verdacht auf einen **gefälschten Nachweis** sollte die **Aufsichtsbehörde** informiert werden. Laut BMAS obliegt dem **Arbeitgeber** jedoch nur eine **Offensichtlichkeitsprüfung**.

Bei Vorlage eines gefälschten Nachweises kommen **arbeitsrechtliche Konsequenzen** in Betracht, auch eine fristlose Kündigung könnte im Einzelfall möglich sein.

Der tägliche Nachweis über die Aktualisierung des Status „getestet“ steht nach der Gesetzesbegründung hier im Fokus.

Wenn der Arbeitgeber den **Genesenennachweis oder den Impfnachweis einmal kontrolliert** und diese Kontrolle dokumentiert hat, können Beschäftigte mit gültigem Impf- oder Genesenennachweis anschließend grundsätzlich von den täglichen Zugangskontrollen ausgenommen werden.

Der Arbeitgeber darf in diesem Zusammenhang **personenbezogene Daten** sowie das Vorliegen eines gültigen Nachweises über den Status geimpft, genesen oder getestet **verarbeiten**. Der Grundsatz der Datenminimierung ist einzuhalten, d.h. es sind so wenige Daten wie möglich zu erheben und zu verarbeiten. Damit reicht die Feststellung des Status und dessen Dokumentierung z.B. in einer Tabelle aus.

Der Beschäftigte kann seine Dokumente freiwillig zur Speicherung zur Verfügung stellen, eine Verpflichtung besteht nicht.

Die Kontrollpflichten des Arbeitgebers und das Recht zur Verarbeitung der erhaltenen Gesundheitsdaten der Beschäftigten sind jedoch **nicht** mit einem umfangreichen **Auskunftsrecht des Arbeitgebers** über den Impf- oder Genesungsstatus verbunden. Es ist genesenen oder geimpften Beschäftigten weiterhin freigestellt, auch aktuelle Testnachweise anstelle von Impf- oder Genesenennachweisen mitzuführen und bei Zugangskontrollen des Arbeitgebers vorzulegen.

Die erhobenen Daten sind spätestens am Ende des **sechsten Monats** nach ihrer Erhebung zu löschen.

Bei der Festlegung betrieblicher Infektionsschutzmaßnahmen darf der Arbeitgeber nun den Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten berücksichtigen.

IV. § 28b Abs. 6 IfSG

„Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird **ermächtigt**, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit durch **Rechtsverordnung** ohne Zustimmung des Bundesrates für einen befristeten Zeitraum vorzuschreiben, welche Maßnahmen die Arbeitgeber zur Umsetzung der Verpflichtungen nach dieser Vorschrift zu treffen haben und wie sich die Beschäftigten zu verhalten haben, um ihre jeweiligen Pflichten, die sich aus dieser Vorschrift ergeben, zu erfüllen. In der Rechtsverordnung kann insbesondere das Nähere geregelt werden zu

1. den in Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 Satz 1 genannten Pflichten,
2. den in Absatz 3 genannten Überwachungs- und Dokumentationspflichten.“

Nach aktuellem Stand soll von der Verordnungsermächtigung kein Gebrauch gemacht werden, es werden lediglich die FAQs regelmäßig überarbeitet.

V. § 28b Abs. 7 IfSG

„Diese Vorschrift gilt bis zum Ablauf des **19. März 2022**. Eine auf Grund des Absatzes 6 Satz 1 erlassene Rechtsverordnung tritt spätestens mit Ablauf des 19. März 2022 außer Kraft. Der Deutsche Bundestag kann durch im Bundesgesetzblatt bekanntzumachenden Beschluss einmalig die Fristen nach den Sätzen 1 und 2 um bis zu drei Monate verlängern.“

Offene Fragerunde

Sie fragen, wir antworten!

Bitte schreiben Sie Ihre Fragen in den Chat.





Carolin Vesper

Vesper@uvb-online.de

☎ 030/31005 -146

**Vielen Dank für Ihre
Aufmerksamkeit**