**Informationen für Führungskräfte zur Coronalage - insbesondere zur Einführung und Anwendung der 3G-Regeln im Betrieb**

1. **Aufhebung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite**

Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite läuft mit Ablauf des 25. November 2021 gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG aus. Stattdessen haben der Bundestag auf Antrag der Bundefraktionen SPD, BÜNDNIS 90 / Die Grünen und FDP beschlossen, das Infektionsschutzgesetz zu ändern und einen bundesweit einheitlichen Maßnahmenkatalog in § 28a IfSG einzufügen. Der Bundesrat hat dem Gesetz zugestimmt.

1. **Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regeln**

Das Gesetz soll am Dienstag, den 23. November 2021, im Bundesgesetzblatt veröffentlicht werden und sodann **am Mittwoch, den 24. November 2021 in Kraft**. Die neuen gesetzlichen Regeln gelten zunächst **bis zum 19. März 2022** (§ 28b Abs. 7 IfSG).

1. **Inhalt und Reichweite der 3G-Regeln im Betrieb**
2. **Anwendbarkeit auf Beschäftigte in der Arbeitsstätte und auf Sammeltransporten**
3. **Anwendbarkeit auf Beschäftigte in der Arbeitsstätte**

Gemäß des neuen § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG dürfen Arbeitgeber und Beschäftigte Arbeitsstätten, an denen ein **physischer Kontakt** zwischen Arbeitgebern und Beschäftigten, den Betriebsangehörigen untereinander sowie zu anderen Personen **nicht ausgeschlossen** werden kann, nur **betreten**, wenn sie über einen **aktuellen Impf- oder Genesungsnachweis oder einen aktuellen negativen Testnachweis** verfügen. Der Beschäftigte muss den **Nachweis** über den Status geimpft, genesen oder getestet **mitführen, zur Verfügung halten oder beim Arbeitgeber hinterlegen**.

1. **Begriff der Arbeitsstätte**

Die Arbeitgeber sind wiederum zur Kontrolle und Einhaltung der 3G-Regeln nach § 28 Abs. 3 IfSG verpflichtet (vgl. hierzu später im Einzelnen unten III.).

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. Die Nachweispflicht trifft daher auch auf die Beschäftigte zu, die nicht regelmäßig den Betrieb oder die Geschäftsstelle aufsuchen. Es stellt sich allerdings die Frage, wie die Kontrolle und Dokumentation des 3G-Nachweises (s. u.) organisiert werden können.

1. **Begriff des Beschäftigten**

In der Arbeitsstättenverordnung wird der Begriff des Beschäftigte definiert. Danach sind "Beschäftigte" alle Personen, die nach § 2 Abs. 2 des Arbeitsschutzgesetzes als solche definiert werden. Beschäftigte sind:

**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 Beschäftigten.

**Außendienstmitarbeiter**, die keine Arbeitsstätte in diesem Sinn betreten, unterliegen nicht der Nachweispflicht. Der Begriff der “**Leiharbeitnehmer“** wird in § 28b IfSG nicht verwendet. Nach dieser gesetzlichen Vorschrift gilt die 3G-Regelung für alle Beschäftigten, die in der Arbeitsstätte tätig sind. Die Rechtslage ist deshalb insoweit nicht eindeutig geklärt. Überwiegend wird aber angenommen, dass **Leiharbeitnehmer** ebenso wie Arbeitnehmer auf Abruf, auf Probe und in Aushilfsverhältnissen dem Arbeitsschutzgesetz und damit dem Arbeits- und Gesundheitsschutzrecht unterfallen. Infolgedessen dürften Entleiher für die Einhaltung und Kontrolle der 3G-Regeln auch in Bezug auf Leiharbeitnehmer verantwortlich sind.

Dagegen müssen Auftraggeber die gesetzlichen 3G-Regeln nicht auf **Lieferanten, Kunden, Besucher, Spediteure** etc. anwenden. Diese sind aber nicht gehindert, mit ihren Auftragnehmern kraft des ihnen obliegenden Hausrechts und im Rahmen der im Zivilrecht geltenden Privatautonomie die Anwendbarkeit von 3G-Regelungen zu vereinbaren bzw. vorzugeben. Sie können in diesem Falle eine Sichtkontrolle in Bezug auf die zu erbringenden Nachweise vornehmen, dürfen aber die auf den Nachweisen aufgeführten (sensitiven) Daten nicht verarbeiten (speichern, übermitteln etc.), da hierfür keine gesetzliche Rechtsgrundlage vorliegt und insbesondere die Vorschrift des § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG nicht einschlägig ist.

Ob und inwieweit Auftraggeber **längerfristig im Betrieb tätige** **Beschäftigte eines Auftragnehmers** in Bezug auf die 3G-Regelung kontrollieren müssen, ist derzeit ungeklärt. Dies ließe sich u. E. nur durch eine Heranziehung der Vorschrift des § 8 Abs. 1 S. 1 und 2 ArbSchG rechtfertigen. Danach sind die Arbeitgeber verpflichtet, bei der Durchführung der Sicherheits- und Gesundheitsschutzbestimmungen zusammenzuarbeiten, wenn Beschäftigte mehrerer Arbeitgeber an einem Arbeitsplatz tätig sind. Soweit dies für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Beschäftigten bei der Arbeit erforderlich ist, haben die Arbeitgeber je nach Art der Tätigkeiten insbesondere sich gegenseitig und ihre Beschäftigten über die mit den Arbeiten verbundenen Gefahren für Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten zu unterrichten und Maßnahmen zur Verhütung dieser Gefahren abzustimmen.

Falls Auftraggeber für den Auftragnehmer die Kontrolle über die Einhaltung der 3G-Regeln übernehmen sollen, bedarf es hierzu zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer des Abschlusses eines Auftragsverarbeitungsvertrages gemäß Art. 28 DSGVO.

1. **Physische Kontakte**

**Physische Kontakte** im Sinne des § 28b Abs. 1 S. 1 IfSG sind gegeben, wenn in der Arbeitsstätte ein Zusammentreffen mit anderen Personen nicht ausgeschlossen werden kann. Ein direkter Körperkontakt wird ebenso wenig vorausgesetzt wie ein tatsächliches Zusammentreffen mit anderen Personen.

1. **Anwendbarkeit auf Sammeltransporte**

Die 3G-Nachweispflicht gilt auch für Transporte von mehreren Beschäftigten – es genügt der Transport von zwei Beschäftigten – zur oder von der Arbeitsstätte (sog. **Sammeltransporte**). Eines zusätzlichen Fahrers bedarf es nicht. Entscheidend für das Vorliegen eines Sammeltransports ist, ob die Wegstrecke unmittelbar im Interesse der versicherten Tätigkeit i.S. des SGB VII zurückgelegt wird und im Zusammenhang mit der Erfüllung einer Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis steht. Entscheidend ist, ob sich die Fahrt als Teil der innerbetrieblichen Organisation und deren Funktionsbereich darstellt oder nicht. Es handelt sich danach z.B. dann um einen Sammeltransport, wenn mindestens zwei Personen gemeinsam mit einem Pool-Fahrzeug zur Baustelle fahren. Nicht erfasst werden die Fahrten von der Wohnung zur Arbeitsstätte und zurück.

1. **Nachweispflicht der Beschäftigten**

Als **Nachweise** über den Status als geimpft, genesen und getestet gelten

* der **Impfnachweis** einer vollständigen Impfung gegen SARS-CoV2 nach der jeweils gültigen Definition der Coronavirus-ImpfV (**auch sechs Monate nach Ablauf der zweiten Corona-Impfung** gelten Personen nach derzeitiger Rechtslage weiterhin als vollständig geimpft!),
* der **Genesenennachweis**, dass eine Infektion mit SARS-CoV2 nicht länger als sechs Monate zurückliegt,
* eine aktuelle – d.h. tägliche – Bescheinigung über die Durchführung eines Coronatests (Antigenschnelltest) mit negativem Ergebnis (sog. Testnachweis), bei dem die Testung **nicht länger als 24 Stunden** oder ein PCR-Test nicht länger als 48 Stunden zurückliegt.

Gemäß § 2 Nr. 7 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung (SchAusnahmV) ist ein **Testnachweis** ein Nachweis hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus in verkörperter oder digitaler Form, wenn die zugrundeliegende Testung durch In-Vitro-Diagnostik erfolgt ist, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus bestimmt und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder aufgrund einer gemäß § 11 Abs. 1 Medizinproduktegesetz erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind und die zugrundeliegende Testung **maximal 24 Stunden zurückliegt** (Ausnahme: PCR-Test 48 Stunden).

Beschäftigte können im Betrieb ihren Impf- oder Genesenennachweis vorlegen und hinterlegen. In der Regel werden diese Nachweise in der Personalabteilung hinterlegt. Der Arbeitgeber darf diese Daten zumindest bis zum 19. März 2021 verarbeiten. Er muss sie aber vertraulich behandeln und darf sie nicht an unbefugte Dritte weitergeben.

Diejenigen Beschäftigten, die keinen Impf- oder Genesenennachweis erbringen, müssen **täglich einen Testnachweis** vorlegen.

Der Test kann von einem

* von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 Coronavirus-Testverordnung vorgenommen und überwacht werden (sog. Teststellen und Testzentren) oder
* im **Rahmen der betrieblichen Testung** im Sinne des Arbeitsschutzes **durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnisse oder Erfahrung besitzt, durchgeführt werden.**

**Verantwortlich für die Beibringung des Testnachweises sind die Beschäftigten.** Das kann z.B. durch einen Antigen-Schnelltest (sog. **Bürgertest**) geschehen, der nicht älter als 24 Stunden ist. Sofern der Testnachweis durch einen **PCR-Test** erfolgt, darf dieser nicht älter als **48 Stunden** sein.

**Hinweis:**

Der Nachweis mittels Antigen-Schnelltest als Selbsttest ist zulässig, wenn der Test unter Aufsicht einer entsprechend geschulten Person durchgeführt wird. Es ist daher nicht möglich, den Beschäftigten Selbstteste mitzugeben, damit sie den Test vor Arbeitsbeginn zu Hause durchführen und z.B. durch Foto des Testergebnisses dokumentieren.

Bietet der Arbeitgeber im Rahmen seiner Verpflichtung aus § 4 Corona-ArbSchV den Beschäftigten lediglich Selbsttests (ohne Aufsicht) an, genügen diese daher **nicht** dem Testnachweis im Sinne des § 28b Abs. 1 IfSG. Der Arbeitgeber ist **nicht** verpflichtet, den Beschäftigten zweimal wöchentlich Tests durch entsprechend geschultes Personal im Sinne des § 2 Nr. 7 SchAusnahmV anzubieten. Eine Verpflichtung hierzu ergibt sich nach unserem Verständnis weder aus § 4 Corona-ArbSchV noch aus § 28b Abs. 1 IfSG. Bietet der Arbeitgeber ausschließlich Selbsttests in Eigenanwendung an, hat der Arbeitnehmer daher arbeitstäglich den Nachweis eines auf seine Kosten oder ggf. als Bürgertest durchgeführten Coronatests vorzulegen.

Der Test ist **regelmäßig vor Betreten der Arbeitsstätte** durchzuführen, es sei denn, Arbeitgeber bieten den Beschäftigten die Testung unter Aufsicht im Betrieb an. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Berechnung der 24- bzw. 48-Stunden Frist ist der Zeitpunkt des Zugangs zur Arbeitsstätte bzw. des Tests im Betrieb.

Die **Kosten der Testungen** trägt, soweit nicht die kostenlose Bürgertestung in Anspruch genommen wird, der Arbeitnehmer. Etwas anderes gilt dann, wenn die Arbeitnehmer eine angebotene Testung mit Nachweis des Arbeitgebers gemäß § 4 Corona-ArbSchV in Anspruch nehmen. In diesem Fall trägt der Arbeitgeber die Kosten von zwei Testungen in der Woche. Zu einem solchen Angebot ist der Arbeitgeber aber u.E. nicht verpflichtet.

Die für die Durchführung des Tests und die Kontrolle und Dokumentation durch den Arbeitgeber aufgewendete Zeit ist **keine Arbeitszeit**, die der Arbeitgeber zu vergüten oder dem Arbeitszeitkonto gutzuschreiben hat. Es ist auch keine Arbeitszeit i.S.d. Arbeitszeitgesetzes. Dies gilt u.E. auch für die Durchführung einer vom Arbeitgeber gemäß § 4 Corona-ArbSchV angebotenen Testung unter Aufsicht und dann, wenn es bei der Kontrolle und Dokumentation der 3-G-Nachweise zu Wartezeiten vor dem Zutritt zur Arbeitsstätte kommt. Der Arbeitnehmer hat dies bei seiner zeitlichen Planung zu berücksichtigen.

Arbeitnehmern, die den Nachweis über den Status als geimpft, genesen oder getestet verweigern, **muss** der Arbeitgeber den Zugang zur Arbeitsstätte verwehren bzw. zum Verlassen des Betriebsgeländes auffordern.

Ohne einen aktuellen Impf- oder Genesungsnachweis bzw. einen aktuellen negativen Coronatest bietet der Arbeitnehmer seine Arbeitsleitung nicht ordnungsgemäß an mit der Folge, dass die Vergütungspflicht entfällt. Allerdings gilt dies nur dann, wenn die Beschäftigten ihre Arbeitsleistungen nicht im Homeoffice erbringen können. Ist das nicht der Fall – z.B. bei Tätigkeiten, die nicht im Homeoffice erbracht werden können –, muss der Arbeitgeber das nicht ordnungsgemäße Angebot der Arbeitsleitung nicht annehmen. Der Arbeitgeber gerät nicht in Annahmeverzug (§ 615 BGB). Der Arbeitnehmer verliert seinen Vergütungsanspruch.

Der **Verstoß gegen die 3-G-Nachweispflicht** vor Betreten der Arbeitsstätte oder des Unternehmens ist für den Arbeitnehmer gemäß § 73 Abs. 1a Nr. 11b bis 11 d IfSG **bußgeldbewährt.**

Der Arbeitgeber haben die Beschäftigten in barrierefrei zugänglicher Form über die betrieblichen Zugangsregelungen **zu informieren** (z.B. durch Veröffentlichung im Intranet, Rundmail, Aushang am Schwarzen Brett; § 28b Abs. 1 S. 3 IfSG).

1. **Überwachung und Dokumentation der Nachweiskontrolle**

Arbeitgeber haben die 3G-Nachweispflicht **durch** geeignete Kontrollen **täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren.**

Stichprobenartige Kontrollen genügen nicht**.** Eine sichere Kontrolle kann beispielsweise durch geeignete technische Lösungen (z.B. die CovPass-App oder Corona-Warn-App) erfolgen. Dabei genügt bei Geimpften und Genesenen (diese bis sechs Monate nach Infektion, s.o.) die einmalige Prüfung und deren ordnungsgemäße Dokumentation.

Mit der Kontrolle und Dokumentation der Nachweiskontrolle ist unweigerlich eine **Verarbeitung von Beschäftigtendaten** verbunden. § 28b Abs. 3 S. 3 IfSG erlaubt Arbeitgebern, die personenbezogenen Daten der Beschäftigten im Hinblick auf ihren Impf- oder Genesungsstatus oder den Testnachweis zu verarbeiten, soweit es zur Erfüllung der Kontroll- und Dokumentationspflicht des Abs. 3 S. 1 **erforderlich** ist. Sofern Beschäftigte regelmäßig Testnachweise vorlegen, sind sie nicht verpflichtet, Auskunft über ihren Impf- oder Genesungsstatus zu geben. Ein **generelles Fragerecht** des Arbeitgebers nach dem Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten wird durch § 28b IfSG nicht begründet.

Gemäß § 28b Abs. 3 S. 4 IfSG dürfen Daten zum Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten auch verarbeitet werden, soweit es zu Anpassung des **betrieblichen Hygienekonzepts** auf der Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß §§ 5 und 6 ArbSchG erforderlich ist. Der Gesetzgeber hat insoweit von der Öffnungsklausel in Art. 9 Abs. 2 Buchst. i) DSGVO Gebrauch gemacht.

Die Verarbeitung der 3G-Nachweise durch den Arbeitgeber bei Zutritt zur Arbeitsstätte bzw. vor Arbeitsaufnahme aus Gründen des öffentlichen Interesses im Bereich der öffentlichen Gesundheit erforderlich, um die Weiterverbreitung von COVID-19 am Arbeitsplatz zu begrenzen. Dies gilt auch für die Datenverarbeitung zum Zwecke der Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts. Durch Verweis auf § 22 Abs. 2 BDSG werden die Grundrechte und Interessen der Betroffenen hinreichend berücksichtigt.

Sofern der Arbeitgeber seiner Kontroll- und Dokumentationspflicht für seine Beschäftigten (sowie für Dritte) nicht oder nicht richtig nachkommt, kann dies als **Ordnungswidrigkeit** mit einem Bußgeld bis zu 25.000,00 Euro geahndet werden (§ 73 Abs. 1a Nr. 11d. IfSG)

1. **Verordnungsermächtigung für BMAS**

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) wird ermächtigt, im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit (BMG) durch **Rechtsverordnungen** Präzisierungen, Erleichterungen und Ausnahmen zu o. g. Regelungen, insb. zur 3G-Nachweispflicht sowie zur Überwachungs- und Kontrollpflicht zu erlassen (§ 28b Abs. 5 IfSG).

1. **Kostenlose Bürgertestung**

Angesichts der steigenden Infektionszahlen bezogen auf COVID-19 wurde bereits nach einem Monat die **kostenlose Bürgertestung wieder eingeführt**. Gemäß § 4a Coronavirus-TestV haben asymptomatische Personen bereits **seit dem 13. November 2021** wieder Anspruch auf kostenlose Testung mittels PoC-Antigen-Test nach § 1 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 Coronavirus-TestV. Laut § 5 Abs. 1 S. 2 Coronavirus-TestV können Testungen nach § 4a „im Rahmen der Verfügbarkeit von Testkapazitäten **mindestens einmal pro Woche** in Anspruch genommen werden“.

1. **Wiedereinführung der Homeoffice-Pflicht**

In § 28b Abs. 4 IfSG wird die Homeoffice-Pflicht, wie sie zuletzt in § 28b Abs. 7 IfSG a. F. geregelt war, wieder eingeführt. Die frühere Regelung zum Homeoffice ist zum 30. Juni 2021 ausgelaufen. Eine inhaltliche Änderung gegenüber der Vorgängerregelung gibt es nicht. Die Unternehmen können insoweit auf die bisher hierzu getroffenen Verfahrensweisen und arbeitgeberseitigen Empfehlungen zurückgreifen.