

An die
Geschäftsführungen und Personalleitungen
unserer Mitgliedsunternehmen

19.11.2021
Fe/Sc

RS 87-2021

Sonderrundschreiben:

Corona: Gesetzentwurf zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes – Verabschiedung im Bundestag

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit unserem Rundschreiben 77-2021 vom 06.10.2021 informierten wir Sie zuletzt über die Änderungen im Infektionsschutzgesetz.

Mit unserem heutigen Rundschreiben teilen wir Ihnen mit, dass die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite aufgrund von § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG mit Ablauf des 25. November 2021 als aufgehoben gilt. **Die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite wird somit zum 25. November 2021 auslaufen.** Stattdessen wird ein bundesweit einheitlicher Maßnahmenkatalog in § 28a IfSG eingefügt. Der Hauptausschuss des Bundestags hat am 17. November 2021 Änderungen zum Gesetzentwurf beraten und beschlossen. Die Beschlussempfehlung des Ausschusses sowie die letzte Version der Änderungsanträge mit Begründung sind als Anlage 1 + 2 zu diesem Rundschreiben über unsere Homepage www.agv-minden.de unter der Rubrik „Rundschreiben“ (dort RS 87-2021) abrufbar. Der Bundestag hat dem Gesetzentwurf am 18.11.2021 in 2. und 3. Lesung 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 Büro-tätigkeiten 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 (Betretungsverbot 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-Arbeitschutzverordnung (§ 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, sofern der Bundesrat nicht seine Zustimmung zu dem Gesetz verweigert.

2. Erfüllung der Testangebotsverpflichtung nach § 4 Abs. 1 SARS-CoV-2-Arbeitschutzverordnung (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 SARS-CoV-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 unserem 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, PoC-PCR 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 andererseits – 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.

IV. Bewertung der BDA

Die Klarstellung, dass Arbeitgeber im Rahmen der Zugangskontrollen Daten zum Impf-, Genesenen- und Teststatus verarbeiten dürfen, ist ein wichtiger Schritt, um den innerbetrieblichen Infektions- und Gesundheitsschutz zu gewährleisten.

Mit der 3G-Regelung am Arbeitsplatz wird eine Zugangsvoraussetzung geschaffen. Die Verpflichtung, diese zu erfüllen, obliegt dem Arbeitnehmer. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, entsprechende Testmöglichkeiten bereit zu stellen. Das gilt auch für die Testangebote, die er nach der Arbeitsschutzverordnung anbieten muss. Selbsttests bleiben im Rahmen der Testangebotspflicht nach der Corona-Arbeitsschutzverordnung zulässig, berechtigen jedoch nicht zum Zugang zur Arbeitsstätte. Die Wiedereinführung einer Homeoffice-Pflicht für Büroarbeit ist kontraproduktiv, sie stellt keinen Anreiz für eine Impfung dar und kann zu einer Spaltung von Belegschaften führen. Arbeitgeber haben ihren Beschäftigten schon frühzeitig überall dort, wo es möglich ist, mobile Arbeit angeboten.

V. Ausblick

Am heutigen Freitag, den 19. November 2021, sollen die Änderungen auch vom Bundesrat in einer Sondersitzung beschlossen werden. Die BDA geht davon aus, dass das Gesetz zeitnah ausgefertigt und veröffentlicht wird. Selbst ein kurzfristiges Inkrafttreten noch am Samstag, den 20.11.2021 ist nicht ausgeschlossen.

Ergänzender Hinweis zu NRW: Ministerpräsident Wüst hatte am Dienstag in einer Pressekonferenz und gestern in einer Sondersitzung des Landestages NRW angekündigt, die 2G-Regel im Freizeitbereich und in besonders sensiblen Bereichen (z. B. Karnevalssitzungen) eine 2G-plus-Regel einzuführen. Vorgesehen ist dies für kommende Woche. Am heutigen Tag findet die Ministerpräsidentenkonferenz mit der Bundeskanzlerin statt, in deren Rahmen Beschlüsse zu Corona-Maßnahmen gefasst werden sollen und seitens NRW die Verabredung eines möglichst einheitlichen Vorgehens auch zu den 2G/2G-plus-Regeln angestrebt wird.

Für weitere Informationen oder bei Fragen erreichen Sie uns jederzeit gern.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr **AGV** - Team