

An die
Geschäftsführungen und Personalleitungen
unserer Mitgliedsunternehmen

22.11.2021
Fe/Sc

RS 88-2021

Sonderrundschreiben:

**Corona: Gesetz zur Novellierung des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) einschließlich der 3G-Regelung
Verabschiedung im Bundestag
Inkrafttreten des Gesetzes einschließlich der 3G-Regelung am 24. November 2021**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit unserem Rundschreiben 87-2021 vom 19.11.2021 informierten wir Sie zuletzt über die Verabschiedung des Gesetzesentwurfs zur Novellierung des Infektionsschutzgesetzes und hatten erste Hinweise zur Auslegung und Anwendung der neuen gesetzlichen Regelungen gegeben. Der Bundesrat hat noch am 19.11.2021 dem Gesetzesvorhaben zugestimmt. Das Gesetz wird nunmehr dem Bundespräsidenten zur Unterschrift zugeleitet.

I. Inkrafttreten des Gesetzes zur Novellierung des Infektionsschutzgesetzes einschließlich der 3G-Regelung am 24. November 2021

Zudem hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) über die sozialen Medien verlautbart, dass das Gesetz und die darin enthaltene sog. 3G-Regelung erst **am 24. November 2021** in Kraft treten soll (vgl. hierzu:

<https://www.bmas.de/DE/Service/Presse/Meldungen/2021/weiterhin-schutz-und-unterstuetzung.html>).

Damit müssen die Unternehmen die Kontrolle der Immunisierungs- und Testnachweise erst ab Mittwoch, 24. November 2021, durchführen.

II. Beibringungspflicht für Impf-, Genesenen- und Testnachweise

Für die Beibringung der Nachweise sind die Beschäftigten verantwortlich. Dies hat auch der Bundesminister für Arbeit und Soziales, Herr Hubertus Heil, wiederholt öffentlich bestätigt und sinngemäß Folgendes geäußert:

„Alle Beschäftigten, die den Arbeitsplatz betreten, müssen ab KW 47 nachweisen, dass sie geimpft oder genesen sind. Diejenigen Beschäftigten, die diesen Nachweis nicht erbringen können, müssen einen tagesaktuellen Test mitbringen. Diejenigen Beschäftigten, die keinen

Nachweis erbringen, dürfen den Betrieb nicht betreten und müssen auch damit rechnen, dass ihre Lohnfortzahlung in Frage steht."

Sofern die Beschäftigten keinen Nachweis erbringen, nicht mit sich führen oder nicht zur Kontrolle durch den Arbeitgeber verfügbar halten, verstoßen sie gegen die aus § 28b IfSG folgenden gesetzlichen Pflichten, die zugleich zu einer nebenvertraglichen Pflicht im Arbeitsverhältnis werden.

III. FAQ des BMAS zur Umsetzung der 3G-Regeln im Betrieb

Das BMAS hat seit dem 19.11.2021 zur Anwendung und Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben zur 3G-Regelung Hinweise in Form von Fragen und Antworten (FAQ) auf seiner Webseite veröffentlicht, die unter folgendem Link einsehbar sind:

<https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-Infektionsschutzgesetz/faq-infektionsschutzgesetz.html>

Bei diesen Hinweisen handelt es sich "lediglich" um Orientierungshinweise eines Exekutivorgans, an die etwaig angerufene Gerichte nicht gebunden sind.

IV. Geltung der Kontroll- und Dokumentationspflichten des Entleihers für Leiharbeiternehmer

In den vergangenen Tagen kamen diverse Fragen zur Auslegung der neuen Vorschriften und zur Organisation und Umsetzung der arbeitgeberseitigen Kontrollpflichten in den Betrieben auf. Eine praktische Anwendungsfrage erscheint für die betriebliche Praxis von besonderer Bedeutung, so dass hierzu vorab Nachfolgendes mitgeteilt wird:

Es geht hierbei um die Frage, ob und inwieweit Entleiher die 3G-Regelung auch in Bezug auf die in ihren Betrieben eingesetzten Leiharbeiternehmer kontrollieren dürfen bzw. müssen.

Der Begriff der "Leiharbeiternehmer" wird in § 28b IfSG nicht verwendet. Nach dieser gesetzlichen Vorschrift gilt die 3G-Regelung für alle Beschäftigten, die in der Arbeitsstätte tätig sind. Fraglich ist, wie der Begriff des Beschäftigten insoweit auszulegen ist.

Das BMAS grenzt den Begriff "Beschäftigte" in seinen FAQ ein und führt dort aus:

"Mit dem Begriff "Beschäftigte" sind alle Personen gemeint, 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.*

Nach aktueller Kommentierung im Arbeitsschutzrecht sind Arbeitnehmer i.S.d. § 2 Abs. 2 Nr. 1 ArbSchG auch Teilzeitbeschäftigte, befristet Beschäftigte, **Leiharbeiternehmer**, Arbeitnehmer auf Abruf, auf Probe und in Aushilfsverhältnissen (HK-ArbSchR/Schulze-Doll, Rn. 15; BeckOK ArbSchR/Gabriel, 7. Ed. 01.10.2021, ArbSchG § 2 Rn. 51). Gemäß § 11 Abs. 6 AÜG unterliegt die Tätigkeit des Leiharbeitnehmers bei dem Entleiher 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. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass es vorliegend nicht originär um die Kontrolle des Arbeitsschutzes, sondern des Infektionsschutzes geht. Da der Infektionsschutz sich unmittelbar auf den Gesundheitsschutz der Beschäftigten auswirkt, dürfte hieraus ebenfalls folgen, dass 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. Sie 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 in Bezug auf längerfristig im Betrieb tätige Beschäftigte eines Auftragnehmers in Bezug auf die 3G-Regelung kontrollieren müssen, ist derzeit ungeklärt. Dies ließe sich 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.

Sollte die 3G-Kontrollpflicht als Sicherheits- und Gesundheitsschutzbestimmung einzustufen sein - wovon wohl auszugehen ist -, liegt es nahe, dass die Auftraggeber in Abstimmung mit den Auftragnehmern die Nachweiskontrolle gemäß § 28b Abs. 1, 3 IfSG bei deren Beschäftigten durchführen, wenn diese im Betrieb des Auftraggebers tätig sind.

Zudem könnten die Auftragnehmer auch ausdrücklich mit Einverständnis der Auftraggeber auf diese übertragen.

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

Mit freundlichen Grüßen

Ihr  - Team