

An die  
Geschäftsführungen und Personalleitungen  
unserer Mitgliedsunternehmen

24.11.2021  
Fe/Sc

RS 91-2021

## **Sonderrundschreiben:**

### **Corona: Rechtsfragen bei der Umsetzung der 3G-Regeln im Betrieb Anerkennungsfähige Testnachweise und unzulässige Testnachweise**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir informierten Sie bereits mit unserem heutigen Rundschreiben 90-2021 über die aktuelle Corona-Schutzverordnung und den seit heute geltenden Änderungen des Infektionsschutzgesetzes einschließlich der sog. 3G-Regel im Betrieb. Aufgrund der aktuellen Situation übersenden wir ein weiteres Rundschreiben, welches Rechtsfragen bei der Umsetzung der 3G-Regeln im Betrieb sowie Informationen über anererkennungsfähige Testnachweise und unzulässige Testnachweise beinhaltet.

#### **I. Vorlage und Hinterlegung von gültigen Impf- oder Genesenennachweisen**

Nach der 3G-Regelung müssen Arbeitgeber das sog. Betretungsverbot in Bezug auf ihre Beschäftigten täglich kontrollieren und die Kontrolle regelmäßig dokumentieren. Beschäftigte dürfen ihre Tätigkeit im Betrieb nur ausüben, wenn sie nachweisbar immunisiert sind (zur Testung s. Ziff. II) und dies durch einen Impf- oder Genesenennachweis belegen können. Diese Immunisierungsnachweise können sie bei der vom Arbeitgeber benannten Stelle im Unternehmen hinterlegen, so dass bei diesen Beschäftigten die tägliche Kontrolle der Nachweise bis zum Ende ihrer Gültigkeit (z. B.: bei Genesenen sechs Monate nach Ende der Coronaerkrankung) nicht mehr erforderlich ist.

#### **II. Täglicher Nachweis eines negativen Testergebnisses von nicht immunisierten Beschäftigten**

Diejenigen Beschäftigten, die nicht geimpft oder genesen sind, müssen täglich einen negativen Coronatest vorlegen (Antigenschnelltest bzw. PCR-Test). In den vergangenen Tagen wurden mehrfach Fragen zur Zulässigkeit einzelner Testnachweise gestellt.

In diesem Zusammenhang sind uns vor allem Fragen zu Testungen verschiedener Anbieter (u.a. von "Dr. Ansay AU - Schein GmbH" - vgl. hierzu <https://www.presseportal.de/pm/135847/5079006>. -

Weitere Anbieter sind z. B. unter [www.covidtestonline.de](http://www.covidtestonline.de) oder [www.onlineschnelltest.de](http://www.onlineschnelltest.de) zu finden), die im sog. Online-Verfahren oder unter Aufsicht von befreundeten oder verwandten Personen oder Vereinen Tests durchführen, gestellt worden. Es stellt sich daher die Frage, welche Testverfahren rechtswirksam sind und ob die ausstellenden Personen berechtigt sind, einen gültigen Testnachweis zu erstellen.

Die Frage der Zulässigkeit und Anerkennungsfähigkeit der Testnachweise ist insbesondere deshalb von Bedeutung, weil nur diejenigen Beschäftigten ihre Arbeit aufnehmen dürfen, die einen gültigen Immunisierungs- oder Testnachweis vorlegen. Falls Beschäftigte ohne Immunisierungsnachweis keinen rechtswirksamen und gültigen Test vorlegen, bieten sie nicht nur ihre Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß an, sondern dürfen auch nicht den Betrieb betreten. Falls der Testnachweis jedoch zulässig und gültig ist, dürfen Arbeitgeber den Beschäftigten den Zutritt zur Arbeitsstätte und die Aufnahme ihrer Tätigkeit nicht verweigern. Andernfalls sind diese Arbeitgeber der Geltendmachung etwaiger Entgeltansprüche aus Annahmeverzug dieser Beschäftigten ausgesetzt.

### III. Anerkennungsfähige Testverfahren

Welche Testungen anerkannt werden können, ergibt sich aus § 2 Nr. 7 a - c COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV) iVm § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung und §§ 1 ff. Corona-Test-und-Quarantäneverordnung NRW.

Nach der Corona-Test-und-Quarantäneverordnung NRW dürfen Testnachweise nur auf der Grundlage des Infektionsschutzgesetzes oder aufgrund anderer Rechtsvorschriften von hierfür ausdrücklich zugelassenen Personen, Teststellen, Testzentren oder Laboren ausgestellt werden. Das gilt insbesondere für Nachweise, die zur Vorlage im Rahmen der 3G-Regelungen genutzt werden sollen.

Welche Voraussetzungen ein Testnachweis erfüllen muss, regelt die Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung des Bundes (SchAusnahmV). Danach können 3G-gültige Testnachweise derzeit in drei verschiedenen Konstellationen ausgestellt werden (§ 2 Nr. 7 SchAusnahmV).

§ 2 Nr. 7 a - c Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung - SchAusnahmV lautet wie folgt:

*"Im Sinne dieser Verordnung ist ...*

*ein Testnachweis 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 zugrunde liegende 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*

- a) vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfindet, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist,*
- b) im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, erfolgt oder*
- c) von einem Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung vorgenommen oder überwacht wurde, ... "*

#### IV. Hinweise zur Zulässigkeit der Testverfahren durch das Bundesgesundheitsministerium

Das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) führt hierzu unter nachfolgendem Link <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/nationale-teststrategie/faq-covid-19-tests.html>):

u.a. Folgendes aus:

*"Nicht alle Testnachweise sind im Rahmen der gesetzlichen 3G-Konzepte gültig.*

*Welche Voraussetzungen ein Testnachweis erfüllen muss, regelt die Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung einheitlich für das gesamte Bundesgebiet. Danach können 3G-gültige Testnachweise derzeit in drei verschiedenen Konstellationen ausgestellt werden.*

##### **1. Testung durch Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung iVm § 2 Nr. 7 c SchAusnahmV**

*3G-fähige Testzertifikate werden vor allem durch Personen oder Einrichtungen ausgestellt, die zur Leistungserbringung nach der Coronavirus-Testverordnung berechtigt sind. Dazu zählen insbesondere Arztpraxen, Zahnarztpraxen, Apotheken, Teststellen von Rettungs- und Hilfsorganisationen, kommunal betriebene Teststellen sowie private Teststellen, die vom öffentlichen Gesundheitsdienst mit der Durchführung von Testungen beauftragt wurden.*

*In der Nähe befindliche Teststellen, die die Übermittlung von Schnelltest-Ergebnissen an die Corona-Warn-App (CWA) unterstützen, können über <https://map.schnelltestportal.de/> gefunden werden. Eine Vielzahl der berechtigten Teststellen erstellen auch EU-konforme digitale Testzertifikate, die in der CWA gespeichert werden können; die Nutzenden können dann ein digitales Testzertifikat für PCR- und Schnelltests anfordern, das im Falle eines negativen Testergebnisses ausgestellt wird. Sie können es in Ländern der Europäischen Union, sowie Island, Norwegen, Liechtenstein und der Schweiz dafür verwenden, um ein negatives Testergebnis offiziell nachzuweisen.*

##### **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.*

...

##### **2. Testung durch fachkundiges Personal im Rahmen der betrieblichen Testung (§ 2 Nr. 7 b SchAusnahmV)**

*Ein 3G-gültiger Testnachweis kann vom Arbeitgeber dann ausgestellt werden, wenn die zugrunde liegende Testung im Rahmen der betrieblichen Testung durch Personal erfolgt, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt. Es gilt ein Vier-Augen-Prinzip, d.h. **die Testung muss von einer dritten Person durchgeführt oder vor Ort überwacht werden**. Wenn Beschäftigte sich unbeaufsichtigt selbst testen, kann für diese Testung kein 3G-gültiger Testnachweis ausgestellt werden, auch wenn die sich selbst testende Person fachkundig ist.*

### **3. Testung vor Ort unter Aufsicht denjenigen, der der konkreten 3G-Maßnahme unterworfen ist (§ 2 Nr. 7 a SchAusnahmV)**

*Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, dass die Testung am Ort der 3G-Maßnahme unter Aufsicht desjenigen stattfindet, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist. Vor einem Restaurantbesuch kann beispielsweise ein Selbsttest unter Aufsicht eines Restaurantmitarbeiters durchgeführt werden und bei negativem Testergebnis das Restaurant besucht werden.*

*Zu beachten ist aber, dass ein solcher Testnachweis nur an dem Ort gilt, an dem die Testung beaufsichtigt wurde. Anders als in den anderen beiden Konstellationen darf kein Testnachweis ausgestellt werden, der für die nächsten 24 Stunden auch in anderen 3G-Kontexten verwendet werden kann."*

### **V. (Un)zulässigkeit von Online-Testverfahren**

Es bestehen erhebliche Zweifel daran, dass sog. Onlinetests (z. B. von Dr. Ansay) nach § 2 Nr. 7c SchAusnahmV zulässig sind. Allerdings ist die Rechtslage insoweit bisher nicht vollständig geklärt.

Nach Auffassung des BMG handelt es sich bei einer videoüberwachten Selbsttestung nicht um einen gültigen Testnachweis i. S. d. SchAusnahmV. Dies scheint das BMG sogar für die Fälle anzunehmen, in denen die Videoüberwachung durch einen Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 Coronavirus-Testverordnung (z. B. einen Arzt) erfolgt, sonst wäre dies in den Ausführungen des BMG sicher als Ausnahme erwähnt worden. Die Anbieter selbst behaupten natürlich das Gegenteil und verweisen auf entsprechende Rechtsgutachten.

Gemäß § 2 Nr. 7 lit c) SchAusnahmV können Nachweise von einem Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung erbracht werden, der die Testung vorgenommen oder überwacht hat. Danach sind zur Leistungserbringung auch Ärzte befugt. Aus diesem Grund dürfte es schwierig werden, die Gültigkeit der Tests, die durch Ärzte online überwacht werden, anzuzweifeln. Erforderlich ist aber auf jeden Fall ein durchgängiger Videochat, in dem sich der Arzt ein Bild vom Ergebnis des Tests macht. Ohne Videochat erstellte Nachweise sind nach unserer Einschätzung nicht zulässig. Leider gibt die Gesetzesbegründung aber keinen Aufschluss dazu. Ebenso liegen nach unserer Kenntnis bisher auch keine einschlägigen Gerichtsurteile zu dieser Frage vor.

Die Verlautbarungen des BMG können zwar einen Ansatzpunkt, aber keine Rechtssicherheit bieten. Die Problematik des Annahmeverzugsrisikos bei möglicherweise unberechtigter Ablehnung des Online-Zertifikats kann deshalb zurzeit nicht rechtssicher ausgeräumt werden. Soweit Arbeitgeber die wie oben beschriebene Online-Testverfahren, die unter ärztlicher Aufsicht durchgeführt werden, anerkennen und dokumentieren, dürften zumindest die Arbeitsschutzbehörden nicht zur Verhängung von Bußgeldern berechtigt sein.

### **VI. Unzulässigkeit von Testungen durch Dritte, die nicht als Teststelle zertifiziert sind**

Bei Durchführung von Testungen unter Aufsicht des geschulten Ehepartners oder von Freunden oder nicht zertifizierten Teststellen ist keine der drei in § 2 Nr. 7 SchAusnahmV genannten Möglichkeiten einschlägig. Sie werden weder als Schutzmaßnahme "3G im Betrieb" i. S. d. § 2 Nr. 7a SchAusnahmV unterworfen, noch als betriebliche Testung i. S. d. § 2 Nr. 7b SchAusnahmV durchgeführt. Auch die Vorschrift des § 2 Nr. 7c SchAusnahmV (Testung durch Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 der Coronavirus-Testverordnung) dürften im Regelfall hier nicht eingreifen. 3G-fähige Testzertifikate werden vor allem durch Personen oder Einrichtungen ausgestellt, die zur Leistungserbringung nach der Coronavirus-Testverordnung berechtigt sind. Dazu zählen insbesondere Arztpraxen, Zahnarztpraxen,

Apotheken, Teststellen von Rettungs- und Hilfsorganisationen, kommunal betriebene Teststellen sowie private Teststellen, die vom öffentlichen Gesundheitsdienst mit der Durchführung von Testungen **beauftragt** wurden (zu den Voraussetzungen der Beauftragung siehe auch Begründung zur Coronavirus-TestV unter folgendem Link:

[https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Coronaviruss/Verordnungen/CoronavirusTestV\\_Sept-2021\\_mit\\_Begrueundung.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronaviruss/Verordnungen/CoronavirusTestV_Sept-2021_mit_Begrueundung.pdf)).

Eine wie auch immer geartete Testung durch sonstige „zertifizierte Privatpersonen“ ist in der geltenden Rechtslage hingegen nicht angelegt. Es kommt in diesem Zusammenhang nicht darauf an, ob die entsprechenden Personen oder Organisationen geschult sind oder bestimmte Erfahrungen oder Kenntnisse besitzen, sondern allein darauf, dass sie nach der Coronavirus-Testverordnung gesetzlich legitimiert sind, entsprechende Testnachweise mit Wirkung nach außen erstellen zu dürfen.

## **VII. Unzulässigkeit von Tests unter eigener Aufsicht der Getesteten**

Schließlich führen Personen Tests zum Teil in Eigenregie durch und stellen sich anschließend selbst Testbescheinigungen aus, weil sie sich - z.B. in Online-Kursen selbst geschult haben. Anschließend legen sie den Arbeitgebern den von ihnen selbst ausgestellten Testnachweis aus und meinen damit, ihrer Nachweisverpflichtung gegenüber dem Arbeitgeber gerecht zu werden.

Dieses Testverfahren ist aus unserer Sicht unzulässig. Zum einen dürfte es sich bei den Getesteten nicht um Leistungserbringer im Sinne der Coronavirus-Testverordnung handeln, so dass eine Anerkennung nach § 2 Nr. 7 c SchAusnahmV im Regelfall ausscheidet. Zum anderen dürfte auch die Regelung gemäß § 2 Nr. 7 a SchAusnahmV nicht einschlägig sein. Zwar ist die getestete Person der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen. Bei dieser Regelung können aber nur bestimmte Einrichtungen wie z.B. Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen, Gaststätten-, Hotel- oder Kinobetreiber ihre Kunden, Patienten, Gäste etc., also andere Personen testen. Eine Testung in Eigenregie ist durch diese Regelung nicht intendiert und könnte auch nicht den Gesetzeszweck - Schutz vor Infektionen durch Testung und Überwachung durch Dritte - erreichen, weil ansonsten gerade bei Testungen in Eigenregie etwaigem Rechtsmissbrauch durch den Testenden Tor und Tür geöffnet würde.

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

Mit freundlichen Grüßen

Ihr  - Team