

Aktuelle dienst- und arbeitsrechtliche Maßnahmen durch die Corona-Pandemie

## 3G-, 3G-Plus-, 2G-Regelung: Was gilt für Beschäftigte des öffentlichen Dienstes an den Dienststellen?

### Änderung des Maskenschutzkonzepts für Behörden

Mit Schreiben vom 8. November 2021 hat das bayerische Finanzministerium über die aktuellen Regelungen für Beschäftigte Freistaates Bayern in Bezug auf 3G-, 3G-Plus- und 2G-Regelungen an den Dienststellen. Darüber hinaus wurde das Maskenschutzkonzept für Behörden abgeändert. Gesetzliche Grundlage hierfür ist die 14. Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (14. BayIfSMV).

#### Wann gilt die 3G-Regelung am Arbeitsplatz?

Bei Erreichen der **roten Stufe** (landesweit mehr als 600 belegte Intensivbetten mit Covidpatienten bzw. regional bei Überschreiten entsprechender Schwellenwerte) ist für Beschäftigte, die **während ihrer Arbeitszeit Kontakt zu anderen Personen** haben, der Zugang zu Betrieben mit **mehr als 10 Beschäftigten** im Hinblick auf geschlossene Räume nur möglich, wenn sie geimpft oder genesen sind oder wenn sie einen an mindestens zwei verschiedenen Tagen pro Woche unter Aufsicht durchgeführten **Selbsttest** vorlegen können.

#### Wann gilt die 3G-Plus-Regelung am Arbeitsplatz?

Bei **gelber Stufe** (Einweisung von landesweit mehr als 1.200 Covidpatienten in den vergangenen sieben Tagen in ein bayerisches Krankenhaus oder landesweit mehr als 450 belegte Intensivbetten mit Covidpatienten) sind **Einrichtungen/Betriebe, die unter § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 14. BayIfSMV** fallen, die bislang nach 3G-Regeln zugänglich sind, nur noch nach 3G plus zugänglich. **Beschäftigte, die nicht vollständig geimpft bzw. genesen sind, haben an mindestens zwei verschiedenen Tagen pro Woche einen PCR-Test vorzulegen.**

U.a. sind davon folgende Einrichtungen betroffen: Bayerische Verwaltung für staatliche Schlösser, Gärten und Seen, staatliche Theater und Museen.

Bei verpflichtendem 3G plus gelten im Gleichklang zu freiwilligem 3G plus die in § 3a Abs. 1 Satz 3 14. BayIfSMV vorgesehenen Erleichterungen; Personalobergrenzen entfallen, Maskenpflicht besteht auch dort nicht, wo der Mindestabstand von 1,5 Metern zu anderen Personen nicht sicher gewahrt werden kann.

Ausgenommen von der Neuregelung sind Hochschulen, außerschulische Bildungsangebote einschließlich der beruflichen Fort- und Weiterbildung, Bibliotheken und Archive. Insoweit bleibt es bei 3G.

#### Wann gilt die 2G-Regelung am Arbeitsplatz?

Bei **roter Stufe** (landesweit mehr als 600 belegte Intensivbetten mit Covidpatienten bzw. regional bei Überschreiten entsprechender Schwellenwerte) sind **Einrichtungen/Betrieben, die unter § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 14. BayIfSMV** fallen und die bislang nach 3G-Regeln zugänglich sind, nur noch nach 2G zugänglich. Beschäftigte, die nicht vollständig geimpft bzw. genesen sind, haben an mindestens zwei verschiedenen Tagen pro Woche **einen PCR-Test** vorzulegen.

U.a. sind davon folgende Einrichtungen betroffen: Bayerische Verwaltung für staatliche Schlösser, Gärten und Seen, staatliche Theater und Museen.

Ausgenommen hiervon sind Hochschulen, außerschulische Bildungsangebote einschließlich der beruflichen Fort- und Weiterbildung, Bibliotheken und Archive. Insoweit bleibt es bei 3G.

### **Wer trägt die Kosten für die Beschäftigtentestungen?**

Die Kosten für die Testungen nach der 14. BayIfSMV haben die Beschäftigten zu tragen, es sei denn,

- der Testpflicht kann mit Annahme der Testangebotspflicht nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung nachgekommen werden,
- es besteht die Möglichkeit eines kostenlosen Bürgertests oder
- es besteht die Möglichkeit einer kostenfreien Testung nach der Corona-Testverordnung (TestV).

Die **Beschäftigten haben auch die Kosten für PCR-Tests** zu tragen. Bei Beschäftigten, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen können, werden die diesbezüglichen Kosten vom Arbeitgeber/Dienstherrn übernommen.

Soweit die Vorgabe für 3G bzw. 3G plus **außerhalb der 14. BayIfSMV liegt**, indem der Arbeitgeber/Dienstherr gemäß dem Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung für Beschäftigte 3G vorgibt, obwohl die 14. BayIfSMV dies für die Einrichtung oder den Betrieb nicht fordert und auch nicht die Möglichkeit für ein freiwilliges 3G plus benennt, hat der **Arbeitgeber die Kosten für die Durchführung der Tests** zu tragen.

Die **Kosten für PCR-Tests anlässlich von Dienstreisen** können vom Arbeitgeber/Dienstherrn getragen werden, wenn das auswärtige Dienstgeschäft nur von einem Bediensteten wahrgenommen werden kann, für den aus medizinischen oder vergleichbar triftigen Gründen eine Impfung nicht zumutbar ist. In allen anderen Fällen müssen die Bediensteten die notwendigen Kosten selbst tragen.

Soweit für **dienstliche Veranstaltungen** aufgrund der Wahlmöglichkeit in der 14. BayIfSMV 2G gilt, können nur vollständig geimpfte und genesene Beschäftigte sowie Beschäftigte, die sich aus medizinischen Gründen nicht impfen lassen können, an der Veranstaltung teilnehmen. Letztere müssen einen PCR-Test vorlegen. Insoweit erscheint es vertretbar, dass der Arbeitgeber/Dienstherr in diesen Fällen die Kosten für die entsprechenden PCR-Tests trägt.

Soweit bei **Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen** 3G gilt, kann dies durch die vom Arbeitgeber/Dienstherrn nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung zur Verfügung zu stellenden Selbsttests erfüllt werden. Die Kosten für PCR-Tests anlässlich von freiwilligen Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen, für die 3G plus gilt, werden nicht übernommen. Sofern die Teilnahme an Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen, für die 3G plus gilt, ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers/Dienstherrn liegt, können die Kosten für einen PCR-Test übernommen werden.

### **Wie erfolgt der Testnachweis?**

Das Testnachweisverfahren für unter Aufsicht vorgenommene Selbsttests kann bei

- Beschäftigten mit **unmittelbarem Kundenkontakt** in Dienststellen, für die 3G gilt, bzw.
- Beschäftigten in Dienststellen mit mehr als **10 Beschäftigten**, die während der Arbeitszeit Kontakt zu anderen Personen haben können, bei **Erreichen der roten Stufe**,

durch die vom Arbeitgeber/Dienstherrn nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung zur Verfügung zu stellenden Selbsttests erfüllt werden.

Die Selbsttests sind **unter Aufsicht** durchzuführen. Es werden allerdings nur noch Selbsttests unter Aufsicht nach § 2 Nr. 7 Buchst. a) SchAusnahmV (ortsgebundene Testungen, die nur in der jeweiligen Dienststelle verwendet werden können) angeboten. Betriebliche Testungen nach § 2 Nr. 7 Buchst. b) SchAusnahmV werden nicht mehr angeboten; die vom StMGP kürzlich mitgeteilten geänderten Anforderungen an die aufsichtführende Person können im staatlichen Bereich in aller Regel nicht erfüllt werden.

**Vom Ergebnis des Tests ist ein Testat zu erstellen.** Hierfür hat das Finanzministerium ein Muster herausgegeben (siehe Anlage).

Die nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung auch zulässigen Selbsttests durch Beschäftigte genügen den Anforderungen der 14. BayIfSMV nicht!

Die Organisation der Testungen vor Ort erfolgt in den jeweiligen Dienststellen/Betrieben.

### **Was sind die arbeits-/dienstrechtliche Konsequenzen bei Nichtvorlage der Nachweise?**

Soweit Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer **keinen Impf-, Genesenen- oder Testnachweis vorlegen, ist das Entgelt entsprechend zu kürzen.** Im Arbeitsverhältnis gilt grundsätzlich „ohne Arbeit kein Lohn“, es sei denn es liegt ein Fall des § 615 Satz 1 oder 3 BGB vor (Annahmeverzug oder Betriebsrisiko des Arbeitgebers). Im Fall der Nichtvorlage eines Impf-, Genesenen- oder Testnachweises dürfte kein Fall von § 615 Satz 1 oder 3 BGB vorliegen. Für Annahmeverzug (§ 615 Satz 1 BGB) fehlt es an einem vertragsgemäßen Leistungsangebot der Arbeitnehmerin/des Arbeitnehmers. Dies dürfte in besonderem Maße gelten, soweit die Testpflicht – wie hier – auf einer öffentlich-rechtlichen Vorgabe und nicht auf einer arbeitgeberseitigen Entscheidung beruht.

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses stellt stets das letzte der verfügbaren Mittel dar und könnte daher nur im Einzelfall nach einer umfassenden Interessensabwägung und vorheriger Abmahnung in Betracht kommen.

Bei **Beamten und Beamtinnen** kann eine (unberechtigte) Testverweigerung **eine Dienstpflichtverletzung** i. S. d. § 47 BeamStG darstellen und damit dienstrechtliche Folgen haben.

Einer gesonderten dienstlichen Anordnung der Testpflicht bedarf es hierfür nicht. Dies ergibt sich daraus, dass die Einhaltung (unter-)gesetzlicher Vorschriften (also bspw. auch der 14. BayIfSMV) allein wegen der Bindung der staatlichen Gewalt an Gesetz und Recht gemäß Art. 20 Abs. 3 GG Teil der Dienstpflichten von Beamten und Beamtinnen ist.

Außerdem sind Beamte und Beamtinnen einfachgesetzlich verpflichtet, die persönlichen Voraussetzungen herzustellen, die sie zur Erfüllung ihrer gemäß § 34 BeamStG bestehenden Dienstleistungspflicht benötigen.

### **Besteht ein Fragerecht des Arbeitgebers/Dienstherrn nach dem Impf- bzw. Genesungsstatus?**

Ein Fragerecht des Arbeitgebers nach dem Impfstatus von Beschäftigten besteht **nur in den gesetzlich ausdrücklich genannten Fällen** gemäß §§ 23a und § 36 Abs. 3 IfSG. Eine vorherige Einwilligung kann eine Datenverarbeitung grundsätzlich rechtfertigen. Aufgrund des im Arbeitsverhältnis bestehenden Abhängigkeitsverhältnisses ist das Erfordernis der Freiwilligkeit aber stets sorgfältig zu prüfen (§ 26 Abs. 3 Satz 2, Abs. 2 BDSG). Gibt die/der Beschäftigte den Impfstatus ohne Zwang und Sorge um Nachteile freiwillig an, etwa um sich von einer gesetzlich geregelten Pflicht zur Testung zu befreien, ist der Arbeitgeber berechtigt, den Impfstatus zu erheben. Letztlich ist es die Entscheidung der jeweils betroffenen

Person, ob die Nachweiserfordernisse der 3G-Regel durch Vorlage eines Impf- oder Genesenennachweises oder durch Vorlage der Testnachweise erfüllt werden. Diese Freiwilligkeit darf nicht durch den Arbeitgeber untergraben werden. Bei der Beurteilung der Freiwilligkeit ist insbesondere Art. 26 Abs. 2 Satz 2 BDSG zu berücksichtigen. Vorstehende Ausführungen gelten für den Beamtenbereich entsprechend.

### **Erfolgt eine Dokumentation des Impf- bzw. Genesenenstatus?**

Bei der Überprüfung von 3G, 2G, 3G plus gilt grundsätzlich, dass für die Überprüfung der Nachweise (mitsamt Nachweis für die Identitätskontrolle) **eine Sichtkontrolle** des Anbieters, Veranstalters oder Betreibers genügt. **Die Anfertigung einer Kopie und das Speichern des Nachweises sind nicht gefordert und somit in aller Regel auch unzulässig.**

Soweit ausschließlich aus Praktikabilitätsgründen (bspw. um einen schnelleren Zugang zum Betriebsgelände zu ermöglichen) eine Speicherung insbesondere des Impf- bzw. Genesenennachweises bzw. -datensparsamer - ausschließlich des Umstandes, dass eine Person von der Testpflicht befreit ist, weil sie entweder genesen oder geimpft ist, erfolgen soll, kann dies **nur auf Grundlage einer Einwilligung** geschehen, die auch im Arbeitsverhältnis aus Praktikabilitätsgründungen im Interesse beider Arbeitsvertragsparteien ausnahmsweise grundsätzlich denkbar erscheint. Bei der Beurteilung der Freiwilligkeit ist insbesondere Art. 26 Abs. 2 Satz 2 BDSG zu berücksichtigen.

**Eine Pflicht zur Dokumentation dieser Überprüfung sieht die 14. BayIfSMV nicht vor.** § 3 Abs. 1 Satz 2 der 14. BayIfSMV regelt (nur) die Pflicht des Anbieters, Veranstalters und Betreibers zur zweiwöchigen Aufbewahrung der eigenen Testnachweise sowie zur Überprüfung der vorzulegenden Impf-, Genesenen- oder Testnachweise.

Vorstehende Ausführungen gelten für den Beamtenbereich entsprechend.

### **Welche Änderung ergeben sich für das Maskenschutzkonzept für Behörden?**

Das mit FMS vom 10. September 2021 übermittelte Maskenschutzkonzept für Behörden gilt mit der Maßgabe, dass sich bei einer festgestellten landesweit erhöhten Krankenhauseinweisung oder Intensivbettenbelegung, einer landesweit stark erhöhten Intensivbettenbelegung oder bei einer regional erhöhten Belastung gemäß geltender Bayerischer Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, **der Begriff „Maske“ auf eine FFP2- oder eine gleichwertige Maske bezieht.**

Das Schreiben des Staatsministeriums der Finanzen und für Heimat vom 29. Oktober 2021 ist hiermit als gegenstandslos zu betrachten.

### **Anlage**

FMS vom 8. November 2021

Muster-Testat zur Bescheinigung eines negativen Antigen-Selbsttests