

Aktuelle dienst- und arbeitsrechtliche Maßnahmen durch die Corona-Pandemie

## Arbeitgeber/Dienstherr muss Homeoffice anbieten

## Testpflicht für Beschäftigten, die nicht vollständig geimpft bzw. genesen sind

Die Ausführungen im Schreiben des Finanzministeriums vom 8. November 2021 wurden umfassend geändert. Dieses ist als Gegenstandlos zu betrachten, entsprechendes gilt für das BBB-Info vom 10. November 2021. Durch das Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22. November 2021 (BGBl. I. S. 4906) und die Fünfzehnte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (15. BayIfSMV) ergibt sich für die Beschäftigten des Freistaates Bayern eine Reihe von Änderungen.

### Homeoffice-Angebot durch den Dienstherrn und Pflicht zur Annahme

Der Arbeitgeber/Dienstherr hat den Beschäftigten im Fall von Büroarbeit oder vergleichbaren Tätigkeiten anzubieten, diese **Tätigkeiten in deren Wohnung auszuführen**, wenn keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die **Beschäftigten haben dieses Angebot anzunehmen**, soweit ihrerseits keine Gründe entgegenstehen.

Gegen die Annahme können insbesondere folgende Gründe sprechen

- Räumliche Enge (z. B. kleine Wohnung, kein gesondertes Arbeitszimmer oder gesonderter Arbeitsbereich),
- Störungen durch Dritte,
- Datenschutz kann nicht sichergestellt werden (z. B. wenn eine weitere Person in der Wohnung anwesend ist),
- Arbeiten mit Handakten in Papierform,
- unzureichende technische Ausstattung der Wohnung (z. B. kein Internet-Anschluss oder zu geringe Bandbreitenverfügbarkeit).

Der Freistaat Bayern kommt der Verpflichtung zum Angebot eines Homeoffice-Platzes durch die ergangenen FM-Schreiben über dienst- und arbeitsrechtliche Maßnahmen wegen der Corona-Pandemie (zuletzt Corona-Gesamt-FMS vom 5. November 2021). **Vor diesem Hintergrund ist ein aktives Anbieten von Homeoffice durch den Arbeitgeber/Dienstherrn bereits erfolgt.**

Die Ressorts werden gebeten, die **Beschäftigten über die Neuregelung zu informieren** und diese zu ersuchen, das Angebot von Homeoffice anzunehmen. Sollten Beschäftigte dieses Angebot trotz Aufforderung (z. B. im Rahmen einer Hausmitteilung) nicht annehmen, wird davon ausgegangen, dass entgegenstehende Gründe vorliegen. Der Arbeitgeber/Dienstherr kann eine Erklärung verlangen, aus welchen Gründen das Arbeiten von zu Hause aus nicht möglich ist.

### **3G-Regelungen gilt an allen Arbeitsstätten**

In Arbeitsstätten (= Dienststellen/Behörden) gilt **unabhängig von der Größe der Arbeitsstätte 3G**. Beschäftigte dürfen Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten, wenn sie **geimpft, genesen oder getestet sind und einen Impf-, Genesen- oder Testnachweis** mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei ihrem Arbeitgeber hinterlegt haben. Den Beschäftigten ist allerdings ein Betreten der Arbeitsstätte erlaubt, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers/Dienstherrn im Sinne des § 4 Abs. 1 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung wahrzunehmen.

**Wichtig: Die Beschäftigten, die nicht vollständig geimpft oder genesen sind, müssen täglich einen Testnachweis vorlegen.**

Der Arbeitgeber/Dienstherr hat seine Beschäftigten bei Bedarf in barrierefrei zugänglicher Form über die betrieblichen Zugangsregelungen zu informieren.

### **Was bedeutet die 2G-Plus bzw. 2G-Regelung für Beschäftigte?**

Soweit für Einrichtungen/Betriebe nach der 15. BayIfSMV für **Besucher 2G plus** gilt, haben Beschäftigte, die sind und **Kundenkontakt haben**, an mindestens **zwei verschiedenen Tagen in der Woche einen PCR-Test** vorzulegen. Für den Zugang zu Hochschulen, Bibliotheken, Archiven und zur beruflichen Aus-, Fort- und Weiterbildung, soweit nicht der regionale Hotspot-Lockdown greift, gilt für Besucher 2G. Beschäftigte, die nicht vollständig geimpft oder genesen sind, haben an mindestens zwei verschiedenen Tagen in der Woche einen PCR-Test vorzulegen.

### **Ausnahmen des Testnachweises**

Das Testnachweisverfahren gilt, wie bisher auch, nicht, wenn Beschäftigte des Freistaates Bayern, die aus beruflichen/dienstlichen Gründen eine Einrichtung, für die 3G/2G/2G plus gilt, betreten, ohne zu der Einrichtung in einem – im weiteren Sinne – Beschäftigungsverhältnis zu stehen, wie etwa **Angehörige der Polizei oder von anderen Behörden** (z. B. Gewerbeaufsichtsämter) oder Organisationen mit Sicherheitsaufgaben.

### **Kostentragung der Beschäftigtentestungen**

Die Kosten für die Testungen nach dem IfSG bzw. der 15. 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).

Soweit für Arbeitsstätten nach dem IfSG 3G gilt, können somit **pro Woche mindestens zwei Nachweise unter Verwendung der vom Arbeitgeber nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung zur Verfügung zu stellenden Tests** (Selbsttests unter Aufsicht nach § 2 Nr. 7 Buchst. a) SchAusnahmV), im Übrigen über die **kostenlosen Bürgertestungen** erbracht werden.

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

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.

#### **Keine Anrechnung der Zeit, die für Testungen aufgewendet werden, auf die Arbeitszeit**

Unter Aufsicht in den Dienststellen/Behörden, Bürgertestungen, soweit für den Zugang zur Arbeitsstätte erforderlich, und PCR-Tests **müssen außerhalb der Arbeitszeit durchgeführt werden**, es sei denn die/der Beschäftigte kann nach ärztlicher Bescheinigung aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden.

#### **Anforderung an den Testnachweis**

Soweit das Testnachweisverfahren durch die vom Arbeitgeber/Dienstherrn nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung zur Verfügung zu stellenden Selbsttests erbracht wird, sind diese **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. Es ist **ein Testat nach anliegendem Muster** zu erstellen (siehe Anlage).

Die nach der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung auch zulässigen Selbsttests durch Beschäftigte genügen den Anforderungen der 15. BayIfSMV nicht!

**Das Mitbringen auf eigene Kosten beschaffter Selbsttests, die dann in der Dienststelle unter Aufsicht durchgeführt werden, ist nicht gestattet!**

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 BeamtStG 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?**

Der Arbeitgeber/Dienstherr hat die Einhaltung der Verpflichtung nach dem IfSG durch Nachweiskontrollen **täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren**. Die Beschäftigten sind verpflichtet, einen entsprechenden Nachweis auf Verlangen vorzulegen. Der Arbeitgeber darf zur Erfüllung dieser Verpflichtung personenbezogene Daten sowie Daten zum Impf-, Sero- oder Teststatus in Bezug auf die Corona-Krankheit 2019 (COVID 19) verarbeiten. Die Daten dürfen auch zur Anpassung der betrieblichen Hygienekonzepte auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß §§ 5,6 ArbSchG verwendet werden, soweit dies erforderlich ist. Vorstehende Ausführungen gelten für den Beamtenbereich entsprechend.

### **Anlage**

FMS vom 25. November 2021

Muster-Testat zur Bescheinigung eines negativen Antigen-Selbsttests