



Bayerisches Staatsministerium der Finanzen und für Heimat
Postfach 22 15 55 · 80505 München

Nur per E-Mail!

Bayer. Staatskanzlei

Bayer. Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration

Bayer. Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr

Bayer. Staatsministerium der Justiz

Bayer. Staatsministerium für Unterricht und Kultus

Bayer. Staatsministerium für Wissenschaft und Kunst

Bayer. Staatsministerium für Wirtschaft, Landesentwicklung und Energie

Bayer. Staatsministerium für Umwelt und Verbraucherschutz

Bayer. Staatsministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten

Bayer. Staatsministerium für Familie, Arbeit und Soziales

Bayer. Staatsministerium für Gesundheit und Pflege

Bayer. Staatsministerium für Digitales

nachrichtlich:

Bayer. Oberster Rechnungshof

Bayer. Landtag, Landtagsamt

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom

Bitte bei Antwort angeben
Unser Zeichen, Unsere Nachricht vom
25 – P 2506-1/95

München, 24. November 2021

Durchwahl: 089 2306-2581

Telefax: 089 2306-2817

Name: Frau Ewinger

**Testung von Beschäftigten auf das Coronavirus SARS-CoV-2, die nicht
vollständig geimpft bzw. genesen sind
Homeoffice für Beschäftigte
Maskenschutzkonzept für Behörden**

Anlagen: Muster für ein Testat

Sehr geehrte Damen und Herren,

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 gegenüber den Ausführungen im Schreiben des Staatsministeriums der Finanzen und für Heimat vom 8. November 2021, GZ: 25 – P 2506 – 1/95. Aus Gründen der Übersichtlichkeit erfolgt eine Neufassung; das Schreiben vom 8. November 2021 ist hiermit als gegenstandslos zu betrachten.

Im Einzelnen wird auf Folgendes hingewiesen:

Homeoffice:

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**.

Der Freistaat Bayern kommt der Verpflichtung zum Angebot eines Homeoffice-Platzes nach. Durch die ergangenen FM-Schreiben über dienst- und arbeitsrechtliche Maßnahmen wegen der Corona-Pandemie (zuletzt Corona-Gesamt-FMS 5. November 2021) wurde **den Beschäftigten die generelle Möglichkeit zur Inanspruchnahme von Homeoffice eröffnet**. Der **Freistaat Bayern erfüllt damit die Verpflichtung zum Angebot eines Home-Office-Platzes**. Aufgrund der öffentlichen Verteilung dieser Information ist davon auszugehen, dass den Beschäftigten das Homeoffice-Angebot hinreichend bekannt ist. Vor diesem Hintergrund ist ein aktives Anbieten von Home-Office durch den Arbeitgeber/Dienstherrn bereits erfolgt.

Die **Beschäftigten müssen dieses Angebot nun auch wieder annehmen**, wenn sie **nicht ihrerseits Gründe dagegen anführen können**. Gegen die Annahme des Angebots auf einen Homeoffice-Arbeitsplatz 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).

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.

Zugangsbeschränkungen bei 3G, 2G plus und 2G:

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-, Genesenen- oder Testnachweis mit sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei ihrem Arbeitgeber hinterlegt haben. Den **Beschäftigten** ist allerdings ein **Betretten 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.

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

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

Soweit für Einrichtungen/Betriebe nach der 15. BayIfSMV für Besucher **2G plus** gilt, haben Beschäftigte, die nicht vollständig geimpft oder genesen 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**.

Das Testnachweisverfahren gilt, wie bisher, **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.

Anrechnung der Zeit, die für Testungen aufgewendet werden, auf die Arbeitszeit:

Testungen 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.

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 Frage der Organisation der Zugangskontrolle und der Testungen in den Dienststellen/Betrieben kann nur vor Ort entschieden werden. Insoweit können keine allgemeinen Vorgaben gemacht werden.

Arbeits-/dienstrechtliche Konsequenzen bei Nichtvorlage der Nachweise:

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-, Genesen- 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.

Soweit Arbeitnehmerinnen/Arbeitnehmer keinen Impf-, Genesenen- oder Testnachweis vorlegen, ist das Entgelt entsprechend zu kürzen.

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. Dabei wird zu prüfen sein, ob für den Fall einer erfolgten Abmahnung wegen Testverweigerung im jeweiligen Einzelfall eine negative Zukunftsprognose möglich ist, dass eine zukünftige Testbereitschaft des Arbeitnehmers ausgeschlossen erscheint.

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 des IfSG bzw. der 15. 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 BeamtStG bestehenden Dienstleistungspflicht benötigen.

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. 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.

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.

Maskenschutzkonzept für Behörden:

Hinsichtlich der Anpassung des Maskenschutzkonzepts für Behörden ergeht in Kürze ein gesondertes Schreiben. Es wird allerdings bereits jetzt darauf hingewiesen, dass die FFP2-Maske Standard ist.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Dr. Nicole Lang

Ministerialdirigentin