

ABDRUCK

Bayerisches Staatsministerium
der Finanzen und für Heimat



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, 8. November 2021

Durchwahl: 089 2306-2581

Telefax: 089 2306-2817

Name: Frau Ewinger

Testung von Beschäftigten in Bezug auf den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2, die nicht vollständig geimpft bzw. genesen sind, arbeits-/dienstrechtliche Konsequenzen bei Nichtvorlage von Testnachweisen/bei Testverweigerung, Fragerecht des Arbeitgebers/Dienstherrn nach dem Impf-/Genesungsstatus

Maskenschutzkonzept für Behörden

Dienstgebäude München
Odeonsplatz 4, 80539 München
Telefon 089 2306-0
Öffentliche Verkehrsmittel
U 3, U 4, U 5, U 6 Odeonsplatz

Dienstgebäude Nürnberg
Bankgasse 9, 90402 Nürnberg
Telefon 0911 9823-0
Öffentliche Verkehrsmittel
U 1 Nürnberg/Lorenzkirche

E-Mail
poststelle@stmfh.bayern.de
Internet
www.stmfh.bayern.de

Anlage: Muster für Testat

Sehr geehrte Damen und Herren,

Die 14. BayIfSMV wurde ab 6. November 2021 wie folgt geändert:

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 bislang nach 3G-Regeln zugänglich sind, nur noch nach 3G plus zugänglich, d. h. **Beschäftigte, die nicht vollständig geimpft bzw. genesen sind**, haben an **mindestens zwei verschiedenen Tagen pro Woche** einen **PCR-Test** vorzulegen. 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.

Bei **roter Stufe** (landesweit mehr als 600 belegte Intensivbetten mit Covidpatienten bzw. regional bei Überschreiten entsprechender Schwellenwerte) sind Einrichtungen/Betrieben, 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. **Ausgenommen** hiervon sind Hochschulen, außerschulische Bildungsangebote einschließlich der beruflichen Fort- und Weiterbildung, Bibliotheken und Archive. Insoweit bleibt es bei 3G.

Zudem haben **Beschäftigte, die nicht vollständig geimpft bzw. genesen sind und während ihrer Arbeitszeit Kontakt zu anderen Personen haben können im Hinblick auf geschlossene Räume**, bei Erreichen der **roten Stufe** Zugang zu Betrieben mit mehr als 10 Beschäftigten nur, wenn sie **an mindestens zwei verschiedenen Tagen pro Woche mindestens einen unter Aufsicht durchgeführten Selbsttest vorlegen**. Davon umfasst ist auch die Verwaltung.

Die übrigen Regelungen bleiben **unverändert**. Seit 19. Oktober 2021 müssen in **allen Bereichen von 3G/3G plus** auch die Betreiber, **Beschäftigten** und Ehrenamtlichen mit **unmittelbarem Kundenkontakt** die dort jeweils geltenden Impf-, Genesenen- oder Testvoraussetzungen erfüllen. Sie müssen **jedoch lediglich an mindestens zwei verschiedenen Tagen pro Woche über einen Testnachweis verfügen**. Das Testnachweisverfahren gilt **nicht**, wenn **Beschäftigte des Freistaates Bayern, die aus beruflichen/dienstlichen Gründen eine Einrichtung, für die 3G/2G/3G 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 als Überwachungs- oder Eingriffsbehörden, Finanzämter – Steuerfahndung, Betriebsprüfung) oder Organisationen mit Sicherheitsaufgaben**.

Hierzu ergehen folgende Hinweise:

Kostentragung der 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.

Anforderung an den 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-Arbeitschutzverordnung 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. Es ist ein Testat nach anliegendem Muster zu erstellen.

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

Die Frage der Organisation 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-, 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.

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 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 BeamtStG bestehenden Dienstleistungspflicht benötigen.

Fragerecht des Arbeitgebers/Dienstherrn nach dem Impf- bzw. Genesungsstatus/Dokumentation des 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 Genesennachweises 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:

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. Genesennachweises 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 Praktikabilitätsabwägungen 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.

Änderung Maskenschutzkonzept für Behörden:

Das mit Schreiben des StMFH vom 10. September 2021, GZ: 25 – P 2506 – 4/9, 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 Be-

lastung 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, GZ: 25 – P 2506- 1/95, ist hiermit als gegenstandlos zu betrachten.

Mit freundlichen Grüßen

gez. Dr. Nicole Lang

Ministerialdirigentin

Bescheinigung über das Vorliegen eines negativen Antigen-Selbsttests zum Nachweis des SARS-CoV-2 Virus nach § 2 Nr. 7 Buchst. a) SchAusnahmV

Der Test wurde unter Aufsicht durchgeführt. Das Testat ist ortsgebunden und kann nur innerhalb der Dienststelle/dem Betrieb verwendet werden.

getestete Person:

.....
Name, Vorname

.....
Geburtsdatum

Coronavirus Antigen-Selbsttest

Test:
Name des Tests

Hersteller:
Herstellername

Testdatum/Uhrzeit:

Testergebnis: negativ

.....
Datum Unterschrift
(ausstellende Behörde, ggf. Behördenstempel)