

Corona-Schnelltests in Unternehmen

Die Autoren haben in AuA 4/20, S. 200 ff. die Grundzüge des Pandemie-Arbeitsrechts dargestellt. Dabei wurde auch eine Pandemie-Betriebsvereinbarung empfohlen, die in AuA 1/21, S. 20 ff. vorgestellt wurde. Aktuell rückt die betriebliche Testpflicht in den Fokus, die hier näher beleuchtet werden soll aus Sicht von Inhouse Labour Lawyern, die viral zu Seuchenrechtlern mutierten. Viele Antigen-Schnelltest-Produkte dürfen erst nach Zulassung am 16.3.2021 von Unternehmen genutzt werden. Laut Umfrage machen zzt. ca. 61 % der Arbeitgeber Testangebote, die ca. 20–40 % der Beschäftigten auch real nutzen.

GRUNDLAGE UND HINTERGRUND

Zur Bekämpfung der Pandemie in den Unternehmen und Betrieben hat sich die Exekutive jetzt nach

- den Schutzmasken, wobei die Entwicklung zunächst von den Alltagsmasken/Mund-Nase-Bedeckungen zu medizinischen Masken ging (ArbG Siegburg, Urt. v. 16.12.2020 – 4 Ga 18/20, NZA-RR 2021, S. 129; Bayer/Gsellhofer, ArbR Aktuell 2020, S. 585; Moritz/Felz/Schulze, COVuR 2020, S. 684),
- der Homeoffice-Angebotspflicht des Arbeitgebers nach § 2 Abs. 4 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Maiß/Hützen, AuA 12/20, S. 696 ff.; Gloistein, AuA 3/21, S. 14 ff.; Fuhlrott/Oltmanns, ArbR Aktuell 2021, S. 64; Stück/Salo, AuA 4/21, S. 20 ff.:

BV-Muster), wobei hier von einer grundsätzlichen Annahme-/Folgepflicht des Arbeitnehmers auszugehen ist (Fuhlrott/Fischer, NZA 2020, S. 350; Stück, CCZ 2020, S. 206; VG Berlin, Urt. v. 14.4.2020 – VG 28 L 119/20), die jetzt auch durch den neuen § 28b IfSG geregelt werden soll und

- dem freiwilligen Impfen (Seidel/Ahnefeld, AuA 3/21, S. 24 ff.; Naber/Schulte, NZA 2021, S. 81; Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, S. 657)
- das betriebliche Testen vorgenommen, auch wenn man das Virus laut RKI nicht „wegtesten kann“.

Angesichts einer anrollenden dritten Welle des mutieren, gefährlicheren Virus B.1.1.7. und einem schleppen der Impfen, soll ein verstärktes Testen – auch in den Unternehmen – die Infektionsdynamik brechen, sodass sich eine Ausweitung abzeichnet. Die 2. Corona-Arbeitsschutzverordnung ist mit Wirkung ab 20.4.2021 in § 5 um eine Testregelung ergänzt worden (BAnz AT 15.4.2021 V1), womit der Bund von seiner Gesetzgebung Gebrauch macht (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12; 72 GG; § 18 Abs. 3 ArbSchG), die u. E. Landesrecht verdrängt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.3.2021 – 2 BvF 1/20; 2 BvL 5/20; 2 BvL 4/20: Mieten-deckel Berlin nichtig). Aktuell steht die 3. Corona-Arbeitsschutzverordnung kurz vor der Verkündung. Im Übrigen gelten weiterhin die bekannten Maßnahmen wie Abstandsregelungen, das Tragen von medizinischen Masken sowie zusätzliche Hygienemaßnahmen. Zudem müssen die Arbeitsräume regelmäßig gelüftet werden, zehn Quadratmeter pro Person zur Verfügung stehen, wenn die Tätigkeit dies zulässt, und in Betrieben ab zehn Beschäftigten möglichst kleine und feste Arbeitsgruppen gebildet werden. Diese Regelungen galten vorerst bis zum 30.4.2021, die bis zum 30.6.2021 verlängert wurden. Im MPK-Beschluss vom 22.3.2021 heißt es zu betrieblichen Schnelltests: „Angesichts der steigenden Infektionszahlen ist eine zügige Umsetzung der Testangebote in allen Unternehmen in Deutschland notwendig. Die Tests sollen den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, so sie nicht im Homeoffice arbeiten, mindestens einmal und bei entsprechender Verfügbarkeit zweimal pro Woche angeboten und auch bescheinigt werden. Anfang April werden die Wirtschaftsverbände einen ersten Umsetzungsbericht vorlegen, wie viele Unternehmen sich beteiligen. Auf dieser Grundlage und auf der Grundlage eines eigenen Monitorings wird die Bundesregie-

rung bewerten, ob regulatorischer Handlungsbedarf in der Arbeitsschutzverordnung besteht.“ Insbesondere in Betrieben, in denen Homeoffice keine Alternative ist (z. B. Produktionsbetriebe) oder in denen die Beschäftigten Kundenkontakt haben (z. B. Einzelhandel), könnten Corona-Schnelltests eine Lösung sein.

RECHTSGRUNDLAGE EINER TESTPFLICHT IM UNTERNEHMEN

Aktuell gibt es öffentlich-rechtliche Testangebotspflichten für Unternehmen an Beschäftigte, die nicht ausschließlich im Homeoffice arbeiten.

Derartigen exekutiven Anordnungen müssen Arbeitnehmer auch nach §§ 618, 241 Abs. 2 BGB; § 16 ArbSchG arbeitsvertraglich Folge leisten (ErfK/Wank, ArbSchG § 16 Rz. 3). Bei den anderen Tätigkeiten ist das Testen für Arbeitnehmer hingegen freiwillig. Der VGH München (Beschl. v. 2.3.2021 – 20 NE 21.353) hat die Pflicht zu engmaschigen Corona-Tests für Beschäftigte in Pflege- und Altenheimen (3× pro Woche) vorläufig außer Vollzug gesetzt – sie könne nicht mit §§ 29, 31 Satz 1 IfSG gerechtfertigt werden. Die §§ 28 und § 28a IfSG richten sich an die zuständigen Behörden und nicht an private Arbeitgeber und deren Beschäftigte. Die Regelung des § 28a IfSG sieht auch nicht eine unmittelbare Testpflicht vor, was aufgrund der Wesentlichkeitstheorie und des Bestimmtheitsgrundsatzes aber geboten wäre.

Arbeitsrechtlich könnte sich u. E. ein betriebliches Testen auf das Direktionsrecht (§ 106 Satz 2 GewO; § 315 BGB) i. V. m. den Arbeitsschutz-/Fürsorgepflichten des Arbeitgebers (§ 618 BGB; §§ 3 Abs. 1 Satz 1, 5 ArbSchG; ArbG Offenbach, Urt. v. 3.2.2021 – 4 Ga 1/21) sowie

ÖFFENTLICH-RECHTLICHE TESTANGEBOTSPFLICHTEN FÜR UNTERNEHMEN

	Sachsen	Berlin	Brandenburg	Bundesweit
Grundlage	§ 3a SächsCoronaSchVO v. 5.3.2021	§ 6a Zweite SARS-CoV-2-InfektionsschutzmaßnahmenVO i. d. F. v. 1.4.2021	§ 3 Abs. 4 Siebte SARS-CoV-2-EindVO i. d. F. v. 30.3.2021	§ 5 SARS-CoV-2-ArbSchVO (VO)
Testangebotspflicht Unternehmen	Ja, 1× pro Woche, soweit ausreichend Tests zur Verfügung stehen und deren Beschaffung zumutbar ist	Ja, 2× pro Woche, soweit ausreichend Tests zur Verfügung stehen und deren Beschaffung zumutbar ist	Ja, 1× pro Woche	2. VO (ab 20.4.2021): Ja, 1× pro Woche alle nicht ausschließlich Homeoffice-Beschäftigten 2× pro Woche bei: • Gemeinschaftsunterkunft • körpernahen Dienstleistungen • direktem, häufigem Kontakt mit anderen Personen 3. VO: Generell 2× pro Woche
Kostenträger	Arbeitgeber	Arbeitgeber	Arbeitgeber	Arbeitgeber
Testbeteiligungs-pflicht Arbeitnehmer/Testzwang	Kundendienst/ direkter Kundenkontakt	Kundendienst/ direkter Kundenkontakt	Gesundheits-/ Pflegebereich	Nein, Arbeitsschutz zur freien Disposition des Arbeitnehmers
Bescheinigung/ Nachweise für Arbeitnehmer	Ja	Ja, auf Wunsch des Arbeitnehmers	Nein	Nachweise Beschaffung Test (Bestell-/Lieferscheine) oder Vereinbarung mit Dritten über Testdurchführung (z. B. Testcenter, Apotheke) – keine persönlichen Daten
Aufbewahrungsfrist	4 Wochen	4 Wochen	Keine Regelung	4 Wochen (2. VO) Bis 30.6.2021 (3. VO)

**FEEDBACK**

Hat Ihnen der Beitrag gefallen? Sagen Sie uns Ihre Meinung! Alle Infos auf www.auplus.de

den Nebenpflichten des Arbeitnehmers (§ 241 Abs. 2 BGB) stützen, die zumutbare Mitwirkungs-/Duldungspflichten begründen können (vgl. § 15 f. ArbSchG; BAG, Urt. v. 20.6.2013 – 2 AZR 546/12, Rz. 28, NJW 2014, S. 720; Stück/Wein, AuA 4/20, S. 202 ff.). Wenn für die Durchführung des Tests ein Abstrich von Nasen-/Rachenschleimhaut oder eine Speichelprobe vom Betroffenen selbst bzw. durch geschultes Personal genommen wird, handelt es sich zwar um einen medizinischen Eingriff in die körperliche Integrität (Art. 2 Abs. 1; 1 GG), der jedoch minimal invasiv, von sehr kurzer Dauer ist, bei dem objektiv keine ernstesten Nebenwirkungen zu befürchten sind und der vom RKI empfohlen ist (ArbG Offenbach, Urt. v. 3.2.2021 – 4 Ga 1/21). Er dient einem legitimen Zweck, nämlich Gesundheitsschutz, Fürsorgepflicht und Aufrechterhaltung des Betriebs in der Pandemie und ist als geeignet, erforderlich und angemessen für die Zweckerreichung anzusehen. Insbesondere in Situationen, in denen Beschäftigte viel Kundenkontakt haben oder die Regelungen der aktuellen Corona-Arbeitsschutzverordnung (z. B. regelmäßiges Lüften) aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten nicht umsetzbar sind, können Arbeitgeber die Durchführung eines Corona-Schnelltests deshalb u. E. berechtigt anordnen bzw. verlangen, zumal freiwillige/partielle Tests evident ungeeignet sind zur Zweckerreichung. Die SARS-CoV-2-Pandemie bzw. Covid-19-Erkrankungen i. S. d. § 5 IfSG sind u. E. auch als berechtigende Ausnahmesituation anzusehen (Stück/Wein, NZA-RR 2005, S. 505; Reichold, in: MÜHAArbR, § 55 Rz. 36). Die Rechtsprechung hat überdies bereits bestätigt, dass Arbeitgeber bei berechtigtem Anlass Arbeitnehmer zur Durchführung bzw. Duldung von Untersuchungen verpflichten können (BAG, Urt. v. 6.11.1997 – 2 AZR 801/96, NZA 1998, S. 326). So wird auch die Duldung von Fiebermessungen von der Literatur (Stück, CCZ 2020, S. 205; Fuhlrott, MDR 2020, S. 540 m. w. N.) bejaht und selbst von datenschutzrechtlichen Aufsichtsbehörden anerkannt (Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit: Datenschutz in Zeiten von Covid-19, URL: <https://datenschutz-hamburg.de/pages/corona-faq> [Stand: 27.11.2020]). Die Schwierigkeit liegt darin, dass der Arbeitgeber auch aus strafrechtlichen Gründen (§§ 223, 240 StGB) einen Testverweigerer nicht gewaltsam „zwangstesten“ darf, sondern die Testung bzw. deren Duldung arbeitsgerichtlich einklagen müsste, bis er einen rechtskräftigen Titel erstritten hätte, aus dem er dann mit Zwangsgeld vollstrecken müsste (§ 888 ZPO) – ein rein akademisch-theoretischer Weg. Alternativ bliebe die Abmahnung und verhaltensbedingte Kündigung eines beharrlichen und unberechtigten Testverweigerers, der seine Leistung nicht mehr vertragsgemäß anbieten kann oder will (BAG, Urt. v. 25.1.2018 – 2 AZR 382/17, AuA 11/18, S. 680: Fristlose Kündigung mit Auslaufzeit wegen Verweigerung arbeitsärztlicher Untersuchung). Gedacht werden könnte auch an eine Betriebsvereinbarung als Rechtsgrundlage für eine Testpflicht. Ob die Betriebsparteien ohne Überschreiten ihrer Regelungsmacht (§ 75 Abs. 2 BetrVG i. V. m. Art. 2 Abs. 1; 1 GG), eine Testpflicht des Beschäftigten wirksam statuieren können (so ArbG Offenbach, Urt. v. 3.2.2021 – 4 Ga 1/21) oder nicht (krit. Fitting, BetrVG, § 95 Rz. 10), ist eine Frage des Einzelfalls und der konkreten mitbestimmten

Gefährdungsbeurteilung und den daraus folgenden Präventionsmaßnahmen (BAG, Beschl. v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, NZA 2005, S. 227). Bei einer Pandemienotlage i. S. d. § 5 IfSG mit einem hochansteckenden und gefährlichen Erreger wie SARS-CoV-2 wird u. E. eine kollektivrechtliche Testpflicht mit minimal invasiven Testmethoden (Nasal-/Spucktest) als rechtmäßig zu erachten sein.

WICHTIGE INHALTLICHE EINZELASPEKTE

Wie häufig (Frequenz) eine Testpflicht verlangt werden darf, ergibt sich aus der Übersicht. Zeit und Ort sind ungeregelt. Zu berücksichtigen ist, dass nach Ansicht von Medizinern ein Testergebnis nur eine valide Aussage für ca. sechs bis acht Stunden hat, also etwa die Dauer eines Arbeitstages.

Der Anspruch i. S. d. § 194 BGB auf ein Angebot betrieblicher Tests ergibt sich aus der Übersicht. Nach Ansicht des BMAS soll nicht ausschließlich im Homeoffice arbeiten, wer nur kurz im Betrieb Post, Ausdrucke abholt – wenig überzeugend und praxisgerecht. Im Falle eines positiven Ergebnisses ist der Arbeitnehmer zur unverzüglichen Eigenabsonderung, PCR-Nachtest und unaufgeforderter Meldung/Offenbarung an den Arbeitgeber verpflichtet (Stück/Wein, AuA 4/20, S. 201 ff. m. w. N.). Auch im Falle eines negativen Ergebnisses gelten die AHA+L-Regeln weiter. Die Testergebnisse müssen nicht dokumentiert werden und es gibt keine Bescheinigungspflicht.

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bestehen nach § 87 Abs. 1 Nr. 7, 1 BetrVG; §§ 5, 12 ArbSchG, soweit nicht dem Arbeitgeber aufgrund öffentlichen Rechts Vorgaben gemacht werden, die er – ohne eigenen Entscheidungsspielraum – bloß zu exekutieren hat. Selbst wenn dem Arbeitgeber öffentlich-rechtlich vorgegeben wird, dass/ob und wie oft pro Woche getestet werden muss, bleiben die Art des Tests (Nasenabstrich-/Spucktest, Selbst-/Fremdtest) und dessen Durchführung (wo, wie, durch wen, wann, Umgang mit Ergebnissen etc.) betrieblich ausfüllungsbedürftig und mitbestimmungspflichtig bzw. drohen sonst Unterlassungsansprüche (LAG Köln, Beschl. v. 22.1.2021 – 9 TaBV 58/20).

Es empfiehlt sich eine frühzeitige Einbindung des Betriebsrats im Hinblick auf dessen Mitbestimmungsrechte im Arbeits-/Gesundheitsschutz, wie das betriebliche Ordnungsverhalten, sowie eine einheitliche, konsistente betriebliche Kommunikation. Das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) veröffentlicht im Internet eine Liste zugelassener Selbsttests, die kontinuierlich aktualisiert wird: https://www.bfarm.de/DE/Medizinprodukte/Antigentests/_node.html. Die Kosten des Arbeitsschutzes trägt grundsätzlich der Arbeitgeber (§ 3 Abs. 3 ArbSchG; BAG, Urt. v. 14.6.2016 – 9 AZR 181/15, AuA 7/17, S. 442: Reinigung Hygieneschutzkleidung). Dies bezieht sich auf die Anschaffung des Tests und dessen Durchführung im Betrieb. Macht der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers Aufwendungen, die nicht durch seine Vergütung abgegolten sind, z. B. eigene Beschaffung von Corona-Selbsttests, wäre der Arbeitgeber zum Ersatz dieser Aufwendungen verpflichtet (§ 670 BGB).

Die vom Arbeitnehmer für seine Testmitwirkung im Betrieb gemäß Betriebsvereinbarung oder auf Anweisung des Arbeitgebers aufgewendete Zeit wird man sowohl als vergütungspflichtige fremdnützige Arbeitszeit i. S. d. §§ 611a, 612 BGB (BAG, Urt. v. 25.4.2018 – 5 AZR 245/17, AuA 1/19, S. 54: Umkleiden) als auch als Arbeitszeit i. S. d. § 2 Abs. 1 ArbZG ansehen müssen. Vor dem Hintergrund des Präventionsgedankens sind die Schnelltests aber nur so lange erforderlich, bis das Infektionsgeschehen durch andere Maßnahmen, z. B. eine flächendeckende Impfung, beherrschbar wird.

Bietet der Arbeitgeber VO-widrig keine kostenfreien Testmöglichkeiten an, wird man Beschäftigten ein Leistungsverweigerungsrecht unter Vergütungsfortzahlung zugehen müssen (§§ 618, 273 Abs. 1 BGB; HWK/Krause, 9. Aufl. 2020, § 618 BGB Rz. 30).

Verweigern Arbeitnehmer die Durchführung eines in einer Betriebsvereinbarung vorgesehenen Schnelltests, kann ihnen der Zutritt zum Arbeitsplatz bzw. Betrieb berechtigt verweigert werden und tritt ihr Beschäftigungsanspruch zurück (ArbG Offenbach, Urt. v. 3.2.2021 – 4 Ga 1/21). Kann der Arbeitgeber dann im Homeoffice vertragsgemäß arbeiten und tut dies auch tatsächlich, so behält er seinen Vergütungsanspruch. Ist dies nicht möglich oder will der Beschäftigte dies nicht, so entfällt nach dem allgemeinen Grundsatz „ohne Arbeit kein Entgelt“ (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB; BAG, Urt. v. 18.4.2012 – 5 AZR 248/11, NZA 2012, S. 998) der Vergütungsanspruch ähnlich wie in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer wegen Corona sich auf ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB beruft, obwohl der Arbeitgeber die erforderlichen Arbeitsschutzmaßnahmen getroffen hat (ErfK/Preis, 21. Aufl. 2021, § 611a BGB Rz. 690h; Stück/Wein, AuA 4/20, S. 204). Darin liegt kein Fall

- des arbeitgeberseitigen Betriebsrisikos nach der Sphärentheorie (§ 615 Satz 3 BGB; vgl. ArbG Dortmund, Urt. v. 24.11.2020 – 5 Ca 2057/20: Arbeitgeberseitige Quarantäneanordnung nach Urlaubsrückkehr aus Risikogebiet Tirol). Dies sind Ursachen, die von außen auf den Betrieb einwirken und die Fortführung des Betriebs verhindern, wozu auch die Pandemie gehört (LAG Düsseldorf, Urt. v. 30.3.2021 – 8 Sa 674/20: Spielhallenschließung);
- des Annahmeverzugs (§§ 615 Satz 1; 293 ff. BGB, weil sich der Arbeitnehmer durch seine eigene, innere Entscheidung, sich einem berechtigten Test zu verweigern, in einen nicht annahmefähigen Zustand versetzt hat, sodass sein Beschäftigungsinteresse zurücktritt und kein Vergütungsanspruch entsteht (ArbG Offenbach, Urt. v. 3.2.2021 – 4 Ga 1/21). Zudem müsste sich der einen zumutbaren, erlaubten Corona-Test sowie ggf. auch das Homeoffice verweigernde Arbeitnehmer nach § 615 Satz 2 BGB böswillig unterlassenen Verdienst anrechnen lassen, was ebenfalls seinem Vergütungsanspruch entgegensteht.
- Ein Vergütungsanspruch folgt auch nicht aus dem dispositiven § 616 BGB, § 56 IfSG oder § 3 EFzG, wenn der Beschäftigte nicht arbeitsunfähig erkrankt ist, wobei der bloße Verdacht einer Corona-Infektion nicht einer Arbeitsunfähigkeit gleichzustellen ist (ErfK/Preis, § 611a BGB Rz. 690b).

- Ist der Schnelltest fälschlicherweise positiv, z. B. nach dem in diesem Fall gebotenen PCR-Test, so besteht zugunsten des Arbeitnehmers ein Anspruch auf Entschädigung nach dem neuen § 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG, da der Arbeitnehmer „Gesundheitsstörer“ war, der sich unverzüglich abzusondern hatte. Das gezahlte Entgelt kann der Arbeitgeber von der nach Landesrecht zuständigen Behörde zurückerstattet verlangen.

BESCHÄFTIGUNGSDATENSCHUTZRECHT

Sind – anders als in § 5 Abs. 3 CoronaArbSchVO (bloße Bestell-/Beauftragungsnachweise) – individuelle Testergebnisse zu bescheinigen/verarbeiten, sind auch datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten. Das Durchführen von Schnelltests stellt eine Verarbeitung personenbezogener Daten dar, die einer Rechts-/Erlaubnisgrundlage bedarf. Eine solche kann sich insbesondere ergeben

- aus öffentlich-rechtlicher Verpflichtung des Verantwortlichen in einer CoronaSchutzVO (Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO i. V. m. CoronaSchutzVO),
- aus kollektiven Regelungen wie einer Betriebsvereinbarung (Art. 88 DSGVO; § 26 Abs. 3, 4 BDSG; ArbG Offenbach, Urt. v. 3.2.2021 – 4 Ga 1/21), die auch gesetzgleich wirkt (§ 77 Abs. 4 BetrVG) und AGB-kontrollfrei ist (§ 310 Abs. 4 BGB),
- zur Durchführung des Arbeitsvertrags (§ 26 Abs. 1 Satz 1; § 22 Abs. 1 lit. b BDSG).

Daneben muss die Datenverarbeitung verhältnismäßig sein, d. h. geeignet, erforderlich und angemessen für den Zweck i. S. e. Güter-/Interessenabwägung, sodass die Frage zu stellen ist, ob es andere – weniger in die Rechte der Beschäftigten eingreifende –, aber gleichwirksame Möglichkeiten des Gesundheitsschutzes gibt, wobei aber die kollektiven Gründe des Arbeits-/Gesundheitsschutzes den Beschäftigungsanspruch des Testverweigerers überwiegen (vgl. ArbG Offenbach, Urt. v. 3.2.2021 – 4 Ga 1/21). Aufgrund des Need-to-know-Grundsatzes (Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO) sind zu erheben: Datum und Uhrzeit des Tests, Namen des Getesteten und der den Test durchführenden Stelle. Arbeitgeber sollen nach dem MPK-Beschluss vom 22.3.2021 den Arbeitnehmern Bescheinigungen über die Tests ausstellen.

Die Ergebnisse des Tests sind besondere (Gesundheits-) Daten und deshalb entsprechend zu schützen (Art. 4 Nr. 15, Art. 9 DSGVO; § 26 Abs. 3 BDSG) und nach Fristablauf sicher zu löschen (Art. 17 DSGVO). Die Aufbewahrungsfrist in den beiden CoronaVO beträgt vier Wochen, was der Rechtsprechung zu den Rückverfolungsdaten in der Gastronomie entspricht (OVG Münster, Beschl. v. 23.6.2020 – 13 B 695/20.NE).

BETRIEBSVEREINBARUNG ZU CORONA-SCHNELLTESTS

Eine Regelung in einer Muster-Betriebsvereinbarung könnte so aussehen:

„In einigen Ländern (zzt. Berlin, Brandenburg, Sachsen) sind Arbeitgeber zur Bekämpfung der Pandemie verpflichtet, soweit möglich und zumutbar, Angebote mit Corona-Schnelltests, die ab Mitte März 2021 in Deutschland zugelassen sind, an Beschäftigte in den Betriebsstätten (Präsenzbeschäftigung) oder im direkten Kontakt mit Kunden/Gästen o. ä. zu unterbreiten. Der Bund hat seine Gesetzgebungskompetenz genutzt und die SARS-CoV-2-ArbeitsschutzVO entsprechend um einen neuen bundesweit geltenden § 5 erweitert.

Zur innerbetrieblich konkretisierenden Ausfüllung innerhalb der A GmbH und zur Erhöhung des betrieblichen Arbeits-/Gesundheitsschutzes der Beschäftigten, Kunden, Lieferanten und Besucher vereinbaren die Betriebsparteien nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 7 BetrVG; §§ 5, 12 ArbSchG folgenden Pilotversuch zum vorläufigen Einsatz und zur Erprobung solcher betrieblichen Tests:

- (1) A GmbH wird in einer ersten Tranche in einer Erstbestellung eine definierte Anzahl vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM) zugelassene und vom RKI empfohlene Corona-Schnelltests beschaffen, um diese in der betrieblichen Praxis auszuprobieren (Pilotversuch). Diese Tests dienen allein der eigenverantwortlichen, unbeaufsichtigten (Selbst-)Testung des Beschäftigten sowie innerbetrieblichen Zwecken und nicht externen (z. B. Zugang zu Friseur, Gastronomie, Kultur). Eine Weitergabe/Verwendung des Tests bzw. dessen Ergebnis an Dritte ist nicht gestattet.
- (2) EHS (EHS = Environment, Health, Safety) hat zunächst geeignete, zugelassene sog. Spucktests und Nasenabstrichtests zur unbeaufsichtigten Selbstanwendung bestellt. Diese werden an Beschäftigte, denen Tests anzubieten sind, in den Betriebsstätten voraussichtlich ab XX.XX.2021 ausgehändigt oder an deren Anschriften (dienstlich oder privat) gesandt, z. B. im Außendienst (Vertrieb, Technik).
- (3) Die Anzahl der Tests pro Woche ergibt sich aus den öffentlich-rechtlichen Vorgaben (zzt. § 5 SARS-CoV-2-ArbeitsschutzVO, zzt. 1–2× pro Woche, künftig generell 2× pro Woche) oder andernfalls aufgrund einer entsprechenden Weisung des Arbeitgebers durch EHS, die die jeweils geltende öffentlich-rechtliche Frequenz nicht überschreiten darf.
- (4) Diese Pilotvereinbarung begründet keine eigenständige Test(annahme)pflcht für die Beschäftigten. Eine solche Testpflicht von Beschäftigten kann sich ergeben aus Vorgaben des öffentlichen Rechts, die Arbeitgeber/Arbeitnehmer umzusetzen haben, oder aufgrund des einseitigen, mitbestimmungsfreien arbeitgeberseitigen Weisungsrechts aus berechtigtem Anlass und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen.
- (5) Die Kosten der Tests trägt die A GmbH und die für die Durchführung des Tests erforderliche Zeit gilt als Arbeitszeit. Die CATS-Buchung erfolgt als „allgemeine administrative Aufwendungen (Administration)“ – derzeit PSP-Element H-A-A00-ADMIN-0001 – und zwar ohne jede weitere textliche Erläuterung durch die Beschäftigten, d. h. ohne Angabe von Kurztexten.
- (6) Die Nachweis- und Aufbewahrungsregeln bestimmen sich nach dem öffentlichen Recht (§ 5 Abs. 3 SARS-CoV-2-ArbeitsschutzVO), derzeit vier Wochen, nach Inkrafttreten der 3. SARS-CoV-2-ArbeitsschutzVO: bis 30.6.2021.
- (7) Im Falle eines positiven Testergebnisses ist der Beschäftigte zum Schutz der Belegschaft, Kunden, Lieferanten o. ä. verpflichtet,
 - sich unverzüglich selbst – auch ohne eine behördliche Anordnung oder arbeitgeberseitige Weisung – in häusliche Quarantäne/Absonderung zu begeben. Kann während der Absonderung aus dem Homeoffice vertragsgemäß gearbeitet werden, verbleibt es beim Vergütungsanspruch. Ist dies arbeitstechnisch nicht möglich, besteht im Falle dieser Eigenabsonderung ein Anspruch auf Entschädigung nach § 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG (seit 1.4.2021) und
 - unverzüglich zur Verifizierung einen PCR-Nachtest machen zu lassen, dessen Kosten ihm A GmbH gegen Nachweis erstattet, sofern Kosten entstehen. Bestätigt auch dieser eine Infektion mit dem Erreger, ist eine unverzügliche offizielle Meldung gem. A-GmbH-Pandemieplan an EHS erforderlich.
- (8) Bis die Tests vor Ort verfügbar sind, jedoch längstens bis zum XX.XX.2021, besteht die Möglichkeit für die Beschäftigten, sich einen Laienselbsttest zu kaufen und diesen über Auslagerenerstattung über den Bereich Payroll abzuwickeln.
- (9) Der Betriebsrat sieht seine Beteiligungsrechte damit als gewahrt und duldet dieses Vorgehen in der Pilotphase zur Erprobung der bestellten, definierten Ersttranche der betrieblichen Tests. EHS, Betriebsarzt und Betriebsrat werten die Erfahrungen bei der Anwendung der Tests der Ersttranche aus und entscheiden danach über den weiteren Einsatz/Nachbestellungen der weiteren Tests sowie eine entsprechende Regelung, ggf. auch im Gesamtbetriebsrat, soweit zuständig.“

UNSERE AUTOREN



Volker Stück

Rechtsanwalt, Lead Expert
Arbeitsrecht & Mitbestimmung,
BWI GmbH, Bonn



Boris Wein

Rechtsanwalt, Mannheim

Der Beitrag stellt die
persönliche Auffassung der
Autoren dar.