

Testpflicht in Betrieben: Was gilt, was muss der BR regeln?



Tobias Schliemann



FACHANWÄLTE FÜR ARBEITSRECHT

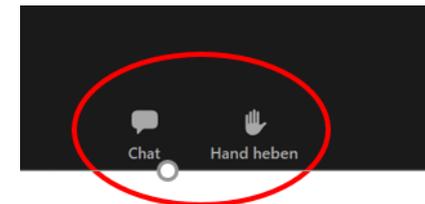
Technischer Ablauf



1. Die Mikrophone sind am Anfang auf „stumm“ geschaltet. Der Referent und die Präsentation sind „groß“ zu sehen.
2. Wer eine Frage hat, nutzt bitte die Funktion „Hand heben“
3. Die Mikrophone werden dann vom Referenten freigeschaltet (spätestens nach jedem Abschnitt) und es können direkte Fragen gestellt werden.
4. Fragen / Anmerkungen können auch in den „Chat“ geschrieben werden



Tobias Schliemann
Moderator



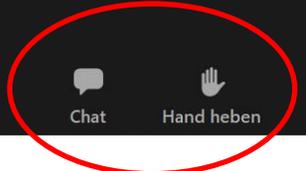


Zu Vollbildmodus wechseln



Tobias Schliemann

Audio-Einstellungen ^



Verlassen

Überblick

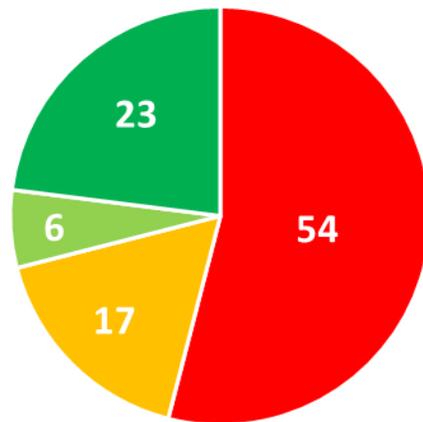
- A. Neue Testangebotspflicht der Unternehmen**
- B. Wann ist eine Testpflicht für Arbeitnehmer rechtmäßig?**
- C. Folgen einer Testverweigerung**
- D. Mitbestimmung des BR**
- E. Datenschutz**
- F. Regelungen in einer Betriebsvereinbarung**

A. Bisher: Freiwillige Testangebote

Hans **Böckler**
Stiftung

**SCHLEPPENDER START FÜR WÖCHENTLICHE
CORONA-SCHNELLTESTS AM ARBEITSPLATZ: NUR
23 PROZENT DER BESCHÄFTIGTEN HABEN SCHON
ZUGANG**

06.04.2021



- Kein Testangebot
- Testangebot angekündigt
- Testangebot < 1-mal/Woche
- Testangebot > 1-mal/Woche



Erfolgreicher Start der Corona-Tests in Betrieben



87 Prozent bieten Tests an oder planen dies zeitnah

A. Neu: Testangebotspflicht der Unternehmen



ARBEITSSCHUTZ • 13. April 2021

Verbindliche Testangebote in Betrieben kommen

Die Regeln zum betrieblichen Infektionsschutz werden bis zum 30. Juni 2021 verlängert und um betriebliche Testangebote ergänzt. Arbeitgeber werden verpflichtet, in ihren Betrieben allen Mitarbeitern, die nicht ausschließlich im Homeoffice arbeiten, regelmäßige Selbst- und Schnelltests anzubieten.

ZUR PRESSEMITTEILUNG

MINISTER HUBERTUS HEIL



Mit der Pflicht für Betriebe, Tests anzubieten, können wir Infektionsketten verhindern, Gesundheit schützen und letztlich Betriebsschließungen vermeiden.

A. Überblick: Testarten

PCR-Tests



„Goldstandard“ unter den Corona-Tests. Die Probenentnahme erfolgt durch medizinisches Personal – die Auswertung durch Labore.

Meldepflicht an Gesundheitsamt!

Schnelltests



Haben ihren Namen, weil das Ergebnis schnell vorliegt. Können nur durch geschultes Personal durchgeführt werden – dafür wird ähnlich wie beim PCR-Test ein Nasen- oder Rachenabstrich gemacht.

Meldepflicht an Gesundheitsamt!

Antigen-Selbsttests



Sind zur Anwendung durch Privatpersonen bestimmt. Dafür muss die Probenentnahme und -auswertung entsprechend einfach sein. Der Test kann zum Beispiel mit einem Nasenabstrich oder mit Speichel erfolgen.

PCR-Test ratsam

A. Testangebotspflicht der Unternehmen

§ 5 Tests in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2

- (1) Zur Minderung des betrieblichen SARS-CoV-2-Infektionsrisikos hat der Arbeitgeber Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, **mindestens einmal pro Kalenderwoche** einen **Test** in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 **anzubieten**.
- (2) Folgenden Beschäftigten hat der Arbeitgeber abweichend von Absatz 1 **mindestens zwei Tests** pro Kalenderwoche in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 anzubieten:
 1. den Beschäftigten, die vom Arbeitgeber oder auf dessen Veranlassung in Gemeinschaftsunterkünften untergebracht sind,
 2. den Beschäftigten, die unter klimatischen Bedingungen in geschlossenen Räumen arbeiten, die eine Übertragung des Coronavirus SARS-CoV-2 begünstigen,
 3. den Beschäftigten in Betrieben, die personennahe Dienstleistungen anbieten, bei denen direkter Körperkontakt zu anderen Personen nicht vermieden werden kann,
 4. den Beschäftigten, die betriebsbedingt Tätigkeiten mit Kontakt zu anderen Personen ausüben, sofern die anderen Personen einen Mund-Nase-Schutz nicht tragen müssen, und
 5. den Beschäftigten, die betriebsbedingt in häufig wechselnden Kontakt mit anderen Personen treten.
- (3) Nachweise über die Beschaffung von Tests nach Absatz 1 und Absatz 2 oder Vereinbarungen mit Dritten über die Testung der Beschäftigten sind vom Arbeitgeber vier Wochen aufzubewahren.

A. Testangebotspflicht der Unternehmen

- ❖ Bis zum 30.06.2021 befristete Ergänzung der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung
- ❖ Die neuen Regelungen treten zum 19.04.2021 (Montag) in Kraft
- ❖ Das Testen entbindet nicht von der Einhaltung der AHA+L-Regel, **der sonstigen technischen und organisatorischen Arbeitsschutzmaßnahmen** sowie notwendigen Hygienevorkehrungen im Betrieb und der Beachtung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel.
- ❖ Es können PCR-Tests oder Antigen-Schnelltests zur professionellen oder zur Selbstanwendung angeboten werden
- ❖ Angebot ist jedem Beschäftigten zu machen, der nicht vollständig („ausschließlich“) Zuhause arbeitet
- ❖ Unterweisung der Mitarbeiter (§ 12 ArbSchG)
- ❖ Kostentragung durch Arbeitgeber (§ 3 Abs. 3 ArbSchG): Schätzung des BMAS ca. 10 Euro pro Woche pro Beschäftigten



A. Testangebotspflicht der Unternehmen

- ❖ Mitbestimmung des BR bei Auswahl der Tests (§ 87 Abs. 1 Ziffer 7 BetrVG) und bei den Regelungen zur Durchführung (§ 87 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG)
- ❖ Die RVO regelt wie viele Tests mindestens pro Woche anzubieten sind. Es kann auch eine höhere Testfrequenz angeboten werden. Sofern ein erhöhtes Infektionsrisiko besteht, dass durch sonstige Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes nicht ausreichend begegnet werden kann, kann auch ein höheres Testangebot erforderlich sein (§ 3 Abs. 1 ArbSchG) und vom BR im Einzelfall durchgesetzt werden
- ❖ **Dokumentation der Testangebote durch Arbeitgeber im Rahmen der aktualisierten Gefährdungsbeurteilung und nach § 5 Abs. 3 Aufbewahrung der Nachweise über die Beschaffung der Test für 4 Wochen**



A. Testangebotspflicht der Unternehmen

Erhöhtes Testangebot: Mindestens 2 Tests pro Woche (§ 5 Abs. 2)

Ziffer 1: Gemeinschaftsunterkünfte

- insbesondere Saisonbeschäftigung in der Landwirtschaft

Ziffer 2: Arbeit in geschlossenen Räumen mit besonderen klimatischen Bedingungen

- insbesondere Lebensmittel- und Fleischproduktion
- hygienebedingt abgesenkte Temperaturen an diesen Arbeitsplätzen erhöhen das Risiko einer Infektion mit dem SARS-CoV-2 -Coronavirus

Ziffer 3: personennahe Dienstleistungen

- insbesondere Friseure

Ziffer 4: Kontakt mit Personen ohne Maske

- insbesondere Beschäftigte die in Kindertagesstätten arbeiten oder die Menschen mit Behinderungen betreuen, da diese Personengruppen keinen Mund-Nase-Schutz tragen können

Ziffer 5: häufig wechselnde Kontakte

- insbesondere Einzelhandel sowie Beförderungs-, Zustell- und andere Transportdienstleistungen.

A. Testangebotspflicht der Unternehmen

Weitere Pflichten der SARS-CoV-Arbeitsschutzverordnung

1. Technische und organisatorische Maßnahmen zur Kontaktvermeidung

- Betriebliche Kontakte durch Informationstechnologie ersetzen
- Home-Office ermöglichen und anbieten
- Einzelbüros bzw. Einzelbürobelegung

2. Technische und organisatorische Maßnahmen zur Kontaktreduzierung

- Arbeit in Kleingruppen bei Betrieben mit mehr als 10 AN
- Zeitversetztes Arbeiten ermöglichen

3. Schutzmaßnahmen bei unvermeidbaren Kontakten

- Abtrennungen zwischen den Mitarbeitern
- Mindestbürofläche von 10 qm pro Mitarbeiter
- Lüftungsmaßnahmen
- Maskenpflicht (insb. medizinische Gesichtsmasken und FFP2)



Bundesministerium
für Arbeit und Soziales



ARBEITSSCHUTZ

SARS-CoV-2

- **Arbeitsschutzverordnung**
- RVO nach § 18 III ArbSchG
- bis 30.06.2021 befristete zusätzliche Maßnahmen des betrieblichen Arbeitsschutzes
- Reaktion auf die Virusmutationen und hohen Infektionszahlen

B. Testpflicht für Beschäftigte

Welche Rechtsgrundlagen gibt es für eine Testpflicht?

Gesetz	Weisungsrecht	Betriebsvereinbarung
<p>Bundesgesetz</p> <ul style="list-style-type: none"> • derzeit keine Grundlage im InfSchG für allgemeine Testpflicht <p>RVO der Länder</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bestimmte Branchen: u.a. Pflege, Fleischereibetriebe 	<p>§ 106 GewO</p> <ul style="list-style-type: none"> • Der Arbeitgeber kann Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen (...) 	<p>§ 75 Abs. 2 BetrVG</p> <ul style="list-style-type: none"> • Arbeitgeber und Betriebsrat haben die freie Entfaltung der Persönlichkeit der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer zu schützen und zu fördern.

Jeweils Verhältnismäßigkeitsprüfung unter Abwägung der gegenläufigen Grundrechtspositionen (Grad der Gefahr versus Schwere des Eingriffes in die Persönlichkeitsrechte und körperliche Unversehrtheit der AN)

Unterscheide: Testpflicht

1. für Unternehmen
2. für Beschäftigte

B. Wann ist eine Testpflicht rechtmäßig?

Arbeitsgericht Offenbach (Beschluss vom 04.02.2021, - 4 Ga 1/21-)

Klaus ist als Staplerfahrer tätig in einer Gießerei mit 32 Mitarbeitern tätig. Am 13.01.2021 schloss die Arbeitgeberin mit dem Betriebsrat eine BV über die Einführung von Corona Schnelltests ab:

(...) 2.1 Besteht ein begründeter Verdacht, dass sich Mitarbeiter mit dem Sars-CoV-2-Virus in dem Betrieb angesteckt haben oder ist das Risiko, dass sich Mitarbeiter mit dem Sars-CoV-2-Virus im Betrieb anstecken könnten deutlich erhöht, kann die Gesellschaft verlangen, dass sich alle oder einzelnen Mitarbeiter vor Arbeitsbeginn einem Corona-Schnelltest unterziehen. Ein erhöhtes Risiko liegt *beispielsweise* vor, wenn in dem Landkreis, in dem der Betrieb liegt, nach den Veröffentlichungen des RKI im Durchschnitt von sieben Kalendertagen mehr als 200 Personen je 100.000 Einwohner dieses Landkreises mit dem SARS-CoV-2-Virus infiziert wurden. Man kann ebenfalls davon ausgehen, dass aufgrund erhöhter Kontaktfrequenzen während der Weihnachtsfeiertage und Silvester ein erhöhtes Risiko vorliegt. Um ausschließen zu können, dass infizierte Kollegen die Arbeit nach den Weihnachtsfeiertagen aufnehmen und andere Kollegen infizieren haben wir uns entschieden Schnelltests anzubieten. Aufgrund des Risikos wird eine doppelte Testung durchgeführt: der erste Test am ersten Tag der Arbeitsaufnahme nach den Feiertagen und der zweite Test 5 Tage später. Gleiches gilt für Mitarbeiter, die in 2021 aus Urlaub oder Krankenstand (ab 14 Tagen), Elternzeit etc. in den Betrieb zurückkehren.

Klaus wird der Zutritt zum Betrieb verweigert, weil er einen Corona Schnelltests ablehnt. Er beantragt beim Arbeitsgericht im Wege der einstweiligen Verfügung ohne vorherigen Test Zutritt zum Betrieb zu erhalten.

Mit Erfolg?



B. Wann ist eine Testpflicht rechtmäßig?

Arbeitsgericht Offenbach (Beschluss vom 04.02.2021, - 4 Ga 1/21-)

Die Testung ist auch nicht offensichtlich unangemessen. Das Übermaßverbot ist gewahrt, wenn die Regelung bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe für den Betroffenen noch zumutbar ist. Erforderlich ist dabei eine umfassende Abwägung der betroffenen Belange.

1. Das Ergebnis hängt im vorliegenden Zusammenhang weitgehend von den **Gegebenheiten des Betriebes und seiner Belegschaft ab. Diese zu beurteilen und zu gestalten, ist in erster Linie Sache von Arbeitgeber und Betriebsrat.** Die Mitwirkung des Betriebsrats sichert die gleichberechtigte Teilhabe der von ihm repräsentierten Arbeitnehmer an einer Entscheidung und damit grundsätzlich auch eine angemessene Vertretung ihrer Interessen. Den Betriebspartnern steht bei der Bewertung und beim Ausgleich der zu berücksichtigenden betrieblichen Belange und der einander widerstreitenden Interessen ein breiter Gestaltungsspielraum zu (vgl. BAG vom 19. Januar 1999, 1 ABR 499/98)
2. **Die Nachteile, die für den Kläger mit einer Testung verbunden sind, überwiegen in Ausmaß und Schwere nicht die Nachteile, die im Fall seiner Ausnahme aus der Testpflicht potentiell für hohe Rechtsgüter andere Personen eintreten könnten** (vgl. BVerfG vom 25. August 2020, 1 BA 1981/20 zur Testpflicht von Einreisenden aus Risikogebieten). Die Testpflicht stellt zwar eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität dar. Sie ist jedoch von kurzer Dauer und niederschwelliger Intensität. Erginge die einstweilige Verfügung, könnten durch den dadurch ermöglichten Zutritt des Klägers ohne negativen Covid-19 Test auf das Werksgelände hochrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben der dort tätigen Personen gefährdet werden. Auch von einzelnen nicht getesteten Personen kann ein Ansteckungsrisiko ausgehen. Es ist nicht dargetan, dass gerade von dem Kläger ein zu vernachlässigendes Risiko ausgehen soll.

B. Wann ist eine Testpflicht rechtmäßig?

Bayerische Verwaltungsgerichtshof, Beschluss des 20. Senats vom 12. April 2021, 20 NE 21.926

- Testpflicht für Schüler bei Teilnahme an Präsenzunterricht ist verhältnismäßig

Bayerische Verwaltungsgerichtshof, Beschluss des 20. Senats vom 2. März 2021, 20 NE 21.353

- Pflicht für alle Mitarbeiter in Pflegeeinrichtungen sich drei Mal pro Woche einem Test zu unterziehen ist nicht von der Ermächtigungsgrundlage des Infektionsschutzgesetzes gedeckt. Denn ein Großteil der Mitarbeiter ist bereits 2mal geimpft worden und damit bei generalisierender Betrachtung nicht „ansteckungsverdächtig“ i. S. d. § 2 Nr. 7 IfSG

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 25. August 2020 - 1 BvR 1981/20 -

- Verfassungsbeschwerde gegen Testpflicht nach Einreise aus Risikogebiet zurückgewiesen

VG Münster, Beschluss vom 06.08.2020 - 5 L 596/20

- Umfassende Corona-Testpflicht bei fleischverarbeitenden Betrieben rechtswidrig, weil keine Ausnahmen vorgesehen sind und keine konkrete Gefahrenprognose für den Betrieb erfolgt

VG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Dezember 2020 – 29 L 2547/20 –

- Wöchentliche Corona-Schnelltest für Arbeitnehmer in Schlachtereibetrieben sind verhältnismäßig



B. Wann ist eine Testpflicht rechtmäßig?

Übertragung der Rechtsprechung zu Eignungsuntersuchungen?

- sind aufgrund des Eingriffes in das Recht auf körperliche Unversehrtheit und informationeller Selbstbestimmung aufgrund der allgemeinen Treuepflicht des Arbeitnehmers nur ausnahmsweise gemäß § 241 Abs. 2 BGB zu dulden, wenn
 - **tatsächliche Anhaltspunkte** vorliegen, die bei vernünftiger lebensnaher Einschätzung die ernsthafte Besorgnis begründen, dass bei dem Beschäftigten ein fortdauernder Eignungsmangel für die von ihm ausgeübte Tätigkeit besteht (BAG v. 12.08.1999 – 2 AZR 55/99)
 - bei Vorliegen eines **berechtigten Interesses** der Arbeitgeber an einer ärztliche Untersuchung des Gesundheitszustandes (BAG v. 06.11.1997 – 2 AZR 801/96, ErfK-Preis, § 611a BGB, Rn. 746)
 - je größer die Gefahr, dass der Arbeitnehmer in Erfüllung der Arbeitspflicht den Arbeitgeber, Kollegen oder Dritte schädigt, umso eher wird eine Pflicht zur Hinnahme der Untersuchung angenommen (so LAG Rheinland-Pfalz im Urteil vom 29.03.2010 – 3 Sa 714/09, für einen Gefahrgut-LKW-Fahrer entschieden).

Folge: bei vollständiger Übertragung des strengen Maßstabes („tatsächliche Anhaltspunkte“) besteht gegenwärtig trotz der hohen Inzidenz nur im Ausnahmefall eine Verpflichtung zur Durchführung eines Corona-(Schnell-)Tests, etwa bei Hustensymptomen. Das Problem der vorbeugenden Erkennung symptomloser Infektionen wird nicht erfasst.

B. Wann ist eine Testpflicht rechtmäßig?

1. Position des Deutschen Gewerkschaftsbundes:

<https://www.dgb.de/themen/++co++986b431a-8c8e-11eb-980b-001a4a160123>

- eine Testpflicht mittels Direktionsrechtes ist ein unzulässiger Eingriff in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer
- eine Testpflicht mittels Betriebsvereinbarung ist wohl auch unzulässig
- eine Impfpflicht oder der Schlechterstellung von nicht-geimpften Arbeitnehmern ist unzulässig, solange es keine gesetzliche Impfpflicht gibt (§ 612 BGB)



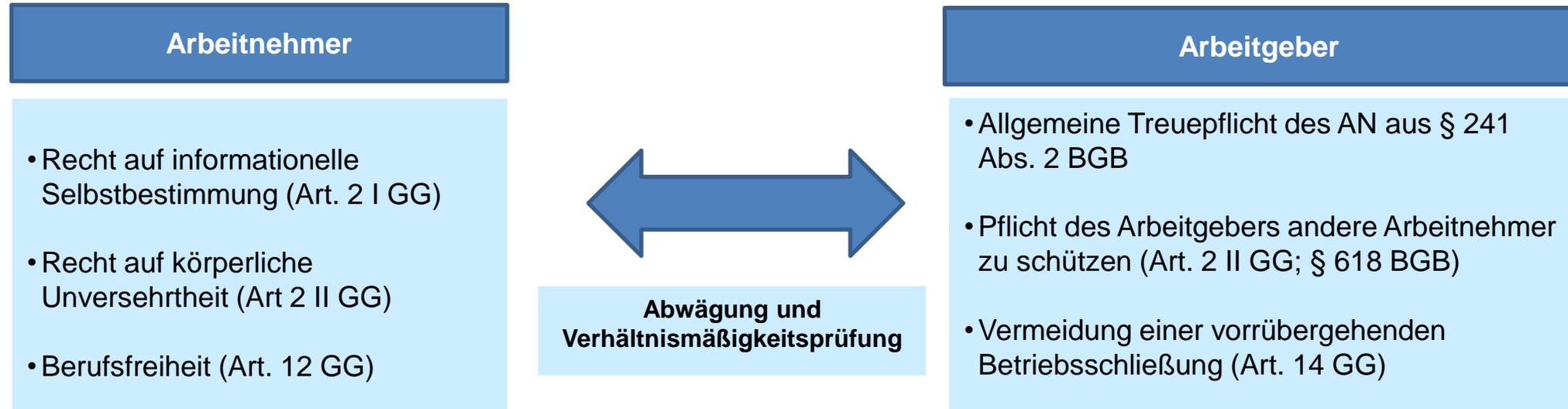
2. Rechtsprechung:

- Arbeitsgericht Offenbach (Az.: 4 Ga 1/21): Testpflicht in BV nicht offensichtlich rechtswidrig

3. Aufsatzliteratur:

- mehrheitlich wird die Zulässigkeit einer Testpflicht unter engen Voraussetzungen angenommen

B. Testpflicht für Beschäftigte



1. **Legitimer Zweck der Testpflicht: Gesundheitsschutz**
2. **Geeignetheit der Testpflicht: Wird der Zweck zumindest gefördert?**
3. **Erforderlichkeit der Testpflicht: Gibt es gleich geeignete mildere Mittel?**
 - Freiwilligkeit? Nicht gleich geeignet.
 - andere technische, organisatorische oder personenbezogene Arbeitsschutzmaßnahmen
 - Test bei eigenem Hausarzt oder im örtlichen Testcenter

B. Testpflicht für Beschäftigte

Arbeitnehmer

Arbeitgeber

4. Angemessenheit der Testpflicht: Steht der Eingriff völlig außer Verhältnis zum Zweck?

1. Gewicht des gefährdeten Rechtsgutes: Persönlichkeitsrecht und Recht auf körperliche Unversehrtheit als Rechtsgüter vom Verfassungsrang

2. Eingriffsintensität: ist bei Schnelltest als eher gering anzusehen;

- kurzer Eingriff
- Regelmäßig keine dauerhaften Folgen
- Intensität geringer als Impfung oder Blutabnahme

3. darf nicht anlasslos erfolgen



Abwägung

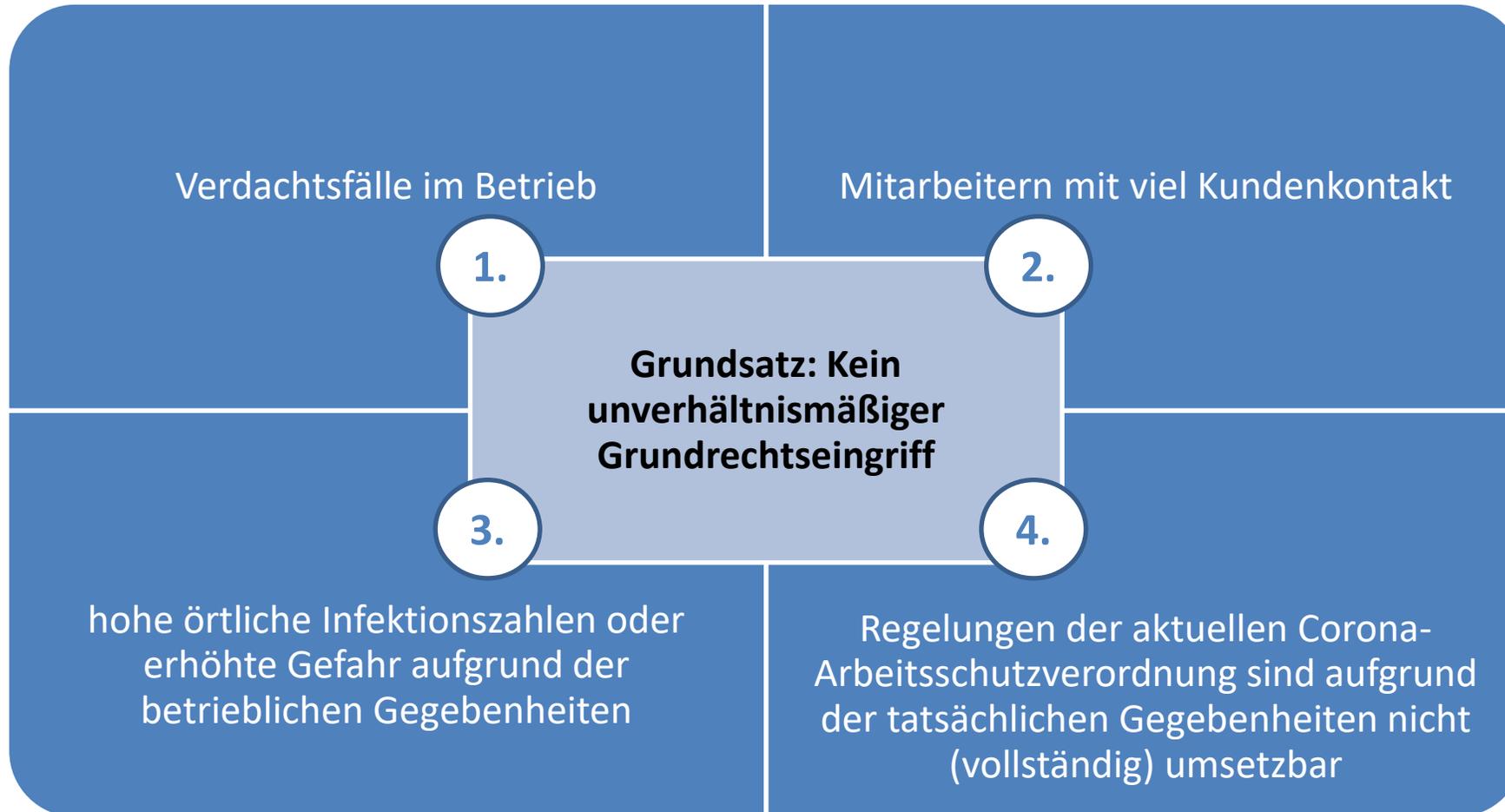
1. Gewicht des gefährdeten Rechtsgutes: Gesundheit und Leben als Rechtsgüter vom höchsten Verfassungsrang

2. Schwere des drohender Schaden: gravierende Gesundheitsschäden bis hin zum Tod

3. Bewertung der Gefährdungssituation

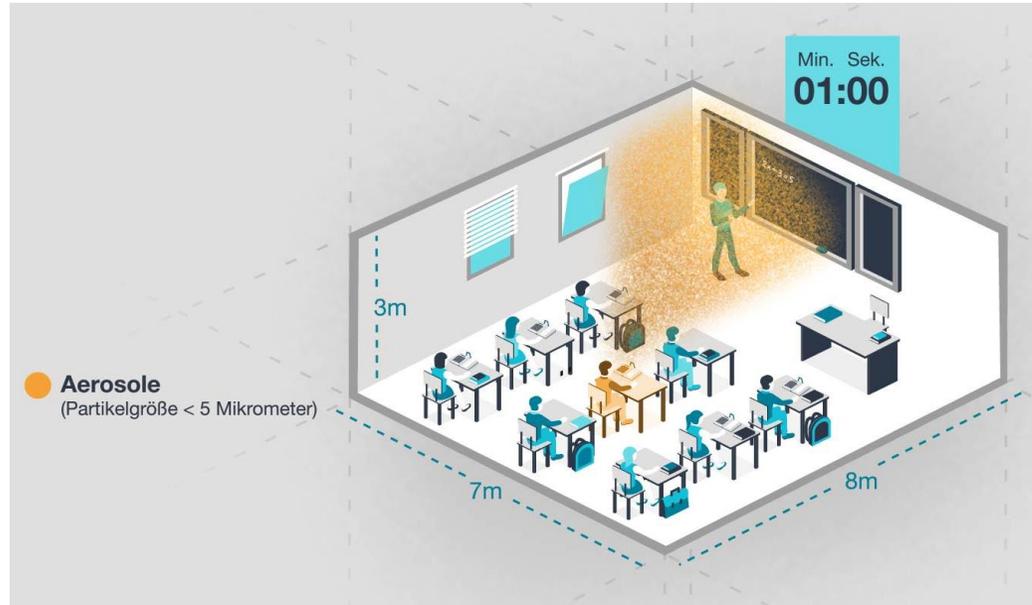
- Allgemein hohe Infektionsgefahr infolge der aufgetretenen Mutanten
- hohe örtliche Infektionszahlen
- Verdachtsfälle im Betrieb
- Erhöhter Kontakt im Betrieb oder mit Kunden
- Arbeit in engen Räumen mit erhöhter Aerosolbelastung

B. Wann ist eine Testpflicht rechtmäßig?



B. Testpflicht für Beschäftigte

Aktuelle Diskussion: Erhöhtes Risiko in geschlossenen Räumen



INTERVIEW MIT AEROSOLEXPORTE DR. GERHARD SCHEUCH

Die Corona-Gefahr lauert drinnen - nicht draußen!

STAND: 12.4.2021, 14:45 UHR



Dr. Gerhard Scheuch ist einer der führenden Aerosolexperten in Deutschland. In einem offenen Brief an die Bundesregierung hat er sich mit einigen Kollegen seinem Ärger über die ständigen Debatten über Treffen im Freien Luft gemacht.

Offener Brief führender Aerosolforscher an die Bundesregierung:
http://docs.dpaq.de/17532-offener_brief_aerosolwissenschaftler.pdf

Folgerungen für Testpflicht im Betrieb

- Abhängig von Größe, Belüftungssituation und Verweildauer erhöhtes Risiko, das Testpflicht rechtfertigen kann

B. Testpflicht für Beschäftigte

Sind Beschäftigte nach einer vollständigen Impfung nicht mehr ansteckend und müssen von der Testpflicht ausgenommen werden?

- mehrere Studien deuten darauf hin, dass die Ansteckungsgefahr für Dritte jedenfalls geringer, weil u.a. die Viruslast im Nasen- und Rachenbereich geringer ist. Eine Ansteckung ist nach der Studienlage laut dem RKI derzeit aber nicht ausgeschlossen:

*Daten aus Zulassungsstudien wie auch aus Untersuchungen im Rahmen der breiten Anwendung (sog. Beobachtungsstudien) belegen, dass die in Deutschland zur Anwendung kommenden COVID-19-Impfstoffe SARS-CoV-2-Infektionen (symptomatisch und asymptomatisch) in einem erheblichen Maße verhindern. **Die Wahrscheinlichkeit, dass eine Person trotz vollständiger Impfung PCR-positiv wird, ist bereits niedrig, aber nicht Null.** In welchem Maß die Impfung darüber hinaus die Übertragung des Virus weiter reduziert, kann derzeit nicht genau quantifiziert werden. Auf Basis der bisher vorliegenden Daten ist davon auszugehen, dass die Viruslast bei Personen, die trotz Impfung mit SARS-CoV-2 infiziert werden, stark reduziert und die Virusausscheidung verkürzt ist. In der Summe ist daher das Risiko einer Virusübertragung stark vermindert.*

<https://www.rki.de/SharedDocs/FAQ/COVID-Impfen/gesamt.html>

- **Ergebnis:** Sobald eine gesicherte Studienlage besteht, dass die Ansteckungsgefahr für andere durch bereits geimpfte Arbeitnehmer sehr viel geringer ist, müssten sie aus Gründen der Verhältnismäßigkeit aus der Testpflicht herausgenommen werden.

Exkurs: Impfpflicht für Beschäftigte?

Kann eine Impfpflicht für Beschäftigte durch den Arbeitgeber eingeführt werden? Kann der Arbeitgeber nicht geimpfte Arbeitnehmer anders behandeln?

1. Keine Impfpflicht ohne gesetzliche Grundlage

- Aufgrund des wesentlichen Eingriffs in das Recht auf körperliche Unversehrtheit kann eine Impfpflicht nur aufgrund eines Gesetzes erlassen werden

2. Gesetzliche Impfpflicht

- Die **Pockenschutzimpfpflicht**, die bis 1976 galt, hat das BVerwG eine solche Impfpflicht als verfassungskonform bewertet (NJW 1959, NJW Jahr 1959 Seite 2325).
- Nachdem im letzten Jahr mit dem **Masernschutzgesetz** eine Impfpflicht für schulpflichtige Kinder, sowie für Personen, die in Schulen und Betreuungseinrichtungen tätig sind, gegen Masern eingeführt wurde, hat das BVerfG (NJW 2020, NJW Jahr 2020 Seite 1946) auch diese als verfassungsmäßig angesehen. Die Impfpflicht für Kinder in Tschechien für die Aufnahme in eine KITA ist **keine Menschenrechtsverletzung** (EGMR, Urt. v. 08.04.2021, Az. 47621/13)

3. Rechtsgrundlage: § 20 Absatz VI 1 IfSG

- Das Bundesministerium für Gesundheit kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates anordnen, dass „bedrohte Teile der Bevölkerung an Schutzimpfungen oder anderen Maßnahmen der spezifischen Prophylaxe teilzunehmen haben, wenn eine übertragbare Krankheit mit klinisch schweren Verlaufsformen auftritt und mit ihrer epidemischen Verbreitung zu rechnen ist“.

Exkurs: Impfpflicht für Beschäftigte?

Kann eine Impfpflicht für Beschäftigte durch den Arbeitgeber eingeführt werden? Kann der Arbeitgeber nicht geimpfte Arbeitnehmer anders behandeln?

Position 1:

- Die Schlechterstellung von nicht geimpften gegenüber geimpften Beschäftigten ist ohne gesetzliche Impfpflicht eine unzulässige Maßregelung gemäß § 612a BGB
- Eine Impfbonus ist ebenfalls ein Verstoß gegen § 612a BGB und ohne Zustimmung des BR (§ 87 Abs. 1 Ziffer 10 BetrVG) unzulässig

Position 2:

- Nicht geimpfte Beschäftigte können im Einzelfall abhängig vom Grad der Gefährdung für andere Mitarbeiter oder Kunden darstellt.
- Personenbedingte Kündigung bei fehlender Einsatzmöglichkeit und erhebliche Gefahr für andere denkbar (Beispiel: Pflegekraft)
- (monetäre) Anreize setzen, um Mitarbeiter zu einer Impfung zu bewegen, solange die Incentivierung verhältnismäßig ist und einen Arbeitnehmer nicht überproportional zu einem Verzicht seiner Rechte drängt

Laut einer Pressemitteilung des [RKI vom 30.9.2019](#) erhöhte bereits das Incentive eines Gutscheins für eine Portion Pommes in der Cafeteria die Impfbereitschaft in einem Krankenhaus erheblich.

C. Folgen einer Testverweigerung

Regelungen in BV treffen!

1. Darf der Arbeitgeber den Zutritt zum Betrieb verweigern?

- Sofern eine rechtmäßige Testpflicht mittels BV oder Direktionsrecht besteht, kann der Zutritt verweigert werden.
- Die Anordnung einer Testpflicht ohne Zustimmung des Betriebsrates ist unwirksam und kann daher keine Zutrittsverweigerung begründen

2. Hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Lohnfortzahlung?

- Sofern eine rechtmäßige Testpflicht mittels BV oder Direktionsrecht besteht, kann der Anspruch auf einen Annahmeverzugslohn ausgeschlossen sein
- Den Arbeitgeber trifft aber die Verpflichtung andere Einsatzmöglichkeiten des Arbeitnehmers ohne eine vorherige Testung zu prüfen (z.B. Arbeit im Home-Office)
- Noch nicht abschließend geklärt: inwieweit muss der Arbeitgeber im Arbeitsgerichtsprozess darlegen, dass er Einsatzmöglichkeiten geprüft hat?

3. Kann der Arbeitgeber eine Abmahnung aussprechen?

- Bei rechtmäßiger Testpflicht möglich

D. Mitbestimmung des Betriebsrates

Wie hat der Betriebsrat mitzubestimmen?

1. Arbeits- und Gesundheitsschutz

- **§ 87 Abs. 1 Ziffer 7 BetrVG:** „Regelungen über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften“
- **§ 3 ArbSchG: Grundpflichten des Arbeitgebers:** Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zutreffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Er hat die Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls sich ändernden Gegebenheiten anzupassen. (...)

2. Technische Überwachungseinrichtung: § 87 Abs. 1 Ziffer 6 BetrVG

3. Lage und Verteilung der Arbeitszeit: § 87 Abs. 1 Ziffer 2 BetrVG

4. Ordnung im Betrieb: § 87 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG

D. Mitbestimmung des Betriebsrates

Wobei hat der Betriebsrat mitzubestimmen?

1. Regelungen zur Durchführung der Tests
2. Auswahl des zu testenden Personenkreises
3. Testfrequenz
4. Anzahl der erforderlichen Tests
5. Umgang mit Testergebnissen
6. ...



D. Mitbestimmung des Betriebsrates

Kann der Betriebsrat verpflichtende Tests erzwingen?

1. Soweit es sich aufgrund der betrieblichen Situation um eine erforderliche Maßnahme des Gesundheitsschutzes handelt, kann eine Testpflicht über eine Einigungsstelle im Einzelfall im Rahmen von § 87 Abs. 1 Ziffer 7 BetrVG i. V. m. § 3 ArbSchG erzwungen werden
2. Die Einigungsstelle entscheidet im Rahmend des MBR nach billigen Ermessen unter Abwägung der Interessen des Unternehmens und der Arbeitnehmer. Frage des Einzelfalls und der betrieblichen Situation, bei der folgende Aspekte eine Rolle spielen:
 - Wirtschaftliche Vertretbarkeit für Unternehmen
 - Infektionsgeschehen im Betrieb und Umgebung
 - Konkrete Infektionsgefahr
 - Art der Tests und Schwere des Eingriffes
 - Handlungsalternativen

F. Datenschutz

Erhebung sensibler Gesundheitsdaten benötigt Rechtsgrundlage (Art. 9 DS-GVO)

- Für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses zulässig, wenn sie (...) zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht **erforderlich** ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das **schutzwürdige Interesse der betroffenen Person** an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt (Art. 9 Abs. 1 DS-GVO i. V. m. § 26 Abs. 3 BDSG)
- Betriebsvereinbarung als datenschutzrechtliche Eingriffsnorm möglich

Besondere Schutzmaßnahmen zur Datensicherheit (Art. 32 DS-GVO)

Speicherbegrenzung (Art. 17 DS-GVO)

- Speicherdauer: Nur solange der Zweck des Testes dies erfordert
- Zweck ist die Feststellung, ob eine COVID-Infektion vorliegt: sofortige Löschung?!
- Bei Tests in Schulen: Aufbewahrungsfrist von zwei Wochen
- für Handwerk, Dienstleistungsgewerbe und Heilberufe Aufbewahrungsfrist von Selbsttests des dort tätigen Personals für jeweils eine Woche vor (§ 12 Abs. 2 Corona-SchVO NRW)



E. Eckpunkte einer Betriebsvereinbarung

1. Testpflicht oder Freiwilligkeit?
2. Erfasster Personenkreis?
3. Häufigkeit der Tests?
4. Wo und von wem wird getestet?
5. Umgang mit positiven Tests
6. Umgang mit „Testverweigerern“?
7. Arbeitszeit und Kosten der Tests
8. Information und Unterweisung der Mitarbeiter
9. Überprüfung der Erforderlichkeit einer Testpflicht
10. Laufzeit
11. Datenschutz

MUSTER: Betriebsvereinbarung zur Einführung von verpflichtenden COVID-19 Schnelltests

Vielen Dank für Eure Aufmerksamkeit!



**Kanzlei Gaidies Heggemann und Partner
Mönckebergstraße 17
20095 Hamburg**

**Tel.: 040 – 280 886 14
sitek@gsp.de
www.gsp.de.de**