

Kanzlei Stähle – Newsletter zur Corona-Testpflicht im Betrieb



Testpflicht in Betrieben (2. Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2- Arbeitsschutzverordnung)

Testhäufigkeit

Arbeitgeber sind verpflichtet, den Mitarbeitern, die nicht im Home-Office tätig sind, einmal in der Woche und den Mitarbeitern, die häufig wechselnden Kontakt mit anderen Personen haben, personennahe Dienstleistungen anbieten oder mit Personen arbeiten, welche selbst keinen Mund-Nasen-Schutz tragen müssen, zweimal pro Woche einen Corona-Test anzubieten (§ 5 Abs. 1, 2 der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung).

Klaus Stähle
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Filip Bork
Rechtsanwalt

Belziger Straße 74
10823 Berlin
Tel.: (030) 853 50 65
Fax: (030) 853 44 33
E-Mail:
info@kanzlei-staehle.de
www.kanzlei-staehle.de



Kooperationspartner:
www.anwaelte-kooperation.de

Bahnverbindungen:
U 4, U-Bhf
Rathaus Schöneberg

Busverbindungen:
M46, 104,
Rathaus Schöneberg

Testart

Bei der praktischen Umsetzung stellt sich die Frage, ob Rachentests oder besser Selbsttests, die im vorderen Nasenbereich ausgeführt werden, zur Verfügung gestellt werden. Beschafft werden müssen diese auf Kosten des Arbeitgebers.

Da Rachentests von Fachpersonal durchgeführt werden sollten, empfiehlt sich die Anschaffung von vereinfachten Schnelltests für den vorderen Nasenbereich.

Anordnung oder Freiwilligkeit

Sodann stellt sich die Frage, ob die Mitarbeiter zur Durchführung der Tests verpflichtet sind, also auch entsprechend angewiesen werden können. Die Verordnung spricht lediglich von einem Angebot an die Arbeitnehmer. Eine Verpflichtung für die Arbeitnehmer, den Test durchzuführen, ergibt sich hieraus nicht. Es fragt sich daher, ob der Arbeitgeber die Testung anordnen darf.

Dies könnte unter zwei Aspekten verneint werden: Ist die Testung ein weitreichender Eingriff in die persönliche Integrität, also ein körperlicher Eingriff oder verletzt er das Persönlichkeitsrecht des Mitarbeiters, so kann er dies verweigern. Bei einem Corona-Rachentest könnte man über einen körperlichen Eingriff diskutieren. Bei einem Corona-Schnelltest lediglich im vorderen Nasenbereich ist der Eingriff so marginal, dass eine Weigerung des Arbeitnehmers wohl rechtswidrig ist und daher auch mit Abmahnung und im Wiederholungsfall auch mit Kündigung sanktioniert werden könnte. Hat der Mitarbeiter mit anderen zusammenzuarbeiten, ist es Sache des Arbeitgebers, auch für den präventiven Gesundheitsschutz der anderen zu sorgen. Darüber hinaus hat der Arbeitgeber auch für den Gesundheitsschutz der Kunden Sorge zu tragen. Da eine Corona-Erkrankung mit einer Wahrscheinlichkeit von 75 % bei Durchführung des Tests durch einen Laien erkannt wird und damit sich Gefahren für Mitarbeiter und Kunden drastisch reduzieren, ist die Anweisung nicht ermessensfehlerhaft und kann daher auch im Zweifel sanktioniert werden, wenn der Mitarbeiter sich nicht daran hält. Wenn der Mitarbeiter ohne sachlichen Grund die Mitwirkung beim Selbsttest verweigert und er deshalb nicht beschäftigt werden kann, z. B. weil Home-Office nicht möglich ist, können nicht nur arbeitsrechtliche Sanktionen wie Abmahnung und Kündigung drohen, sondern

auch die Zahlung der Vergütung verweigert werden, da der Mitarbeiter dauerhaft eine sog. Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt und er daher nicht eingesetzt werden kann.

Praktische Anweisung zum Selbsttest

Sodann fragt sich, wie die Anweisung zum Selbsttest praktisch umgesetzt wird.

Die Verordnung schließt nicht aus, dass Mitarbeiter sich außerhalb des Betriebs testen. Für den Arbeitgeber ist lediglich entscheidend, dass er die Tests anbietet und zum Schutz der Belegschaft und der Kunden auch den Nachweis erlangt, dass die Tests durchgeführt wurden. Am einfachsten gibt der Arbeitgeber seinen Mitarbeitern die Tests mit nach Hause und legt zwei Tage fest, z. B. Montag und Mittwoch, an welchen die Mitarbeiter sich bereits zu Hause dem Test unterziehen sollen. Er kann verlangen, dass zur Dokumentation der Teststreifen mit dem aktuellen Datum versehen und vom Mitarbeiter per Smartphone abfotografiert wird. Am besten gibt man den Mitarbeitern auch noch eine schriftliche Anweisung mit, wonach sie an den beiden Tagen entsprechende Tests durchzuführen, diese mit Datum zu versehen und zu fotografieren haben. Die mitgeführte Anweisung in Verbindung mit dem aktuellen Foto kann den Mitarbeitern auch gegenüber Dritten den Nachweis der Corona-Freiheit für ein oder zwei Tage ermöglichen.

Testzeit = Arbeitszeit?

Selbstverständlich kann nicht ausgeschlossen werden, dass besonders „clevere“ Arbeitnehmer auf den Gedanken kommen, dass die Zeiten schließlich bezahlt werden müssten und sie ansonsten nicht zu Hause für den Arbeitgeber Testzeit aufwenden. Formal ist der Mitarbeiter im Recht. Die angewiesenen Tests sind Arbeitszeit. Da es aber Unsinn ist, die Mitarbeiter erst im Betrieb zu testen, um dann zu erfahren, dass sie Corona-positiv sind, also mittlerweile schon die ersten Mitarbeiter im Betrieb angesteckt haben und außerdem die Vergütung des 15-minütigen Aufwands für die Durchführung des häuslichen Tests unsinnig ist, da der Mitarbeiter nicht 15 Minuten den Teststreifen beobachten muss, sondern in dieser Zeit auch anderen Verrichtungen nachgehen kann, sollten den Mitarbeitern stattdessen großzügig mehr Tests zur Verfügung gestellt werden,

um diese dann beispielsweise auch aus einem privaten Grund oder für den/die PartnerIn nutzen zu können.

Aus Umfragen ist bekannt, dass nur die wenigsten Arbeitnehmer kleinkariert auf das Testangebot reagieren. Die meisten sind über die Zurverfügungstellung der Tests eher dankbar.

Dokumentation

Bleibt noch der Hinweis, dass der Arbeitgeber den Beleg über die Beschaffung der Tests sowie die Dienstanweisung an die Beschäftigten vier Wochen aufzubewahren hat (§ 5 Abs. 3). Das Ergebnis der Testungen interessiert die Behörde nicht. Den Arbeitnehmern sollte aber in der Anweisung auch mitgeteilt werden, dass sie für den Fall eines positiven Tests unverzüglich einen PCR-Test durchführen und ärztlichen Rat einholen sollen.



gez. Klaus Stähle

Rechtsanwalt

Fachanwalt für Arbeitsrecht