

## **Arbeitsrechtliche Fragestellungen hinsichtlich der Coronavirus-Testverordnung (TestV) für Pflegeeinrichtungen**

Seit dem 15. Oktober 2020 gilt die neue Coronavirus-Testverordnung. Diese ermöglicht Pflegeeinrichtungen die selbstständige Durchführung von Schnelltests. Die TestV regelt grundsätzlich nur den Anspruch von asymptomatischen Personen auf eine Testung in Bezug auf das Corona-Virus. Eine Testpflicht der Arbeitnehmer formuliert diese nicht. Daher stellen die Tests zunächst einmal ein freiwilliges Angebot dar. Doch was, wenn sich ein Arbeitnehmer weigert, das Testangebot wahrzunehmen? Darf ein Arbeitgeber die Durchführung von Schnelltests (PoC-Antigen-Tests) verpflichtend anordnen?

Ziel der Testverordnung ist es, nicht nur umfassender als bisher, sondern auch einfacher insbesondere Personengruppen zu testen, bei denen noch keine Symptome für das Vorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorliegen, bei denen aber dennoch eine Infektion naheliegend erscheint oder bei denen eine hohe Gefahr besteht, dass sie oder andere Personen in ihrem Umfeld bei einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besonders gefährdet wären.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Durchführung von Schnelltests verpflichtend angeordnet werden kann, sind einerseits die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern und andererseits das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers, in das nicht unberechtigt eingegriffen werden darf, gegeneinander abzuwägen. Letztlich hängt die jeweilige Anordnung von den maßgeblichen Umständen des Einzelfalls ab. Gerichtliche Entscheidungen zu der Thematik liegen noch nicht vor, sodass die Fragestellung bisher gerichtlich nicht beantwortet wurde. Entsprechend vorsichtig sind die hier getätigten Empfehlungen und rechtlichen Einschätzungen zu behandeln.

Diese Arbeitshilfe soll dazu dienen, die Möglichkeiten und Grenzen, insbesondere vor dem Hintergrund der neuen Testverordnung, aufzuzeigen.

### **I. Allgemein**

Der Arbeitgeber kann die Durchführung verpflichtender Schnelltests anordnen, sofern er hieran ein berechtigtes Interesse hat und dieses Interesse das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Unversehrtheit des Mitarbeiters überwiegt. Dies ist anhand einer umfassenden Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles zu prüfen.

Danach ist die verpflichtende Anordnung eines Schnelltests regelmäßig dann rechtmäßig, wenn Anhaltspunkte für einen begründeten Corona-Verdacht bestehen. In einem solchen Fall müssen auch die anderen Mitarbeiter geschützt werden. Wahllos dürfen Arbeitgeber jedoch keine Tests einseitig anordnen.

So kann das berechnigte Interesse des Arbeitgebers an der Durchföhrung eines Schnelltests die geschützten Interessen des Arbeitnehmers überwiegen, wenn der Arbeitnehmer besonderen Ansteckungsrisiken ausgesetzt war. Ein solches berechnigtes Interesse war in der Vergangenheit bei Reiserückkehrern aus Risikogebieten bejaht worden, wenn der Arbeitnehmer an Orten mit erhöhtem Reise- und Publikumsverkehr wie Flughäfen und Bahnhöfen zugegen war.

Das berechnigte Interesse des Arbeitgebers kann auch dann überwiegen, wenn aufgrund der konkreten Situation ein deutlich höheres Ansteckungsrisiko besteht und die in Rede stehende Erkrankung sich durch ein besonders hohes Ansteckungsrisiko auszeichnet.

Bei der Bewertung der bestehenden Möglichkeiten ist zu differenzieren, ob bereits eine Infektion aufgetreten ist oder ob eine Testung zur Verhütung einer Infektion erfolgen soll.

## **II. Testungen nach Auftreten von Infektionen**

Ein berechnigtes Interesse besteht jedenfalls bei einem begründeten Corona-Verdacht. Ein Verdacht ist begründet, wenn nach den Testkriterien des RKI ([https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Teststrategie/Testkriterien\\_Herbst\\_Winter.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Teststrategie/Testkriterien_Herbst_Winter.html)) ein hinreichend klinisches Bild vorliegt und/oder ein epidemiologischer Zusammenhang zu einem Infektionsgeschehen oder einer vulnerablen Gruppe besteht. Danach ist ein Test durchzuführen, wenn **mindestens eines** der folgenden Kriterien erfüllt ist:

- Schwere respiratorische Symptome (beispielsweise durch akute Bronchitis oder Pneumonie, Atemnot oder Fieber)
- Akute Hypo- oder Anosmie bzw. Hypo- oder Ageusie (Störung des Geruchs- und Geschmackssinns)
- Ungeklärte Erkrankungssymptome und Kontakt (Kontaktperson 1. Grades) mit einem bestätigten COVID-19-Fall)
- Akute respiratorische Symptome jeder Schwere UND
  - a. Tätigkeit in der Pflege
  - ODER
  - b. weiterhin enger Kontakt zu vulnerablen Gruppen/Risikopatienten (Tätigkeit).

Das bedeutet: Pflegekräfte haben regelmäßig Anspruch auf einen Test, wenn sie die oben genannten Symptome zeigen; dann auch nicht nur auf eine Testung mit Schnelltests, sondern als PCR-Tests durch das Gesundheitsamt/Ärzte.

Soll der Test eine akute Infektion nachweisen, ist die verpflichtende Anordnung durch den Arbeitgeber zur Durchführung eines Tests zulässig. Auch für den Fall, dass im Betrieb Corona-Fälle vorgekommen sind oder wenn sich der Betrieb in der Nähe eines Infektionsherdes befindet, sind Schnelltests auf Krankheitszeichen eine nach Art. 6 Absatz 1 lit. c), f) Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) zulässige Präventionsmaßnahme.

Eine Weigerung kann in diesem Fall arbeitsrechtlich sanktioniert werden, indem der Arbeitnehmer/die Arbeitnehmerin bis zur Abklärung einer Infektion ohne Vergütungsanspruch von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt wird. Die Weigerung einer Testung kann auch

disziplinarisch sanktioniert werden, zum Beispiel durch Ausspruch einer Ermahnung beziehungsweise Abmahnung.

### **III. Testungen zur Verhütung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2**

Fraglich ist, ob Arbeitgeber die Durchführung auch verpflichtend zur Verhütung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 anordnen dürfen, wenn also eine Infektion noch nicht aufgetreten ist. Ein berechtigtes Interesse für Arbeitgeber in der Pflegebranche kann grundsätzlich auch für diesen Fall durch den Erlass der Coronavirus-Testverordnung hergeleitet werden, für die der Verordnungsgeber einen Anspruch auf Testung in diesen Fällen normiert hat.

Das berechtigte Interesse sollte der Arbeitgeber dann im Rahmen eines einrichtungs- oder unternehmensbezogenen Testkonzepts zur Verhinderung der Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 zum Ausdruck bringen. Wir weisen in dem Zusammenhang auf die Arbeitshilfe des bpa zur Coronavirus-Testverordnung hin und dort insbesondere auf das Mustertestkonzept zur Testung auf SARS-CoV-2 für ambulante und stationäre Pflegeeinrichtungen sowie für Angebote zur Unterstützung im Alltag (Anlage 1 der bpa-Arbeitshilfe Corona-Testverordnung). Sofern eine Testverpflichtung gewollt ist, sollte im Konzept von den Arbeitnehmern in den von der Testverordnung genannten Fällen (§§ 3, 4 TestV) eine Testung verlangt werden. Ohne das Vorliegen eines entsprechenden Testkonzepts besteht in den vorbeugenden Fällen jedenfalls keine Testpflicht für asymptomatische Personen. Gleiches gilt für Fälle, in denen gemäß § 4 Absatz 1 Satz 1 TestV der öffentliche Gesundheitsdienst eine Testung mittels Antigentests verlangt.

Ohne das Vorliegen eines Verdachtsfalls darf eine Kontrolle per Schnelltest jedoch nicht einseitig durchgesetzt werden.

Damit entfallen auch arbeitsrechtliche Sanktionierungsmöglichkeiten (Abmahnung, Wegfall des Lohnanspruchs) für den Fall, dass ein Arbeitnehmer trotz eines verpflichtenden Testkonzeptes seines Arbeitgebers eine Testung verweigert. In diesen Fällen werden das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Unversehrtheit des Arbeitnehmers stets überwiegen, sodass das Einverständnis des jeweiligen Arbeitnehmers erforderlich ist.

### **IV. Datenschutz**

Die Anordnung zur Durchführung von Schnelltests ist auch datenschutzrechtlich nur zulässig, wenn die erste Infizierung im jeweiligen Betrieb aufgetreten ist. Art. 6 Absatz 1 lit. c), f) DSGVO erlaubt die Datenverarbeitung zur Erfüllung rechtlicher Verpflichtungen bzw. zur Wahrnehmung berechtigter Interessen. Da die Nachfrage nach dem Aufenthaltsort, Kontakten zu Infizierten oder Symptomen dazu dient, die gesamte Belegschaft sowie die Pflegebedürftigen vor Ansteckungen zu schützen und darüber hinaus auch der Vermeidung einer Betriebsschließung durch die Gesundheitsämter, erfüllt der Arbeitgeber dadurch seine ihm gemäß § 618 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), § 3 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) obliegenden Schutz- und Fürsorgepflichten. Demgegenüber steht das gemäß Art. 2 Absatz 1, Art. 1 Absatz 1 Grundgesetz (GG) geschützte Geheimhaltungsinteresse des

Arbeitnehmers, über seine persönlichen Lebensumstände keine Auskunft zu geben. Dies tritt, soweit es zur Erreichung der Anliegen, die Gesundheit der anderen Beschäftigten (und Pflegebedürftigen) zu schützen und eine Betriebsschließung zu vermeiden erforderlich ist, zurück. Im Einklang mit Art. 6 Absatz 1 lit. f) DSGVO stehen daher die (negativ formulierten) Fragen, dass der Arbeitnehmer keinen Kontakt zu infizierten Personen hatte, sich nicht in einem Risikogebiet aufgehalten hat und keine Symptome aufweist.

Am Coronavirus erkrankte Arbeitnehmer müssen ihren Arbeitgeber entsprechend informieren. Nur so kann der Arbeitgeber Vorsorgemaßnahmen zum Schutz der übrigen Belegschaft treffen und entsprechend der Testverordnung die anderen Mitarbeiter zur Testung verpflichten.

## V. Zusammenfassung

1. Schelltests stellen zunächst ein freiwilliges Angebot dar.
2. Ergänzen Sie Ihren betrieblichen Pandemieplan um ein individuelles Testkonzept und eine Testverpflichtung der Angestellten.
3. Liegt kein begründeter Verdachtsfall für eine Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus vor, bedarf es der Einwilligung des Mitarbeiters in die Durchführung des Schnelltests.
4. Sofern ein begründeter Verdacht (siehe oben unter Punkt II.) vorliegt, ist eine Verpflichtung des betreffenden Mitarbeiters zur Durchführung eines Tests zulässig.
5. Erkundigen Sie sich regelmäßig vor Dienstbeginn bei der Belegschaft, um begründete Verdachtsfälle rechtzeitig zu erfassen und die erforderlichen Maßnahmen einleiten zu können.

Gern stehen wir unseren Mitgliedern für weitere Fragen und Beratungen in Einzelfällen zur Verfügung.

### Impressum

Herausgeber:  
bpa Arbeitgeberverband e.V. – Hauptstadtbüro - Friedrichstraße 147 - 10117 Berlin

Redaktion:  
Gesa von dem Bussche (Justiziarin)  
V.i.S.d.P.:  
Dr. Sven Halldorn (Geschäftsführer bpa Arbeitgeberverband)

Alle Rechte vorbehalten. Diese Arbeitshilfe dient der Information der Mitgliedsunternehmen des bpa Arbeitgeberverbands e.V. Eine darüber hinaus gehende Weitergabe ist ohne schriftliche Genehmigung des bpa Arbeitgeberverbands e.V. nicht gestattet. Die Vervielfältigung dieser Arbeitshilfe oder von Teilen daraus ist ohne schriftliche Genehmigung des bpa Arbeitgeberverbands e.V. nicht gestattet.

Diese Publikation ist lediglich als allgemeine, unverbindliche Information gedacht und kann daher nicht als Ersatz für eine detaillierte und fachkundige Einzelfallberatung