



Corona-Tests stellen einen größeren körperlichen Eingriff dar als kontaktloses Fiebermessen. Bei berechtigtem Interesse des Arbeitgebers können sie angeordnet werden

Neues Virus, neue Fragen

Ob Fiebermessungen vor dem Zutritt ins Unternehmen, Corona-Tests in der Belegschaft oder der korrekte Umgang mit Maskenmuffeln: Was dürfen Arbeitgeber zum **Schutz ihrer Belegschaft** vor dem Coronavirus verlangen und wozu sind sie verpflichtet?

Die Körpertemperatur messen, bevor ein Mitarbeiter das Firmengelände betritt, um Infektionen aufzuspüren und die Gesunden vor Ansteckung zu schützen? Verpflichtende Corona-Tests verlangen? Die Belegschaft zur Impfung zwingen, damit das Geschäft möglichst schnell wieder normal weiterlaufen kann? Erste Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern zu Corona-Maßnahmen sind bereits vor Gerichten verhandelt worden. Und deren Entscheidungen zeigen, dass Arbeitnehmer mit ihrer Klage in zentralen Punkten wenig Aussicht auf Erfolg haben. Denn auf eine einheitliche Formel gebracht, lässt sich an den Urteilen ablesen, dass in der Pandemie berechtigter Infektionsschutz von Richtern höher bewertet wird als die Interessen und Belange einzelner Arbeitnehmer. Die juristische Lage bewertet der Fachanwalt für Arbeitsrecht Professor Dr. Michael Fuhlrott von der Hamburger Kanzlei FHM Rechtsanwälte. Er lehrt Arbeitsrecht an der Hochschule Fresenius.

Darf der Arbeitgeber vor Betriebszutritt Fieber messen?

Arbeitgeber trifft eine Fürsorgepflicht für ihre Mitarbeiter. Mit Covid-19 infizierte Beschäftigte, die krankheitsbedingt ausfallen, stellen damit nicht nur eine finanzielle Belastung für Unternehmen dar, sondern können Infektionsketten im ganzen Betrieb auslösen und damit auch zu einer Stilllegung und Schließung führen. „Teilweise messen Unternehmen daher bei ihren Mit-

arbeitern die Temperatur vor dem Betreten des Betriebs. Mitarbeitern mit erhöhter Temperatur wird dann kein Zutritt zum Betrieb gewährt“, erläutert Arbeitsrechtler Fuhlrott. Diese Mitarbeiter werden sodann regelmäßig durch den Arbeitgeber freigestellt, bis die Symptome abgeklärt sind. „Fiebermessen ist ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers. Gleichzeitig werden dadurch Gesundheitsdaten der Mitarbeiter verarbeitet. Dies ist arbeits- und datenschutzrechtlich nur zulässig, wenn das Interesse des Arbeitgebers das Persönlichkeitsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt.“

Arbeiten die Mitarbeiter eng beisammen und können Sicherheitsabstände aufgrund der Abläufe nicht immer eingehalten werden, sprechen gute Gründe dafür, dass der Arbeitgeber eine solche Messung einseitig auch gegen den Willen des Arbeitnehmers anordnen darf. „Besteht ein Betriebsrat, ist dieser allerdings bei der Maßnahme zu beteiligen. Auch müssen die Ergebnisse der Fiebermessung sogleich nach der Zutrittsgewährung gelöscht werden“, so Fuhlrott. Einem Arbeitnehmer, der sich unter diesen Umständen einer Temperaturmessung verweigert, dürfte der Zutritt zum Betrieb verwehrt werden. Auch eine Lohnfortzahlung erhalte dieser dann nicht.

Sind verpflichtende Corona-Tests zulässig?

Einen weitaus intensiveren Eingriff als Fiebermessungen stellen hingegen Corona-Tests dar.

Anders als Fiebermessungen können diese nicht kontaktlos erfolgen, sondern setzen einen geringen körperlichen Eingriff in Form eines Abstrichs in Nase oder Rachenraum voraus. „Verpflichtende Corona-Tests sind von der Eingriffsintensität weitaus höher zu beurteilen als reine Fiebermessungen“, kommentiert Fuhlrott. Sie könnten aber zulässig sein, wenn der Arbeitgeber ein besonderes berechtigtes Interesse nachweisen kann.

Verpflichtende PCR-Tests sah ein Unternehmen im Raum Offenbach vor, das mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung darüber abgeschlossen hatte. Ein Arbeitnehmer widersetzte sich der Testpflicht. Er sah durch den invasiven Eingriff seine körperliche Unversehrtheit verletzt, wie das Arbeitsgericht Offenbach in seiner Pressemitteilung vom 4. Februar 2021 über ein laufendes Eilverfahren vor der 4. Kammer berichtete. Der klagende Arbeitnehmer war aber nicht erfolgreich.

„Dem Arbeitgeber obliegt eine Schutzpflicht für seine Beschäftigten. Ordnet der Arbeitgeber Tests verpflichtend an, so dürfte dies eine zulässige Maßnahme darstellen“, erläutert Fuhlrott. Eine Testpflicht sei auch denkbar, wenn sich der Arbeitnehmer zuvor in einem Risikogebiet aufgehalten habe.

Auch bestimmte landesrechtliche Vorschriften können Arbeitnehmer zu Tests verpflichten. So verweist der Arbeitsrechtler Fuhlrott auf Sachsen

oder Berlin, wo sich Beschäftigte mit direktem Kundenkontakt zwingend testen lassen müssen.

Müssen Unternehmen Schnelltests anbieten?

Nachdem es im März mit der Selbstverpflichtung der Unternehmen nicht so geklappt hatte, wie von der Bundesregierung gewünscht, wird die Testangebotspflicht nun sogar gesetzlich verankert. Am 13. April hat das Bundeskabinett außer dem Gesetzesentwurf zur bundeseinheitlichen „Notbremse“ auch eine Änderung der Corona-Arbeitsschutzverordnung beschlossen. Diese wird im Wege einer Rechtsverordnung geregelt, die die Bundesregierung ohne Zustimmung des Bundesrates erlassen kann. Zum Druckunterlagenschluss dieser Ausgabe war das Inkrafttreten für die Kalenderwoche 16 zu erwarten.

Die geänderte Regelung in § 5 Abs. 1 der Sars-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung verpflichtet Arbeitgeber nunmehr dazu, ihren Beschäftigten mindestens einmal pro Kalenderwoche einen Test anzubieten, sofern diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten.

Berufsgruppen mit spezifischem Risiko ist gemäß § 5 Abs. 2 der Arbeitsschutzverordnung zweimal wöchentlich ein Test anzubieten. Dies gilt etwa für Beschäftigte, die zum Beispiel betriebsbedingt häufig in wechselnden Kontakt mit anderen Personen treten müssen. „Da detaillierte Berufsgruppen nicht genannt sind, ist durch den Arbeitgeber jeweils zu prüfen, ob seine Arbeitnehmer unter die Regelung für die erweiterte Testpflicht fallen“, so Fuhlrott.

Die gesetzlichen Regelungen sehen hingegen keine Testpflicht vor. Danach können Mitarbeiter weiterhin freiwillig entscheiden, ob sie das Testangebot annehmen möchten oder nicht: „Es handelt sich daher um eine Testangebotspflicht für Unternehmen, keine Testpflicht für die Be-

DER ARBEITGEBER KANN MITARBEITER NICHT ZUR CORONA-IMPfung ZWINGEN, WENN ES KEINE GESETZLICHE IMPFPFLICHT GIBT

schäftigten“, stellt Fuhlrott klar. Die Kosten für die Tests sind von den Arbeitgebern zu tragen.

Was ist bei der Durchführung von Tests und deren Dokumentation im Unternehmen zu beachten?

Der organisatorische Aufwand für Tests im Unternehmen dürfe nicht unterschätzt werden, mahnt Fuhlrott. Nach der Arbeitsschutzverordnung müssen Arbeitgeber die Nachweise über die Beschaffung von Tests oder entsprechende Vereinbarungen mit Dritten über die Testungen hinaus vier Wochen aufbewahren (§ 5 Abs. 3).

„Besteht ein Betriebsrat, muss dieser bei der Durchführung der Tests eingebunden werden. Auch die gewünschte Dokumentation des Testergebnisses durch die Arbeitgeber bringt datenschutzrechtliche Fragen mit sich, da es sich hierbei um die Verarbeitung besonders geschützter Gesundheitsdaten handelt“, führt der Jurist aus.



Arbeitsrechts-Experte Professor Dr. Michael Fuhlrott

Bei einer Dokumentation der Ergebnisse muss der Arbeitgeber zudem geeignetes Personal für die Testungen vorhalten oder externe Anbieter hinzuziehen.

Wie ist die Testzeit arbeitsrechtlich zu bewerten?

Streit dürfte auch hinsichtlich der Frage aufkommen, ob die Zeit für Tests vergütungspflichtige Arbeitszeit darstellt. „Solange die Tests vom Arbeitgeber nicht angeordnet werden, wird es sich nicht um vergütungspflichtige Arbeitszeit handeln. Denn die Tests erfolgen nicht ausschließlich fremdnützig im Interesse des Arbeitgebers, sondern jedenfalls auch im eigenen Interesse des Arbeitnehmers“, erklärt der Fachanwalt. „Daher dürfte für Testungen aufgewandte Zeit keine Arbeitszeit darstellen“, so Fuhlrotts rechtliche Einschätzung.

Kann einem Arbeitnehmer der Zutritt zur Arbeit verweigert werden, wenn er keine Maske trägt?

Darf ein Arbeitnehmer seiner Arbeit nachgehen, wenn er sich – auch aus gesundheitlichen Gründen – weigert, eine Maske zu tragen und ein ärztliches Attest vorlegt, das ihm dieses bescheinigt? Ende letzten Jahres hatte sich das Arbeitsgericht Siegburg (Urteil vom 16.12.2020, Az.: 4 Ga 18/20) mit der Beschäftigungspflicht eines Arbeitnehmers zu befassen, der aufgrund eines ärztlichen Attests seine Arbeit ohne Maske oder Gesichtsvision verrichten wollte. Auch dort

hatte der Arbeitgeber die Beschäftigung des Arbeitnehmers aus Gründen des Schutzes von weiteren Arbeitnehmern und Kunden abgelehnt und den Arbeitnehmer nach Hause geschickt.

Hiergegen hatte sich der Arbeitnehmer zur Wehr gesetzt und über eine einstweilige Verfügung beantragt, ihm die weitere Tätigkeit vor Ort ohne Maske oder Gesichtsvision zu gestatten. Das Gericht gab auch hier dem Arbeitgeber Recht. „Selbst in Fällen, in denen ein Arbeitnehmer aus medizinischer Indikation keine Mund-Nasen-Bedeckung oder ein Gesichtsvision zu tragen braucht, kann der berechtigte Infektionsschutz für übrige Mitarbeiter und Besucher das Beschäftigungsinteresse des Einzelnen überwiegen. Der Arbeitnehmer darf dann dem fraglichen Mitarbeiter den Zutritt zur Arbeit verwehren“, erläutert Fuhlrott.

Kann der Arbeitgeber eine Corona-Impfung verlangen?

Die durch das Bundesgesundheitsministerium erlassene „Verordnung zum Anspruch auf Schutzimpfung gegen das Coronavirus SARS-CoV-2“ sieht keine Impfpflicht vor. „Die Anordnung einer solchen gesetzlichen Impfpflicht für ‚jedermann‘ wäre rechtlich aber grundsätzlich möglich“, meint Fuhlrott mit Verweis auf das Infektionsschutzgesetz (IFSG). Dieses erlaubt etwa in § 20 Abs. 6 S. die Anordnung einer Impfpflicht, wie sie im vergangenen Jahr beispielsweise für Schüler bei Masern eingeführt wurde.

Da nach dem aktuellen Stand der politischen Diskussion die Einführung einer solchen allgemeinen Impfpflicht gegen Corona aber nicht beabsichtigt ist, würden auch Arbeitgeber ihre Mitarbeiter nicht zu einer Impfung verpflichten können, so der Rechtsanwalt.

Zwar sei es einem Arbeitgeber durch das arbeitgeberseitige Direktionsrecht gemäß § 106 Gewerbeordnung (GewO) erlaubt, Vorgaben für Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung zu machen. Dies gelte aber nur, soweit dem gesetzliche Vorgaben nicht entgegenstünden.

Der Arbeitgeber habe zwar auch gegenüber seinen Mitarbeitern eine Schutz- und Fürsorgepflicht, die sich unter anderem aus dem Arbeitsschutzgesetz ergebe. Danach könne ein Unternehmen in besonderen Situationen wie der vorliegenden etwa seine Mitarbeiter bei Urlaubsrückkehr nach einem Aufenthalt in einem Risikogebiet befragen. „Das Direktionsrecht stellt aber keine Rechtfertigung zur Anordnung von Impfungen dar. Impfen oder nicht ist kein dienstliches Verhalten, und der Arbeitnehmer ist in seinem außerdienstlichen Verhalten grundsätzlich frei“, so der Arbeitsrechtler.

Ist bei Impferweigerung eine Kündigung denkbar?

Nur im Einzelfall könnte impfunwilligen Arbeitnehmern eine personenbedingte ordentliche Kündigung drohen. Denkbar ist dies in Einrichtungen, die Kontakt zu besonders vulnerablen Personengruppen haben, wie etwa Pflegepersonal in Altenpflegeheimen oder auf Intensivstationen. Wenn zum Beispiel der Einsatz nicht geimpfter Arbeitnehmer eine hohe Gesundheitsgefahr darstellt, wird ein Arbeitgeber ungeimpfte Arbeitnehmer womöglich nicht mehr beschäftigen können. Ist eine Beschäftigung aufgrund des Wegfalls der persönlichen Eignung nicht mehr möglich, kommt nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts eine personenbedingte Kündigung unter Wahrung der Kündigungsfrist in Betracht. Der Arbeitgeber müsse zuvor aber prüfen, ob die Person nicht mit einer anderen Tätigkeit betraut werden könne, bei der das Bestehen eines Impfschutzes nicht zwingend nötig sei. „Eine personenbedingte Kündigung kann in letzter Konsequenz aber möglich sein, wenn adäquate andere Tätigkeiten nicht vorhanden sind“, so Fuhlrott. Er geht davon aus, dass derartige Fälle die Arbeitsgerichte in diesem Jahr noch beschäftigen werden. mp