

PANDEMIE

FAQ-Fragen zur Impfpflicht, Kantinenverboten, Selbsttests, Impf-Prämien, Luca-App und Co.

| Die Impfungen sind angelaufen. In der zweiten Jahreshälfte sollen viele ArbN die Möglichkeit erhalten, sich impfen zu lassen. Zudem werden im Rahmen der nationalen Teststrategie Unternehmen stärker in die Pflicht genommen. So müssen ArbG ab dem 20.4.21 kostenlos Corona-Tests zur Verfügung stellen. Bereits im Vorfeld stellen sich hier viele arbeitsrechtliche Fragen. Nachfolgend haben wir für Sie in FAQ-Art die wohl derzeit wichtigsten Fragen zusammengefasst. |

1. Fragen zur Impfung

a) Darf der ArbG zur Impfung zwingen?

Da es keinen Impfzwang kraft Gesetzes gibt, kann der ArbG gegen den Willen des ArbN die Impfung an sich wohl auch nicht kraft Direktionsrechts durchsetzen.

b) Kann während der Arbeitszeit geimpft werden?

Hier gelten die Grundsätze zum normalen Arztbesuch. Der Arztbesuch ist grundsätzlich Privatsache und soll daher außerhalb der Arbeitszeit stattfinden. Nur in Ausnahmen haben ArbN einen Anspruch auf Freistellung. Solange die Impfzentren feste Impfterminzeiten vorgeben, kann von einer solchen Ausnahme ausgegangen werden. Das könnte sich ändern, wenn die Hausärzte impfen. Hier ist noch nicht deutlich, ob es sich dann auch um feste Impftermine handelt. Erhält der ArbN einen festen Termin, hat er einen Anspruch auf eine bezahlte Freistellung. In Arbeits- und Tarifverträgen kann diese auf § 616 BGB beruhende Regelung aber ausgeschlossen werden.

c) Darf der ArbG mit einem „Impf-Bonus“ locken?

Gegen einen finanziellen Anreiz des ArbG ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Wichtig ist allerdings, dass in Unternehmen mit einem Betriebsrat dieser bei Zahlung eines solchen Betrags, ein Mitbestimmungsrecht bezüglich des Gesundheitsschutzes und der betrieblichen Lohngestaltung hat.

d) Kann der ArbG ein „Kantinenverbot“ für Nichtgeimpfte aussprechen?

Grundsätzlich verbietet das Maßregelungsverbot eine Ungleichbehandlung. Andererseits gibt es die Fürsorgepflicht des ArbG gegenüber allen ArbN hinsichtlich der Ansteckungsgefahr. Es wird daher auf die Pandemiesituation und die Umstände des Einzelfalls im Betrieb ankommen.

e) Müssen Geimpfte Masken tragen?

Davon ist zum jetzigen Kenntnisstand wohl auszugehen, denn auch Experten können derzeit nicht mit 100-prozentiger Sicherheit sagen, dass Geimpfte das Virus nicht doch übertragen können.

Grds. zurzeit wohl Anspruch auf Freistellung zur Impfung

Pandemiesituation und betriebliche Umstände entscheidend

f) Darf der ArbG fragen, wer geimpft ist?

Hier kommt es auf die Einzelheiten an, denn grundsätzlich darf der ArbG nur solche Informationen erfragen, an denen er ein legitimes Interesse hat. Da es keine Impfpflicht gibt, existiert auch ein solches Interesse nicht. Etwas anderes kann aber gelten, wenn die ArbN mit Personen in Kontakt kommen, die besonders gefährdet sind.

Frage nach Impfung wohl nur in Sonderfällen legitim

g) Haben Geimpfte einen „vorrangigen“ Anspruch auf Sommerurlaub?

Nein. Nach den bisher geltenden Maßstäben ergibt sich die zeitliche Festlegung des Urlaubs und der Urlaubswünsche aus den Maßstäben des § 7 Abs. 1 BUrlG. Die Rangfolge der Urlaubsgewährung kann sich bei überschneidenden Wünschen nicht nach der Impfreihenfolge, sondern nach sozialen Gesichtspunkten richten.

h) Kann der ArbG „impfunwillige“ ArbN verhaltensbedingt kündigen?

Dies setzt zunächst einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund nach § 1 Abs. 2 KSchG voraus. Ein solcher ist denknotwendig nur gegeben, wenn zum einen die entsprechende Weisung des ArbG, sich impfen zu lassen, zulässig und für den ArbN bindend ist und zum anderen der ArbN darüber hinaus eindeutig erklärt hat, sich unter keinen Umständen impfen lassen zu wollen. In den meisten Arbeitsverhältnissen wird es bereits an der Zulässigkeit der zwingenden Anordnung einer Impfpflicht durch den ArbG fehlen. Darüber hinaus setzt die Wirksamkeit der Kündigung in den meisten Fällen den Ausspruch einer vorherigen einschlägigen Abmahnung voraus. An dieser wird es in der Praxis oft fehlen.

Sehr hohe Hürden bei Kündigung wegen Impfverweigerung

Auch eine bei der verhaltensbedingten Kündigung stets erforderliche Interessenabwägung wird nur bei Arbeitsverhältnissen, bei denen die Impfung quasi arbeitsnotwendig ist, um überhaupt eine Arbeitsleistung erbringen zu können, zulasten des ArbN ausfallen. Falls jedoch ausnahmsweise diese Voraussetzungen gegeben sind, also die Weisung des ArbG zur Impfung wirksam ist, und dem ArbN durch die Abmahnung sein Fehlverhalten klar vor Augen geführt worden ist, ist bereits das Agitieren gegen arbeitgeberseitige Impfeempfehlungen bzw. Impfvorgaben möglicherweise kündigungsrelevant.

2. Fragen zum Testen**a) Was hat das Bundeskabinett am 13.4.21 beschlossen?**

ArbG werden dazu verpflichtet, ihren ArbN – die nicht ausschließlich im Homeoffice arbeiten – einen Corona-Test pro Woche anzubieten. Zwei verpflichtende Testangebote pro Woche soll es geben bei Personen,

- die direkten Körperkontakt zu anderen haben oder
- die unter Bedingungen in geschlossenen Räumen arbeiten, die eine Übertragung des Coronavirus begünstigen (zum Beispiel ArbN in Fleischfabriken oder Großraumbüros).

Achtung: ArbG wird bei bestimmten ArbN zu Testangebot verpflichtet

b) Haben auch ArbN, die grundsätzlich im Homeoffice arbeiten, einen Anspruch auf einen Test?

Ja, aber nur, wenn sie ins Büro kommen. Eine Pflicht des ArbG, den ArbN kostenlose Schnelltests nach Hause zu senden, besteht nicht.

c) Was soll der ArbG tun, wenn ein Test positiv ausfällt?

Wenn ein ArbN ein positives Testergebnis aufweist, muss er sich in Quarantäne begeben und zusätzlich einen PCR-Test machen lassen. In NRW beispielsweise besteht sogar die Pflicht, nach einem positiven Schnell- oder Selbsttest unverzüglich eine Nachkontrolle durch eine PCR-Testung beim Gesundheitsamt durchzuführen.

Bei positivem
Schnelltest:
PCR-Test und
Quarantäne

Und was gilt bis zur Entscheidung der Behörde? Der ArbG wird für diese Zeit den ArbN wohl freistellen müssen. Und der ArbN hat wohl aus § 616 BGB auch einen Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für diese Zeit.

d) Was genau muss der ArbG im Unternehmen zur Verfügung stellen?

Hier kann der ArbG wählen: Er kann seinen ArbN einen Selbsttest zur Eigenanwendung bereitstellen oder einen Rachen-Nasen-Abstrich durch geschultes Personal vornehmen. Auch der Einsatz von PCR-Tests, die exakter, aber auch teurer sind als Antigen-Schnelltests, sind möglich. Viele ArbG bevorzugen derzeit Selbsttests, weil diese praktikabler erscheinen. ArbG können auch zum Beispiel mit Dienstleistern zusammenarbeiten, etwa mit der Apotheke um die Ecke.

Wahlrecht des ArbG

e) Kann der ArbN selbst entscheiden, welche Art Test er machen möchte?

Nein, das entscheidet der ArbG.

Kein Wahlrecht des
ArbN

f) Muss der ArbN die kostenlosen Testmöglichkeiten in Anspruch nehmen?

Nein, der ArbN ist nicht verpflichtet, das Angebot zur Nutzung eines kostenlosen Tests anzunehmen. ArbN dürfen selbst entscheiden, ob sie das Angebot annehmen, oder nicht. Gibt es keinen Anlass dazu, sich als ArbN präventiv testen lassen, brauchen sie das auch nicht zu machen.

g) Kann der ArbG seine ArbN zu einem Corona-Test verpflichten?

Zunächst einmal: Ein Corona-Test ist ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht. ArbN können daher nicht über den Arbeitsschutz zu einem Test gezwungen werden. Es fehlt an einer rechtlichen Grundlage. Zudem ist es dem ArbG nicht zumutbar, seine ArbN dahingehend zu überwachen. Es gibt aber Ausnahmen, zum Beispiel wenn Beschäftigte Corona-typische Symptome aufweisen, in Risikogebieten in Urlaub waren, mit Risikogruppen zusammenarbeiten oder körpernahe Dienstleistungen anbieten. Hier kann der ArbG den ArbN anweisen, einen Corona-Test durchführen zu lassen bzw. selbst durchzuführen.

Keine „Testpflicht“
durch Anweisung
des ArbG

In Berlin und Sachsen sehen die landesspezifischen Infektionsschutzverordnungen zudem vor, dass ArbN mit Kontakt zu Kunden oder Gästen das verpflichtende Testangebot des ArbG annehmen müssen.

h) Was kann der ArbG tun, wenn sich der ArbN der Testpflicht verweigert?

In einem solchen Fall kann der ArbN vom Betriebsgelände verwiesen werden. Zudem verliert er seinen Lohnanspruch für die ausgefallene Arbeitszeit. Im ungünstigsten Fall kann auch eine Abmahnung und – bei einschlägigen Wiederholungen – eine Kündigung in Betracht kommen.

i) Zählt das Testen zur Arbeitszeit?

Der ArbG ist nur verpflichtet, eine Testmöglichkeit anzubieten, die hierfür aufzuwendende Zeit gilt nicht als Arbeitszeit. Kooperiert der ArbG für die Testangebote etwa mit einem externen Testzentrum und muss der ArbN erst dorthin, kann es jedoch sein, dass die Zeit, die der ArbN für den Test aufwendet, als Arbeitszeit gilt und entsprechend vergütet werden muss. Das gilt aber nur, soweit das Testen auf Verlangen des ArbG beziehungsweise der gesetzlichen Vorgaben erfolgt.

Nur Wegezeit
zum Zentrum ist
im Ausnahmefall
Arbeitszeit

j) Kann der ArbG den ArbN anweisen, früher in den Betrieb zu kommen, um getestet zu werden?

Ja, im Rahmen des Weisungsrechts kann der ArbG vom ArbN verlangen, zur Durchführung der Tests früher zur Arbeit zu kommen. Diese Zeit gilt dann als Arbeitszeit und der ArbG muss dann auch die Vorgaben des Arbeitsvertrags, des Arbeitszeitgesetzes und eventueller Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge einhalten. Allein die Notwendigkeit von Tests zwingt den ArbN noch nicht dazu, Überstunden zu machen.

k) Was ist, wenn der ArbG keine Tests anbieten will?

Die Pflicht zum Testangebot ist in der Corona-Arbeitsschutzverordnung enthalten. Verstößt ein ArbG gegen die geltende Verordnung, muss er mit Sanktionen rechnen. Bei Verstößen gegen diese Verordnung können sich ArbN an den Betriebsrat, die Aufsichtsbehörde oder einen Rechtsanwalt wenden.

ArbG muss Pflichten
aus Corona-Arbeits-
schutzVO einhalten

l) Wer trägt die Kosten für den Test?

Die Kosten für die angebotenen Tests müssen die ArbG übernehmen, erklärt das BMAS.

m) Wenn der ArbN im Homeoffice arbeitet, muss er wegen der Testpflicht zurück ins Büro?

Nein. Die bestehenden Regelungen der Corona-Arbeitsschutzverordnung wurden laut BMAS bis zum 30.6.21 verlängert. ArbG sind demnach etwa verpflichtet, weiter Homeoffice anzubieten, wenn die Tätigkeit dies zulässt.

n) Was muss der ArbG dokumentieren?

Die Verordnung sieht keine Dokumentationspflichten vor: ArbG müssen nicht nachhalten, welcher ArbN wann einen Test gemacht hat und welches Ergebnis vorliegt. Sie müssen lediglich die Nachweise über die Beschaffung der Tests vier Wochen lang aufbewahren.

ArbG muss Tests
und Ergebnisse nicht
dokumentieren

o) Was gilt bei den Bescheinigungen durch den ArbG?

Das ist in den einzelnen Bundesländern höchst unterschiedlich geregelt. In NRW beispielsweise dürfen ArbG unter bestimmten Voraussetzungen entsprechende Bescheinigungen ausstellen: Wenn die Testung bei Anwendung von Corona-Schnelltests „durch fachkundiges oder geschultes Personal durchgeführt wird“ oder der ArbG den ArbN Selbsttests zur Verfügung stellt, „die diese unter Aufsicht einer unterwiesenen Person machen und deren Ergebnis dann bestätigt wird.“ Für die Bescheinigungen gibt es Vordrucke. ArbG, die teilnehmen wollen, müssen sich vorab anmelden. ArbG sollten sich nach den aktuellen Regelungen in ihrem jeweiligen Bundesland erkundigen.

3. Fragen zum Verhalten im Unternehmen

a) Müssen ArbN dem ArbG mitteilen, dass sie sich mit Corona infiziert haben oder haben könnten?

Grundsätzlich sind ArbN nicht verpflichtet, den ArbG über ihre Krankheiten zu unterrichten. Im Arbeitsverhältnis gelten aber Rücksichtnahmepflichten gem. § 15 Abs. 1, § 16 Abs. 1 ArbSchG in Verbindung mit § 241 Abs. 2 BGB. Diese verpflichten die ArbN, jede festgestellte unmittelbare erhebliche Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit unverzüglich anzuzeigen. In der Pandemiesituation mit ihren Kontaktbeschränkungen und Hygienemaßnahmen wird ein ArbN daher wohl verpflichtet sein, einen positiven Test und damit eine Infektion mit SARS-CoV-2 zu melden. Diese Meldung hat unverzüglich telefonisch oder in Textform zu erfolgen, da bei positiver Testung automatisch amtlich Quarantäne angeordnet wird. Auch ein positives Testergebnis einer im gleichen Haushalt lebenden Person sollte der ArbN wegen des erhöhten Risikos der eigenen Infektion dem ArbG mitteilen.

ArbN muss Infektion mit SARS-CoV-2 wohl melden

Ist die 2-wöchige Inkubationszeit ohne Symptome abgelaufen, kann eine vom Gesundheitsamt angeordnete Quarantäne wieder aufgehoben werden. In diesem Fall wird man wohl keine zusätzliche Melde-/Anzeigepflicht gegenüber dem ArbG annehmen müssen, da von dem vormals positiv getesteten ArbN kein erhöhtes Gesundheitsrisiko für die Belegschaft mehr ausgeht.

b) Darf ein ArbG danach fragen, ob sich der ArbN in einem Risikogebiet aufgehalten hat oder Kontakt zu positiv getesteten Personen hatte?

Der ArbG ist nach § 618 BGB in Verbindung mit § 3 Abs. 1 ArbSchG verpflichtet, Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu ergreifen, um die Sicherheit und die Gesundheit der Beschäftigten zu gewährleisten. Darum kann er gegebenenfalls einen ArbN nach Hause schicken, wenn er konkrete Anhaltspunkte für eine Infektion mit dem Coronavirus hat. Daher ist er nach dem Urlaub des ArbN zur Frage nach dem Aufenthalt an einem Ort, für den es eine amtliche Reisewarnung des Auswärtigen Amtes gab oder der durch das Robert Koch-Institut (RKI) als Risikogebiet ausgewiesen wurde, berechtigt. Seit dem 15.6.20 werden Risikogebiete durch das RKI ausgewiesen. Hinsichtlich der Datenverarbeitung durch den ArbG besteht eine Dokumentationspflicht gem. § 6 ArbSchG. Auch hat er ein Interesse, Ansprüche gem. § 56 IfSG geltend zu machen.

Berechtigung des ArbG zur Frage nach Urlaub im Risikogebiet

c) Darf der ArbG Videotechnik einsetzen, um die Einhaltung der Abstandsregelungen zu überwachen?

Der Einsatz von Videotechnik kann zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses erforderlich und damit als offene Videoüberwachung gem. § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG gerechtfertigt sein. Dabei ist die Zweckbestimmung, etwa der Einsatz zur Steigerung der Sicherheit der Belegschaft entscheidend. Die Erforderlichkeit hängt von der jeweiligen örtlichen Situation und dem Vorhandensein milderer, gleich effektiver Mittel ab. Solche können das Tragen von Mund-Nasen-Bedeckungen, der Einbau von Zwischenwänden sowie das Sperren bestimmter Versammlungsorte sein. Kann mit diesen Maßnahmen die Arbeitssicherheit gewährleistet werden, dürfte eine Videoüberwachung

Einsatz von Videotechnik oft nicht erforderlich

nicht erforderlich sein. Die Einführung von Videoüberwachungstechnik ist überdies gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtig, da sie zur Verhaltens- und Leistungskontrolle geeignet ist.

Auch bei Sensortechniken, die angeblich ohne Verarbeitung personenbezogener Daten das Einhalten der Sicherheitsabstände unterstützen sollen, muss der ArbG prüfen, ob es sich wirklich um eine anonyme Lösung handelt oder über die Geräte-ID eine lediglich pseudonyme Datenverarbeitung stattfindet.

d) Was ist mit der Videotechnik zur Entdeckung möglicher Infektionen?

Es ist problematisch, ArbN dauerhaft mit Wärmebildern zu erfassen. Ohne konkreten Anlass ist es datenschutzrechtlich nicht zulässig, solche Gesundheitsdaten zu speichern.

Das Thermobild eines ArbN kann eine Ansteckung am Arbeitsplatz auch nicht vermeiden, da die Infektion ja bereits stattgefunden hat. Anderes kann gegebenenfalls beim Eingangsscreening für Betriebe mit besonders gefährdeten ArbN-Gruppen gelten. So hält das RKI Eingangsscreenings vor Veranstaltungen für eine geeignete Präventionsmaßnahme. Auch hier ist es aber in der Regel unzulässig, die Daten zu speichern.

e) Kann der ArbG die Installation der „Luca-App“ anordnen?

Sinn der sogenannten „Luca-App“ ist, die Kontaktdaten der Besucher einer Veranstaltung, eines Restaurants oder Geschäfts schneller für das zuständige Gesundheitsamt zur Verfügung zu stellen. Dabei werden die Kontaktdaten in der App hinterlegt und dann verschlüsselt auf Servern in Deutschland gespeichert. Bei der Registrierung zu einer Veranstaltung werden nicht die Daten übermittelt. Die App generiert einen sich minütlich ändernden QR-Code, der dem entsprechenden Endgerät zugeordnet werden kann. Der Veranstalter speichert den Code und die Aufenthaltsdauer. Tritt ein Infektionsfall ein, werden die betroffenen Personen informiert, die sich zu dieser Zeit mit der infizierten Person auf der Veranstaltung aufgehalten haben. Damit das Gesundheitsamt die Daten lesen kann, müssen sie vom Veranstalter freigegeben werden. Ziel ist es, Kontakte schnell und effektiv zu verfolgen.

Bereits aus diesem Grund ist ein verpflichtender Einsatz der Luca-App im Beschäftigungsverhältnis wohl nicht zulässig. Der ArbG kann durch die allgemeine Arbeitszeit-/Anwesenheitserfassung bereits die Kontaktketten nachvollziehen und hat auch die relevanten Kontaktdaten der ArbN. Auch die Anordnung, die App im privaten Bereich zu nutzen und Treffen zu dokumentieren, überschreitet die Grenzen des Direktionsrechts des ArbG, da diese privaten Treffen keinen konkreten Bezug zum Arbeitsverhältnis haben.

In der Stellungnahme der Datenschutzkonferenz zur Luca-App heißt es, dass die App-Betreiber die identifizierten Risiken der digitalen Kontaktdatenerfassung teilweise behandelt hätten, es allerdings noch weiteren Handlungs- bzw. Anpassungsbedarf gäbe, um den Schutz der betroffenen Personen weiter zu erhöhen.

Erstellung von Wärmebildern der ArbN nur ausnahmsweise

„Luca-App“ soll Nachverfolgung der Gesundheitsämter erleichtern

„Zwang“ zur „Luca-App“ durch ArbG wohl nicht zulässig