

Corona-Testpflicht in Unternehmen

RA, Syndikus-RA, FAArbR Dr. Bastian Bayer, München

Bereits durch die Zweite Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung wurde eine „Testpflicht für Unternehmen“ im Hinblick auf Tests zum direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 (nachfolgend: Corona-Test) eingeführt. Diese Testpflicht wurde jüngst auf zwei Tests pro Woche erweitert. Damit geht jedoch keine Pflicht der Arbeitnehmer einher, solche Tests auch durchzuführen. Verpflichtet werden vielmehr nur Unternehmen, ihren Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, mindestens zwei Corona-Tests pro Woche anzubieten, § 5 SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung.

Vor diesem Hintergrund wird im vorliegenden Beitrag die Frage untersucht, ob Arbeitnehmer zur Gewährleistung eines umfassenden Infektionsschutzes am Arbeitsplatz zur Anwendung von Corona-Tests verpflichtet werden können.

I. Gesetzliche Testpflicht

Wie einleitend bereits dargestellt, folgt aus den Regelungen der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung keine Verpflichtung der Arbeitnehmer, sich vor Zutritt zum Betriebsgelände auf das Coronavirus testen zu lassen. Auch besteht keine Dokumentationspflicht der Unter-

nehmen dahingehend, ob Mitarbeiter diese Corona-Tests auch tatsächlich durchgeführt haben. Ausreichend wäre demnach auch, dass Unternehmen die Tests im Betrieb lediglich bereitstellen oder gar den Mitarbeitern nur nach Hause senden. Von einigen speziellen Regelungen abgesehen (etwa § 9 III 12. BayIfSMV oder § 3 a II Sächs. CoronaSchVO) besteht damit keine gesetzliche Testpflicht.

II. Arbeitsgerichtliche Rechtsprechung zur Testpflicht

Als, soweit ersichtlich, erstes Gericht hat sich das ArbG Offenbach mit einer Testpflicht für Mitarbeiter auf Grundlage einer Betriebsvereinbarung beschäftigt (ArbG Offenbach ArbRAktuell 2021, 255 m. Anm. Schwede).

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren war folgende Regelung einer Betriebsvereinbarung Gegenstand der Entscheidung:

„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 einzelne 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.“

Das Arbeitsgericht lehnte den Antrag des Klägers auf Gewährung von Zutritt zum Werksgelände ohne vorherige Teilnahme an einem Corona-Test oder Vorlage eines solchen bereits wegen Fehlens der besonderen Eilbedürftigkeit ab.

Gleichwohl befasste sich das Gericht auch mit der Regelung in der Betriebsvereinbarung. Das Gericht führt hierzu aus, der Arbeitgeber habe gem. § 618 I BGB sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestatte. Die entsprechende öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers ergebe sich aus § 3 I 1 ArbSchG. Danach müsse der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Umstände, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes treffen. Die Anordnung der Beklagten diene dem Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer. Mit ihr soll vermieden werden, dass sich Mitarbeiter mit dem SARS-CoV-2 Virus im Betrieb anstecken. Die Regelung sei auch nicht offensichtlich unverhältnismäßig. Die Durchführung eines Corona-Schnelltests sei geeignet, den Nachweis von SARS-CoV-2 zu erbringen. Dies ergebe sich aus der Empfehlung des RKI, wonach bei Verdacht auf das Vorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 Proben aus den oberen

Atemwegen entnommen werden sollen (ArbG Offenbach a. a. O.).

Zwar lässt sich aus diesem einzelfallbezogenen erstinstanzlichen Urteil, zumal dieses im Rahmen Eilrechtsschutzes lediglich die offenkundige Rechtswidrigkeit der Maßnahme prüft, kein Grundsatz zur Handhabung der Testpflicht ableiten, jedoch gibt dieses zumindest eine erste Tendenz der Rechtsprechung wieder.

III. Einführung durch Betriebsvereinbarung

Als eine Rechtsgrundlage zur Einführung einer Corona-Testpflicht käme in Betrieben mit Betriebsrat zunächst eine Betriebsvereinbarung in Betracht.

1. Mitbestimmungsrechte bei der Einführung einer Testpflicht

In Betracht kommen vorliegend die Mitbestimmungsrechte gem. § 87 I Nr. 1 sowie Nr. 7 BetrVG.

a. Mitbestimmungsrecht gem. § 87 I Nr. 1 BetrVG

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 I Nr. 1 BetrVG bezieht sich auf die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb. Es erfasst die allgemeine betriebliche Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer, soweit deren Zusammenleben und Zusammenwirken berührt wird (s. ErfK/Kania BetrVG § 87 Rn. 18).

Erfasst hiervon werden auch Kontrollregelungen, etwa körperliche Untersuchungen, Leibesvisitationen (s. ErfK/Kania BetrVG § 87 Rn. 20). Dies könnte dafür sprechen, dass auch verpflichtende Corona-Tests als eine Form der Gesundheitskontrolle vom Mitbestimmungsrecht umfasst sind. Während jedoch zumindest Leibesvisitationen der Wahrung eines ungestörten Arbeitsablaufs dienen und damit unstreitig das mitbestimmungspflichtige Ordnungsverhalten betreffen, ist dies bei Corona-Tests nicht ohne Weiteres anzunehmen. Hier dienen die Tests auch der Prüfung der Arbeitsfähigkeit des jeweiligen Mitarbeiters sowie der Aufrechterhaltung der Arbeitsfähigkeit anderer Mitarbeiter durch die Vermeidung von Ketteninfektionen und sind damit als „arbeitsnotwendige“ Maßnahmen (dazu bereits BAG BeckRS 9998, 115412) eher dem nicht mitbestimmten Leistungsverhalten zuzuordnen (ähnlich auch Müller/Becker, ArbRAktuell 2021, 201 mit Verweis auf verpflichtende Suchtmitteltests; a. A. wohl Diller/Powietzka, NZA 2001, 1227 mit Verweis auf Drogenscreenings).

b. Mitbestimmungsrecht gem. § 87 I Nr. 7 BetrVG

Der Tatbestand des § 87 I Nr. 7 BetrVG gewährt dem Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der betrieblichen Umsetzung der Vorschriften des Arbeits- und Gesundheitsschutzes, soweit dem Arbeitgeber hierbei eigene Regelungsspielräume verbleiben. Maßgeblich ist hier vor allem die Generalklausel des § 3 I ArbSchG, der die Grundpflichten des Arbeitgebers beim Arbeitsschutz umschreibt (s. ErfK/Kania BetrVG § 87 Rn. 64). Der Arbeitgeber ist demnach verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen, um

die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit zu gewährleisten. Hieraus folgt eine Verpflichtung zur Gefährdungsbeurteilung (§ 5 ArbSchG) und Umsetzung erforderlicher Schutzmaßnahmen.

Bei, wie der derzeitigen Pandemielage, festgestellten Gefährdungen folgt ein Mitbestimmungsrecht bei der Umsetzung erforderlicher Schutzmaßnahmen unmittelbar aus § 3 I ArbSchG (BAG Beschl. v. 28.3.2017 – 1 ABR 25/15, BeckRS 2017, 119894).

Vorliegend verbleiben auch Regelungsspielräume. Zwar wird durch die Corona-Arbeitsschutzverordnung als eine das ArbSchG konkretisierende Verordnung gem. § 18 III ArbSchG der Arbeitgeber dazu verpflichtet, seinen Mitarbeitern Corona-Tests anzubieten, eine Testpflicht geht damit jedoch nicht einher (s. o.). Zumindest im Hinblick auf die Einführung und Umsetzung einer Corona-Testpflicht im Unternehmen, besteht daher ein Mitbestimmungsrecht gem. § 87 I Nr. 7 BetrVG.

2. Kein Verstoß gegen höherrangiges Recht

Die Betriebsparteien sind beim Abschluss ihrer Vereinbarungen gem. § 75 II 1 BetrVG an die Grundsätze von Recht und Billigkeit gebunden und damit auch zur Wahrung der grundrechtlich geschützten Freiheitsrechte verpflichtet (s. BAG Urst. v. 12.4.2011 – 1 AZR 412/09, BeckRS 2011, 75060). Regelungen in Betriebsvereinbarungen wären demnach unwirksam, wenn sie eine unangemessene Beschränkung eines grundrechtlichen Freiheitsrechts zur Folge hätten (s. BAG Urst. v. 25.1.2018 – 2 AZR 382/17, BeckRS 2018, 13033). Hierbei ist eine Abwägung der wechselseitigen Interessen unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips vorzunehmen.

Vorliegend stehen die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gem. § 618 BGB i. V. m. § 3 I 1 ArbSchG, welche mittels seines Hausrechts sowie seines Weisungsrechts gem. § 106 GewO zur Anordnung einer Testung führen kann, den Rechten des Arbeitnehmers auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 II GG) sowie auf Achtung seines Persönlichkeitsrechts in Gestalt des Schutzes seiner personenbezogenen Daten bzw. der Wahrung seiner informationellen Selbstbestimmung (Art. 2 I GG i. V. m. Art. 1 GG) gegenüber (s. Bayer, ArbRAktuell 2021, 233).

Zunächst hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht sicherzustellen, dass die Arbeitnehmer im Rahmen der Arbeitsleistung im Betrieb einem nur geringen bis gar keinem Infektionsrisiko ausgesetzt werden (näher hierzu Bayer/Gsellhofer, ArbRAktuell 2020, 585). So besteht gem. § 3 ArbSchG die Pflicht des Arbeitgebers, unter Berücksichtigung der Umstände, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen.

Die Durchführung eines Corona-Schnelltests ist geeignet, den Nachweis von SARS-CoV-2 zu erbringen. Um die Infektionswahrscheinlichkeit im Betrieb möglichst gering zu halten, bieten sich Corona-Tests demnach als ein geeignetes Mittel der Infektionsprävention an. Dies

allein führt jedoch nicht zur Zulässigkeit von Testanordnungen durch den Arbeitgeber. Vielmehr sind die o. g. Rechtsgüter der Arbeitnehmer hiergegen in Abwägung zu bringen. Dabei ist zunächst zu beachten, dass auch bei den derzeit erhältlichen und zuverlässigen Corona-Tests ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vorliegen kann. So ist das Teststäbchen tief in den Rachen bzw. Nasenraum einzuführen, was mit kleineren Hautläsionen einhergehen kann. Auch ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht verletzt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt grundsätzlich vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter des Arbeitnehmers (s. BAG Urst. v. 12.8.1999 – 2 AZR 55/99, BeckRS 1999, 41453). Vorliegend können mit den Tests sensible Gesundheitsdaten eingesehen werden. Da durch die Tests auch die Entnahme von DNA Material möglich ist, ist hiermit gar eine weitgehende Analyse von personenbezogenen Daten zumindest denkbar (so auch Müller/Becker, ArbRAktuell 2021, 201).

Im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung können die Ausführungen des BAG zu Blutuntersuchungen entsprechend herangezogen werden (s. BAG Urst. v. 12.8.1999 – 2 AZR 55/99, BeckRS 1999, 41453). Insofern besteht auch bei Corona-Tests ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers, nur solche Arbeitnehmer zu beschäftigen, die im Betrieb keine Gefahr für andere darstellen. Auch im Falle dieser Tests ist der Eingriff in das Recht auf körperliche Unversehrtheit nur von geringer Intensität und Dauer. Allerdings wird im Hinblick auf die gewichtigen, entgegenstehenden Rechtsgüter der Arbeitnehmer, vergleichbar einer Blutuntersuchung zur Feststellung einer Drogen- oder Alkoholabhängigkeit, eine anlasslose, jeden Mitarbeiter treffende Testpflicht im Hinblick auf das Coronavirus nicht zulässig sein.

Eine solche Testpflicht kann dagegen im Einzelfall als zulässig anzusehen sein, wenn ein konkretes Gefährdungspotenzial, etwa bei einer Rückkehr aus einem Risikogebiet oder bei Vorliegen typischer Krankheitssymptome, besteht (s. Bayer, ArbRAktuell 2021, 233). Gleiches kann dann gelten, wenn hierdurch konkrete Gefährdungen anderer, vulnerabler Personen ausgeschlossen werden kann (etwa die Regelung in § 9 III 12. BayIfSMV) (wie hier: Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112; weitergehend: Mueller/Becker, ArbRAktuell 2021, 201).

3. Datenschutzrechtliche Zulässigkeit

Im Rahmen einer mittels einer Betriebsvereinbarung angeordneten Testpflicht, stellt sich auch immer die Frage nach der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Maßnahme. Bei den in diesem Zusammenhang erhobenen Daten handelt es sich um besondere, geschützte personenbezogene Daten gem. Art. 4 Nr. 15, 9 DSGVO, § 26 III BDSG. Diese Daten sind einer Verarbeitung daher nur zugänglich, wenn ausnahmsweise die hohen Hürden des Art. 9 II DSGVO bzw. Art. 88 DSGVO iVm § 26 III 1 BDSG erfüllt sind.

Eine Datenverarbeitung aufgrund einer ausdrücklichen Einwilligung gem. Art. 9 II lit. a DSGVO wird dabei in den meisten Fällen an den strengen Vorgaben des Art. 7 IV DSGVO scheitern (s. auch Naber/Schulte, NZA 2021, 81).

Eine Verarbeitung solcher Gesundheitsdaten kann jedoch zulässig sein, wenn sie u. a. zur Ausübung von Rechten oder 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 II lit. b DSGVO, § 26 I 1, Abs. 3 BDSG. Zwar kann die Testung von Mitarbeitern zumindest im Rahmen einer konkreten Pandemielage zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zulässig sein. Jedoch bedarf es auch hier der Abwägung der widerstreitenden Interessen. Entsprechend den obigen Ausführungen wird nach der hier vertretenen Ansicht, eine Verarbeitung der durch die Corona-Tests erlangten Gesundheitsdaten nur bei einem bestehenden konkreten Gefährdungspotenzial bzw. der Gefährdung anderer, vulnerabler Gruppen zulässig sein.

IV. Einführung durch Weisung

Sofern ein Betriebsrat nicht besteht, käme die Möglichkeit in Frage, die Testpflicht auf Grundlage des arbeitsgeberseitigen Weisungsrechts gem. § 106 GewO einzuführen. Hierunter fallen gem. § 106 S. 2 GewO auch Weisungen, die die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb betreffen. Nach § 106 GewO hat der Arbeitgeber sein Weisungsrecht allerdings nach billigem Ermessen auszuüben. Die Grenzen billigen Ermessens sind nur dann gewahrt, wenn die wesentlichen Umstände des Falles abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden (s. BAG Ur. v. 24.4.1996 – 5 AZR 1031/94, BeckRS 9998, 22737). Im Rahmen der Billigkeit der ergangenen Weisung ist insbesondere das Verhältnis der widerstreitenden Grundrechte abzuwägen (s. BeckOK, GewO/Hoffmann/Schulte GewO § 106 Rn. 102).

Insofern gelten auch im Rahmen der Anordnung einer Testpflicht durch das Weisungsrecht des Arbeitgebers die oben genannten Grenzen.

V. Ausblick: Ersatz der Testpflicht durch Impfnachweis

Im Rahmen der Einführung einer Testpflicht im Betrieb ist die Möglichkeit in Erwägung zu ziehen, statt der Durchführung eines Corona-Tests die Vorlage eines Impfausweises, der eine abgeschlossene Impfung gegen

das Coronavirus nachweist, als Voraussetzung des Zutritts zum Betrieb zu fordern.

Auch die Vorlage eines Impfnachweises fällt unter die o. g. Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates gem. § 87 Nr. 1, 7 BetrVG. Insofern ist die Pflicht zur Vorlage eines Impfnachweises als eine Form der Gesundheitskontrolle bzw. als Maßnahme des Arbeitsschutzes nicht anders zu bewerten wie die Durchführung von Corona-Tests.

Im Rahmen der durchzuführenden Interessenabwägung besteht hier jedoch die Besonderheit, dass kein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vorliegt. Gleichwohl ist jedoch ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch die Offenbarung von Gesundheitsdaten gegeben, welchem jedoch, aufgrund der geringeren Informationstiefe, die einem Impfnachweis im Vergleich zur Entnahme einer Sekretprobe zu entnehmen ist, eine geringere Intensität zukommt.

Als problematischer erweist sich jedoch die datenschutzrechtliche Zulässigkeit einer Pflicht zur Vorlage eines Impfnachweises. Auch diese muss den Voraussetzungen des § 26 III BDSG genügen. Hiergegen wird teilweise eingewendet, dass eine Impfung alleine der Prävention diene, aber keinen Nachweis über eine akute Infektion und eine deswegen unmittelbar ausgehende Gefahr vermittele; dies unterscheide den Impfnachweis wesentlich von (Schnell-)Tests, so dass eine generelle Vorlagepflicht eines Impfnachweises der datenschutzrechtlichen Güterabwägung kaum standhalten werde (s. Naber/Schulte, a. a. O.). Dem ist zuzugeben, dass eine anlasslose Einsicht des Arbeitgebers in besondere Kategorien personenbezogener Daten dem Willen des Gesetzgebers, die Datenverarbeitung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zuzulassen, widersprechen würde. Eine Einwilligung des Arbeitnehmers wird überdies an den strengen Vorgaben des Art. 7 IV DSGVO scheitern. Folglich kann auch nur dann die verpflichtende Vorlage eines Impfausweises geregelt werden, wenn ein konkretes Gefährdungspotenzial besteht bzw. die Gefährdung anderer, vulnerabler Gruppen zu befürchten steht (s. o.).

VI. Fazit

Unter Beachtung der genannten Einschränkungen kann eine Pflicht der Arbeitnehmer zur Durchführung von Corona-Tests angeordnet werden. Bei der Frage, wann ein hierfür erforderliches konkretes Gefährdungspotenzial vorliegt, dürfte dem Arbeitgeber bzw. den Betriebsparteien jedoch ein weiter Ermessensspielraum zustehen. ■