



## Rundschreiben



Mitglieder / Begleitkommission

21.12.2020

M 170/20  
BK 163/20

### Arbeitsrechtliche Fragen zur Corona-Testverordnung und Corona-Impfverordnung

Im Zusammenhang mit der Corona-Testverordnung und Corona-Impfverordnung ergeben sich arbeitsrechtliche Fragestellungen. Es stellen sich Fragen nach arbeitsrechtlichen Maßnahmen bei etwaiger Verweigerung von Testungen und von Ansprüchen der Mitarbeiter im Rahmen der Impfverordnung.

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit der Änderung der [Coronavirus-Testverordnung](#) vom 14. Oktober 2020 (überarbeitet mit Datum vom 30. November 2020, Inkrafttreten am 2. Dezember 2020) wurde die Möglichkeit eröffnet, dass Einrichtungen nach § 23 Abs. 5 Infektionsschutzgesetz (IfSG) PoC Tests nach Vorlage eines Testkonzeptes beim zuständigen Gesundheitsamt und entsprechender Genehmigung selber besorgen und durchführen dürfen (z.B. Krankenhäuser, Dialyseeinrichtungen, ambulante Pflegedienste und Rettungsdienste). Zeitgleich wurde das [Schaubild zur nationalen Teststrategie](#) überarbeitet und auf der Seite des Bundesgesundheitsamtes veröffentlicht.

Mit dem [Beschluss](#) der Bundeskanzlerin und der Ministerpräsidenten der Länder zur Bekämpfung der Coronavirus-Pandemie vom 13. Dezember 2020 wurde unter Punkt 11 vereinbart, dass die Länder eine verpflichtende Testung mehrmals pro Woche für das Personal in Alten- und Pflegeheimen anordnen sollen.

Entsprechende Regelungen wurden durch die Länder in unterschiedlichster Form - und auch nicht nur für Alten- und Pflegeheime - in separaten Testverordnungen oder den „allgemeinen“ Corona-Verordnungen teilweise schon vor der Vereinbarung vom 13. Dezember 2020 aufgenommen. Die Gestaltung ist dabei sehr unterschiedlich: von der Verpflichtung von Einrichtungen Tests zu veranlassen bis zu Verpflichtungen der Beschäftigten einen Test mehrmals pro Woche zuzulassen und das Ergebnis den Leitungen vorzulegen. Die Details sind regelmäßig auf den Internetauftritten der Bundesländer oder der Landkreise unter dem Punkt „Corona“ zu finden. Aufgrund der schnelllebigen Entwicklungen verzichten wir auf Verlinkungen, da die tägliche Aktualität nicht gewährleistet werden kann.

Am 18. Dezember 2020 wurde vom Bundesgesundheitsminister die Impfverordnung vorgestellt und unterzeichnet. Darin wurde nun auch die Priorisierung der Impfberechtigten geregelt.

Hinsichtlich der Verpflichtungen aus den Test-Verordnungen stellen sich viele Einrichtungen die Frage, wie sie darauf reagieren können, wenn Mitarbeitende die Testungen verweigern. Konkret stellt sich die Frage, ob und welche arbeitsrechtlichen Maßnahmen ergriffen werden können.



Britta Becker



britta.becker@v3d.de



030 / 88 47 170 - 20

© Copyright VdDD

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Rundschreiben ist ausschließlich zur Information der unmittelbaren VdDD-Mitglieder bestimmt. Registrierte Nutzer können es online im internen Mitgliederbereich unter <http://www.v3d.de> abrufen. Jede Weitergabe an Dritte ohne vorherige schriftliche Einwilligung des VdDD ist untersagt.

Hinsichtlich der Impfverordnung wurden bereits vorab einige arbeitsrechtliche Fragen aufgeworfen, die sich insbesondere auf Fragen einer Impfpflicht oder einer Freistellung zur Impfung beziehen.

## **I. Pflicht zur Testung:**

Als Grundlage für etwaige arbeitsrechtliche Maßnahmen ist zunächst Voraussetzung, dass der Mitarbeitende aus dem Dienstverhältnis heraus überhaupt zur Testung verpflichtet ist. Zu beachten ist, dass es bisher noch keine arbeitsgerichtlichen Entscheidungen zu diesen Fragestellungen gibt. Eine arbeitsrechtliche Pflicht zur Testung lässt sich unserer Ansicht unter Berücksichtigung der nachfolgenden Erwägungen begründen.

### **1. Verpflichtung aus der Verordnung:**

Soweit in der Verordnung ausschließlich die Einrichtung zur Testung verpflichtet ist, scheidet für den konkreten Mitarbeiter schon daher eine direkte Verpflichtung aus. Soweit in der Verordnung Mitarbeitende unmittelbar verpflichtet werden, wirkt diese Pflicht zunächst nur im Verhältnis zwischen den zuständigen Behörden und dem Beschäftigten. Zuwiderhandlungen können mit Ordnungsgeldern belegt werden. Es ist nicht die Verantwortung des Dienstgebers, über arbeitsrechtliche Maßnahmen die Durchsetzung der Verordnung zu bewirken. Insofern greift die Verpflichtung aus der Verordnung nicht unmittelbar auf das Arbeitsverhältnis durch.

### **2. Verpflichtung aus dem Dienstvertrag:**

Aus § 241 Absatz 2 BGB (Rücksichtnahmepflicht) könnte sich eine Verpflichtung aus dem Dienstverhältnis ergeben. Im Hinblick auf die Verpflichtung der Einrichtungen, Mitarbeitende zu testen und nur negativ getestete Mitarbeitende in der Betreuung von Bewohnern, Patienten, Pflegebedürftigen und Betreuten einzusetzen, kann unserer Ansicht nach auf die Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verwiesen werden. Den Einrichtungen drohen bei Zuwiderhandlung empfindliche Ordnungsgelder. Es sind sogar Maßnahmen bis hin zur Betriebsschließung möglich. Diese Folgen können eine Nebenpflicht aus dem Dienstvertrag, an den Testungen teilzunehmen, begründen. Eine Verweigerung der Testung ist demnach eine Verletzung dieser Nebenpflicht.

### **3. Pflicht aus dem Arbeitsschutzgesetz**

Aus § 15 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) ergibt sich, dass Beschäftigte verpflichtet sind, nach ihren Möglichkeiten sowie gemäß der Unterweisung und Weisung des Arbeitgebers für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen. Entsprechend Satz 1 haben die Beschäftigten auch für die Sicherheit und Gesundheit der Personen zu sorgen, die von ihren Handlungen und Unterlassungen bei der Arbeit betroffen sind. Schon aus diesem Grundsatz kann man die Testpflicht zum Schutz der eigenen Person, Kollegen und auch anvertrauten Personen sehr gut begründen.

Zwar sind die Testungen nicht Bestandteil der [Arbeitsschutzregel](#). Auch ist in der Arbeitsschutzregel festgelegt, dass man auch bei Beschäftigten mit einem erhöhtem Expositionsrisiko, soweit bekannt, keine Daten über individuelle Gefährdungsmerkmale erheben darf. Dies steht unseres Erachtens aber nicht der Annahme einer Testpflicht entgegensteht. Auch ohne die bestehenden Testverordnungen ist es denkbar, dass bei Krankenhäusern, Pflegeeinrichtungen, ggf. Wohnheimen für behinderte Menschen schon die individuellen Gefährdungsbeurteilungen/Gefahren und die Berücksichtigung regionaler Inzidenzen die Notwendigkeit einer solchen Testung ergeben. Dann ist der Mitarbeitende auch verpflichtet, diese Schutzmaßnahmen mit umzusetzen.

## **II. Arbeitsrechtliche Maßnahmen bei Testverweigerung**

In der Praxis besteht die Problematik, dass vor dem Hintergrund der Verpflichtungen aus der Verordnung und aus faktischen Gründen des Infektionsschutzes nicht getestete Mitarbeitende nicht mehr in der betreuenden bzw. zu pflegenden Tätigkeit eingesetzt werden können.



Britta Becker



britta.becker@v3d.de



030 / 88 47 170 - 20

#### **© Copyright VdDD**

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Rundschreiben ist ausschließlich zur Information der unmittelbaren VdDD-Mitglieder bestimmt. Registrierte Nutzer können es online im internen Mitgliederbereich unter <http://www.v3d.de> abrufen. Jede Weitergabe an Dritte ohne vorherige schriftliche Einwilligung des VdDD ist untersagt.

Fraglich ist, ob und welche arbeitsrechtlichen Maßnahmen ergriffen werden können. Arbeitsrechtliche Maßnahmen (Abmahnung, Freistellung) sind unserer Ansicht möglich. Es muss jedoch immer der jeweilige Einzelfall geprüft werden.

### 1. Abmahnung

Aufgrund der oben begründeten Pflicht zur Testung stellt eine Verweigerung der Testung eine Pflichtverletzung dar. Soweit es keine z.B. nachgewiesenen medizinischen Gründe gibt, nach denen der Mitarbeitende an einem Test nicht teilnehmen kann, kann diese Pflichtverletzung dann entsprechend abgemahnt werden. Allerdings ist mit der Abmahnung die konkrete Gefährdung des Mitarbeitenden, seiner Kollegen und der ihm anvertrauten Personen noch nicht beseitigt.

### 2. Kündigung

Überwiegend wird wohl vertreten, dass es nur bei einer wiederholten Weigerung und einer vorherigen Abmahnung ein Recht zur Kündigung geben soll. Eine sofortige Kündigung stellt nach unserer Auffassung ein Rechtsrisiko dar.

### 3. Freistellung

Es fragt sich, ob der Mitarbeitende aufgrund der Verweigerung neben einer Abmahnung oder auch ohne diese freigestellt werden dürfte. Im Normalfall möchte der Dienstgeber eine unbegründete Weigerung nicht mit einer bezahlten Freistellung „belohnen“, insofern ist von Interesse, ob auch eine unbezahlte Freistellung möglich ist. Hier ist eine genaue Verhältnismäßigkeitsprüfung durchzuführen, ob der bzw. die Mitarbeitende an anderer Stelle so eingesetzt werden kann, dass er bzw. sie selber und andere nicht gefährdet werden.

Teilweise wird die Frage aufgeworfen, ob die Tätigkeit in Vollschutz als milderes Mittel eingestuft werden könnte. Dies gilt in jedem Fall dann nicht, wenn schon aus der Verordnung heraus ein Beschäftigungsverbot besteht, dann dürfte der Mitarbeitende auch nicht mit Vollschutz arbeiten. Für andere Fallgestaltungen ist es so, dass die Aussicht auf 8 Stunden Schichten im Vollschutz Mitarbeitende zu Tests motivieren könnten, allerdings ist auch die Versorgung mit Schutzausrüstung nach wie vor nicht überall gesichert. Unserer Ansicht nach ist dies kein vergleichbarer Schutz. Wenn das Arbeiten im Vollschutz als mildeste Maßnahme bei gleicher Wirksamkeit eingeschätzt würde, gäbe es diese Alternative gegebenenfalls auch in der Verordnung. Sollte ein eigenes Interesse bestehen, dass die Mitarbeitenden im Dienst bleiben, soweit kein faktisches Beschäftigungsverbot besteht, so kann man das entsprechend begründen und die Mitarbeitenden zur Arbeit in Vollschutz verpflichten. Als ein gleich geeignetes und wirksames Mittel wird diese Variante jedoch nicht eingeschätzt. Insofern muss dies unserer Ansicht nach auch nicht vorrangig angeboten werden.

Wenn also kein milderes Mittel vorliegt, insbesondere keine Einsatzmöglichkeit auf einem anderen Arbeitsplatz, wie so häufig bei z.B. Pflegepersonal kann man die Ansicht vertreten, dass die persönliche Eignung für die Ausübung der Tätigkeit vorübergehend nicht besteht und die Leistung dem Mitarbeitenden damit unmöglich ist. Zusätzlich kann man begründen, dass der Fokus auf den Schutz der vulnerablen Gruppen bei einem nicht sicher negativ getesteten Mitarbeitenden eine konkrete Infektionsgefahr darstellt, die zu einem persönlichen Leistungshindernis führt. In beiden Fällen gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“, die Leistungspflicht des Dienstgebers entfällt nach § 326 Absatz 1 BGB in Verbindung mit § 275 BGB. Bitte vergleichen Sie hierzu auch unsere Ausführungen in unserem „Arbeitsrechtlichen Leitfaden zur Pandemie“, die entsprechend gelten.



Britta Becker



britta.becker@v3d.de



030 / 88 47 170 - 20

#### © Copyright VdDD

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Rundschreiben ist ausschließlich zur Information der unmittelbaren VdDD-Mitglieder bestimmt. Registrierte Nutzer können es online im internen Mitgliederbereich unter <http://www.v3d.de> abrufen. Jede Weitergabe an Dritte ohne vorherige schriftliche Einwilligung des VdDD ist untersagt.

### III. Impfverordnung

Schon vor Inkrafttreten der Impfverordnung gab es einige Fragen, die aufgegriffen werden sollen. Über die weiteren Entwicklungen halten wir Sie, wie gewohnt auf dem Laufenden.

#### **Impfpflicht:**

Die Impfung ist freiwillig. Dies wurde in den vergangenen Wochen immer wieder politisch diskutiert. Eine Pflicht zur Impfung wie im Rahmen des Masernschutzgesetzes, auch für einzelne Berufsgruppen, ist vom Gesetzgeber bisher bewusst nicht eingeführt worden. Auch unterscheiden sich Testung und Impfung in ihrer Schutzrichtung, Eingriffsintensität und hinsichtlich möglicher Folgen. Insofern lassen sich – anders als bei der Testpflicht - unseres Erachtens auch keine arbeitsrechtliche Pflichten bzw. Maßnahmen ableiten.

#### **Dienstbefreiung für die Impfung:**

Die Impfung gegen SARS-CoV-2 wird zunächst, anders als die Grippeimpfung, nur in den kurzfristig eingerichteten Testzentren möglich sein. Eine Impfung durch Betriebsärzte in den Einrichtungen ist somit zunächst nicht vorgesehen. Hintergrund ist, dass die Impfdosen speziell transportiert und gelagert werden müssen und zu Beginn rationiert zugeteilt werden. Es stellt sich also die Frage, ob Impfwillige zur Impfung vom Dienst befreit werden müssen. Die Impfung ist freiwillig, sie fällt damit in die Privatsphäre des Mitarbeitenden. Insofern gelten die allgemeinen Regeln zu Arztbesuchen. Die Impfung ist soweit möglich in der Freizeit vorzunehmen. Es besteht ggf. ein tariflicher Anspruch (z.B. AVR-DD: § 11 Absatz 1 Buchstabe f.; BAT-KF: § 28 Absatz 1 Buchstabe e.; TV-DN: § 21 Absatz 1 Buchstabe g., KTD: § 16 Absatz 1 Buchstabe b.) auf Dienstbefreiung, wenn eine Impfung in der Freizeit nicht außerhalb der Arbeitszeit möglich sein sollte. Um die Bereitschaft der Mitarbeitenden zur Impfung zu fördern, haben einzelne Träger bereits freiwillige Arbeitszeitgutschriften erwogen,

#### **Nachteilige Folgen hinsichtlich der Erstattung bei Quarantäne:**

Nach § 56 Infektionsschutzgesetz hat der- bzw. diejenige Beschäftigte in Quarantäne keinen Anspruch auf Entschädigung, wenn er bzw. sie „*durch eine Schutzimpfung, die gesetzlich vorgeschrieben oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsortes öffentlich empfohlen wurde, hätte vermeiden können*“. Sollten sie also positiv wissen, dass ein Mitarbeitender eine angebotene Impfung nicht angenommen hat, kann der Anspruch auf Entschädigung entfallen sein und der Dienstgeber ist nicht mehr Vorleistungspflicht. Hier bleibt aber noch abzuwarten, ob diesbezüglich die FAQ oder auch die Verordnung hinsichtlich Nachweispflichten gegenüber Arbeitgebern und Gesundheitsämtern noch konkretisiert werden.

Mit freundlichen Grüßen

VdDD Geschäftsführung  
gez. Ingo Dreyer



Britta Becker



britta.becker@v3d.de



030 / 88 47 170 - 20

#### **© Copyright VdDD**

Alle Rechte vorbehalten. Dieses Rundschreiben ist ausschließlich zur Information der unmittelbaren VdDD-Mitglieder bestimmt. Registrierte Nutzer können es online im internen Mitgliederbereich unter <http://www.v3d.de> abrufen. Jede Weitergabe an Dritte ohne vorherige schriftliche Einwilligung des VdDD ist untersagt.