



ARBEITSSCHUTZ

Anordnung von Schnelltests: arbeits- und datenschutzrechtlich wirksam?

von RAin Jasmin Johanna Kasper LL.M. und RA Christian Fiedler, Dr. Schmidt und Partner, Koblenz/Dresden

Die aktuellen Bund-Länder-Beschlüsse sehen vor, dass die nationale Teststrategie zur Eindämmung der Coronapandemie auch Arbeitgeber in die Verantwortung nimmt, Schnelltests innerhalb der Belegschaft durchzuführen. So sollen allen in Präsenz Beschäftigten – je nach Verfügbarkeit – arbeitgeberseitig veranlasste Schnelltests bis zu zweimal pro Woche angeboten und bescheinigt werden. Aber was bedeutet das arbeits- und datenschutzrechtlich für die Apotheke? Was ist insbesondere zu tun, wenn Mitarbeiter die Durchführung von Schnelltests ablehnen? AH gibt die Antworten. |

Keine flächendeckende Testpflicht

Auch wenn es immer wieder diskutiert wird: Eine Pflicht zum Testen in Betrieben besteht flächendeckend derzeit nicht. Vielmehr wurde abgewartet, ob die Arbeitgeber ihre Beteiligung am Testangebot auch tatsächlich umsetzen. Durch die Zweite Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung soll nun eine flächendeckende Angebotspflicht in Kraft treten, nach der jeder Arbeitgeber den nicht im Homeoffice befindlichen Arbeitnehmern grundsätzlich ein Testangebot pro Woche unterbreiten muss.

■ Ausnahmen

Lediglich der Freistaat Sachsen, das Land Brandenburg sowie Berlin haben Testpflichten für Beschäftigungsverhältnisse in den jeweils aktuellen Corona-Schutz-Verordnungen verankert (vgl. Sächsische Corona-Schutz-Verordnung vom 30.03.2021, Siebte Verordnung über befristete Eindämmungsmaßnahmen aufgrund des SARS-CoV-2-Virus und COVID-19 im Land Brandenburg sowie Dritte Verordnung zur Änderung der Zweiten SARS-CoV-2-Infektionsschutzmaßnahmenverordnung vom 01.04.2021 für Berlin).

Das gilt in Sachsen

Grundsätzlich gilt seit dem 01.04.2021 für den Freistaat Sachsen, dass der Arbeitgeber allen in der Arbeitsstätte tätigen Mitarbeitern einen Selbsttest pro Woche zur Verfügung stellen muss. Bei Beschäftigungsverhältnissen mit direktem Kundenkontakt besteht eine weitergehende Pflicht zum Angebot von zwei Tests durch den Arbeitgeber. Die Beschäftigten mit direktem Kundenkontakt sind dazu verpflichtet, sich testen zu lassen (vgl. § 3a Sächsische Corona-Schutz-Verordnung).

Das gilt in Berlin

Die Berliner Verordnung regelt unter § 6a Abs. 1, dass Arbeitgeber grundsätzlich verpflichtet sind, allen Mitarbeitern, die präsent am Arbeitsplatz arbeiten, zweimal pro Woche ein kostenloses Testangebot zu unterbreiten. Abs. 2 regelt

Testpflicht in
Sachsen, Berlin
und Brandenburg

Vorgeschriebene
Testangebote durch
Arbeitgeber sind
verpflichtend ...

... für Mitarbeiter, die
in Präsenz arbeiten

dann weitergehend, dass Mitarbeiter mit direktem Kundenkontakt verpflichtet sind, das wöchentliche Testangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen.

Das gilt in Brandenburg

Die Regelung in § 3 Abs. 4 der Siebten Verordnung über befristete Eindämmungsmaßnahmen aufgrund des SARS-CoV-2-Virus und COVID-19 im Land Brandenburg geht weiter als die Vorgaben in Sachsen und Berlin, da sie grundsätzlich alle Beschäftigten umfasst. Hiernach haben Arbeitgeber ein Testkonzept zu erstellen, das das Angebot von mindestens einem Test pro Woche für alle Beschäftigten sicherstellen muss.

PRAXISTIPP | Auch wenn im Übrigen keine Testpflicht besteht, bietet es sich in Betrieben wie Apotheken, bei denen Homeoffice regelmäßig keine Alternative ist, an, mit Schnelltests bei der Belegschaft die Aufrechterhaltung des Betriebs zu sichern.

Keine Pflicht zur Anordnung = kein Recht zur Anordnung?

Fest steht: Aktuell mangelt es länderübergreifend an einer Rechtsgrundlage, die die Arbeitgeber zur Durchsetzung von Schnelltests bei Mitarbeitern eindeutig ermächtigt. Gemäß § 3 Abs. 1 Arbeitsschutzgesetz ist der Arbeitgeber allgemein verpflichtet, erforderliche Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit und zur Sicherheit der Arbeitnehmer zu treffen. Unter Berücksichtigung der besonderen Umstände im Apothekenbetrieb kann es durchaus vertretbar sein, eine arbeitgeberseitige Weisung zur regelmäßigen Durchführung von Tests zu erteilen.

Eine generelle Anweisung zum Testen greift jedoch zu weit. Die Besonderheiten des Einzelfalls müssen berücksichtigt werden: Mittels Abwägung der Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen muss ermittelt werden, ob die Durchführung von Schnelltests arbeitsrechtlich wirksam angeordnet werden kann.

Einzelfallbetrachtung notwendig

Gegenüber einem Arbeitnehmer, der ausschließlich Tätigkeiten im Backoffice ausführt, dort keinen Kontakt zu Kollegen und Kunden hat und damit Abstandsmaßnahmen einhalten kann, wird die Anweisung zum Schnelltest kaum vertretbar sein. Etwas anderes könnte sich unter Berücksichtigung des Einzelfalls jedoch dann ergeben, wenn die Inzidenzwerte im betrieblichen Umfeld flächendeckend besonders hoch sind.

Grundsätzlich anders dürfte die Bewertung hingegen beim pharmazeutischen Personal ausfallen, bei dem die Arbeit in der Offizin unausweichlich mit gesteigertem Kundenkontakt und nur eingeschränkten Möglichkeiten des Abstandhaltens verbunden ist. Hier dürften die Interessen zum Schutz des Betriebs und der Gesundheitsschutz der Belegschaft überwiegen. Auch beim Arbeiten im Labor, etwa bei der Herstellung von Zytostatika, bei der besondere Vorsicht geboten ist, lässt sich die Anordnung von regelmäßigen Schnelltests bei Mitarbeitern vertreten.

Mindestens ein Test
pro Woche für alle
Beschäftigten

Generelle Anweisung
zum Testen greift zu
weit

Tests zum Schutz
des Betriebs und für
Gesundheitsschutz
der Belegschaft

Erforderlichkeit
der Tests kann
sich ändern

IHR PLUS IM NETZ
iww.de/ah
Abruf-Nr. 220563



Änderungen im Zeitablauf

Sofern die Impfmaßnahmen voranschreiten und damit der betriebliche Interessenschutz sinkt, wird eine Anpassung der Schnelltestanordnungen erfolgen müssen.

MERKE | Solange flächendeckend keine Rechtsgrundlage vorhanden ist, die den Arbeitgeber eindeutig ermächtigt, Schnelltests durchzuführen, ist eine allgemeine Anordnung gegenüber der Belegschaft mit gesteigerten Rechtsrisiken verbunden.

Was tun, wenn Mitarbeiter Schnelltests ablehnen?

Im Februar hatte sich das Arbeitsgericht Offenbach (Urteil vom 04.02.2021, Az. 4 Ga 1/21, Abruf-Nr. 220563) mit folgendem Fall zu befassen: In einem Eilverfahren begehrte ein Arbeitnehmer die Fortsetzung seiner Tätigkeit trotz Verweigerung von Schnelltests. Sein Arbeitgeber hatte die Durchführung von Schnelltests beim Betreten des Werksgeländes mittels Betriebsvereinbarung angeordnet und ihm den Zutritt verweigert, als dieser sich dem Schnelltest widersetzte. Der Arbeitnehmer war der Auffassung, die Testpflicht verletze das Recht auf Selbstbestimmung. Sie sei ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit und damit unverhältnismäßig. Zur Sache äußerte sich das Arbeitsgericht Offenbach leider nicht, da es bereits die im Eilverfahren erforderliche Eilbedürftigkeit nicht gegeben sah. Es bleibt daher abzuwarten, wie die Rechtsprechung dahin gehende Entscheidungen in Zukunft treffen wird.

Arbeitsrechtliche Sanktionen von der Ermahnung bis hin zur Kündigung sind in ihrer Wirksamkeit untrennbar mit der Wirksamkeit der zugrunde liegenden arbeitgeberseitigen Weisung verbunden. Sollte die Weisung zur Durchführung von Schnelltests wirksam und damit vor allem unter Berücksichtigung des Einzelfalls ergangen sein, so bedeutet das Widersetzen des Arbeitnehmers einen Verhaltensverstoß gegen nebenvertragliche Pflichten. Je nach Sachverhalt ist die Reaktion des Arbeitgebers in Form einer Er- bzw. Abmahnung und im Nachgang einer Kündigung denkbar.

Was muss datenschutzrechtlich beachtet werden?

Auch und insbesondere bei den Tests im Rahmen des Angestelltenverhältnisses sind die Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) zu beachten. Denn bei den in Verbindung mit einem Test zu verarbeitenden Angaben handelt es sich um besondere Kategorien personenbezogener Daten in Form von Gesundheitsdaten. Die Zulässigkeit der Verarbeitung richtet sich nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DS-GVO in Verbindung mit § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG.

Aus diesen gesetzlichen Regelungen folgt, dass eine grundsätzliche Abwägung vorzunehmen ist, wo nicht ohnehin eine Dokumentationspflicht besteht: Denn es kollidiert das Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung mit den Fürsorgepflichten und dem Direktionsrecht des Arbeitgebers unter Berücksichtigung einer bestehenden Verpflichtung des einzelnen Arbeitnehmers, sich nach der Testverordnung des jeweiligen Bundeslands (vgl. oben unter „Ausnahmen“) einem Schnelltest zu unterziehen.

Bestimmungen
der DS-GVO und
des BDSG sind
zu beachten

Abwägung,
da Kollision von
Arbeitgeber- und
Arbeitnehmerrechten

Aus den genannten Verordnungen der Bundesländer Sachsen, Berlin und Brandenburg ergeben sich folgende Orientierungshilfen:

- **Aufbewahrung des Testnachweises in Sachsen:** Aus § 3a Abs. 2 der Verordnung des Freistaats Sachsen ergibt sich nicht nur die Pflicht zur Testung, sondern auch die Pflicht zur Aufbewahrung des Nachweises über die Testung für die Dauer von vier Wochen. Damit der Arbeitgeber im Bedarfsfall nachweisen kann, dass er seine Pflichten erfüllt hat, sollte eine entsprechende Aufbewahrung erfolgen.
- **Pflicht zur Dokumentation in Berlin:** In Berlin besteht die oben dargestellte Pflicht der Arbeitnehmer, das Testangebot des Arbeitgebers auch tatsächlich wahrzunehmen, und es besteht eine Dokumentationspflicht für die Durchführung der Testung im Rahmen der nach § 5 der Berliner Verordnung ohnehin zu führenden Anwesenheitsdokumentation.
- **Pflicht zur Dokumentation in Brandenburg:** Ähnliches gilt für das Land Brandenburg. In § 1 Abs. 4 seiner Verordnung wurde dazu aber eine genaue Regelung zur Verarbeitung der Daten aufgenommen. Demnach hat der Verantwortliche den Nachweis über die erfolgte Testung mit dem Testergebnis und der ohnehin zu führenden Anwesenheitsdokumentation zu erfassen. Dabei muss er sicherstellen, dass eine Kenntnisnahme der Daten durch Unbefugte ausgeschlossen ist. Außerdem darf er diese Daten nur zur Erfüllung der Verpflichtungen aus der Verordnung verwenden. Der Testnachweis ist für die Dauer von zwei Wochen unter Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften aufzubewahren oder zu speichern und auf Verlangen an das zuständige Gesundheitsamt herauszugeben oder zu übermitteln. Nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist ist der Testnachweis zu vernichten oder zu löschen.

Unter Berücksichtigung der aktuellen Lage der Pandemie ist, wie bei der grundsätzlichen Frage der Durchführung von Testungen ohne bestehende Verpflichtung hierzu, im Rahmen einer Einzelfallbetrachtung zu erörtern, ob der Arbeitgeber die dabei anfallenden Daten verarbeiten darf. Hierzu zählt auch die Dokumentation der Ergebnisse der von Dritten durchgeführten Testungen. Bei der Abwägung des Interesses auf informationelle Selbstbestimmung eines Arbeitnehmers ist zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber sowohl den Schutz der anderen Arbeitnehmer als auch den seiner Kunden zu gewährleisten hat. Insofern muss man wohl davon ausgehen, dass das Recht des Arbeitnehmers auf informationelle Selbstbestimmung zurücktritt und der Arbeitgeber zumindest Einsicht in die Testbescheinigung/SMS-Benachrichtigung verlangen kann sowie das Ergebnis der Einsichtnahme oder einer Testung durch den Arbeitgeber dokumentieren darf.

PRAXISTIPP | Wie bei allen datenschutzrechtlich relevanten Sachverhalten gilt auch hier, dass der Dokumentation der Vorgänge eine erhebliche Bedeutung beizumessen ist. Das erhöht zwangsläufig den Verwaltungsaufwand, erleichtert einer verantwortlichen Person aber in beträchtlichem Maße den Nachweis, dass datenschutzrechtliche Belange von Arbeitnehmern ernst genommen und berücksichtigt werden.

Testnachweis
ist vier Wochen
aufzubewahren

Kenntnisnahme
der Daten durch
Unbefugte ist
auszuschließen

Dokumentation
ohne bestehende
Testpflicht

Verwaltungs-
aufwand, der
sich lohnt