



SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung: Verpflichtendes Testangebot

16. April 2021

Nach wochenlangem zähem Ringen hat das Bundeskabinett beschlossen, Unternehmen deutschlandweit zu verpflichten, ihren Mitarbeitern Coronatests anzubieten. Die Angebotspflicht wird in die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung aufgenommen und tritt Mitte nächster Woche in Kraft. Mit dem Inkrafttreten müssen Sie als Arbeitgeber Ihren Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich zu Hause arbeiten, mindestens einmal pro Woche einen Coronatest anbieten. Für bestimmte Beschäftigte müssen Sie ein solches Angebot sogar zweimal die Woche sicherstellen.

Bereits Anfang März hatten Bund und Länder beschlossen, die nationale Teststrategie um Tests in Unternehmen zu ergänzen. Der Wirtschaft war es zunächst gelungen, die Einführung einer solchen Pflicht auf Bundesebene zu verhindern, indem sie zusagte, Testangebote an Mitarbeiter im Wege einer Selbstverpflichtung sicherzustellen. Einigen Bundesländern genügte dies nicht und sie verpflichteten Arbeitgeber zum Angebot eines Tests gegenüber ihren Beschäftigten. Vorreiter war Sachsen, es folgten Berlin und Brandenburg.

Die Bundesregierung kam nun zu dem Schluss, dass die Anzahl der Testangebote, die bislang unterbreitet

werden, zur Eindämmung der Pandemie unzureichend sei. Vor diesem Hintergrund werden Arbeitgeber ab Mitte kommender Woche bundesweit **verpflichtet**, ihren Beschäftigten **Testangebote** zu machen.

Um Sie bei der Umsetzung der Testangebotspflicht zu unterstützen, haben wir im Folgenden praktische Hinweise für Sie zusammengestellt.

Welche Tests können eingesetzt werden?

Sie können Tests zum direkten Erregernachweis einsetzen. Das sind PCR- und Antigentests:

- PCR-Tests: PCR-Tests sind in der Regel Tests, die im Labor ausgewertet werden. Dem Patienten wird eine Probe entnommen oder er entnimmt sie selbst und diese wird anschließend in einem Labor untersucht. PCR-Tests sind der Goldstandard, d.h. die zuverlässigste Testmethode. Es dauert für gewöhnlich jedoch einige Stunden, bis ein Testergebnis vorliegt.
- Antigen-Schnelltests: Bei Antigen-Schnelltests ist zur Auswertung einer Probe kein Labor erforderlich. Das Ergebnis wird unmittelbar nach Probenahme (häufig noch in Anwesenheit des Patienten) ermittelt und liegt schnell (15-30 Minuten) vor.

Man differenziert zwischen Antigen-Schnelltests zur professionellen Anwendung (auch Point-of-Care oder **PoC-Tests** genannt) und Test zur Selbstanwendung (**Selbsttests**). PoC-Tests werden durch geschultes Personal durchgeführt, wobei der Patient die Probe auch unter Aufsicht des Personals selbst entnehmen kann. Antigen-Selbsttests sind Tests, die zur Eigenanwendung durch Privatpersonen bestimmt sind.

Cave: Nicht verwenden können Sie Antikörpertests, da diese nicht dem direkten Erregernachweis dienen. Zum Nachweis einer akuten Infektion sind Antikörpertests nicht geeignet.

Was müssen Sie bei der Bestellung der Tests beachten?

Die verschiedenen Tests unterliegen unterschiedlichen Regulierungen und Sie sollten bei der Bestellung darauf achten, dass die Tests auch „marktfähig“ sind:

- PCR-Test: Wenn Sie sich für PCR-Tests entscheiden, werden Sie Ihren Mitarbeitern ein Probenahmekit zur Verfügung stellen – die Testauswertung erfolgt im Labor. Achten Sie bei dem Kit darauf, dass es CE-gekennzeichnet ist.
- Antigen-Schnelltests: Antigen-Schnelltests bestehen aus einem Probenahme- und einem Analysekit. Je nachdem, ob es sich um PoC-Tests oder Selbsttests handelt, gelten unterschiedliche Anforderungen:

Bei PoC-Tests ist auf die CE-Kennzeichnung zu achten.

Selbsttests müssen entweder eine besondere CE-Kennzeichnung aufweisen, die mit einer Nummer versehen ist, oder eine Sonderzulassung vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (**BfArM**) erhalten haben. Das BfArM hat für eine Vielzahl von Selbsttests eine befristete Sonderzulassung erteilt. Aktuell sind 40 Tests zugelassen (siehe [hier](#)). Derzeit sind überwiegend Tests mit Sonderzulassung auf dem Markt.

Wie oft müssen Sie Tests anbieten?

Grundsätzlich sind Sie verpflichtet, jedem Beschäftigten, der nicht ausschließlich von zu Hause aus arbeitet, einmal pro Woche einen Test anzubieten. Bestimmten Gruppen von Beschäftigten, die einem höheren Infektionsrisiko ausgesetzt sind, müssen Arbeitgeber zweimal pro Woche einen Test anbieten. Dies schließt z.B. Beschäftigte ein, die unter klimatischen Bedingungen in geschlossenen Räumen arbeiten, die eine Übertragung des Virus begünstigen oder Beschäftigte, die betriebsbedingt häufig wechselnden Kontakt mit anderen haben.

Kann der Test Ihrerseits gegenüber den Arbeitnehmern verpflichtend angeordnet werden?

Die Durchführung eines Selbsttests oder die Teilnahme an einer PCR-/Antigen-Testung ist weiterhin freiwillig.

Im Einzelfall kann eine Testpflicht für den Arbeitnehmer bestehen. Dabei ist jedoch eine Abwägung hinsichtlich des Eingriffs in die körperliche Integrität und das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers gegenüber dem Interesse des Arbeitgebers an der Durchführung des Testes (auch vor dem Hintergrund der arbeitgeberseitigen Fürsorgepflichten gegenüber der restlichen Belegschaft) vorzunehmen. Vor diesem Hintergrund dürfte eine verpflichtende Testanordnung unter arbeits- und datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten wohl dann ausnahmsweise möglich sein, wenn der Arbeitnehmer z.B. Symptome wie Husten oder Fieber hat und sich im Betrieb aufhält/aufgehalten hat. Auch bei solchen Arbeitnehmern, die in nachweislichem Kontakt mit

einer Verdachtsperson oder einer infizierten Person gekommen sind, wäre ein verpflichtender Test wohl möglich. Zudem wird man bei insbesondere bei Tätigkeiten mit engem Personenkontakt und hohem Infektionsrisiko für Dritte, wie in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen, ein berechtigtes Arbeitgeberinteresse an einer verpflichtenden Testdurchführung annehmen können.

Ist der Betriebsrat zu beteiligen?

Der Betriebsrat ist im Rahmen der Mitbestimmung (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 und 7 BetrVG – Fragen der Betriebsordnung und Regelungen zum Gesundheitsschutz) bei der Ausgestaltung des Testangebotes einzubinden, soweit es um die Frage der Art des Testes (PCR oder Antigen-Schnelltest), der Durchführung der Tests (bei Antigen-Schnelltest: Selbsttest oder professionelle Durchführung durch externer Anbieter) sowie der Auswahl eines zugelassenen Testanbieters geht.

Darf/muss der Test während der Arbeitszeit erfolgen?

Bei freiwilligen Tests obliegt es dem Arbeitgeber die Einzelheiten der Testung im Betrieb zu regeln und auch, ob er die Dauer der Testung als Arbeitszeit ansehen und entsprechend vergüten möchte. Bei einer Testpflicht durch vom Arbeitgeber angeordneten Tests, zählt die Dauer der Testung und die verbundene Wartezeit jedoch zur Arbeitszeit und ist entsprechend zu vergüten.

In Betrieben mit Betriebsräten sind diese bei der Frage der Testung während der Arbeitszeit zu beteiligen.

Wer führt die Tests durch?

Für die Probenahme beim PCR-Test bzw. die gesamte Durchführung eines PoC-Tests können Sie Dienstleister oder eigenes Personal einsetzen.

Selbsttests führen die Beschäftigten selbst durch.

Sie beziehen Beschäftigte in die Durchführung der Probenahme/Tests ein. Welche Qualifikation muss das eingesetzte Personal haben?

Nach der **Empfehlung des Ausschusses für Biologische Arbeitsstoffe** muss eine probenehmende Person keine besonderen

Qualifikationen erfüllen, wenn sie von einer fachkundigen Person (z.B. mit einer angeschlossenen Ausbildung im medizinischen Bereich) überwacht wird und eine Unterweisung erfolgt ist.

Wenn Sie PoC-Tests einsetzen, dürfen Sie nur Personen mit dem Anwenden der Tests beauftragen, die die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung haben und in den PoC-Test eingewiesen sind. Sie müssen also unter Berücksichtigung der Gebrauchsinformationen des jeweiligen Tests konkret mit Blick auf das Ihnen zur Verfügung stehende Personal prüfen, wer den Test nach einer entsprechenden Einweisung/Schulung durchführen kann.

Sie beziehen Beschäftigte in die Durchführung der Probenahme/Tests ein. Wie müssen Sie dieses Personal schützen?

Wenn die Probenahme/Testdurchführung durch eigene Beschäftigte erfolgt, müssen Sie besondere Arbeitsschutzmaßnahmen zugunsten dieser Beschäftigten beachten, insbesondere müssen diese eine FFP-2 Maske zusammen mit einem an der Stirn dicht aufsitzenen Gesichtsschild/Visier, das über das Kinn hinausgeht, oder zusammen mit einer dichtschießenden Schutzbrille tragen.

Sind Einwilligungen der zu testenden Mitarbeiter einzuholen?

Bei Corona-Testergebnissen handelt es sich um Gesundheitsdaten. Diese gehören zu den besonderen Kategorien von personenbezogenen Daten und sind als solche besonders geschützt. Gesundheitsdaten dürfen, vereinfacht gesagt, nur zur Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht aus dem Arbeitsrecht oder mit der Einwilligung des Mitarbeiters verarbeitet werden.

Nachdem durch die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung nur eine Testangebots-, aber keine Testdurchführungspflicht begründet wurde, ist die Einwilligung einzuholen, wenn die Tests, wie bei den PoC- Tests, durch den Arbeitgeber ausgewertet werden.

Teilt der Mitarbeiter dem Arbeitgeber sein positives Testergebnis mit, können die dann zwingenden Hygienemaßnahmen hingegen auf die relevanten Arbeitsschutzvorschriften gestützt werden. Es ist

also zu unterscheiden, wann und wofür Gesundheitsdaten verarbeitet werden.

Wie organisieren Sie die Testung?

Bei der Organisation der Tests müssen Sie den Gesundheitsschutz der zu testenden Mitarbeiter im Blick haben. Insbesondere müssen Sie Ansammlungen an den Teststationen verhindern und für eine regelmäßige Belüftung der Räumlichkeiten sorgen, in denen Sie die Tests durchführen.

Wie entsorgen Sie gebrauchte Schnelltests?

Zur Entsorgung von gebrauchten Schnelltests wurde kürzlich eine **Bund-/Länderempfehlung** veröffentlicht. Danach sind diese keine gefährlichen Abfälle und können grundsätzlich gemeinsam mit Siedlungsabfällen entsorgt werden. Sie müssen dicht, reißfest und feuchtigkeitsbeständig verpackt werden. Es wird empfohlen, sich vor der ersten Entsorgung mit dem Entsorger abzustimmen.

Müssen Sie dem Gesundheitsamt positive Testergebnisse melden?

Ja, wenn Sie als Arbeitgeber PoC-Tests durchführen. Bei PCR-Tests besteht ebenfalls eine

Meldepflicht, die aber das Labor und nicht Sie als Arbeitgeber trifft.

Bei Selbsttests gibt es keine Meldepflicht.

Testbescheinigungen

Bezüglich einer auszustellenden Bescheinigung über das Testergebnis trifft die neue SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung keine Aussage. Dies wird auf Länderebene geregelt.

Wer kommt für die Kosten auf?

Sie als Arbeitgeber.

Was passiert mit den Regelungen auf Landesebene?

Die Regelungen auf Landesebene bleiben von der bundesrechtlichen Regelung unberührt. Wenn Sie also in Berlin, Brandenburg oder Sachsen tätig sind, müssen Sie derzeit zusätzlich die landesrechtlichen Pflichten beachten. Auch Ländern, die bislang noch keine Regelungen zur Test(angebots)pflicht verabschiedet hatten, steht es frei, in Zukunft entsprechende Regelungen zu erlassen.

Ihre Kontakte



Markulf Behrendt

Leiter der globalen
Arbeitsrechtspraxis – Hamburg

Tel. +49 40 82221 2171
Mobil +49 172 4108398
markulf.behrendt@allenoverly.com



Peter Wehner

Counsel – Frankfurt
Arbeitsrecht

Tel. +49 69 2648 5988
Mobil +49 172 5733284
peter.wehner@allenoverly.com



Eda Zhuleku

Senior Associate – München
Medizinrecht

Tel. +49 89 71043 3125
Mobil +49 172 6113400
eda.zhuleku@allenoverly.com



Stefanie Günther

Senior Associate – Frankfurt
Öffentliches Recht

Tel. +49 69 2648 5554
Mobil +49 172 3553686
stefanie.guenther@allenoverly.com



Catharina Glugla

Senior Associate – Düsseldorf
Datenschutzrecht

Tel. +49 211 2806 7103
Mobil +49 172 6865914
catharina.glugla@allenoverly.com



Dr. Isabel Jost

Associate – München
Arbeitsrecht

Tel. +49 89 71043 3149
Mobil +49 175 9329595
isabel.jost@allenoverly.com