



Sachstand

Einzelfragen zu Corona-Testpflichten von Arbeitgebern und Beschäftigten

Hier: Kostentragung und Arbeitszeit

Einzelfragen zu Corona-Testpflichten von Arbeitgebern und Beschäftigten

Hier: Kostentragung und Arbeitszeit

Aktenzeichen:	WD 6 - 3000 - 092/21
Abschluss der Arbeit:	17. Dezember 2021 (zugleich letzter Abruf der Internetquellen)
Fachbereich:	WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand; wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Einleitung	4
2.	Nachweispflichten gemäß § 28b Abs. 1 IfSG (3G-Regel am Arbeitsplatz)	4
2.1.	Voraussetzungen zum Betreten der Arbeitsstätte	4
2.2.	Kostentragung	6
2.3.	Testung und Arbeitszeit	6
3.	Testangebotspflicht des Arbeitgebers, § 4 Corona-ArbSchV	7
3.1.	Anforderungen	7
3.2.	Kostentragung	9
3.3.	Testung und Arbeitszeit	10
4.	Besondere Regelungen in Gesundheitseinrichtungen, § 28b Abs. 2 IfSG	11
4.1.	Anforderungen	11
4.2.	Kostentragung und Arbeitszeit	12

1. Einleitung

Im Rahmen der Bekämpfung der Covid-19-Pandemie haben Gesetz- und Verordnungsgeber zahlreiche Maßnahmen ergriffen. Zu diesen Maßnahmen gehört die Festlegung unterschiedlicher Testpflichten, unter anderem auch für Arbeitgeber und Beschäftigte.

In diesem Zusammenhang wurden die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages um Auskunft gebeten, in welchem Umfang Arbeitgeber ihren Beschäftigten Tests zur Verfügung zu stellen haben, wer die Kosten der Testung trägt und ob die Zeit der Durchführung der Testung als Arbeitszeit gilt.

Für die Beantwortung dieser Fragen ist grundsätzlich zwischen den einzelnen Rechtsgrundlagen, aufgrund derer die Testungen erfolgen, zu unterscheiden.

Nachfolgend werden zunächst die Grundzüge der in § 28b Abs. 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG) festgelegten Regelung, dass nur noch geimpfte, genesene oder getestete Personen die Arbeitsstätte betreten dürfen (sogenannte 3G-Regel am Arbeitsplatz), dargelegt (Gliederungspunkt 2). Sodann werden die Verpflichtungen des Arbeitgebers nach § 4 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV), Beschäftigten mindestens zweimal wöchentlich eine Testung anzubieten (sogenannte Testangebotspflicht des Arbeitgebers), erläutert (Gliederungspunkt 3). Abschließend werden die besonderen Vorgaben für bestimmte Einrichtungen und Unternehmen im Gesundheitsbereich gemäß § 28b Abs. 2 IfSG dargestellt (Gliederungspunkt 4).

Landesrechtliche Regelungen bleiben vorliegend außer Betracht.

2. Nachweispflichten gemäß § 28b Abs. 1 IfSG (3G-Regel am Arbeitsplatz)

2.1. Voraussetzungen zum Betreten der Arbeitsstätte

Gemäß § 28b Abs. 1 IfSG dürfen Arbeitgeber und Beschäftigte Arbeitsstätten, in denen physische Kontakte von Arbeitgebern und Beschäftigten untereinander oder zu Dritten nicht ausgeschlossen werden können, nur betreten, wenn sie im Sinne von § 2 Nr. 2 bis Nr. 7 COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung (SchAusnahmV)¹ geimpft, genesen oder negativ getestete Personen sind und einen entsprechenden Nachweis bei sich führen, zur Kontrolle verfügbar halten oder bei dem Arbeitgeber hinterlegt haben. Dies gilt auch für Transporte von mehreren Beschäftigten zur oder von der Arbeitsstätte. Arbeitsplätze im Home-Office gelten nicht als Arbeitsstätte.²

Nach § 2 Nr. 6 lit. b SchAusnahmV ist eine getestete Person eine asymptomatische Person, die im Besitz eines auf sie ausgestellten Testnachweises ist. Die Anforderungen an einen Testnachweis werden in § 2 Nr. 7 SchAusnahmV festgelegt. Danach ist ein Testnachweis ein Nachweis hinsichtlich des Nichtvorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 in verkörperter

1 Verordnung zur Regelung von Erleichterungen und Ausnahmen von Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung - SchAusnahmV).

2 Felz, ARP 2021, S. 358, 359.

oder digitaler Form, wenn die zugrunde liegende Testung mittels eines verkehrsfähigen Schnelltests³ erfolgt ist und maximal 24 Stunden zurückliegt. Die Testung muss zudem unter bestimmten Umständen stattgefunden haben. Sie muss entweder vor Ort unter Aufsicht desjenigen stattfinden, der der jeweiligen Schutzmaßnahme unterworfen ist (zum Beispiel in Form von Selbsttests vor Ort unter Aufsicht des Arbeitgebers oder einer von ihm beauftragten Person)⁴, im Rahmen einer betrieblichen Testung im Sinne des Arbeitsschutzes durch Personal, das die dafür erforderliche Ausbildung oder Kenntnis und Erfahrung besitzt, erfolgen, oder von einem Leistungserbringer nach § 6 Abs. 1 Coronavirus-Testverordnung (TestV)⁵ vorgenommen oder überwacht werden. Davon abweichend darf die Testung maximal 48 Stunden zurückliegen, wenn die Testung mittels Nukleinsäurenachweis (PCR, PoC-PCR oder weitere Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik) erfolgt ist, § 28b Abs. 1 Satz 2 IfSG.

Ein Betreten der Arbeitsstätte ohne einen entsprechenden Nachweis ist nur erlaubt, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers zur Erlangung eines Nachweises im Sinne des § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV oder ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen, § 28b Abs. 1 Satz 3 IfSG.

§ 28b Abs. 3 IfSG regelt die Kontrollpflichten der Arbeitgeber. So haben alle Arbeitgeber die Einhaltung der dargestellten Verpflichtungen durch Nachweiskontrollen täglich zu überwachen und regelmäßig zu dokumentieren. Korrespondierend sind alle Arbeitgeber und Beschäftigte verpflichtet, einen entsprechenden Nachweis auf Verlangen vorzuzeigen. Soweit erforderlich, darf der Arbeitgeber personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten. Laut Gesetzesbegründung liegt der Schwerpunkt dieser Kontrollen auf dem täglichen Nachweis über die Aktualisierung des Status ‚getestet‘. Bei den Kontrollen der Nachweise über den Status ‚geimpft‘ und ‚genesen‘ sind vereinfachte Kontrollprozesse anwendbar.⁶

Geimpfte oder genesene Personen sind nicht verpflichtet, Auskunft über ihren Status zu geben. Legen sie keinen Impf- oder Genesenennachweis vor, haben sie einen Testnachweis beizubringen.⁷

3 § 2 Nr. 7 SchAusnahmV: Testung muss durch In-vitro-Diagnostika erfolgt sein, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Abs. 1 des Medizinproduktegesetzes erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind.

4 BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.12 und 1.1.19, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

5 Verordnung zum Anspruch auf Testung in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 (Coronavirus-Testverordnung - TestV).

6 Bericht des Hauptausschusses a) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP - Drucksache 20/15 - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und anderen, Bundestagsdrucksache 20/89 vom 17. November 2021, S. 18.

7 Felz, ARP 2021, S. 358, 361.

2.2. Kostentragung

§ 28b Abs. 1 IfSG selbst enthält keine Regelung, wer die Kosten für die Erbringung eines Corona-Testnachweises im Rahmen der 3G-Regel am Arbeitsplatz zu tragen hat.

Laut Gesetzesbegründung ist grundsätzlich der Beschäftigte für die Beibringung des Testnachweises selbst verantwortlich. Dies betrifft auch die Kostentragung. Der Beschäftigte kann für den Testnachweis beispielsweise einen Bürgertest (PoC-Antigen-Schnelltest) wahrnehmen.⁸ Nach §§ 4a, 5 Abs. 1 Satz 2 TestV können asymptomatische Personen mindestens einmal pro Woche einen kostenlosen Bürgertest im Rahmen der Verfügbarkeiten von Testkapazitäten in Anspruch nehmen. Die kostenlose Inanspruchnahme ist in der Regel auch mehrmals pro Woche möglich.⁹

Davon unberührt bleiben jedoch die unabhängig von § 28b Abs. 1 IfSG bestehenden Pflichten des Arbeitgebers. So darf der Arbeitgeber seine Beschäftigten nicht auf die kostenlose Bürgertestung verweisen, soweit er nach Arbeitsschutzrecht verpflichtet ist, eine kostenlose Testung anzubieten. Auch ist der Arbeitgeber weiterhin nach § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV verpflichtet, seinen Beschäftigten zweimal wöchentlich einen Corona-Test anzubieten und Beschäftigte haben nach wie vor das Recht, die Testangebote anzunehmen (siehe hierzu auch die Ausführungen unter 3.).¹⁰ Es bleibt jedoch dem Arbeitgeber überlassen, in welcher Form er den Test anbietet. Es besteht keine Pflicht, den Test so anzubieten, dass die Anforderungen des § 28b Abs. 1 IfSG erfüllt sind.¹¹

2.3. Testung und Arbeitszeit

Auch eine Regelung, ob die Testzeit als vergütungspflichtige Arbeitszeit gilt, findet sich in § 28b Abs. 1 IfSG nicht.

-
- 8 Bericht des Hauptausschusses a) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP - Drucksache 20/15 - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und anderen, Bundestagsdrucksache 20/89 vom 17. November 2021, S. 17; so auch Fuhlrott/Schäffer, NZA 2021, S. 1679, 1680; Radbruch/Früh, Expertenforum Arbeitsrecht (EFAR), 3G am Arbeitsplatz und Rückkehr zur Homeoffice-Pflicht, 23. November 2021, abrufbar unter <https://efarbeitsrecht.net/3g-am-arbeitsplatz-und-rueckkehr-zur-homeoffice-pflicht/>; Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB), Corona und Arbeitsrecht - Fragen und Antworten zur 3G-Regel am Arbeitsplatz und der Homeoffice-Angebotspflicht, 24. November 2021, abrufbar unter <https://www.dgb.de/themen/++co++0f2c6072-4dc5-11ec-948a-001a4a160123>.
- 9 Siehe zum Beispiel Land Niedersachsen, Covid-19 Testung - Antworten auf häufig gestellte Fragen, abrufbar unter <https://www.niedersachsen.de/Coronavirus/Testung/covid-19-testung-antworten-auf-haufig-gestellte-fragen-198180.html>; Ministerium für Soziales, Gesundheit, Integration und Verbraucherschutz des Landes Brandenburg, Corona-Bürgertestungen in Brandenburg, abrufbar unter <https://brandenburg-testet.de/bb-testet/de/#>.
- 10 Bericht des Hauptausschusses a) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP - Drucksache 20/15 - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und anderen, Bundestagsdrucksache 20/89 vom 17. November 2021, S. 17.
- 11 Fuhlrott/Schäffer, NZA 2021, S. 1679, 1680 f.; BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.17, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

Nach dem Wortlaut des § 28b Abs. 1 Satz 1 IfSG ist der Zutritt zur Arbeitsstätte beziehungsweise die Durchführung des Transports von mehreren Beschäftigten zur oder von der Arbeitsstätte nur zulässig, wenn ein Impfnachweis, ein Genesenennachweis oder ein Testnachweis vorliegen. Die Ausnahmeregelung in § 28b Abs. 1 Satz 3 IfSG erlaubt ein Betreten nur, um unmittelbar vor Arbeitsantritt ein Testangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen. Daraus wird regelmäßig gefolgert, dass die Testung grundsätzlich nicht zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit gehört. Dafür spreche auch, dass der Arbeitnehmer selbst für die Testung verantwortlich sei.¹²

Laut dem Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) lassen sich ungeimpfte Beschäftigte zudem testen, um nicht selbst gegen eine (bußgeldbewehrte) Verbotsnorm zu verstoßen, deren Adressaten sie sind. Ihr eigenes Interesse an der Testung stehe daher im Vordergrund.¹³ Dies indiziere auch nach in der Literatur vertretener Auffassung, dass hier nicht lediglich die Interessen des Arbeitgebers im Vordergrund stünden. Die Testpflicht treffe die Beschäftigten; der Arbeitgeber werde lediglich verpflichtet, die erforderliche Infrastruktur für Testnachweise (Überwachungs- und Dokumentationsfunktion) zu stellen. Der Testnachweis durch den Arbeitgeber verfolge vielmehr den Sinn und Zweck, dass eine umfangreiche Kontrollmöglichkeit zur wirksamen Unterbrechung der Infektionsketten zur Verfügung gestellt werde, um das allgemeine Infektionsgeschehen in Deutschland effizient einzudämmen.¹⁴ Der Arbeitgeber kann jedoch freiwillig die Zeit der Testung vergüten.

3. Testangebotspflicht des Arbeitgebers, § 4 Corona-ArbSchV

3.1. Anforderungen

Zur Minderung des betrieblichen SARS-CoV-2-Infektionsrisikos hat der Arbeitgeber gemäß § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV den Beschäftigten mindestens zweimal pro Kalenderwoche kostenfrei eine Testung zum direkten Erregernachweis des Coronavirus anzubieten. So sollen Infektionsketten im Betrieb frühzeitig erkannt und durchbrochen werden.¹⁵ Zum Einsatz kommen können

-
- 12 Fuhlrott/Schäffer, NZA 2021, S. 1679, 1681 auch unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) zu Umkleidezeiten; Radbruch/Früh, Expertenforum Arbeitsrecht (EFAR), 3G am Arbeitsplatz und Rückkehr zur Homeoffice-Pflicht, 23. November 2021, abrufbar unter <https://efarbeitsrecht.net/3g-am-arbeitsplatz-und-rueckkehr-zur-homeoffice-pflicht/>; Deutscher Gewerkschaftsbund (DGB), Corona und Arbeitsrecht - Fragen und Antworten zur 3G-Regel am Arbeitsplatz und der Homeoffice-Angebotspflicht, 24. November 2021, abrufbar unter <https://www.dgb.de/themen/++co++0f2c6072-4dc5-11ec-948a-001a4a160123>; BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.22, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6.
- 13 BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.22, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6.
- 14 Fuhlrott/Schäffer, NZA 2021, S. 1679, 1681.
- 15 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV), Stand: 17. Juni 2021, S. 9 f., abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwurfe/ref-neufassung-sars-cov-2-arbeitsschutzverordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=1; Borho, COVuR 2021, S. 334, 335.

PCR-Tests oder Antigen-Schnelltests zur professionellen oder zur Selbstanwendung.¹⁶ Die Pflicht gilt nicht, soweit Beschäftigte ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten. Sind Beschäftigte an weniger als zwei Tagen in der Woche im Betrieb anwesend, muss ihnen nur an den Tagen ihrer Anwesenheit ein Testangebot unterbreitet werden.¹⁷

Der Arbeitgeber ist zwar verpflichtet, die Tests anzubieten. Es besteht jedoch seitens der Beschäftigten keine Verpflichtung, eine Testung durchzuführen.¹⁸

Nach § 4 Abs. 2 Corona-ArbSchV sind Testangebote nicht erforderlich, soweit der Arbeitgeber durch andere geeignete Schutzmaßnahmen einen gleichwertigen Schutz der Beschäftigten sicherstellt oder einen bestehenden gleichwertigen Schutz nachweisen kann. Dies bedeutet laut BMAS, dass der Arbeitgeber geimpfte oder genesene Beschäftigte von dem betrieblichen Testangebot ausnehmen kann, wenn er dazu über belastbare Angaben der Beschäftigten (zum Beispiel Impf- oder Genesenennachweis) verfügt. Die Beschäftigten sind jedoch nicht verpflichtet, über ihren Impf- oder Serostatus Auskunft zu geben.¹⁹

Der Arbeitgeber hat mehrere Möglichkeiten, seiner Testangebotspflicht nachzukommen. Möglich ist die Testung mit vom Arbeitgeber angeschafften Selbsttests. Die Testung kann mit oder ohne Aufsicht durchgeführt werden und muss nicht an der Arbeitsstätte erfolgen. Vielmehr können den Beschäftigten die Tests auch zur Eigenanwendung mit nach Hause gegeben werden.²⁰ Ferner kann die Testung im Betrieb durch entsprechend geschultes Personal erfolgen.²¹

16 Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV), Stand: 17. Juni 2021, S. 9 f., abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwurfe/ref-neufassung-sars-cov-2-arbeitsschutzverordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=1; Jahn, DB 2021, S. 960, 962; siehe auch § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV: Testung durch In-vitro-Diagnostika, die für den direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 bestimmt sind und die auf Grund ihrer CE-Kennzeichnung oder auf Grund einer gemäß § 11 Absatz 1 des Medizinproduktegesetzes in der am 25. Mai 2021 geltenden Fassung erteilten Sonderzulassung verkehrsfähig sind.

17 Schwede, ArbRAktuell 2021, S. 628, 629; BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.12 und 2.2.22, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6; Borho, COVuR 2021, S. 334, 336.

18 Mareck, AA 2021, S. 082 bis 087; Borho, COVuR 2021, S. 334, 336.

19 BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.12 und 2.2.10, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

20 BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.12 und 2.2.7, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6; Jahn, DB 2021, S. 960, 962.

21 Mareck, AA 2021, S. 082 bis 087.

Der Arbeitgeber kann die Testangebotspflicht auch dadurch erfüllen, dass er die Testung durch Dritte durchführen lässt. Der Arbeitgeber hat hierzu mit einer geeigneten Stelle eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen (vgl. § 4 Abs. 3 Corona-ArbSchV).²²

Der Arbeitgeber darf die Beschäftigten zur Erfüllung seiner Verpflichtung hingegen nicht auf die kostenlosen Bürgertests verweisen.²³ Nach der Verordnungsbegründung sind die Tests in Betrieben eine notwendige Ergänzung des Arbeitsschutzes zu einer flächendeckenden Bereitstellung von Testkapazitäten für alle Bürger im Bereich des Infektionsschutzes. Eine solche Ergänzung finde jedoch bei der Nutzung von Bürgertests nicht statt.²⁴ Zudem handele es sich bei der Testangebotspflicht um eine arbeitsschutzrechtliche Pflicht, deren Kosten der Arbeitgeber zu tragen habe.²⁵

3.2. Kostentragung

Unstrittig ist, dass der Arbeitgeber die Kosten der anzubietenden Testung zu tragen hat.²⁶ Es handelt sich dabei um Maßnahmen des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes im Sinne des Arbeitsschutzgesetzes, deren Kosten grundsätzlich den Arbeitgeber treffen.²⁷

-
- 22 BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.12 und 2.2.20, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6; Borho, COVuR 2021, S. 334, 336; Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Dritte Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung, Stand: 19. April 2021, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwuerfe/ref-dritte-aenderungsverordnung-sars-cov-2-arbeitsschutzverordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
- 23 Felz, ARP 2021, S. 358, 360; Johann/Gabriel in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 8. Edition, Stand: 1. Dezember 2021, IfSG § 28b, Rn. 20; Bericht des Hauptausschusses a) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP - Drucksache 20/15 - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und anderen, Bundestagsdrucksache 20/89 vom 17. November 2021, S. 17.
- 24 Borho, COVuR 2021, S. 334, 336; Referentenentwurf des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Dritte Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung, Stand: 19. April 2021, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwuerfe/ref-dritte-aenderungsverordnung-sars-cov-2-arbeitsschutzverordnung.pdf?__blob=publicationFile&v=2.
- 25 Jahn, NWB 2021, S. 3442, 3442.
- 26 Jahn, DB 2021, S. 960, 963; Mareck, AA 2021, 082 bis 087; Düwell, jurisPR-ArbR 29/2021 Anm. 1.
- 27 Düwell, jurisPR-ArbR 29/2021 Anm. 1; BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.12 und 2.2.5, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

3.3. Testung und Arbeitszeit

Unklar ist hingegen, ob die Zeit der Durchführung eines aus Sicht des Beschäftigten freiwilligen Tests zur Arbeitszeit zu zählen ist. § 4 Corona-ArbSchV trifft hierüber keine Aussage.²⁸

Laut Begründung der Zweiten Verordnung zur Änderung der Corona-ArbSchV ist die Entscheidung, ob die freiwillige Testung der Beschäftigten innerhalb der Arbeitszeit der Beschäftigten erfolgt oder nicht, im Rahmen betrieblicher Vereinbarungen zu treffen. Daher würden eventuell entstehende Lohnkosten für den Arbeitgeber bei der Berechnung des Erfüllungsaufwandes für die Wirtschaft nicht berücksichtigt und eine Abdeckung über die bestehenden lohnbezogenen Ausgaben angenommen.²⁹

In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass es sich bei Testungen, die lediglich aufgrund der Angebotspflicht des Arbeitgebers zur Verfügung gestellt werden, nicht um vergütungspflichtige Arbeitszeit handle. Die Tests erfolgten nicht fremdnützig ausschließlich im Interesse des Arbeitgebers, sondern jedenfalls auch im eigenen Interesse des Arbeitnehmers zu dessen individuellem Schutz.³⁰

Nach anderer Auffassung hingegen könne die Zeit der Testung als vergütungspflichtige Arbeitszeit angesehen werden. Der Anspruch auf Zahlung der Vergütung nach § 611a Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) knüpfe an die Leistung fremdbestimmter Arbeit an. Arbeit in diesem Sinne sei jede Tätigkeit, die als solche der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses diene. Die Testung könne als Erfüllung einer Arbeitgeberpflicht aus § 618 Abs. 1 BGB (Pflicht des Arbeitgebers zu Schutzmaßnahmen) angesehen werden, für den Gesundheitsschutz der Beschäftigten zu sorgen. Der sich testende Beschäftigte werde dabei auch fremdnützig für den Arbeitgeber tätig; denn der Test solle bei einem positiven Ergebnis die anderen Beschäftigten vor Kontakt mit dem als infektiös identifizierten Beschäftigten schützen.³¹

Soweit hier bekannt, ist die Frage höchstrichterlich noch nicht entschieden worden.

28 Pelke, BB 2021, S. 1011.

29 Verordnung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales, Zweite Verordnung zur Änderung der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung, Bearbeitungsstand: 13. April 2021 9:16 Uhr, S. 8, abrufbar unter <https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetze/Referentenentwuerfe/zweite-arbeitsschutzverordnung-sars.pdf;jsessionid=AE6055BBDAF81E71D9DBFDE93B8DE9DF.delivery1-replication?blob=publication-File&v=7> (zuletzt abgerufen am 4. Mai 2021).

30 Jahn, DB 2021, S. 960, 963; im Ergebnis auch Mareck, AA 2021, 082 - 087.

31 Düwell, jurisPR-ArbR 16/2021 Anm. 1.

4. Besondere Regelungen in Gesundheitseinrichtungen, § 28b Abs. 2 IfSG

Besondere Testpflichten bestehen nach § 28b Abs. 2 IfSG in bestimmten Einrichtungen und Unternehmen, in denen Kontakt zu vulnerablen Gruppen beziehungsweise ein stark erhöhtes Infektionsrisiko besteht.³²

4.1. Anforderungen

Betroffen sind Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Abs. 3 IfSG³³ (zum Beispiel Krankenhäuser, Arztpraxen, ambulante Pflegedienste) und nach § 36 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 7 IfSG (nicht unter § 23 Abs. 5 S. 1 IfSG fallende stationäre Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen und vergleichbare Einrichtungen sowie ambulante Pflegedienste und Unternehmen, die vergleichbare Dienstleistungen anbieten).

Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher³⁴ dürfen diese Einrichtungen nur betreten oder nur in diesen tätig werden, wenn sie getestete Personen im Sinne des § 2 Nr. 6 SchAusnahmV sind und einen Testnachweis mit sich führen. Besucher, sind nicht nur Personen, die die Einrichtungen privat aufsuchen, sondern alle Personen, die die Einrichtung - auch aus beruflichen Gründen - betreten wie etwa Therapeuten, Handwerker oder Paketboten.³⁵

Zu den Anforderungen an die Testung wird auf die Ausführungen zu § 28b Abs. 1 IfSG (siehe unter 2.1) verwiesen.

Die Testpflicht besteht grundsätzlich sowohl für ungeimpfte als auch für geimpfte oder genesene Personen. Für Arbeitgeber und Beschäftigte, die geimpft oder genesen im Sinne der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung sind, kann die zugrunde liegende Testung jedoch auch durch Antigen-Tests zur Eigenanwendung (Selbsttests) ohne Überwachung erfolgen, § 28b Abs. 2 Satz 4 Hs. 1 IfSG. Dies gilt gleichermaßen für Besucher, die als medizinisches Personal die

32 Fuhlrott/Schäffer, NZA 2021, S. 1679, 1682.

33 Umfasst sind Einrichtungen und Unternehmen nach § 23 Abs. 3 IfSG mit der Maßgabe, dass Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen auch dann umfasst sind, wenn dort keine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt. Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 Nr. 1 bis 12 IfSG sind: Krankenhäuser, Einrichtungen für ambulantes Operieren, Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt, Dialyseeinrichtungen, Tageskliniken, Entbindungseinrichtungen, Behandlungs- oder Versorgungseinrichtungen, die mit einer der in den vor genannten Einrichtungen vergleichbar sind, Arztpraxen, Zahnarztpraxen, Praxen sonstiger humanmedizinischer Heilberufe, Einrichtungen des öffentlichen Gesundheitsdienstes, in denen medizinische Untersuchungen, Präventionsmaßnahmen oder ambulante Behandlungen durchgeführt werden, ambulante Pflegedienste, die ambulante Intensivpflege in Einrichtungen, Wohngruppen oder sonstigen gemeinschaftlichen Wohnformen erbringen, und Rettungsdienste.

34 In oder von den genannten Einrichtungen und Unternehmen behandelte, betreute, gepflegte oder untergebrachte Personen sowie Begleitpersonen, die die Einrichtung oder das Unternehmen nur für einen unerheblichen Zeitraum betreten, gelten nicht als Besucher, § 28b Abs. 2 Satz 2 IfSG.

35 Bericht des Hauptausschusses a) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP - Drucksache 20/15 - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und anderen, Bundestagsdrucksache 20/89 vom 17. November 2021, S. 17; Johann/Gabriel in: Eckart/Winkelmüller, BeckOK Infektionsschutzrecht, 8. Edition, Stand: 1. Dezember 2021, IfSG § 28b, Rn. 29.

in den entsprechenden Einrichtungen und Unternehmen behandeln, betreuen, gepflegten oder untergebrachten Personen zu Behandlungszwecken aufsuchen, § 28b Abs. 2 Satz 4 Hs. 2 IfSG. Für geimpfte oder genesene Arbeitgeber und Beschäftigte muss die Testung mindestens zweimal wöchentlich durchgeführt werden.

Ein Betreten der Einrichtungen und Unternehmen ohne entsprechenden Nachweis beziehungsweise Testung ist auch hier nur erlaubt, um unmittelbar vor der Arbeitsaufnahme ein Testangebot des Arbeitgebers zur Erlangung eines Nachweises im Sinne des § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV oder ein Impfangebot des Arbeitgebers wahrzunehmen, § 28b Abs. 2 Satz 7, Abs. 1 Satz 3 IfSG.

Ausgenommen von der Testpflicht sind Besucher, die die Einrichtung oder das Unternehmen im Rahmen eines Notfalleinsatzes oder aus anderen Gründen und ohne Kontakt zu den in den genannten Einrichtungen und Unternehmen behandeln, betreuen, gepflegten oder untergebrachten Personen nur für einen unerheblichen Zeitraum betreten, § 28b Abs. 2 Satz 2 IfSG.

Die genannten Einrichtungen und Unternehmen sind verpflichtet, ein einrichtungs-oder unternehmensbezogenes Testkonzept zu erstellen. Nach der Gesetzesbegründung sollen die Testkonzepte dabei Beschäftigte, Besuchspersonen und gepflegte und betreute Personen umfassen und insbesondere die konkreten Vorgaben des § 28b Abs. 2 IfSG zur Durchführung von Testungen bei Beschäftigten und Besuchspersonen aufgreifen, aber auch die fachlich angemessene Umsetzung weiterer Vorgaben aus der Corona-Testverordnung (wie die Testung von pflegebedürftigen Personen) enthalten.³⁶ Im Rahmen des Testkonzepts müssen die Einrichtungen und Unternehmen Testungen für alle Beschäftigten anbieten, § 28b Abs. 2 Satz 8 und 9 IfSG. Stationäre Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen oder vergleichbare Einrichtungen (§ 36 Abs. 3 Nr. 2 IfSG) haben zudem auch allen Besuchern eine Testung anzubieten.

Auch die Leitungen der in § 28b Abs. 2 IfSG genannten Einrichtungen und Unternehmen unterliegen den Kontrollpflichten nach § 28b Abs. 3 IfSG in Hinblick auf Arbeitgeber, Beschäftigte und Besucher. Insoweit wird auf die entsprechenden Ausführungen unter 2.1 verwiesen.

4.2. Kostentragung und Arbeitszeit

Da die genannten Einrichtungen und Unternehmen im Rahmen der von ihnen zu erstellenden Testkonzepte gesetzlich verpflichtet sind, für alle Beschäftigten Testungen anzubieten, liegt die Kostenlast zunächst bei ihnen. Ebenso ist die Zeit für die Durchführung der Tests als vergütungs-

36 Bericht des Hauptausschusses a) zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen SPD, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP - Drucksache 20/15 - Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite und anderen, Bundestagsdrucksache 20/89 vom 17. November 2021, S. 17.

pflichtige Arbeitszeit zu betrachten. Eine Refinanzierung der den Einrichtungen und Unternehmen durch die Testungen entstehenden Sach- und Durchführungskosten ist jedoch nach der Coronavirus-Testverordnung unter der Beachtung der dort geregelten Voraussetzungen möglich.³⁷

Beschäftigte, die nach § 28b Abs. 1 IfSG zur Testung und Erbringung eines Testnachweises verpflichtet sind, können hierfür wiederum auch die von ihrem Arbeitgeber nach § 28b Abs. 2 Satz 9 IfSG anzubietenden Testungen in Anspruch nehmen.³⁸

37 BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.16, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6.

38 Vgl. BMAS, Betrieblicher Infektionsschutz - Antworten auf die häufigsten Fragen, Stand: 1. Dezember 2021, 1.1.17, abrufbar unter https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/Arbeitsschutz/corona-faqs-betrieblicher-infektionsschutz.pdf?__blob=publicationFile&v=6.