

An die
Geschäftsführungen und Personalleitungen
unserer Mitgliedsunternehmen

09.07.2021
Fe/Sc

RS 49-2021

Sonderrundschreiben:

Corona: EILT! Änderung der CoronaSchVO: Pflicht der Beschäftigten zum Nachweis einer Negativtestung

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit unserem RS 48-2021 vom 08.07.2021 informierten wir Sie darüber, dass mit der 32. Verordnung zur Änderung von Rechtsverordnungen zum Schutz vor dem Coronavirus SARS-CoV-2 die Landesregierung am 7. Juli 2021 sehr kurzfristig u. a. die Corona-Schutzverordnung (CoronaSchVO) geändert hat. Weitergehende Pflichten aus anderen Rechtsvorschriften oder konkreten behördlichen Anordnungen bleiben von diesen Änderungen unberührt.

Die geänderte CoronaSchVO, zu der uns keine Verordnungsbegründung, aber zumindest ein – die Fachgerichte nicht bindendes – Informationsblatt des Verordnungsgebers vorliegt, beinhaltet u. a. die neue Pflicht von nicht vollständig immunisierten Beschäftigten, die nach dem 1. Juli 2021 mindestens 5 Werktage aufgrund von Urlaub oder vergleichbaren Dienst- oder Arbeitsbefreiungen nicht gearbeitet haben, am Rückkehrtag im Betrieb ein negatives Testergebnis vorzuweisen oder vor Ort einen dokumentierten beaufsichtigten Test im Rahmen einer Beschäftigtentestung durchzuführen. Dieses Informationsblatt können Sie als Anlage 1 über unsere Homepage www.agv-minden.de unter der Rubrik „Rundschreiben (dort RS 49-2021) abrufen.

Wörtlich heißt es dazu in § 7 Abs. 3 CoronaSchVO:

„Beschäftigte, die nach dem 1. Juli 2021 mindestens fünf Werktage hintereinander aufgrund von Urlaub und vergleichbaren Dienst- oder Arbeitsbefreiungen nicht gearbeitet haben, müssen am ersten Arbeitstag nach dieser Arbeitsunterbrechung dem Arbeitgeber einen Negativtestnachweis (Bürgertestung oder Einrichtungstestung nach § 3 und §§ 5 ff. der Corona-Test-und-Quarantäneverordnung) vorlegen oder im Verlauf des ersten Arbeitstages einen dokumentierten beaufsichtigten Test im Rahmen der Beschäftigtentestung nach § 4 der Corona-Test-und-Quarantäneverordnung durchführen. Erfolgt die Arbeitsaufnahme im Homeoffice, gilt die Verpflichtung nach Satz 1 für den ersten Tag, an dem die Arbeit im Betrieb oder an sonstigen Einsatzorten außerhalb der eigenen Häuslichkeit stattfindet. Satz 1 gilt nicht für Beschäftigte, die im Sinne von § 3 Absatz 3 Satz 4 vollständig immunisiert sind.“

Nach Maßgabe von § 23 Abs. 2 Nr. 4a CoronaSchVO sind Verstöße im Zusammenhang mit dieser Pflicht für beide Arbeitsvertragsparteien bußgeldbewehrt:

„Ordnungswidrig (...) handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig (...) entgegen § 7 Absatz 3 als Beschäftigte oder Beschäftigter nach der Arbeitsunterbrechung den Testnachweis nicht vorlegt beziehungsweise den Test im Rahmen der Beschäftigtentestung nicht durchführt oder als Arbeitgeberin oder Arbeitgeber die Kontrolle der Testnachweise beziehungsweise die Testdurchführung nicht sicherstellt (...)“.

Da die Änderungen der CoronaSchVO bereits heute, am 9. Juli 2021, in Kraft treten, entstehen unmittelbar erste Anwendungsfragen. Auf Basis unserer bisherigen, zum Teil vorläufigen Erkenntnisse möchten wir Ihnen hierzu folgende Hinweise geben:

Zweck der Neuregelung

Mit der neuen Pflicht der Beschäftigten zum Nachweis einer Negativtestung sollen die besonderen Infektionsgefahren nach einer Urlaubsrückkehr oder nach der Rückkehr aus einer sonstigen mehrtägigen Freizeit gemindert werden. Dies schützt auch die Funktionsfähigkeit der betrieblichen Abläufe.

Auf den Urlaubsort oder die Art und Weise, wie die Freizeit gestaltet wurde, kommt es dabei aus Sicht des Ordnungsgebers nicht an. Die Pflicht zum Nachweis einer Negativtestung besteht demnach auch dann, wenn der Urlaub zu Hause verbracht wurde.

Inkrafttreten und Laufzeit der Neuregelung

Die Änderungen der CoronaSchVO treten heute, am 9. Juli 2021, in Kraft. Die CoronaSchVO tritt – nach derzeitiger Verordnungslage – mit Ablauf des 5. August 2021 außer Kraft.

Zu beachten ist, dass die Pflicht der Beschäftigten zum Nachweis einer Negativtestung entsteht, wenn die Beschäftigten bereits nach dem 1. Juli 2021 an mindestens fünf Werktagen hintereinander aufgrund von Urlaub oder vergleichbaren Dienst- oder Arbeitsbefreiungen nicht gearbeitet haben.

Zählweise der Werktage

Bei der Zählweise der „hintereinander“ folgenden Werktage sind alle Werktage (i. S. d. ArbZG: Montag bis Samstag) mitzuzählen, an denen eine Arbeitsbefreiung infolge von Urlaub und vergleichbaren Dienst- oder Arbeitsbefreiungen erfolgt. Ausweislich des Informationsblatts des Ordnungsgebers entsteht aber auch für Teilzeitbeschäftigte, die nur an einem Tag in der Woche arbeiten und an diesem Tag Urlaub haben, bei ihrer Rückkehr die Pflicht zum Nachweis einer Negativtestung. Sonn- und Feiertage dürften wohl keinen „Neustart“ der Zählweise auslösen. Ein solcher Neustart entsteht im Übrigen erst wieder bei neuen Arbeitsbefreiungen nach zwischenzeitlichen Arbeitstagen.

Urlaub und vergleichbare Dienst- und Arbeitsbefreiungen; Homeoffice

Die Pflicht der Beschäftigten zum Nachweis einer Negativtestung besteht bei „*Urlaub*“ und den im Verordnungstext nicht näher beschriebenen „*vergleichbaren Dienst- oder Arbeitsbefreiungen*“. In der Sache geht es dem Ordnungsgeber um das potenziell erhöhte Kontaktverhalten der Beschäftigten bei mehrtägigen Freizeiten infolge einer Arbeitsbefreiung. Dementsprechend hat der Ordnungsgeber in seinem Informationsblatt zu der geänderten CoronaSchVO Abwesenheitszeiten infolge von Krankheit, einer Homeoffice-Tätigkeit oder einer Dienstreise von der o. g. Pflicht ausgenommen. Unseres Erachtens muss diese Her-

ausnahme auch für Tage gelten, an denen mobil gearbeitet wird, da die Beschäftigten auch an diesen Tagen kein besonderes Freizeitvolumen infolge einer Arbeitsbefreiung haben.

Von der Herausnahme der Tage mit Homeoffice-Tätigkeit abzugrenzen ist allerdings der in § 7 Abs. 3 Satz 2 CoronaSchVO genannte Fall, dass sich die Homeoffice-Tätigkeit an eine Abwesenheit aufgrund von Urlaub oder vergleichbaren Dienst- oder Arbeitsbefreiungen unmittelbar anschließt. In diesem Fall müssen die Beschäftigten an dem Tag den Negativtestnachweis vorlegen bzw. einen dokumentierten beaufsichtigten Beschäftigtentest durchführen, an dem sie erstmalig im Betrieb oder an Einsatzorten außerhalb der eigenen Häuslichkeit arbeiten. Da der Ordnungsgeber insoweit keine zeitliche Obergrenze vorsieht, kommt es auf die Dauer der Homeoffice-Tätigkeit nicht an.

Ein Recht auf eine Homeoffice-Tätigkeit kann von den Beschäftigten durch eine Testverweigerung nicht einseitig begründet werden.

Schichtarbeit

Zur Schichtarbeit äußert sich der Ordnungsgeber in seinem Informationsblatt widersprüchlich. Einerseits erstreckt er das o. g. Fallbeispiel zur Teilzeit (Arbeit an nur einem Tag in der Woche) mit der Folge einer Pflicht zum Nachweis eines Negativtests auch auf die Schichtarbeit. Zugleich reiht der Ordnungsgeber die Schichtarbeit aber auch in die eine Testpflicht nicht auslösende Aufzählung von Krankheits- oder Homeoffice-Tagen ein.

Unseres Erachtens spricht der Ordnungszweck eher dafür, dass die Arbeitsbefreiung aufgrund von Freischichten bei entsprechender Dauer die Pflicht zum Nachweis einer Negativtestung auslösen kann.

Verpflichteter Beschäftigtenkreis

Die Pflicht zum Nachweis einer Negativtestung besteht nicht für Beschäftigte, die im Sinne von § 3 Abs. 3 Satz 4 CoronaSchVO vollständig immunisiert sind. Dies spricht aus Arbeitgebersicht dafür, das nicht geregelte und sehr umstrittene Fragerecht nach dem Immunisierungsstatus im Zusammenhang mit § 7 Abs. 3 CoronaSchVO zu bejahen. Aus der – pragmatischen – Sicht des Ordnungsgebers sollen Beschäftigte, die ihren Impfstatus nicht nachweisen wollen, auf den Nachweis einer Negativtestung „ausweichen“ können.

Information der Beschäftigten

Eine Pflicht des Arbeitgebers, die Beschäftigten vor ihrer Rückkehr an den Arbeitsplatz bzw. an den Einsatzort außerhalb der eigenen Häuslichkeit über den beizubringenden Negativtestnachweis zu informieren, ist dem Ordnungstext nicht zu entnehmen. Gleichwohl erscheint eine solche Information dort, wo sie trotz des überraschenden Verkündungstermins in der 1. Woche der Sommerferien noch rechtzeitig erbracht werden kann, ggf. sinnvoll, um Verzögerungen bei der Arbeitsaufnahme zu vermeiden. Ein Muster für ein mögliches Informationsschreiben, das ggf. noch an das betriebliche Test- und Hygienekonzept angepasst werden muss, können Sie über unsere Homepage www.agv-minden.de unter der Rubrik „Rundschreiben (dort RS 49-2021) abrufen (Anlage 2).

Testarten

Festzuhalten ist, dass § 7 Abs. 3 CoronaSchVO für Arbeitgeber keine zusätzliche Test- bzw. Testangebotspflicht des Arbeitgebers auslöst. Die Verantwortung für die Beibringung des Negativtestnachweises liegt allein bei den Beschäftigten. Hinsichtlich der Testangebotspflicht bleibt es auch nach der Änderung der CoronaSchVO allein bei der Testangebotspflicht des

Arbeitgebers nach § 4 Abs. 1 Corona-ArbSchV. Diese kann in Nordrhein-Westfalen durch die Zurverfügungstellung freiwilliger, unbeaufsichtigter Selbsttests erfüllen werden.

Für den von den Beschäftigten beizubringenden Negativtestnachweis i. S. d. § 7 Abs. 3 CoronaSchVO gilt ein strengerer Maßstab. Der unbeaufsichtigte Selbsttest reicht insoweit nicht. Vielmehr muss der Negativtestnachweis durch eine Bürgertestung nach § 3 CoronaTestQuarantäneVO, durch einen dokumentierten beaufsichtigten Beschäftigtentest nach § 4 CoronaTestQuarantäneVO oder durch einen Einrichtungstest (bspw. in Krankenhäusern oder Pflegeeinrichtungen) nach §§ 5 ff. CoronaTestQuarantäneVO erbracht werden. Auf telefonische Nachfrage hat uns der Ordnungsgeber noch einmal bestätigt, dass der Verweis auf diese Testarten nach der CoronaTestQuarantäneVO streng und abschließend zu sehen ist. Das bedeutet, dass Beschäftigte den Nachweis der Negativtestung nach § 7 Abs. 3 CoronaSchVO nicht durch im Ausland durchgeführte Tests erbringen können. Der Testnachweis, den Beschäftigte, die sich vor Rückkehr an den Arbeitsplatz in einem vom RKI ausgewiesenen Risikogebiet aufgehalten haben, gemäß den Einreiseregulungen (Nachweispflicht gem. § 5 Corona-Einreiseverordnung) im Ausland gemacht haben, ist damit ausdrücklich nicht zur Vorlage gegenüber dem Arbeitgeber geeignet. Hieran ändert auch die Tatsache nichts, dass diese ausländischen Tests den gleichen Schutzstandard haben können und den Beschäftigten zur Wiedereinreise legitimiert haben.

Ein Anspruch der Beschäftigten auf das Angebot eines dokumentierten beaufsichtigten Tests im Rahmen einer Beschäftigtentestung nach § 4 der CoronaTestQuarantäneVO entsteht nach unserer Auffassung durch § 7 Abs. 3 CoronaSchVO ausdrücklich nicht. Ein entsprechendes freiwilliges Angebot kann aber in Betrieben erwägenswert sein, in denen damit zu rechnen ist, dass Beschäftigte in größerem Umfang ohne einen Testnachweis an den Arbeitsort bzw. an den Einsatzort außerhalb der eigenen Häuslichkeit zurückkehren.

Testvornahme während der Arbeitszeit

In der Regel handelt es sich aus Arbeitgebersicht bei der für einen Negativtestnachweis aufgewendeten Zeit nicht um vergütungspflichtige Arbeitszeit. Der Negativtestnachweis nach Maßgabe von § 7 Abs. 3 CoronaSchVO gehört zum ordnungsgemäßen Arbeitsangebot und liegt damit in der Sphäre der Beschäftigten. Abweichende Festlegungen auf betrieblicher Ebene sind aber denkbar.

Alter des Tests

Zu der Frage, wie lange die Testvornahme für den Negativtestnachweis zurückliegen darf, trifft § 7 Abs. 3 der CoronaSchVO keine Aussage. In dem anliegenden Informationsblatt teilt der Ordnungsgeber mit, dass der Negativtestnachweis aus einer Bürger- oder Einrichtungstestung maximal 48 Stunden alt sein darf. Da der Ordnungsgeber in § 7 CoronaSchVO auch im Übrigen auf höchstens 48 Stunden zurückliegende Testvornahmen abstellt, sollten Arbeitgeber auch im Rahmen des § 7 Abs. 3 CoronaSchVO keine älteren Testnachweise aus einem Bürger- oder Einrichtungstest akzeptieren. Soweit der Arbeitgeber einen dokumentierten beaufsichtigten Test im Rahmen einer Beschäftigtentestung nach § 4 der CoronaTestQuarantäneVO anbietet, muss die Testvornahme am Rückkehrtag erfolgen.

Weigerung des Beschäftigten

Beschäftigte, die entgegen § 7 Abs. 3 CoronaSchVO einen Test- oder Immunisierungsnachweis nicht erbringen, bieten unseres Erachtens ihre Arbeitsleistung nicht wirksam an. Denn in dieser Situation kann der Arbeitgeber nicht sicher abschätzen, ob das Tätigwerden des Beschäftigten im Betrieb oder an einem anderen Einsatzort außerhalb der eigenen Häuslichkeit für eine oder beide Arbeitsvertragsparteien einen Ordnungswidrigkeitstatbestand i. S. d. § 23 Abs. 2 Nr. 4a CoronaSchVO auslöst. In dieser Situation sollte der Arbeitgeber daher die

Arbeitsleistung des Beschäftigten nicht annehmen. Da der Beschäftigte kein ordnungsgemäßes Arbeitsangebot unterbreitet hat, gerät der Arbeitgeber hierbei unseres Erachtens nicht in Annahmeverzug.

Insoweit unterscheidet sich unsere Rechtsauffassung ggf. von dem anliegenden Informationsblatt des Ordnungsgebers, in dem der Ordnungsgeber – wohl primär aus arbeitsschutzrechtlichen Erwägungen – für die Zeit einer Testverweigerung und eines fehlenden Immunisierungsnachweises auch eine Beschäftigung an „isolierten Arbeitsplätzen“ in Betracht zieht.

Aufforderung und Dokumentation

Handlungs- und Dokumentationspflichten des Arbeitgebers hat der Ordnungsgeber nicht ausdrücklich geregelt. Aus dem Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 23 Abs. 2 Nr. 4a CoronaSchVO geht allerdings hervor, dass der Arbeitgeber die „Kontrolle der Testnachweise“ bzw. die „Testdurchführung“ sicherstellen muss. Bei der Festlegung entsprechender Kontrollverfahren sind Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats oder Personalrats zu beachten.

Aus diesem Grund sollte der Arbeitgeber Beschäftigte, die nach dem 1. Juli 2021 mindestens fünf Werktage hintereinander aufgrund von Urlaub und vergleichbaren Dienst- oder Arbeitsbefreiungen nicht gearbeitet haben, aktiv zur Erfüllung ihrer Vorlagepflicht eines Negativtestnachweises oder zum Nachweis einer Immunisierung auffordern. Der Arbeitgeber sollte seine Aufforderung als solche und die Reaktion des Beschäftigten – (Nicht-)Vorlage des Negativtestnachweises und/oder (Nicht-)Nachweis der Immunisierung – bzw. die ordnungsgemäße dokumentierte beaufsichtigte Durchführung eines Tests im Rahmen einer Beschäftigtentestung nach § 4 der CoronaTestQuarantäneVO zu Beweis Zwecken unter Beachtung des Datenschutzes festhalten.

Für weitere Informationen oder bei Fragen erreichen Sie uns jederzeit gern.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr  - Team