

# newsletter

## Vom Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn bzw. kein Urlaub“



Allgemein bekannt dürfte sein, dass seit Beginn der Corona-Pandemie die Einführung von Kurzarbeit sprunghaft angestiegen ist. Für Arbeitgeber und Mitarbeiter stellt sich daher gleichermaßen die Frage, ob nach ggf. monatelanger Kurzarbeit Urlaub zu gewähren ist, obwohl Mitarbeiter in u.U. erheblichem Umfang von ihrer Arbeitspflicht befreit waren. Die Frage, ob eine Verminderung des Urlaubsanspruchs infolge von Kurzarbeit eintritt oder der Arbeitgeber jedenfalls berechtigt ist, den Urlaubsanspruch zu kürzen, ist bislang höchstrichterlich nicht entschieden worden und daher umstritten. Das LAG Düsseldorf (Urteil vom 12.03.2021 – Az.: 6 Sa 824/20) hat nunmehr entschieden, dass der Urlaubsanspruch zumindest in Fällen der „Kurzarbeit Null“ kürzbar ist.

### Sachverhalt:

Der Entscheidung liegt folgender Sachverhalt zu Grunde.

Die Klägerin ist seit dem 01.03.2011 als Verkaufshilfe mit Backtätigkeiten bei der Beklagten, einem Betrieb der Systemgastronomie, beschäftigt. Sie ist in einer Dreitage-Woche in Teilzeit tätig. Vereinbarungsgemäß stehen ihr pro Jahr 28 Werktage bzw.

umgerechnet 14 Arbeitstage Urlaub zu.

Ab dem 01.04.2020 galt für die Klägerin infolge der Corona-Pandemie von April bis Dezember wiederholt Kurzarbeit Null. In den Monaten Juni, Juli und Oktober 2020 bestand diese durchgehend. Im August und September 2020 hatte die Beklagte ihr insgesamt 11,5 Arbeitstage Urlaub gewährt. Die Klägerin ist der Ansicht, die Kurzarbeit habe keinen Einfluss auf ihre Urlaubsansprüche. Konjunkturbedingte Kurzarbeit erfolge nicht auf Wunsch des Arbeitnehmers, sondern im Interesse der Arbeitgeberin. Kurzarbeit sei auch keine Freizeit. So unterliege sie während der Kurzarbeit Meldepflichten. Auch könne die Arbeitgeberin die Kurzarbeit kurzfristig vorzeitig beenden, weswegen es an einer Planbarkeit der freien Zeit fehle. Sie begehrt deshalb die Feststellung, dass ihr für das Jahr 2020 der ungekürzte Urlaub von 14 Arbeitstagen zustehe, d.h. noch 2,5 Arbeitstage. Dem tritt die Arbeitgeberin entgegen. Mangels Arbeitspflicht während der Kurzarbeit Null entstünden keine Urlaubsansprüche. Sie habe deshalb den Urlaubsanspruch der Klägerin für 2020 bereits vollständig erfüllt.

### Entscheidung:

Das LAG Düsseldorf hat die Klage ebenso wie das ArbG Essen (ArbG Essen, Urteil vom 06.10.2020 -Az.1 Ca 2155/20) abgewiesen. Aufgrund der Kurzarbeit Null in den Monaten Juni, Juli und Oktober 2020 hat die Klägerin in diesem Zeitraum keine Urlaubsansprüche gemäß § 3 BUrlG erworben. Der Jahresurlaub 2020 steht ihr deshalb nur anteilig in gekürztem Umfang zu. Für jeden vollen Monat der Kurzarbeit Null war der Urlaub um 1/12 zu kürzen, was sogar eine Kürzung um 3,5 Arbeitstage ergeben würde. Im Hinblick darauf, dass der Erholungsurlaub bezweckt, sich zu erholen, setzt dies eine Verpflichtung zur Tätigkeit voraus. Da während der Kurzarbeit die beiderseitigen Leistungspflichten aufgehoben sind, werden Kurzarbeiter wie vorübergehend teilszeitbeschäftigte Arbeitnehmer behandelt, deren Erholungsurlaub ebenfalls anteilig zu kürzen ist.

Dies entspreche – so das LAG – dem Europäischen Recht, da nach der Rechtsprechung des EuGH während Kurzarbeit Null der europäische Mindesturlaubsanspruch aus Art. 7 Abs. 1 der Richtlinie 2003/88/EG nicht entsteht. Das deutsche Recht enthält dazu keine günstigere Regelung. Weder existiert diesbezüglich eine spezielle Regelung für

Kurzarbeit noch ergibt sich etwas anderes aus den Vorschriften des BUrlG. Insbesondere ist Kurzarbeit Null nicht mit Arbeitsunfähigkeit zu vergleichen. An alledem hat der Umstand, dass die Kurzarbeit der Klägerin durch die Corona-Pandemie veranlasst ist, nichts geändert.

### Zusammenfassung:

Weil während der Kurzarbeit Null keine Arbeitspflicht besteht, entstehen in dieser Zeit auch keine Urlaubsansprüche, so hat zumindest das LAG Düsseldorf entschieden. Für jeden vollen Monat der Kurzarbeit Null sei der einem Arbeitnehmer an sich zustehende Urlaub deshalb um ein Zwölftel zu kürzen. Dies stehe auch im Einklang mit EU-Recht.

Es ist mithin davon auszugehen, dass das BAG die Rechtsauffassung des LAG bestätigt. Zwar setzte die Entstehung des Urlaubsanspruchs nach alter Rechtsprechung ausschließlich das Bestehen des Arbeitsverhältnisses voraus (vgl. BAG, Urte. vom 06.05.2014 – Az. 9 AZR 678/12). Das BAG rückte zuletzt (BAG, Urteil vom 15.03.2019 – Az.: 9 AZR 315/17) von dieser Linie ab. Danach sei entscheidend, ob der Arbeitnehmer zur Erbringung seiner Arbeitsleistung verpflichtet ist. Daher entstehe etwa kein Urlaubsanspruch für Zeiten, in denen sich der Arbeitnehmer im unbezahlten Sonderurlaub befindet. Daraus folgt jedoch nicht, dass der Urlaubsanspruch immer dann zu kürzen ist, wenn der Arbeitnehmer nicht arbeitet. Insbesondere reduziert sich der Urlaubsanspruch nicht, wenn aufgrund einer unwirksamen Kündigung nicht gearbeitet wird oder eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorliegt.

**Nikolaos Siametis**  
Rechtsanwalt

## Inhalt

### Seite 1

- Vom Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn bzw. kein Urlaub“

### Seite 2

- Gehört eine pandemiebedingte Betriebschließung zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers?
- Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Festlegung der Betriebsöffnungszeiten?

### Seite 3

- Abberufung eines Beauftragten für Datenschutz
- Vergütungsrechtliche Einordnung von ärztlichem Hintergrunddienst als Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst

### Seite 4

- Corona-Testpflicht für Arbeitgeber = Testpflicht für Mitarbeiter?

## Gehört eine pandemiebedingte Betriebschließung zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers?

Das Risiko der Lohnzahlung bei einem Arbeitsausfall infolge von Störungen, die weder durch den Arbeitgeber noch durch den Arbeitnehmer verschuldet sind (Betriebsrisiko), hat der Arbeitgeber zu tragen.

Eine gesetzliche Regelung zu der Frage, in welchen Fällen sich das Betriebsrisiko des Arbeitgebers realisiert, gibt es nicht. Nach der Rechtsprechung zählen zum Betriebsrisiko klassischerweise z.B. Arbeitsausfälle aufgrund von Maschinendefekten, Softwarefehlern, Rohstoffmangel, Unterbrechung der Energieversorgung, Brand, Frost, Überschwemmung oder Explosion.

Das LAG Düsseldorf hatte sich nun mit der Frage zu beschäftigen, ob auch der Arbeitsausfall aufgrund einer behördlichen pandemiebedingten Betriebschließung dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers zuzuordnen ist, mit der Folge, dass der Arbeitgeber in Annahmeverzug gerät und Lohnfortzahlung zu leisten hat. Mit Urteil vom 30.03.2021 (8 Sa 674/20) bejahte das LAG Düsseldorf diese Frage.

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt

zugrunde:

Eine Arbeitnehmerin war seit dem 01.04.2016 bis zum 30.04.2020 bei der Arbeitgeberin, die eine Spielhalle betreibt, als Spielstättenmitarbeiterin beschäftigt. Pandemiebedingt war die Arbeitgeberin zunächst auf Grund behördlicher Allgemeinverfügung gezwungen, ihren Betrieb ab dem 16.03.2020 zu schließen. Kurze Zeit später untersagte § 3 Abs. 1 Nr. 6 der Coronaschutzverordnung NRW (Corona-SchVO) vom 22.03.2020 den Betrieb von Spielhallen. Bei Aufrechterhaltung des Betriebs hätte die Arbeitnehmerin nach Maßgabe des Dienstplans im Monat April 2020 insgesamt 62 Stunden gearbeitet. Da das Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmerin aufgrund ihres Eintritts in den Ruhestand am 01.05.2020 endete, bezog sie kein Kurzarbeitergeld.

Mit ihrer Klage hat die Arbeitnehmerin u.a. Annahmeverzugslohn für 62 ausgefallene Arbeitsstunden im Monat April 2020 begehrt. Sie war der Ansicht, dass die Arbeitgeberin auch in der Pandemie das Betriebsrisiko

trage. Die Arbeitgeberin hingegen vertrat die Auffassung, dass der Lohnausfall zum allgemeinen Lebensrisiko der Arbeitnehmerin gehöre, weil ihr auf Grund der behördlich angeordneten bzw. veranlassten Betriebschließung die Annahme der Arbeitskraft der Arbeitnehmerin gar nicht möglich war.

Sowohl das Arbeitsgericht Wuppertal als auch das LAG Düsseldorf gaben der Arbeitnehmerin Recht. Nach Ansicht der Gerichte befand sich die Arbeitgeberin in Annahmeverzug, da sich vorliegend ihr Betriebsrisiko realisiert habe. Nach der bisherigen Rechtsprechung erfasse dies auch Fälle höherer Gewalt, wie z.B. Naturkatastrophen, Erdbeben, Überschwemmungen oder extreme Witterungsverhältnisse. Die aktuelle Pandemie sei ebenfalls ein solches Ereignis. Auch eine durch eine Pandemie begründete Betriebschließung rechne zum Betriebsrisiko i.S.v. § 615 Satz 3 BGB. Ein Fall, in dem die Klägerin ihre Arbeitskraft überhaupt nicht mehr verwerten konnte, was ggfs. zu deren allgemeinen Lebensrisiko gehört, sei nicht gegeben.

## Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei der Festlegung der Betriebsöffnungszeiten?

Das LAG Hessen hat am 08.02.2021 (16 TaBV 185/20) über die Frage, ob dem Betriebsrat bei der Festlegung von Betriebsöffnungszeiten ein Mitbestimmungsrecht zusteht, entschieden.

Dem lag folgender Sachverhalt zugrunde:

In dem Gemeinschaftsbetrieb beginnt die betriebsübliche Arbeitszeit frühestens um 6:00 Uhr. Der Zugang zum Betrieb ist in einer Betriebsvereinbarung geregelt und erfolgt mittels Ausweis an sog. Vereinzelungsanlagen (Drehkreuze). Im März 2020 stellte der Betriebsrat fest, dass sich die Drehkreuze durch den Werksausweis erst um 5:30 Uhr öffnen lassen. Der Betriebsrat hätte es aber gern, dass sich die Drehkreuze auch schon früher öffnen lassen. Er forderte die Arbeitgeber daher auf, die Drehkreuze vor 5:30 Uhr mittels Werksausweis benutzen zu können. Da diese sich aber weigerten, leitete er ein Verfahren vor dem Arbeitsgericht mit dem Ziel ein, dass den Arbeitgebern durch das Arbeitsgericht untersagt wird, den Arbeitnehmern den Zugang zum Betrieb vor 5:45 Uhr, hilfsweise vor 5:30 Uhr, zu verwehren

Das ArbG wies den Antrag des Betriebsrats zurück. Auch das LAG wies die Beschwerde des Betriebsrats dagegen als unbegründet zurück.

Nach dem LAG stehe dem Betriebsrat ein Unterlassungsanspruch weder aus § 23 Abs. 1 BetrVG noch als so genannter allgemeiner Unterlassungsanspruch aus § 87 Abs. 1 BetrVG zu. Die Praxis des Arbeitgebers, die Drehkreuze erst ab einer bestimmten Uhrzeit zu öffnen, betreffe nicht die Ordnung des Betriebs im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Die „Ordnung des Betriebs“ iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG sei nicht gleichbedeutend mit dessen Organisation. Diese unterfalle

nicht der Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Mit der Festlegung eines bestimmten Zeitpunkts, zu dem die Drehkreuze geöffnet werden, werde lediglich der Zeitpunkt des Zugangs zum Betriebsgelände vor der eigentlichen Arbeitsaufnahme festgelegt. Die Berechtigung hierzu folge unmittelbar aus dem Hausrecht des Arbeitgebers. Insbesondere würden Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG) hiervon nicht betroffen, denn es gehe gerade darum, wie lange vor Beginn der Arbeitsaufnahme Mitarbeiter bereits den Betrieb betreten dürften. Auch § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG (Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften

oder der Unfallverhütungsvorschriften) sei nicht betroffen. Es gehe allein darum, dass die Mitarbeiter erst ab einem bestimmten Zeitpunkt die Drehkreuze passieren können, um den Betrieb zu betreten. Der Arbeitgeber treffe insofern keine Regelung auf dem Gebiet des Gesundheitsschutzes, sondern bestimme schlicht, ab welchem Zeitpunkt die Mitarbeiter frühestens die Drehkreuze durchschreiten können. Fragen des Gesundheitsschutzes stellten sich insoweit nicht.

**Sanela Pohlmann**  
Rechtsanwältin



ARBEITSRECHTLICHE PRAKTIKER SEMINARE GMBH

In Kooperation mit  Rechtsanwälte Ulrich Weber & Partner mbB

**Zu folgenden Themen bieten wir Ihnen aktuell Inhouse-Schulungen an:**

- Abmahnung, verhaltensbedingte sowie personenbedingte Kündigung
- Update Arbeitsrecht 2020/2021
- „Crash-Kurs“ BetrVG
- Einseitige Änderung von Arbeitsbedingungen

Maßgeschneiderte Inhouse-Seminare 2021

Quellennachweis: ©Syda Productions, fotolia



FRAGEN SIE

nach einem individuellen Angebot für Ihre Inhouse-Schulung

## Abberufung eines Beauftragten für Datenschutz

Der Datenschutz ist in der arbeitsrechtlichen Praxis schon längst nicht mehr weg zu denken. Dabei spielt der Datenschutzbeauftragte einige wichtige Rolle. Nun mag der (interne) Datenschutzbeauftragte zu weilen im „Feuer“ stehen. Das Bundesdatenschutzgesetz verlangt daher – soweit seine Benennung nach § 38 Abs. 1 BDSG verpflichtend ist – für seine Abberufung einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 BGB. Hinzu kommt, dass die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses ebenso nur aus wichtigem Grund zulässig ist. Schließlich hat nach einer Abberufung der Betroffene noch ein Jahr nachwirkenden besonderen Kündigungsschutz, es sei denn wiederum, es liegt ein wichtiger Grund zur Kündigung vor (§ 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 BDSG).

In dem vom BAG am 27.04.2021 (9 AZR 383/19 (A)) behandelten Fall war es so, dass die beklagte Arbeitgeberin ihren Betriebsratsvorsitzenden zum Datenschutzbeauftragten gemacht hatte. Gut zwei Jahre später wollte sie ihn von diesem Amt wieder abberufen, weswegen der Kläger das Arbeitsgericht anrief. Seine Rechtsstellung als Datenschutzbeauftragter bestünde unverändert fort. Die beklagte Arbeitgeberin vertrat demgegenüber die Auffassung, es drohten Interessen-

konflikte, wenn der Kläger zugleich Datenschutzbeauftragter und Betriebsratsvorsitzender sei. Beide Ämter seien unvereinbar und dies stelle einen wichtigen Grund zur Abberufung des Klägers von dieser Funktion dar.

Die Vorinstanzen gaben dem Betriebsratsvorsitzenden Recht. Das BAG sah sich nun außer Stande, den Rechtsstreit zu entscheiden, da es auf die Auslegung von Europarecht ankomme. Die Sache war daher dem EuGH vorzulegen. Das Problem aus der Sicht des BAG war, dass das deutsche Datenschutzrecht in § 38 Abs. 2 i.V.m. § 6 Abs. 4 Satz 1 BDSG für die Abberufung eines Datenschutzbeauftragten einen wichtigen Grund im Sinne von § 626 BGB verlange, das Unionsrecht regele demgegenüber, die Aufhebung sei nur dann nicht gestattet, wenn sie wegen der Aufgabenerfüllung des Datenschutzbeauftragten vorgenommen werde. Einen wichtigen Grund zur Abberufung verlange das Unionsrecht dagegen nicht.

Die Frage ist also, ob das deutsche Recht mit dem Unionsrecht zu vereinbaren ist. Sollte dies der Fall sein, möchte das BAG zudem eine Klärung dazu erhalten, ob die Ämter des Betriebsratsvorsitzenden und des Daten-

schutzbeauftragten im Sinne des europäischen Rechts in Personalunion ausgeübt werden dürften oder ob dies zu einem Interessenkonflikt führe. S.v. Art. 38 Abs. 6 Satz 2 DSGVO. Über den Ausgang des Verfahrens wird zu berichten sein.

## Vergütungsrechtliche Einordnung von ärztlichem Hintergrunddienst als Rufbereitschaft oder Bereitschaftsdienst

Ein Dauerthema: Ist es noch Rufbereitschaft, die etwa allein mit einer Tagespauschale von wenigen Euro zu bedienen ist, oder ist es Bereitschaftsdienst, die mit der vollen Vergütung zu entgelten ist und zusätzlich unter das Arbeitszeitgesetz und die damit verbundenen Beschränkungen fällt?

In dem vom BAG am 25.03.2021 (6 AZR 264/20) entschiedenen Fall ging es um einen so genannten „Hintergrunddienst“ für Ärzte. Der entsprechende Tarifvertrag regelte, dass während des so genannten Hintergrunddienstes der Arzt telefonisch erreichbar sein müsse. Weitere ausdrückliche Vorgaben hinsichtlich des Aufenthaltsortes oder der Zeitspanne, innerhalb derer der Arzt die Arbeit im Klinikum aufzunehmen habe, machte das beklagte Krankenhaus überdies nicht. Der klagende Arzt hatte im Rahmen seines Hintergrunddienstes insbesondere telefonisch unterbreitete Organtransplantationsangebote der Stiftung Eurotransplant zu bearbeiten.

Der Kläger sah in diesem Hintergrunddienst keine Rufbereitschaft, sondern voll vergütungspflichtigen Bereitschaftsdienst.

Das Landesarbeitsgericht hatte ihm eine Vergütungsdifferenz in Höhe von rd. 40.000,00 € brutto zugesprochen. Auf die Revision hin hob das BAG die Entscheidung auf und qualifizierte den vom Kläger geleisteten Hintergrunddienst als Rufbereitschaft. Entscheidend für das BAG war, dass sich der klagende Arzt weder nach den Vorgaben des Tarifvertrags, noch nach den Vorgaben des Arbeitgebers an einem bestimmten Ort während des Hintergrunddienstes aufhalten musste, sondern seinen Aufenthaltsort frei wählen konnte. Dabei sei auch der Arbeitnehmer im Rahmen der Rufbereitschaft in der Wahl seines Aufenthaltsortes nicht völlig frei. Er dürfe sich entsprechend dem Zweck der Rufbereitschaft nur so weit von dem Arbeitsort entfernt aufhalten, dass er die Arbeit dort alsbald aufnehmen könne. Dies sei jedoch bei dem von der Beklagten ange-

ordneten Hintergrunddienst nach der Fall. Mit der Verpflichtung, einen dienstlichen Telefonanruf anzunehmen und damit die Arbeit unverzüglich aufzunehmen, sei keine räumliche Aufenthaltsbeschränkung verbunden. Zeitvorgaben für die Aufnahme der Arbeit im Übrigen bestünden nicht. Dass u.U. nach einem Anruf zeitnah die Arbeit in der Klinik fortgesetzt werden müsse, stünde im Einklang mit dem Wesen der Rufbereitschaft.

**Dr. Frank Dahlbender**  
Rechtsanwalt

# Corona-Testpflicht für Arbeitgeber = Testpflicht für Mitarbeiter?



Gemäß der 3. Änderungsverordnung zur SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 22.04.2021 sind Arbeitgeber zum wöchentlich zweimaligen Angebot von Corona-Tests für ihre Mitarbeiter verpflichtet. Dies gilt für alle Beschäftigte, die ihre Tätigkeit im Betrieb verrichten, inkl. Teilzeitkräfte, Leiharbeitnehmer (Testpflicht beim Entleiher) und Mitarbeiter, wenn sie aus dem Home-Office im Betrieb erscheinen.

Eine Testpflicht für die Beschäftigten besteht bislang nur in Ausnahmefällen, hauptsächlich für Klinik- und Pflegeeinrichtungspersonal. Eine Testpflicht für alle Mitarbeiter gibt es bislang lediglich in den Bundesländern Sachsen und Berlin. In Sachsen müssen Beschäftigte gemäß § 3a Abs. 2 der SächsCovSchutzVO einmal pro Woche einen (Selbst-)Test vornehmen/lassen, bei direktem Kundenkontakt zweimal. Das Ergebnis selbst muss dem Arbeitgeber nicht mitgeteilt werden. Der Arbeitgeber ist auch nicht verpflichtet, die Durchführung von Selbsttests durch die Beschäftigten zu kontrollieren oder diese zu überwachen und Testergebnisse zu dokumentieren. Die Beschäftigten müssen den Test bei einer Kontrolle glaubhaft machen und dafür einen Nachweis über die Testung (Formular / Foto) mindestens vier Wochen aufbewahren. Ein Verstoß gegen die Verordnung stellt eine Ordnungswidrigkeit dar und kann gemäß § 11 Abs. 2 Nr. 2 d (für AG: mangelndes Testangebot) und e (für AN: mangelnde Testdurchführung) SächsCorona-SchVO in Verbindung mit § 73 Abs. 1 a Nr. 24, Abs. 2 IfsG jeweils mit einer Geldbuße bis 25.000 Euro geahndet werden.

Die Anordnung von wöchentlich drei Tests für Klinik- und Pflegeeinrichtungspersonal durch die Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung hatte der Bayerische Verwaltungsgerichtshof am 02.03.2021 in einem Eilverfahren außer Vollzug gesetzt. Zugrunde lag der Antrag einer geimpften Pflegedienstleiterin eines Seniorenzentrums

(BayVG, Beschluss vom 2. März 2021, Az. 20 NE 21.353). Zur Begründung hatte der BayVGH ausgeführt, dass eine behördliche Beobachtung den konkreten Verdacht voraussetze, dass sich die betroffene Person angesteckt habe, der nicht ohne weiteres zu vermuten sei.

Fraglich ist, ob auch in Bundesländern ohne derartige gesetzliche Grundlage eine Testpflicht für Beschäftigte durch Weisung des Arbeitgebers oder Betriebsvereinbarung eingeführt werden kann. Grundsätzlich ist ein Corona-Test ein Eingriff in die körperliche Integrität und die Persönlichkeitsrechte der Beschäftigten und erfordert die Verarbeitung sensibler personenbezogener Daten. Die Anordnung muss daher verhältnismäßig sein. Im Falle eines individuell bestehenden Verdachts aufgrund von Symptomen oder bekanntem Kontakt zu einer infizierten Person dürfte die Anordnung eines Tests in Anbetracht des erforderlichen Infektionsschutzes der übrigen Belegschaft regelmäßig verhältnismäßig sein. Gleiches gilt, wenn aufgrund der Charakteristik der Tätigkeit Mindestabstände nicht eingehalten werden können oder tätigkeitssimmanenter Kontakt zu Risikogruppen besteht.

Als Weisung an alle oder Vereinbarung mit dem Betriebsrat gemäß § 88 Nr. 1 BetrVG ist hingegen zu beachten, dass auch Beschäftigte von der Anordnung betroffen sein können, bei denen kein individueller Verdachtsfall oder ein tätigkeitssimmanentes Infektionsrisiko vorliegt. Eine verpflichtende Testanordnung ist in diesen Fällen nach Abwägung des Einzelfalles nur möglich, wenn das Interesse des Arbeitgebers an der Durchführung des Tests die betroffenen Grundrechte der Beschäftigten überwiegt.

Ein Eilverfahren von dieser Frage wurde vom Arbeitsgericht Offenbach (Entscheidung vom 04.02.2021) mangels Eilbedürftigkeit abgewiesen. Ein Arbeitnehmer hatte geltend gemacht, dass der Arbeitgeber den Zutritt zum Werksgelände und damit die Beschäftigung nach den Weihnachtsferien nicht von der Durch-

führung eines durch Betriebsvereinbarung vorgeschriebenen PCR-Tests abhängig machen dürfe. Die Ablehnung der Eilbedürftigkeit lässt hier vermuten, dass seitens des Gerichts keine grundsätzlichen Bedenken gegen die Anordnung von Tests bestanden.

In der Zusammenschau lässt sich erkennen, dass die Art des Tests, die tätigkeitssimmanenten Risiken für die Betroffenen und übrige Beteiligten (Beschäftigte oder Patienten/Kunden etc.), die neuesten Erkenntnisse zum aktuellen Infektionsgeschehen sowie zum Impffortschritt die entscheidenden Rollen spielen. Zumal sich durch die Einführung der deutlich weniger invasiven Schnelltests die Schwere des jeweiligen Eingriffs erheblich verringert hat und auf der anderen Seite die erheblichen gesundheitlichen Risiken für die übrigen Beschäftigten (jedenfalls bis zur Verfügbarkeit flächendeckender Impfungen) sowie die wirtschaftlichen Konsequenzen für die Arbeitgeber, die schlimmstenfalls ganze Betriebe quarantänebedingt vorübergehend schließen müssen, eklatant sind.

## Praxistipp:

- Differenzierte Regelungen in Weisungen und Betriebsvereinbarungen sind notwendig
- Diese müssen regelmäßig überprüft und ggf. angepasst werden
- Dann ist eine Anordnung jedoch zum Schutz der übrigen Beschäftigten, der Betriebsabläufe und nicht zuletzt der wirtschaftlichen Konsequenzen für die Arbeitgeber möglich.

Sind die Tests wirksam angeordnet, müssen Arbeitnehmer, die einen Test ablehnen, mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen rechnen. Es drohen unbezahlte Freistellung, Abmahnung oder im Wiederholungsfall sogar die Kündigung.

**Julia Hille, LL.M.**  
Rechtsanwältin

