

Anordnung der Vorlage eines deutschen SARS-CoV-PCR-Tests durch den Arbeitgeber nach Reiserückkehr aus Risikogebieten

1. Kann der Arbeitgeber anordnen, dass ein Mitarbeiter, der sich in einem ausgewiesenen Risikogebiet aufgehalten hat, erst nach einem in Deutschland durchgeführten negativen PCR-Test wieder in den Betrieb darf?

U. E. kann der Arbeitgeber die Vorlage eines deutschen PCR-Tests durch Reiserückkehrer aus Risikogebieten als Voraussetzung für die Rückkehr in den Betrieb anordnen.

Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer sich bereits einem sog. 48-Stunden-Test vor der Einreise nach Deutschland unterzogen hat. Laut Robert-Koch-Institut schließt ein negatives PCR-Ergebnis die Möglichkeit einer Infektion mit SARS-CoV-2 nicht sicher aus. Falsche negative Ergebnisse können z. B. aufgrund zweifelhafter Qualität der Probenahme/der Testung oder einem zu frühen Zeitpunkt der Probenentnahme bei einer Inkubationszeit von 14 Tagen nicht ausgeschlossen werden. Ein zweiter PCR-Test etwa 5 – 7 Tage nach dem ersten Test kann daher das Risiko einer unbemerkten bzw. noch nicht nachweisbaren Infektion reduzieren.

Bei einer solchen Verpflichtung zur – ggf. weiteren – SARS-CoV-PCR-Untersuchung dürfte es sich um den **Unterfall einer Eignungsuntersuchung** handeln, an der Arbeitgeber aufgrund ihrer Fürsorgepflicht gegenüber der restlichen Belegschaft nach allgemeinen Grundsätzen ein berechtigtes Interesse haben.¹ Der Arbeitgeber muss möglichst sicher ausschließen können, dass Arbeitnehmer nach ihrer Urlaubsrückkehr aus einem Risikogebiet an den Arbeitsplatz ihre Kolleginnen und Kollegen (und deren Familien) der Gefahr einer Infektion mit dem Corona-Virus aussetzen. Die Untersuchung kann auf den (begründeten) Verdacht gestützt werden, dass ein Arbeitnehmer nach der Rückkehr aus einem Risikogebiet einem erhöhten Infektionsrisiko unterliegt. Der begründete Verdacht auf eine Infizierung wird für Rückkehr aus Risikogebieten bejaht.²

Im Einzelnen:

a. Einseitige Anordnung kraft Weisungsrechts

In **betriebsratslosen** Betrieben können Arbeitgeber die Pflicht zur Vorlage eines negativen deutschen PCR-Tests nach unserer Auffassung einseitig kraft ihres Direktions- und Weisungsrechts (§ 106 GewO) anordnen. Dies entspricht billigem Ermessen, weil es die Ansteckungsgefahr der anderen beschäftigten Arbeitnehmer ausschließt. Liegt ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an einer derartigen Eignungsuntersuchung vor, ist der Arbeit-

¹ So auch: Hülsemann, ARP 2020, 194.

² Vgl. Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112.

nehmer aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) zur Erteilung der Einwilligung zur Durchführung eines Test **verpflichtet**.

Problematisch könnte ein arbeitgeberseitig angeordneter Test dann sein, wenn ein obligatorischer Test in einer Landesverordnung **nicht als Ausnahmetatbestand vorgesehen** ist bzw. für Reiserückkehrer nach den landesrechtlichen Vorgaben die sofortige Pflicht zur Absonderung gilt. In diesem Fall könnte eine Weisung über den aktuellen Inhalt der Verordnung hinausgehen und ihr im Ergebnis zuwiderlaufen.

Dagegen spricht allerdings deutlich, dass ein Test grundsätzlich das **mildere Mittel zur Quarantäne** darstellt. Zudem würde die rein arbeitsrechtliche (!) Verpflichtung zur Testung sich im Rahmen der verordnungsrechtlichen Zielsetzung bewegen, die Ausbreitung von Infektionen zu verhindern. Es sprechen u. E. daher gute Gründe dafür, dass eine solche Anordnung von den landesrechtlichen Regelungen gedeckt ist bzw. diesen nicht widerspricht und daher nach den eingangs dargestellten allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen zur Durchführung von Eignungsuntersuchungen zu beurteilen ist.³

b. Anordnung mittels Betriebsvereinbarung

Eine Testpflicht kann u. E. auch in Form einer **Betriebsvereinbarung** vereinbart werden. Sofern im Betrieb ein Betriebsrat besteht, ist dieser bei der Anordnung eines obligatorischen „Corona-Tests“ als Voraussetzung für die Wiederaufnahme der Arbeit im Betrieb vorrangig nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG zu beteiligen.

Zu berücksichtigen ist, dass das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG an das Bestehen gesetzlicher Vorschriften oder Unfallverhütungsvorschriften geknüpft ist. Man spricht insoweit auch von Rahmenvorschriften, zu denen auch die Einreise-Quarantäne-Verordnungen der Bundesländer zu zählen sind. Zur Erfüllung dieser Vorschriften müssen dem Arbeitgeber Ermessensspielräume bleiben.⁴ Auch hier gilt das unter a. Gesagte. Nach unserer Auffassung steht eine Verpflichtung zur Testung im Rahmen einer Betriebsvereinbarung dem geltenden Verordnungsrecht grundsätzlich nicht entgegen und ist damit von der Regelungsmacht der Betriebsparteien gedeckt.

2. Folgefrage: Muss der Arbeitgeber für den Zeitraum bis zum Vorliegen eines Testergebnisses Entgelt zahlen, wenn keine Arbeitsleistung möglich ist?

Hat der Arbeitgeber einen deutschen PCR-Test für Reiserückkehrer aus Risikogebieten angeordnet, sind u. E. zunächst **zwei Fälle** zu unterscheiden:

a. Reise in ein ausgewiesenes Risikogebiet mit anschließender Quarantäne nach der jeweiligen Landesverordnung mangels Ausnahmetatbestandes

Greift für den Arbeitnehmer **keine** in der Landesverordnung vorgesehene **Ausnahme** (Beispiel: Der Arbeitnehmer kann keinen ausländischen „Corona-Test“ vorweisen, der höchstens 48 Stunden vor seiner Einreise nach Deutschland erstellt worden ist), gilt nach den Landesverordnungen **ohnehin** die Pflicht zur 14-tägigen Quarantäne. Ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung für den Zeitraum zwischen Rückkehr aus einem Risikogebiet und dem Vorliegen des Testergebnisses scheidet in diesem Fall aus. Ein arbeitgeberseitig angeordneter Test könnte die Quarantäne, zu der der Arbeitnehmer **aufgrund der Landesverordnung ohnehin verpflichtet** ist, ggf. **verkürzen**, wenn der Arbeitnehmer nach dem Testergebnis "corona-negativ" ist und wieder zur Arbeit kommen könnte.

³ Vgl. hierzu auch DGUV Information 250-010 Eignungsuntersuchungen in der betrieblichen Praxis.

⁴ GK-BetrVG/Wiese, § 87, Rn. 596; BeckOK ArbR/Werner, § 87 BetrVG, Rn. 113.

In dieser Fallkonstellation ist der Arbeitnehmer bereits aufgrund der landesrechtlichen Quarantänevorgaben **rechtlich daran gehindert**, seine Arbeitsleistung im Betrieb zu erbringen. Besteht keine Möglichkeit, die Tätigkeit von zu Hause aus zu leisten, scheidet ein Entgeltanspruch des Arbeitnehmers daher aus. Die Gegenleistungspflicht des Arbeitgebers entfällt nach § 326 Abs. 1 BGB. Es gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Entgelt“.

Soweit die Rechtsfolgen des § 616 BGB nicht ohnehin arbeitsvertraglich oder tarifvertraglich abbedungen sind, liegen auch die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 616 BGB **nicht** vor. Ein Anspruch aus § 616 BGB scheidet zum einen dann aus, wenn den zur Arbeitsleistung verpflichteten Beschäftigten an der Verhinderung der Arbeitsleistung ein **Verschulden** trifft. Davon ist unseres Erachtens dann auszugehen, wenn sich der Beschäftigte in ein Risikogebiet begibt, obwohl er wusste oder hätte wissen müssen, dass es sich um ein solches handelt und sich daran eine 14-tägige Pflicht zur Quarantäne anschließt. Betriebliche Hinweisschreiben können bei einem Nachweis des Verschuldens hilfreich sein.

b. Reise in ein ausgewiesenes Risikogebiet ohne anschließende Quarantäne aufgrund des Vorliegens eines Ausnahmegrundes

Die Frage, ob in Fällen, in denen für Reiserückkehrer ein **Ausnahmetatbestand greift** und nach den landesrechtlichen Vorgaben folglich an sich keine Quarantänepflicht greift, das Entgelt bis zum Vorliegen eines vom Arbeitgeber dennoch verlangten Testergebnisses weiter zu zahlen ist, kann zum jetzigen Zeitpunkt **nicht abschließend beantwortet** werden.

Sofern der Arbeitgeber die Verpflichtung zu einem deutschen PCR-Test für alle Reiserückkehrer wirksam eingeführt hat, könnte auch in diesen Fällen ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung bis zum Vorliegen eines Testergebnisses ausscheiden, sofern

- die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers – aufgrund fehlender Möglichkeit des mobilen Arbeitens – unmöglich ist,
- der Arbeitnehmer sich in ein Risikogebiet begeben hat, obwohl er wusste oder hätte wissen müssen, dass es sich dabei um ein solches handelt (Verschulden) und
- die arbeitgeberseitige (einseitige oder kollektive) Anordnung eines deutschen PCR-Tests bei Rückkehr aus einem Risikogebiet **vor** dem Urlaub des Arbeitnehmers erfolgte und dem Mitarbeiter dieser Umstand bekannt war.

Ein Anspruch aus § 616 BGB scheidet u. E. auch hier, aus den unter 2. a. erläuterten Gründen, aus. Auch in diesen Fällen trifft den Arbeitnehmer an der Verhinderung der Arbeitsleistung ein Verschulden, wenn sich der Beschäftigte in ein Risikogebiet begibt, obwohl er wusste oder hätte wissen müssen, dass es sich um ein solches handelt und sich daran die vom Arbeitgeber angeordnete Pflicht zum Vorweis eines deutschen PCR-Tests anschließt.

Praxishinweis: Informationsschreiben an die Belegschaft, die auf die Folgen einer Reise in Risikogebiete hinweisen, können bei einem Nachweis des Verschuldens hilfreich sein. Hierfür kann unser **Musterschreiben** (vgl. Anlage 2 zum Rundschreiben „Aktualisierte Hinweise bei Rückkehr von Beschäftigten aus Risikogebieten“ vom 10. September 2020) verwendet werden, das an die jeweiligen Verordnungen in den Bundesländern angepasst werden muss. Im Falle einer wirksamen einseitigen oder im Rahmen einer Betriebsvereinbarung eingeführten Pflicht zu einem obligatorischen deutschen PCR-Test als Voraussetzung für die Rückkehr in den Betrieb durch den Arbeitgeber empfiehlt sich, das Hinweisschreiben um diese – arbeitgeberseitige Verpflichtung – zu **ergänzen**.

Aufgrund der insgesamt ungeklärten Rechtslage bleibt das **Risiko**, dass Arbeitsgerichte eine Entgeltfortzahlungspflicht bis zum Vorliegen eines vom Arbeitgeber verlangten negativen Testergebnisses bejahen. Nicht zielführend dürfte hingegen der Hinweis auf § 3 Abs. 3 ArbSchG sein, wonach Kosten für Maßnahmen des Arbeitsschutzes vom Arbeitgeber zu tragen

sind. Hierbei handelt es sich lediglich um Kosten für Sachmittel (hier also den Test als solchen), nicht aber Kosten für Vergütung.⁵

3. Folgefrage: Besteht eine Entgeltzahlungspflicht, wenn der Arbeitnehmer den Test verweigert und der Arbeitgeber ihn dann für zwei Wochen nicht in den Betrieb lässt?

Sollten Arbeitnehmer eine Testung – trotz wirksamer Einführung eines verpflichtenden Tests durch den Arbeitgeber – **verweigern**, ist unseres Erachtens **kein Entgelt** fortzuzahlen. Auch hier gilt: Liegt ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an einer Testung (= Eignungsuntersuchung) vor, ist der Arbeitnehmer aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) zur Erteilung der Einwilligung zur Durchführung eines Test verpflichtet.

Zwar können Arbeitnehmer trotz einer Weigerung zur Testung ihre Arbeitsleistung dennoch anbieten, das Angebot vermag den Arbeitgeber jedoch nicht in Annahmeverzug (§ 293 BGB) zu versetzen. Das Angebot ist nur dann annahmeverzugsbegründend, wenn es „so wie geschuldet“ erfolgt (§ 294 BGB). Bei wirksamer Einführung eines verpflichtenden Tests aber, ist die Arbeitsleistung nach Rückkehr aus einem Risikogebiet **unter Vorlage eines negativen deutschen PCR-Tests** zu erbringen.

Praxishinweis: Bei vorsätzlicher Weigerung zur Abgabe der Einwilligung in eine Untersuchung kommt gegebenenfalls auch eine Abmahnung des Arbeitnehmers aufgrund einer arbeitsvertraglichen Pflichtverletzung in Betracht.⁶ In diesen Fällen wird die vorherige Beratung durch den Verband allerdings dringend angeraten.

⁵ BAG v. 13.12.2016 – 9 AZR 574/15.

⁶ Vgl. auch BAG v. 12.08.1999 – 2 AZR 55/99.