

Corona-Testpflicht für Arbeitnehmer?

Zu Beginn der Spielzeit 2020/21 hat die Bayerische Staatsoper, nachdem sie zum Schutz der Mitarbeiter vor Covid-19-Erkrankungen bereits bauliche und organisatorische Maßnahmen wie den Umbau des Bühnenbereichs und die Neuregelung von Zu- und Abgängen ergriffen hatte, im Rahmen ihres betrieblichen Hygienekonzepts in Zusammenarbeit u. a. mit dem Institut für Virologie der Technischen Universität München und dem Klinikum Rechts der Isar eine Teststrategie entwickelt. Vorgesehen war die Einteilung der Beschäftigten in Risikogruppen, um je nach Gruppe die Verpflichtung zur Durchführung von PCR-Tests in unterschiedlichen Zeitabschnitten festzulegen.

DAS PROBLEM

Eine Orchestermusikerin sollte zunächst wie alle Mitarbeiter zu Beginn der Spielzeit einen negativen PCR-Test vorlegen und in der Folge weitere PCR-Tests im Abstand von ein bis drei Wochen vornehmen lassen. Die Bayerische Staatsoper bot hierfür kostenlose PCR-Tests an, alternativ konnten die Mitarbeiter PCR-Testbefunde eines von ihnen selbst ausgewählten Anbieters vorlegen. Der Orchestermusikerin wurde mitgeteilt, dass sie ohne Testung nicht an Aufführungen und Proben teilnehmen könne. Gleichwohl hat sich die Musikerin geweigert, PCR-Tests durchführen zu lassen und insbesondere gemeint, diese seien zu ungenau und stellten einen unverhältnismäßigen Eingriff in ihre körperliche Unversehrtheit dar. Anlasslose Massentests seien unzulässig. Die Musikerin verlangte, dass sie ohne Verpflichtung zur Durchführung von Tests jedweder Art zur Feststellung von SARS-CoV-2 beschäftigt werde.

DIE LÖSUNG

Arbeitsgericht und Landesarbeitsgericht hatten die Klage der Musikerin abgewiesen. Die vom BAG nachträglich zugelassene Revision der Musikerin hatte keinen Erfolg (BAG, Ur. v. 1.6.2022 – 5 AZR 28/22).

Die arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften zum Schutz der Beschäftigten von Pandemie-Infektionen sind für die Dienstberechtigten und Dienstverpflichteten gesetzlich abschließend geregelt. Gemäß § 618 Abs. 1 BGB hat der Dienstberechtigte die Räume und Vorrichtungen oder Gerät-

schaften, die er zur Verrichtung der Dienste geschaffen hat, so einzurichten und zu unterhalten und Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung dies gestattet. Umgekehrt sind die Beschäftigten verpflichtet, nach ihren Möglichkeiten sowie gemäß der Unterweisung und Weisung des Arbeitgebers für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen. Entsprechend haben die Beschäftigten auch für die Sicherheit und Gesundheit der Personen zu sorgen, die von ihren Handlungen oder Unterlassungen bei der Arbeit betroffen sind (§ 15 Abs. 1 ArbSchG).

Nach der zutreffenden Entscheidung des BAG (Ur. v. 1.6.2022 – 5 AZR 28/22) sei der Arbeitgeber nach § 618 Abs. 1 BGB verpflichtet, die Arbeitsleistungen, die unter seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass die Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt sind, als die Natur der Arbeitsleistung es gestattet.

Zur Umsetzung arbeitsschutzrechtlicher Maßnahmen könne der Arbeitgeber Weisungen nach § 106 Satz 2 GewO hinsichtlich der Ordnung und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb erteilen. Das hierbei zu beachtende billige Ermessen werde nach der Entscheidung des BAG im Wesentlichen durch die Vorgaben des ArbSchG konkretisiert.



Dr. jur. Günter Schmitt-Rolfes
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht,
München

AuA

PODCAST

Mit AuA Chefredakteur
Andreas Krabel und
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Dr. Jan Tibor Lelley

