

Arbeitsrechtliche Fragestellungen zum Impf- oder Genesenenstatus und der Testpflicht von Mitarbeitenden in Bezug auf das Coronavirus (Stand: 05.11. 2021)

- **Ein Auskunftsrecht des Arbeitgebers über den Impf- und Genesenenstatus von Mitarbeitenden besteht nur in bestimmten Fällen**
- **Hinweise zu den Möglichkeiten des Arbeitgebers im Umgang mit Mitarbeitenden unter 2G-/3G-Bedingungen (Einsatzmöglichkeiten, Anordnung von Tests, Reaktionsmöglichkeit bei Weigerung der Mitarbeitenden, Kostentragung für die Testung)**

Im Folgenden wird ein erster Überblick über die aktuelle Rechtslage zum Frage- und Auskunftsrecht zur Coronaimpfung von Mitarbeitenden (privatrechtlich Beschäftigte, Pastor*innen und Kirchenbeamt*innen) und zum Umgang mit Ungeimpften bei 2G- bzw. 3G-Veranstaltungen gegeben. Bislang gibt es nur wenige Erfahrungen in der Auslegung und Anwendung der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen. Das betrifft insbesondere den Umgang mit Mitarbeitenden bei 3G- bzw. 2G-Veranstaltungen. Die nachfolgenden Hinweise können sich daher relativ kurzfristig ändern. Damit wir sie stets aktuell halten können, bitten wir darum, uns unverzüglich zu informieren, wenn es Schwierigkeiten in der Anwendung der rechtlichen Bestimmungen gibt. Die Hinweise sind unter den Kirchen der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen abgestimmt.

Bekanntermaßen gibt es keine Impfpflicht in Deutschland. Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 10.09.2021 verpflichtet die Arbeitgeber jedoch, durch folgende Maßnahmen die Steigerung der Impfquote zu fördern:

- bezahlte Freistellung von Mitarbeitenden zur Wahrnehmung der Impfung, § 5 Abs. 1 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung
- Informationsverpflichtung hinsichtlich der Gesundheitsgefährdung bei der Erkrankung an COVID-19 und über die Möglichkeit einer Schutzimpfung, § 5 Abs. 2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung

1. Frage- und Auskunftsrecht des Arbeitgebers bzgl. des Impf- und Genesenenstatus von Mitarbeitenden

Ein generelles Frage- und Auskunftsrecht über den Impf- oder Genesenenstatus von Mitarbeitenden besteht nicht. In bestimmten Bereichen sind aber Ausnahmen zulässig.

a) Einrichtungen zur Betreuung Minderjähriger (§ 36 Abs. 3 i.V.m. § 33 Infektionsschutzgesetz - IfSG)

§ 36 Abs. 3 IfSG räumt dem Arbeitgeber ein Fragerecht nach dem Impfstatus seiner Mitarbeitenden in Einrichtungen ein, in denen überwiegend minderjährige Personen betreut werden. Dazu gehören insbesondere **Kitas, Kinderhorte, Schulen und sonstige schulähnliche Ausbildungseinrichtungen**. Nicht erfasst sind damit Einrichtungen der Erwachsenenbildung sowie der beruflichen Aus-, Fort- und Weiterbildung. Ebenso fallen Konfirmandenarbeit, Jugendarbeit, Krabbelgruppen und Kinder- und Jugendchöre nicht darunter.

Das Fragerecht in diesen Einrichtungen ist von **weiteren Voraussetzungen** abhängig:

1. Vorliegen einer **epidemischen Lage von nationaler Tragweite** (derzeit aufgrund Bundestagsbeschluss vom 25. August 2021; Verlängerung zunächst um drei weitere Monate bis zum 24. November 2021). Welche Konsequenzen die Absicht der künftigen Regierungsparteien hat, die epidemische Lage nicht zu verlängern, und ob das Recht zur Frage nach dem Impfstatus zu den angekündigten Übergangsregelungen gehört, bleibt abzuwarten.
2. Die Abfrage des Impfstatus muss entweder zur **Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses** (Frage des „Ob“, z. B. zulässige Frage in einem Bewerbungsgespräch) oder für die **Entscheidung über die Art und Weise der Beschäftigung** (Frage des „Wie“, z.B. im Rahmen der Einsatzplanung) relevant sein.
3. Die Regelungen des IfSG verweisen auf das Datenschutzrecht. Die Auskunft muss daher **erforderlich sein, um eine Verbreitung von Covid-19 zu verhindern**. Das wird im Zweifel allerdings überall dort der Fall sein, wo sich ein enger Personenkontakt nicht vermeiden lässt.

b) Verdienstausschüttung nach § 56 IfSG

In § 56 Abs. 1 IfSG ist ein Entschädigungsanspruch für Personen vorgesehen, die als Kontaktperson oder Reiserückkehrer aus einem Risikogebiet durch Quarantäneanordnung oder Tätigkeitsverbot Verdienstausschüttung erleiden. Ein solcher Anspruch besteht jedoch gem. § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG nicht, wenn die Inanspruchnahme einer öffentlich empfohlenen Schutzimpfung eine Quarantäne oder ein Tätigkeitsverbot verhindert hätte.

Um Arbeitgebern die Prüfung zu ermöglichen, ob für Mitarbeitende ein derartiger Entschädigungsanspruch besteht, ist Kenntnis über den Impfstatus des*der jeweiligen Mitarbeitenden erforderlich. Nach Einschätzung des Bundesministeriums für Gesundheit besteht in diesen Fällen ein **Auskunftsrecht des Arbeitgebers** hinsichtlich des Impfstatus von Mitarbeitenden.

Bitte bedenken Sie: Wenn kein Anspruch auf Verdienstausschüttung besteht, verstößt eine **freiwillige Zahlung** von Verdienstausschüttung gegen den Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung. Sie ist daher rechtlich **unzulässig**.

c) Mitarbeitende bei 3G-/2G-Veranstaltungen und in 3G-/2G-Einrichtungen

Soweit der Arbeitgeber eine Veranstaltung unter 3G- bzw. 2G-Bedingungen durchführt oder sich entscheidet, eine Einrichtung unter 3G- bzw. 2G-Bedingungen zu betreiben, stellt sich die Frage nach einem **Auskunftsrecht** hinsichtlich des Impf- und Genesenenstatus der eingesetzten Mitarbeitenden und danach, ob **Testungen** für diese angeordnet werden können.

Die Frage stellt sich allerdings nur, wenn Mitarbeitende tatsächlich **in ihrer Funktion als Beschäftigte** an einer Veranstaltung teilnehmen oder in einer Einrichtung tätig werden.

1. Handelt es sich um eine Veranstaltung des Arbeitgebers, an der **Mitarbeitende freiwillig als Privatperson teilnehmen**, oder eine Einrichtung des Arbeitgebers, die Mitarbeitende als Privatpersonen besuchen (z. B. als Besucher eines Konzerts einer Kirchengemeinde außerhalb des dienstlichen Einsatzes), erfolgt die Kontrolle des Zutrittsrechts nicht im Rahmen des Beschäftigungsverhältnisses. Für Mitarbeitende als Privatpersonen gelten dieselben Voraussetzungen wie für die übrigen Teilnehmenden auch.
2. Nehmen Mitarbeitende im Rahmen und in Ausübung ihres Beschäftigungsverhältnisses an einer **Zusammenkunft eines externen Veranstalters** teil (z. B. eine Fort- oder Weiterbildung), ergibt sich ebenfalls kein Problem hinsichtlich des Auskunftsrechts über den Impf- oder Genesenenstatus, da eine Offenlegung nicht gegenüber dem Arbeitgeber, sondern nur gegenüber dem Veranstalter notwendig ist.

3. Mitarbeitende, die **Mitglied eines kirchlichen Leitungsorgans** (Kirchenvorstand, Kirchenkreis-, Kreis- oder Propsteisynode, Landessynode) sind, nehmen an Sitzungen dieses Leitungsorgans im Rahmen ihres Ehrenamtes und nicht im Rahmen ihres Beschäftigungsverhältnisses teil.

Anders ist es, wenn Mitarbeitende im Rahmen der arbeitsvertraglichen Leistung die geschuldete Tätigkeit auf einer 3G—bzw. 2G-Veranstaltung auszuüben haben. Dazu gehört etwa die Tätigkeit als Organist*in im Rahmen eines Konzerts der Kirchengemeinde oder im Rahmen der Assistenzfunktionen für eine Veranstaltung oder die Sitzung eines Leitungsorgans.

3G-Regelung:

Veranstalter können sich im Rahmen ihrer Organisationshoheit jederzeit entscheiden, Veranstaltungen unter den sog. 3G-Regelungen (geimpft, genesen oder getestet) stattfinden zu lassen. Dasselbe gilt für die Betreiber von Einrichtungen. Bei Erreichen einer bestimmten Warnstufe oder Inzidenz ist die Beschränkung des Zutritts in bestimmten Bereichen nach der 3G-Regelung auf Grund der Niedersächsischen Corona-Verordnung vorgeschrieben. Hinsichtlich der Voraussetzungen verweisen wir auf die **Handlungsempfehlungen in den Kirchen der Konföderation auf Basis der Niedersächsischen Corona-Verordnung vom 24.08.2021 mit Änderung vom 07.10.21 sowie des Infektionsschutzgesetzes des Bundes vom 22.04.2021 und der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung des Bundes vom 07.05.2021 (Übersicht auf S. 6 ff.)** oder die jeweils aktuelle Nds. Corona-Verordnung.

Im Rahmen von 3G-Veranstaltungen oder in einer Einrichtung mit 3G-Regelung besteht auch für Mitarbeitende, die nicht geimpft oder genesen sind, die Pflicht, einen **Nachweis einer negativen Testung** auf das Coronavirus zu erbringen. Sofern der Veranstalter oder der Gesetzgeber keine höheren Anforderungen stellt, kann dieses durch einen **Selbsttest unter Aufsicht** erfolgen.

2G-Regelung:

Daneben eröffnet § 8 Abs. 7 Nds. Corona-Verordnung (Stand: 8. Oktober 2021) auch die Möglichkeit, Veranstaltungen im Rahmen der sog. 2-G-Regelungen (geimpft oder genesen) durchzuführen oder im Rahmen der Organisationshoheit für eine Einrichtung generell einen 2G-Betrieb vorzusehen. Wird der Zutritt zu einer Veranstaltung oder Zusammenkunft (Teilnehmende und externe Dienstleistende, z. B. Künstler*innen, Referent*innen) oder zu einer Einrichtung auf Personen mit Impf- oder Genesenennachweis beschränkt (2G-Regelung), entfällt für alle Anwesenden die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung und zum Einhalten des Abstandsgebots.

Nach § 8 Abs. 7 S. 5 Nds. Coronaverordnung können auch Mitarbeitende, die weder geimpft noch genesen sind, an einer 2G-Veranstaltung teilnehmen oder in einer 2G-Einrichtung tätig werden. Dieses setzt jedoch einen täglichen, mittlerweile kostenpflichtigen Nachweis eines negativen PoC-Antigen-Tests nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Nds. Corona-Verordnung (**Schnelltest mit Zertifikat**) voraus. Ebenso ist das **Tragen einer Atemschutzmaske** mindestens des Schutzniveaus FFP2, KN 95 oder eines gleichwertigen Schutzniveaus erforderlich, wenn nach Art der Tätigkeit der Abstand von 1,5 Metern zu anderen Personen regelmäßig unterschritten wird.

Eine **spezielle Rechtsgrundlage**, auf die Arbeitgeber ihr Auskunftsbegehren nach dem Impf- und Genesenschutz gegenüber Mitarbeitenden stützen können, die im Rahmen von 3-G-/2G-Veranstaltungen ihren Dienst ausüben, **existiert derzeit nicht**.

Die Mitwirkung von Beschäftigten an 3G-/2G-Veranstaltungen kann jedoch im jeweiligen Fall über die Anordnung einer Testpflicht realisiert werden. In diesen Fällen verpflichtet der

Arbeitgeber die Mitarbeitenden zum Führen eines tagesaktuellen negativen Coronatests, wenn diese nicht von sich aus einen Nachweis über ihren Impf-/Genesenenstatus erbringen möchten oder wenn sie bereits mitgeteilt haben, weder geimpft noch genesen zu sein.

Eine derartige Anordnung muss nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich und angemessen sein. Wir empfehlen daher, in der konkreten Situation eine Interessenabwägung durchzuführen:

1. Es sollte beispielsweise vorab geprüft werden, ob die Information über die negative Testung bzw. den Impf- oder Genesenenstatus für die konkrete Tätigkeit und den genauen Einsatz des Mitarbeitenden erforderlich und angemessen ist.
2. Wenn es um eine einzelne Veranstaltung geht, sollte auch geprüft werden, ob auf den Einsatz von Mitarbeitenden, die weder geimpft noch genesen sind oder darüber nicht von sich aus Auskunft geben möchten, verzichtet werden kann.
3. Soweit ein Auskunftsrecht für notwendig erachtet wird, sollte die Datenabfrage **anlassbezogen und möglichst wenig eingriffsintensiv** erfolgen. Das bedeutet, die Frage sollte so anonym wie möglich gestaltet werden, z. B. Abfrage durch eine Einzelperson in separaten Räumlichkeiten gemeinsam mit externen Teilnehmenden. Die Abfrage sollte ebenso möglichst niedrigschwellig dokumentiert werden (z. B. keine Erfassung der Art des Nachweises, sondern bloßer Vermerk, dass ein Nachweis erbracht wurde). Ferner könnten Abfragen anlassbezogen erfolgen, sodass eine dauerhafte Datenspeicherung entbehrlich wäre.

2. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Weigerung von Mitarbeitenden oder bei Mitarbeitenden, die nachweislich aus medizinischen Gründen nicht geimpft werden können

Bei ernsthafter Weigerung, einen Nachweis über einen negativen Test zu erbringen, kommen je nach den Umständen des Einzelfalls weitere arbeitsrechtliche Schritte in Betracht. Zunächst wird der Arbeitgeber anderweitige Einsatzmöglichkeiten prüfen müssen. Als nächste Schritte sind Er- oder Abmahnungen und Kündigungen denkbar. Ebenso ist im Einzelfall zu prüfen, ob der Entgeltanspruch des*der Mitarbeitenden entfallen kann.

Scheidet eine Impfung dagegen aus medizinischen Gründen aus und weist der*die Mitarbeitende dies durch ein ärztliches Attest nach, ist lediglich zu prüfen, ob anderweitige Einsatzmöglichkeiten in Betracht kommen. Sollte dies nicht der Fall sein und fällt der*die Mitarbeiter*in daher in größerem Umfang für längere Zeit in ihrem*seinem eigentlichen Tätigkeitsbereich aus, ist zu prüfen, ob an dem Dienstverhältnis im bisherigen Umfang oder generell festgehalten werden kann.

3. Kostentragung für Testungen

Der Arbeitgeber hat Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, mindestens zweimal pro Kalenderwoche einen Selbsttest in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 anzubieten (§ 5 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV)). Dieses für die Mitarbeitenden kostenfreie Angebot ist für den Arbeitgeber verpflichtend. Die Annahme des Testangebots durch Mitarbeitende ist freiwillig.

Zur Tragung der Kosten für Testungen, die für ungeimpfte Mitarbeitende zur Durchführung von 2G-/3G-Veranstaltungen oder in 2G-/3G-Einrichtungen erforderlich sind, gibt es bislang keine gesetzliche Regelung und keine Rechtsprechung.

Um die Kostenbelastung der Mitarbeitenden so weit wie möglich zu vermindern, sollten bei 3G-Veranstaltungen die kostengünstigeren Selbsttests unter Aufsicht zur Testung ausgewählt werden.

Bei einer Entscheidung für eine 2G-Regelung ist zu beachten, dass nach § 8 Abs. 7 Nds. CoronaVO ungeimpfte Mitarbeitende zwar eingesetzt werden können, dass sie aber täglich den mittlerweile kostenpflichtigen Nachweis eines negativen PoC-Antigen-Tests (Schnelltest mit Zertifikat) zu führen haben. Diese Kosten müssen die Mitarbeitenden selbst tragen. Dies gilt nicht für Mitarbeitende mit medizinischer Kontraindikation und Mitarbeitende, die sich nicht impfen lassen dürfen. Wir weisen darauf hin, dass § 8 Abs. 7 Satz 5 Nds. CoronaVO von einer **Nachweispflicht der Mitarbeitenden** hinsichtlich einer erfolgten negativen Testung ausgeht. Dieser Nachweispflicht können Mitarbeitende jederzeit durch eine – im Übrigen kostenlose – Impfung, ggf. auch während der Arbeitszeit (siehe oben) entgehen. Wer sich freiwillig gegen diese Möglichkeit entscheidet, kann nicht erwarten, dass die Kosten, die für einen nach staatlichem Recht notwendigen Test entstehen, aus Kirchensteuermitteln finanziert werden.

Für Rückfragen steht Ihnen Herr Hirsch (raimund.hirsch.lka@lk-bs.de) und Frau Jakobs (Malaika.Jakobs@evlka.de) zur Verfügung.

Redaktion:

R. Hirsch, Landeskirchenamt der Ev.-luth. Landeskirche in Braunschweig

M. Jakobs, Landeskirchenamt der Ev.-luth. Landeskirche Hannovers