AGVBIELEFELD

METALL
BIELEFELD-HERFORD-MINDEN

Am Sparrenberg 8
33602 Bielefeld
☎ 0521 964870
Fax 0521 9648787
E-Mail: info@unternehmerverband.de

An die Geschäftsleitungen
und Personalabteilungen der
Mitgliedsunternehmen

kü-we

Allgemeines Rundschreiben Nr. 110/2021
vom 26. April 2021

Corona:

- **Hinweise zur Erfüllung der Testangebotsverpflichtung gemäß Corona-Arbeitsschutzverordnung, insbesondere auch in Bezug auf Leiharbeitnehmer**
- **Keine Regelung im Infektionsschutzgesetz (IfSG) zur Verhängung von Bußgeldern bei Verstößen gegen die Homeoffice-Pflicht**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir dürfen Sie nachfolgend auf drei aktuelle rechtliche Fragestellungen hinweisen, die in den vergangenen Tagen im Kontext mit der Verabschiedung der neuen Regelungen zur Homeofficepflicht in § 28b Abs. 7 IfSG bzw. der Testangebotsverpflichtung für Arbeitgeber gemäß § 5 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Bund) aufgekommen sind.

Wir hatten Sie darüber informiert, dass die 3. Änderungsverordnung zur Änderung der Corona-Arbeitsschutzverordnung und das 4. Bevölkerungsschutzgesetz inklusive der darin enthaltenen Änderung zum Infektionsschutzgesetz (IfSG) am Freitag, den 23. April 2021, in Kraft getreten sind.

I. Erfüllung der Testangebotsverpflichtung gemäß § 5 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Bund), insbesondere auch in Bezug auf Leiharbeitnehmer

Seit dem 23. April 2021 lautet die Vorschrift zur Testangebotsverpflichtung gemäß § 5 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (nachfolgend: ArbSchV Bund) wie folgt:

> *„(1) Zur Minderung des betrieblichen SARS-CoV-2-Infektionsrisikos hat der **Arbeitgeber Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten,** mindestens zweimal pro Kalenderwoche einen Test in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 anzubieten.*
>
> *(2) Nachweise über die Beschaffung von Tests nach Absatz 1 oder Vereinbarungen mit Dritten über die Testung der Beschäftigten sind vom Arbeitgeber bis zum 30. Juni 2021 aufzubewahren.“*

Durch das in § 5 ArbSchV (Bund) geregelte verpflichtende Angebot von Tests zum direkten Erregernachweis von SARS-CoV-2 durch die Betriebe soll Arbeitgebern und Beschäftigten nach dem Verständnis des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) Sicherheit im Wege der

Metallindustrie
Geschäftsstelle Herford
Mittelweg 28
32051 Herford
☎ (05221) 93360
Fax (05221) 933619
e-mail: info@arbeitgeberverband-herford.de

Metallindustrie
Geschäftsstelle Minden
Pöttcherstraße 10
32423 Minden
☎ (0571) 828200
Fax (0571) 85194
e-mail: info@agv-minden.de

Früherkennung von Infektionsketten gegeben werden, damit hierdurch der Schutz der Beschäftigten erhöht und das Arbeits- und Wirtschaftsleben aufrechterhalten bleibt.

1. Testfrequenz

Nach § 5 ArbSchV (Bund) sind Arbeitgeber verpflichtet, ihren Beschäftigten mindestens **zweimal pro Kalenderwoche** einen Test in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 anzubieten.

2. Zulässige Testarten

Arbeitgeber können ihren Beschäftigten insoweit PCR-Tests oder Antigen-Schnelltests zur professionellen oder zur Selbstanwendung (sog. Selbsttest oder auch Laientests in Eigenanwendung) anbieten.

3. Nachweis über die Beschaffung der Tests oder Beauftragung eines Dritten zur Durchführung der Tests

Zudem müssen Arbeitgeber die Nachweise über die Beschaffung von Tests oder Vereinbarungen mit Dritten über die Testung (z.B. beauftragtes Testzentrum) bis zum 30. Juni 2021 aufbewahren.

4. Verpflichtung zur Kostenübernahme für die Durchführung der Testungen

Die Kosten für die Beschäftigtentestungen haben die Unternehmen zu tragen.

Die teilweise erwogene Annahme, dass Unternehmen ihre Testangebotsverpflichtung nach § 5 Abs. 1 ArbSchV (Bund) erfüllen, indem sie ihre Beschäftigten bitten, sich einer Bürgertestung gemäß § 3 CoronaTestQuarantäneVO NRW zu unterziehen, geht fehl. Die Bundesregierung und die Landesregierung NRW haben sich gegen eine Kostenerstattung der Tests für die Unternehmen entschieden.

Nach § 4 S. 1 CoronaTestQuarantäneVO NRW können Unternehmen, die ihren Beschäftigten das Angebot von kostenlosen Coronaschnelltests machen, die Testungen entweder selbst mit eigenem fachkundigem oder geschultem Personal durchführen oder alternativ die Testungen bei Teststellen oder Testzentren auf eigene Kosten beauftragen, die auch Bürgertestungen vornehmen.

Bei einer Beauftragung eines Testzentrums sind Arbeitgeber nach § 5 Abs. 2 ArbSchV (Bund) verpflichtet, die Beschaffung von Tests oder eine Vereinbarung mit Dritten über die Testung der Beschäftigten nachzuweisen. Dies hat zur Folge, dass der Arbeitgeber selbst eine Vereinbarung über die Durchführung der Testung mit dem Dritten – also z. B. bei Beauftragung des Testzentrums mit dem Testzentrum – treffen muss.

Die Testangebotsverpflichtung wird nicht dadurch erfüllt, dass der Arbeitgeber lediglich Beschäftigte zu den Testzentren zur Bürgertestung schickt, ohne mit diesem Testzentrum eine Vereinbarung zu treffen. Infolgedessen ist das Land Nordrhein-Westfalen nach der Systematik der beiden Verordnungen (CoronaTestQuarantäneVO NRW und ArbSchV Bund) nicht zur Erstattung der Kosten verpflichtet, wenn die Testungen auf Veranlassung des Arbeitgebers im Rahmen einer Bürgertestung erfolgen.

5. Testangebotsverpflichtung für Entleiher oder Verleiher?

Die Frage, ob bei Einsatz von Leiharbeitnehmern der Entleiher oder Verleiher zur Abgabe eines Testangebots und zur Beschaffung der Tests verpflichtet ist, ist ungeklärt. Der Verordnungstext spricht lediglich von der Verpflichtung „des Arbeitgebers“. Weder in der Verordnung selbst noch in der Begründung finden sich Hinweise zu der Frage, wie der Begriff des Arbeitgebers zu verstehen ist. Gleiches gilt in Bezug auf den Begriff des Beschäftigten.

In der Regel wird unter dem Begriff des Arbeitgebers der Vertragsarbeitgeber verstanden. Hiervon ausgehend träfe die Testangebotsverpflichtung und die Beschaffungspflicht bzgl. der Tests allein den Verleiher. Allerdings treffen beim Einsatz von Leiharbeiternehmern den Entleiher die arbeitschutzrechtlichen Pflichten nach § 11 Abs. 6 Satz 1 AÜG.

Das BMAS scheint deshalb auch den Entleiher zum Testangebot und zur Beschaffung der Tests verpflichtet zu sehen.

Jedenfalls stellt das BMAS in seinem aktuellen FAQs zu den Regelungen der Arbeitsschutzverordnung unter 6.1.4 insoweit auch auf den Entleiher ab. In seinen älteren FAQs sah das BMAS dies auch noch anders. Die FAQs des BMAS sind unter folgendem Link einsehbar:

https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html#doc89168596-e024-487b-980f-e8d076006499bodyText8

Allerdings haben die FAQs des BMAS keine unmittelbare "Verordnungswirkung".

Ihnen kommt auch nicht die Funktion einer Verordnungsbegründung zu. Es handelt sich hierbei lediglich um eine Interpretation des BMAS, mit dem das Ministerium seine eigene Rechtsposition darstellt und verbreitet.

Da sich diese Positionierung des BMAS weder in der Verordnung selbst wiederfindet und auch nicht in die Begründung des Verordnungsentwurfs aufgenommen worden ist, sind im Streitfall etwaig angerufene Gerichte nicht an den Inhalt und die Hinweise in den FAQs des BMAS gebunden.

Anderseits bietet sich auch aus Infektionsschutzgründen im Regelfall durchaus an, dass die Entleiher unmittelbar vor Aufnahme der Arbeitstätigkeit vor Ort den Leiharbeitnehmern die Testung entweder in Form eines Coronaselbsttests in Eigenvornahme (mit oder ohne Aufsicht) oder Schnelltests anbieten. Entleiher dürften auch kein Interesse daran haben, dass die bei ihnen eingesetzten Leiharbeitnehmer eine Coronainfektion in die Betriebe „einschleppen“ und ggf. weitere Personen mit dem Coronavirus anstecken.

Zudem könnten sich auch Entleiher und Verleiher im Hinblick auf Finanzierung der Kosten der Tests für die Leiharbeitnehmer verständigen.

II. Keine Bußgeldverpflichtung im IfSG bei Verstößen gegen sog. Homeofficepflicht

Durch die Dritte Änderungsverordnung zur Änderung der Corona-Arbeitsschutzverordnung ist die bisher in § 2 Abs. 4 ArbSchV (Bund) geregelte Pflicht des Arbeitgebers, Beschäftigten mit Bürotätigkeiten oder vergleichbaren Tätigkeiten das Arbeiten von zu Hause aus anzubieten, nach § 28b Absatz 7 IfSG überführt und zugleich ergänzt.

Der mit Bürotätigkeiten oder ähnlichen Tätigkeiten beschäftigte Arbeitnehmer **muss nunmehr das Angebot seines Arbeitgebers annehmen**, soweit er keine Gründe geltend machen kann, das Angebot abzulehnen.

Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, diese Ablehnungsgründe zu erfragen oder ihre Stichhaltigkeit zu ergründen. Die Änderung löst daher keine unmittelbaren neuen Handlungspflichten des Arbeitgebers aus. Die Abgabe des Angebots auf Arbeit von zu Hause aus (Inhalt und Tag) sowie den Zugang dieses Angebots bei den Beschäftigten sollte aus Nachweisgründen möglichst dokumentiert werden.

Lehnen Beschäftigte ein Angebot ab, bietet es sich an, diese Ablehnung festzuhalten. Dafür genügt z. B. eine E-Mail des Beschäftigten, nicht von zu Hause aus arbeiten zu können.

Im Übrigen übernimmt der neue § 28b Abs. 7 IfSG den Wortlaut des nunmehr gestrichenen § 2 Abs. 4 ArbSchV (Bund). Es ändert sich daher nichts daran, dass die Tätigkeit von zu Hause auch im Sinne des IfSG keine Telearbeit nach der Arbeitsstättenverordnung ist.

Mit der Überführung der Homeoffice-Regelung aus der Corona-Arbeitsschutzverordnung in das IfSG sind nun von den Ländern zu bestimmende Behörden für den Vollzug dieser Regelung zuständig. Diese können deshalb auch festlegen, **welche Behörden** den Vollzug der Homeofficepflicht **kontrollieren**.

Das Infektionsschutzgesetz enthält in § 73 IfSG ersichtlich **keine erweiterten oder neuen Sanktionen**. Ein Verstoß gegen die nach § 28b Abs. 7 IfSG für Arbeitgeber und ihre Beschäftigten einzuhaltenden Verpflichtungen ist im "Bußgeldkatalog" des § 73 IfSG nicht aufgeführt. Die von den Ländern bestimmte Behörde kann insoweit nach unserer Auffassung auch nicht auf den allgemeinen Katalog von §§ 22, 25 ArbSchG zurückgreifen.

Der Gesetzgeber hat sich entgegen der bisherigen Systematik für die Herauslösung der Verpflichtung, Arbeit von zu Hause aus zu ermöglichen, aus dem allgemeinen Arbeitsschutzrecht entschieden. Mithin dürfte nach Verständnis von unternehmer nrw ein Verstoß gegen die Pflicht aus § 28b Abs. 7 IfSG nicht bußgeldbewehrt sein.

Mit freundlichen Grüßen

Kühnel