

**Arbeitsrechtliche Hinweise  
zur Corona-Masken- bzw. -Testpflicht  
09.12.2020/ 15.12.2020**

**Inhalt**

1. Maskenpflicht und etwaige Sanktionen.....	2
2. Testpflicht für Mitarbeitende in bestimmten Arbeitsbereichen.....	4
3. Kommunikation.....	6
4. Frage der Arbeitszeit einschließlich Warte- und Wegezeiten.....	7
5. MAV-Beteiligung.....	11

## 1. Maskenpflicht und etwaige Sanktionen

Allgemein gilt, dass Mitarbeitende zur Einhaltung des **Corona-Schutz- und Hygienekonzeptes** der jeweiligen Einrichtung verpflichtet sind. Denn ihr Beitrag zum Gesundheitsschutz der Kolleg\*innen, Bewohner\*innen und Besucher\*innen ist eine vertragliche Nebenpflicht des Dienstverhältnisses.

Wenn ein\*e Mitarbeitende\*r sich weigert, **bspw. eine Maske zu tragen** (und kein substantiiertes Attest bezüglich einer Befreiung vorweisen kann), dann berechtigt dies den Dienstgeber zu arbeitsrechtlichen Sanktionen (z.B. Abmahnung bis hin zur Kündigung).

Die **Details** der arbeitsrechtlichen Verpflichtung und etwaiger Sanktionen werden im beigefügten Fachaufsatz näher beschrieben (s. **Anlage**).

Zu den **Anforderungen an ein Attest**, das vom Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung befreien soll, gilt Folgendes:

a.

Das **OVG Münster** hat in seinem Beschluss vom 24. September 2020 (Az.: 13 B 1368/20, s. [https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/75\\_200924/index.php](https://www.ovg.nrw.de/behoerde/presse/pressemitteilungen/75_200924/index.php))

entschieden, dass die Befreiung von der Maskenpflicht in der Schule die Vorlage einer aussagekräftigen ärztlichen Bescheinigung erfordert.

Ein Pauschal-Attest reicht insofern nicht aus, da die Antragsteller das Vorliegen von medizinischen Gründen, die eine Befreiung von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung rechtfertigten, nicht glaubhaft gemacht hätten, um der Schule eine ausreichende Entscheidungsgrundlage für die Entscheidung zu geben.

Aus dem Attest müsse sich regelmäßig nachvollziehbar ergeben, welche konkret zu benennenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen auf Grund der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung in der Schule alsbald zu erwarten seien und woraus diese im Einzelnen resultierten. Soweit relevante Vorerkrankungen vorlägen, seien diese konkret zu bezeichnen. Darüber hinaus müsse im Regelfall erkennbar werden, auf welcher Grundlage der attestierende Arzt zu seiner Einschätzung gelangt sei.

Auch wenn Schüler- und Dienstnehmereigenschaft insgesamt nicht 1:1 vergleichbar sind, so dürften in dieser Frage dennoch die gleichen Maßstäbe greifen und diese gerichtliche Wertung in den Arbeitsbereichen, in denen für die Mitarbeitenden eine Maskenpflicht besteht, ebenfalls gelten.

b.

Auch **gemäß § 2 Nr. 2 der 10. BayIfSMV** (s. **Anlage**) kann ein substantiiertes Attest zur Befreiung der Maskenpflicht verlangt werden:

„2. Personen, die glaubhaft machen können, dass ihnen das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung aufgrund einer Behinderung oder aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder unzumutbar ist, sind von der Trageverpflichtung befreit; die Glaubhaftmachung erfolgt bei gesundheitlichen Gründen insbesondere durch eine ärztliche Bescheinigung, die die fachlich-medizinische Beurteilung des Krankheitsbildes (Diagnose), den lateinischen Namen oder die Klassifizierung der Erkrankung nach ICD 10 sowie den Grund, warum sich hieraus eine Befreiung der Tragepflicht ergibt, enthält.“

Neben einer sich aus dem betrieblichen Schutz- und Hygienekonzept bzw. ergebenden Maskenpflicht sieht auch **§ 24 Abs. 1 der 10. BayIfSMV** eine arbeitsplatzbezogene **weitergehende Maskenpflicht** vor:

„(1) Es besteht Maskenpflicht

1. auf von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde festzulegenden zentralen Begegnungsflächen in Innenstädten oder sonstigen öffentlichen Orten unter freiem Himmel, an denen sich Menschen entweder auf engem Raum oder nicht nur vorübergehend aufhalten,
2. auf den Begegnungs- und Verkehrsflächen einschließlich der Fahrstühle von öffentlichen Gebäuden sowie von sonstigen öffentlich zugänglichen Gebäuden, für die in dieser Verordnung keine besonderen Regelungen vorgesehen sind,
3. auf den **Begegnungs- und Verkehrsflächen der Arbeitsstätte, insbesondere in Fahrstühlen, Fluren, Kantinen und Eingängen; Gleiches gilt für den Arbeitsplatz, soweit der Mindestabstand von 1,5 m nicht zuverlässig eingehalten werden kann.**“

Bei Verstoß gegen diese Maskenpflicht drohen Bußgelder gemäß **§ 29 Nr. 18 Ordnungswidrigkeiten 10. BayIfSMV**:

„Ordnungswidrig im Sinne des § 73 Abs. 1a Nr. 24 IfSG handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig [...] entgegen § 24 Abs. 1 der Maskenpflicht nicht nachkommt“

#### **Das heißt zusammengefasst:**

Wenn ein Maskenpflicht besteht, entweder auf Grundlage des vorgeschriebenen betrieblichen Schutz- und Hygienekonzeptes oder auf Grundlage der §§ 2, 24 der 10. BayIfSMV, dann kann deren Einhaltung auch arbeitsrechtlich von den Mitarbeitenden eingefordert werden. Ausnahmen gibt es nur in engen Grenzen bei Vorlage eines substantiierten Attests.

Verstöße gegen die Maskenpflicht führen ggfls. zu arbeitsrechtlichen Sanktionen (z.B. Abmahnung, Kündigung) bzw. im Falle des § 24 der 10. BayIfSMV ggfls. auch zu Bußgeldern sowie im Schadensfall möglicherweise auch zu strafrechtlichen bzw. zivilrechtlich-haftungsrechtlichen Konsequenzen.

## 2. Testpflicht für Mitarbeitende in bestimmten Arbeitsbereichen

Anders als bei der Maskenpflicht sind mit einem Corona-Test oder später dann auch einer Corona-Impfung Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit der Mitarbeitenden verbunden, so dass eine Test- oder gar Impfpflicht nicht allein auf der Grundlage von betrieblichen Schutz- und Hygienekonzepten gerechtfertigt werden kann. Hierzu bedarf es vielmehr einer expliziten gesetzlich legitimierten Grundlage.

Für **Corona-Impfungen** ist – anders als beim Masernschutzgesetz – derzeit keine gesetzliche Verpflichtung vorgesehen.

Für **Testungen** gibt es die Testverordnung, die jedoch keine Verpflichtung der Mitarbeitenden, Bewohner\*innen oder Besucher\*innen zur Testung vorsieht, sondern lediglich Ansprüche, entsprechend getestet zu werden (was bereits im Namen der TestV angelegt ist:

„Verordnung zum Anspruch auf Testung [...]“), s.

[https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Coronavirus/Verordnungen/Coronavirus-TestV\\_BAnz\\_011220.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Verordnungen/Coronavirus-TestV_BAnz_011220.pdf) .

a.

Allerdings gibt es in sog. Hotspots mit besonders hohen Fallzahlen bzw. Inzidenzwerten **örtliche Allgemeinverfügungen**, die z.T. eine Testpflicht vorsehen.

Solche **Testverpflichtungen** basieren auf dem IfSG und sind somit gesetzlich legitimiert bzw. sind solange als gesetzlich legitimiert anzusehen, wie sie nicht von einem Gericht ggfls. als unverhältnismäßig und zu weit gehend „gekippt“ werden.

So sieht **z.B. die Allgemeinverfügung der Stadt Nürnberg vom 01.12.2020** als weitergehende Regelungen gemäß § 26 der 9. [10.] BayIfSMV i.V.m. § 32 S. 1 i.V.m. § 28 Abs. 1, § 28a IfSG folgende Testpflicht vor:

**„10. Spezielle Regelungen für vollstationäre Pflegeeinrichtungen, Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen, Intensivpflege- WGs, Altenheime und Seniorenresidenzen**

10.1 Jeder Mitarbeiter einer der vorgenannten Einrichtungen ist dazu verpflichtet, einmal pro Kalenderwoche einen Point-of-care (PoC)-Antigen-Test („Corona-Schnelltest“) an sich durchführen zu lassen. Die Einrichtungsleitung ist verpflichtet die ordnungsgemäße Durchführung der Tests zu organisieren und zu kontrollieren.“

(s. Anlage bzw. s.

[https://www.nuernberg.de/imperia/md/zentral/dokumente/corona/allgemeinverfuegung\\_201201.pdf](https://www.nuernberg.de/imperia/md/zentral/dokumente/corona/allgemeinverfuegung_201201.pdf) ).

Bei Nichteinhaltung sind keine expliziten Sanktionen in der BayIfSMV vorgesehen. Insbesondere unterfällt die Testpflicht auf Grundlage des § 26 der 9. [10.] BayIfSMV nicht dem dortigen Ordnungswidrigkeitenkatalog.

In arbeitsrechtlicher Hinsicht ist in diesem Fall aber bei Verweigerung der vorgeschriebenen Testung von einer Nebenpflichtverletzung wegen Verletzung dieser gesetzlich legitimierten Vorgaben zum Gesundheitsschutz auszugehen, die – ähnlich wie bei der gesetzlich vorgeschriebenen Impfpflicht nach dem Masernschutzgesetz oder der Maskenpflicht – zu arbeitsrechtlichen Konsequenzen wie Abmahnung oder auch Kündigung führen kann.

Darüber hinaus riskieren diese Mitarbeitenden ggfls. strafrechtliche und zivilrechtlich-haftungsrechtliche Konsequenzen, falls Sie wegen Verletzung der Testpflicht eine Infektion weitergeben und dadurch andere Menschen zu Schaden oder gar zu Tode kommen.

b.

Ebenfalls für die Mitarbeitenden bindend sind die am 6.12.2020 angekündigten **Testverpflichtungen seitens der Bayerischen Staatsregierung**.

Der Regelungstext der **10. BayIfSMV vom 8. Dezember 2020** liegt zwischenzeitlich vor (s. **Anlage**).

Auch hier besteht eine gesetzliche Legitimationskette auf der Grundlage des IfSG und es wird für bestimmte Arbeitsbereiche eine Testpflicht normiert, deren Verletzung für die Mitarbeitenden zu arbeitsrechtlichen (bis hin zu strafrechtlichen oder zivilrechtlich-haftungsrechtlichen) Konsequenzen führen kann.

Grundlage ist die Feststellung des Katastrophenfalls in Bayern (s. **Anlage**).

Konkret sieht § 9 Abs. 2 Nr. 2 der 10. BayIfSMV bei den speziellen Besuchs- und Schutzregelungen vor:

„(2) In Einrichtungen nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 3 und 5 gilt ergänzend Folgendes: [...] 2. Das Personal unterliegt der Beobachtung durch die zuständige Kreisverwaltungsbehörde und hat sich regelmäßig, mindestens an zwei verschiedenen Tagen pro Woche, in der der Beschäftigte zum Dienst eingeteilt ist, einer Testung in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu unterziehen und das Ergebnis auf Verlangen der Leitung der Einrichtung und der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde oder einer von ihr beauftragten Stelle vorzulegen; die Einrichtungen sollen die erforderlichen Testungen organisieren; bei Auftreten von typischen Symptomen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 wie Husten, Fieber oder Geruchs- und Geschmacksverlust hat der Beschäftigte die zuständige Kreisverwaltungsbehörde unverzüglich zu informieren.“

**Umfasst sind** also gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 und 5 folgende Einrichtungen:

- „2. vollstationären Einrichtungen der Pflege gemäß § 71 Abs. 2 des Elften Buches Sozialgesetzbuch,
- 3. Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen im Sinne des § 2 Abs. 1 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch, in denen Leistungen der Eingliederungshilfe über Tag und Nacht erbracht werden,
- 5. Altenheimen und Seniorenresidenzen“

**Nicht erfasst sind** dagegen Einrichtungen gemäß § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 4:

- „1. Krankenhäusern sowie Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen, in denen eine den Krankenhäusern vergleichbare medizinische Versorgung erfolgt (Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 Nr. 1 und 3 des Infektionsschutzgesetzes – IfSG),
- 4. ambulant betreuten Wohngemeinschaften nach Art. 2 Abs. 3 des Pflege- und Wohnqualitätsgesetzes zum Zwecke der außerklinischen Intensivpflege (IntensivpflegeWGs), in denen ambulante Pflegedienste gemäß § 23 Abs. 6a IfSG Dienstleistungen erbringen“

**Neu hinzu kommen zum 16.12.2020 auch mobile Pflegedienste** (s. Verlautbarungen vom 13. und 14.12.2020):

Um Pflegebedürftige möglichst umfassend zu schützen, müssen danach alle mobilen Pflegedienste im Rahmen verfügbarer Testkapazitäten auch ihr mobiles Personal möglichst zweimal pro Woche testen lassen.

Zu den Details werden die Kolleg\*innen aus dem Fachbereich Pflege nähere Informationen kommunizieren.

### **Das heißt zusammengefasst:**

Mitarbeitende können in den Fällen einer Maskenpflicht oder einer gesetzlich legitimierten Testverpflichtung in den o.g. Arbeitsbereichen (§ 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 3 und 5 der 10. BayIfSMV) abgemahnt oder gar gekündigt werden, falls sie sich weigern eine Maske zu tragen oder sich testen zu lassen und so die Gesundheit und das Leben der Kolleg\*innen und Bewohner\*innen gefährden.

### 3. Kommunikation

Bitte beachten Sie auch die Informationen der einzelnen Fachbereiche (z.B. Pflege, Eingliederungshilfe).

Bspw. wird in einem **Informationsschreiben des Bayerisches Staatsministeriums für Gesundheit und Pflege vom 9.12.2020** an die Verbände der Leistungserbringer zu den Änderungen aufgrund der 10. BaylFSMV Folgendes aufgeführt:

a.

„3. Testung des Personals

Es wird folgende Regelung zur Testung des Personals eingeführt:

- **Das Personal unterliegt der Beobachtung durch die zuständige Kreisverwaltungsbehörde und hat sich regelmäßig, mindestens an zwei verschiedenen Tagen pro Woche, in der der Beschäftigte zum Dienst eingeteilt ist, einer Testung in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu unterziehen und das Ergebnis auf Verlangen der Leitung der Einrichtung und der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde oder einer von ihr beauftragten Stelle vorzulegen;**
- Die Einrichtungen sollen die erforderlichen Testungen organisieren.
- Bei Auftreten von typischen Symptomen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 wie Husten, Fieber oder Geruchs- und Geschmacksverlust hat der Beschäftigte die zuständige Kreisverwaltungsbehörde unverzüglich zu informieren.“

b.

„Die Kreisverwaltungsbehörden hat **weitergehende Anordnungen zu treffen, wenn die Sieben-Tage-Inzidenz größer als 300 ist** (§ 26 der 10. BaylFSMV) [vgl. bspw. die o.g. Allgemeinverfügung der Stadt Nürnberg vom 1.12.2020]. Weitergehende örtliche Anordnungen durch die Kreisverwaltungsbehörden bleiben unabhängig des Inzidenzwertes gem. § 28 der 10. BaylFSMV möglich, z.B. speziell für die Tagespflegeeinrichtung im Einzelnen.“

c.

„Es wird empfohlen, dass die Einrichtungen die Bewohnerinnen und Bewohner sowie die Angehörigen über die geänderte Rechtslage aufklären und hinsichtlich Hygienemaßnahmen beraten z. B. mittels eines **Informationsblattes**.

Außerdem dürfen die Einrichtungen nach Rückkehr erforderliche Hygienemaßnahmen veranlassen, z. B. Händewaschen.

Quarantänemaßnahmen sind nur auf Anordnung des Gesundheitsamtes zulässig.“

Ein **Muster** für ein solches Informationsblatt an die Mitarbeitenden ist in der **Anlage** beigelegt (Quelle: BRK).

Ein weiteres Muster für die Information der Bewohner\*innen und Angehörigen wird von den Kolleg\*innen im Fachbereich Pflege herausgegeben.

#### 4. Frage der Arbeitszeit einschließlich Warte- und Wegezeiten

a.

Zur Coronavirus-Testverordnung (TestV) mit Stand 14.10.2020 haben Sie per Rundmail vom 10.11.2020 die nachfolgende **vorläufige Einschätzung** zu freiwilligen Testungen erhalten:

- „Wenn Mitarbeitende Testungen an Bewohner\*innen, Kolleg\*innen oder Besucher\*innen durchführen, dann zählt dies ganz klar als Arbeitszeit. Wenn Mitarbeitende selbst in der Einrichtung getestet werden, dann sollte die dafür nötige Zeit m.E. ebenfalls als Arbeitszeit gewertet werden, um die Bereitschaft der Mitarbeitenden zu den Testungen nicht zu untergraben und den Gesundheitsschutz für alle Beteiligten zu stärken. Diese Frage ist jedoch m.W. im umfangreichen Fragenkatalog bzgl. offener Fragen zur Testverordnung auf Bundesebene enthalten und damit noch nicht abschließend geklärt. Bitte beachten Sie zur Testverordnung insgesamt auch die Informationen der Kolleg\*innen insbesondere aus den Bereichen Pflege und Eingliederungshilfe.“

b.

Zwischenzeitlich bestehen auch die o.g. **Verpflichtungen für Einrichtungen und Mitarbeitende, Reihentestungen zu organisieren bzw. sich regelmäßig testen zu lassen.**

Dabei ist zu beachten, dass die Einrichtungen nicht verpflichtet sind, die vorgeschriebenen Testungen an den Mitarbeitenden selbst durchzuführen. Vielmehr müssen die Einrichtungen die Testungen nur organisieren (bspw. über die Gesundheitsämter oder Hilfsdienste oder evtl. auch Selbsttests der Mitarbeitenden) und sich die Testergebnisse von den Mitarbeitenden vorlegen lassen.

Vgl. Wortlaut des § 9 Abs. 2 Nr. 2 Spezielle Besuchs- und Schutzregelungen 10. BayIfSMV:

„(2) In Einrichtungen nach Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, 3 und 5 gilt ergänzend Folgendes: [...]

2. Das Personal unterliegt der Beobachtung durch die zuständige Kreisverwaltungsbehörde und hat sich regelmäßig, mindestens an zwei verschiedenen Tagen pro Woche, in der der Beschäftigte zum Dienst eingeteilt ist, einer Testung in Bezug auf eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 zu unterziehen und das Ergebnis auf Verlangen der Leitung der Einrichtung und der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde oder einer von ihr beauftragten Stelle vorzulegen; die Einrichtungen sollen die erforderlichen Testungen organisieren; bei Auftreten von typischen Symptomen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 wie Husten, Fieber oder Geruchs- und Geschmacksverlust hat der Beschäftigte die zuständige Kreisverwaltungsbehörde unverzüglich zu informieren.“

c.

**Eindeutig** ist nach wie vor, dass die **Durchführung von Testungen** an Bewohner\*innen, Kolleg\*innen oder Besucher\*innen **durch diakonische Mitarbeitende für diese als Arbeitszeit zählt**, da sie unmittelbar eine Arbeitsleistung erbringen.

d.

**Fraglich** ist jedoch, ob die aufgewendete Zeit für hausinterne oder externe Testungen **für die getesteten Mitarbeitenden** als Arbeitszeit zu werten ist und ob in diesem Fall auch Wartezeiten bzw. Wegezeiten mit als Arbeitszeit anzurechnen sind.

- Denkbar ist eine parallele Argumentation wie bei der **Titerbestimmung zum Masernschutz**, da beide Testungen auf dem IfSG basieren.

Laut der Begründung zum Gesetzentwurf des Masernschutzgesetzes bedeutet die Nachweispflicht bzgl. eines bestehenden Masernimpfschutzes bzw. bzgl. einer bestehenden Immunität gegenüber Masern eine **subjektive Berufszulassungsbeschränkung** (vgl. BT-Drucks. 19/13452, S. 29).

Der Masernschutz ist im IfSG geregelt (§§ 6, 7, 20, 28, 34 IfSG), ebenso wie sich die jeweils gültige BayIfSMV bzw. die Allgemeinverfügungen der bayerischen Staatsregierung bzw. der bayerischen Landkreise und kreisfreien Städte auf das IfSG stützen.

Gleichwohl handelt es sich bei dem geforderten Masernschutz in zeitlicher Hinsicht um einen einmaligen Aufwand und in materiellrechtlicher Hinsicht um eine laut Gesetzesbegründung subjektive Berufszulassungsbeschränkung.

**Daher werden der zeitliche Aufwand bzw. die Kosten einer Masernschutzimpfung bzw. eines Immunitätsnachweises nicht vom Dienstgeber getragen, sondern von den Mitarbeitenden** (bzw. die Kosten der Impfung durch die Krankenkassen).

Die Situation im Rahmen der o.g. **Reihentestungen** (nach der TestV freiwillig, nach den aktuellen Allgemeinverfügungen bzw. der 10. BayIfSMV verpflichtend) ist jedoch eine andere, so dass hier auch die **Arbeitszeitbewertung anders ausfallen muss als beim Masernschutz**.

- Die Reihentestungen stellen – anders als der Masernschutz – keine subjektive Berufszulassungsbeschränkung dar, sondern betreffen nur die Pflegekräfte bzw. Mitarbeitenden in den explizit genannten Einrichtungen und bspw. nicht die Pflegekräfte in Krankenhäusern.

Es handelt sich somit vielmehr um eine Art akute **Maßnahme im Rahmen des Arbeitsschutzes gemäß § 618 Abs. 1 BGB, § 3 ArbSchG**.

Gemäß § 618 Abs. 1 BGB hat der Dienstgeber neben Vorkehrungen bzgl. der Räumlichkeiten auch die „Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Verpflichtete [d.h. Mitarbeitende] gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet“.

Und § 3 ArbSchG lautet:

„§ 3 Grundpflichten des Arbeitgebers

(1) 1Der Arbeitgeber ist verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. 2Er hat die Maßnahmen auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls sich ändernden Gegebenheiten anzupassen. 3Dabei hat er eine Verbesserung von Sicherheit und Gesundheitsschutz der Beschäftigten anzustreben.

(2) Zur Planung und Durchführung der Maßnahmen nach Absatz 1 hat der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Art der Tätigkeiten und der Zahl der Beschäftigten

1. für eine geeignete Organisation zu sorgen und die erforderlichen Mittel bereitzustellen sowie



2. Vorkehrungen zu treffen, dass die Maßnahmen erforderlichenfalls bei allen Tätigkeiten und eingebunden in die betrieblichen Führungsstrukturen beachtet werden und die Beschäftigten ihren Mitwirkungspflichten nachkommen können.

(3) Kosten für Maßnahmen nach diesem Gesetz darf der Arbeitgeber nicht den Beschäftigten auferlegen.“

**Es ist davon auszugehen, dass zu den Kosten i.S.d. § 3 Abs. 3 ArbSchG wohl auch der zeitliche Aufwand gerechnet werden muss.**

Der Beck'sche Onlinekommentar zum Arbeitsschutzrecht, 3. Edition, Stand: 15.09.2020 führt in Rn 93 und 95 zu § 3 Grundpflichten des Arbeitgebers ArbSchG Folgendes aus:

„Nach Art. 12 Übereinkommen 161 (BGBl. I 1198 (1203)) sollte die arbeitsmedizinische Überwachung der Gesundheit des Arbeitnehmers kein Verdienstausfall zur Folge haben, unentgeltlich sein und **nach Möglichkeit während der Arbeitszeit** stattfinden [m.w.N.].“

„In Pandemiezeiten hat der Arbeitgeber spezielles Augenmerk auf den Umgang mit besonders schutzbedürftigen Beschäftigten zu legen (CoVArbSchR Nr. 5.4). Dies umfasst auch die individuelle Beratung zu besonderen persönlichen Gefährdungen des Beschäftigten im Rahmen der arbeitsmedizinischen Vorsorge [m.w.N.]. Die Ärztin bzw. der Arzt teilt dem Arbeitgeber ohne Diagnose mit, welche individuellen Schutzmaßnahmen für den Beschäftigten erforderlich sind. Für die Arztkosten gilt die Kostenübernahme durch den Arbeitgeber [m.w.N.]. Die Beratung und Untersuchung auf Wunsch des Beschäftigten gemäß § 11 ArbSchG [m.w.N.] **soll während der Arbeitszeit stattfinden**. Der Beschäftigte behält seinen Entgeltanspruch gegenüber dem Arbeitgeber aus § 616 BGB [m.w.N.].“

- **Fazit:**

Zwar wurden die örtlichen Allgemeinverfügungen bzw. die 10. BayIfSMV nicht auf Grundlage des § 18 ArbSchG erlassen, sondern allein auf Grundlage des IfSG. Sie dienen aber gleichermaßen dem Arbeits- bzw. Gesundheitsschutz der Mitarbeitenden.

Daher ist von einer entsprechenden Handhabung bzgl. der Wertung als Arbeitszeit auszugehen.

Der o.g. § 616 BGB ist durch § 27 AVR-Bayern abbedungen.

§ 27 Abs. 2 AVR-Bayern sieht eine Kann-Regelung bzgl. der bezahlten Dienstbefreiung und damit Anrechnung als Arbeitszeit gemäß § 20 Abs. 3 AVR-Bayern vor:

„(2) Der Dienstgeber / Die Dienstgeberin kann in sonstigen wichtigen Fällen Dienstbefreiung unter Fortzahlung des Entgeltes (§ 33) und der in Monatsbeträgen festgelegten Zulagen bis zu drei Tagen gewähren.“

**In entsprechender Anwendung des § 27 Abs. 2 AVR-Bayern in der Zusammenschau mit § 618 Abs. 1 BGB, § 3 ArbSchG sollte daher die für die Testungen der Mitarbeitenden notwendige Zeit als Arbeitszeit gewertet werden.**

Dies beinhaltet sowohl die Testungen in der Einrichtung als auch Testungen an anderen Orten (z.B. Gesundheitsamt, Hilfsorganisation, Hausarzt, ggfls. sogar dokumentierte Selbsttests zuhause, soweit diese zugelassen werden).

Auch Wege- und etwaige Wartezeiten in externen Testzentren sollten als Arbeitszeit angerechnet werden (ähnlich wie bei notwendigen Arztbesuchen während der Arbeitszeit gemäß § 27 Abs. 1 Buchst. e) AVR-Bayern).

Wenn die Testungen nur so organisiert werden können, dass sie z.T. außerhalb der individuellen Dienstzeit der Mitarbeitenden liegen, so müsste die hierfür nötige Zeit (wie bei geteilten Diensten) auch als Arbeitszeit bewertet werden. Zusätzliche Anfahrtszeiten wären damit aber nicht als Arbeitszeit zu werten.

Auch eine Fahrkostenerstattung erscheint nur dann angebracht, wenn es sich um Fahrten zwischen der Dienststelle und dem externen Testzentrum handelt („Dienstgang“), nicht jedoch, wenn es sich lediglich um eine zusätzliche Anfahrt zur Dienststelle wegen dieses „Sonderdienstes“ handelt.

Bitte beachten Sie:

Bei diesen Ausführungen handelt es sich nur um eine vorläufige Einschätzung. Eine endgültige Klärung werden erst die Arbeitsgerichte bringen.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der enormen Zusatzbelastungen in den Einrichtungen auf allen Ebenen (s. [Pressemeldung](#) der zuständigen DW Bayern-Fachvorständin Frau Schuhmann vom 11.12.2020 „Einrichtungen der Altenhilfe zum Teil am Limit. Diakonie-Vorständin: „Bei Testungen müssen die Einrichtungen personell unterstützt werden.“) empfehlen sich möglichst effiziente Abläufe und möglichst pragmatische Handhabungen vor Ort.

### 3. MAV-Beteiligung

Die Einrichtungen werden durch die 10. BayIfSMV vom 09.12.2020 bzw. durch weitere nachfolgende Verordnungen bzw. Allgemeinverfügungen etwa auf der Basis des Beschlusses der Ministerpräsident\*innenkonferenz vom 13.12.2020 immer wieder dazu verpflichtet, ihre betrieblichen **Hygiene- und Schutzkonzepte** anzupassen.

Bzgl. der Beteiligung der Mitarbeitervertretung (MAV) gilt dabei Folgendes:

a.

**Die MAV hat nur dann ein Mitbestimmungsrecht im Rahmen des Gesundheitsschutzes gemäß § 40 Buchst. b) MVG, soweit für den Dienstgeber selbst überhaupt Gestaltungsspielräume bestehen.**

Wenn dagegen nur über die Inhalte der Verordnung oder Allgemeinverfügung informiert wird, ohne bspw. Gesundheitskonzepte selbst neu zu gestalten, dann besteht auch kein Mitbestimmungsrecht, da es nichts gemeinsam zu gestalten gibt.

Soweit aber die Schutz- und Hygienekonzepte eigenständig aus Anlass der geänderten Rahmenbedingungen auf betrieblicher oder Trägerebene angepasst werden und dazu Gestaltungsspielräume gegeben sind, besteht ein Mitbestimmungsrecht nach § 40 Buchst. b) MVG.

b.

Da im Moment angesichts der kurzfristigen Verlautbarungen wie schon im Frühjahr wieder alles sehr schnell gehen muss und viele Vorgaben faktisch sofort umgesetzt werden müssen, ergeben sich zwangsläufig auch praktische Probleme in zeitlicher Hinsicht. Daher müssen die nötigen **Abstimmungsprozesse möglichst effizient und pragmatisch** gestaltet werden.

Dabei ist § 38 Abs. 5 MVG zu beachten:

**„(5) Die Dienststellenleitung kann bei Maßnahmen, die keinen Aufschub dulden, bis zur endgültigen Entscheidung vorläufige Regelungen treffen.**

Vorläufige Regelungen dürfen die Durchführung einer anderen endgültigen Entscheidung nicht hindern.

**Die Dienststellenleitung hat der Mitarbeitervertretung eine beabsichtigte vorläufige Maßnahme mitzuteilen, zu begründen und unverzüglich das Verfahren der Absätze 1 und 2 einzuleiten oder fortzusetzen.“**

Nürnberg, den 9. Dezember 2020/ **15. Dezember 2020**

Myriam Marshall