

Testen leicht gemacht? – Vorsicht bei „Online-Bürgertests“ und 3G am Arbeitsplatz!

EINFÜHRUNG

Am vergangenen Mittwoch ist das neue Infektionsschutzgesetzes in Kraft getreten, welches im Grundsatz u. a. festlegt, dass der Zutritt zur Arbeitsstätte nur noch für Mitarbeiter mit 3G-Status (Geimpfte, Genesene oder aktuell Getestete) zulässig ist. Arbeitgeber sind verpflichtet, die Einhaltung dieser Regeln zu kontrollieren und zu dokumentieren.

Der Umstand, dass der Testnachweis für Ungeimpfte von manchen weniger als Dienst an der Allgemeinheit, sondern vielmehr als unzumutbare Erschwernis oder gar Schikane gesehen wird, ruft nun findige Anbieter auf den Plan, die insoweit bequeme Abhilfe versprechen.

So bietet etwa ein Anbieter in Hamburg, der in der Vergangenheit bereits durch Online-Krankschreibungen auf sich aufmerksam gemacht hat (zum fehlenden Beweiswert einer solchen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vgl. Arbeitsgericht Berlin, Urteil vom 01. April 2021 – 42 Ca 16289/20), die Möglichkeit an, Testzertifikate online und bequem nach zu Hause durchgeführter Selbsttestung zu erhalten.

ABLAUF DER ONLINE-TESTUNG

Der Ablauf ist denkbar einfach: Die zu testende Person besorgt sich zunächst einen Selbsttest, der auch zu Hause (ohne Aufsicht) durchgeführt werden kann. Zudem sollen das aktuelle Datum sowie die Initialen der zu testenden Personen mit einer Gabel oder einem anderen spitzen Gegenstand auf der Plastik-Testkassette eingeritzt (!) werden und je ein Foto der Testkassette vor und nach dem Test angefertigt werden. Im nächsten Schritt füllt man einen recht kurzen Online-Fragebogen aus und erhält – laut Aussage des Anbieters „nach Verifizierung“ durch ärztliches Personal – ein Testzertifikat in Form eines PDF-Dokuments, welches zusammen mit den beiden Fotografien, einem Ausweis und der Testkassette gemäß den Verlautbarungen des Anbieters „gültig“ sein soll.

EIGNUNG DER SELBSTTESTS ZUR EINHALTUNG DER 3G-REGEL

Das geschilderte Verfahren drängt geradezu die Frage auf, ob ein derart erstellter Testnachweis überhaupt die gesetzlichen Anforderungen erfüllen kann. Die Frage ist aus unserer Sicht zu verneinen: Auch das neue Infektionsschutzgesetz verweist hinsichtlich der Anforderungen an den Testnachweis im Kern auf die Vorschriften der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmeverordnung vom 08. Mai 2021. § 2 Nr. 7 c) dieser Verordnung sieht zwar durchaus vor, dass Testungen außer durch die von den Gesundheitsbehörden betriebenen Testzentren z. B. auch durch Arztpraxen durchgeführt werden können (sog. „Leistungserbringer“ im Sinne von § 6 Absatz 1 der Coronavirus-Testverordnung). Allerdings setzt das Gesetz zusätzlich auch voraus, dass diese Tests dann vom jeweiligen Leistungserbringer – hier also durch den Arzt – **vorgenommen oder überwacht** werden.

Von einer „Vornahme“ der Testung durch die handelnde Arztpraxis kann hier sicher keine Rede sein und auch eine ärztliche „Überwachung“ der Tests ist jedenfalls bei der seitens des Anbieters insbesondere propagierten Lösung einer kostenlosen Selbsttestung (dies ohne Beobachtung des Tests) nicht gewährleistet. Der Anbieter stellt sich hier – das zeigen von ihm angeführte rechtsgutachterliche Stellungnahmen – auf den Standpunkt, dass eine „Überwachung“ im Sinne der rechtlichen Vorschriften auch auf dem beschriebenen Wege einer nachträglichen ärztlichen „Verifizierung“ gewährleistet sein soll (wobei schon undeutlich bleibt, was genau hier wirklich „verifiziert“ wird und wie dies genau geschieht). Diese Auffassung dürfte mit Blick auf den Wortlaut der geltenden Regelungen allerdings schwerlich vertretbar sein.

PRAKTISCHE FOLGEN

Arbeitgeber und Arbeitnehmer sollten sich daher absolut bewusst darüber sein, dass sie sich juristisch mit hoher Wahrscheinlichkeit außerhalb geltenden Rechts bewegen, wenn Online-Selbsttests

in der hier beschriebenen Form zum Nachweis eines durchgeführten Corona-Tests (arbeitnehmerseitig) vorgelegt bzw. (arbeitgeberseitig) akzeptiert werden.

Arbeitnehmer laufen bei Vorlage eines nicht ordnungsgemäßen Tests Gefahr, Vergütungsansprüche zu verlieren und sich arbeitsrechtlichen Sanktionen ihres Arbeitgebers auszusetzen. Arbeitgeber müssen sich im Klaren sein, dass sie mit hoher Wahrscheinlichkeit gegen die aktuell geltenden Rechtsnormen verstoßen und ebenfalls Sanktionen riskieren, wenn sie derartige Testnachweise akzeptieren und den Mitarbeitern auf dieser Basis den Zutritt zur Arbeitsstätte erlauben. Bei Nichteinhaltung bzw. nicht richtiger Überwachung der 3G-Regeln drohen insbesondere Bußgelder von bis zu 25.000 EUR.

Natürlich ist es am Ende rechtsstaatliche Aufgabe der Gerichte, die Zulässigkeit solcher Modelle zu beurteilen und es zeigt sich bereits, dass in der Praxis durchaus unterschiedliche Formen der Online-Selbsttestung angeboten werden, die ggf. differenzierend zu betrachten sind. Große Vorsicht dürfte – bei allen nachvollziehbaren Wünschen nach einer moderneren und „digitaleren“ Medizin – jedoch allgemein angezeigt sein!

Widerstand regt sich zudem bereits in der behördlichen Praxis: So wurde jüngst etwa seitens des Landkreises Osnabrück und des Kreises Kleve bereits darauf hingewiesen, dass die Testzertifikate des auch hier angesprochenen Anbieters nicht den Anforderungen der 3G-Regel genügen.

Auch das Bundesgesundheitsministerium vertritt im Rahmen der FAQs zu COVID-19 Tests die Auffassung, dass Testnachweise im Sinne des Gesetzes „nicht auf einer videoüberwachten Selbsttestung beruhen“ dürfen.

Sehr bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang schließlich noch Aussagen auf der Homepage des Hamburger Anbieters selbst (in den FAQs zu den Online-Selbsttest- und Genesenen-Zertifikaten), in denen im Zusammenhang mit Äußerungen zur fehlenden Akzeptanz des von dort angebotenen Verfahrens durch das Bundesgesundheitsministerium ausgeführt wird, dass

die „Politik-Versager“ offensichtlich durchaus wüssten, was das Richtige sei, aber wohl „gelähmt, bestochen oder verblendet“ seien. Es sei – so der Text dort weiter – an den Arbeitgebern, Arbeitnehmern und Bürgern, das „Richtige“ zu tun und den „Kampf gegen Corona und für Einigkeit und Recht und Freiheit für alle“ mit Online-Bürgertests zu führen. Diese Äußerungen dürften für sich sprechen.

Sollten Sie Fragen rund um die anhaltende Pandemiesituation und damit zusammenhängende arbeitsrechtliche Problemstellungen haben, so sprechen Sie uns bitte jederzeit an!

Gerne nehmen wir Sie – soweit noch nicht geschehen – auch auf den Verteiler unseres kostenlosen Kanzlei-Newsletters auf. Schicken Sie uns zu diesem Zweck bitte einfach eine kurze Mail.

KONTAKT



Dr. Henning Reitz
h.reitz@justem.de



Merle Schimanke
m.schimanke@justem.de

www.justem.de