

## Testpflicht nach Berliner InfektionsschutzVO unverhältnismäßig

Die Regelungen zu Testpflichten und Homeoffice der neugefassten Berliner Infektionsschutzverordnung sind Ausdruck des unkoordinierten Vorgehens im Umgang mit der pandemischen Lage. Das belegt einmal mehr den höchst fragwürdigen Nutzen der stundenlangen und häufig nur mit notdürftigen Kompromissen einhergehenden Abstimmungsgespräche der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten der Bundesländer. Wirtschaft und Bürger müssen sich darauf verlassen können, dass die im Rahmen dieser Gespräche vereinbarten Maßnahmen umgesetzt und nicht einzelne Bundesländer von dem gefundenen Ergebnis kurzfristig abweichen.

### 1. Rechtsgrundlage nicht ausreichend

Zu der Test- und Homeofficeverpflichtung aus der Berliner Verordnung bestehen bereits **Zweifel daran, ob diese Maßnahmen von der Rechtsgrundlage der Verordnung (§§ 32 Satz 1 und 2 iVm. § 28 Abs. 1 und § 28a Abs.1 IfSG) gedeckt sind.** Beide Maßnahmen sind nicht ausdrücklich im Katalog des § 28a IfSG als notwendige Schutzmaßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 genannt. Zwar müssen nicht alle einzelnen Inhalte eines im Wege der Rechtsverordnung ergehenden Rechtssetzungsakts detailliert in einer Rechtsgrundlage aufgenommen werden. Bei der Testverpflichtung handelt es sich jedoch um eine weitreichende, kostenintensive und die Unternehmen durch die **Dokumentationspflicht** erheblich belastende Maßnahme, für die es eines formellen Parlamentsgesetzes – zumindest aber einer ausdrücklich auf das Arbeitsrecht zielenden Verordnungsermächtigung – bedarf.

### 2. Verhältnismäßigkeit nicht gewahrt

Die Testverpflichtung ist darüber hinaus **unverhältnismäßig**. Den Arbeitgebern wird mit der Verpflichtung zum Testangebot eine Pflicht auferlegt, die in ihre Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG eingreift und die nicht allein im Interesse eines ungestörten und sicheren Betriebsablaufs, sondern ausdrücklich als gesamtgesellschaftlicher Beitrag erfolgen soll.

- Bei der Durchführung von Testungen und deren Dokumentation handelt es sich um einen **gesamtgesellschaftlichen Auftrag**. Diesen kostenmäßig und ohne klare rechtliche Vorgaben, wie z. B. die Behandlung der ausgefallenen Arbeitszeit als Freizeit, allein den Arbeitgebern aufzubürden, verstößt gegen das Übermaßverbot.
- Aufgrund der **Erklärung der vier Spitzenverbände der Wirtschaft** gegenüber der Bundeskanzlerin bietet die überwältigende Mehrheit der Unternehmen schon jetzt auf freiwilliger Basis ihren Belegschaften eine Testung an. Zumindest bis zum für April zugesagten ersten Bericht über Umfang und Ergebnisse der Testungen hätte der Ordnungsgeber des Landes Berlin abwarten müssen. Mit seiner verordneten Testpflicht greift er nicht nur tief in grundrechtlich geschützte Positionen ein, er greift auch der vereinbarten Überprüfung freiwilliger Testungen durch die Unternehmen unverhältnismäßig vor.
- Die **Dokumentationspflicht des Arbeitgebers bei Selbsttests ist unverhältnismäßig**. Warum soll der Arbeitgeber einen Mitarbeiter zur Dokumentation abstellen, wenn der Arbeitnehmer den Test selbst und gar nicht im Betrieb durchführen kann. Geeigneter und damit auch keine übermäßige Belastung des Arbeitgebers ist in diesen Fällen die Eigendokumentation durch den Arbeitnehmer, die in der Verordnung festgeschrieben werden könnte.

- Soweit in der Verordnung die Pflicht bestimmter Arbeitnehmer festgelegt wird, sich testen zu lassen, kann dies eine **nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung** darstellen. Zwar ist grundsätzlich eine solche auf den Arbeitnehmer bezogene Testverpflichtung nachvollziehbar. Diese aber auf Arbeitnehmer mit Kundenkontakt zu beschränken, ist nicht zielführend. Es gibt keine Belege für eine höhere Inzidenz in Fällen von Beschäftigten, die Kundenkontakt haben. Aufgrund des erheblichen Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit müssten daher alle Arbeitnehmer zu einer Testung pflichtig herangezogen werden können.

### **Fazit**

Die Bekämpfung der Corona-Pandemie ist eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe. Die Wirtschaft ist sich ihrer Verantwortung sehr bewusst und leistet mit zahlreichen Arbeitsschutzmaßnahmen seit vergangenem März einen großen Beitrag zur Pandemiebekämpfung. Der Aufruf zu einer umfassenden Testung der in Präsenz beschäftigten Arbeitnehmer wird von der überwältigenden Zahl der Betriebe unter großen Anstrengungen umgesetzt. Schon vor Wochen hat die Wirtschaft zur Beschleunigung der Impfungen dafür geworben, die Betriebsärzte in die Impfkampagne einzubeziehen. Das ist bis heute nicht erfolgt. In dieser Situation durch rechtlich fragwürdige und inhaltlich bürokratische Vorgaben neue Belastungen zu schaffen, ist der völlig falsche Weg, die Bekämpfung der Pandemie durch die Unternehmen zu begleiten.