

Bewertung der Änderungen der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel (Stand 27.01.2022)

BDA | Saskia Osing, Dr. Elisa Clauß
03.02.2022

Im Allgemeinen

Grundsätzlich begrüßen wir eine Harmonisierung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel mit § 2 Abs. 1 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) sehr. Aktuell gibt es in der betrieblichen Praxis große Unsicherheit dahingehend, ob veränderte Maßnahmen umgesetzt werden dürfen, wenn beispielsweise 100 % der Beschäftigten geimpft oder genesen sind, da die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel bislang die bereits seit längerem geltenden Möglichkeiten der Anpassungen des betrieblichen Hygienekonzepts nach der Corona-ArbSchV nicht aufgegriffen hat. Auch das Infektionsschutzgesetz sieht in § 28 b ermöglicht eine Berücksichtigung eines bekannten Impf- und Genesenenstatus.

Einige Punkte in der konkreten Formulierung sind für uns aus juristischer und betriebspraktischer Sicht jedoch nicht tragbar und bedürfen daher einer Anpassung.

Zu Punkt 3 Gefährdungsbeurteilung

„**(3)** Der Arbeitgeber kann für das Festlegen und Umsetzen der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes einen ihm bekannten Impf-, Genesenen-, Sero- oder Teststatus der Beschäftigten unter der Voraussetzung nutzen, dass in den FAQ des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) Erkenntnisse zur Übertragbarkeit aktueller Virusmutationen bei Geimpften und Genesenen sowie zur Sensitivität und Spezifität von Tests und damit verbunden Hinweise zur Beibehaltung oder zum möglichen Entfall von Schutzmaßnahmen bekannt gemacht wurden (siehe die BMAS-FAQ „Betrieblicher Infektionsschutz“ Nummern 2.1.5 und 2.2.22 [6]).“

Bewertung:

Sowohl § 2 Abs. 1 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung als auch § 28b Infektionsschutzgesetz (IfSG) gestatten es dem Arbeitgeber, bei der Festlegung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes einen ihm bekannten Impf- oder Genesenenstatus der Beschäftigten zu berücksichtigen.

*§ 2 Abs.1 S.3 SARS-CoV-2-ArbSchV: „Bei der Festlegung und der Umsetzung der Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes **kann der Arbeitgeber einen ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten berücksichtigen.**“*

§ 28b IfSG: „Soweit es zur Erfüllung der Pflichten aus Satz 1 erforderlich ist, darf der Arbeitgeber sowie die Leitung der in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen und Unternehmen zu diesem Zweck personenbezogene Daten einschließlich Daten zum Impf-, Sero- und Teststatus in Bezug auf die Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) verarbeiten. Die Daten dürfen auch zur Anpassung des betrieblichen Hygienekonzepts auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung gemäß den §§ 5 und 6 des Arbeitsschutzgesetzes verwendet werden, soweit dies erforderlich ist. § 22 Absatz 2 des Bundesdatenschutzgesetzes gilt entsprechend.“

Den Verweis in Punkt 3 (§) der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel auf die BMAS-FAQ inklusive aller zusätzlich genannten Punkte (Übertragbarkeit aktueller Virusmutationen und Testsensitivität / -spezifität) lehnen wir daher aus folgenden Gründen ab:

1. *Diese Vorgabe geht über die bestehende Regelung in der SARS-CoV-2-ArbSchV hinaus und macht die Wahl der Maßnahmen abhängig von den Angaben des BMAS in ihren FAQ. Die Möglichkeiten der Berücksichtigung des Impf- oder Genesungsstatus nach § 2 Abs. 1 S. 3 SARS-CoV-2-ArbSchV dürfen durch die Corona-Arbeitsschutzregel nicht beschnitten werden. Die Corona-Arbeitsschutzregel kann die Corona-Arbeitsschutzverordnung konkretisieren, aber keine strengeren Anforderungen als das höherrangige Recht, die Verordnung, stellen.*
2. *Die FAQ des BMAS werden durch den Verweis in der Regel quasi zum „Stand der Technik“ erhoben. Bei allem Verständnis für das Erfordernis, in Pandemiezeiten flexibel und zeitnah aktuelle wissenschaftliche Erkenntnisse umsetzen zu können – es ist nicht nachvollziehbar, ob diese FAQ auch immer gesicherten, wissenschaftlichen Erkenntnissen folgen.*
3. *Dynamische Verweise auf Internetseiten sind in rechtlicher und praktischer Hinsicht praktisch sehr problematisch. Dies sieht auch der Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz vom 31.01.2022 so: Er enthält die Aufforderung den dynamischen Verweis auf das Paul-Ehrlich-Institut (PEI) und RKI in der SchAusnahmV und EinreiseV wieder aufzuheben und die konkreten Regelungen direkt in den Verordnungen zu treffen. (siehe unangekündigte Verkürzung Genesenenstatus). Die Verordnungen verweisen bislang zur Definition des Impf- und Genesenenachweises auf die jeweiligen durch das RKI bzw. das PEI auf deren Internetseiten veröffentlichte Vorgaben. Dabei sei jedoch nicht sichergestellt wie Änderungen archiviert abrufbar bleiben. Offen bleibe auch, wie etwaige Neuregelungen angekündigt bzw. bekannt gemacht werden würden. Es ist ferner umstritten, ob eine solche Verweisung dem Verkündungsgebot nach Art. 82 Abs. 1 GG und dem Bestimmtheitsgebot genügt. die Gesundheitsministerkonferenz hat daher den Bund aufgefordert, die relevanten Kriterien wie in den Fassungen bis zum 14. Januar 2022 wieder unmittelbar im Verordnungstext zu regeln.*
4. *Die FAQ können jederzeit geändert werden und es ist völlig intransparent, ob oder wann das BMAS dies tut. Eine Änderung wird weder angekündigt oder erfolgt in einem festen Rhythmus. Arbeitgeber müssten quasi täglich diese prüfen und hoffen, dass sich nichts geändert hat. Zudem werden die jeweiligen Stände nicht nachvollziehbar archiviert – man kann also nicht einmal begründen, welche FAQ zu welchen Maßnahmen geführt haben.*
5. *Es ist der Wirtschaft (also auch KKV!) nicht zumutbar, dass Arbeitgeber nicht nur die FAQ des BMAS regelmäßig studieren müssen, sondern abweichende Maßnahmen ausschließlich umsetzen dürfen, wenn dort ebenso „Erkenntnisse zur Übertragbarkeit aktueller Virusmutationen bei Geimpften und Genesenen sowie zur Sensitivität und Spezifität von Tests und damit verbunden Hinweise zur Beibehaltung oder zum möglichen Entfall von Schutzmaßnahmen“ vorhanden sind.*
6. *Es wird dem Arbeitgeber hierdurch jedwede Rechts- und Planungssicherheit genommen, unter welchen Voraussetzungen Anpassungen des Schutzkonzeptes möglich sind.*
7. *Es ist Aufgabe der im ASTA vertretenen Bänke, die Maßnahmen in der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel zu bestimmen. Die Bänke hätten bei der Maßnahmenfestlegung durch das BMAS keinerlei Mitspracherecht mehr. Die Konkretisierung würde auf diese Weise außerhalb des ASTA erfolgen und wäre der Diskussion und Mitsprache von Unfallversicherungsträgern, Ländern, Wissenschaft und Sozialpartnern entzogen.*

Die Arbeitsschutzregel darf nicht über die Formulierungen aus dem § 28b IfSG sowie § 2 Abs. 1 SARS-CoV-Arbeitsschutzverordnung hinausgehen. Die Technik des Verweises der SARS-CoV-Arbeitsschutzregel auf die FAQ-Liste des BMAS muss daher gestrichen werden.

Zu Punkt 4 Schutzmaßnahmen, 4.1 Grundlegende Maßnahmen inkl. Hinweis

„(2) Das Betreten einer Arbeitsstätte ist für Arbeitgeber, Beschäftigte oder Dritte erst nach Vorlage eines gültigen Impf-, Genesenen- oder Testnachweises zulässig. Zur Frage der Gültigkeit der Nachweise sind die jeweils aktuellen Anforderungen gemäß den Angaben des BMAS zu beachten und einzuhalten (siehe die BMAS-FAQ „Betrieblicher Infektionsschutz“ Nummer 1.1 [6]).“

Bewertung

Zu Satz 1: Das folgt aus § 28b Abs. 1 IfSG und ist stark verkürzt bzw. sogar verzerrt. Das hieße im Ergebnis, dass man als Dritter etwa im Supermarkt einen 3G-Nachweis erbringen muss, da dies ja eine Arbeitsstätte (für die Supermarktangestellten) ist.

Grundsätzlich: Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel soll das ArbSchG und die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung konkretisieren, nicht das IfSG. Eine technische Regel zum Arbeitsschutz kann nicht das IfSG konkretisieren.

Zu Satz 2: Der Verweis auf Angaben / die FAQ des BMAS können auch hier keine taugliche Grundlage sein. Die Gültigkeit der Nachweise ergibt sich allein aus § 28b IfSG i.V.m. SchAusnahmV i.V.m. den Stellungnahmen der Fachbehörden nach § 2 Nr. 3 und Nr. 5 SchAusnahmV.

Die Frage der Gültigkeit von Nachweisen richtet sich also NICHT nach den FAQ des BMAS sondern nach den Festlegungen in der SchAusnahmV.

„Hinweis: Unabhängig von rechtlichen Anforderungen wird dem Arbeitgeber angesichts der hohen Infektiosität aktueller SARS-CoV-2-Varianten zur Erhöhung der Sicherheit empfohlen, allen betriebsbedingt anwesenden Beschäftigten täglich das Angebot eines kostenfreien Tests auf SARS-CoV-2 zu unterbreiten. Hintergrund ist, dass Personen nach Kontakt mit SARS-CoV-2 trotz Impf-/Genesenen-Status positiv werden, dementsprechend Viren ausscheiden und infektiös sein können (siehe die BMAS-FAQ „Betrieblicher Infektionsschutz“ Nummer 2.2.22 [6]).“

Bewertung:

Gemäß § 4 Abs. 1 SARS-CoV-Arbeitsschutzverordnung hat der Arbeitgeber den Beschäftigten mindestens zweimal wöchentlich kostenfreie Tests anzubieten. Diese Pflicht soll durch die SARS-CoV-Arbeitsschutzregel jetzt dahingehend konkretisiert werden, dass dem Arbeitgeber "empfohlen" wird, seinen Beschäftigten täglich Tests auf seine Kosten anzubieten.

Wir sehen hier mit Blick auf die Vermutungswirkung der SARS-CoV-Arbeitsschutzregel die Gefahr, dass künftig den Arbeitgeber, der sich gegen die Umsetzung der "Empfehlung zum täglichen Testangebot" entscheidet, die o. g. Darlegungslast trifft. Hier muss textlich klargestellt werden, dass es sich um eine bloße "Empfehlung" handelt, die bei Nichtbefolgung keinerlei Nachteile für den Arbeitgeber hat. Andernfalls wird dieser „Hinweis“ bei den Unternehmen für viel Unsicherheit sorgen, da die rechtlichen Auswirkungen nicht jedem sofort bewusst sind und es üblich ist, davon auszugehen, dass die Einhaltung der Arbeitsschutzregel dazu führt, rechtlich „auf der sicheren Seite zu stehen“.

„(3) Betriebliche Maßnahmen des Infektionsschutzes sind unabhängig vom Impf-, Genesenen-, Sero- oder Teststatus der Beschäftigten weiter umzusetzen. Abweichungen sind erst zulässig, wenn aktuelle Erkenntnisse in den FAQ des BMAS [6] einen Entfall von spezifischen Schutzmaßnahmen begründen und dies in der Gefährdungsbeurteilung dokumentiert ist.“

Bewertung:

Diesen Punkt lehnen wir mit der gleichen Begründung wie zu 3(3) ab. Überdies ist es überflüssig, dass ein weiteres Dokumentationsanfordernis für die Gefährdungsbeurteilung eingeführt werden soll. In einer Gefährdungsbeurteilung sind erforderliche Maßnahmen zu beschreiben und nicht der Entfall von Maßnahmen.