

Fachinformation

Beschäftigung von Mitarbeiter*innen

mit höherem Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf

- I. **Vorgaben zu Arbeitsschutzmaßnahmen**
- II. **Zur Rechtslage**
- III. **FAQ - ausgewählte Fragen**
- IV. **Anhang - weiterführende Hinweise für einzelne Bereiche**

I.

Vorgaben zu Arbeitsschutzmaßnahmen

1. Ausgangspunkt

Infolge erster Lockerungen von behördlich angeordneten Coronavirus-Schutzmaßnahmen kehren die Beschäftigten verstärkt an ihre Arbeitsplätze in den Einrichtungen zurück. Darunter sind auch Mitarbeiter*innen, die nach den Informationen des Robert Koch-Institut (rki) mit einem höheren Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf zu rechnen haben.

Dies betrifft folgende Personengruppen:¹

- Das Risiko einer schweren Erkrankung steigt ab 50 bis 60 Jahren stetig mit dem Alter an. Insbesondere ältere Menschen können, bedingt durch das weniger gut reagierende Immunsystem, nach einer Infektion schwerer erkranken (Immunseneszenz). Da unspezifische Krankheitssymptome wie Fieber die Antwort des Immunsystems auf eine Infektion sind, können diese im Alter schwächer ausfallen oder fehlen, wodurch Erkrankte dann auch erst später zum Arzt gehen.
- Auch verschiedene Grunderkrankungen wie z. B. Herz-Kreislauf-Erkrankungen, Diabetes, Erkrankungen des Atmungssystems, der Leber, der Niere, Krebserkrankungen oder Faktoren wie Adipositas und Rauchen scheinen das Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf zu erhöhen.
- Bei älteren Menschen mit vorbestehenden Grunderkrankungen ist das Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf höher als wenn nur ein Faktor (Alter oder Grunderkrankung) vorliegt; wenn mehrere Grunderkrankungen vorliegen (Multimorbidität) dürfte das Risiko höher sein als bei nur einer Grunderkrankung.

¹ Nachzulesen unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogruppen.html

- Für Patienten mit unterdrücktem Immunsystem (z. B. aufgrund einer Erkrankung, die mit einer Immunschwäche einhergeht, oder wegen Einnahme von Medikamenten, die die Immunabwehr unterdrücken, wie z. B. Cortison) besteht ein höheres Risiko.

Die Einrichtungsleitungen stehen nun vor der Herausforderung, nicht nur die Anforderungen an eine (auch bislang schon) vorzunehmende Gefährdungsbeurteilung der Arbeitsplätze zu erfüllen, sondern krisenbedingt auch noch die spezifischen Bestimmungen und Empfehlungen zum Schutze vor einer SARS-CoV-2-Virusinfektion zu berücksichtigen.

2. Gefährdungsbeurteilung

Nach § 5 Abs. 1 und 2 Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) hat der Arbeitgeber durch eine Beurteilung der für die Beschäftigten mit ihrer Arbeit verbundenen Gefährdung zu ermitteln, welche Maßnahmen des Arbeitsschutzes erforderlich sind (Gefährdungsbeurteilung). Der Arbeitgeber hat die Beurteilung je nach Art der Tätigkeiten vorzunehmen.

Die Verantwortung für die Umsetzung notwendiger Infektionsschutzmaßnahmen trägt der Arbeitgeber entsprechend dem Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung. Der Arbeitgeber hat sich dabei von den Fachkräften für Arbeitssicherheit und Betriebsärzten beraten zu lassen sowie mit den betrieblichen Interessensvertretungen abzustimmen.

Dazu, wie eine solche Beurteilung anzustellen ist, gibt die Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege (BGW) folgende Hinweise und stellt (branchenspezifische) Muster zur Verfügung:

https://www.bgw-online.de/DE/Arbeitssicherheit-Gesundheitsschutz/Gefaehrdungsbeurteilung/Corona/Corona-Gefaehrdungsbeurteilung_node.html

3. SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard

Die gesetzliche Vorgabe, eine Gefährdungsbeurteilung der Arbeitsplätze vorzunehmen, ist nicht neu. Die COVID-19-Pandemie hat allerdings spezifische Anforderungen an den betrieblichen Gesundheitsschutz mit sich gebracht, die bei der (im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung) zu ermittelnden, erforderlichen Maßnahmen zu berücksichtigen sind.

Zunächst einmal hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) unter dem 16.04.2020 den „SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard“ herausgegeben, der auf der Homepage des Ministeriums verfügbar ist unter:

<https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/sars-cov-2-arbeitsschutzstandard.html>

Die darin beschriebenen besonderen technischen, organisatorischen und personenbezogenen Arbeitsschutzmaßnahmen verfolgen das Ziel, durch die Unterbrechung der Infektionsketten die Bevölkerung zu schützen, die Gesundheit von Beschäftigten zu sichern, die wirtschaftliche Aktivität wiederherzustellen und zugleich einen mittelfristig andauernden Zustand flacher Infektionskurven herzustellen.

Insbesondere sollen nach diesen Standards in Zweifelsfällen, bei denen der Mindestabstand nicht sicher eingehalten werden kann, Mund-Nasen-Bedeckungen zur Verfügung gestellt und getragen werden. Außerdem sollen sich Personen mit Atemwegssymptomen (sofern nicht vom Arzt z.B. abgeklärte Erkältung) oder Fieber generell nicht auf dem Betriebsgelände aufhalten. Der Arbeitgeber hat zudem ein Verfahren zur Abklärung von Verdachtsfällen (z.B. bei Fieber) festzulegen.

Diese neuen Regeln sollen nach Willen und Einschätzung des BMAS unmittelbar und sofort für alle Unternehmen, in denen (noch) vor Ort gearbeitet wird, gelten. Bei den anderen Betrieben sollen die Arbeitnehmer mit der Wiedereröffnung bzw. der Rückkehr aus dem Homeoffice einen arbeitsrechtlichen Anspruch auf Umsetzung dieser Standards haben.

Der Arbeitsschutzstandard ist zugleich Richtschnur für die Aufsichtsbehörden/Aufsichtsdienste bei der Beratung und Überwachung der Betriebe, für ggf. erforderliche Anordnungen zur Sicherstellung des betrieblichen Infektionsschutzes und notfalls auch für eine Sanktionierung bei Verstößen (vgl. <https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Informationen-Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-Arbeitsschutz/faq-arbeitsschutzstandards.html>).

Demnach ist es grundlegend, dass sich Einrichtungen bei ihren Überlegungen zu betrieblichen Arbeitsschutzmaßnahmen in der Coronavirus-Krise an diesem Standard halten.

4. Empfehlungen des rki

Darüber hinaus wird (in verschiedenen Zusammenhängen) immer wieder auf die Empfehlungen des rki zum Schutze vor einer SARS-CoV-2-Virusinfektion Bezug genommen, so dass sich die Frage stellt, ob diese rki-Empfehlungen (auch) verbindlich sind.

Insofern gilt, dass die Empfehlungen des rki zwar nicht die Rechtsqualität z. B. eines (Parlaments-)Gesetzes oder einer ministeriellen Rechtsverordnung haben. Solche Regelungen entfalten innerhalb ihres Geltungsbereichs unmittelbare Rechtswirkung und -Verbindlichkeit. Das rki ist jedoch ein Bundesinstitut im Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Gesundheit und zentrale Einrichtung der Bundesregierung auf dem Gebiet der Krankheitsüberwachung und -prävention. Dazu gehören vor allem auch die Erkennung, Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten, weshalb das rki auf diesem Gebiet über besondere Expertise verfügt. Viele staatliche Stellen, wie z. B. Ministerien, Aufsichtsbehörden, Gerichte, orientieren sich daher (mangels besserer Kenntnis) an den Empfehlungen des rki und übernehmen dessen

Maßstäbe, womit diese zwar nicht unmittelbar rechtlich, aber jedenfalls faktisch verbindlich werden.

Arbeitgeber sind daher gut beraten, die rki-Vorgaben (auch) zu beachten und in ihren Einrichtungen umzusetzen.

5. Branchenspezifische Konkretisierungen der DGUV/BGW

Damit hat es aber noch nicht sein Bewenden, sondern hat das BMAS die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung (Berufsgenossenschaften) aufgefordert, bei Bedarf branchenspezifische Konkretisierungen des SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandards zu erarbeiten.

Die Unfallversicherungsträger konkretisieren daher zurzeit den Arbeitsschutzstandard des BMAS, um eine Umsetzung in den einzelnen Branchen zu erleichtern. Einen Überblick, welche branchenspezifischen Handlungshilfen und Konkretisierungen bereits vorhanden sind, ist auf der Seite des Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung – Spitzenverband (DGUV) zu finden unter:²

<https://www.dguv.de/de/praevention/corona/informationen-fuer-beschaefigte/index.jsp>

Speziell die Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege (BGW) hat in ihrem Zuständigkeitsbereich folgende, zusätzlichen Informationen für versicherte Unternehmen und Beschäftigte zum Coronavirus veröffentlicht, die ergänzend zum Arbeitsschutzstandard heranzuziehen sind:

https://www.bgw-online.de/DE/Home/Branchen/News/Coronavirus_node.html

Weitere, nach Bereichen untergliederte Vorgaben und Hinweise finden sich auch noch unter **IV.** im **Anhang** zu dieser Information.

6. Verordnungen der Länder

Außerdem haben inzwischen auch die Länder reagiert und im Rahmen ihrer (Gesetzgebungs-)Zuständigkeit Verordnungen zum Gesundheitsschutz in der aktuellen Coronavirus-Pandemie erlassen. Diese Verordnungen betreffen vor allem die (Rahmen-)Bedingungen, unter denen z. B. eine Kinderbetreuung in -Tagesstätten oder Unterricht in (Hoch-)Schulen stattfinden dürfen, ordnen die Schließung

² Im Beschluss Nr. 13 zu TOP 2 "Beschränkungen des öffentlichen Lebens zur Eindämmung der COVID19-Epidemie" der Telefonschaltkonferenz der Bundeskanzlerin und der Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder vom 15.4.2020 wurde festgelegt, dass von jedem Unternehmen ein Hygienekonzept umgesetzt werden muss. Diese Anforderung wird durch Einhaltung der betrieblichen Infektionsschutzmaßnahmen, die im SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard und den darauf basierenden branchenspezifischen Konkretisierungen der DGUV beschrieben sind, erfüllt. Ein darüber hinaus gehendes "Hygienekonzept" als eigenständiges Dokument ist für die Betriebe nicht erforderlich (<https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Informationen-Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-Arbeitsschutz/faq-arbeitsschutzstandards.html>).

bestimmter Einrichtungen an, regeln Betretens- und Versammlungsverbote oder das Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes, etc.

Einrichtungen müssen daher auch die für sie geltenden landesgesetzlichen Bestimmungen beachten, um sich im Rahmen des jeweils erlaubten Rahmens zu halten. Weitergehende Vorgaben und Empfehlungen zum betrieblichen Infektionsschutz ergeben sich dann insbesondere aus dem Arbeitsschutzstandard des BMAS, den Hinweisen der DGUV/BGW sowie Empfehlungen des rik.

Mit der internen Fachinformation zum Betreff „Bundesländer gehen erste Schritte zur Öffnung von Bildungseinrichtungen in Zeiten der Corona-Pandemie“ vom 05.05.2020 gibt der Gesamtverband einen Überblick, welche landesgesetzlichen Bestimmungen dazu bisher ergangen sind (diese sind der Information als pdf-Dateien beigelegt).

Darüber hinaus bündelt und veröffentlicht der Länderausschuss für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik (LASI) die wichtigsten Informationen, wie Allgemeinverfügungen, Verordnungen und sonstige Hilfestellungen, aller Bundesländer auf seiner Homepage unter:

<https://lasi-info.com/themen/informationen-zum-neuartigen-coronavirus-in-deutschland/>

II.

Zur Rechtslage

1. Konträre Szenarien

Im Zusammenhang mit der Beschäftigung von Mitarbeiter*innen, die ein erhöhtes Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf haben, gibt es zunächst zwei konträre Szenarien, die beide rechtlich eindeutig zu beurteilen sind.

Ein Szenario betrifft den Fall, dass ein Arbeitgeber ohne Durchführung einer Gefährdungsanalyse des Arbeitsplatzes, Rücksprache mit dem Betriebsarzt und Prüfung der arbeitsvertraglichen Spielräume solche Mitarbeiter*innen ohne Weiteres nach Hause schickt. Der Arbeitgeber verzichtet damit zwar auf deren Dienste, was aber nichts daran ändert, dass er zur Zahlung des vertraglich vereinbarten Arbeitsentgelts verpflichtet bleibt. Er schuldet den Annahmeverzugslohn. Außerdem könnte dem auch der Beschäftigungsanspruch der Betroffenen entgegenstehen.

Ebenso eindeutig ist der Fall zu beurteilen, dass solche Mitarbeiter*innen aus Angst, im Betrieb sich selbst und/oder ihre Angehörigen zu Haus anzustecken, der Arbeit eigenmächtig fernbleiben, obwohl sie nicht krankgeschrieben sind, keine Quarantäne behördlich angeordnet worden ist und auch sonst kein (anerkannter) Entschuldigungsgrund vorliegt. In solchen Fällen liegt nicht nur eine Arbeitsverweigerung vor, die den Arbeitgeber sogar zur Kündigung berechtigen kann, sondern ist er auch nicht (mehr) verpflichtet, das vereinbarte Arbeitsentgelt für die Dauer der Fehlzeit zu bezahlen.

2. Der „Grenzfall“

Der rechtlich nicht leicht zu beurteilende, umstrittene „Grenzfall“ ist, dass der Arbeitgeber (nach durchgeführter Gefährdungsanalyse) alle gebotenen und ihm möglichen Arbeitsschutzmaßnahmen sowie arbeitsvertraglichen Spielräume ausgeschöpft hat, der/die Mitarbeiter*in (mit einem höheren Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf) aber gleichwohl nicht mehr ohne Gefährdung im Betrieb beschäftigt werden kann. Zu denken ist z. B. an eine Erzieherin fortgeschrittenen Alters mit Vorerkrankung(en), die in einer kleinen Kindertagesstätte (ohne Möglichkeit zur Versetzung) arbeitet.

Dann stellt sich zum einen die Frage, ob der/die Betroffene seine/ihre Arbeitsleistung zurückhalten darf, und zum anderen, ob der Arbeitgeber dann noch verpflichtet ist, die vertraglich vereinbarte Vergütung weiterhin zu bezahlen.

a)

Zur ersten Frage regelt § 275 Abs. 3. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), dass der Schuldner die Leistung verweigern kann, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann.

Betroffene Mitarbeiter*innen können demnach ihre Arbeitsleistung zurückhalten, ohne eine Kündigung befürchten zu müssen, wenn sie ihnen unzumutbar geworden ist (Leistungsverweigerungsrecht). Ob dies so ist, muss im Einzelfall beurteilt werden. Jedenfalls haben Arbeitnehmer gemäß §§ 241 Abs. 2, 618 BGB einen Anspruch gegen den Arbeitgeber, für angemessene Infektionsprävention durch Abstandsregeln, Desinfektion und Organisation der Betriebsabläufe zu sorgen. Erfüllen Arbeitgeber diese Pflicht nicht oder können, trotz aller Anstrengungen, die Mitarbeiter*innen am Arbeitsplatz nicht (mehr) ausreichend schützen, kommt ein Leistungsverweigerungsrecht in Betracht.

b)

Allerdings ist damit noch nichts darüber ausgesagt, ob das Fernbleiben vom Dienst, das in diesen Fällen ausnahmsweise erlaubt ist, bezahlt oder unbezahlt erfolgt.

Im Grundsatz gilt, dass Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt in einem Austauschverhältnis stehen, so dass der Vergütungsanspruch nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB im Grundsatz entfällt, wenn der Arbeitnehmer von seiner Pflicht zur Erbringung der Dienste gemäß § 275 BGB befreit wird („ohne Arbeit kein Lohn“).

Von diesem Grundsatz gibt es allerdings zahlreiche Ausnahmen und der Arbeitgeber zur Zahlung verpflichtet bleibt, obwohl keine Arbeitsleistung erbracht worden ist, z. B. im Falle der Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall (§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz), wenn Arbeitnehmer*innen Urlaub nehmen (§ 11

Bundesurlaubsgesetz) oder wenn wegen eines Beschäftigungsverbots Mutterschutzlohn gezahlt wird (§ 18 Mutterschutzgesetz).

Die Frage ist, ob und ggf. auf welcher rechtlichen Grundlage eine solche Ausnahme auf für Mitarbeiter*innen mit höherem Risiko gilt, die trotz aller Bemühungen des Arbeitgebers nicht mehr gefahrlos im Betrieb eingesetzt werden können.

Für die Antwort kommt es darauf an, ob es dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers zuzurechnen ist, wenn solche Mitarbeiter*innen nicht (mehr) eingesetzt werden können. Die Folge wäre, dass Arbeitgeber die Betroffenen in solchen Fällen bezahlt freizustellen hätten. Oder liegt ein in der Person des/der Beschäftigten liegendes, subjektives Leistungshindernis vor, wenn er/sie besonders gefährdet ist, an COVID-19 (schwer) zu erkranken. Dann bestünde kein Anspruch auf die Fortentrichtung des vertraglichen Arbeitsentgelts, wenn als letztmögliche Maßnahme des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes nur noch die Freistellung bliebe.

Ob in solchen Fällen das Risiko, nicht mehr „sicher“ im Betrieb arbeiten zu können, der Arbeitgeber oder der/die Beschäftigte zu tragen hat und das Arbeitsentgelt weiterhin zu zahlen ist, wird unterschiedlich beurteilt. In vielen Fällen wird es so sein, dass doch noch eine verantwortbare Beschäftigung möglich sein wird. Ist dies aber tatsächlich nicht (mehr) gegeben, steht eine (höchst-)richterliche Klärung der Frage, ob das Arbeitsentgelt bei aus arbeits- und gesundheitsschutzrechtlichen Gründen erfolgter Freistellung weiterhin geschuldet ist, noch aus.

Gewichtige Argumente sprechen allerdings gegen die Pflicht des Arbeitgebers, die vertragliche Arbeitsentgelt weiterhin bezahlen zu müssen. Denn das höhere Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf knüpft an Umstände in der Person der Beschäftigten an, wie z. B. Alter, Vorerkrankungen. Dies sind keine betrieblichen Faktoren. Auch ist anerkannt, dass Arbeitgeber durch Ausspruch einer (personenbedingten) Kündigung ein Arbeitsverhältnis beenden können, wenn Arbeitnehmer*innen ihre Arbeitsleistung aus Gründen, die in ihrer Sphäre wurzeln, dauerhaft nicht mehr erbringen können. Die Entwicklung eines Impfstoffes wird nach einhelliger Meinung der Virologen noch auf sich warten lassen. Das Leistungshindernis besteht damit (noch) auf unabsehbare Zeit (mithin dauerhaft). Die Gründe müssen arbeitsrechtlich auch nicht schuldhaft vorwerfbar sein, d. h. nicht von dem/der Arbeitnehmer*in zurechenbar verursacht. Ginge man im Übrigen von einem Fall höherer Gewalt bei der aktuellen Coronavirus-Pandemie aus, der von keiner Seite zu vertreten ist, bliebe es wiederum bei der allgemeinen Regelung der §§ 275 Abs. 3, 326 Abs. 1 BGB, wonach „ohne Arbeit kein Lohn“ geschuldet ist.

c)

Im Hinblick auf diese aktuell bestehende Rechtsunsicherheit hat der Gesamtverband im Rahmen seiner Anhörung im Ausschuss für Gesundheit zum Zweiten Bevölkerungsschutzgesetz am 11.05.2020 eine Stellungnahme abgegeben. Darin fordern wir, nach dem Vorbild des § 56 Abs. 1a Infektionsschutzgesetz (IfSG) durch Ergänzung dieses Gesetzes einen Entschädigungsanspruch auch für Beschäftigte zu schaffen, die nach Angaben des rki ein höheres Risiko für einen schweren COVID-

19-Krankheitsverlauf haben, wenn sie – nach erfolgloser Ausschöpfung aller gebotener Schutzmaßnahmen - nicht mehr verantwortbar im Betrieb eingesetzt werden können. Anzustreben ist ein Anspruch, der sich nach Dauer und Höhe an den Regelungen zum Kurzarbeitergeld (§§ 95ff SGB III) orientiert und im Mindestmaß 80 Prozent bzw. 87 Prozent des Verdienstaufschlags betragen soll, wenn Kinder im Haushalt leben.³

Das BMAS hat sich – auf Anfrage des Evangelischen Pressedienstes – bereits ablehnend geäußert.⁴ Das (von uns vorrangig angegangene) Bundesministerium für Gesundheit hat sich noch nicht zu unserem Vorstoß positioniert.

III.

FAQ - ausgewählte Fragen und Antworten

(die Liste wird laufend aktualisiert)

1. *Wie ist die Rechtslage, wenn Mitarbeiter*innen, die zu einer rki-Risikogruppe gehören und nicht mehr ohne erhebliche gesundheitliche Gefährdung im Betrieb eingesetzt werden können, ihre Dienste mit Nachdruck freiwillig anbieten und arbeiten wollen?*

Der Schutz von Leben und Gesundheit der Mitarbeiter*innen im Betrieb ist durch geeignete Maßnahmen entsprechend der geltenden Bestimmungen (und vom rki gegebenen Empfehlungen) sicherzustellen. Für die Umsetzung des betrieblichen Arbeitsschutzes sind die Arbeitgeber verantwortlich. Kommen sie ihren Pflichten insoweit nicht nach und beschäftigen ihre Mitarbeiter*innen ohne den gebotenen Schutz, drohen Bußgelder bis hin zu zivilrechtlichen (Schadensersatz-)Forderungen und/oder sogar eine strafrechtliche Verfolgung.

In anderen Zusammenhängen ist zwar anerkannt, dass sich Mitarbeiter*innen eines besonderen gesetzlichen Schutzes auch (freiwillig) begeben können. Beispielsweise können sich schwangere Frauen, obwohl sie der Arbeitgeber gemäß § 3 Abs. 1 Mutterschutzgesetz in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung nicht mehr beschäftigen darf, freiwillig (und jederzeit widerruflich) zur Arbeitsleistung bereit erklären. Sollte es bei der schwangeren Mitarbeiterin in der Folge Komplikationen geben, ist hierfür nicht der Arbeitgeber verantwortlich.

³ Die Pressemitteilung kann auf der Internetseite des Gesamtverbands abgerufen werden unter: [https://www.der-paritaetische.de/index.php?id=25&tx_news_pi1\[news\]=12559&tx_news_pi1\[controller\]=News&tx_news_pi1\[action\]=detail&cHash=f07e339cc9e60977f5ce94216693b3e3](https://www.der-paritaetische.de/index.php?id=25&tx_news_pi1[news]=12559&tx_news_pi1[controller]=News&tx_news_pi1[action]=detail&cHash=f07e339cc9e60977f5ce94216693b3e3)

⁴ Die Meldung ist erschienen unter: <https://www.evangelisch.de/inhalte/169761/06-05-2020/bundesregierung-lehnt-lohnersatzleistungen-fuer-risikogruppen-ab>

Im Falle einer Beschäftigung von Mitarbeiter*innen mit dem erhöhten Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf, die im Betrieb nicht ausreichend geschützt werden können, fehlt es jedoch an einer solchen gesetzlichen Bestimmung, die eine Beschäftigung - ggf. unter bestimmten Bedingungen - gleichwohl erlaubt.

Daher wird mittlerweile in der Praxis zum Teil mit Freiwilligkeitserklärungen gearbeitet, die Mitarbeiter*innen zur Unterschrift vorgelegt werden, die in Kenntnis ihres erhöhten Risikos gleichwohl arbeiten wollen. Aus Sicht der Arbeitgeber sollen solche Erklärungen sie vor einer etwaigen Haftung bewahren, wenn es im Nachgang zu einer SARS-CoV-2-Infektion mit schwerem Verlauf kommen sollte. Insoweit ist jedoch zu beachten, dass Arbeitgeber gleichwohl verpflichtet bleiben, den betrieblichen Arbeitsschutz sicherzustellen. Insoweit handelt es sich um öffentlich-rechtliche (Schutz-)Bestimmungen, von denen sich Arbeitgeber nicht ohne Weiteres „freizeichnen“ können. Erst wenn sie ihre Verpflichtungen insoweit vollumfänglich erfüllt und alle gebotenen Arbeitsschutzmaßnahmen ergriffen haben, kommt in Betracht, dass eine solche Freiwilligkeitserklärung haftungsbeschränkende Wirkung haben könnte, wenn es im Nachhinein zu einem Schadensfall käme.

In jedem Fall müssen solche Erklärungen freiwillig (und wohl auch jederzeit widerruflich ausgestaltet) sein. Auf eine Beschäftigung unter diesen Umständen gerichtete Direktiven des Arbeitgebers sind in jedem Fall zu unterlassen.

Darüber hinaus sollte in solchen Fällen der Betriebsarzt eingeschaltet und dessen Einschätzung eingeholt werden, ob und ggf. mit welchen Einschränkungen eine weitere (freiwillige) Beschäftigung noch zu verantworten oder tatsächlich abzulehnen ist. Insoweit kommt es sehr auf die Umstände des Einzelfalls an.

Insbesondere die Empfehlungen des rki, die teilweise auch Möglichkeiten der Anpassung in Situationen mit schwerem Personalmangel vorsehen,⁵ sind zu beachten (siehe unter II.).

2. Können Arbeitgeber, deren Betriebe infolge der zunehmenden Lockerungen der Corona-Regeln nun wieder auf Normalbetrieb hochfahren, Arbeitnehmer*innen aus dem schon bewilligten Urlaub zurückrufen bzw. bereits genehmigten Urlaub widerrufen? Und wie verhält es sich umgekehrt bei Arbeitnehmer*innen, welche ihren Urlaub „stornieren“ möchten?

Grundsätzlich besteht kein einseitiges Rückruf- oder Widerrufsrecht des Arbeitgebers/Arbeitnehmers hinsichtlich bereits genehmigtem Urlaubs.

⁵ Zu den Optionen zum Management von Kontaktpersonen unter medizinischem und nicht medizinischem Personal bei Personalmangel in Alten- und Pflegeeinrichtungen:

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Personal_Pflege.html

Zu den Optionen zum Management von Kontaktpersonen unter medizinischem Personal (auch bei Personalmangel) in Arztpraxen und Krankenhäusern:

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/HCW.html

Ab dem Zugang der Urlaubsgenehmigungserklärung vom Arbeitgeber ist der Widerruf daher ausgeschlossen. Auch in einer Notsituation wie der derzeitigen sukzessiven Wiederaufnahme einer Vielzahl von Betriebsstätten wird es dafür in der Regel keine rechtliche Handhabe geben.

Die Vereinbarung derartiger Widerrufsvorbehalte von „Urlaubsstornierungen“ in Notsituationen in Arbeitsverträgen, Betriebsvereinbarungen oder gar Tarifverträgen sind, zumindest bezogen auf den nach § 3 Bundesurlaubsgesetz (BurlG) geregelten gesetzlichen Mindesturlaub, als unwirksam anzusehen (§ 13 Abs. 1 BUrlG).

Hinsichtlich des übergesetzlichen Urlaubs (Mehrurlaub) dürfte ein diesbezüglicher Widerrufsvorbehalt allerdings möglich und wirksam sein, soweit in der entsprechenden Rechtsgrundlage (Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag) eindeutig und transparent zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und dem übergesetzlichen Mehrurlaub unterschieden wird.

Da es nahezu immer an solchen ausdifferenzierten Bestimmungen fehlen wird, bleibt es aber dabei, dass einseitige arbeitgeberseitige Urlaubsrück- und Widerrufe regelmäßig ausgeschlossen sind.

Spiegelbildlich dazu können Arbeitnehmer*innen, welche aufgrund der COVID-19 Urlaubsbeschränkungen ihren schon vom Arbeitgeber genehmigten Urlaub nicht nehmen möchten, diesen auch nicht einseitig widerrufen/verschieben (es sei denn es bestünden etwaige, in der Praxis allerdings eher unübliche vertragliche Regelungen). Der Arbeitgeber hat durch seine Freistellungserklärung seinerseits nämlich schon alles getan, sodass die Erfüllungswirkung gemäß § 362 BGB eintreten kann. Auch hier ist daher eine begehrte Rücknahme oder ein Widerruf des Urlaubs seitens des/der Arbeitnehmer*in grundsätzlich nur mit Zustimmung des Arbeitgebers erreichbar.

In den Fällen eines arbeitgeber- aber auch arbeitnehmerseitigen Verlangens nach Widerruf/Rücknahme von Urlaub sind demnach in aller Regel einvernehmliche Übereinkünfte zwischen den Arbeitsvertragsparteien notwendig.

Arbeitgeber, die mehreren Begehren einzelner Arbeitnehmer*innen nach Verlegung des Urlaubs zustimmen, sollten sich in dem Zusammenhang allerdings darüber im Klaren sein, dass sich dann ggf. nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz die Verpflichtung ergeben kann, andere Arbeitnehmer*innen dementsprechend gleich zu behandeln.

3. Wie ist die Rechtslage, wenn Mitarbeiter*innen zwar nicht selbst gefährdet sind, aber mit Angehörigen zusammenleben, die ein erhöhtes Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf haben, und die deshalb nicht mehr zum Dienst erscheinen wollen?

Zu unterscheiden ist einerseits, ob der/die Mitarbeiter*in verpflichtet ist, zum Dienst zu erscheinen und die Arbeitsleistung zu erbringen, und andererseits, ob er/sie den Vergütungsanspruch behält.

Je nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere wie hoch die Gefährdung einer (möglicherweise sogar symptomlosen) Infektion am Arbeitsplatz ist, kann in Betracht

kommen, dass es dem/der Mitarbeiter*in nach § 275 Abs. 3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) nicht zugemutet werden kann, zum Dienst zu erscheinen, wenn er sonst seine (ggf. im selben Haushalt lebenden) Angehörigen tatsächlich gefährden würde. Betroffene Arbeitnehmer*innen würden dann von der Leistungspflicht frei und müssten keine arbeitsvertraglichen Sanktionen fürchten, wie z. B. eine Abmahnung oder Kündigung wegen Arbeitsverweigerung, wenn sie dem Dienst fernbleiben.

Davon zu unterscheiden ist jedoch die Frage, ob der Arbeitgeber dann noch verpflichtet bleibt, die vertraglich vereinbarte Vergütung (weiterhin) zu bezahlen. Weder die Mitarbeiter*innen noch der Arbeitgeber sind für den Umstand, dass eine solche pandemische Gefährdungslage eingetreten ist, verantwortlich. Die häuslichen Verhältnisse seiner Mitarbeiter*innen gehören im Allgemeinen auch nicht mehr zur betrieblichen Sphäre des Arbeitgebers, für die er das Risiko zu tragen hat. Demnach gilt die Grundregel des § 326 Abs. 1 BGB, wonach „ohne Arbeit kein Lohn“ geschuldet ist und wird dann (auch) der Arbeitgeber von seiner Leistungspflicht frei.

IV.

Anhang -

Weiterführende Hinweise für einzelne Bereiche

(die Liste wird laufend aktualisiert)

1. Kinderbetreuung und Kindertagesstätten

Spezielle Hinweise und mögliche Maßnahmen, deren Umsetzung in Kindertageseinrichtungen sinnvoll erscheinen, um Beschäftigte und Kinder vor einer Infektion mit dem Coronavirus zu schützen, hat die BGW – nebst einem Fragenkatalog - unter folgendem Link zur Verfügung gestellt:

<https://www.bgw-online.de/DE/Home/Branchen/News/Kinderbetreuung-Corona.html>

Auch die DGUV hat, auf der Grundlage der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards des BMAS, die bisherigen Erkenntnisse im Umgang mit dem neuartigen Coronavirus in Kindertageseinrichtungen und der Kindertagespflege noch einmal gebündelt unter:

<https://publikationen.dguv.de/praevention/allgemeine-informationen/3812/coronavirus-sars-cov-2-empfehlungen-fuer-kindertageseinrichtungen-und-kindertagespflege>

Der Gesamtverband hat am 23.04.2020 eine Orientierungshilfe für Träger von Kindertageseinrichtungen in Zeiten der Corona-Pandemie mit weiterführenden Hinweisen speziell für diesen Bereich herausgegeben:

<http://www.der-paritaetische.de/publikation/orientierungshilfe-fuer-traeger-von-kindertageseinrichtungen-in-zeiten-der-corona-pandemie/>

2. Schulen

Bei der Umsetzung und Ableitung von konkreten Schutzmaßnahmen in Schulen sind insbesondere die länderspezifischen Vorgaben zu berücksichtigen. Außerdem hat die DGUV folgende Handreichung für Schulen herausgegeben:

<https://publikationen.dguv.de/praevention/allgemeine-informationen/3813/coronavirus-sars-cov-2-empfehlungen-fuer-schulen>

3. Pflege

Grundlegende Hinweise des rki für ambulante Pflegedienste im Rahmen der COVID-19-Pandemie:

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Altenpflegeheime.html

Empfehlungen des RKI zu Hygienemaßnahmen im Rahmen der Behandlung und Pflege von Patienten mit einer Infektion durch SARS-CoV-2:

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Hygiene.html

Hinweise zur Prävention und zum Management von Erkrankungen in Alten- und Altenpflegeheimen

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogruppen.html

Über Maßnahmen beim Umgang mit Verdachtsfällen und bestätigten Fällen von Covid-19 (technische Regeln, Abstrichtests und Schutzmaßnahmen) informiert die BGW unter:

<https://www.bgw-online.de/DE/Home/Branchen/News/Humanmedizin-Corona.html>

Der Bevollmächtigte der Bundesregierung für Pflege hat folgenden umfangreichen Frage- und Antwortkatalog zur Versorgung der pflegebedürftigen Menschen veröffentlicht:

https://www.pflegebevollmaechtigter.de/details/faqs-zu-corona-fuer-die-stationaere-und-ambulante-pflege.html?file=files/upload/pdfs_allgemein/FAQ%60s%20zu%20Corona%20f%C3%BCr%20ambulante%20und%20station%C3%A4re%20Pflegeeinrichtungen%2026032020.pdf

Berlin/Erfurt, 18. Mai 2020

Der PARITÄTISCHE Gesamtverband

Gertrud Tacke

Dr. Ingo Vollgraf

Der PARITÄTische Arbeitgeberverband PATT e.V.

Marcus Kraack

Der Paritätische Tarifgemeinschaft e.V.

Karina Schulze