



Experience the future of law, today

Fürsorge- und Schutzpflichten und Haftungsrisiken für
Arbeitgeber im Zusammenhang mit COVID-19

Stand 20.04.2020

Inhalt

Einführung	4
Fürsorge- und Schutzpflichten des Arbeitgebers	6
Fürsorge- und Schutzpflichten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit COVID-19	8
Quellen zur Konkretisierung des Pflichtenkatalogs	9
Bildung eines Krisenstabs.....	10
Aufstellen eines Pandemiekonzepts	10
Erforderliche Ausrichtung am und passgenaue Abstimmung für den jeweiligen Einzelfall	10
Berücksichtigung lokaler und internationaler Anforderungen.....	10
Berücksichtigung der branchenspezifischen Anforderungen und der Anforderungen der Träger der Unfallversicherung	10
Grundprinzipien des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards	10
Weitere zu berücksichtigende Punkte, Rangfolge.....	11
Technische Schutzmaßnahmen	11
Organisatorische Maßnahmen	12
Personenbezogene Maßnahmen	12
Weitere, den SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard ergänzende Maßnahmen	13
Einbindung aller relevanten Akteure	13
Kontinuierliche Überwachung, Prüfung und Anpassung des Pandemiekonzepts	14
Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Vorgaben	15
Weitergabe von Gesundheitsdaten an Gesundheitsbehörden	15
Fragen nach dem Gesundheitszustand und Information über Erkrankungen.....	15
Fragen nach dem letzten Ziel eines privaten Urlaubs	16
Symptomprüfungen (Fiebermessen vor dem Betreten des Betriebsgeländes).....	16
Erhebung privater Kontaktdaten von Mitarbeitern	17
Potentielle Haftung des Arbeitgebers gegenüber an COVID-19 erkrankten Arbeitnehmern	18
Haftungsprivileg im Falle eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit	18
Vertragliche Haftung des Arbeitgebers.....	19
Deliktische Haftung des Arbeitgebers.....	20
Konkurrenz von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen und Beweislast	21
Umfang des Schadensersatzes.....	22

Potentielle ordnungs- und gesellschaftsrechtliche Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe	23
Persönliche Haftung der Unternehmensleitung nach § 130 OWiG und Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG	23
Persönliche Haftung der Unternehmensleitung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG	24
Potentielle strafrechtliche Verantwortung der Organe des Arbeitgebers	25
Strafrechtliche Garantenstellung des Arbeitgebers.....	25
Ansprechpartner	27

Schrittweise zurück in
den Alltag – der Weg
in die „neue Normali-
tät“

Einführung

Das Ende der Verunsicherung? Mit dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard trägt das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zur erhöhten Verlässlichkeit bei Arbeitsschutzmaßnahmen und einzuhaltenden Standards im Auge der Pandemie bei.

Nachdem in der ersten Phase der Pandemie dem Gesundheitsschutz und der Eindämmung der Infektionsgefahr absoluter Vorrang eingeräumt worden war, rücken nunmehr zunehmend – auch mit dem Ziel einer Abmilderung der wirtschaftlichen Folgen der Pandemie – Fragen rund um eine Exit-Strategie und eine **Rückkehr in die – neue? – Normalität** in den Fokus der Diskussion rund um COVID-19.

Jede Exit-Strategie beinhaltet als wesentliches Element die Wiederaufnahme heruntergefahrener Produktionskapazitäten und mit ihr die – **gestufte, überwachte, beschränkte? – Rückkehr von Arbeitnehmern an ihren Arbeitsplatz.**

Bereits im üblichen Geschäftsbetrieb - in der alten Normalität – trafen und treffen Arbeitgeber zahlreiche **Fürsorge- und Schutzpflichten**. Diese Pflichten sind für den regulären Geschäftsbetrieb durch die Vorschriften des **(öffentlich-rechtlichen) Arbeitsschutzrechts** umfassend konkretisiert.

Die den Arbeitgeber in Zusammenhang mit COVID-19 treffenden Fürsorge- und Schutzpflichten gehen weit über den üblichen Pflichtenkanon hinaus. Gleichwohl gab es **bis Mitte April 2020 kaum pandemiebezogene konkretisierende arbeitsschutzrechtliche Vorgaben** für Arbeitgeber - diese mussten sich an den allgemeinen Grundsätzen und den Empfehlungen der Bundes- und Landesbehörden orientieren.

Dies - gepaart mit der Neuartigkeit der mit der COVID-19-Pandemie einhergehenden Gefahren - führte bei vielen Arbeitgebern zu erheblicher **Verunsicherung**.

Auf diese Verunsicherung hat die Politik nunmehr reagiert: Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales („BMAS“) hat unter dem Titel **„SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard“** einen neuen Standard für Arbeitsschutz vorgelegt, den **SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard**.

Nach Maßgabe des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards sind Arbeitgeber unter anderem gehalten, einen **Krisenstab** zu bilden, der unter Einbindung aller relevanten Akteure ein umfassendes Pandemiekonzept aufstellt, mit dem angemessen auf die Krisensituation reagiert werden kann.

Dieses **Pandemiekonzept** muss im Betrieb implementiert und kontinuierlich an die neuesten Entwicklungen angepasst werden; seine Einhaltung kontinuierlich überprüft. Nur so können nach Auffassung des Ministeriums



#COVID-19
#Schutzpflichten
#Pandemiekonzept
#Haftung

gesundheitliche Risiken für Arbeitnehmer ebenso wie etwaige Betriebsablaufstörungen minimiert und zugleich eine potentielle Haftung des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern sowie eine ordnungswidrigkeiten-, gesellschafts- und strafrechtliche Verantwortung des Arbeitgebers und seiner Organe vermieden werden.

Im Folgenden geben wir Ihnen einen Überblick über die im Zusammenhang mit COVID-19 stehenden **Fürsorge- und Schutzpflichten des Arbeitgebers unter Beachtung des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards**.

Zugleich gehen wir auf die nunmehr erforderlichen **Umsetzungsschritte** ein, und beleuchten dabei auch, wie diese unter Berücksichtigung **datenschutzrechtlicher Vorgaben** vollzogen werden können.

Weiter stellen wir das mit einer Nichteinhaltung der arbeitsrechtlichen Anforderungen und der nunmehr festgeschriebenen Standards verbundene **Haftungsrisiko** für Arbeitgeber, deren Geschäftsleitungsorgane und Personalverantwortlichen dar und geben Empfehlungen zu Maßnahmen, mittels derer Haftungsrisiken effektiv begrenzt werden können.

Angesichts der **dynamischen Entwicklungen** kann das vorliegende Dokument nur den Stand abbilden, wie er gegenwärtig besteht – weitere gesetzgeberische Entwicklungen werden ebenso zu berücksichtigen sein wie zukünftige behördliche Anordnungen und Empfehlungen sowie Entscheidungen der Gerichte.



Fürsorge- und Schutzpflichten des Arbeitgebers

Den Arbeitgeber treffen im Hinblick auf den Arbeitsschutz umfassende Fürsorge- und Schutzpflichten.

Gemäß § 618 BGB und §§ 3 ff. ArbSchG hat der Arbeitgeber die betrieblichen Einrichtungen und die Arbeit so zu organisieren, dass der Arbeitnehmer **gegen Gefahren für Leben und Gesundheit** soweit **geschützt** ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet.

Diese Pflichten werden durch die Vorschriften des **öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzrechts** (zum Beispiel ArbStättV, ArbMedVV, BioStoffV, A-SiG) weiter konkretisiert.

Da die betrieblichen Rahmenbedingungen und die durch die Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistungen in unterschiedlichen Branchen und auch innerhalb des Unternehmens in den unterschiedlichen Unternehmensbereichen stark variieren, sind auch die den Arbeitgeber treffenden Fürsorge- und Schutzpflichten für jeden Arbeitsplatz **passgenau zu bestimmen**:

Eine Vertriebsgesellschaft mit Arbeitnehmern im Außendienst, die Kundenbesuche durchführen, ist zum Beispiel anderen Herausforderungen ausgesetzt als ein produzierendes Unternehmen, das Maschinen vorhält, die jeweils von mehreren Arbeitnehmern arbeitsteilig gemeinsam bedient werden müssen.

Der Arbeitgeber hat die von ihm getroffenen arbeitsschutzrechtlichen Maßnahmen **kontinuierlich auf ihre Wirksamkeit zu prüfen und gegebenenfalls anzupassen**, um so zu einer Verbesserung von Sicherheit und Gesundheit der Arbeitnehmer beizutragen. Diese Anpassungs- und Verbesserungspflicht greift insbesondere auch bei einer Änderung der Rahmenbedingungen durch unvorhergesehene Umstände und Unglücksfälle, wie zum Beispiel eine Pandemie.

Schließlich hat der Arbeitgeber dafür Sorge zu tragen, dass die vorgesehenen Maßnahmen im Betrieb auch **umgesetzt** werden und muss insofern die organisatorischen und finanziellen Rahmenbedingungen schaffen und nachhalten. Dies ist einerseits bereits Teil des gesetzlich vorgegebenen **Pflichtenkanons des Arbeitsschutzgesetzes**.



Eine wirksame Implementierung der Maßnahmen im Betrieb und die **Dokumentation** derselben sowie das Nachprüfen der Einhaltung dieser Maßnahmen durch die Arbeitnehmer ist aber auch notwendig, um eine **Haftung** des Unternehmens und seiner Leitung im Schadens-/Krisenfall (dies wäre hier die Erkrankung, im schlimmsten Fall der Tod eines Arbeitnehmers) zu verhindern.

Fürsorge- und Schutzpflichten des Arbeitgebers im Zusammenhang mit COVID-19



Die den Arbeitgeber in Zusammenhang mit COVID-19 treffenden Fürsorge- und Schutzpflichten gehen weit über den üblichen Pflichtenkanon hinaus. Angesichts der Neuartigkeit der Gefahr durch COVID-19 ist die Definition der konkreten Fürsorge- und Schutzpflichten eines Arbeitgebers mit Schwierigkeiten behaftet. Auf die hieraus resultierende Verunsicherung hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales mit einem neuen Arbeitsschutzstandard reagiert.

Nach Maßgabe des neuen SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards sind Arbeitgeber gehalten, unter Beteiligung aller relevanten Akteure aufzustellen einen **möglichst umfassenden Pandemie- und Maßnahmenplan und im Betrieb zu implementieren**. Nur so kann nach Auffassung des Gesetzgebers ein maximaler Schutz der Arbeitnehmer und eine Entlastung des Arbeitgebers im Krisenfall gelingen.

Es liegt auf der Hand, dass **bestehende Arbeitsschutzkonzepte** den Herausforderungen im Zusammenhang mit der COVID-19 Pandemie regelmäßig **nicht gerecht werden** und auch „in der Schublade“ vorgehaltene Notfallpläne im Zweifel (bei weitem) nicht alle erforderlichen Maßnahmen umfassen.

Vor diesem Hintergrund haben die meisten Unternehmen bereits vor einiger Zeit **neue, auf die COVID-19-Pandemie bezogene Notfallpläne** auf den Weg gebracht und im Unternehmen implementiert.

Aufgrund der dynamischen Situation müssen jedoch auch diese kontinuierlich **angepasst** und ihre Wirksamkeit täglich auf den Prüfstand gestellt werden.

Dies gilt insbesondere für den nunmehr anstehenden **Zeitraum einer schrittweisen Lockerung** der derzeit noch sehr strikten Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen.

Der Arbeitgeber muss die **Einführung, Umsetzung und vor allem auch die Beachtung der erforderlichen Maßnahmen sicherstellen**, um eine Erkrankung der Arbeitnehmer mit COVID-19 bzw. im Erkrankungsfall einzelner Arbeitnehmer eine Ausbreitung im Betrieb zu verhindern.

Quellen zur Konkretisierung des Pflichtenkatalogs

Die den Arbeitgeber in Zusammenhang mit COVID-19 treffenden Fürsorge- und Schutzpflichten waren zumindest **bis Mitte April 2020 nur schwer rechtssicher zu bestimmen**. Verbindliche gesetzliche oder behördliche Regelungen oder Anweisungen, die über die Angaben aus dem Infektionsschutzgesetz oder dem allgemeinen Arbeitsschutz hinausgehen, an denen sich die Arbeitgeber orientieren können, bestanden nicht. Es herrschte große Unsicherheit, welche Maßnahmen umgesetzt werden müssen bzw. sollten, um den Fürsorge- und Schutzpflichten gerecht zu werden, ohne den Geschäftsbetrieb mehr als nötig zu beeinträchtigen, die den Arbeitnehmern bekannten Prozesse und Strukturen „auf links zu drehen“ und über Gebühr in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Arbeitnehmer einzugreifen.

Auf diese Unsicherheiten hat die Politik mittlerweile reagiert: Am 15. April 2020 haben die Bundeskanzlerin und die Regierungschefs der Länder einen [„Maßnahmenkatalog zur „Eindämmung der COVID19-Epidemie“](#) beschlossen.

Nach Ziffer 13 des Maßnahmenkatalogs soll möglichst umfassend **„sicheres Arbeiten“** ermöglicht werden. Im Hinblick auf weitere Konkretisierungen wurde auf ein vom Bundesministerium für Arbeit und Soziales („**BMAS**“) vorzulegendes Konzept verwiesen - ein solches Konzept, der [„SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard“](#) wurde sodann am Folgetag vom BMAS veröffentlicht.

Im neuen Arbeitsschutzstandard sind **technische, organisatorische und personenbezogene Schutzmaßnahmen** aufgeführt, die das Ziel haben, 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.

Die in dem Arbeitsschutzstandard aufgeführten technischen, organisatorischen und personenbezogenen Maßnahmen sollten im Betrieb implementiert und umgesetzt und ihre Einhaltung nachgehalten werden.

Der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards wird von einem vom BMAS eingerichteten Beraterkreis, soweit erforderlich, **kontinuierlich aktualisiert** werden.

Trotz der nunmehr bestehenden Vorgaben ist der Arbeitgeber gut beraten, zusätzlich und kontinuierlich jedenfalls die generellen **Empfehlungen des Robert Koch Instituts** (nachfolgend „**RKI**“) zu verfolgen und umzusetzen. Weitere im Auge zu behaltende Empfehlungen werden derzeit und wohl auch weiterhin zudem von dem Spitzenverband der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV), den Berufsgenossenschaften, Arbeitgeberverbänden, Bundes- und Landesministerien, Bundesämtern etc. herausgegeben. Zumeist basieren die **Empfehlungen dieser Institutionen** aber ihrerseits auf den Einschätzungen und Empfehlungen des RKI.

Soweit ein Unternehmen deutschlandweit Arbeitnehmer in **verschiedenen Bundesländern** beschäftigt, müssen zudem etwaige lokale Unterschiede (z.B. ggf. Differenzierung nach Bundesländern mit und ohne Ausgangsbeschränkungen) beachtet werden.

Entsprechendes gilt für **Unternehmen**, die über Deutschland hinaus **international** in (vielen) anderen Staaten aktiv sind.

Ein Blick ins Ausland mag darüber hinaus auch für national agierende Unternehmen geboten sein, da dem RKI vergleichbare ausländische Institutionen aufgrund eines früheren Ausbruchs der Pandemie gegebenenfalls schon weitergehende Erkenntnisse haben.

Bildung eines Krisenstabs

Basis aller Maßnahmen ist die **Festlegung von Verantwortlichkeiten** im Hinblick auf die durch COVID-19 im Betrieb umzusetzenden Maßnahmen. Hierzu ist es sinnvoll, einen Krisenstab COVID-19 zu bilden, dessen Mitglieder als Ansprechpartner für interne und externe Anfragen zur Verfügung stehen sowie die erforderlichen Maßnahmen entwickeln, umsetzen und kommunizieren.

Aufstellen eines Pandemiekonzepts

Der Krisenstab sollte einen umfassenden **Maßnahmenkatalog** in Form eines Pandemiekonzepts aufsetzen.

Zwar ist davon auszugehen, dass eine Vielzahl der Unternehmen zum jetzigen Zeitpunkt bereits einen Krisenstab und auch ein Pandemiekonzept eingesetzt und aufgestellt haben.

Insbesondere vor dem Hintergrund des vom BMAS erlassenen SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards ist jedoch **dringend anzuraten, die bereits eingeleiteten Maßnahmen noch einmal umfassend zu überprüfen und erforderlichenfalls anzupassen.**

Aus dem Pandemiekonzept sollten sich die **Handlungspflichten** für den Arbeitgeber, seine Führungskräfte und seine Arbeitnehmer ergeben, die zu jeweils einschlägigen Zeitpunkten relevant werden und die im Hinblick auf Umfang und Ausgestaltung an die konkrete Situation anzupassen sind.

Insofern muss der Krisenstab bzw. müssen seine Berater einerseits etwaige Aktualisierung des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards, andererseits aber auch tagesgenau alle COVID-19-bezogenen **ordnungsrechtlichen Vorgaben** (Gesetze, Verordnungen, Allgemeinverfügungen etc.) auf Bundes-, Landes- und Kommunalebene auf ihre Relevanz für das Unternehmen **prüfen und bewerten.**

Erforderliche Ausrichtung am und passgenaue Abstimmung für den jeweiligen Einzelfall

Nach wie vor gibt es kein für alle Unternehmen gültiges „one-fits-all“ Pandemiekonzept.

Das Pandemiekonzept muss vielmehr auf die konkrete Branche, die aus der Ausgestaltung der Arbeitsleistung resultierenden besonderen Gefahrenquellen, etc. ausgelegt und für **jedes Unternehmen passgenau abgestimmt** sein.

Berücksichtigung lokaler und internationaler Anforderungen

Soweit ein Unternehmen deutschlandweit in verschiedenen Bundesländern oder international in unterschiedlichen Staaten aktiv ist, muss das Konzept zudem jeweils anderen Anforderungen genügen, als dies für einen Arbeitgeber mit nur einer lokalen Produktionsstätte der Fall sein mag.

Berücksichtigung der branchenspezifischen Anforderungen und der Anforderungen der Träger der Unfallversicherung

Wie in dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards angekündigt, kann der Arbeitsschutzstandard bei Bedarf auch durch die **Unfallversicherungsträger** sowie gegebenenfalls durch die **Aufsichtsbehörden der Länder** branchenspezifisch konkretisiert und ergänzt werden. Diese Entwicklungen müssen ebenfalls im Blick behalten werden.

Grundprinzipien des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards

Dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard ist **prominent vorangestellt**, dass neben den zahlreichen Einzelmaßnahmen insbesondere dann, wenn

der gebotene Mindestabstand von 1,5 Metern nicht sicher eingehalten werden kann, **Mund-Nasen-Bedeckungen** zur Verfügung gestellt und getragen werden sollen. Zudem sollen sich Personen mit Atemwegssymptomen oder Fieber generell nicht auf dem Betriebsgelände aufhalten.

Schließlich soll der Arbeitgeber ein **Verfahren zur Abklärung von Verdachtsfällen** vorhalten - aufgrund der expliziten Voranstellung dieser Maßnahmen ist davon auszugehen, dass das BMAS ihnen besonderes Gewicht zu messen wird.

Weitere zu berücksichtigende Punkte, Rangfolge

Bei der Aufstellung bzw. Anpassung eines Pandemiekonzepts sollten vor dem Hintergrund des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards zudem jedenfalls die nachstehend dargestellten Punkte bedacht werden, wobei die folgende Aufzählung nicht vollständig ist, sondern lediglich die „Red-Flags“ umreißt.

Insofern sind nach dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards technische, organisatorische und personenbezogene (besondere) Schutzmaßnahmen einzuhalten, deren „**Rangfolge**“ zu beachten sei. Was mit der „Beachtung der Rangfolge“ gemeint ist, ist unklar, kann aber derzeit nur dahin ausgelegt werden, dass wohl vorrangig die technischen, sodann die organisatorischen und schließlich die personenbezogenen Schutzmaßnahmen umzusetzen sind.

Die in den einzelnen Bereichen genannten Maßnahmen bedingen bzw. überschneiden sich jedoch vielfach. Der Arbeitgeber ist daher gut beraten, **schnellstmöglich alle Bereiche** abzudecken.

Technische Schutzmaßnahmen

- **Anpassung der Arbeitsplatzgestaltung und der betrieblichen Abläufe** im Hinblick auf Abstandsregelungen von mindestens 1,5 Metern; Abtrennungen, wenn Mindestabstände nicht eingehalten werden können; Raumkonzepte zur Vereinzelung der Arbeitnehmer; umfassende Einführung von **Home Office**, wenn möglich; Schicht- bzw. Arbeitszeitmodelle und Pausenzeiten zur Vereinzelung der Arbeitnehmer, wenig frequentierte Benutzung von Gemeinschaftsräumen und Kantine und wenn dies nicht möglich ist, deren Schließung; Vermeidung von Warteschlangen, etc.;
- Einführung von **Handlungsanweisung zu Hygienemaßnahmen** (Aufforderung zum Händewaschen, Lüften, Husten- und Niesetikette, Reinigung von Oberflächen, etc.);
- **Bereitstellen von Schutzutensilien** (hautschonende Flüssigseife und Handtuchspender, Desinfektionsmittel, Mund- und Nasenschutz, etc.) und Information zum Umgang damit;
- Durchführung ausreichender **Reinigungsmaßnahmen**, insbesondere in Sanitäreinrichtungen und Gemeinschaftsräumen sowie von Türklingen und Handläufen; ggf. Anpassung der Reinigungsintervalle;
- Angepasste Gestaltung der **Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsstätte** (im Hinblick auf Abstandsregelungen von mindestens 1,5 Metern auch im Kundenkontakt; Möglichkeiten des vereinzelt Arbeitens bzw. des Arbeitens in festen Teams; Schaffung von Einrichtungen zur Handhygiene; hygienekonforme Ausstattung und Nutzung von Firmenfahrzeugen; Einzelnutzung bzw. personenidentische Nutzung von Firmenfahrzeugen, wenn möglich; Optimierung der Tourenplanung; etc.);
- Hygienekonforme Gestaltung von **Sammelunterkünften**.

- Einführung von Handlungsanweisung zu **Dienstreisen, internen und externen Meetings, Bewerbungsgesprächen**, etc., wobei persönliche Zusammenkünfte soweit wie möglich vermieden und stattdessen Videokonferenzen durchgeführt werden sollten.

Organisatorische Maßnahmen

- Sicherstellung **ausreichender Schutz- bzw. Mindestabstände** (von jedenfalls 1,5 Metern) insbesondere auf Verkehrswegen (Treppen, Aufzüge, Türen, etc.), an typischerweise hoch frequentierten Stellen (Kantinen, Zeiterfassungsterminals, etc.) aber auch im normalen Betriebsablauf. Schutzabstände sollen ggf. mit Klebeband markiert werden. Können Schutzabstände nicht eingehalten werden, sind alternative Maßnahmen zu treffen (z.B. Tragen von Mund-Nase-Bedeckungen);
- Hygienekonforme Nutzung von **Arbeitsmittel und Werkzeugen**;
- Einführung von angepassten **Schicht- bzw. Arbeitszeitmodellen und Pausenzeiten** insbesondere zur Vereinzelung der Arbeitnehmer und Sicherstellung der Zusammenarbeit gleichbleibender Personengruppen;
- Hygienekonforme Aufbewahrung und Reinigung von **Arbeitsbekleidung und persönlicher Schutzausrüstung** (PSA);
- Beschränkung des Zutritts **betriebsfremder Personen** zum Betriebsgelände bzw. Information derselben über Schutzmaßnahmen und -obliegenheiten, wenn Zutritt nicht vermieden werden kann;
- Einführung von **Handlungsanweisung im Hinblick auf Verdachtsfälle**, insbesondere **Sensibilisierung** der Arbeitnehmer zu COVID-19 Symptomen und ggf. Einführung betrieblicher **Symptomprüfung** (zum Beispiel kontaktloses Fiebermessen) im Betrieb;
- Einführung eines Prozesses zum **Umgang mit (möglicherweise) erkrankten Mitarbeitern** (schnellstmögliche Isolierung, Aufklärung der Hintergründe zur möglichen Ansteckung, Unterstützung im Hinblick auf ärztliche Abklärung und Kommunikation mit dem Gesundheitsamt, Ausgestaltung der Quarantäne, etc.);
- Einführung eines Prozesses zur schnellstmöglichen **Identifikation und Information** betriebsinterner und -externer **Kontaktpersonen**, die Kontakt zu einem (möglicherweise) erkrankten Arbeitnehmer hatten;
- Einführung eines Prozesses zur Reaktion auf etwaige **psychische Belastungen** der Arbeitnehmer durch COVID-19.

Personenbezogene Maßnahmen

- Zurverfügungstellung von **Mund-Nase-Schutz und persönlicher Schutzausrüstung (PSA)** an Arbeitnehmer, die unvermeidbare Kontakte haben bzw. Schutzabstände nicht einhalten können;
- Sicherstellung einer stets validen und aktuellen **Informationslage** beim Arbeitgeber und **Weitergabe** der relevanten Informationen an die Arbeitnehmer zum Beispiel via Intranet, Massenmail etc. aber auch durch entsprechende Hinweisschilder, Markierungen etc. im Betrieb. Möglichst zentrale Unterweisung der Führungskräfte, ggf. unter Anwendung der Informationen der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung zu Arbeitsschutzmaßnahmen und Benennung einheitlicher Ansprechpartner sowie Überprüfung der Einhaltung der Arbeitsschutzmaßnahmen;
- **Arbeitsmedizinische Vorsorge und Schutz besonders gefährdeter Personen**, zum Beispiel durch individuelle ggf. telefonische Beratung durch den Betriebsarzt, der dem Arbeitgeber wiederum ggf. Erweiterungen der Arbeitsschutzmaßnahmen vorschlägt, wobei individuelle Maßnahmen der Einwilligung des Arbeitnehmers bedürfen.

Weitere, den SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard ergänzende Maßnahmen

- Entwicklung eines Konzepts zum Umgang mit **Risikogruppen**, d.h. insbesondere älteren Arbeitnehmern, Arbeitnehmern mit Vorerkrankungen, Schwangeren, aber auch Arbeitnehmern, die, bedingt durch ihre Tätigkeit bspw. im Gesundheitswesen/Außendienst o.ä. einer höheren Ansteckungsgefahr ausgesetzt sind, inklusive dem Erfassen der hierfür erforderlichen Informationen in der Belegschaft.
- Tagesgenaues Vorhalten eines Konzepts zur (vorübergehenden) Umorganisation der Betriebsstätten und betrieblichen Abläufe im Falle (etwaiger) Erkrankungen von Mitarbeitern oder behördlicher Auflagen, z.B. Aufstellen eines Ausbildungs- und Fähigkeitsplans, um schnelle **Umsetzungsmöglichkeiten** realisieren zu können.
- Aufstellen eines Prozesses zum Umgang mit **schwer erkrankten oder verstorbenen Arbeitnehmern** (Unterstützung der Familien, Anpassung der betrieblichen Abläufe, etc.).
- Angebot von **Schutzimpfungen**, sobald entsprechende Impfstoffe zur Verfügung stehen.

Alle vorgenannten Maßnahmen und – abhängig von den jeweiligen Betriebsabläufen und Anforderungen des jeweiligen Betriebes weitere, individuell zu bestimmende Maßnahmen – sollten in einen **betrieblichen Pandemieplan** überführt werden.

Die Maßnahmen müssen für die Arbeitnehmer nachvollziehbar, zum Beispiel im Intranet aber auch in der Betriebsstätte, **kommuniziert und kontinuierlich angepasst** werden.

Durch **klare und stringente Informationen und Handlungsanweisungen** wird Panik und Unsicherheit bei den Arbeitnehmern sowie Kunden, Geschäftspartnern etc. vermieden und eine Aufrechterhaltung des Geschäftsbetriebs in der Krise gesichert.

Einbindung aller relevanten Akteure

Bei der Aufstellung des Pandemieplans und der Durchführung von aus dem Pandemieplan abzuleitenden Maßnahmen ist eine enge Zusammenarbeit der Verantwortlichen des Arbeitgebers mit dem **Betriebsrat**, dem **Betriebsarzt**, der **Fachkraft für Arbeitssicherheit** und etwaigen weiteren für den Gesundheit- und Arbeitsschutz im Betrieb zuständigen Stellen unerlässlich.

Insbesondere der Betriebsrat muss eng und umfassend in die Entwicklung des Pandemiekonzepts und die Ableitung von Maßnahmen aus diesem eingebunden werden. Insofern sollten Betriebsratsmitglieder bereits Teil des Krisenstabs sein.

Zudem ist es angeraten, den Pandemieplan in Gänze als (teilweise freiwillige) oder zumindest Teile davon als Betriebsvereinbarung abzuschließen, da die Maßnahmen zumeist **erzwingbare Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats** insbesondere aus § 87 Abs. 1 BetrVG betreffen.

Schließlich sollte eine Zusammenarbeit (Informationsaustausch, Einfordern von Unterstützung, etc.) mit **externen, für den Gesundheit- und Arbeitsschutz zuständigen Stellen**, wie den lokalen Gesundheitsämtern, Gewerbeaufsichtsämtern, Berufsgenossenschaften, Verbänden etc., erwogen werden. Dabei ist jedoch zwischen Rechtspflichten (bspw. aufgrund behördlicher Maßnahmen oder Auflagen) und bloßer Kooperation oder Hilfesuchen gegenüber Behörden zu unterscheiden. Das Risiko behördlichen Einschreitens aufgrund rein „informeller“ Kommunikation sollte berücksichtigt werden.

Kontinuierliche Überwachung, Prüfung und Anpassung des Pandemiekonzepts

Der Arbeitgeber ist schon außerhalb von Krisenzeiten gehalten, seinen Schutz- und Fürsorgepflichten, aber auch seinen grundsätzlichen gesetzlichen Verpflichtungen nachzukommen. Hierfür ist zum einen erforderlich, dass er die Rechtslage erfasst, um seinen hieraus resultierenden Verpflichtungen nachkommen zu können.

Gerade in Zeiten der sich stetig ändernden COVID-Gesetzgebung und der immer neuen Vorgaben betreffend den Arbeitsschutz, ist es umso wichtiger, **innerbetriebliche Prozesse zur kontinuierlichen Überwachung der Änderungen der Rechtslage und neuer Schutzempfehlungen zu implementieren**. Nur so ist es möglich, das innerbetriebliche Pandemiekonzept, wenn nötig tagesaktuell, zu adaptieren aber auch die sonstigen Verpflichtungen einhalten zu können und somit bestmöglichen Schutz zu gewährleisten und Rechtsverstöße zu vermeiden.

Berücksichtigung datenschutzrechtlicher Vorgaben

Das Datenschutzrecht ist nicht außer Kraft gesetzt – bei der Einführung, Durchführung und Anpassung von Maßnahmen haben Arbeitgeber immer auch die einschlägigen datenschutzrechtlichen Anforderungen beachten.

Im Hinblick auf datenschutzrechtliche Belange ist insbesondere von Bedeutung, ob und in welchem Umfang der Arbeitgeber berechtigt ist, **personenbezogene Daten (einschließlich Gesundheitsdaten)** zum Zweck der Verhinderung bzw. Eindämmung der Ausbreitung von COVID-19 unter den Arbeitnehmern **zu erheben und zu verarbeiten**.

Der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard trifft hierzu bedauerlicherweise nur **sehr vereinzelt Aussagen**.

Weitergabe von Gesundheitsdaten an Gesundheitsbehörden

Bei COVID-19 handelt es sich gemäß §§ 6, 7 Infektionsschutzgesetz („IfSG“) i.V.m. § 1 Coronavirus-Meldepflichtverordnung („CoronaVMeldeV“) um eine **meldepflichtige Erkrankung**, welche jedoch **keine generelle Mitteilungspflicht des Arbeitgebers** über erkrankte Mitarbeiter gegenüber den Behörden begründet.

Die meldepflichtigen Personen werden in § 8 IfSG definiert. Hiernach sind meldepflichtige Personen insbesondere Ärzte, Angehörige eines anderen Heil- oder Pflegeberufs und Leiter von Einrichtungen (u.a. Schulen, Altenheime, sonstigen Massenunterkünften), nicht jedoch Unternehmen.

Fragen nach dem Gesundheitszustand und Information über Erkrankungen

Grundsätzlich greifen Fragen nach dem Gesundheitszustand tief in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und dessen Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein, weshalb sie nicht ohne besonderen Anlass zulässig sind.

Wurde jedoch bei einem Arbeitnehmer eine COVID-19 Infektion festgestellt, kann der Arbeitgeber Auskunft über den Umstand des Vorliegens der Infektion verlangen, damit er seinen Fürsorge- und Schutzpflichten gemäß § 618 Abs. 1 BGB, § 3 ArbSchG nachkommen und die gesundheitlichen Belange anderer Arbeitnehmer schützen kann.¹

Dies wird auch durch den SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards gestützt. Die Auskunft des Arbeitnehmers ist auf den Zweck der Erfüllung der Pflicht-

¹ <https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Informationen-Corona/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html>

ten des Arbeitgebers beschränkt und zu beschränken. Insofern ist der Arbeitgeber, unter Berücksichtigung seiner Fürsorgepflichten und des Arbeitsschutzgesetzes, gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO i.V.m. Art. 9 Abs. 2 lit. b, Abs. 4 DSGVO und § 26 Abs. 3 Satz 1, § 22 Abs. 1 Nr. 1 lit. b BDSG auch dazu berechtigt, Informationen darüber zu erheben, zu welchen Personen im Unternehmen der erkrankte Mitarbeiter Kontakt hatte, oder ob der Mitarbeiter in einem Risikogebiet Urlaub gemacht hat, um diese zum Zweck der arbeitsmedizinischen Vorsorge zu verarbeiten.²

Besondere Vorsicht ist jedoch bei der Bewertung der Frage geboten, in wie weit der Arbeitgeber andere Arbeitnehmer über den erkrankten Arbeitnehmer informieren darf. Der Arbeitgeber ist zwar grundsätzlich verpflichtet, Arbeitnehmer, welche in direktem Kontakt mit einem Infizierten standen, zu warnen. Die **Nennung des Namens** des Betroffenen soll dabei jedoch **vermieden** werden.

Fragen nach dem letzten Ziel eines privaten Urlaubs

Der Arbeitgeber ist mangels eines ausreichenden Informationsinteresses nicht berechtigt, Arbeitnehmer nach ihrem genauen Urlaubsziel zu fragen.

Um seinen Fürsorgepflichten nachkommen zu können, ist jedoch die generelle Frage, ob sich ein Arbeitnehmer in einem **Risikogebiet** aufgehalten hat, berechtigt. In diesen Fällen wird das Informationsinteresse des Arbeitgebers überwiegend bejaht. Dieses folgt aus den gesetzlichen Fürsorge- und Schutzpflichten (§ 618 Abs. 1 BGB, § 3 ArbSchG) des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern und auch dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht besteht der legitime Zweck einer solchen Datenerhebung im Schutz anderer Beschäftigter vor einer Infektion durch eine erkrankte Person, gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO i.V.m. Art. 9 Abs. 1, Abs. 4 DSGVO und § 26 Abs. 3 Satz 1, § 22 Abs. 1 Nr.1 lit. b BDSG.

Symptomprüfungen (Fiebermessen vor dem Betreten des Betriebsgeländes)

Das Fiebermessen ist datenschutzrechtlich als **Erhebung von Gesundheitsdaten** zu bewerten.

Gemäß Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO i. V. m. § 26 Abs. 3 BDSG ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses u.a. zulässig, wenn sie **zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht erforderlich** ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

Im Falle von Fiebermessungen bestehen grundlegende Bedenken bereits im Hinblick auf die **Eignung** einer solchen Maßnahme, um eine COVID-19 Infektion zu ermitteln, da diese nach aktuellen Erkenntnissen auch ohne Fieber ablaufen kann. Es erscheint deshalb zweifelhaft, ob hier die Erforderlichkeit der Maßnahme im Interesse des Arbeitgebers gegeben ist. Vor diesem Hintergrund bestehen auch aus Sicht der Datenschutzbehörden derzeit Bedenken dagegen, dass Arbeitgeber das Betreten des Betriebsgeländes von der Messung der Körpertemperatur abhängig machen dürfen.

Auch wenn der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard das kontaktlose Fiebermessen im Betrieb zunächst als **sinnvoll bzw. wünschenswert** einstuft,

² <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2020/03/FAQ-Corona.pdf>; https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/pm/20200325_Informationen_zu_Corona_und_Arbeitgeber.pdf

müssen diese datenschutzrechtlichen Bedenken berücksichtigt und im Rahmen von Maßnahmen berücksichtigt und dokumentiert werden.

Insofern sollte auch die Möglichkeit der Durchführung von Maßnahmen auf Basis von **anonymisierten Daten** in Betracht kommen. Da die datenschutzrechtlichen Anforderungen im Falle von Daten ohne Personenbezug keine Anwendung finden, können je nach technischer Ausgestaltung Zugangskontrollen auch ohne Verarbeitung personenbezogener Daten in Betracht kommen.

Allerdings muss hierbei sichergestellt sein, dass kein Rückschluss auf einzelne Arbeitnehmer (zum Beispiel durch Video, Zutrittskarten, Wachpersonal etc.) möglich ist. Dies wird in der Praxis nur schwer umsetzbar sein.

Erhebung privater Kontaktdaten von Mitarbeitern

Möchte der Arbeitgeber private Kontaktdaten des Arbeitnehmers erheben, um die Kommunikationswege zum Beispiel im Falle einer Betriebsschließung oder sonstigen Maßnahmen zu verkürzen, ist dies gemäß Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO nur mit **Einwilligung** des betroffenen Arbeitnehmers möglich. Gleiches gilt für die Erhebung von Daten zu etwaigen Vorerkrankungen des Arbeitnehmers. Diese Voraussetzung lässt sich so auch aus dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard herauslesen. Insofern ist auch auf die Anforderungen der Informiertheit und Freiwilligkeit sowie die jederzeitige Widerrufbarkeit der Einwilligung hinzuweisen.

Bereits in der Personalakte erhobene Daten können für diese Zwecke ebenfalls nicht ohne Weiteres genutzt werden. In diesem Falle bedarf es einer (dokumentierten) **Zweckänderungsprüfung** gemäß Art. 6 Abs. 4 DSGVO.

Schließlich sind alle erhobenen privaten Daten spätestens nach Ende der Notwendigkeit zur Verarbeitung im Rahmen der Maßnahmen wieder zu **löschen**.

Potentielle Haftung des Arbeitgebers gegenüber an COVID-19 erkrankten Arbeitnehmern

Arbeitgeber können sich einer Haftung gegenüber erkrankten Arbeitnehmern ausgesetzt sehen. Insoweit kommt sowohl eine vertragliche als auch deliktische Haftung des Arbeitgebers für etwaige aus einer COVID-19 Erkrankung resultierender Schäden von Arbeitnehmern in Betracht.

Die Voraussetzungen für die Einordnung einer Infektion als Arbeitsunfall und eine damit einhergehende Exkulpationsmöglichkeit für den Arbeitgeber liegen hingegen nach derzeitiger Einschätzung wohl nicht vor.

Vor diesem Hintergrund muss der Arbeitgeber **darlegen und beweisen**, dass ihm oder seinen Erfüllungsgehilfen keine schuldhaften Pflichtverletzungen oder Rechtsgutsverletzungen vorgeworfen werden können.

Dies wird regelmäßig nur dann gelingen, wenn der Arbeitgeber ein umfassendes Pandemiekonzept aufgestellt und im Unternehmen implementiert hat und seine Einhaltung ständig überprüft.

Haftungsprivileg im Falle eines Arbeitsunfalls oder einer Berufskrankheit

Nach § 104 Abs. 1 S. 1 SGB VII ist eine vertragliche oder deliktische Haftung des Arbeitgebers dann ausgeschlossen, wenn der Personenschaden auf einem Versicherungsfall – d.h. einem **Arbeitsunfall** oder einer **Berufskrankheit** – beruht.

Eine Infektion mit COVID-19 stellt nach der Einschätzung des Spitzenverbands der deutschen gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV) jedoch **keinen Arbeitsunfall** dar, sondern eine sogenannte Allgemeingefahr, von der Arbeitnehmer zur gleichen Zeit und mit gleicher Schwere auch außerhalb der Arbeit betroffen gewesen wären.

COVID-19-Erkrankungen können jedoch nach der Einschätzung der DGUV die Voraussetzungen einer Berufskrankheit der BK-Nummer 3101 erfüllen. Dies kann dann der Fall sein, wenn Arbeitnehmer durch Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit in bestimmten Bereichen gegenüber der allgemeinen Bevölkerung einer wesentlich erhöhten Infektionsgefahr ausgesetzt waren (z.B. im Gesundheitsdienst, in der Wohlfahrtspflege, in einem Laboratorium).

Weitere Voraussetzung für den Haftungsausschluss ist, dass der Arbeitgeber **nicht vorsätzlich** gehandelt hat. Dies setzt zumindest bedingten Vorsatz bezüglich der Verletzungshandlung und des Verletzungserfolges voraus.

Bedingter Vorsatz in Bezug auf den Verletzungserfolg ist dabei bereits dann gegeben, wenn ein Arbeitgeber trotz starker Gefährdung der betroffenen Arbeitnehmer Maßnahmen durchführt, ohne auf einen glücklichen Ausgang vertrauen zu können, und es dem Zufall überlässt, ob sich die von ihm erkannte Gefahr verwirklicht oder nicht.

Soweit der Arbeitgeber kein auf den Vorgaben des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards basierendes wirkungsvolles Pandemiekonzept hat, besteht die Gefahr, dass eine Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs nicht in Betracht kommt.

Soweit der Haftungsausschluss greift, erfasst er sämtliche Ansprüche gegen den Arbeitgeber. Der Arbeitnehmer hat dann keinen Anspruch gegen den Arbeitgeber selbst, sondern nur gegen die zuständige Berufsgenossenschaft.

Die DGUV geht jedoch – wie zuvor ausgeführt – davon aus, dass in der Regel kein Versicherungsfall vorliegt. Trotz dieser Einschätzung der DGUV sollten jedenfalls COVID 19 Erkrankungen mit schwerem Krankheitsverlauf dem zuständigen Unfallversicherungsträger gemäß § 193 SGB VII rechtzeitig angezeigt werden. Dies begründet sich damit, dass nicht ausgeschlossen ist, dass die Beurteilung der DGUV von einem etwa zur Entscheidung berufenen Gericht infrage gestellt wird. Durch eine **vorsorgliche Anzeige** vermeidet der Arbeitgeber etwaige aus einer Nichtanzeige resultierenden Nachteile, z.B. Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers, und setzt die Grundlage für eine etwaige Enthftung.

Soweit eine **private Unfallversicherung** oder eine **Gruppenunfallversicherung** zugunsten des Arbeitnehmers besteht, sollte zudem geprüft werden, ob diese ggf. greift und welche Maßnahmen seitens des Arbeitgebers zu ergreifen sind. Ausschlaggebend sind hier die mit dem jeweiligen Versicherungsträger bestehenden vertraglichen Vereinbarungen.

Vertragliche Haftung des Arbeitgebers

Haftungsgrundlage für etwaige vertragliche Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber sind die Bestimmungen der §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

Voraussetzung für eine Haftung nach diesen Bestimmungen ist zunächst eine Verletzung vertraglicher Pflichten; zu diesen zählen auch die in § 618 BGB normierten Fürsorge- und Schutzpflichten sowie weitere Schutz- und Rücksichtnahmepflichten nach § 241 Abs. 2 BGB.

Eine Haftung kommt dann in Betracht, wenn der Arbeitgeber ihn treffende **arbeitsschutzrechtliche Pflichten nicht erfüllt** hat und dadurch beim Arbeitnehmer ein Schaden eintritt.

Insofern wird dem Arbeitgeber abverlangt werden können, den **SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard** - ggf. konkretisiert durch die für ihn zuständigen Berufsgenossenschaften oder Arbeitgeberverbände - zu beachten und durch Aufstellung eines Pandemiekonzepts im Betrieb die erforderlichen Maßnahmen umzusetzen (siehe hierzu oben). Erfolgt dies nicht oder wird der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard bewusst ignoriert, besteht für den Arbeitgeber ein **beträchtliches Haftungsrisiko**.

Damit eine Haftung des Arbeitgebers ausgelöst wird, muss der Arbeitgeber die ihn treffenden Pflichten zudem **schuldhaft** (vorsätzlich oder fahrlässig) verletzt haben. Insoweit muss der Arbeitnehmer, der durch die Pflichtverletzung des Arbeitgebers einen Schaden erlitten hat, jedoch nur beweisen, dass ein ordnungswidriger Zustand vorgelegen hat, der geeignet war, den eingetretenen Schaden herbeizuführen; es ist dann Sache des Arbeitgebers

zu beweisen, dass der ordnungswidrige Zustand für den Schaden nicht ursächlich gewesen ist und ihn kein Verschulden trifft, sich also zu **exkulpieren**.

Der Arbeitgeber muss sich gemäß § 278 BGB zudem das Verschulden der von ihm eingesetzten **Erfüllungsgehilfen** zurechnen lassen. Vor diesem Hintergrund ist es nicht nur wichtig, die notwendigen Arbeitsschutzmaßnahmen im Betrieb umzusetzen, sondern deren Implementierung und Einhaltung muss durch den Arbeitgeber – u.a. durch Delegation auf die entsprechenden Führungskräfte – **sichergestellt und aus Beweis Zwecken dokumentiert** werden. Erfolgt dies nicht droht auch beim Bestehen eines umfassenden Pandemiekonzepts gleichwohl ein **Haftungsrisiko**.

Schließlich kommt im Falle der Verletzung von Fürsorge- und Schutzpflichten durch fehlende Umsetzung der erforderlichen Arbeitsschutzmaßnahmen – im Falle von COVID-19 wohl zumindest der Vorgaben des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards – ein **Zurückbehaltungsrecht der Arbeitnehmer** an ihrer Arbeitsleistung gemäß § 273 BGB in Betracht. Der Arbeitnehmer, der eine Ansteckung mit COVID-19 fürchtet, könnte in diesem Fall der Arbeit fernbleiben, ohne seines Vergütungsanspruchs verlustig zu gehen.

Deliktische Haftung des Arbeitgebers

Haftungsgrundlagen für etwaige deliktische Schadensersatzansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber sind die Bestimmungen der §§ 823 ff. BGB.

In Betracht kommt dabei zunächst eine Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB wegen der **schuldhaften (vorsätzlich oder fahrlässig) Verletzung eines dort genannten Rechtsguts, zum Beispiel des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit**.

Die Haftung setzt grundsätzlich voraus, dass die Rechtsgutsverletzung auf einer Handlung, d.h. einem positiven Tun, des Schadensersatzpflichtigen beruht. Ein Unterlassen steht einem positiven Tun aber dann gleich, wenn eine Pflicht zum Handeln besteht. Einen bedeutenden Fall der Handlungspflicht stellen die sog. **Verkehrssicherungspflicht** dar. Sie besagt, dass derjenige, der durch Übernahme einer Aufgabe oder durch vorangegangenes Tun eine Gefahrenquelle schafft oder andauern lässt, alle zumutbaren Vorkehrungen schaffen muss, um andere vor der Verletzung ihrer Rechtsgüter zu bewahren.

In dem **Verstoß des Arbeitgebers gegen seine Fürsorge- und Schutzpflicht** aus § 618 BGB liegt in der Regel zugleich eine **Verletzung seiner Verkehrssicherungspflicht**. Wie oben ausgeführt wird dem Arbeitgeber wohl zumindest abverlangt werden können, den SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard durch Aufstellung eines Pandemiekonzepts im Betrieb und Ableitung der erforderlichen Maßnahmen umzusetzen (siehe hierzu oben). Erfolgt dies nicht oder wird der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard bewusst ignoriert, besteht für den Arbeitgeber auch hier ein beträchtliches **Haftungsrisiko**.

Im Gegensatz zur vertraglichen Haftung wird das Verschulden des Arbeitgebers jedoch nicht vermutet, sondern muss vom Arbeitnehmer grundsätzlich **dargelegt und bewiesen** werden. Anders ist dies jedoch im Hinblick auf ein etwaiges Organisationsverschulden des Arbeitgebers (siehe hierzu unten).

In Betracht kommt weiter eine Haftung aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem einschlägigen Schutzgesetz (zum Beispiel § 618 BGB, § 3 ArbSchG).

Nach § 823 Abs. 2 BGB sind Schäden ersetzbar, die durch die schuldhaft (vorsätzlich oder fahrlässig) Verletzung eines **Schutzgesetzes** entstanden sind. Ein Schutzgesetz ist eine Rechtsnorm, die nach ihrem Inhalt zumindest auch dazu bestimmt ist, den Einzelnen oder einzelne Personenkreise

gegen die Verletzung eines bestimmten Rechtsgutes zu schützen. Die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschriften stellen Schutzgesetze im Sinne von § 823 Abs. BGB dar, soweit sie dem Gesundheitsschutz dienen.

In Betracht kommt schließlich eine Haftung aus § 831 BGB. § 831 BGB enthält eine eigene Anspruchsgrundlage gegen den Geschäftsherrn (Arbeitgeber), wenn dessen **Verrichtungsgehilfen** in der Ausübung der ihnen übertragenen Tätigkeiten anderen einen Schaden zufügen.

Ein Verrichtungsgehilfe ist eine Person, die vom Geschäftsherrn eine Tätigkeit in dessen Interesse übertragen bekam und von diesem in einer gewissen Abhängigkeit steht. Kennzeichnend für den Verrichtungsgehilfen ist dabei, dass dieser **in den Organisationsbereich des Geschäftsherrn eingegliedert ist**. Dies betrifft vor allem Arbeitnehmer und hier Führungskräfte mit Personalverantwortung.

Der Geschäftsherr kann sich jedoch exkulpieren, wenn er bei der Auswahl und der Überwachung des Verrichtungsgehilfen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) angewandt hat. Selbst wenn eine Exkulpation gelingt, kommt in diesem Fall aber immer noch eine Haftung des Arbeitgebers aufgrund eines **Organisationsverschuldens** gemäß § 823 Abs. 1 BGB in Betracht.

Der Arbeitgeber als Betriebsinhaber hat nämlich eine allgemeine Organisationspflicht, die es ihm auferlegt, seinen Betrieb so zu organisieren, dass niemand Drittes gefährdet wird. Es handelt sich hierbei um einen Unterfall der Haftung wegen der Verletzung von Verkehrssicherungspflichten. Eine Exkulpation ist hier nicht möglich.

Dies zeigt erneut, dass es nicht nur wichtig ist, die notwendigen Arbeitsschutzmaßnahmen im Betrieb umzusetzen, sondern deren Implementierung und Einhaltung muss – durch Delegation auf die entsprechenden Führungskräfte – auch **sichergestellt und aus Beweis Zwecken dokumentiert werden**.

Konkurrenz von vertraglichen und deliktischen Ansprüchen und Beweislast

Die tatbestandlichen Voraussetzungen für die vertraglichen und diversen deliktischen Ansprüche sind zumeist gleichzeitig erfüllt und bestehen grundsätzlich gleichberechtigt nebeneinander.

Im Hinblick auf die vertragliche Haftung hat der Arbeitnehmer neben dem Schaden nur den objektiv ordnungswidrigen Zustand nachzuweisen, der generell geeignet war, den eingetretenen Schaden herbeizuführen. Der Arbeitgeber hat dann den Gegenbeweis dahingehend zu führen, dass der ordnungswidrige Zustand für den Schaden nicht ursächlich gewesen ist. Die Beweislast für die deliktischen Anspruchsvoraussetzungen trägt hingegen prinzipiell der geschädigte Arbeitnehmer

Der Arbeitnehmer wird aufgrund der für ihn günstigeren **Beweislastverteilung** demnach vorrangig die vertraglichen Ansprüche bzw. einen auf ein behauptetes Organisationsverschulden des Arbeitgebers gestützten Anspruch geltend machen.

Im Hinblick auf den Ursachenzusammenhang zwischen der Rechtsgut- oder Gesetzesverletzung und dem entstandenen Schaden bzw. etwaigen Folgeschäden gilt schließlich sowohl bei vertraglichen als auch bei deliktischen Ansprüchen die Beweiserleichterung des § 287 ZPO. Ausreichend ist hier, dass die Ursächlichkeit der Rechtsgutsverletzung für bestimmte Schäden überwiegend wahrscheinlich erscheint.

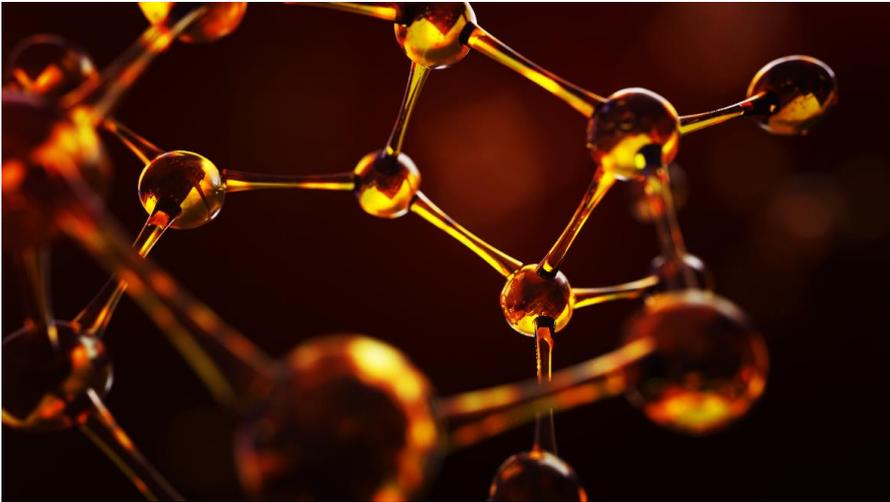
Umfang des Schadensersatzes

Der Umfang des Schadensersatzes richtet sich sowohl im Fall der vertraglichen Haftung als auch im Fall der deliktischen Haftung nach den §§ 249 ff. BGB.

Umfasst ist damit nicht nur ein **Vermögensschaden**, sondern auch ein mögliches **Schmerzensgeld** nach § 253 Abs. 2 BGB.

Erfasst sind ebenfalls – im Falle der Verletzung der Fürsorgepflicht nach § 618 BGB über den Rechtsfolgenverweis in § 618 Abs. 3 BGB – Ansprüche auf den Ersatz von Erwerbs- und Fortkommensnachteilen, die Entrichtung einer Geldrente sowie **Ansprüche von Hinterbliebenen** beim Tod des Arbeitnehmers gemäß §§ 842 bis 846 BGB.

Gegebenenfalls ist ein **Mitverschulden** des Arbeitnehmers gemäß § 254 BGB zu berücksichtigen. Ein solches kommt zum Beispiel dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer vorsätzlich gegen im Pandemiekonzept genannte angemessene Maßnahmen verstößt.



Potentielle ordnungs- und gesellschaftsrechtliche Haftung des Arbeitgebers und seiner Organe

Für den Fall nicht getroffener oder inadäquater Schutzmaßnahmen kann Arbeitgeber und ihre Organe auch eine ordnungswidrigkeiten- und gesellschaftsrechtliche Haftung treffen.

Persönliche Haftung der Unternehmensleitung nach § 130 OWiG und Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG

§ 130 OWiG sieht grundsätzlich die Pflicht der Unternehmensleitung vor, **gehörige Aufsichtsmaßnahmen** zu implementieren, die darauf abzielen, bestimmte, betriebsbedingte Gesetzesverletzungen durch Mitarbeiter/andere Organe möglichst zu erschweren.

Um zu bestimmen, was eine „gehörige Aufsichtspflicht bzw. -maßnahme“ ist, sind mitunter umfangreiche rechtliche Prüfungen bis hin zur Implementierung konzernweiter **Compliance** Management, Risiko Management und Interner Kontrollsysteme erforderlich.

Sollten die hier nach erforderlichen **Aufsichtsmaßnahmen nicht adäquat implementiert** worden sein - und bereits fahrlässiges Unterlassen/fahrlässiges Schlechtleisten kann eine Haftung begründen! -, **haftet die Unternehmensleitung persönlich** (Bußgeld bis EUR 10 Mio.).

Zudem kann das Unternehmen mit einem **Bußgeld** bis zur Höhe der **Gewinnabschöpfung** belegt werden.

Während hierunter klassischerweise die unter dem Oberbegriff der „Compliance-Verstöße“ bekannten, strafrechtlich relevanten Regelverstöße wie bspw. die Erfüllung von Korruptionsstraftatbeständen durch Mitarbeiter gefasst werden, die durch die Implementierung gehöriger Aufsichtspflichten zu verhindern sind, muss auf Grund der aktuellen, durch COVID-19 bedingten Krisensituation überlegt werden, ob nicht auch Regelverstöße im Zusammenhang mit COVID-19 Gesetzen bzw. Arbeits- und Infektionsschutzvorgaben und dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard durch Mitarbeiter von einer Haftung nach § 130 OWiG erfasst sein könnten.

Ausgeschlossen werden kann dies nicht von vorneherein. Denn die Sicherstellung der Einhaltung der Schutzmaßnahmen durch die Mitarbeiter gehört grundsätzlich zu denjenigen Pflichten, die das Unternehmen treffen und die im betrieblichen Ablauf relevant werden. Nur, wenn man eine solche weitgehende Haftung der Unternehmensleitung für möglich erachtet, wird dem Schutzinstrumentarium der COVID-Gesetzgebung die nötige Bedeutung verliehen.

Daher scheint es jedenfalls nicht gänzlich undenkbar, dass sich Strafverfolgungsbehörden dieser Norm „bedienen“ werden, um der Einhaltung der COVID-19-relevanten Gesetze und Regelungen Nachdruck zu verleihen.

Um sich hier im Ernstfall **entlasten** zu können, sollte der Arbeitgeber, wie bereits oben eingehend beschrieben, nachweisen können, dass er (i) ein die grundsätzlichen Regelungen (insbesondere dem SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard) berücksichtigendes, allerdings (ii) auch auf sein Unternehmen adäquat zugeschnittenes Pandemiekonzept entwickelt und (iii) die erforderlichen Maßnahmen implementiert hat und dass er vor allem auch (iv) regelmäßig überprüft, ob die Mitarbeiter die getroffenen Vorgaben auch einhalten.

Nur so kann im Ernstfall der **Beweis zur Entlastung der Geschäftsleitung** geführt und eine persönliche Geldbuße für die Geschäftsleitung und eine Unternehmensgeldbuße verhindert werden.

Persönliche Haftung der Unternehmensleitung nach § 93 Abs. 2 S. 1 AktG

Parallel ist an eine potentielle Inanspruchnahme der Geschäftsleitung für Schäden des Unternehmens wegen nicht adäquat/nicht rechtzeitig getroffener **Schutz-, Vorsorge-, Risikomanagement und Business Continuity-Maßnahmen** zu denken und einer solchen Inanspruchnahme rechtzeitig vorzubeugen.

§ 93 Abs. 2 S. 1 i.V.m § 76 AktG sieht hierfür die rechtliche Grundlage einer **Inanspruchnahme der Geschäftsleitung**, die grundsätzlich gesamtschuldnerisch haftet, vor (ähnliche Regelungen finden sich für andere Gesellschaftsformen bspw. im GmbHG oder in der SE-Verordnung).

Auch vor diesem Hintergrund sollte frühzeitig über die Vornahme adäquater Maßnahmen nachgedacht werden, die allerdings neben den Arbeitnehmerschutzvorschriften auch klassische betriebswirtschaftliche Themen wie finanzielles Krisenmanagement, Solvenzplanung und Business Continuity-Management erfassen.

In diesem Zusammenhang sei vorsorglich darauf hingewiesen, dass die so genannte **Business Judgement Rule**, die zu einer Entlastung der Geschäftsleitung führen kann, im Fall von Rechtsverstößen – wie bspw. einem Verstoß gegen den SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard – nicht eingreift.

Potentielle strafrechtliche Verantwortung der Organe des Arbeitgebers

Neben der bereits aufgezeigten Haftung der Unternehmensleitung nach dem OWiG bzw. nach gesellschaftsrechtlichen Vorschriften, kommt gegebenenfalls auch eine echte persönliche, strafrechtliche Haftung der Unternehmensleitung in Betracht.

Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die COVID-Pandemie und die den Arbeitgeber in diesem Zusammenhang treffenden Schutz- und Fürsorgepflichten seinen Arbeitnehmern gegenüber. Eine Nichtbeachtung dieser Schutzpflichten könnte im Extremfall zur Verletzung einer strafrechtlichen Garantenpflicht des Arbeitgebers oder der Verwirklichung von Körperverletzungs- und Tötungsdelikten sogar durch fahrlässiges Unterlassen führen.

Strafrechtliche Garantenstellung des Arbeitgebers

Aus den bereits oben ausgeführten Schutz- und Fürsorgepflichten des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern (gegebenenfalls im ausgeprägtesten Fall aber auch gegenüber seinen Kunden und Lieferanten) könnte durchaus eine strafrechtliche Garantenstellung entlehnt werden, vgl. § 13 StGB.

Dies würde dazu führen, dass der Arbeitgeber zwei Pflichten hat, nämlich (i) die Gefahrenquelle einzudämmen (**Überwachergarant**) als auch (ii) seine Arbeitnehmer zu schützen (**Beschützergarant**).

Beides wird im Zusammenhang mit den Bekämpfungsmaßnahmen der COVID-Pandemie relevant. Eine solche strafrechtlich relevante **Garantenstellung** könnte bei Nichtergreifen der erforderlichen und für den jeweiligen Betrieb adäquaten Schutzmaßnahmen zu einer strafrechtlichen Verantwortung der Organe der Unternehmensleitung persönlich wegen Tötung durch Unterlassen oder Körperverletzung (gegebenenfalls sogar in schwerer Form mit Todesfolge) führen, im schlimmsten Fall drohen Haftstrafen.

Während sich eine solche Garantenstellung noch durchaus aus den Schutzpflichten des Arbeitgebers heraus begründen lässt, wird es in den meisten Fällen allerdings wohl am Nachweis einer kausalen Ansteckung im Betrieb/bei der Arbeitsausübung konkret durch nicht ausreichend getroffenen Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers fehlen. Hier kommt dem Arbeitgeber das Argument des **allgemeinen Lebensrisikos** zu Gute.

Auch dies ist am Ende aber eine Frage der Beweise: Wenn der Arbeitgeber nicht nachweisen kann, rechtzeitig die für seinen Betrieb adäquaten Schutzmaßnahmen ergriffen zu haben, wird es schwieriger hier eine Entlastung nachzuweisen. Daher gilt auch im Zusammenhang möglicher strafrechtlicher Überlegungen: **Ein gut ausgearbeitetes, umfangreiches**

Pandemiekonzept, das über die auch aus rechtlicher Sicht (insbesondere aus Sicht des SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards) adäquaten Maßnahmen verfügt, ist geeignet, einen Entlastungsbeweis umgehend herzustellen.

Auch und gerade vor diesem Hintergrund ist eine anwaltliche Begleitung des Pandemiekonzepts zur Verringerung strafrechtlicher Verantwortung und zur Sicherstellung jederzeitiger Entlastungsmöglichkeit und Verteidigungsbereitschaft dringend angeraten.



Diese Veröffentlichung enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden, und ist nicht dazu bestimmt, Grundlage für wirtschaftliche, rechtliche oder sonstige Entscheidungen zu sein. Die Deloitte Legal Rechtsanwalts-gesellschaft mbH oder deren verbundene Unternehmen (insgesamt das „Deloitte Netzwerk“) erbringen mittels dieser Veröffentlichung keine professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen. Keines der Mitgliedsunternehmen des Deloitte Netzwerks ist verantwortlich für Verluste jedweder Art, die irgendjemand im Vertrauen auf diese Veröffentlichung erlitten hat.

Ansprechpartner

Dr. Charlotte Sander

Partner

csander@deloitte.de

+49 (0)511 307559 536



Dr. Söntje Julia Hilberg

Partner

shilberg@deloitte.de

+49 (0)30 25468 225



Dr. Till Contzen

Partner

tcontzen@deloitte.de

+49 (0)69 719188 439



Dr. Sophie Bings

Counsel

sbings@deloitte.de

+49 (0)211 8772 4057



Johannes T. Passas

Partner

jpassas@deloitte.de

+49 (0)511 30755 9546



Felix Skala

Partner

fskala@deloitte.de

+49 (0)40 378 538 29



Felix Felleisen

Partner

ffelleisen@deloitte.de

+49 (0)211 8772 2553



Dr. Michael Fischer

Partner

mifischer@deloitte.de

+49 (0)89 290368902



Thomas Northoff

Partner

tnorthoff@deloitte.de

+49 (0)89 29036 8566



Dr. Markus Schackmann

Partner

mschackmann@deloitte.de

+49 (0)211 8772 3577



Deloitte.

Legal

Deloitte Legal bezieht sich auf die Rechtsberatungspraxen der Mitgliedsunternehmen von Deloitte Touche Tohmatsu Limited, deren verbundene Unternehmen oder Partnerfirmen, die Rechtsdienstleistungen erbringen.

Diese Veröffentlichung enthält ausschließlich allgemeine Informationen, die nicht geeignet sind, den besonderen Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden und ist nicht dazu bestimmt, Grundlage für wirtschaftliche oder sonstige Entscheidungen zu sein. Weder die Deloitte Legal Rechtsanwaltsgesellschaft mbH noch Deloitte Touche Tohmatsu Limited, noch ihre Mitgliedsunternehmen oder deren verbundene Unternehmen (insgesamt das „Deloitte Netzwerk“) erbringen mittels dieser Veröffentlichung professionelle Beratungs- oder Dienstleistungen. Keines der Mitgliedsunternehmen des Deloitte Netzwerks ist verantwortlich für Verluste jedweder Art, die irgendetwas im Vertrauen auf diese Veröffentlichung erlitten hat.

Deloitte bezieht sich auf Deloitte Touche Tohmatsu Limited („DTTL“), eine „private company limited by guarantee“ (Gesellschaft mit beschränkter Haftung nach britischem Recht), ihr Netzwerk von Mitgliedsunternehmen und ihre verbundenen Unternehmen. DTTL und jedes ihrer Mitgliedsunternehmen sind rechtlich selbstständig und unabhängig. DTTL (auch „Deloitte Global“ genannt) erbringt selbst keine Leistungen gegenüber Mandanten. Eine detailliertere Beschreibung von DTTL und ihren Mitgliedsunternehmen finden Sie auf www.deloitte.com/de/UeberUns.

Deloitte erbringt Dienstleistungen in den Bereichen Wirtschaftsprüfung, Risk Advisory, Steuerberatung, Financial Advisory und Consulting für Unternehmen und Institutionen aus allen Wirtschaftszweigen; Rechtsberatung wird in Deutschland von Deloitte Legal erbracht. Mit einem weltweiten Netzwerk von Mitgliedsgesellschaften in mehr als 150 Ländern verbindet Deloitte herausragende Kompetenz mit erstklassigen Leistungen und unterstützt Kunden bei der Lösung ihrer komplexen unternehmerischen Herausforderungen. Making an impact that matters – für die rund 312.000 Mitarbeiter von Deloitte ist dies gemeinsames Leitbild und individueller Anspruch zugleich.