

Blickwinkel:

DEUTSCHLAND

Herausgeber:

International SOS
Foundation



COVID-19

WAS HAT SICH
IM RAHMEN DER
FÜRSORGEPFLICHT
DES ARBEITGEBERS
VERÄNDERT?



Stand: Oktober 2021

Autoren:

hhu
Heinrich Heine
University Düsseldorf

KPMG
Law

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



VORWORT

Die Corona-Pandemie hat weitreichende Folgen für die Wirtschaft rund um den Planeten. Nach Angaben des KfW-Mittelstandspanel lag der durchschnittliche Umsatzrückgang im April 2020 im Vergleich zum durchschnittlichen Monatsumsatz bei 50%, der mittelständischen Betriebe bei rund 55% des Umsatzes.

Aber kommt das alles überraschend? Konnten wir uns nicht besser vorbereiten?

Erste Pandemien sind bereits seit der Antoninischen Pest (ca. 165-167 n. Chr.) tatsächlich belegt. Neben einer durch Influenzaviren verursachten Pandemie zählt z.B. auch AIDS zu dieser Kategorie, das (seit 1980) bisher etwa 25 Millionen Todesopfer forderte. Im 20. Jahrhundert ereigneten sich drei Influenzapanidemien: Die „Spanische Grippe“ 1918-1920 (bis zu 50 Millionen Tote), die „Asiatische Grippe“ 1957 (ca. 1 Million Tote) und die „Hongkong Grippe“ 1968 mit etwa 700.000 Toten. Die zwischen 2003 und Mitte 2007 aufgetretenen Fälle von aviärer Influenza mit A/H5N1- bzw. A/H7N7-Viren beim Menschen sind Zoonosen, d.h. die Influenzaviren verursachen eine Infektion bei Vögeln und können bei engem Kontakt vom Tier (Wildvögel oder Geflügel) auf den Menschen übertragen werden.

Corona bricht vermutlich im Herbst 2019 zum ersten Mal in China aus. Am 27. Januar 2020 gibt es den ersten Corona-Fall in Deutschland und bereits Ende Dezember 2020 gibt es in Deutschland die ersten Impfungen.

Allein seit 2010 gab es weltweit 17 Epidemien mit pandemischem Potential. Weitere Erreger wie SARS-, Nipah-, Dengue- oder das West-Nil-Virus stehen in den Startlöchern. Es ist nicht die Frage ob, sondern wann die nächste Pandemie kommt. Besonders kompliziert ist die Situation für Unternehmen, die weltweit tätig sind, Mitarbeiter:innen¹ entsenden und viele Dienstreisen durchführen. Sie müssen die weltweite Situation mit all ihren regionalen Ausbrüchen im Auge haben und ein gutes Travel Risk Management betreiben. Eine umfassende Gefährdungsbeurteilung für die beruflichen Auslandseinsätze ist die Grundlage der Planungen.

1

Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

2

vgl. Voßberg/Bayrak, Rechte und Pflichten deutscher Unternehmen gegenüber ihren Arbeitnehmern bei der Auslandsentsendung, Hrsg. International SOS Foundation, 2014, www.internationalsos.de/themen-und-publikationen/fuersorgepflicht, letzter Abruf 21.05.2021

Der Arbeitgeber hat – neben seinen allgemeinen Fürsorgepflichten gem. § 241 Abs. 2 BGB – Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers vor Gefahren nach § 618 BGB zu schützen. Bei Entsendungen in entlegene, schlecht versorgte Gebiete der Welt werden höhere Ansprüche an die Fürsorgepflicht (Duty of Care) des Arbeitgebers gestellt als allgemein. Eine Verletzung der Fürsorgepflicht kann zu Schadensersatzforderungen gegen den Arbeitgeber führen. Zu diesem Themenfeld hatte die International SOS Stiftung unter Mitwirkung der Kanzlei Dentons und der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung bereits die Schrift „Rechte und Pflichten deutscher Unternehmen gegenüber ihren Arbeitnehmern bei der Auslandsentsendung“ herausgegeben². Die hier nun vorliegende Schrift baut hierauf auf und legt ihren Fokus auf die speziellen Folgen der Corona-Pandemie.

Das Wissenschaftsmagazin Nature hat im Januar 119 Immunologen, Epidemiologen und Virologen aus 23 Ländern befragt. Ergebnis: 89 Prozent halten es für „wahrscheinlich“ oder „sehr wahrscheinlich“, dass das Coronavirus SARS-CoV2 endemisch wird. Das bedeutet, dass es auch in den kommenden Jahren regional zirkuliert. Das Virus auszulöschen ist in absehbarer Zeit unrealistisch. Somit müssen auch die Unternehmer sich weiterhin damit und mit den notwendigen Maßnahmen insbesondere für ihre Mitarbeiter im beruflichen Auslandseinsatz befassen. Die Ständige Impfkommission (STIKO) des RKI geht davon aus, dass die Impfungen gegen das Coronavirus im kommenden Jahr aufgefrischt werden müssen. Testen und Impfen gegen Corona werden uns also speziell im beruflichen Kontext in der nächsten Zeit begleiten.

Da die Entwicklungen rund um Corona und den damit verbundenen Vorgaben für die Betriebe sehr dynamisch sind, haben wir uns entschlossen diese Arbeitshilfe zu aktualisieren. So können Sie für Ihren Betrieb auch weiterhin die richtigen Entscheidungen treffen.

Düsseldorf, Oktober 2021

Silvester Siegmann,
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

DAS WICHTIGSTE IN KÜRZE



- Deutsche Unternehmen haben gegenüber ihren Mitarbeitern gem. § 241 Abs. 2 BGB im Allgemeinen und gem. § 618 BGB im spezielleren eine Fürsorgepflicht. Diese gilt unabhängig davon, ob sich der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz oder im Home-Office in Deutschland bzw. arbeitsbedingt im Ausland befindet.
- Für Mitarbeiter, die im Ausland eingesetzt werden, sind die Anforderungen an die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers höher einzustufen. Je länger der Einsatz im Ausland andauert, desto weitreichender können die Pflichten zudem ausfallen. Darüber hinaus sind zusätzlich lokale Gesetze zu beachten.
- Durch die Corona-Pandemie sind für den Arbeitgeber zum Schutz der Arbeitnehmer zusätzliche Verpflichtungen im Bereich der Arbeitssicherheit (SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung), der Impfungen und der Testung hinzugekommen.
- Die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung verlangt wirksame und koordinierte Maßnahmen zur Vermeidung von Personenkontakten und zur Sicherstellung eines ausreichenden Infektionsschutzes in der gesamten Arbeitswelt unabhängig von der Unternehmensgröße. Dazu zählen u.a. Mindestflächen und -abstände, Lüftungskonzepte, ein Home-Office-Angebot (maßgeblich für besonders schutzbedürftige Arbeitnehmer) sowie Mund-Nasen-Schutz.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

DAS WICHTIGSTE IN KÜRZE

- Für Mitarbeiter, die in Deutschland tätig sind, hat der Arbeitgeber nur in besonderen Ausnahmefällen das Recht, eine Impfung von seinen Mitarbeitern zu fordern. Eine Impfpflicht besteht nicht. Auch eine mittelbare Impfpflicht für Mitarbeiter, z.B. durch Gewährung von Vorteilen wie Impfprämien oder spezielle Zugangsrechte, wird der Arbeitgeber nur in Ausnahmefällen durchsetzen können. Ein Fragerecht nach der Impfung besteht – bis auf gesetzlich genannte Fälle – nicht.
 - Arbeitgeber in Deutschland sind verpflichtet, ihren Mitarbeitern, die nicht ausschließlich von zu Hause arbeiten, zweimal pro Kalenderwoche die Möglichkeit für Schnell- oder Selbsttests anzubieten.
 - Während ein erheblicher Teil der Fachliteratur verpflichtende Tests am Arbeitsplatz in Deutschland ohne konkrete Rechtsgrundlage für unzulässig hält, gibt es einen ersten Gerichtsentscheid, der eine Testpflicht für Arbeitnehmer für nicht offenkundig rechtswidrig hält. Hiernach hat der Arbeitnehmer gem. § 15 Abs. 1 ArbSchG die Verpflichtung, für die eigene, aber auch für die Sicherheit und Gesundheit von Personen zu sorgen, die von seinen Handlungen und Unterlassungen betroffen sind, d.h. Kunden, Geschäftspartner und Kollegen. Vor diesem Hintergrund kommt eine Pflicht zur Testung auch dann in Betracht, wenn diese nicht alle Corona-Infektionen zuverlässig anzeigen.
 - Werden Mitarbeitende hingegen im Ausland eingesetzt (Dienstreise oder Entsendung), besteht eine Impfpflicht, wenn im Zielland eine Impfung gesetzlich vorgeschrieben ist. Ebenso sind Testungen der reisenden Mitarbeiter durchsetzbar, wenn im Zielland eine Testpflicht besteht oder eine Testung zum Antritt bzw. zur Durchführung des Auslandseinsatzes erforderlich ist.
-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



Tina Nahrath

Rechtsanwältin,
Senior Manager im Bereich
Arbeitsrecht
KPMG Law Rechtsanwalts-
gesellschaft mbH, Berlin



Dipl.-Min. Silvester Siegmann, M. Sc.

Betriebssicherheitsmanagement
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf



**Sachka Stefanova-Behlert, LL.M.
(University of California, Berkeley)**

Rechtsanwältin, Fachanwältin
für Arbeitsrecht
Senior Manager
KPMG Law Rechtsanwalts-
gesellschaft mbH, Berlin

INHALT & AUTOREN

EINLEITUNG	7
RECHTLICHE GRUNDLAGEN	9
FÜRSORGEPLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN	11
1. ALLGEMEINE MASSNAHMEN.....	11
2. COVID-19 ARBEITSSCHUTZREGULARIEN.....	12
2.1 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung	
2.2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard und SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel	
3. IMPFUNG.....	15
3.1 Fragerecht des Arbeitgebers	
3.2 Keine Impfpflicht bzw. Impfung als Eignungs- voraussetzung für die Tätigkeit	
3.3 Nachteile bei Ablehnung einer Impfung/ „Mittelbare Impfpflicht“	
3.4 Positive Incentivierung von Geimpften	
3.5 Entschädigung nach dem IfSG	
3.6 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall	
3.7 Impfungen mit nicht in der EU zugelassenen Impfstoffen	
4. TESTUNG.....	24
4.1 Staatliche Testpflicht	
4.2 Betriebliche Testpflicht	
4.3 Mitbestimmungsrechte	
4.4 Arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Arbeitnehmer	
FÜRSORGEPLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ	30
1. FÜRSORGEPLICHT IM RAHMEN VON AUSLANDSDIENSTREISEN.....	30
1.1 Zulässigkeit der Anordnung von Dienstreisen in Risikogebiete	
1.2 Erforderliche Schutzmaßnahmen	
1.3 Impfpflicht bei Dienstreisen?	
2. FÜRSORGEPLICHT IM RAHMEN LÄNGERFRISTIGER AUSLANDSEINSÄTZE.....	35
2.1 Vertragliche Gestaltung der Auslandseinsätze	
2.2 Fürsorgepflichten des Arbeitgebers während der Pandemie vor Beginn des Auslandseinsatzes	
2.3 Fürsorgepflichten des Arbeitgebers während der Pandemie nach Beginn des Auslandseinsatzes	
BERUFSKRANKHEIT ODER ARBEITSUNFALL	45
HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN UND AUSBLICK	47
ANHANG	49

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



3

vgl. Edenfeld, Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen, NZA 2009, 938 ff.; Voßberg/Bayrak, Rechte und Pflichten deutscher Unternehmen gegenüber ihren Arbeitnehmern bei der Auslandsentsendung, Hrsg. International SOS Foundation, 2014, www.internationalsos.de/themen-und-publikationen/fuersorgepflicht, letzter Abruf 21.05.2021; Schlamp/Felisiak, Aktuelle Herausforderungen bei grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsätzen, SPA 2020, 105 ff.

EINLEITUNG

Schon immer hat die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für seine Beschäftigten das deutsche Arbeitsrecht geprägt. Teilweise hat die Rechtsprechung über den Fürsorgegesichtspunkt Pflichten des Arbeitgebers entwickelt, die später gesetzlichen Niederschlag fanden. So war beispielsweise schon vor Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeitnehmer vor einem feindlichen Arbeitsumfeld zu bewahren.

Anerkannt ist auch, dass gerade der Arbeits- und Gesundheitsschutz Ausfluss des Fürsorgegedanken sind: Der Arbeitnehmer, der aufgrund persönlicher Abhängigkeit für den Arbeitgeber tätig ist, ist in den Betrieb des Arbeitgebers eingegliedert, vgl. § 611a BGB. Aufgrund dieses Umstands ist der Arbeitnehmer den Gefahren des Arbeitsplatzes ausgeliefert – er kann sich diesen nur durch Aufgabe der Tätigkeit entziehen. Umso wichtiger ist es, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer, soweit möglich und dem Arbeitgeber zumutbar, vor den typischen Gefahren schützt.

Während es bis zum letzten Jahr so schien, als sei in diesem Bereich die rechtliche Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber weitgehend geklärt, hat sich dies durch die Corona-Pandemie geändert: Für den einzelnen Arbeitnehmer ist der Aufenthalt in ihm fremden Räumlichkeiten gemeinsam mit Kollegen mit einem Ansteckungsrisiko und damit dem Risiko der Erkrankung an COVID-19 verbunden. Für den Arbeitgeber stellt sich neben der Fürsorgepflicht für die Kollegen das Interesse an der Aufrechterhaltung des Betriebs, der Einhaltung von Lieferversprechen und die Sorge vor Schließungs- und Quarantäneanordnungen.

Unstreitig ist das Fortbestehen der oben genannten Fürsorgepflichten des Arbeitgebers im Rahmen von Auslandseinsätzen, dies unabhängig von der gewählten Vertragsstruktur des Einsatzes³. So hat der Arbeitgeber weiterhin seine Fürsorgepflichten sowohl im Rahmen von Dienstreisen als auch bei längerfristigen Einsätzen, wie klassischen Entsendungen, die in der Regel auf der Basis eines aktiven deutschen Arbeitsvertrages und einer ergänzenden Entsendevereinbarung erfolgen. Dasselbe gilt auch bei Einsätzen, bei denen der deutsche Arbeitsvertrag

ruhend gestellt wird und ein lokales Arbeitsverhältnis mit der Gastgesellschaft vorübergehend begründet wird. Zwar ruhen in diesem Fall die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis für den Zeitraum des Einsatzes, Nebenpflichten wie die Fürsorgepflichten bleiben hiervon unberührt.

Im Gegensatz zu den Fürsorgepflichten im Inland sind Fürsorgepflichten des Arbeitgebers im Ausland vom Umfang her seit je und eh mit wenig klaren Konturen versehen. Zwar beruhen auch diese auf den gleichen Rechtsgrundlagen wie die Fürsorgepflichten im Inland, dennoch erfahren sie einige Modifikationen u.a. aufgrund der Tatsache, dass die potenziellen Gefährdungen im Ausland liegen. Dies erfordert zwingend die Beachtung der dortigen Umstände. Aufgrund dieser Besonderheiten werden betroffene Mitarbeiter im Rahmen von Auslandseinsätzen in einem besonderen Maße als schützenswert angesehen⁴. Hinzu kommt die Verpflichtung zur Beachtung ausländischer Gesetze, mit der Folge, dass Fürsorgepflichten des Arbeitgebers im Ausland unter Umständen eine Modifikation erfahren.

Zu mehr Rechtssicherheit hat die Corona-Pandemie keinesfalls beigetragen. Vielmehr wirft sie neue Aspekte und Herausforderungen für den Arbeitgeber auf, die häufig pragmatisch, aber dennoch in einem rechtssicheren Kontext bewältigt werden müssen, um etwaige Haftungsrisiken zu minimieren. Auf diese Besonderheiten gehen wir nachfolgend im Kapitel „Fürsorgepflichten gegenüber Mitarbeitern im Auslandseinsatz“ ein.

⁴

so auch Edenfeld, Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen, NZA 2009, 939 f.; Voßberg/Bayrak, Rechte und Pflichten deutscher Unternehmen gegenüber ihren Arbeitnehmern bei der Auslandsentsendung, Hrsg. International SOS Foundation, 2014, www.internationalsos.de/themen-und-publikationen/fuersorgepflicht, letzter Abruf 21.05.2021

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

RECHTLICHE GRUNDLAGEN



Laut § 618 Abs. 1 BGB ist der Arbeitgeber zu Schutzmaßnahmen gegenüber seinen Arbeitnehmern verpflichtet. Diese Verpflichtung des Arbeitgebers wird im Arbeitsschutzgesetz konkretisiert.

Das Arbeitssicherheitsrecht ist Teil des Arbeitsschutzrechts. Zu unterscheiden sind grundsätzlich der sog. soziale Bereich und der technische Bereich des Arbeitsschutzrechtes. Während es beim sozialen Arbeitsschutz darum geht, den Arbeitnehmer in besonderen Situationen vor Druck durch den Arbeitgeber zu schützen (z.B Kündigungsschutz, Arbeitszeitrecht, Mutterschutz etc.), geht es beim technischen Arbeitsschutz um die Sicherheit am Arbeitsplatz selbst, um den Schutz vor gesundheitlichen Gefährdungen bei der Arbeit und/oder durch die Arbeit, insbesondere um die Verhinderung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten⁵.

Grundsätzlich wird der Arbeitsschutz geprägt durch staatliche Verordnungen, welche Grundvorgaben enthalten. Konkretisiert und ergänzt wird der Arbeitsschutz durch die Regelungen der Berufsgenossenschaften, insbesondere der Unfallverhütungsvorschriften (UVV). Dadurch wird ermöglicht, flexibler auf Änderungen des Wissensstands in Technik und Wissenschaft zu reagieren.

5

vgl. Küttner/Poeche, Personalbuch 28.
Auflage 2021, „Arbeitssicherheit/Arbeits-
schutz“ Rn. 1.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

RECHTLICHE GRUNDLAGEN

Im Zuge der Pandemie hat die Bundesregierung mit verschiedenen Regelungen die zu treffenden Schutzbestimmungen für Beschäftigte in Deutschland stetig konkretisiert. Die derzeit aktuellen Regelungen sind in der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) und im Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz - IfSG) niedergelegt.

Trotz der teilweise sehr konkreten Regelungen bleiben bei Arbeitgebern wie auch bei Beschäftigten nach wie vor viele Fragen offen. Dies gilt im Inland insbesondere für die Frage von Corona-Testungen und Impfungen, auf die im Folgenden besonders eingegangen wird.



COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers findet in verschiedenen Gesetzen ihren Niederschlag, ist zu großen Teilen jedoch richterrechtlich geprägt. Neben den bereits vor der Pandemie vorhandenen einschlägigen Gesetzen und Regelungen ist Ausdruck der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, die jeweils geltenden COVID-19 Arbeitsschutzregularien einzuhalten. Hierbei ist besondere Aufmerksamkeit geboten. Denn zum einen können sich die Regelungen in den einzelnen Bundesländern unterscheiden (und tun dies auch). Zum anderen ändern sich die geltenden Vorschriften in einer außergewöhnlichen Geschwindigkeit kontinuierlich entsprechend den staatlichen Reaktionen auf das Infektionsgeschehen.

1. ALLGEMEINE MASSNAHMEN

Auch im Zusammenhang mit Corona-Schutzmaßnahmen gilt insoweit der sog. **TOP**-Grundsatz des Arbeitsschutzrechts, der eine Priorisierung von Maßnahmenkonzepten vorgibt:

Technische Schutzmaßnahmen haben vor
Organisatorischen Schutzmaßnahmen und diese wiederum
haben vorrangig vor
Personenbezogenen Maßnahmen zu erfolgen.

Vor diesem Hintergrund erhalten Raumkonzepte, Lüftungsmaßnahmen und die Trennung von Teams eine besondere Bedeutung. Zu beachten ist jedoch, dass diese arbeitsschutzrechtlichen Regularien im Hinblick auf die Übertragbarkeit des Virus nicht wirklich passen. Da das Virus sich maßgeblich durch Aerosole überträgt, ist die Verpflichtung eine Maske zu tragen, deutlich besser geeignet als beispielsweise Trennscheiben und Abstandsregeln.

In den folgenden Abschnitten werden wir einige Schutzmaßnahmen gesondert würdigen.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



6

§ 3 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG; HK-ArbSchR/
Grüneberg/Kohte, BioStoffV Rn. 18

7

siehe auch Nr. 3.1.2 der TRBA 250

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

2. COVID-19 ARBEITSSCHUTZREGULARIEN

Die Verhinderung der weiteren Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 sowie seiner Mutationen erfordert wirksame und koordinierte Maßnahmen zur Sicherstellung eines ausreichenden Infektionsschutzes. Dies betrifft alle Lebenswelten und somit neben der privaten Lebenswelt auch die Arbeitswelt. Die Verantwortung für die Umsetzung aller Maßnahmen liegt hier bei den Arbeitgebern. Sie sind die Normadressaten im Arbeitsschutz im Sinne des Arbeitsschutzgesetzes (ArbSchG). Das zentrale Instrument ist die Gefährdungsbeurteilung, in der alle Einwirkungen am Arbeitsplatz erfasst, beurteilt und geeignete Maßnahmen festgelegt werden (§ 5 ArbSchG).

Die grundlegenden Pflichten der Arbeitgeber im Arbeitsschutz sind im ArbSchG festgelegt. Für Beschäftigte, die durch ihre berufliche Tätigkeit mit Infektionserregern in Kontakt kommen können, gilt in der Folge die Biostoffverordnung (BioStoffV). Diese Verordnung gilt grundsätzlich für Tätigkeiten mit Biologischen Arbeitsstoffen. Sie regelt Maßnahmen zum Schutz von Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten vor Einwirkungen durch diese Tätigkeiten. Auch hier ist die Gefährdungsbeurteilung das zentrale Instrument. Arbeitgeber sind turnusmäßig verpflichtet, die Gefährdungsbeurteilung zu wiederholen (§ 4 Abs. 2 Satz 2 BioStoffV). Eine zusätzliche Aktualisierung wird notwendig, wenn sich insbesondere bei den Risikogruppen 2-4 der BioStoffV Arbeitsbedingungen maßgeblich verändern oder neue fachliche Informationen vorliegen⁶. Ebenso verpflichtet die aktuelle pandemische Situation Arbeitgeber, permanent neue Informationen zum Coronavirus einzuholen⁷.

Das Infektionsschutzgesetz (IfSG) ist ein Bundesgesetz gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen. Zweck des Gesetzes ist es, übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern. Die hierfür notwendige Mitwirkung und Zusammenarbeit von Behörden des Bundes, der Länder und der Kommunen, Ärzten, Tierärzten, Krankenhäusern, wissenschaftlichen Einrichtungen sowie sonstigen Beteiligten soll entsprechend dem jeweiligen Stand der

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

§ 1 IfSG

8



FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

medizinischen und epidemiologischen Wissenschaft und Technik gestaltet und unterstützt werden⁸.

Für Beschäftigte im Gesundheitswesen, die durch ihre berufliche Tätigkeit mit Infektionserregern in Kontakt kommen können, wird die BioStoffV in den Technischen Regeln für Biologische Arbeitsstoffe (TRBA) konkretisiert. Die TRBA 250 und die TRBA 100 regeln primär die Maßnahmen zum Schutz Beschäftigter vor Infektionen in der Arbeitswelt für den Bereich Gesundheitswesen und Wohlfahrtspflege sowie in Laboratorien.

Der Ausschuss für Biologische Arbeitsstoffe (ABAS) hat auf Grundlage der vorhandenen epidemiologischen Daten SARS-CoV-2 aus präventiver Sicht in die Risikogruppe 3 der BioStoffV eingestuft. Mit Beschluss 6/2020 vom 1.10.2020 hat der ABAS die Empfehlung zu „Arbeitsschutzmaßnahmen bei Probenahme und Diagnostik von SARS-CoV-2“ verabschiedet, in der die wesentlichen Regelungen bzw. Maßnahmen im Zusammenhang mit der Probenahme und Diagnostik zusammenfassend dargestellt sind.

Infektionsmöglichkeiten reduzieren sich in der Arbeitswelt aber nicht nur auf den Bereich Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege. Fast alle Bereiche sind mehr oder weniger stark betroffen. Daher haben Staat und Unfallversicherungsträger weitreichende Regelungen und Maßnahmen erlassen, die von den Arbeitgebern im Unternehmen umzusetzen sind.

2.1 SARS-COV-2-ARBEITSSCHUTZVERORDNUNG (CORONA-ARBSCHV)

Die Bekämpfung und Verhinderung der weiteren Ausbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 erfordern wirksame und koordinierte Maßnahmen zur Vermeidung von Personenkontakten und zur Sicherstellung eines ausreichenden Infektionsschutzes in der gesamten Arbeitswelt unabhängig von der Unternehmensgröße. Die zeitlich befristete Verordnung hat zum Ziel, Infektionsrisiken mit dem Coronavirus bei der Arbeit zu minimieren.

Personenkontakte und die gleichzeitige Nutzung von Betriebs- und Pausenräumen durch mehrere Personen sollen auf das not-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

wendige Minimum reduziert werden. Die Corona-Arbeitsschutzverordnung enthält neu die Verpflichtung der Arbeitgeber, Beschäftigte über die Risiken einer COVID-19-Erkrankung und bestehende Möglichkeiten einer Impfung zu informieren, die Betriebsärzte bei betrieblichen Impfangeboten zu unterstützen sowie Beschäftigte zur Wahrnehmung von Impfangeboten freizustellen.

Betriebliche Hygienepläne sind zu erstellen und zu aktualisieren, umzusetzen sowie den Mitarbeitern in geeigneter Weise zugänglich zu machen. Ebenso sind die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregeln und die branchenbezogenen Praxishilfen der Unfallversicherungsträger heranzuziehen.

Zur Minderung des betrieblichen SARS-CoV-2-Infektionsrisikos hat der Arbeitgeber den Beschäftigten, soweit diese nicht ausschließlich in ihrer Wohnung arbeiten, mindestens zweimal pro Kalenderwoche kostenfrei einen Test in Bezug auf einen direkten Erregernachweis des Coronavirus SARS-CoV-2 anzubieten, der vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte zugelassen ist. Die Testangebote sind nicht erforderlich, soweit der Arbeitgeber durch andere geeignete Schutzmaßnahmen einen gleichwertigen Schutz der Beschäftigten sicherstellt oder einen bestehenden gleichwertigen Schutz nachweisen kann. Welche Anforderungen er an diese Maßnahmen genau stellt, erläutert der Verordnungstext allerdings nicht. Nachweise über die Beschaffung von Tests und Vereinbarungen mit Dritten über die Testung der Beschäftigten hat der Arbeitgeber bis zum Ablauf der Gültigkeit der Verordnung aufzubewahren.

Der Arbeitgeber kann den Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten bei der Festlegung der erforderlichen Schutzmaßnahmen berücksichtigen, eine entsprechende generelle Auskunftspflicht der Beschäftigten besteht jedoch nicht.

Betriebsbedingte Kontakte und die gleichzeitige Nutzung von Räumen durch mehrere Personen müssen weiterhin auf das notwendige Minimum reduziert bleiben. Dazu kann auch Homeoffice weiterhin einen wichtigen Beitrag leisten.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



9

www.bmas.de

10

www.baua.de

11

§ 5 ArbSchG

12

§ 4 ArbSchG

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

Arbeitgeber müssen mindestens medizinische Gesichtsmasken zur Verfügung stellen, wo andere Maßnahmen keinen ausreichenden Schutz gewähren.

Auch während der Pausenzeiten und in Pausenbereichen muss der Infektionsschutz gewährleistet bleiben.

2.2 SARS-COV-2-ARBEITSSCHUTZSTANDARD UND SARS-COV-2-ARBEITSSCHUTZREGEL

Sie beschreiben ein betriebliches Maßnahmenkonzept für zeitlich befristete zusätzliche Maßnahmen zum Infektionsschutz vor SARS-CoV-2. Die aktuelle Version des Arbeitsschutzstandards ist auf der Seite des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales (BMAS) verfügbar⁹. Die aktuelle Version der Arbeitsschutzregel ist auf der Seite der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) zu finden¹⁰. Der Arbeitsschutzstandard enthält den Bezug zur Arbeitsschutzregel mit Konkretisierung der notwendigen Maßnahmen. Ebenfalls wird auf die branchenspezifischen Konkretisierungen der Unfallversicherungsträger hingewiesen. Arbeitgeber haben die Schutzmaßnahmen zu prüfen und zu ergreifen. Sie finden Unterstützung in den vorhandenen und bewährten Strukturen und Regelwerken des Arbeits- und Gesundheitsschutzes, z. B. bei den Fachkräften für Arbeitssicherheit und Betriebsärzten. Wie sonst im Arbeitsschutz ist die Grundlage aller Maßnahmen des Standards eine Gefährdungsbeurteilung¹¹ (§ 5 ArbSchG). Anhand dieser sind in den Betrieben die AHA+L-Regel (Abstand, Hygiene, Atemschutz und Lüften) umzusetzen. Es gilt auch hier das TOP-Prinzip¹² (Technik – Organisation – Persönlich wirkende Maßnahmen). Die Dokumentation der Gefährdungsbeurteilung wg. SARS-CoV-2 kann gesondert erfolgen oder in bestehende Gefährdungsbeurteilungen integriert werden.

3. IMPFUNG

Als einer der Hauptpfeiler in der Pandemiebekämpfung gilt gemeinhin das Impfen. Offensichtlich ist, dass der Erfolg maßgeblich – neben der Wirksamkeit der Impfstoffe (auch gegen Mu-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

FÜRSORGEPLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

tanten) und ihrer Verfügbarkeit – von der Impfbereitschaft der Bevölkerung abhängt.

Dies wird immer dann besonders bedeutsam, wenn Menschen aus unterschiedlichen sozialen Gruppierungen (gezwungenermaßen) zusammenkommen. Für die erwachsene Bevölkerung findet ein solches Zusammenkommen vor allem am Arbeitsplatz statt, so dass der Schutz von Kollegen, aber auch Kunden eine große Bedeutung hat.

Insoweit ist zu klären, was die Rechte und Pflichten von Arbeitgebern und Arbeitnehmern in diesem Zusammenhang sind. Im Folgenden wird unterstellt, dass die Impfungen zumindest einen nicht zu vernachlässigenden auch fremdschützenden Charakter haben.

3.1 FRAGERECHT DES ARBEITGEBERS

Grundsätzlich gehört der sog. Impfstatus zu den Gesundheitsdaten, die nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO besonders geschützt sind. Eine diesbezügliche Datenverarbeitung ist nur zulässig, wenn ausnahmsweise besondere Voraussetzungen erfüllt sind. Dies kommt nach der hier vertretenen Auffassung beispielsweise dann in Betracht, wenn zu prüfen ist, ob der Arbeitgeber eine Entschädigung für die verhängte Quarantäne zu leisten hat. Denkbar ist auch, dass ein solches Fragerecht dann besteht, wenn es um die konkrete Tätigkeit geht – etwa ein Arbeitnehmer engen Kontakt mit einer Person mit besonderem Risiko hat, die ihrerseits nicht geimpft werden kann. Eine solche Situation ist aber nur in besonderen Ausnahmefällen denkbar. Ein generelles Fragerecht des Arbeitgebers ist abzulehnen¹³. Eine gesetzliche Ausnahme hierzu regelt § 23a IfSG für bestimmte Berufsgruppen. Ein Fragerecht zum Impfstatus wurde den Arbeitgebern zum Zweck des Infektionsschutz im Bereich der Kitas, Schulen und Pflegeheime eingeräumt. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass ein Fragerecht in allen anderen Fällen nur in extremen Ausnahmefällen bestehen kann. Dies gilt insbesondere auch deshalb, weil es sich hierbei um ein Gesundheitsdatum handelt, das besonderem Schutz unterliegt.

13

so auch Naber/Schulte, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis und die Frage nach dem Impfstatut, Newsdienst Compliance 2021, 230004; vgl. auch Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, ArbRAktuell, 2021, 61, 64

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

14

vgl. Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 81 ff.; Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, ArbRAktuell, 2021, 61 ff.; Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers? COVuR 2021, 66 ff.; Fuhlrott/Fischer, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, NJW 2021, 657 ff.; Bayer, Impfpflicht, Corona-Test, Corona-Pass – Möglichkeiten zur schrittweisen Rückkehr an den Arbeitsplatz, ArbRAktuell 2021, 233 ff.

15

so auch Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 81, 83; dieselben, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis und die Frage nach dem Impfstatut, Newsdienst Compliance 2021, 230004

16

vgl. Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 81, 83; dieselben, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis und die Frage nach dem Impfstatut, Newsdienst Compliance 2021, 230004; Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers? COVuR 2021, 66, 67; noch differenzierter mit überzeugenden Argumenten Fuhlrott/Fischer, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, NJW 2021, 657, 659

17

so auch Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, ArbRAktuell, 2021, 61, 62

18

so auch Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers? COVuR 2021, 66

FÜRSORGEPLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

3.2 KEINE IMPFPFLICHT BZW. IMPFUNG ALS EIGNUNGSVORAUSSETZUNG FÜR DIE TÄTIGKEIT

Feststeht, dass es keine Impfpflicht für Arbeitnehmer gibt. Hierzu besteht auch Einigkeit in der wissenschaftlichen Literatur¹⁴.

Solange gesetzlich keine Regelungen getroffen werden, kann auch durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Arbeitsvertrag oder gar per Direktionsrecht keine Impfpflicht begründet werden. Denn eine Impfung ist von hoher Grundrechtsrelevanz:

Zum einen tangiert sie erheblich die Selbstbestimmung des Einzelnen, unter Umständen vielleicht auch die Weltanschauung. In jedem Fall beeinträchtigt eine Impfung die körperliche Integrität eines Arbeitnehmers – schon dadurch, dass der Einstich erfolgt und eine Flüssigkeit injiziert wird. Erheblicher jedoch ist die Beeinträchtigung der Gesundheit des Arbeitnehmers: der – gerade beabsichtigte – Effekt einer Impfung ist ja eine körperliche Reaktion des Arbeitnehmers, die bei jedem unterschiedlich ausfällt und mitunter dazu führt, dass der Geimpfte für einige Tage erkrankt. Neben diesen „normalen“ Wirkungen der Impfung besteht darüber hinaus das Risiko erheblicher Nebenwirkungen für den Einzelnen. Daher können weder der einzelne Arbeitgeber noch die Tarifparteien einen Arbeitnehmer zu einer Impfung verpflichten, insbesondere, weil eine Corona-Impfung – anders als etwa die Feststellung einer körperlichen Eignung – für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses nicht notwendig ist¹⁵. Teilweise wird diskutiert, ob für bestimmte Berufsgruppen wie Pflegende Berufe u. U. die Interessenabwägung auch anders verlaufen kann und das Interesse des Arbeitgebers wie der Kunden/ Patienten das des einzelnen Arbeitnehmers, nicht geimpft zu werden, überwiegt und eine Impfpflichtanordnung sogar nach § 23 IfSG geboten sei¹⁶. Hierfür spricht, dass nach § 23a IfSG nach dem Impfstatus gefragt werden darf. Grundsätzlich obliegt es allerdings dem Gesetzgeber, eine solche Impfpflicht für bestimmte Berufsgruppen vorzuschreiben¹⁷. Dass dies grundsätzlich möglich ist, zeigen die Regelungen zur Masernimpfung. Streng genommen ist auch diese aber keine „Pflichtimpfung“, sondern eine Berufseignungsvoraussetzung¹⁸. Über die gegen dieses Gesetz eingereichten Verfassungsbeschwerden hat das Bundesverfas-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

19

BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11. Mai 2020 - 1 BvR 469/20 und 1 BvR 470/20 - NJW 2020, 1946

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

sungsgericht noch nicht entschieden, die gegen die Umsetzung des Gesetzes gerichteten Eilanträge allerdings zurückgewiesen¹⁹ und damit zumindest eine offensichtliche Grundrechtswidrigkeit verneint.

Soweit der Arbeitgeber ohne „Rückendeckung“ eine solche Verpflichtung implementiert, besteht ein erhebliches Risiko, dass er bei Ablehnung der Arbeitsleistung in Annahmeverzug gerät. Wenn allerdings entsprechende Empfehlungen von zuständigen Gremien vorliegen und eine Beschäftigung des Arbeitnehmers tatsächlich ohne Impfung nicht erfolgen kann (was nur in absoluten Ausnahmefällen in Betracht kommen dürfte), kann dies zwar nicht gänzlich ausgeschlossen werden. Jedoch dürfte regelmäßig selbst in Fällen, in denen der Arbeitgeber nach § 23a IfSG nach dem Impfstatus fragen darf, nur ein Ausschluss von bestimmten Tätigkeiten ergeben.



3.3 NACHTEILE BEI ABLEHNUNG EINER IMPFUNG/ „MITTELBARE IMPFPFLICHT“

Fraglich ist, ob es zulässig ist, wenn Nicht-Geimpfte Nachteile gegenüber Geimpften haben und damit eine „mittelbare Impfpflicht“ geschaffen wird. Bevor wir uns im Folgenden der Frage zuwenden, in wieweit dies im Arbeitsverhältnis möglich und relevant werden kann, ist zunächst ein in der öffentlichen Diskussi-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



20

so beispielsweise Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 81, 84 f.; a. A. wohl Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, ArbRAktuell, 2021, 61, 63; Bayer, Impfpflicht, Corona-Test, Corona-Pass – Möglichkeiten zur schrittweisen Rückkehr an den Arbeitsplatz, ArbRAktuell 2021, 233, 235

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

on immer wieder aufkommendes Missverständnis auszuräumen. Bei den weit überwiegenden Diskussionspunkten bei einer unterschiedlichen Behandlung von Geimpften gegenüber (noch) Nicht-Geimpften geht es nicht um den Ausschluss Nicht-Geimpfter, sondern um die Wiederherstellung der Grundrechte Geimpfter, für deren Vorenthaltung die Rechtfertigung fehlt, sobald der Geimpfte für das Pandemiegeschehen keine Bedeutung mehr hat.

Maßnahmen, die der Wiederherstellung von Grundrechten dienen, sind per se nicht nur zulässig, sondern durch das Grundgesetz zwingend geboten, sobald die Rechtfertigung ihrer Einschränkung oder des Eingriffs weggefallen sind. Um derartige Maßnahmen kann es daher nicht gehen, wenn es um eine mittelbare Impfpflicht geht.

Aber auch hier gilt: Es ist der Staat, der die Grundrechte seiner Bürger im Hinblick auf die Corona-Pandemie ein- und beschränkt.

Zu klären ist daher allein die Frage, ob der Arbeitgeber **nach** dem Wegfall etwaiger Beschränkungen für **alle** unabhängig von ihrem Impfstatus seinerseits bestimmte Angebote (wie etwa die Nutzung der Kantine) nur für Geimpfte macht.

Wie oben gezeigt, ist die Entscheidung für oder gegen die Impfung grundsätzlich freiwillig. Daher besteht ein hohes Risiko, dass eine Vorgabe des Arbeitgebers, Nicht-Geimpfte von bestimmten Einrichtungen auszuschließen, als ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot gesehen wird²⁰, der darauf verweist, dass Zutrittsbeschränkungen sich aus der Verpflichtung des Arbeitgebers zum Infektionsschutz ergäben.

Nach hier vertretener Auffassung ist auch insoweit eine Abwägung notwendig. Eine Differenzierung zwischen Geimpften und Nicht-Geimpften dürfte wohl erst dann in Betracht kommen, wenn theoretisch jeder geimpft sein könnte. In einem solchen Fall greift zumindest der Fürsorgegedanke des Arbeitgebers für die Beschäftigten nicht: Denn diese können jeweils frei entschei-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

21

a. A. wohl Fuhlrott/Fischer, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, NJW 2021, 657, 660 f.

22

vgl. für die Masern auch § 20 Abs. 9 IfSG

23

a. A. wohl, allerdings beschränkt auf wenige Ausnahmefälle, Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, ArbRAktuell, 2021, 61, 62; Fuhlrott/Fischer, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, NJW 2021, 657, 660

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

den, ob sie sich impfen lassen oder nicht und die Geimpften sind vor potentiellen Übertragungen durch Nicht-Geimpfte weitgehend geschützt. Daher dürfte eine Differenzierung nur in wenigen Ausnahmefällen zulässig sein. Dies könnte allerdings dann anders sein, wenn nur Impfstoffe zur Verfügung stehen, die eingeschränkt vor einer Infektion und/oder Erkrankung schützen, etwa weil das Virus mutiert. Wenn in einer solchen Situation der Pandemie von Geimpften deutlich weniger Gefahr ausgeht, erscheint es vertretbar, Nicht-Geimpfte von bestimmten Situationen auszuschließen – etwa von der Teilnahme an einer Weihnachtsfeier. Dies dürfte aber nur in Ausnahmesituationen und nicht dauerhaft geschehen. Ein dauerhafter Ausschluss oder soziale Ausgrenzung von Nicht-Geimpften wäre unter Umständen auch als Benachteiligung aufgrund der Weltanschauung nicht im Einklang mit dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz²¹, unabhängig davon aber auch dem sozialen Miteinander im Arbeitsalltag nicht zuträglich. Denkbar ist es aber, die Teilnahme an bestimmten Veranstaltungen (z.B. der Weihnachtsfeier) nur unter Nachweis des „3G-Status“ zuzulassen. Jedoch ist auch dies in den Einzelheiten umstritten.

Arbeitsrechtliche Sanktionen wie eine Abmahnung wären nur dann möglich, wenn eine Impfpflicht bestünde bzw. vereinbart werden könnte. Da dies nach der hier vertretenen Auffassung jedenfalls nach geltendem Recht nicht der Fall ist, kommt dies auch nicht in Betracht. Aus demselben Grund scheidet auch grundsätzlich eine personenbedingte Kündigung, wenn der Gesetzgeber eine Impfung nicht zur Eignungsvoraussetzung macht²², fehlt diese nicht für die Tätigkeit²³.

3.4 POSITIVE INCENTIVIERUNG VON GEIMPFTEN

Möchte ein Arbeitgeber die Impfquote im Betrieb erhöhen, ist ggf. auch daran zu denken, positive Anreize zu setzen. Neben der Förderung der Impfung über die Betriebsärzte wie bei der Grippeimpfung und entsprechenden Aufklärungsprogrammen kommen vor allem finanzielle Anreize in Form einer Impfprämie in Betracht. Möchte ein Arbeitgeber eine Impfprämie ausloben, sind Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats jedenfalls nach § 87 Abs. 1 Nrn. 7 und 10 BetrVG zu beachten. Im Übrigen ist um-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

24

so Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, ArbRAktuell, 2021, 61, 63; Fuhlrott/Fischer, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, NJW 2021, 657, 660

25

so Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 81, 85; Bayer, Impfpflicht, Corona-Test, Corona-Pass – Möglichkeiten zur schrittweisen Rückkehr an den Arbeitsplatz, ArbRAktuell 2021, 233, 235

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

stritten, ob eine solche Prämie zulässig wäre²⁴ oder ob die Nichtgewährung als Maßregelung zu sehen wäre²⁵. Hierbei dürfte es entscheidend auf die Ausgestaltung der Prämie ankommen. Allerdings ist insoweit auch zu berücksichtigen, dass der Arbeitgeber auf diese Weise erfährt, wer in seinem Unternehmen geimpft ist, obwohl er auf diese Information keinen Anspruch hat. Dies unterscheidet eine solche Prämie von einer Nichtraucherprämie (bei der der Arbeitnehmer eine gelegentliche Zigarette vielleicht verheimlichen kann) oder anderen Präventivleistungen. Vor diesem Hintergrund besteht unseres Erachtens ein erhebliches Risiko dahingehend, dass Arbeitsgerichte eine solche Prämie für rechtswidrig halten. Da im Fall der ungerechtfertigten Benachteiligung auch dem Benachteiligten, also dem Nicht-Geimpften, die Leistung zu gewähren ist, wäre der Arbeitgeber im Ergebnis verpflichtet, die Prämie allen zu gewähren. Vor diesem Hintergrund ist einem vorsichtigen Arbeitgeber zur Zurückhaltung zu raten. Denkbar ist beispielsweise eine Prämie von eher symbolischem Charakter, etwa in Form eines geringfügigen Gutscheins. Hierbei ist nicht davon auszugehen, dass die Vorenthaltung eines solchen Gutscheins unzulässigen Druck auf die Willensbildung des Arbeitnehmers ausübt. Selbst wenn aber ein Gericht von einer verbotenen Maßregelung ausginge, bliebe das finanzielle Risiko für den Arbeitgeber überschaubar.

3.5 ENTSCHÄDIGUNG NACH DEM IFSG

Nach § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ist im Fall der Quarantäne grundsätzlich keine Entschädigung zu gewähren, wenn der Infizierte die Quarantäne durch eine öffentlich empfohlene Impfung hätte verhindern können. Es ist allerdings noch nicht gesichert, wie die Impfstoffe wirken. Nach derzeitigen Erkenntnissen scheiden Geimpfte über einen kürzeren Zeitraum und insgesamt weniger Viren ab, was dafür spricht, dass sie künftig keinen Quarantäneanordnungen mehr unterliegen könnten. Wie sich dies mittel- und langfristig – auch unter Berücksichtigung möglicher Mutationen – gestaltet, ist noch unklar. Die Gesundheitsministerkonferenz hat entschieden, dass künftig keine Ersatzleistung mehr gezahlt werden soll, wenn Ungeimpfte in Quarantäne kommen. Die Länder haben mit der Umsetzung dieser Entscheidung begonnen.



COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

26

vgl. Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg (Hrsg.), Lohnfortzahlung, Corona und Datenschutz, 30.09.2021, www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2021/10/Positionspapier_Lohnfortzahlung_Rechtslage.pdf

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

Die geänderte Praxis der Behörden ist auch für den Arbeitgeber von Bedeutung. Denn dieser zahlt zunächst den Entschädigungsanspruch an den unter Quarantäne gestellten Arbeitnehmer aus und hat einen Rückerstattungsanspruch gegenüber dem Staat. In praktischer Sicht ist daher künftig eine enge Abstimmung mit den zuständigen Behörden zu empfehlen. Fraglich bleibt aber, wie der Arbeitgeber an die Information gelangt, ob er einen Rückforderungsanspruch gegenüber dem Staat hat. Wie erläutert, besteht in den meisten Unternehmen kein allgemeines Fragerecht nach dem Impfstatus. Wie mit diesem Widerspruch umzugehen ist, ist ungeklärt. In einem Positionspapier hat der Landesdatenschutzbeauftragte des Landes Baden-Württemberg die Position eingenommen, dass die notwendige Klärung der Zahlungsverpflichtung den Arbeitgeber berechtige, im Einzelfall die Impfung zu erfragen. So erlangte Daten müssten allerdings unverzüglich auch wieder gelöscht werden. Eine Pflicht zur Mitwirkung des Arbeitnehmers bestehe – anders als in den gesetzlich normierten Fällen der Auskunftspflicht – jedoch gerade nicht. Es handle sich jedoch um eine sog. Obliegenheit des Arbeitnehmers, so dass dieser etwaige Konsequenzen der fehlenden Offenlegung (wie ggf. Wegfall der Lohnfortzahlung) tragen müsse²⁶.

Zu beachten ist jedoch, dass diese Auffassung nicht identisch mit der Praxis und Rechtsauffassung aller Behörden ist. Es ist daher festzuhalten, dass der Arbeitgeber in der schlechten Situation steckt, entweder zu zahlen (und das Risiko einzugehen, die Leistung nicht zurückzuerhalten) oder die Zahlung erst nach Impfnachweis vorzunehmen (und das Risiko eines Datenschutzverstoßes einzugehen). Hier ist dringend geboten, dass die Politik die handwerklichen Fehler bei der Gesetzgebung behebt und Klarheit schafft.

Teilweise wird diskutiert, ob der Arbeitgeber auch dann, wenn er keine Ersatzleistung vom Staat erhält, Lohnfortzahlung nach § 616 BGB zu leisten hat. Zu beachten ist zunächst, dass dies jedenfalls dann nicht in Betracht kommt, wenn § 616 BGB vertraglich ausgeschlossen ist. Unabhängig davon spricht aber viel gegen die Anwendung von § 616 BGB in diesem Fall. § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG hat den Sinn und Zweck, dass nicht die Solidargemeinschaft für Quarantänekosten/-verluste aufkommt, wenn diese Quarantäne

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

durch Inanspruchnahme einer empfohlenen Impfung hätte vermieden werden können. Es ist nicht einzusehen, warum gerade der – zufällige – Arbeitgeber des Ungeimpften diese Last zu tragen hat und nicht derjenige, der die Entscheidung (aus welchen persönlichen Gründen auch immer) getroffen hat. Auch spricht nach der hier vertretenen Auffassung einiges dafür, dass § 56 Abs. 1 IfSG eine spezielle Norm ist, die den Sachverhalt der Lohnersatzansprüche im Quarantänefall abschließend regelt. Hiernach wäre ein Rekurren auf § 616 BGB ausgeschlossen. Diese Frage ist jedoch noch nicht gerichtlich geklärt. Für den Arbeitgeber bleibt es daher risikobehaftet, die Lohnfortzahlung im Quarantänefall von einem Impfnachweis abhängig zu machen.

3.6 ENTGELTFORTZAHLUNG IM KRANKHEITSFALL

Anders ist dies im Fall der Erkrankung. Ist der Betroffene nicht nur in Quarantäne, sondern erkrankt tatsächlich, bleibt der Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers auch dann erhalten, wenn dieser ungeimpft ist. Zwar dürfte der Arbeitgeber auch zukünftig im Hinblick auf die hohe Infektiosität von SARS-CoV-2 von der Erkrankung erfahren, nach herrschender Meinung hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber über eine Infektion zu informieren. Auch sind in der Rechtsprechung Fälle des „Verschuldens gegen sich selbst“ bekannt. Verschulden gegen sich selbst bedeutet jedoch nach der Rechtsprechung einen gröblichen Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten²⁷. Bei einer Erkrankung liegt typischerweise kein Verschulden gegen sich selbst vor, insbesondere ist dem Arbeitnehmer mangelnde Prävention nicht in diesem Sinne vorzuwerfen²⁸. Darüber hinaus ist selbst nach einer Impfung nicht mit letzter Sicherheit ausgeschlossen, dass der Geimpfte nicht doch erkrankt. Es ist daher nicht davon auszugehen, dass eine fehlende Impfung als Eigenverschulden der Krankheit anzusehen ist. Für dieses Ergebnis spricht auch, dass – anders als in § 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG – kein Ausschluss des Anspruchs bei fehlender Inanspruchnahme von Schutzimpfungen geregelt ist²⁹.

²⁷

vgl. Schmitt, Entgeltfortzahlungsgesetz, 8. Auflage 2018, § 3 Rn. 124; Münchener Kommentar zum BGB/Müller-Glöge, 8. Auflage 2020, § 3 EFZG Rn. 36; Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Spengler, Arbeitsrecht 4. Auflage 2017, § 3 EFZG Rn. 31

²⁸

Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Spengler, a.a.O. Rn. 31; Schmitt, a.a.O. Rn. 137

²⁹

so auch Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 81, 85

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

3.7 IMPFUNGEN MIT NICHT IN DER EU ZUGELASSENEN IMPfstOFFEN

Immer wieder taucht die Frage auf, was mit Mitarbeitern ist, die im Ausland mit nicht in der EU zugelassenen Impfstoffen geimpft wurden. In den aktualisierten STIKO-Empfehlung zur COVID-19-Impfung vom 17. September 2021 heißt es dazu:

„Personen, die im Ausland bereits mit nicht in der EU zugelassenen COVID-19-Impfstoffen geimpft wurden, benötigen gemäß aktueller Rechtslage und unter Berücksichtigung der altersentsprechenden Impfeempfehlungen eine erneute Impfsérie, um in der EU den Status als Geimpfte zu erlangen. In solchen Fällen sollen die zu impfenden Personen darauf hingewiesen werden, dass vermehrte lokale und systemische Reaktionen auftreten können. Die impfenden ÄrztInnen werden gebeten, auf das Auftreten verstärkter Impfreaktionen aktiv zu achten und diese ggf. an das Paul-Ehrlich-Institut zu melden.“

4. TESTUNG

Viel diskutiert wird allerdings derzeit die Frage, ob der Arbeitgeber verpflichtend Tests für seine Arbeitnehmer (in Präsenz) anordnen darf.

4.1 STAATLICHE TESTPFLICHT

Sofern Bund oder Länder eine Testpflicht für Arbeitnehmer in ihren Verordnungen bzw. Gesetzen vorsehen oder vorsehen sollten, ist auch der Arbeitgeber gehalten, diese Verpflichtung entsprechend zu konkretisieren und ggf. auch deren Einhaltung zu kontrollieren. Teilweise gibt es in den Ländern solche Testpflichten in bestimmten Branchen oder für bestimmte Personengruppen mit Kundenkontakt.

Teilweise wird eine solche Testpflicht für Arbeitnehmer kritisch gesehen. Zitiert wird von den Kritikern insbesondere eine Entscheidung des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs³⁰. Der Bayerische VGH hat jedoch ausdrücklich nur gerügt, dass die Bay-

30

VGH München v. 02.03.2021 - 20 NE 21353
- BeckRS 2021, 3413

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

erische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung, aus der sich die Testpflicht ergibt, sich für verdachtsunabhängige Testungen nicht auf § 29 IfSG stützen dürfe. Diese letztgenannte Vorschrift regelt die Beobachtung von Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern. Ausdrücklich offen gelassen hat das Gericht aber, ob die Testpflicht auf eine andere Norm gestützt werden könnte. Nur drei Tage nach der Entscheidung des Bayerischen VGH wurde die Verordnung leicht modifiziert und sieht nun in § 9 Abs. 2 Nr. 4 12. BayIfSMG die Errichtung eines Testkonzepts für regelmäßige Testungen vor.

Es ist aus Sicht der Verfasser kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass aus Infektionsschutzgründen vom Gesetzgeber keine verpflichtenden Tests für Arbeitnehmer angeordnet werden dürften. Der Eingriff ist im Verhältnis zu den Vorteilen der Erkennung von sog. Clustern und damit der Unterbrechung von Infektionsketten verhältnismäßig. Das Zögern der Politik dürfte wohl eher auf nicht primär rechtlichen Sorgen beruhen. Denn für Schülerinnen und Schüler besteht die Testpflicht bereits. Im Hinblick auf das Infektionsgeschehen dürfte sich ein Produktionsbetrieb von einem Klassenzimmer nicht wesentlich unterscheiden. Verpflichtende (Selbst)tests für Schüler wurden seitens der Rechtsprechung jedoch schon gebilligt³¹.

4.2 BETRIEBLICHE TESTPFLICHT

Solange und soweit der Gesetzgeber jedoch keine Verpflichtung für die Testung von Arbeitnehmern schafft, bleibt zu klären, ob Arbeitgeber ihrerseits weitergehende Maßnahmen ergreifen können und zum Schutz der Gesundheit ihrer (anderen) Arbeitnehmer und der Funktionsfähigkeit ihres Betriebs ihre Arbeitnehmer zu Tests verpflichten können.

Während ein erheblicher Teil der Fachliteratur (und die ganz überwiegenden Stimmen in den Medien) verpflichtende Tests am Arbeitsplatz ohne konkrete Rechtsgrundlage für unzulässig halten³², hat das ArbG Offenbach in der, soweit ersichtlich, bisher einzigen Gerichtsentscheidung zu dieser Frage, eine Testpflicht für Arbeitnehmer jedenfalls für „nicht offenkundig rechtswidrig“ gehalten³³.

31

vgl. OVG Bautzen v. 31.03.2021 - 3 B 105/21 - BeckRS 2021, 8818; OVG Magdeburg v. 21.04.2021 - 3 R 97/21 - BeckRS 2021, 8327

32

vgl. Bayer, Impfpflicht, Corona-Test, Corona-Pass – Möglichkeiten zur schrittweisen Rückkehr an den Arbeitsplatz, ArbRAktuell 2021, 233 ff.; a. A. Müller/Becker, Verpflichtende Corona-Tests im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2021, 201 ff.

33

ArbG Offenbach v. 03.02.2021 - 4 Ga 1/21 - BeckRS 2021, 5523

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

34

vgl. BeckOK Arbeitsschutzrecht/Gallasch,
5. Edition Stand 01.04.2021, Rn. 30 f.

35

vgl. Wernecke, Die Corona Testpflicht für
Unternehmen kommt – Ein Überblick,
www.cmshs-bloggt.de/arbeitsrecht/die-corona-testpflicht-fuer-unternehmen-kommt-ein-ueberblick/, letzter Abruf 25.04.2021;
Mühlberger, Coronavirus (COVID-19) –
welche Rechte und Pflichten haben jetzt
Arbeitnehmer und Arbeitgeber?,
www.ms-concept.de/news/coronavirus/,
letzter Abruf 29.04.2021; [www.noerr.com/
de/newsroom/news/corona-tests-in-unternehmen-wann-mussen-und-wann-duerfen-arbeitgeber-einen-corona-test-verlangen](http://www.noerr.com/de/newsroom/news/corona-tests-in-unternehmen-wann-mussen-und-wann-duerfen-arbeitgeber-einen-corona-test-verlangen),
letzter Abruf 29.04.2021

36

ähnlich auch Wernecke, Testpflicht vs. Impf-
pflicht: Was dürfen Arbeitgeber anordnen?,
www.cmshs-bloggt.de/arbeitsrecht/testpflicht-vs-impfpflicht-was-duerfen-arbeitgeber-anordnen/, letzter Abruf 25.04.2021

FÜRSORGEPLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

Festzuhalten ist insoweit zunächst, dass der Arbeitgeber nach § 618 Abs. 1 BGB zu Schutzmaßnahmen gegenüber seinen Arbeitnehmern verpflichtet ist. Diese Verpflichtung des Arbeitgebers, die im Arbeitsschutzgesetz konkretisiert wird, korrespondiert mit einer Verpflichtung des Arbeitnehmers nach § 15 Abs. 1 ArbSchG, für ihre eigene, aber auch die Sicherheit und Gesundheit von Personen zu sorgen, die von ihren Handlungen und Unterlassungen bei der Arbeit betroffen sind. Dies sind neben Kunden und Geschäftspartnern natürlich auch die Kollegen des Arbeitnehmers³⁴.

Vor diesem Hintergrund kommt eine Pflicht zur Testung auch dann in Betracht, wenn diese nicht alle Corona-Infektionen zuverlässig anzeigen. Denn auch dann, wenn nur ein Teil der Infektionsketten im Betrieb unterbrochen wird, schützt dies zumindest einen Teil der Kollegen vor einer Infektion. Anders als die Impfung dienen die Tests nicht nur der Prävention, sondern der möglichen Feststellung einer unmittelbaren Erkrankung bzw. Infektion.

Jedenfalls sog. anlassbezogene Tests, wenn aufgrund Kontakts zu Corona-Infizierten, Symptomen oder der Rückkehr aus einem Risikogebiet ein erhöhtes Risiko einer Infektion besteht, werden, soweit ersichtlich, mehrheitlich für zulässig gehalten³⁵.

Doch auch ohne einen konkreten Anlass können Testanordnungen zulässig sein. Dies gilt, obwohl auch nach § 15 Abs. 1 Satz 2 ArbSchG vom Arbeitnehmer nur ihm zumutbare Maßnahmen bzw. Duldungen erwartet werden können.

Eine Testpflicht durch den Arbeitgeber dürfte jedenfalls auch dann zulässig sein, wenn die Arbeitnehmer eng mit gefährdeten Dritten, etwa in der Pflege, zusammenarbeiten oder auch eine besondere körperliche Nähe, etwa bei Kosmetik, Physiotherapie, zu anderen Personen einnehmen müssen³⁶. In solchen Situationen besteht entweder eine besondere Fürsorgepflicht des Arbeitgebers für die ihm anvertrauten Personen oder aber es fehlt die Möglichkeit, Abstandsregelungen zu anderen Personen einzuhalten.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

Nach Auffassung der Verfasser besteht aber eine ähnliche Situation auch in vielen Betrieben. In Produktionsunternehmen, Logistikcentern etc. ist Home-Office nicht möglich, die Arbeitnehmer verrichten körperliche Arbeit, selbst Abstandsregeln können nicht immer eingehalten werden. Hier bieten Tests zusätzlich zu Masken einen weiteren Schutz. Dem gegenüber stehen einem Arbeitnehmer, der sich nicht testen lassen möchte, das allgemeine Persönlichkeitsrecht, insbesondere sein Recht an den Gesundheitsdaten sowie das Recht auf körperliche Unversehrtheit zur Seite.

Wenngleich das OVG Bautzen in der oben genannten Entscheidung zu den Schulen schon den Eingriff in die körperliche Unversehrtheit verneinte, soweit es sich um Selbsttests handelt, dürfte ein Eingriff wohl nicht völlig auszuschließen sein. Im Vergleich zu den Folgen einer möglichen Ansteckung wäre dieser Eingriff jedoch nicht unverhältnismäßig.

Schwerwiegender ist eine mögliche Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Die Information über eine Infektion mit SARS-CoV-2 ist ein – nach der DSGVO³⁷ und dem BDSG³⁸ besonders geschütztes – Gesundheitsdatum. Allerdings gibt der Test – bei ordnungsgemäßer Verwendung – nur Auskunft darüber, ob eine mögliche Infektion vorliegt oder nicht. Zu dieser Information ist der Arbeitnehmer (wenn er es weiß) jedoch gegenüber

³⁷
Datenschutzgrundverordnung

³⁸
Bundesdatenschutzgesetz



COVID-19

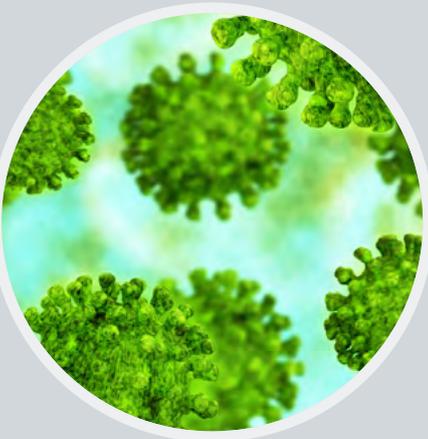
WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

39

vgl. auch bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten-Corona/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html, letzter Abruf 29.04.2021

40

Auf dieses – wohl eher praktisch fernliegende – Risiko weisen Müller/Becker, Verpflichtende Corona-Tests im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2021, 201, 202 hin.



FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

dem Arbeitgeber aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht ohnehin verpflichtet³⁹. Denn nur dann kann der Arbeitgeber seinen Organisations- und Schutzpflichten nachkommen.

Während bei Tests, die durch Dritte durchgeführt werden, theoretisch die Möglichkeit besteht, dass das Probenmaterial beispielsweise auch auf DNA getestet wird⁴⁰, ist dies jedenfalls bei einem Selbsttest ausgeschlossen. Bei diesen behält der Arbeitnehmer die Kontrolle darüber, was geschieht und kann sicherstellen, dass das Probenmaterial nicht anderweitig verwendet wird.

Zuzugeben ist allerdings, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist, grundsätzlich auch das Recht umfasst, Dinge gerade nicht zu wissen. Dieses sog. Recht auf Nichtwissen würde durch einen verpflichtenden Test nicht nur beeinträchtigt, sondern unmöglich gemacht: Es gibt keine Möglichkeit, dass der Arbeitnehmer das Testergebnis nicht erfährt.

Jedoch ist bei SARS-CoV-2 zu beachten, dass es sich – jedenfalls derzeit – nicht nur um eine hochinfektiöse, sondern auch neue Krankheit handelt, gegen die das menschliche Immunsystem noch keine natürliche Antwort hat. Daher muss das Recht auf Nichtwissen hinter dem Recht des Arbeitgebers, die Kollegen zu schützen und seinen Betrieb bestmöglich aufrecht zu halten, nach hier vertretener Auffassung zurückstehen.

Jedenfalls bei der Form des Selbsttests, die weder mit einem intensiven körperlichen Eingriff noch einem besonders schweren Eingriff in den Datenschutz verbunden ist, sprechen daher sehr gute Argumente für eine Zulässigkeit der Anordnung solcher Tests. Dies gilt jedenfalls dann, wenn Arbeitnehmer über einen längeren Zeitraum in einem Raum sein müssen.

Im Hinblick auf die möglicherweise drohenden Annahmeverzugsansprüche ist einem vorsichtigen Arbeitgeber dennoch zu raten, weitere Entscheidungen von Arbeitsgerichten abzuwarten.

COVID-19

WAS HAT SICH
IM RAHMEN DER
FÜRSORGEPFLICHT
DES ARBEITGEBERS
VERÄNDERT?

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER IN DEUTSCHLAND ANGESTELLTEN MITARBEITERN

4.3 MITBESTIMMUNGSRECHTE

Will ein Arbeitgeber eine Testpflicht einführen, sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats in jedem Fall zu beachten.

4.4 ARBEITSRECHTLICHE KONSEQUENZEN FÜR DEN ARBEITNEHMER

Ist die Testpflicht rechtmäßig angeordnet, darf der Arbeitgeber die Arbeit des Arbeitnehmers ablehnen, ohne in Annahmeverzug zu geraten. Ebenso sind Abmahnungen und – je nach Situation – auch verhaltensbedingte Kündigungen möglich.

COVID-19

WAS HAT SICH
IM RAHMEN DER
FÜRSORGEPFLICHT
DES ARBEITGEBERS
VERÄNDERT?

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ



Wie eingangs erwähnt, steht der Arbeitgeber bei der Umsetzung der Fürsorgepflichten gegenüber Mitarbeitern im Auslandseinsatz teilweise vor anderen Herausforderungen als gegenüber lokal angestellten Mitarbeitern. Deutsche Unternehmen können auch belangt werden für Schadensfälle von Mitarbeitern im beruflichen Auslandseinsatz bzw. auf Dienstreisen insbesondere in Staaten außerhalb der EU. Bei Dienstreisen und Auslandseinsätzen in pandemischen Zeiten erlangt dies für die Unternehmen eine besondere Bedeutung.

1. FÜRSORGEPFLICHTEN IM RAHMEN VON AUSLANDSDIENSTREISEN

Bei den Fürsorgepflichten gegenüber Mitarbeitern im Auslandseinsatz ist zwischen Dienstreisen und längerfristigen Einsätzen zu differenzieren. So sind die Fürsorgepflichten des Arbeitgebers bei längerfristigen Einsätzen in der Regel vielfältiger als im Rahmen von Dienstreisen. Zudem kann die Interessenabwägung, welche bei der Prüfung der Rechtmäßigkeit verschiedener Schutzmaßnahmen des Arbeitgebers in der Regel erforderlich ist, je nach der Dauer des Einsatzes anders ausfallen.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

41

§ 106 GewO

42

siehe hierzu Schlamp/Felisiak, Dienstreisen in Zeiten von Corona, SPA 2020, 185

43

vgl. Stück, Corona COVID-19 und Compliance: Aktuelle arbeitsrechtliche Aspekte zur präventiven und repressiven Bewältigung der viralen Herausforderungen, CCZ 2020, 210; Sagan/Brockfeld, Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NJW 2020, 1115

44

vgl. Stück, Corona COVID-19 und Compliance: Aktuell arbeitsrechtliche Aspekte zur präventiven und repressiven Bewältigung der viralen Herausforderung, CCZ 2020, 210

45

vgl. hierzu ausführlich Arnold, Dienstreisen und Corona-Pandemie, NZA 2021, 240 ff.

46

siehe hierzu auch Schlamp/Felisiak, Dienstreisen in Zeiten von Corona, SPA 2020, 185

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

1.1 ZULÄSSIGKEIT DER ANORDNUNG VON DIENSTREISEN IN RISIKOGEBIETE

Bei kurzfristigen Einsätzen wie Dienstreisen liegt der Schwerpunkt der zu ergreifenden Schutzmaßnahmen durch den Arbeitgeber in der Regel im Vorfeld des Einsatzes. Grundsätzlich darf der Arbeitgeber Dienstreisen durch die Ausübung des Direktionsrechts⁴¹ anordnen, sofern die Reisetätigkeit im Arbeitsvertrag vereinbart ist bzw. mit der geschuldeten Arbeitsleistung verbunden ist (z. B. Reparaturtätigkeit an Maschinen, die im Ausland vertrieben werden). Aufgrund der bestehenden Pandemie muss der Arbeitgeber angesichts der bestehenden Gesundheitsgefährdung zwingend überprüfen, ob Dienstreisen überhaupt erforderlich sind⁴². Insbesondere könnte die arbeitgeberseitige Anordnung von Dienstreisen in gefährliche Gebiete aufgrund eines erhöhten Infektionsrisikos für den Mitarbeiter unbillig sein⁴³. Folglich hätte der Arbeitnehmer im Fall einer Pandemie, die mit einer objektiv erheblichen persönlichen Gefahr für Gesundheit und Leben verbunden ist, sowie der entsprechenden Reisewarnung für das Einsatzland ein Leistungsverweigerungsrecht gem. § 275 Abs. 3 BGB⁴⁴.

1.2 ERFORDERLICHE SCHUTZMASSNAHMEN

Sofern die Auslandsdienstreise unvermeidlich ist (z. B. dringende Reparatur einer Maschine), muss der Arbeitgeber alle geeigneten Schutzmaßnahmen treffen, um etwaige Schadenersatzansprüche des Mitarbeiters bzw. Regressansprüche seitens des Krankenversicherungsträgers im Falle der Infektion des Mitarbeiters abzuwenden⁴⁵. Zu den Schutzmaßnahmen gehören die Bereitstellung von Schutzausrüstungen wie Desinfektionsmittel, Mund-Nasen-Bedeckungen sowie die Unterrichtungen der Mitarbeiter über mögliche Gefahren und deren Minimierungsmöglichkeiten.

Zudem ist der Arbeitgeber verpflichtet, den Arbeitnehmer während einer gesetzlich angeordneten Quarantänepflicht nach Einreise im Gastland sowie nach Rückkehr im Heimatland zu vergüten sowie für gesetzlich vorgesehene Maßnahmen, wie z. B. medizinische Untersuchungen und Vorlage negativer Tests, die Kosten zu tragen⁴⁶.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

47

so Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2021, 62; Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 82 ff.

48

so ähnlich Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 83

49

so ähnlich Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 83

50

siehe hierzu die Ankündigungen des Weißen Hauses vom 24. November 2021 betreffend den Wegfall für Einreisebeschränkungen u.a. für Einreisende aus der Europäischen Union im Falle eines Impfnachweises, zitiert in New York Times (www.nytimes.com/2021/09/22/travel/us-international-travel-vaccine.html)).

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

1.3 IMPFPFLICHT BEI DIENSTREISEN?

Das wirksamste Schutzmittel wäre nach heutigen Erkenntnissen die Impfung der reisenden Mitarbeiter. Wie bereits im Rahmen der Fürsorgepflichten gegenüber lokal angestellten Mitarbeitern erörtert, besteht derzeit keine gesetzliche Impfpflicht für Arbeitnehmer in Deutschland. Eine Impfpflicht kann der Arbeitgeber nach der einhelligen Auffassung auch nicht per Direktionsrecht anordnen. Diesbezüglich fehlt es in den meisten Fällen an einem berechtigten Interesse des Arbeitgebers, welches im Rahmen der gebotenen Abwägung gegenüber dem Recht auf körperliche Unversehrtheit des Mitarbeiters gem. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG besonders schwer wiegt⁴⁷. Im Rahmen von Auslandsdienstreisen könnte diese grundsätzliche Abwägung zu einem anderen Ergebnis führen.

Sofern im Ausland eine gesetzliche Impfpflicht besteht bzw. die Einreise nur nach Vorlage eines Impfnachweises möglich ist, lässt sich durchaus argumentieren, dass das Direktionsrecht auch eine Impfverpflichtung für reisende Mitarbeiter umfasst⁴⁸. Das berechtigte Interesse des Arbeitgebers könnte hier in seinen gesteigerten Schutzpflichten gegenüber den im Ausland tätigen Arbeitnehmern sowie in der Erfüllung einer gesetzlichen Pflicht gesehen werden. Auf der anderen Seite könnte man zu einer Impfpflicht für den im Ausland tätigen Arbeitnehmer über seine Treuepflichten gelangen⁴⁹. Genauso wie der Arbeitgeber ist auch der Arbeitnehmer im Rahmen von Auslandseinsätzen verpflichtet, lokale Gesetze zu beachten. In diesem Zusammenhang ist zu erwähnen, dass immer mehr Länder bereit sind, aufgrund der COVID-Pandemie bestehenden Einreisebeschränkungen bei geimpften Reisenden aufzulockern⁵⁰.

Ohne eine gesetzliche Impfpflicht im Ausland dürfte die Anordnung des Arbeitgebers an den reisenden Mitarbeiter, sich vor der Tätigkeit im Ausland impfen zu lassen, aufgrund der Schwere des Grundrechtseingriffs unbillig sein. Insbesondere kann sich der Arbeitgeber nicht auf Schutzpflichten gegenüber anderen Mitarbeitern bzw. Kunden vor Ort berufen. Diesen gegenüber hat der Arbeitgeber keine derartigen Fürsorgepflichten. Ebenfalls kann der Arbeitgeber nicht darauf verweisen, dass der Kun-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

51

vgl. Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 85 mit Hinweisen zur Rechtsprechung



52

vgl. Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2021, 63; Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, NZA 2021, 85

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

de im Ausland den Zutritt zu seinem Betrieb nur für geimpftes Personal gestattet. In dieser Problemkonstellation muss der Arbeitgeber in erster Linie, nach noch vorherrschender Auffassung, auf eine Lösung im Rahmen seiner Vertragsbeziehung mit dem Kunden hinwirken⁵¹. Inwieweit diese Auffassung vor dem Hintergrund, dass immer mehr Länder Impfpflichten für Erwachsene einführen (siehe z.B. Tadschikistan, Turkmenistan) bzw. Unternehmen gestatten, Mitarbeitern Impfpflicht vorzuschreiben (z.B. USA), noch aufrechterhalten werden kann, ist fraglich.

Da dennoch eine Impfpflicht nach deutschem Recht ohne entsprechende lokale Verpflichtung bisher unzulässig bleibt, ist der Arbeitgeber derzeit auf Maßnahmen zur Förderung der Impfbereitschaft im Rahmen von Dienstreisen zu verweisen, um rechtskonform zu handeln. Solche Maßnahmen ziehen nach sich einen deutlich geringeren Grundrechtseingriff nach sich.

So könnte der Arbeitgeber überlegen, die Impfung gegen die COVID-19-Erkrankung zur Voraussetzung der Teilnahme an erforderlichen Dienstreisen zu machen. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die unterschiedliche Behandlung von Mitarbeitern im Rahmen von Dienstreisen gerechtfertigt ist bzw. ob die Gestattung von Dienstreisen in Risikogebiete nur im Falle geimpfter Mitarbeiter eine zulässige arbeitgeberseitige Schutzmaßnahme darstellt. Insbesondere kann eine solche Maßnahme auf die gesteigerten Schutzpflichten des Arbeitgebers gegenüber im Ausland tätigen Mitarbeitern sowie seinem wirtschaftlichen Interesse an der Vermeidung von Erkrankungen von Mitarbeitern gestützt werden. In der Literatur werden teilweise Bedenken im Hinblick auf das Maßregelungsverbot gem. § 612a BGB geäußert, wenn nicht geimpfte Mitarbeiter aufgrund einer Ungleichbehandlung Vorteile bzw. Rechte vorenthalten werden⁵². Diese Bedenken dürften bei der überwiegenden Anzahl an Auslandsdienstreisen nicht bestehen, da die Teilnahme an einer Dienstreise kein Vorteil für den Arbeitnehmer darstellt. Zudem scheidet regelmäßig ein Anspruch auf die Genehmigung von Dienstreisen aus. Hingegen wäre der Ausschluss nicht geimpfter Mitarbeiter von Dienstreisen nur dann unzulässig, wenn diese aufgrund dieser Maßnahme an der Ausübung der Tätigkeit gehindert werden (z.B. bei Service-Personal, welches ausschließlich im Ausland eingesetzt wird).

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

53

vgl. § 4 ArbMedVV i.V.m. Anhang Teil 4.1.2

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

Hiervon unberührt bleibt die Verpflichtung zur arbeitsmedizinischen Pflichtvorsorge gem. Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge bei Tätigkeiten in Tropen, Subtropen und sonstige Auslandsaufenthalte mit besonderen klimatischen Belastungen und Infektionsgefährdungen⁵³. Diese Verpflichtung gilt auch für Dienstreisen. Abweichend von § 3 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 7 ArbMedVV dürfen auch Ärzte oder Ärztinnen beauftragt werden, die zur Führung der Zusatzbezeichnung Tropenmedizin berechtigt sind. Die arbeitsmedizinische Vorsorge geht jedoch nicht so weit, eine Pflicht für den Arbeitnehmer, sich zu untersuchen bzw. gar sich zu impfen, zu begründen. Es handelt sich vielmehr in erster Linie um ein Beratungsgespräch. Eine Untersuchung bzw. Impfung dürfen nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgen. Der Arbeitgeber erfährt lediglich, dass der Arbeitnehmer an der Pflichtvorsorge teilgenommen hat. Dennoch könnte das Beratungsgespräch aufgrund der jetzigen Situation eine große Rolle spielen, dies insbesondere auch bei impfunwilligen Mitarbeitern.



COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

54

vgl. Edenfeld, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen, NZA 2009, 940



FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

2. FÜRSORGEPFLICHTEN IM RAHMEN LÄNGERFRISTIGER AUSLANDSEINSÄTZE

Anders als bei Dienstreisen gestaltet sich die Situation bei längerfristigen Einsätzen. Insbesondere sind die Fürsorgepflichten aufgrund der Dauer des Einsatzes vielfältiger. Eine besondere Bedeutung kommt dabei den Fürsorgepflichten während des Einsatzes zu. Weitere Besonderheiten können sich aus der vertraglichen Gestaltung der Auslandseinsätze ergeben.

2.1 VERTRAGLICHE GESTALTUNG DER AUSLANDSEINSÄTZE

Im Rahmen der vertraglichen Gestaltung muss zwischen Arbeitnehmern, die aufgrund einer deutschen Entsendevereinbarung eingesetzt werden (sog. entsandte Mitarbeiter) und solchen, die aufgrund einer lokalen Vereinbarung tätig werden (sog. lokalisierte Mitarbeiter) unterschieden werden. Im letzteren Fall wird der deutsche Arbeitsvertrag ruhend gestellt. In beiden Fällen wirken die Fürsorgepflichten des deutschen Arbeitgebers weiter. Im Falle lokalisierter Mitarbeiter kommen die Fürsorgepflichten des ausländischen Arbeitgebers hinzu, was unter Umständen zu kollidierenden Pflichten führen kann⁵⁴. Sollte der Auslandseinsatz auf der Basis eines lokalen Vertrages erfolgen, unterliegt der Arbeitnehmer lokalen Vorschriften, einschließlich einer nach lokalem Recht zulässigen Impfpflicht (wie z.B. bei Einsätzen in den USA). Diese sind für die Bestimmung der Fürsorgepflichten des lokalen Arbeitgebers maßgeblich. Dies vorausgeschickt stellt sich – genauso wie im Falle von in Deutschland angestellten Mitarbeitern – die Frage nach dem konkreten Umfang der Fürsorgepflichten bei Einsätzen in der Pandemie und hieraus resultierenden spezifischen Schutzmaßnahmen seitens des Arbeitgebers im Hinblick auf den Einsatzort im Ausland sowohl im Vorfeld des Einsatzes als auch während des Einsatzes. Darüber hinaus hat der deutsche Arbeitgeber und der Mitarbeiter zwingende Vorschriften des Einsatzlandes und lokale Pflichten zu beachten, ungeachtet dessen, ob der Einsatz auf der Basis einer deutschen Entsendevereinbarung oder eines lokalen Vertrages erfolgt. Im Falle eines lokalen Vertrages unterliegt der Mitarbeiter sonstigen lokalen Vorschriften des Einsatzlandes.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

Die nachfolgenden Erörterungen werfen einen vertieften Blick auf Besonderheiten im Rahmen der Fürsorgepflichten bei längerfristigen Einsätzen.

2.2 FÜRSORGEPFLICHTEN DES ARBEITGEBERS WÄHREND DER PANDEMIE VOR BEGINN DES AUSLANDSEINSATZES

Ähnlich wie bei Dienstreisen ergibt sich aus den Fürsorge- und Schutzpflichten des Arbeitgebers die Pflicht zu überprüfen, ob der Einsatz erforderlich ist. Bei längerfristigen Einsätzen ist die Erforderlichkeit in der Regel gegeben. Gerade der Ausbruch der Pandemie zwang viele Arbeitgeber, die bestehende Struktur der Auslandseinsätze aufgrund der vielfältigen und sich fortlaufend ändernden Einreise- und Quarantänebeschränkungen intern neu zu überdenken und bei der Notwendigkeit von Arbeitsleistungen im Ausland längerfristige Einsätze anstelle regelmäßiger Kurzreisen in Erwägung zu ziehen⁵⁵.

Im Bereich präventiver Schutzmaßnahmen können – anders als bei Dienstreisen – deutlich strengere Schutzvorkehrungen geboten sein. Bereits vor dem Ausbruch der Pandemie war anerkannt, dass zu den Fürsorgepflichten des Arbeitgebers vor Beginn des Einsatzes die umfassende Aufklärung des Mitarbeiters über Gefahren vor Ort, welche das Leben und die Gesundheit des Mitarbeiters beeinträchtigen können, sowie entsprechende Hilfestellung gehören⁵⁶. Einen weiteren Schwerpunkt bildet die gesundheitliche Überprüfung des Mitarbeiters einschließlich Überprüfung des bestehenden Impfschutzes, vor allem bei Einsätzen in Länder mit einem hohen Infektionsrisiko bzw. einer medizinischen Versorgung, welche deutlich von den Standards im Heimatland abweicht. Für bestimmte Krankheiten (z. B. Tetanus, Diphtherie, Polio oder Hepatitis A) ist die Überprüfung des Impfschutzes aus arbeitsmedizinischer Sicht anerkannt⁵⁷. Wie oben erwähnt, ist der Arbeitgeber explizit verpflichtet, eine arbeitsmedizinische Pflichtvorsorge bei Tätigkeiten in Tropen, Subtropen und sonstige Auslandsaufenthalte mit besonderen klimatischen Belastungen und Infektionsgefährdungen⁵⁸ zu veranlassen. Er erfährt jedoch nur, dass der Arbeitnehmer an der Pflichtvorsorge teilgenommen hat, nicht ob er sich hat untersuchen lassen (Recht auf informationelle Selbstbestimmung).

55

siehe hierzu Stefanova-Behlert/Menghi, The impact of the Covid-19 pandemic on posted workers: the new posting framework, Robert Schumann Foundation, European Issue Nr. 591

56

vgl. Edenfeld, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen, NZA 2009, 940

57

vgl. Edenfeld, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen, NZA 2009, 941

58

vgl. § 4 ArbMedVV i.V.m. Anhang Teil 4.1.2.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

59

abrufbar unter [www.internationalsos.de/
themen-und-publikationen/arbeitsmedizinische-vorsorge](http://www.internationalsos.de/themen-und-publikationen/arbeitsmedizinische-vorsorge)

60

siehe hierzu Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2021, 62 mit Verweis auf die aktuelle Rechtsprechung des BVerfG zu gesetzlichen Impfpflichten gegen Masern

61

siehe hierzu EGMR, Urteil vom 08.04.2021, AktZ: 47621/13

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

Diese Informationen dokumentiert lediglich der Arzt für seine eigenen Unterlagen.

Weiterführende Informationen betreffend erforderlicher arbeitsmedizinischer Vorsorge sowie Schutzimpfungen für alle Länder weltweit sind in der von International SOS herausgegebenen Länderliste enthalten⁵⁹.

Heutzutage ist es nichts Ungewöhnliches, Regelungen betreffend der Teilnahme an medizinischen Voruntersuchungen im Vorfeld eines Einsatzes und arbeitgeberseitige Kostentragungspflichten für die Untersuchung und Herbeiführung eines erforderlichen Impfschutzes in unternehmensinternen Entsenderichtlinien bzw. individuellen Entsende- bzw. Ruhendstellungsverträgen zu finden.

Was die Impfung gegen COVID-19 anbetrifft, ist zu differenzieren. Sofern im Gastland eine gesetzliche Impfpflicht besteht, wäre die Anordnung zur Impfung vor dem Beginn des Einsatzes nach Auffassung der Verfasser nicht unbillig.

Grundsätzlich dürfen keine rechtlichen Bedenken gegen eine gesetzliche Pflicht zur Impfung gegen COVID-19 im Einsatzland bestehen. Zum einen sind gesetzliche Impfpflichten gegen ansteckende Krankheiten auch in Deutschland nicht per se verfassungswidrig⁶⁰. Zum anderen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte vor kurzem bestätigt, dass der Eingriff in das Recht auf Privatleben im Zusammenhang mit gesetzlichen Impfpflichten gegen bekannte Kinderkrankheiten angemessen ist⁶¹. Vor diesem Hintergrund erscheint äußerst fragwürdig, wenn sich der Arbeitgeber zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit seiner Mitarbeiter weigert, gesetzlichen Impfpflichten im Einsatzland Folge zu leisten. Die Tatsache, dass sich die Bundesregierung nicht dafür entschieden hat, eine gesetzliche Impfpflicht gegen COVID-19 einzuführen, dürfte in diesem Kontext vorerst keine Rolle spielen.

Sollte keine Impfpflicht vor Ort bestehen, steht der Arbeitgeber vor der ähnlichen Problematik wie im Falle von lokal tätigen Mitarbeitern bzw. bei Mitarbeitern auf Dienstreisen. Zugegebener-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ



62

Art. 12 Abs. 1; Art. 14 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG

maßen sind die Fürsorgepflichten und somit die berechtigten Interessen des Arbeitgebers bei längerfristigen Einsätzen deutlich stärker als bei Dienstreisen. Ob diese dennoch ausreichen, um den Eingriff zu rechtfertigen, ist allerdings zweifelhaft, zumal weniger einschneidende Maßnahmen bei einer Zuspitzung der Lage im Einsatzland denkbar sind, z.B. Rückholpflicht des Arbeitgebers. Auf jeden Fall verbleibt ein großer Unsicherheitsfaktor für den Arbeitgeber. Vor diesem Hintergrund ist es für den Arbeitgeber ratsam, den Fokus auf Maßnahmen zur Förderung der Impfbereitschaft zu setzen. Hierzu gehören die Sensibilisierung und Aufklärung des Mitarbeiters als Mindestmaßnahme. Denkbar wäre auch, die Impfung gegen COVID-19 bei Einsätzen in Risikogebieten zur Voraussetzung der Entsendung zu machen. Ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot gem. § 612a BGB dürfte ausscheiden, da einen Anspruch auf einen Auslandseinsatz in der Regel nicht gegeben ist. Aufgrund der Dauer des Einsatzes und der Umstände im Einsatzland hat der Arbeitgeber deutlich berechtigtere Interessen, solche Maßnahmen zu ergreifen. Zum einen geht es um gesteigerte Schutzpflichten gegenüber dem im Ausland tätigen Mitarbeiter. Zum anderen geht es um den Schutz der wirtschaftlichen Interessen des Arbeitgebers, insbesondere seines Rechts auf wirtschaftliche Betätigung⁶².

Ungeachtet einer Impfpflicht verlangen derzeit viele Länder, sollte eine Einreise derzeit überhaupt gestattet werden, das Vorliegen eines negativen Tests sowie die anschließende Quarantäne. Je nach Herkunftsland können weitere Verpflichtungen betreffend die Art der Tests, die möglicherweise nicht überall erhältlich sind (z. B. aktuell Japan), hinzukommen. Vor diesem Hintergrund ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Kosten für die Erfüllung der länderspezifischen Test- und ggf. Impfpflichten sowie etwaige Kosten während einer etwaig angeordneten Quarantäne (z.B. Hotelkosten) zu tragen. Wie im Rahmen von Dienstreisen ist der Arbeitnehmer zur Fortzahlung der Vergütung während der Quarantäne verpflichtet. Wie oben ausgeführt, lassen die USA ab November 2021 die Einreisebeschränkungen für Reisende aus der Europäischen Union im Falle eines Impfnachweises wegfallen.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ



2.3 FÜRSORGEPFLICHTEN DES ARBEITGEBERS WÄHREND DER PANDEMIE NACH BEGINN DES AUSLANDSEINSATZES

Ein besonderes Gewicht kommt den Fürsorgepflichten während des Einsatzes zu.

Da die Fürsorgepflichten des deutschen Arbeitgebers – unabhängig von der vertraglichen Gestaltung des Einsatzes – fortwirken, sind zunächst Vorgaben nach deutschem Recht zu beachten. Diese können aufgrund lokaler Vorschriften, zu deren Einhaltung sowohl der Arbeitgeber als auch der reisende Mitarbeiter verpflichtet ist, eine Modifikation erfahren.

Zu den anerkannten Fürsorgepflichten des Arbeitgebers gehören der Abschluss zusätzlicher Versicherungen (z.B. einer Auslandsunfallsversicherung, ggf. einer privaten Auslandskrankenversicherung), die Einhaltung arbeitssicherheitstechnischer Aspekte im Einsatzland sowie die Zurverfügungstellung von Ansprechpartnern für erste Hilfe⁶³. Betreffend Unterstützungsleistungen seitens des Arbeitgebers in Notsituationen ist die Bandbreite möglicher Maßnahmen groß. Die aus den Fürsorgepflichten abzuleitenden Maßnahmen hängen ab von der Größe des Unternehmens, der persönlichen Situation des Mitarbeiters

63

vgl. Edenfeld, die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen, NZA 2009, 942

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

64

International SOS Foundation Hrsg., Berufliche Auslandsreisen und Entsendungen – Leitfaden zur Erstellung der Gefährdungsbeurteilung, 2018, abrufbar unter www.internationalsos.de/themen-und-publikationen/gebraeuerdungsbeurteilung; RABiT (RiskAssessment for Business Travel), www.gesundekmu.de

65

C-55/18, Urteil vom 14. Mai 2019 in NZA 2019, 683

66

vgl. BeckOK, Arbeitsschutzrecht, Schwab/Weber/Winkelmüller/Gabriel, 5. Edition, Stand 01.04.2021, Rn. 47

67

vgl. Falder/Frank-Falle, Entsandte Arbeitnehmer im Niemandsland – Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Auslandstätigkeit (am Beispiel der Vereinigten Arabischen Emirate), COVuR 2020, 186

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

sowie den Umständen im Einsatzland unter Berücksichtigung von Gefährdungspotentialen. Weiterführende Informationen zur Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung für berufliche Auslandsreisen und Entsendungen sind zu finden unter:

www.internationalsos.de/themen-und-publikationen/gebraeuerdungsbeurteilung⁶⁴.

Diese besonderen Rechte und Pflichten finden sich in der Regel in den Entsendevereinbarungen bzw. Ruhendstellungsvereinbarungen.

Durch die Pandemie haben insbesondere drei Themenbereiche der Fürsorgepflichten während des Einsatzes eine gewisse Prominenz erlangt: Pflichten des Arbeitgebers während der Tätigkeit des entsandten bzw. lokalisierten Mitarbeiters im Home-Office, die Rückholpflicht des Arbeitgebers bzw. Rückkehrrecht des Arbeitnehmers aus besonders gefährdeten Gebieten sowie Kostentragungspflichten im Falle von Impfungen. Alle drei Themenbereiche wurden bis zum Ausbruch der Pandemie kaum Gegenstand einer detaillierten Vertragsgestaltung.

TÄTIGKEIT IM HOME-OFFICE IM AUSLAND

Sofern der Mitarbeiter seine Tätigkeit vom Home-Office aus erbringt, sei es aufgrund einer gesetzlichen bzw. einer arbeitgeberseitigen Anordnung, muss der Arbeitgeber sicherstellen, dass jegliche Schutzvorschriften, wie z. B. Arbeitszeitvorgaben, auch im Home-Office eingehalten werden. Gerade im Europäischen Ausland wird seit der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache CCOO gegen Deutsche Bank⁶⁵ die korrekte Dokumentation und Aufzeichnung von Arbeitszeit auch in Home-Office-Situationen sehr wichtig. Nach überwiegender Auffassung gilt das deutsche Arbeitsschutzgesetz i. V. m. Arbeitsstättenverordnung nur in Deutschland⁶⁶.

Insoweit hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht lediglich die im Einsatzgebiet üblichen Schutzmittel und Schutzmaßnahmen zu beachten⁶⁷.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?



68

(vgl. Falder/Frank-Fahle, Entsandte Arbeitnehmer im Niemandsland – Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Auslandstätigkeit (am Beispiel der Vereinigten Arabischen Emirate), COVuR 2020, 186

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

RÜCKKEHRPFLICHT/-RECHT UND KOSTENTRAGUNGSPFLICHT

Nach wie vor wird das Rückkehrrecht des Mitarbeiters aus einem Pandemiegebiet, sei es aufgrund COVID oder aufgrund einer anderen ansteckenden Krankheit, bzw. die damit einhergehende Frage nach der Rückholpflicht des Arbeitgebers als eine besondere Schutzmaßnahme eine zentrale Rolle spielen.

Vor dem Ausbruch der COVID-Pandemie haben Entsendevereinbarungen selten detaillierte Regelungen betreffend Rechte und Pflichten während einer Pandemie aufgenommen. Die prominenteste pandemiespezifische Regelung in den Entsendevereinbarungen betraf ggf. etwaige Rückkehrrechte des Mitarbeiters bzw. Rückholpflichten des Arbeitgebers und die Frage nach Kostentragungspflichten bei einer vorzeitigen Beendigung des Einsatzes.

Das vorzeitige Rückkehrrecht des Arbeitnehmers für den Fall einer Notlage, wie z. B. gesundheitliche Krisensituationen bzw. im Falle einer besonders hohen Ansteckungsgefahr, mit einer entsprechenden Kostentragungspflicht für den Arbeitgeber gehört zu den üblichen Regelungen in Entsendevereinbarungen. Ohne weitere Spezifikationen des Anwendungsbereichs dieses Rückkehrrechts wird berechtigterweise kritisch hinterfragt, ob sich der Arbeitnehmer bei einer weltweiten Pandemie wie COVID-19 auf dieses Rückkehrrecht berufen kann, nur weil sich der Mitarbeiter im Krisenfall sicherer im Heimatland als im Einsatzland fühlt⁶⁸. Dasselbe gilt, wenn der Mitarbeiter geltend macht, dass die Gesundheitsversorgung vor Ort nicht ausreichend ist. Insbesondere das Letztere durfte auch vor Beginn des Einsatzes bekannt sein und entsprechende Vorkehrungen getroffen worden sein, wie z. B. der Abschluss einer privaten Krankenversicherung mit Behandlungsmöglichkeiten im Heimatland. Unter Umständen besteht das Risiko, dass kein berechtigtes Rückkehrrecht vorliegt, sofern keine weiteren Umstände hinzukommen und eine Zuspitzung der Situation begründen.

Sollte kein berechtigtes Rückkehrrecht gegeben sein und die Rückkehr ohne Einverständnis des Arbeitgebers erfolgen, hat der Mitarbeiter die Kosten für seine Rückreise zu tragen. Des

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

69

vgl. Falder/Frank-Fahle, Entsandte Arbeitnehmer im Niemandsland – Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Auslandstätigkeit (am Beispiel der Vereinigten Arabischen Emirate), COVuR 2020, 186

70

vgl. Felisiak/Schlamp, Aktuelle Herausforderungen bei grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsätzen, SPA 2020, 106; Falder/Frank-Fahle, Entsandte Arbeitnehmer im Niemandsland – Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Auslandstätigkeit (am Beispiel der Vereinigten Arabischen Emirate), COVuR 2020, 187

71

so auch Falder/Frank-Fahle, Entsandte Arbeitnehmer im Niemandsland – Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Auslandstätigkeit (am Beispiel der Vereinigten Arabischen Emirate), COVuR 2020, 188

FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

Weiteren könnte auch der Vergütungsanspruch des Mitarbeiters fraglich sein, wenn keine Beschäftigungsmöglichkeiten im Heimatland nach seiner vorzeitigen Rückkehr gegeben sind⁶⁹. Anders stellt sich die Situation dar, wenn der Aufenthalt im Heimatland nur vorübergehend und eine Home-Office-Tätigkeit (auch vom Heimatland aus) grundsätzlich möglich bzw. angeordnet ist.

Sofern die Entsendevereinbarungen keine Rückkehrrechte regeln, kann sich eine Rückholpflicht des Arbeitgebers auch allein aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers ergeben, wenn für den jeweiligen Mitarbeiter im Einsatzland eine Gefahr besteht⁷⁰. Entscheidend sind hier die Umstände im Einsatzland. Die Existenz einer weltweiten Pandemie dürfte, wie bereits erwähnt, allein nicht ausreichen. Sollte die Rückreise des Mitarbeiters ohne Veranlassung des Arbeitgebers (aufgrund seiner Fürsorgepflicht) bzw. ohne dessen Einverständnis erfolgen, hat der Mitarbeiter die Kosten für seine Rückreise selbst zu tragen. Bei einer durch den Arbeitgeber veranlassten Rückkehr sind die Kosten durch den Arbeitgeber zu tragen. Darüber hinaus ist es Sache des Arbeitgebers, den Mitarbeiter im Heimatland einzusetzen und die Vergütung zu gewähren. Der Arbeitgeber ist jedoch nicht verpflichtet, entsendespezifische Zulagen für konkrete Umstände im Einsatzland (z.B. Erschwerniszulage aufgrund des Auslandsaufenthaltes) für die Dauer des Aufenthaltes zu zahlen⁷¹.

Vollkommen ungeklärt ist die Frage, ob ein Rückkehrrecht des Mitarbeiters auch dann besteht, wenn er die Möglichkeit erhält, sich in seinem Heimatland zu impfen, und ob der Arbeitgeber hierfür die Kosten trägt. Ausdrückliche bzw. detaillierte Regelungen zu diesem Aspekt dürfen sich kaum in den bisherigen Entsendevereinbarungen finden. Dieser Fall unterscheidet sich von den vorherigen dadurch, dass der Arbeitnehmer nur sehr kurzfristig zurückkehrt. Inwieweit eine Kostentragungspflicht den Arbeitgeber diesbezüglich trifft, hängt maßgeblich davon ab, ob die Impfung des Arbeitnehmers im Interesse des Arbeitgebers ist und keine Alternativmaßnahmen existieren. Hier sind verschiedene Konstellationen denkbar.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

72

vgl. Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis?, ArbRAktuell 2021, 62



FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

Ein besonders hohes Interesse des Arbeitgebers ist zu bejahen, wenn im Einsatzland eine Impfpflicht besteht und der Mitarbeiter aufgrund des Verbleibs im deutschen Sozialversicherungssystem auf eine Impfung in Deutschland mangels Alternativen im Einsatzland angewiesen ist. Ein weiterer Fall, bei dem ein hohes Interesse des Arbeitgebers teilweise bejaht wird, betrifft bestimmter Berufsgruppen – z. B. bei medizinischem Fachpersonal⁷². Übertragen auf Auslandseinsätze können z. B. zu ausländischen Krankenhäusern entsandte Ärzte, die COVID-Patienten behandeln, betroffen sein. Aus den Pflichten des Arbeitgebers, das Leben und die Gesundheit seiner Mitarbeiter zu schützen, ergibt sich zumindest die Verpflichtung, den Mitarbeiter, der sich impfen lassen möchte, hierbei zu unterstützen. Ob diese Unterstützungsverpflichtung auch die Kostentragungspflicht betreffend Rückkehrkosten umfasst, hängt vom Einzelfall ab.

Sollte der Arbeitgeber aufgrund eines besonders hohen Interesses zur Übernahme der Kosten verpflichtet sein, ist ihm einzuräumen, Alternativen zur Kostenminimierung in Betracht zu ziehen. So könnte erwogen werden, dass sich der Arbeitnehmer während seiner in der Regel im Vertrag vorgesehenen und vom Arbeitgeber gewährten Heimatreise impfen lässt, um die Kosten so gering wie möglich zu halten. Sofern möglich, stellt die Impfung im Einsatzland eine weitere Option dar. In diesem Fall wird der Arbeitgeber in der Regel abwägen dürfen, welche der Optionen (Impfen im Einsatzland – z. B. Übernahme der Impfkosten) versus Impfen im Heimatland (v.a. Übernahme der Kosten für eine weitere Heimatreise) kostengünstiger ist. Dies setzt allerdings voraus, dass die Impfoptionen im Heimat- und Einsatzland gleichwertig sind.

IMPfung UND KOSTENTRAGUNGSPFLICHT

Losgelöst von der Frage nach einem etwaigen Rückkehrrecht zum Zwecke der Impfung im Heimatland, stellt sich auch die Frage, ob der Mitarbeiter vom Arbeitgeber verlangen kann, die Kosten für eine Impfung im Einsatzland zu tragen. Wie oben bereits diskutiert, würde man eine Kostentragungspflicht nur in bestimmten Konstellationen bejahen. Sofern keine gesetzliche Impfpflicht im Einsatzland besteht, ist die Kostentragungspflicht anhand der deutschen Vorschriften zu beurteilen. Hiernach be-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

73

vgl. Aligbe, Kostentragungspflicht des Arbeitgebers für Schutzimpfungen, ArbRAktuell 2021, 139



FÜRSORGEPFLICHT GEGENÜBER MITARBEITERN IM AUSLANDSEINSATZ

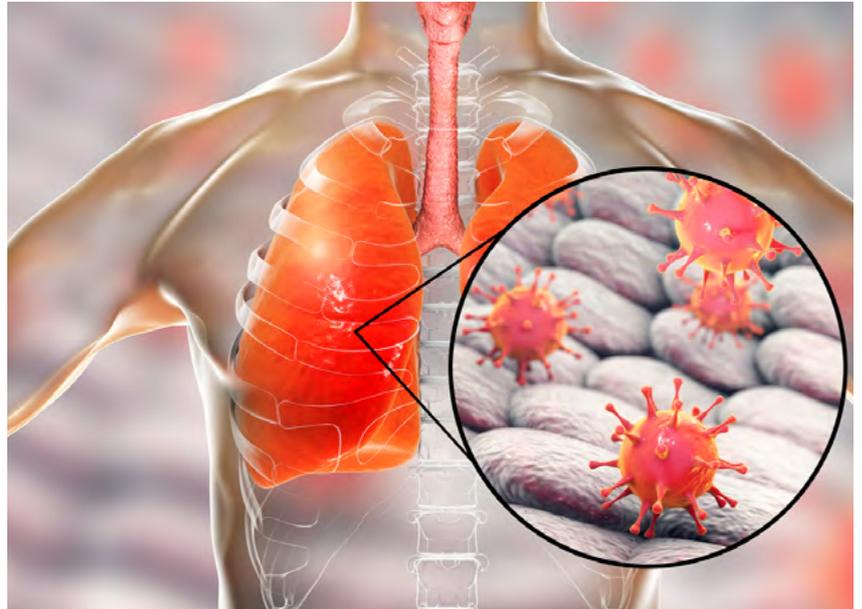
steht eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Kostentragung von COVID-19 Impfungen nur, wenn die Impfungen Bestandteil der arbeitsmedizinischen Vorsorge nach der ArbMedVV i.V.m. § 3 Abs. 3 ArbSchG ist. Nach der aktuellen Gesetzeslage ist dies nur in bestimmten Bereichen der Fall⁷³.

Ungeachtet dessen und im Hinblick auf seine Schutzpflichten ist der Arbeitgeber gut beraten, die Impfbereitschaft seiner Mitarbeiter durch geeignete Maßnahmen zu fördern (z.B. durch partielle oder gänzliche Übernahme von Impfkosten). Das Interesse an solchen Maßnahmen soll für den Arbeitgeber auch daher rühren, dass für geimpfte Mitarbeiter diverse Lockerungen – wie die Nichtgeltung von Quarantänepflichten für einreisende geimpfte Mitarbeiter – gerade im Rahmen der Mobilität derzeit diskutiert und in Aussicht gestellt werden (Griechenland). Dass solche Lockerungen wirtschaftliche Vorteile für den Arbeitgeber bringen, liegt auf der Hand.

COVID-19

WAS HAT SICH
IM RAHMEN DER
FÜRSORGEPFLICHT
DES ARBEITGEBERS
VERÄNDERT?

ANERKENNUNG EINER DURCH SARS-COV-2 VERURSACHTEN ERKRANKUNG ALS BERUFSKRANKHEIT ODER ARBEITSUNFALL



Personen, die im beruflichen Kontext an Corona erkranken, stehen unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung. Dies kann zum einen in bestimmten Branchen über das Berufskrankheitenrecht erfolgen oder die Erkrankung kann bei Versicherten jeder Branche als Arbeitsunfall anerkannt werden.

Eine durch SARS-CoV-19 verursachte Erkrankung kann eine Berufskrankheit (BK) im Sinne der Nr. 3101 der Berufskrankheitenliste sein. Entsprechend der Bezeichnung der BK Nr. 3101 setzt die Anerkennung voraus, dass die Betroffenen „im Gesundheitsdienst, in der Wohlfahrtspflege oder in einem Laboratorium tätig oder durch eine andere Tätigkeit der Infektionsgefahr in ähnlichem Maße besonders ausgesetzt“ waren. Bei diesen Tätigkeiten ist typischerweise von einem deutlich erhöhten Infektionsrisiko auszugehen. Die Aufzählung ist aber nicht abschließend, so dass auch in anderen Berufszweigen eine Anerkennung als Berufskrankheit grundsätzlich möglich ist. Voraussetzung hierfür ist, dass vergleichbare Infektionsrisiken mit SARS-CoV-2 wie im Gesundheitsdienst, in der Wohlfahrtspflege oder in einem Laboratorium festgestellt werden.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

ANERKENNUNG EINER DURCH SARS-COV-2 VERURSACHTEN ERKRANKUNG ALS BERUFSKRANKHEIT ODER ARBEITSUNFALL

Ein Arbeitsunfall liegt vor, wenn es infolge der versicherten Tätigkeit der Betroffenen zu einer durch SARS-CoV-2 verursachten Erkrankung kommt. Ob die Voraussetzungen zur Anerkennung einer COVID-19-Erkrankung als Arbeitsunfall vorliegen, prüft der zuständige Träger der gesetzlichen Unfallversicherung im Einzelfall. Eine Infektion mit dem SARS-CoV-2-Erreger muss dabei auf eine nachweislich mit dem Virus infizierte Person („Indexperson“) zurückzuführen sein. Dies setzt einen intensiven beruflichen Kontakt mit dieser Indexperson voraus. Hierbei kommt es vor allem auf die Dauer und die Intensität des Kontaktes an. Lässt sich keine konkrete Indexperson feststellen, kann im Einzelfall auch eine größere Anzahl nachweislich infizierter Personen innerhalb eines Betriebs oder einer Einrichtung ausreichen, um als Nachweis für die Verursachung infolge der versicherten Tätigkeit zu dienen. Dies gilt im Übrigen auch, wenn die Infektion auf dem Weg zur oder von der Arbeit eingetreten ist.

Im Einzelfall ist aber auch zu prüfen, ob im maßgeblichen Infektionszeitraum Kontakt zu anderen Indexpersonen außerhalb der versicherten Tätigkeit bestand und ob dies einer Anerkennung als Arbeitsunfall entgegensteht.

COVID-19

WAS HAT SICH
IM RAHMEN DER
FÜRSORGEPLICHT
DES ARBEITGEBERS
VERÄNDERT?



HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN UND AUSBLICK

BETRIEBLICHER INFektionSSCHUTZ UND PANDEMIEPLANUNG

Aktuell prägt das Coronavirus (SARS-CoV-2/COVID-19) unser tägliches Leben. Im Jahr 2021 beobachtete die WHO weltweit über 20 Krankheitsfälle mit endemischem oder pandemischem Potenzial. Die SARS-CoV-2-Pandemie hat die Anfälligkeit des global vernetzten Arbeitsplatzes deutlich gemacht. Die nächste Pandemie ist nur eine Frage der Zeit. Unternehmen sind gut beraten, dem betrieblichen Infektionsschutz und der Pandemievorsorge zukünftig mehr Bedeutung beizumessen als bisher.

Eine Grundlage dafür sind aktuelle Informationen über Entwicklungen weltweit bzw. zumindest im Umkreis der Unternehmensstandorte. Nur so kann der Pandemieplan inklusive der Maßnahmen zum Schutz der Mitarbeiter im In- und Ausland an aktuelle Anforderungen angepasst werden.

IMPFUNGEN FÜR MITARBEITER

Selbst wenn einige Länder mittlerweile hohe Impfquoten verzeichnen, bleibt der Teil der Weltbevölkerung, der über einen kompletten Impfschutz gegen das SARS-CoV-2-Virus verfügt verschwindend gering. Noch ist unklar, wie lange der Impfschutz vorhalten wird und für welche Zeitspanne Personen, die die Krankheit überstanden haben, tatsächlich immun sein werden. Parallel dazu entwickelt sich das Virus weiter und könnte neue Varianten hervorbringen.

Aus medizinischer Sicht ist eine Impfung gegen SARS-CoV-2 das probate Mittel, um zurück zur Normalität zu finden. Auch wenn der Arbeitgeber weder eine Verpflichtung noch eine umfangreiche Handhabe im Bereich der Impfungen hat, kann er durch ein Impfangebot für seine Mitarbeiter weltweit und eine entsprechende fundierte Kommunikation die Impfbereitschaft fördern. Damit schützt er nicht nur seine Belegschaft und den Geschäftsbetrieb, sondern leistet auch einen gesellschaftlichen Beitrag.

MITARBEITER IM AUSLANDSEINSATZ

Die COVID-Pandemie stellt den Arbeitgeber vor neue Herausforderungen auch im Bereich seiner Fürsorgepflichten gegen-

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN UND AUSBLICK

über Mitarbeitern im Auslandseinsatz. Da es bei vielen Fragen zu Umfang und Inhalt der Fürsorgepflichten (wie z.B. Impfpflichten, Rückkehrrechten des Mitarbeiters bzw. Rückholpflichten des Arbeitgebers, Kostentragungspflichten) auf die konkrete Vertragssituation ankommt, sind Arbeitgeber gut beraten, Entsendeverträge zu überprüfen und detailliertere pandemiespezifische Regelungen aufzunehmen. Dasselbe gilt für Dienstleisterrichtlinien. Dadurch kann in vielen durch die Pandemie aufgeworfenen Fragen mehr Rechtsicherheit herbeigeführt werden, zumal weitere Pandemien nicht auszuschließen sind.

GANZHEITLICHER GEFÄHRDUNGSANSATZ

Durch die Fokussierung auf das Coronavirus verschwinden andere Risiken leicht aus dem Blickfeld. Die Gefährdungsbeurteilung wird als zentrales Instrument des Arbeitsschutzes bei beruflichen Auslandseinsätzen an Bedeutung gewinnen. Unternehmen müssen zukünftig die Risiken der Auslandseinsätze weitaus intensiver beurteilen als bisher. Die im September 2021 neu erschienene ISO 31030:2021 „Travel risk management – Guidance for organizations“ wird dem betrieblichen Reiserisikomanagement eine Hilfestellung bieten.

- Aligbe, Kostentragungspflicht des Arbeitgebers für Schutzimpfungen, ArbRAktuell 2021, 11-13.
- Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006 (Zuletzt geändert durch Art. 8 G vom 3.4.2013).
- Arbeitsgericht (ArbG) Offenbach v. 03.02.2021 - 4 Ga 1/21 - BeckRS 2021, 5523.
- Arbeitsmedizinische Vorsorgeverordnung (ArbMedVV) vom 18. Dezember 2008 (Zuletzt geändert durch Art. 1 V v. 12.7.2019 I 1082).
- Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) vom 7. August 1996 (Zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 22.12.2020).
- Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) vom 12. August 2004 (Zuletzt geändert durch Art. 4 G v. 22.12.2020).
- Arnold, Dienstreisen und Corona-Pandemie, NZA 2021, 240-247.
- Bayer, Impfpflicht, Corona-Test, Corona-Pass – Möglichkeiten zur schrittweisen Rückkehr an den Arbeitsplatz, ArbRAktuell 2021, 233 ff.
- Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung (BayIfSMG) vom 5. März 2021.
- Bayerischer Verwaltungsgerichtshof (VGH München) v. 02.03.2021 - 20 NE 21353 - BeckRS 2021, 3413.
- Beck'scher Online-Kommentar (BeckOK) Arbeitsschutzrecht/Schwab/Weber/Winkelmüller, 5. Edition, Stand 01.04.2021.
- Berufskrankheiten-Verordnung (BKV) vom 31. Oktober 1997 (Zuletzt geändert durch Art. 24 G v. 12.6.2020).
- Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) vom 25. September 2001 (Zuletzt geändert durch Art. 6 G v. 20.5.2020).
- Biostoffverordnung (BioStoffV) vom 15. Juli 2013 vom 25. September 2001 (Zuletzt geändert durch Art. 6 G v. 20.5.2020).
- BT-Drucksache 19/28732
- Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)
- Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA), www.baua.de.
- Bundesdatenschutzgesetz (BDSG)
- Bundesministerium für Arbeit und Soziales, [bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten-Corona/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html](https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten-Corona/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html), letzter Abruf 29.04.2021.
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 11.05.2020 - 1 BvR 469/20 und 1 BvR 470/20 - NJW 2020, 1946-1947.
- Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath/Spengler, Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, § 3 EFZG.
-

Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) VO (EU) 2016/679.

Der Landesbeauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit Baden-Württemberg (Hrsg.), Lohnfortzahlung, Corona und Datenschutz, 30.09.2021, www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2021/10/Positionspapier_Lohnfortzahlung_Rechtslage.pdf

Edenfeld, Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen, NZA 2009, 938-942.

Eßer/Rose, Länderliste zur arbeitsmedizinischen Vorsorge, 2020, www.internationalensos.de/themen-und-publikationen/arbeitsmedizinische-vorsorge, letzter Abruf 21.05.2021, hervorgegangen aus Harth/Rose/Letzl/Nowak, Reisemedizin und Impfen, 2018, ecomed MEDIZIN.

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Urteil vom 08.04.2021, AktZ: 47621/13.

Europäischer Gerichtshof in der Rechtssache CCOO gegen Deutsche Bank (C-55/18, Urteil vom 14. Mai 2019 in NZA 2019, 683-687.

Falder/Frank-Fahle, Entsandte Arbeitnehmer im Niemandsland – Die Corona-Krise und ihre Auswirkungen auf die Auslandstätigkeit (am Beispiel der Vereinigten Arabischen Emirate), COVuR 2020, 187, 184-189.

Felisiak/Schlamp, Aktuelle Herausforderungen bei grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsätzen, SPA 2020, 105-107.

Fuhlrott/Fischer, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, NJW 2021, 657-661.

Gewerbeordnung (GewO) vom 22. Februar 1999.

Grundgesetz (GG)

HK-ArbSchR/Grüneberg/Kohte, BioStoffV.

Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), das zuletzt durch Artikel 8 Absatz 8 des Gesetzes vom 27. September 2021 (BGBl. I S. 4530) geändert worden ist.

International SOS Foundation Hrsg., Berufliche Auslandsreisen und Entsendungen - Leitfaden zur Erstellung der Gefährdungsbeurteilung, 2018, www.internationalensos.de/themen-und-publikationen/gefaehrungsbeurteilung, letzter Abruf 21.05.2021.

Küttner/Poeche, Personalbuch 28. Auflage 2021, „Arbeitssicherheit/Arbeitschutz“.

Mühlberger, Coronavirus (COVID-19) – welche Rechte und Pflichten haben jetzt Arbeitnehmer und Arbeitgeber?, www.ms-concept.de/news/coronavirus/, letzter Abruf 29.04.2021.

Müller/Becker, Verpflichtende Corona-Tests im Arbeitsverhältnis, ArbRAktuell 2021, 201-204.

Münchener Kommentar zum BGB/Müller-Glöge, 8. Auflage 2020, § 3 EFZG.

Naber/Schulte, Impfpflicht im Arbeitsverhältnis und die Frage nach dem Impfstatut, *Newsdienst Compliance* 2021, 230004.

Naber/Schulte, Können Arbeitnehmer zu einer Corona-Impfung oder einem Impfnachweis verpflichtet werden?, *NZA* 2021, 81-86.

Noerr.com, www.noerr.com/de/newsroom/news/corona-tests-in-unternehmen-wann-müssen-und-wann-dürfen-arbeitgeber-einen-corona-test-verlangen, letzter Abruf 29.04.2021.

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht (OVG) Bautzen v. 31.03.2021 - 3 B 105/21 - BeckRS 2021, 8818.

Sächsisches Obergerverwaltungsgericht (OVG) Magdeburg v. 21.04.2021 - 3 R 97/21 - BeckRS 2021, 8327.

Sagan/Brockfeld, Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, *NJW* 2020, 1112-1117.

SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) (Corona-ArbSchV) vom 21. Januar 2021 (Zuletzt geändert durch Art. 1 V v. 21.4.2021).

Schlamp/Felisiak, Aktuelle Herausforderungen bei grenzüberschreitenden Arbeitnehmereinsätzen, *SPA* 2020, 185-187.

Schmitt, Entgeltfortzahlungsgesetz, 8. Auflage 2018.

Stefanova-Behlert/Menghi, The impact of the COVID-19 pandemic on posted workers: the new posting framework, Robert Schumann Foundation, *European Issue* Nr. 591.

Stück, Corona COVID-19 und Compliance: Aktuelle arbeitsrechtliche Aspekte zur präventiven und repressiven Bewältigung der viralen Herausforderungen, *CCZ* 2020, 205-218.

Technische Regeln für Biologische Arbeitsstoffe (TRBA) 250 vom 27.03.2014 (Zuletzt geändert am 2.5.2018).

Thüsing/Bleckmann/Rombey, Impfpflicht des Arbeitnehmers? *COVuR* 2021, 66-72.

Unfallverhütungsvorschriften (UVV)

Voßberg/Bayrak, Rechte und Pflichten deutscher Unternehmen gegenüber ihren Arbeitnehmern bei der Auslandsentsendung, Hrsg. International SOS Foundation, 2014, www.internationalsos.de/themen-und-publikationen/fuersorgepflicht, letzter Abruf 21.05.2021.

Wernecke, Die Corona Testpflicht für Unternehmen kommt - Ein Überblick, www.cmshs-bloggt.de/arbeitsrecht/die-corona-testpflicht-fuer-unternehmen-kommt-ein-ueberblick/, letzter Abruf 25.04.2021.

Wittek, Covid-19 Impfpflicht im Arbeitsverhältnis, *ArbRAktuell* 2021, 61-64.

COVID-19

WAS HAT SICH IM RAHMEN DER FÜRSORGEPFLICHT DES ARBEITGEBERS VERÄNDERT?

VERTRETER DER INTERNATIONAL SOS FOUNDATION IN DEUTSCHLAND:



Frederic Balme

Geschäftsführer;
International SOS GmbH



Dr. Stefan Eßer

Regional Medical Director,
Central Europe International SOS GmbH

QUELLEN

AUSFÜHRLICHE UMSETZUNGSHILFEN ZUM SARS-COV-2- ARBEITSSCHUTZSTANDARD UND SARS-COV-2-ARBEITS- SCHUTZREGEL FINDEN SICH IM INTERNET UNTER:

Verband für Sicherheit, Gesundheit und Umwelt bei der Arbeit (VDSI e.V.) unter der URL www.vdsi.de/corona.

Weitere gute Hilfen finden sich auf der Seite des Kompetenznetz Public Health zu COVID-19. Das Kompetenznetz ist ein Ad hoc-Zusammenschluss von über 25 wissenschaftlichen Fachgesellschaften aus dem Bereich Public Health, die hier ihre, methodische, epidemiologische, statistische, sozialwissenschaftliche und (bevölkerungs-)medizinische Fachkenntnis bündeln. Sie finden die Seite unter der URL www.public-health-COVID19.de.

Die Unfallversicherungsträger haben Konkretisierungen für den SARS CoV-2 Arbeitsschutzstandard des BMAS sowie die zugehörige SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel erarbeitet, um eine Umsetzung in den einzelnen Branchen zu erleichtern. Einen Überblick, welche branchenspezifischen Handlungshilfen und Konkretisierungen bereits vorhanden sind finden Sie unter der URL www.dguv.de/de/praevention/corona/informationen-fuer-spezifische-branchen/index.jsp.

BILDNACHWEIS

S. 4, S. 11: Silvester Siegmann – S. 9: iStock.com/AndreyPopov – S. 10: iStock.com/inga – S. 19: iStock.com/Remains – S. 21: iStock.com/fpm – S. 27: iStock.com/Diy13 – alle anderen: International SOS

IMPRESSUM

International SOS Foundation
Dornhofstr. 34
63263 Neu-Isenburg

Tel. +49 (0) 6102 3588-0
www.internationalsosfoundation.org

©2021, International SOS Foundation
