

# Betriebs Berater

51/52 | 2022

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... 19.12.2022 | 77. Jg. Seiten 2945–3008

## DIE ERSTE SEITE

**Prof. Dr. Christian Pelke**, LL.M., RA/FAStR/FAHaGesR  
Globale Mindeststeuer – (wie) wird sie kommen?

## WIRTSCHAFTSRECHT

**Dr. Barbara Mayer**, RAin/FAinHaGesR, **Dr. Moritz Jenne**, RA, und  
**Dr. Matthias Miller**, Notarassessor  
Die virtuelle Hauptversammlung – 80 Praxisfragen zu Grundlagen,  
Vorbereitung und Durchführung der neuen virtuellen Hauptversammlung | 2946

## STEUERRECHT

**Prof. Dr. iur. Michael Stahlschmidt**, M.R.F., LL.M., MBA, LL.M., RA/FAStR/FAInsSanR/FAMedR/StB  
BB-Rechtsprechungsreport Steuerstrafrecht 2021/2022 – Teil II | 2967

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

**Dr. Norbert Lüdenbach**, WP/StB, und **Daniel Schubert**  
BB-IFRS-Report 2022 | 2987

## ARBEITSRECHT

**Dr. Lars Mohnke**, RA/FAArbR, und **Axel Huber**, RA  
Die neue SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung | 2996

Dr. Lars Mohnke, RA/FAArbR, und Axel Huber, RA

# Die neue SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung

Deutschland bereitet sich auf den dritten Corona-Winter vor. Nachdem die letzte Fassung der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung („Corona-ArbSchV“) mit Ablauf des 25.5.2022 ausgelaufen war, hat das Bundesministerium für Arbeit und Soziales („BMAS“) für die Dauer vom 1.10.2022 bis zum 7.4.2023 eine neue Fassung in Kraft gesetzt (§ 5 Corona-ArbSchV). Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die neuen Regelungen. Er zeigt auf, welche Änderungen sich gegenüber der letzten Fassung der Corona-ArbSchV ergeben und stellt dar, welche Herausforderungen sich für Arbeitgeber in der Praxis stellen.

## I. Gefährdungslage

Das BMAS erwartet für den Herbst/Winter 2022 weiter steigende Infektionszahlen und damit verbunden krankheitsbedingte Ausfälle von Beschäftigten sowie Belastungen des Gesundheitswesens, der kritischen Infrastruktur und der Wirtschaft.<sup>1</sup>

In der 11. Stellungnahme des ExpertInnenrates der Bundesregierung zu COVID-19 vom 8.6.2022,<sup>2</sup> die der Erarbeitung der neuen Corona-ArbSchV zugrunde gelegt wurde, wird von drei Szenarien für den Herbst/Winter ausgegangen: Im günstigsten Szenario (erstes Szenario) dominiert eine neue Virus-Variante, deren Übertragbarkeit und Immunflucht die der bisher dominanten Varianten zwar übersteigt, deren krankmachende Wirkung aber weniger stark ist. Eingreifende Maßnahmen sind in diesem Szenario höchstens für Risikogruppen notwendig. Kontaktbeschränkungen sind nicht notwendig, das Maskentragen in Innenräumen kann aber förderlich sein. Im sog. Basisszenario (zweites Szenario) ändert sich die Krankheitslast im Vergleich zu den zuletzt dominanten Varianten kaum. In diesem Fall bedarf es sowohl Maßnahmen gegen eine Übertragung des Virus (Masken- und Abstandsregelungen), als auch (regionaler) Maßnahmen der Kontaktbeschränkungen (Obergrenzen für Veranstaltungen in geschlossenen Räumen). Im ungünstigsten Szenario (drittes Szenario) wiederum dominiert eine Variante mit verstärkter Übertragbarkeit und Immunflucht, die das Gesundheitssystem in der Folge stark belastet. Schutzmaßnahmen wie die Maskenpflicht und das Abstandsgebot müssten mindestens bis ins Frühjahr 2023 aufrechterhalten werden.

Gegenwärtig ist nach wie vor die Omikron-Variante dominant. Es gibt hier jedoch eine Vielzahl von Subvarianten und die Situation ist dynamisch. Die aktuelle Entwicklung ist daher kontinuierlich im Auge zu behalten. Hierfür sollten die wöchentlichen Berichte des Robert Koch-Instituts („RKI“) verfolgt werden. Nachdem es seit der Kalenderwoche 38/2022 einen kurzzeitigen Anstieg der Hospitalisierungsinzidenz gegeben hatte, hatte sich diese anschließend wieder abgeschwächt.<sup>3</sup> Nach unserer Einschätzung ist daher für den Augenblick vom Basisszenario auszugehen.

## II. Ermächtigungsgrundlage

Die Corona-ArbSchV trat erstmals am 27.1.2021 in Kraft. Rechtsgrundlage war der eigens aus Anlass der Corona-Pandemie geschaffene

§ 18 Abs. 3 ArbSchG, der zum 1.1.2021 in Kraft getreten war (Art. 1, 11 des Arbeitsschutzkontrollgesetzes vom 22.12.2020). Der Erlass von Verordnungen war zunächst noch an das Vorliegen einer sog. epidemischen Lage von nationaler Tragweite geknüpft (§ 5 Abs. 1 IfSG).<sup>4</sup> Mit Auslaufen der epidemischen Lage von nationaler Tragweite mit Ablauf des 23.11.2021 wurde § 18 Abs. 3 ArbSchG angepasst und um einen Satz 2 ergänzt: Danach konnte das BMAS ohne Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung für die Dauer von bis zu sechs Monaten nach Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite bestimmen, dass spezielle Rechtsverordnungen nach § 18 Abs. 1 ArbSchG auch nach der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite fortgelten und diese ändern sowie spezielle Rechtsverordnungen nach § 18 Abs. 1 ArbSchG erlassen (§ 18 Abs. 3 ArbSchG in der Fassung vom 24.11.2021). Der Zeitraum, für den diese Rechtsverordnungen erlassen werden konnten, wurde zunächst bis zum 23.9.2022 verlängert (§ 18 Abs. 3 ArbSchG in der Fassung vom 19.3.2022). Mit erneuter Anpassung wurde der Zeitraum bis zum 7.4.2023 verlängert (§ 18 Abs. 3 ArbSchG in der aktuellen Fassung vom 17.9.2022). Damit wurde der Weg für die neue Corona-ArbSchV geebnet, die nun bis zum 7.4.2023 gilt und damit den eröffneten Zeitraum vollständig ausschöpft (§ 5 Corona-ArbSchV).

## III. Die Regelungen der Corona-ArbSchV

### 1. Betriebliches Hygienekonzept (§ 2)

Herzstück der Corona-ArbSchV bleiben wie in der letzten Fassung die Vorgaben für die Durchführung der Gefährdungsbeurteilung nach §§ 5, 6 ArbSchG und (auf Grundlage der Gefährdungsbeurteilung) die Festlegung erforderlicher Schutzmaßnahmen zum betrieblichen Infektionsschutz in einem betrieblichen Hygienekonzept. Letzteres ist auch in den Pausenbereichen und während der Pausenzeiten umzusetzen (§ 2 Abs. 1 S. 2 Corona-ArbSchV). Damit ist es nicht rein tätigkeitsbezogen, sondern soll Übertragungshotspots auf dem ganzen Betriebsgelände entgegenwirken.<sup>5</sup>

Das betriebliche Hygienekonzept ist den Beschäftigten in geeigneter Weise in der Arbeitsstätte zugänglich zu machen (§ 2 Abs. 4 Corona-ArbSchV). „Zugänglich machen“ meint nicht das bloße „Zurverfügungstellen“,<sup>6</sup> sondern erfordert eine Unterweisung und aktive Kommunikation (vgl. Ziffer 4.2.14 Corona-ArbschR). Diesem Erfordernis kann der Arbeitgeber durch Hinweisschilder oder Aushänge Rechnung tragen, aber auch auf elektronischem Wege, bspw. per E-Mail oder im Intranet.<sup>7</sup> Wichtig ist, dass alle Beschäftigten erreicht werden.

1 Referentenentwurf des BMAS zur Corona-ArbSchV, Buchst. a.

2 11. Stellungnahme des ExpertInnenrates der Bundesregierung zu COVID-19 vom 8.6.2022, S. 4f.

3 Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19) vom 3.11.2022, S. 14.

4 Rapp, in: BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 18 ArbSchG, Rn. 30; Wiebauer, in: Landmann/Rohmer, Gewerbeordnung, 87. EL September 2021, § 18 ArbSchG, Rn. 53a.

5 BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 2 Corona-ArbSchV-E, Rn. 2.

6 BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 2 Corona-ArbSchV-E, Rn. 25.

7 Kollmer, NJW 2022, 3177, Rn. 31.

Kann der Arbeitgeber nicht ausschließen, dass es Beschäftigte gibt, die durch die bevorzugte Kommunikation nicht erreicht werden könnten (z.B. Aushang im Betrieb trotz hoher Home Office-Quote), sollte er zusätzlich weitere Kommunikationskanäle verwenden (z.B. per E-Mail).

### a) Allgemeine Grundsätze für die Gefährdungsbeurteilung

Die Gefährdungsbeurteilung ist vom Arbeitgeber wie folgt durchzuführen:<sup>8</sup>

1. Festlegung der einzelnen Arbeitsbereiche und Tätigkeiten
2. Ermittlung der konkreten Gefährdungen
3. Beurteilung der Gefährdungen
4. Festlegen von Maßnahmen
5. Umsetzung der festgelegten Maßnahmen
6. Überprüfen der Maßnahmen auf Wirksamkeit
7. Dokumentation des Ergebnisses
8. Fortschreiben der Gefährdungsbeurteilung

Die einzelnen Schritte gelten allgemein für die Gefährdungsbeurteilung am Arbeitsplatz und unabhängig von der Corona-Pandemie (vgl. § 5 ArbSchG).

Es sind zunächst die einzelnen Arbeitsbereiche und Tätigkeiten festzulegen (1. Schritt), damit die jeweilige Gefährdungsbeurteilung konkret für diese erfolgen kann (2. Schritt). Die Beurteilung ist je nach Art der Tätigkeiten vorzunehmen (3. Schritt). Bei gleichartigen Arbeitsbedingungen ist die Beurteilung eines Arbeitsplatzes oder einer Tätigkeit ausreichend (§ 5 Abs. 2 ArbSchG). Wie die Gefährdung beurteilt wird, ergibt sich aus den Umständen. So ist das Risiko einer Infektion in Innenräumen höher als in Außenbereichen. Auch innerhalb von Innenräumen können die Gefährdungen unterschiedlich sein. In großen Produktionshallen mit wenigen Mitarbeitenden oder in Einzelbüros ist die Gefahr einer Infektion geringer als in Meeting- und Pausenräumen, Kantinen oder Großraumbüros mit eng aneinander gestellten Arbeitsplätzen.

Je nach Beurteilung der Gefährdungen hat der Arbeitgeber Maßnahmen festzulegen, die die Gefährdung möglichst vermeiden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering halten sollen (vgl. § 4 Nr. 1 ArbSchG) (4. Schritt). Bei der Festlegung der Maßnahmen kann der Arbeitgeber insbesondere auf die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel („Corona-ArbSchR“), die Handlungsempfehlungen der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin („BAuA Handlungsempfehlungen SARS-CoV-2“) sowie die Handlungsempfehlungen der gesetzlichen Unfallversicherungsträger zurückgreifen (§ 1 Abs. 3 Corona-ArbSchV; vgl. unten Buchst. c) bis e)).

Nach Umsetzung der Maßnahmen (5. Schritt) sind diese regelmäßig vom Arbeitgeber auf ihre Wirksamkeit zu überprüfen und erforderlichenfalls an die sich ändernden Gegebenheiten anzupassen (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 ArbSchG) (6. Schritt). Dabei handelt es sich um eine Daueraufgabe, die turnusmäßig zu wiederholen ist.<sup>9</sup> Treten trotz der umgesetzten Maßnahmen bei den Beschäftigten Infektionen mit dem Corona-Virus auf, die auf den Betrieb zurückzuführen sind, muss über eine Verschärfung der Maßnahmen nachgedacht werden. Die Ergebnisse der Gefährdungsbeurteilung sind zu dokumentieren (7. Schritt). Aus den Unterlagen muss das Ergebnis der Gefährdungsbeurteilung, die von ihm festgelegten Maßnahmen des Arbeitsschutzes und das Ergebnis ihrer Überprüfung ersichtlich hervorgehen (§ 6 Abs. 1 S. 1 ArbSchG). Eine Form für die Art und Weise der Doku-

mentation ist gesetzlich nicht vorgeschrieben und kann daher vom Arbeitgeber festgelegt werden.<sup>10</sup> Verschiedene staatliche Stellen geben insoweit Hilfestellungen.<sup>11</sup> Zur Erfüllung der Dokumentationspflicht können ggfs. auch bereits bestehende Dokumente verwendet werden, bspw. Betriebs- und Verfahrensanweisungen, Arbeitsbereichs- und Sicherheitsanalysen sowie Stellen- und Aufgabenbeschreibungen.<sup>12</sup> Ergeben sich bei den vorherigen Schritten nach einer Überprüfung Änderungen, ist die Gefährdungsbeurteilung entsprechend anzupassen (8. Schritt).

Die Durchführung einer Gefährdungsbeurteilung ist wegen der umfangreichen Pflichten zeit- und kostenaufwendig. Entlastungen verspricht die Verwendung entsprechender Vorlagen. Speziell zur Beurteilung der Gefährdungen durch das Coronavirus stellt etwa die Verwaltungs-Berufsgenossenschaft (VBG) eine ergänzende Vorlage für eine Gefährdungsbeurteilung bereit.<sup>13</sup>

### b) Prüfkatalog

Die neue Corona-ArbSchV sieht, wie die letzte Fassung vom 19.3.2022, wieder einen Prüfkatalog mit Maßnahmen vor, die im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung geprüft werden müssen (§ 2 Abs. 2 Corona-ArbSchV):

- die Einhaltung eines Mindestabstands von 1,5 Metern,
- die Sicherstellung der Handhygiene,
- die Einhaltung der Hust- und Niesetikette,
- das Lüften von Innenräumen,
- die Verminderung von Personenkontakten,
- das Angebot von Home Office und
- das Angebot von Corona-Tests.

Die Prüfpflichten beziehen sich auf Maßnahmen des Infektionsschutzes und lassen sich in drei Kategorien klassifizieren. Die ersten vier Prüfpflichten (Nr. 1 bis 4) sind Teil der allgemein bekannten AHAL-Regeln (gemeinsam mit der Prüfpflicht zum Tragen einer Maske, dazu Ziffer III.2). Das Angebot von Home Office (Nr. 5) ist eine spezielle Art der Verminderung von Personenkontakten (Nr. 6). Die dritte Kategorie ist das Angebot von Corona-Tests (Nr. 7).

Die Verminderung betriebsbedingter Personenkontakte und das Angebot von Home Office waren bereits Bestandteil des Prüfungskatalogs der letzten Fassung der Corona-ArbSchV (§ 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Corona-ArbSchV in der Fassung vom 19.3.2022). Hinsichtlich der Testpflicht wurde die Verordnung dahin geändert, dass nicht mehr das Anbieten „eines“ Corona-Tests (§ 2 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Corona-ArbSchV in der Fassung vom 19.3.2022), sondern das Angebot „regel-

8 Vgl. *Rapp*, in: BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 5 ArbSchG, Rn. 65 ff.; *Blume/Faber*, in: Kothe/Faber/Feldhoff, *Gesamtes Arbeitsschutzrecht*, 2. Aufl. 2018, § 5 ArbSchG, Rn. 40; BAuA, *Handbuch Gefährdungsbeurteilung*, Stand: Februar 2021, S. 22 ff.

9 *Wiebauer*, in: Landmann/Rohmer, *Gewerbeordnung*, 87. EL September 2021, § 5 ArbSchG, Rn. 28; Nach *Rapp*, in: BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 5 ArbSchG, Rn. 77 ist die Turnuslänge einzelfallabhängig; *Blume/Faber/Feldhoff*, *Gesamtes Arbeitsschutzrecht*, 2. Aufl. 2018, § 5 ArbSchG, Rn. 74 halten eine Überprüfung i. d. R. nach zwei bis drei, höchstens aber fünf Jahren (Obergrenze) für erforderlich (aber auch einzelfallabhängig).

10 *Kreitzberg*, in: Kollmer/Klindt/Schucht, *Arbeitsschutzgesetz*, 4. Aufl. 2021, § 6 ArbSchG, Rn. 52; *Kloth*, in: BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 6 ArbSchG, Rn. 26; *Wiebauer*, in: Landmann/Rohmer, *Gewerbeordnung*, 87. EL September 2021, § 6 ArbSchG, Rn. 12 f.

11 Länderausschuss für Arbeitsschutz und Sicherheitstechnik, *Handlungsanleitung zur Überprüfung der Gefährdungsbeurteilung*, Stand: Januar 2017, S. 29 f.; *Gemeinsame Deutsche Arbeitsschutzstrategie, Leitlinie Gefährdungsbeurteilung und Dokumentation*, Stand: Mai 2017, S. 11.

12 *Kreitzberg*, in: Kollmer/Klindt/Schucht, *Arbeitsschutzgesetz*, 4. Aufl. 2021, § 6 ArbSchG, Rn. 54; *Kloth*, in: BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 6 ArbSchG, Rn. 27.1.

13 VBG, *Ergänzung zur Gefährdungsbeurteilung während der Coronavirus-Pandemie*, Stand: 31.5.2022.

mäßiger“ Tests zu prüfen ist. Das BMAS empfiehlt in der aktuellen Lage das Angebot von zwei Tests pro Woche (Ziffer 3. 11 FAQ des BMAS<sup>14</sup>). Die ersten vier Prüfpflichten waren dagegen in der letzten Fassung der Corona-ArbSchV nicht explizit genannt, sind dieser aber nicht unbekannt: Insbesondere die Einhaltung des Mindestabstands von 1,5 Metern war im Zusammenhang mit einer beim Unterschreiten vorgeschriebenen Maskenpflicht Bestandteil früherer Fassungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 Corona-ArbSchV in der Fassung vom 21.1.2021). Auch Lüftungsmaßnahmen waren in bestimmten Situationen schon vorgeschrieben (bspw. § 2 Abs. 3, 5 Corona-ArbSchV in der Fassung vom 21.1.2021).

Die Aufzählung der Prüfpflichten ist nach ihrem Wortlaut nicht abschließend („insbesondere“). Die Aufzählung umfasst zusammen mit der Pflicht zum Tragen einer Maske (§ 2 Abs. 3 Corona-ArbSchV) aber bereits alle wesentlichen Maßnahmen, die im bisherigen Verlauf der Pandemie zur Anwendung kamen. Insbesondere unter das Stichwort „Verminderung von Personenkontakten“ wird man eine Reihe von Maßnahmen fassen können, die Arbeitgeber im Laufe der Pandemie angewendet haben (z. B.: Zutrittsbeschränkungen für Beschäftigte mit Symptomen oder Kontakt zu Infizierten sowie Arbeitsorganisation mit festen Teams und Pausenzeiten).

Nicht mehr möglich ist die generelle Erfassung und Berücksichtigung des Impf- und Genesenenstatus (2G- oder 2G-plus-Modelle). Hierzu bedarf es einer speziellen Rechtsgrundlage.<sup>15</sup> Die diesbezügliche Rechtsgrundlage in § 28b Abs. 1 IfSG ist am 19.3.2022 ausgelaufen. Besondere Regelungen gibt es nur noch hinsichtlich der einrichtungsbezogenen Immunitätsnachweise (vgl. Ziffer IV).

Auch das verpflichtende Einführen von Tests dürfte regelmäßig unzulässig sein. Soweit das BAG dies als Teil eines betrieblichen Hygienekonzeptes gebilligt hat,<sup>16</sup> sind die der Entscheidung zugrunde liegenden Umstände zu berücksichtigen (Orchestermusikerin während kritischer Corona-Lage). Dies dürfte auf andere Bereiche und insbesondere unter Berücksichtigung der aktuellen Lage nicht mehr übertragbar sein.

Der ursprüngliche Referentenentwurf der Corona-ArbSchV sah eine Angebotspflicht für Home Office vor.<sup>17</sup> Von dieser Maßnahme, die in die unternehmerische Organisationsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) eingreift, wurde richtigerweise Abstand genommen. Angesichts des umfangreichen Entfallens fast aller Maßnahmen im Bereich des öffentlichen Lebens, wäre die Auferlegung einer solchen Angebotspflicht schwer vermittelbar gewesen.

Der Prüfkatalog eröffnet dem Arbeitgeber einerseits zwar Gestaltungsspielräume, führt mangels zwingend umzusetzender Schutzmaßnahmen aber auch zu Rechtsunsicherheit.

Arbeitgebern ist zu raten, sich mit allen im Prüfkatalog genannten Maßnahmen im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung zumindest auseinanderzusetzen und dies auch zu dokumentieren. Bis auf das Angebot zum Home Office (von dessen verpflichtender Umsetzung der Verordnungsgeber Abstand genommen hat), dürften die in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen oftmals mit überschaubarem Aufwand umsetzbar sein (z. B. Einhalten des Mindestabstands in Büroumgebung durch Auseinanderrücken von Tischen; Unterweisung der Mitarbeiter zur Einhaltung der Hust- und Niesetikette). In diesen Fällen kann es ein praktischer Weg sein, diese Maßnahmen ohne vertiefte Erforderlichkeitsprüfung einfach umzusetzen. Bei der Auseinandersetzung mit den Maßnahmen ist insbesondere auf die Prüfpflicht betreffend das infektionsschutzgerechte Lüften von Innenräumen hervorzuheben (§ 2 Abs. 2 Nr. 4 Corona-ArbSchV). Aufgrund des Verweises auf die Arbeitsstättenregel A3.6 „Lüftung“ in der Begründung

des Referentenentwurfs (Buchst. b zu § 2 zu Nr. 4), wird das infektionsschutzgerechte Lüften (entgegen der Ausgestaltung als Prüfauftrag) sogar als „faktisch rechtlich verpflichtend“ angesehen.<sup>18</sup>

Hinsichtlich der konkreten Umsetzung der Maßnahmen des Prüfkatalogs sollten sich Arbeitgeber insbesondere an den Vorschriften orientieren, auf die die Corona-ArbSchR ausdrücklich verweist: Bei der Umsetzung der Anforderungen der Corona-ArbSchV ist die Corona-ArbSchR zu berücksichtigen. Zur weiteren Orientierung über geeignete Maßnahmen können insbesondere die BAuA Handlungsempfehlungen SARS-CoV-2 sowie die branchenbezogenen Handlungshilfen der Unfallversicherungsträger herangezogen werden (vgl. § 1 Abs. 3 Corona ArbSchV).

### c) Corona-ArbSchR

Für die Gefährdungsbeurteilung und die Ableitung von Maßnahmen soll vor allem die Corona-ArbSchR Orientierung geben. Sie wird von den beratenden Arbeitsschutzausschüssen beim BMAS gemeinsam mit der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin („BAuA“) aufgestellt und beschreibt „den Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse“ (Corona-ArbSchR vom 24.11.2021, S. 1). Sie ist bei der Umsetzung der Corona-ArbSchV zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 3 S. 1 Corona-ArbSchV).

Es wird allgemein davon ausgegangen, dass die Corona-ArbSchR eine Vermutungswirkung begründet: Es wird vermutet, dass der Arbeitgeber, der die in der Corona-ArbSchR beschriebenen Maßnahmen umsetzt, die Anforderungen erfüllt, die der Gesetzgeber an den betrieblichen Infektionsschutz stellt (Ziffer 1.5 FAQ des BMAS).<sup>19</sup> Diese Vermutungswirkung ist für Arbeitgeber in der Praxis von großer Bedeutung, weil sie die durch den weiten Handlungsspielraum geschaffene Rechtsunsicherheit deutlich reduziert. Der Arbeitgeber kann zwar eine andere Lösung wählen, mit dieser muss er mindestens die gleiche Sicherheit und den gleichen Gesundheitsschutz für die Beschäftigten erreichen.<sup>20</sup> An diesen Nachweis wird im Zusammenhang mit anderen Arbeitsschutzregeln ein strenger Maßstab angelegt,<sup>21</sup> weshalb es praktisch ratsam ist, auch hier den Vorgaben zu folgen.

Schwierig für die Umsetzung in den Unternehmen ist, dass die Corona-ArbSchR nicht zeitgleich mit der Corona-ArbSchV aktualisiert wurde. Die letzte Überarbeitung der Corona-ArbSchR datiert auf den 24.11.2021. Schon an die Corona-ArbSchV vom 17.3.2022, die bereits einen Prüfkatalog enthielt, wurde sie nicht mehr angepasst. Jedenfalls endet die (unmittelbare) Anwendbarkeit der Corona-ArbSchR vom 24.11.2021 mit dem Auslaufen der Corona-ArbSchV a.F. am 25.5.2022 (Ziffer 1 Abs. 3 Corona-ArbSchR).<sup>22</sup>

14 BMAS, Fragen und Antworten zur SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung, Stand: 4.10.2022.

15 Vgl. Naber/Schulte, NZA 2021, 81, 84; Bayer, GWR 2021, 255, 257: Zulässigkeit nur bei „konkretem Gefährdungspotenzial“, „konkrete Gefährdungen anderer, vulnerabler Personen“.

16 BAG, 1.6.2022 – 5 AZR 28/22, BB 2022, 2419 Ls, NZA 2022, 1387.

17 Grüneberg, ARP 2022, 290, 291; Kollmer, NJW 2022, 3177, Rn. 19.

18 Kollmer, NJW 2022, 3177, Rn. 16.

19 Schlegel, in: Schlegel/Mießling/Bockholdt, COVID-19 – Corona-Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales, 2. Aufl. 2022, § 18, Rn. 61; Sagen/Bockfeld, NZA-Beilage, 2020, 17, 22; Kollmer, NJW 2022, 3177, Rn. 38; Felz, ARP 2020, 278, 279.

20 Schlegel, in: Schlegel/Mießling/Bockholdt, COVID-19 – Corona-Gesetzgebung – Gesundheit und Soziales, 2. Aufl. 2022, § 18, Rn. 61; Felz, ARP 2020, 278, 279; Hegel, öAT 2021, 67.

21 Vgl. OVG Bautzen 9.5.2018 – 5 A 998/17, BeckRS 2018, 37196; Mohnke/Richarz, ARP 2022, 294, 295 m. w. N.

22 Winkelmüller/Gabriel, in: BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 1 ArbSchG, Rn. 91; Grüneberg, ARP 2022, 290; eine Fortgeltung erwägt Kollmer, NJW 2022, 3177, Rn. 39.

Im Referentenentwurf zur Corona-ArbSchV wurde noch davon ausgegangen, dass die Corona-ArbSchR im August 2022 aktualisiert werden würde. Das ist aber bisher nicht geschehen.<sup>23</sup> Die Internetseite der BAuA weist darauf hin, dass die Corona-ArbSchR gegenwärtig überarbeitet wird. Es ist zu hoffen, dass eine überarbeitete Version der Corona-ArbSchR alsbald bereitgestellt werden wird.

Ein Blick in die alte Corona-ArbSchR in der Fassung vom 24.11.2021 lohnt aber weiterhin, weil viele der dort getroffenen Aussagen in der aktuellen Gefährdungslage weiterhin Bedeutung haben. Eine Vermutungswirkung aus ihr abzuleiten, ist insoweit schwierig, weil sie zu einer Zeit erging, als die Gefährdungslage als gefährlicher eingestuft wurde und daher die zu dieser Zeit geltenden Corona-ArbSchV ein höheres Schutzniveau mit weitergehenden und überwiegend verpflichtenden Maßnahmen vorsah. Ein Vermutungswirkung scheint daher nur insoweit denkbar, dass die Einhaltung des früheren höheren Schutzstandards erst recht die Einhaltung des etwas geringeren Schutzstandards nach der aktuellen Corona-ArbSchV vermuten lässt. Umgekehrt lässt sich aber nach unserer Einschätzung nicht argumentieren, dass sich Arbeitgeber nicht an dem früheren höheren Schutzniveau der Corona-ArbSchR messen lassen müssen, wenn sie unter Geltung der aktuellen Corona-ArbSchV andere Maßnahmen wählen.

#### d) Handlungsempfehlungen der BAuA

Die BAuA Handlungsempfehlungen SARS-CoV-2 basieren auf den fachlichen Grundlagen der Corona-ArbSchV und der Corona-ArbSchR und den Erkenntnissen, die von der BAuA während der systematischen Begleitung der Umsetzung der Schutzmaßnahmen in den Betrieben gewonnen wurden.<sup>24</sup> Entsprechende Handlungshilfen stellen auch die Unfallversicherungsträger auf ihren jeweiligen Internetseiten zur Verfügung. Sowohl die BAuA Handlungsempfehlungen SARS-CoV-2 als auch die branchenbezogenen Handlungshilfen der Unfallversicherungsträger werden von der Corona-ArbSchV als Orientierungshilfen ausdrücklich genannt (§ 1 Abs. 3 S. 2 Corona-ArbSchV).

Im Gegensatz zur Corona-ArbSchR entfalten die BAuA Handlungsempfehlungen SARS-CoV-2 aber keine Vermutungswirkung.<sup>25</sup>

Die letzten BAuA Handlungsempfehlungen stammen vom 29.3.2022 und sind wie die Corona-ArbSchR nicht auf die aktuelle Situation und die aktuelle Corona-ArbSchV zugeschnitten. Zumindest wurden sie nach Inkrafttreten der Corona-ArbSchV in der Fassung vom 17.3.2022 erlassen, die bereits einen Prüfkatalog und nicht nur verbindliche Maßnahmen kannte. Sie sind daher zumindest näher an der aktuellen Situation als die Corona-ArbSchR.

Ein Blick in die BAuA Handlungsempfehlungen lohnt sich ebenso wie bei der Corona-ArbSchR, weil darin ebenfalls viele der dort getroffenen Aussagen zu den AHAL-Regeln in der aktuellen Gefährdungslage ihre Bedeutung haben. Sie zeigen Handlungsspielräume auf und als Empfehlungen sollten sie im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung und der Aufstellung des Hygienekonzepts selbstverständlich unter Berücksichtigung der aktuellen Gefährdungslage und den betrieblichen Gegebenheiten berücksichtigt werden.

#### e) Handlungsempfehlungen der gesetzlichen Unfallversicherungsträger

Ebenfalls können zur weiteren Orientierung über geeignete Maßnahmen die branchenbezogenen Handlungshilfen der Unfallversicherungsträger herangezogen werden (§ 1 Abs. 3 S. 2 Corona-ArbSchV).

Die neun gewerblichen Berufsgenossenschaften sowie die Unfallversicherungsträger der öffentlichen Hand und die Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau als gesetzliche Unfallversicherungsträger haben überwiegend eigene Informationen zum Umgang mit dem Corona-Virus erstellt.<sup>26</sup> Diese berücksichtigen zwar die Spezifika der jeweiligen Branche, ihre Einhaltung begründet aber (anders als die Corona-ArbSchR) keine Vermutung zugunsten der Erfüllung der arbeitsschutzrechtlichen Pflichten.<sup>27</sup>

Auf den Internetseiten der gesetzlichen Unfallversicherungsträger finden sich nebst allgemeinen Anleitungen zum Erstellen von Gefährdungsbeurteilungen konkrete Beispiele für die Aufzählung coronaspezifischer Gefährdungen und deren Dokumentation sowie entsprechende Schutzmaßnahmen.<sup>28</sup> Auch hier ist von den Arbeitgebern natürlich immer das Veröffentlichungsdatum zu berücksichtigen und zu überprüfen, ob (noch) Einklang mit den Regelungen der aktuellen Corona-ArbSchV besteht.

#### f) FAQ des BMAS

Die FAQ des BMAS zur Corona-ArbSchV sind für die Praxis sehr hilfreich, da sie Aufschluss darüber geben, wie der Ordnungsgeber seine Regelungen verstanden wissen will. Die FAQ sind aber unverbindlich und nur als Auslegungshilfen zu verstehen.<sup>29</sup>

Insbesondere geben die FAQ Hinweise zum Umgang mit den normierten Prüfpflichten. Nach Ansicht des BMAS sind diese nicht in Gänze zwingend umzusetzen. Es handelt sich insoweit um bewährte Schutzmaßnahmen und wichtige Elemente eines Hygienekonzepts. Deshalb haben Arbeitgeber einzelfallbezogen zu beurteilen, ob die Maßnahmen bei den jeweiligen Tätigkeiten ggfs. verzichtbar sind (vgl. Ziffer 1.3 FAQ des BMAS). Das BMAS geht davon aus, dass das Umsetzen der Maßnahmen „insbesondere bei stark ansteigenden Infektionszahlen und Tätigkeiten mit häufig wechselnden Personenkontakten“ verpflichtend sei (vgl. Ziffer 1.3 FAQ des BMAS).

Des Weiteren geben die FAQ weiterführende Hinweise zu ausgewählten Schutzmaßnahmen, namentlich Tests, Masken, Impfungen und das Angebot von Home Office. Beispielsweise werden die betriebsbedingten Gründe näher umschrieben, die einem Angebot zur Tätigkeit im Home Office entgegenstehen können (§ 2 Abs. 2 Nr. 6 Corona-ArbSchV). Das sei der Fall, wenn die Betriebsabläufe erheblich eingeschränkt oder nicht aufrechterhalten werden könnten.

## 2. Partielle Maskenpflicht (§ 2 Abs. 3)

Eine Sonderstellung innerhalb der Corona-ArbSchV nimmt das Tragen von Masken ein:

Ergibt die Gefährdungsbeurteilung, dass (1) bei Unterschreitung des Mindestabstands von 1,5 Metern oder (2) bei tätigkeitsbedingten Körperkontakten oder (3) bei gleichzeitigem Aufenthalt mehrerer Personen in Innenräumen technische und organisatorische Schutzmaßnahmen zum Schutz der Beschäftigten nicht ausreichen,  *muss* der Arbeitgeber seinen Beschäftigten medizinische Gesichtsmasken

23 Vgl. BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 2 Corona-ArbSchV-E, Rn. 1.

24 BAuA Handlungsempfehlungen SARS-CoV-2, Stand: 29.3.2022, S. 1.

25 BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 1 Corona-ArbSchV-E, Rn. 14.

26 Eine Zusammenstellung findet sich gegenwärtig auf der Internetseite der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung.

27 BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 1 Corona-ArbSchV-E, Rn. 14.

28 Bspw. die Vorlage der VBG, Ergänzung zur Gefährdungsbeurteilung während der Corona-virus-Pandemie, Stand: 31.5.2022.

29 BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 2 Corona-ArbSchV-E, Rn. 14.2; Herfs-Röttgen, NZA 2021, 388, 389.

bzw. näher bezeichnete Atemschutzmasken bereitstellen, die dann auch von den Beschäftigten zu tragen sind (§ 2 Abs. 3 Corona-ArbSchV).

Der Arbeitgeber hat also in den drei genannten Fällen zunächst zu prüfen, ob technische und organisatorische Schutzmaßnahmen zum Schutz der Beschäftigten ausreichen. Das entspricht dem allgemeinen Grundsatz, wonach individuelle Schutzmaßnahmen nachrangig zu anderen Maßnahmen sind (§ 4 Nr. 5 ArbSchG).<sup>30</sup> Ein ausreichender Schutz ist zumindest bei Unterschreitung des Mindestabstands von 1,5 Metern aber schwer vorstellbar. Auch die Kenntnis des Arbeitgebers vom Impfstatus seiner Beschäftigten (datenschutzrechtliche Probleme außer Betracht gelassen) würde diesbezüglich im Übrigen nichts ändern: Impfungen allein sind nicht ausreichend, um vor Ansteckung und Weitergabe der aktuell verbreiteten Virusvarianten zu schützen (vgl. Ziffer 1.6 FAQ des BMAS). Ob sich aufgrund der angepassten Impfstoffe etwas an dieser Einschätzung ändert, erscheint sehr ungewiss.

Kommt der Arbeitgeber zum Ergebnis, dass technische und organisatorische Schutzmaßnahmen nicht ausreichen, ist das Bereitstellen (und Tragen) von Masken obligatorisch. Eine Ausnahme für Kurzzeitkontakte (z. B. bei sehr kurzen Begegnungen auf Gängen, Fluren oder sonstigen Verkehrsflächen) ist von der Corona-ArbSchV nicht vorgesehen. Die Corona-ArbSchR in der Fassung vom 24.11.2021 hatte diesbezüglich noch Erleichterungen vorgesehen (Ziffer 4.2.6). In der Praxis wird die Maskenpflicht die meisten Arbeitgeber zumindest partiell betreffen. Die (vorübergehende) „Unterschreitung des Mindestabstands von 1,5 Metern“ oder der „gleichzeitige Aufenthalt mehrerer Personen in Innenräumen“ wird beispielsweise bei Mitarbeitern mit Kundenkontakt (Außendienst, Hotellerie, Gastronomie und vielen Bereichen des Dienstleistungssektors) regelmäßig vorliegen. Es wird dann nicht nur eine bloße Prüfpflicht dieser Maßnahme wie in § 2 Abs. 2 Corona-ArbSchV statuiert, sondern in den drei genannten Fällen auch das Ergebnis vorweggenommen. Damit unterscheidet sich die Corona-ArbSchV an dieser Stelle auch von der letzten Fassung der Corona-ArbSchV: Dort war das Bereitstellen medizinischer Gesichtsmasken (Mund-Nasen-Schutz) oder anderer genauer bezeichneter Atemschutzmasken neben anderen Maßnahmen wie dem Angebot von Tests oder der Verminderung von Personenkontakten zu prüfen (§ 2 Abs. 3 Nr. 3 Corona-ArbSchV in der Fassung vom 19.3.2022).

Die (zumindest situative oder partielle) Maskenpflicht, die in den meisten Betrieben gelten wird, passt nicht zur allgemeinen Tendenz, wonach die Maskenpflicht an den meisten Orten entfallen ist (die letzten Verschärfungen betreffen nur wenige Bereiche, vgl. Ziffer IV; auch die landesrechtliche Vorschriften enthalten keine weitreichenden Maskenregelungen mehr). Dies wird bei Kontakt mit externen Personen dazu führen, dass die Beschäftigten, nicht aber die Kunden oder Geschäftspartner, Masken zu tragen haben. Da medizinische Masken (im Gegensatz zu FFP-2- und FFP-3-Masken) vor allem andere Personen und nicht den Maskenträger selbst schützen (Ziffer 4.5 FAQ des BMAS), könnten Behörden argumentieren, dass diese beim Kontakt mit Kunden ohne Maske noch nicht einmal ausreichend seien. Es ergäbe sich dann eine faktische Pflicht zum Bereitstellen (und Tragen) von FFP-2- oder FFP-3-Masken. Nicht-Beschäftigte, bspw. Kunden, müssen jedoch keine Maske tragen. Eine Maskenpflicht für die Kunden/Geschäftspartner müsste konsequenterweise aber dann gelten, wenn diese im Rahmen der Erfüllung ihrer arbeitsvertraglichen Pflichten tätig sind. Dann wiederum fallen auch sie unter die Corona-

ArbSchV und müssen Masken tragen (§ 1 Abs. 3 S. 3 Corona-ArbSchV).

Im Ergebnis müsste beim Zusammentreffen mehrerer Personen im geschäftlichen Bereich nur diejenigen eine Maske tragen, die zum Zeitpunkt in ihrer Funktion als Beschäftigte auftreten.

**Bsp.:** Bei einer vom Arbeitgeber angebotenen Veranstaltung für Externe (wie einer Schulung), müssten bei Unterschreitung des Mindestabstands, wenn technische und organisatorische Schutzmaßnahmen zum Schutz der Beschäftigten nicht ausreichen, alle Beschäftigten des Arbeitgebers sowie alle Teilnehmenden, die Beschäftigte eines anderen Arbeitgebers sind (und während ihrer Arbeitszeit an der Veranstaltung teilnehmen) eine Maske tragen. Teilnehmende, die in ihrer Freizeit teilnehmen oder in keinem Beschäftigungsverhältnis stehen (z. B. Selbständige), müssten keine Maske tragen.

Das erscheint nicht konsequent. Das erklärte Ziel der Corona-ArbSchV ist es, das Risiko einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 bei der Arbeit zu minimieren und die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten zu schützen (vgl. § 1 Abs. 1 Corona-ArbSchV). Die Gefahr, die dabei von anderen Beschäftigten ausgeht, ist aber nicht höher als die Ansteckungsgefahr, die von Externen ausgeht. Hier besteht ein Wertungswiderspruch. Die Anordnung einer Maskenpflicht gegenüber den eigenen Mitarbeitenden ist daher in bestimmten Situationen nur schwer vermittelbar, wenn andere keine Masken tragen müssen.

Der Arbeitgeber könnte zwar über das Hausrecht regeln, dass externe Besucher des Betriebs oder Kunden Masken zu tragen haben. Gegenüber diesen bestehen nämlich keine Beschränkungen über den Beschäftigungsanspruch aus dem Arbeitsverhältnis.<sup>31</sup> Dies liegt aber in seinem Ermessen und ist gesetzlich nicht vorgeschrieben.

### 3. Schutzimpfungen und Aufklärung (§ 3)

Der Arbeitgeber hat den Beschäftigten weiterhin zu ermöglichen, sich während der Arbeitszeit gegen das Coronavirus impfen zu lassen (§ 3 Abs. 1 Corona-ArbSchV). Nicht explizit geregelt ist dagegen, ob Arbeitnehmer die dafür aufgewendete Zeit auch vergütet bekommen oder nicht. Richtigerweise ist das abzulehnen, da Regelungen über die Entgeltfortzahlung von der Ermächtigungsgrundlage in § 18 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 ArbSchG nicht gedeckt sind. Auf § 3 Abs. 3 ArbSchG kann dies ebenfalls nicht gestützt werden. Die Impfungen dienen dem allgemeinen Bevölkerungsschutz und dem Schutz vor einer Überlastung des Gesundheitssystems. Da sie Ansteckungen nicht wirksam vermeiden können, können sie Ansteckungen im Betrieb nicht vermeiden. Sie können daher keine Arbeitsschutzmaßnahme sein und Unternehmen die Kosten aufzuerlegen, erscheint daher nicht gerechtfertigt.

Die Auffassung des BMAS, wonach ein Vergütungsanspruch über § 616 S. 1 BGB herzuleiten sei (vgl. Ziffer 5.4 FAQ des BMAS), hat nach unserer Sicht kaum mehr praktische Bedeutung.<sup>32</sup> Diese Vorschrift erfasst nur solche Hinderungsgründe, die aus der persönlichen Sphäre des Arbeitnehmers stammen, nicht dagegen objektive Leistungshindernisse. Bei Arztbesuchen, bei denen der Arbeitnehmer nicht krank ist, liegt ein persönlicher Verhinderungsgrund nur vor,

<sup>30</sup> Zur Nachrangigkeit individueller Schutzmaßnahmen auch: BAuA Handlungsempfehlungen SARS-CoV-2, Stand: 29.3.2022, Ziffer 5.4.

<sup>31</sup> Vgl. dazu: *Aligbe*, ArbRAktuell 2022, 250, 251; *Naber/Schulte*, NZA 2021, 81, 84f.

<sup>32</sup> *Mohnke*, DB 2021, M4-M5; *Müller*, ArbRAktuell 2021, 176, 178f.

wenn der konkrete Arztbesuch zu diesem Zeitpunkt medizinisch notwendig war.<sup>33</sup> Dies wird der Arbeitnehmer für eine Schutzimpfung nur schwer begründen können. Im Gegensatz zu den Anfängen der Impfkampagne stehen Impfstoffe inzwischen ausreichend zur Verfügung und Impftermine sind flexibel vereinbar.<sup>34</sup> Eine Impfung während der Arbeitszeit wird demzufolge kaum medizinisch notwendig sein. Unabhängig davon ist § 616 S. 1 BGB disponibel und kann auch zu Ungunsten des Arbeitnehmers in Arbeitsverträgen abbedungen werden.<sup>35</sup> Ob das BMAS auch in diesen Fällen von einer Fortgeltung des Vergütungsanspruchs ausgeht, ist unklar.

Der Arbeitgeber hat die Betriebsärzte und die überbetrieblichen Dienste von Betriebsärzten, die Schutzimpfungen aus Gründen des Bevölkerungsschutzes im Betrieb durchführen, organisatorisch und personell zu unterstützen (§ 3 Abs. 1 S. 2 Corona-ArbSchV). Wie diese Unterstützung im Detail auszusehen hat und was vom Arbeitgeber im Einzelfall konkret erwartet werden kann, bleibt unklar. Es obliegt der Entscheidung des Arbeitgebers, auf welche Impfangebote er hinweisen möchte oder welche Impfangebote er unterstützen möchte (Ziffer 5.3 FAQ des BMAS).

Schließlich sind die Beschäftigten im Rahmen der Unterweisung über die Gesundheitsgefährdung bei der Erkrankung an COVID-19 aufzuklären und über die Möglichkeit einer Schutzimpfung zu informieren (§ 3 Abs. 2 Corona-ArbSchV). Der Referentenentwurf für die Corona-ArbSchV weist darauf hin, dass die Unterweisung durch eine Beteiligung des Betriebsarztes, durch ärztliche Schulung der die Unterweisung durchführenden Personen oder durch Mitwirkung bei der Erstellung geeigneter Unterweisungsmaterialien erfolgen kann (Buchst. b zu § 3 zu Abs. 2). In der Praxis dürften insoweit allenfalls entsprechende Informationsmaterialien zur Anwendung kommen.

#### 4. Beratende Arbeitsausschüsse (§ 4)

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales kann die beratenden Arbeitsschutzausschüsse, die aufgrund des § 18 Abs. 2 Nr. 5 und des § 24a ArbSchG gebildet worden sind, beauftragen, Regeln und Erkenntnisse zu ermitteln, wie die in der Corona-ArbSchV gestellten Anforderungen erfüllt werden können (§ 4 S. 1 Corona ArbSchV). Es wurden die folgenden Ausschüsse gebildet:<sup>36</sup> Der Ausschuss für Biologische Arbeitsstoffe (ABAS), der Ausschuss für Gefahrstoffe (AGS), der Ausschuss für Arbeitsstätten (ASTA), der Ausschuss für Arbeitsmedizin (AfAMed) und der Ausschuss für Betriebssicherheit (ABS) und der Ausschuss für Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit (ASGA). Diese beraten das BMAS und ermitteln den Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse für die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten (vgl. §§ 18 Abs. 2 Nr. 5 ArbSchG, 24a Abs. 3 Nr. 1 ArbSchG). So haben ABAS, ABS, AfAMed, AGS und ASTA gemeinsam mit der BAuA die Corona-ArbSchR entwickelt (vgl. Ziffer III.1. c)).

## IV. Weitere Regelungen neben der Corona-ArbSchV

Arbeitgeber haben unabhängig bzw. ergänzend zu den Vorschriften der Corona-ArbSchV auch weitere einschlägige gesetzliche Vorschriften zu beachten. Dies gilt auch dann, wenn diese strenger als die Vorgaben der künftigen Corona-ArbSchR sind.

Die Corona-ArbSchV sieht ausdrücklich vor, dass abweichende und weitergehende Vorschriften des Bundes und der Länder zum Infekti-

onsschutz, insbesondere im Zusammenhang mit der Betreuung von Kindern, sowie die Arbeitsschutzverordnungen gemäß § 18 Abs. 1 und 2 ArbSchG, insbesondere Regelungen der Biostoffverordnung („BioStoff-VO“), unberührt bleiben (§ 1 Abs. 2 Corona-ArbSchV). Anders als im Bereich der Corona-ArbSchR (vgl. Ziffer III. 1. c) haben Arbeitgeber hier natürlich keinen Spielraum. Sie können von den Regelungen also auch dann nicht abweichen, wenn sie der Meinung sind, durch andere Maßnahmen ein mindestens ebenso hohes Schutzniveau gewährleisten zu können.

So dürfen Krankenhäuser und Pflegeeinrichtungen bis zum 7.4.2023 nur von Personen betreten werden, die eine FFP-2 Maske tragen und über ein negatives Testergebnis i.S.d. § 22a Abs. 3 IfSG verfügen (§ 28b Abs. 1 Nr. 3 IfSG). Eine FFP-2-Maskenpflicht existiert daneben auch in weiteren medizinischen Einrichtungen (vgl. § 28b Abs. 1 Nr. 5 IfSG). Auch Immunitätsweise (Impf- oder Genesenennachweise) sind über die sog. einrichtungsbezogene Impfpflicht teilweise verpflichtend (vgl. § 20a IfSG). Dies haben Arbeitgeber, deren Beschäftigte in diesen Bereichen tätig sind, zu beachten. „Tätig“ wird im Übrigen nicht nur das medizinische Personal. Deshalb betrifft die Pflicht auch nicht nur diese Arbeitnehmer, sondern etwa auch Hausmeister sowie Transport-, Küchen- oder Reinigungspersonal.<sup>37</sup> Diese Pflicht ist allerdings befristet und entfällt mit Ablauf des 31.12.2022 (Art. 23 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Nr. 1 des Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie).

Bis zum 7.4.2023 sind die Bundesländer unter gewissen Voraussetzungen insbesondere ermächtigt, Verpflichtungen zum Erstellen von Hygienekonzepten für den Groß- und Einzelhandel, für Betriebe, Einrichtungen, Gewerbe sowie Angebote und Veranstaltungen aus dem Freizeit-, Kultur- und Sportbereich für öffentlich zugängliche Innenräume, in denen sich mehrere Personen aufhalten, festzulegen. Die Hygienekonzepte können dabei namentlich die Bereitstellung von Desinfektionsmitteln sowie Maßnahmen zur Vermeidung unnötiger Kontakte und Lüftungskonzepte vorsehen (§ 28b Abs. 4 Nr. 3 IfSG). Arbeitgeber haben auch etwaige andere landesrechtlichen Vorschriften zu berücksichtigen, soweit diese anwendbar sind und weitergehende Bestimmungen vorsehen. Die derzeit geltenden landesrechtlichen Regelungen sind im Vergleich zu früheren Fassung gegenwärtig aber sehr reduziert und dürften für die meisten Arbeitgeber keine zusätzlichen Anforderungen begründen (Ausnahmen bspw. für Arbeitgeber, die im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs tätig sind). Zu den von den Arbeitgebern zu beachtenden Arbeitsschutzverordnungen, von denen die Corona-ArbSchV die Biostoff-VO namentlich nennt (§ 1 Abs. 2 Corona-ArbSchV), gehören u. a. die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV), die Betriebssicherheitsverordnung (BetrSichV), die Gefahrstoffverordnung (GefStoffV), die Verordnung zur arbeitsmedizinischen Vorsorge (ArbMedVV).<sup>38</sup>

33 BAG, 29.2.1984 – 5 AZR 455/81, BB 1984, 1164, AP BGB § 616 Nr. 64, Preis, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, § 616 BGB, Rn. 7, Brill, NZA 1984, 281, 282.

34 Ebenso differenzierend Heinish/Schöneborn, COVuR 2021, 337, 340; Felz, ARP 2021, 294, 298 stellt ebenfalls darauf ab, ob Impfangebote außerhalb der Arbeitszeit wahrgenommen werden können; a. A. Jahn, DB 2022, 2221 demzufolge der Impftermin stets vergütungspflichtige Arbeitszeit ist.

35 Jousen, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.9.2022, § 616 BGB, Rn. 6; Tillmanns, in: Münch. Hdb. ArbR, Bd. 1, 5. Aufl. 2021, § 77, Rn. 13; Preis, in: ErfK, 23. Aufl. 2023, § 616 BGB, Rn. 13.

36 Rapp, in: BeckOK Arbeitsschutzrecht, Stand: 1.10.2022, § 18 ArbSchG, Rn. 21, 29; Referentenentwurf des BMAS zur Corona-ArbSchV, S. 16.

37 BT-Drs. 20/188, 38.

38 Kohte, in: Münch. Hdb. ArbR, Bd. 2, 5. Aufl. 2021, § 174, Rn. 4; Kollmer, NJW 2022, 3177, Rn. 37.

## V. Beteiligung des Betriebsrats

Für die Aufstellung des betrieblichen Hygienekonzepts ist das Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats zu beachten. Dieser hat bei Regelungen über die Verhütung von Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten sowie über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften mitzubestimmen (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG). Das Mitbestimmungsrecht wird nur ausgelöst, wenn die zu treffenden Maßnahmen selbst noch nicht detailliert beschrieben sind, sondern der Arbeitgeber einen Ermessensspielraum hat.<sup>39</sup>

Der Betriebsrat hat ein Mitbestimmungsrecht bei der Gefährdungsbeurteilung nach § 5 ArbSchG.<sup>40</sup> Das Mitbestimmungsrecht greift ein, wenn eine gesetzliche Handlungspflicht objektiv besteht und mangels einer zwingenden gesetzlichen Vorgabe betriebliche Regelungen verlangt, um das vorgegebene Ziel des Arbeits- und Gesundheitsschutzes zu erreichen.<sup>41</sup> Das ist bei der Gefährdungsbeurteilung trotz der Vorgaben der Corona-ArbSchV der Fall. Die Corona-ArbSchV eröffnet im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung einen Handlungsspielraum, welcher das Mitbestimmungsrecht begründet.<sup>42</sup>

Das Mitbestimmungsrecht besteht in zweierlei Hinsicht: Zum einen hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht bei der Frage, wie allgemeine Vorgaben zur Durchführung der Gefährdungsbeurteilung gestaltet werden (nicht aber bei der Frage, wie die konkreten Gefährdungslage an einem bestimmten Arbeitsplatz eingeschätzt wird).<sup>43</sup> Zum anderen hat der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht, wenn im Rahmen von § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG mehrere Maßnahmen möglich sind. Das Mitbestimmungsrecht bezieht sich dann auf die Entscheidung, welche der in Betracht kommenden Maßnahmen umgesetzt werden soll.<sup>44</sup>

Kein Mitbestimmungsrecht hat der Betriebsrat umgekehrt, soweit Handlungspflichten durch die Corona-ArbSchV zwingend vorgegeben sind. Ergibt die Gefährdungsbeurteilung, dass in den in § 2 Abs. 3 Corona-ArbSchV genannten Fällen technische und organisatorische Schutzmaßnahmen zum Schutz der Beschäftigten nicht ausreichen, ist das Bereitstellen und Tragen von Masken obligatorisch (vgl. Ziffer III. 2). Da dieses Ergebnis durch die Corona-ArbSchV zwingend vorgegeben ist, hat der Betriebsrat diesbezüglich kein Mitbestimmungsrecht.

## VI. Fazit

Die Neufassung der Corona-ArbSchV ähnelt der letzten Fassung der Corona-ArbSchV vom 19.3.2022, die zum 25.5.2022 ausgelaufen war. Für Arbeitgeber, die nach dem 25.5.2022 an den bis dahin bewährten Maßnahmen festgehalten hatten (die allgemeinen Arbeitsschutzvorschriften galten ja weiterhin), dürfte sich deshalb kaum Anpassungsbedarf zum 1.10.2022 ergeben haben.

Arbeitgeber, die nach dem 25.5.2022 die Maßnahmen in ihrem Betrieb gelockert hatten, müssen nach der neuen Rechtslage aber ggf. „nachscharfen“. Zu beachten ist in jedem Fall die (situative oder partielle) Maskenpflicht, die die Corona-ArbSchV in der Fassung vom 19.3.2022 noch nicht vorgesehen hatte.

Es ist zu begrüßen, dass auch die Corona-ArbSchR neu gefasst werden soll (zu Redaktionsschluss lag die Überarbeitung noch nicht vor). Aufgrund ihrer Vermutungswirkung ist sie für Arbeitgeber im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung von besonderer Bedeutung. Da schon für die Corona-ArbSchV in der Fassung vom 19.3.2022 keine angepasste Corona-ArbSchR mehr vorlag, wird die Rechtssicherheit für Arbeitgeber nach Veröffentlichung der überarbeiteten Corona-ArbSchR höher sein als noch im Frühjahr 2022.

Ob die Corona-ArbSchV (nebst Ermächtigungsgrundlage) für die Zeit nach dem 7.4.2022 erneut angepasst bzw. verlängert wird, kann noch nicht prognostiziert werden. Hier bleibt das weitere Pandemiegeschehen abzuwarten.

**Dr. Lars Mohnke**, RA/FAArbR, ist Partner von Hogan Lovells in München. Er berät deutsche und internationale Unternehmen in allen Angelegenheiten des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts und begleitet seine Mandanten bei sämtlichen Transformationsprozessen, insbesondere bei Umstrukturierungen und den Verhandlungen mit Arbeitnehmervertretern.



**Axel Huber**, RA ist Associate bei Hogan Lovells in München. Er berät nationale und internationale Mandanten in allen Bereichen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts.



39 Kania, in: ErFK, 23. Aufl. 2023, § 87 BetrVG, Rn. 63; Müller-Bonanni/Bertke, NJW 2020, 1617, 1618 f.

40 BAG, 11.2.2014 – 1 ABR 72/12, NZA 2014, 989; Richardi/Maschmann, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 2022, § 87 BetrVG, Rn. 585 d f.

41 BAG, 28.3.2017 – 1 ABR 25/15, BB 2017, 2616, NZA 2017, 1132; ähnlich bereits BAG, 8.6.2004 – 1 ABR 13/03, BB 2004, 2248 Ls, NZA 2004, 1175.

42 Grüneberg, ARP 2022, 290; dahingehend auch; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 31. Aufl. 2022, § 87 BetrVG, Rn. 321; vgl. auch: LAG Köln, 22.1.2021 – 9 TaBV 58/20, BB 2021, 435 Ls, zur Ausgestaltung eines Besuchskonzepts in einem Krankenhaus für die CoronaSchutzVO NRW.

43 BAG, 13.8.2019 – 1 ABR 6/18, BB 2019, 2806 Ls, NZA 2019, 1717; Richardi/Maschmann, in: Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 17. Aufl. 2022, § 87 BetrVG, Rn. 585 d; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 31. Aufl. 2022, § 87 BetrVG, Rn. 306.

44 BAG, 19.11.2019 – 1 ABR 22/18, BB 2020, 435 Ls, NZA 2020, 266, 269; Bürger/Spitzer, BB 2022, 1908, 1910.