

# Pandemie – Praktische und arbeitsrechtliche Maßnahmen zur Vorbeugung und Bekämpfung

RA Volker Stück

Die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat am 11.6.2009 bei der sog. „Schweinegrippe“ die höchste Pandemiestufe (VI) ausgerufen. Da zudem die „normale“ Grippesaison vor der Tür steht, müssen sich die Betriebe sowohl in praktischer als auch rechtlicher Hinsicht auf den Ausbruch einer Pandemie vorbereiten. Der Beitrag gibt einen Überblick über den betrieblichen Handlungsbedarf (z.B. Aufstellung von Krisenplänen) sowie arbeitsrechtliche Maßnahmen zur Vorbeugung und Bekämpfung.

## I. Einleitung

Die Vogelgrippe (Virus H5N1 – aviäre Influenza), bekannt aus dem Jahr 2006, ist eine aggressive,<sup>1</sup> hoch ansteckende Viruserkrankung. Das Virus überträgt sich überwiegend von Vogel zu Vogel bzw. anderen Tieren. Es gilt jedoch als gesichert, dass das Vogelgrippevirus den Sprung auf die Spezies Menschen schafft, so dass sich diese untereinander anstecken können.

Die aus Mexiko stammende Schweinegrippe (Virus A/H1N1) hat diesen (Arten-)Sprung schon geschafft und ist von Mensch zu Mensch übertragbar. Der Genuss von Schweinefleisch ist ungefährlich; Hitze tötet das Virus ab. In Deutschland sind am 30.9.2009 ca. 20.500 Fälle zu verzeichnen, darunter ein Todesfall.<sup>2</sup> Aktuell ist die Schweinegrippe also (noch) vergleichsweise harmlos. Da Viren jedoch ständig mutieren, besteht mit zunehmender Verbreitung die Gefahr, dass die Viren aggressiver und die Verläufe schlimmer werden.

Die Ansteckung erfolgt – wie bei der normalen Grippe (humane Influenza) – sowohl über eine sog. Tröpfen- wie auch Schmierinfektion. Das Grippevirus dringt über die Nase, den Mund oder die Augenschleimhaut in den Körper ein. Danach vergehen ein bis vier Tage, bevor die Person Symptome ausbildet. Ein Grippekranker kann einen Tag vor Ausbildung der Symptome bis sieben Tage danach ansteckend sein.<sup>3</sup>

## II. Betriebliche Auswirkungen

Bei einem schweren Pandemieausbruch wird damit gerechnet, dass nur noch ca. 30–50% der Arbeitskräfte verfügbar sind. Zu den gewöhnlichen betriebsüblichen Fehlzeitenursachen/-quoten treten dann hinzu:

- ▷ an Influenza selbst erkrankte Mitarbeiter, die meist an einer schweren Lungenentzündung leiden;
- ▷ gesunde Mitarbeiter, die sich um kranke Angehörige kümmern müssen oder um gesunde, aber betreuungsbedürftige Personen (z.B. Kinder und

Schüler nach Schließung von Kindergärten/Schulen);

- ▷ gesunde Mitarbeiter, die aus Angst vor Ansteckung zu Hause bleiben;
- ▷ Mitarbeiter, die wegen Zusammenbruch oder Untersagung des öffentlichen Nah/Fernverkehrs oder Einrichtung von Sperrzonen ihren Arbeitsplatz nicht mehr erreichen;
- ▷ evtl. „Trittbrettfahrer“-Effekte.

Während einer solchen Pandemiewelle wird ein normaler Geschäftsbetrieb kaum möglich sein. Die Weltbank schätzt einen weltweiten Schaden von ca. 680 Mrd. €.

## III. Betrieblicher Handlungsbedarf

Die betrieblichen Notfallpläne müssen auf eine solche Situation frühzeitig eingestellt werden, also insbesondere die Fragen:

- ▷ Welche kritischen Personen und Funktionen sind wo erforderlich, um den Betrieb aufrecht zu erhalten?
- ▷ Wie schützt man diese bestmöglich bzw. welcher Ersatz ist ggf. verfügbar?

Hierzu ist ein enges Zusammenspiel verschiedener betrieblicher Funktionen gefordert wie Linienmanagement, Arbeitssicherheit, Werksschutz, Betriebsarzt, Personal, Rechtsabteilung, Betriebsrat, Logistik, Einkauf und innerbetriebliche Kommunikation.

Bis zum Vorliegen eines wirksamen und flächendeckend verfügbaren Impfstoffes kann der präventive Schutz der Mitarbeiter vor arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren, zu der der Arbeitgeber nach § 618 BGB; §§ 3, 2 ArbSchG verpflichtet ist, erhöht werden. Hierzu empfehlen sich folgende Maßnahmen:

- ▷ Fortführen/Ausweiten jährlicher Gripeschutzimpfungen.
- ▷ Meiden sozialer Kontakte/Menschenansammlungen (z.B. Betriebskantine, Pausenräume) bzw. Vergrößern der Abstände. Dies lässt sich erreichen durch:
  - Nutzen des eigenen Pkw statt öffentlicher Verkehrsmittel;
  - Einrichten von Einzelbüros bzw. Vergrößern der Abstände zwischen Arbeitsplätzen in Großraumbüros;
  - Verstärktes Einrichten und Nutzen von Heim-/Telearbeit, Telefon-/Videokonferenzen statt persönlicher Besprechungen.
- ▷ Gesteigerte Hygienepflichten<sup>4</sup> wie z.B.
  - Unterlassen des Händegebens zur Begrüßung.
  - Häufigeres Händewaschen.
  - „Husten-Etikette“ (Verbot des offenen Hustens/Niesens, sondern in Ellenbogen oder zu entsorgende Papiertaschentücher).

▷ Der Autor ist Leiter Personal & Compliance Beauftragter der ABB AG, Hochspannungstechnik, in Hanau. Er ist Verfasser zahlreicher arbeitsrechtlicher Aufsätze und Mitautor eines Kommentars zum Berufsbildungsgesetz.

<sup>1</sup> Von den ca. 300 angesteckten Menschen verstarben ca. 50 %.

<sup>2</sup> <http://www.schweinegrippe-h1n1.seuchen-info.de/service/deutschland.html>.

<sup>3</sup> Eine empfehlenswerte Informationsquelle ist die Seite des Robert Koch-Instituts ([www.rki.de](http://www.rki.de), Infektionskrankheiten A-Z, Stichworte: Pandemie, Schweinegrippe, Vogelgrippe).

<sup>4</sup> Vgl. <http://www.wir-gegen-viren.de/>.

## Pandemie: Arbeitsrechtliche Maßnahmen

- Hände möglichst nicht ins Gesicht nehmen.
  - Regelmäßiges Lüften geschlossener Räume.
  - Bereitstellen und Nutzen von Desinfektionsmitteln.
- ▷ Nutzen persönlicher Schutzausrüstungen wie Mund-/Nasenschutzmasken bzw. Atemschutzmasken (Klasse FFP 2/3, Bedarf ca. 3–4 pro Mitarbeiter/Tag), Handschuhe, Schutzanzüge.
- ▷ Bevorraten von antiviralen Arzneimitteln (z.B. Tamiflu, Relenza) und ärztliche Verordnung an Risikogruppen (z.B. bei Dienstreisen in gefährdete Regionen).
- Temperaturmessungen bei allen Mitarbeitern vor Arbeitsantritt an den betrieblichen Zugängen und Ablehnung des Zutritts für Mitarbeiter mit erhöhter Temperatur (Innenohrmessung, Wärmebildkameras).
- ▷ Einrichten von Quarantänезonen für Arbeitnehmer mit Grippesymptomen.
- Sind die betrieblichen Vorsorge-/Notfallpläne erarbeitet, ist eine entsprechende Informations- und Kommunikationspolitik erforderlich (z.B. Strategie des Betriebes, Verhaltensregeln für Mitarbeiter, Kennen der eigenen Funktion) und zwar möglichst vor Eintritt des Krisenfalls.<sup>5</sup>

### IV. Arbeitsrechtliche Maßnahmen

Ein Pandemieeintritt wirft eine Reihe bislang kaum behandelte Rechtsfragen auf.<sup>6</sup> Die wichtigsten sollen hier beleuchtet werden:

#### 1. Mitarbeiterbefragung/Anzeige-pflichten

Der geringste Eingriff in Persönlichkeitsrechte ist mit einer Befragung des Arbeitnehmers verbunden, z.B. ob sich dieser in einem gefährdeten Gebiet (z.B. Mexiko) aufgehalten hat oder typische Grippesymptome verspürt. Der Arbeitgeber hat hier ein berechtigtes Auskunftsinteresse und der Arbeitnehmer ist zur wahrheitsgemäßen Auskunft verpflichtet. Eine Negativauskunft wird regelmäßig ausreichen. Nach § 16 ArbSchG bzw. der arbeitsvertraglichen Treuepflicht (§§ 241 Abs. 2, 242, 611 BGB) besteht sogar eine entsprechende Melde- bzw. Offenbarungspflicht der Arbeitnehmer, die man bei einer Pandemie und einem Infektionsverdacht bejahen wird.<sup>7</sup>

#### 2. Mitarbeiteruntersuchung

Den Grundrechten des einzelnen Arbeitnehmers auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG), Achtung seines Persönlichkeitsrechts, seiner personenbezogenen Daten und seiner Intimsphäre (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG) stehen auf Seiten des Arbeitgebers dessen Grundrechte auf wirtschaftliche Betätigung (Art. 12 Abs. 1; 14 Abs. 1; 2 Abs. 1 GG) sowie seine Schutz-/Fürsorgepflichten gegenüber allen anderen Arbeitnehmern (§ 618 BGB, § 2 ArbSchG) gegenüber. Dieser Grundrechtskonflikt ist unter Abwägung der wechselseitigen Interessen sowie Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips dahin zu lösen,<sup>8</sup> dass der Arbeitgeber berechtigt ist, Arbeitnehmer vor Betreten des Betriebes mit schonenden Methoden wie Ohrtemperaturmessung oder Wärmebildkameras auf eine mögliche Infektion und Fieber als wichtigen Indikator zu untersuchen.<sup>9</sup> Zu beachten ist allerdings, dass der Betriebsarzt nicht berechtigt ist, seine Diagnose dem Arbeitgeber ohne Einwilligung des Mitarbeiters mitzuteilen.<sup>10</sup>

#### 3. Mitarbeiterimpfung

Impfen bedeutet das Einbringen körperfremder Substanzen und Eiweiße mittels Stichverletzung in gesundes Körpergewebe. Auch durch einen Arzt lege artis vorgenommene Impfungen stellen – unabhängig von eventuellen Risiken und Nebenwirkungen – einen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit des Betroffenen dar, der gerechtfertigt sein muss, damit es sich nicht um eine strafbare (vorsätzliche) Körperverletzung (§ 223 StGB) handelt.<sup>11</sup> Daran, dass approbierte Betriebsärzte bzw. Arbeitsmediziner berechtigt sind, Impfungen durchzuführen, sollte kein Zweifel bestehen.<sup>12</sup>

Eine Rechtfertigung des Eingriffes in die körperliche Integrität kann sich ergeben aus

- ▷ einer wirksamen Einwilligung des (aufgeklärten) Betroffenen,<sup>13</sup>
- ▷ einer gesetzlichen Grundlage (Impfpflicht/-zwang, § 20 Abs. 6, 7 IfSG).

Arbeitgeber können Arbeitnehmer derzeit nicht verpflichten, sich gegen die Schweinegrippe oder normale Grippe impfen zu lassen; das Direktionsrecht (§ 106 GewO) wird eine Impfanordnung des Arbeitgebers nicht rechtfertigen. Wegen der Gefahren einer Pandemie kann aber die Auffassung vertreten werden, der Arbeitgeber könne vom Arbeitnehmer aufgrund der Treuepflicht verlangen, dass dieser sich impfen lasse.<sup>14</sup> Dies wird abhängig sein von den möglichen Nebenwirkungen/Risiken einer Impfung einerseits und der Gefährlichkeit des Grippevirus andererseits (Letalitätsrate).

Am 19.8.2009 hat das Bundeskabinett die Verordnung über die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung bei Schutzimpfungen gegen die neue Influenza beschlossen.<sup>15</sup> Die VO regelt, welche Personengruppen vorrangig geimpft werden sollen: Chronisch Kranke, Schwangere, erhöht Gefährdete, ärztliches und medizinisches Personal, Vollzugspolizei, Feuerwehr. Das sind ca. 22 Mio. Menschen = 30 % der Bevölkerung. Durchführung und Organisation der Impfung ist Sache der Länder. Die VO sieht ferner die Kostentragung durch die Krankenkassen vor. Die Gesamtkosten werden für 2009 auf 0,6 Mrd. € geschätzt, die laut Bundesregierung ohne Beitragserhöhung oder Zusatzbeitrag aus den Mitteln bestritten werden können, die den Kassen aus dem Ge-

5 Handbuch betriebliche Pandemieplanung des Bundesamtes für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe – [http://www.gesundheitsamt-bw.de/servlet/PB/show/1238642/Handbuch\\_%20BePP\\_%20Version%202.2B\\_%20071220.pdf](http://www.gesundheitsamt-bw.de/servlet/PB/show/1238642/Handbuch_%20BePP_%20Version%202.2B_%20071220.pdf).

6 Vgl. *Stück* in PERSONAL, Heft 01/2007, S. 52; *Stück/Wein*, AuA 2007, 282 und 345; *M. Godek*, AuA 2008, 352; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1817, *Falter*, BB 2009, 1974.

7 *Stück/Wein*, NZA-RR 2005, 507; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1819.

8 Vgl. *Stück/Wein*, NZA-RR 2005, 507.

9 *Stück*, PERSONAL 01/2007, S. 53; *Stück/Wein*, AuA 2007, 284; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1819.

10 *Pieper*, § 11 ArbSchG Rz. 9.

11 Vgl. AG Nordenham v. 13.7.2007 – 5 Cs 135 Js 52229/04; BGH v. 16.11.1971 – VI ZR 76/70, NJW 1972, 335; *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 2008, § 12 Rz. 120 m.w.N.

12 Der Vorstand der Bundesärztekammer beschloss am 28.3.2008, dass es sich bei der umfassenden Impfung um eine Tätigkeit handelt, die im Rahmen der ärztlichen Ausbildung erlernt wird; a.A.: *Bauer*, AuA 2009, 123.

13 Vgl. *Heilmann*, NJW 1990, 1513; *Ratzel/Luxenburger*, Handbuch Medizinrecht, 2008, § 12 Rz. 120 m.w.N.

14 Vgl. *Stück/Wein* AuA 2007, 284.

15 Text der VO – nebst Begründung und Pressemitteilung – finden Sie im Internetauftritt des Bundesgesundheitsministeriums [www.bmg.bund.de](http://www.bmg.bund.de) auf folgendem Pfad: Titelseite-Spezialseite Influenza-Downloads „Verordnung über die Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung bei Schutzimpfungen gegen die neue Influenza A/H1N1“ (Influenzaschutzimpfung-GKV-Leistungspflichtverordnung – ISchGKVLV).

## Pandemie: Arbeitsrechtliche Maßnahmen

sundheitsfonds zufließen. Führt der Arbeitgeber freiwillig Schutzimpfungen durch, „darf“ die Krankenkasse die Sachkosten übernehmen (§ 1 Abs. 1 letzter Satz der VO). Die Kosten pro Impfung betragen ca. 28 €, davon 18 € Impfstoff und 10 € Dienstleistung.

### 4. Freistellungsanordnung des Arbeitgebers

Zwar hat der Arbeitnehmer grundsätzlich einen Anspruch auf tatsächliche vertragsgemäße Beschäftigung, den die Rechtsprechung aus §§ 611, 613 BGB i.V.m. § 242 BGB; Art. 1, 2 I GG ableitet.<sup>16</sup> Ohne wirksame Freistellungsklausel bzw. –vereinbarung entfällt der Beschäftigungsanspruch nur, wenn der Beschäftigung erhebliche betriebliche oder persönliche Gründe entgegenstehen, so dass der Arbeitgeber ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an der einseitigen Suspendierung des Arbeitnehmers hat.<sup>17</sup>

Im Pandemiefall wird man ein solches Interesse des Arbeitgebers annehmen dürfen, so dass er Arbeitnehmer freistellen darf.<sup>18</sup> Berechtigte Interessen des Arbeitgebers könnten etwa sein:

- ▷ Grippesymptome eines einzelnen Arbeitnehmers;
- ▷ in einem Großraumbüro größere Abstände zu schaffen;
- ▷ eine Karenz-/Quarantänezeit für Arbeitnehmer, die aus einer Risikoregion zurückkehren.

In diesem Fall gerät der Arbeitgeber jedoch in Annahmeverzug (§§ 615, 293 ff. BGB), so dass er die Vergütung weiter zu zahlen hat.<sup>19</sup>

### 5. Leistungsverweigerungsrecht

Nach § 275 Abs. 3 BGB kann der Schuldner – Arbeitnehmer – die Leistung verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. Damit ist eine allgemeine Grundlage für ein Leistungsverweigerungsrecht bei Unzumutbarkeit der Erbringung der Arbeitsleistung geschaffen worden.

Das Leistungsverweigerungsrecht ist eine Einrede, auf die sich der Arbeitnehmer berufen muss, was auch rückwirkend möglich ist.<sup>20</sup> Tatbestandlich ist ein der Leistung entgegenstehendes Hindernis erforderlich, welches nicht auf in der Person des Arbeitnehmers liegende Umstände beschränkt ist. Unzumutbarkeit in diesem Sinne ist z.B. gegeben, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung nur unter Umständen möglich ist, die für den Arbeitnehmer eine erhebliche objektive Gefahr oder zumindest einen ernsthaften, objektiv begründeten Verdacht der Gefährdung für Leib oder Gesundheit begründen.<sup>21</sup>

Nach § 275 Abs. 3 BGB hat der Arbeitnehmer im Fall einer Pandemie, die mit einer objektiv erheblichen persönlichen Gefahr für Gesundheit und Leben verbunden ist und über das allgemeine Lebens-/Ansteckungsrisiko hinausgeht, ein Leistungsverweigerungsrecht.<sup>22</sup> Entscheidend wird dafür die Gefährlichkeit des Virus sein, insb. die Letalitätssrate. Im Falle von SARS (2003) und Vogelgrippe (2006) wird man von einem Leistungsverweigerungsrecht ausgehen müssen,<sup>23</sup> im Falle der Schweinegrippe oder normalen humanen Influenza derzeit nicht.<sup>24</sup>

Eine Unzumutbarkeit kann aber z.B. auch aus familiären oder sonstigen persönlichen Gründen gegeben sein (z.B. Betreuung des eigenen Kindes oder Versorgung schwerwiegend erkrankter Angehöriger). Da allein der Arbeitnehmer entscheidet, ob er davon Gebrauch macht, ist eine Arbeitsleistung letztlich freiwillig. Übt der Arbeitnehmer das Leistungsverweigerungsrecht (berechtigt) aus, darf er nicht abgemahnt oder gekündigt werden. Macht der Arbeitnehmer vom Leistungsverweigerungsrecht Gebrauch, entfällt sein Anspruch auf Lohn nach dem allgemeinen Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn/Entgelt“ (§ 326 Abs. 1 BGB).<sup>25</sup>

Bei Reiseanordnung ins Ausland wird man ein Leistungsverweigerungsrecht des Mitarbeiters bejahen, wenn eine offizielle Reisewarnung des Auswärtigen Amtes oder aber ggf. sogar eine Aufforderung zum Verlassen des Landes vorliegt, nicht aber schon bei bloßen Sicherheitshinweisen.<sup>26</sup>

### 6. Entgeltzahlung

Dem arbeitenden Mitarbeiter schuldet der Arbeitgeber die vereinbarte Vergütung (§ 611 BGB). Auch arbeitswillige und -fähige Arbeitnehmer behalten den Vergütungsanspruch, wenn der Arbeitgeber sie nicht beschäftigen kann (sog. Betriebsrisiko, § 615 S. 3 BGB), z.B. weil Material fehlt und die Produktion wegen krankheitsbedingter Ausfälle zum Erliegen kommt.<sup>27</sup> Hier kann der Arbeitgeber ggf. mit Überstundenabbau, Kurzarbeit oder Betriebsferien reagieren.<sup>28</sup>

Im Falle der eigenen Erkrankung ergibt sich der 6-wöchige Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 3 EFZG, wobei dem Arbeitnehmer regelmäßig kein Verschulden gegen sich selbst vorgeworfen werden kann, wenn er nicht grob gegen Schutzanweisungen verstößt, z.B. Missachtung von Reisewarnungen des Auswärtigen Amtes oder Anordnungen der Gesundheitsämter.<sup>29</sup>

Muss der Arbeitnehmer nahe Angehörige pflegen, kann sich – in Abweichung von § 326 Abs. 1 BGB – ein Anspruch aus den Spezialnormen § 616 BGB oder § 45 SGB V ergeben, der jedoch nur für 5 Tage/Jahr besteht.<sup>30</sup> § 616 BGB ist abdingbar, wovon etliche Tarifverträge Gebrauch gemacht haben.<sup>31</sup>

**Hinweis:** Da individuelle Abbedingungen einer AGB Kontrolle unterliegen und das Risiko bergen, wegen unangemessener Benachteiligung unwirksam zu sein (§ 307 BGB), sollte der Arbeitgeber möglichst eine Abbedingung in einer kollektiven Regelung (Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung) anstreben, die keiner AGB-Kontrolle unterliegt (§ 310 Abs. 4 BGB).

16 BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54, DB 1956, 114; v. 27.2.1985 – GS 1/84, MDR 1986, 80 = DB 1985, 2197 = BB 1985, 1978; v. 2.4.1987 – 2 AZR 418/86, DB 1988, 236 = BB 1988, 1120; *Stück*, AuA 2005, 704.

17 BAG v. 19.8.1976 – 3 AZR 173/75, DB 1976, 2308; v. 15.3.2001 – 2 AZR 141/00, AP Nr.46 zu § 4 KSchG 1969; ArbG Berlin v. 18.6.1996 – 9 Ga 17108/96; *Stück*, AuA 2005, 704.

18 *Stück/Wein*, AuA 2007, 284; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1819.

19 *Stück*, AuA 2005, 706; *Stück/Wein*, AuA 2007, 285.

20 HWK/*Thüsing*, § 611 BGB Rz.392; *Gotthardt/Greiner*, DB 2002, 2110.

21 HWK/*Thüsing*, § 611 BGB Rz.395; *Gotthardt*, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, Rz. 88, 110.

22 *Stück/Wein*, AuA 2007, 285.

23 *Stück/Wein*, AuA 2007, 285. Hier verstarben ca. 50 der Erkrankten.

24 BDA – Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie (Stand 08–2009) unter B. I; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1820; *Kraft/Dohmen*, PharmaR 2008, 405. An der normalen Grippe sterben jährlich ca. 10.000 Menschen.

25 *Stück/Wein*, AuA 2007, 286; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1820.

26 Vgl. *Diller/Winzer*, DB 2001, 294 zur vergleichbaren Problematik der Entsendung von Arbeitnehmern in Krisengebiete (Irak); zur Fürsorgepflicht des Arbeitgebers bei Auslandseinsätzen: *Edenfeld*, NZA 2009, 938.

27 *Stück/Wein*, AuA 2007, 286; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1821.

28 Vgl. *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1821.

29 *Stück/Wein*, AuA 2007, 345.

30 BAG v. 19.4.1978 – 5 AZR 834/76, AP Nr.48 zu § 616 BGB = MDR 1978, 874 = DB 1978, 1595; v. 7.6.1978 – 5 AZR 466/77, AP Nr.35 zu § 63 HGB = MDR 1978, 875 = DB 1978, 1651.

31 Vgl. BAG v. 4.9.1985 – 7 AZR 249/83, AP Nr.1 zu § 29 BMT-G II; v. 29.2.1984 – 5 AZR 455/81, AP Nr.64 zu § 616 BGB = MDR 1984, 785 = DB 1984, 1687.

## Pandemie: Arbeitsrechtliche Maßnahmen

Steht ein Arbeitnehmer allerdings nur in Verdacht erkrankt zu sein und wird deshalb von der zuständigen Behörde aufgrund des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) unter zeitweise Quarantäne gestellt, so erhält er keine Entgeltfortzahlung nach dem EFZG, da er nicht arbeitsunfähig erkrankt ist. Ein Entgeltanspruch kann sich allerdings aus § 616 BGB ergeben, wenn und soweit die Anwendbarkeit dieser Vorschrift nicht arbeits- oder tarifvertraglich ausgeschlossen ist. Der BGH hat dies für einen Quarantänefall bestätigt.<sup>32</sup> Findet § 616 BGB keine Anwendung, so erwirbt der Arbeitnehmer wegen seines Verdienstaufalles aufgrund der Quarantäne einen Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG gegen die zuständige Behörde. Gemäß § 56 Abs. 5 IfSG hat der Arbeitgeber diese Entschädigung für längstens sechs Wochen für die zuständige Behörde auszahlen und erhält den geleisteten Betrag auf Antrag von dieser zurück. Die für den Antrag zuständige Landesbehörde ergibt sich aus den Zuständigkeitsverordnungen der einzelnen Bundesländer zum IfSG. Dies sind z.B. in Berlin die „Senatsverwaltung für Finanzen“, in Bayern das „Zentrum Bayern Familie und Soziales“, in Hamburg die „Behörde für Soziales, Familie, Gesundheit und Verbraucherschutz“, in Hessen die „Hessischen Ämter für Versorgung und Soziales“ und in Nordrhein-Westfalen der „Landschaftsverband Rheinland“ oder der „Landschaftsverband Westfalen-Lippe“.

### 7. Kasernierung

Eine Kasernierung von Arbeitnehmern (z.B. zum Betrieb eines wichtigen Rechenzentrums) kommt aus rechtlichen Gründen nur auf freiwilliger Basis in Betracht, weil sonst eine strafbare Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) vorläge. Ist der Arbeitnehmer einverstanden, so liegt jedenfalls eine tatbestandsausschließende Einwilligung vor.

### 8. Wegerisiko

Würde im Pandemiefall der öffentliche Nah-/Fernverkehr aus Sicherheitsgründen eingestellt oder Sperrzonen eingerichtet, würde das Wegerisiko beim Arbeitnehmer liegen, der seinen Arbeitsplatz nicht erreicht.<sup>33</sup> Der Arbeitgeber wäre nicht zur Vergütungszahlung verpflichtet, weil er nicht im Annahmeverzug ist (§§ 615, 293 ff. BGB) und es beim Grundsatz „Ohne Arbeitsleistung keine Gegenleistung“ (§ 326 Abs. 1 BGB) bleibt. Möglich wäre in solchen Fällen aber Abbau von Urlaub oder Zeitguthaben durch den Arbeitnehmer.

### 9. Arbeitszeitfragen

Zahlreiche „normale“ Bestimmungen des ArbZG werden im Pandemiefall kaum einzuhalten sein, insbesondere

- ▷ Tägliche Höchstarbeitszeitdauer 8–10 Stunden (§§ 3, 6 Abs. 2 ArbZG);
- ▷ Mindestruhezeiten: 11 Stunden (§ 5 ArbZG);
- ▷ Sonn-/Feiertagsbeschäftigung (§§ 9 ff. ArbZG).

Der Anwendungsbereich der Ausnahmevorschrift des § 14 ArbZG dürfte dann jedoch gegeben sein, so dass Abweichungen statthaft sind.<sup>34</sup> Es entspricht herrschender Meinung, dass ungewöhnliche, unvorhersehbare Erkrankungen oder Todesfälle zu den Notfällen bzw. außergewöhnlichen Fällen i.S.d. § 14 ArbZG rechnen.<sup>35</sup> In diesen (Not-)Fällen ist der Arbeitgeber auch berechtigt, Überstunden anzuordnen.<sup>36</sup>

### 10. Mitbestimmung des Betriebsrates

Zu beachten sind schließlich verschiedene Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates, insbesondere

- ▷ wegen mitbestimmungspflichtigen Ordnungsverhaltens (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG), z.B. Husten-Etikette, Desinfektionsanweisungen, Pflicht zum Tragen Mund-/Nasenschutz, Zugangskontrolluntersuchungen wie Temperaturmessung;<sup>37</sup>
- ▷ in Arbeitszeitfragen (Nr. 2, 3), z.B. Einführung von Kurzarbeit,<sup>38</sup> Mehrarbeiten, Rufbereitschaften oder andere Verteilung;
- ▷ wegen Betriebsurlaub (Nr. 5);
- ▷ wegen Gesundheitsschutz (Nr. 7). Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates besteht bei betrieblichen Regelungen des Gesundheitsschutzes, die der Arbeitgeber aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Rahmenvorschrift zu treffen hat, bei deren Gestaltung ihm ausfüllungsfähige Handlungsspielräume verbleiben. Hat der Arbeitgeber nichts selbst zu bestimmen, kann es kein Mitbestimmungsrecht geben<sup>39</sup>
- ▷ wegen Schließung der Kantine oder anderer Sozialeinrichtungen (z.B. Betriebskindergarten), an denen viele Mitarbeiter zusammenkommen (§ 87 Abs. 1 Nr. 8 BetrVG);
- ▷ über die Verteilungsgrundsätze („wie“), wenn sich der Arbeitgeber zur Zahlung einer (zusätzlichen) Anwesenheits-/Risikoprämie entscheiden sollte (§ 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG).<sup>40</sup> Das freiwillige Angebot einer kostenlosen, vom Arbeitgeber finanzierten Grippeimpfung für die Belegschaft soll auch eine vermögenswerte Leistung mit Entgeltcharakter darstellen;<sup>41</sup>
- ▷ wegen Einrichtung von Home-Office-Arbeitsplätzen (§ 90 Abs. 1 Nr. 4 BetrVG).<sup>42</sup>

Ggf. können auch Versetzungen (§§ 99, 95 Abs. 3 BetrVG) erforderlich werden, wobei der Versetzungsbegriff eine räumliche (Änderung des Arbeitsorts) und eine funktionelle Dimension (Änderung des konkreten Arbeitsplatzes (Aufgabe/Verantwortung), dessen Umgebung, Arbeitsinhalte/-mittel, Arbeitsorganisation/-struktur) hat. Werden einem Arbeitnehmer die bisherigen Arbeitsaufgaben (völlig) entzogen, ohne dass neue Tätigkeiten an deren Stelle treten (Freistellung), liegt keine Versetzung i.S.v. §§ 99 Abs. 1, 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG vor.<sup>43</sup> Die Umsetzung von Großraum- in Einzelbüros bei sonst unveränderter Tätigkeit stellt regelmäßig keine Versetzung dar.<sup>44</sup>

32 BGH v. 1.2.1979 – III ZR 88/77, NJW 1979, 1460.

33 *Stück/Wein*, AuA 2007, 345; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1820; BAG v. 24.3.1982 – 5 AZR 1209/79, DB 1982, 1883; v. 8.12.1982 – 4 AZR 134/80, AP Nr. 58 zu § 616 BGB = DB 1983, 395 = BB 1983, 314; *HWK/Krause*, § 615 BGB Rz. 117.

34 *Stück/Wein*, AuA 2007, 346; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1821.

35 *HWK/Güntgen*, § 14 ArbZG Rz. 4, 7; *Baeck/Deutsch* § 14 ArbZG Rz. 7; *Neumann/Biebl* § 14 ArbZG Rz. 5.

36 BAG v. 27.2.1981 – 2 AZR 1162/78, n.v.; *Stück*, AuA 2008, 404.

37 *Stück/Wein*, AuA 2007, 346; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1820.

38 Kurzarbeit, da ein vorübergehendes unabwendbares Ereignis i.S.d. § 170 Abs. 1 SGB III vorliegt.

39 BAG v. 8.6.2004 – 1 ABR 4/03, MDR 2005, 342 = DB 2005, 233 = NZA 2005, 227.

40 Das „Ob“ und Volumen ist mitbestimmungsfreie Entscheidung des Arbeitgebers.

41 *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1822; *Richardl/Richardi*, BetrVG, 11. Aufl. 2008, § 87 Rz. 832 f.

42 Zu Details der Home-Office-Arbeit: *Wank*, AuA 1998, 192; *Boemke*, BB 2000, 147; *Boemke/Ankersen*, BB 2000, 2254; *Kramer*, DB 2000, 1329.

43 BAG v. 28.3.2000 – 1 ABR 17/99, AP Nr. 39 zu § 95 BetrVG 1972 = DB 2000, 2176 = NZA 2000, 1355.

44 BAG v. 27.6.2006 – 1 ABR 35/05, MDR 2007, 281 = DB 2006, 2468 = NZA 2006, 1289.

## Pandemie: Arbeitsrechtliche Maßnahmen

In jedem Fall sollten diese Fragen innerbetrieblich geklärt sein, bevor eine Epidemie ausbricht. Denn dann gibt es zeitlich keinen Spielraum mehr für lange Vorbereitungen oder Verhandlungen. Schon aufgrund des Gebotes der vertrauensvollen Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 BetrVG) gebietet es sich ohnehin, den Betriebsrat über die Pandemieplanungen rechtzeitig zu informieren.

**Hinweis:** Es empfiehlt sich, im Vorfeld für den Pandemiefall eine (Konzern/Gesamt-)Betriebsvereinbarung<sup>45</sup> zu schließen.<sup>46</sup> Im Rahmen einer solchen Vereinbarung können folgende Fragen geregelt werden:

- ▷ Sachlicher Geltungsbereich: Umfasst werden sollten sämtliche Maßnahmen, die im Zusammenhang mit dem Auftreten einer Pandemie zum Schutz vor Beeinträchtigungen von Leben und Gesundheit der Mitarbeiter erforderlich sind.
- ▷ Maßnahmen der Prävention, d.h. der Verhaltensregeln, die im Falle einer Pandemie zu beachten sind, wie das Tragen von Schutzmasken, Tragen von Schutzkleidung, regelmäßiges Desinfizieren der Hände, Wechseln der Kleidung beim Betreten des Betriebes, etc.
- ▷ Arbeitspflicht auch im Pandemiefall: Es sollte vereinbart werden, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern im Falle einer Pandemie auch solche Arbeiten zuweisen darf, die arbeitsvertraglich nicht geschuldet sind. Umfasst werden könnte in diesem Zusammenhang ein Weisungsrecht in örtlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht.
- ▷ Anordnung von Heim- oder Telearbeit und Kurzarbeit im Falle einer Pandemie: es sollte geregelt werden, dass der Arbeitgeber jederzeit berechtigt ist, z.B. Heim- bzw. Telearbeit oder Kurzarbeit anzuordnen.
- ▷ Urlaubs-/Arbeitszeitregelungen, d.h. es kann festgelegt werden, in welchem Umfang Arbeitnehmer berechtigt sind Überstunden abzubauen, unbezahlten Urlaub zu beantragen etc.
- ▷ Geltungsdauer: Die Betriebsvereinbarung sollte ab dem Zeitpunkt des behördlich festgestellten Pandemiefalls gelten und solange fortbestehen, bis eine Pandemiewarnung aufgehoben wird.

### 11. Interessenausgleich/Sozialplan

Muss der Arbeitgeber infolge einer Pandemie seinen Betrieb vorübergehend einzustellen, einzuschränken oder verlegen, so stellt dies keine interessenausgleichs- und sozialplanpflichtige Betriebsänderung i.S.d. § 111 S. 3 Nr. 1, 2, 3 BetrVG dar.<sup>47</sup> Dies ergibt sich aus Sinn und Zweck: Die Vorschrift ist für auf freien unternehmerischen Entscheidungen beruhenden Betriebsänderungen mit dauerhafter, endgültiger Wirkung gedacht, die auch noch hinreichend Zeit für Unterrichtung, Beratung und Verhandlung erlauben. Bei einer Pandemie kommt der Anlass unfreiwillig von außen, ist vom Arbeitgeber in seinen konkreten Auswirkungen unvorhersehbar, meist wenig beeinflussbar und zudem ein zeitlich vorübergehender Zustand. Der Arbeitgeber entscheidet sich hier gerade nicht dazu, unumkehrbare Fakten zu schaffen und seine Betriebsorganisation ernsthaft und dauerhaft aufzulösen oder zu ändern, so dass auch Arbeitnehmer keine Ansprüche auf Nachteilsausgleich (§ 113 Abs. 3 BetrVG) verlangen können.<sup>48</sup>

Sollte nach Abklingen der Pandemie eine Fortführung des Betriebes nicht mehr möglich oder sinnvoll sein und der Arbeitgeber aus diesem Anlass eine ernsthafte, dauerhafte Betriebsänderung i.S.d. § 111 S. 3 BetrVG beabsichtigen und eine entsprechende Entscheidung treffen, hat er die Mitbestimmungsrechte hingegen zu beachten, da er sich andernfalls Unterlassungsansprüchen des Betriebsrates und Nachteilsausgleichsansprüchen der Arbeitnehmer aussetzt.<sup>49</sup>

### 12. Zivilrecht und Pandemievorsorge

Nach § 91 Abs. 2 AktG hat der Vorstand einer Aktiengesellschaft geeignete Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass den Fortbestand der Gesellschaft gefährdende Entwicklungen frühzeitig erkannt werden – also eine Verpflichtung zur Schadensprävention (Risikomanagement) und Schadensbewältigung (Business Continuity Management). Die zivilrechtliche Haftung und Schadensersatzansprüche setzen regelmäßigen Verschulden voraus (§§ 280, 283 BGB). Verschulden liegt vor bei Vorsatz oder Fahrlässigkeit (§ 276 BGB). Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.<sup>50</sup> Eine wirksame Pandemievorsorgeplanung ist deshalb geeignet, das Risiko von Schadensersatzansprüchen (z.B. gegenüber Kunden, Lieferanten) wie auch das Haftungsrisiko der gesetzlichen Vertretungsorgane selbst zu begrenzen.

## V. Fazit

Da der Ausbruch einer Influenza-Pandemie schwerwiegende Auswirkungen auf den einzelnen Mitarbeiter wie auch auf den Betrieb hat, die je nach Verlauf bis zur Existenzbedrohung reichen können, ist eine rechtzeitige umfassende Vorbereitung ist für alle Beteiligten wirtschaftlich-organisatorisch wie rechtlich geboten, um nachteilige Folgen möglichst gering zu halten. Dann gilt ein Satz von Max Frisch: „Krise kann ein produktiver Zustand sein. Man muss ihr nur den Beigeschmack der Katastrophe nehmen.“

<sup>45</sup> Die originäre Zuständigkeit liegt beim lokalen Betriebsrat, so dass Beauftragungsbeschlüsse (§§ 50 Abs. 2, 58 Abs. 2 BetrVG) zu empfehlen sind, *Stück/Wein*, AuA 2007, 346.

<sup>46</sup> Vgl. *Stück*, AuA 2008, 403 für Betriebsstörungen; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1821; BDA Leitfaden: Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, 08/2009 unter III.

<sup>47</sup> *Stück/Wein*, AuA 2007, 348; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1822.

<sup>48</sup> Vgl. BAG v. 30.5.2006 – 1 AZR 25/05, DB 2006, 1851.

<sup>49</sup> Vgl. *Stück*, AuA 2004, 24f.

<sup>50</sup> Vgl. auch § 43 Abs. 1 GmbHG zur Haftung des Geschäftsführers.