

## Die Corona-Arbeitsschutzverordnung und ihre Stolpersteine

Rechtsanwältin Ebba Herfs-Röttgen\*

Seit der globalen Ausbreitung des SARS-CoV-2 oder „Coronavirus“ sind verschiedene gesetzgeberische Maßnahmen getroffen worden, um das Infektionsgeschehen möglichst einzudämmen. Auch die am 27.1.2021 in Kraft getretene Corona-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) steht in der Reihe dieser Maßnahmen. Sie war zunächst bis zum 15.3.2021 befristet und ist verlängert bis zum 30.4.2021. Eine aktuelle Studie des Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Instituts (WSI) der Hans-Böckler-Stiftung belegt, dass der jüngst zu beobachtende deutliche Zuwachs von Arbeit im Homeoffice zu einem nicht unerheblichen Teil auf die neue Corona-ArbSchV zurückgeht (Pressedienst des WSI vom 16.2.2021 „Neue Verordnung wirkt sich aus. Deutlicher Anstieg: 24 % der Erwerbstätigen arbeiten aktuell vorwiegend oder ausschließlich im Homeoffice“). Die möglichst weitgehende Verlagerung von Tätigkeiten ins Homeoffice ist ein Kernanliegen der Verordnung zur Minimierung von Infektionsrisiken. Daneben sollen weitere Maßnahmen zur Kontaktreduktion und eine Maskenpflicht im Betrieb diesem Ziel dienen. Der vorliegende Beitrag gibt Antworten auf Fragen, die die Umsetzung der Verordnung aufwirft.

### I. Erfasster Personenkreis

Die Verordnung ist auf § 18 II ArbSchG gestützt. Sie greift den Begriff des Beschäftigten nach § 2 II ArbSchG auf. Erfasst sind damit insbesondere Arbeitnehmer. Eine Unterscheidung hinsichtlich der zeitlichen Ausgestaltung der Beschäftigung (Vollzeit, Teilzeit, Aushilfe etc.) oder ihrer sozialversicherungs- und lohnsteuerrechtlichen Einordnung wird nicht getroffen. Maßgeblich ist allein, dass Arbeitsverhältnisse vorliegen. Mit geringfügig Beschäftigten oder Werkstudenten geschlossene Arbeitsverträge sind also gleichermaßen erfasst. Mit dem Zweck der Corona-ArbSchV ließe sich eine Ausnahme für bestimmte Beschäftigungsformen auch nicht vereinbaren. Es soll zu möglichst wenigen Kontakten innerhalb der Betriebe und auf den Wegen in die Betriebe kommen. Dieses Ziel würde unterlaufen, wenn über die Fälle hinaus, in denen die Arbeitsleistung aus dem Homeoffice schlichtweg nicht möglich ist, weitere Ausnahmen für bestimmte Beschäftigungsformen gemacht würden.

Beschäftigte iSd § 2 II ArbSchG sind auch die zur Berufsbildung Beschäftigten. Grundsätzlich ist also auch Auszubildenden das Homeoffice anzubieten. Etwas anderes dürfte gelten, wenn und soweit sich Ausbildungsinhalte nur in der Betriebsstätte vermitteln lassen. In diesen Fällen würde sich eine Teilverlagerung ins Homeoffice anbieten.

Von den Beschäftigten abzugrenzen sind „freie Mitarbeiter“. Sie sind im arbeits- und sozialrechtlichen Sinne Selbstständige. Der Ordnungsgeber hat davon abgesehen, den Geltungsbereich nach § 18 I 2 ArbSchG auf weitere, nicht in § 2 II ArbSchG genannte Personen zu erstrecken. Damit ist die Verordnung auf freie Mitarbeiter nicht anzuwenden. Nach dem Zweck der Verordnung liegt es aber sicher nahe, auch Personen, die „auf Rechnung“ im Betrieb Bürotätigkeiten verrichten, zu bitten, soweit möglich im Homeoffice zu arbeiten. Ein Angebot muss der Arbeitgeber aber nach der Corona-ArbSchV nicht unterbreiten.

### II. Kleinbetrieb

Die Corona-ArbschV gilt auch für Klein(st)betriebe. Denn Ziel ist es, das Risiko einer Infektion bei der Arbeit zu minimieren und alle Arbeitnehmer zu schützen, unabhängig von der Unternehmensgröße.

### **III. Aktualisierung der Gefährdungsbeurteilung**

§ 2 I 1 verpflichtet Arbeitgeber, die Gefährdungsbeurteilungen unter Berücksichtigung der in der Verordnung vorgegebenen Maßnahmen des betrieblichen Infektionsschutzes nach §§ 5, 6 ArbSchG zu aktualisieren. Die Verordnung verlangt damit eine anlassbezogene Anpassung der bestehenden Gefährdungsbeurteilungen. Sie soll der Bewertung des Ordnungsgebers Rechnung tragen, nach der die bisherigen betrieblichen Schutzmaßnahmen nicht mehr als ausreichend erachtet werden.<sup>2</sup>

### **IV. Angebot auf Arbeit aus dem Homeoffice**

Eine der zentralen Vorgaben der Verordnung, die aus dieser Neubewertung der Gefährdungslage resultiert, richtet sich auf das Arbeiten im Homeoffice. Der Arbeitgeber hat die Verlagerung der Tätigkeit in den Privatbereich zu ermöglichen, wenn keine zwingenden betrieblichen Gründe entgegenstehen (§ 2 IV).

#### **1. Öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers**

Der Wortlaut des § 2 IV („hat ... anzubieten“) formuliert eine Verpflichtung des Arbeitgebers. Sie ist allerdings rein öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Mit ihr korrespondiert kein subjektives Klagerecht des Beschäftigten auf Arbeit aus dem Homeoffice. Dem entspricht es, dass die Einhaltung der Arbeitgeberpflicht allein durch die Arbeitsschutzbehörden der Länder überwacht wird.<sup>3</sup> Der Beschäftigte ist deshalb gehalten, sich an die zuständige Arbeitnehmersvertretung zu wenden und/oder die genannten Behörden einzuschalten, um die Arbeitgeberpflicht durchzusetzen. Der Verzicht auf ein eigenes subjektives Klagerecht dürfte maßgeblich auf die Kritik<sup>4</sup> an dem Entwurf des „Mobile-Arbeit-Gesetzes“ (MAG) zurückzuführen sein, der in seiner Ursprungsfassung vom 5.10.2020<sup>5</sup> noch einen einklagbaren Rechtsanspruch auf Homeoffice vorsah.

#### **2. Angebot gegenüber den Mitarbeitern: Dokumentation und Wiederholung**

Die zuständigen Arbeitsschutzbehörden überwachen, ob der Arbeitgeber seinen Pflichten aus der Verordnung nach-

Herfs-Röttgen: Die Corona-Arbeitsschutzverordnung und ihre Stolpersteine(NZA 2021, 388)

389

kommt. Hierzu können Auskünfte wie die Überlassung von Unterlagen verlangt werden, vgl. § 22 I ArbSchG. Es ist daher dringend zu empfehlen, das Angebot zur Arbeit im Homeoffice inklusive der Annahme oder Ablehnung des Mitarbeiters oder die einem Angebot entgegenstehenden „zwingenden betrieblichen Gründe“ schriftlich zu dokumentieren. Fraglich ist, ob ein Angebot auf Arbeit im Homeoffice im Falle einer Ablehnung durch den Beschäftigten wiederholt werden muss. Hier dürfte sich eine Parallele zur Wiederholung/Erneuerung von Gefährdungsbeurteilungen anbieten. Schließlich ist auch das verpflichtend vorgesehene Angebot zur Arbeit im Homeoffice eine Maßnahme zum Schutz der Gesundheit. Eine Gefährdungsbeurteilung muss in Abständen von etwa drei Jahren überprüft und gegebenenfalls aktualisiert werden.<sup>6</sup> Unabhängig hiervon bedarf es einer Aktualisierung aber auch, wenn sich die betrieblichen Gegebenheiten hinsichtlich Sicherheit und Gesundheitsschutz verändert haben (anlassbezogene Gefährdungsbeurteilung).<sup>7</sup> Soweit also in Bezug auf das Pandemiegeschehen Inzidenzwerte beispielsweise aufgrund stärkerer Verbreitung von mutierten Viren erneut merklich steigen oder wenn es im Betrieb einen Corona-Fall gab, dürfte ein weiteres Angebot zu unterbreiten sein. Auch in diesem Fall ist es empfehlenswert, die

Arbeitsschritte (Gefährdungsbeurteilung – Beurteilungsanlass – erneutes Homeoffice-Angebot) zu dokumentieren.

### **3. Keine Pflicht zum Angebot bei entgegenstehenden zwingenden betrieblichen Gründen**

Was unter „zwingenden betrieblichen Gründen“ zu verstehen ist, wird durch die Verordnung selbst nicht geregelt. Jedoch werden auf der Internetseite des BMAS FAQs bereitgestellt, die aufzeigen, was aus Sicht des Ordnungsgebers unter zwingenden betrieblichen Gründen zu verstehen ist.<sup>8</sup> Dabei handelt es sich zwar nur um unverbindliche Auslegungshilfen, sie geben gleichwohl eine hilfreiche Orientierung.

Zwingende betriebliche Gründe im Sinne der Vorschrift liegen danach vor, wenn eine Verrichtung der Tätigkeit aus dem Homeoffice schlichtweg nicht möglich ist. In den FAQs des BMAS werden beispielhaft Tätigkeiten in Produktion, Dienstleistung, Handel und Logistik genannt. Aber auch mit Bürotätigkeiten können laut BMAS Arbeiten verbunden sein, die die Arbeit im Homeoffice nicht zulassen. Genannt werden die Bearbeitung und Verteilung der eingehenden Post, die Bearbeitung des Wareneingangs und des Warenausgangs, Schalterdienste bei weiterhin erforderlichen Kunden- und Mitarbeiterkontakten, Materialausgabe, Reparatur- und Wartungsaufgaben (zB IT-Service), Hausmeisterdienste und Notdienste zur Aufrechterhaltung des Betriebs, unter Umständen auch die Sicherstellung der Ersten Hilfe im Betrieb.<sup>9</sup> Nach dem Zweck der Verordnung dürften die Betriebsabläufe aber stets so anzupassen sein, dass wenigstens ein Teil der Tätigkeiten ins Homeoffice verlagert werden kann. Denkbar ist, Arbeiten, die im Betrieb wahrzunehmen sind, in die Hand eines Mitarbeiters zu legen, während die reinen Büroarbeiten auf einen anderen Mitarbeiter im Homeoffice übertragen werden. Ergänzend ist eine Rotation zwischen den Mitarbeitern in Betracht zu ziehen. Etwas anderes dürfte immer dann gelten, wenn damit unzumutbare administrative oder wirtschaftliche Belastungen verbunden sind.

Besondere Anforderungen des Betriebsdatenschutzes und des Schutzes von Betriebsgeheimnissen können die Ausführung von Tätigkeiten im Homeoffice ausschließen<sup>10</sup>; hier bedarf es dann aber einer nachvollziehbaren und zwingenden Begründung.

Die mangelnde IT-Ausstattung oder die mangelnden IT-Kenntnisse eines Mitarbeiters sollen allenfalls vorübergehend geeignet sein, die Pflicht, Homeoffice anzubieten, entfallen zu lassen.<sup>11</sup> Damit dürfte Berücksichtigung finden, dass die Notwendigkeit, Tätigkeiten ins Homeoffice zu verlagern, in der jetzigen zweiten Pandemiewelle nicht mehr überraschend kommt und Arbeitgeber vorbereitet sein könn(t)en (zur Verwendung von Geräten des Mitarbeiters im Homeoffice s. unter 4).

Dass im Betrieb hygienische Schutzmaßnahmen sehr gut umgesetzt werden, also etwa alle Arbeitnehmer in einem Einzelbüro im Betrieb arbeiten können, schließt die Pflichten des Arbeitgebers zur Unterbreitung eines Angebots für Arbeit im Homeoffice nicht aus. Durch die Verordnung soll das Infektionsgeschehen eingedämmt werden. Wenn weiterhin Arbeitnehmer in den Betrieb kommen, kommt es zwangsweise zu Kontakten auf dem Flur oder in Kaffeeküchen, auf dem Weg zur Toilette etc. Je nach Art der Anreise zum Betrieb können auch dort vermehrt Kontakte gegeben sein.

### **4. Keine Pflicht zur Bereitstellung betriebseigener Arbeitsmittel**

Grundsätzlich ist der Arbeitnehmer nur zur Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung verpflichtet. Arbeitsmittel müssen prinzipiell vom Arbeitgeber bereitgestellt werden. Der Ordnungsgeber sieht den Arbeitgeber im Rahmen der Corona-ArbSchV aber hier nicht umfassend in der Pflicht. Möglich soll durchaus sein, dass Arbeitnehmer im Homeoffice auch eigene

Arbeitsmittel verwenden. Hier ist allerdings aus datenschutzrechtlichen Gründen besondere Vorsicht geboten. Um eine sichere Arbeitsweise zu gewährleisten, sollten die Clients nur per VPN an das Firmennetz angebunden werden und den Arbeitnehmern sollte nur gestattet werden, auf einem Terminalserver (TS) oder einer Citrix-Umgebung die Fachanwendungen bzw. ihre Kommunikationskanäle (Mail-Client wie Outlook) zu nutzen.

Der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) vertritt sogar die Ansicht, dass ungeachtet solcher Sicherungsmaßnahmen private Endgeräte nicht zu dienstlichen Zwecken genutzt werden sollten, da es datenschutzrechtlichen Grundsätzen widerspreche.<sup>12</sup> Gerade in sensiblen Bereichen ist zu erwarten, dass die Aufsichtsbehörden den Einsatz privater Endgeräte nicht als datenschutzkonform betrachten, da die Integrität der Datenverarbeitung nicht gewährleistet ist und die eingesetzten IT-Systeme dem Zugriff des Verantwortlichen entzogen sind.

Herfs-Röttgen: Die Corona-Arbeitsschutzverordnung und ihre Stolpersteine (NZA 2021, 388)

390

Aufgrund der Dringlichkeit der Vorgaben durch die neue Corona-ArbSchV dürfte derzeit allerdings ein Einschreiten der Aufsichtsbehörden nicht besonders wahrscheinlich sein. Arbeitgeber müssen hier auf die Angaben des BMAS vertrauen dürfen, wonach der Arbeitgeber kein Gerät zu stellen hat. Der Datenschutz bleibt aber aus eigenem Schutzinteresse ein Thema, dem besondere Aufmerksamkeit zu schenken ist.

## 5. Anforderungen an die Einrichtung des Homeoffice-Arbeitsplatzes

Stimmt der Arbeitnehmer der Verlagerung seiner Tätigkeit ins Homeoffice zu, stellt sich die Frage, wie der Arbeitsplatz im Privatbereich auszustatten ist. Es könnten die strengen Vorgaben für einen Telearbeitsplatz nach § 2 VII ArbStättV gelten, inklusive der besonderen Anforderungen für einen Bildschirmarbeitsplatz nach Anhang 6 der ArbStättV. Soweit geht der Verordnungsgeber jedoch nicht, wie sich aus der Begründung des Referentenentwurfs ergibt. Einen Telearbeitsplatz soll der Arbeitgeber nicht einrichten müssen.

Gleichwohl hat der Arbeitgeber nach dem Referentenentwurf sicherzustellen, dass die räumlichen und technischen Voraussetzungen in der Wohnung der Beschäftigten gegeben sind. Das dürfte als Hinweis auf die allgemeinen Pflichten des Arbeitgebers nach §§ 3–5 ArbSchG zu werten sein. Danach hat der Arbeitgeber die Arbeit so zu gestalten, dass eine Gefährdung für die physische und psychische Gesundheit möglichst vermieden wird. Welche Maßnahmen der Arbeitgeber zu treffen hat, hat er durch eine Gefährdungsbeurteilung zu ermitteln. Schon wie eine Gefährdungsbeurteilung beim Telearbeitsplatz durchzuführen ist, ist allerdings umstritten. Die wohl hM in der Literatur verlangt eine Begehung der Wohnung, weil nur auf diese Weise eine sachgerechte Gefährdungsbeurteilung vorgenommen werden könne.<sup>13</sup> Nach anderer Auffassung soll es ausreichen, den Mitarbeiter zu befragen und auf der Grundlage seiner Auskünfte die Gefährdungsbeurteilung vorzunehmen.<sup>14</sup>

Jedenfalls wenn eine Arbeit im Privatbereich, wie hier auf der Grundlage der neuen Corona-ArbSchV, nur vorübergehend erfolgt, muss eine Checkliste/ein Fragebogen zur Ermittlung der Gefährdungen ausreichen. In einer Begehung läge angesichts der nur kurzzeitigen Verlagerung der Arbeit in den Privatbereich ein erheblicher Eingriff in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 GG. Umgekehrt bleibt die Gesundheit nicht ungeschützt, da Risiken durch die Befragung ermittelt werden, denen dann durch entsprechende Maßnahmen und Unterweisungen iSd § 12 ArbSchG begegnet werden kann. Der Mitarbeiter hat es zudem auch durch die eigene Mitwirkung in der Hand, wie gut seine Rechtsgüter geschützt werden können.

## 6. Datenschutz

Grundsätzlich gelten die gleichen datenschutzrechtlichen Vorgaben am häuslichen Arbeitsplatz wie im Betrieb. Insbesondere ist bei der Verarbeitung personenbezogener Daten darauf zu achten, dass sie vor der Einsichtnahme Unbefugter geschützt werden müssen. Die Gefahr eines Zugriffs unbefugter Dritter ist in häuslicher Umgebung prinzipiell aber deutlich größer, so dass schon aus eigenem Arbeitgeberinteresse besondere Schutzmaßnahmen zu treffen sind und entsprechende Unterweisungen gegenüber dem Mitarbeiter erfolgen sollten.

## **7. Erforderlichkeit einer Vereinbarung**

Der Referentenentwurf der Corona-ArbSchV fordert zu § 2 IV, dass eine Vereinbarung über die Arbeit im Homeoffice zu treffen ist. Absprachen können einzelvertraglich wie kollektivrechtlich erfolgen. Falls ein Betriebsrat gebildet ist, dürfte es schon in Hinblick auf das Gebot der vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 2 I BetrVG geboten sein, das geplante Vorgehen transparent darzustellen. Außerdem dient die Corona-ArbSchV dem Schutz der Gesundheit.<sup>15</sup> Sollen Regelungen dazu getroffen werden, welche Maßnahmen im Sinne der Verordnung im Betrieb umgesetzt werden (können), ist der Betriebsrat zumindest nach § 87 I Nr. 7 BetrVG („... Regelungen über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften ...“) zu beteiligen.

## **V. Weitere Maßnahmen zur Kontaktreduktion**

Neben der Verlagerung der Arbeit ins Homeoffice werden in der neuen Verordnung weitere Maßnahmen zur Kontaktreduktion vorgesehen: Abstandspflichten und Mund-Nasen-Bedeckungen. Die Abstandspflichten werden in § 2 II, III 1, V und VI der Verordnung geregelt. Hiernach sind betriebsinterne Kontakte auf das erforderliche Minimum zu reduzieren, 10 m<sup>2</sup> Raumfläche pro Person zur Verfügung zu stellen und bei mehr als zehn Mitarbeitern möglichst kleine Arbeitsgruppen einzurichten. Bestimmungen zur Maskenpflicht finden sich in § 3 der Verordnung.

### **1. 10 m<sup>2</sup>-Regel**

Die 10 m<sup>2</sup>-Regel greift, wenn die Verlagerung von Tätigkeiten ins Homeoffice aus zwingenden betrieblichen Gründen ausscheidet oder das Angebot auf Homeoffice abgelehnt worden ist. Für Büros mit einer Vielzahl einzelner Büroräume kommt die 10 m<sup>2</sup>-Regel nach § 2 V einer Pflicht zur Nutzung von Einzelbüros gleich. Bei Großraumbüros ist für die Besetzung eine Berechnung erforderlich. Ziel ist eine Kontaktreduzierung. Im Referentenentwurf wird ausdrücklich eine Anlehnung an die für den Einzelhandel im November 2020 getroffenen Maßnahmen formuliert.<sup>16</sup> Nach § 2 V 2 ist eine Ausnahme zu machen, falls die auszuführende Tätigkeit die 10 m<sup>2</sup>-Regel wie zB im Falle von Fließbandarbeiten nicht zulässt. In solchen Fällen soll der Arbeitgeber andere Schutzmaßnahmen treffen wie vermehrtes Lüften oder die Installation von geeigneten Abtrennungen, also solchen, die keine Durchlässigkeit von Tröpfchen erlauben wie Glas, Plexiglas oder Ähnliches.

### **2. Arbeitsgruppen**

Nach § 2 VI 1 und 2 der Verordnung sind in Betrieben mit mehr als zehn Beschäftigten möglichst kleine Arbeitsgruppen zu bilden. Auch dies soll der Reduzierung von Personenkontakten dienen.<sup>17</sup> Deshalb sollen zwischen den Arbeitsgruppen möglichst keine Kontakte stattfinden.

Bei Bürotätigkeiten dürfte eine Gruppenbildung noch recht einfach möglich sein, etwa durch eine Aufteilung nach Flu-

ren, Abteilungen oder bereits vorhanden Teams. Schon im Gesundheitssektor dürfte die Gruppenbildung aber an Grenzen stoßen. Denn feste Arbeitsgruppen würden hier bedeuten, dass beispielsweise das gleiche Pflgeteam stets zur gleichen Zeit arbeiten oder Ärzte immer mit demselben Assistenzpersonal arbeiten müssten, ohne dass sich die Gruppen vermengen dürften. Aufgrund der geltenden Schichtpläne, mit denen nicht zuletzt auch Ruhe- und Ausgleichszeiten nach dem ArbZG gewährleistet werden, ist ein solches System aber nicht durchhaltbar. Allgemein dürfte überdies die Notwendigkeit von Krankheitsvertretungen oder ein mitunter gebotener Einsatz von Leiharbeitnehmern in Unternehmen, zB bei unvorhergesehen Auftragsspitzen, zwangsläufig zur Ausweitung der Gruppen führen. Soweit derartige Notwendigkeiten ausreichend dokumentiert werden, dürfte darin ein Verstoß gegen die Verordnung aber nicht zu sehen sein.

### 3. Zeitversetztes Arbeiten

Nach § 2 VI 3 der Verordnung ist zudem zeitversetztes Arbeiten zu ermöglichen. Damit werden Kontakte etwa in Eingangs- bzw. Ausgangsbereichen und Betriebskantinen (soweit diese noch geöffnet sind) vermieden. Wie weit die Verpflichtungen hier gehen, bleibt ungerregelt. Soweit etwa Gleitzeit- oder Vertrauensarbeitszeitmodelle einzelvertraglich vereinbart sind, bedarf eine Änderung des Arbeitszeitrahmens eines Einverständnisses mit dem Mitarbeiter. Im Falle kollektivrechtlicher Absprachen ist die Mitwirkung des Betriebsrats notwendig. Um den bezweckten besseren Gesundheitsschutz zu gewährleisten, wird man wohl verlangen müssen, dass der Arbeitgeber zumindest einen Versuch unternimmt, mit den Beschäftigten oder dem Betriebsrat eine vorübergehende Aussetzung bisheriger Rahmenbedingungen zu erreichen. Hier sollten allerdings die Grenzen des Arbeitszeitschutzes (Ruhezeiten etc.) stets im Blick behalten werden, um unliebsame Überraschungen zu vermeiden, wenn sich nun wegen des späteren Arbeitsendes der reguläre Arbeitsbeginn plötzlich nach hinten verschiebt. Damit einhergehende Nachteile wird man dem Arbeitgeber nicht zumuten können. Auch etwa eine Ausdehnung von betrieblichen Angeboten wie einer Betriebskantine über den bisherigen Zeitrahmen hinaus wird man nicht verlangen können, da damit ein unverhältnismäßiger Eingriff in die betriebliche Organisation verbunden wäre.

### 4. Wenn nichts hilft – Maskenpflicht

Wenn die Anforderungen an die Raumbelagung nach § 2 oder der Mindestabstand von 1,5 m nach Maßgabe der weiterhin geltenden SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel nicht eingehalten werden können oder bei Tätigkeiten mit Gefährdung durch erhöhten Aerosolausstoß zu rechnen ist, ist zuletzt die Bereitstellung von Masken durch den Arbeitgeber vorgesehen.

Bereits vor Inkrafttreten der Corona-ArbSchV entschied das *ArbG Siegburg* in seinem Urteil vom 16.12.2020<sup>18</sup> über die Rechtmäßigkeit einer Maskenpflicht im Betrieb. Das Gericht bestätigte die Maskenpflicht bereits ohne die aktuelle Verordnung. Nach Auffassung des Gerichts überwog der Gesundheits- und Infektionsschutz aller Mitarbeiter und Besucher des Rathauses das Interesse der Klägerin an einer Beschäftigung ohne Gesichtsvision oder Mund-Nase-Abdeckung. Selbst das von der Klägerin vorlegte ärztliche Attest, nachdem sie von der Maskenpflicht zu befreien sei, genügte dem Gericht nicht, da darin keine konkrete Begründung vorgesehen war.<sup>19</sup> An der Rechtmäßigkeit der nun erfolgten Normierung der Maskenpflicht dürften angesichts des hohen Rechtsguts, zu dessen Schutz sie dient, keine Bedenken bestehen, zumal anderweitige „ebenso wirksame Maßnahmen“ in § 3 III der Verordnung zugelassen sind.

Der Arbeitgeber hat die Masken nach § 3 zur Verfügung zu stellen. Hierbei handelt es sich um eine Maßnahme des Arbeitsschutzes, so dass § 3 ArbSchG Anwendung findet, der eine abweichend vereinbarte Kostentragungspflicht nicht zulässt.

Die Verordnung nennt als zulässige Masken ausdrücklich FFP2-Masken sowie medizinische Masken. Im Anhang zu der Verordnung sind zudem weitere zulässige Maskentypen aufgelistet. Hierbei handelt es sich teilweise um Masken mit noch höherem Schutzstandard, also unter anderem solche, die gebläseunterstützt sind (zB solche, die in Zusammenhang mit Kontaminationen eingesetzt werden) oder Vollmasken („Gasmasken“). Weiterhin zugelassen sind Masken mit ähnlicher Filterwirkung wie FFP2-Masken, etwa die amerikanische Variante „N95“ oder die chinesische Variante „KN95“, die für den Verbraucher bis auf die Kennung auf der Maske selbst kaum zu unterscheiden sein dürften.

Im Referentenentwurf findet sich im Rahmen der Erläuterungen<sup>20</sup> der Hinweis, dass Beschäftigte im An- und Ablegen der Masken zu unterweisen sind, um eine Kontamination der Maske oder der Hände zu vermeiden. Unklar ist, welche konkreten Anforderungen an die geforderte Anweisung zu stellen sind. Unterweisungen über Sicherheit und Gesundheitsschutz fußen stets auf der vorausgehenden Gefährdungsbeurteilung, § 12 ArbSchG. Ausgangspunkt dürfte daher auch hier die nach § 2 I der Verordnung zu aktualisierende Gefährdungsbeurteilung sein. Unterweisungen nach § 12 ArbSchG dürfen sich grundsätzlich nicht auf schriftliche Hinweise beschränken, sondern sollen dialog- und beteiligungsorientiert ausgestaltet sein. Grund hierfür ist, dass die Beschäftigten dazu befähigt werden sollen, selbstständig Gefährdungen zu erkennen und dementsprechende Schutzmaßnahmen umzusetzen.<sup>21</sup> Für die hier angesprochene konkrete Unterweisung zum An- und Ablegen der Masken dürfte diese Anforderung indes nicht gelten. Hier geht es allein um die korrekte praktische Handhabung, nicht darum, Hintergrund und Bedeutung des zugrunde liegenden Schutzzwecks zu verstehen und Schutzmaßnahmen eigenständig umzusetzen. Eine schriftliche Erläuterung muss daher hier ebenso ausreichen wie ein erklärendes Video, das im Intranet oder per E-Mail zur Verfügung gestellt wird.

## VI. Sanktionen

Nach § 22 ArbSchG sind die Arbeitsschutzbehörden der Länder für die Überwachung der Verordnung zuständig. Auf Verlangen haben Arbeitgeber Auskünfte und Unterlagen zur Verfügung zu stellen. Zu Kontrollzwecken können auch Besichtigungen im Betrieb erfolgen, mit denen derzeit allerdings wegen des notwendigen Infektionsschutzes eher nicht zu rechnen ist. Die Aufsichtsdienste der Unfallversicherungsträger haben ebenfalls nach § 17 SGB VII auf die Einhaltung der Verordnung hinzuwirken. Die Beachtung der Anforderungen kann im Einzelfall durch behördliche Anordnungen

Herfs-Röttgen: Die Corona-Arbeitsschutzverordnung und ihre Stolpersteine(NZA 2021, 388)

392

durchgesetzt werden. Es kann also auch zu einer Untersagung der Arbeit im Betrieb kommen, wenn eine Arbeit im Homeoffice möglich wäre und nachweislich ein Angebot nicht unterbreitet worden ist. Verstöße können darüber hinaus mit Bußgeldern geahndet werden.

## VII. Fazit

Die in der Verordnung vorgesehenen Maßnahmen belasten Arbeitgeber erheblich. Mit ihnen ist insbesondere in großen Unternehmen ein erheblicher Administrationsaufwand verbunden wie zB bei der Umsetzung der 10 m<sup>2</sup>-Regel und der Forderung nach zeitversetztem Arbeiten. Erschwerend kommt hinzu, dass die Regelungen innerhalb weniger Tage, nachdem sie beschlossen worden

waren, durchgeführt werden mussten. Ob gegenüber den schon bisher zu treffenden Maßnahmen (Abstandsregelungen, Abtrennungen, Lüften) hierdurch umgekehrt ein deutlich besserer Schutz erreicht werden kann, mag man jedenfalls bezweifeln können. Die Verpflichtung, Arbeit im Homeoffice anzubieten, dürfte demgegenüber zur Minimierung des Infektionsrisikos tatsächlich beitragen, weil hierdurch insbesondere auch die allgemeine Mobilität nochmals erheblich eingeschränkt wird.<sup>22</sup> Allerdings könnte diese Wirkung noch größer sein, wenn nicht nur der Arbeitgeber in die Pflicht genommen worden wäre, sondern auch Beschäftigte jedenfalls nicht ohne jede Begründung das Angebot auf Homeoffice ablehnen könnten. Sachliche Gründe für eine Ablehnung hätten eingefordert werden können. Auf diese Weise wäre die Zahl der Mitarbeiter, die ins Homeoffice wechseln, mutmaßlich noch größer. Umgekehrt hätten aber auch berechtigte Einwände gegen das Homeoffice ohne Weiteres berücksichtigt werden können.

---

\* Die Autorin ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und Partnerin bei MEYER-KÖRING Rechtsanwälte und Steuerberater Partnerschaftsgesellschaft mbH in Bonn.

1 Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche der Corona-ArbSchV.

2 Zur anlassbezogenen Gefährdungsbeurteilung HK-ArbSchR/Kohte/Faber/Feldhoff, 1. Aufl. 2014, ArbSchG § 5 Rn. 39.

3 RefE des BMAS zur SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) vom 20.1.2021, 1, 8.

4 S. zusammenfassend unter <https://www.meyer-koering.de/meldungen/3837/das-recht-auf-homeoffice-ist-vorerst-vom-tisch>.

5 Vgl. entsprechend die Meldung des BMAS vom 4.10.2020 (<https://www.bmas.de/DE/Arbeit/Arbeitsrecht/Teilzeit-flexible-Arbeitszeit/homeoffice.html>).

6 BeckOK ArbSchR/Rapp, 4. Edition, Stand 1.1.2021, ArbSchG § 5 Rn. 64.

7 HK-ArbSchR/Kohte/Faber/Feldhoff, § 5 Rn. 39.

8 <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>.

9 <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>.

10 <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>.

11 <https://www.bmas.de/DE/Corona/Fragen-und-Antworten/Fragen-und-Antworten-ASVO/faq-corona-asvo.html>.

12 BfDI, „Telearbeit und mobiles Arbeiten – ein Datenschutzwegweiser“, 07/2020, 16, 22.

13 Schaub ArbR-HdB/Vogelsang, 18. Aufl. 2020, § 164 Rn. 38; HK-ArbSchR/Kohte/Faber/Feldhoff, ArbStättV Rn. 183 ff.

14 Köhler/Schürges, BB 2020, 2613 (2615); Ganz, ArbAktuell 2018, 35 (37); Hidalgo, NZA 2019, 1449 (1456), jedenfalls wenn der Mitarbeiter keine Begehung wünscht; Günther/Böglmüller, ArbRAktuell 2020, 186 (188).

15 Referentenentwurf des BMAS zur SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) vom 20.1.2021, 1, 8.

16 RefE des BMAS zur SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) vom 20.1.2021, 9 f.

17 RefE des BMAS zur SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) vom 20.1.2021, 10.

18 4 Ga 18/20, BeckRS 2020, 36972.

19 PM des ArbG Siegburg vom 4.1.2021.

20 RefE des BMAS zur SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung (Corona-ArbSchV) vom 20.1.2021, 10.



21 HK-ArbSchR/*Kohte/Faber/Feldhoff*, ArbSchG § 12 Rn. 5 ff.; BeckOK ArbSchR/*Kloth*, ArbSchG § 12 Rn. 12 ff.

22 Pressedienst des WSI vom 16.2.2021 „Neue Verordnung wirkt sich aus. Deutlicher Anstieg: 24 % der Erwerbstätigen arbeiten aktuell vorwiegend oder ausschließlich im Homeoffice“.