

# COVID-19 Risikopersonen und Urlaubsabbrüche

**Perspektiven für Mitarbeiter/innen, die zur Corona-Risikogruppe zählen** ■ Die Corona-Pandemie hat Kitas vor neue Herausforderungen gestellt. Eine davon ist der Blick auf die Situation der Mitarbeiter/innen, welche ein erhöhtes Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf haben. Da die Anforderungen an die Betreuung der Kinder bei erweiterter Notbetreuung und zunehmend weiterer Öffnung der Einrichtungen vor allem auf Grund eines differenzierten Hygienekonzepts gleichzeitig vielerorts ein Mehr an Personal erfordern würden, ist ein möglicher Einsatz von derart betroffenen Mitgliedern im Team sehr genau einzuschätzen. Fürsorgepflicht und Personalbedarf stehen hier gleichsam in Konkurrenz zu einander, weshalb – wie so oft in diesen Zeiten – Interessensabwägungen getroffen werden müssen. Auch Pandemie bedingte Urlaubsabbrüche werfen Fragen zur Handhabung auf.



**Prof. Peter  
Obermaier-van Deun**  
Professor für Recht an der Katholischen Stiftungshochschule, München

**B**ei der Beschäftigung von Mitarbeiter/innen mit einem derart erhöhten Risiko sind vorneweg Sachverhalte rechtlich zu beurteilen, die eindeutig erscheinen.

Zum einen geht es um den Fall, dass ein Arbeitgeber (AG) ohne Durchführung einer Gefährdungsanalyse des Arbeitsplatzes, Rücksprache mit dem Betriebsarzt und Prüfung der arbeitsvertraglichen Spielräume derart betroffene Mitarbeiter/innen freistellt. Der AG verzichtet somit einseitig ohne nähere Prüfung auf deren Dienste, muss aber den vertraglich vereinbarten Arbeitslohn bezahlen, denn er nimmt die angebotene Arbeitsleistung nicht an. Betroffene haben grundsätzlich einen Beschäftigungsanspruch. Wenn dieser vom AG ohne weitere Prüfung nicht erfüllt wird, entfällt die Gegenleistung nicht (noch kein Fall des § 275 Abs. 1 BGB). Solches Vorgehen des AG stellt zudem die Solidarität der übrigen Mitarbeiter/innen vor eine intensive Bewährungsprobe und bedarf deshalb erklärender Begleitung.

Zum anderen ist der Fall zu beurteilen, dass betroffene Mitarbeiter/innen aus Angst, im Betrieb sich selbst und/oder ihre Angehörigen zu Hause anzustecken,

der Arbeit aus eigener Entscheidung fernbleiben, obwohl sie nicht krankgeschrieben sind, keine Quarantäne behördlich angeordnet worden ist und keine weiteren Gründe dafür angegeben werden. In solchen Fällen liegt eine Arbeitsverweigerung vor, die den Arbeitgeber sogar zu Abmahnung oder in bestimmten Fällen auch zu Kündigung berechtigen kann. Dementsprechend ist der AG auch nicht verpflichtet, für die Dauer der Fehlzeit den Arbeitslohn zu entrichten (insoweit kein Fall des § 275 Abs. 3 BGB).

## **Sachverhalte nach Gefährdungsanalyse**

Rechtlich nicht so eindeutig sind Fälle, bei denen der AG (jetzt nach durchgeführter Gefährdungsanalyse) alle ihm möglichen Arbeitsschutzmaßnahmen sowie arbeitsvertraglichen Möglichkeiten genutzt hat und dennoch eine Weiterbeschäftigung des Mitarbeiters oder der Mitarbeiterin (mit erhöhtem Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf) nicht mehr ohne Gefährdung erfolgen kann. Dies kann etwa eine Mitarbeiterin im päd. Team in fortgeschrittenem Alter mit Vorerkrankung sein, die in einer kleinen Einrichtung mit fehlender Möglichkeit für eine anderweitige Tätigkeit beschäftigt ist. Dabei stellt sich dann die Frage, ob der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin (AN) seine/ihre Arbeitsleistung nicht mehr erbringen muss mit der Folge, dass auch der AG von der vertraglich vereinbarten Vergütung frei ist.

## **Leistungsverweigerungsrecht**

Hierzu regelt § 275 Abs. 3 BGB, dass der Schuldner die Leistung verweigern kann, 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. Mitarbeiter/innen können demnach die vereinbarte Dienstleistung nicht erbringen, ohne eine Kündigung befürchten zu müssen, wenn sie ihnen unzumutbar geworden ist (Leistungsverweigerungsrecht). Die Unzumutbarkeit bedarf einer Einzelfallprüfung. Nach §§ 241 Abs. 2, 618 BGB besteht für AN ein Anspruch gegen den AG für angemessene Infektionsprävention durch Abstandsregeln, Schutzvorkehrungen, Desinfektion und Organisation der Betriebsabläufe zu sorgen. Erfüllen Arbeitgeber diese Pflicht nicht oder können – trotz aller möglichen Bemühungen – die Mitarbeiter/innen am Arbeitsplatz nicht ausreichend schützen, kommt das Leistungsverweigerungsrecht in Betracht.

## **Lohnfortzahlungspflicht**

Daran anschließend stellt sich die Frage, ob das in einem solchen Fall erlaubte Verweigern der Leistung vergütet erfolgt oder nicht. Grundsätzlich gibt es einen Zusammenhang zwischen Arbeitsleistung und Arbeitsentgelt als gegenseitige Primärverpflichtung (§ 611 Abs. 1 BGB), so dass der Vergütungsanspruch nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB entfallen

kann, wenn der Arbeitnehmer von seiner Pflicht zur Erbringung der Dienste gemäß § 275 BGB befreit wird. Davon gibt es Ausnahmen, etwa die Entgeltfortzahlung an Feiertagen und im Krankheitsfall (§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz), das Urlaub nehmen (§ 11 Bundesurlaubsgesetz) oder wenn wegen eines Beschäftigungsverbots Mutterschutzlohn gezahlt wird (§ 18 Mutterschutzgesetz).

Ob und auf welcher Rechtsgrundlage eine solche Ausnahme auch für Mitarbeiter/innen mit höherem Risiko bestehen kann, die trotz Bemühungen des Arbeitgebers nicht mehr ungefährdet tätig sein können, ist zu klären. Dabei wird ein Kriterium sein, ob es dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers zuzurechnen ist, wenn AN zeitweise nicht eingesetzt werden können. Dann würde wohl bezahlte Freistellung als Konsequenz folgen. Sieht man dagegen in der Zugehörigkeit von AN zur Risikogruppe ein subjektives Leistungshindernis, weil Faktoren, welche das erhöhte Risiko der Betroffenen bestimmen, nicht dem Betriebsrisiko des AG zugerechnet werden können, bestünde kein Anspruch auf die Fortentrichtung des vertraglichen Arbeitsentgelts, wenn allein als Maßnahme des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes die Freistellung möglich wäre. Gleichzeitig ist hier zu bedenken, dass die Gefährdung vom Arbeitsplatz ausgeht und dies wegen der besonderen Situation auch in gesteigertem Maße.

» *Das Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf ergibt sich primär aus individuellen Gegebenheiten in der Person [...].«*

Allerdings ist diese Gefährdung nicht eine, die gewöhnlich am Arbeitsplatz besteht, sondern allein auf Grund der Pandemie, die der AG nicht zu vertreten hat. Einschlägige Rechtsprechung liegt bisher hierzu nicht vor. So spricht einiges gegen die Pflicht der Entgeltfortzahlung des AG. Das Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf ergibt sich primär aus individuellen Gegebenheiten in der Person der Beschäftigten, wie etwa Alter und Vorerkrankungen. Dies sind keine betrieblichen Faktoren. Darüber hinaus ist es dem AG grundsätzlich möglich personenbedingt zu kündigen, wenn



**Abb. 1: Mitarbeiter/innen, die zur Risikogruppe gehören, können mithilfe einer Freiwilligkeitserklärung den Arbeitgeber von Haftung entlasten.**

AN ihre vereinbarte Arbeitsleistung aus persönlichen Gründen (Krankheit, Leistungseinschränkungen) dauerhaft nicht mehr erbringen können. Diese Gründe müssen auch nicht schuldhaft herbeigeführt sein. Auch wenn man bei einer Pandemie von einem Fall höherer Gewalt ausginge, der von keiner Seite zu vertreten ist, bliebe es bei der allgemeinen Regelung der §§ 275 Abs. 3, 326 Abs. 1 BGB, wonach die Leistungen gegenseitig entfallen.

#### **Freiwillige Leistungsbereitschaft von Risikopersonen**

Für die Umsetzung des betrieblichen Arbeitsschutzes sind die Arbeitgeber verantwortlich. In anderem Kontext, etwa dem Mutterschutz, ist es rechtlich möglich, dass Mitarbeiter/innen auf einen besonderen gesetzlichen Schutz verzichten können. Demnach dürfen schwangere Frauen, obwohl sie der Arbeitgeber gemäß § 3 Abs. 1 Mutterschutzgesetz in den letzten sechs Wochen vor der Entbindung nicht mehr beschäftigen darf, sich freiwillig zur Arbeitsleistung bereit erklären. Sollte es hieraus herrührende Probleme bei dem AN geben, ist hierfür nicht der AG verantwortlich. Auch können etwa kranke Menschen auf von Ärzten empfohlene Therapien verzichten.

Im Falle einer Beschäftigung von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen mit dem erhöhten Risiko für einen schweren COVID-19-Krankheitsverlauf, die im

Betrieb nicht ausreichend geschützt werden können, fehlt es an entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen. Allerdings ist freie Entfaltung der Persönlichkeit ein Grundrecht, das Selbstbestimmungsrechte nach sich zieht.

Auf dieser Basis wird es möglich sein mit Freiwilligkeitserklärungen (s. u. vorgeschlagenes Muster) hier vorzugehen, welche von solchen AN unterzeichnet werden können, die in Kenntnis ihres erhöhten Risikos arbeiten wollen, etwa weil eine Nichtbeschäftigung sie in ihrer persönlichen Situation mehr beeinträchtigt als das Gefährdungsrisiko. Aus Sicht der AG können solche Erklärungen zum einen die Dokumentation enthalten, dass die betroffenen AN auf ihre Gefährdungslage hingewiesen wurden und auch darauf, dass sie Betriebsärzte zur Einschätzung ebenso hinzuziehen sollen wie ihre eigenen Fach-/Hausärzte. Zum anderen sollen sie vor einer etwaigen Haftung bewahren, wenn es als Folge einer SARS-CoV-2-Infektion zu Gesundheitsbeeinträchtigungen kommen sollte. Hierbei ist selbstverständlich, dass AG verpflichtet bleiben, den betrieblichen Arbeitsschutz sicherzustellen. Dabei handelt es sich um öffentlich-rechtliche Regelungen, die nicht über privatrechtliche Vereinbarungen außer Kraft gesetzt werden können. Erst wenn alle gebotenen Arbeitsschutzmaßnahmen vorgenommen wurden, kann eine Freiwilligkeitserklärung haftungsbe-

schränkende Wirkung hinsichtlich eines Schadenfalles durch Infektion haben. In jedem Fall müssen solche Erklärungen freiwillig und deshalb auch jederzeit widerruflich sein. Direkter oder mittelbarer Zwang bei Abfassung der Erklärung wird diese unwirksam machen (§ 123 BGB).

Die Herbeiführung einer Einschätzung des Betriebsarztes und/oder Arztes des persönlichen Vertrauens dazu, ob und ggf. mit welchen Einschränkungen eine freiwillige Beschäftigung noch zu verantworten oder tatsächlich abzulehnen ist, sollte nahegelegt und in der Erklärung als dringende Empfehlung festgehalten werden. Insoweit kommt es sehr auf die Umstände des Einzelfalls an. Letztlich kann aber niemand auch hier zu einer entsprechenden ärztlichen Konsultation gezwungen werden. Jedoch geht es darum, dass der AG seine Fürsorgepflicht wahrt und seine diesbezüglichen Umsetzungen dokumentiert sind.

### Risikopersonen im familiären Umfeld

Zu unterscheiden ist auch bei Risikopersonen im familiären Umfeld wie schon oben, ob der/die Mitarbeiter/in verpflichtet ist, die Arbeitsleistung zu erbringen und, ob er/sie den Vergütungsanspruch behält.

Je nach den Umständen des Einzelfalls, insbesondere wie hoch die Gefährdung einer (erfahrungsentsprechend auch symptomlosen) Infektion am Arbeitsplatz ist, kann auch hier § 275 Abs. 3 BGB in Betracht kommen und als Folge unzumutbar sein, zum Dienst zu erscheinen, wenn sonst die (ggf. im selben Haushalt lebenden) Angehörigen aus der Risikogruppe tatsächlich gefährdet würden. Betroffene Arbeitnehmer/innen wären dann von der Leistungspflicht und weiteren arbeitsvertraglichen Konsequenzen frei, wie z.B. einer Abmahnung oder Kündigung wegen Arbeitsverweigerung.

Davon zu unterscheiden ist, ob der Arbeitgeber dann noch verpflichtet bleibt, die vertraglich vereinbarte Vergütung zu bezahlen. Weder die Mitarbeiter/innen noch der Arbeitgeber sind für den Umstand, dass eine solche pandemische Gefährdungslage eingetreten ist, verantwortlich. Die häuslichen Verhältnisse seiner Mitarbeiter/innen gehören im Regelfall auch nicht mehr zur betriebli-

chen Sphäre des Arbeitgebers, für die er das Risiko zu tragen hat. Demnach wird die schon oben aufgezeigte Grundregel des § 326 Abs. 1 BGB gelten, wonach gegenseitige Leistungsbefreiung vorliegt und Entgeltzahlungspflicht entfällt.

### Fragen zu Pandemie bedingten Urlaubsabbrüchen

Es besteht kein einseitiges Rückruf- oder Widerrufsrecht des Arbeitgebers/Arbeitnehmers hinsichtlich bereits genehmigtem Urlaubs ab dem Zugang der Urlaubsgenehmigungserklärung durch den AG (s. u. § 362 Abs. 1 BGB). Auch in einer Notsituation wie beim Wiedereinstieg nach einem Lockdown wird es dafür in der Regel keine rechtliche Handhabe geben. Eine Vereinbarung derartiger Widerrufsvorbehalte in Notsituationen über Arbeitsverträge, Betriebsvereinbarungen oder gar Tarifverträge sind, zumindest hinsichtlich des nach § 3 Bundesurlaubsgesetz (BurlG) geregelten gesetzlichen Mindesturlaubs, als unwirksam anzusehen (§ 13 Abs. 1 BUrlG).

Bei übergesetzlichem Urlaub dürfte ein diesbezüglicher Widerrufsvorbehalt allerdings möglich sein, wenn in der entsprechenden Rechtsgrundlage (Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung, Tarifvertrag) klar zwischen dem gesetzlichen Mindesturlaub und dem übergesetzlichen Mehrurlaub unterschieden wird.

» *Arbeitgeber, die Wünschen mehrerer Arbeitnehmer/innen nach Verlegung des Urlaubs zustimmen, müssen entsprechend dem Gebot der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht handeln.*«

Weiterhin können Arbeitnehmer/innen, welche aufgrund der COVID-19 Urlaubsbeschränkungen ihren schon vom Arbeitgeber genehmigten Urlaub nicht nehmen möchten, diesen auch nicht einseitig widerrufen/verschieben (Ausnahme: entgegenstehende vertragliche Regelungen). Die Genehmigung des Urlaubs durch den AG stellt die Bewirkung der Leistung dar mit der Folge des § 362 Abs. 1 BGB, also des Erlöschens des konkreten Schuldverhältnisses.

In den Fällen eines arbeitgeber- aber auch arbeitnehmerseitigen Verlangens nach Widerruf/Rücknahme von Urlaub sind somit in der Regel neue einvernehmliche Vereinbarungen zwischen den Arbeitsvertragsparteien notwendig.

Arbeitgeber, die Wünschen mehrerer Arbeitnehmer/innen nach Verlegung des Urlaubs zustimmen, müssen entsprechend dem Gebot der Gleichbehandlung im Arbeitsrecht handeln.

### Fazit

Mitarbeiter/innen mit erhöhtem Risiko im Fall einer Covid19-Infektion können ihre Dienstleistung verweigern. Dies kann unterschiedliche Rechtsfolgen haben, je nachdem in welcher Fallgestaltung dies erfolgt. Im Vordergrund steht dabei vor allem die Frage, ob der AG weiterhin seiner Lohnfortzahlungspflicht nachkommen muss. In Fällen, in denen eine berechtigte Zurückhaltung der Leistung des AN vorliegt wird dabei entscheidend sein, ob das Risiko dem Bereich des AG oder des AN zuzurechnen ist. Dabei spricht viel dafür, dass es sich um den Risikobereich des AN handelt, weshalb Lohnfortzahlungspflicht dann wohl entfallen würde. Vergleichbares wird auch gelten in Fällen, in denen die Risikoperson aus der Familie des AN stammt. Über eine Freiwilligkeitserklärung bestimmten Inhalts können betroffene AN trotz erhöhtem Risiko auf eigene Verantwortung weiterarbeiten und den AG von Haftung entlasten. Im Regelfall besteht zudem in Corona-Zeiten kein einseitiges Rückrufs-/Widerrufsrecht des AG/AN hinsichtlich eines bereits genehmigten Urlaubs. ■

### → HINWEISE

Die BGW stellt spezielle Hinweise und mögliche Maßnahmen unter folgendem Link zur Verfügung:

<https://www.bgw-online.de/DE/Home/Branchen/News/Kinderbetreuung-Corona.html>

Auch die DGUV hat auf der Grundlage der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandards des BMAS bisherige Erkenntnisse im Umgang mit dem neuartigen Coronavirus in Kindertageseinrichtungen und der Kindertagespflege zusammengestellt unter: <https://publikationen.dguv.de/praevention/allgemeine-informationen/3812/coronavirus-sars-cov-2-empfehlungen-fuer-kindertageseinrichtungen-und-kindertagespflege>