

Hinweise zu aktuellen Rechtsfragen und Problemen bei Rückkehr von Beschäftigten aus dem Urlaub

1. Einführung von Fiebertests

Ob verpflichtende Fiebermessungen am Werkstor/Büroeingang sinnvoll und zulässig sind, ist zweifelhaft. Eine erhöhte Körpertemperatur muss nicht auf einer Corona-Infektion beruhen. Das RKI hält bei Veranstaltungen Eingangsscreenings auf Krankheitsanzeichen aber für eine geeignete Präventionsmaßnahme (RKI, Risikoeinschätzung und Handlungsempfehlung für Veranstaltungen, 2.). Arbeitgeber werden jedoch keinesfalls anlasslose Kontrollen aller Beschäftigten nach § 106 S. 2 GewO anordnen können (so z. B. Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1113).

Nach zutreffender Ansicht der BDA sind vor der Einführung von Fiebermessungen das berechnete Interesse des Arbeitgebers an der Durchführung solcher Fiebermessungen sorgfältig mit den Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmer abzuwägen. Die Durchführung von Tests bedarf grundsätzlich eines konkreten Anlasses in Form eines begründeten/konkreten Infektionsverdachts. Unseres Erachtens dürfte allein die Rückkehr eines Beschäftigten aus einem Risikogebiet ohne Vorliegen weiterer konkreter Indizien für eine Infektion mit dem Coronavirus (COVID - 19) rechtlich eher nicht zulässig sein. Letztlich hängt die jeweilige Anordnungsberechtigung von allen maßgeblichen Umständen des Einzelfalles ab. Freiwillige Fiebertests können den Beschäftigten angeboten werden. Allerdings sollte die schriftliche Einwilligung der Betroffenen vor Durchführung solcher Fiebertest eingeholt werden.

Die Zulässigkeit der Anordnung von regelmäßigen Fiebertests vor Betreten des Betriebsgeländes unterliegt zudem der Mitbestimmung des Betriebsrates.

2. Freiwillige Coronatests

Zum Teil ermöglichen Unternehmen ihren Beschäftigten, sich freiwillig und auf Kosten des Unternehmens regelmäßig testen zu lassen. Vor Einführung solcher freiwilliger Coronatests sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates zu beachten (z.B. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG). Die Durchführung freiwilliger Coronatests dürften bei Beteiligung des Betriebsrates auf der Grundlage einer Betriebsvereinbarung grundsätzlich zulässig sein, wobei in den Betriebsvereinbarungen die Modalitäten der Durchführung des Tests sowie der Umgang mit etwaigen personenbezogenen Daten und deren Schutz geregelt bzw. abgesichert werden sollte. Zudem sollte jedes Unternehmen abwägen, ob die Durchführung solcher Tests aus medizinischer Sicht und aus Kostengesichtspunkten zielführend ist.

3. Verpflichtende Coronatests (Testpflicht)

Arbeitgeber können ausnahmsweise eine ärztliche Untersuchung (inkl. Coronatests) - so die BDA - der Beschäftigten anordnen, wenn sie hieran ein berechtigtes Interesse haben. Ein solches Interesse muss das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Unversehrtheit des Mitarbeiters eindeutig überwiegen. Dies ist anhand einer Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles zu prüfen. So kann das berechnete Interesse

des Arbeitgebers an der ärztlichen Untersuchung die geschützten Interessen des Arbeitnehmers überwiegen, wenn Arbeitnehmer besonderen Ansteckungsrisiken ausgesetzt waren und Erkältungssymptome aufzeigen. Maßgeblich dürfte insofern das Vorliegen eines begründeten/konkreten Infektionsverdachts sein. Allein der Umstand, dass ein/e Beschäftigte/r aus einem Risikogebiet zurückkehrt ist, dürfte u.E. nicht automatisch zum Überwiegen des arbeitgeberseitigen Interesses an der Durchführung der Coronatests führen. Anders könnte die Rechtslage zu beurteilen sein, wenn im Betrieb bereits vermehrt Infektionen aufgetreten sind.

Ob die Betriebsparteien darüber hinaus generell berechtigt sind, auf Basis einer Betriebsvereinbarung ihre Beschäftigten zur Durchführung von regelmäßigen (Reihen-) Coronatests zu verpflichten, ist jedoch zweifelhaft. Eine solche Regelung, die nicht an einen konkreten Anlass anknüpft, dürfte unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch sein.

Eine gewisse Entspannung in dieser Problematik wird möglicherweise in den nächsten Tagen eintreten, falls der Bundesminister für Gesundheit, Jens Spahn, seine Ankündigung in die Tat umsetzt und eine Verordnung zur Testpflicht von Einreisenden aus Risikogebieten erlässt. Diese Bundesverordnung soll voraussichtlich zeitnah erlassen werden und ggf. bereits am Samstag, den 8. August 2020 in Kraft treten.

Falls Beschäftigte positiv auf das Coronavirus (COVID-19) getestet werden, also eine Infizierung mit dem Coronavirus nachgewiesen wird, unterrichten die behandelnden (testenden) Ärzte das jeweils zuständige Gesundheitsamt. Anschließend werden im Regelfall die positiv getesteten Personen aufgrund eines behördlichen Bescheides unter häusliche Quarantäne (Absonderung) gestellt.

4. Fragerecht des Arbeitgebers bei Rückkehr aus Risikogebieten

Vielfach befragen die Unternehmen ihre Beschäftigten nach Beendigung ihres Urlaubs vor ihrem Arbeitsantritt, ob sie aus Risikogebieten zurückkehren. Eine solche Vorgehensweise haben wir bereits mit Rundschreiben vom 22. Juni 2020 (GFLV Nr. 289/20) und 24. Juni 2020 (GFLV Nr. 298/20) und zuletzt vom 15. Juli 2020 (GFLV Nr. 340/20) empfohlen. Nach unserer Auffassung und der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum ist der Arbeitgeber auch berechtigt, aus Gründen der Fürsorgepflicht diese Frage zu stellen. Einzelne Gewerkschaftsvertreter stellen die Rechtsauffassung - aus unserer Sicht allerdings ohne triftige Begründung - in Frage.

Deshalb wollen wir zur Durchsetzung des Fragerechts auf folgende Punkte besonders hinweisen:

a. Hinweis auf möglicherweise eintretende Rechtsfolgen (Bußgeld) bei Verletzung der Vorgaben aus der CoronaEinrVO NRW

Sollte sich einzelne Arbeitnehmer weigern, die vom Arbeitgeber gestellte Frage nach der Rückkehr aus einem Risikogebiet zu beantworten, bietet es sich an, diese Beschäftigten auf die Rechtslage und insbesondere auch darauf hinzuweisen, dass sie sich bei Rückkehr aus einem Risikogebiet in häusliche Quarantäne zu begeben haben – jedenfalls soweit sie nicht über ein ärztliches Attest verfügen, welches belegt, dass keine Anhaltspunkte für eine Infizierung vorliegen – und bei einem Verstoß gegen die Bestimmungen der CoronaEinrVO NRW und des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) mit der Verhängung

eines Bußgeldes bis zu 25.000,- € zu rechnen haben (§ 73 Abs. 1 Nr. 13 i.V.m. Abs. 2 IfSG).

b. Abmahnung und Kündigung

Darüber hinaus könnten solche Beschäftigte wegen der Verletzung einer Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis und des Verstoßes gegen die allgemeinen Treue- und Loyalitätspflichten gegenüber dem Arbeitgeber abgemahnt werden und bei fortgesetzter Weigerung nach entsprechender Abmahnung ggf. verhaltensbedingt gekündigt werden.

c. Entfall der arbeitgeberseitigen Vergütungspflicht

Falls Beschäftigte die vom Arbeitgeber gestellte Frage nach einem Aufenthalt in einem Risikogebiet gleichwohl nicht beantworten, kann der Arbeitgeber nicht ohne weiteres die gegenüber seiner Belegschaft bestehende Fürsorgepflicht erfüllen. Er kann nämlich in diesem Fall nicht überprüfen, ob durch die Verweigerung des Beschäftigten für die verbleibende restliche Belegschaft eine besondere Infektionsgefahr ausgelöst wird, wenn er ihn wieder auf seinem Arbeitsplatz einsetzt. Folgerichtig ist der Arbeitgeber nach unserer Auffassung berechtigt, diese Beschäftigten aus Fürsorgegründen gegenüber der Gesamtbelegschaft seines Betriebes und Sicherung des ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebs nicht auf das Betriebsgelände / Bürogebäude zu lassen und dementsprechend auch nicht bis zum Ablauf der zweiwöchigen Inkubationszeit oder bis zur Vorlage eines negativen Coronatests nicht mehr zu beschäftigen. Zugleich bietet der die Auskunft verweigernde Beschäftigte in diesem Fall nach unserer Auffassung seinem Arbeitgeber - unabhängig davon, ob er sich einem Risikogebiet aufgehalten hat oder nicht - auch keine vertragsgemäße Erbringung der Arbeitsleistung an. Dies hat gleichzeitig zur Konsequenz, dass ihm kein Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach § 615 BGB zustehen dürfte.

Ebenso dürfte der Beschäftigte auch einen etwaigen Vergütungsanspruch aus § 616 BGB nicht gerichtlich durchsetzen können, wenn zum Zeitpunkt seiner Abreise seine Urlaubsregion als Risikogebiet ausgewiesen war und er gleichwohl die Reise in Kenntnis des Infektionsrisikos angetreten hat (vgl. hierzu bereits unser Rundschreiben vom 22. Juni 2020 - GFLV Nr. 289/29).

5. Entschädigung der Beschäftigten nach § 56 IfSG bei Aufenthalt in einem Risikogebiet

Ob die Behörden Reiserückkehrer aus Risikogebieten bei einer Quarantäne für einen Vergütungsausfall nach § 56 Abs. 1 IfSG entschädigen, ist derzeit unklar.

Das **Sozialministerium Baden-Württemberg** vertritt zu dieser Frage den uns überzeugenden Standpunkt, dass **kein Entschädigungsanspruch besteht, sofern der Betroffene eine Quarantäne hätte vermeiden können und ihn somit ein „Verschulden gegen sich selbst“ trifft**. Dies gilt jedenfalls bei Reisen in einen Staat oder eine Region außerhalb der Bundesrepublik Deutschland, der/die **bereits im Zeitpunkt der Ausreise als Risikogebiet** klassifiziert war. Die Arbeitgeber müssen dann folgerichtig auch keine Vorauszahlung der Entschädigung gemäß § 56 Abs. 5 IfSG leisten. Die FAQs des Sozialministeriums Baden-Württemberg sind unter folgendem Link einsehbar:

<https://sozialministerium.badenwuerttemberg.de/de/gesundheitspflege/gesundheitschutz/infektionsschutz-hygiene/informationen-zu-coronavirus/faq>

Der Standpunkt des Sozialministeriums Baden - Württemberg ist aus unserer Sicht zutreffend und nachvollziehbar. Beschäftigte müssten sich bei Anwendung dieser Rechtsauffassung nach § 1 CoronaEinrVO NRW in häusliche Umgebung (Absonderung) begeben, ohne dass sie eine staatliche Entschädigung erhielten, mit der Folge, dass der Arbeitgeber insoweit auch keine Vorauszahlungen nach § 56 Abs. 5 IfSG erbringen müsste.

Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (MAGS) sowie die Landschaftsverbände Rheinland und Westfalen - Lippe haben sich insoweit noch nicht verbindlich positioniert. Das MAGS hat uns zugesichert, uns über das Ergebnis seiner Beratungen zeitnah - voraussichtlich in der kommenden Woche - zu unterrichten. Wir weisen allerdings daraufhin, dass diese Frage rechtlich ungeklärt ist und letztverbindlich im Streitfall erst vom Bundesarbeitsgericht (bei Entgeltklage des Arbeitnehmers) bzw. vom Bundesgerichtshof (bei Klage auf Erstattung der vorgeleisteten Entschädigung des Arbeitgebers) geklärt werden dürfte.

6. Aufhebung von Reisewarnungen durch die Bundesregierung

Neue Unsicherheiten sind dadurch entstanden, dass die Bundesregierung partiell für einzelne Regionen in verschiedenen Ländern, wie z.B. **für die wichtigsten türkischen Urlaubsgebiete die Reisewarnungen aufgehoben** hat. Beispielsweise gilt seit Dienstag, dem 4. August 2020, keine Reisewarnung mehr für die türkischen Provinzen **Antalya, Izmir, Aydin und Mugla**. Allerdings dürfen wir ausdrücklich darauf hinweisen, dass Stand heute die gesamte Türkei noch als Risikogebiet ausgewiesen ist.

Das Robert-Koch-Institut weist allerdings bisher nach wie vor das ganze türkische Staatsgebiet als Risikogebiet aus. Da § 1 Abs. 1 und 4 CoronaEinrVO NRW für die Frage der Notwendigkeit einer Quarantäne nach Einreise nicht auf das Vorliegen einer Reisewarnung, sondern auf die Einstufung eines Landes als Risikogebiet nach Maßgabe der Veröffentlichung des Robert-Koch-Instituts abstellt, ist die Aufhebung der Reisewarnung des Auswärtigen Amtes insoweit nicht direkt entscheidend.

Ob die Bundesregierung in Abstimmung mit dem RKI insoweit alsbald zu einer anderen Bewertung gelangen wird, ist derzeit allerdings nicht bekannt.

Damit stellt sich die Frage, ob sich Personen noch in häusliche Quarantäne (Absonderung) begeben und auf Nachfrage ihrem Arbeitgeber mitteilen müssen, dass sie sich während ihrer Reise in einem Risikogebiet aufgehalten haben, wenn zum Zeitpunkt der Einreise nach Nordrhein-Westfalen die Urlaubsregion, in der sie sich aufgehalten hat, nicht mehr als Risikogebiet ausgewiesen ist. Die Beantwortung dieser Frage ist nach § 1 CoronaEinrVO NRW zu beurteilen. Danach müssen sich Personen, die aus dem Ausland nach NRW einreisen und sich zu einem beliebigen Zeitpunkt innerhalb von 14 Tagen vor Einreise in einem Risikogebiet nach § 1 Abs. 4 CoronaEinrVO NRW aufgehalten haben, in häusliche Quarantäne begeben. Allerdings ist in diesem Zusammenhang unklar, ob es bei der nach § 1 S. 1 CoronaEinrVO NRW vorzunehmenden Risikobeurteilung des Gebiets auf den Zeitpunkt der (Wieder)Einreise oder auf den Aufenthaltszeitpunkt der Personen während der Reise ankommt. Das MAGS verweist insoweit auf die zwischen

Bundesregierung und dem RKI abgestimmten Vorgehensweise. Das RKI führt hierzu auf seiner Website unter dem Link

https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogebiete_neu.html

aus:

"Die Bundesregierung prüft fortlaufend, inwieweit Gebiete als Risikogebiete einzustufen sind. Daher kann es auch zu kurzfristigen Änderungen, insbesondere zu einer Erweiterung dieser Liste, kommen. Bitte prüfen Sie unmittelbar vor Antritt Ihrer Reise, ob Sie sich innerhalb der letzten 14 Tage vor Einreise nach Deutschland in einem dieser Gebiete aufgehalten haben. In diesen Fällen müssen Sie mit einer Verpflichtung zur Absonderung rechnen.

Die bestehenden Reise- und Sicherheitshinweise des Auswärtigen Amtes sowie die Informationen der Bundesregierung für Reisende und Pendler (<https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/corona-regelungen-1735032>) haben unverändert Gültigkeit.

*Die Einstufung als Risikogebiet erfolgt nach gemeinsamer Analyse und Entscheidung durch das Bundesministerium für Gesundheit, das Auswärtige Amt und das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat. Die Einstufung als Risikogebiet basiert auf einer zweistufigen Bewertung. Zunächst wird festgestellt, in welchen Staaten/Regionen es **in den letzten sieben Tagen** mehr als 50 Neuinfizierte pro 100.000 Einwohner gab. In einem zweiten Schritt wird nach qualitativen Kriterien festgestellt, ob für Staaten/Regionen, die den genannten Grenzwert nominell unterschreiten, dennoch die Gefahr eines erhöhten Infektionsrisikos vorliegt."*

Nach einer ersten und nur vorläufigen Bewertung des MAGS müsste sich eine Person, die am Tag der Einreise nach Nordrhein - Westfalen nicht mehr als Risikogebiet ausgewiesen ist, auch nicht mehr für den Fall in häusliche Quarantäne begeben, dass diese Region zu Beginn der Reise noch mit einer Risikobeurteilung versehen war. Begründet wird dies damit, dass das RKI eine rückwärtsgewandte Risikobeurteilung vornimmt. Sollte sich diese Position des MAGS verfestigen bzw. sich als zutreffend erweisen, könnten vom Arbeitgeber nach ihrer Urlaubsrückkehr befragte Beschäftigte die Frage, ob sie aus einem Risikogebiet kommen auch dann verneinen, wenn ihre Urlaubsregion zum Zeitpunkt ihres Aufenthalts noch als Risikogebiet ausgewiesen war. Zudem müssten sich diese Arbeitnehmer nach Inkrafttreten der Verordnung zur Testpflicht von Einreisenden aus Risikogebieten auch keinem verpflichtendem Coronatest unterziehen.

Die Erwägungen und Auslegung der CoronaEinrVO NRW durch das MAGS sind zumindest nachvollziehbar. Allerdings dürfte es schwierig bzw. aufwendig sein, den Beschäftigten in den Betrieben zu erklären, auf welche rückwärts bezogene Art und Weise die Bundesregierung und das RKI eine Einstufung einzelner Regionen als Risikogebiet vornehmen und eine Betrachtung vornimmt und damit faktisch "nachträglich" die Bestimmung von Urlaubsregionen als nachträglich aufhebt.

Wir werden Sie unterrichten, wenn wir vom MAGS weiterführende Aussagen zur Entschädigungspflicht von Reiserückkehrern aus Risikogebieten bzw. zur Absonderungspflicht von Reiserückkehrern erhalten, bei denen zum Zeitpunkt ihrer Einreise das Urlaubsland oder die Urlaubsregion nicht mehr als Risikogebiet ausgewiesen ist. Ebenso werden wir Sie darüber informieren, wenn das Bundesministerium für Gesundheit (BGS) die Verordnung zur Testpflicht von Einreisenden aus Risikogebieten erlässt und in Kraft setzt.

unternehmer nrw

07.08.2020