

## Maskenpflicht am Arbeitsplatz

### I. Verpflichtung zum Tragen

Die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung kann sich bereits aus den einschlägigen **landesrechtlichen Vorschriften** ergeben.

Die dort enthaltenen Regelungen zum Infektionsschutz sind aufgrund der **Transformationswirkung** des § 618 BGB vom Arbeitgeber einzuhalten und deren Einhaltung zu überwachen. § 618 BGB verknüpft die öffentlich-rechtlichen Schutzpflichten, die den Dienstberechtigten treffen, mit seinen privatrechtlichen, aus dem Dienstvertrag resultierenden Nebenpflichten zugunsten seines Vertragspartners (vgl. BeckOK ArbR/Joussen, 57. Ed. 1.9.2020, BGB § 618 Rn. 1 ff.). Dabei konkretisieren die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutznormen den Inhalt der Fürsorgepflichten, die dem Arbeitgeber nach § 618 BGB im Hinblick auf die Sicherheit und das Leben der Arbeitnehmer obliegen. Den Vorschriften des technischen Arbeitsschutzes kommt somit eine Doppelwirkung zu. Sie sind neben öffentlich-rechtlicher Pflicht zugleich privatrechtliche Pflicht des Arbeitgebers i. S. eines einzuhaltenden Mindeststandards (vgl. BAG, v. 12.08.2008 - 9 AZR 1117/06).

Darüber hinaus kommt auch ohne eine landesrechtliche Regelung die Anordnung des Tragens einer Mund-Nase-Bedeckung durch den Arbeitgeber kraft **Direktionsrecht** in Betracht. Hierzu kann der Arbeitgeber, abgesehen von den landesrechtlichen Vorschriften, auch aufgrund seiner **allgemeinen Schutz- und Fürsorgepflicht** nach § 618 Abs. 1 BGB und nach § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG verpflichtet sein (vgl. Bayer/Gsellhofer, ArbRAktuell 2020, 585).

Nach der öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzvorschrift des § 3 Abs. 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes zu treffen, um die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit zu gewährleisten. Aus § 5 ArbSchG folgt insbesondere die Verpflichtung zur **Gefährdungsbeurteilung** und eine Umsetzung der erforderlichen Schutzmaßnahmen.

Der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard und die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel enthalten insoweit eine **Konkretisierung** der Anforderungen an den Arbeitsschutz. Danach sind, sofern technische und organisatorische Schutzmaßnahmen die Gefahr einer Infektion bei der Arbeit nicht minimieren können, individuelle Schutzmaßnahmen durchzuführen, welche auch eine Maskenpflicht am Arbeitsplatz umfassen können.

Die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel sieht das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung als grundlegende Schutzmaßnahme vor, soweit arbeitsbedingt der Mindestabstand nicht eingehalten werden kann und technische Maßnahmen nicht umsetzbar sind, 4.1. Abs. 3 ASR.

Diese Empfehlungen hat der Arbeitgeber bei der Erstellung einer **Gefährdungsbeurteilung** des Arbeitsplatzes gemäß § 5 Abs. 1 ArbSchG zu beachten. Dem SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard und der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel kommt dabei eine faktisch normative Wirkung dadurch zu, dass Arbeitgeber gem. § 4 Nr. 3 ArbSchG bei ihren Arbeitsschutzmaßnahmen den "Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte

arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen" haben. Weicht der Arbeitgeber davon ab, kann er sich nicht mehr auf die ihn günstige Vermutungswirkung des § 3a Abs. 1 S. 3 ArbStättV berufen.

## II. Verhältnis von SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard und SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel zu landesrechtlichen Vorschriften

In landesrechtlichen Regelungen werden teilweise von den Empfehlungen im SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard und der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel abweichende Corona-Schutzmaßnahmen geregelt. Es stellt sich daher die Frage nach deren **Verhältnis** zueinander.

### 1. Rechtsqualität von SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard und SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel

Der Arbeitsschutzstandard des BMAS und auch die den Arbeitsschutzstandard konkretisierende SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel haben für sich genommen **keine Rechtsnormqualität** und sind deshalb nicht unmittelbar rechtlich verbindlich. Bei der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel handelt es sich ausweislich der Ausführungen in der Regel selbst um *"Konkretisierungen der Anforderungen der Verordnungen nach dem Arbeitsschutzgesetz"*. Das BMAS richtet dabei eine **Empfehlung** an die Bundesländer, wonach sich das Schutzniveau der landesrechtlichen Rechtsvorschriften an den Anforderungen der Arbeitsschutzregel orientieren soll.

Zur Einordnung wird zudem ausgeführt:

*"Darüber hinaus beschreibt die Regel den Stand von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse, die der Arbeitgeber bei den Maßnahmen des Arbeitsschutzes gemäß § 4 Nummer 3 des Arbeitsschutzgesetzes berücksichtigen muss. Der Arzt oder die Ärztin im Sinne des § 7 ArbMedVV hat die SARS-CoV-2-Arbeitsschutz-Regel als dem Stand der Arbeitsmedizin entsprechende Regel zu berücksichtigen (§ 6 Absatz 1 Satz 1 ArbMedVV)."*

Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel ist wie technische Regeln zwar nicht rechtlich verbindlich, sie hat aber eine sog. **Vermutungswirkung**, d. h. bei Befolgung wird die Richtigkeit des Handelns des Arbeitgebers vermutet. Bei Verstoß gegen die Regeln ist der Arbeitgeber in der Beweislast, dass die getroffenen „regelwidrigen“ Arbeitsschutzvorkehrungen gleichermaßen wirken. Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel ist zudem bei der Ermittlung der "erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes" zu berücksichtigen, die jeder Arbeitgeber für die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten zu treffen hat (vgl. § 3 Abs. 1 und § 4 Nr. 1 ArbSchG) und fließt damit auch in die **Gefährdungsbeurteilung** ein.

### 2. Rangverhältnis

Da weder der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard noch die SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel rechtsverbindlich sind, soweit sie nicht über den Weg der Verordnungsermächtigung für ein Bundesland rechtsverbindlich gemacht wurden, dürften die Regelungen in **Landesverordnungen vorrangig** einzuhalten sein. Ungeachtet dessen steht es dem Arbeitgeber frei, zusätzliche und ggf. auch strengere Schutzmaßnahmen zu ergreifen. Relevant wird in diesem Zusammenhang die vom Arbeitgeber durchzuführende Gefährdungsbeurteilung in die die Empfehlungen des SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandards und der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel einfließen.

### 3. Auswirkungen

Der Arbeitgeber hat die in der jeweiligen **Landesverordnung** enthaltenen Regelungen zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung umzusetzen. Aufgrund des Vorrangs der landesrechtlichen Vorschriften müssen sich Arbeitgeber, insbesondere wenn sie Betriebe in unterschiedlichen Bundesländern haben, mit einem „**Flickenteppich**“ unterschiedlicher Regelungen auseinandersetzen.

Fraglich kann in diesem Zusammenhang sein, was unter den in landesrechtlichen Regelungen enthaltenen **Begriffen** „geschlossener Raum“ und „Arbeitsplatz“ zu verstehen ist. Fehlt eine Definition, kann unseres Erachtens zur Auslegung der Begriffe auf die arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben in § 2 ArbStättV zurückgegriffen werden.

Erfolgt die Umsetzung so, wie in der Landesverordnung geregelt, unterliegt dies aufgrund der gesetzlichen Anordnung und des insoweit fehlenden Spielraums des Arbeitgebers nicht der **Mitbestimmung** des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG.

Sieht der Arbeitgeber **weitergehende und konkretisierende Regelungen** vor, dürften diese als Verhaltensregelungen gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG bzw. als Regelung des betrieblichen Arbeitsschutzes gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG hingegen der Mitbestimmung unterliegen.

### III. Ausnahmen von der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung

Ausnahmeregelungen vom verpflichtenden Tragen können sich bereits aus landesrechtlichen Verordnungen ergeben. So regelt beispielsweise § 4 Abs. 4 Nr. 2 SARS-CoV-2-Infektionsschutzverordnung Berlin, dass die Pflicht zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung u. a. nicht für Personen gilt, die aufgrund einer **ärztlich bescheinigten** gesundheitlichen Beeinträchtigung, einer ärztlich bescheinigten chronischen Erkrankung oder einer Behinderung keine Mund-Nase-Bedeckung tragen können.

#### 1. Ärztliches Attest zur Befreiung von der Tragepflicht

Legt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ein ärztliches Attest vor, wonach er von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung befreit ist, stellt sich die Frage, wie der Arbeitgeber reagieren kann.

Bei nachvollziehbarer gesundheitlicher Einschränkung gibt bereits **Ziff. 4.2.13 (2)** der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel folgenden Hinweis:

*„Bei Tätigkeiten, bei denen sich das Tragen von MNB der beteiligten Personen nicht umsetzen lässt, sind im Rahmen der Gefährdungsbeurteilung gleichwertige **alternative Maßnahmen** abzuleiten und umzusetzen. Hierzu sollen die branchenspezifischen Konkretisierungen der gesetzlichen Unfallversicherungsträger herangezogen werden.“*

Diese Fälle sind auch vergleichbar mit den damaligen BAG-Fällen, bei denen Krankenhausmitarbeitern die fehlende Eignung für den Nachtdienst attestiert wurde. Da es keine "Teilarbeitsunfähigkeit" gibt, ging man damals auch grundsätzlich von der fortbestehenden Arbeitsfähigkeit aus und der arbeitgeberseitigen Pflicht zur Prüfung eines leidensgerechten Einsatzes.

Liegt ein „glaubhaftes“ Attest vor, gilt daher der Vorrang der **Prüfung zum Einsatz auf einem leidensgerechten Arbeitsplatz** bzw. anderer (gleich wirksamer) Maßnahmen wie etwa eine räumliche Trennung etc. Möglicherweise wird auch der Betriebsarzt nach der ArbMedVV einen Tätigkeitswechsel empfehlen (§ 6 Abs. 4 ArbMedVV), wenn der Mitarbeiter mit der Weitergabe der Empfehlung an den Arbeitgeber einverstanden ist. Sollte es aber trotz redlicher Bemühungen nicht möglich sein, einen leidensgerechten und arbeitsschutzkonfor-

men Arbeitsplatz anzubieten, ist der Mitarbeiter nicht mehr vertragsgemäß einsetzbar (aus in seiner Person liegenden Gründen). Es besteht ein zumindest temporärer "Eignungsmangel".

Zum Schutz der übrigen Mitarbeiter kann dann eine **widerrufliche Freistellung** des Arbeitnehmers in Betracht kommen, und zwar unter Umständen **ohne Fortzahlung der Vergütung**. Der Arbeitgeber gerät nicht in Annahmeverzug, wenn es dem Arbeitnehmer an dem erforderlichen Leistungsvermögen bzw. Leistungswillen fehlt, die Arbeitsleistung, so wie geschuldet (mit Maske), zu erbringen (§ 297 BGB). Das fehlende Leistungsvermögen führt zur (vorübergehenden) Unmöglichkeit nach § 275 BGB mit den Rechtsfolgen des § 326 BGB, d. h. der Lohnanspruch wird suspendiert. Da die fehlende Einsatzmöglichkeit nicht vom Arbeitgeber verschuldet ist, bleibt es bei diesem Grundsatz.

Auch ein Entgeltfortzahlungsanspruch nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz scheidet aus, da der Arbeitnehmer nicht durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung gehindert ist (§ 3 Abs. 1 EFZG).

## 2. Zweifel am ärztlichen Attest

Ergeben sich aus dem Attest oder den Begleitumständen Zweifel an der Richtigkeit des Attests (**Gefälligkeitsattest**) stellt sich die Frage, ob und inwieweit der Arbeitgeber ein solches Attest überprüfen lassen kann.

### a. Mindestinhalt

Diesbezüglich ist relevant, ob das Attest einen **Mindestinhalt** aufweisen muss. Hierzu gibt es – soweit ersichtlich – bislang keine arbeitsgerichtlichen Entscheidungen. Die Verwaltungsgerichte fordern jedenfalls in Bezug auf die öffentlich-rechtliche Trageverpflichtung konkrete Angaben zu den die Befreiung begründenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen. Das OVG Münster v. 24.09.2020 – 13 B 1368/20 führt in seiner Entscheidung hierzu beispielhaft aus:

*"Aus dem Attest muss sich regelmäßig jedenfalls nachvollziehbar ergeben, welche **konkret zu benennenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen** auf Grund der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in der Schule alsbald zu erwarten sind und **woraus diese im Einzelnen resultieren**. Soweit **relevante Vorerkrankungen** vorliegen, sind diese konkret zu bezeichnen. Darüber hinaus muss im Regelfall erkennbar werden, auf welcher Grundlage der attestierende Arzt zu seiner Einschätzung gelangt ist."* (OVG Münster v. 24.09.2020 – 13 B 1368/20).

Ähnlich auch VGH München vom 26.10.2020 – 20 CE 20.2185:

*"Von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (Maskenpflicht) befreit sind unter anderem Personen, die glaubhaft machen können, dass ihnen das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung aufgrund einer Behinderung oder aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder unzumutbar ist (...). **Hierbei ist die rechtliche Situation nicht vergleichbar mit der Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gegenüber einem Arbeitgeber**. Mithilfe der ärztlichen Bescheinigungen soll eine überwiegende Wahrscheinlichkeit belegt werden, dass Personen aus gesundheitlichen Gründen von der **öffentlich-rechtlichen Verpflichtung** zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung befreit sind. In derartigen Konstellationen muss die Verwaltung bzw. das Gericht, wie auch in anderen Rechtsgebieten, aufgrund **konkreter und nachvollziehbarer Angaben** in den ärztlichen Bescheinigungen in die Lage versetzt werden, das Vorliegen der jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen selbständig zu prüfen (...). Anders als etwa bei einem Attest zur Befreiung vom Schulbesuch wegen Krankheit sind hier auch **Grundrechtspositionen** insbesondere von anderen Schülerinnen und Schülern sowie des Schulpersonals - das Recht auf Leben und Gesundheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG) - betroffen, für die die Schule eine herausgehobene Verantwortung trägt. Die Maskenpflicht dient dazu, andere vor einer Ansteckung mit dem neuartigen Coronavirus zu schützen und die Ausbreitungsgeschwindigkeit von COVID-19 in der Bevölkerung zu reduzieren. Aus datenschutzrechtli-*

*cher Sicht ist die Schule im Grundsatz berechtigt, die in einem solchen Attest enthaltenen personenbezogenen Daten der Schülerin oder des Schülers zu verarbeiten."*

Inwieweit die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung übertragen werden kann, ist offen.

#### b. Vorgehen bei begründeten Zweifeln am ärztlichen Attest

Die Möglichkeiten des Arbeitgebers den Beweiswert des ärztlichen Attests zu erschüttern, sind stark limitiert. In Betracht gezogen werden kann eine Zweitbegutachtung durch den **Betriebsarzt**. Ob diese einseitig vom Arbeitgeber angeordnet werden kann, ist aber fraglich. Ggf. könnte hier analog zur Eignungsuntersuchung argumentiert und die Pandemiesituation als Anlass für die erneute Begutachtung durch den Betriebsarzt und für das Überwiegen des betrieblichen Gesundheitsschutzes gegenüber dem individuellen Persönlichkeitsrecht herangezogen werden. Ggf. kann in einer ersten Stufe bereits ein unverbindliches Angebot für ein Aufklärungsgespräch mit dem Betriebsarzt Abhilfe schaffen.

Möglich, aber im Arbeitsverhältnis wenig hilfreich wäre es, den ausstellenden Arzt gegenüber der Ärztekammer (Berufspflichtverletzung) anzuzeigen.

Die Einschaltung des **Medizinischen Dienstes der Krankenkassen** dürfte hingegen ausscheiden. Das ärztliche Attest ist anders als die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keine Kassenleistung. Im Übrigen dient die Überprüfung durch den MDK der Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit und damit folglich auch der Abgrenzung zwischen der Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers nach dem EFZG und einem ggf. bestehenden Anspruch auf Krankengeld.

#### c. Folge eines Gefälligkeitsattests

Folge eines Gefälligkeitsattests wäre, dass der Arbeitnehmer der Maskenpflicht Folge leisten kann und muss und bei Nichtbefolgung **arbeitsrechtliche Sanktionen** riskiert. Bereits die Vorlage des Gefälligkeitsattests stellt eine sanktionsfähige arbeitsvertragliche Pflichtverletzung dar, da sie den Arbeitgeber davon abhalten soll, die als notwendig erkannten Schutzmaßnahmen umzusetzen. Eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers scheidet aus, weil der Arbeitgeber aufgrund des fehlenden Leistungswillens des Arbeitnehmers nicht in Annahmeverzug gerät.

## IV. Bereitstellung und Kostentragung

Soweit ersichtlich, regeln landesrechtliche Verordnungen, die eine Maskentragungspflicht am Arbeitsplatz vorsehen nicht, wer die erforderliche Mund-Nase-Bedeckung bereitzustellen und deren Anschaffungskosten zu tragen hat.

Die **gesetzliche Pflicht**, eine Mund-Nase-Bedeckung am Arbeitsplatz zu tragen, dürfte der Arbeitgeber zu gewährleisten haben, da dies zu seinem Verantwortungsbereich gehört (so die Entscheidung des BAG v. 14.06.2016 – 9 AZR 181/15 zur Kostentragungspflicht des Arbeitgebers für die Reinigung von Hygiene-Kleidung in der Lebensmittelindustrie, mit der die BAG-Rechtsprechung auf Fälle erweitert wird, in denen eine Arbeitskleidung zwar nicht zum Schutz des Arbeitnehmers aber aus anderen Gründen rechtlich vorgeschrieben ist). Dementsprechend wird man davon ausgehen müssen, dass der Arbeitgeber auch die erforderliche Anzahl an Masken zur Verfügung zu stellen hat.

**Ordnet der Arbeitgeber** das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung als **Schutzmaßnahme** aufgrund erfolgter Gefährdungsbeurteilung unter Berücksichtigung der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel an, müsste er bereits nach Nr. 4.1 Abs. 3 ASR der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel die Mund-Nase-Bedeckung zur Verfügung zu stellen. Die Kostentragungspflicht des Arbeitgebers für eine Mund-Nase-Bedeckung als Maßnahme des Arbeitsschutzes kann zudem aus § 3 Abs. 3 ArbSchG hergeleitet werden, der alle Maßnahmen und Vorkehrungen des betrieblichen Arbeits- und Gesundheitsschutzes erfasst, unabhängig davon ob diese den

Beschäftigten unmittelbar oder mittelbar zugutekommen (vgl. Kollmer/Klindt/Schucht/Kohte, 3. Aufl. 2016, ArbSchG § 3, Rn. 92).

Unerheblich dürfte dabei sein, ob die Mund-Nase-Bedeckung als Dienstkleidung oder persönliche Schutzausrüstung (PSA) einzustufen ist. Gegen die Einstufung als PSA spricht zwar, dass Mund-Nase-Bedeckungen dem Fremdschutz dienen. PSA ist hingegen dazu bestimmt, sich selbst gegen eine Gefährdung für die eigene Sicherheit und Gesundheit zu schützen (vgl. BeckOK ArbSchR/Kanzenbach, 3. Ed. 15.9.2020, ArbSchG § 3, Rn. 97). Auch nach Nr. 2.3 SARS-CoV-2 Arbeitsschutzregel sind Mund-Nase-Bedeckungen weder Medizinprodukte noch PSA.

Die Kostentragungspflicht für Arbeitsschutzmaßnahmen liegt aber in der Regel beim Arbeitgeber (BeckOK ArbSchR/Kanzenbach, 3. Ed. 15.9.2020, ArbSchG § 3 Rn. 9). Bezüglich des angeordneten Tragens von Dienstkleidung oder PSA kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine Kosten auferlegen (vgl. BeckOK ArbSchR/Kanzenbach, 3. Ed. 15.9.2020, ArbSchG § 3 Rn. 96).