

## Anne Sophie Bischof: Arbeitsrecht und Corona: Die Haftung des Arbeitgebers bei Verstößen gegen das Arbeitsschutzrecht

Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaft (Universität Bayreuth). Der Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars zum Arbeitsrecht bei Prof. Dr. Adam Sagan, MJur (Oxon) am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Arbeitsrecht (Lehrstuhl Zivilrecht II).

### Einleitung<sup>1</sup>

„Herzschäden, schwindende Lungenfunktion und verminderte körperliche Belastbarkeit“<sup>2</sup> – die Liste von COVID-19-Spätfolgen ist länger und vielfältiger, als es sich am Anfang der Pandemie abgezeichnet hatte.<sup>3</sup> Vor diesem Hintergrund und spätestens seit der SARS-CoV-2 Masseninfektion in Europas größter Fleischfabrik<sup>4</sup> sind die Anforderungen an den Arbeitnehmerschutz und die damit verbundenen Haftungsfragen in aller Munde. Freilich sind Arbeitgeber aufgrund einer Vielzahl von Rechtsnormen dazu verpflichtet, ihre Beschäftigten vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 im Betrieb zu schützen. Verletzt der Arbeitgeber diese Schutzpflicht, kann er einem an COVID-19 erkrankten Arbeitnehmer auf Schadensersatz haften (dazu I, II, III). Im üblichen Arbeitsalltag – der alten Normalität – werden betriebliche Haftungsfälle bedingt durch das Recht der gesetzlichen Unfallversicherung und dem dort niedergelegten

Prinzip „Haftungsersetzung durch Versicherungsschutz“ nur selten virulent (dazu IV), vgl. § 104 SGB VII. Dieses Szenario könnte sich jetzt schlagartig ändern, sofern die Rechtsauffassung der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV)<sup>5</sup> auch gerichtlich bestätigt wird. Während der Großteil von Arbeits- und Sozialrechtswissenschaftlern<sup>6</sup> dafür streitet, dass auch betrieblich verursachte COVID-19-Erkrankungen als Arbeitsunfälle von der gesetzlichen Unfallversicherung getragen werden sollen, übt sich die DGUV bisher in Zurückhaltung. Sie lehnt eine Haftungsersetzung vor dem Hintergrund des globalen Infektionsgeschehens unter dem Dogma der unversicherten Allgemeingefahr mit Verweis auf die World Health Organization (WHO) partiell ab.<sup>7</sup> Dies ist ein kontroverser zu diskutierender Punkt, insbesondere dann, wenn COVID-19-bedingte Langzeitschäden noch unbekannt sind<sup>8</sup> und Ökonomen eine Insolvenzwelle von Unternehmen<sup>9</sup> prognostizieren.

<sup>1</sup> Alle Internetseiten wurden zuletzt am 14.12.2020 abgerufen.

<sup>2</sup> *Science Magazine*, From „brain fog“ to heart damage, Covid-19’s lingering problems alarm scientists, <https://www.sciencemag.org/news/2020/07/brain-fog-heart-damage-covid-19-s-lingering-problems-alarm-scientists>.

<sup>3</sup> *Deutsche Apothekerzeitung*, COVID-19 Spätfolgen an der Lunge, <https://www.deutsche-apothekerzeitung.de/news/artikel/2020/08/04/covid-19-spaetfolgen-an-der-lunge>.

<sup>4</sup> *Tagesschau*, Tönnies-Fabrik bleibt dicht, <https://www.tagesschau.de/inland/produktionsstop-toennies-101.html>.

<sup>5</sup> Die Verfasserin weist darauf hin, dass sich Ende 2020 die Rechtsauffassung der DGUV geändert hat. Eine arbeitsbedingte COVID-19-Infektion, stellt nach der nun herrschenden Anerkennungspraxis regelmäßig einen Arbeitsunfall dar. Für die Anerkennung eines Arbeitsunfalls ist nach gegenwärtigem Stand eine Indexperson im Betrieb oder ein massives Ausbruchsgeschehen entscheidend. Weiterhin erkennt die DGUV

nun auch Infektionen auf dem Weg von/zur Arbeit und in eng begrenzten Ausnahmefällen auch Infektionen in Kantinen an, vgl. [https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona\\_arbeit\\_sunfall/index.jsp](https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona_arbeit_sunfall/index.jsp).

<sup>6</sup> *Ricke, Wolfgang*, Corona, Arbeitsunfall und Berufskrankheit, COVuR 2020, S. 342 (344); *Seiwerth, Stephan/Witschen, Stefan*, Die Dreifachwirkung des Arbeitsschutzes gegen Risiken der Corona-Pandemie, NZA 2020, S. 825 (831); a.A. *Hohenstatt, Klaus-Stefan/Sittard, Ulrich*, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, 2020, S. 31; *Reifelsberger, Christina*, Arbeitsschutz und COVID-19 – Haftung des Arbeitgebers, COVuR 2020, S. 357 (363).

<sup>7</sup> *DGUV*, Aktuelles zum Coronavirus, [https://www.dguv.de/landesverbaende/de/medien/faq/aktuelles\\_corona\\_dav/index.jsp](https://www.dguv.de/landesverbaende/de/medien/faq/aktuelles_corona_dav/index.jsp).

<sup>8</sup> Siehe Fn. 3.

<sup>9</sup> *Handelsblatt*, Die Pleitewelle rollt, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/unternehmen-sinsolvenzen-die-pleitewelle-rollt-seite-2/3244114-2.html?ticket=ST-3530464-TCqDUA4c1TAzQFTjs1g3-ap1>.

COVID-19 und seine Auswirkungen auf die Arbeitswelt legen nahe, dass es tiefergehende Überlegungen als einen einfachen Umkehrschluss braucht, der seine Grundlage in der Gesundheitspolitik der WHO findet (dazu V).

## B. Haftungstatbestände

Auch im Arbeitsrecht sind die allgemeinen Haftungstatbestände des Zivilrechts maßgebend. Für vertragliche Pflichtverletzungen gelten § 611a i. V. m. §§ 280 ff. BGB<sup>10</sup> und für die deliktische Haftung §§ 823 ff.

## I. Vertragliche Haftung

Erkrankt oder verstirbt ein Arbeitnehmer an COVID-19, weil der Arbeitgeber seinen Pflichten im Rahmen des Gesundheitsschutzes nicht nachgekommen ist, verletzt er damit regelmäßig auch seine vertragliche Pflicht aus § 618. In diesem Fall kann der Arbeitgeber nach § 611a i. V. m. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 haften.

### 1. Schutzpflichten des Arbeitgebers

Gem. § 618 Abs. 1 ist der Arbeitgeber zur umfassenden Verhütung von Gefahren für Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers verpflichtet,<sup>11</sup> wobei diese Fürsorgepflichten nach § 619 unabdingbar sind.<sup>12</sup> Inhaltlich wird die vertragliche Schutzpflicht durch öffentlich-rechtliche Arbeitsschutzvorschriften geprägt, die als unabdingbarer Mindeststandard (§ 619) in den zwischen zwei Privaten geschlossenen

Arbeitsvertrag transformiert werden (sog. Doppelwirkung des Arbeitsschutzrechts).<sup>13</sup> Auch im Fall von COVID-19 sind primär die im öffentlichen Recht definierten Schutzvorschriften und Maßnahmen maßgeblich,<sup>14</sup> aber die Erweiterung der vertraglichen Schutzpflicht nach § 618 Abs. 2 erhält ebenfalls neue Brisanz und Reichweite.

### a) Öffentlich-rechtliches Arbeitsschutzrecht

Um Infektionen zu verhindern, unterliegen Arbeitgeber primär dem genuinen Arbeitsschutzrecht, das lediglich abstrakte Vorgaben zum Umgang mit SARS-CoV-2 enthält. So hat der Arbeitgeber nach § 3 Abs. 1 ArbSchG die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen. Weiter bestimmt § 4 Nr. 1 ArbSchG, die Arbeit so zu gestalten, dass eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst geringgehalten wird. Welche Maßnahmen der Arbeitgeber explizit zu ergreifen hat, um dieses Ziel im Hinblick auf SARS-CoV-2 zu erreichen, ist mit diesen Generalklauseln indes noch nicht gesagt. Für die Bestimmung der gebotenen Maßnahmen empfiehlt es sich daher, den „SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard“<sup>15</sup> (C-ASS) und die „SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel“<sup>16</sup> (C-ASR) heranzuziehen<sup>17</sup>, die umfassende technische,

<sup>10</sup> Alle Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

<sup>11</sup> Baumgärtner, in: BeckOK BGB, 55. Edition, Stand 01.08.2020, § 618 Rn. 1 f.; Preis, Ulrich/Temming, Felipe, Individualarbeitsrecht, S. 388/§ 37 Rn. 1784.

<sup>12</sup> Wank, in: ErfK, 20. Auflage, 2020, § 619 Rn. 1 f.

<sup>13</sup> Koenen, Ron-Jo/Lehnart, Thomas, Schutzpflichten des Arbeitgebers für die Gesundheit der Beschäftigten, BB 2020, S. 1525 (1525); Seiwert/Witschen, NZA 2020, S. 825 (827); allg. Wank, in: ErfK (Fn. 12), § 618 Rn. 30.

<sup>14</sup> Vgl. Aligbe, Patrick, Die Durchsetzbarkeit arbeitsschutzrechtlicher Verpflichtungen bzw. die Reaktionsmöglichkeiten des Beschäftigten bei Verstößen des Arbeitgebers, ArbRAktuell 2019, S. 456 (456).

<sup>15</sup> Bundesministerium für Arbeit und Soziales, SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard, [https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/sars-cov-2-arbeitsschutzstandard.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Schwerpunkte/sars-cov-2-arbeitsschutzstandard.pdf?__blob=publicationFile&v=1).

<sup>16</sup> Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel,

[https://www.baua.de/DE/Angebote/Rechtstexte-und-Technische-Regeln/Regelwerk/AR-CoV-2/pdf/AR-CoV-2.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.baua.de/DE/Angebote/Rechtstexte-und-Technische-Regeln/Regelwerk/AR-CoV-2/pdf/AR-CoV-2.pdf?__blob=publicationFile&v=6).

<sup>17</sup> Die Verfasserin weist auf die am 27. Januar 2021, nach Redaktionsschluss, in Kraft getretene SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung hin, die zunächst befristet bis zum 30. April 2021 gilt. Diese wurde als verbindliches Recht auf Grundlage des neu gefassten § 18 Abs. 3 S. 1 ArbSchG erlassen und enthält insbesondere ein Recht des Arbeitnehmers auf Homeoffice, sofern keine zwingenden betriebsbedingten Gründe entgegenstehen. Die C-ASS und C-ASR bleiben weiterhin parallel bestehen, § 1 Abs. 2 SARS-CoV-2 Arbeitsschutzverordnung. Zur Arbeitsschutzverordnung: Bundesanzeiger, SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung, <https://www.bundesanzeiger.de/pub/publication/5QH1uegEXs2GTWXKeln/content/5QH1uegEXs2GTWXKeln/BAnz%20AT%2022.01.2021%20V1.pdf?inline>. Vertiefende Literatur: Fuhlrott, Michael/Oltmanns, Sönke, Befristetes Recht auf Homeoffice: Die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung und der Weg dahin, ArbRAktuell 2021, S. 64.

organisatorische sowie personenbezogene Maßnahmen und Details für den Umgang mit SARS-CoV-2 enthalten. Sowohl die C-ASS als auch die C-ASR fallen im Ergebnis in die Kategorie des sog. „soft law“,<sup>18</sup> beide sind weder Gesetz noch Rechtsverordnung<sup>19</sup> und gelten für Arbeitgeber daher nicht unmittelbar und zwingend.<sup>20</sup> Während der C-ASS im Ergebnis nicht mehr als eine sachverständige Äußerung darstellt,<sup>21</sup> die im Rahmen arbeitsschutzrechtlicher Normen als Auslegungs- oder Orientierungshilfe berücksichtigt werden kann,<sup>22</sup> muss der Arbeitgeber im Rahmen der C-ASR im Streitfall beweisen, dass er gleichwertige Maßnahmen zum Schutz und zur Sicherheit seiner Arbeitnehmer umgesetzt hat, vgl. § 3a Abs. 1 S. 4 ArbStättV. Die C-ASR lässt sich somit wie Arbeitsschutzregeln allgemein als eingeschränkt verbindlich begreifen.<sup>23</sup> Zur Bewertung, welche betrieblichen Maßnahmen arbeitsplatzbezogen umgesetzt werden können,<sup>24</sup> muss der Arbeitgeber eine verpflichtende Gefährdungsbeurteilung vornehmen und diese dokumentieren, § 5 ArbSchG. Dabei ist die Gefährdungsbeurteilung anhand aktueller Gefahren und neuer Erkenntnisse, die sich aus der biologisch-medizinischen Einwirkung und der Verbreitung von SARS-CoV-2 ergeben (§ 5 Abs. 3 Nr. 2 Var. 3 ArbSchG), laufend zu aktualisieren. Weitere Konkretisierungen zur Gefährdungsbeurteilung

enthält Nr. 3 C-ASR. Im Übrigen hat der Arbeitgeber seine Beschäftigten ausreichend und angemessen in Bezug auf durch SARS-CoV-2 bedingten Sicherheits- und Gesundheitsschutz zu unterweisen, § 12 ArbSchG.

#### b) Erweiterung der vertraglichen Schutzpflicht

Der Arbeitgeber hat in Ansehung des Wohn- und Schlafräumen sowie der Verpflegung diejenigen Einrichtungen vorzunehmen und Anordnungen zu treffen, welche mit Rücksicht auf die Gesundheit des Arbeitnehmers erforderlich sind, vgl. § 618 Abs. 2. Nach im Ergebnis einhelliger Ansicht<sup>25</sup> fallen darunter vom Arbeitgeber organisierte Gemeinschaftsunterkünfte, in denen Arbeitnehmer zusammenleben, lediglich Mahlzeiten einnehmen oder sich zur Erholung aufhalten.<sup>26</sup> Unterhält der Arbeitgeber Sammelunterkünfte für seine Mitarbeiter, muss er daher dafür sorgen, dass diese einen wirksamen Schutz vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 bieten. Als Orientierungshilfe für ein ausreichendes Schutzniveau empfiehlt sich wiederum, den C-ASS Nr. 5, die C-ASR Nr. 4 und die Regeln des Ausschusses für Arbeitsstätten (ASTA) zu berücksichtigen, die die Belegung von Schlafräumen, Desinfektion von Gemeinschaftsräumen und andere erforderliche Hygienemaßnahmen normieren.

<sup>18</sup> Sagan, Adam/Brockfeld, Marius, Arbeitsschutzstandard und Arbeitsschutzregel, NZA-Beilage 2020, S. 17 (18); a.A. Hülsemann, Jörn, Der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard des BMAS – verbindliche Vorgabe oder unverbindliche Empfehlung, ArbRAktuell 2020, S. 467 (469).

<sup>19</sup> Siehe Fn. 17.

<sup>20</sup> Vgl. *ArbG Hamm v. 4.5.2020 – 2 BVGa 2/20*, BeckRS 2020, S. 14292 (Rn. 9); Müller-Bonanni, Thomas/Berke, Anne-Kathrin, Einhaltung von Arbeitsschutzstandards durch Arbeitgeber – Vermeidung von Haftungsrisiken durch Corona, NJW 2020, S. 1617 (1617).

<sup>21</sup> Sagan/Brockfeld, NZA-Beilage 2020, S. 17 (18).

<sup>22</sup> Wilrich, Thomas, Der SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard des BMAS – nur unverbindliche Empfehlung, aber Bedeutung im Arbeitsschutzrecht, NZA 2020, S. 634 (634); vgl. *BGH v. 10.12.1987 – III ZR 204/86*, NJW 1988, S. 900 (901); *BVerwG v. 17.7.2003 – 4 B 55/03*, NJW 2003, S. 3360 (3361).

<sup>23</sup> Siehe Fn. 21.

<sup>24</sup> Näher zu den Rechtsfolgen von C-ASS und C-ARS Sagan/Brockfeld, NZA-Beilage 2020, S. 17 (22).

<sup>25</sup> *BAG v. 8.6.1955 – 2 AZR 200/54*, AP BGB § 618 Nr. 1; Henssler, in: MüKo-BGB, 8. Auflage, 2020, § 618 Rn. 64; Seiwert/Witschen, NZA 2020, S. 825 (826).

<sup>26</sup> Henssler, in: MüKo-BGB (Fn. 25), § 618 Rn. 64; Wank, in: *ErfK* (Fn. 12), § 618 Rn. 21, 22.

### c) Allgemeines Infektionsschutzrecht

Abschließend lohnt sich für Arbeitgeber auch noch ein Blick in die Coronaschutzverordnungen der Bundesländer, die auf Grundlage des IfSG erlassen wurden.<sup>27</sup> Im Zuge dessen ordnet § 14b CoronaschutzVO Bayern (Stand 19. Juni 2020) an, dass Betreiber von betrieblichen Unterkünften für die Einhaltung der Schutz- und Hygienemaßnahmen verantwortlich sind und diese regelmäßig zu überprüfen und dokumentieren haben. Vergleichbare Pflichten ordnen auch die übrigen CoronaschutzVO der anderen Bundesländer an.<sup>28</sup>

### 2. Vertretenmüssen und Schaden

Für einen Schadensersatzanspruch soll es nach überwiegender Ansicht genügen, dass der Arbeitnehmer bzw. seine Hinterbliebenen den ordnungswidrigen Zustand und folglich die fehlende oder unzureichende Umsetzung von Schutzmaßnahmen beweisen sowie die SARS-CoV-2-Infektion als entstandene Schadensposition darlegen.<sup>29</sup> Diese Beweiserleichterungen basieren auf der st. Rspr. des BAG abseits der Pandemie, die besagt, dass ein Arbeitnehmer, der wegen einer Schutzpflichtverletzung nach § 618 Abs. 1 auf Schadensersatz klagt, neben dem Schaden grundsätzlich nur einen ordnungswidrigen Zustand beweisen muss, der generell geeignet ist, den eingetretenen Schaden herbeizuführen.<sup>30</sup> Der Arbeitgeber kann sodann den Entlastungsbeweis führen, wenn er das Fehlen der Kausalität zwischen der Pflichtverletzung und dem eingetretenen Schaden

oder das Fehlen des nach § 280 Abs. 1 S. 2 vermuteten Vertretenmüssens nachweist.<sup>31</sup> Eine derartige Beweiserleichterung ist für Geschädigte, deren Arbeitsleistung durch eine Vielzahl von sozialen Kontakten geprägt ist, durchaus angemessen, im Regelfall hingegen nicht. Während herkömmliche Gesundheitsschäden regelmäßig nach den Anschauungen des täglichen Lebens zur Schutzpflichtverletzung zugeordnet werden können, ist das bei SARS-CoV-2 nicht der Fall. Die Wege, auf denen sich SARS-CoV-2 verbreitet und überträgt, sind ubiquitär sowie derzeit noch nicht hinreichend vorherseh- und einschätzbar. Im Ergebnis kann nicht davon ausgegangen werden, dass andere Ursachen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ausscheiden und der Verstoß gegen arbeitsschutzrechtliche Pflichten für sich genommen mit hoher Wahrscheinlichkeit zu der Infektion geführt hat.<sup>32</sup> Denkbar wäre, für arbeitsbedingte SARS-CoV-2-Fälle die Beweiserleichterung dahingehend zu modifizieren, dass neben den ordnungswidrigen Zustand weitere Umstände wie etwa eine Indexperson oder ein massives Ausbruchgeschehen im Betrieb hinzutreten müssen. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, genügt auch ein Berufsbild, das durch eine Vielzahl von sozialen Kontakten geprägt ist.<sup>33</sup> Eine Rückkehr zu allgemeinen Grundsätzen scheidet hingegen aus. Diese würde dem Arbeitgeber zwar aus seiner Beweisnot helfen, den Arbeitnehmer hingegen unverhältnismäßig belasten. Dadurch würde keine prozessuale Waffengleichheit<sup>34</sup> oder gerechte Risikoverteilung erreicht werden, sondern nur ein Wechsel der Beweislast erfolgen.

<sup>27</sup> Müller-Bonani/Bertke, NJW 2020, S. 1617 (1618).

<sup>28</sup> So z. B. § 4 II 1 CoronaschutzVO NRW, [https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/2020-08-31\\_coronaschvo\\_vom\\_31.08.2020\\_lesefassung.pdf](https://www.land.nrw/sites/default/files/asset/document/2020-08-31_coronaschvo_vom_31.08.2020_lesefassung.pdf).

<sup>29</sup> Hohenstatt/Sittard, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona (Fn. 6), S. 31; Müller-Bonanni/Bertke, NJW 2020, S. 1617 (1618); Reifelsberger, COVuR 2020, S. 357 (361).

<sup>30</sup> BAG v. 8.6.1955 – 2 AZR 200/54, AP BGB § 618 Nr. 1; v. 8.5.1996 – 5 AZR 215/94, NZA 1997, S. 86 (91); v. 14.12.2006 – 8 AZR 628/05, NZA 2007, S. 262 (264).

<sup>31</sup> Sander, Charlotte/Hilberg, Söntje Julia/Bings, Luise, Arbeitsschutzrechtliche Fürsorge und Schutzpflichten sowie Haftungsrisiken für Arbeitgeber im Zusammenhang mit COVID-19, COVuR 2020, S. 347 (354); Seiwert/Witschen, NZA 2020, S. 825 (831).

<sup>32</sup> Vgl. Seiwert/Witschen, NZA 2020, S. 825 (831).

<sup>33</sup> Vgl. Fn. 32.

<sup>34</sup> Vgl. Brand, Oliver/Becker, Oliver, Deliktische Haftung bei einer Ansteckung mit SARS-CoV-2, NJW 2020, S. 2665 (2667); Foerste, in: Musielak/Voit, 17. Auflage, 2020, § 286 Rn. 37.

## II. Deliktische Haftung

Grundsätzlich erscheint auch eine deliktische Haftung des Arbeitgebers nach §§ 823 ff. wegen der schuldhaften (Vorsatz oder Fahrlässigkeit, § 276) Verletzung des Lebens, des Körpers und/oder der Gesundheit möglich. Als haftungsauslösendes Ereignis kommt insbesondere die Verletzung einer Verkehrssicherungspflicht in Betracht, die den Arbeitgeber dazu verpflichtet, im Betrieb die notwendigen und zumutbaren Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsgüter seiner Beschäftigten und von Dritten zu schützen.<sup>35</sup> Weiter ist eine Haftung nach § 831 denkbar. Bei lebensnaher Betrachtung wird der deutsche Arbeitnehmer indes immer wegen der für ihn günstigeren Beweislastverteilung die vertraglichen Ansprüche gem. §§ 280, 241 Abs. 2, 618 (vgl. oben) geltend machen.

Wendet man hingegen den Blick auf die Medien „Ausgeschlachtet – Ausländische SARS-CoV-2 infizierte Beschäftigte in der Fleischindustrie“<sup>36</sup> oder „Raubbau und moderne Sklavenhaltung in der Pandemie“<sup>37</sup> dann verbleibt den §§ 823 ff. ein brisanter Anwendungsbereich. Dem Deliktsrecht kommt grundsätzlich der Ersatz von durch SARS-CoV-2 bedingten Personenschäden bei entsandten Beschäftigten im Inland zu. Nach Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO (Internationales Privatrecht/Kollisionsrecht) unterliegen Ansprüche aus unerlaubter Handlung in sogenannten Neufällen<sup>38</sup>, wie sie bei arbeitsbedingten SARS-CoV-2-Infektionen vorliegen, primär dem Recht des Staates,

in dem der Schaden eintritt. Ausnahmen und Sonderanknüpfungen sind gem. Art. 4 Abs. 2, 3 Rom II-VO möglich.<sup>39</sup> Infiziert sich ein entsandter Arbeitnehmer im Inland mit SARS-CoV-2 und treten während seinem Aufenthalt in der Bundesrepublik Deutschland noch entsprechende Gesundheitsschäden auf, so sind folgerichtig die §§ 823 ff. einschlägig. Treten COVID-19 bedingte Gesundheitsschäden hingegen erst nach der Rückkehr in den Entsendestaats auf, ist zu prüfen, ob das Recht des Entsendestaates Anwendung findet oder eine Sonderanknüpfung an das Recht der unerlaubten Handlung der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 4 Abs. 2, 3 Rom II-VO möglich ist.

Ob entsandte Arbeitnehmer, die obige Voraussetzungen erfüllen, den Weg zu den deutschen Gerichten auf Grundlage der EUGVVO/Brüssel-Ia-VO (Internationales Zivilverfahrensrecht) finden und gem. §§ 823 ff. Klage erheben werden<sup>40</sup> oder die inländischen Auftrag- und Arbeitgeber entsprechenden Ansprüchen entgegen, bleibt abzuwarten. Auf empirischer Ebene stehen die Zeichen für Letztere jedenfalls gut.<sup>41</sup>

## III. Art und Umfang

Ersatzposten sind gem. §§ 249 ff. insbesondere Heilbehandlungskosten und Verdienstauffälle, Kosten für einen SARS-CoV-2-Test sowie ein Schmerzensgeld nach § 253 Abs. 2. Daneben sind Nachteile für Erwerb und Fortkommen auszugleichen, eine Geldrente zu entrichten sowie beim durch COVID-19 bedingten Tod des

<sup>35</sup> Matjes, in: BeckOGK BGB, 1. Edition, Stand: 01.12.2019, § 611a Rn. 1393 f.; Reifelsberger, COVuR 2020, S. 357 (360); Brand/Becker, NJW 2020, S. 2665 (2666).

<sup>36</sup> Vgl. *Wochenblatt*, AUS-GESCHLACHTET, [https://www.wochenblatt-reporter.de/speyer/c-lokales/fuer-menschenwuerdige-arbeit-in-der-fleischindustrie\\_a200023](https://www.wochenblatt-reporter.de/speyer/c-lokales/fuer-menschenwuerdige-arbeit-in-der-fleischindustrie_a200023).

<sup>37</sup> Vgl. *Focus*, „Wie Sklaven gehalten“: Tönnies-Mitarbeiter packen über ihren Arbeitgeber aus, [https://www.focus.de/politik/deutschland/corona-ausbruch-bei-toennies-wie-sklaven-gehalten-toennies-mitarbeiter-packen-ueber-ihren-arbeitgeber-aus\\_id\\_12120491.html](https://www.focus.de/politik/deutschland/corona-ausbruch-bei-toennies-wie-sklaven-gehalten-toennies-mitarbeiter-packen-ueber-ihren-arbeitgeber-aus_id_12120491.html).

<sup>38</sup> Um sog. Neufälle handelt es sich, wenn das schadenbegründende Ereignis iSd Art. 31 Rom II-VO nach dem

10.01.2009 eingetreten ist. Im Gegensatz zu den Altfällen, bei denen das schadensbegründende Ereignis vor dem 10.01.2009 eingetreten ist, spielt Art. 40 EGBGB und das dort normierte Tatortprinzip bei diesen nur noch eine gänzlich untergeordnete Rolle, vgl. *Junker*, in MüKo-BGB (Fn. 25), EGBGB Art. 40 Rn. 17.

<sup>39</sup> Vgl. *Junker*, in MüKo-BGB (Fn. 25), EGBGB Art. 40 Rn. 19 ff.  
<sup>40</sup> Vgl. *OLG Koblenz v. 29.08.2002 – 5 U 1459/01*, BeckRS 2002, 30470638 (II Nr. 1a).

<sup>41</sup> Vgl. *Kohte, Wolfgang*, Gesundheitsschutz in der Grauzone – Arbeitsbedingungen entsandter Beschäftigter, in: *Devetzi, Stamatia/Janda, Constanze* (Hrsg.), *Festschrift für Eberhard Eichenhofer*, 2015, S. 314 (327).

Arbeitnehmers gegebenenfalls Beerdigungskosten zu tragen und Unterhalt für die Hinterbliebenen zu leisten, § 618 Abs. 3 i. V. m. §§ 842 ff. Bei einem Verstoß des Arbeitnehmers gegen Schutzmaßnahmen oder Pandemiekonzepte kommt auch ein Mitverschulden nach § 254 in Betracht.<sup>42</sup> Denkbar ist, dass der Arbeitnehmer Sicherheitsabstände missachtet und/oder die Mund-Nasen-Bedeckung verweigert.

#### IV. Haftungsersetzung und Haftungsprivileg

##### 1. Überblick

Der Ersatz von Personenschäden, die der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer zufügt, ist durch die gesetzliche Unfallversicherung im Siebten Sozialgesetzbuch abschließend geregelt,<sup>43</sup> wobei deren Finanzierung als einziger Zweig der Sozialversicherung dem Arbeitgeber allein obliegt.<sup>44</sup> Erleidet der Arbeitnehmer einen Arbeitsunfall, werden deshalb alle privatrechtlichen Schadensersatzansprüche (Delikt, Vertrag, Verschuldens- und Gefährdungshaftung)<sup>45</sup> gegen den Arbeitgeber weitgehend ausgeschlossen, §§ 104 ff. SGB VII. Im Gegenzug erhält der Arbeitnehmer einen Heilbehandlungsanspruch gegen die Träger der gesetzlichen Unfallversicherung nach § 27 SGB VII, der Leistungen zur Rehabilitation sowie bei Pflegebedürftigkeit, ein Verletztengeld (§ 27 SGB VII) und gegebenenfalls eine Unfallrente (§ 56 SGB VII) umfasst.<sup>46</sup> Nicht ausgeglichen werden hingegen immaterielle Schäden. De facto hat der

verletzte Arbeitnehmer weder gegenüber den Berufsgenossenschaften noch gegen seinen Arbeitgeber einen Anspruch auf Schmerzensgeld.<sup>47</sup> Außerdem ersetzt das UV-Recht im Gegensatz zum Haftungsrecht des BGB auch nicht den konkreten Schaden, den der Arbeitnehmer kausal durch den Arbeitsunfall erlitten hat, sondern nimmt einen abstrakten Schadensausgleich nach Maßgabe der Minderung der Erwerbstätigkeit vor.<sup>48</sup> Gleichwohl wurde die Verfassungsmäßigkeit der §§ 104 ff. SGB VII durch das BVerfG wiederholt bestätigt.<sup>49</sup>

##### 2. Folgen

Die Einstufung bzw. Ablehnung einer betriebsbedingten SARS-CoV-2-Infektion als Arbeitsunfall gem. § 8 SGB VII hat weitreichende Folgen. Bei Verneinung der Zuordnung kann der geschädigte Arbeitnehmer gegen seinen Arbeitgeber die o. g. zivilrechtlichen Ansprüche in vollem Umfang nach §§ 249 ff. und dabei insbesondere auch ein Schmerzensgeld geltend machen. Wird hingegen ein Arbeitsunfall anerkannt, erhält der Arbeitnehmer lediglich einen Heilbehandlungsanspruch (§§ 27 ff. SGB VII), der für ihn regelmäßig nachteiliger ist. Ist sein Arbeitgeber jedoch durch die von Ökonomen prognostizierte Insolvenzwelle<sup>50</sup> betroffen, dann erhält er mit der Sozialversicherung, die eine Körperschaft öffentlichen Rechts ist (§ 1 Abs. 1 S. 1, § 29 Abs. 1 SGB IV),

<sup>42</sup> Brand/Becker, NJW 2020, S. 2665 (2671); Sander/Hilberg/Bings, COVuR 2020, S. 347 (355).

<sup>43</sup> Von Koppenfels-Spies, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, 6. Auflage, 2019, § 104 SGB VII Rn. 3; Preis/Temming, Individualarbeitsrecht (Fn. 11), S. 514/ § 53 Rn. 2242.

<sup>44</sup> BGH v. 3.7.2001 – VI ZR 284/00, NZA 2001, S. 1143 (1145); Rolfs, in: ErfK (Fn. 12), § 104 SGB VII Rn. 1.

<sup>45</sup> BGH v. 15.5.1973 – VI ZR 160/71, VersR 1973, S. 818 (818); Von Koppenfels-Spies, in: Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann (Fn. 43), § 104 SGB VII Rn. 3.

<sup>46</sup> Marschner, in: BeckOK SozR, 57. Edition, Stand: 01.09.2020, § 27 SGB VII Rn. 1.

<sup>47</sup> Rolfs, in: ErfK (Fn. 12), § 104 SGB VII Rn. 2; Fuhlrott, Michael, Der Schmerzensgeldausschluss durch die

Unfallversicherung – verfassungswidriger Zustand oder gerechtfertigte Ungleichbehandlung, NZS 2007, S. 237 (237); Brose, Wiebke, Haftung und Risiken nach den arbeitsrechtlichen Grundsätzen und dem SGB VII, RdA 2011, S. 205 (217).

<sup>48</sup> Kock, Martin, Arbeitsunfälle von Unternehmern, 2020, S. 202; Deinert, Olaf, Unfallversicherungsregress und innerbetrieblicher Schadensausgleich, RdA 2013, S. 146 (153); Brose, RdA 2011, S. 205 (205).

<sup>49</sup> BVerfG v. 07.11.1972 – 1 BvL 4/71, 1 BvL 17/71, 1 BvL 10/72, 1 BvR 355/71, VersR 1973, S. 269 (269); a. A.: Brose, RdA 2011, S. 205 (219); Fuhlrott, NZS 2007, S. 237 (240); Richardi, Reinhard, Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, NZA 2002, S. 1004 (1009).

<sup>50</sup> Siehe Fn. 9.

einen solventen<sup>51</sup> und insolvenzunfähigen Zahlungsgegner (§ 12 Abs. 1 Nr. 2 InsO). Bleibt es beim traditionellen Unternehmerprivileg (§§ 104 ff. SGB VII), ist das auch für Arbeitgeber vorteilhaft, die auf diese Weise unvorhersehbaren Haftungsszenarien nach dem Zivilrecht und immensen Schadensersatzzahlungen entkommen können. Die Konsequenzen für Unternehmen, die ohnehin schon in Corona-Not geraten sind, könnten existenzbedrohend sein.

### 3. Vorsätzliche Herbeiführung eines Versicherungsfalles

Ohne Zweifel besteht kein Haftungsprivileg für den Arbeitgeber, wenn er die SARS-CoV-2-Infektion vorsätzlich herbeigeführt hat. Nach der Rspr.<sup>52</sup> muss der Vorsatz neben der Verletzungshandlung auch den Verletzungserfolg erfassen, sog. doppelter Vorsatz. Übertragen auf SARS-CoV-2 bedeutet das, dass ein vorsätzlicher Verstoß gegen bzw. das Außerachtlassen von arbeitsschutzrechtlichen Vorgaben – insbesondere des C-ASS oder der C-ASR – nicht genügt, um das Haftungsprivileg des Arbeitgebers entfallen zu lassen, vielmehr muss sich der Vorsatz auch auf die Infektion als solche beziehen.<sup>53</sup>

## V. SARS-CoV-2-Infektion als Arbeitsunfall

Ausgangspunkt für die Beurteilung ist § 8 Abs. 1 SGB VII. Danach sind Arbeitsunfälle Unfälle von Versicherten infolge einer versicherten Tätigkeit.

### 1. Unfall

Näher konkretisiert wird die o. g. Definition durch § 8 Abs. 1 S. 2 SGB VII, der bestimmt, dass ein Unfall ein zeitlich begrenztes, von außen auf den Körper einwirkendes Ereignis darstellt, das zu einem

Gesundheitsschaden oder zum Tod führt.

### a) Symptomatische SARS-CoV-2-Infektion im Zeitpunkt der Anerkennung

Ist beim Beschäftigten im Zeitpunkt der Anerkennung die Krankheit COVID-19 bereits symptomatisch ausgebrochen, liegt unstreitig ein regelwidriger pathologischer Zustand und zugleich ein Gesundheitsschaden vor, der durch ein von außen auf den Körper einwirkendes Ereignis, namentlich durch die Infektion, während einer Arbeitsschicht hervorgerufen wird.<sup>54</sup>

### b) Asymptomatische SARS-CoV-2-Infektion im Zeitpunkt der Anerkennung

Weitaus schwieriger ist die Frage zu beurteilen, inwiefern bei asymptomatischen Infektionen ein Gesundheitsschaden anerkannt werden kann. In diesen Fällen kommt zwar zum Zeitpunkt der Anerkennung noch keine Entschädigungsleistung in Betracht, vor dem Hintergrund, dass im Diagnosezeitpunkt indes nicht vorausgesagt werden kann, ob sich die Infektion doch noch symptomatisch entwickelt, kann es von Beschäftigten gleichwohl gewünscht sein, vorsorglich einen Arbeitsunfall bei dem Unfallversicherungsträger anzuzeigen, um entsprechend abgesichert zu sein. Zu dieser Problematik haben sich die Träger der Unfallversicherung bis zum Zeitpunkt der Bearbeitung noch nicht geäußert. Nach vorliegend vertretener Auffassung genügt bei SARS-CoV-2 bereits die Infektion als solche, um einen Gesundheitsschaden anzunehmen.

Eine auf der Infektion aufbauende COVID-19-Erkrankung muss im Zeitpunkt der

<sup>51</sup> BVerfG v. 07.11.1972 – 1 BvL 4/71, NJW 1973, S. 502 (503); Slizyk, Andreas, Handbuch Schmerzensgeld, 16. Auflage, 2019, Rn. 150; Preis/Temming, Individualarbeitsrecht (Fn. 11), S. 510/§ 52 Rn. 2421.

<sup>52</sup> BAG v. 28.11.2019 – 8 AZR 35/19, ArbRAktuell 2019, S. 612 (612); Stelljes, in: BeckOK SozR (Fn. 46), § 104 SGB VII Rn. 24.

<sup>53</sup> Sagan/Brockfeld, NZA-Beilage 2020, S. 17 (23).

<sup>54</sup> Rieke, COVuR 2020, S. 342 (342); Seiwerth/Witschen, NZA 2020, S. 825 (827).

Anerkennung nicht zwingend vorliegen. Angesichts der bestehenden medizinischen Unsicherheiten im Hinblick auf einen künftigen Krankheitsausbruch ist eine dichotomische Trennung im Zeitpunkt der Anerkennung zwischen den beiden Kategorien symptomatisch/asymptomatisch kaum möglich. Diese Einschätzung erscheint auch im Hinblick auf unvorhergesehene Spätschäden, welche auch unter „Long COVID“ bekannt sind, angemessen. Erste Studien<sup>55</sup> zeigen, dass es auch bei asymptomatischen SARS-CoV-2-Infektionen zu Langzeitfolgen kommen kann. Gleichwohl ist zu berücksichtigen, dass es sich hierbei um noch nicht hinreichend medizinisch gesicherte und gefestigte Erkenntnisse handelt. Demzufolge erscheint es für das Vorliegen des Gesundheitsschadens vorzugswürdig auf die Zeitspanne zwischen Diagnose, Anerkennung und möglicher Erkrankung abzustellen, in der noch nicht hinreichend vorhersehbar ist, ob sich die Infektion (weiterhin) asymptomatisch oder symptomatisch entwickelt. Folglich ist der Begriff des „Gesundheitsschadens“ nach hier vertretener Auffassung weit auszulegen. Diese Ansicht trägt auch dem Umstand Rechnung, dass § 8 Abs. 1 S. 1 SGB VII schon in einem frühen Stadium an den Begriff „des Gesundheitsschadens“ anknüpft.

Gegen diese weite zweckorientierte Auslegung des Gesundheitsschadens lässt sich einwenden, dass das BSG eine Berufskrankheit bei einer symptomlosen Borreliose-Infektion abgelehnt hat, weil eine Krankheit begrifflich Funktionsbeeinträchtigung verlange, sodass eine bloße symptomlose Abwehrreaktion mit der Entwicklung von Antikörpern nicht ausreiche.<sup>56</sup> Zwar spricht einiges dafür, dass diese Wertung grundsätzlich auch für den Gesundheitsschaden des Arbeitsunfalls gilt, insbesondere, weil der Schutzzweck der Unfallversicherung nur einen einheitlichen

Schadensbegriff erlaubt.<sup>57</sup> Gleichwohl verlangt der im Borreliose-Urteil verwendete Schadensbegriff keine absolute Geltung, sondern nur eine solche „im Regelfall“. Ausnahmen sind folglich *expressis verbis* möglich.<sup>58</sup> Gerade mit Blick auf die Ungewissheit, die SARS-CoV-2 auslöst, ist eine Abweichung von diesem Grundsatz nicht nur gerechtfertigt, sondern zwingend geboten, um eine Rechtsschutzverkürzung für die Versicherten zu verhindern. Während die Gefahren einer symptomlosen Borreliose-Infektion weitestgehend erforscht sind und durch das eigene Immunsystem meist erfolgreich abgewehrt werden können,<sup>59</sup> gibt es zu symptomlosen SARS-CoV-2-Infektionen bislang keine gesicherten medizinischen Prognosen und Erkenntnisse. Von der Einstufung einer symptomlosen COVID-19-Infektion als Gesundheitsschaden gem. § 8 Abs. 1, Abs. 2 SGB VII kann erst dann Abstand genommen werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass Versicherte keine Symptome mehr zu erwarten haben.

## 2. Unfallkausalität – Unfall bei oder infolge der versicherten Tätigkeit

Unfallkausalität kann bei einer SARS-CoV-2-Infektion nur dann bestehen, wenn sie bei oder infolge der versicherten Tätigkeit eingetreten ist, § 8 Abs. 1 SGB VII.

### a) Meinungsbild der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung

Die DGUV lehnt es – zumindest für alle Fälle in der ersten Phase der Pandemie (Januar bis 22. Juni 2020) – unter dem Schlagwort der Allgemeingefahr ab, für Schäden aufzukommen, die auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 am Arbeitsplatz zurückzuführen sind. In diesem Zeitraum könne auf Grundlage der Einstufung durch die WHO als Pandemie nicht mehr von einer Gefahr die Rede sein, die sich ausschließlich auf die Tätigkeit am Arbeitsplatz konkretisieren lässt,

<sup>55</sup> *MedRxiv*, Characterizing Long COVID in an international Cohort: 7 Months of Symptoms and Their Impact, <https://www.medrxiv.org/content/10.1101/2020.12.24.20248802.v2>; *Pharmazeutische Zeitung*, Neues zu den Spätfolgen der Corona-Infektion, <https://www.pharmazeutische-zeitung.de/neues-zu-den-spaetfolgen-der-corona-infektion-123042/>;

<sup>56</sup> *BSG*, v. 27.06.2017 – B 2 U 17/15 R, BeckRS 2017, S. 126214 (Rn. 23); *Ricke*, COVuR 2020, S. 342 (342).

<sup>57</sup> *Ricke*, COVuR 2020, S. 342 (342).

<sup>58</sup> Siehe Fn. 57.

<sup>59</sup> *BSG*, v. 27.06.2017 – B 2 U 17/15 R, BeckRS 2017, S. 126214 (Rn. 24).

vielmehr sei lediglich von einer unversicherten Allgemeingefahr auszugehen.<sup>60</sup>

Zum gegenwärtigen Zeitpunkt (ab 22. Juni 2020) soll es für die Beurteilung, ob ein Arbeitsunfall vorliegt, nicht länger darauf ankommen, dass die arbeitsplatzbedingte Infektionsgefahr das Ausmaß der Gefährdung, dem die Bevölkerung allgemein ausgesetzt ist, deutlich übersteigt, vielmehr sei auf einen örtlich relevanten Rückgang des Infektionsgeschehens und umgesetzte Schutzmaßnahmen abzustellen. Auf dieser Grundlage könne es sich dann um einen Arbeitsunfall handeln, wenn ein nachweislicher Kontakt mit einer Indexperson im Betrieb oder auf den Wegen von und zur Arbeit zu ermitteln sei. Kann dieser Nachweis nicht erbracht werden, reicht auch ein massives Infektionsgeschehen im Betrieb aus.<sup>61</sup>

#### b) Ablehnung der sog. Allgemeingefahr

Betrachtet man die Argumente der Unfallversicherung gegen eine Haftungersatzung, stößt man auf eine beachtliche Unschärfe in der Formulierung. Die Auskunft, die Allgemeingefahr bedinge den Ausschluss der Haftungersatzung, ist etwas unpräzise und streng genommen sogar falsch, denn die Redeweise impliziert, zu wissen, was die Allgemeingefahr sein soll: ein geläufiger Rechtsbegriff, ein absoluter Ausschlussgrund und zugleich ein unantastbarer Grundsatz des Arbeits- und Sozialrechts. Eine derartige Vorstellung ist unzutreffend, weder ist die Allgemeingefahr ausdrücklich im positiven Recht verfasst noch handelt es sich um einen geläufigen Rechtsbegriff.

Niedergeschrieben ist im positiven Recht hingegen ihr dogmatischer Ursprung: „Arbeitsunfall infolge oder bei Ausübung der versicherten Tätigkeit“, § 8 Abs. 1 S. 1 SGB VII.

#### aa) Dogmatischer Ursprung der Allgemeingefahr

Dogmatisch entspringt die Allgemeingefahr der Kausalitätsprüfung i. R. d. § 8 Abs. 1 SGB VII. Während auf der ersten Stufe anhand der naturwissenschaftlich-philosophischen Bedingungstheorie<sup>62</sup> festgestellt wird, ob zwischen der versicherten Tätigkeit und der SARS-CoV-2 Infektion ein sachlicher Zusammenhang besteht, erfolgt auf der zweiten Stufe eine normativ-wertende Prüfung des Ursachenzusammenhangs anhand der „Theorie der wesentlichen Bedingung“.<sup>63</sup> Danach wird beim Vorliegen mehrerer – versicherter und unversicherter – Ursachen diejenige ausgeschlossen, die nach den „Anschauungen des täglichen Lebens“ nicht die wesentliche Wirkursache war.<sup>64</sup> In diesem Kontext verkörpert die Allgemeingefahr eine vereinfachende Abkürzung von Ursachen, die bei wertender Betrachtung nicht in der Ausübung der versicherten Tätigkeit, sondern im alltäglichen Leben wurzeln, weil die Gefahr allen Menschen in einem Gebiet unabhängig von der versicherten Tätigkeit droht.<sup>65</sup> Durch das mehr oder weniger rein zufällige Zusammentreffen mit der versicherten Tätigkeit wird im Ergebnis eine Zurechnung des Schadens zur versicherten Tätigkeit nach Ansicht des Schrifttums ausgeschlossen.<sup>66</sup> Unter Allgemeingefahren sind danach insbesondere Naturkatastrophen, kriegerische

<sup>60</sup> *Ärztezeitung*, Covid-Infekt kann kein Arbeitsunfall sein, <https://www.aerztezeitung.de/Wirtschaft/Covid-Infekt-kann-kein-Arbeitsunfall-sein-408154.html>; *Seiwerth/Witschen*, NZA 2020, S. 825 (828).

<sup>61</sup> *DGUV*, Infektion mit SARS-CoV-2 kann auch Arbeitsunfall sein, [https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona\\_arbeit\\_sunfall/index.jsp](https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona_arbeit_sunfall/index.jsp).

<sup>62</sup> *Schmitt*, in: *Schmitt*, 4. Auflage, 2009, § 8 Rn. 105; *Holtstraeter*, in: *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann* (Fn. 43), § 8 SGB VII Rn. 76.

<sup>63</sup> *BSG* v. 17.12.2015 – B 2 U 8/14 R, NJOZ 2016, S. 1269 (1270); *Wietfeld*, in: *BeckOK SozR* (Fn. 46) § 8 SGB VII Rn. 112.

<sup>64</sup> *Wietfeld*, in: *BeckOK SozR* (Fn. 46), § 8 SGB VII Rn. 133; *Ricke*, COVuR 2020, S. 342 (344).

<sup>65</sup> *Schmitt*, in: *Schmitt* (Fn. 62), § 8 SGB VII Rn. 105; *Wietfeld*, in: *BeckOK SozR* (Fn. 46), § 8 SGB VII Rn. 133.

<sup>66</sup> *Holtstraeter*, in: *Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann* (Fn. 43), § 8 SGB VII Rn. 76.

Ereignissen und politische Unruhen zu verstehen.<sup>67</sup> Im Ergebnis bestreitet die DGUV somit, dass es sich bei der Ausübung der versicherten Tätigkeit um eine wesentliche Ursache für eine SARS-CoV-2-Infektion handeln kann, wenn sie Infektionen unabhängig vom Kausalverlauf der unversicherten Allgemeingefahr zuordnet.<sup>68</sup>

#### bb) Rechtsprechung

In der sozialgerichtlichen Judikatur lassen sich Fälle, die auf eine „Allgemeingefahr“ Bezug nehmen, nur schwer finden. In zwei Urteilen des BSG<sup>69</sup> wird eine nicht näher definierte „allgemein wirkende Gefahr“ zwar am Rande erwähnt, gleichwohl aber in beiden Sachverhalten abgelehnt. Sowohl die Kriegsgefahr<sup>70</sup> als auch die Gefahr, von einem Blitz<sup>71</sup> getroffen zu werden, stellen nach Ansicht des BSG keine „allgemein wirkende Gefahr“ dar.

In einer frühen Entscheidung des RVA<sup>72</sup> aus dem Jahr 1915, die zwar nicht explizit den Begriff der Allgemeingefahr, aber die Problematik dahinter genau titulierte, wurde ein Beschäftigter in Algerien bei einem außerberuflichen Kontakt in einem Endemiegebiet, in das der Versicherte zur Arbeit entsandt worden war, mit Malaria infiziert. Hier hat das RVA entschieden, dass die Erbringung der Arbeitsleistung den Beschäftigten sogar bei einer Infektion durch einen außerberuflichen Kontakt erst der Gefahr ausgesetzt habe.<sup>73</sup>

In einem aktuelleren Urteil aus dem Jahr 2010 hat das BVerwG<sup>74</sup> entschieden, dass ein Zeckenbiss, der zu einer Borreliose-Infektion führt, einen Dienstunfall darstellt, der als beamtenrechtliches Pendant zum

Arbeitsunfall gilt.<sup>75</sup> Eine Allgemeingefahr hat das BVerwG verneint, obwohl die Gefahr, von einer Zecke gebissen zu werden, grundsätzlich jedermann trifft.<sup>76</sup>

#### cc) Unbeachtlichkeit von hypothetischen Begebenheiten im SGB VII

Während die Rechtsprechung<sup>77</sup> nahelegt, dass allgemein wirkende Gefahren für die Anerkennung eines Arbeitsunfalls nicht entscheidend sind, bejaht insbesondere das Schrifttum<sup>78</sup> einen Ausschluss des Versicherungsschutzes durch sie. Eine rechtssichere Verständigung über den Sinngehalt und den Anwendungsbereich der Allgemeingefahr ist damit bis heute ausgeblieben. Das zweckmäßigste Diktum fußt bis heute auf Interpretamenten des RVA. Danach ist ein Arbeitsunfall stets anzuerkennen, sofern sich nicht nachweisen lässt, dass der Versicherte auch ohne die Betriebstätigkeit zur selben Zeit derselben Gefahr ausgesetzt gewesen wäre.<sup>79</sup> Dieser Auffassung ist uneingeschränkt zuzustimmen. Hypothetische Kausalverläufe sind im Unfallversicherungsrecht schlichtweg nicht angelegt. Der Versicherungsschutz hängt nach der hier vertretenen Auffassung von Risikolagen<sup>80</sup> ab, für deren adäquate Beurteilung Tatsachen und nicht Hypothesen entscheidend sind. Dies zeigt das folgende paradigmatische Beispiel: Ein Beschäftigter infiziert sich im Homeoffice (versicherte Tätigkeit) durch Kontakt mit Angehörigen seines privaten Haushaltes mit SARS-CoV-2. In dieser Situation erscheint es unbillig, dem Geschädigten Ersatzleistungen

<sup>67</sup> Ricke, in: KassKomm, 109. Ergänzungslieferung, 2020, § 8 SGB VII Rn. 46; Wiefeld, in: BeckOK SozR (Fn. 46), § 8 SGB VII Rn. 133; Seiwert/Witschen, NZA 2020, S. 825 (828).

<sup>68</sup> Seiwert/Witschen, NZA 2020, S. 825 (828).

<sup>69</sup> BSG v. 27.04.1972 – 2 RU 15/71, juris (Rn. 29); v. 27.10.1987 – 2 a RU 32/87, BeckRS 1987, S. 06175 (Rn. 5).

<sup>70</sup> BSG v. 27.04.1972 – 2 RU 15/71, juris (Rn. 29).

<sup>71</sup> BSG v. 27.10.1987 – 2 a RU 32/87, BeckRS 1987, S. 06175 (Rn. 5).

<sup>72</sup> LSG Bayern v. 2.12.1981 – L 2/U 129/79, AMBl BY, B 45; vgl. RVA v. 18.12.1915 – Ia 6044.12, EuM5, S. 171 (172 f.); Seiwert/Witschen, NZA 2020, S. 825 (829).

<sup>73</sup> Ricke, COVuR 2020, S. 342 (344).

<sup>74</sup> BVerwG v. 25.02.2010 – 2 C 81/08, NVwZ 2010, S. 708 (708).

<sup>75</sup> Vgl. Spellbrink, Wolfgang, Arbeitsunfall und Dienstunfall, NZS 2018, S. 529 (531).

<sup>76</sup> Seiwert/Witschen, NZA 2020, S. 825 (829).

<sup>77</sup> Siehe Fn. 69, 72, 74.

<sup>78</sup> Siehe Fn. 65, 66.

<sup>79</sup> Reichsversicherungsamt, Handbuch der Unfallversicherung, 3. Auflage, 1931, § 1 GUVG Anm. 31; Ricke, COVuR 2020, S. 342 (344).

<sup>80</sup> Vgl. Ricke, COVuR 2020, S. 342 (344).

der gesetzlichen Unfallversicherung zuzusprechen, weil der Beschäftigte der Gefahr unabhängig von seiner versicherten Tätigkeit unterliegt. Die private Risikoexposition ist mit der beruflichen identisch. Während diese Bewertung indes allein auf Tatsachen beruht, würde die Hypothese der Allgemeingefahr den rechtlichen Sachverhalt rhetorisch unklarer gestalten. Die Fiktion der Allgemeingefahr („Gefahr, die alle Personen in einem Gebiet gleich bedroht“) wäre für die Begründung des Versicherungsausschlusses eine sachfremde Erwägung, die Fehlschlüsse impliziert.

Auch die Einstufung der WHO von SARS-CoV-2 als pandemische Allgemeingefahr<sup>81</sup> ändert an dieser Bewertung nichts. Erkenntnisse der WHO haben weder präjudizierenden noch akzessorischen Charakter für das Unfallversicherungsrecht. Rechtsexterne Erkenntnisse, die keine Akzessorietät zum Gesetz aufweisen, können nicht über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Anspruchs entscheiden.

Im Übrigen verleihen auch Infektionszahlen der Allgemeingefahr kein rechtliches Gewicht. Zwar wird in der Literatur<sup>82</sup> vereinzelt vertreten, dass der Infektionsindex maßgebend für die Allgemeingefahr sein kann: Je größer der Infektionsindex, desto wahrscheinlicher ist SARS-CoV-2 eine Allgemeingefahr, je kleiner dagegen, desto eher handelt es sich um eine Gefahr, die spezifisch der versicherten Tätigkeit zuzuordnen ist. Der Index enthält indes keine Aussage darüber, wann sich eine allgemein wirkende Gefahr zu einer berufsspezifischen Gefahr entwickelt, deswegen kann auch der Infektionshäufigkeit weder ein inhaltlicher noch ein beweisheblicher Wert für die Risikoexposition zukommen. Während der Index möglichst allgemeingültig wiedergeben soll, wie groß der Anteil

der Bevölkerung ist, der sich auf einem bestimmten territorialen Gebiet mit SARS-CoV-2 ursachenautonom infiziert hat, ist für den Arbeitsunfall (§ 8 Abs. 1 SGB VII) gerade die Ursache nach der Theorie der wesentlichen Bedingung<sup>83</sup> entscheidend. Die Frage nach der pandemischen Infektionshäufigkeit wird somit aus einem völlig anderen Blickwinkel als diejenige nach einem Arbeitsunfall beantwortet und ist alleine deshalb als Maßstab ungeeignet. Ungeachtet dessen ist es bereits fraglich, ob die bisherige Häufigkeit von SARS-COV-2-Infektionen überhaupt genügt, um von einer „Allgemeingefahr“ sprechen zu können. Seit Beginn der Pandemie im Januar 2020 haben sich in Deutschland 1.337.078 Personen (Stand: 14.12.2020, 00:00 Uhr) nachweislich mit dem Coronavirus infiziert.<sup>84</sup> Bei einer Einwohnerzahl von 83.190.556 Millionen<sup>85</sup> (Stand: 30.09.2020) sind das demnach gerundet 1,61 % der Gesamtbevölkerung. Vor dem Hintergrund dieser Zahlen sind Zweifel an einer Allgemeingefahr durchaus angebracht.<sup>86</sup> Folglich ist für die Anerkennung eines Arbeitsunfalls nach wie vor maßgeblich, ob die Ausübung der versicherten Tätigkeit die wesentliche Wirkursache für die SARS-CoV-2-Infektion war, während die Einstufung durch die WHO als Pandemie, die Infektionshäufigkeit und auch der Umstand, dass die Gefahr grundsätzlich jedermann betrifft (sog. Allgemeingefahr), nicht relevant sind.

### c) Wesentlicher Zusammenhang zwischen einer SARS-CoV-2-Infektion und der versicherten Tätigkeit

Ein wesentlicher Zusammenhang ist bezugnehmend auf des Malaria-Urteil des RVA aus dem Jahre 1915<sup>87</sup> jedenfalls immer dann gegeben,

<sup>81</sup> RKI, Risikobewertung zu Covid-19, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronaviruss/Risikobewertung.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronaviruss/Risikobewertung.html).

<sup>82</sup> Siehe Fn. 80.

<sup>83</sup> Siehe Fn. 63.

<sup>84</sup> RKI, Fallzahlen in Deutschland, [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronaviruss/Situationsberichte/Dez\\_2020/2020-12-14-de.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronaviruss/Situationsberichte/Dez_2020/2020-12-14-de.pdf?__blob=publicationFile).

s/Situationsberichte/Dez\_2020/2020-12-14-de.pdf?\_\_blob=publicationFile.

<sup>85</sup> Statistisches Bundesamt, Bevölkerungsstand, <https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Bevoelkerungsstand/Tabellen/zensus-geschlecht-staatsangehoerigkeit-2020.html>.

<sup>86</sup> Vgl. Ricke, COVuR 2020, S. 342 (344).

<sup>87</sup> Vgl. Fn. 72.

wenn eine Person durch die versicherte Tätigkeit an einen Ort im In- oder Ausland entsandt wird, der signifikant von SARS-CoV-2 betroffen ist. In diesen Fällen wird der Arbeitnehmer der Gefahr im besonderen Maße ausgesetzt, sodass die Erbringung der versicherten Tätigkeit unter solchen Umständen auch bei einer Übertragung in der Freizeit immer eine wesentliche Ursache für eine SARS-CoV-2-Infektion abbildet. Weil für den Versicherungsschutz Risikolagen<sup>88</sup> und nicht geografische Sachverhalte maßgebend sind, kann für Betriebe und arbeitsbedingte Unterkünfte mit Ausbruchsgeschehen nichts Abweichendes gelten. In diesen Sachverhaltskonstellationen reicht es aus, dass der Beschäftigte bei einem Aufenthalt infiziert wurde, der kausal auf die versicherte Tätigkeit zurückzuführen ist.<sup>89</sup>

Doch wie sind SARS-CoV-2-Geschehen zu beurteilen, in denen es ganz ohne Auswärtstätigkeit zu einer arbeitsbedingten Übertragung kommt? Ausgangspunkt für die notwendige Risikoexposition ist das private und gesellschaftliche Leben, welches gegenwärtig durch „Social Distancing“ als effektivste Schutzmaßnahme vor SARS-CoV-2 geprägt wird.<sup>90</sup> Durch diese Vorgangsweise sollen soziale Kontakte auf ein Minimum reduziert werden, um die Wahrscheinlichkeit einer Übertragung wesentlich zu reduzieren.<sup>91</sup> Aus diesem Grund sollen Beschäftigte auf Empfehlung des RKI möglichst im Homeoffice arbeiten.<sup>92</sup> Verkäufer, Fabrikarbeiter und Paketboten sind nur ein Bruchteil der Menschen, für die

Homeoffice nicht zur Diskussion steht.<sup>93</sup> Der Kontakt mit oder auch an Menschen ist Teil ihrer Arbeitsleistung. Sie können „Social Distancing“ als Präventionsmaßnahme nicht einhalten, weil sich ihre versicherte Tätigkeit konträr zum coronabedingten Gesundheitsschutz verhält. Der Weg mit öffentlichen Verkehrsmitteln zum Ort der versicherten Tätigkeit, das Großraumbüro, die Kantine oder der Kundenkontakt sind von einer Vielzahl von Kontakten außerhalb des privaten Lebens geprägt, die das Risiko einer Virenübertragung signifikant erhöhen. Im Vergleich zu Personen, die ihren eigenen Hausstand nur für Besorgungen des täglichen Lebens verlassen und darüber hinaus soziale Kontakte meiden, sind Versicherte ganz besonders der Infektionsgefahr ausgesetzt. Kurzum: Die Ausübung der versicherten Tätigkeit treibt die Infektionsgefahr auf die Spitze. Daran ändert auch der Wandel von infektionsschutzrechtlichen Kontaktverboten und -beschränkungen zu Empfehlungen nichts. Solange Social Distancing weiterhin das gesellschaftliche Leben prägt, stellt der Arbeitsplatz für viele Beschäftigte den einzigen Ort des regelmäßigen Kontakts mit Personen außerhalb des eigenen Hausstandes dar. Folgerichtig ist die versicherte Tätigkeit als wesentliche Ursache für SARS-CoV-2-Infektionen anzusehen.<sup>94</sup>

Im Übrigen ist der Schutz auch auf den Aufenthalt in der Betriebskantine und den Weg von und zur Arbeit in öffentlichen Verkehrsmitteln oder im Rahmen von Fahrgemeinschaften auszudehnen<sup>95</sup>, weil der

<sup>88</sup> Siehe Fn. 86.

<sup>89</sup> Im Ergebnis zustimmend *Seiwerth/Witschen*, NZA 2020, S. 825 (829).

<sup>90</sup> *Die Zeit*, Social Distancing, <https://www.zeit.de/zustimmung?url=https%3A%2F%2Fwww.zeit.de%2Fthema%2Fsocial-distancing>.

<sup>91</sup> *Ärzteblatt*, Studie Social Distancing, <https://www.aerzteblatt.de/nachrichten/112007/Studie-Nur-dauerhaftes-Social-Distancing-bis-2022-koennte-2-Erkrankungswelle-verhindern>.

<sup>92</sup> *Bundesamt für Bevölkerungsschutz und Katastrophenhilfe*, Handlungsempfehlung für Unternehmen, [\[tiges/Handlungsempfehlungen\\\_Betreiber\\\_KRITIS.pdf?\\\_\\\_blob=publicationFile\]\(tiges/Handlungsempfehlungen\_Betreiber\_KRITIS.pdf?\_\_blob=publicationFile\).](https://www.bbk.bund.de/SharedDocs/Downloads/BBK/DE/Sons</a></p></div><div data-bbox=)

<sup>93</sup> Vgl. *Wirtschaftswoche*, Keine Chance auf Homeoffice, <https://www.wiwo.de/erfolg/trends/keine-chance-auf-homeoffice-von-denen-die-alles-am-laufen-halten/25675280.html>.

<sup>94</sup> Im Ergebnis zustimmend *Seiwerth/Witschen*, NZA 2020, S. 825 (831); *Ricke*, COVuR 2020, S. 342 (344).

<sup>95</sup> seit Ende 2020 erkennt die DGUV auch Infektionen auf dem Weg von/zur Arbeit und in eng begrenzten Ausnahmefällen auch in Kantinen an, vgl. [https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona\\_arbeit\\_sunfall/index.jsp](https://www.dguv.de/de/mediencenter/hintergrund/corona_arbeit_sunfall/index.jsp).

Versicherte auch dort einer besonderen Infektionsgefahr ausgesetzt wird.<sup>96</sup>

### 3. Nachweis

Die Anerkennung einer SARS-CoV-2-Infektion als Arbeitsunfall bedingt freilich zunächst den Nachweis ihres Eintritts. Dieser erfordert eine an Gewissheit grenzende Wahrscheinlichkeit, folglich den Vollbeweis.<sup>97</sup> Nach dem in § 20 Abs. 1 SGB X niedergelegten Untersuchungsgrundsatz ermittelt die Behörde den Sachverhalt, der für die Erbringung einer Sozialleistung entscheidend ist, von Amts wegen. Ergo muss der mit SARS-CoV-2 infizierte Arbeitnehmer nicht selbst aktiv werden, sondern nur bei der Ermittlung des Sachverhalts mitwirken, § 21 Abs. 2 SGB X, §§ 60 bis 67 SGB I.<sup>98</sup> SARS-CoV-2 als „unsichtbarer ubiquitärer Virus“ stellt die Träger der Gesetzlichen Unfallversicherung vor neue und größere Herausforderungen als ein herkömmlicher Arbeitsunfall, gleichwohl ist nach hier vertretener Ansicht der Nachweis, gegebenenfalls auch durch eine inzidenzspezifische und pandemiegerechte Absenkung des Beweismaßstabs, regelmäßig erbringbar.<sup>99</sup> In der ersten Phase der Pandemie (bis ca. September 2020) konnten Kontaktketten durch Rückverfolgung seitens der örtlichen Gesundheitsbehörden (Contact Tracing) nahezu lückenlos festgestellt und andere infizierende Kontakte ausgeschlossen werden. Das demonstriert auch eine Studie, die den SARS-CoV-2-Massenausbruch in Rheda-Wiedenbrück untersucht hat.<sup>100</sup> Bei 1413 Fällen waren in 90 % die

Arbeitsbedingungen, in 9 % der private Haushalt und bei 1 % sonstige Kontakte ursächlich. Mit solchen Studien oder der Rückverfolgung von Kontaktketten durch Mitarbeiter der Gesundheitsbehörden kann demnach nachgewiesen werden, ob die Infektion infolge oder bei Ausübung der versicherten Tätigkeit eingetreten ist. Gegebenenfalls müssen die Unfallversicherungsträger Sachverständige heranziehen, die das Infektionsgeschehen im Betrieb untersuchen und ein Gutachten erstellen.<sup>101</sup>

Doch auch dann, wenn der Vollbeweis nicht gelingen sollte, z. B. in Infektionshochphasen, in denen der Infektionsursprung nicht aufgeklärt werden kann<sup>102</sup> oder bei Berufsgruppen, deren Arbeitsleistung besonders durch Menschenkontakt geprägt ist, ist eine pandemiegerechte Lösung zu finden. Denkbar wäre entgegen dem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass die Beweislosigkeit unstreitig zulasten des Versicherten geht,<sup>103</sup> den Beweismaßstab für diese exponierten Berufsgruppen und für Beschäftigte, die während einem Infektionshoch erkranken, abzusenken. Dieses Vorgehen ließe sich de lege lata nur im Wege der Rechtsfortbildung rechtfertigen.

Dafür lässt sich anführen, dass SARS-CoV-2 den Unfallversicherungsschutz vor bislang unbekannte Herausforderungen stellt. Dem würde der Beweismaßstab des „Vollbeweises“ nicht gerecht, weil ansonsten einzelne Berufsgruppen (z. B. Verkäuferinnen), die durch die versicherte Tätigkeit einer Ubiquität von sozialen Kontakten ausgesetzt sind, benachteiligt werden, da sie den Beweis nicht erbringen können und insofern das

<sup>96</sup> Vgl. BSG v. 5.8.1993 – 2 RU 2/93, BeckRS 1993, S. 30745871 (II).

<sup>97</sup> BSG v. 2.4.2009 – B 2 U 29/07 R, BeckRS 2009, S. 66729 (Rn. 7); Ziegler, in: Becker/Franke/Molkentin, 5. Auflage, 2018, § 8 Rn. 21; Bultmann, in: MAH SozR, 5. Auflage, 2018, § 24 SGB VII Rn. 148.

<sup>98</sup> Bultmann, in: MAH SozR (Fn. 97), § 42 SGB VII Rn. 15; Weber, in: BeckOK SozR (Fn. 46), § 20 SGB X Rn. 7.

<sup>99</sup> A. A. Ricke, COVuR 2020, S. 342 (345); Seiwerth/Witschen, NZA 2020, S. 825 (828); Müller-Bonnani/Bertke, NJW 2020, S. 617 (619); Reifelsberger, COVuR 2020, S. 357 (363).

<sup>100</sup> Handelsblatt, Studie zum Fall Tönnies, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel->

[konsumgueter/fleischbranche-studie-zum-fall-toennies-ansteckung-auf-acht-meter-distanz/26032654.html?ticket=ST-5175546-5mexIPldwPc9nNOCWgSN-ap4](https://www.handelsblatt.com/unternehmen/handel-konsumgueter/fleischbranche-studie-zum-fall-toennies-ansteckung-auf-acht-meter-distanz/26032654.html?ticket=ST-5175546-5mexIPldwPc9nNOCWgSN-ap4).

<sup>101</sup> Vgl. BSG v. 13.11.2012 – B 2 U 19/11 R, NJW 2013, S. 3676 (3679); Spellbrink, Wolfgang, Gibt es eine neue BSG Rechtsprechung zur Kausalitätsprüfung in der Gesetzlichen Unfallversicherung?, SGB 2017, S. 1 (4); Bultmann, in: MAH SozR (Fn. 97), § 42 SGB VII Rn. 15.

<sup>102</sup> Tagesschau, Überlastete Gesundheitsämter: Kontrollverlust mit Ansage, <https://www.tagesschau.de/gesundheitsaemter-kontaktnachverfolgung-101.html>.

<sup>103</sup> Ricke, in: KassKomm (Fn. 67), § 8 SGB VII Rn. 263; Ziegler, in: Becker/Franke/Molkentin (Fn. 97), § 8 Rn. 31-35.

Unfallversicherungsrecht keine angemessene und billige Regelung bietet. Beweiserleichterungen sind auch für Beschäftigte, die sich während einer pandemischen Hochphase mit SARS-CoV-2 infizieren, zu befürworten. Vor dem Hintergrund, dass die deutschen Gesundheitsämter nach derzeitigem Stand der Technik die Kontaktverfolgung nur bis zu einer Sieben-Tage-Inzidenz von 50 Neuinfektionen auf 100.000 Einwohner bewältigen können<sup>104</sup>, würden diese Beschäftigte aufgrund eines von ihnen nicht zu vertretenden Umstands benachteiligt werden, weil sie den Nachweis schwerer erbringen können als diejenigen, die während einem Infektionstief erkranken.

Absenkungen des Beweismaßstabs sind dem SGB VII auch nicht unbekannt, vgl. BK Nr. 3101 BKV-Anlage. Dagegen spricht, dass es das BSG in einem Urteil<sup>105</sup> aus dem Jahr 2009 abgelehnt hat, die eben genannten Beweiserleichterungen (BK Nr. 3101 BKV-Anlage) auf infektiöse Arbeitsunfälle anzuwenden. Zur Begründung wurde angeführt, dass keine planwidrige Regelungslücke vorliegt, weil der Ordnungsgeber Infektionskrankheiten mit besonders erhöhter Gefährdungslage als Berufskrankheiten abschließend geregelt hat. Ob sich diese Ausführungen auf SARS-CoV-2 als unvorhergesehene globale Pandemie übertragen lassen, bleibt jedoch zu bezweifeln.<sup>106</sup> Jedenfalls für stark exponierte Berufsgruppen wäre es auch denkbar SARS-CoV-2 als Berufskrankheit einzustufen.<sup>107</sup> Bisher ist die Gruppe der Personen, bei denen SARS-CoV-2 als Berufskrankheit genannt wird, eng gefasst: Versicherte im Gesundheitsdienst, in der Wohlfahrtspflege oder in Laboratorien.<sup>108</sup> Abzuwarten bleibt, welche Fälle der neue Pandemiealltag hervorbringt und wie die Sozialgerichtsbarkeit sie zu bewältigen vermag.

Abschließend sei angemerkt, dass die Beweisfrage keine rechtlich-tatbestandliche, sondern lediglich eine tatsächliche Voraussetzung für die Anerkennung des Arbeitsunfalls darstellt,<sup>109</sup> was offenkundig der Ansicht der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung widerspricht (vgl. „SARS-CoV-2 kann bei Rückgang des Infektionsgeschehens und umgesetzten Schutzmaßnahmen ein Arbeitsunfall sein“).<sup>110</sup>

#### 4. Zivilrechtlicher Regress der gesetzlichen Unfallversicherung

Nach § 110 Abs. 1 S. 1 SGB VII kann der Sozialversicherungsträger den Arbeitgeber bis zur Höhe des zivilrechtlichen Schadensersatzes in Regress nehmen, wenn dieser den Arbeitsunfall grob fahrlässig verursacht hat, d. h., sofern eine unzureichende oder gar fehlende Umsetzung von Corona-Schutzmaßnahmen vorliegt. Diese Vermutung liegt insbesondere dann nahe, wenn der Arbeitgeber die C-ASR grob fahrlässig oder sogar vorsätzlich außer Acht lässt<sup>111</sup> und keine alternativen gleichwertigen Schutzmaßnahmen umsetzt, vgl. § 3a Abs. 1 S. 4 ArbStättV. Im Gegensatz zu § 104 SGB VII, der doppelten Vorsatz des Arbeitgebers verlangt,<sup>112</sup> legt § 110 Abs. 1 S. 3 SGB VII *expressis verbis* fest, dass sich das Verschulden des Arbeitgebers nur auf das Handeln beziehen muss, das den Arbeitsunfall verursacht hat.

#### 5. Reichweite der Haftungsprivilegierung

Abschließend können ein durch SARS-CoV-2 bedingter Arbeitsunfall und das damit untrennbar verbundene Haftungsprivileg gem. §§ 104 ff. SGB VII freilich nur dann

<sup>104</sup> Vgl. *Ärztezeitung*, Warum die eigentliche Corona-Kontaktverfolgung holpert, <https://www.aerztezeitung.de/Politik/Warum-die-einheitliche-Corona-Kontaktverfolgung-holpert-416538.html>.

<sup>105</sup> BSG v. 02.04.2009 – B 2 U 29/07 R, BeckRS 2009, S. 66729 (Rn. 7).

<sup>106</sup> A. A. *Seiwerth/Witschen*, NZA 2020, S. 825 (828).

<sup>107</sup> Im Ergebnis zustimmend *Schlegel*, *Rainer/Mießling*, *Miriam/Bockholdt*, *Frank*, COVID-19-Corona-Gesetzgebung-Gesundheit und Soziales, 2020, S. 2/Rn. 11.

<sup>108</sup> *DGUV*, COVID-19 als Berufskrankheit, [https://www.dguv.de/de/mediencenter/pm/pressemitteilung\\_394564.jsp](https://www.dguv.de/de/mediencenter/pm/pressemitteilung_394564.jsp).

<sup>109</sup> *Ricke*, COVuR 2020, S. 342 (345).

<sup>110</sup> Siehe Fn. 61.

<sup>111</sup> *Sagan/Brockfeld*, NZA-Beilage 2020, S. 17 (23).

<sup>112</sup> Siehe Fn. 52.

vorliegen, wenn das deutsche Sozialversicherungsrecht anwendbar ist, §§ 2, 9 SGB VII.

#### a) Ausgangspunkt

Liegt ein Arbeitsvertrag nach § 611a vor und wird die Beschäftigung dauerhaft in Deutschland ausgeübt, sind die Voraussetzungen des im deutschen Sozialrecht geltenden Beschäftigungsortprinzips gem. § 9 SGB IV regelmäßig erfüllt und der Arbeitgeber kommt in den Genuss des Haftungsprivilegs nach § 104 SGB VII. Im Leiharbeitsverhältnis wird die Haftung des Entleihers für Arbeitsunfälle des Leiharbeitnehmers in derselben Weise wie die Haftung des Verleihers und Stammarbeitgebers gem. § 104 Abs. 1 SGB VII, § 2 Abs. 2 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 SGB VII ausgeschlossen.<sup>113</sup> Infiziert sich der Leiharbeitnehmer im Unternehmen des Entleihers wegen unzureichender Schutz- und Hygienemaßnahmen mit COVID-19, so trifft der Vorwurf der groben Fahrlässigkeit bei der Herbeiführung des Versicherungsfalles gegebenenfalls den Leiharbeitgeber und dieser kann durch den Unfallversicherungsträger in Regress genommen werden.<sup>114</sup>

#### b) Arbeitnehmerentsendungen in der Europäischen Union

Welches Sozialversicherungsrecht Anwendung findet und auch welche Haftungsregelungen greifen, wenn Beschäftigte grenzüberschreitend tätig werden, ergibt sich aus Regelungen des über- und zwischenstaatlichen Rechts, d. h. aus den Vorschriften der EU-Verordnung, namentlich aus den Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und Nr. 987/2009

sowie dem nationalen Recht (EGBGB).<sup>115</sup> Nach Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 gelten das Sozialversicherungsrecht und diesbezügliche Rechtsvorschriften des Entsendestaates weiter, wenn die Arbeit bis zu einer Höchstdauer von 24 Monaten auf Weisung des Arbeitgebers und für dessen Rechnung ausgeübt wird.

Bei Entsendungen von deutschen Arbeitnehmern in das EU-/EWR/CH-Ausland orientiert sich die Haftungsbeschränkung des Arbeitgebers an Art. 85 Abs. 2 VO (EG) Nr. 883/2004. Danach ist für die Haftungsbeschränkung das Recht des Staates maßgebend, der für den Arbeitsunfall Leistung zu gewähren hat. Weil deutsche Beschäftigte, die vorübergehend in das EU-Ausland entsandt sind, weiterhin vom Geltungsbereich der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung erfasst werden (vgl. § 4 Abs. 1 SGB IV, Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004), ist der Arbeitgeber auch bei durch SARS-CoV-2 bedingten Arbeitsunfällen im Ausland haftungsprivilegiert.<sup>116</sup> Wird der Arbeitgeber entgegen dieser Regel im Ausland wegen eines durch SARS-CoV-2 bedingten Arbeitsunfalles in Haftung genommen und vom ausländischen Gericht zu Schadensersatz verurteilt, kann ein solches Urteil in Deutschland wegen Verstoßes gegen den *ordre public* nicht vollstreckt werden.<sup>117</sup>

Doch was gilt bei der Beschäftigung von EU-Ausländern in Deutschland? Man denke dabei etwa an die osteuropäischen Arbeiter in der Fleischwirtschaft. Nach Art. 12 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 bleiben auch sie bei einer vorübergehenden Entsendung dem Sozialversicherungssystem ihres Herkunftsstaates zugehörig und können Leistungen ihrer Unfallversicherung beanspruchen, sofern

<sup>113</sup> *BGH* v. 18.11.2014 – VI ZR 141/13, r+s 2015, S. 46 (Rn. 9 f.); v. 18.11.2014 – VI ZR 47/13, NJW 2015, S. 940 (940); *Wellner*, in: *Der Haftpflichtprozess*, 28. Auflage, 2020, Kap. 31 Rn. 81; *Lehmacher*, in: *Gesamtes Arbeitsrecht*, 2016, § 104 SGB VII Rn. 9.

<sup>114</sup> *BGH* v. 18.11.2014 – VI ZR 141/13, r+s 2015, S. 46 (49); *OLG Frankfurt* v. 4.04.2014 – 2 U 93/13, r+s 2014, S. 477 (478).

<sup>115</sup> *Müller, Theresa*, Gesetzlicher Unfallversicherungsschutz während einer vorübergehenden Beschäftigung im Ausland, *ARP* 2020, S. 161 (161).

<sup>116</sup> *Ricke*, in: *KassKomm* (Fn. 67), § 104 SGB VII Rn. 18 f.

<sup>117</sup> *BGH* v. 16.9.1993 – IX ZR 82/90, BeckRS 1993, S. 120828 (I Nr. 5a); *Ricke*, in: *KassKomm* (Fn. 67), § 104 SGB VII Rn. 18 f.; *Meeßen, Iris/Wilman, Nikola*, Tagung „Entsendung von Arbeitnehmern in der Europäischen Union – Probleme aus der sozialrechtlichen Praxis“, *NZS* 2010, S. 25 (27).

diese SARS-CoV-2 als Arbeitsunfall anerkennt. Vor dem Hintergrund, dass den Verordnungen (EG) Nr. 883/2004 und Nr. 987/2009 nur die Funktion zukommt, das Sozialversicherungsrecht zu koordinieren,<sup>118</sup> bestehen keine „einheitlichen Mindeststandards“.<sup>119</sup> Für weitere Haftungsfragen ist Art. 85 Abs. 2 VO (EG) Nr. 883/04 wegweisend. Die §§ 104 bis 106 SGB VII gelten nicht für Beschäftigte, die in ausländischen Sozialversicherungssystemen versichert sind und in Deutschland verunfallen. Ergo können alle in Deutschland mit SARS-CoV-2 infizierten Arbeitnehmer, die EU/EWR/CH-ausländischen Sozialversicherungssystemen ohne Haftungsprivilegierung unterfallen, ihre inländischen Arbeitgeber vor deutschen Zivil- und Arbeitsgerichten auf Schadensersatz verklagen. Diese können den entsandten Arbeitnehmern jedenfalls nicht das Haftungsprivileg der §§ 104 bis 106 SGB VII entgegenhalten.<sup>120</sup> Das erscheint insbesondere deshalb folgenswer, weil es in den EU/EWR/CH-Staaten unterschiedlich weit reichende Haftungsprivilegierungen gibt. Im Gegensatz zum Entstehungsjahr (2004) der Kollisionsnorm Art. 85 Abs. 2 VO (EG) Nr. 883/04 ist in einem Europa mit 27 Mitgliedstaaten das ehemalige Grundmodell des umfassenden Haftungsprivilegs zur Seltenheit geworden.<sup>121</sup>

### C. Fazit und Ausblick

Die obigen Ausführungen haben aus verschiedenen Blickwinkeln aufgezeigt, dass arbeitsbedingte SARS-CoV-2-Infektionen weitgehend als Arbeitsunfälle von der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung getragen werden müssen. Die Hypothese der Allgemeingefahr als Begründung für einen Versicherungsausschluss hält einer rechtlichen

Überprüfung nicht stand. Entgegen der ihr zugeordneten Funktion, ein Garant sozialer Sicherheit und eine unterstützende Hilfe für Arbeitgeber und Arbeitnehmer in der Pandemiebewältigung zu sein, übt sich die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung mehr darin, willkürliche Leistungshindernisse aufzustellen. Ohne transparente, beständige und praktikable Regularien der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung wird jedenfalls ein sinnvolles und risikoarmes „Ramp-up“ der Arbeitswelt nicht gelingen – insbesondere vor dem Hintergrund der gegenwärtig steigenden Infektionszahlen.

Den EuGH hat bisher noch keine Vorlagefrage zu der Vereinbarkeit von §§ 104 ff. SGB VII mit Art. 5 Abs. 1 der Arbeitsschutzrahmenrichtlinie 89/391/EGW von 1989 über die „Pflichten des Arbeitgebers“ erreicht.<sup>122</sup> Die Kommission ist 2007 im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 89/391 EWG zu einer schadensrechtlichen Garantiehaftung des Arbeitgebers und nicht nur zu einer umfassenden Verpflichtung, „für Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer zu sorgen“, gelangt.<sup>123</sup> Sie beanstandete eine britische Exkulpationsregel zugunsten des Arbeitgebers, die die Pflicht des Arbeitgebers, für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer in Bezug auf alle die Arbeit betreffenden Aspekte zu sorgen, darauf beschränkt hat, dies nur zu tun, „soweit dies in der Praxis vertretbar ist“. Dem EuGH zufolge verlangt die Richtlinie nicht, dass dem Arbeitgeber eine verschuldensunabhängige Haftung auferlegt wird. Entscheidend für das die Beschwerde abweisende Urteil war, dass die Kommission nicht dargetan hat, inwieweit die britische Exkulpationsregel die Wirkung von Art. 5 Abs. 1 89/391

<sup>118</sup> *Kohte*, in: FS Eichenhofer (Fn. 41), S. 314 (316); vgl. *Wallrabenstein*, in: Schlachter/Heinig, 2016, § 22, S. 867 ff.

<sup>119</sup> *Behrend, Nicola*, Soziale Rechte entsandter Arbeitnehmer aus den EU-Mitgliedstaaten, ZESAR 2012, S. 55 (56).

<sup>120</sup> Vgl. Fn. 40; *Diepenbrock* in Schüren/ Hamann, AÜG, 5. Auflage, 2018, Einl. Rn. 736-743/ S. 86 ff.; *Eichenhofer, Eberhard*, Haftungersersetzung durch Versicherungsschutz im

Binnenmarkt, IPRax 2003, S. 525 (526); *Meeßen/Wilmann*, NZS 2010, S. 25 (27).

<sup>121</sup> Siehe Fn. 120.

<sup>122</sup> Ablehnend zur Vorlagepflicht *LAG Köln v. 29.09.1994* – 6 SA 763/94, NZA 1995, S. 470 (470 f.).

<sup>123</sup> *EuGH v. 14.6.2007* – RS. C-127/05, BeckRS 2007, S. 70398 (Rn. 18 f.).

EWG beschränkt.<sup>124</sup> Ob das „Bismarck’sche Haftungsprinzip“ die Wirksamkeit des Arbeitsschutzes faktisch beschränkt, ist nicht Gegenstand der Arbeit und kann daher offengelassen

werden. Nach dem Sachverständigenausschuss des Europarates gehört Deutschland beim Arbeitsschutz zu den Schlusslichtern in Europa – das sollte Antwort genug sein.<sup>125</sup>

---

<sup>124</sup> Vgl. *Pabst, Bernhard*, *Arbeitsrecht: Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer/Arbeitgeberhaftung*, ZESAR 2007, S. 391 (394 f.).

<sup>125</sup> *Expertenforum Arbeitsrecht*, *Arbeitsschutz: Das eklatante Aufsichtsversagen des Staates*, <https://efarbeitsrecht.net/arbeitsschutz-aufsichtsversagen/>.