

FAQ – Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie (Stand 8. April 2020)

Am 11. März 2020 hat die Weltgesundheitsorganisation (WHO) den Ausbruch des Coronavirus als Pandemie eingestuft. Das wirtschaftliche Leben in Deutschland steht in großen Teilen still. Das Auswärtige Amt hat inzwischen eine weltweite Reisewarnung ausgesprochen und holt deutsche Reisende aus besonders betroffenen Gebieten zurück. In Deutschland haben die Länder Verordnungen und Allgemeinverfügungen erlassen, die Zusammenkünfte von Gruppen verbieten und die Schließung von Schulen und Kitas sowie von Ladengeschäften vorsehen.

In diesem Zusammenhang stellen sich arbeitsrechtliche Fragen, die wir anhand dieses FAQ-Papiers erörtern. Ziel ist es, die betrieblichen Abläufe dort wo es noch realisierbar ist, so weit wie möglich zu sichern und die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Die derzeitige Situation erfordert eine lösungsorientierte Kommunikation gegenüber den Beschäftigten, bei der sich die Zusammenarbeit mit Betriebsrat und Beschäftigten erneut bewähren kann.

Da die Corona-Pandemie eine besondere Situation darstellt, für die es an vergleichbaren Fällen fehlt, gilt es den jeweiligen Einzelfall genau zu betrachten und rechtlich zu würdigen. Das vorliegende FAQ-Papier kann daher eine rechtliche Beratung durch Ihren Arbeitgeberverband im Einzelfall nicht ersetzen.

Einen regelmäßig aktualisierten Überblick liefern wir Ihnen zudem mit unserem BDA-Leitfaden „Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie – Hinweise für die Praxis“ und mit dem Leitfaden „Anwendungsfragen des Infektionsschutzgesetzes“.

Inhalt

I. Begriffsbestimmung.....	S.2
II. Pflicht zur Arbeitsleistung.....	S.2
III. Mitteilungspflichten und Untersuchungsmöglichkeiten.....	S.4
IV. Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Betriebes.....	S.5
V. Vergütungsrisiko.....	S.8
VI. Behördliche Maßnahmen.....	S.9
VII. Kurzarbeitergeld.....	S.12

I. Begriffsbestimmung - Begründeter | konkreter Infektionsverdacht

Ein begründeter Verdacht liegt nach Angaben des Robert Koch Instituts (RKI) vor, wenn bei Personen mindestens eine der beiden folgenden Konstellationen vorliegt:

- Personen mit akuten respiratorischen Symptomen jeder Schwere oder unspezifischen Allgemeinsymptomen UND Kontakt mit einem bestätigten Fall von COVID-19
- Auftreten von zwei oder mehr Lungenentzündungen (Pneumonien) in einer medizinischen Einrichtung, einem Pflege- oder Altenheim, bei denen ein epidemischer Zusammenhang wahrscheinlich ist oder vermutet wird, auch ohne Vorliegen eines Erregernachweises.

Bei diesen Personen sollte (so das RKI) eine diagnostische Abklärung erfolgen. (Stand: 24. März 2020)

Diese Definition des RKI zieht den Kreis der begründeten Verdachtsfälle eng. Nach unserer Einschätzung lassen sich allein mit dieser Definition nicht alle in der betrieblichen Praxis auftretenden Fragestellungen zufriedenstellend lösen. Das Papier verwendet daher den Begriff des konkreten Infektionsverdachts wo dies möglich und sinnvoll ist. So kann es sich nach unserer Einschätzung auch dann um einen konkreten Verdachtsfall handeln, wenn ein Arbeitnehmer aus einem Risikogebiet (nach RKI) zurückkehrt und seine Arbeit im Betrieb wieder aufnehmen will. Auch der Kontakt zu einem bestätigten Fall von COVID-19 kann einen konkreten Infektionsverdacht begründen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Kontaktperson mit einem Infizierten in häuslicher Gemeinschaft lebt. In diesen Fällen sollte der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer dazu anhalten, (sofern möglich) seine Arbeitsleistung mobil von zuhause aus zu erbringen.

In Anbetracht der nunmehr weltweit ausgesprochenen Reisewarnung des Auswärtigen Amtes dürfte hingegen der bloße Aufenthalt in einem von der Reisewarnung umfassten Gebiet nicht ausreichen, um einen konkreten Infektionsverdacht zu begründen. Etwas anderes kann gelten, wenn aufgrund der konkreten Situation am Ort der Reise ein deutlich erhöhtes Ansteckungsrisiko besteht und die Wahrscheinlichkeit groß ist, dass der Arbeitnehmer engen Kontakt zu einer mit dem Coronavirus infizierten Person hatte. Auch das Vorliegen von akuten respiratorischen Symptomen kann in diesem Zusammenhang den konkreten Infektionsverdacht begründen.

Der Kontakt zu einer Kontaktperson wird noch nicht zur Annahme einer konkreten Infektionsgefahr ausreichen. Hierfür spricht auch die Empfehlung des RKI (Stand 31.3.), wonach Kontaktpersonen von Kontaktpersonen nicht in Quarantäne müssen und ebenso wenig Personen, die innerhalb der letzten zwei Wochen im gleichen Raum mit einem Erkrankten mit einer COVID-19 Diagnose waren, ohne einen engen Kontakt gehabt zu haben.

II. Mitteilungspflichten und Untersuchungsmöglichkeiten

1. Inwieweit besteht eine Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber im Pandemiefall?

Den Arbeitnehmer trifft eine arbeitsvertragliche Hinweispflicht, soweit er in engem Kontakt zu einer mit dem Coronavirus infizierten Person stand. In diesen Fällen ordnet das zuständige Gesundheitsamt grundsätzlich häusliche Quarantäne für die maximale Dauer der Inkubationszeit (14 Tage) an. Die Hinweispflicht des Arbeitnehmers besteht auch in dem Fall, in dem das zuständige Gesundheitsamt trotz Vorliegen der Voraussetzungen (noch) keine Maßnahmen ergriffen hat.

Das RKI empfiehlt zudem, dass Arbeitnehmer, die mit Menschen mit Vorerkrankungen arbeiten (Krankenhaus, Altenpflege etc.) in jedem Fall ihren Arbeitgeber informieren sollten, wenn sie sich beispielsweise in den letzten zwei Wochen nur im gleichen Raum mit einem COVID-19-Erkrankten aufgehalten haben und keinen engen Kontakt hatten.

2. Darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer fragen, ob er sich in den vergangenen Tagen in einem Risikogebiet aufgehalten hat?

Der Arbeitgeber ist berechtigt, aus einem privaten Auslandsaufenthalt zurückkehrende Arbeitnehmer daraufhin zu befragen, ob sie sich in einem Risikogebiet aufgehalten haben. Der Anspruch ist dabei regelmäßig auf eine Negativauskunft beschränkt. Der Arbeitnehmer ist regelmäßig nicht verpflichtet, Auskunft über den genauen Aufenthaltsort zu geben.

3. Bestehen Informationspflichten des Arbeitgebers über eine (potentielle) Infektion eines Arbeitnehmers gegenüber der Belegschaft?

Maßgeblich ist, ob der potentiell infizierte Mitarbeiter die Voraussetzungen eines begründeten/konkreten Infektionsverdachts (vgl. I „Begriffsbestimmungen“) erfüllt. Die daraus folgenden Vorsichtsmaßnahmen im Betrieb rechtfertigen neben der Freistellung des Mitarbeiters auch die Informationsweitergabe einer (potentiellen) Infektion eines Arbeitnehmers gegenüber der Belegschaft. So ist der Arbeitgeber dazu verpflichtet, aufzuklären, ob der (potentiell) mit dem Virus Infizierte in engem Kontakt zu anderen Mitarbeitern des Betriebes stand. Angesichts der damit einhergehenden Einschränkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung des (potentiell) Infizierten, sollte der Arbeitgeber die Informationsweitergabe allerdings auf einen möglichst engen Kreis potentieller Kontaktpersonen beschränken. Auch nach Mitteilung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit können personenbezogene Daten erhoben werden, um eine Ausbreitung des Virus in der Mitarbeiterschaft zu verhindern.

4. Darf der Arbeitgeber eine ärztliche Untersuchung von zurückkehrenden Arbeitnehmern oder Reihen – (Fieber-) Tests vor Betreten des Betriebsgeländes anordnen?

Der Arbeitgeber kann eine ärztliche Untersuchung anordnen, sofern er hieran ein berechtigtes Interesse hat. Ein solches Interesse muss das Selbstbestimmungsrecht und

die körperliche Unversehrtheit des Mitarbeiters 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 der Arbeitnehmer besonderen Ansteckungsrisiken ausgesetzt war und Erkältungssymptome zeigt. Maßgeblich ist insofern das Vorliegen eines begründeten/konkreten Infektionsverdachts (vgl. I. „Begriffsbestimmungen“).

Pauschale Anordnungen zur Durchführung von Fieber-Tests sind ebenfalls mit den Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmer sorgsam abzuwägen. So bedarf es auch hier grundsätzlich eines konkreten Anlasses in Form eines begründeten/konkreten Infektionsverdachts. Etwas anderes kann gelten, sobald die erste Infektion im jeweiligen Betrieb aufgetreten ist. Letztlich hängt die jeweilige Anordnung von allen maßgeblichen Umständen des Einzelfalles ab. Die Zulässigkeit der Anordnung zur Durchführung von Reihen- (Fieber-) Tests vor Betreten des Betriebsgeländes unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrates.

III. Erbringung der Arbeitsleistung

Ein Arbeitnehmer wird sich nur in Einzelfällen auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen können. Ein solches kann sich allenfalls daraus ergeben, dass der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht nicht in ausreichendem Maß nachkommt. So kann der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht bei erkennbaren Risiken für die Arbeitnehmer im Betrieb verpflichtet sein, mögliche Ansteckungen durch Aufklärungs- und Vorsichtsmaßnahmen zu verhindern. Ein Zurückbehaltungsrecht kann nur in Betracht kommen, wenn die Ausübung der ihm übertragenen Aufgaben für ihn eine Gefahr für Gesundheit oder Leben darstellt.

1. Darf ein Arbeitnehmer die Zusammenarbeit mit Kollegen, die aus Risikogebieten zurückkommen, verweigern?

Nach unserer Auffassung kommt ein Zurückbehaltungsrecht gemäß § 273 Abs. 1 BGB für in Deutschland tätige Arbeitnehmer allenfalls bei der Rückkehr eines Mitarbeiters aus einem Risikogebiet in Betracht. Dies gilt auch, wenn bei dem zurückkehrenden Mitarbeiter weitere Umstände, z.B. akute respiratorische Symptome hinzutreten und der Arbeitgeber keine Maßnahmen zum Schutz seiner Beschäftigten ergreift.

Auch wenn ein Arbeitnehmer engen Kontakt zu einer mit dem Coronavirus infizierten Person hatte und aus diesem Grund als Kontaktperson einzustufen ist, kann ein Zurückbehaltungsrecht für die anderen Arbeitnehmer in Betracht kommen.

2. Haben Beschäftigte einen Anspruch auf Homeoffice?

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer keinen Anspruch, seine Arbeitsleistung außerhalb der Betriebsstätte zu erbringen. Etwas anderes gilt, wenn sich ein solches Recht aus seinem Arbeitsvertrag oder z.B. einer Betriebsvereinbarung ergibt. In Einzelfällen kann auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die Zuweisung von Arbeit im Homeoffice notwendig machen. Dies kann z.B. gelten, wenn ein konkreter Infektionsverdacht vorliegt oder der

Arbeitnehmer zu einer Risikogruppe gehört und es durch die Tätigkeit zu einem erheblich gesteigerten Risiko einer Selbstinfektion kommen kann. Dabei wird es sich aber regelmäßig um Ausnahmefälle handeln.

3. Was gilt im Falle einer Kinderbetreuung in Folge Kita- oder Schulschließungen?

Hat der Mitarbeiter betreuungspflichtige Kinder im Alter von unter zwölf Jahren, kann eine Arbeitsverweigerung nach § 275 Abs. 3 BGB gerechtfertigt sein. Besteht keine anderweitige, zumutbare Betreuungsmöglichkeit, darf der Arbeitnehmer der Arbeit fernbleiben. Sofern die Arbeitsleistung von zu Hause erbracht werden kann („Homeoffice“), bleibt die Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung bestehen. Durch den neu eingeführten § 56 Abs. 1a Infektionsschutzgesetz (IfSG) hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1. März 2020 einen Entschädigungsanspruch für Verdienstausfälle aufgrund von Kinderbetreuung geschaffen, den wir im Folgenden erläutern werden (vgl. VI.4).

4. Was gilt in Bezug auf den Umgang mit importierter Ware?

Arbeitnehmern steht kein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs.1 BGB zu. Dem Bundesinstitut für Risikobewertung sind derzeit keine Fälle bekannt, bei denen nachgewiesen ist, dass sich Menschen auf anderem Weg, etwa über den Verzehr kontaminierter Lebensmittel oder durch Kontakt zu kontaminierten Gegenständen mit dem neuartigen Coronavirus infiziert haben. Auch für andere Coronaviren sind keine Berichte über Infektionen durch Lebensmittel oder den Kontakt mit trockenen Oberflächen bekannt (Aktualisierte Fragen und Antworten des BfR vom 30. März 2020).

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer auf dessen Wunsch unter Wegfall des Vergütungsanspruchs freistellen. Der Arbeitgeber ist bei dieser Entscheidung frei.

IV. Freistellungsrechte des Arbeitgebers | Pflicht zur Arbeitsleistung

Der Arbeitgeber kann den Arbeitnehmer einseitig freistellen, wenn das Suspendierungsinteresse das Interesse des Arbeitnehmers an einer vertragsgemäßen Beschäftigung überwiegt. So kann der Arbeitgeber im Hinblick auf die Einhaltung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften (§ 4 Nr.1 ArbSchG) und die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) berechtigt sein, die Freistellung zu erklären. Maßgeblich ist das Vorliegen eines begründeten/konkreten Infektionsverdachts (vgl. I. „Begriffsbestimmungen“). Vor einer einseitigen Freistellung des Arbeitnehmers ist anhand aller Umstände des Einzelfalles zu prüfen, ob ein begründeter/konkreter Infektionsverdacht vorliegt.

Folgende Fallkonstellationen kommen in Betracht:

1. Der Arbeitnehmer hatte Kontakt zu einer infizierten Person

Der enge Kontakt zu einer mit dem Coronavirus infizierten Person genügt nach unserer Auffassung zur Annahme eines konkreten Infektionsverdachts, insbesondere dann, wenn die Kontaktperson mit einem Infizierten in häuslicher Gemeinschaft lebt. Das Suspendie-

rungsinteresse des Arbeitgebers dürfte das Interesse des Arbeitnehmers an einer vertragsgemäßen Beschäftigung überwiegen, sodass der Arbeitgeber berechtigt ist, den Arbeitnehmer einseitig freizustellen.

2. Der Arbeitnehmer hatte Kontakt zu einer Kontaktperson

Der Kontakt zu einer Kontaktperson wird nicht zur Annahme eines begründeten/konkreten Infektionsverdachts ausreichen. In diesem Fall überwiegt das Interesse des Arbeitnehmers an einer vertragsgemäßen Beschäftigung und der Arbeitgeber ist nicht zur einseitigen Freistellung berechtigt.

3. Der Arbeitnehmer kehrt aus einem Risikogebiet zurück und zeigt keine Anzeichen für eine Infektion

Nach unserer Einschätzung ist der Arbeitgeber berechtigt, den Arbeitnehmer einseitig frei zu stellen. Der Aufenthalt in einem Risikogebiet des RKI genügt zur Begründung eines konkreten Infektionsverdachts genügt. Nach der Definition des RKI für einen begründeten Infektionsverdacht würde allein die Rückkehr aus einem Risikogebiet noch nicht für eine einseitige Freistellung genügen.

4. Der Arbeitnehmer kehrt aus einem Gebiet zurück, für das eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes existiert

Angesichts der weltweiten Reisewarnung wird in diesem Fall das Suspendierungsinteresse des Arbeitgebers das Interesse des Arbeitnehmers an einer vertragsgemäßen Beschäftigung noch nicht überwiegen. Ein begründeter/konkreter Infektionsverdacht kann allerdings bei Hinzutreten weiterer Umstände angenommen werden. So kann am Ort der Reise ein deutlich erhöhtes Ansteckungsrisiko bestehen. Auch das Vorliegen von akuten respiratorischen Symptomen kann in diesem Zusammenhang den konkreten Infektionsverdacht begründen.

5. Der Arbeitnehmer kehrt aus einem Risikogebiet zurück und zeigt Anzeichen für eine Infektion

In diesem Fall überwiegt das Suspendierungsinteresse des Arbeitgebers das Interesse des Arbeitnehmers an einer vertragsgemäßen Beschäftigung. Den Arbeitgeber trifft eine Schutzpflicht gegenüber den übrigen Beschäftigten im Betrieb, aus diesem Grund darf er den zurückkehrenden Arbeitnehmer, der Infektionsanzeichen zeigt, nicht beschäftigen und er kann ihn einseitig freistellen.

V. Maßnahmen zur Aufrechterhaltung des Betriebes

1. Kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmern Vorsichtsmaßnahmen auferlegen?

Der Arbeitgeber ist nach dem Arbeitsschutzgesetz verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die die

Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit gewährleisten und ihm möglich und zumutbar sind.

In diesem Zusammenhang kann der Arbeitgeber – ggf. unter Beteiligung des Betriebsrates (§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 7 BetrVG) – gegenüber den Beschäftigten Vorsichtsmaßnahmen anordnen. Hierzu zählen z. B. Tragen von Schutzkleidung, Verzicht auf Händeschütteln, die Einhaltung von Mindestabständen zwischen Personen, regelmäßiges Desinfizieren der Hände, Wechseln der Kleidung beim Betreten des Betriebs, etc.

Der Betriebsrat ist nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit dem Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs verpflichtet. Außerdem hat er nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 und 9 BetrVG darüber zu wachen, dass Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt und Maßnahmen des Arbeitsschutzes gefördert werden. Darüber hinaus bestimmt er nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 über den Gesundheitsschutz mit.

2. Kann der Arbeitgeber gesunden Arbeitnehmern Aufgaben von erkrankten Beschäftigten zuweisen?

Um den Betrieb aufrecht zu erhalten, können zumindest für kurze Zeit aufgrund der arbeitsvertraglichen Treuepflicht im Rahmen von Notfallmaßnahmen den gesunden Beschäftigten auch Tätigkeiten zugewiesen werden, die vom Vertragswortlaut nicht gedeckt sind. Im Einzelfall sind die Interessen der betroffenen Beschäftigten in die Interessenabwägung einzubeziehen. Ggf. ist der Betriebsrat gem. § 99 BetrVG (Versetzung/Umgruppierung) zu beteiligen.

In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich, eine Betriebs- oder einzelvertragliche Vereinbarung zu treffen, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern im Falle einer Pandemie auch solche Arbeiten zuweisen darf, die vertraglich nicht geschuldet sind. Insofern kann sein Weisungsrecht in örtlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht konkretisiert werden (Versetzungen, Überstunden, Vertretungsregeln).

3. Können Arbeitnehmer zu Überstunden herangezogen werden?

Grundsätzlich kann der Arbeitgeber Überstunden anordnen, sofern dies einzelvertraglich, in einer Betriebsvereinbarung oder tarifvertraglich vereinbart worden ist. Darüber hinaus ist der Arbeitgeber in besonderen Situationen, wie z. B. in Notfällen, berechtigt, Überstunden einseitig anzuordnen (BAG, Urteil vom 27.2.1981 – 2 AZR 1162/78). Aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht ist der Arbeitnehmer in diesen Situationen verpflichtet, Arbeiten auch über das arbeitsvertraglich Vereinbarte hinaus zu übernehmen.

Unter einer „Notlage“ versteht das BAG eine ungewöhnliche Gefährdung der Betriebsanlagen, der Waren oder der Arbeitsplätze. Darüber hinaus hat das BAG auch die Gefährdung der termingerechten Abwicklung eines Auftrags mit den o. g. Folgen als besondere Situation anerkannt. Der Anordnung des Arbeitgebers darf sich der Arbeitnehmer dann nicht verschließen, wenn der Verzug der Abwicklung vom Arbeitgeber nicht verschuldet ist und der Arbeitnehmer bisher Überstunden geleistet hat.

4. Sind Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz möglich?

In Betracht kommen insbesondere Abweichungen von den Vorschriften zur Arbeit am Sonntag, sowie die nicht nur kurzzeitige Abweichung von der wöchentlichen Höchst Arbeitszeit. Aus unserer Sicht dürfte dies angesichts der derzeitigen Situation zulässig sein, da ein außergewöhnlicher Fall nach § 14 Abs.1 ArbZG gegeben ist. Ein Pandemiefall ist regelmäßig eine unvorhergesehene Situation, die nicht vom Willen der Betroffenen abhängig ist und den Rahmen des Üblichen und Normalen überschreitet, ohne dass die Umstände voraussehbar gewesen sind. § 14 ArbZG hat keine Auswirkungen auf Folgen der betrieblichen Mitbestimmung. Soweit die Voraussetzungen der § 87 Abs. 1 Nr. 2, 3 BetrVG vorliegen, ist der Betriebsrat zu beteiligen.

Mit dem Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 ("Sozialschutz-Paket") hat der Gesetzgeber § 14 ArbZG um einen Absatz 4 ergänzt, durch den das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung in Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Gesundheit (BMG) in außergewöhnlichen Notfällen mit bundesweiten Auswirkungen, insbesondere in epidemischen Lagen von nationaler Tragweite, Abweichungen vom Arbeitszeitgesetz zuzulassen. Dies ist für Tätigkeiten möglich, die zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, des Gesundheitswesens und der pflegerischen Versorgung, der Daseinsvorsorge oder zur Versorgung der Bevölkerung mit existenziellen Gütern notwendig sind. Die Verordnungsermächtigung ist nach dem Gesetz bis zum 31. Dezember 2020 befristet.

Das BMAS hat am 6. April 2020 einen Referentenentwurf zu einer Verordnung zur Abweichung vom Arbeitszeitgesetz in Folge von Covid-19 vorgelegt. Der Entwurf sieht für die Versorgung der Bevölkerung und die öffentliche Ordnung wesentliche Tätigkeiten Abweichungsmöglichkeiten bei der täglichen und wöchentlichen Höchst Arbeitszeit, eine Möglichkeit zur Verkürzung der täglichen Ruhezeit von elf auf neun Stunden sowie Möglichkeiten für Sonn- und Feiertagsbeschäftigung vor. Die erfassten Tätigkeiten werden in der Verordnung ausdrücklich aufgezählt. Bei Auslegungsfragen kann die Aufsichtsbehörde feststellen, ob eine Beschäftigung nach dieser Verordnung zulässig ist. Die Verordnung ist zeitlich befristet und tritt am 31. Juli 2020 außer Kraft. Landesgesetzliche oder untergesetzliche Regelungen, die auf § 15 Abs. 2 Satz 2 ArbZG gestützt wurden, bleiben unberührt.

5. Kann der Arbeitgeber „Homeoffice“ anordnen?

Besteht im Betrieb eine Regelung zur mobilen Arbeit, kann der Arbeitgeber im Rahmen der bestehenden Regelungen seine Beschäftigten anweisen, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen. In Einzelfällen kann auch die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers die Zuweisung von Arbeit im Homeoffice notwendig machen, ohne dass eine entsprechende Regelung im Betrieb existiert. Dies kann z.B. gelten, wenn der Arbeitnehmer zu einer Risikogruppe gehört und es durch die Tätigkeit zu dem erheblich gesteigerten Risiko einer Selbstinfektion kommen kann. Dabei wird es sich aber regelmäßig um Ausnahmefälle handeln.

6. Was gilt im Hinblick auf mögliche Ausgangssperren und Beschränkungen der Bewegungsfreiheit?

Dies ist abhängig von der konkreten Ausgestaltung. So lange die Fahrt zur Arbeitsstelle nicht verboten ist, bleibt es regelmäßig in der Entscheidungshoheit des Arbeitgebers den Arbeitsplatz zu bestimmen. Dieser wird dabei – wie bisher schon – die Gesamtsituation würdigen und wo dies die Arbeitsabläufe zulassen, Homeoffice ermöglichen. Würde eine Regelung getroffen, die ein weitgehendes Ausgangsverbot erlässt, wäre der Entscheidungsspielraum stärker eingengt.

7. Kann der Arbeitgeber Zwangsurlaub anordnen?

Der Arbeitgeber darf bei Störungen der Betriebsabläufe nur begrenzt Urlaub einseitig anordnen. Insofern kommt es darauf an, dass kein Fall des vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisikos vorliegt. Demgegenüber kann bereits genehmigter Urlaub nur einvernehmlich verschoben werden.

8. Kann der Arbeitgeber Kurzarbeit anordnen?

Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit anordnen, sofern die Arbeitsleistung aufgrund tarif- oder arbeitsvertraglicher Regelung ausgesetzt werden kann. Dies kann auch in einer Betriebsvereinbarung geregelt werden, § 87 Abs.1 Nr. 3 BetrVG. In einem nächsten Schritt ist dann die Gewährung von Kurzarbeitergeld zu prüfen.

9. Wie kann die Betriebsratsarbeit sichergestellt werden?

Es empfiehlt sich, eine formlose Vereinbarung zwischen den Betriebsparteien zur vereinfachten Kommunikation zu treffen. Mitteilungen und Erklärungen können dann per E-Mail erfolgen und Sitzungen fernmündlich in Form von Video-Konferenzen abgehalten werden. Insofern kann die Wertung des § 41a Abs. 2 EBRG analog herangezogen werden. Etwas anderes gilt für den Austausch von Willenserklärungen, insbesondere zum Abschluss einer Betriebsvereinbarung. Hier müssen weiterhin Urkunden in physischer Form ausgetauscht werden.

Betriebsräte sollten über Maßnahmen, die ein erhöhtes Risiko im Betrieb bedeuten, beraten und ggf. auf diese verzichten. Dies gilt etwa für die Einberufung von Betriebsversammlungen oder für die Teilnahme an Betriebsrätekonferenzen. In diesem Zusammenhang ist seitens des Gesetzgebers zu erwägen, ob neben der Ermöglichung von virtuellen Betriebsratssitzungen auch elektronische Wahlen zugelassen werden können und ob Nach- oder Neuwahlen ausgesetzt werden können und Amtszeiten solange erforderlich automatisch weiterlaufen.

Bundesminister Hubertus Heil hat sich am 20. März 2020 in einer Ministererklärung dafür ausgesprochen, dass angesichts der derzeitigen Ausnahmesituation auch die Teilnahme an Präsenzsitzungen des Betriebsrats mittels Video- oder Telefonkonferenzen einschließlich online gestützter Anwendungen wie WebEx Meetings oder Skype zulässig ist. Dies gelte sowohl für die Zuschaltung einzelner Betriebsratsmitglieder als auch für eine virtuelle Betriebsratssitzung. In einer solchen Sitzung gefasste Beschlüsse sind

nach Auffassung des BMAS wirksam, die Teilnahme an der Sitzung soll per E-Mail bestätigt werden und es soll sichergestellt werden, dass unberechtigte Dritte nicht an der Sitzung teilnehmen.

VI. Vergütungsrisiko

1. Besteht ein Vergütungsanspruch, wenn es dem Arbeitnehmer in Folge der Einstellung des ÖPNV nicht möglich ist, den Betrieb zu erreichen?

Kann der Beschäftigte aufgrund von allgemein angeordneten Maßnahmen, etwa weil die öffentlichen Verkehrsmittel nicht fahren, seinen (unbelasteten) Arbeitsplatz nicht erreichen und somit seine Arbeitsleistung nicht erbringen, hat er grundsätzlich keinen gesetzlichen Anspruch auf Zahlung der vereinbarten Vergütung. Der Arbeitnehmer trägt das Risiko, dass er zum Betrieb als seinem Arbeitsort gelangt (sog. Wegerisiko).

2. Wie soll der Arbeitgeber mit Beschäftigten umgehen, die Kontakt zu einer infizierten Person hatten?

Der Arbeitgeber ist bei Vorliegen eines begründeten/konkreten Infektionsverdachts (vgl. I. „Begriffsbestimmungen“) berechtigt, einen Arbeitnehmer einseitig freizustellen. Hierzu zählt der enge Kontakt zu einer infizierten Person. Dem Arbeitnehmer ist die Erbringung seiner Arbeitsleistung unmöglich und der Arbeitgeber wird mangels Annahmeverzugs von seiner Vergütungspflicht frei. Die Vereinbarung von Homeoffice unter Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs ist auch in diesen Fällen – sofern die Art der Tätigkeit dies erlaubt – möglich.

Um dem Risiko des Annahmeverzugs zu entgehen, empfiehlt sich die Vereinbarung bzw. Anordnung von „Homeoffice“ und der Abbau von Arbeitszeitkonten. Darüber hinaus kann auch in Absprache mit dem Arbeitnehmer Urlaub gewährt werden.

3. Liegt ein Fall der persönlichen Verhinderung nach § 616 BGB vor, wenn ein Arbeitnehmer in Folge einer behördlichen Kita- / Schulschließung seiner Arbeitspflicht nicht nachkommt?

Bei der Schließung einer Kita oder Schule handelt es sich nicht um ein Leistungshindernis, das unmittelbar in der Person des Arbeitnehmers begründet liegt. Die Schließung betrifft vielmehr eine Vielzahl von Personen, um die weitere Ausbreitung des Corona-Virus zu verhindern. Es gibt jedoch abweichende Auffassungen im Schrifttum, die das anders sehen.

Jedenfalls sind alle Umstände des Einzelfalls maßgeblich. So ist z. B. auf das Alter des Kindes abzustellen. Schließlich nimmt der Bedarf für eine elterliche Pflege mit zunehmendem Alter ab und wird bei älteren Kindern nur noch bei schweren Erkrankungen zu bejahen sein. Es spricht einiges dafür, dass ein nicht betreutes – gesundes - Kind in die Obhut Dritter in Form einer selbst organisierten Pflege gegeben werden kann, sofern

eine solche Möglichkeit besteht. Insoweit hat der Arbeitnehmer zumindest die Obliegenheit, alles zu tun, seine Verhinderung möglichst kurz zu halten.

4. Was besagt die neue Entschädigungsregelung in § 56 Abs.1a IfSG?

§ 56 des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) wurde mit Wirkung ab dem 30. März 2020 um einen Absatz 1a ergänzt, der einen Entschädigungsanspruch für Verdienstauffälle bei behördlicher Schließung von Kitas und Schulen enthält. Dieser Entschädigungsanspruch erfasst auch laufende Schul- und Kitaschließungen, greift für diese allerdings erst ab dem Inkrafttreten ein– also ab dem 30. März. Die Regelung gilt befristet bis zum 31. Dezember 2020.

Die Entschädigung beträgt gemäß § 56 Abs. 2 Satz 4 IfSG 67 Prozent des Nettoeinkommens. Anspruchsberechtigt sind Eltern von Kindern bis zur Vollendung des zwölften Lebensjahres und behinderte Kinder, die Hilfe benötigen. Sie erhalten die Entschädigung für längstens sechs Wochen. Der Höchstbetrag für einen vollen Monat liegt bei 2.016,00 Euro. Voraussetzung ist, dass die Betroffenen keine anderweitige zumutbare Betreuung, zum Beispiel durch den anderen Elternteil oder die Notbetreuung in den Einrichtungen realisieren könnten. Keinen Anspruch auf Entschädigung besteht für Erwerbstätige in Zeiten der Kurzarbeit oder wenn die Betroffenen andere Möglichkeiten haben, der Tätigkeit vorübergehend bezahl fernzubleiben, zum Beispiel durch Abbau von Zeitguthaben. Zu beachten ist, dass die Regelung nicht für Zeiten gilt, in denen die Einrichtung wegen der Schulferien ohnehin geschlossen wäre.

Die Auszahlung der Entschädigung soll nach Angaben des Bundesarbeitsministeriums vom Arbeitgeber übernommen werden, der sich das Geld von der zuständigen Landesbehörde anschließend auf Antrag erstatten lassen kann. Folgt man dieser Auffassung, muss der Arbeitgeber mit der Auszahlung der Entschädigung für die Behörde in Vorleistung treten. Er trägt das Risiko nachzuweisen, dass eine zumutbare Betreuungsmöglichkeit für das Kind nicht besteht. Gelingt ihm der Nachweis nicht, hat der Arbeitgeber keinen Erstattungsanspruch gegenüber der zuständigen Behörde. Der Arbeitgeber erhält daher das Recht, Nachweis vom Arbeitnehmer zu verlangen, dass keine zumutbare Betreuungsmöglichkeit für das Kind besteht, ehe er für die zuständige Behörde in Vorleistung tritt.

VII. Behördliche Maßnahmen

1. Entfällt die Pflicht des Arbeitnehmers zur Erbringung seiner Arbeitsleistung während einer von der Behörde angeordneten Quarantäne?

Arbeitnehmer, die sich in Quarantäne befinden, sind grundsätzlich weiterhin zu Erbringung ihrer Arbeitsleistung verpflichtet, sofern ihnen dies von einem anderen Ort aus möglich ist. Muss der Mitarbeiter zwingend in den Betrieb kommen, z. B. weil er an Maschinen arbeitet, besteht hingegen keine Möglichkeit zur mobilen Arbeit.

2. Welche Ansprüche stehen Arbeitnehmern nach dem IfSG zu?

§ 56 Abs. 1 IfSG gewährt Arbeitnehmern, die aufgrund einer behördlichen Maßnahme einem Tätigkeitsverbot (Berufsverbot/Quarantäne) unterliegen und dadurch einen Verdienstausschlag erleiden, einen Entschädigungsanspruch.

Für die ersten sechs Wochen zahlt gemäß § 56 Abs. 5 IfSG der Arbeitgeber den Arbeitnehmern für die zuständige Behörde die Entschädigung in Höhe des Verdienstausschlags aus. Als Verdienstausschlag gilt nach § 56 Abs. 3 Satz 1 IfSG das Netto-Arbeitsentgelt. Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet. Auf Antrag ist dem Arbeitgeber ein Vorschuss in der voraussichtlichen Höhe des Erstattungsbetrages zu gewähren, § 56 Abs. 12 IfSG.

Dauert die behördliche Maßnahme länger als sechs Wochen, erhalten die Betroffenen vom Beginn der siebten Woche an eine Entschädigung in Höhe des Krankengeldes, das auch die gesetzliche Krankenkasse zahlen würde. In diesem Fall wird die Entschädigung von der zuständigen Behörde auf Antrag des Arbeitnehmers gewährt, § 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG.

3. Sind andere Lohnfortzahlungsansprüche des Arbeitnehmers im Verhältnis zum Entschädigungsanspruch (§ 56 IfSG) vorrangig?

Der von einem Tätigkeitsverbot oder einer Quarantäne Betroffene soll vor materieller Not geschützt werden. Nach dem BGH soll ein Verdienstausschlag nicht vorliegen, wenn der Arbeitnehmer für den fraglichen Zeitraum einen gesetzlichen oder vertraglichen Anspruch auf Lohnfortzahlung gegen seinen Arbeitgeber hat (BGH, Urt. v. 30. November 1978 - III ZR 43/77 in: NJW 1979, 422).

Der BGH hatte darüber zu entscheiden, ob die konkrete Infektionsgefahr des Betroffenen einen Fall der persönlichen Verhinderung im Sinne des § 616 BGB darstellen könne.

Es handelte sich um eine Einzelmaßnahme gegenüber einer einzelnen Person, die selbst erkrankt war, ohne allerdings Symptome zu zeigen. Im Pandemiefall erfolgen behördliche Maßnahmen hingegen in großer Zahl zur Verhinderung einer weiteren Ausbreitung des Virus. Es geht mithin um die Bekämpfung einer allgemeinen Gefahrenlage. Liegt eine allgemeine Gefahrenlage vor, kann jedoch von einer „persönlichen“ Verhinderung eines Einzelnen nicht mehr die Rede sein.

Das Nichtbestehen anderweitiger Ansprüche ist (negative) Tatbestandsvoraussetzung für den Entschädigungsanspruch. Zu beachten ist, dass § 616 BGB in vielen Tarifverträgen oder Arbeitsverträgen abbedungen oder auf bestimmte Fälle beschränkt wird. Wurde er abbedungen, besteht die Entschädigungsmöglichkeit. Hat ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohnfortzahlung nach § 616 BGB, so schließt dieser Anspruch einen Verdienstausschlag und damit den Entschädigungsanspruch aus.

4. Welche Ansprüche stehen Selbständigen nach dem IfSG zu?

Selbständigen, deren Betrieb oder Praxis während der Dauer eines Tätigkeitsverbots oder einer Quarantäne ruht, steht ebenfalls auf Antrag ein Entschädigungsanspruch zu. Dieser ergibt sich aus § 56 Abs. 3 Satz 4 IfSG. Nach § 56 Abs. 12 IfSG können auch Selbständige einen Vorschuss in der voraussichtlichen Höhe der Entschädigung beantragen.

Daneben haben Selbständige auch die Möglichkeit, Ersatz für die in dieser Zeit weiterlaufenden nicht gedeckten Betriebsausgaben in angemessenem Umfang zu beantragen, § 56 Abs. 4 Satz 2 IfSG. Den „angemessenen Umfang“ der Leistung bestimmt dabei die Behörde.

5. In welcher Höhe erfolgt die Entschädigung?

Die Entschädigungshöhe bemisst sich gemäß § 56 Abs. 2 Satz 1 IfSG nach dem Verdienstausschlag. Als Verdienstausschlag gilt gemäß § 56 Abs. 3 Satz 1 IfSG das Netto-Arbeitsentgelt. Nach § 56 Abs. 3 Satz 2 erhöht sich der Betrag um das Kurzarbeitergeld, auf das der Arbeitnehmer Anspruch hätte, wenn er nicht aufgrund der behördlichen Maßnahme an der Arbeitsleistung verhindert wäre.

Für Arbeitnehmer gilt: Die ersten sechs Wochen zahlt der Arbeitgeber für die zuständige Behörde die Entschädigung in Höhe des Netto-Arbeitsentgelts aus. Dauert die behördliche Maßnahme länger als sechs Wochen, erhalten die Betroffenen auf Antrag vom Beginn der siebten Woche an eine Entschädigung in Höhe des Krankengeldes, das auch die gesetzliche Krankenkasse zahlen würde. Das sind 70 Prozent des Bruttogehalts, aber nicht mehr als 90 Prozent des Nettogehalts. Zudem ist die Summe auf 109,38 Euro pro Tag gedeckelt (Stand 2020).

Für Selbständige gilt: Der Berechnung ist ein Zwölftel des Arbeitseinkommens (§ 15 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch) aus der entschädigungspflichtigen Tätigkeit zugrunde zu legen, § 56 Abs.3 Satz 4 IfSG. Insofern ist dem Antrag eine Bescheinigung des Finanzamtes über die Höhe des letzten beim Finanzamt nachgewiesenen Arbeitseinkommens beizufügen, § 56 Abs. 11 Satz 2 IfSG.

6. Besteht ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers, wenn eine ausländische Behörde eine Quarantäne anordnet und der Arbeitnehmer deshalb nicht mehr zum vereinbarten Termin aus dem Urlaub zurück an seinen Arbeitsplatz kommt?

Maßnahmen ausländischer Behörden, z.B. Quarantäne, unterfallen nicht dem IfSG. Eine Entschädigung gemäß § 56 IfSG ist in diesen Fällen ausgeschlossen. Die Anwendbarkeit ausländischer Vorschriften ist im Einzelfall zu prüfen.

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass § 670 BGB analog dem Arbeitnehmer einen Weiterzahlungsanspruch gewähren kann, wenn die Reise aus dienstlichen Gründen angeordnet wurde und die Rückkehr unmöglich geworden ist.

7. Werden Tage, die der Arbeitnehmer während seines Urlaubs in Quarantäne verbringt - ohne dabei arbeitsunfähig erkrankt zu sein - auf den Jahresurlaub angerechnet?

Ja. § 9 BurlG ist nur bei einer durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Arbeitsunfähigkeit unmittelbar anwendbar. Ein Arbeitnehmer, der sich in Quarantäne befindet, aber nicht arbeitsunfähig erkrankt ist, dürfte mangels planwidriger Regelungslücke keine analoge Anwendung des § 9 BUrlG rechtfertigen. Der Gesetzgeber macht mit dem eindeutigen Wortlaut des § 9 BUrlG klar, dass nur Urlaub und Krankheit einander ausschließen. Andere den Urlaubszweck gefährdende Ereignisse sind insoweit unerheblich und Teil des allgemeinen Lebensrisikos.

8. Haben Arbeitnehmer im Falle einer behördlich angeordneten Betriebsschließung einen Vergütungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber?

Nach unserer Einschätzung können Arbeitnehmer ihren Vergütungsanspruch nicht auf das vom Arbeitgeber zu tragende Betriebsrisiko nach § 615 Satz 3 BGB stützen. Pandemiebedingte Betriebsschließungen bezwecken die Verhinderung einer weiteren Ausbreitung des Virus. Sie erfolgen daher zur Bekämpfung einer allgemeinen Gefahrenlage, die aus unserer Sicht nicht zum Betriebsrisiko zählt. Eine pandemiebedingte behördliche Betriebsschließung ist kein die üblichen Folgen der Betriebsrisikolehre auslösendes Ereignis im Sinn von § 615 S.3 BGB. Ob eine Betriebsschließung dem vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko unterfällt, hängt im Ergebnis davon ab, auf welche Ursache die Betriebsschließung zurückzuführen ist. Zumindest wenn eine Mehrheit von Betrieben durch behördliche Anordnung wegen einer Pandemie geschlossen wird, verwirklicht sich nicht das Betriebsrisiko im Sinne von § 615 S. 3 BGB. Vielmehr handelt es sich um eine allgemeine Notlage, für die eine auf den betrieblichen Einzelfall zielende spezifische Betriebsrisiken erfassende Risikoverteilung zwischen Unternehmen und Arbeitnehmer nicht angewendet werden kann. Kommt es zu einer pandemiebedingten behördlichen Schließung des Betriebs, so geschieht dies zur Verhinderung einer weiteren Ausbreitung des Virus und damit zur Bekämpfung einer allgemeinen Gefahrenlage, die nicht mehr dem Betriebsrisiko zugeordnet werden kann. So sollen allgemeine Gefahrenlagen wie Kriege, Unruhen und Terroranschläge nicht zum Betriebsrisiko gehören. Zum Teil werden dazu auch Epidemien gezählt (so Krause in HWK, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Auflage 2018, § 615 BGB, Rn. 116).

9. Greift der Entschädigungsanspruch auch bei behördlich angeordneten Betriebsschließungen?

Einem Unternehmen, das einer behördlichen Betriebsschließung unterliegt, steht kein Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG zu.

VIII. Kurzarbeitergeld

1. Besteht ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld?

Grundsätzlich kann ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld infolge eines Arbeitsausfalls aufgrund des Coronavirus bestehen. Voraussetzung zur Gewährung von Kurzarbeitergeld ist insbesondere der erhebliche Arbeitsausfall mit Entgeltausfall i.S.v. § 96 Abs.1 Nr.4 SGB III. Zudem muss der Betrieb alles Mögliche tun, um die Kurzarbeit zu vermeiden. Dies vorausgesetzt, stellt ein Zulieferausfall aufgrund des Virus aber jedenfalls ein unabwendbares Ereignis i.S.v. § 96 Abs.1 Nr.1 SGB III dar.

Der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer müssen im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht alles getan haben, um den Arbeitsausfall zu vermeiden. Dazu gehört z.B. die Gewährung von Urlaub und das Nutzen von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen. Davon umfasst ist, dass auch die Einstellung von „Minusstunden“ verlangt werden kann, sofern diese tarifvertraglich, aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder einer arbeitsvertraglichen Regelung durch den Arbeitgeber angeordnet werden können.

Weiter müssen die persönlichen und betrieblichen Mindestanforderungen erfüllt sein.

Zur Beantragung des Kurzarbeitergeldes zeigt der Arbeitgeber im Bedarfsfall den anstehenden Arbeitsausfall bei der örtlich zuständigen Agentur für Arbeit an. Nähere Informationen über das Verfahren, Vordrucke und Videoanleitungen sind auf der Seite <https://www.arbeitsagentur.de/corona-virus-aktuelle-informationen> zu finden.

Darüber hinaus stehen die Agenturen für Anfragen und Beratungen zur Verfügung.

Die Nummer der Servicehotline für Arbeitgeber lautet 0800 45555 20.

2. Welche Neuregelungen wurden im Zusammenhang mit dem Kurzarbeitergeld auf den Weg gebracht?

Bundestag und Bundesrat haben am 13. März 2020 das Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld beschlossen, das rückwirkend zum 01. März 2020 gelten soll. Mit dem Gesetz wurde eine Verordnungsermächtigung geschaffen, die es ermöglicht, durch Rechtsverordnungen den Zugang zum Kurzarbeitergeld zu erleichtern. Die Bundesregierung plant, entsprechende Rechtsverordnungen zeitnah zu beschließen.

So kann das Quorum der im Betrieb Beschäftigten, die von einem Arbeitsausfall betroffen sind, von einem Drittel auf 10 % herabgesenkt werden. Es kann teilweise oder vollständig darauf verzichtet werden, dass die Arbeitnehmer ein negatives Arbeitszeitsaldo aufbauen müssen. Auch Leiharbeiter können die Möglichkeit des Kurzarbeitergeldbezuges erhalten. Den Arbeitgebern können die von ihnen zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge für die durch Kurzarbeit ausgefallenen Stunden im vollen Umfang erstattet werden.