

COVID-19 – ARBEITSRECHTLICHE FRAGEN

Die COVID-19-Pandemie stellt Arbeitgeber vor eine Vielzahl von praktischen und rechtlichen Herausforderungen im Umgang mit Arbeitnehmern. Leitlinien in der Rechtsprechung, die den Fall einer Pandemie betreffen, stehen nur in beschränktem Umfang zur Verfügung. Es werden zunehmend neue Gesetzgebungsvorhaben auf den Weg gebracht und Informationen des Bundesarbeitsministeriums bereitgestellt; einstweilen muss sich die (betriebliche) Praxis jedoch mit der Anwendung allgemeiner Grundsätze behelfen und hierüber Lösungen entwickeln. In diesem Client Briefing möchten wir einen Überblick über die arbeitsrechtlichen Themen geben, die wir derzeit bei zahlreichen Unternehmen diskutiert sehen.

Wir sehen in Personal- und Rechtsabteilungen derzeit COVID-19-bedingt einen extremen Arbeitsanfall. Um dem Rechnung zu tragen, ist dieses Briefing nicht wie sonstige Briefings aufgebaut, sondern soll Ihnen ermöglichen, direkt zu dem Thema zu springen, für das Sie inhaltlich derzeit zuständig sind.

Key issues

- Für den Pandemie-Fall stehen bislang nur wenige Leitlinien aus der Rechtsprechung zur Verfügung
- Lösungen müssen aus den allgemeinen Grundsätzen abgeleitet werden
- Dieses Briefing gibt einen Überblick über deren Anwendung auf die derzeit häufig diskutierten Fragen und bezieht die neuesten Verlautbarungen des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales ein

INHALTSVERZEICHNIS

HAT DER ARBEITGEBER EINE PFLICHT ZU AUFKLÄRUNG? INWIEWEIT SIND SCHUTZMASSNAHMEN ZU ERGREIFEN?	2
WANN MUSS DER ARBEITGEBER DAS ENTGELT FORTZAHLEN?	3
Erkrankung des Arbeitnehmers	3
Betreuung von Kindern durch gesunde Arbeitnehmer	4
Arbeitnehmer mit behördlichem Tätigkeitsverbot / in behördlich angeordneter Quarantäne	7
Arbeitnehmer in empfohlener Quarantäne	8
Gesunde Arbeitnehmer, die aus Angst vor Ansteckung zu Hause bleiben	9
WAS GILT BEI NICHTERREICHBARKEIT DES ARBEITSPLATZES?	10
WELCHE MASSNAHMEN ZUR ABMILDERUNG DES WIRTSCHAFTLICHEN RISIKOS KANN DER ARBEITGEBER ERGREIFEN?	10
Grundsatz	10
Möglichkeiten zur Abmilderung	10
WELCHE WEITEREN MASSNAHMEN KANN DER ARBEITGEBER ERGREIFEN?	12

Anordnung von Überstunden	12
Freistellung von Arbeitnehmern	12
Aufrechterhaltung der Grundversorgung	12
WIE KANN DIE BESCHLUSSFÄHIGKEIT DES BETRIEBSRATS ERHALTEN WERDEN?	13

HAT DER ARBEITGEBER EINE PFLICHT ZU AUFKLÄRUNG? INWIEWEIT SIND SCHUTZMASSNAHMEN ZU ERGREIFEN?

Den Arbeitgeber trifft eine allgemeine Fürsorgepflicht gegenüber dem Arbeitnehmer. Dies kann auch erfordern, dass der Arbeitgeber Arbeitnehmer auf mögliche Gesundheitsrisiken hinweist und über notwendige Hygienemaßnahme informiert (z. B. im Intranet oder durch Aushang in den Betriebsräumen).

Zudem sollte der Arbeitgeber präventive Maßnahmen ergreifen wie z. B. das Bereitstellen von Desinfektionsmitteln.

Merkblätter und weitere Hintergründe zur Information der Arbeitnehmer können beispielsweise über die Internetseiten der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung und des Robert Koch Instituts bezogen werden. Diese empfehlen ebenfalls einen Pandemieplan aufzustellen, der u.a. Hygiene-Regeln, Verhaltensregelungen, Fragen zur Besetzung der kritischen Funktionen, innerbetrieblicher Prozess bei infektiösen Erkrankungen der Belegschaft enthält.

Abhängig von der Branche des Arbeitgebers und der Ausgestaltung des konkreten Arbeitsplatzes kann der Arbeitgeber darüber hinaus zu weitergehenden Schutzmaßnahmen gegenüber Arbeitnehmern verpflichtet sein, wie beispielsweise Schutzbekleidung in sensiblen Bereichen. Anderenfalls riskiert der Arbeitgeber, dass der Arbeitnehmer die Erbringung seiner Arbeitsleistung verweigern kann, etwa wenn das Tragen von Schutzkleidung öffentlich-rechtlich vorgeschrieben ist.

Bei der Umsetzung der Schutzmaßnahmen ist das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu wahren (vgl. z. B. § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 Betriebsverfassungsgesetz – "**BetrVG**"; zur Beschlussfassung des Betriebsrats während der COVID-19-Krise siehe unten "**WIE KANN DIE BESCHLUSSFÄHIGKEIT DES BETRIEBSRATS ERHALTEN WERDEN?**"). Anderes kann nur dann gelten, wenn die Schutzmaßnahmen auf zwingenden öffentlich-rechtlichen Vorgaben beruhen.

Zu umfangreichen Schutzmaßnahmen kann der Arbeitgeber in Bezug auf Personengruppen verpflichtet sein, für die ein höheres Risiko eines schweren Krankheitsverlaufs im Fall einer Infektion mit COVID-19 besteht. Nach den bisherigen Erkenntnissen des Robert Koch Instituts sind das insbesondere ältere Menschen, Menschen mit Grunderkrankungen (z. B. Herz-Kreislauf-erkrankungen, Diabetes, Erkrankungen des Atmungssystems und Krebserkrankungen) sowie Patienten mit unterdrücktem Immunsystem (z. B. aufgrund einer Immunschwäche oder wegen Einnahme von Medikamenten, die die Immunabwehr unterdrücken). Hier kann im Einzelfall beispielsweise die räumliche Trennung von anderen Arbeitnehmern, um etwaige Kontakte im Betrieb weitestgehend zu reduzieren, oder auch die Vereinbarung der Tätigkeit im Home Office erforderlich sein.

Abhängig von dem weiteren Verlauf der COVID-19-Pandemie und neueren (medizinischen) Erkenntnissen beispielsweise zu Übertragungswegen können künftig möglicherweise zusätzliche Maßnahmen im Rahmen der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers geboten sein (mehrfach tägliche Flächendesinfektionen, Bereitstellung von Schutzkleidung). Im Extremfall kann (jedenfalls außerhalb des Bereichs der Grundversorgung) auch die (teilweise) Schließung des Betriebs in Betracht kommen, wenn ansonsten keine Möglichkeit besteht, die Gefährdung der Arbeitnehmer vor einer Ansteckung (z. B. durch notwendige Isolierungsabstände etc.) signifikant zu reduzieren. An die Annahme solch weitgehender Arbeitgeberpflichten wird man hohe Anforderungen zu stellen haben.

WANN MUSS DER ARBEITGEBER DAS ENTGELT FORTZAHLTEN?

Erkrankung des Arbeitnehmers

Auch in der COVID-19-Krise gelten die allgemeinen Grundsätze des Entgeltfortzahlungsgesetzes ("**EFZG**"). Ist der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt, erhält er gemäß § 3 Abs. 1 EFZG eine Entgeltfortzahlung für die Dauer von bis zu sechs Wochen. Weitergehende Ansprüche des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber können sich aus betrieblichen oder arbeitsvertraglichen Regelungen ergeben (beispielsweise eine Verlängerung der Dauer der Entgeltfortzahlung bei Führungskräften).

Schwierig zu beurteilende Fragen können sich stellen, wenn der Arbeitnehmer das Risiko der Infektion mit COVID-19 durch eigenes Verhalten erhöht hat, beispielsweise an einer Skiausfahrt in einem Risikogebiet teilgenommen hat. Im Einzelfall kann hier aus unserer Sicht eine Pflicht zur Entgeltfortzahlung wegen "Eigenverschuldens" des Arbeitnehmers ausgeschlossen sein.

Der Arbeitnehmer bleibt auch während der COVID-19-Krise nach allgemeinen Grundsätzen zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verpflichtet, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage dauert. Auch abweichende Regelungen (etwa eine arbeitsvertragliche Regelung, dass der Arbeitnehmer bereits am ersten Tag zur Vorlage der Bescheinigung verpflichtet ist) bleiben nach wie vor in Kraft.

Während der COVID-19-Krise gelten jedoch folgende Ausnahmen:

Ist dem Arbeitnehmer im Einzelfall eine rechtzeitige Vorlage nicht möglich (z. B. aufgrund einer Überlastung der Arztpraxen aufgrund einer Vielzahl von COVID-19-Patienten), soll nach Auffassung des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales ("**BMAS**") eine kurzzeitige Verspätung angesichts der aktuellen Überlastungen des Gesundheitssystems entschuldbar sein. Die Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung muss jedoch unverzüglich nachgeholt werden. Einzelheiten können auf der Homepage des BMAS eingesehen werden:

<https://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2020/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html> (Stand: 23. März 2020).

Nach einer Entscheidung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und des GKV-Spitzenverbands dürfen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für Erkrankungen der oberen Atemwege derzeit für eine Dauer von bis zu sieben Tagen – zunächst auf vier Wochen befristet – zudem auch nach telefonischer Anamnese ausgestellt werden.

Praxistipp:

- Mitarbeitern sollte direkt zu Beginn einer Aufnahme von Home Office klar kommuniziert werden, dass für die Krankmeldung oder Meldung sonstiger Abwesenheiten in Home Office dieselben Regeln gelten, wie bei Erbringung der Arbeitsleistung im Betrieb.
- Es muss geprüft werden, ob existierende Betriebsvereinbarungen zu Home Office angepasst werden müssen.

Betreuung von Kindern durch gesunde Arbeitnehmer

Die COVID-19-Krise und die in vielen Unternehmen und Betrieben bereits flächendeckend eingeführte Verlagerung der Arbeitstätigkeit in das Home Office stellt die Arbeitnehmer vor besondere Herausforderungen im Zusammenhang mit der Betreuung der im Haushalt lebenden Kinder. Zwar gilt auch während der COVID-19-Krise, dass Arbeitnehmer für eine entsprechende Organisation der Kinderbetreuung zu sorgen haben, um die Arbeitspflicht gegenüber dem Arbeitgeber erfüllen zu können. Dennoch möchten wir zwei Fallgestaltungen vorstellen, die während der COVID-19-Krise besonderer Aufmerksamkeit bedürfen:

Entgeltfortzahlung auch bei der Betreuung erkrankter Kinder?

Abhängig vom jeweiligen Versicherungsstatus des Arbeitnehmers (gesetzlich oder privat) kann sich ein Anspruch aus "Entgeltfortzahlung" entweder gegen den Arbeitgeber aus § 616 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch ("**BGB**") oder gegen die gesetzliche Krankenkasse aufgrund der sozialversicherungsrechtlichen Sonderregelung in § 45 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch ("**SGB V**") ergeben. Der Anspruch des Arbeitnehmers aus § 616 Satz 1 BGB geht dem Krankenkindergeldanspruch aus § 45 SGB V dabei vor: Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Kinderkrankengeld gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse besteht nicht, wenn der Arbeitnehmer bereits einen Anspruch auf bezahlte Freistellung gegenüber dem Arbeitgeber gemäß § 616 Satz 1 BGB hat.

Der Anspruch aus § 616 Satz 1 BGB kann durch Tarifvertrag oder Arbeitsvertrag abbedungen werden, so dass zunächst zu prüfen ist, ob eine entsprechende Regelung getroffen ist. Soweit § 616 Satz 1 BGB ausgeschlossen ist, kann ein gesetzlich krankenversicherter Arbeitnehmer gegenüber der Krankenkasse einen Anspruch auf Kinderkrankengeld unter Freistellung der Arbeitspflicht gemäß § 45 Abs. 1 SGB V geltend machen, sofern die Voraussetzungen vorliegen.

Anspruch auf Entgeltfortzahlung gemäß § 616 BGB

Ist der Anspruch aus § 616 Satz 1 BGB nicht ausgeschlossen, gilt:

Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung gegenüber dem Arbeitgeber setzt voraus, dass der Arbeitnehmer aufgrund eines persönlichen Leistungsverweigerungsrechts seine Arbeit nicht erbringt. In diesem Fall wird der Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung für eine "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" aufrechterhalten.

Was unter einer "verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit" zu verstehen ist, hat der Gesetzgeber nicht konkretisiert, und die Auffassungen in der Literatur gehen hier weit auseinander. Die wohl herrschende Meinung geht davon aus, dass jedenfalls ein Zeitraum von bis zu fünf Tagen "verhältnismäßig nicht

erheblich" ist. Ob darüber hinausgehende Zeiträume als "verhältnismäßig nicht erheblich" angesehen werden können, ist eine Frage des Einzelfalls.

In jedem Fall ist auch der konkrete Betreuungsbedarf aufgrund des Alters und der Verfassung des zu betreuenden Kindes zu berücksichtigen. Wohl überwiegend wird unter Verweis auf die Regelung von § 45 Abs. 1 SGB V ein Betreuungsbedarf von Kindern über zwölf Jahren abgelehnt. Da jedoch keine starre Altersgrenze vorgesehen ist und auch die Pflege anderer naher Angehöriger (also auch Erwachsener) von § 616 Satz 1 BGB erfasst ist, ist im Einzelfall nicht ausgeschlossen, dass auch eine Betreuung von älteren Kindern in Betracht kommen kann.

Krankentagegeld gemäß § 45 SGB V

Ist der Anspruch aus § 616 Satz 1 BGB ausgeschlossen, gilt:

Einen Anspruch auf Kindertagegeld gegenüber der gesetzlichen Krankenkasse können nur gesetzlich versicherte Arbeitnehmer haben. Ist lediglich ein Elternteil gesetzlich versichert, besteht nur dann ein Anspruch auf Kinderkrankengeld, wenn auch das Kind gesetzlich versichert ist. Sind beide Elternteile privat versichert, so besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Kinderkrankengeld, und es kommt auf die Versicherungsbedingungen an.

Der Anspruch auf Kinderkrankengeld besteht in jedem Kalenderjahr für jedes Kind längstens für zehn Arbeitstage, für alleinerziehende Versicherte längstens für 20 Arbeitstage (§ 45 Abs. 2 SGB V). Voraussetzung ist grundsätzlich, dass das Kind das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder an einer Schwerbehinderung leidet und daher auf Hilfe angewiesen ist.

Freistellung und Vergütung bei Kinderbetreuung aufgrund von Schließung von Kindertagesstätten, Schulen und anderen Einrichtungen – neues Gesetzesvorhaben

In der Rechtsprechung nicht geklärt ist, ob der Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung verweigern darf, wenn – wie dies aktuell aufgrund der COVID-19-Pandemie der Fall ist – die Kindertagesstätten, Schulen und andere Einrichtungen flächendeckend für einen Zeitraum von mehreren Wochen geschlossen sind und daher eine Betreuung der Kinder durch den Arbeitnehmer erforderlich wird. Ebenfalls ungeklärt ist, ob der Arbeitnehmer in einem solchen darüber hinausgehend gegenüber dem Arbeitgeber auch einen Anspruch auf Fortzahlung seines Entgelts gemäß § 616 Satz 1 BGB haben kann.

Aus unserer Sicht wird man sich bereits fragen können, ob es sich bei einer mehrwöchigen Schließung der Kindertagesstätte oder Schule noch – wie von § 616 Satz 1 BGB gefordert – um eine "verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit" handelt. Verneint man dies, werden Arbeitnehmer, die ihre Kinder betreuen müssen, regelmäßig keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegenüber dem Arbeitgeber haben. Denn die herrschende Meinung geht davon aus, dass der Fortzahlungsanspruch insgesamt (und nicht nur für den unverhältnismäßigen Teil) entfällt, wenn die Verhinderung von vornherein für eine verhältnismäßig erhebliche Zeit vorliegt. Zudem wird man fragen können, ob die flächendeckend angeordnete Schließung von Kindertagesstätten, Schulen und anderen Einrichtungen nicht allein in die Risikosphäre des Arbeitnehmers fällt, sodass ein Anspruch des Arbeitnehmers aus § 616 Satz 1 BGB auch deswegen ausgeschlossen ist.

Gleichwohl geht jedenfalls das BMAS von der grundsätzlichen Anwendbarkeit von § 616 Satz 1 BGB auch in der aktuellen Situation aus, allerdings begrenzt auf wenige "in der Regel zwei bis drei Tage"

(<https://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2020/lohnfortzahlung-bei-kinderbetreuung.html>) (Stand: 23. März 2020)), was den avisierten Schließungszeitraum nicht abdeckt.

BMAS, das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, der Deutsche Gewerkschaftsbund und die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände haben in einer gemeinsamen Erklärung vom 18. März 2020 die Arbeitgeber zur Abfederung der zu erwartenden Belastungen aufgerufen. So sollten zu vielfältige, pragmatische und einvernehmliche Lösungen gefunden werden, damit Beschäftigung und Löhne gesichert werden. Arbeitnehmer werden aufgefordert, über Zeitausgleiche (z. B. Überstundenabbau) oder kurzfristige Inanspruchnahme von Urlaub, die Betreuung ihrer Kinder sicherzustellen (http://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Pressemitteilungen/2020/gemeinsame-erklaerung.pdf?__blob=publicationFile) (Stand: 23. März 2020)). Auch dies wird nicht in allen Fällen möglich sein.

Laut einer Pressemitteilung des BMAS vom 23. März 2020 (<https://www.bmas.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/sozialschutzpaket.html;jsessionid=632B8FCBAA5F96480944311A2C596F60>) (Stand: 23. März 2020)) hat das Bundeskabinett nunmehr den Entwurf eines Gesetzes für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutz-Paket) beschlossen. Dieser Entwurf sieht unter anderem die Aufnahme eines Entschädigungsanspruchs für Verdienstauffälle bei behördlicher Schließung von Schulen und Kitas zur Eindämmung der gegenwärtigen Pandemie in das Infektionsschutzgesetz vor, um Verdienstauffälle für erwerbstätige Sorgeberechtigte abzumildern. Voraussetzung ist, dass die Betroffenen keine anderweitige zumutbare Betreuung (z. B. durch den anderen Elternteil oder die Notbetreuung in den Einrichtungen) realisieren können. Risikogruppen wie z. B. die Großeltern des Kindes müssen dazu nicht herangezogen werden. Ein Verdienstauffall besteht nicht, wenn es andere Möglichkeiten gibt, der Tätigkeit vorübergehend bezahlt fernzubleiben wie etwa der Abbau von Zeitguthaben. Auch gehen Ansprüche auf Kurzarbeitergeld dem Entschädigungsanspruch vor. Die Entschädigung in Höhe von 67 % des Nettoeinkommens wird für bis zu sechs Wochen gewährt und ist auf einen monatlichen Höchstbetrag von EUR 2.016 begrenzt. Die Auszahlung soll jedenfalls nach bisherigen Presseberichten der Arbeitgeber übernehmen, der bei der zuständigen Landesbehörde einen Erstattungsantrag stellen kann. Damit sind das Risiko, ob der Staat am Ende eintritt, bei einer Freistellung ebenso wie der u.U. erhebliche Beratungsaufwand dem Arbeitgeber und dessen Personalabteilung auferlegt.

Praxistipp:

- Unternehmen sollten daher direkt prüfen, welcher zusätzliche Prüfungs- und Beratungsaufwand ihnen angesichts ihrer Personalstruktur insoweit entstehen kann, um ggf. Prozesse und Zuständigkeiten zu bestimmen, die die Anfragen trotz des insgesamt erheblich gestiegenen Arbeitsaufwandes für Personalabteilungen vor dem Hintergrund von Corona handhabbar macht.

- Zudem zwingt dies dazu, zu Beginn der Corona-Krise ausgegebene Policies, betriebliches Informationsmaterial für Arbeitnehmer und die zur Handhabung von Freistellungen erarbeiteten Antworten der Personal- und Rechtsabteilungen ebenso wie die Freistellung im Einzelfall sehr sorgfältig zu prüfen.

Die Regelung gilt nicht für Zeiten, in denen die Einrichtung wegen der Schulferien ohnehin geschlossen wäre, und ist befristet bis Ende des Jahres.

Arbeitnehmer mit behördlichem Tätigkeitsverbot / in behördlich angeordneter Quarantäne

In einem Pandemiefall wie COVID-19 kann die zuständige Behörde Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz ("IfSG") treffen. Die wichtigsten Maßnahmen sind die Quarantäne (§ 30 IfSG) und das behördlich angeordnete Tätigkeitsverbot (§ 31 IfSG).

Kranke Arbeitnehmer

Ist der Arbeitnehmer an COVID-19 erkrankt und unterliegt zugleich einem angeordneten behördlichen Tätigkeitsverbot nach § 31 Satz 2 IfSG, hat er grundsätzlich gegen den Arbeitgeber den Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 3 Abs. 1 EFZG (siehe oben "*Erkrankung des Arbeitnehmers*").

Hinzu tritt in einem (umstrittenen) Konkurrenzverhältnis ein öffentlich-rechtlicher Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers infolge des Tätigkeitsverbots nach § 56 Abs. 1 IfSG. Danach erhalten u. a. Personen, die als Ansteckungsverdächtige, Krankheitsverdächtige oder als sonstige Träger von Krankheitserregern auf Anordnung der zuständigen Behörde einem Verbot ihrer bisherigen beruflichen Tätigkeit unterliegen und dadurch einen Verdienstaufschlag erleiden, einen Entschädigungsanspruch in Geld. Die Höhe bemisst sich für die ersten sechs Wochen nach dem Verdienstaufschlag des betroffenen Arbeitnehmers. Vom Beginn der siebten Woche an wird die Entschädigung grundsätzlich nach der Höhe des Krankengeldes gewährt (§ 56 Abs. 2 IfSG). Der Arbeitgeber geht hierbei in eine Vorleistung gegenüber dem Arbeitnehmer (§ 56 Abs. 5 Satz 1 IfSG).

Der Arbeitgeber hat für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, längstens für sechs Wochen, die Entschädigung für die zuständige Behörde ausbezahlen. Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet (§ 56 Abs. 5 Satz 2 IfSG). Der Antrag muss innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit oder dem Ende der Absonderung bei der zuständigen Behörde gestellt werden (§ 56 Abs. 11 Satz 1 IfSG).

Für die behördlich angeordnete Quarantäne nach § 30 IfSG gilt für die Fallvariante grundsätzlich dasselbe. Das Konkurrenzverhältnis des Entgeltfortzahlungsanspruchs nach § 3 Abs. 1 EFZG und des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs nach § 56 Abs. 1 IfSG ist umstritten. Der Anwendungsbereich des § 56 IfSG ist sehr begrenzt. Ratsam ist es dennoch, wenn der Arbeitgeber die Zahlungen als "Vorleistung - Entschädigungsanspruch" auf der Lohnabrechnung deklariert und den Antrag auf Erstattung der Zahlungen fristgerecht bei der zuständigen Behörde stellt.

Nach der Änderung des § 56 IfSG durch das Masernschutzgesetz vom 1. März 2020 ist eine Entschädigung ausgeschlossen, wenn durch eine Schutzimpfung oder eine andere prophylaktische Maßnahme, die gesetzlich

vorgeschrieben ist oder öffentlich empfohlen wurde, ein Tätigkeitsverbot vermeidbar war. Dies trifft zwar gegenwärtig bei COVID-19 nicht zu, wird jedoch wahrscheinlich zukünftig relevant sein.

Praxistipp: Da das Risiko, ob und wann die Erstattung am Ende erfolgt, praktisch den Arbeitgeber treffen wird, der vorleistet, sollten die offiziellen Impfempfehlungen trotz Überlastung der Personalabteilung mit COVID-19-Anfragen sorgfältig gemonitored werden.

Gesunde Arbeitnehmer

Ist der Arbeitnehmer (noch) nicht an COVID-19 erkrankt, aber besteht ein Verdacht dahingehend, kann er ebenfalls Adressat einer behördlichen Infektionsschutzmaßnahme, wie z.B. eines behördlich angeordneten Tätigkeitsverbots (§ 31 IfSG), sein. Maßnahmen nach dem IfSG können u.a. auch gegen potentielle Ansteckungsverdächtige oder Krankheitsverdächtige ergehen, um Gefahren für die Gesundheit anderer Menschen abzumildern bzw. zu verhindern. Dies hindert den Arbeitnehmer faktisch an der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit. Der lediglich "verdächtige" Arbeitnehmer hat gegen den Arbeitgeber keinen Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 3 Abs. 1 EFZG. In Betracht kommt ein Lohnfortzahlungsanspruch aus § 616 Satz 1 BGB sowie der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG. Für den Anwendungsbereich des § 616 Satz 1 BGB müssen Hinderungsgründe in der Person des Betroffenen bestehen und die persönliche Sphäre des Arbeitnehmers betroffen sein (siehe oben "*Kranke Arbeitnehmer*"). Dies hat der Bundesgerichtshof ("**BGH**") u.a. 1970 im Falle eines Salmonellen-Ausscheiders, gegen welchen nach dem damaligen Bundesseuchenschutzgesetz ein berufliches Tätigkeitsverbot angeordnet wurde, angenommen, denn die vom Betroffenen ausgehende Gefahr sei das eigentliche Arbeitshindernis: Der Arbeitgeber hätte den Betroffenen – auch ohne behördliches Tätigkeitsverbot – für die Dauer der potentiellen Gefahrenlage nicht beschäftigen dürfen. Der BGH nahm deshalb auch in diesem Fall keinen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch an.

Arbeitnehmer in empfohlener Quarantäne

Kranke Arbeitnehmer

Ist der Arbeitnehmer infolge der Ansteckung mit COVID-19 arbeitsunfähig erkrankt und deswegen an der Arbeitsleistung gehindert, besteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung gemäß § 3 Abs. 1 EFZG für die Dauer von maximal sechs Wochen.

Gesunde Arbeitnehmer

Ist der Arbeitnehmer nicht an COVID-19 erkrankt, besteht kein Verdacht auf eine Ansteckung mit COVID-19 und besteht keine angeordnete behördliche Quarantäne, stellt sich für Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Frage, wie mit einer durch Behörden empfohlenen Quarantäne zu verfahren ist (z. B. die für Urlaubsrückkehrer aus Österreich und Schweiz vom Bundesgesundheitsministerium empfohlene freiwillige Quarantäne von zwei Wochen). Der Arbeitnehmer kann in diesen Fällen nicht selbst entscheiden, dass er ohne Absprache mit dem Arbeitgeber zu Hause bleibt, sofern nicht bereits eine individualvertragliche oder kollektivrechtliche Vereinbarung zu Home Office besteht. Da eine "Empfehlung" der Behörden keine rechtsverbindliche Anordnung der Quarantäne darstellt, kann der Arbeitnehmer in diesen Fällen auch kein subjektives Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 275 Abs. 3 BGB geltend machen.

Grundsätzlich besteht dann auch kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Lohnzahlung aus dem Arbeitsvertrag oder nach § 616 Satz 1 BGB. Unabhängig davon hat der Arbeitgeber jedoch bei einer behördlich empfohlenen Quarantäne wegen COVID-19 seine allgemeine Fürsorgepflicht gegenüber dem einzelnen Arbeitnehmer sowie seinen übrigen Arbeitnehmern zu beachten und die Gesundheit aller Arbeitnehmer zu schützen.

Praxistipp:

- Je nach Art der Tätigkeit kann es sich daher empfehlen, dem betroffenen Arbeitnehmer Home Office zu ermöglichen. Hier sollten zentral Grundsätze aufgestellt werden, die es den individuellen Line-Managern erlauben, Aussagen zu treffen, um eine Überlastung von Krisenstäben oder der Personalabteilung allgemein bestmöglich zu reduzieren. Bestehen bereits individualvertragliche oder kollektivrechtliche Absprachen über Home Office sollte ggf. in gemeinsamer Abstimmung auf diese zurückgegriffen werden.
- Bestehen noch keine vertraglichen Regelungen hierzu, so gelten die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats (insbesondere nach § 87 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3, Nr. 6 und Nr. 7 BetrVG) grundsätzlich auch bei der Einführung kurzfristiger kollektiver Maßnahmen zu Arbeit in Home Office. Die gesetzlichen Verpflichtungen aus dem Arbeitssicherheitsgesetz und dem Arbeitsschutzgesetz gelten während der COVID-19-Pandemie bis auf Weiteres fort und sollten bei der vertraglichen Gestaltung beachtet werden. Zur Beschlussfähigkeit der Betriebsräte siehe unten "WIE KANN DIE BESCHLUSSFÄHIGKEIT DES BETRIEBSRATS ERHALTEN WERDEN?".
- In jedem Fall sollten zentral stetig aktualisierte Übersichten geführt werden, wieviele Mitarbeiter sich jeweils in welcher Form der Quarantäne befinden, um ggf. Versetzungen zur Deckung des Bedarfs in anderen Abteilungen frühzeitig auf den Weg bringen zu können (Betriebsratsbeteiligung).

Gesunde Arbeitnehmer, die aus Angst vor Ansteckung zu Hause bleiben**Leistungsverweigerungsrecht**

Können gesunde Arbeitnehmer aufgrund der COVID-19-Pandemie aus abstrakter Angst vor Ansteckung die Arbeitsleistung verweigern, ohne arbeitsrechtliche Sanktionen (Abmahnung, verhaltensbedingte Kündigung) befürchten zu müssen?

Es gibt grundsätzlich kein Recht des Arbeitnehmers bei Ausbruch einer Pandemie der Arbeit fernzubleiben. Zudem kann der Arbeitnehmer nicht frei entscheiden, von zu Hause aus zu arbeiten, wenn dies nicht entsprechend geregelt ist. Gemäß § 275 Abs. 3 BGB kann der Arbeitnehmer die Leistung jedoch dann verweigern, wenn sie ihm nicht zugemutet werden kann (subjektive Unmöglichkeit). Der Ausbruch von COVID-19 allein wird grundsätzlich keine subjektive Unmöglichkeit verursachen. Allerdings kann diese gegeben sein, sofern eine erhebliche objektive Gesundheitsgefahr bzw. ein ernsthafter, objektiv begründeter Gefährdungsverdacht für die Gesundheit vorliegen würde. Dies könnte jedenfalls für die Personengruppen, die nach bisherigen Erkenntnissen ein höheres Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf haben, in Betracht kommen. Da der Arbeitgeber jedoch seinerseits diesen Arbeitnehmern im Rahmen seiner allgemeinen

Fürsorgepflicht gegenüber besonders verpflichtet ist (siehe oben "*HAT DER ARBEITGEBER EINE PFLICHT ZU AUFKLÄRUNG? INWIEWEIT SIND SCHUTZMASSNAHMEN ZU ERGREIFEN?*"), sollte in diesem Fällen gemeinsam eine verträgliche Möglichkeit gesucht werden, z. B. über Home Office (siehe oben "*Gesunde Arbeitnehmer*").

Entgeltfortzahlungsanspruch

Daran anschließend stellt sich die Frage, ob der Arbeitnehmer bei Ausübung des Leistungsverweigerungsrechts einen Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung hat. Dies ist jedoch im Hinblick auf den Grundsatz "ohne Arbeit kein Lohn" abzulehnen, da der Arbeitgeber die subjektive Unmöglichkeit des Arbeitnehmers im Pandemiefall grundsätzlich nicht zu vertreten hat.

WAS GILT BEI NICHTERREICHBARKEIT DES ARBEITSPLATZES?

Das Wegerisiko, das heißt das Risiko der Nichterreichbarkeit des Arbeitsplatzes, trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer. Daher ist der Arbeitgeber in den Fällen, in denen sich das Wegerisiko realisiert, grundsätzlich nicht zur Zahlung der Vergütung verpflichtet. Nach diesen Grundsätzen würde das Wegerisiko im Pandemiefall, wenn beispielsweise der öffentliche Nahverkehr eingestellt wird oder Sperrzonen eingerichtet werden, ebenfalls prinzipiell beim Arbeitnehmer liegen, so dass der Arbeitgeber jedenfalls nach den bisherigen Regeln voraussichtlich nicht zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet wäre.

WELCHE MASSNAHMEN ZUR ABMILDERUNG DES WIRTSCHAFTLICHEN RISIKOS KANN DER ARBEITGEBER ERGREIFEN?

Grundsatz

Das Betriebsrisiko, das heißt das Risiko, dass der Arbeitgeber die vom Arbeitnehmer angebotene Leistung nicht annehmen kann, weil aufgrund einer Störung nicht im Betrieb gearbeitet werden kann, trägt gemäß § 615 BGB grundsätzlich der Arbeitgeber. Das Bundesarbeitsgericht geht diesbezüglich davon aus, dass insbesondere der Arbeitsausfall aufgrund von höherer Gewalt kennzeichnend für das vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko ist. Anders ist dies wohl nur dann zu beurteilen, wenn die Grundsätze des Betriebsrisikos wirksam kollektiv- oder einzelvertraglich abbedungen wurden.

Möglichkeiten zur Abmilderung

Da somit davon auszugehen ist, dass der Arbeitgeber auch im Pandemiefall grundsätzlich das Betriebsrisiko trägt und zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet ist, selbst wenn große Arbeitsausfälle auftreten bzw. er den Betrieb schließt, sollten frühzeitig geeignete Maßnahmen ergriffen werden, um die finanziellen Auswirkungen so weit möglich abzumildern:

Home Office (Telearbeit)

Zahlreiche Unternehmen haben in den letzten Wochen als erste Risikobegrenzungsmaßnahme Home Office-Arbeitsplätze eingerichtet, um das betriebliche Ansteckungsrisiko zu reduzieren wird (siehe oben "*Gesunde Arbeitnehmer*").

Kurzarbeit

Eine weitere Möglichkeit zur Abmilderung der finanziellen Folgen ist die Anordnung von Kurzarbeit und die Beantragung von Kurzarbeitergeld, so dass die Agentur für Arbeit zumindest teilweise den Vergütungsausfall des Arbeitnehmers ausgleicht. Erforderlich ist hierfür zunächst, dass der Arbeitgeber die Kurzarbeit auf der Basis existierender kollektiver oder einzelvertraglicher Regelungen gegenüber den Arbeitnehmern wirksam anordnen kann.

Für die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist darüber hinaus erforderlich, dass auch die sozialversicherungsrechtlichen Voraussetzungen (§§ 95 ff. Drittes Buch Sozialgesetzbuch – "SGB III") im Einzelfall erfüllt sind. Insbesondere ist ein erheblicher Arbeitsausfall erforderlich. Dieser liegt vor, wenn der Arbeitsausfall auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht und er vorübergehend und nicht vermeidbar ist. Davon dürfte im Pandemiefall auszugehen sein, wenn es zum Beispiel pandemiebedingt zu Lieferengpässen kommt und deshalb Produktion und Arbeitszeit verringert werden müssen oder der Betrieb aufgrund staatlicher Schutzmaßnahmen vorübergehend geschlossen werden muss. Rückwirkend zum 1. März 2020 wurden aufgrund der COVID-19-Pandemie diverse Erleichterungen im Zusammenhang mit Kurzarbeit beschlossen (§ 109 Abs. 5 SGB III; § 11a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz i. V. m. Gesetz zur befristeten krisenbedingten Verbesserung der Regelungen für das Kurzarbeitergeld vom 13. März 2020: https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/2020/kurzarbeit-wird-erleichtert-gesetzentwurf-de-bundestags.pdf?__blob=publicationFile&v=6) (Stand: 23. März 2020).

(Rest-)Urlaub, Zeitguthaben, Betriebsferien

Ob die einseitige Anordnung von (Rest-)Urlaub und des Abbaus von Positivsalden auf Arbeitszeitkonten bzw. Überstunden vor dem Hintergrund des vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisikos zulässig ist, ist umstritten. Soweit keine entsprechende Regelung (z. B. in Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag) hierfür existiert, sollten Arbeitgeber und Arbeitnehmer jedoch versuchen, eine einvernehmliche Regelung zu finden (wie auch von der Politik gefordert, siehe oben "*Freistellung und Vergütung bei Kinderbetreuung aufgrund von Schließung von Kindertagesstätten, Schulen und anderen Einrichtungen – neues Gesetzesvorhaben*"). Dabei ist zu berücksichtigen, dass jedenfalls Positivsalden auf Arbeitszeitkonten bzw. noch nicht abgebaute Überstunden der Beantragung von Kurzarbeitergeld entgegen stehen können (https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/kug-faq-kurzarbeit-und-qualifizierung.pdf?__blob=publicationFile&v=10) (Stand: 23. März 2020). Das Gleiche gilt auch für bestehenden Resturlaub aus dem vergangenen Urlaubsjahr, soweit nicht vorrangige Urlaubswünsche der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zur anderweitigen Nutzung des Resturlaubs entgegenstehen. Der Aufbau negativer Arbeitszeitkonten ist für die Beantragung von Kurzarbeitergeld jedoch nicht (mehr) erforderlich.

In Betracht kommt darüber hinaus grundsätzlich auch die Anordnung von Betriebsferien, wobei dies im laufenden Urlaubsjahr praktisch kaum umsetzbar sei wird.

Praxistipp: In allen drei Fallkonstellationen bestehen Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats, die vom Arbeitgeber zur Wirksamkeit der Einführung der jeweiligen Maßnahme einzuhalten sind. Zur Herstellung der

Beschlussfähigkeit des Betriebsrats siehe unten "WIE KANN DIE BESCHLUSSFÄHIGKEIT DES BETRIEBSRATS ERHALTEN WERDEN?".

WELCHE WEITEREN MASSNAHMEN KANN DER ARBEITGEBER ERGREIFEN?

Unter Umständen kann es für Arbeitgeber auch notwendig werden, weitere Maßnahmen zu treffen, z. B. für einzelne Arbeitnehmer Überstunden anzuordnen, um krankheitsbedingte Ausfälle zu kompensieren oder Arbeitnehmer freizustellen, um beispielsweise das betriebliche Infektionsrisiko zu reduzieren.

Praxistipp: Ist in einem Betrieb Kurzarbeit angeordnet und ist von der Agentur für Arbeit Kurzarbeitergeld bewilligt, ist bei der Anordnung von Überstunden Vorsicht geboten. Denn die Anordnung von Überstunden wird von der Agentur für Arbeit grundsätzlich als Anhaltspunkt für die Vermeidbarkeit des Arbeitsausfalls angesehen. In einem solchen Fall kann ein Widerruf der Bewilligung des Kurzarbeitergelds drohen.

Anordnung von Überstunden

Der Arbeitnehmer kann aufgrund seiner Treuepflicht in besonderen Fällen, insbesondere in Notfällen, gehalten sein, selbst bei Fehlen einer wirksamen kollektiv- oder einzelvertraglichen Regelung, Überstunden zu leisten. Dies kann im Pandemiefall dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber der betrieblichen Notlage nicht anders als durch Anordnung von Überstunden begegnen kann, beispielsweise in den Betrieben zur Sicherstellung der Grundversorgung. Dies muss im Einzelfall geprüft werden.

Freistellung von Arbeitnehmern

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung. Sofern eine Möglichkeit zur Freistellung nicht wirksam einzelvertraglich vereinbart wurde, kann der Anspruch des Arbeitnehmers auf tatsächliche Beschäftigung lediglich dann entfallen, wenn diesem erhebliche persönliche oder betriebliche Gründe entgegenstehen.

Ein solcher sachlicher Grund kann im Pandemiefall dann vorliegen, wenn der Arbeitnehmer Symptome aufweist, die eine Infizierung nahelegen. Ähnlich ist dies zu beurteilen, wenn Arbeitnehmer aufgrund anderer Umstände dem Risiko einer Infektion ausgesetzt waren und daher ansteckungsverdächtig sind, ohne dass bereits eine behördliche Quarantäne-Verfügung ergangen ist. Ein solcher sachlicher Grund kann jedoch auch dann vorliegen, wenn der Arbeitgeber arbeitsfähige und -willige Arbeitnehmer freistellt, um die Ansteckungsgefahr für Schlüsselkräfte zu reduzieren oder notwendige Isolierungsabstände zu schaffen.

Falls der Arbeitgeber sich zur Freistellung von arbeitsfähigen und -willigen Arbeitnehmern entschließt, bleibt er diesen gegenüber nach den Grundsätzen des Annahmeverzugs zur Vergütungszahlung verpflichtet, ohne eine spätere Nacharbeit verlangen zu können.

Aufrechterhaltung der Grundversorgung

Abweichend von den vorstehenden Regelungen gehen wir davon aus, dass die Arbeitnehmer, die zur Aufrechterhaltung einer Grundversorgung erforderlich sind, sich weder auf subjektive Möglichkeiten noch auf das

allgemeine Betriebsrisiko des Arbeitgebers berufen können, sondern vielmehr verpflichtet bleiben, alles ihnen Mögliche zu unternehmen, um ihre Arbeit fortzusetzen.

WIE KANN DIE BESCHLUSSFÄHIGKEIT DES BETRIEBSRATS ERHALTEN WERDEN?

Vielfach wurde in den letzten Wochen unternehmensseitig diskutiert, wie in COVID-19-Zeiten die Beschlussfähigkeit des Betriebsrats aufrechterhalten werden kann. Befinden sich alle Mitarbeiter und damit auch die Betriebsräte im Home Office oder dürfen sich gegenseitig aufgrund von Abstandsregelungen nicht zu nahe kommen, kann dies dringend notwendige Beschlüsse des Betriebsrats verzögern und gar dessen Funktionsfähigkeit lahmlegen.

Denkbar ist, dass der Betriebsrat für einen befristeten Zeitraum Beschlüsse per Videokonferenz fasst. Die Wirksamkeit solcher Beschlüsse ist unter normalen Umständen umstritten und derzeit richterlich noch nicht entschieden. Höchststrichendlich entschieden ist bisher lediglich, dass eine Beschlussfassung des Betriebsrats im Umlaufverfahren nicht zulässig ist. Die Vergleichbarkeit ist jedoch zu bezweifeln, da in einer Videokonferenz – anders als in einem Umlaufverfahren – nicht nacheinander, sondern gleichzeitig beschlossen wird.

Das BMAS geht jedoch in seiner Stellungnahme vom 20. März 2020 (https://www.bmas.de/SharedDocs/Downloads/DE/PDF-Meldungen/2020/ministererklaerung-arbeit-der-betriebsraete-unterstuetzen.pdf?__blob=publicationFile&v=4) davon aus, dass Beschlüsse in Web-, Video- oder Telefonkonferenz einschließlich online gestützter Anwendungen wie WebEx Meetings oder Skype zulässig und Beschlüsse des Betriebsrates daher wirksam sind.

Praxistipp: Solange innerbetriebliche Versammlungen nicht durch behördliche Maßnahmen untersagt werden, bleibt eine Zusammenkunft des Betriebsrats zur Beschlussfassung grundsätzlich möglich. Aufgrund der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers sollte darauf geachtet werden, dass Schutzmaßnahmen wie etwa hinreichend große Räumlichkeiten, die die Einhaltung des empfohlenen Mindestabstands erlauben, zur Verfügung gestellt werden. Parallel sollte gemeinsam mit dem Betriebsrat eine flexible und befristete Lösung gesucht werden, um die Beschlussfähigkeit des Betriebsrats auch dann zu erhalten, wenn weitere Einschränkungen verfügt werden.

CONTACTS



Dr. Ines Keitel
Partner, Head of
Employment Germany,
Frankfurt

T +49 69 7199 1250
E ines.keitel
@cliffordchance.com



Susanne Julis
Senior Associate,
Frankfurt

T +49 69 7199 1253
E susanne.julis
@cliffordchance.com



Dr. Christopher Fischer
Senior Associate,
Frankfurt

T +49 69 7199 1218
E christopher.fischer
@cliffordchance.com



Dr. Ines Marin
Associate,
München

T +49 89 21632 8403
E ines.marin
@cliffordchance.com

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

Wir übernehmen keine Gewähr für die Inhalte der hier verlinkten externen Internetseiten oder andere von Dritten bereitgestellte Informationen.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46,
60325 Frankfurt am Main

© Clifford Chance 2020

Clifford Chance Deutschland LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in 10 Upper Bank Street, London E14 5JJ, registriert in England und Wales unter OC393460. Die Gesellschaft ist mit einer Zweigniederlassung im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter PR 2189 eingetragen.

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: www.cliffordchance.com/deuregulatory

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing •
Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai •
Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul •
London • Luxembourg • Madrid • Milan •
Moscow • Munich • Newcastle • New York •
Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo •
Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney •
Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.