



Coronakrise und Arbeitsrecht Die wichtigsten Fragen und Antworten

von Rechtsanwalt Stefan Wahlen¹
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

1. Vergütung

a) Eigene Entscheidung zu Hause zu bleiben

Besteht ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers, wenn er aus Furcht vor einer Ansteckung aus freier Entscheidung zu Hause bleibt?

Nein. In diesem Fall verliert der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch, da er die geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringt. Ein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers besteht auch bei einer drohenden Pandemie grundsätzlich nicht. Ein solches kommt nach § 275 III BGB nur in Betracht, wenn dem Arbeitnehmer die Erbringung seiner Arbeitsleistung unzumutbar ist. Dies setzt eine erhebliche objektive Gefahr für den Betroffenen oder zumindest einen ernsthaften, objektiv begründeten Verdacht der Gefährdung für Leib oder Gesundheit voraus. Hieran sind relativ hohe Anforderungen zu stellen. Es ist nicht anzunehmen, wenn sich der Arbeitnehmer z. B. vor hustenden Kollegen oder potentiell infizierten Kunden fürchtet.

Der Arbeitnehmer trägt grundsätzlich das sog. Wegerisiko. Das heißt, dass sofern der Grund, weshalb der Arbeitnehmer seinen (zur Verfügung stehenden) Arbeitsplatz nicht erreichen kann oder möchte, in seiner Sphäre liegt, trägt er das Risiko, ob seine Arbeitsleistung erbracht werden kann. Ist dies nicht der Fall, besteht aufgrund der Gegenseitigkeit der Leistungspflichten im Arbeitsverhältnis auch kein Vergütungsanspruch. Ein unentschuldigtes Fernbleiben vom Arbeitsplatz kann ggf. zu einer

¹ Herzlichen Dank an Frau Rechtsreferendarin Anne Büchler, LG Offenburg, für Ihre tatkräftige Unterstützung an und bei der Erstellung dieses Beitrages

RECHTSANWÄLTE

Arno Stengel

Harald Federle

Thomas Hess

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

Stefan Wahlen

Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Hannes Linke

Fachanwalt für Strafrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Prof. Dr. Stefan Jäger

Fachanwalt für Sozialrecht
Fachanwalt für Medizinrecht
Fachanwalt für Versicherungsrecht

Stefan Neumann

Diplom - Finanzwirt (FH)
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

Nicolai Funk

Fachanwalt für Familienrecht
Fachanwalt für Erbrecht
Fachanwalt für Steuerrecht
zert. Testamentsvollstrecker (AGT)

Susanne Bellemann-Ruppel

Fachanwältin für Gewerblichen Rechtsschutz

Heiko Groß

Fachanwalt für Insolvenzrecht
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht
Mediator, Wirtschaftsmediator

Peter Sennekamp

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Christian Thome

Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Diplom-Verwaltungswirt (FH)

Frank Rief

Dr. Georg Wirtz, LL.M.

Fachanwalt für Versicherungsrecht
Fachanwalt für Verkehrsrecht

Sebastian Kägebein, LL.M.

Fachanwalt für Strafrecht
Master of Laws Wirtschaftsstrafrecht

Marc-Yaron Popper, LL.M. Eur.

Fachanwalt für Arbeitsrecht

Stefanie Kowalke, LL.M.

Hannah Knebel

STEUERBERATER IN KOOPERATION

 **Gress Lang**

Martin Gress · Friedbert Lang

Steuerberater
Wendtstraße 15, 76185 Karlsruhe
www.gress-lang.de

KONTAKT

**Nonnenmacher Rechtsanwälte
Partnerschaft mbB**

Karlsruhe

Wendtstraße 17, D-76185 Karlsruhe
Telefon +49 (0) 721 / 98522-0
Telefax +49 (0) 721 / 98522-50

St. Leon-Rot

Opelstraße 8c, D-68789 St. Leon-Rot
Telefon +49 (0) 6227 / 84 15 29-0
Telefax +49 (0) 6227 / 84 15 29-5
rechtsanwaelte@nonnenmacher.de
www.nonnenmacher.de

Sitz Karlsruhe

AG Mannheim PR 700214
Ust-IdNr.: DE 143615900

BANKVERBINDUNG

Commerzbank Karlsruhe
IBAN: DE23 6608 0052 0563 8823 00
BIC: DRESDEFF660

Sparkasse Karlsruhe-Ettlingen
IBAN: DE35 6605 0101 0108 1492 04
BIC: KARSDE66XXX

Abmahnung oder Kündigung führen (vgl. Grimm, ArbRB-Blog, 03.03.2020²).

b) Arbeitsunfähigkeit aufgrund des Corona-Virus

Besteht ein Vergütungsanspruch bei einer festgestellten Erkrankung des Arbeitnehmers infolge einer Infizierung mit dem Corona-Virus? Wen trifft die Zahlungspflicht?

Ja. Fraglich ist vielmehr, aus welchen gesetzlichen Regelungen er sich ergibt und wer die Vergütungslast trägt – Arbeitgeber oder Staat?

(1)

Eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund des Corona-Virus ist bezüglich der Entgeltfortzahlung genauso zu behandeln, wie eine sonstige Erkrankung des Arbeitnehmers, sodass dem Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber für die Dauer der Krankheit, maximal bis zu sechs Wochen, grundsätzlich ein Anspruch auf **Lohnfortzahlung nach § 3 EFZG** zusteht. Je nach arbeits- oder tarifvertraglicher Regelung kann diese Frist im Einzelfall jedoch abweichen.

(2)

Wenn jedoch gegen den mit dem Corona-Virus infizierten Arbeitnehmer zugleich auch von behördlicher Seite ein berufliches Tätigkeitsverbot nach Infektionsrecht (§ 31 S. 2 IfSG) angeordnet worden ist, verdrängt nach herrschender Ansicht der dadurch entstehende **Entschädigungsanspruch aus § 56 I 1 IfSG** den Entgeltzahlungsanspruch nach § 3 EFZG, sodass der Staat Schuldner einer Entschädigung in Höhe des Verdienstausfalls des Arbeitnehmers - ebenfalls für die Dauer von sechs Wochen – ist (vgl. Grimm, ArbRB-Blog, 03.03.2020).

Gegen eine vorrangige Anwendung des § 56 IfSG vor § 3 EFZG spricht sich aber u.a. das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BMAS) in einer

² <https://www.arbrb.de/blog/2020/03/03/lohnfortzahlung-und-entgeltrisiko-bei-corona-covid-19/>

Stellungnahme auf seiner Website³ aus. Hiernach sollen Erkrankte nicht unter die Entschädigungsregelung des § 56 IfSG fallen, weil diese bereits Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und Krankengeld erhalten. Hiergegen spricht jedoch, dass ein solcher Ausschluss in die Norm nicht aufgenommen wurde. Vielmehr umfasst § 56 I IfSG gerade „Ausscheider“ und „sonstige Träger von Krankheitserregern i.S.v. § 31 S. 2“. Damit bezieht sich der Anspruch gerade auf an dem Virus Erkrankte, sodass ein Vorrang des Anspruchs nach § 3 EFZG gesetzlich geregelt sein müsste und so mangels einer entsprechenden Regel § 56 IfSG als speziellere Norm, welche die gesamtgesellschaftlichen Interessen des Infektionsschutzes verfolgt, vorrangig anzuwenden ist (vgl. Grimm, ArbR-Blog, 03.03.2020). Dreh- und Angelpunkt dieses Erstattungsanspruchs gegen den Staat ist jedoch der behördliche Erlass eines Beschäftigungsverbots. Nur, wenn ein solches erteilt wurde, kann vom Staat Entschädigung für den Vergütungsausfall verlangt werden.

Auch dann hat aber zunächst der Arbeitgeber die übliche Vergütung an den Arbeitnehmer zu zahlen und kann danach Regress beim Staat nehmen. Er hat also grundsätzlich eine Vorleistungspflicht und handelt so quasi als „Zahlungsstelle des Staates“. Die an den Arbeitnehmer ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag vom Staat zurückerstattet. Es obliegt also dem aktiven Handeln des Arbeitgebers mit einem entsprechenden Antrag auf eine Erstattung hinzuwirken. Die Antragsfrist beträgt nach § 56 XI IfSG drei Monate nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit oder Ende der Quarantäne nach § 30 IfSG.

Zwar hat der Arbeitgeber grundsätzlich Vorleistung für den Staat zu leisten, allerdings kann er auch nach § 56 XII IfSG einen Vorschuss für die voraussichtlichen Entgeltzahlungen auf Antrag verlangen. Dies ist insbesondere für Kleinbetriebe ein hilfreiches Vorgehen. Je nach tatsächlich geschuldeten Entgeltzahlungen muss dann ggf. eine Rückzahlung an den Staat erfolgen.

³ <https://www.bmas.de/DE/Schwerpunkte/Informationen-Corona/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html>

Für den Fall, dass der Arbeitgeber seiner Vorleistungspflicht nicht nachkommt, kann bei Bestehen eines behördlichen Beschäftigungsverbots auch der Arbeitnehmer selbst einen Antrag auf Erstattung der entfallenen Vergütung stellen.

(3)

Falls der Arbeitnehmer durch behördliches Tätigkeitsverbot seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann, könnte – ebenso für die maximale Dauer von sechs Wochen - auch ein Anspruch nach § 616 BGB bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 30. November 1978, III ZR 43/77; Grimm, ArbRB-Blog, 03.03.2020; Biebl, beck-blog, 24.03.2020⁴; Loschelder Corona-Leitfaden⁵). Dieser setzt einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund voraus. Als ein solcher ist wohl auch das Bestehen eines behördlichen Tätigkeitsverbots des einzelnen Arbeitnehmers anzusehen. Dies gilt jedoch nur bei einem persönlichen, auf einzelne Arbeitnehmer nicht auf den gesamten Betrieb bezogenen Beschäftigungsverbot. Sobald das Tätigkeitsverbot von der Behörde bezüglich des Betriebs ausgesprochen wird, besteht ein objektives Leistungshindernis, kein persönliches, so dass § 616 BGB nicht anwendbar ist und der Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG greift (hierzu Abschnitt 1)g)).

Bestehen in einem Betrieb die Voraussetzungen für ein Beschäftigungsverbot jedoch bei einigen Arbeitnehmern und stellen diese nicht nur Sonderfälle dar, was insbesondere bei einer Ausbreitung des Corona-Virus innerhalb des Betriebs oder aufgrund gemeinsamer Geschäftsreisen häufig vorkommen kann, ist wohl nicht mehr von einem rein persönlichen Hindernis zu sprechen, da der Krankheitsfall jeden anderen Mitarbeiter des Unternehmens ebenso treffen könnte. Dann müsste nach (strittiger) Auffassung ein objektives Leistungshindernis angenommen werden, sodass § 616 BGB nicht mehr anwendbar wäre (vgl. so auch Grimm, ArbRB-Blog, 03.03.2020; Loschelder Corona-Leitfaden). Demnach würde es konkret bedeuten, dass das Vorliegen einer Vergütungspflicht

⁴ <https://community.beck.de/2020/03/24/entschaedigung-nach-dem-infektionsschutzgesetz-fuer-arbeitgeber>

⁵ https://www.arbrb.de/blog/wp-content/uploads/2020/03/LOSCHELDER_Corona_Leitfaden_HR_Stand_20200324-1.pdf

nach § 616 BGB davon abhängig ist, ob nur einzelne oder viele Mitarbeiter des Betriebs infolge einer Infektion mit dem Corona-Virus erkrankt sind. Zudem ist fraglich, ob die Voraussetzung einer Verhinderung für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ gegeben ist. Hierbei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der nach Ansicht der Literatur einer einzelfallgerechten Auslegung bedarf (ErfK-ArbR/Preis, BGB, § 616 Rn. 10a; Staudinger/Oetker, § 616 BGB Rn. 97). Die genaue Krankheitsdauer bei einer durch den Corona-Virus ausgelösten Erkrankung kann mehrere Wochen betragen. Teils wird vertreten, eine Erkrankung in Anlehnung an § 3 EFZG bis zu sechs Wochen unter den Begriff der „verhältnismäßig unerheblichen Zeit“ zu fassen (vgl. ErfK-ArbR/Preis, BGB, § 616 Rn. 10a). In diesem Fall müsste der Regelfall der Corona-Virus-Erkrankungen unter den Begriff fallen. Allerdings spricht hiergegen, dass gerade in der momentanen durch die Corona-Krise bedingten angespannten Arbeits- und Wirtschaftslage ein schon wenige Tage überschreitender Zeitraum, in dem der Arbeitgeber die Vergütungspflicht ohne Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu tragen hat, eine enorme und unverhältnismäßige Belastung des Arbeitgebers darstellen kann.

Die Rechtsprechung und Teile der Literatur orientieren sich zur Frage, wann eine „verhältnismäßig nicht erhebliche“ Zeit gegeben ist, überwiegend am Verhältnis von der Dauer des Arbeitsverhältnisses zur Dauer der Verhinderungszeit (BAG 18.12.1959, AP § 616 Nr. AP BGB § 22; Palandt/Weidenkaff, BGB, § 616 Rn. 8). Dies würde jedoch gerade bei einer großer Anzahl von Erkrankungen im selben Betrieb zwischen Arbeitnehmern mit unterschiedlichen Betriebszugehörigkeitszeiten zu einer ggf. willkürlichen Aufspaltung der Vergütungspflicht zwischen Arbeitgeber und Staat und einem erheblichen Organisationsaufwand führen.

Aufgrund dessen ist die Anwendbarkeit des § 616 BGB im Fall der Corona-Epidemie kritisch zu betrachten. Zudem ist ein entsprechender Anspruch regelmäßig durch Einzel- oder Tarifvertrag eingeschränkt oder ausgeschlossen. Falls dies jedoch nicht der Fall ist und § 616 BGB greift, geht dieser dem Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG nach bisher herrschender Ansicht (Grimm, ArbRB-Blog, 03.03.2020; Biebl, beck-blog, 24.03.2020; a.A. Loschelder Corona-Leitfaden, S. 14) vor. Als Folge dessen

ist dann nicht mehr der Staat, sondern der Arbeitgeber Schuldner für den Vergütungsanspruch. § 616 BGB gilt auch für freie Mitarbeiter, Selbständige und Gesellschaftsorgane (Loschelder Corona-Leitfaden; EK/Preis, BGB, § 616 Rn. 2).

Der Arbeitnehmer erhält dadurch vom ersten Krankheitstag an seine übliche Vergütung von Seiten des Arbeitgebers bezahlt. Zunächst besteht ein „normaler“ Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG gegen den Arbeitgeber und – falls nicht ein Anspruch nach § 616 BGB gegen den Arbeitgeber besteht - ab behördlicher Anordnung eines Beschäftigungsverbots ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat, welcher jedoch ebenso zunächst vom Arbeitgeber geleistet werden muss. Anspruchsgegner bleibt dadurch für den Arbeitnehmer grundsätzlich der Arbeitgeber.

c) Quarantäne

Besteht ein Entschädigungsanspruch auch bei behördlicher Anordnung von Quarantäne?

Ja. Zwar stellt eine häusliche Quarantäne ohne dass der Arbeitnehmer Krankheitssymptome aufweist, keinen Fall der Krankheit dar, sodass kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG gegenüber dem Arbeitgeber besteht. Allerdings besteht bei einer behördlich angeordneten Quarantäne gemäß §§ 31 S. 2, 56 I IfSG, ebenso wie im Fall der tatsächlichen Erkrankung, ein Entschädigungsanspruch gegen den Staat nach § 56 IfSG. Dieser ist entsprechend obiger Ausführungen unter Abschnitt 1)b) zunächst in Form der Vorleistung vom Arbeitgeber an den Arbeitnehmer zu zahlen und wird erst auf Antrag vom Staat zurückerstattet. Auch bezüglich der Höhe gilt das oben gesagt: für sechs Wochen wird der Verdienstausfall in voller Höhe erstattet, danach in Höhe des Krankengelds. Auch bei der behördlichen Anordnung von Quarantäne kommt ein Anspruch aus § 616 BGB in Betracht. Hierzu gilt das unter Abschnitt 1)b) ausgeführte.

d) Verdacht auf Ansteckung

Besteht auch ein Vergütungsanspruch bei einem reinen Verdacht auf eine Ansteckung?

Grundsätzlich nein. Auch bei einem reinen Verdacht auf eine Ansteckung besteht ein Entschädigungsanspruch nach § 56 I 1 IfSG nur, sofern ein behördliches Beschäftigungsverbot nach § 31 IfSG angeordnet wurde. Ausschlaggebend für die Vergütungszahlung ist also bei mangelnden Krankheitssymptomen stets das Aussprechen eines behördlichen Beschäftigungsverbots. Bei einem rein persönlichen Verdacht besteht mangels erbrachter Arbeitsleistung deshalb grundsätzlich kein Vergütungsanspruch, wenn die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung ohne entsprechende Weisung des Arbeitgebers ausbleibt.

e) Freistellung

Besteht ein Anspruch auf Lohnzahlung gegen den Arbeitgeber, wenn dieser den Arbeitnehmer aufgrund der Corona-Krise freigestellt hat?

Sofern die Freistellung durch den Arbeitgeber erfolgt, behalten Arbeitnehmer immer ihren Vergütungsanspruch, da der Arbeitgeber das wirtschaftliche Risiko als Teil des Betriebsrisikos seines Betriebs zu tragen hat (§ 615 S.3 BGB). Ein Arbeitgeber, der einen Arbeitnehmer der arbeitsfähig und auch arbeitsbereit ist rein vorsorglich nach Hause schickt, befindet sich im sog. Annahmeverzug nach § 615 S.1 BGB und bleibt zur Zahlung der arbeitsvertraglichen Vergütung verpflichtet.

f) Auftrags- oder Rohstoffmangel

Besteht ein Anspruch auf Vergütung, wenn der Arbeitgeber aufgrund der Corona-Krise einen Auftrags- oder Rohstoffmangel hat, welcher zu Produktionsausfällen führt und so den Arbeitsplatz des Arbeitnehmers betrifft?

Grundsätzlich ja, da der Arbeitgeber das sog. Wirtschaftsrisiko trägt, § 615 S. 3 BGB (s.o.). Ein Fall der Realisierung des Wirtschaftsrisikos liegt gerade dann vor, wenn Lieferanten aufgrund der Corona-Krise ihr Vorprodukte nicht anliefern können und deswegen die Produktion im Betrieb des Arbeitgebers ausfällt. In einem entsprechenden Fall muss der

Arbeitgeber dann die Vergütung des Arbeitnehmers bezahlen, wenn er ihn aufgrund des Produktionsausfalls nicht anderweitig entsprechend der vertraglich vereinbarten Arbeitsleistung im Betrieb einsetzen kann. Ein Verschulden des Arbeitgebers ist nicht erforderlich. Es können jedoch in einzel- oder kollektivvertraglichen Regelungen abweichende Regelungen zur Vergütungspflicht bei beidseitigem Nichtvertreten geregelt sein.

Nach teils vertretener Ansicht (Loschelder Corona-Leitfaden) sei jedoch im Fall der Corona-Krise kein Fall des „regulären Betriebsrisikos“ gegeben, sodass hiernach ausnahmsweise bei krisenbedingtem Rohstoff- oder Auftragsmangel kein Vergütungsanspruch nach § 615 BGB besteht.

g) behördliche Betriebsschließung

Besteht ein Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers, wenn der Betrieb von Seiten der Behörden aufgrund der Gefahr von Corona-Virus-Infektionen geschlossen wird?

Diesbezüglich ist die Rechtslage noch sehr unsicher. Ob ein Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG hier besteht, ist höchst strittig. Die wohl herrschende Meinung (zahlreiche zuständige Landesbehörden; Grimm, ArbRB-Blog, 03.03.2020; Loschelder Corona-Leitfaden; Biebl, beck-blog, 24.03.2020) vertritt die Ansicht, dass § 56 IfSG so eng auszulegen ist, dass dieser Fall nicht umfasst sei. Vielmehr sei schon nach dem Wortlaut ein für eine individuell bestimmte Person erlassenes Tätigkeitsverbot vorausgesetzt, sodass bei einer Betriebsschließung per behördlicher Allgemeinverfügung kein Anwendungsfall des § 56 IfSG vorliege. Zudem würde bei einer möglichen Anwendung des § 56 IfSG dessen Anwendungsbereich - entgegen der Systematik des Infektionsschutzes nach IfSG und seines teleologischen Sinngehalts – enorm ausgeweitet werden, sodass praktisch Unmengen von durch die Corona-Krise bedingten Vergütungsproblemen auf den Staat umgelenkt werden würden. Dies soll aber gerade nicht erfolgen. Vielmehr haben Politik und Gesetzgeber die erleichterte Möglichkeit der Einführung von Kurzarbeit als zentrale Lösung des Vergütungsproblems hervorgehoben. Bei einem möglichen Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat würden nur wenige Arbeitgeber Gebrauch von der Einführung von Kurzarbeit machen, denn

wieso sollte ein Arbeitgeber seine Mitarbeiter unter erhöhtem Organisationsaufwand in die Kurzarbeit schicken, in der sie nur 60 bzw. 67 % der Nettoentgeltdifferenz erhalten und er selbst ggf. Aufstockungsleistungen zahlen muss, wenn er stattdessen die ungekürzte Vergütung fortzahlen und von der Behörde einen vollen Ausgleich erhalten könnte (vgl. Biebl, beck-blog, 24.03.2020)?

Die Gegenauffassung, welche eine Anwendung des § 56 IfSG durch eine weite Auslegung bejaht, stützt dies darauf, dass die Allgemeinverfügung gegenüber dem Betrieb auch ein berufliches Tätigkeitsverbot gegenüber dem Arbeitnehmer im Sinne des § 31 IfSG enthält. Gegen diese Ansicht spricht jedoch, dass durch die Allgemeinverfügung gerade kein allgemeines Tätigkeitsverbot für den einzelnen Arbeitnehmer erlassen wird und dieser vielmehr im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung oder einer Nebentätigkeit in einem anderen Tätigkeitsbereich arbeiten darf. Dies soll gerade durch die hierzu vereinfachten Regelungen sogar gefördert werden. Ein Entschädigungsanspruch nach **§ 65 IfSG** wird wohl aufgrund des engen Anwendungsbereichs für „besonders“ Betroffene im Angesicht des großen Betroffenenkreises der Corona-Krise grundsätzlich abzulehnen sein (vgl. Loschelder Corona-Leitfaden).

Ob der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber jedoch bestehen bleibt, ist wiederum umstritten. Wenn ein Betrieb von einer staatlichen Behörde aufgrund der Infektionsgefahr z.B. nach § 28 I 1, 2 IfSG mittels Allgemeinverfügung geschlossen wird, ist grundsätzlich ebenso wie im Fall eines (vorübergehenden) Versorgungsmangels an Material bzw. Maschinen, der mangelnden Stromversorgung des Betriebs oder dem Auftreten eines den Betrieb beeinflussenden Naturereignisses nach der sog. Betriebsrisikolehre das Risiko für den Arbeitsausfall vom Arbeitgeber zu tragen, auch wenn ihn selbst kein Verschulden trifft, sodass dieser gleichwohl trotz unterbliebener Arbeitsleistung die vereinbarte Vergütung an den Arbeitnehmer zu bezahlen hat (§ **615 BGB**).

Nach der Rechtsprechung ist auch bei behördlichen Maßnahmen die Betriebsrisikolehre grundsätzlich anzuwenden, sodass der Arbeitgeber das Vergütungsrisiko trägt, wenn das Risiko der behördlichen Maßnahme in der

Eigenart des Betriebs angelegt gewesen ist. Allerdings werden allgemeine, betriebsunabhängige Gefahrenlagen wie Kriege, Unruhen und Terroranschläge grundsätzlich nicht als in der Eigenart eines Betriebes angelegte Risiken angesehen, sodass der Arbeitgeber bezüglich solcher Ereignisse das Betriebsrisiko nicht trägt und dann dem Arbeitnehmer auch keinen Vergütungsanspruch schuldet, sofern dieser nicht gearbeitet hat. Ob eine Corona-Virus-Epidemie unter letztere, betriebsunabhängige Gefahren zu fassen ist, ist höchst strittig. Insbesondere bei Arbeitsbereichen bei denen üblicher- und notwendigerweise ein großer Personenkontakt besteht, ist das hohe Infektionsrisiko und so auch die damit eingehenden Folgen - wie auch eine behördliche Betriebsschließung – jedoch nach wohl herrschender Meinung (BMAS; Grimm, ArbRB-Blog, 03.03.2020) als Teil des Betriebsrisikos nach der Eigenart des Betriebs einzustufen, so dass hier eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers auch bei fehlender Arbeitsleistung weiter besteht. Als entsprechende Arbeitsbereiche dürften beispielsweise in Schulen, Kindergärten, Hochschulen, Veranstaltungsunternehmen, Messen, der Einzelhandel, Krankenhäuser und Arztpraxen einzustufen sein.

Nach anderer Ansicht (Loschelder Corona-Leitfaden) stellt die flächendeckende Betroffenheit von nahezu allen Betrieben unterschiedlichster Branchen ein klares Indiz dafür da, dass die einzelnen Betriebe nicht aufgrund ihrer Eigenart von der Schließung betroffen sind und deshalb dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers nicht zugerechnet werden können, so dass ein Vergütungsanspruch nicht aus § 615 BGB hergeleitet werden kann. Hiergegen spricht jedoch einerseits, dass es tatsächlich auch einige Branchen gibt, welche von der Krise profitieren. Andererseits stellen gerade auch einige der oben genannten Bereiche systemrelevante Bereiche dar, in welchen der Betrieb so lange wie möglich aufrechterhalten werden soll. Außerdem wurde bisher ein behördliches Tätigkeitsverbot nur für Betriebe, in denen ein erhöhter persönlicher Menschenkontakt und so eine erhöhte Ansteckungsgefahr herrscht, ausgesprochen. Daran zeigt sich, dass das Aussprechen behördlicher Verbote gerade doch von der Art des Betriebs abhängig ist und somit zum Betriebsrisiko zählt.

Hinweis: Wir raten Ihnen als Arbeitgeber vorsorglich einen Antrag nach § 56 V IfSG auf staatliche Entschädigungszahlung zu stellen,

darüber hinaus sollte jedoch auf jeden Fall die mögliche Umstellung auf Kurzarbeit (siehe Abschnitt 4)) geprüft werden.

h) Mittelbar bedingter Arbeitsausfall

Besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn der Arbeitnehmer zwar selbst nicht am Corona-Virus erkrankt ist, jedoch mittelbar durch das Virus bedingt nicht zur Arbeit erscheinen kann (z.B. da der Kindergarten vorübergehend geschlossen hat und die Eltern des Kindergartenkinds dessen Betreuung organisieren müssen, so dass es ihnen unmöglich ist, zur Arbeit zu erscheinen)?

Gegebenenfalls teilweise. Seit dem 30.03.2020 kann gemäß § 56 Absatz 1a IfSG dann ein Entschädigungsanspruch der Eltern bestehen, wenn Einrichtungen zur Kinderbetreuung oder Schulen durch behördliche Anordnung zur Verhinderung von Infektionen, wie der des Corona-Virus, vorübergehend geschlossen werden und sie die Kinder in diesem Zeitraum selbst betreuen müssen. Dieser Anspruch steht auch sorgeberechtigten Pflegeeltern zu.

Dies gilt jedoch nur unter folgenden Voraussetzungen:

- (1) Vorübergehende, behördliche Schließung oder Erlass eines behördlichen Betretungsverbots bzgl. der Kinderbetreuungseinrichtung oder Schule des Kindes zwecks Infektionsschutzes
- (2) Eltern(/-teil) erwerbstätig und sorgeberechtigt
- (3) Kinder sind jünger als zwölf Jahre alt
- (4) keine andere zumutbare Betreuungsmöglichkeit
- (5) im betroffenen Zeitraum wäre die Einrichtung nicht sowieso wegen der Schulferien geschlossen

Zur Höhe des Anspruchs gilt abweichend von dem oben genannten gemäß § 56 II 4 IfSG, dass nur eine Entschädigung in Höhe von 67 % des entstandenen Verdienstaufschlags für die Dauer von maximal sechs Wochen

gewährt wird, wobei die Entschädigung für einen vollen Monat nur einen Betrag von maximal 2.016,00 € betragen kann.

Ein darüberhinausgehender und vorrangiger Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber wird in der Regel nicht bestehen. Es kann zwar ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitnehmers bestehen, da die Erfüllung der Arbeitsleistung ggf. unzumutbar wird (§ 275 III BGB), soweit die Eltern zunächst alle zumutbaren Anstrengungen unternommen haben, um eine anderweitige Kinderbetreuung zu ermöglichen. Ein solches Leistungsverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen in Gestalt des Arbeitnehmers führt jedoch nicht automatisch zur Pflicht des Arbeitgebers zur Lohnzahlung im betroffenen Zeitraum, vielmehr geht der Vergütungsanspruch grundsätzlich nach § 326 BGB unter.

Es könnte zwar ein entsprechender Anspruch aus **§ 616 BGB** gegenüber dem Arbeitgeber bestehen, dieser hat jedoch strengere Anforderungen als der Entschädigungsanspruch, da der Arbeitnehmer darlegen muss, dass der Grund einerseits in seiner Person liegt und andererseits kein Verschulden besteht. Zudem gilt er auch nur für die kurze Zeitspanne einer „verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit“. Nach herrschender Meinung wird hier ein Zeitraum von i.d.R. fünf Tagen (a.A. 10 Tage) als „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ angesehen. Darüber hinaus besteht auch der Anspruch nach § 616 BGB nur, sofern der Arbeitnehmer tatsächlich vorübergehend verhindert ist. Bestehen alternative Betreuungsmöglichkeiten ist dies ebenso wenig der Fall, wie wenn die Schließung des Kindergartens sofort für zwei Wochen festgelegt wird, da dann kein vorübergehendes Hindernis besteht, sodass ein Anspruch aus § 616 BGB nicht entsteht. Diese Voraussetzungen werden in der Regel im Rahmen der langwierigen Maßnahmen im Rahmen der Corona-Krise nicht erfüllt werden. Zudem ist wiederum zu berücksichtigen, ob die Regelung des § 616 BGB einzel- oder tarifvertraglich abbedungen wurde. Darüber hinaus wird auch bei einem Anspruch aus § 616 BGB eine Betreuungsnotwendigkeit abhängig vom Alter der Kinder, nach h.M. nur bis Vollendung des 12. Lebensjahrs

angenommen (Loschelder Corona-Leitfaden; Grimm, ArbRB-Blog, 11.03.2020⁶).

Mangels Krankheit des Kindes kommen auch keine Ansprüche auf Pflegeunterstützungsleistung gemäß § 44a III SGB XI oder auf Krankengeld wegen Erkrankung des Kindes nach § 45 SGB V in Betracht.

Betreffend der Möglichkeit einer anderweitigen Betreuung ist sowohl im Rahmen des § 56 Abs. 1a IfSG als auch des § 616 BGB zu beachten, dass für Eltern bzw. Elternteile, die in sog. kritischen Infrastrukturen arbeiten, möglicherweise eine Notfallbetreuung durch Schulen und Kitas bereitgestellt wird. Diese muss dann vorrangig in Anspruch genommen werden. Hierzu gibt es je nach Bundesland und Schule/Kita unterschiedliche Regelungen. Betroffene Arbeitnehmer sollten sich bei ihrem Arbeitgeber und der Betreuungseinrichtung darüber informieren, ob für sie eine entsprechende Möglichkeit der Betreuung besteht.

2. Home-Office

a) Anspruch

Besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeiten im sog. Home-Office?

Grundsätzlich nicht. Es gibt keine einseitige Möglichkeit des Arbeitnehmers zu entscheiden, von zu Hause arbeiten zu können. Auch im Fall einer potentiellen Ansteckungsgefahr im Betrieb entsteht ein solcher Anspruch nicht (Bonanni, ArbRB-Blog, 06.02.2020; Bonanni ArbRB 2020, Heft 3 S. 1⁷; BMAS). Wenn der Arbeitnehmer ohne Absprache zu Hause bleibt, begeht er eine Arbeitspflichtverletzung, welche gegebenenfalls in einem Verlust des Entgeltanspruchs, einer Abmahnung oder einer Kündigung enden kann.

Eine Option zur Arbeit im Home-Office kann sich hiervon abweichend jedoch auch aus einer Betriebsvereinbarung oder einem Tarifvertrag

⁶ <https://www.arbrb.de/blog/2020/03/05/besteht-ein-anspruch-auf-entgeltfortzahlung-wenn-arbeitnehmer-lediglich-mittelbar-wegen-corona-ihrer-erwerbstaetigkeit-nicht-nachgehen-koennen/>

⁷ <http://www.arbrb.de/62079.htm>

ergeben. Selbstverständlich steht es den Parteien zudem frei, sich darauf zu einigen, dass der Arbeitnehmer vorerst von zu Hause arbeiten soll. Hierauf ist zum jetzigen Zeitpunkt falls möglich hinzuwirken. Hierfür ist jedoch eine einvernehmliche Einigung von Arbeitnehmer und Arbeitgeber erforderlich, welche die hohen Anforderungen des Home-Office in Bezug auf datenschutzrechtliche Aspekte aber auch die Qualität der Arbeitsmittel und des Arbeitsplatzes ausreichend berücksichtigt.

b) Quarantäne

Besteht für den sich aufgrund eines behördlichen Tätigkeitsverbots in häuslicher Quarantäne befindlichen Arbeitnehmer eine Arbeitspflicht im Home-Office?

Grundsätzlich ja, falls dies mit dem Wesen der Arbeitsleistung vereinbar ist und dem Arbeitnehmer ausreichend Arbeitsmittel (Computer, Internetzugang, Software, etc.) zur Verfügung stehen (so auch Grimm, ArbRB-Blog, 03.03.2020). Die Möglichkeit des Bezugs einer Entschädigung nach § 56 IfSG schließt dies gerade nicht aus, da vielmehr nur aufgrund der behördlichen Anordnung ausgefallene Arbeitsstunden entschädigt werden. Arbeitsleistungen, die im Home-Office erbracht werden, fallen jedoch gerade nicht aus, sodass für sie der normale Vergütungsanspruch gegen den Arbeitgeber besteht. Eine Vereinbarkeit von Home-Office und der vertraglich vereinbarten Tätigkeit muss in Interessenabwägung je nach Einzelfall entschieden werden. Falls die Tätigkeit in reiner „Schreibtischarbeit“ besteht und die erforderlichen Arbeitsmittel auch zu Hause, z.B. durch externen Zugriff auf den Firmenserver, zur Verfügung stehen, besteht grundsätzlich auch in Quarantäne Arbeitspflicht (a.A. Bonanni, ArbRB 2020, Heft 3 S. 1)

c) Arbeitsmittel

Muss der Arbeitgeber die Arbeitsmittel für das Home-Office zur Verfügung stellen?

Nein, dies ist nicht erforderlich. Jedoch besteht für den Arbeitnehmer nach obigen Ausführungen auch keine Arbeitspflicht, wenn ihm die erforderlichen Arbeitsmittel fehlen. Deshalb ist es empfehlenswert entsprechende Arbeitsmittel, insbesondere Softwarelizenzen,

bereitzustellen, um einen möglichst reibungslosen Ablauf des Arbeitsalltags aufrecht zu erhalten, da die Arbeitnehmer zwar auf bereits vorhandene eigene Arbeitsmittel zurückgreifen, nicht jedoch eigene Investitionen treffen müssen. Aufgrund dessen ist es sinnvoll eine unternehmerische Abwägung zwischen dem Gewinn der bedingten Aufrechterhaltung des Betriebs per Home-Office und dem erhöhten Kostenfaktor für die zusätzlichen Arbeitsmittel durchzuführen.

3. Arbeitgeberrechte und -pflichten

a) Vorsichtsmaßnahmen

Welche Vorsichtsmaßnahmen muss der ArbG vornehmen, um seine Arbeitnehmer vor einer Infektion mit dem Corona-Virus zu schützen?

Der Arbeitgeber hat nach § 3 ArbSchG grundsätzlich die Pflicht Gefahren für die Sicherheit und Gesundheit seiner Beschäftigten am Arbeitsplatz regelmäßig neu zu beurteilen (sog. Gefährdungsbeurteilung) und dann entsprechende Schutz-Maßnahmen hieraus abzuleiten. Konkrete Hinweise zu erforderlichen Schutzmaßnahmen finden sich unter anderem im Rahmen des Nationalen Pandemieplans auf der Homepage des RKI⁸. Hiernach sind Arbeitgeber dazu gehalten folgendes im Betrieb umzusetzen:

- Einhaltung eines Mindestabstands von 1,5 m zwischen Personen
- Home-Office ermöglichen und fördern
- Vermeidung längerer persönlicher Gespräche
- Bereitstellung von Desinfektionsmittel (soweit verfügbar)
- Hinweise zu den Standard-Hygienemaßnahmen z.B. durch Aushängung von Informationen⁹ zu Hygiene-Tipps, Husten- und Nies-Etikette sowie zur Händehygiene
- Videokonferenzen durchführen
- Verzicht auf zwingend erforderliche Geschäftsreisen

⁸https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Ergaenzung_Pandemieplan_Covid.pdf?__blob=publicationFile

⁹ Vordrucke z.B. hier: <https://www.infektionsschutz.de/mediathek/printmaterialien.html>

Besonderer Arbeitsschutz ist in Branchen zu beachten, bei denen ein erhöhter Kontakt mit potentiell Erkrankten oder biologischen Arbeitsstoffen besteht (Labor- und Pflegekräfte, Ärzte, etc.). Nach § 4 BioStoffV müssen Viren, Bakterien etc. in der Gefährdungsbeurteilung berücksichtigt werden. SARS-CoV-2 ist als biologischer Arbeitsstoff in der Risikogruppe 3 nach Biostoffverordnung eingestuft. Erforderliche Maßnahmen können etwa die Abtrennung der Arbeitsbereiche oder die Beschränkung der Mitarbeiterzahl sein. Bei erhöhter Gefährdung hat der Arbeitgeber außerdem persönliche Schutzausrüstung, wie Handschuhe oder Atemschutz, zur Verfügung zu stellen.

Aufgrund der schnellen Ausbreitung des Corona-Virus sind mangels der Möglichkeit des Gesetzgebers zeitnah ausreichend spezielle Beschlüsse bzw. Regelungen zu treffen, Regelungen zur Prävention anderer Viren, wie beispielweise die Technische Regel "Biologische Arbeitsstoffe im Gesundheitswesen und in der Wohlfahrtspflege" (TRBA 250) oder der Beschluss 609 „Arbeitsschutz beim Auftreten einer nicht ausreichend impfpräventablen humanen Influenza“, analog auf die Prävention der Corona-Virus-Verbreitung anzuwenden. Eine weitere Konkretisierung der erforderlichen Maßnahmen der Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist auf der Website der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin zu finden.¹⁰

b) Duldung von Arbeitnehmerinitiativen

Muss der Arbeitgeber selbst initiierte Präventivmaßnahmen der Mitarbeiter, wie z.B. das Tragen eines Mundschutzes dulden?

In einem Verfahren (Arbeitsgericht Berlin 55 BV Ga 2341/20, LAG Berlin-Brandenburg PM 12/20 v. 04.03.2020) in dem der Arbeitgeber seinen am Berliner Flughafen beschäftigten Personal untersagt hat, einen Mundschutz zu tragen, kam es durch eine Aufhebung des Verbots seitens des Arbeitgebers nach Klageerhebung nicht zu einer rechtskräftigen Sachentscheidung. Deshalb liegt diesbezüglich noch keine Rechtsprechung

¹⁰ https://www.baua.de/DE/Themen/Arbeitsgestaltung-im-Betrieb/Biostoffe/FAQ/pdf/Empfehlungen-organisatorische-Massnahmen.pdf?_blob=publicationFile

vor. Zwar hat der Arbeitgeber nach § 106 S. 2 GewO ein umfassendes Weisungsrecht, allerdings muss nach § 315 III 1 BGB eine Interessenabwägung nach den Umständen des Einzelfalls erfolgen. In Angesicht der rasanten Ausbreitung und dem hohen Infektionspotential im Falle des Corona-Virus ist insbesondere, wenn im Betrieb eine erhöhte Infektionsgefahr durch regelmäßigen Kontakt mit Menschen besteht, eine erhöhte Duldungspflicht des Arbeitgebers anzunehmen.

c) Freistellungen zum Schutz

Ist der Arbeitgeber verpflichtet einen gefährdeten Mitarbeiter zum Schutz entgegen dessen Willen freizustellen?

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer einen Beschäftigungsanspruch gegen den Arbeitgeber. Allerdings kann der Arbeitgeber aus sachlichen Gründen auch ohne eine entsprechende Vereinbarung seine Arbeitnehmer kurzzeitig freistellen, wenn dies aufgrund der konkreten Gefährdung von Arbeitgeberinteressen erforderlich ist. Dies hat der Arbeitgeber bei der Freistellung darzulegen. Eine Erkrankung des Mitarbeiters stellt einen entsprechenden sachlichen Grund dar, so dass der Arbeitgeber schon aufgrund seiner Fürsorgepflicht einen Mitarbeiter freizustellen hat, sobald er von der Erkrankung erfährt.

Besteht jedoch nur ein Verdacht der Erkrankung oder einer besonderen Gefährdungssituation, ist umstritten, ob hierin eine ausreichend konkrete Gefährdung von Arbeitgeberinteressen besteht, welche eine zwangsweise Freistellung rechtfertigt. Allerdings spricht die hohe Ansteckungsgefahr bei unwissentlicher Erkrankung am Corona-Virus dafür, dass ein Arbeitgeber bei ausreichender sachlicher Begründung zum Schutz des Mitarbeiters, eigener betrieblicher Interessen sowie dem Schutz anderer Mitarbeiter und Kunden eine Freistellung aussprechen kann. Dies dürfte insbesondere bei der Rückkehr aus Risikogebieten, welche als solche behördlich eingestuft sind, dem Auftreten von ernstzunehmenden Krankheitssymptomen oder einem nachgewiesenen Kontakt mit einem Infizierten der Fall sein. Allerdings ist die Rechtslage hierzu noch unsicher (vgl. auch Loschelder Corona-Leitfaden).

Um seiner Fürsorgepflicht nachzukommen empfehlen wir dem Arbeitgeber bei konkreten Verdachtsmomenten Kontakt zum Mitarbeiter zu suchen, um eine einvernehmliche Lösung zu finden und ansonsten ggf. eine Freistellung ausführlich sachlich zu begründen, um darzulegen, dass keine willkürliche Freistellung aus anderen Gründen als der Corona-Epidemie erfolgt.

d) Informationspflicht

Welche Informationen muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Gesundheit betreffend geben?

Grundsätzlich benötigen Fragen des Arbeitgebers nach dem Gesundheitszustand des Arbeitnehmers einer besonderen Rechtfertigung, da durch sie in das Allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers sowie sein Recht auf informelle Selbstbestimmung als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts gemäß Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG eingegriffen wird. Wenn bei einem Arbeitnehmer jedoch eine Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 festgestellt wird, hat der Arbeitnehmer diesbezüglich eine Informationspflicht gegenüber seinem Arbeitgeber, sodass der Arbeitgeber über eine Erkrankung bzw. Infektion mit dem Corona-Virus ausnahmsweise Auskunft verlangen kann, um seinen Fürsorge- und Schutzpflichten nachkommen und die Gesundheit seiner anderen Arbeitnehmer schützen zu können (BMAS; a.A.: Loschelder Corona-Leitfaden).

e) Rückkehr aus Risikogebiet

Bestehen besondere Fürsorgepflichten des Arbeitgebers bei Rückkehr eines Arbeitnehmers aus einem Risikogebiet?

Kehrt ein Arbeitnehmer aus einem behördlich, bspw. durch das auswärtige Amt, als Risikogebiet erklärten Land bzw. Ort zurück zur Arbeitsstelle, ist sowohl von Seiten des Arbeitnehmers als auch des Arbeitgebers ein aktives Handeln erforderlich, um die anderen Mitarbeiter des Betriebes zu schützen. Zunächst besteht für den Arbeitnehmer die Pflicht, seinen Arbeitgeber über den Aufenthalt im Risikogebiet spätestens bei seiner Rückkehr an den Arbeitsplatz zu informieren. Erfüllt der Arbeitnehmer diese Informationspflicht nicht von allein, darf der Arbeitgeber fragen, ob der

Arbeitnehmer sich in einem Risikogebiet aufgehalten hat, nicht jedoch, wohin genau die Urlaubsreise ging.

Der Arbeitgeber sollte dann zunächst versuchen eine einvernehmliche Lösung mit dem Arbeitnehmer, wie beispielsweise die zeitweise Vereinbarung der Arbeit im Home-Office, zu finden und bei mangelnder Kooperation des Arbeitnehmers eine sachlich auf den Aufenthalt im anerkannten Risikogebiet gestützte Freistellung aussprechen. Ob eine Pflicht zur Freistellung besteht ist strittig (s.o.), sollte aber zumindest bei einer Rückkehr aus einem Risikogebiet angenommen werden.

Eine betriebsärztliche Untersuchung darf nur bei besonderen Anhaltspunkten angeordnet werden. Ein solcher besonderer Fall ist unseres Erachtens nach bei der Rückkehr aus einem Risikogebiet jedoch gegeben. Der Betriebsarzt hat dann – im Gegensatz zum Arbeitgeber – die Pflicht eine diagnostizierte Erkrankung an das Gesundheitsamt zu melden.

f) Datenschutz

Darf der Arbeitgeber andere Mitarbeiter über eine (mögliche) Erkrankung des Arbeitnehmers oder seine Rückkehr aus einem Risikogebiet aufklären?

Dies ist strittig. Nach bisher überwiegend Ansicht (Grimm, juris-Magazin¹¹; Loschelder Corona-Leitfaden) dürfte es in Ansehung von § 9 II b) DSGVO i.V.m. § 26 III BDSG sogar zulässig sein den Namen des betroffenen Mitarbeiters offen zu legen. Hiernach ist die Datenweitergabe zulässig, sofern sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung von Pflichten aus dem Arbeitsrecht erforderlich ist und das schutzwürdige Interesse der betroffenen Person nicht augenscheinlich überwiegt. Es ist im Einzelfall eine Abwägung zwischen dem Datenschutz im Interesse des betroffenen Arbeitnehmers und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und den Interessen der anderen Mitarbeiter vorzunehmen.

¹¹ https://www.juris.de/jportal/nav/juris_2015/aktuelles/magazin/coronavirus-arbeitsrecht.jsp

Im Fall der tatsächlichen Erkrankung des Arbeitnehmers, wird eine Informationspflicht zumindest bezüglich der mit dem Mitarbeiter möglicherweise in Kontakt gelangten Kollegen bestehen (vgl. § 26 I 2 BDSG). Um die Personen zu ermitteln, welche mit dem Infizierten bereits Kontakt hatten, sollte es auch erforderlich sein, allen Mitarbeitern seinen Namen mitzuteilen, denn der Infizierte allein wird sich nicht an jeden Einzelkontakt erinnern können. Gegen ein geringeres Interesse des Betroffenen spricht zudem, dass das Coronavirus nicht stigmatisierend ist, da es jeden unabhängig von speziellen Verhaltensweisen treffen kann und es sich nur um eine vorübergehende Krankheit handelt.

Auch bei einem reinen Verdacht wegen der Rückkehr aus einem Risikogebiet wird in Ansehung von § 26 III BDSG nach obiger Argumentation ebenso die Informationspflicht gegenüber dem Datenschutz überwiegen.

Dienstreisen

Dürfen vom Arbeitgeber Dienstreisen in ein Gefahrengebiet angewiesen werden?

Sofern das Auswärtige Amt für das Gebiet eine Reisewarnung herausgegeben hat, darf der Arbeitnehmer das Antreten der Dienstreise verweigern. Nach § 106 GewO darf der Arbeitgeber die im Arbeitsvertrag nur rahmenmäßig umschriebene Leistungspflicht nach Zeit, Ort und Art nach billigem Ermessen bestimmen. Bei amtlicher Reisewarnung kann ein billiges Interesse des Arbeitgebers an der Ausführung der Dienstreise jedoch grundsätzlich abgelehnt werden.

Die bloße Befürchtung es bestehe eine Gefahr der Infektion mit dem Corona-Virus bei einer innerdeutschen Dienstreise an einen nicht als Risikogebiet deklarierten Ort reicht nicht aus, um die Teilnahme an einer Dienstreise innerhalb Deutschlands oder an sonstigen dienstlichen Veranstaltungen zu verweigern.

g) Überstunden

Darf der Arbeitgeber Überstunden anordnen, wenn viele Kollegen aufgrund der Corona-Krise ausfallen?

Gegebenenfalls ja. Überstunden liegen vor, wenn die vereinbarte regelmäßige Arbeitszeit überschritten wird. Arbeitnehmer sind grds. nur dann zur Leistung von Überstunden verpflichtet, wenn sich dies aus Arbeits- oder Tarifvertrag bzw. einer Betriebsvereinbarung ergibt. Allerdings kann auch ohne gesonderte Regelung eine vertragliche Nebenpflicht zur Leistung von Überstunden bestehen, sofern ein dem Arbeitgeber nicht zumutbarer, anders nicht abwendbarer Schaden droht, der durch die geforderten Überstunden vermieden wird. Dies kann gerade bei erheblichen Personalausfällen mit gleichzeitig erhöhter Anfrage aufgrund der Corona-Krise, zum Beispiel in der Lebensmittelproduktion, der Fall sein.

Arbeitnehmerüberlassung

Ist eine Arbeitnehmerüberlassung von Unternehmen, welche aufgrund der Corona-Krise weniger Arbeitskräfte benötigen auf Unternehmen, welche einen erhöhten Arbeitskraftbedarf haben, ausnahmsweise auch ohne Erlaubnis möglich?

Nach Ansicht des BMAS ist hier die Regelung des § 1 III Nr. 2a AÜG anwendbar, sodass die speziellen Regelungen des AÜG, insbesondere die Pflicht der Einholung einer Erlaubnis nach § 1 I 1 AÜG, nicht gelten, sofern die folgenden Voraussetzungen gegeben sind:

- (1) die betroffenen Arbeitnehmer müssen der Überlassung zugestimmt haben,
- (2) es darf nur eine vorübergehende Tätigkeit des Arbeitgebers als Arbeitnehmerüberlasser beabsichtigt sein und
- (3) die Überlassung des einzelnen Arbeitgebers darf nur begrenzt auf die aktuelle Krisensituation im Rahmen der Corona-Epidemie erfolgen.

Grundsätzlich nicht erlaubt ist nach Ansicht des BMAS jedoch die Überlassung von Arbeitskräften an Unternehmen des Baugewerbes nach der

Baubetriebe-Verordnung für Tätigkeiten, die üblicherweise von Arbeitern verrichtet werden.

4. Kurzarbeit (§§ 95 ff. SGB III)

Der Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG besteht jedoch nur bezüglich einzelner Mitarbeiter bei denen ein behördliches Beschäftigungsverbot erlassen wurde. Muss der Betrieb nur mittelbar als Folge der Erkrankungswelle bzw. der Auftrags- bzw. Produktionsmittelknappheit oder zu ihrem Schutz die Arbeitnehmer freistellen, trägt der Arbeitgeber nach der sog. Betriebsrisikolehre weiterhin die Vergütungspflicht (s.o.). Einen möglichen Ausweg bietet das Kurzarbeitergeld (§§ 95 ff. SGB III). Seit dem 15.03.2020 gelten aufgrund der Corona-Krise rückwirkend zum 01.03.2020 erleichterte Regelungen zum Bezug von Kurzarbeitergeld. Bei Kurzarbeit wird die Arbeitszeit (in der Regel mittels Betriebsvereinbarung) verkürzt und im Verhältnis dazu der Arbeitsentgeltanspruch reduziert. Der Gehaltsverlust der Arbeitnehmer wird durch das anteilig am entgangenen Arbeitsentgelt bemessene, vom Staat gewährte Kurzarbeitergeld verringert. Die Voraussetzungen und der Leistungsumfang des Kurzarbeitergeldes werden folgenden Abschnitt genauer dargelegt:

a) Empfänger

Wer kann Kurzarbeitergeld bekommen?

Grundsätzlich können alle Arbeitnehmer im betroffenen Betrieb mit denen eine Vereinbarung über die Kurzarbeit getroffen wurde Kurzarbeitergeld bekommen. Nach Information der Bundesagentur für Arbeit¹² gilt für besondere Beschäftigungsgruppen folgendes:

Kurzarbeitergeld können auch Leiharbeiter (§ 11a AÜG n.F.; Neuregelung ist befristet und tritt spätestens am 31.12.2021 außer Kraft; vgl. Grimm, ArbRB 2020, 97, 100) und befristet beschäftigte Arbeitnehmer erhalten, nicht jedoch gekündigte Arbeitnehmer ab dem Ausspruch der Kündigung. Nur Mitarbeiter von öffentlichen Betrieben, die auf das Erzielen eines Gewinns ausgerichtet sind, können Kurzarbeitergeld beziehen, nicht aber

¹² <https://www.arbeitsagentur.de/news/corona-virus-informationen-fuer-unternehmen-zum-kurzarbeitergeld>

Mitarbeiter in nicht wirtschaftlich tätigen Bereichen der öffentlichen Verwaltung, wie Behörden.

Selbständige können kein Kurzarbeitergeld beziehen, da sie nicht versicherungspflichtig beschäftigt sind. Auch eine Antragspflichtversicherung („freiwillige Weiterversicherung“) ermöglicht keinen Anspruch auf Kurzarbeitergeld.

Auszubildende können erst nach einem Arbeitsausfall von sechs Wochen bzw. 30 Arbeitstagen Kurzarbeitergeld bekommen. Bis zu diesem Zeitpunkt erhalten sie die volle Ausbildungsvergütung. Zwar sollen auch im Rahmen der Corona-Krise die Arbeitgeber grundsätzlich zunächst versuchen die Ausbildung durch Umstellung des Ausbildungsplans oder Versetzung in eine andere Abteilung weiterzuführen, ist dies jedoch nicht möglich, da der Betrieb z.B. aufgrund der Corona-Krise zeitweise geschlossen wird, können auch Auszubildende Kurzarbeitergeld erhalten. Auch für Auszubildende, die nach Abschluss ihrer Berufsausbildung eine versicherungspflichtige Beschäftigung bei demselben oder einem anderen Arbeitgeber aufnehmen, besteht auch während der Corona-Krise die Möglichkeit, dass sie Kurzarbeitergeld erhalten.

Geringfügig Beschäftigte können kein Kurzarbeitergeld erhalten, da dieses nur an versicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer ausgezahlt wird. Ebenso sind Studierende, die an einer Hochschule immatrikuliert sind und in der Hauptsache ihr Studium betreiben keine möglichen Empfänger von Kurzarbeitergeld, da sie zum versicherungsfreien Personenkreis in der Arbeitslosenversicherung gehören. Entscheidend ist das Bestehen einer Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung, sodass dies auch gilt, wenn die Studierenden beispielsweise neben ihrem Studium eine ggf. ansonsten sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausüben.

„Grenzgänger“, also Arbeitnehmer aus Grenzregionen, die zur Arbeit nach Deutschland pendeln, können nur dann Kurzarbeitergeld bekommen, soweit ihnen der Grenzübertritt grundsätzlich weiterhin möglich ist. Derzeit (Stand: 07.04.2020) ist das Übertreten der deutschen Grenzen bei der Notwendigkeit des Erreichens des Arbeitsplatzes in Deutschland gestattet.

Falls die Arbeitnehmer den Arbeitsplatz aufgrund einer Grenzschließung jedoch nicht mehr erreichen können, besteht nach Ansicht des BMAS kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld. Für Grenzgänger aus Deutschland gilt das Recht des Beschäftigtenstaates. Bei vorübergehender Arbeit im Home-Office in Deutschland aufgrund der Corona-Krise führt dies zu keiner Änderung des anwendbaren Rechts in der Sozialversicherung. Arbeitnehmer bleiben im gleichen Staat sozialversichert wie bisher.

Bezüglich erkrankter Arbeitnehmer ist strittig, ob bzw. in welchem Umfang Kurzarbeitergeld gezahlt werden kann. Nach Ansicht der Bundesagentur gilt (unabhängig davon, ob die Erkrankung auf einer Infektion mit dem Coronavirus beruht oder nicht) folgendes: Hat die Arbeitsunfähigkeit vor Einführung der Kurzarbeit begonnen, wird für den erkrankten Beschäftigten für die Dauer seiner Krankheit kein Kurzarbeitergeld bezahlt, vielmehr erhält er für die Dauer von bis zu sechs Wochen Lohnfortzahlung nach § 3 EFZG in voller Höhe vom Arbeitgeber gezahlt. Tritt die Arbeitsunfähigkeit hingegen erst ein, nachdem im Betrieb Kurzarbeit angeordnet wurde, wird das Kurzarbeitergeld bis zu sechs Wochen für die ausgefallene Arbeitszeit gezahlt, während für die aufgrund der Kurzarbeit verringerte, geplante Arbeitszeit der Lohnfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG besteht.

Nach anderer Auffassung (Loschelder Corona-Leitfaden) ist der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung stets abhängig vom Bestehen der Kurzarbeit. Bei arbeitsunfähigen Arbeitnehmern, denen Kurzarbeit angeordnet werden kann, führe die Kurzarbeit zu einer hypothetischen Verringerung der Arbeitszeit, so dass wiederum ein Entgeltfortzahlungsanspruch in Höhe der reduzierten Arbeitszeit sowie Kurzarbeitergeld für die entfallene Arbeitszeit zu zahlen ist. Bei einem vollständigen Wegfall der Arbeitspflicht aufgrund von Kurzarbeit entfällt danach auch der Entgeltfortzahlungsanspruch komplett und es wird nur noch Krankengeld in Höhe des Kurzarbeitergelds bezahlt. Bei arbeitsunfähigen Arbeitnehmern, bei denen Kurzarbeit nicht angeordnet werden kann, würde hingegen der Entgeltzahlungsanspruch nach § 3 EFZG in Höhe der Betriebseinstellung, also ggf. auch ganz entfallen, da es an der Monokausalität der Arbeitsunfähigkeit fehle, weil der Beschäftigte selbst

wenn er gesund wäre aufgrund der Betriebseinstellung nicht arbeiten und so auch keinen Lohn erhalten würde.

b) Voraussetzungen

Wann kann Kurzarbeitergeld beantragt werden?

(1) Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag oder (Firmen-)Tarifvertrag bzw. Abschluss einer Betriebsvereinbarung über Kurzarbeit mit dem Betriebsrat nach § 87 I Nr. 3 BetrVG

Eine einseitige Anordnung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber ist nicht möglich. Sofern im Betrieb ein Betriebsrat vorhanden ist, unterliegt die Entscheidung über die Einführung von Kurzarbeit in jedem Fall seiner Mitbestimmung (§ 87 I Nr. 3 BetrVG). Es bedarf einer förmlichen und konkreten Betriebsvereinbarung. Bloße Regelungsabreden zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat reichen wegen der fehlenden zwingenden Umsetzung in das Arbeitsverhältnis nicht aus. Auch reine Rahmenvereinbarungen zur Kurzarbeit sind ungeeignet, da zumindest der Beginn und die Dauer, die Lage und die Verteilung der Kurzarbeit sowie die Auswahl der Arbeitnehmer bzw. betroffenen Abteilungen und der Zeitraum der Kurzarbeit konkret geregelt werden müssen.

Das arbeitsrechtliche Günstigkeitsprinzip steht der Einführung der Kurzarbeit nicht entgegen, da in Individualverträgen in der Regel keine vorübergehende Verkürzung der Arbeitszeit geregelt und daher kein Günstigkeitsvergleich möglich ist (vgl. Grimm, ArbRB 2020, 97, 99).

(2) Erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall aufgrund eines unabwendbaren Ereignisses oder wirtschaftlicher Ursachen

Ein unabwendbares Ereignis liegt in der Regel auch bei behördlich veranlassten Maßnahmen vor, wie z.B. der vorübergehenden Schließung eines Kindergartens, von Ladengeschäften, privaten Schulen, Fachhochschulen oder Universitäten durch behördliche Anordnung, weil das Risiko einer Übertragung des Corona-Virus zu

hoch ist, da die Betroffenen aufgrund des Verbots keine Wahl haben ihr Geschäft aufrecht zu erhalten.

Beispiele für wirtschaftliche Ursachen für einen erheblichen Arbeitsausfall sind Auftragsmangel und -stornierung sowie fehlendes Material. Dies liegt auch vor, wenn z.B. ein öffentlicher Verkehrsbetrieb, als ein öffentlicher Betrieb, der auf das Erzielen eines Gewinns ausgerichtet ist, aufgrund der Corona-Epidemie spürbar weniger Fahrgäste befördert und so deutlich weniger Fahrscheine verkauft. Als Folge könne Mitarbeiter im Fahrbetrieb in Kurzarbeit geschickt werden. Andere durch die Corona-Krise bedingte Situationen, welche Kurzarbeit rechtfertigen bestehen, z.B. wenn eine hohe Zahl an Erkrankungen und Quarantänefällen unter den Beschäftigten eines Betriebs, einreißende Lieferketten aus dem In- und Ausland oder die konjunkturelle Krisensituation als solche dazu führen, dass die Produktion eingestellt werden muss. Auch mittelbar betroffene Unternehmen, wie Hotelbetriebe oder Messebauunternehmen im Fall der Absage von Messen und Großveranstaltungen aufgrund staatlicher Schutzmaßnahmen bzw. bei Umsatzeinbruch aufgrund des eingeschränkten Reiseverhaltens können Kurzarbeitergeld beantragen.

Es muss ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegen. Die Voraussetzungen hierzu wurden vorübergehend gelockert, sodass nunmehr als Ausnahme von § 96 I 1 Nr. 4 SGB III, wonach eigentlich verlangt wird, dass mindestens ein Drittel der Beschäftigten betroffen ist, mindestens 10 % der Beschäftigten des Betriebs oder der Betriebsabteilung einen Arbeitsentgeltausfall von mehr als 10 % im jeweiligen Kalendermonat haben müssen. Es ist grundsätzlich nicht die Betroffenheit des gesamten Betriebs erforderlich, sondern Kurzarbeit kann auch auf einzelne Betriebsabteilungen beschränkt sein (§ 97 S. 2 SGB III). Insbesondere dann muss aber zunächst eine ggf. zeitweise Umsetzung von Arbeitnehmern in einen anderen Bereich/eine andere Abteilung geprüft werden.

Der Arbeitsausfall muss vorübergehend und unvermeidbar sein. Unvermeidbar heißt auch, dass der Ausfall nicht auf branchenüblichen, betriebsüblichen oder saisonbedingten Gründen beruhen darf. Zudem müssen wirtschaftlich zumutbare Gegenmaßnahmen zuvor getroffen worden sein, so zum Beispiel die vorherige Gewährung von bereits beantragtem Urlaub oder die Auflösung von positiven Arbeitszeitguthaben (§ 96 IV Nr. 2+3 SGB III). Bis 31.12.2020 wird nach § 109 V SGB III n.F. jedoch darauf verzichtet zur Gewährung des Kurzarbeitergelds zunächst einen Aufbau von negativen Arbeitszeitsalden (Minusstunden) einzufordern (Ausnahme zu § 96 IV 2 Nr. 3 SGB III). Ebenso wird bis Ende 2020 der Einsatz von Erholungsurlaub zur Vermeidung von Arbeitsausfällen nicht mehr gefordert. Dies bezieht sich jedoch nur auf Erholungsurlaub für das laufende Jahr. Falls Beschäftigte noch einen Resturlaubsanspruch aus dem Vorjahr haben, sollen sie vom Arbeitgeber zunächst angehalten werden, diese alten Urlaubstage in Zeiten des Arbeitsausfalls zu nehmen. Ein Urlaubszwang besteht jedoch auch bezüglich des Resturlaubs nicht.

Kein Anspruch besteht, wenn das Unternehmen aus freier Entscheidung entschließt den Betrieb vorübergehend zur Minimierung eines Erkrankungsrisikos oder einer noch ungewissen wirtschaftlichen Folge einzustellen. Dann stellt die Corona-Epidemie nicht den unmittelbaren Grund für die Betriebsschließung dar und die Möglichkeit des Erhalts von Kurzarbeitergeld besteht nicht. Als Folge muss der Arbeitgeber bei der Betriebsschließung trotz ausbleibender Arbeitsleistung nach § 615 BGB die volle Vergütung an seine Arbeitnehmer zahlen.

Grundsätzlich wird es voraussichtlich aber relativ unbürokratisch möglich sein im Rahmen der Corona-Krise die erforderlichen Voraussetzungen darzulegen, da es politisch klar gewollt ist, so viel Kurzarbeitergeld wie erforderlich auszuschütten, um die Krise zu überstehen, da dieser Vorgang bei der Finanzkrise 2008/2009 erfolgreich war (vgl. Loschelder Corona-Leitfaden).

(3) Erfüllung der betrieblichen Voraussetzungen

Nach § 97 SGB III muss im Betrieb oder in der Betriebsabteilung mindestens ein Arbeitnehmer beschäftigt sein.

(4) Erfüllung der persönlichen Voraussetzungen

Nach § 98 SGB III muss es sich bezüglich des betroffenen Arbeitsverhältnisses um eine Fortsetzung einer versicherungspflichtigen Beschäftigung bzw. Aufnahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung aus zwingenden Gründen oder im Anschluss an eine Ausbildung handeln.

(5) Anzeige des Arbeitsausfalls bei der Arbeitsagentur am Betriebssitz

Bevor ein Antrag auf Gewährung des Kurzarbeitergelds gestellt werden kann, muss nach § 99 SGB III zunächst eine Anzeige der geplanten Kurzarbeit mit der Begründung des erheblichen Arbeitsausfalls bei der örtlichen Arbeitsagentur erfolgen. Da die Arbeitsagenturen derzeit aufgrund der Corona-Krise erheblich überlastet sind, ist abweichend von der sonstigen Empfehlung (zunächst telefonisch, dann schriftlich anzuzeigen) nun eine Online-Kontaktaufnahme per e-Services am effektivsten und zielbringendsten. Die Bundesagentur für Arbeit hat auf ihrer Website zum gesamten Vorgang von Anzeige und Antrag eine Schritt-für-Schritt Anleitung veröffentlicht.¹³ Ansonsten steht auch ein Formular zur schriftlichen Anzeige zur Verfügung.¹⁴ Die Anzeige hat unverzüglich nach Beschluss der Kurzarbeit zu erfolgen. In der Regel ist keine nachträgliche Beantragung möglich. Inwiefern dies im Rahmen der Corona-Krise lockerer gehandhabt wird, ist noch nicht ersichtlich.

Der Anzeige sind zur Glaubhaftmachung Belege beizulegen (§ 99 I SGB III), also Darstellungen der konkret erwarteten verringerten

¹³ <https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/finanziell/kurzarbeitergeld-video>

¹⁴ https://www.arbeitsagentur.de/datei/anzeige-kug101_ba013134.pdf

Arbeitszeiten je Mitarbeiter. Zudem ist gegebenenfalls die Stellungnahme des Betriebsrats beizufügen (§ 99 I 3 SGB III)

(6) Antrag

Nach der Anzeige der Kurzarbeit kann der Arbeitgeber dann den Antrag auf Kurzarbeitergeld bei der örtlichen Arbeitsagentur gestellt werden. Hierfür steht wiederum das e-Services-Portal sowie ein Formular¹⁵ zur Verfügung.

Die geleisteten Arbeits-, Ausfall- und Fehlzeiten sind in Arbeitszeitnachweisen zu führen. Schon im Rahmen der Anzeige der Kurzarbeit ist anzugeben, inwiefern die tägliche Verteilung der Arbeitszeit voraussichtlich verteilt sein wird. Dies wird dann im Nachhinein durch die tatsächliche Abrechnung konkretisiert.

Die Abrechnung für den jeweiligen Kalendermonat muss innerhalb einer Frist von 3 Monaten (Fristbeginn: Ablauf des beantragten Kalendermonats) eingereicht werden. Der Arbeitgeber ist zur korrekten Berechnung des Kurzarbeitergeldes verpflichtet (§ 320 I 2 SGB III).

Die Bundesagentur für Arbeit plant für einen gewissen Zeitraum Vereinfachungen des Verfahrens einzuführen. Es soll ausreichend sein den umfassenden Antrag nur für den ersten Monat der Kurzarbeit abzugeben und danach allein Kurzanträge mit Abrechnungslisten einzureichen, wenn sich keine Änderungen ergeben. Abschlussprüfungen werden zunächst auf unbestimmte Zeit verschoben, damit sich die Betriebe von der Krise erholen können (Grimm, ArbRB 2020, 97, 101).

¹⁵ https://www.arbeitsagentur.de/datei/antrag-kug107_ba015344.pdf

c) Leistungen

Welche Leistungen werden gewährt?

Nach § 105 Nr. 2 SGB III erhalten Arbeitnehmer grundsätzlich nur noch 60 % der Nettoentgeltdifferenz, also den während der Kurzarbeit ausgefallenen Nettolohn (= Differenz zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt, das ohne Arbeitsausfall gezahlt worden wäre, und dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem tatsächlich erhaltenen Arbeitsentgelt). Arbeitnehmer mit einem erhöhten Leistungssatz, also in der Regel mit mindestens einem unterhaltsbedingten Kind erhalten nach den Vorschriften über das Arbeitslosengeld 67 % des ausgefallenen Nettolohns (§§ 105 Nr. 2, 149 Nr. 1 SGB III i.V.m. § 32 EstG). Sofern der Betrieb eingeschränkt aufrecht erhalten bleibt, erhalten die Arbeitnehmer also für die geleisteten Stunden ihre normale Vergütung und für die ausgefallenen Arbeitsstunden aufgrund der Kurzarbeit das entsprechende Kurzarbeitergeld. Eine Reduzierung der Arbeitszeit auf Null ist dabei grundsätzlich – falls begründet – möglich, so dass dann nur Kurzarbeitergeld für die gesamte Arbeitszeit geleistet wird.

Bei der Bestimmung des Soll-Entgelts werden Einkünfte oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze für die Renten- und Arbeitslosenversicherung nicht berücksichtigt (§§ 106 I 6, 151, 341 IV SGB III). Grundsätzlich werden bei Kurzarbeit auch vor Beginn der Kurzarbeit begonnene Nebentätigkeiten nicht berücksichtigt. Bisher galt jedoch, dass wenn Beschäftigte während des Bezugs von Kurzarbeitergeld eine neue Nebentätigkeit aufnahmen, das in diesem Rahmen erzielte Entgelt auf das Kurzarbeitergeld angerechnet wurde. Diese Regelung wurde jedoch für den Zeitraum vom 01.04.2020 bis 31.10.2020 im Bereich der systemrelevanten Berufe zeitweise außer Kraft gesetzt. Hiernach gilt aufgrund der Corona-Krise folgendes: Bei Aufnahme einer Nebenbeschäftigung in einem systemrelevanten Bereich bleibt das durch die Nebentätigkeit erworbene Einkommen für den Zeitraum vom 01.04.2020 bis 31.10.2020 anrechnungsfrei, soweit das durch die Nebentätigkeit erworbene Einkommen mit dem verbliebenen Ist-Entgelt das Soll-Entgelt nicht übersteigt. Systemrelevante Branchen/Berufe sind bspw. die medizinische Versorgung, Versorgung von Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen mit Lebensmitteln und Verbrauchsmaterialien, Versorgung mit unmittelbar

lebenserhaltenden Medizinprodukten und Geräten sowie verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, Labordiagnostik, Apotheken, Güterverkehr im Rahmen der Lebensmittelversorgung, Lebensmittelhandel, -herstellung und -lieferung.

Der Arbeitgeber ist weiterhin zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge auf das gesamte Entgelt verpflichtet. Allerdings kann der Arbeitgeber auf Antrag bis zu 100 % der gezahlten Sozialversicherungsbeiträge für ausgefallene Arbeitsstunden erstattet bekommen (dies gilt rückwirkend ab dem 01.03.2020 bis Ende 2020).

Inwieweit sich der Arbeitgeber zu einer darüberhinausgehenden Gehaltsaufstockung verpflichtet, richtet sich nach der mit den Arbeitnehmern bzw. dem Betriebsrat ausgehandelten Vereinbarung oder falls eine solche fehlt nach eigenem Ermessen des Arbeitgebers. Aufstockungsbeiträge bzw. Zuschüsse sind als Arbeitseinkommen i.S.d. § 2 I Nr. 4 EstG steuerpflichtig, zählen jedoch unter der Voraussetzung des § 1 I Nr. 8 SvEV nicht als sozialversicherungspflichtiges Einkommen.

Der Bezug von Kurzarbeitergeld ist derzeit noch nur für eine Dauer bis zu 12 Monaten möglich (§ 104 SGB III). Es wird jedoch die Verlängerung auf einen Zeitraum von 24 Monaten zur Bewältigung der Corona-Krise diskutiert. Unterbrechungen der Kurzarbeit von mindestens einem Monat können die Bezugsfrist verlängern. Bei einer Unterbrechung von drei Monaten und länger muss die Kurzarbeit nochmals neu angezeigt werden.

Zu beachten ist zudem, dass der Arbeitgeber bei der Zahlung der Löhne in Vorleistung geht. Das Kurzarbeitergeld wird als Erstattungsleistung rückwirkend an den Arbeitgeber bezahlt.

d) Rechenbeispiele

Im Folgenden einige Rechenbeispiele, welche die Höhe des gewährten Kurzarbeitergeldes genauer darlegt.

Dabei stellt das reguläre Brutto-Monatsgehalt das sog. Soll-Entgelt und das während der Kurzarbeit erhaltene, gekürzte Brutto-Arbeitsentgelt das sog. Ist-Entgelt dar. Die Nettoentgeltdifferenz errechnet sich aus dem Netto-Soll-Entgelt abzüglich des Netto-Ist-Entgelts.

**(1) Brutto-Soll: 2.500,00 €; Brutto-Ist: 1.260,00 €; Lohnsteuerklasse III;
Kinder: ja**

Brutto-Soll-Entgelt:	2.500,00 €	Brutto-Ist-Entgelt:	1.260,00 €
Abgaben:	567,00 €	Abgaben:	252,00 €
Netto-Soll-Entgelt:	1.933,00 €	Netto-Ist-Entgelt:	1.008,00 €
Nettoentgeltdifferenz:	925,00 €		
Leistungssatz:	67 %		
Kurzarbeitergeld:	619,75 €		
Nettoentgelt mit Kurzarbeitergeld:	1.627,75 €		

**(2) Brutto-Soll: 2.500,00 €; Brutto-Ist: 1.260,00 €; Lohnsteuerklasse I;
Kinder: ja**

Brutto-Soll-Entgelt:	2.500,00 €	Brutto-Ist-Entgelt:	1.260,00 €
Abgaben:	801,89 €	Abgaben:	274,66 €
Netto-Soll-Entgelt:	1.698,11 €	Netto-Ist-Entgelt:	985,34 €
Nettoentgeltdifferenz:	712,77 €		
Leistungssatz:	67 %		
Kurzarbeitergeld:	477,56 €		
Nettoentgelt inkl. Kurzarbeitergeld:	1.462,90 €		

**(3) Brutto-Soll: 3.000,00 €; Brutto-Ist: 1.000,00 €; Lohnsteuerklasse I;
Kinder: nein**

Brutto-Soll-Entgelt:	3.000,00 €	Brutto-Ist-Entgelt:	1.000,00 €
Abgaben:	1.029,81 €	Abgaben:	200,00 €
Netto-Soll-Entgelt:	1.970,19 €	Netto-Ist-Entgelt:	800,00 €

Nettoentgeltdifferenz:	1.170,19 €		
Leistungssatz:	60 %		
Kurzarbeitergeld:	702,11 €		
Nettoentgelt inkl. Kurzarbeitergeld:	1.502,11 €		

(4) Brutto-Soll: 2.000,00 €; Brutto-Ist: 0,00 € (Betriebseinstellung auf Null); Lohnsteuerklasse V; Kinder: ja

Brutto-Soll-Entgelt:	2.500,00 €	Brutto-Ist-Entgelt:	0,00 €
Abgaben:	832,02 €	Abgaben:	0,00 €
Netto-Soll-Entgelt:	1.167,98 €	Netto-Ist-Entgelt:	0,00 €
Nettoentgeltdifferenz:	1.167,98 €		
Leistungssatz:	67 %		
Kurzarbeitergeld:	782,55 €		
Nettoentgelt inkl. Kurzarbeitergeld:	782,55 €		

(5) Brutto-Soll: 9.000,00 €; Brutto-Ist: 6.000,00 €; Lohnsteuerklasse I; Kinder: nein

Die Beitragsbemessungsgrenze, welche wie oben dargelegt den Soll-Betrag nach oben deckelt, beträgt im Jahr 2020 6.900,00 EUR im Monat. Also kann nur ein Brutto-Soll-Entgelt von 6.900,00 € angenommen werden. Die nachstehend berechnete Nettoentgeltdifferenz erhöht sich mithin um das Nettoentgelt aus dem, die Beitragsbemessungsgrenze überschießenden Teil des Bruttoentgeltes (9.000 € - 6.900 € = 2.100 €).

Brutto-Soll-Entgelt:	6.900,00 €	Brutto-Ist-Entgelt:	6.000,00 €
Abgaben:	3.195,03 €	Abgaben:	2.645,96 €
Netto-Soll-Entgelt:	3.704,97 €	Netto-Ist-Entgelt:	3.354,04 €

Nettoentgeltdifferenz:	350,93 €		
Leistungssatz:	60 %		
Kurzarbeitergeld:	210,56 €		
Nettoentgelt inkl. Kurzarbeitergeld:	3.564,60 €		

e) Alternativen:

Bestehen Alternativen zur Kurzarbeit?

Zwar bestehen grundsätzlich zahlreiche Alternativen zur Kurzarbeit, allerdings ist die Kurzarbeit im Ergebnis für die meisten Unternehmen unserer Ansicht nach der zunächst beste Schritt in Angesicht der wirtschaftlichen Auswirkungen der Corona-Krise. Insbesondere für die Fälle, in denen die Vereinbarung von Kurzarbeit nicht möglich ist, sind im Folgenden einzelne Alternativen dargestellt:

Zunächst kann versucht werden Überstundenguthaben, sofern dies nach (tarif-)vertraglicher und betrieblicher Regelungen zulässig ist, abzubauen

Eine weitere Möglichkeit könnte die einvernehmliche Vereinbarung eines negativen Arbeitszeitkontos zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmern in bestimmter Höhe (z.B. 400 h) darstellen (so Grimm, ArbRB 2020, 97, 99). Der Arbeitgeber würde weiterhin das volle Arbeitsentgelt zahlen und die Arbeitnehmer die nicht geleistete Arbeitszeit später nacharbeiten. Dadurch muss die Vergütung zwar weiterhin gezahlt werden, die Arbeitsleistung geht jedoch nicht nach § 615 BGB (Betriebsrisikolehre) unter, sondern wird zu einem späteren, ungewissen Zeitpunkt vom Arbeitnehmer nachgeholt. Allerdings ist einerseits fraglich, ob dieses Vorgehen zulässig ist, da ein Verstoß gegen § 307 I 2, II Nr. 1 BGB vorliegen könnte. Dies ist zwar nach Ansicht von Grimm nicht der Fall, da das Entgelt gezahlt werden würde und eher für den Arbeitgeber das Risiko dessen bestehen würde, dass Arbeitsleistung nicht mehr nachgeholt werden kann. Jedoch ist dieses Vorgehen sowohl rechtlich als auch wirtschaftlich gesehen sehr unsicher, weshalb hiervon grundsätzlich abzuraten ist. Vielmehr sollte wenn möglich Kurzarbeit beantragt werden.

Der Mitarbeiter muss der Kurzarbeit (und auch anderen alternativen Vereinbarungen) nicht zustimmen. Falls er jedoch der Kurzarbeit nicht zustimmt, hat der Arbeitgeber die Möglichkeit eine betriebsbedingte Kündigung auszusprechen.

Falls der Arbeitgeber durch die Corona-Krise zur Aussprache von ordentlichen, betriebsbedingten Kündigungen genötigt ist, ist insbesondere der spezielle Kündigungsschutz nach dem KSchG, SGB 9, MuSchG und BEEG zu beachten. Zudem setzt dies die Möglichkeit einer dauerhaften, objektiven Zukunftsprognose voraus. Dies ist jedoch gerade in Angesicht der unsicheren Wirtschafts- und Gesundheitslage schwer zu beurteilen. Es ist eine konkrete, sachliche Begründung erforderlich. Darüber hinaus sind die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach §§ 111 ff. BetrVG und die Massenentlassungsanzeigepflicht nach §§ 17 ff. KSchG zu beachten. Deshalb raten wir Arbeitgebern zunächst zu versuchen, Kurzarbeit zu beantragen.

Zudem kann ggf. vorrangig ein Abbau von Leiharbeitnehmern erforderlich sein, soweit deren Entlassung eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit für einen anderen Mitarbeiter ermöglichen würde (Loschelder Corona-Leitfaden).

f) Leistungen nach dem IfSG

Was gilt bezüglich Leistungen aus dem Infektionsschutzgesetz?

Erhält der Arbeitnehmer aufgrund eines behördlichen Beschäftigungsverbots Entschädigung nach § 56 IfSG, so geht der Entschädigungsanspruch bei Gewährung von Arbeitslosengeld oder Kurzarbeitergeld im entsprechenden Rahmen auf die Bundesagentur für Arbeit über (§56 IX IfSG).

Die Höhe des Kurzarbeitergeldes ist geringer als die Höhe des Entschädigungsanspruches aus § 56 IfSG. Die Beantragung einer Entschädigung nach IfSG ist deshalb für Arbeitnehmer und Arbeitgeber günstiger. In Fällen, in denen die Gewährung von Leistungen aus § 56 IfSG strittig ist (mittelbare Betriebsbetroffenheit, Betriebseinschränkungen ohne

Erlass staatlicher Maßnahmen nach dem IfSG), sollte vorsichtshalber stets Kurzarbeit eingeführt werden und ggf. ein Antrag auf Entschädigung nach § 56 IfSG gestellt werden. Im Zweifel, falls doch ein Anspruch auf Entschädigungszahlung besteht, wird dieser nicht durch das gewährte Kurzarbeitergeld ausgeschlossen, sondern geht auf die Bundesagentur für Arbeit über (§ 56 IX IfSG).

5. Betriebsrat

a) Beteiligung

Gibt es im Rahmen der Corona-Krise gelockerte Regelungen bezüglich der Betriebsratsbeteiligung im Betrieb?

Nein. Gerade im Hinblick auf die durch die Corona-Epidemie erforderlichen Entscheidungen des Arbeitgebers und deren gravierende Folgen für die Arbeitnehmer sind die Betriebsratsrechte besonders zu beachten. Allerdings müssen beide Parteien in Angesicht der großen Herausforderungen für Wirtschaft und Arbeitsmarkt besonders auf das Finden von schnellen und pragmatischen Lösungen hinwirken.

b) Video- oder Telefonkonferenzen

Ist es zulässig eine Betriebsratssitzung als Video- oder Telefonkonferenz durchzuführen?

Die Nutzung von Video- oder Telefonkonferenzen ist im Betriebsverfassungsrecht nicht explizit vorgesehen, deshalb ist es strittig, ob eine Betriebsratssitzung allgemein, ausnahmsweise bzw. im Fall der Corona-Krise ohne die persönliche Anwesenheit der Betriebsräte zulässig ist (hierzu: Lentz, ArbRB-Blog, 31.03.2020¹⁶; Grimm, ArbRB-Blog, 28.03.2020 m.w.N.). Für die Dauer der Corona-Epidemie liegt nach Auffassung des BMAS und laut Stellungnahme des Bundesarbeitsministers Hubertus Heil (Stoffels, beck-blog, 23.03.2020¹⁷) jedoch eine Sondersituation vor, in der eine Betriebsratssitzung mittels Video- oder

¹⁶ <https://www.arbrb.de/blog/2020/03/31/zu-den-aktuellen-praktischen-herausforderungen-von-videobeschlussen-des-br/>

¹⁷ <https://community.beck.de/2020/03/23/heil-beschluesse-des-betriebsrats-per-videokonferenz-sollen-zulaessig-sein>

Telefonkonferenz (auch per Online-Anwendungen wie Skype) zulässig ist, wenn eine Anwesenheit im Betrieb nicht gewährleistet werden kann. Dies ist der Fall, wenn eine Präsenzsitzung im Betrieb zu einer Gesundheitsgefahr der Betriebsratsmitglieder führt oder diese wegen behördlichen Anordnungen nicht möglich ist.

Nach anderer Ansicht ist dies insbesondere bei Beschlüssen mit weitreichenden wirtschaftlichen Folgen jedoch auch in der Corona-Krise aufgrund der entstehenden Rechtsunsicherheit nicht möglich. Allerdings lassen sich die Rechtssicherheit eines Betriebsratsbeschlusses und ein konkretes Gesundheitsrisiko der Betriebsratsmitglieder schon aus moralischen Gründen nicht vernünftig miteinander abwägen (vgl. Lentz, ArbRB-Blog, 31.03.2020). Deshalb muss in Angesicht der gerade herrschenden Sondersituation unseres Erachtens nach auch eine Betriebsratssitzung per Videokonferenz möglich sein. Ansonsten würden dadurch faktisch die gelockerten Kurzarbeitsregelungen fast nicht zum Tragen kommen, da die Einführung der Kurzarbeit nach obiger Darstellung gerade eine Mitwirkung des Betriebsrats benötigt, es also in der momentanen Situation gerade nicht möglich ist, alle Betriebsratssitzungen zu verschieben, wie teils gefordert wird.

Allerdings sollten alle Beteiligten daran mitwirken, so viele bestehende Regelungen wie möglich einzuhalten und ein abweichendes Vorgehen stets begründen, um wenigstens bedingt Rechtsicherheit zu schaffen. In diesem Rahmen sollte stets im Protokoll der Sitzung dokumentiert werden, dass eine herkömmliche Beschlussfassung aufgrund öffentlich-rechtlicher Vorgaben aktuell nicht möglich ist. Darüber hinaus ist es sinnvoll in einer sog. „Selbstbindung“ aufzunehmen, dass der Wille besteht, die ggf. formal angreifbare Beschlussfassung vorsorglich unter Beachtung aller Formvorschriften nachzuholen, sobald dies möglich ist (vgl. Lentz, ArbRB-Blog, 31.03.2020).

Bei Durchführung einer Video- oder Telefonkonferenz ist besonders darauf zu achten, dass der Grundsatz der Nichtöffentlichkeit nach § 39 S. 4 BetrVG gewahrt wird. Deshalb ist sicherzustellen, dass unberechtigte Dritte vom Inhalt der Sitzung keine Kenntnis nehmen können.

Gerade bezüglich der Anwesenheitsliste, welche nach § 34 I 3 BetrVG grundsätzlich handschriftlich unterzeichnet sein muss, ergeben sich weitere Probleme. Nach bisher herrschender Ansicht erfordert auch die Unterzeichnung der Anwesenheitsliste in Ansehung von § 34 I 2 BetrVG i.V.m. § 126 a BGB zumindest eine qualifizierte elektronische Signatur (vgl. Günther/Böglmüller/Mesina, NZA 2020, 77). Infolgedessen müssten auch Anwesenheitslisten elektronisch gefasst werden und von den Betriebsratsmitgliedern mit einer elektronischen Signatur versehen werden. Nach Ansicht des BMAS sollte derzeit, weil eine Führung einer Anwesenheitsliste bei Video- oder Telefonkonferenzen nicht möglich sei, die Teilnahme gegenüber dem Betriebsratsvorsitzen in Textform, also zum Beispiel per E-Mail bestätigt werden.

Zwar wird es in der Praxis tatsächlich schwer möglich sein, dass alle Betriebsratsmitglieder ihre Anwesenheit mittels qualifizierter elektronischer Signatur bestätigen. Allerdings würde die Einhaltung einer reinen E-Mail in Textform nicht die gewünschte Rechtssicherheit bringen. Da im Rahmen der Corona-Krise jedoch ein schnelles Handeln erforderlich ist, ist entsprechend obiger Ausführung dasjenige Vorgehen im jeweiligen Unternehmen für den jeweiligen Betriebsrat zu wählen, was technisch und praktisch möglich ist und der höchsten Rechtssicherheit entspricht. Das heißt, dass falls möglich eine Anwesenheitsbestätigung per qualifiziert signierter E-Mail versendet werden sollte. Falls dies jedoch nicht möglich ist, sollte zunächst eine Bestätigung per E-Mail und dann ggf. eine postalische Nachreichung der mit handschriftlicher Unterschrift versehenen Bestätigung in Schriftform erfolgen.

Entsprechendes gilt nach Ansicht des BMAS vorübergehend auch für die Schwerbehindertenvertretung und die Jugend- und Ausbildungsvertretung, jedoch nicht in selbem Umfang für die Betriebsversammlung. Auch die Betriebsversammlung unterliegt nach § 42 I 2 BetrVG dem Gebot der Nichtöffentlichkeit, um eine unbefangene Aussprache der Arbeitnehmer zu ermöglichen und betriebsfremde Einflüsse auf die Betriebsversammlung sowie die Erörterung außerbetrieblicher Angelegenheiten auszuschließen. Die Durchführung von Betriebsversammlungen per Video- oder

Telefonkonferenz soll auf das unbedingt notwendige Minimum begrenzt werden. Nur wenn es akut der Durchführung einer Betriebsversammlung bedarf, darf diese nach Ansicht der BMAS per Video- oder Telefonkonferenz durchgeführt werden. Der Versammlungsleiter hat zu prüfen, ob nicht-teilnahmeberechtigte Personen an der Versammlung teilnehmen. Zu beachten ist zudem, dass Tonaufnahmen oder Aufzeichnungen nur mit Einverständnis des Versammlungsleiters erlaubt sind. Bezüglich eigener Äußerungen kann jeder Teilnehmer verlangen, dass im Falle der Aufnahme für den Zeitraum seiner Äußerungen das Aufnahmegerät abgeschaltet wird. Bei Beachtung dieser Vorgaben ist nach Ansicht des BMAS eine Einstellung der Aufzeichnungen ins Intranet mit dem Datenschutz und dem Gebot der Nichtöffentlichkeit vereinbar, sofern gewährleistet ist, dass nur teilnahmeberechtigte Personen Zugriff auf die Aufzeichnungen haben.

c) Beschlüsse

Darf der Betriebsrat in der aktuellen Situation auch Beschlüsse im Umlaufverfahren, also z.B. per E-Mail verfassen?

Nein. Dies ist auch nach Ansicht des BMAS selbst im Rahmen der Corona-Krise nicht möglich, da die Diskussion und die Möglichkeit des direkten Austauschs ein wesentliches Element sowohl der Betriebsratssitzung als auch der Beschlussfassung darstellen. Beschlüsse sind im Rahmen einer Betriebsratssitzung – ausnahmsweise - mittels Video- oder Telefonkonferenz zu erwirken (vgl. s.o.).