

## Arbeitsrecht – Corona –

Als allgemeine Bemerkung ist vorzuschicken, dass sich derzeitig alle Parteien (Arbeitgeber und Arbeitnehmer, einschließlich die Politik) darüber einig sind, dass stets eine koordinierende (und solidarische) Einzelfallprüfung stattfinden sollte. Dies vorausschickend ist auf die folgende – derzeitige – Rechtslage (Stand 03.2020) hinweisen (nach Thematik gegliedert und übertitelt):

### A. ArbeitnehmerIn muss Kind versorgen, weil Kita oder Schule geschlossen ist

Hier stellt sich natürlich das Problem, dass AN nicht in der Lage ist, die Pflicht zur Arbeitsleistung gegenüber dem AG zu erfüllen. Würde AN „wegen Corona“ zu Hause bleiben, um das Kind zu betreuen (ohne dass ein Erkrankungsfall in Person des Kindes oder AN vorliegt), stellt sich automatisch die Frage nach dem Vergütungsanspruch des AN gegen AG.

*Vorab: Kein Anspruch auf Entschädigung nach Infektionsschutzgesetz: Es besteht zurzeit Einigkeit in der Rechtsanwendung, dass jedenfalls derzeitig ein Entschädigungsanspruch in diesem Fall der nur mittelbaren „Verhinderung“ (keine eigene Erkrankung) nach dem Infektionsschutzgesetz nicht infrage kommt.*

#### I. Anspruch auf Entgeltfortzahlung des AN gegen Arbeitgeber

Der Arbeitgeber könnte möglicherweise zur Entgeltfortzahlung verpflichtet sein (§ 616 BGB). Nach dieser Vorschrift würde der AN seinen Vergütungsanspruch dann nicht verlieren, wenn er nur

1. für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“
2. durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird

Hier müssen zwei Voraussetzungen geprüft werden: einerseits muss geklärt werden, was unter „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ verstehen ist und andererseits muss geklärt werden, ob die Voraussetzung zu 2 vorliegt.

*(Anmerkung: Bitte prüfen Sie in dem maßgeblichen Arbeitsvertrag, ob die Anwendbarkeit von § 616 BGB - was zulässig ist - schon per se ausgeschlossen ist. In diesem Fall einer vertraglichen Vereinbarung steht AN schon von vornherein kein Vergütungsanspruch zu).*

- Die „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“

wird allgemein in einem Zeitraum von etwa fünf Tagen gesehen. Allerdings muss über den Wortlaut des § 616 BGB hinaus beachtet werden, dass ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nur dann besteht, wenn AN „**vorübergehend**“ verhindert ist.

Wird also die Kita oder die Schule sogleich für einen bestimmten Zeitraum geschlossen (*und dies dürfte derzeitig in den Corona-Fällen der Fall sein*), besteht nach derzeitiger Rechtslage für den AN kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung!

Auf die weiteren Voraussetzungen des § 616 BGB kommt es dann also wohl nicht mehr an.

Falls dem AN aus § 616 BGB ein Anspruch grundsätzlich zusteht, muss weiter geprüft werden,

- ob das Kind aufgrund seiner Unselbstständigkeit auf Betreuung angewiesen ist.

Die Altersgrenze ist hier regelmäßig zu ziehen bei einem Alter von zwölf Jahren (angelehnt an § 45 Abs. 1 SGB V). Beachtlich ist aber auch hier, dass eine starre Grenze (Altersgrenze) im Einzelfall unangemessen sein könnte; es kommt immer auf die Umstände des Einzelfalles und insbesondere auf den Reifegrad des Kindes an und sicherlich auch auf gegebenenfalls krankheitsbedingte Umstände in der Person des Kindes, die eine Betreuung auch unabhängig vom Alter rechtfertigen könnten,

und

- ob eine Pflege durch den Berufstätigen Elternteil (AN) erforderlich ist.

Auch hier muss im Einzelfall geprüft und durch den AN auf Nachfrage nachgewiesen werden, ob möglicherweise im gemeinsamen Haushalt ein Ehepartner/Lebensgefährte oder Drittpersonen Betreuung übernehmen können.

*(Anmerkung: der Nachweis sollte sich auf das Alter des Kindes, den Nachweis der Schulschließung einschließlich Dauer der Schulschließung und auf die Versicherung durch AN beziehen, dass kein weiterer geeigneter Betreuer im eigenen Haushalt zur Verfügung steht). Sind beide Eltern berufstätig, haben diese ein Wahlrecht, wer die Betreuung übernimmt. Zwischen den insoweit möglicherweise dann betroffenen unterschiedlichen Arbeitgebern gibt es nach der Rechtsprechung keinen „Ausgleichsanspruch“, BAG 5 AZR 361/78).*

und

- ob der AN den Verhinderungsfall konkret dem AG angezeigt hat.

AN darf nicht einfach zuhause bleiben und „auf Corona“ hinweisen.

*(Anmerkung: im Sinne der eingangs angesprochenen Solidarität wird sich im Einzelfall dann auch zeigen, ob sich AN dann, wenn die Voraussetzungen des § 616 BGB nicht vorliegen, einfach „krankschreiben lässt“).*

## **II. Pflegeunterstützungsgeld oder Krankengeld**

Sofern kein Anspruch aus § 616 BGB besteht, könnte AN einen Anspruch auf Pflegeunterstützung oder auf Krankengeld wegen Erkrankung des Kindes erwägen.

- Pflegeunterstützungsgeld, § 44 a Abs. 3 SGB XI
- Krankengeld wegen Erkrankung des Kindes, § 45 SGB V

Ein solcher Anspruch setzt aber in der Tat jeweils voraus, dass das Kind selbst erkrankt oder pflegebedürftig ist (§ 7 Abs. 4 PflegeZG iVm §§ 14, 15 SGB XI).

## **B. Betrieb/das Unternehmen wird „wegen Conora“ geschlossen**

Denkbar sind u.a. folgende Szenarien und Konsequenzen:

### **I. Freistellung der AN (zur Erbringung der Leistung im Unternehmen)**

Falls der AG den AN freistellt, behält AN den Vergütungsanspruch, ohne arbeiten zu müssen (§ 615 BGB). Dies hat das Bundesarbeitsgericht bereits entschieden (Urteil vom 9.7.2008).

Eine Freistellung ist deshalb nur für Unternehmen sinnvoll, deren AN ihre Arbeitsleistung auch im Home-Office erbringen können.

### **II. AN bleibt aus freien Stücken zu Hause**

In diesem Fall verliert der AN den Vergütungsanspruch, § 326 BGB. Denn grundsätzlich trägt AN das Risiko, zur Arbeitsstelle zu kommen und kommen zu können.

### **III. Ausbleiben von Kunden**

Natürlich ist auch denkbar, dass Kunden ausbleiben oder der Betrieb deshalb nicht weitergeführt werden kann, weil Waren oder Ausrüstungsmaterial nicht nachgeliefert werden können, die zum Betrieb erforderlich sind. Hier muss der AG den AN auch dann weiter vergüten, wenn dieser keine Arbeitsleistung erbringt, denn der AG trägt grundsätzlich das sogenannte „Wirtschaftsrisiko“.

*Anmerkung: Hier hat die Politik - der Gesetzgeber - bereits am 13.3.2020 entschieden und die Voraussetzungen für die Gewährung von **Kurzarbeitergeld** gelockert (siehe dazu auch die Pressemitteilung der Bundesagentur vom 28.2.2020).*

*„Corona“ ist daher dann, wenn Arbeitsausfall eintritt, ein unabwendbares Ereignis bzw. ein Fall, der auf wirtschaftlichen Gründen im Sinne von § 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III beruht. Es besteht also nach derzeitiger Rechtslage die Möglichkeit, mithilfe des konjunkturellen Kurzarbeitergeld Ersatz zu erlangen. Es deutet sich auch an, dass die Frage zum Beispiel der Vermeidbarkeit bei Störung der Lieferketten von der Bundesagentur „locker“ geprüft werden wird. Kurzarbeitergeld kann auch gewährt werden in Unternehmen, die den Publikumsverkehr betreffen (also nicht nur Produktionsbetriebe). Allerdings bleibt beachtlich, dass auch der Arbeitgeber grundsätzlich zuvor alle Maßnahmen zur Vermeidung des Arbeitsausfalls ergreift (zum Beispiel Urlaubsgewährung).*

*Zur Anordnung von Kurzarbeit und zum Antrag auf Kurzarbeitergeld:*

*Beachtet werden muss, dass eine einseitige Anordnung von Kurzarbeit im Regelfall nicht möglich ist. Es bedarf entweder eine Regelung im Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einer einzelvertraglichen Vereinbarung.*

*Bei Vorhandensein eines Betriebsrats bedarf es dessen Mitbestimmung (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG).*

*Wichtig ist, dass die Verkürzung der Arbeitszeit bzw. der Ausfall (Kurzarbeit) bei der örtlichen Arbeitsagentur unverzüglich angezeigt (§ 99 SGB III), beantragt und begründet wird (Sozialversicherungsrecht).*

## **IV. Behördliche Betriebsschließung**

### **1. Entschädigungsansprüche**

Entscheidend ist nach der bisherigen Rechtsprechung die Frage der Risikozurechnung.

Zu prüfen ist, ob das Unternehmen das Risiko (das zur Schließung führt) beherrschen kann und ob das Risiko in der Eigenart des Betriebes angelegt ist. Danach soll nach der bisherigen Rechtsprechung der Arbeitgeber dann das Betriebsrisiko „infolge behördlicher Maßnahmen „tragen, wenn das Risiko der behördlichen Maßnahme „im Betrieb durch dessen besondere Art angelegt gewesen ist“. Zu stellen ist also die Frage, ob es die *Eigenart* des Betriebes mit sich bringt, dass dieser von einer behördlichen Maßnahme in *besonderer Weise* betroffen ist.

Im konkreten Fall „Corona“ wird die Rechtsprechung abzuwarten sein. Nach meiner Auffassung gehören allgemeine Gefahrenlagen (Kriege, Terroranschläge und auch Epidemien) nicht in die besondere Zuordnung des Risikos, da diese nicht die Funktionsfähigkeit des Betriebs „als solches“ beeinträchtigen. Fraglich ist auch, ob AG das Risiko überhaupt beherrschen kann.

*Hinweis: Vorsorglich sollte deshalb die Geltendmachung eines Entschädigungsanspruchs bei behördlicher Schließung des Betriebs im Auge behalten werden, folgend aus § 56 IfSG.*

### **2. Sonstiges**

Zur Schadengerühaltung im Unternehmen kann es im Einzelfall sinnvoll sein, bei Freistellung von AN Überstunden/Arbeitszeitguthaben/Urlaubsansprüche anzurechnen.

Denkbar mag es auch sein, dass die Betriebsparteien kurzfristig Betriebsferien vereinbaren und die Abwesenheitszeiten dann auf den Erholungsurlaub anrechnen.

Eine solche Betriebsvereinbarung bedarf natürlich bei Bestehen eines Betriebsrates dessen Beteiligung (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG).

## **C. AN ist an Corona erkrankt oder es liegt ein Verdachtsfall vor**

Hier ist beachtlich, dass jeder AN einen gesetzlichen Entgeltfortzahlungsanspruch für die Dauer von sechs Wochen hat (§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz). Zu prüfen und zu beantragen sein kann aber auch ein Entschädigungsanspruch gegenüber dem Staat.

### **I. Corona Erkrankung bestätigt**

#### **1. Lohnfortzahlung**

Liegt eine „Corona Erkrankung“ vor, besteht ein Lohnfortzahlungsanspruch des AN (§ 616 BGB iVm § 3 EntgFG), da ein *subjektives* Leistungshindernis in Person des AN vorliegt.

## 2. Entschädigungsanspruch

Besteht vor dem Hintergrund einer Corona-Erkrankung aber auch ein vorrangiges Beschäftigungsverbot (§ 31 S. 2 Infektionsschutzgesetz, IfSG) als *objektiver* Hinderungsgrund für die Erbringung der Arbeitsleistung, so erhält AN eine staatliche Entschädigung, wenn er infolge des Beschäftigungsverbots nicht arbeiten darf.

Die Entschädigung wird geleistet in Höhe des Verdienstausfalles für die Dauer von sechs Wochen, entspricht also dem Arbeitsentgelt gemäß § 14 SGB VII.

*Hinweis: Bürokratisch ist so zu verfahren, dass der Arbeitgeber die Zahlung leistet (als Auszahlstelle für den Staat, § 56 Abs. 5 S. 2 IfSG) und danach stellt der AG einen Erstattungsantrag. Ist der Arbeitgeber nicht in Vorleistung getreten, stellt AN diesen Antrag (§ 56 Abs. 5 S. 3 IfSG).*

Wichtig für das Unternehmen ist:

- Es kann ein Vorschuss für die Entgeltzahlung verlangt werden (§ 56 Abs. 12 IfSG), was für die Liquidität bei Kleinunternehmen von besonderer Bedeutung ist
- Anträge auf Erstattung sind an Frist gebunden: innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit ist der Entschädigungsantrag bei der Bezirksregierung zu stellen (§ 56 Abs. 11 S. 1 IfSG).

## II. Verdacht auf Corona Erkrankung

Auch bei einem bloßen Verdacht besteht ein Entschädigungsanspruch; ebenso bei angeordneter Quarantäne durch die Behörde. Dies gilt nicht nur für AN, sondern auch für freie Mitarbeiter, da das Infektionsschutzgesetz nicht auf „Arbeitnehmer“ abstellt, sondern auf „Verdienstausfall“.