

## **FAQ zu Corona im Arbeitsverhältnis: Das müssen Arbeitgeber und ihre Beschäftigten wissen**

In nahezu allen Bundesländern sind inzwischen Corona-Fälle aufgetreten und die Angst vor einer Pandemie hat längst die betriebliche Praxis erreicht. Hier stellen sich zahlreiche arbeitsrechtliche Fragen: Wann müssen bzw. dürfen Arbeitnehmer z.B. zuhause bleiben, in welchen Fällen können Arbeitgeber Home-Office-Arbeit anordnen und wer trägt das Lohnrisiko? Auch Kurzarbeit ist ein Thema oder der Umgang mit Arbeitnehmern, die in Risikogebiete wie China entsandt sind. In unserem [Experten-Blog](#) geben [Dr. Detlef Grimm](#) und [Dr. Andrea Bonanni](#) Antworten auf die drängendsten Fragen.

### **1. Vergütungs- und Arbeitspflicht im Zusammenhang mit Corona-Ereignissen**

- [Freistellung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber](#)
- [Der Arbeitnehmer bleibt von sich aus zu Hause, um Infektionsrisiken entgegen](#)
- [Anspruch auf Home-Office](#)
- [Verkürzung der Arbeitszeit wegen Auftrags- und Rohstoffmangels](#)
- [Erkrankung des Arbeitnehmers](#)
- [Verdacht einer Ansteckung mit Corona](#)
- [Behördliche Schließung des Betriebs](#)
- [Entschädigung nach § 56 Infektionsschutzgesetz](#)
- [Vergütungsanspruch nach § 616 Satz 1 BGB](#)
- [Abbau von Überstundenguthaben](#)

### **2. Fürsorgepflicht des Arbeitgebers (allgemein)**

- [Vorsichtsmaßnahmen hygienischer Art](#)

### **3. Besondere Fürsorgepflichten von Arbeitgebern mit Kontakten nach China oder zu anderen Gefahrengebieten**

- [Zulässigkeit einer Anordnung, nach China oder in ein anderes Gefahrenggebiet zu reisen](#)
- [Umgang mit Geschäftskunden aus China oder anderen Gefahrengebieten](#)
- [Maßnahmen ggü. aus China oder aus anderen Gefahrengebieten zurückkehrenden Arbeitnehmern](#)
- [Maßnahmen ggü. Arbeitnehmern, die für ihre deutschen Arbeitgeber in China oder in einem anderen Gefahrenggebiet im Einsatz sind](#)

### **4. Kurzarbeit und Anspruch auf Kurzarbeitergeld**

- [Coronavirus-Fälle als unabwendbares Ereignis gemäß § 96 SGB III](#)
- [Was muss der Arbeitgeber tun, um Kurzarbeitergeld zu erlangen?](#)

- [Höhe der Leistungen aus dem Kurzarbeitergeld](#)
- [Verhältnis zu Leistungen gem. § 56 Infektionsschutzgesetz \(IfSG\)](#)
- [Leitlinien der der Bundesanstalt für Arbeit/Regionaldirektion Baden-Württemberg](#)

ArbRB-Blog

## Lohnfortzahlung und Entgeltrisiko bei Corona (Covid 19)



[Detlef Grimm](#)

3.3.2020 – 09:12

*Eine neben dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer besonders wichtige weitere Frage ist, was mit dem Vergütungsanspruch passiert, wenn Betriebe geschlossen werden, Beschäftigungsverbote durch die Behörden angeordnet werden und/oder der Arbeitgeber die Arbeitnehmer freistellt bzw. der Arbeitnehmer nicht zum Dienst erscheint, weil ihm die Anreise zu gefährlich ist. Diese Fragen sind weithin noch völlig ungeklärt. Es kommt teilweise auf die Nuancen an.*

Die Frage der Vergütungspflicht des Arbeitgebers bei Nichterfüllung der Arbeitspflicht aufgrund von Corona-Ereignissen lässt sich in verschiedene Fallgruppen aufgliedern:

### **Freistellung durch den Arbeitgeber**

Ernst & Young hat am 28.2.2020 alle 1500 Beschäftigten der Düsseldorfer Niederlassung freigestellt. Ein solcher Fall ist einfach zu lösen: Die Arbeitnehmer behalten infolge der Freistellung gemäß § 615 BGB ihren Vergütungsanspruch, ohne Arbeitsleistungen erbringen zu müssen (vgl. BAG, Urteil vom 9.7.2008, NZA 2008, 1407, 1409). Natürlich müssen sie – wenn sie dazu technisch und persönlich in der Lage sind – von zu Hause aus per Home Office arbeiten, um den Vergütungsanspruch zu behalten. Das wird (jedenfalls) in Produktionsbetrieben aber nicht möglich sein.

### **Der Arbeitnehmer bleibt zu Hause**

Denkbar ist, dass Arbeitnehmer zu Hause bleiben, um Infektionsrisiken in den von ihnen genutzten öffentlichen Verkehrsmitteln zu entgehen.

In diesem Fall verlieren sie den Vergütungsanspruch. Üblicherweise tragen Arbeitnehmer das sog. *Wegerisiko*. Können sie – wie z.B. auch im Winter – den Betrieb nicht erreichen, liegt kein Annahmeverzug des Arbeitgebers vor und die Arbeitnehmer verlieren gemäß § 326 Abs. 1 BGB den Entgeltzahlungsanspruch. Gleiches gilt beispielsweise bei einem Smogalarm, wenn sie wegen Verkehrsverbots den Arbeitsplatz nicht erreichen können.

## **Auftrags- und Rohstoffmangel**

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das sog. *Wirtschaftsrisiko*. Das sind Fälle, in denen wegen Auftrags- oder Absatzmangel der Betrieb technisch weitergeführt werden kann. Das hat schon das Reichsarbeitsgericht entschieden. Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn ein Arbeitsausfall eintritt, weil wichtige Lieferanten – wie beispielsweise aus China – ihre Vorprodukte nicht anliefern können. Hier muss der Arbeitgeber weiterhin das Arbeitsentgelt zahlen. Dass er die Arbeitsleistung nicht verwerten kann (weil er keine Aufträge oder Vorprodukte aufgrund langer Lieferketten hat), gibt ihm nicht das Recht, das Arbeitsentgelt zu verweigern.

In solchen Fällen ist aber der Ausgleich über Kurzarbeitergeld grundsätzlich möglich. Die Generaldirektion Baden-Württemberg der Agentur für Arbeit hat in einer Presseinformation vom 6.2.2020 darauf hingewiesen, dass ein aufgrund oder infolge des Coronavirus und/oder der damit verbundenen Sicherheitsmaßnahmen eingetretener Arbeitsausfall im Regelfall auf einem unabwendbaren Ereignis oder auf wirtschaftlichen Gründen im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III beruht. Die Bundesagentur für Arbeit stimmt dem in ihrer Pressemitteilung vom 28.2.2020 ausdrücklich zu. Wörtlich: „... oder staatliche *Schutzmaßnahmen* dafür sorgen, dass der *Betrieb* vorübergehend *geschlossen* wird.“ Das bedeutet, dass der Arbeitsausfall mit Hilfe des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes damit grundsätzlich kompensiert werden kann. Arbeitsvertraglich setzt die Verkürzung der Arbeitszeit oder deren Ausfall (Kurzarbeit) voraus, dass eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag enthalten ist, Kurzarbeit durch Tarifvertrag möglich ist oder – was in der Praxis der häufigste Fall sein dürfte – durch eine Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat angeordnet wird.

Sozialversicherungsrechtlich ist es wichtig, dass Betriebe und Unternehmen dies bei der Agentur für Arbeit anzeigen. Zuständig ist die örtliche Arbeitsagentur.

Arbeitsvertraglich setzt die Verkürzung der Arbeitszeit oder deren Ausfall (Kurzarbeit) voraus, dass eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag enthalten ist, Kurzarbeit durch Tarifvertrag möglich ist oder – was in der Praxis der häufigste Fall sein dürfte – durch eine Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat angeordnet wird

## **Erkrankung des Arbeitnehmers**

Gem. § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) hat jeder Arbeitnehmer einen gesetzlichen Entgeltfortzahlungsanspruch bei Erkrankungen für die Dauer von sechs Wochen. Teilweise sind diese Fristen arbeits- oder tarifvertraglich länger. Arbeitsvertraglich kann dieser Zeitraum teilweise noch verlängert werden

Voraussetzung für die Entgeltfortzahlung ist, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung und damit für den Verlust des Entgeltanspruchs ist. Dies nennt man die sog. *Monokausalität* der Erkrankung. Hat der Arbeitnehmer ohne die Erkrankung keinen Entgeltanspruch, so kann ihm die Erkrankung nicht zu einem solchen Anspruch verhelfen.

Ist der Arbeitnehmer also am Corona-Virus erkrankt und ist zugleich von den Behörden nach § 31 Satz 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG) ein Beschäftigungsverbot angeordnet worden, konkurriert der Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers

nach § 3 EFZG mit dessen Entschädigungsanspruch infolge des Beschäftigungsverbot nach § 56 Abs. 1 IfSG. Danach wird derjenige, wer als Ausscheider einer Infektion, als Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne des § 31 Satz 2 IfSG einem Verbot der Ausübung seiner Arbeitstätigkeit unterliegt, vom Staat entschädigt.

Er erhält in Höhe seines Verdienstaufalles für die Dauer von sechs Wochen eine Entschädigung, die dem Arbeitsentgelt gem. § 14 SGB IV entspricht (§ 56 Abs. 2 und Abs. 3 IfSG). Der Arbeitgeber tritt in Vorleistung, ist also Auszahlstelle für den Staat (§ 56 Abs. 5 Satz 1 IfSG). Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag von der zuständigen Behörde (dies sind die Bezirksregierungen in Nordrhein-Westfalen und den meisten Bundesländern) erstattet (so § 56 Abs. 5 Satz 2 IfSG). Die Erstattung erfolgt aber nur auf Antrag des Arbeitgebers bzw. des Arbeitnehmers, falls der Arbeitgeber nicht in Vorleistung getreten ist (§ 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG).

Würde der Arbeitgeber also Entgeltfortzahlung erbringen, würde er den Staat von dessen Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG befreien.

Nach ganz h.M. geht wegen der *öffentlich-rechtlichen Zwangswirkung* das infektionsschutzrechtliche Beschäftigungsverbot vor. Dies ist der vorrangige Hinderungsgrund (so *Müller-Glöge* in MünchKomm 8. Aufl. 2020, § 3 EFZG, Rn. 10; *Schaub/Linck*, § 98 Rn 20a und eine sehr gründliche Stellungnahme von *Greiner* im Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, 4. Auflage 2018, § 80, Rn. 41; nuanciert aA *ErfK-Reinhard*, 20. Aufl. 2020, § 3 EFZG, Rn. 19).

Entgeltfortzahlungsrechtlich fehle es am Tatbestand der Arbeitsunfähigkeit, wenn ein vorrangiges, von der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit unabhängiges infektionsschutzrechtliches Beschäftigungsverbot zum Entfall der Arbeitspflicht führe. Die durch den öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch gem. § 56 Abs. 7 IfSG eintretende Entlastung des Arbeitgebers sei plausibel, weil das Beschäftigungsverbot vor allem im *gesamtgesellschaftlichen Interesse des Infektionsschutzes* liege (so *Greiner* a.a.O.). Das sehe ich auch so.

Für die Praxis ist einiges zu bedenken:

- Der Arbeitgeber kann einen Vorschuss für die Entgeltzahlungen verlangen, so § 56 Abs. 12 IfSG. Das kommt insbesondere bei Kleinbetrieben, die durch Absatz- oder Produktionsausfälle noch stärker gebeutelt sind als größere Einheiten, in Betracht.
- Zuschüsse des Arbeitgebers – die er ggfls. freiwillig aufgrund Arbeits- oder Tarifvertrag zahlt – sind aber zugunsten des Staates auf die Entschädigung anzurechnen (§ 56 Abs. 8 Satz 1 IfSG). Solche Zuschüsse sollten also – jedenfalls vergütungsrechtlich – unterbleiben. Ob man sie aus Gründen der Fürsorge und Personalpolitik zahlt, ist eine andere – nicht eine rechtliche – Frage.
- Anträge des Arbeitgebers auf Erstattung sind innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit (aufgrund Beschäftigungsverbot gem. § 31 IfSG) oder dem Ende der Absonderung bei

der zuständigen Behörde (Bezirksregierung) zu stellen (so § 56 Abs. 11 Satz 1 IfSG).

Der Vorrang der staatlichen Entschädigung gegenüber der Lohnfortzahlung ist für das „alte Bundesseuchengesetz“ im Jahre 1978 auch vom BGH im Grunde bejaht worden (BGH, Urteil v. 30.11.1978 – III ZR 43/77, AP § 49 Bundesseuchengesetz Nr. 1). Allerdings war im entschiedenen Fall noch eine andere Norm im Spiel. Dies ist der schillernde § 616 BGB, der noch weiter geprüft werden musste und hier zum Schluss erörtert wird.

### **Verdacht einer Ansteckung mit Covid 19 (Corona)**

Der Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG besteht auch bei Ansteckungsverdächtigen (§ 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG, siehe oben ). Auch hier besteht ein Entschädigungsanspruch bei Tätigkeitsverboten in Bezug auf einzelne Arbeitnehmer und behördlich definierte Gruppen.

Kausal für die Arbeitsverhinderung ist dann nicht die (vermutete) Krankheit als solche, sondern das Beschäftigungsverbot. Deshalb besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 EFzG. Häufig wird überdies ja noch nicht einmal eine Krankheit vorliegen, da nur ein Verdachtsfall besteht.

### **Behördliche Schließung des Betriebes**

Wird der Betrieb geschlossen, weil in Bezug auf den gesamten Betrieb oder Gruppen von Arbeitnehmern des Betriebes ein Infektionsrisiko besteht (in der Presse haben wir dies schon in Bezug auf Stadtverwaltungen, Schulen, Kindergärten usw. gelesen), stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber nach der Schließung des Betriebes den Arbeitslohn an die Arbeitnehmer weiterzahlen muss.

Dazu hat die Rechtsprechung schon vor langer Zeit (das Reichsgericht im Jahr 1923) die sog. *Betriebsrisikolehre* geschaffen. Diese klärt die Frage, wer bei einer Betriebsstörung das Betriebsrisiko zu tragen hat. Konkret: Muss der Arbeitgeber bei einer Betriebsstörung den Lohn weiterzahlen.

Betriebsrisikofälle sind in der Vergangenheit bei der zufallsbedingten Unterbrechung von der Energieversorgung, der Einwirkung von Naturereignissen, dem Ausbleiben von Rohstoffen oder dem Auftreten von Maschinenschäden dann erörtert worden, wenn der Betrieb eingestellt oder eingeschränkt werden muss und deshalb keine Arbeit geleistet werden kann. In all diesen Fällen liegt überdies kein Verschulden des Arbeitgebers vor. Auch der gegenwärtige Mangel an Rohmaterial bei Zulieferungen aus China war nicht vorhersehbar. Eine solche Pandemie gab es vorher noch nicht. Daher liegt auch insoweit kein Verschulden des Arbeitgebers (etwa mit dem Argument: man hätte ja außerhalb von China beschaffen können) vor.

Entscheidend für die Risikozurechnung ist die Beherrschbarkeit des Risikos und der Umstand, ob das Risiko in der Eigenart des Betriebes angelegt ist.

Das ist beispielsweise der Fall, wenn Störungen der Energieversorgung, Maschinenschäden und vorhersehbarer Rohstoffmangel, sowie Betriebsstörungen infolge Naturereignissen und vorhersehbarer behördlicher Maßnahmen erfolgen.

Nach der Rechtsprechung trägt der Arbeitgeber dann das Betriebsrisiko infolge *behördlicher Maßnahmen*, wenn das Risiko der behördlichen Maßnahme im Betrieb durch dessen *besondere Art* (so die Formulierung von *Preis* in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB, Rn. 132 zu Sicherheitsmaßnahmen am Flughafen) angelegt gewesen war.

Es kommt also darauf an, ob die *Eigenart* des Betriebes es mit sich bringt, dass dieser von einer behördlichen Maßnahme *in besonderer Weise betroffen* ist.

- Dies war beispielsweise 1934 beim Verbot öffentlicher „Lustbarkeiten“ wegen Staatstrauer nach Hindenburgs Tod der Fall. Eine in einem Tanzlokal engagierte Tanzkapelle durfte nicht auftreten. Sie behielt aber ihren Lohnanspruch. Dem Tanzlokal wohne also das besondere „betriebliche“ Risiko inne, solche Maßnahmen erdulden zu müssen, so das Reichsarbeitsgericht.
- Das BAG (30.5.1962, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 15) hat ähnliches bei einer Landestrauer wegen eines Brandunglücks in Nürnberg im Jahr 1963 entschieden.
- Gleiches gilt bei einem Flugverbot aufgrund einer Aschewolke oder einem auf einen einzelnen Betrieb bezogenen Verbots wegen Smogalarms. In all diesen Fällen ist gemein, dass das Risiko im Betrieb angelegt ist.
- Wird der Betrieb aufgrund bankaufsichtsrechtlicher Maßnahmen vorübergehend eingestellt, so trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko und muss den Lohn weiter zahlen (LSG Hessen v. 20.8.2010, ZIP 2010, 2019).

Die *allgemeinen* Gefahrenlagen etwa durch Kriege, Unruhe, Terroranschläge gehören aber *nicht* in diese „besondere Zuordnung des Risikos durch den Arbeitgeber bzw. den Betrieb“. Sie beeinträchtigen nicht die Funktionsfähigkeit des Betriebes als solches.

Das gilt grundsätzlich auch für *Epidemien* (so auch die Kommentierung von *Krause* in HWK, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Auflage 2018, § 615 BGB, Rn. 116).

Ob dieser m.E. zutreffenden rechtlichen Ableitung gefolgt werden wird, ist nicht zwingend sicher, weil gerade die Betriebsrisikolehre von vielen sehr weitgehend zu Lasten der Arbeitgeber interpretiert wird. Es ist nicht auszuschließen, dass der Fall der behördlichen Schließung eines Betriebes auch dann als dem Arbeitgeber zurechenbares Risiko angesehen wird, wenn kein spezifisches im Betrieb angelegtes Risiko besteht (wie dies aber in den Tanzkapellenfällen der Fall war oder wie dies beispielsweise bei Hochschulen, bei denen breiter Personenkontakt besteht, Veranstaltungsunternehmen, Kaufhäusern usw. der Fall ist). Auch wenn vieles gegen eine solche Erweiterung spricht, ausschließen kann man eine andere Bewertung durch einzelne Arbeitsgerichte nicht.

Dies zeigt, dass in solchen Fällen in jedem Fall die *Entschädigungsansprüche nach § 56 IfSG* von Seiten der Arbeitgeber bzw. der Arbeitnehmer geltend zu machen sind. Der Arbeitgeber zahlt ja ohnehin sechs Wochen als Zahlstelle gem. § 56 Abs. 5 IfSG das Arbeitsentgelt weiter und kann sich dies dann bei der zuständigen Behörde erstatten lassen. Anträge auf Verdienstausfallentschädigung finden sich auf der Homepage der jeweiligen Bezirksregierung.

Entscheidet sich der Arbeitgeber *selbst* – ohne behördliche Anordnung – aufgrund der Umstände, den Betrieb ganz oder teilweise *einzustellen*, so behält der Arbeitnehmer den Lohnanspruch. Für witterungsbedingte Umstände hat dies das BAG (Urteil v. 9.7.2008 – 5 AZR 810/07, NZA 2008, 1407, 1409) entschieden. Das ist ganz eindeutig und schon oben unter Ziffer 1 angesprochen.

### **Vergütungsanspruch nach § 616 Satz 1 BGB**

Ein Anspruch zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts kann auch noch aufgrund einer ein Schattendasein führenden, von vielen gleichwohl sehr extensiv ausgelegten Norm bestehen.

Es handelt sich um § 616 Satz 1 BGB. Danach wird der Arbeitnehmer des Anspruchs auf die Arbeitsvergütung „nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.“

Das sind normalerweise die Fälle von Hochzeit, Beerdigung, Pflege einer nahen Angehörige oder Kinder.

Die Norm wird teilweise weit ausgedehnt, weshalb deren Anwendung im Corona-Fall naheliegt. Der BGH hat am 30.11.1978 in einem Urteil vom 30.11.1978 (Aktenzeichen III ZR 43/77, AP BSeuchG § 49 Nr. 1) zu der Vorgängernorm des 2001 in Kraft getretenen § 56 IfSG – nämlich § 49 Bundesseuchengesetz – entschieden: „Steht einem Arbeitnehmer, gegen den ein seuchenpolizeiliches Tätigkeitsverbot verhängt worden ist, für den Verbotszeitraum ein Lohnfortzahlungsanspruch nach § 616 Abs. 1 BGB zu, besteht ein Entschädigungsanspruch (nach Seuchenrecht) nicht.“ Im konkreten Fall hatten zwei Metzgergesellen Salmonellenausscheidungen. Sie durften nicht arbeiten. Der Arbeitgeber hatte darauf die Erstattung des fortgezählten Arbeitslohns nach der Vorgängernorm des § 56 IfSG verlangt.

Hier muss aus Sicht der Zivilgerichte im Entschädigungsverfahren erst § 616 BGB geprüft werden. Gibt der einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung, scheiden Ansprüche auf Entschädigung für Arbeitgeber wie Arbeitnehmer nach § 56 IfSG aus. Ähnlich hat es 1966 das LG Düsseldorf (Urteil vom 18.5.1966 – 11 b S 43/66, AP § 616 BGB Nr. 39, dazu *Henssler* in MünchKomm, 8. Aufl. 2020, § 616 BGB, Rn. 25) im Falle eines (!) Arbeitnehmers, der Parathyphusträger gewesen war, entschieden.

Im Corona-Fall muss man unterscheiden: Der § 616 BGB betrifft Umstände, die in der *persönlichen* Sphäre des Dienstberechtigten liegen. Das ist beispielsweise bei pflegebedürftigen Angehörigen und in anderen geschilderten Fällen der Fall. Besteht also ein auf eine Person (oder eine einzelne abgrenzbare Gruppe) wegen des bei dieser Person oder der Gruppe bestehenden Verdachts des Corona-Virus ein Tätigkeitsverbot nach § 31 IfSG, so handelt es sich um eine vom Arbeitnehmer ausgehende („subjektive“) Gefahr, die das Hindernis für die Erbringung der Arbeitsleistung ist. In diesem Fall kann § 616 BGB dem Ausgangspunkt nach greifen. Der Salmonellen-Fall zeigt dies sehr deutlich: Bei den beiden Metzgergesellen (nur bei diesen!) lagen Salmonellen-Ausscheidungen vor.

Handelt es sich dagegen um ein nicht auf einzelne Arbeitnehmer oder definiert abgrenzbare Arbeitnehmergruppen bezogenes Tätigkeitsverbot, sondern wird ein Unternehmen in der Gesamtheit von den Gesundheitsbehörden mit einem Tätigkeitsverbot nach § 31 IfSG belegt, liegt ein *objektives Leistungshindernis*, dass sich nicht auf einzelne Personen bezieht, sondern die Leistungserbringung objektiv unmöglich macht, vor.

Entscheidend für die Frage, ob ein solch objektives Leistungshindernis vorliegt ist, ob es sich um ein Ereignis handelt, das mit der Person des Dienstverpflichteten nichts zu tun hat, sondern *jeden anderen ebenso* treffen kann. Bestehen die objektiven Leistungshindernisse zur selben Zeit für eine Vielzahl von Arbeitnehmern *gleichzeitig*, so kommt § 616 Satz 1 BGB zu Gunsten der Arbeitnehmer nicht zur Anwendung. *Preis* in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 616 BGB, Rn. 3 schließt den Anspruch auf Lohnzahlung schon aus, wenn die objektiven Hindernissen „für mehrere Arbeitnehmer“ bestehen, also wohl schon bei zwei Betroffenen.

Solche objektiven Leistungshindernisse sind beispielsweise *Epidemien* (so *Krause* in HWK, 8. Auflage 2018, § 616 BGB, Rn. 35, 17). Solche allgemeinen Risiken gehören *nicht* zu den vom Arbeitgeber einzukalkulierenden und auch versicherbaren Risiken.

Übertragen auf die konkrete Situation bedeutet dies, dass bei auf *einzelne* Mitarbeiter bezogenen Tätigkeitsverboten der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB für eine verhältnismäßig nicht geringe Zeit bleibt. Verhältnismäßig nicht gering ist ein Zeitraum von sechs Wochen (so der BGH in dem oben zitierten Urteil unter II. 4 am Ende der Gründe). Bei mehreren betroffenen Arbeitnehmern scheidet der Anspruch aus.

Liegt hingegen eine „*allgemeine Untersagung des Geschäftsbetriebs*“ durch die Behörden vor, handelt es sich um eine nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer beziehbaren, sondern *objektiven* Verhinderungsgrund. In diesem Fall besteht kein Anspruch nach § 616 BGB auf Vergütungszahlung für den Arbeitnehmer, sondern der Entschädigungsanspruch gegen den Staat nach § 56 Abs. 1 IfSG ist vorrangig. Im Übrigen hat das BAG (Urteil vom 24.06.1960 – 1 AZR 96/58, AP zu § 8 MuSchG Nr. 1) entschieden, dass sogar ein Beschäftigungsverbot nach den §§ 5, 6, 11 und 12 MuSchG nicht die Anwendung des § 616 BGB rechtfertigt und daher aus dieser Norm kein Entgeltfortzahlungsanspruch der Schwangeren gegen den Arbeitgeber besteht.

Auch wenn danach die Begründung eines Entgeltfortzahlungsanspruchs nach § 616 BGB für die Arbeitnehmer nur im Einzelfall Betracht kommt, sollten Ansprüche nach § 616 BGB arbeitsvertraglich oder tarifvertraglich zukünftig ausgeschlossen werden. Das ist nach der Rechtsprechung des BAG problemlos möglich. Insoweit bietet sich ein „*Merker*“ für zukünftige Arbeitsvertragsgestaltungen an.

### **Gestaltungen in Bezug auf Abbau von Überstundenguthaben:**

Muss der Arbeitgeber aufgrund des Betriebsrisikos (siehe die Darstellung oben in Ziffer 6) oder aufgrund § 616 BGB (siehe oben bei Ziffer 7) die Vergütung (ausnahmsweise) fortzahlen, macht es Sinn, die durch den Zeitraum der Freistellung der Arbeitnehmer verbrauchte Arbeitszeit auf vorhandene Arbeitszeitguthaben oder den Urlaubsanspruch anzurechnen. Zur *einseitigen Festlegung von Zeiten des*



*Freizeitausgleichs* bei Überstunden ist ein Arbeitgeber nur berechtigt, wenn dafür eine rechtliche Grundlage besteht. Dies kann einmal im Individualvertrag oder – was häufiger ist – kollektivrechtlich in Betriebsvereinbarungen erfolgen.

Wird ein Betrieb aufgrund der Corona-Pandemie geschlossen, ist denkbar, dass die Betriebsparteien kurzfristig Betriebsferien vereinbaren und insoweit die Abwesenheitszeit auf den Erholungsurlaub angerechnet wird. Das setzt aber praktisch voraus, dass eine solche kurzfristige *Betriebsvereinbarung* (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG) zustande kommt, was gegenwärtig eher die Ausnahme sein wird. Auch sind bereits geplante Urlaube für die Arbeitnehmer bei der Ausgestaltung der Betriebsvereinbarung zu berücksichtigen. Daher dürfte dies praktisch kaum nutzbar sein. Immerhin: Eine Gestaltung für die Zukunft ist denkbar.

### **Zusammenfassung:**

Die Fälle der Lohnfortzahlung und des Entgelttrisikos bei Corona lassen sich kategorisieren. Dessen ungeachtet bedarf es der Einzelfallbewertung.

ArbRB-Blog

## **Corona – Folgen für Arbeitnehmer und Arbeitgeber**



[Andrea Bonanni](#)

6.2.2020 – 17:52

Seit Mitte Januar beschäftigt das Corona-Virus die Welt. Experten erwarten den Höhepunkt der Epidemie Mitte Februar.

Zahlreiche Fluggesellschaften haben schon Ende Januar alle Flüge von und nach China gestrichen. Am 31.1.2020 hat die Weltgesundheitsorganisation (WHO) eine „gesundheitliche Notlage von internationaler Tragweite“ ausgerufen. Damit sind konkrete Empfehlungen verbunden, um die Ausbreitung über Grenzen hinweg möglichst einzudämmen. Eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes besteht derzeit nur für die Region, in der die Stadt Wuhan liegt, die Ausgangspunkt des Corona-Virus war.

Arbeitgeber, die in **Handelsbeziehungen zu chinesischen Unternehmen** stehen bzw. selbst **Arbeitnehmer in China einsetzen**, müssen aktuell mit dieser Gefährdungslage umgehen.

Ausgangspunkt ist dabei die **arbeitgeberseitige Fürsorgepflicht**, die den Arbeitgeber insbesondere zum Schutz der Gesundheit seiner Mitarbeiter verpflichtet. Er muss **Vorsichtsmaßnahmen** (Bereitstellung von Desinfektionsmitteln u.ä.) ergreifen und auch vom Arbeitnehmer eigenständig ergriffene Maßnahmen dulden. Soweit am Flughafen Düsseldorf einer Arbeitnehmerin an der Sicherheitskontrolle untersagt worden war, einen Mundschutz zu tragen, da dieser Panik unter den Passagieren verbreite, wurde dieses Verbot inzwischen aufgehoben. Berücksichtigt man, dass es kaum einen Arbeitsplatz gibt, an dem man mit mehr Menschen, die aus

den verschiedensten Regionen der Welt kommen, in einen intensiven Kontakt kommt, ist dies nur folgerichtig.

Die potentielle Ansteckungsgefahr führt **nicht** dazu, dass Arbeitnehmer einen **Anspruch darauf haben, von zuhause aus zu arbeiten**.

Ob ein Arbeitnehmer der **Anordnung eines Arbeitgebers, nach China zu reisen**, Folge leisten muss bzw. dies ohne Sanktionen verweigern kann, wird davon abhängen, ob es um Reisen in Gebiete geht, für die eine ausdrückliche Reisewarnung des Auswärtigen Amtes vorliegt. Auch wenn ein Arbeitsvertrag Auslands-Dienstreisen vorsieht, kann eine entsprechende Weisung nach § 106 Gewerbeordnung nur unter Berücksichtigung „billigen Ermessens“ erfolgen. Die Anordnung einer Dienstreise in die Region, für die eine Reisewarnung besteht, entspricht nicht billigem Ermessen. Der Arbeitnehmer kann also die Reise verweigern, ohne dass er arbeitsrechtliche Sanktionen befürchten muss. Für Reisen in andere Landesteile wird man zu einem anderen Ergebnis kommen. Wegen der Einstellung der meisten Flüge nach China wird sich diese Frage aber in der Praxis derzeit kaum stellen.

Die Anforderungen an einen Arbeitgeber steigen, wenn es im Betrieb **Besucher aus China bzw. aus China zurückkehrende Arbeitnehmer** gibt. Im Fall zurückkehrender Arbeitnehmer wird man den Arbeitgeber für verpflichtet halten müssen, andere Arbeitnehmer im Betrieb zu informieren bzw. den zurückkehrenden Arbeitnehmer für einige Tage freizustellen, um eine etwaige Ansteckung auszuschließen. Die Inkubationsdauer, also die Zeit, in der der Infizierte noch keine Symptome hat, aber andere anstecken kann, beträgt 14 Tage.

Auch mit Blick auf **Arbeitnehmer, die für ihre deutschen Arbeitgeber in China im Einsatz** sind, können sich Handlungspflichten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung der Fürsorgepflicht ergeben. Der Arbeitgeber wird die Situation – insbesondere die offiziellen Warnungen des Auswärtigen Amtes – genau beobachten und ggf. zum Schutz seiner Arbeitnehmer aktiv werden müssen. Dies kann z. B. durch Weisungen erfolgen, die Tätigkeit von zu Hause aus zu erledigen, oder im Extremfall eine Rückholung zu organisieren.

*RAin FAinArbR Dr. Andrea Bonanni, Partnerin bei CMS Hasche Sigle, Köln*

ArbRB-Blog

**Entschädigung nach § 56 Infektionsschutzgesetz bei Covid 19 bzw. Corona**



[Detlef Grimm](#)

26.2.2020 – 12:47

Ich möchte ergänzend zum Blog von Frau [Bonanni vom 6.2.2020](#) noch auf die Entschädigungsmöglichkeit nach § 56 Infektionsschutzgesetz (IfSG) hinweisen: Um übertragbaren Krankheiten bei Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu

erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern, wurde durch den Gesetzgeber das Infektionsschutzgesetz (IfSG) geschaffen.

Dazu folgender Hinweis der Regierung Niederbayern: Personen, die bestimmte übertragbare Krankheitserreger in sich tragen bzw. ein Verdacht dahingehend besteht, stellen eine Gefahr für die Gesundheit anderer Menschen dar. Wird diesen Personen aufgrund des Infektionsschutzgesetzes deshalb verboten ihrer Erwerbstätigkeit nachzugehen und erleiden diese aufgrund dessen einen Verdienstaufschlag, können diese unter bestimmten Voraussetzungen eine Entschädigung erhalten. Näheres zu den Entschädigungsvoraussetzungen kann unten stehendem Merkblatt der Regierung Niederbayern entnommen werden.

[https://www.regierung.niederbayern.bayern.de/aufgabenbereiche/5g/rechtsfragen/entschaedigung\\_ifsg/index.php](https://www.regierung.niederbayern.bayern.de/aufgabenbereiche/5g/rechtsfragen/entschaedigung_ifsg/index.php)

ArbRB-Blog

## Kurzarbeitergeld bei Betriebseinschränkungen wegen des Coronavirus



[Detlef Grimm](#)

3.3.2020 – 12:26

Der Arbeitgeber bleibt bei Betriebseinschränkungen aufgrund des Coronavirus zunächst für die Arbeitsentgelte seiner Arbeitnehmer zahlungspflichtig, da die Risiken oft zu seinem Betriebsrisiko zählen. Das gilt insbesondere, wenn Vorprodukte nicht geliefert werden. Auch die Ausgleichspflicht des Staates gem. § 56 Infektionsschutzgesetz entlastet den Arbeitgeber grundsätzlich nur bei behördlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar gegen den Arbeitnehmer richten, nicht aber bei mittelbaren Folgen der Erkrankungswelle, die den Betrieb betreffen. Der Arbeitgeber kann sich von einem Teil des Risikos über die Beantragung von Kurzarbeitergeld gemäß § 95 ff. SGB III entlasten. Der "erhebliche Arbeitsausfall" muss auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis i.S.v. § 96 SGB III beruhen.

### Coronavirus-Fälle als unabwendbares Ereignis gemäß § 96 SGB III

In der Vergangenheit haben die Sozialgerichte (insb. BSG 1.12.2014 – B 11 AL 3/14 R) Erkrankungen häufig nicht als unabwendbares Ereignis akzeptiert und Einschränkungen aufgrund einer Erkrankung des Betriebsinhabers nicht als Grund für die Gewährung von Kurzarbeitergeld gewertet: Es verwirklichte sich lediglich ein übliches, innerbetriebliches Risiko. Auch nach der allgemeinen Definition des unabwendbaren Ereignisses – jedes objektiv feststellbare Geschehen, das selbst durch äußerste, nach den Umständen des Falls gebotene Sorgfalt nicht abzuwenden ist – wäre bei vielen Betriebseinschränkungen aufgrund des Coronavirus kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld gegeben: Bei Unterbrechungen der Lieferketten würde sich, wie auch in der zivilrechtlichen Wertung, die Frage stellen, ob nicht eine Ersatzbeschaffung zu höheren Preisen möglich ist oder vergangenheitsbezogen eine Bevorratung erforderlich gewesen wäre.

Allerdings entsprechen die typischen Fälle des unabwendbaren Ereignisses – notstandsähnliche Situationen bzw. höhere Gewalt – den Folgen der Corona-Erkrankungen. Erste Pressemitteilungen der für die Gewährung von Kurzarbeitergeld zuständigen Arbeitsagentur deuten daher auch an, dass diese grundsätzlich bereit sind, bei Betriebseinschränkungen aufgrund des Coronavirus durch Gewährung von Kurzarbeitergeld zu helfen

Bereits am [6.2.2020](#) hat die Regionaldirektion Baden-Württemberg der Bundesagentur für Arbeit folgendes klargestellt:

*„Ein auf Grund oder in Folge des Corona-Virus und/oder der damit verbundenen Sicherheitsmaßnahmen eingetretener Arbeitsausfall beruht im Regelfall auf einem unabwendbaren Ereignis oder auf wirtschaftlichen Gründen im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III. Ein Ausgleich des Arbeitsausfalls mit Hilfe des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes ist damit grundsätzlich möglich.“*

Dies wurde am [28.2.2020](#) von der Bundesagentur für Arbeit in einer weiteren Pressemitteilung noch einmal bestätigt:

*„Wenn Unternehmen aufgrund der weltweiten Krankheitsfälle durch das Corona-Virus Kurzarbeit anordnen und es dadurch zu Entgeltausfällen kommt, können betroffene Beschäftigte Kurzarbeitergeld erhalten. Diese Leistung muss vom Arbeitgeber beantragt werden.“*

*Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld ist, dass die üblichen Arbeitszeiten vorübergehend wesentlich verringert sind.*

*Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn aufgrund des Corona-Virus Lieferungen ausbleiben und dadurch die Arbeitszeit verringert werden muss oder staatliche Schutzmaßnahmen dafür sorgen, dass der Betrieb vorübergehend geschlossen wird.“*

Damit deutet sich an, dass die Frage der Vermeidbarkeit bei Störungen der Lieferketten von den Arbeitsagenturen offensichtlich nicht allzu streng geprüft werden wird; der ausdrückliche Hinweis in der Pressemitteilung vom 28.2.2020 auf staatliche Schutzmaßnahmen zeigt, dass die wirtschaftlichen Folgen solcher betriebsbezogener Maßnahmen (auch) über das Kurzarbeitergeld aufgefangen werden sollen.

Die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld bei staatlichen Schutzmaßnahmen liegen nicht nur die Schließung von Produktionsbetrieben vor, sondern auch in Fällen, die den Publikumsverkehr betreffen wie die Schließung von Ladengeschäften oder privater Schulen. Grundsätzlich ist auch davon auszugehen, dass Unternehmen, die von staatlichen Schutzmaßnahmen lediglich mittelbar betroffen sind, Anspruch auf Gewährung von Kurzarbeitergeld haben – zu denken wäre etwa an Hotelbetriebe oder Messebauunternehmen im Fall der Absage von Messen aufgrund staatlicher Schutzmaßnahmen.

Gleiches sollte rechtlich gelten, wenn solche Absagen nicht aufgrund staatlicher Schutzmaßnahmen erfolgen, sondern aufgrund der freien Entscheidung eines Dritten. Zu denken wäre etwa an die nicht staatlich angeordnete Absage eines Kongresses, da der Veranstalter mit einem Einbruch der Teilnehmerzahlen aus

Angst vor Infektionen rechnet. Jedenfalls die mittelbar betroffenen Unternehmer wie Hotels oder Veranstaltungsagenturen werden von einem unabwendbaren Ereignis betroffen. Das kann sogar für den absagenden Veranstalter selbst gelten, wenn dieser lediglich auf die Stornierungen von Teilnehmern reagiert.

Zumindest nach den bisherigen Ansichten zum Kurzarbeitergeld nicht mehr gedeckt wäre dagegen der Fall, dass ein Unternehmen aus freier Entscheidung zur Risikominimierung beschließt, den Betrieb vorübergehend einzustellen. In diesem Falle läge wäre die Betriebseinschränkung durch die Corona-Erkrankungen nicht mehr ursächlich begründet.

### **Was muss der Arbeitgeber tun, um Kurzarbeitergeld zu erlangen?**

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld kann nicht einfach nachträglich beantragt werden. Vielmehr ist der Arbeitsausfall bei der Arbeitsagentur *unverzüglich* gemäß § 99 SGB III *anzuzeigen* und die Gewährung von Kurzarbeitergeld zu *beantragen*; die Arbeitsagentur *berät* den Arbeitgeber und erlässt einen *Bescheid* gemäß § 99 Abs. 3 SGB III darüber, ob ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und ob die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Insoweit gelten die allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld. Der Arbeitgeber muss grundsätzlich alle Maßnahmen zur Vermeidung des Arbeitsausfalls ergreifen. Hierzu gehört ggf. auch die Gewährung von Urlaub nach den gesetzlichen Regeln oder die Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen, etwa die Auflösung von Arbeitszeitguthaben. Hier wird sich zeigen, wie flexibel die Arbeitsagenturen bei diesen Fragen sind.

Der Arbeitgeber kann im Regelfall nicht einseitig Kurzarbeit anordnen. Die Absenkung der betrieblichen Arbeitszeit, die zum Arbeitsausfall und damit zum Anspruch auf Gewährung von Kurzarbeitergeld führt, bedarf einer Grundlage in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglicher Vereinbarungen. Wenn im Betrieb ein Betriebsrat vorhanden ist, unterliegt die Kurzarbeit zwingend dessen Mitbestimmung (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG).

Es empfiehlt sich, mit dem Betriebsrat schon im Vorfeld möglicher Einschränkungen abzuklären, ob und wie im Betrieb Kurzarbeit wegen des Coronavirus eingeführt werden kann und muss.

### **Höhe der Leistungen aus dem Kurzarbeitergeld**

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld führt *nicht* zu einer vollständigen Entlastung des Arbeitgebers. Dieser bleibt zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge auf das gesamte Entgelt weiterhin verpflichtet. Das Kurzarbeitergeld gleicht auch nicht den gesamten Entgeltausfall des Arbeitnehmers aus, sondern lediglich 60 % der Nettoentgeltdifferenz bzw. bei einem erhöhten Leistungssatz nach den Vorschriften über das Arbeitslosengeld 67 %. Inwieweit der Arbeitgeber gegebenenfalls verpflichtet ist, dieses Kurzarbeitergeld noch für den Arbeitnehmer aufzustocken, hängt von der Vereinbarung mit dem Betriebsrat unter dem Arbeitnehmer über die Verringerung der Arbeitszeit ab.

### **Verhältnis zu § 56 Infektionsschutzgesetz (IfSG)**

Die Leistungen aus dem Kurzarbeitergeld bleiben hinter denen aus § 56 IfSG (vergleiche hierzu den [Artikel zur Entgeltfortzahlung bei Corona](#)) zurück. Auch ist das Verfahren aufgrund der im Regelfall erforderlichen Beteiligung des Betriebsrats bzw. des Erfordernisses einer Einigung mit den Arbeitnehmern deutlich komplexer. In allen Fällen, in denen Ansprüche aus § 56 IfSG gegeben sind, sind diese daher weitaus besser. Dies gilt insbesondere, wenn Arbeitnehmer als Ausscheider, Ansteckungsverdächtige, Krankheitsverdächtige oder sonstiger Träger von Krankheitserregern sie persönlich betreffenden Einschränkungen unterliegen.

Keine Ansprüche nach § 56 IfSG bestehen dagegen bei Betriebseinschränkungen, die nicht auf staatliche Maßnahmen nach dem IfSG beruhen; sehr zweifelhaft sind solche Ansprüche bei einer bloß mittelbaren Betroffenheit des Betriebes von solchen Schutzmaßnahmen. In beiden Fällen sollte der Arbeitgeber Kurzarbeit einführen.

Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, welche Ansprüche sich bei einer Inanspruchnahme des Arbeitgebers etwa bei einer Betriebsstilllegung ergeben. Hier spricht aus unserer Sicht viel dafür, dass, wenn solche Maßnahmen überhaupt unter engen Voraussetzungen zulässig sind, die Entschädigungspflicht nach § 56 IfSG eingreift. Allerdings kann die Pressemitteilung der Bundesagentur vom 28.2.2020, die als Grund für die Gewährung von Kurzarbeitergeld ausdrücklich auch „staatliche Schutzmaßnahmen“ nennt, darauf hindeuten, dass die zuständigen Behörden die Entschädigungspflicht nach § 56 IfSG eher eng auslegen könnten.

Im Hinblick hierauf sollte in allen Fällen, in denen sich aus dem Gesetzestext nicht sicher Ansprüche aus § 56 IfSG ergeben, geprüft werden, ob es sinnvoll ist, vorsorglich jedenfalls die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld zu schaffen. Weitergehende Ansprüche nach § 56 IfSG werden hierdurch, wie § 56 Abs. 9 IfSG zeigt, nicht ausgeschlossen.

### **Ausblick**

Die Wirtschaftskrise 2008/2009 wurde in Deutschland erfolgreich mit Kurzarbeitergeld aufgefangen. Hierbei zeigten die Arbeitsagenturen eine erhebliche Flexibilität und eine hohe Kooperationsbereitschaft. Die vorliegenden Pressemitteilungen deuten darauf hin, dass die Arbeitsagenturen die Arbeitgeber auch bei den Corona-Fällen aktiv bei der Abmilderung der Folgen unterstützen werden.

Sache der Arbeitgeber ist es, durch Abschluss der entsprechenden innerbetrieblichen Vereinbarungen (Betriebsrat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) und rechtzeitige Information und *Antragstellung* der Arbeitsagenturen die Voraussetzungen zu schaffen.