COVINGTON

Arbeitsrechtliche Folgen des Corona Virus

March 19, 2020

Beschäftigung und Arbeitgeberleistungen und Vergütung von Führungskräften

Fragen zum Corona Virus und einer Pandemie unter arbeitsrechtlichen Aspekten:

A. Arbeitspflicht und Arbeitsentgelt

I. Arbeitspflicht

Ein gesunder Arbeitnehmer, der keine Krankheitssymptome zeigt, ist verpflichtet, die von ihm arbeitsvertraglich geschuldete Arbeit zu erbringen. Ein Recht, seine Arbeitsleistung zurückzubehalten, weil er befürchtet, sich auf dem Weg zur Arbeit oder am Arbeitsplatz anzustecken, besteht grundsätzlich nicht. Erst, wenn eine konkrete und nachweisbare Gefahr besteht, dass ein Arbeitnehmer sich auf dem Weg zur Arbeit oder am Arbeitsplatz mit einer Krankheit anstecken könnte, kann ein Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zurückbehalten und die Zahlung des vereinbarten Lohns vom Arbeitgeber verlangen. Diese Voraussetzungen liegen regelmäßig nicht vor. Kommt ein Arbeitgeber seinen arbeitsplatzschutzrechtlichen Verpflichtungen nach, Arbeitnehmer mit Krankheitssymptomen zum Arzt oder nach Hause zu schicken, liegen die Voraussetzungen für ein Zurückbehaltungsrecht regelmäßig nicht vor und es besteht Arbeitspflicht.

II. Ausnahmen von der Arbeitspflicht und Vergütungsfragen

Unter bestimmten Voraussetzungen kann der Arbeitgeber einzelne oder alle Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht freistellen.

1. Schließung des Betriebes

a. Freiwillige Schließung des Betriebes

Die freiwillige Schließung des Betriebes ist nur dann rechtmäßig, wenn das Interesse des Arbeitgebers an der Suspendierung der Arbeitspflicht das Interesse des Arbeitnehmers an der Beschäftigung überwiegt. Dies hängt von den Umständen des einzelnen Falles ab und dürfte nur in seltenen Fällen gerechtfertigt sein. Denkbar ist eine rechtmäßige Schließung des gesamten Betriebes etwa, wenn eine Vielzahl von Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen mit dem Corona Virus infiziert oder an COVID-19 erkrankt ist und eine Aufrechterhaltung der betrieblichen Tätigkeiten mit der verbliebenen (gesunden) Belegschaft nicht mehr gewährleistet ist.

Sofern der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die Möglichkeit einräumt, vom Home Office aus zu arbeiten, kann der Arbeitgeber anordnen, dass von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen ist.

Die Pflicht des Arbeitgebers, an die betroffenen Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Vergütung weiterzuzahlen, bleibt bei einer freiwilligen Schließung des Betriebes in vollem Umfang bestehen. Es ist die Vergütung zu zahlen, die die betreffenden Arbeitnehmer verdient hätten, wenn sie zur Arbeit erschienen und ordnungsgemäß beschäftigt worden wären.

b. Behördlich angeordnete Schließung des Betriebes

Im Fall einer behördlich angeordneten Schließung des Betriebes bzw. einer behördlich angeordneten Untersagung der betrieblichen Aktivität, wie z.B. eines Restaurants, Cafés, Verkaufsgeschäfts, Reiseunternehmens etc., überwiegt regelmäßig das Interesse des Arbeitgebers an einer Suspendierung der Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht. Auch für diesen Fall gilt, dass der Arbeitgeber die betroffenen Arbeitnehmer ins Home-Office schicken kann, sofern Arbeiten im Home-Office von den Arbeitnehmern erledigt werden können.

Auch in diesem Fall bleibt die Pflicht des Arbeitgebers bestehen, an die betroffenen Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Vergütung weiterzuzahlen, die diese verdient hätten, wenn sie zur Arbeit erschienen und ordnungsgemäß beschäftigt worden wären. Für den Arbeitgeber bleibt aber die Möglichkeit, Kurzarbeitergeld nach den neu vom Bundestag und Bundesrat verabschiedeten Regelungen zu beantragen (Kurzarbeit Null, s. weiter unten). Unter bestimmten Voraussetzungen hat der Arbeitgeber Anspruch auf Ersatz von Entschädigungen gegenüber den zuständigen Behörden, die er nach dem Infektionsschutzgesetz an die Arbeitnehmer zu zahlen verpflichtet ist (s. dazu weiter unten).

2. Freistellung einzelner Arbeitnehmer von der Arbeitspflicht/Home-Office

Sofern der Arbeitgeber begründete Anhaltspunkte für eine Erkrankung oder Infizierung eines oder mehrerer Arbeitnehmer mit COVID-19 hat, überwiegt das Suspendierungsinteresse des Arbeitgebers regelmäßig das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers. Hierfür ist regelmäßig ausreichend, wenn der Arbeitnehmer aus einem Gebiet zurückkehrt, für das eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes besteht oder sich in einem besonders gefährdeten Gebiet oder Risikogebiet aufgehalten hat oder mit einer mit dem Corona Virus infizierten Person in engem Kontakt gewesen ist (s. hierzu auch nachfolgend “Mitteilungspflichten”).

Auch die insoweit betroffenen Arbeitnehmer können vom Arbeitgeber jedenfalls für die vom Robert-Koch-Institut empfohlene Quarantänezeit von 14 Tagen ins Home-Office geschickt werden, sofern Arbeiten im Home-Office von den Arbeitnehmern erledigt werden können.

In diesem Fall bleibt der Lohnanspruch bei einem infizierten aber gesunden Arbeitnehmer grundsätzlich ebenfalls in voller Höhe bestehen und der Arbeitgeber ist verpflichtet, an die betroffenen Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarte Vergütung weiterzuzahlen, die diese verdient hätten, wenn sie zur Arbeit erschienen und ordnungsgemäß beschäftigt worden wären. Es ist in diesem Fall aber zu prüfen, ob im Arbeitsvertrag § 616 BGB abbedungen oder ausgeschlossen worden ist. Nach § 616 BGB erhält der Arbeitnehmer den Lohnanspruch, wenn er für eine verhältnismäßig geringe Zeit an der Ausübung der Arbeit ohne sein Verschulden gehindert ist. Ist im Arbeitsvertrag geregelt, dass § 616 BGB nicht gilt, entfällt der Lohnanspruch des Arbeitnehmers für die Zeit, in der er in Quarantäne geschickt worden ist. Ist § 616 BGB

nicht arbeitsvertraglich abbedungen worden, stellt sich die Frage, ob der betroffene Arbeitnehmer ohne sein Verschulden in diese Lage geraten ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob der Arbeitnehmer z.B. Reisewarnungen des Auswärtigen Amtes missachtet und in vom Robert-Koch-Institut als Risikogebiete eingestufte Gebiete gereist ist. Rechtsprechung zu dieser Frage existiert gegenwärtig nicht. Auch wird in der Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt, was eine „verhältnismäßig geringe Zeit" ist. Das Bundesarbeitsgericht tendiert dazu, fünf Tage als verhältnismäßig geringe Zeit anzuerkennen. Teilweise wird in der Rechtsliteratur gefordert, einen Zeitraum von sechs Wochen in Anlehnung an die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall anzuerkennen.

3. Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers/Rechtsfolgen

Sofern ein Arbeitnehmer aus einem Gebiet an den Arbeitsplatz zurückkehrt, für das eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes besteht oder das als besonders gefährdetes Gebiet oder Risikogebiet gilt, hat der Arbeitnehmer den Arbeitgeber hierüber aufzuklären, um dem Arbeitgeber die Möglichkeit zu geben, über geeignete Maßnahmen zu entscheiden. Gleiches gilt für Arbeitnehmer, die mit einer mit dem Corona Virus infizierten Person in engem Kontakt gewesen sind. Nach den Angaben des Robert-Koch-Instituts bedeutet enger Kontakt entweder, dass man (i) innerhalb der letzten 14 Tage mit einem Erkrankten gesprochen hat, der eine COVID-19-Diagnose hatte oder von einer solchen Person angehustet oder angeniest worden ist oder sonst einen engen Kontakt zu einer solchen Person hatte, (ii) sich innerhalb der letzten 14 Tage in einem besonders betroffenen Gebiet/Risikogebiet aufgehalten hat, oder (iii) eine Quarantäne vom Gesundheitsamt angeordnet worden ist. Der Arbeitgeber hat das Recht, den Arbeitnehmer danach zu befragen, ob er diese Voraussetzungen erfüllt.

Eine Verletzung dieser Mitteilungspflicht kann arbeitsrechtliche Konsequenzen haben, wie z.B. eine Abmahnung oder – in extrem gelagerten Fällen – eine verhaltensbedingte Kündigung.

4. Anordnung von Urlaub

Der Arbeitgeber kann gegenüber dem Arbeitnehmer zwar grundsätzlich anordnen, dass der Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt Urlaub nimmt. Der Arbeitnehmer ist allerdings nicht verpflichtet, dieser Anordnung nachzukommen. Äußert der Arbeitnehmer abweichende Urlaubswünsche, muss der Arbeitgeber diese berücksichtigen, es sei denn, dass Urlaubswünsche anderer Arbeitnehmer dem entgegenstehen. Der Arbeitnehmer kann jeden Grund nennen, warum er zum angeordneten Zeitpunkt keinen Urlaub wünscht.

Während des Erholungsurlaubes ist der Arbeitgeber verpflichtet, dem Arbeitnehmer Urlaubsentgelt zu zahlen, das sich nach den gesetzlichen Bestimmungen berechnet.

5. Fehlende Kinderbetreuung

Dem Arbeitnehmer kann ein Entgeltfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber zustehen, wenn eine Kinderbetreuung wegfällt, etwa durch Schließung eines Kindergartens oder der Schule, auf die der Arbeitnehmer angewiesen ist. Dies gilt allerdings nur, wenn § 616 BGB im Arbeitsvertrag mit dem betreffenden Arbeitnehmer nicht abbedungen oder ausgeschlossen worden ist. Dies muss anhand des jeweiligen Arbeitsvertrages geprüft und beurteilt werden. Nach § 616 BGB erhält der Arbeitnehmer den Lohnanspruch, wenn der Arbeitnehmer für eine verhältnismäßig geringe Zeit an der Ausübung der Arbeit ohne sein Verschulden gehindert ist.

Gilt § 616 BGB im betreffenden Arbeitsverhältnis, hängt die Frage, ob ein Arbeitnehmer bei nicht (mehr) vorhandener Kinderbetreuung einen Zahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber hat, davon ab, ob dem Arbeitnehmer die von ihm erwartete Dienstleistung infolge der nicht vorhandenen Kinderbetreuung unzumutbar ist. Der Arbeitnehmer behält den Lohnanspruch, wenn eine Beaufsichtigung oder Betreuung des Kindes notwendig ist und andere geeignete Personen hierfür nicht zur Verfügung stehen. Der Arbeitnehmer ist daher verpflichtet, die Möglichkeit einer anderweitigen Betreuung zu prüfen und alles ihm Zumutbare zu unternehmen, eine anderweitige Betreuung seines Kindes zu organisieren. Erst wenn diese Bemühungen scheitern, kann der Arbeitnehmer der Arbeit fern bleiben, um seine Kinder zu betreuen. Eine Fortzahlung der Vergütung für Kinderbetreuung wird in der Regel daher nur für Kleinkinder in Betracht kommen.

Die Rechtsprechung gewährt regelmäßig nur für die Dauer von fünf Arbeitstagen einen Entgeltfortzahlungsanspruch nach diesen Vorschriften. In seltenen Einzelfällen hat die Rechtsprechung eine längere Entgeltfortzahlung bis zu einer Maximaldauer von sechs Wochen für gerechtfertigt gehalten. Dies ist aber nur unter sehr engen Voraussetzungen und damit regelmäßig nicht der Fall.

6. Erkrankung von Kindern

Bei der Erkrankung eines Kindes besteht nach § 45 Sozialgesetzbuch V ein Anspruch des Arbeitnehmers gegen die gesetzliche Krankenversicherung auf Zahlung von Krankengeld. Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist, dass nach ärztlichem Zeugnis die Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege eines Kindes unter zwölf Jahren oder eines behinderten Kindes, das auf Pflege angewiesen ist, erforderlich ist und eine andere im Haushalt lebende Person das Kind nicht beaufsichtigen, betreuen oder pflegen kann. Das Krankengeld wird pro Kalenderjahr für einen Zeitraum von 10 Tagen auf Antrag gezahlt, bei Alleinerziehenden für einen Zeitraum von 20 Tagen. Hat ein Arbeitnehmer einen Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Fortzahlung der Vergütung nach § 616 BGB, entfällt der Krankengeldanspruch. Auch in diesen Fällen ist daher entscheidend, ob § 616 BGB im Arbeitsvertrag abbedungen worden ist oder nicht.

7. Erkrankung des Arbeitnehmers

Für arbeitsunfähige Arbeitnehmer gelten keine Besonderheiten. Bei bestehender Arbeitsunfähigkeit besteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch von sechs Wochen gegen den Arbeitgeber. Nach Ablauf von sechs Wochen hat der betreffende Arbeitnehmer Anspruch auf Krankengeld gegen die Krankenversicherung.

Eine Besonderheit besteht insoweit, als das Infektionsschutzgesetz eigene Regelungen für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall aufstellt und Arbeitgebern unter bestimmten Voraussetzungen einen Entschädigungsanspruch gegen die zuständigen Behörden gewährt. Die zuständigen Behörden werden von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung bestimmt und sind von Bundesland zu Bundesland verschieden.

Eine Entschädigung nach dem Infektionsschutzgesetz erhält, wer als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern einem Beschäftigungsverbot unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstausfall erleidet. Dies gilt auch für Personen, die sich in Quarantäne befinden. Aktuell greift diese Regelung für Personen, die mit dem Corona Virus infiziert sind.

Der Entschädigungsanspruch besteht für sechs Wochen in Höhe des Verdienstausfalls, d.h. des vor dem Beschäftigungsverbot vom Arbeitnehmer erzielten Verdienstes und wird vom Arbeitgeber gezahlt. Der Arbeitgeber hat einen Erstattungsanspruch gegen die zuständige Behörde, wenn er nicht nach § 616 BGB zur Zahlung des Entgelts an den Arbeitnehmer verpflichtet ist. Ist die Anwendung von § 616 BGB im Arbeitsvertrag ausgeschlossen, hat der Arbeitgeber einen vollen Erstattungsanspruch auf die an Arbeitnehmer nach dem Infektionsschutzgesetz gezahlten Entschädigungen. In den Fällen, in denen die Anwendbarkeit des § 616 BGB in den Arbeitsverträgen nicht ausgeschlossen ist, kann derzeit in Bezug auf Entschädigungsansprüche durch das Corona Virus noch nicht gesagt werden, welche Zeiträume die zuständigen Behörden als verhältnismäßig geringen Zeitraum im Sinne des § 616 BGB ansehen werden. Es ist möglich, dass im Zuge der durch die Bundesregierung umfassend zugesagten Hilfe für Unternehmen gänzlich davon abgesehen wird, Entgeltfortzahlungsansprüche der Arbeitnehmer gegen ihre Arbeitgeber nach § 616 BGB bei der Entschädigungszahlung unberücksichtigt zu lassen. Ebenso ist möglich, dass lediglich ein Entgeltfortzahlungsanspruch von fünf Arbeitstagen angerechnet wird. Unwahrscheinlich ist, dass ein Zeitraum von sechs Wochen angerechnet wird und ein Entschädigungsanspruch gegen die Behörden damit vollständig entfallen würde. Vom Beginn der siebten Woche an wird die Entschädigung in Höhe des Krankengeldes, das der Arbeitnehmer von der gesetzlichen Krankenversicherung erhalten würde, an den Arbeitnehmer gezahlt. Diese Entschädigung beträgt 70 Prozent des erzielten regelmäßigen Arbeitsentgelts, d.h. des mit der letzten Lohnabrechnung erzielten Arbeitsentgelts und wird von der zuständigen Krankenversicherung gezahlt.

B. Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld

I. Allgemeines

Kurzarbeit bedeutet, dass der Arbeitnehmer vorübergehend weniger als die betriebsübliche Arbeitszeit arbeitet und dafür ein entsprechend reduziertes Arbeitsentgelt erhält. Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer einen auf dem Arbeitsvertrag beruhenden Anspruch auf Beschäftigung. Die einseitige Anordnung von Kurzarbeit durch den Arbeitgeber ist unwirksam. Nur durch Vereinbarung kann Kurzarbeit erreicht werden, z.B. durch eine wirksame vertragliche Regelung oder durch eine gesonderte Vereinbarung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Arbeitgeber und Betriebsrat.

II. Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld

Für die Gewährung von Kurzarbeitergeld durch die Bundesagentur für Arbeit muss ein auf wirtschaftlichen Gründen beruhender erheblicher Arbeitsausfall gegeben sein, d.h. eine durch die allgemeine wirtschaftliche Entwicklung bedingte Veränderung der betrieblichen Strukturen, die für den betroffenen Arbeitgeber ein unabwendbares Ereignis darstellt. Dies ist bei auf den Corona Virus zurückzuführenden Betriebsschließungen oder einem Rückgang von Aufträgen (Flüge, Bahn- und Busunternehmen, Hotellerie, Gastronomie, Exportindustrie etc.) regelmäßig der Fall.

Es ist davon auszugehen, dass die Arbeitsagenturen bei der Prüfung, ob der Arbeitsausfall vorübergehend ist und daher damit zu rechnen ist, dass in absehbarer Zeit wieder mit einer Vollauslastung gerechnet werden kann, großzügige Maßstäbe anlegen werden.

Erforderlich ist weiterhin, dass der Arbeitsausfall unvermeidbar ist. Unvermeidbarkeit liegt vor, wenn der Arbeitsausfall trotz Vornahme aller zumutbaren und möglichen Vorkehrungen nicht abzuwenden oder einzuschränken war. Der Arbeitgeber muss sich bemühen, die betroffenen Arbeitnehmer in bezahlten Erholungsurlaub zu schicken. Der Arbeitgeber kann versuchen, einseitig Erholungsurlaub anzuordnen. Die Arbeitnehmer sind jedoch nicht verpflichtet, dieser Anordnung Folge zu leisten (s. oben). Haben Arbeitnehmer für das Kalenderjahr 2020 bereits Erholungsurlaub beantragt und gewährt bekommen, steht dies der Gewährung von Kurzarbeitergeld nicht entgegen. Ist der Urlaub allerdings für einen Zeitraum gewährt, der in die Kurzarbeit fällt, ist für diesen Zeitraum die Kurzarbeit vermeidbar und ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht für diesen Zeitraum nicht. Allerdings muss in diesem Zeitraum das normale Urlaubsentgelt vom Arbeitgeber an die betroffenen Arbeitnehmer gezahlt werden.

Zu beachten ist, dass nach der von der Bundesregierung jüngst verabschiedeten Änderungen beim Kurzarbeitergeld ganz oder teilweise darauf verzichtet wird, vom Arbeitgeber zu verlangen, Arbeitszeitsalden von Arbeitnehmern vor der Beantragung von Kurzarbeitergeld aufzulösen. Einzelheiten hierzu stehen derzeit noch nicht fest. Es empfiehlt sich, vor der Beantragung von Kurzarbeitergeld mit der zuständigen Arbeitsagentur Kontakt aufzunehmen und dort nachzufragen, wie diesbezüglich dort verfahren wird.

Durch die jüngst vom Bundestag verabschiedeten Neuregelungen kann Kurzarbeitergeld schon dann beantragt werden, wenn bereits 10 % der Beschäftigten im Betrieb vom Arbeitsausfall betroffen sind.

Auch eine sogenannte Kurzarbeit auf Null, d.h. eine vollständige Einstellung der betrieblichen Tätigkeit, berechtigt zum Bezug von Kurzarbeitergeld. Es ist aber zu berücksichtigen, dass das Kurzarbeitergeld zum Ziel hat, wieder eine Vollbeschäftigung zu erreichen. Bei einer vollständigen Betriebsschließung ohne Aussicht auf Wiedereröffnung wird kein Kurzarbeitergeld gewährt.

Der Arbeitsausfall muss der Agentur für Arbeit schriftlich angezeigt werden. Ein Vordruck findet sich unter: https://www.arbeitsagentur.de/datei/anzeige-kug101_ba013134.pdf Der Antrag muss bei der Agentur für Arbeit gestellt werden, in deren Bezirk der Betrieb seinen Sitz hat. Existiert ein Betriebsrat, ist seine Stellungnahme dem Antrag beizufügen. Eine Leistung des Kurzarbeitergeldes wird frühestens von dem Kalendermonat an geleistet, in dem die Anzeige bei der Agentur für Arbeit eingegangen ist. Kurzarbeitergeld aufgrund der jüngst vom Bundestag geänderten Regelungen kann, unabhängig von deren Inkrafttreten, bereits jetzt beantragt werden und wird gegebenenfalls rückwirkend ab 1. März 2020 gewährt. Der Antrag muss innerhalb einer Ausschlussfrist von 3 Monaten bei der Agentur für Arbeit gestellt werden. Die Frist beginnt mit Ablauf des Kalendermonats, für den das Kurzarbeitergeld beantragt wird. Der Eingang des Antrages bei der Agentur für Arbeit ist entscheidend.

Das Kurzarbeitergeld wird für die Dauer von bis zu 12 Monaten gewährt, beginnend ab dem ersten Monat, für den das Kurzarbeitergeld vom Arbeitgeber beantragt wird. Die Dauer kann regierungsseitig auf bis zu 24 Monate ausgeweitet werden. Es ist davon auszugehen, dass hiervon je nach Verlauf der Coronaviruskrise Gebrauch gemacht wird.

Das Kurzarbeitergeld beträgt für Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, die beim Arbeitslosengeld die Voraussetzungen für den erhöhten Leistungssatz erfüllen (grundsätzlich solche mit mindestens einem Kind) 67 % der Differenz zwischen dem pauschalierten Nettoentgelt aus dem, was der Arbeitnehmerin oder dem Arbeitnehmer ohne Arbeitsausfall und

ohne Verdienst durch Mehrarbeit erzielt hätte, und dem Nettoentgelt, das tatsächlich verdient wird (Nettoentgeltdifferenz im Anspruchszeitraum), für die anderen Arbeitnehmer 60 %. Nach den vom Bundestag verabschiedeten Neuregelungen sollen den Arbeitgebern die Sozialversicherungsbeiträge auf die Kurzarbeitergeldzahlungen in voller Höhe erstattet werden.

Kontakt

Walter Born	+49 69 768063 382	wborn@cov.com

Diese Informationen sind nicht als Rechtsberatung gedacht. Die Leser sollten spezifischen Rechtsrat einholen, bevor sie in Bezug auf die hier erwähnten Themen handeln.

Covington & Burling LLP, eine internationale Rechtsanwaltskanzlei, bietet gesellschaftsrechtliche, prozessuale und aufsichtsrechtliche Expertise, damit die Mandanten ihre Ziele erreichen können. Diese Mitteilung soll unseren Mandanten und anderen interessierten Kollegen relevante Entwicklungen nahe bringen. Bitte senden Sie eine E-Mail an unsubscribe@cov.com, wenn Sie in Zukunft keine E-Mails oder elektronischen Benachrichtigungen mehr erhalten möchten.