

Das Corona-Virus

Handlungsmöglichkeiten und Handlungspflichten für Unternehmen

Das Corona-Virus verursacht eine Vielzahl von Herausforderungen für Unternehmen. Einerseits steht die **Fürsorgepflicht** des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern im Fokus. Was muss der Arbeitgeber an Schutzmaßnahmen treffen, wie reagiert er, wenn Fürsorgepflichten mit Interessen einzelner Arbeitnehmer (Datenschutz, Beschäftigungspflicht etc.) kollidieren? Diese und viele weitere Fragen sind aufgeworfen. Andererseits muss der Unternehmer auf das **veränderte Beschäftigungsbedürfnis** seiner Arbeitnehmer reagieren. Es kann steigen, etwa weil die verbleibenden Arbeitnehmer auch die Arbeit der abwesenden Mitarbeiter miterledigen müssen oder es kann vorübergehend, in einigen Fällen vielleicht sogar dauerhaft, sinken. Schließlich muss der Arbeitgeber die Beteiligungsrechte seines Betriebsrates achten.

Eine Vielzahl von Fragen, die wir nachfolgend kurz beleuchten wollen:

I. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers

Gemäß § 618 BGB hat der Arbeitgeber die Fürsorgepflicht gegenüber den bei ihm beschäftigten Arbeitnehmern. Hieraus ergeben sich viele Fragen im Hinblick auf etwaige Gefahren, die von der Verbreitung und der Ansteckungsrisiken mit dem Corona-Virus ausgehen:

1. Unternehmerische „Pandemiepläne“

Um seiner Schutzpflicht gerecht zu werden, hat der Arbeitgeber **Verhaltenspflichten** im Unternehmen im Umgang mit etwaigen Gefahren aufzustellen. Im Internet gibt es viele Hinweise auf entsprechende Inhalte derartiger Pandemiepläne.

2. Entbindung von der Beschäftigungspflicht

Aus dem Arbeitsvertrag ergibt sich einerseits grundsätzlich die Pflicht des Arbeitnehmers, seine vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Hiervon ist er befreit im Falle der Arbeitsunfähigkeit, bei öffentlich-rechtlichen Verboten oder der „Aussonderung“, die vom Gesundheitsamt ausgesprochen wird. Andererseits hat der Arbeitnehmer auch den Beschäftigungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag.

a) Die Sorge des Arbeitnehmers vor Ansteckung

Allein der Umstand, dass der Arbeitnehmer besorgt ist, sich im Unternehmen oder auf dem Weg dorthin mit dem Virus anstecken zu können oder selbst ansteckend zu sein, entbindet ihn nicht von seiner vertraglichen Hauptpflicht, die Arbeitsleistung zu erbringen. Hierfür müssen *konkrete* Anhaltspunkte vorliegen. Allein eine erhöhte Wahrscheinlichkeit der Ansteckung auf dem Weg zur Arbeit oder während der Arbeit reichen nicht aus.

Will der Arbeitgeber im Rahmen der Umsetzung des Arbeitsvertrages den Arbeitnehmer auf Dienstreisen schicken, was ihm aufgrund des Arbeitsvertrages per se erlaubt ist, so besteht für den Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht regelmäßig erst dann, wenn eine entsprechende behördliche Reisewarnung für diese Gegend besteht, die er auf der Dienstreise besuchen soll.

b) Beschäftigungsverbot oder Quarantäneverfügung durch das Gesundheitsamt

Die Gesundheitsämter können jedoch bei Ausscheidern, Ansteckungsverdächtigen, Krankheitsverdächtigen oder bei sonstigen Trägern von Krankheitserregern ein Verbot im Hinblick auf die Ausübung der bisherigen Tätigkeit aussprechen (öffentlich-rechtliches Beschäftigungsverbot). Ist dies der Fall, so darf der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht beschäftigen. Hier liegt ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund im Sinne des § 616 Satz 1 BGB vor. Das bedeutet rechtlich, dass der Arbeitgeber das Entgelt für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ (in der Rechtsprechung regelmäßig ca. fünf Tage) fortzahlen muss. Dies setzt darüber hinaus voraus, dass den Arbeitnehmer am

Beschäftigungsverbot kein Verschulden trifft. Entsprechendes Verschulden wird man allerdings nur annehmen können, wenn Arbeitnehmer trotz entsprechender behördlicher Reisewarnung in gefährdete Gebiete gereist sind und deshalb das Beschäftigungsverbot durch das Gesundheitsamt ausgesprochen wird.

Zeitlich anschließend kann der Arbeitnehmer eine dem Lohnausfall entsprechende *Entschädigung* nach § 56 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG) in Anspruch nehmen. Die Lohnzahlungspflicht nach § 616 BGB geht dem Entschädigungsanspruch vor (BGH 30.11.1978 – III ZR 43/77). Die sich anschließende Entschädigung kann für die Dauer von sechs Wochen beansprucht werden und wird technisch vom Arbeitgeber ausbezahlt. Der Arbeitgeber hat daraufhin seinerseits einen entsprechenden Erstattungsanspruch gegenüber der zuständigen Behörde.

Rechtlich kann der Arbeitgeber die Anwendung des § 616 BGB auf das Arbeitsverhältnis vertraglich ausgeschlossen haben, weil dies keine zwingende Regelung ist. Haben die Vertragsparteien von dieser Möglichkeit des Ausschlusses des § 616 BGB Gebrauch gemacht, so entsteht der Entschädigungsanspruch mit dem ersten Tag des Beschäftigungsverbotes.

Gleiches gilt, wenn durch das Gesundheitsamt Personen, die als Ausscheider oder Ansteckungsverdächtige gelten, abgesondert werden (Quarantäne), so § 56 Abs. 1 Satz IfSG.

c) Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer Infizierung

Ist ein Arbeitnehmer mit dem Virus tatsächlich infiziert, so ist er arbeitsunfähig erkrankt, was vom behandelnden Arzt durch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachgewiesen wird. In diesem Falle kann er ebenfalls nicht beschäftigt werden. Sein Entgeltanspruch richtet sich dann nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz bzw. den vertraglichen (günstigeren) Regelungen.

d) Fürsorge durch den Arbeitgeber

Ist nicht der Arbeitnehmer besorgt, er könne sich anstecken, sondern der Arbeitgeber, ohne dass Arbeitsunfähigkeit vorliegt und ohne dass die Gesundheitsämter ausgesondert oder Tätigkeitsverbote ausgesprochen haben, so kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig von seiner Verpflichtung der Arbeitsleistung freistellen. Hierzu ist er jedoch nur

berechtigt, wenn konkrete Anhaltspunkte vorliegen, dass seine betrieblichen Interessen oder die Interessen anderer Beschäftigte Arbeitnehmer überwiegen. In diesem Fall ist der Arbeitgeber verpflichtet, aus dem Gesichtspunkt des Betriebsrisikos, im Wege des Annahmeverzuges (§ 615 BGB) dem Arbeitnehmer sein entsprechendes Entgelt weiter zu zahlen.

e) Schließung von Kita oder Schule

Wenn Mitarbeitern die Beschäftigung vorübergehend unmöglich wird, weil sie aufgrund der Schließung von Schule oder Kita unplanmäßig ihre Kinder betreuen müssen, so kann die Beschäftigungspflicht entfallen. Bezüglich der Entgeltzahlungspflicht liegt auch hier ein Fall des § 616 BGB vor. Ist dessen Anwendung nicht vertraglich ausgeschlossen, muss der Arbeitgeber die vorübergehende nicht erhebliche Zeit (regelmäßig bis zu fünf Tagen) Entgelt zahlen. Andernfalls und anschließend besteht ein Krankengeldanspruch gegen die gesetzlichen Krankenkassen.

3. Home-Office/mobile Arbeit

Um Arbeitsausfälle zu vermeiden können Arbeitgeber gegebenenfalls die Arbeit im Home-Office oder das mobile Arbeiten außerhalb des Betriebs anordnen. In beiden Fällen handelt es sich um die Frage der Zuweisung eines (anderen) Arbeitsortes. Grundsätzlich steht die Bestimmung des Arbeitsortes im Ermessen des Arbeitgebers (§ 106 GewO), soweit nicht vertraglich eingeschränkt. Allerdings ist das Weisungsrecht des Arbeitgebers im Grundsatz auf den eigenen Betrieb beschränkt. Will der Arbeitgeber also Home-Office oder mobiles

Arbeiten zuweisen, so benötigt er ein **erweitertes Direktionsrecht**, das durch Vereinbarungen geschaffen werden muss. Der Arbeitgeber kann also nur dann, wenn er

vorher mit den Arbeitnehmern ein Einvernehmen über die grundsätzliche Möglichkeit einer Tätigkeit im Home-Office oder mit mobiler Arbeit erzielt hat, einseitig diesen Arbeitsort zuweisen (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.11.2018 –17 Sa 562/18). In allen anderen Fällen ist er auf das Einverständnis der Arbeitnehmer im Einzelfall angewiesen. Hierzu bedarf es also in der Regel einer vertraglichen Absprache.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann jedoch auch durch eine Betriebsvereinbarung oder durch eine Tarifvertragsregelung geschaffen werden.

Andererseits haben Arbeitnehmer ohne eine entsprechende Rechtsgrundlage aber auch keinen Rechtsanspruch, ihre Arbeit im Home-Office oder mobil zu erbringen. Denn, wie bereits erwähnt, steht in der Regel dem Arbeitgeber das Weisungsrecht hinsichtlich des Arbeitsortes zu.

4. Arbeitgeberpflichten aus dem Arbeitsschutzgesetz

Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG hat der Arbeitgeber die „erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen“. Die näheren Inhalte dieser Grundpflichten des Arbeitgebers bestimmen sich aus den Umständen des Einzelfalles.

Nach § 17 ArbSchG hat der Arbeitgeber Anregungen, in jedem Fall aber Beschwerden von Beschäftigten, abzuhelpfen, die die Frage betreffen, ob die vom Arbeitgeber getroffenen Maßnahmen und /oder die bereitgestellten Mittel ausreichend sind, um die Sicherheit und den Gesundheitsschutz während der Arbeit für die Arbeitnehmer zu gewährleisten. Hilft der Arbeitgeber dem nicht ab, können sich Arbeitnehmer, ohne Nachteile für ihr Arbeitsverhältnis zu befürchten, an die zuständigen Behörden wenden.

5. Auskunftspflichten der Arbeitnehmer

Die Frage, ob Arbeitnehmer gegenüber dem Arbeitgeber zur Auskunft darüber verpflichtet sind, ob sie mit dem Virus infiziert sind, ob sie in Kontakt mit infizierten Menschen getreten sind oder ob sie bestimmte Gegenden bereist haben, in denen vermehrt Erkrankungen aufgetaucht sind, wird unterschiedlich beantwortet. Hier steht die Fürsorgepflicht gegenüber

der übrigen Belegschaft einerseits und der Datenschutz der betroffenen Arbeitnehmer andererseits in einem Spannungsverhältnis. Mit guten Argumenten kann man jedoch eine Auskunftspflicht bejahen, und die entsprechende Rechtsgrundlage in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 b) bzw. d) der Datenschutz Grundverordnung sehen.

6. Untersuchungspflicht auf Anordnung des Arbeitgebers?

Ohne eine entsprechende arbeitsvertragliche, betriebsverfassungsrechtliche oder tarifvertragliche Rechtsgrundlage sind Arbeitnehmer nicht verpflichtet, sich einer ärztlichen Untersuchung auf Anordnung des Arbeitgebers zu unterziehen. Dies gilt auch dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Untersuchung bezahlt.

II. Handlungsmöglichkeiten des Arbeitgebers bei Veränderung des Beschäftigungsumfanges

1. Der Beschäftigungsumfang kann steigen, da bei gleichbleibender Arbeitsmenge erkrankte Mitarbeiter fehlen

Der Arbeitgeber wird vielleicht Mehrarbeit bzw. Überstunden anordnen wollen. Die Mehrarbeit ist die über das vertragliche geschuldete Maß an Arbeitszeit (meist die Wochenarbeitszeit) hinausgehende Arbeitsleistung. Ob ein Mitarbeiter hierzu verpflichtet ist, ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag. In den überwiegenden Fällen wird man dies bejahen können. Ist dies nicht klar aus dem Arbeitsvertrag erkennbar oder gar ausgeschlossen (beispielsweise im Falle von Teilzeit), so wäre ein Arbeitnehmer nur aus dem Gesichtspunkt der Treuepflicht in herausragenden Notfällen zu einer Mehrarbeit verpflichtet.

Ob eine vertraglich geschuldete Mehrarbeit vergütungspflichtig ist, ergibt sich ebenfalls aus den vertraglichen Vereinbarungen. Die pauschale Abgeltung von Überstunden im Arbeitsvertrag ist regelmäßig unwirksam. Es können allerdings eine bestimmte Anzahl von Überstunden mit dem Gehalt abgegolten sein. Ansonsten ist die Mehrarbeit vergütungspflichtig, ggf. fallen sogar Zuschläge an, wenn das grundsätzlich (meist tarifvertraglich) vorgesehen ist.

2. Der Beschäftigungsumfang kann sinken, insbesondere da infolge von Lieferengpässen der Unternehmer nicht mehr im gewohnten Umfang produzieren kann

a) Vorübergehende Verminderung des Beschäftigungsbedürfnisses

Ist das Beschäftigungsbedürfnis nur vorübergehend gesunken, so kommen als Handlungsmöglichkeiten für den Arbeitgeber die Nutzung von arbeitszeitrechtlichen Flexibilisierungsinstrumenten (Plusstundenabbau, Minusstundenaufbau), der Abbau von Urlaubansprüchen oder die Anordnung von Kurzarbeit infrage.

aa) Arbeitszeitrechtliche Flexibilisierungsinstrumente

Bei den arbeitszeitrechtlichen Flexibilisierungsinstrumenten handelt es sich insbesondere um Arbeitszeitkonten. Bei gleichbleibender (verstetigter) Vergütung variiert die Menge der Arbeitsleistung und wird fortlaufend auf einem Konto saldierend geführt.

Es stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber zu Lasten des Arbeitszeitkontos des Arbeitnehmers Freizeit einseitig anordnen kann und damit etwaige Plusstunden abgebaut oder Minusstunden aufgebaut werden, die an späteren Zeitpunkten nachgearbeitet werden müssen. Die Antwort hängt wesentlich von der Formulierung und dem Zweck der Einführung der Arbeitszeitkonten ab. Liegt der Zweck darin, Auftragsschwankungen des Arbeitgebers abzufedern und ist dementsprechend die Anordnung von Mehr- oder Minderarbeit im betrieblichen Interesse durch den Arbeitgeber vorgesehen, so wird der Arbeitgeber von diesen Möglichkeiten Gebrauch machen können.

Liegt hingegen einer Arbeitszeitvereinbarung der Zweck zugrunde, den Mitarbeitern Arbeitszeitflexibilisierung eigenverantwortlich zu übertragen (Gleitzeitvereinbarungen), so steht die Verfügung über das Arbeitszeitkonto in der Regel den Mitarbeitern zu. In diesen Fällen ist es dem Arbeitgeber verwehrt, zulasten des Arbeitszeitkontos Mitarbeitern einseitig Freizeit zu gewähren.

Endet das Arbeitsverhältnis und lassen sich etwaige Minusstunden durch entsprechende Mehrarbeit nicht mehr ausgleichen, so kann der Arbeitgeber die Minusstunden nur dann mit der Schlusszahlung verrechnen, wenn der Arbeitnehmer eigenverantwortlich die Hoheit über das Führen des Arbeitszeitkontos erhalten hat, wenn der Zweck der Einführung also die Flexibilisierung der Arbeitszeit zugunsten der Mitarbeiter war. Nur dann liegt rechtliche ein verrechenbarer „Vorschuss“ vor.

Im Einvernehmen mit den Mitarbeitern kann befristet die Arbeitszeit und damit korrespondierend auch das Entgelt reduziert werden, also befristete Teilzeit.

bb) Einführung von Kurzarbeit

Die Einführung von Kurzarbeit bedeutet, dass Mitarbeiter weniger, bis hin zu Kurzarbeit Null, arbeiten und die entsprechenden Lohnverluste durch Kurzarbeitergeld abgemildert werden (§§ 95 ff. SGB III).

Die **Einführung der Kurzarbeit** bedarf einer vertraglichen oder sonstigen **Rechtsgrundlage**. Eine sonstige Rechtsgrundlage kann sich in einer Betriebsvereinbarung finden oder in einem Tarifvertrag. Einseitig kann der Arbeitgeber also ohne Rechtsgrundlage nicht handeln.

Eine vertragliche Rechtsgrundlage kann durch eine konkrete, anlassbezogene Zusatzvereinbarung kurzfristig geschaffen werden. Es gibt Arbeitsverträge, die sogenannte Vorratsklauseln vorsehen, von denen der Arbeitgeber nun Gebrauch machen kann. Nicht zuletzt kann der Arbeitgeber auch über die Einführung der Kurzarbeit im Wege der Änderungskündigung nachdenken.

Eine einvernehmliche Regelung, Kurzarbeit einzuführen, kann der Arbeitgeber auch durch zusätzliche Anreize erzielen, z.B. indem er den Mitarbeitern sogenannte **Aufstockungsleistungen** verspricht. Das Kurzarbeitergeld gleicht den Lohnausfall nicht vollständig, sondern nur in einem Umfang von zwischen 60 und 67 % des Nettoentgeltes aus. Der Arbeitgeber kann, sozialversicherungsfrei, hier Aufstockungen bis zu 80 % des Nettoausfalls hinzuzahlen.

Die Kurzarbeit hat den Zweck des Erhalts von Arbeitsplätzen bei Teilersatz des durch Kurzarbeit bedingten Lohnausfalls für die Arbeitnehmer.

Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld ist gemäß § 96 SGB III, dass ein **unabwendbares Ereignis** vorliegt, das **vorübergehend** zu Beschäftigungsreduzierung führt und Arbeit in **erheblichem Umfang** ausfällt. Ein unabwendbares Ereignis liegt im Falle einer Pandemie vor. Dies ist auch vorübergehend und erheblich ist der Arbeitsausfall, wenn mehr als ein Drittel der Belegschaft mit mehr als 10 % Lohnausfall konfrontiert sind. Bei der Unvermeidbarkeit des Arbeitsausfalls stellen sich insbesondere

die Fragen, inwieweit vor dem Bezug von Kurzarbeitergeld **Überstunden abgebaut** und **Urlaubsansprüche verbraucht** werden müssen.

Grundsätzlich müssen Urlaubsansprüche (nur) verbraucht werden, die den Urlaubswünschen der Arbeitnehmer nicht entgegenstehen (§ 96 Abs. 4 Satz 2 Ziffer 2

SGB III). Ist der Urlaub während der geplanten Kurzarbeit bereits gewährt, so bleibt es bei der Urlaubsgewährung. Überstundenabbau ist dann vorzunehmen, wenn nach den entsprechenden Arbeitszeit-Flexibilisierungsinstrumenten der Arbeitgeber die Verfügungshoheit über das Arbeitszeitkonto hat, also Arbeitsschwankungen genutzt werden können (§ 96 Abs. 4 Satz 2 Ziffer 3 SGB III). Änderungen an den Arbeitszeit-Flexibilisierungsinstrumenten oder gar eine Neueinführung derartiger Flexibilisierungsinstrumente wird nicht gefordert. Darüber hinaus muss der Arbeitgeber sich laufend bemühen, den Arbeitsausfall zu verringern bzw. zu beenden.

Während des Bezugs von Kurzarbeitergeld ist der Arbeitnehmer sozialversichert. Die Vertragsparteien können regeln, dass der Arbeitgeber das Kurzarbeitergeld selbst errechnet und vorschießt, da die Beantragung, Bearbeitung und Auszahlung durch die Agentur für Arbeit gegebenenfalls längere Zeit in Anspruch nehmen.

b) Dauerhafte Verminderung des Beschäftigungsbedürfnisses

Anlässlich der Folgen des Corona-Virus kann jedoch auch der Beschäftigungsbedarf von Mitarbeitern dauerhaft entfallen. In derartigen Fällen stellen sich Personalabbaufragen. Der Arbeitgeber kann gezwungen sein, **betriebsbedingte Kündigungen** auszusprechen.

Kurzarbeit und betriebsbedingte Kündigungen schließen sich im Regelfall aus. Denn Kurzarbeit setzt die vorübergehende Reduzierung der Beschäftigungsmöglichkeit voraus, die betriebsbedingte Kündigung hingegen die dauerhafte Reduzierung. Es gibt jedoch Fallkonstellationen, bei denen parallel zur Kurzarbeit auch betriebsbedingte Kündigungen möglich sind oder bei denen im Nachgang zur Kurzarbeit betriebsbedingte Kündigungen möglich werden. So kann ein Unternehmer bezogen beispielsweise auf eine

Betriebsabteilung in der Lage sein, vorübergehenden Arbeitsausfall nachweisen zu können, bezogen auf eine andere Abteilung jedoch die Entscheidung treffen, hier dauerhaft reduzieren zu müssen.

Auch kann der Unternehmer zeitlich nach der berechtigten Annahme, der Arbeitsausfall sei vorübergehend, seine Entscheidung dahingehend für die Zukunft endgültig ändern, dass in Bezug auf bestimmte Arbeitsplätze die Arbeit in Umsetzung einer unternehmerischen Entscheidung dauerhaft ausfallen werde. Hier wechselt der Arbeitgeber von der Kurzarbeit zu einer betriebsbedingten Kündigung, was nicht per se ausgeschlossen ist.

III. Beteiligungsrechte des Betriebsrates

Ein „Pandemieplan“ unterliegt dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates nach § 87 Abs. 1 Ziffer 1 BetrVG, da es hier um das Verhalten der Mitarbeiter im Betrieb geht. Auch geht es um Maßnahmen des Gesundheitsschutzes im Sinne des § 87 Abs. 1 Ziffer 7 BetrVG. Der Arbeitgeber muss also mit dem Betriebsrat einvernehmlich die Regelungen aufstellen, andernfalls wären sie gegenüber den Mitarbeitern nicht verbindlich.

Die Einführung von Home-Office und mobiles Arbeiten sind unter verschiedenen Gesichtspunkten mitbestimmungspflichtig. Insbesondere die Zuweisung von Home-Office ist als Versetzung zu werten.

Arbeitszeitliche Flexibilisierungsinstrumente sind mitbestimmungspflichtig, weil es um den Beginn und das Ende der täglichen Arbeitszeit geht (§ 87 Abs. 1 Ziffer 2 BetrVG). Ebenso die Anordnung von Mehrarbeit und die Einführung von Kurzarbeit (§ 87 Abs. 1 Ziffer 3 BetrVG), auch wenn diese individualrechtlich durch Arbeitsvertrag zulässig sein sollten.

Schließlich sind Personalabbaufragen mitbestimmungspflichtig unter mehreren Gesichtspunkten, nicht zuletzt die Anhörung des Betriebsrates vor jeder Kündigung durch den Arbeitgeber.