

Die arbeitsrechtlichen Folgen des Corona-Virus

Jonathan Drücker, 16.03.20

Auch in Deutschland breitet sich das neuartige Coronavirus immer stärker aus. Stand 27.03.20 lagen in der Bundesrepublik insgesamt 42.288 gemeldete Fälle von Infektionen vor – 2.810 davon allein in Niedersachsen¹. Dabei bleibt die Tendenz generell steigend. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage nach den rechtlichen Auswirkungen dieser Entwicklung aufgrund der hohen Praxisrelevanz insbesondere im Arbeitsrecht.

I. Pflicht des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung

Fraglich ist dabei zunächst, wie sich das Virus auf die arbeitsvertragliche Pflicht des Arbeitnehmers auswirkt, die vertraglich geschuldete Leistung zu erbringen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein allgemeines Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers nach § 273 I BGB allein aufgrund der Gefahr der Ansteckung am Arbeitsplatz nicht besteht. Dies ist auch für den Fall anzunehmen, in dem andere Mitarbeiter aus einer von einer Reisewarnung betroffenen Region zurückkehrt, solange der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht aus § 241 II BGG nachkommt und die auszuübende Arbeit keine vermeidbare Gefahr für Leben oder Gesundheit darstellt.² Lediglich in Ausnahmefällen, in denen ein konkreter Infektionsverdacht besteht, kann die Erbringung der Leistung seitens des Arbeitnehmers wegen Unzumutbarkeit unmöglich nach § 275 III BGB sein³.

¹ RKI, Fallzahlen in Deutschland und weltweit; unter: https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Fallzahlen.html; Stand: 17.03.20.

² BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.1 f.

³ Kammerkurzmitteilung Rechtsanwaltskammer Celle, Nr.6/2020, S.3.

II. Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers

1. Grundsätzlich: Entfall der Gegenleistungspflicht

Wird der Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber aufgrund einer konkreten Infektionsgefahr einseitig freigestellt, so entfällt grundsätzlich nach § 326 I 1 BGB auch dessen Vergütungspflicht.

2. Vergütungsanspruch aus § 616 BGB

Etwas anderes könnte sich jedoch aus § 616 BGB ergeben. Ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Zahlung der Vergütung setzt danach voraus, dass die Erbringung der Dienstleistung für einen verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum durch einen in **seiner Person** liegenden Grund ohne Verschulden des Arbeitnehmers verhindert wird.

a) *Pandemie als Grund für Leistungshindernis*

Im konkreten Fall erscheint vor allem das Kriterium des in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grundes problematisch, zumal sich das von einer Pandemie ausgehende Risiko eher um ein objektives Leistungshindernis handelt. Die gegenteilige Rechtsprechung des BGH⁴ ist insoweit nicht heranzuziehen, als es sich im konkreten Fall um die konkrete Ansteckungsgefahr eines Einzelnen handelte.⁵

b) *Kinderbetreuung als Grund für Leistungshindernis*

Eine Anwendung des § 616 BGB in dem Fall, in dem sich durch den Entfall von Kitas und Schulen ein Betreuungsbedarf für Kinder ergibt, ist umstritten. Einerseits wird vertreten, darin sei ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund zu sehen. Dagegen wird angeführt, die Schließung von Betreuungs- und Bildungseinrichtungen zum Schutz vor der Ausbreitung eines Virus sei gerade kein persönliches Leistungshindernis.⁶ Dafür spricht auch, dass es im Zweifel dem Arbeitnehmer zumutbar ist, das Kind in die Obhut Dritter zu geben, soweit dies möglich ist⁷. Diese Argumentation erscheint vorzuzugewürdigt, zumal sich eine Schließung von Schulen und Kitas in der Causa Corona bereits über einen längeren Zeitraum abzeichnete. In Ausnahmefällen erscheint hier lediglich eine Berufung auf § 275 III BGB (Unzumutbarkeit) als möglich. Dies kann allerdings nur dann gelten, wenn hilfsbereite Dritte zur Versorgung der Kinder nicht zur Verfügung stehen.⁸ Auch ist zu beachten, dass in Fällen des § 275 III BGB die synallagmatische Gegenleistungspflicht des Arbeitgebers gem. § 326 I 1 BGB entfällt.

⁴ BGH, NJW 1979, 422 ff.

⁵ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.3.

⁶ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.4.

⁷ Kammerkurzmitteilung Rechtsanwaltskammer Celle, Nr.6/2020, S.4.

⁸ BmAS, Coronavirus: arbeitsrechtliche Auswirkungen, unter:

<https://www.bmas.de/DE/Presse/Meldungen/2020/corona-virus-arbeitsrechtliche-auswirkungen.html?nn=67370>;

Stand: 17.03.20.

Besonders hervorzuheben ist, dass alle Ansprüche gemäß § 616 BGB einzelvertraglich oder in für das Arbeitsverhältnis geltenden Tarifverträgen abbedungen werden können. Allerdings können Tarifverträge auch eine Konkretisierung des Anspruches nach § 616 beinhalten, d.h. den dort nur allgemein geregelten Anspruch nur für wenige, genau beschriebene Einzelfälle vorsehen.

c. Zwischenergebnis

Ein Vergütungsanspruch lässt sich demnach auch nicht aus § 616 BGB generell herleiten. Würde er im Einzelfall dennoch bestehen, könnte er nur „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“, also für etwa 3 Tage bestehen.

3. Vergütungsanspruch aus § 615 BGB

Fraglich ist weiterhin, ob sich ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Vergütung aus § 615 S.1 BGB ergeben kann. Dazu müsste der Arbeitgeber mit der Annahme der Leistung in Verzug geraten. Dies liegt nach der Rechtsprechung des BAG unter anderem dann vor, wenn der Arbeitgeber die angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt, ohne dass ihn betriebstechnische Gründe daran hindern⁹. Danach liegt jedenfalls dann ein Annahmeverzug des Arbeitgebers vor, wenn dieser den Arbeitnehmer ohne jegliche konkreten Anhaltspunkte für eine Infektionsgefahr, sondern allein aus Vorsicht freistellt. Besteht dagegen eine solche konkrete Gefahr, liegt kein Annahmeverzug vor.¹⁰ Die Frage, ob sich ein Vergütungsanspruch aus § 615 S.1 BGB ergeben kann, ist somit nach dem konkreten Einzelfall zu beurteilen.

4. Wegerisiko

Im Rahmen des Coronavirus kommt es im Nah- und Fernverkehr zu nicht nur unerheblichen Einschränkungen¹¹. Das sogenannte Reise- oder Wegerisiko hat grundsätzlich der Arbeitnehmer zu tragen. Auch im Falle einer Pandemie kann hier nichts anderes gelten. Kann der Arbeitnehmer die geschuldete Leistung aufgrund der eingeschränkten Verkehrssituation nicht erbringen, entfällt mithin auch sein Vergütungsanspruch.¹²

III. Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers

1. Anspruch im Falle einer Infizierung

Nach § 3 I 1 EFZG ergibt sich ein Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers für den Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Im Falle einer Infektion mit dem Corona-Virus kann folglich nichts anderes gelten. Voraussetzung ist allerdings, dass

⁹ BAG, Urt. v. 28.09.2016 – 5 AZR 224/16.

¹⁰ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.4.

¹¹ Deutsche Bahn: aktuelle Verkehrsmeldungen, unter: <https://www.bahn.de/p/view/service/aktuell/index.shtml>; Stand: 17.03.20.

¹² Kammerkurzmitteilung Rechtsanwaltskammer Celle, Nr.6/2020, S.3.

den Arbeitnehmer dabei kein Verschulden trifft. Ein solches Verschulden liegt bei einer Coronainfektion insbesondere dann vor, wenn der Arbeitnehmer trotz Reisewarnung des Auswärtigen Amtes eine Privatreise in ein Risikogebiet unternommen hat. Nur in einem solchen Fall entfällt der Entgeltfortzahlungsanspruch. Derartige Umstände hat er auch dem Arbeitgeber gegenüber im Rahmen seiner Mitwirkungspflichten darzulegen.¹³ Weiterhin bleibt der Arbeitnehmer gesetzlich verpflichtet, dem Arbeitgeber die Infektion unverzüglich anzuzeigen und spätestens nach drei Tagen eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen.¹⁴ Zum vorliegenden Zeitraum wird eine Gesetzesänderung geplant.

2. Anspruch im Falle eines Tätigkeitsverbotes oder einer Quarantäne

Ebenfalls praktisch relevant ist die Frage, welche Ansprüche dem Arbeitnehmer für den Fall zustehen, in welchem er durch eine behördliche Maßnahme, insbesondere eine Quarantäne oder ein Tätigkeitsverbot nach §§ 30, 31 IfSG betroffen wird. Die Möglichkeit derartiger Maßnahmen ergibt sich insbesondere daraus, dass durch die „Verordnung über die Ausdehnung der Meldepflicht nach § 6 I 1 Nr.1 und § 7 I 1 des IfSG auf Infektionen mit dem erstmals im Dezember 2019 in Wuhan/Volksrepublik China aufgetretenen neuartigen Coronavirus („2019-nCoV“)" die Meldepflicht nach dem IfSG auch auf den Verdacht einer Infektion mit dem Coronavirus am 01.02.20 ausgeweitet wurde.¹⁵

Angesichts der konkreten Gefahr einer Infektion, die regelmäßig Voraussetzung für eine behördlich angeordnete Quarantäne nach § 30 IfSG sein dürfte, läge ein in der Person des Arbeitnehmers liegender Grund vor, der die Erbringung der Arbeitsleistung verhindert, was für eine Anwendung des § 616 BGB spräche. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass dieser gesetzliche Anspruch nur für eine „*verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit*" gilt (i.d.R. 3 Tage) und in Arbeitsverträgen und/oder Tarifverträgen regelmäßig abbedungen oder auf wenige Einzelfälle beschränkt wird und mithin dem Arbeitnehmer keinen bedeutenden Schutz bieten kann.¹⁶ Dies ist insbesondere dann nicht unbillig, wenn der Arbeitnehmer im konkreten Fall geschützt wird.

Ein solcher Schutz kann sich aus § 56 IfSG ergeben. Nach § 56 I, II 2 IfSG erhält sowohl derjenige, der gem. § 31 S.2 IfSG einem beruflichen Tätigkeitsverbot unterliegt, als auch solche, die im Rahmen einer Quarantäne abgesondert werden, eine Entschädigung in Höhe des Verdienstausfalls jedenfalls für die ersten sechs Wochen. Dies ist nach § 56 V IfSG zunächst vom Arbeitgeber zu leisten, dieser kann allerdings einen Erstattungsanspruch gegen die Behörde geltend machen. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass die Vorschrift des § 616 BGB vertraglich abbedungen wurde. Anderenfalls läge bereits kein Verdienstausfall im Sinne des § 56 II 1 IfSG vor.¹⁷

¹³ Baur/Arden, Coronavirus: Arbeitsvergütung in Zeiten einer Pandemie, in: DB Themenspezial 2020, S.10.

¹⁴ Nebeling, Coronavirus: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und Entgeltfortzahlung, in: DB Themenspezial 2020, S.6.

¹⁵ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.5.

¹⁶ Baur/Arden, Coronavirus: Arbeitsvergütung in Zeiten einer Pandemie, in: DB Themenspezial 2020, S.11.

¹⁷ Baur/Arden, Coronavirus: Arbeitsvergütung in Zeiten einer Pandemie, in: DB Themenspezial 2020, S.11.

Dauert die behördliche Maßnahme über den Zeitraum von 6 Wochen an, ergibt sich ab der siebenten Woche ein Anspruch des Arbeitnehmers in Höhe des Krankengeldes, das die gesetzliche Krankenkasse zahlen würde. Dies sind 70 Prozent des Bruttogehalts, jedoch nicht mehr als 90 Prozent des Nettogehalts. Die Summe ist dabei auf 109,38 EUR pro Tag gedeckelt.¹⁸

Selbstständige, die ihren Betrieb aufgrund einer in § 56 I IfSG genannten Maßnahme einstellen müssen, können darüber hinaus nach § 56 IV 2 IfSG Ersatz für weiterlaufende und nicht gedeckte Betriebsausgaben in angemessenem Umfang beantragen. Zu beachten ist weiterhin, dass sich insbesondere dann keine Entschädigungsansprüche aus § 56 IfSG ergeben, wenn es sich bei der die Maßnahme veranlassenden Behörde um eine ausländische Behörde handelt. Eine Entschädigung könnte sich dann nur aus den entsprechenden ausländischen Vorschriften ergeben.¹⁹

IV. Entsendung des Arbeitnehmers

Dienstreisen können grundsätzlich auf der Grundlage des Direktionsrechts des Arbeitgebers angeordnet werden. Ähnliches kann sich im konkreten Fall auch aus dem Arbeitsvertrag ergeben. Auch in den Zeiten des Coronavirus ist dem grundsätzlich nachzukommen. Dies gilt insbesondere für Gebiete, die in einem nicht nennenswerten Umfang betroffen sind²⁰.

Im Einzelfall kann jedoch wiederum Unzumutbarkeit nach § 275 III BGB vorliegen. Dies ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn eine objektive Gefahr für Leben oder Gesundheit besteht. Die alleinige Befürchtung einer Ansteckung reicht danach nicht aus.²¹ Zu beachten sind jedoch die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere Reise警告ungen des Auswärtigen Amtes für das maßgebliche Gebiet sowie die Zugehörigkeit des Arbeitnehmers zu einer besonders gefährdeten „Risikogruppe“. Dabei ist zu fragen, ob die arbeitsvertragliche Tätigkeit vom Schutzzweck der Reisewarnung erfasst wird. Dies ist regelmäßig in Gebieten mit erhöhtem Reise- und Publikumsverkehr zu bejahen.²²

Ähnliche Anforderungen gelten auch für das etwaige Recht des Arbeitnehmers seine Arbeitsleistung nicht erbringen zu müssen (Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers aus § 273 BGB).

In Fällen, in denen eine Reise dienstlich angeordnet wurde und die Rückkehr des Arbeitnehmers unmöglich ist, wird teilweise ein Weiterzahlungsanspruch aus § 670 BGB analog angenommen²³. Problematisch erscheint dies allerdings in Fällen, in denen die Rückkehr durch behördliche Maßnahmen im Ausland veranlasst wird.

V. Rechte und Pflichten des Arbeitgebers

¹⁸ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.5.

¹⁹ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.5.

²⁰ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.9.

²¹ BmAS, Coronavirus: arbeitsrechtliche Auswirkungen (s.Fn.8).

²² Vgl. BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.10.

²³ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.6.

1. Fürsorgepflicht und vorbeugende Maßnahmen

Aus der allgemeinen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers kann sich eine Pflicht zur Ergreifung geeigneter und erforderlicher Schutzmaßnahmen ergeben. Das Ausmaß der Pflicht kann dabei unter anderem davon abhängig gemacht werden, wie hoch das Infektionsrisiko in der maßgeblichen Region ist. Als Maßstab für die zu ergreifenden Maßnahmen ist die Heranziehung der Empfehlungen des Robert-Koch-Instituts (RKI) möglich.²⁴

Auch ergeben sich im Falle einer Pandemie Informationspflichten des Arbeitgebers gegenüber seiner Belegschaft aus § 12 I ArbSchG bzw. § 81 I 2 BetrVG²⁵.

Im Rahmen des Schutzes der anderen Arbeitnehmer ist der Arbeitgeber dazu berechtigt, Rückkehrer von einem Auslandsaufenthalt hinsichtlich eines Aufenthalts in einer besonders gefährdeten Region zu befragen. Im Zuge dessen ist es möglich, dass die übrigen Arbeitnehmer Kenntnis von dem Verdacht einer Infektion dieser Person erlangen. Grundsätzlich stellt die Offenlegung einer Viruserkrankung eine rechtmäßige Datenverarbeitung nach Art. 6 I lit. B), d), f) DSGVO dar. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass es sich dabei um Gesundheitsdaten im Sinne von Art. 9 I DSGVO handelt, da die Erfüllung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers in diesem Fall die die möglichen Geheimhaltungsinteressen des Arbeitnehmers überwiegt. Dies ergibt sich insbesondere aus Art. 9 I DSGVO in Verbindung mit § 26 III BDSG.²⁶ Darüber hinaus kann der Arbeitgeber auch eine ärztliche Untersuchung eines Arbeitnehmers anordnen, wenn er daran ein berechtigtes Interesse hat. Dieses Interesse ist gegen die körperliche Selbstbestimmung und Unversehrtheit des Arbeitnehmers abzuwägen.²⁷

Eine weitere Maßnahme ist die dienstliche Anordnung hinsichtlich der Arbeitsverrichtung im „Homeoffice“ im Einzelfall. Dazu sind jedoch konkrete Anhaltspunkte einer erhöhten Infektionsgefährdung erforderlich, die im Zweifel ärztlich festgestellt werden könnten/müssten. In der Regel wird jedoch davon ausgegangen werden können, dass eine derartige Maßnahme auch individuell vereinbart werden kann.²⁸

2. Kurzarbeit

Angesichts der Auswirkungen des Coronavirus und der dadurch bedingten Arbeitsausfälle kann sich ein Anspruch des Arbeitgebers auf Kurzarbeitergeld ergeben. Voraussetzung ist, dass der Betrieb keinerlei andere Möglichkeiten hat, um Kurzarbeit zu vermeiden.²⁹ Insbesondere ist hier an die Anordnung von Überstunden in besonderen

²⁴ Kammerkurzmitteilung Rechtsanwaltskammer Celle, Nr.6/2020, S.3.

²⁵ *Lelley/Bruck/Vößling*, Angst vor dem Coronavirus – ein arbeitsrechtliches Problem? In: DB Themenspezial 2020, S.3.

²⁶ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.7.

²⁷ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.2.

²⁸ Kammerkurzmitteilung Rechtsanwaltskammer Celle, Nr.6/2020, S.3.

²⁹ BDA, Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie, Hinweise für die Praxis, S.7.

Notfällen zu denken. Als Maßstab für derartige Notfälle kann § 14 ArbZG herangezogen werden.³⁰

Weiterhin muss zur Gewährung von Kurzarbeitergeld ein erheblicher Arbeitsausfall im Sinne des § 96 I SGB III vorliegen. Danach ist ein Arbeitsausfall dann erheblich, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht (Nr.1), er vorübergehend (Nr.2) und nicht vermeidbar ist (Nr.3) und jeweils ein Drittel der Arbeitnehmer des Betriebes von einem Arbeitsentgeltausfall betroffen sind (Nr.4). Bei dem Coronavirus und seinen Folgen dürfte es sich jedenfalls um unabwendbare, vorübergehende und nicht vermeidbare Ereignisse handeln. Eine Vereinfachung für die Arbeitgeber bei der Beantragung von Kurzarbeitergeld durch den Koalitionsausschuss tritt rückwirkend zum 01.03.2020 in Kraft. Danach wird das erforderliche Quorum an betroffenen Arbeitnehmern von einem Drittel auf zehn Prozent gesenkt und die anfallenden Sozialversicherungsbeiträge erstattet. Ebenfalls sieht das auf Ende 2020 befristete Gesetz vor, dass teilweise oder sogar ganz auf den Aufbau eines negativen Arbeitssaldos seitens der Arbeitnehmer verzichtet wird. Auch soll der Bezug von Kurzarbeitergeld auf Leiharbeit ausgeweitet werden.³¹

+ + +

³⁰ Kammerkurzmitteilung Rechtsanwaltskammer Celle, Nr.6/2020, S.3.

³¹ Bundesregierung, Arbeitsmarkt: Leichter Zugang zum Kurzarbeitergeld.