



# **Arbeitsrechtliche Folgen einer Pandemie**

## **Hinweise für die Praxis**

11. März 2020

### **Ausgangslage**

Nach Auftreten des neuartigen Coronavirus in China und den USA hat die Weltgesundheitsorganisation (WHO) am 30. Januar 2020 den internationalen Gesundheitsnotstand ausgerufen. Die Zahl der Infizierten steigt weiter und das Virus verbreitet sich zunehmend. Auch in Deutschland sind Infektionen mit dem Virus bestätigt worden. Das Auswärtige Amt hat eine Teilreisewarnung für China ausgesprochen, die die Provinz Hubei umfasst. Das Robert-Koch-Institut hat unter anderem weite Regionen Norditaliens zu Risikogebieten erklärt.

Eine Pandemie kann Auswirkungen auf das Wirtschaftsgeschehen in Deutschland haben. Von ihrer Intensität hängt es ab, wie stark Betriebe im Einzelnen erfasst werden und ob Arbeitsabläufe im gewohnten Umfang sichergestellt bleiben. Ebenso stellt sich die Frage, welche Auswirkungen das Virus für den Einsatz von Arbeitnehmern außerhalb Deutschlands hat.

Die folgenden Ausführungen geben einen Überblick über arbeitsvertraglichen Folgen, wenn Arbeitnehmer wegen des Coronavirus nicht beschäftigt werden und über die Auswirkungen auf Entsendungen von Arbeitnehmern in das Ausland. Zudem wird dargestellt, welche Vorbereitungsmaßnahmen getroffen werden können, um innerbetriebliche Folgen möglichst einzugrenzen und auch datenschutzrechtliche Aspekte werden erörtert.

Auch wenn es das Ziel bleibt – sollte das Coronavirus tatsächlich die Ausmaße einer nationalen Epidemie annehmen –, die

betrieblichen Abläufe weitgehend zu sichern, ist es Arbeitgebern ein zentrales Anliegen die Gesundheit und Sicherheit der Arbeitnehmer zu gewährleisten. Dazu kann es auch gehören, auf begründete Sorgen der Arbeitnehmer – z. B. gesund und sicher zum Arbeitsplatz erscheinen zu können – verständnisvoll einzugehen. Im Fall einer nationalen Epidemie wird daher auf die Bitte, statt Präsenz am Arbeitsplatz zu zeigen, Tätigkeiten, die sich z. B. von zu Hause ausüben lassen, auch von dort erledigen zu dürfen, im Einzelfall verständnisvoll eingegangen werden.

Eine Epidemie ist eine besondere Situation, bei der sich die Zusammenarbeit mit Betriebsrat und Arbeitnehmern erneut bewähren kann. Ohne Präzedenzfälle für die Zukunft zu schaffen, kann es sich in solchen Situationen anbieten, verstärkt von der Möglichkeit mobiler Arbeit Gebrauch zu machen. Im Lichte dieser Erwägung sind die folgenden Ausführungen zur Aufrechterhaltung von Arbeitsbereitschaft und Präsenz am Arbeitsplatz auszulegen.

### **1. Arbeitsverhältnisse in Deutschland**

Nach Ausbruch einer neuartigen Virus-Erkrankungswelle stellen sich unterschiedliche arbeitsrechtliche Fragen, die die gegenseitigen Verpflichtungen aus dem Arbeitsvertrag betreffen.

#### **1. Arbeitspflicht**

Die Pflicht zur Arbeitsleistung wird grundsätzlich nicht berührt. Dem nicht erkrankten Arbeitnehmer steht kein generelles Zurückbehaltungsrecht zu, weil sich die Wahrscheinlichkeit einer Ansteckung z. B. auf dem Weg zur Arbeit oder durch Kontakte am Arbeitsplatz erhöht. Er ist

weiterhin verpflichtet, die ihm übertragenen Aufgaben zu erfüllen, sowie den Anordnungen der Vorgesetzten Folge zu leisten.

Dies gilt auch für den Umgang mit importierten Waren. Die Gefahr einer Infektion des Arbeitnehmers ist insofern fernliegend, da im Vorfeld eine Kontamination stattgefunden haben muss und das Virus nach dem weiten Transportweg noch aktiv sein müsste. Dem Robert-Koch-Institut sind keine Infektionen durch importierte Waren bekannt.

Ein Zurückbehaltungsrecht nach § 273 Abs.1 BGB kommt für in Deutschland tätige Arbeitnehmer bei der Rückkehr eines Mitarbeiters aus einer gefährdeten Region - einer Region, die von einer Reisewarnung betroffen ist oder die vom Robert-Koch-Institut als Risikogebiet eingestuft wurde - ebenfalls nicht in Betracht. Auf Wunsch des in Deutschland tätigen Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber diesen ohne Bezahlung freistellen. Der Arbeitgeber ist bei dieser Entscheidung frei. Der Arbeitnehmer kann sich nur insoweit auf ein Zurückbehaltungsrecht berufen, sofern der Arbeitgeber dieser Fürsorgepflicht nicht ausreichend nachkommt. Das ist allenfalls dann der Fall, wenn glaubhaft dargelegt werden kann, dass die Ausübung der übertragenen Aufgaben tatsächlich eine Gefahr für Gesundheit oder Leben darstellt, die der Arbeitgeber durch Arbeitsschutzmaßnahmen vermeiden kann.

## **2. Mitteilungspflichten**

Der Arbeitgeber kann im Rahmen seiner arbeitsrechtlichen Fürsorgepflicht bei erkennbaren Risiken verpflichtet sein, mögliche Ansteckungen durch zurückkehrende Arbeitnehmer über Aufklärungs- und Vorsichtsmaßnahmen zu verhindern.

Den Arbeitnehmer trifft eine arbeitsvertragliche Hinweispflicht, soweit er in räumlicher Nähe zu einer mit dem Coronavirus infizierten Person stand. Grundsätzlich ordnet das zuständige Gesundheitsamt häusliche Quarantäne für die maximale Dauer der Inkubationszeit (14 Tage) an, sobald der Arbeitnehmer als Kontaktperson gilt. Die arbeitsvertragliche Hinweispflicht besteht, sofern der

Arbeitnehmer die Voraussetzungen einer Kontaktperson erfüllt, ohne dass das zuständige Gesundheitsamt Quarantäne angeordnet hat. Nähere Informationen zum Begriff der Kontaktperson stellt das Robert-Koch-Institut auf seiner Homepage zur Verfügung.

Daneben ist der Arbeitgeber berechtigt, aus einem Auslandsaufenthalt zurückkehrende Arbeitnehmer daraufhin zu befragen, ob sie sich in einer gefährdeten Region oder an Orten mit einem deutlich erhöhten Ansteckungsrisiko aufgehalten haben. Der Anspruch ist dabei regelmäßig auf eine Negativauskunft beschränkt. Der Arbeitnehmer ist regelmäßig nicht verpflichtet, Auskunft über den genauen Aufenthaltsort zu geben.

Der Arbeitgeber kann eine ärztliche Untersuchung eines zurückgekehrten Mitarbeiters anordnen, sofern er hieran ein berechtigtes Interesse hat. Ein solches Interesse muss das Selbstbestimmungsrecht und die körperliche Unversehrtheit des Mitarbeiters überwiegen. Dies ist anhand einer Abwägung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles zu prüfen.

So kann das berechtigte Interesse des Arbeitgebers an der ärztlichen Untersuchung die geschützten Interessen des Arbeitnehmers überwiegen, wenn der Arbeitnehmer besonderen Ansteckungsrisiken ausgesetzt war und Erkältungssymptome zeigt, sodass eine konkrete Infektionsgefahr besteht.

Ein begründeter Verdacht liegt vor, wenn der Arbeitnehmer Kontakt zu einem bestätigten Fall hatte oder innerhalb der letzten 14 Tage in einem vom Robert-Koch-Institut genannten Risikogebiet gewesen ist und Symptome wie Fieber, Heiserkeit, Husten oder Atemnot aufweist. Eine konkrete Infektionsgefahr dürfte auch gegeben sein, wenn sich der Arbeitnehmer in einer gefährdeten Region aufgehalten hat, für die eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes ausgesprochen worden war und der Arbeitnehmer an Orten mit erhöhtem Reise- und Publikumsverkehr wie Flughäfen und Bahnhöfen zugegen war. Das kann auch dann gelten, wenn aufgrund der konkreten Situation am Ort der Reise ein deutlich erhöhtes Ansteckungsrisiko besteht und die in Rede stehende Erkrankung sich

durch ein besonders hohes Ansteckungsrisiko auszeichnet. Ob der Kontakt zu einer Kontaktperson zur Annahme einer konkreten Infektionsgefahr ausreicht, ist noch unklar. Lebt die Kontaktperson mit dem Infizierten in häuslicher Gemeinschaft, spricht einiges dafür.

Die Zulässigkeit der Anordnung zur Durchführung von Reihen- (Fieber-) Tests vor Betreten des Betriebsgeländes unterliegt der Mitbestimmung des Betriebsrates. Eine pauschale Anordnung zur Durchführung von Fieber-Tests dürfte zum jetzigen Zeitpunkt jedenfalls unzulässig sein. So bedarf es stets eines konkreten Anlasses in Form einer konkreten Infektionsgefahr. Etwas anderes kann gelten, sobald die erste Infizierung im jeweiligen Betrieb aufgetreten ist. Letztlich hängt die jeweilige Anordnung von maßgeblichen Umständen des Einzelfalles ab.

Darüber hinaus kann der Arbeitgeber die Freistellung ohne oder gegen den Willen seines Arbeitnehmers erklären. Auf die Weise entbindet der Arbeitgeber den betroffenen Arbeitnehmer von seiner Leistungspflicht und verweigert ihm den Zugang zum Betrieb. Dies setzt voraus, dass das Suspendierungsinteresse des Arbeitgebers das Interesse des Arbeitnehmers an einer vertragsgemäßen Beschäftigung überwiegt und wird auf die Einhaltung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften (§ 4 Nr. 1 ArbSchG) und die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht (§ 241 Abs. 2 BGB) gestützt.

Das Suspendierungsinteresse überwiegt regelmäßig, wenn der Arbeitgeber Grund für die Annahme einer arbeitsunfähigen Erkrankung hat. Daneben ist eine einseitige Freistellungserklärung durch den Arbeitgeber möglich, wenn von dem Arbeitnehmer eine Gesundheitsgefahr für anderer Arbeitnehmer oder Kunden ausgeht. Hierfür genügt das Vorliegen einer konkreten Infektionsgefahr mit einer ansteckenden Krankheit wie dem Coronavirus. Für die Beurteilung, ob eine konkrete Infektionsgefahr vorliegt, wenn sich ein Arbeitnehmer in einer gefährdeten Region oder an Orten mit einem deutlich erhöhten Ansteckungsrisiko aufgehalten hat, kann auf die Risikobewertung des Robert-Koch Instituts oder die Einschätzung der zuständigen Behörden zurückgegriffen werden.

Sofern im Betrieb eine Regelung zur mobilen Arbeit besteht, kann der Arbeitgeber im Rahmen der bestehenden Regelungen seine Beschäftigten auch ins Home-Office schicken, damit sie von dort arbeiten.

### 3. Vergütungsanspruch

Stellt der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen einer konkreten Infektionsgefahr einseitig frei, so ist dem Arbeitnehmer die Leistungserbringung unmöglich und die Vergütungspflicht des Arbeitgebers entfällt grundsätzlich nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.

Zweifelhaft ist, ob der Vergütungsanspruch eines Arbeitnehmers, der nicht arbeitsunfähig erkrankt ist, sondern lediglich eine konkrete Infektionsgefahr darstellt, nach § 616 BGB aufrechterhalten werden kann - sofern dies nicht einzelvertraglich oder tarifvertraglich ausgeschlossen worden ist. Schließlich stellt eine Pandemie ein objektives Leistungshindernis dar, also keinen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund.

Dem dürfte die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 1978 zum Bundesseuchenschutzgesetz (BGH NJW 1979, 422) nicht entgegenstehen, da es dort um die konkrete Ansteckungsgefahr eines Einzelnen ging. Nach Ansicht des BGH kann § 616 BGB den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers aufrechterhalten (BGH, NJW 1979, 422, 424). Die von dem betroffenen Arbeitnehmer ausgehende unverschuldete Ansteckungsgefahr stelle ein Arbeitshindernis dar. Zu beachten ist jedoch, dass der BGH die konkrete Infektionsgefahr eines Einzelnen zu entscheiden hatte und keinen Pandemiefall.

Den Arbeitgeber trifft die Lohnfortzahlungspflicht nach § 616 BGB ohnehin nur, sofern sich die Verhinderung von vornherein auf einen verhältnismäßig geringen Zeitraum beschränkt. Für die Konkretisierung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs soll neben den Umständen des Einzelfalles das Verhältnis zwischen Dauer des Arbeitsverhältnisses und der Dauer der Verhinderungszeit eine Rolle spielen. Als verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit sollte regelmäßig nur eine Dauer von wenigen Tagen gewertet werden.

Der BGH hat in seinem Urteil aus dem Jahr 1978 zum Bundesseuchengesetz (BGH NJW 1979, 422) im Rahmen des § 616 BGB allerdings entschieden, dass für einen Ausscheider (weil dessen Arbeitsverhinderung ihrem Wesen nach einer Verhinderung durch Krankheit nahekomme) auch eine Dauer von sechs Wochen noch als verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit anzusehen ist.

Es kann sich auch die Frage stellen, wann ein Fall des § 615 BGB vorliegt und den Arbeitgeber aufgrund dieser Vorschrift eine Vergütungspflicht trifft. Nach der Rechtsprechung des BAG liegt, wenn ein Arbeitgeber, ohne dass ihn betriebstechnische Umstände daran hindern, die vom Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt, ein Fall des Annahmeverzugs vor (BAG, Urt. v. 28. September 2016 – 5 AZR 224/16).

Stellt der Arbeitgeber aus Sorge vor einer Ausbreitung des Coronavirus den Arbeitnehmer allein aus Vorsicht frei, ohne dass Anhaltspunkte für eine konkrete Infektionsgefahr vorliegen, kann dies einen Fall des Annahmeverzugs darstellen. In diesem Fall behält der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Vergütung. Ob der Arbeitgeber die Arbeitsleistung allein aus Vorsicht (Fall des Annahmeverzugs mit Folge der Vergütungspflicht) oder auf Grund konkreter Anhaltspunkte für eine Ansteckung oder ein erhöhtes Ansteckungsrisiko im Betrieb annimmt, ist nach den Umständen des konkreten Einzelfalls zu beurteilen.

Kommt der Arbeitnehmer z. B. in Folge einer Kita-/Schulschließung seiner Arbeitsleistungspflicht nicht nach, ist ebenfalls § 616 BGB zu beachten. Es ist umstritten, ob die Schließung einer Kita oder Schule ein objektives persönliches Leistungshindernis darstellen kann. Teilweise wird vertreten, dass der vorübergehende Betreuungsbedarf des Kindes einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund darstellt. Dagegen spricht, dass es sich bei der Schließung einer Kita oder einer Schule, um eine Ausbreitung des Corona-Virus zu verhindern, nicht um ein persönliches Leistungshindernis handelt, das unmittelbar in der Person des Arbeitnehmers begründet liegt. Das Hindernis hat in diesem Fall nichts mit dem Arbeitnehmer zu tun, sondern könnte

jeden anderen ebenso treffen. Insbesondere wenn die Schließung oder deren Verlängerung mit Vorlauf angekündigt wird, ist § 616 BGB (ähnlich wie bei einem angekündigten Streik in einer Kita) nicht einschlägig.

Maßgeblich sind alle Umstände des Einzelfalls. So ist z. B. auf das Alter des Kindes abzustellen. Schließlich nimmt der Bedarf für eine elterliche Pflege mit zunehmendem Alter ab und wird bei älteren Kindern nur noch bei schweren Erkrankungen zu bejahen sein. Es spricht einiges dafür, dass ein nicht betreutes – gesundes - Kind in die Obhut Dritter in Form einer selbst organisierten Pflege gegeben werden kann, sofern eine solche Möglichkeit (z. B. durch Großeltern) besteht. Insoweit hat der Arbeitnehmer zumindest die Obliegenheit, alles zu tun, seine Verhinderung möglichst kurz zu halten.

#### **4. Entgeltfortzahlungsanspruch**

Ist der Arbeitnehmer infolge der Viruserkrankung arbeitsunfähig, so hat er Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung nach § 3 Abs.1 EFZG. Allerdings kommt ein Entgeltfortzahlungsanspruch nur dann in Betracht, wenn den Arbeitnehmer hinsichtlich der Erkrankung kein Verschulden trifft.

Ein Verschulden kommt u.a. in Betracht, wenn der Mitarbeiter im Rahmen einer Privatreise gegen eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes verstoßen hat. Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers die für die Entstehung der Krankheit erheblichen Umstände im Einzelnen darzulegen. Verletzt der Arbeitnehmer diese Mitwirkungspflichten, so geht dies zu seinen Lasten.

Auch insoweit ist der Arbeitgeber berechtigt, aus einem privaten Auslandsaufenthalt zurückkehrende Arbeitnehmer daraufhin zu befragen, ob sie sich in einer gefährdeten Region oder an Orten mit einem deutlich erhöhten Ansteckungsrisiko aufgehalten haben. Der Anspruch ist dabei regelmäßig auf eine Negativauskunft beschränkt. Der Arbeitnehmer ist nicht verpflichtet, Auskunft über den genauen Aufenthaltsort zu geben.

##### **a) Leistungen der Unfallversicherung**

Versicherte, die sich in Deutschland im Rahmen ihrer versicherten Tätigkeit mit dem

Coronavirus infizieren, stehen grundsätzlich unter dem Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung. Dies wird derzeit in erster Linie Krankenhauspersonal und damit Versicherte der BGW (Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege) betreffen.

#### **b) Behördliche Maßnahmen**

Im Falle des Ausbruchs einer meldepflichtigen Krankheit iSd. §§ 6 und 7 Infektionsschutzgesetz (IfSG) kann die zuständige Behörde diverse Maßnahmen nach diesem Gesetz treffen. Hervorzuheben sind dabei die Quarantäne und das berufliche Tätigkeitsverbot gemäß §§ 30, 31 IfSG. Das Bundesministerium für Gesundheit hat durch eine Verordnung die Meldepflicht nach dem IfSG auf den Verdacht einer Erkrankung, die Erkrankung sowie den Tod in Bezug auf eine Infektion am Coronavirus ausgedehnt. Die „Verordnung über die Ausdehnung der Meldepflicht nach § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 und § 7 Absatz 1 Satz 1 des Infektionsschutzgesetzes auf Infektionen mit dem erstmals im Dezember 2019 in Wuhan/Volksrepublik China aufgetretenen neuartigen Coronavirus ("2019-nCoV")" ist am 1. Februar 2020 in Kraft getreten.

Gemäß § 56 Abs. 1 IfSG erhält derjenige, der als Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne von § 31 Satz 2 IfSG beruflichen Tätigkeitsverboten unterliegt oder unterworfen ist und dadurch einen Verdienstausschlag erleidet, eine Entschädigung in Geld. Das gleiche gilt für Personen, die als Ausscheider oder Ansteckungsverdächtige abgesondert werden (Quarantäne), bei Ausscheidern jedoch nur, wenn sie andere Maßnahmen nicht befolgen können. Hinsichtlich der einzelnen Begriffsbestimmungen wird auf § 2 IfSG verwiesen.

Die Entschädigung bemisst sich gemäß § 56 Abs. 2 Satz 1 IfSG nach dem Verdienstausschlag. Als dieser gilt nach Abs. 3 Satz 1 das Netto-Arbeitsentgelt. Für die ersten sechs Wochen wird die Entschädigung in Höhe des Netto-Arbeitsentgelts gewährt, Dauert die behördliche Maßnahme länger als sechs Wochen, erhalten die Betroffenen vom Beginn der siebten Woche an eine

Entschädigung in Höhe des Krankengeldes, das auch die gesetzliche Krankenkasse zahlen würde: Das sind 70 Prozent des Bruttogehalts, aber nicht mehr als 90 Prozent des Nettogehalts. Zudem ist die Summe auf 109,38 Euro pro Tag gedeckelt (Stand 2020).

Gemäß § 56 Abs. 5 Satz 1 IfSG hat der Arbeitgeber für die Dauer des Arbeitsverhältnisses, jedoch längstens für sechs Wochen die Entschädigung anstelle der zuständigen Behörde ausbezahlen. Der Arbeitgeber hat dann gegen die Behörde einen Erstattungsanspruch gem. § 56 Abs. 5 Satz 2 IfSG. Der Antrag ist gem. § 56 Abs. 11 IfSG innerhalb von drei Monaten nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit oder dem Ende der Absonderung geltend zu machen. Gem. § 56 Abs. 12 IfSG ist dem Arbeitgeber auf Antrag ein Vorschuss zu gewähren. Nach Ablauf der sechs Wochen wird die Entschädigung von der zuständigen Behörde auf Antrag der betroffenen Person gewährt (§ 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG).

Für Selbständige, deren Betrieb oder Praxis während der Dauer einer Maßnahme nach § 56 Abs. 1 ruht, besteht gemäß § 56 Abs. 4 Satz 2 IfSG die Möglichkeit, neben der Entschädigung auch Ersatz für die in dieser Zeit weiterlaufenden nicht gedeckten Betriebsausgaben in angemessenem Umfang zu beantragen.

§ 57 Abs. 1 und 2 IfSG sieht ein Fortbestehen der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung vor, das entschädigungspflichtige Land trägt die Beiträge allein (§ 57 Abs. 1 Satz 1, 3 IfSG). Bemessungsgrundlage für die Beiträge ist gemäß § 57 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 IfSG in den ersten sechs Wochen das Arbeitsentgelt, das der Verdienstausschlagentschädigung nach § 56 Abs. 3 vor Abzug von Steuern und Beitragsanteilen der Sozialversicherung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung zugrunde liegt (also das Brutto-Entgelt), Von Beginn der siebten Woche an ist die Bemessungsgrundlage nach § 57 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 IfSG 80 vom Hundert des dieser Entschädigung zugrunde liegenden Arbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens.

Für Personen, die gemäß § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG als Ausscheider oder Ansteckungsverdächtige abgesondert wurden oder werden und denen aus diesem

Grund eine Entschädigung zu gewähren ist, besteht eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und in der sozialen Pflegeversicherung sowie der Arbeitslosenversicherung fort. Auch hier trägt das Land die Beiträge allein, die Regelungen zur Bemessungsgrundlage gelten entsprechend.

Voraussetzung für einen Entschädigungsanspruch aus § 56 IfSG ist, dass die betroffene Person durch das Tätigkeitsverbot oder die Quarantäne einen Verdienstaufschlag erleidet. Dies soll nicht der Fall sein, wenn der Arbeitgeber aus anderen gesetzlichen oder vertraglichen Gründen zur Fortzahlung des Entgelts verpflichtet ist (BGH, Beschluss vom 17. 9. 2008 - III ZR 326/07 in: NJW 1979, 422, 424).

Nach Ansicht des BGH kann ein Beschäftigungsverbot gem. § 31 IfSG ein in der Person des Arbeitnehmers liegendes, unverschuldetes Leistungshindernis nach § 616 BGB darstellen und dementsprechend einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung begründen (BGH, NJW 1979, 422, 423). Hinderungsgrund sei auch in diesem Fall die von dem Betroffenen ausgehende Ansteckungsgefahr.

Den Arbeitgeber belaste die Lohnfortzahlungspflicht während des Tätigkeitsverbotes nach § 616 BGB nach Ansicht des BGH nicht unbillig. Besteht die konkrete Infektionsgefahr eines Arbeitnehmers, so dürfe der Arbeitgeber ihn auch ohne ein behördliches Verbot nicht beschäftigen. Es obliege dem Arbeitgeber, diesen Arbeitnehmer von seiner Leistungspflicht zu entbinden und ihm unter Fortzahlung seiner Vergütung den Zugang zum Betrieb zu verweigern.

Die Pflicht zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach § 616 BGB kann durch Einzel- oder Tarifvertrag ausgeschlossen werden. In diesem Fall lebt die Entschädigungspflicht der jeweils zuständigen Behörde unmittelbar wieder auf. Nur im Ausbildungsverhältnis ist eine solche Abbedingung durch §§ 19, 25 BBiG untersagt.

Welcher Zeitraum noch als „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ iSd. § 616 S.1 BGB angesehen werden kann, richtet sich nach den Umständen des Einzelfalls. Es soll dabei

maßgeblich auf das Verhältnis der Dauer der Verhinderung zur Gesamtdauer des Dienstverhältnisses ankommen. Die Rechtsprechung hat in vielen Fällen lediglich eine Dauer von einigen Tagen als verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit angesehen. An diesen grundsätzlichen Wertungen sollte festgehalten werden.

Zweifelhaft ist, ob das Urteil des BGH (BGH NJW 1979, 422), in dem ein Zeitraum von sechs Wochen noch als verhältnismäßig nicht erheblicher Zeitraum angesehen wurde, auf den Pandemiefall übertragbar ist, da es als Einzelfallentscheidung zu qualifizieren ist. Der BGH hatte für den besonderen Fall eines Ausscheiders hier zur Begründung angeführt, dass die Arbeitsverhinderung eines Ausscheiders ihrem Wesen nach einer Verhinderung durch Krankheit nahekomme und deshalb der für Erkrankungen geltende Sechs-Wochen-Zeitraum jedenfalls bei einem länger andauernden unbefristeten und ungekündigten Arbeitsverhältnis als Grenze angesehen werden könne.

Maßnahmen ausländischer Behörden, z.B. Quarantäne, unterfallen nicht dem IfSG. Eine Entschädigung gemäß § 56 IfSG ist in diesen Fällen ausgeschlossen. Die Anwendbarkeit ausländischer Vorschriften ist im Einzelfall zu prüfen.

Zweifelhaft ist, ob der Vergütungsanspruch eines unter Quarantäne gestellten Arbeitnehmers, der nicht arbeitsunfähig erkrankt ist, sondern lediglich eine konkrete Infektionsgefahr darstellt, nach § 616 BGB aufrechterhalten werden kann – sofern dieser nicht ohnehin wirksam abgedungen worden ist. Die Quarantäneanordnung stellt ein objektives Leistungshindernis dar, also keinen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund. Dem steht die Rechtsprechung des BGH aus dem Jahr 1978 zum Bundesseuchenschutzgesetz (BGH NJW 1979, 422) nicht entgegen, da es um die konkrete Ansteckungsgefahr eines Einzelnen ging.

Teilweise wird in der Literatur vertreten, dass § 670 BGB analog dem Arbeitnehmer einen Weiterzahlungsanspruch gewähren kann, wenn die Reise aus dienstlichen Gründen angeordnet wurde und die Rückkehr unmöglich geworden ist.

## 5. Betriebsrisiko

Sollte der Arbeitgeber im Fall der Erkrankung einer großen Zahl von Arbeitnehmern den Betrieb nicht aufrechterhalten können, trägt er das Betriebsrisiko, soweit Arbeitnehmer arbeitswillig und fähig sind. Folgende Maßnahmen können helfen, um übermäßige Belastungen abzuwehren:

- Der Arbeitgeber kann in Abstimmung mit dem Betriebsrat nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG Kurzarbeit anordnen, um den Betrieb durch Senkung der Personalkosten vorübergehend wirtschaftlich zu entlasten. Daneben kommt Kurzarbeit in Frage, soweit dies tarif- oder einzelvertraglich vereinbart ist. Im Falle eines Zulieferstopps, Betriebsschließungen durch die Behörde oder Hotelstornierungen bei angekündigtem Messeausfalls aufgrund des Coronavirus ist die Gewährung von Kurzarbeitergeld zu prüfen.
- Ebenfalls ist der Arbeitgeber in besonderen Situationen, wie z. B. in Notfällen, berechtigt, Überstunden einseitig anzuordnen (BAG, Urteil vom 27.2.1981 – 2 AZR 1162/78). Aufgrund seiner arbeitsvertraglichen Treuepflicht ist der Arbeitnehmer in diesen Situationen verpflichtet, Arbeiten auch über das arbeitsvertraglich Vereinbarte hinaus zu übernehmen.

Unter einer „Notlage“ versteht das BAG eine ungewöhnliche Gefährdung der Betriebsanlagen, der Waren oder der Arbeitsplätze. Darüber hinaus hat das BAG auch die Gefährdung der termingerechten Abwicklung eines Auftrags mit den o. g. Folgen als besondere Situation anerkannt. Der Anordnung des Arbeitgebers darf sich der Arbeitnehmer dann nicht verschließen, wenn der Verzug der Abwicklung vom Arbeitgeber nicht verschuldet ist und der Arbeitnehmer bisher Überstunden geleistet hat.

- Eine Anordnung von Zwangsurlaub aufgrund kurzfristiger Stornierungen in erheblichem Umfang dürfte vor dem Hintergrund der aktuellen Rechtsprechung nicht möglich sein. Das Risiko, den Arbeitnehmer nicht beschäftigen zu können, trägt grundsätzlich der

Arbeitgeber. Dem Betriebsrisiko des Arbeitgebers unterfallen insbesondere Auftragsmangel bzw. Betriebsablaufstörungen – sei es durch selbst herbeigeführte oder von außen einwirkende Umständen. Liegt ein Fall des Betriebsrisikos vor, kann der Arbeitgeber den Urlaub nicht einseitig festlegen.

## 6. Datenschutzrechtliche Erwägungen

Sobald der Verdacht einer Ansteckung besteht oder ein Arbeitnehmer an dem Virus erkrankt ist, muss der Arbeitgeber seiner Fürsorgepflicht gegenüber den übrigen Mitarbeitern nachkommen. Dadurch können die übrigen Arbeitnehmer Kenntnis von dem Verdacht der Ansteckung bzw. der Viruserkrankung ihres Kollegen erlangen.

In diesem Fall liegt eine Verarbeitung personenbezogener Daten vor. Die Offenlegung der Viruserkrankung im Betrieb stellt eine rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten i.S.v. Art. 6 Abs.1 lit. b), d) und f) DSGVO dar. Sie erfolgt zur Erfüllung der arbeitsvertraglichen Fürsorgepflicht des Arbeitgebers und zum Schutz von Gesundheit und Leben der übrigen Mitarbeiter und dient berechtigten Interessen.

Dem steht nicht entgegen, dass es sich um Gesundheitsdaten i.S.v. Art. 9 Abs.1 DSGVO handelt. Die Erfüllung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers zum Schutz vor einer weiteren Ausbreitung des Virus überwiegt das Selbstbestimmungsrecht des erkrankten Arbeitnehmers, Art. 9 Abs. 1 DSGVO i. V. m. § 26 Abs. 3 BDSG.

## II. Kurzarbeit

Der Arbeitgeber kann Kurzarbeit anordnen, sofern die Arbeitsleistung aufgrund tarif- oder arbeitsvertraglicher Regelung ausgesetzt werden kann. Dies kann auch in einer Betriebsvereinbarung geregelt werden, § 87 Abs.1 Nr.3 BetrVG.

Grundsätzlich kann ein Anspruch auf Kurzarbeitergeld infolge eines Arbeitsausfalls aufgrund des Coronavirus bestehen. Voraussetzung zur Gewährung von Kurzarbeitergeld ist insbesondere der erhebliche Arbeitsausfall mit Entgeltausfall i.S.v. § 96 Abs.1 Nr.4 SGB III. Zudem muss der Betrieb alles Mögliche tun, um die Kurzarbeit zu vermeiden. Dies vorausgesetzt,

stellt ein Zulieferausfall aufgrund des Virus aber jedenfalls ein unabwendbares Ereignis i.S.v. § 96 Abs.1 Nr.1 SGB III dar.

Ein Arbeitsausfall ist erheblich, wenn er auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht, vorübergehend und unvermeidbar ist.

Der Begriff der „wirtschaftlichen Gründe“ ist umfassend und schließt alle Arbeitsausfälle ein, die auf der wirtschaftlichen Tätigkeit eines Betriebes beruhen und sich aus dessen Teilnahme am Wirtschaftsleben ergeben.

Unter einem unabwendbaren Ereignis ist allgemein ein Ereignis zu verstehen, das unter den gegebenen, nach der Besonderheit des Falles zu berücksichtigenden Umständen auch durch die äußerste diesen Umständen angemessene und vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt weder abzuwehren noch in seinen schädlichen Folgen zu vermeiden ist. Dazu können auch behördlich angeordnete oder anerkannte Maßnahmen gehören (z.B. angeordnete Betriebseinschränkungen oder - stilllegungen), die vom Arbeitgeber nicht zu vertreten sind.

Der Arbeitgeber und die Arbeitnehmer müssen im Rahmen ihrer Schadensminderungspflicht alles getan haben, um den Arbeitsausfall zu vermeiden. Dazu gehört z.B. die Gewährung von Urlaub und das Nutzen von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen. Davon umfasst ist, dass auch die Einstellung von „Minusstunden“ verlangt werden kann, sofern diese tarifvertraglich, aufgrund einer Betriebsvereinbarung oder einer arbeitsvertraglichen Regelung durch den Arbeitgeber angeordnet werden können.

Weiter müssen die Mindestanforderungen erfüllt sein: Im jeweiligen Kalendermonat (Anspruchszeitraum) müssen mindestens ein Drittel der im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer von einem Entgeltausfall von jeweils mehr als 10 Prozent ihres monatlichen Bruttoentgelts betroffen sein; der Entgeltausfall kann auch jeweils 100 Prozent des monatlichen Bruttoentgelts betragen.

Zur Beantragung des Kurzarbeitergeldes zeigt der Arbeitgeber im Bedarfsfall den anstehenden Arbeitsausfall bei der örtlich

zuständigen Agentur für Arbeit an. Nähere Informationen über das Verfahren und Videoanleitungen sind auf der Seite <https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/finanzeil/kurzarbeitergeld-arbeitgeber-unternehmen> zu finden.

Darüber hinaus stehen die Agenturen für Anfragen und Beratungen zur Verfügung.

Die Nummer der Servicehotline für Arbeitgeber lautet 0800 45555 20.

Der Koalitionsausschuss hat einen Beschluss zur Vereinfachung des Kurzarbeitergeldbezuges gefasst. Das entsprechende Gesetz, das Verordnungsermächtigungen enthält, soll bereits ab der ersten Aprilhälfte in Kraft treten und bis Ende 2020 befristet werden.

So wird das Quorum der im Betrieb Beschäftigten, die von einem Arbeitsausfall betroffen sind, von einem Drittel auf 10 % herabgesenkt. Es wird teilweise oder vollständig darauf verzichtet, dass die Arbeitnehmer ein negatives Arbeitszeitsaldo aufbauen müssen. Auch Leiharbeiter sollen die Möglichkeit des Kurzarbeitergeldbezuges erhalten. Den Arbeitgebern werden die von ihnen zu tragenden Sozialversicherungsbeiträge für die durch Kurzarbeit ausgefallenen Stunden im vollen Umfang erstattet.

### **III. Vorbeugende Maßnahmen**

Der Arbeitgeber ist nach dem Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) verpflichtet, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit gewährleisten und ihm möglich und zumutbar sind. Die Arbeitnehmer sind nach §§ 15, 16 ArbSchG verpflichtet, jede erhebliche Gefahr für die Sicherheit und Gesundheit unverzüglich dem Arbeitgeber zu melden und dessen arbeitsschutzrechtlichen Weisungen nachzukommen.

Möglich ist die Aufstellung eines „Pandemieplans“ z. B. auf Grundlage einer Rahmenbetriebsvereinbarung für den Pandemiefall mit dem Betriebsrat. Solche Planungen stellen sicher, dass das Unternehmen nicht unvorbereitet von einer Pandemie überrascht wird, sondern geeignete Krisenstrategien zur Verfügung

hat, die im Falle eines Falles kurzfristig aktiviert werden können. Dabei können die Risikobewertungen des Robert Koch Instituts oder Pandemiepläne der Bundesländer zur Orientierung herangezogen werden. Folgende Regelungen bieten sich an:

- Sachlicher Geltungsbereich: Sämtliche Maßnahmen, die im Zusammenhang mit dem Auftreten einer Pandemie zum Schutz vor Beeinträchtigungen von Leben und Gesundheit der Mitarbeiter erforderlich sind.
- Die Ansteckungsgefahr durch Verhaltensregeln reduzieren: Tragen von Schutzmasken, Tragen von Schutzkleidung, regelmäßiges Desinfizieren der Hände, Wechseln der Kleidung beim Betreten des Betriebes, etc.
- Es sollte vereinbart werden, dass der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern im Falle einer Pandemie auch solche Arbeiten zuweisen darf, die vertraglich nicht geschuldet sind. Insofern kann sein Weisungsrecht in örtlicher, zeitlicher und sachlicher Hinsicht konkretisiert werden (Versetzungen, Überstunden, Vertretungsregeln).
- Anordnung von Kurzarbeit; ggf. auch von mobiler Arbeit.
- Es kann festgelegt werden, in welchem Umfang Arbeitnehmer berechtigt sind, Überstunden abzubauen, unbezahlten Urlaub zu beantragen etc.
- Geltungsdauer: Die Betriebsvereinbarung sollte ab dem Zeitpunkt des behördlich festgestellten Pandemiefalles in Kraft treten und solange fortbestehen, bis die Pandemiewarnung aufgehoben wird.

Darüber hinaus bieten sich Informations- und Aufklärungsbroschüren zur allgemeinen Information der Mitarbeiter an. Arbeitgeber sollten stets auf ausreichende Hygienemaßnahmen bei den betrieblichen Abläufen achten. Um das Risiko von Pandemien möglichst gering zu halten, empfiehlt sich eine enge Zusammenarbeit mit den zuständigen Gesundheitsbehörden.

Als vorbeugende Maßnahme kann mit Arbeitnehmern vereinbart werden, die Arbeitsleistung für eine bestimmte Zeit in

Form von mobiler Arbeit von zuhause aus zu erbringen. Dies kann auch für Arbeitnehmer, die von Reisen aus oder Risikogebieten zurückkehren, eine praktikable Lösung sein – sofern die Art der Tätigkeit mobile Arbeit zulässt.

Möchte der Arbeitgeber mobile Arbeit als reine Vorsichtsmaßnahme nutzen ohne dass konkrete Anhaltspunkte für einen Infektionsverdacht im Betrieb bestehen, sollte versucht werden, dies einvernehmlich mit den Arbeitnehmern zu vereinbaren oder eine entsprechende Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat abzuschließen. Bei einem erhöhten Risiko im Betrieb kann auch eine einseitige Anordnung von Homeoffice durch den Arbeitgeber im Einzelfall möglich sein. Damit das Weisungsrecht des Arbeitgebers eine einseitige Zuweisung von mobiler Arbeit zulässt, müssen jedoch konkrete Anhaltspunkte für eine erhöhte Gefährdung bestehen,

Auch den Betriebsrat kann eine Pflicht zur Vorbeugung treffen. Er ist nach dem Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit dem Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs verpflichtet. Außerdem hat er nach § 80 Abs. 1 Nr. 1 und 9 BetrVG darüber zu wachen, dass Gesetze, Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen durchgeführt und Maßnahmen des Arbeitsschutzes gefördert werden. Darüber hinaus bestimmt er nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 über den Gesundheitsschutz mit. Betriebsräte sollten über Maßnahmen, die ein erhöhtes Risiko im Betrieb bedeuten, beraten und ggf. auf diese verzichten. Dies gilt etwa für die Einberufung von Betriebsversammlungen oder für die Teilnahme an Betriebsrätekonferenzen.

#### **IV. Arbeitnehmerentsendung**

Grundsätzlich bleibt die Arbeitsleistung auch in Territorien möglich, die in nennenswertem Umfang von Ansteckungskrankheiten betroffen sind. Auch insoweit sollte geprüft werden, ob eine Entsendung in das Ausland, insbesondere wenn dieses besonders von der Epidemie oder Pandemie betroffen ist, unumgänglich ist. Selbst wenn ein einseitiges Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers nicht besteht, kann es sich bei Entsendung in massiv betroffene Gebiete anbieten, auf eine Dienstreise oder einen

längeren Einsatz in diesen Regionen zu verzichten. Ansteckungsgefahren können nicht nur von dem Einsatz vor Ort, sondern insbesondere auch von der Reise ausgehen, soweit sich die Nutzung stark frequentierter öffentlicher Verkehrsmittel (z. B. von Flugzeugen oder der Bahn) nicht umgehen lässt.

### **1. Zurückbehaltungsrecht**

Arbeitnehmern steht im Fall der Entsendung in ausländische Gebiete, in denen das Virus auftritt, grundsätzlich kein Zurückbehaltungsrecht zu. Ein Zurückbehaltungsrecht besteht nach § 273 Abs.1 BGB nur ausnahmsweise, soweit die Leistung dem Arbeitnehmer unzumutbar ist. Dazu muss die Erbringung der Arbeitsleistung unter Umständen erfolgen, die für den Arbeitnehmer mit erheblichen Gefahren für Leben oder Gesundheit einhergehen. Solange keine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes vorliegt, ist dies regelmäßig nicht der Fall.

Soweit für einzelne Länder oder Regionen eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes vorliegt, können Arbeitnehmer ausnahmsweise berechtigt sein, einer Entsendung in diese Gebiete zu widersprechen. Das Auswärtige Amt spricht Reisewarnungen aus, wenn generell vor Reisen in diese Regionen gewarnt werden muss. Insofern werden auch die dort lebenden Deutschen aufgefordert, das Land zu verlassen.

Hält sich der Arbeitnehmer bereits im Ausland auf, so sind die Ausführungen zu den Arbeitsverhältnissen in Deutschland übertragbar: Dem Arbeitnehmer steht kein generelles Zurückbehaltungsrecht zu. Es obliegt dem Arbeitgeber, einzelne Arbeitnehmer in Ausnahmefällen (bei einer unmittelbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit) von ihrer Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung zu entbinden.

Etwas anderes kann im Falle einer Reisewarnung des Auswärtigen Amtes gelten. Erstreckt sich die Warnung auf eine Region oder ein Land, in dem der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglich geschuldete Leistung erbringt, kann dessen Pflicht zur Arbeitsleistung im Einzelfall nach § 273 Abs.1 BGB entfallen. Dabei kommt es darauf an, ob die arbeitsvertragliche Tätigkeit vom

Schutzzweck der Reisewarnung erfasst wird. Dies kann z. B. an Orten mit erhöhtem Reise- und Publikumsverkehr wie Flughäfen und Bahnhöfen angenommen werden. Nur dort ist der Arbeitnehmer den gleichen Gesundheitsgefahren wie im Falle einer Entsendung ausgesetzt und die Leistungserbringung unzumutbar.

Ob für Arbeitnehmer, die sich bereits im Ausland aufhalten, ein Anspruch auf vom Arbeitgeber finanzierte Rückkehr besteht, hängt ebenfalls vom Einzelfall ab. Dabei kommt es z. B. auf die geplante Aufenthaltsdauer des Arbeitnehmers und die Perspektive im Hinblick auf die Ausbreitung der Krankheit in den entsprechenden Regionen an.

Ein bloßer Sicherheitshinweis des Auswärtigen Amtes genügt nicht zur Annahme eines Zurückbehaltungsrechts des Arbeitnehmers nach § 273 Abs.1 BGB. Sicherheitshinweise machen auf länderspezifische Risiken für Reisende und Deutsche im Ausland aufmerksam und enthalten lediglich die Empfehlung, von Reisen in diese Regionen Abstand zu nehmen. Dies ist zur Begründung eines Zurückbehaltungsrechts oder eines Anspruchs auf Rückholung nicht ausreichend.

### **2. Entgeltfortzahlungsanspruch**

Der Arbeitnehmer behält seinen vertraglichen Vergütungsanspruch nur, wenn er die Reise berechtigterweise nicht antritt. Der Arbeitgeber kann diesem Arbeitnehmer dann aufgrund seines Direktionsrechts eine andere Arbeit zuweisen.

Hält sich der Arbeitnehmer bereits im Ausland auf und ist infolge der Krankheit arbeitsunfähig, so hat er Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung nach § 3 Abs.1 EFZG, sofern dessen Voraussetzungen erfüllt sind.

### **3. Leistungen der Unfallversicherung**

Versicherungsschutz besteht, wenn Versicherte von ihrem Arbeitgeber ins Ausland entsendet werden bzw. entsandt worden sind und dort aufgrund ihrer grundsätzlich versicherten Tätigkeit einer besonderen Gefahr ausgesetzt sind oder waren, z. B. weil sie ihre Tätigkeit in einem Katastrophen- oder auch Infektionsgebiet



ausüben und sich insofern der damit einhergehenden Gefährdung nicht entziehen können. Die Voraussetzungen sind jeweils im Einzelfall zu prüfen.

**Ansprechpartner:**

**BDA | DIE ARBEITGEBER**

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

**Arbeits- und Tarifrecht**

[arbeitsrecht@arbeitgeber.de](mailto:arbeitsrecht@arbeitgeber.de)

T +49 30 2033-1200

**Arbeitsmarkt**

[arbeitsmarkt@arbeitgeber.de](mailto:arbeitsmarkt@arbeitgeber.de)

T +49 30 2033-1400

**Soziale Sicherung**

[soziale.sicherung@arbeitgeber.de](mailto:soziale.sicherung@arbeitgeber.de)

T +49 30 2033-1600

Die BDA organisiert als Spitzenverband die sozial- und wirtschaftspolitischen Interessen der gesamten deutschen Wirtschaft. Wir bündeln die Interessen von einer Million Betrieben mit rund 20 Millionen Beschäftigten. Diese Betriebe sind der BDA durch freiwillige Mitgliedschaft in Arbeitgeberverbänden verbunden.

