



## **Sonderrundschreiben** **SARS-CoV-2**

### **Was können Unternehmen jetzt tun?**

Bochum, 18.03.2020

#### **Die wichtigsten Fragen in Zeiten der SARS-CoV-2-Epidemie**

Sehr geehrte Damen und Herren,

es sieht so aus, als ob SARS-CoV-2 unsere Unternehmen zerstört. Durch die weiterhin steigenden Fallzahlen wird die Politik ermutigt, die Wirtschaft abzuschalten. Uns erreichen in den vergangenen Tagen immer mehr Fragen, wie sich die SARS-CoV-2-Epidemie auf die bestehenden Arbeitsverhältnisse auswirkt und welche Pflichten die Arbeitgeber haben. Daher haben wir Ihnen im Folgenden die akuten arbeitsrechtlichen Probleme, die sich aus der besonderen gesundheitlichen Gefahrenlage ergeben, zusammengestellt.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen selbstverständlich auch weiterhin telefonisch zur Verfügung.

1.

#### **Was geschieht mit dem Vergütungsanspruch der Arbeitnehmer?**

a)

##### **Freistellung ohne Symptome:**

Der Arbeitnehmer behält seinen Vergütungsanspruch, wenn der Arbeitgeber ihn von der Erbringung seiner Arbeitsleistung freistellt. Eine Freistellung kann bspw. erfolgen, wenn der Arbeitnehmer aus einem Risikogebiet zurückkommt, aber keinerlei Symptome aufweist. Eine Freistellung kann unter bestimmten Voraussetzungen auch zum Abbau von Überstundenguthaben erfolgen (s.u. Ziffer 5 lit. b).

Sofern ein Arbeitnehmer nach der erfolgten Freistellung arbeitsunfähig erkrankt, geht die Freistellung vor. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts macht eine nachträglich eintretende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Freistellungszeitraum die Erfüllung des Ausgleichsanspruchs nicht hinfällig (BAG, Urteil vom 21.08.1991 – 5 AZR 91/91). Demnach trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer das Risiko,

**Dr. iur. Stefan Chr. Ulbrich, M.A.**  
Rechtsanwalt und Notar  
Fachanwalt für Handels-  
und Gesellschaftsrecht  
Vertretungsberechtigter Partner

**Ralf Kaminski, LL.M.**  
Rechtsanwalt  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Vertretungsberechtigter Partner

Grabenstr. 12  
Kortumhaus  
44787 Bochum  
Telefon +49 (0)234 579 521 - 0  
Telefax +49 (0)234 579 521 - 21  
E-Mail kontakt@ulbrich-kaminski.de  
www.ulbrich-kaminski.de

Dr. Ulbrich & Kaminski Rechtsanwälte  
Partnerschaftsgesellschaft mbB  
Sitz Bochum  
Amtsgericht Essen PR 4363  
Partner ist, wer als Partner im Partner-  
schaftsregister eingetragen ist.

Rechtsanwälte  
im Angestelltenverhältnis

**Alexandra von Hobe**  
Rechtsanwältin  
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

**Marc Peter Klein**  
Rechtsanwalt

**Jan Pakirius**  
Rechtsanwalt

**Steffen Ebert**  
Rechtsanwalt

**Eileen Kemnitz**  
Rechtsanwältin

die durch Arbeitsbefreiung als Arbeitszeitausgleich gewonnene Freizeit auch tatsächlich nach seinen Vorstellungen nutzen zu können.

**b)**

**Arbeitnehmer will aus Furcht vor Ansteckung von sich aus zu Hause bleiben:**

Hier hat der Arbeitnehmer selbstverständlich keinen Vergütungsanspruch. Die Arbeitnehmer tragen grundsätzlich das sog. „Wegerisiko“ (z.B. wenn der Arbeitnehmer im Winter nicht den Betrieb erreicht).

Zusätzlich liegt in diesem Fall ein unentschuldigtes Fehlen des Arbeitnehmers. Ihm steht auch bei drohenden Pandemien kein allgemeines Leistungsverweigerungsrecht zu. Das unentschuldigte Fehlen kann mit einer Abmahnung oder sogar einer Kündigung geahndet werden.

**c)**

**Vergütungspflicht des Arbeitgebers bei Auftrags- oder Rohstoffmangel:**

Das sog. „Wirtschaftsrisiko“ trägt grundsätzlich der Arbeitgeber. Hiervon sind die Fälle betroffen, in denen Auftrags- oder Absatzmangel dazu führen, dass der Betrieb zwar weitergeführt werden kann, aber ein Arbeitsausfall eintritt. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt weiterzahlen. Das er die vom Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung nicht verwerten kann, weil er keine Aufträge hat, unterfällt seinem „Wirtschaftsrisiko“.

**d)**

**Entgeltfortzahlungsanspruch bei SARS-CoV-2-Erkrankung:**

Ist der Arbeitnehmer am SARS-CoV-2 erkrankt, hat er gemäß § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) wie jeder Arbeitnehmer den Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Erkrankungen für die Dauer von sechs Wochen. Freie Mitarbeiter haben diesen Anspruch mangels Arbeitnehmereigenschaft nicht.

Etwas anderes gilt, wenn gegen den am SARS-CoV-2 erkrankten Arbeitnehmer zugleich nach § 31 Satz 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG) ein berufliches Tätigkeitsverbot angeordnet worden ist. Hier liegt eine Konkurrenz des Entgeltfortzahlungsanspruchs mit dem Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers infolge des Tätigkeitsverbotes nach § 56 Absatz 1 IfSG vor. Danach wird derjenige, wer als Ausscheider einer Infektion, als Ansteckungsverdächtiger, als Krankheitsverdächtiger oder sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne des § 31 Satz 2 IfSG einem Verbot der Ausübung seiner Arbeitstätigkeit unterliegt, vom

Staat in Höhe seines Verdienstauffalls für die Dauer von sechs Wochen entschädigt.

Dabei zahlt zunächst der Arbeitgeber die Entschädigung gemäß § 56 Absatz 5 Satz 1 IfSG für die zuständige Behörde an den Arbeitnehmer aus. Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber gemäß § 56 Abs. 5 Satz 2 IfSG auf Antrag bei der zuständigen Behörde (in Nordrhein-Westfalen und den meisten anderen Bundesländern sind dies die Bezirksregierungen) erstattet. Ist der Arbeitgeber entgegen der gesetzlichen Pflicht nicht in Vorleistung getreten, kann auch der Arbeitnehmer diesen Antrag stellen, § 56 Absatz 5 Satz 3 IfSG.

Wegen der öffentlich-rechtlichen Zwangswirkung geht das infektionsschutzrechtliche Beschäftigungsverbot der Erkrankung des Arbeitnehmers vor. Das gilt natürlich nur dann, wenn ein solches Beschäftigungsverbot in Bezug auf einen erkrankten Arbeitnehmer ausgesprochen worden ist. Dann soll es am Entgeltfortzahlungsanspruch fehlen, weil die Erkrankung nicht der Grund für den Ausfall der Arbeitsleistung war.

**e)**

**Entgeltfortzahlungsanspruch bei Verdacht auf SARS-CoV-2-Ansteckung:**

Besteht lediglich der Verdacht auf eine Ansteckung, besteht ein Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 56 Absatz 1 Satz 1 IfSG lediglich in den Fällen, in denen ein behördliches Beschäftigungsverbot nach § 31 IfSG angeordnet worden ist. Das Tätigkeitsverbot kann sich auf einzelne Arbeitnehmer oder behördlich definierte Gruppen beziehen.

Kausal für die Arbeitsverhinderung ist dann nicht die vermutete Krankheit als solche, sondern das Beschäftigungsverbot. Damit besteht dann kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. In den meisten Fällen wird hier noch nicht einmal eine Krankheit vorliegen, da nur ein Verdachtsfall besteht.

Die Fälle der Quarantäne gemäß § 30 IfSG sind gleich zu behandeln. Hier wird infolge der Quarantäne ein Beschäftigungsverbot ausgesprochen werden. Dann besteht der Entschädigungsanspruch gem. § 56 IfSG. Erkrankt ist der unter Quarantäne stehende Arbeitnehmer nicht, so dass deshalb kein Anspruch aus Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall bestehen kann.

f)

**Entgeltfortzahlungsanspruch bei behördlicher Betriebsschließung:**

Wird der Betrieb geschlossen, weil in Bezug auf den gesamten Betrieb oder Gruppen von Arbeitnehmern ein Infektionsrisiko besteht, können die Grundsätze der bereits vom Reichsgericht im Jahre 1923 angewandten Betriebsrisikolehre angewendet werden.

Betriebsrisikofälle kennen wir bei der Unterbrechung der Energieversorgung, der Einwirkung von Naturereignissen, dem Ausbleiben von Rohstoffen oder dem Auftreten von Maschinenschäden und der daraus folgenden Einstellung oder Einschränkung des Betriebes. Ein Verschulden des Arbeitgebers liegt nicht vor.

Nach der Rechtsprechung trägt der Arbeitgeber dann das Betriebsrisiko infolge behördlicher Maßnahmen (hier der Betriebsschließung) wenn dieses Risiko der behördlichen Maßnahme im Betrieb durch dessen besondere Art angelegt gewesen war. Es kommt also auf die Eigenart des Betriebes an. Allgemeine Gefahrenlagen wie Kriege, Unruhen und Terroranschläge gehören dagegen nicht zum Betriebsrisiko.

Überträgt man die Grundsätze auf die SARS-CoV-2-Fallgestaltungen, liegt bei Betrieben, bei denen notwendigerweise ein breiter Personenkontakt besteht ohne weiteres die besondere Eigenart vor, dass Kontakt zu Menschen mit infektiösen Erkrankungen besteht. Ebenso ist es die Eigenart dieser Betriebe, dass eigene Mitarbeiter mit Menschen in Kontakt kommen, sich infizieren oder der Verdacht einer Infektion besteht und daher Betriebsschließungen ausgesprochen werden können. Das spricht aus meiner Sicht dafür, dass hier die Eigenart dieser Betriebe als das Betriebsrisiko des Arbeitgebers anzusehen ist, so dass der Arbeitgeber den Vergütungsanspruch der Arbeitnehmer weitertragen muss. Diese Grundsätze dürften auch in Krankenhäusern, Arztpraxen usw. gelten.

Daher sind hier in jedem Fall die Entschädigungsansprüche nach § 56 IfSG von Seiten der Arbeitgeber bzw. der Arbeitnehmer geltend zu machen, um das wirtschaftliche Risiko zu begrenzen. Diesbezügliche Anträge sollten gestellt werden. Hierbei sind wir Ihnen gerne behilflich.

g)

**Entgeltfortzahlungsanspruch bei Kinderbetreuung:**

Wenn der Kindergarten bzw. die Schule corona-bedingt vorübergehend schließt und ihre Arbeitnehmer die Betreuung ihrer Kinder selbst organisieren müssen, ist es ihnen zeitweise unmöglich ist, ihre Pflicht zur Arbeitsleistung zu erfüllen.

In diesen Fällen ist der Arbeitgeber möglicherweise gemäß § 616 BGB zur Entgeltfortzahlung verpflichtet. § 2 Absatz 1 Pflegezeitgesetz entnimmt die herrschende Meinung, dass ein Zeitraum von bis zu zehn Tagen als eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ im Sinne des § 616 Satz 1 BGB anzusehen ist. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht nur, wenn der Arbeitnehmer vorübergehend verhindert ist. Wird z.B. die Schließung des Kindergartens sogleich für zwei Wochen erklärt, besteht überhaupt kein Anspruch nach § 616 BGB.

Die Vorschrift ist im Übrigen abdingbar; ist im Arbeitsvertrag die Anwendung von § 616 BGB wirksam ausgeschlossen, muss der Arbeitgeber eine Entgeltfortzahlung nach dieser Vorschrift nicht befürchten.

Besteht ein Anspruch gemäß § 616 BGB nicht, so können die betroffenen Arbeitnehmer weder auf „Pflegeunterstützungsgeld“ gemäß § 44a Absatz 3 SGB XI noch auf „Krankengeld wegen Erkrankung des Kindes“ gemäß § 45 SGB V hoffen – denn das Kind selbst ist ja weder krank noch pflegebedürftig, § 7 Absatz 4 PflegeZG in Verbindung mit §§ 14, 15 SGB XI.

## 2.

### **Was ist im Umgang mit Arbeitnehmern, die aus Risikogebieten zurückkehren, zu beachten?**

Kehren Arbeitnehmer aus Risikogebieten in den Betrieb zurück, wird man Arbeitgeber trotz der besonderen datenschutzrechtlichen Pflichten bei der Preisgabe personenbezogener Daten der Arbeitnehmer für verpflichtet halten, die anderen Arbeitnehmer darüber zu informieren (§ 26 Absatz 1 Satz 1 BDSG und § 26 Absatz 3 Satz 1 BDSG im Krankheits- oder Verdachtsfall). Zu den aktuellen Risikogebieten gibt das Robert-Koch-Institut auf seiner Internetseite umfassende Auskünfte und Informationen, die zu beachten sind.

Sinnvollerweise sollten die zurückkehrenden Arbeitnehmer – zumindest von der Rückkehr aus China – für einige Tage freigestellt werden, ärztlich untersucht werden (Schnelltest), um eine Ansteckung auszuschließen. Da die Zeit bis zum Auftreten der Symptome 14 Tage betragen kann, genügt die Beobachtung in diesen besonderen Situationen nicht.

Die Arbeitnehmer sind solange keine behördlichen Quarantänemaßnahmen verhängt wurden, normal weiter zu beschäftigen. Wenn keine konkreten Krankheitszeichen bestehen, kann der Arbeitnehmer auch nicht verpflichtet werden, ein ärztliches Attest zu erbringen. In Zweifelsfällen ist daher zunächst zu prüfen, ob der Arbeitnehmer freigestellt wer-



den soll. Die Fürsorgepflicht umfasst in jedem Fall die Bewertung der jeweiligen Situation um mögliche Ansteckungen zu vermeiden.

### 3.

#### **Besteht für Arbeitnehmer ein Anspruch im Home-Office zu arbeiten?**

Arbeitnehmer haben keinen Anspruch auf Arbeit im Home-Office. Ihnen steht kein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht zu. In diesem Fall läge, wenn der Arbeitnehmer zu Hause bleibt, eine Arbeitspflichtverletzung vor. Diese führt auch zum Wegfall des Entgeltzahlungsanspruchs.

Natürlich können sich die Parteien einvernehmlich darauf verständigen, dass Arbeitnehmer vorerst von zu Hause arbeiten. Das setzt aber Einvernehmen voraus. Bestehen schon Home-Office-Regelungen im Betrieb, wird der Druck auf Arbeitgeber steigen, diese zumindest vorübergehend auszudehnen.

Die Anforderungen an eine zulässige Vereinbarung eines Home-Office sind im Hinblick auf die Qualität der Arbeitsmittel oder des Arbeitsplatzes und in Bezug auf datenschutzrechtliche Aspekte recht hoch. Daher dürfte umgekehrt der Arbeitgeber auch nicht einseitig Home-Office anordnen können. Auch das spricht für einvernehmliche Lösungen. Bei dem Entwurf einer Home-Office Vereinbarung stehen wir Ihnen gerne beratend zur Verfügung.

### 4.

#### **Welche Präventionsmaßnahmen müssen Arbeitgeber mit Blick auf das SARS-CoV-2 beachten?**

Arbeitgeber treffen arbeitsrechtliche Schutzpflichten, insbesondere die Pflicht zum Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer. Praktische Maßnahmen sind die Bereitstellung von Desinfektionsmitteln an geeigneten Standorten (Eingang, Toiletten), Hinweise zu deren Benutzung und verstärktes Hinwirken auf die Einhaltung der Hygienestandards.

Ob Sie als Arbeitgeber auch selbst initiierte Präventivmaßnahmen der Mitarbeiter dulden müssen, hängt von den Umständen ab und bedarf einer Interessenabwägung. Besteht eine erhöhte Infektionsgefahr durch regelmäßigen Kontakt mit potentiell infizierten Personen, wie beispielsweise in der medizinischen Versorgung, wird der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen wie z.B. Mundschutz dulden müssen.

Interessant ist weiter, ob und wann der Arbeitgeber Arbeitnehmer bei abstrakten oder konkreten Verdacht der Infektion freistellen kann. Bei der Freistellung durch den Arbeitgeber behält der Arbeitnehmer zwar

den Vergütungsanspruch. Der Arbeitnehmer hat jedoch einen Beschäftigungsanspruch, so dass der Arbeitnehmer vielleicht nicht vom Arbeitsplatz entfernt werden mag. Besonders würde dies wohl gelten, wenn der Arbeitgeber sich einzelne Arbeitnehmer auswählt, ohne aus sachlichen Gründen zu differenzieren.

Arbeitgeber können aus sachlichen Gründen auch ohne vertragliche Vereinbarung im Rahmen der konkreten Gefährdung der Arbeitgeberinteressen zumindest kurzfristig freistellen. Es spricht manches dafür, dass Arbeitgeber bei auf Tatsachen gestützten Verdachtsmomenten von einem sachlichen Grund ausgehen dürfen und freistellen können. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn einzelne Krankheitssymptome auftreten oder sich der Arbeitnehmer zuvor in einem Risikogebiet (wahrscheinlich auch in Risikozonen, wie in der Karnevalssitzung in Gangel/Heinsberg) aufgehalten haben.

Hat der Arbeitgeber Kenntnis von der Erkrankung, muss er den Mitarbeiter nach Hause schicken. Das gilt schon aufgrund der Fürsorgepflicht.

## **5. Können Arbeitgeber auf Grund von SARS-CoV-2 Kurzarbeitergeld beantragen?**

a)  
Liegt Auftrags- und Rohstoffmangel vor, trägt der Arbeitgeber grundsätzlich das Wirtschaftsrisiko. Die Bundesagentur für Arbeit hat in einer Pressemitteilung vom 28.02.2020 darauf hingewiesen, dass ein aufgrund oder infolge des SARS-CoV-2 und/oder der damit verbundenen Sicherheitsmaßnahmen eingetretener Arbeitsausfall im Regelfall auf einem „unabwendbaren Ereignis“ oder auf „wirtschaftlichen Gründen“ gemäß § 96 Absatz 1 Nr. 1 SGB III beruht und daher Kurzarbeitergeld bei vorübergehendem Arbeitsausfall zu gewähren ist.

Ausdrücklich wird dies konkretisiert für den Fall, dass „staatliche Schutzmaßnahmen dafür sorgen, dass der Betrieb vorübergehend geschlossen wird.“ Daher kann der Arbeitsausfall mit Hilfe des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes damit grundsätzlich Höhe des Kurzarbeitergeldes kompensiert werden.

b)  
Wichtig ist, dass Betriebe und Unternehmen die Kurzarbeit anzeigen und auch entsprechende Anträge stellen. Ohne Antrag kein Kurzarbeitergeld. Ich empfehle die Lektüre der Seiten der Bundesagentur für Arbeit.



Arbeitsrechtlich setzt die Kurzarbeit voraus, dass entweder eine entsprechende Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag enthalten ist, Kurzarbeit durch Tarifvertrag ermöglicht wird oder – was der praktisch der häufigste Fall sein wird – über Kurzarbeit eine Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat nach § 87 Absatz 1 Nr. 3 BetrVG abgeschlossen wird.

Es können aber auch zunächst Überstundenguthaben abgebaut werden. Auch dabei ist die individualrechtliche Anordnungsbefugnis und/oder die Mitbestimmung des Betriebsrats zu beachten. Sofern ein Arbeitnehmer nach der erfolgten Freistellung zum Überstundenabbau arbeitsunfähig erkrankt, geht die Freistellung vor. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts macht eine nachträglich eintretende krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit im Freistellungszeitraum die Erfüllung des Ausgleichsanspruchs nicht hinfällig (BAG, Urteil vom 21.08.1991 – 5 AZR 91/91). Demnach trägt grundsätzlich der Arbeitnehmer das Risiko, die durch Arbeitsbefreiung als Arbeitszeitausgleich gewonnene Freizeit auch tatsächlich nach seinen Vorstellungen nutzen zu können.

Zumindest nach dem bisherigen Stand besteht kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld, wenn das Unternehmen aus freier Entscheidung zur Risikominimierung beschließt, den Betrieb vorübergehend einzustellen. Es liegt keine ursächliche Veranlassung durch SARS-CoV-2 vor. Der Arbeitgeber bleibt zur Zahlung der vollen Vergütung verpflichtet, ohne Kurzarbeitergeld nutzen zu können.

c)

Die Leistungen aus dem Kurzarbeitergeld bleiben hinter denen des Entschädigungsanspruches nach § 56 Absatz 2, 3 IfSG, der für die Dauer von sechs Wochen den Verdienstaufschlag und damit das volle Arbeitsentgelt gewährt, zurück.

Die Arbeitnehmer ihrerseits erhalten lediglich 60% der Nettoentgeltdifferenz bzw. bei einem überhöhten Leistungssatz nach den Vorschriften über das Arbeitslosengeld 67%. Ein weitergehender Anspruch der Arbeitnehmer besteht nicht. Eine Aufstockung hängt von der Entscheidung des Arbeitgebers oder dem Verhandlungsergebnis mit dem Betriebsrat ab.

Auch der Arbeitgeber wird nicht vollständig entlastet, da er weiterhin zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge auf das gesamte Entgelt verpflichtet ist.

Erhält der Arbeitnehmer wegen eines behördlichen Beschäftigungsverbotens Entschädigung nach § 56 IfSG, geht der Anspruch auf Entschädigung gegen den Staat bei Gewährung von Arbeitslosengeld oder Kurzarbeitergeld auf die Bundesagentur für Arbeit über. So regelt es § 56





Absatz 9 IfSG. Die Versicherungsgemeinschaft soll also gegenüber staatlichen Entschädigungsansprüchen entlastet werden.

Ihre Rückfragen hierzu beantworten wir gerne.

Mit freundlichen Grüßen

Ralf Kaminski, LL.M.  
– Rechtsanwalt –

Jan Pakirius  
– Rechtsanwalt –