

Sie dürfen diesen Artikel gern analog und digital verteilen. Bitte denken Sie dabei daran, mich als Urheberin zu erwähnen:

Rechtsanwältin Dr. Sandra Flämig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, NLP Master und Business Coach

Stand: 15.3.2020

Arbeitsrecht in der Corona-Krise

Nachstehend habe ich die häufigsten Fragen aufgeführt, die sich für Arbeitgeber*innen und Mitarbeiter*innen derzeit stellen. Die Auszählung kann nicht vollständig sein, da sich die Lage immer wieder ändert. Außerdem bitte ich zu berücksichtigen, dass jeder Einzelfall immer individuell beurteilt werden kann und muss.

A) Schulen und Kitas werden landesweit geschlossen. Dürfen Mitarbeiter*innen, die Kinder in den Kitas hatten oder Schulkinder haben, einfach daheimbleiben?

Zum einen geht es um die Frage, ob Mitarbeiter*innen einen Anspruch auf Freistellung haben. Zum anderen geht es um die Frage des Vergütungsanspruchs, der unter B) erklärt wird.

Bei Fallgestaltung A) liegt kein Fall von Krankheit vor und auch kein Fall von Quarantäne vor, so dass sich aus diesen beiden Gründen kein Anspruch auf Freistellung ergibt.

- Mitarbeiter*innen dürfen nicht „einfach so“ zu Hause bleiben. Es bedarf der Kommunikation mit dem Arbeitgeber.
- Mitarbeiter*innen haben im Fall von Schul- und Kitaschließung keinen Anspruch auf Befreiung von der Arbeitspflicht aus eigener Krankheit und auch nicht aus „Krankheit des Kindes“, denn weder der/die Mitarbeiter*in noch das Kind sind krank.
- Schulen und Kitas werden derzeit für viele Wochen geschlossen. In § 616 BGB heißt es:

„Der zur Dienstleistung Verpflichtete wird des Anspruchs auf die Vergütung nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird. Er muss sich jedoch den Betrag anrechnen lassen, welcher ihm für die Zeit der Verhinderung aus einer auf Grund gesetzlicher Verpflichtung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherung zukommt.“

Zum einen ist § 616 BGB in vielen Arbeitsverträgen von vorn herein ausgeschlossen worden.

Für alle Arbeitsverträge, für die § 616 BGB nicht ausgeschlossen wurde, bleiben wir zunächst nur beim Anspruch auf Arbeitsbefreiung, der sich aus dieser

Sie dürfen diesen **Artikel** gern analog und digital **verteilen**. Bitte denken Sie dabei daran, **mich als Urheberin** zu **erwähnen**:

Rechtsanwältin Dr. Sandra Flämig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, NLP Master und Business Coach

Stand: 15.3.2020

Vorschrift ergibt. Eine klassische Verhinderung nach dieser Vorschrift ist die eigene Hochzeit, ein Begräbnis im engen Familienkreis, Pflege eines kranken Kindes (Mitarbeiter*in ist selbst gesund) u.Ä. aber auch die Kollision mit anderen Pflichten sind persönliche Verhinderungsgründe. Gemeint sind damit zum Beispiel Ehrenämter wie Feuerwehr, Katastrophenschutz, ehrenamtliche Richter*innen o.Ä..

Eltern tragen die Sorge für ihre Kinder und daraus ergibt sich eine Pflicht. Man könnte also sagen, eine Voraussetzung des § 616 BGB ist erfüllt. Auf die Kollision der Aufsichtspflicht mit der Arbeitspflicht gehe ich weiter unten noch ein. § 616 BGB ist schon deshalb ausgeschlossen, weil darin von einer „verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit“ die Rede ist. Auch das ist dehnbar aber bei 10 Tagen ist Schluss. Nun gibt es einige Meldungen in den Medien, dass man aufgrund § 616 BGB ein paar Tage daheimbleiben könne und auch weiter seinen Lohn bekomme. Ich sehe das anders und es ist unter Juristen umstritten: Die Schließung von Schulen und Kitas gilt für 5 Wochen. Das ist schon von Anfang an viel zu lang, um überhaupt in den Bereich von § 616 BGB zu kommen. **Daher ergibt sich kein Anspruch auf Arbeitsbefreiung aus § 616 BGB.**

- Mitarbeiter*innen bleibt nun das Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB, wenn die Leistung der/dem Mitarbeiter*in „unter Abwägung des ihrer Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Arbeitgebers nicht zugemutet werden kann“.

Im Klartext: Es ist abzuwägen zwischen der Verpflichtung, auf das Kind aufzupassen und der Verpflichtung, zu arbeiten.

Dieses Leistungsverweigerungsrecht muss der/dem Arbeitgeber*in gegenüber aktiv ausgeübt werden. Das Dilemma nennt man „Pflichtenkollision“: Auf der einen Seite ist die familienrechtliche Pflicht ggü. dem Kind und auf der anderen Seite ist die arbeitsrechtliche Pflicht gegenüber dem Arbeitgeber.

Die maßgebliche Vorschrift aus dem Familienrecht ist § 1626 Abs. 1 und 2 BGB, in dem es heißt:

„(1) Die Eltern haben die Pflicht und das Recht, für das minderjährige Kind zu sorgen (elterliche Sorge). Die elterliche Sorge umfasst die Sorge für die Person des Kindes (Personensorge) und das Vermögen des Kindes (Vermögenssorge).

(2) Bei der Pflege und Erziehung berücksichtigen die Eltern die wachsende Fähigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes zu selbständigem verantwortungsbewusstem Handeln. Sie besprechen mit dem Kind, soweit es

Sie dürfen diesen **Artikel** gern analog und digital **verteilen**. Bitte denken Sie dabei daran, **mich als Urheberin** zu **erwähnen**:

Rechtsanwältin Dr. Sandra Flämig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, NLP Master und Business Coach

Stand: 15.3.2020

nach dessen Entwicklungsstand angezeigt ist, Fragen der elterlichen Sorge und streben Einvernehmen an.“

Um ein zulässiges Leistungsverweigerungsrecht zu haben, muss sich die/der Mitarbeiter*in laut **Rechtsprechung** in einer **unausweichlichen Zwangslage** befinden. Mitarbeiter*innen müssen daher vorher **alle ihnen möglichen Hebel** in Bewegung gesetzt haben, um die Betreuung des Kindes sicher zu stellen. Das heißt: Wegbleiben ganz einfach mit der Begründung „Kita/Schule ist zu“ geht auf keinen Fall. Erst wenn Mitarbeiter*innen darlegen können, dass die anderweitige Betreuung des Kindes nicht möglich ist, besteht ein Leistungsverweigerungsrecht, das sie von ihrer Arbeitspflicht entbindet, ohne dass sie arbeitsrechtliche Konsequenzen zu befürchten haben.

Der aktuellste Fall, den ich dazu gefunden habe, ist ein Urteil des LAG Rheinland-Pfalz (Aktenzeichen: 2 Sa 299/18). Es betraf einen LKW-Fahrer, dem gekündigt worden war: Seine Frau hatte entbunden und sie hatten noch ein Kindergartenkind. Der KiGa hat aber nur einen Teil der Arbeitszeiten des LKW-Fahrers abgedeckt und die Frau war nach der Geburt mindestens für 3 Wochen bettlägerig und konnte weder das Neugeborene noch das größere Kindergartenkind versorgen. Die Fremdbetreuung durch den KiGa war auch nicht möglich und Urlaub wollte der Arbeitgeber dem LKW-Fahrer nicht geben. In seiner Not hat er dem Arbeitgeber gesagt, dass er dann zu Hause bleibe - nachdem er die Zwangslage geschildert hatte. Das hat als Geltendmachung des Leistungsverweigerungsrechts genügt. Er durfte in diesem Fall zu Hause bleiben und die Kündigung war nicht gerechtfertigt.

- Jetzt zu der Frage, ob im konkreten Fall landesweiter Schul- und Kitaschließungen ein Leistungsverweigerungsrecht besteht: Es kommt darauf an, ob sich die Mitarbeiter*innen in der oben beschriebenen Zwangslage befinden. Hier ist es leider nicht klar, ab welchem Alter man Kinder alleinlassen kann und ggf. auch muss. **Bei kranken Kindern gilt:** wenn sie älter sind als 12 Jahre, kann man sie allein lassen, es sei denn, die Erkrankung ist so heftig, dass aus dem Grund die Anwesenheit einer Betreuungsperson erforderlich ist.

Bei gesunden Kindern wird man abwägen müssen, wie reif sie sind. Leider gibt es im Gesetz keine klare Grenze. § 1626 BGB gibt auch nur vage Anhaltspunkte. Dort ist davon die Rede, dass man die zunehmende Selbstständigkeit und das wachsende Bedürfnis des Kindes, selbstständig und verantwortungsbewusst zu handeln, berücksichtigen muss.

Sie dürfen diesen Artikel gern analog und digital verteilen. Bitte denken Sie dabei daran, mich als Urheberin zu erwähnen:

Rechtsanwältin Dr. Sandra Flämig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, NLP Master und Business Coach

Stand: 15.3.2020

Alle Kinder im Vorschulalter würde ich per se als betreuungspflichtig einstufen.

Grundschulkind (6 bis 10 Jahre) sieht das schon anders aus: Für ein bis 2 Stunden kann man auch ein 7-jähriges Kind schon mal tagsüber zu Hause lassen. Wenn es größere Geschwister hat (12+), geht das unter Umständen auch länger.

Kindern ab Klasse 5 würde ich zutrauen, dass sie auch den ganzen Tag daheimbleiben können – es kommt aber immer auf das Kind an und ob ggf. noch Geschwister da sind, die für eine entweder positive oder negative Dynamik sorgen.

Eine Zwangslage kann also bei Vorschul- und Grundschulkindern vorkommen. In der aktuellen Situation kommt dabei noch hinzu, dass ältere Verwandte als Betreuungspersonen nicht in Frage kommen und dass Eltern schulpflichtiger Kinder wahrscheinlich dazu aufgefordert werden, mit ihren Kindern zu Hause Schulaufgaben zu bearbeiten. Auch hier ist eine Abwägung notwendig: Kann man das Kind mit Aufgaben versorgen und dann in die Arbeit gehen? Was ist, wenn 2 Elternteile vorhanden sind, die sich die Betreuung teilen können?

Entsteht da schon eine Zwangslage, einfach weil ein Elternteil mehr verdient? Ich meine nein. Wenn beide Eltern rein faktisch in der Lage sind, sich die Betreuung zu teilen, wird man das als Arbeitgeber*in auch verlangen können, so dass der Schaden sich wenigstens verteilt. Man wird also in jedem Fall einzeln schauen müssen, ob tatsächlich ein Leistungsverweigerungsrecht vorliegt und man wird von Mitarbeiter*innen eine große Portion an Kreativität und Mitwirkung verlangen können.

Was bedeutet das für unsere Fälle von Schul- und Kitaschließungen:

- Wenn die Mitarbeiter*innen einfach zu Hause bleiben, verstoßen sie gegen den Arbeitsvertrag und Arbeitgeber*innen wären zur Abmahnung und, bei beharrlicher Arbeitsverweigerung, auch zur Kündigung berechtigt.
- Wenn Mitarbeiter*innen einen Sachverhalt vortragen, der sie zur Leistungsverweigerung berechtigt, dürfen sie daheimbleiben.
- Einigungslösung: Auch Arbeitgeber*innen sind aufgefordert, kreativ auf die jeweiligen Fälle einzugehen. Was Sie als Arbeitgeber*innen jetzt nicht brauchen, sind Mitarbeiter*innen, die durch Orga-Stress zusätzlich geschwächt werden.

Sie dürfen diesen **Artikel** gern analog und digital **verteilen**. Bitte denken Sie dabei daran, **mich als Urheberin** zu **erwähnen**:

Rechtsanwältin Dr. Sandra Flämig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, NLP Master und Business Coach

Stand: 15.3.2020

Ideen – nicht abschließend:

- Mitarbeiter*innen, die nicht im Home Office arbeiten können, erlauben, ihr Handy ständig bei sich zu tragen und auch erreichbar zu sein
- man erlaubt, dass Mitarbeiter*innen alle 3 Stunden mal kurz zu Hause vorbeischauen und nach dem Rechten sehen
- man organisiert „Essen auf Rädern“ für die Kinder, die daheim sind
- man regelt Schichtmodelle
- man verkürzt die Arbeitszeit
- man verlegt die Arbeitszeiten
- man lässt samstags arbeiten und gibt dafür einen Tag in der Woche frei
- derzeit bereitet das Bundesarbeitsministerium Ausnahmen vom Verbot der Sonntagsarbeit vor, die ggf. auch Erleichterung verschaffen können
- man baut Überstunden ab
- man gewährt Urlaub

Anwaltskanzlei



Dr. Sandra Flämig

B) Wer zahlt das Gehalt?

Wenn § 616 BGB nicht anwendbar ist und auch das Infektionsschutzgesetz wegen fehlender Quarantäne nicht greift, wenn die Mitarbeiter*innen nicht selbst krank sind, dann gibt es beim verbleibenden Leistungsverweigerungsrecht auch keinen Vergütungsanspruch.

C) Arbeitgeber*innen nehmen keine Rücksicht auf die Schließung von Schule und Kita. Können Mitarbeiter*innen „krank machen“?

„Krank machen“, also gar nicht krank sein und behaupten, man sei krank, ist Entgeltfortzahlungsbetrug. Dies kann zur fristlosen Kündigung berechtigen, wenn der Entgeltfortzahlungsbetrug nachgewiesen ist. Das ist dann schwer, wenn der/die Mitarbeiter*in sich vorher nicht geäußert hat und dann eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorlegt. Den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann man nur sehr schwer erschüttern. Sollten Mitarbeiter*innen aber schon geäußert haben „wenn,……, dann bin ich eben krank“, ist dies ein Anhaltspunkt, der an der Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Sie dürfen diesen **Artikel** gern analog und digital **verteilen**. Bitte denken Sie dabei daran, **mich als Urheberin** zu **erwähnen**:

Rechtsanwältin Dr. Sandra Flämig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, NLP Master und Business Coach

Stand: 15.3.2020

zweifeln lässt. Ich rate daher auch hier beiden Seiten zu Besonnenheit und Kooperationen. Es gibt Lösungen. Immer.

D) Wann haben Mitarbeiter*innen das Recht, wegen der Schließung von Betreuungseinrichtungen zu Hause zu bleiben (Stichwort: Leistungsverweigerungsrecht) und wie lange?

Dies habe ich oben schon beantwortet: Wenn eine Zwangslage besteht, dann besteht auch das Leistungsverweigerungsrecht solange, wie die Zwangslage anhält.

E) Ab welchem Alter können Arbeitgeber*innen verlangen, dass man Kinder alleine zu Hause lässt?

Auch hier: siehe oben. So ca. ab Klasse 5 wird man das verlangen können. Es kommt aber dennoch immer auf die konkrete Situation im Einzelfall an. Daher kann sich die „Grenze“ nach oben oder unten verschieben.

F) Dürfen Mitarbeiter*innen aus Angst vor Ansteckung mit dem Corona-Virus einfach zu Hause bleiben? Wer bezahlt das?

Einfach zu Hause bleiben geht nicht. Wenn Mitarbeiter*innen, ohne behördlich verordnete Betriebsschließung und nur aus Angst vor Ansteckung zu Hause bleiben wollen, bedarf das der Zustimmung durch den Arbeitgeber (Urlaub, Überstundenabbau, unbezahlte Freistellung). Bleiben Mitarbeiter*innen einfach so zu Hause, berechtigt das Arbeitgeber*innen zur Abmahnung bzw. sogar zur Kündigung.

G) Haben Mitarbeiter*innen einen Anspruch auf Arbeit im Home Office, wenn Schulen und Kitas geschlossen werden und die Arbeit im Home Office von der Art der Arbeit her grundsätzlich möglich ist?

Nein. Einen Anspruch auf Home Office gibt es aus dem Gesetz nicht. Das ist Vereinbarungssache.

H) Sie als Arbeitgeber*in haben Angst, dass Ihre Mitarbeiter*innen das Virus in den Betrieb einschleppen. Sie stellen daher Mitarbeiter*innen vorsorglich frei. Dürfen Sie das und wenn ja, wer bezahlt das?

Hier fallen wieder die Freistellung und die Bezahlung auseinander. Arbeitnehmer*innen haben einen Beschäftigungsanspruch. Einfach so freistellen aus einer diffusen Angst heraus, ist nicht zulässig. Es müssen **konkrete, sachliche Verdachtsmomente** vorliegen, die eine Freistellung rechtfertigen.

Wenn der Arbeitgeber freistellt, muss er dann auch die Vergütung weiterbezahlen.

Sie dürfen diesen **Artikel** gern analog und digital **verteilen**. Bitte denken Sie dabei daran, **mich als Urheberin** zu **erwähnen**:

Rechtsanwältin Dr. Sandra Flämig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, NLP Master und Business Coach

Stand: 15.3.2020

I) Mitarbeiter*innen haben sich mit Corona infiziert. Wie sieht es aus mit Freistellung und Bezahlung?

In dem Fall haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz.

Wenn jedoch die Behörde (in BW das Gesundheitsamt) ein berufliches Tätigkeitsverbot nach § 31 Infektionsschutzgesetz anordnen, haben Arbeitgeber*innen nach § 56 Infektionsschutzgesetz einen Anspruch auf Erstattung des Entgeltfortzahlungsbetrages. Dazu muss ein Antrag gestellt werden.

J) Mitarbeiter*innen sind mit einem positiv getesteten Menschen in Kontakt gekommen und werden behördlich unter Quarantäne gesetzt. Wie sieht es aus mit Freistellung und Bezahlung?

Besteht ein Verdacht auf Ansteckung und wurde behördliche Quarantäne (behördliches Beschäftigungsverbot) für die Verdachtsfälle angeordnet, besteht auch hier ein Entschädigungsanspruch für den Verdienstausfall nach § 56 Infektionsschutzgesetz.

Eigentlich ist es so gedacht, dass Arbeitgeber*innen ggü. Mitarbeiter*innen in Vorleistung gehen und sich dann auf Antrag das Geld von der Behörde zurückholen. Sollten Arbeitgeber*innen nicht in Vorleistung gehen, können Mitarbeiter*innen auch selbst die Zahlung an sich beantragen.

K) Die Behörde schließt Ihren Betrieb wegen der Corona-Krise vorsorglich (z.B. eine Kita oder Schule). Dürfen Sie Ihr Personal auch nach Hause schicken? Wenn ja, wer bezahlt die Vergütung?

Hier kommt es darauf an, ob die behördliche Schließungsanordnung auch das Personal betrifft. Sollte es sich um eine solche Schließungsanordnung nach dem Infektionsschutzgesetz handeln, muss das Personal nach Hause geschickt werden und es besteht ein Anspruch auf Entschädigung nach dem Infektionsschutzgesetz. Wenn sich die behördliche Anordnung nicht auf das Personal erstreckt, besteht keine Maßnahme nach dem Infektionsschutzgesetz und die Freistellung erfolgt auf Kosten der Arbeitgeber*innen.

L) Welche Schutzmaßnahmen zur Prävention muss der/die Arbeitgeber*in treffen?

Hier gelten die allgemeinen Hinweise zum Gesundheitsschutz, wie Hände waschen, für Desinfektionsmittel sorgen, Abstand halten.

Inzwischen stellen sich auch Fragen, ob Arbeitgeber selbstinitiierte Schutzmaßnahmen dulden müssen, wie zum Beispiel Mundschutz bei Tätigkeiten mit Publikumsverkehr.

Sie dürfen diesen **Artikel** gern analog und digital **verteilen**. Bitte denken Sie dabei daran, **mich als Urheberin** zu **erwähnen**:

Rechtsanwältin Dr. Sandra Flämig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, NLP Master und Business Coach

Stand: 15.3.2020

Hier wird man im Einzelfall abwägen müssen, ob diese individuelle Schutzmaßnahme sinnvoll und/oder notwendig ist und ob sie dem Arbeitgeber zumutbar ist.

M) Wie wird mit Mitarbeiter*innen umgegangen, die aus behördlich eingestuften Risikogebieten zurückkehren?

I) Welche Offenbarungspflichten haben diese Mitarbeiter*innen?

Ich bin der Ansicht, dass sich hier eine Offenbarungspflicht als Nebenpflicht aus dem Arbeitsvertrag ergibt. Arbeitnehmer sind dazu gehalten, nicht selbst als Gefahr zu fungieren.

II) Welche Fragerechte hat der/die Arbeitgeber*in?

Arbeitgeber*innen haben hier ein Fragerecht. Der Datenschutz des Einzelnen tritt hinter den Gesundheitsschutz Vieler zurück.

III) Wie verhält es sich mit Freistellungsrecht/pflicht und Bezahlung?

Bei einer Freistellung trafe Arbeitgeber*innen die Vergütungspflicht, wenn es kein behördliches Beschäftigungsverbot nach dem Infektionsschutzgesetz gibt.

N) Dürfen Arbeitgeber*innen Dienstreisen und Risikogebiete anordnen?

Wenn es Reisewarnungen des Auswärtigen Amtes gibt, ist eine Anweisung, sich in ein solches Gebiet zu begeben unzulässig und die Ausführung kann verweigert werden. Im Einzelfall sollte dennoch eine anwaltliche Prüfung durchgeführt werden und ggf. gibt es auch Gebiete, die vom Auswärtigen Amt noch nicht als Risikogebiet eingeordnet wurden, die für den Betroffenen aber zu einem individuellen Risiko werden können.

O) Sie sind Arbeitgeber*in. Ihre Lieferkette ist zusammengebrochen und Sie bekommen kein Material. Müssen Sie weiterhin das Gehalt bezahlen?

Ja. Das Betriebsrisiko tragen Arbeitgeber*innen.

P) Wie funktioniert das neue Kurzarbeitergeld?

- Mindestens **10%** der Beschäftigten eines Betriebes sind wegen schwieriger wirtschaftlicher Entwicklungen oder wegen unvorhergesehener Ereignisse von **erheblichem Arbeitsausfall** betroffen (anstatt bisher 1/3 der beschäftigten)
- **Epidemie** ist ein solches Ereignis
- Bundesagentur für Arbeit **übernimmt** auch die **Beiträge** zur **Sozialversicherung komplett** (anstatt bisher anteilig)

Sie dürfen diesen **Artikel gern** analog und digital **verteilen**. Bitte denken Sie dabei daran, **mich als Urheberin** zu **erwähnen**:

Rechtsanwältin Dr. Sandra Flämig, Fachanwältin für Arbeitsrecht, NLP Master und Business Coach

Stand: 15.3.2020

- **60 %** des **Nettolohns** bzw. **67%** bei Arbeitnehmer*innen mit Kind werden erstattet
- Bis zu **12 Monate**
- Hier kann man es online beantragen:
<https://www.arbeitsagentur.de/unternehmen/finanziell/kurzarbeitergeld-bei-entgeltausfall>

Q) Was ist, wenn der ÖPNV eingestellt wird? Muss man dann zur Arbeit gehen oder ist dies ein Grund, der Arbeit fern zu bleiben?

Nein. Arbeitnehmer*innen tragen das Wegerisiko, so wie Arbeitgeber*innen das Betriebsrisiko tragen. Man muss sich selbst kümmern und auch Taxifahrten sind dabei zumutbar.

R) Einigungen - kreativ

Ich gehe davon aus, dass diese Krise auch zu positiven Lösungen und Effekten führen wird. Wir sind alle kreativ. Manchmal hilft auch ein Blick von außen und ein Brainstorming, um eine bisher noch nicht gedachte Lösung zu finden.