

Die Reaktion des Arbeitsrechts auf pandemiebedingte Störungen

19. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht, 21.10.2021

Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, LL.M. (Harvard)
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht,
Sportrecht sowie Handelsrecht
Universität Mannheim

1. Überblick

- Behördlich verfügte Betriebsschließung
- Arbeitsfähiger Arbeitnehmer in Quarantäne
- Quarantäne nach Dienstreise
- Arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer
- Arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer in Quarantäne
- Absonderungsanordnung während gewährtem Urlaub
- Urlaubsanspruch bei Kurzarbeit Null
- Kinderbetreuung

2. Behördlich verfügte Betriebsschließung

- **Szenario 1:** aufgrund behördlicher Anordnung müssen die meisten Betriebsstätten und Geschäfte zur Pandemiebekämpfung vorübergehend geschlossen werden
- Lohnanspruch der betroffenen ArbN?
 - wenn ArbN im Home-Office arbeitet
 - normaler Lohnanspruch aus § 611a II BGB
 - **Problem: Beschäftigung in Home-Office unmöglich ...**
 - wer trägt das Lohnrisiko?

2. Behördlich verfügte Betriebsschließung

- **wer trägt das Lohnrisiko?**
 - eigentlich §§ 275 I, IV, 326 I 1 BGB: kein Lohnanspruch
 - aber:
 - Annahmeverzug, § 615 S. 1 iVm §§ 293 ff. BGB?
 - Betriebsrisiko, § 615 S. 3, 1 iVm §§ 293 ff. BGB?

2. Behördlich verfügte Betriebsschließung

- **1. Ansicht** (BAG 13.10.2021 – 5 AZR 211/21; *Brockfeld*, NJW 2020, 1112, 1116; *Grimm*, DB 2020, 1177, 1181 f.; *Schuster/Schunder*, NZA Editorial Heft 7/2020)
 - bei flächendeckender Betriebsschließung unabhängig von Eigenart des Betriebs nicht mehr Betriebsrisiko betroffen, sondern allgemeines Lebensrisiko
 - kein Lohnanspruch
 - Ausnahme: Schließungsanordnung durch besondere Eigenart des Betriebs bedingt und/oder besonders hohe Infektionsgefahr (zB bei Tanzclub [ArbG Mannheim 25.3.2021 – 8 Ca 409/20])

2. Behördlich verfügte Betriebsschließung

- 2. Ansicht:
 - bei pandemiebedingter flächendeckender Betriebschließung ist der ArbG unabhängig von Eigenart des Betriebs zur Lohnzahlung verpflichtet
 - LAG Niedersachsen 23.3.2021 – 11 Sa 1062/20;
LAG Düsseldorf 30.3.2021 – 8 Sa 674/20 [Rev. Az. 5 AZR 366/21]; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1143;
Fischinger/Hengstberger, NZA 2020, 559, 560 f.

2. Behördlich verfügte Betriebsschließung

- **Reaktionsmöglichkeiten des ArbG?**
 - (1) Berufung auf Existenzgefährdungsausnahme?
 - BAG (früher???): ArbG kann Annahmelohnfortzahlung verweigern, wenn sonst Existenzgefahr für gesamtes Unternehmen (z.B. BAG 23.6.1994 – 6 AZR 853/93)
 - Literatur lehnt das einhellig ab (z.B. Staudinger/Richardi/Fischinger, § 615, Rn. 231 m.w.N.; vgl. auch LAG Niedersachsen 23.3.2021 – 11 Sa 1062/20 [Vorinstanz zu BAG 13.10.2021 – 5 AZR 211/21]: „rechtlich problematisch“)
 - jedenfalls sehr hohe Hürden

2. Behördlich verfügte Betriebsschließung

- (2) Einführung von Kurzarbeit
 - einseitig per Direktionsrecht ohne Grundlage in ArbV, BV oder TV selbst in Pandemie nicht möglich (ArbG Siegburg 11.11.2020 – 4 Ca 1240/20)
 - einvernehmliche anlassbezogene Einführung:
 - grds. möglich, aber ggf. § 307 I, II BGB (ArbG Frankfurt/Oder 10.2.2021 – 1 Ca 1076/20)
 - nachträgliche Billigung durch ArbN? (vgl. ArbG Marburg 17.12.1999 – 2 Ca 203/99; *Fuhlrott*, ArbRAktuell 2021, 231)

2. Behördlich verfügte Betriebsschließung

- Kurzarbeit per Betriebsvereinbarung (§ 87 I Nr. 3 BetrVG)?
 - 1.A.: nur wenn ArbG kraft Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag zur einseitigen Einführung berechtigt
(*Lobinger*, RdA 2011, 76, 86)
 - 2.hM: originäre Eingriffsbefugnis der Betriebsparteien
(BAG 4.3.1986 – 1 ABR 15/84; *Richardi/Richardi*, BetrVG, § 87, Rn. 345; GK-BetrVG/*Wiese*, § 87, Rn. 365; *ErfK/Kania*, § 87 BetrVG, Rn. 35 f.)

2. Behördlich verfügte Betriebsschließung

- Kurzarbeit per außerordentlicher Änderungskündigung (+), wenn:
 - Ankündigungsfrist von (mind.) 3 Wochen gewahrt
 - Dauer der Kurzarbeit zeitlich begrenzt
 - Voraussetzungen von Kurzarbeitergeld in Person des betroffenen ArbN vorliegen
(ArbG Stuttgart 22.10.2020 – 11 Ca 2950/20; *Bauer/Günther*, NZA 2020, 419; *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345, 346; *Schmidt-Rolfes*, AuA 2020, 353)
 - konkrete Darlegung der Voraussetzungen von § 96 SGB III notwendig, Hinweis auf Corona-Pandemie genügt nicht
(LAG Berlin-Brandenburg 6.5.2021 – 10 Sa 1337/20)

2. Behördlich verfügte Betriebsschließung

- (3) Abschluss einer Betriebsschließungsversicherung?
 - fraglich, ob die auch Lohnkosten effektiv abdeckt
 - überdies: (COVID-19-)Pandemie als Versicherungsfall?

3. Arbeitsfähiger Arbeitnehmer in Quarantäne

- **Szenario 2:** gegen gesunden ArbN Absonderungsanordnung für 14 Tage; Home-Office nicht möglich
 - § 615 BGB (-), da § 297 BGB [siehe aber auch unten Szenario 3]
 - § 616 BGB oder § 56 IfSG?
 - 1. Problem: persönliches Leistungshindernis (+)

(VG Koblenz 10.5.2021 – 3 K 107/21. KO; Staudinger/Oetker, § 616, Rn. 75; BeckOGK/Bieder, § 616, Rn. 17; Fischinger/Hengstberger, JA 2020, 561,565)

3. Arbeitsfähiger Arbeitnehmer in Quarantäne

- 2. Problem: 14tägige Absonderung noch „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“?
 - 1.A.: Beschränkung auf 5 oder 10 Tage?
 - 2.A: Abwägung Dauer Arbeitsverhältnis – Verhinderung?
 - 3.A.: ereignisbezogen?
 - Hier? VG Koblenz: bei mehr als einjährigem Arbeitsverhältnis sind zwei Wochen noch *nicht erheblich* (10.5.2021 – 3 K 107/21.KO; BeckOK-ArbR/Joussen, § 616, Rn. 48 a.A. LG Münster 15.4.2021 – 8 O 345/20; *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413, 416; *Fischinger*, SpuRt 2021, 224; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020, 1137, 1139 f.)

4. Quarantäne nach Dienstreise

- **Szenario 3:** ArbN reist auf Anordnung des ArbG in ein Risikogebiet; nach Rückkehr ergeht gegen gesunden ArbN zweiwöchige Absonderungsanordnung, Home-Office nicht möglich

(VG Karlsruhe 30.6.2021 – 9 K 67/21)

- Anspruch aus §§ 615 S. 1, 3, 293 ff.?? Problem: § 297 BGB
- Anspruch aus § 616 BGB?? Problem: verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit
- hilfsweise: Anspruch aus §§ 280 I, 241 II BGB?
- § 56 I 4, 5 IfSG: vermeidbare Reise, wenn verschiebbares Dienstgeschäft? (BT-Drucks. 19/23944, 38)

5. Arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer

- **Szenario 4:** Arbeitnehmer ist an COVID-19 erkrankt und deshalb arbeitsunfähig (keine Absonderungsanordnung)
 - § 3 EFZG grundsätzlich möglich, aber: ggf. Ausschluss wegen Verschulden des Arbeitnehmers
 - Teilnahme an illegaler „Corona-Party“: schuldhaft
(*Düwell*, BB 2020, 891, 893; *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561, 566)
 - vermeidbare Reise in Warnggebiet: schuldhaft, Wertung des § 56 I 4, 5 IfSG (*Krainbring*, NZA 2021, 247; *Beden*, NZA 2021, 917; *Noack*, NZA 2021, 251, 252; *Stück*, MDR 2009, 1209, 1211)

5. Arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer

- Verschulden nach Unterlassung einer möglichen und (gesundheitlich) zumutbaren Schutzimpfung?
 - mE schon „autonom“ aus § 3 EFZG zu bejahen
 - überdies: arg. e § 56 I 4 IfSG
 - ebenso *Krainbring*, NZA 2021, 247; *D. Gutzeit*, DB 2021, 955, 959; *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 345, 348; **a.A.** *Eufinger*, BB 2021, 504; *Naber/Schulte*, NZA 2021, 81, 85 f.

5. Arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer

- Problem: Auskunftsanspruch des ArbG bzgl. Impfstatus des ArbN?
 - §§ 23a, 23 III IfSG: nützt dem „normalen“ ArbG nicht
 - Auskunftsanspruch aus §§ 241 II, 242 BGB: mE wohl zu bejahen und auch datenschutzrechtlich nach Art. 88 DSGVO iVm § 26 III BDSG zulässig (ebenso *Krainbring*, NZA 2021, 247; *Fuhlrott/Fischer*, NJW 2021, 657, 661)

6. Arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer in Quarantäne

- **Szenario 5:** Arbeitnehmer wegen COVID-19 schuldlos arbeitsunfähig erkrankt und Absonderungsanordnung
 - Verhältnis von § 56 I IfSG zu § 3 EFZG
 - grds. Subsidiarität von § 56 IfSG (und zwar auch, wenn abgesonderter ArbN nicht wegen COVID-19, sondern aus anderem Grund arbeitsunfähig, ArbG Aachen 11.3.2021 – 1 Ca 3196/20)
 - ArbN hat Anspruch aus § 3 EFZG
 - ArbG trägt Entgeltfortzahlungskosten (keine Verlagerung auf Allgemeinheit)

6. Arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer in Quarantäne

- Verhältnis von § 56 I IfSG zu § 3 EFZG (Fortsetzung)
 - Ausnahme: ArbN erst abgesondert und dann arbeitsunfähig erkrankt
 - § 56 VII 1 IfSG: Entschädigungsanspruch des ArbN bleibt bestehen
 - auf den ersten Blick gut für ArbG, da er Regress bei Behörde nehmen kann (§ 56 V 2 IfSG)
 - aber: § 56 VII 2 IfSG cessio legis des § 3 EFZG-Anspruchs des ArbN auf Behörde; Folge: ArbG hat letztlich keinen Regressanspruch

7. Absonderungsanordnung während gewährtem Urlaub

- **Szenario 6:** ArbN befindet sich im vom ArbG gewährten Urlaub, dann ergeht gegen ihn eine Absonderungsanordnung für diesen Zeitraum
 - wird Urlaubsanspruch dennoch verbraucht? oder kann ArbN Nachgewährung verlangen?
 - Möglichkeit 1: Arbeitnehmer ist – ärztlich attestiert – krank: dann § 9 BUrlG

→ Anspruch auf Nachgewährung

7. Absonderungsanordnung während gewährtem Urlaub

- Möglichkeit 2: Arbeitnehmer ist nicht krank (oder zwar krank aber nicht arbeitsunfähig): **§ 9 BUrlG analog** wegen Absonderungsanordnung?
 - ablehnend arbeitsgerichtliche Instanzrechtsprechung (ArbG Bremen-Bremerhaven 8.6.2021 – 6 Ca 6035/21; ArbG Halle 23.6.2021 – 4 Ca 285/21; ArbG Bonn 7.7.2021 – 2 Ca 504/21; ArbG Neumünster 3.8.2021 – 3 Ca 362 b/21; [jeweils Berufung eingelegt]; *Hein/Tophof*, NZA 2021, 601; *Merath*, NZA-RR 2021, 518; BeckOK-ArbR/*Lampe*, § 9 BUrlG, Rn. 1; *Busch*, jurisPR-ArbR 37/2021 Anm. 7)
 - aber anders BGH 30.11.1978 – III ZR 43/77 für Ausscheider, da Grenzen zur Krankheit fließend seien und Beeinträchtigung durch Absonderung ähnlich der bei Krankheit sei

8. Urlaubsanspruch bei „Kurzarbeit Null“

- **Szenario 7:** ArbN befindet sich im Jahre 2020 (wegen COVID-19) insgesamt knapp fünf Monate in „Kurzarbeit Null“ – Anspruch auf vollen Jahresurlaub für 2020?
 - LAG Düsseldorf: während „Kurzarbeit Null“ werden keine Urlaubsansprüche erworben (12.3.2021 – 6 Sa 824/20, Rev. unter Az. 9 AZR 225/21)
 - steht im Einklang mit EuGH, BAG und Literatur (EuGH 4.10.2018 – C-12/17; 13.12.2018 – C-385/17; BAG 19.3.2019 – 9 AZR 406/17; 3.12.2019 – 9 AZR 33/19; *Bayreuther*, NZA 2020, 1057, 1061; *Rudkowski*, NZA 2021, 74 ff.; *ErfK/Gallner*, § 3 BUrlG, Rn. 23)

9. Kinderbetreuung

- **Szenario 8:** Arbeitnehmer bleibt Arbeit fern, weil er an COVID-19 erkranktes Kind pflegen muss
 - denkbar nur § 616 BGB
 - Lohnanspruch abhängig von Dauer der Verhinderung (Grenze ca. 10 Tage?)
 - Ausschluss wegen Verschuldens, wenn Kind hätte geimpft werden können?

9. Kinderbetreuung

- **Szenario 9:** Arbeitnehmer bleibt Arbeit fern, weil er wegen Schulschließung Kind betreuen muss
 - § 616 BGB:
 - Persönliches Leistungshindernis? mE (+)

(HWK/Krause, § 616, Rn. 24; *Fischinger/Hengstberger*, JA 2020, 561, 564; *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, 413, 415; a.A. *Kleinebrink*, DB 2020, 952)
 - verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit: je nach Konstellation
 - hilfsweise: § 56 Ia IfSG



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Kontakt:

philipp.fischinger@jura.uni-mannheim.de

<https://www.jura.uni-mannheim.de/fischinger/sportrecht/>