

Blick ins Arbeitsrecht

von Rechtsanwalt Michael Eckert, Heidelberg

Sonderausgabe: CORONA-BEDINGTE BESONDERHEITEN IM ARBEITSRECHT

Wie könnte es anders sein:

Aktuell wie der „Blick“ immer ist, widmet er sich heute aktuellen (arbeitsrechtlichen) Fragen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie. Er ergänzt insoweit den Beitrag von Dr. Zieglmeier (DStR 2020,) der das Schwerpunktthema „Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld“ umfassend beleuchtet.

Mit noch nie dagewesener Schnelligkeit ist der Gesetzgeber plötzlich in der Lage, sowohl auf Bundes- als auch auf Landesebene neue Gesetze zu erlassen, die auch im Arbeitsrecht erhebliche Auswirkungen haben.

Nach wie vor problematisch ist dabei, dass es an einer einheitlichen bundesweiten Regelung beispielsweise zur Schließung/Öffnung von Einzelhandelsgeschäften o.ä. fehlt. Es gibt zwar in letzter Zeit verstärkt das Bemühen um einheitliche Vorgaben. Die Praxis zeigt jedoch erhebliche Abweichungen in alle Richtungen in den Ländern. Solche neuen Gesetze weisen zusätzlich Unsicherheiten auf und führen häufig zu unklaren Ergebnissen:

Es fehlt sowohl die parlamentarische Erörterung, als auch die sonst bei der Gesetzgebung übliche Einschaltung von externen Experten.

Vorliegend ging es darum, sehr schnell und möglichst unbürokratisch zu helfen, u.a. Unternehmen mit Liquidität zu versorgen und preisgünstige Kredite sowie die Inanspruchnahme von Kurzarbeitergeld zu ermöglichen. Es bleibt abzuwarten, ob diese heute beabsichtigte „Großzügigkeit“ und das gewollte

Fehlen bürokratischer Hürden sich auch bei der Leistungsgewährung und einer eventuellen Überprüfung durchsetzt.

Hinzu kommt, dass viele der neuen Regelungen offensichtlich (!) in vom Grundgesetz besonders geschützte Grundrechte eingreifen. Dies beginnt mit der Freizügigkeit, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und endet nicht bei Eingriffen in die Religionsfreiheit, die Berufsfreiheit, die Versammlungsfreiheit etc. Dies wird noch Stoff für unzählige juristische Dissertationen liefern.

Bleiben Sie bitte gesund!

Aktuell gibt es im Arbeitsrecht folgende Schwerpunkte:

1. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen per Telefon?

Mit Erstaunen hat man als Arbeitsrechtler zur Kenntnis genommen, dass in bestimmten Fällen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht mehr die Untersuchung des Patienten, sondern nur einen Anruf beim Arzt voraussetzen. Wer glaubhaft schildern konnte, dass er an Erkältungssymptomen leide, wurde für zwei Wochen krankgeschrieben.

Dies sind Beschlüsse zu Lasten Dritter, nämlich zu Lasten der Arbeitgeber, die insoweit die Entgeltfortzahlung leisten sollen.

Trotz dieser Beschlüsse ist es immer noch so, dass der Arbeitnehmer die tatsächlich vorliegende Arbeitsunfähigkeit beweisen muss. Daran ändert sich auch nichts, wenn eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unter erleichterten Bedingungen ohne ärztliche Untersuchung erteilt wird.

Soweit bisher die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zumindest eine Art Beweis des ersten Anscheins für eine bestehende Arbeitsunfähigkeit dargestellt hat, dürfte diese Beweiserleichterung für nur telefonisch erteilte Bescheinigungen in Zukunft nicht eingreifen.

Arbeitgeber, die Zweifel an einer solchen „telefonischen“ Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung haben, können daher unter Angabe der Zweifel die Entgeltfortzahlung für den entsprechenden Zeitraum (wie bisher auch) verweigern. In einem dann ggf. über den Vergütungsanspruch zu führenden Rechtsstreit müsste der Arbeitnehmer die Voraussetzungen für den Entgeltfortzahlungsanspruch bei Arbeitsunfä-

higkeit darlegen und beweisen. Der die Bescheinigung ausstellende Arzt dürfte insoweit kaum in der Lage sein, hier als sachverständiger Zeuge den Beweis für eine tatsächliche Arbeitsunfähigkeit zu erbringen.

In den meisten Fällen wird es auch an einer vom Gesundheitsamt angeordneten Quarantäne fehlen, so dass über das Infektionsschutzgesetz keine Erstattung der arbeitgeberseitigen Entgeltfortzahlung in Betracht kommt.

Endgültig zur Verwirrung von Arbeitgebern und Arbeitnehmern geführt hat die doppelte Rolle rückwärts, die der gemeinsame Bundesausschuss Mitte April 2020 vollzogen hat: Zuerst wurde mitgeteilt, dass eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zukünftig nicht mehr aufgrund einer nur telefonischen Konsultation des Arztes erteilt werden könne. Proteste von Seiten der Ärzte haben dann dazu geführt, dass aktuell durch Beschluss vom 21. April 2020 eine geänderte Variante der „Telefonregelung“ gelten soll:

- Die am 17. April 2020 beschlossene Beendigung der Ausnahmeregelung zur telefonischen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit wird wieder aufgehoben.
- Für die Zeit zwischen 20. April 2020 und 04. Mai 2020 darf die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bei Versicherten mit Erkrankung der oberen Atemwege, die keine schwere Symptomatik aufweisen, für einen Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen auch nach telefonischer Anamnese und zwar im Wege der persönlichen ärztlichen Überzeugung vom Zustand des Versicherten durch eingehende telefonische Befragung erfolgen.
- Das Fortdauern der Arbeitsunfähigkeit kann im Wege der telefonischen Anamnese einmalig für einen weiteren Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen festgestellt werden.

Im Ergebnis ändert sich also nicht viel. Die einzige Änderung besteht darin, dass nicht von vorneherein ein Arbeitnehmer für zwei Wochen „krankgeschrieben“ werden darf, sondern zunächst nur für eine Woche mit einer Verlängerungsoption auf eine weitere Woche.

Die grundlegende Frage, ob Erkrankungen der oberen Atemwege, die keine schwere Symptomatik aufweisen, überhaupt zu einer Arbeitsunfähigkeit führen, wird nicht gestellt. Dies führt dazu, dass der Arbeitgeber verpflichtet ist, das Entgelt nach den allgemeine Regelungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes weiter zu bezahlen.

Würde im vorliegenden Fall aufgrund einer Infektionsgefahr und unklarer Situation, ob möglicherweise eine Corona-Erkrankung vorliegt, durch das Gesundheitsamt eine Quarantäne angeordnet, hätte der Arbeitgeber wenigstens die Möglichkeit, entsprechende Entgeltfortzahlungskosten erstattet zu erhalten.

Hier wurde aus meiner Sicht zu schnell und mit zu heißer Nadel gestrickt, und zwar zu Lasten derjenigen, die bei der Beschlussfassung überhaupt nicht gefragt worden sind, jedoch die Kosten übernehmen sollen, nämlich die Arbeitgeber.

Der gemeinsame Bundesausschuss hat zwar nach § 92 Abs.1 Satz 2 Nr. 7 SGB V die Möglichkeit, über eine „Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie“ zu entscheiden. Diese Richtlinie, die es schon längere Zeit gibt, sah jedoch bisher ausdrücklich vor, dass der Arzt sich gerade nicht auf Angaben seines Patienten verlassen darf, sondern diesen selbst untersuchen muss. Dabei geht es nicht nur darum festzustellen, ob dieser „krank“ ist. Nicht jede Krankheit führt nämlich automatisch zur Arbeitsunfähigkeit. Erst dann, wenn tatsächlich eine zur Arbeitsunfähigkeit führende Krankheit durch individuelle Untersuchung bestätigt wurde, durfte der Arzt eine AU-Bescheinigung ausstellen. Gegen diese strengen Regelungen wurde schon bisher häufig verstoßen. Die neuen Übergangsvorschriften stellen aber schon gar nicht mehr auf die Frage ab, ob eine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, sondern sehen eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon dann vor, wenn Erkrankungen der oberen Atemwege ohne schwere Symptomatik angeblich vorliegen. Dies dürfte den gesetzlich vorgegebenen Rahmen überschreiten.

Arbeitsgerichtliche Entscheidungen zu diesen Fragen bleiben abzuwarten.

2. Kurzarbeit

Die wesentlichen neuen Regelungen finden sich bereits in dem oben genannten Beitrag von Herrn Dr. Zieglmeier (DStR 2020, 729) siehe **Anlage 1**.

In der Praxis ergeben sich darüber hinaus aber noch folgende Probleme:

a) Zustimmung des Arbeitnehmers

Grundsätzlich muss der Arbeitnehmer der Anordnung von Kurzarbeit zustimmen. Hintergrund hierfür ist, dass die Parteien ja eine feste Arbeitszeit vereinbart haben. Der Arbeitgeber ist insoweit verpflichtet, den Arbeitnehmer für diese vereinbarte Zeit auch zu beschäftigen und zu bezahlen. Hat er zu wenig Arbeit, haftet nach der bisherigen Rechtsprechung die Arbeitgeber unter Berücksichtigung der sog. „Betriebsrisikolehre“ alleine und muss die vereinbarte Vergütung trotzdem bezahlen.

Dieses Dilemma löst das Kurzarbeitergeld auf. Da sich hieraus aber erhebliche Einschränkungen für die Beschäftigten ergeben, ist deren Zustimmung erforderlich.

Wird die Zustimmung verweigert und ist damit zu rechnen, dass der Mangel an Beschäftigung nicht nur vorübergehender Natur ist, kann der Arbeitgeber den Ausspruch einer betriebsbedingten Kündigung prüfen und diese ggf. aussprechen.

Nach hier vertretener Auffassung kann die Zustimmung zur Leistung von Kurzarbeit unter der Bedingung, dass Kurzarbeitergeld gezahlt wird, bereits im Arbeitsvertrag erteilt werden. Hierzu gibt es aber unterschiedliche Auffassungen.

Zur Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen sind Arbeitnehmer gut beraten, wenn sie der Einführung von Kurzarbeit zustimmen.

b) Einbringung von Urlaub

Hier gab es zu Beginn der „Corona-Krise“ erhebliche Unsicherheiten, ob und welcher Urlaub abgebaut werden muss, bevor Kurzarbeitergeld gezahlt werden kann. Hintergrund ist, dass der Arbeitgeber zunächst alle zumutbaren Wege ausnutzen muss, um auf eine fehlende Beschäftigungsmöglichkeit zu reagieren. Hat beispielsweise der Arbeitnehmer noch Resturlaub aus dem vergangenen Jahr (der in der Regel spätestens am 31. März 2020 verfallen wäre), so muss er zunächst diesen „Alt-Urlaub“ gewähren.

Fraglich war/ist dagegen, wie mit Urlaub aus dem Jahr 2020 zu verfahren ist. Klar ist: Wurde Urlaub beispielsweise im ersten Quartal schon gewährt oder gibt es eine verbindliche Urlaubsvereinbarung, wonach der Urlaub erst im weiteren Verlauf des Jahres 2020 zu bestimmten Zeiten genommen wird (genehmigter Urlaub, Urlaubsplan etc.), sind diese Urlaubsansprüche bei der Frage, ob Anspruch auf Kurzarbeitergeld besteht, nicht zu berücksichtigen. Der Bezug von Kurzarbeitergeld kann daher tendenziell früher beginnen.

Auch wenn es keine festen Vereinbarungen zu Urlaubszeiten gibt, kann nicht meines Erachtens gefordert werden, dass der gesamte Jahresurlaub 2020 genommen wird, bevor Kurzarbeitergeld gezahlt wird. Insoweit könnte allenfalls über die Verpflichtung diskutiert werden, den Urlaub aus dem ersten Quartal zu nehmen.

Die Handhabung bei den verschiedenen Arbeitsagenturen ist insoweit, soweit ersichtlich, sehr unterschiedlich. Hier ist eine Vereinheitlichung erforderlich. Um die auch mit den gesetzgeberischen Änderungen verfolgten Ziele einer schnellen und unbürokratischen Hilfe, einer Vermeidung von betriebsbedingten Kündigungen und Einkommenseinbußen bei den Beschäftigten zu erreichen, sollte nur der Resturlaub aus der Zeit vor dem 01. Januar 2020 genommen werden müssen, bevor Kurzarbeitergeld gezahlt wird.

Wichtig:

Bei Kurzarbeit-Null kann der Jahresurlaubsanspruch anteilig gekürzt werden (EUGH, Urteil vom 08.11.2012 - C-229/11).

c) Zeitkonten

Sehr problematisch ist in der Praxis auch die Frage, wie mit verschiedenen Zeitguthaben umzugehen ist.

Erfreulich ist an der gesetzlichen Neuregelung aus März 2020 zunächst, dass die Möglichkeit, negative Zeitkonten aufzufüllen, nicht mehr Voraussetzung für die Gewährung von Kurzarbeitergeld ist. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass alle bestehenden positiven Zeitkonten auf Plus/Minus Null heruntergefahren werden müssen. In § 96 SGB III findet sich eine Reihe von Ausnahmen für Fälle, in denen die Auflösung eines Arbeitszeitguthabens nicht oder nicht vollständig verlangt werden kann.

Diese Ausnahmeregelungen haben große praktische Bedeutung:

Zum einen kann danach möglicherweise ein früherer Beginn der Kurzarbeitergeldzahlung erreicht werden, was zu einer erheblichen Entlastung des Unternehmens und zu einer Verbesserung der Liquidität beitragen kann. Auch Arbeitnehmer haben häufig ein Interesse daran, ein aufgebautes Zeitkonto nicht oder zumindest nicht ganz abzubauen, um dieses später, nach Ende der Kurzarbeit, für individuell gestaltete Freizeitaktivitäten nutzen zu können. Dies gilt insbesondere deshalb, da ein jetziger Abbau von Plusstunden, Überstundenkonten o.ä. angesichts fehlender Freizeitmöglichkeiten, Reiseoptionen etc. für die meisten Beschäftigten völlig uninteressant ist. Insoweit empfiehlt sich eine Prüfung eines jeden individuellen Einzelfalles anhand § 96 SGB III.

d) Mitbestimmung des Betriebsrats

Existiert ein Betriebsrat, bedarf die Einführung von Kurzarbeit dessen Zustimmung in Form einer Betriebsvereinbarung. In der Regel gibt es in den meisten Fällen hier keinerlei Probleme, zumal ja die Einführung von Kurzarbeit letztlich die Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen bezweckt und bestehende Arbeitsverhältnisse erhalten soll.

In Einzelfällen kommt es aber immer wieder zu teils langwierigen Diskussionen, was dann die Gefahr betriebsbedingter Kündigungen erhöht.

Es empfiehlt sich, den Betriebsrat regelmäßig zumindest über Art und Umfang der geplanten Kurzarbeit und die hiervon betroffenen Mitarbeiter zu benachrichtigen. Im Zweifelsfall sollte eine Abstimmung mit dem Betriebsrat erfolgen.

Insoweit sind schnelle Entscheidungen erforderlich, da sich die Situation für die Betriebe auch abhängig von politischen Entscheidungen etc. sehr schnell ändern kann. Dabei ist dann kein Raum für die üblichen Instrumente, die das Betriebsverfassungsgesetz vorsieht, insbesondere für die Einrichtung von Einigungsstellen. Zumal diese erfahrungsgemäß nicht nur erhebliche Zeit benötigen, sondern auch Kosten verursachen.

e) Vergütung von Urlaub und Krankheitszeiten während der Kurzarbeit

Hier gibt es, was kaum nachvollziehbar ist, unterschiedliche Regelungen:

- Hat der Arbeitgeber während der Dauer der Kurzarbeit Urlaub genehmigt, richtet sich der Urlaubsentgeltanspruch (Entgeltfortzahlung während des Urlaubs) nach dem ursprünglichen regulären Entgelt des Arbeitnehmers und nicht nach dem (wesentlich geringeren) Kurzarbeitergeld (§ 11 Abs. 1 Satz 3 Bundesurlaubsgesetz).
- Anders sieht es für die Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit aus: § 4 Abs. 3 des Entgeltfortzahlungsgesetzes sieht folgendes vor:

„Wird in dem Betrieb verkürzt gearbeitet und würde deshalb das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers im Falle seiner Arbeitsfähigkeit gemindert, so ist die verkürzte Arbeitszeit für ihre Dauer als die für den Arbeitnehmer maßgebende regelmäßige Arbeitszeit anzusehen.“

Eine Ausnahme gilt unter Umständen für gesetzliche Feiertage

f) Überstunden während der Kurzarbeit

Erstaunlicherweise ergeben sich aktuell Probleme, da in manchen Fällen während der Kurzarbeit gleichzeitig Überstunden angeordnet werden. Dies ist grundsätzlich unzulässig und zeigt in der Regel,

dass es in Wahrheit gar keinen Arbeitsausfall gibt, somit die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld nicht (mehr) vorliegen. Die Anordnung von Überstunden während der Kurzarbeit kann also allenfalls in ganz seltenen Ausnahmefällen zulässig sein, wenn beispielsweise unvorhersehbare Arbeitsspitzen auftreten, bei plötzlicher Erkrankung und notwendiger Vertretung eines anderen Mitarbeiters oder in einem Notfall. In diesem Fall müssen die geleisteten Überstunden aber bei der Berechnung des Kurzarbeitergeldes berücksichtigt werden.

3. Änderungen des Infektionsschutzgesetzes

Dieses in der Allgemeinheit bisher kaum bekannte Gesetz stellt aktuell nicht nur die Ermächtigunggrundlage dar, um in eine Reihe von Grundrechten einzugreifen, so beispielsweise in Form von Reiseeinschränkungen in § 5.

Entscheidend für das Arbeitsrecht ist hier u.a. der neue eingefügte § 56 Abs. 1 a) IfSG. Er sieht folgendes vor:

„(1a)

Werden Einrichtungen zur Betreuung von Kindern oder Schulen von der zuständigen Behörde zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen oder übertragbaren Krankheiten aufgrund dieses Gesetzes vorübergehend geschlossen oder deren Betreten untersagt und müssen erwerbstätige Sorgeberechtigte von Kindern, die das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet haben oder behindert und auf Hilfe angewiesen sind, in diesem Zeitraum die Kinder selbst betreuen, weil sie keine anderweitige zumutbare Betreuungsmöglichkeit sicherstellen können, und erleiden sie dadurch einen Verdienstausschlag, erhalten sie eine Entschädigung in Geld.“

Vorliegend geht es also darum, dass Eltern oder Elternteile nicht arbeiten können, da sie ihre Kinder selbst betreuen müssen. Aktuell wird diese Situation dadurch verschärft, dass Großeltern als besonders gefährdet gelten und für die Betreuung daher in der Regel nicht in Betracht kommen.

§ 616 BGB sieht vor, dass für wenige Tage, maximal eine Woche, Eltern in solchen Fällen einen Entgeltfortzahlungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber haben. Dieser Anspruch wird aber häufig im Arbeitsvertrag ausgeschlossen, was zulässig ist. Dann besteht nur der Anspruch auf Freistellung, nicht aber auf Bezahlung.

Dort, wo ein Anspruch auf Bezahlung ausgeschlossen ist oder für Betreuungszeiten, die über eine Woche hinausgehen, sieht der neue § 56 Abs. 1 a) IfSG einen Entschädigungsanspruch wegen des Verlusts des regulären Arbeitseinkommens vor. Anspruchsberechtigte müssen gegenüber der zuständigen Behörde (Gesundheitsamt) und gegenüber dem Arbeitgeber darlegen, dass sie keine zumutbare andere Betreuungsmöglichkeit für das Kind sicherstellen können und aus diesem Grunde nicht arbeiten können. Ein Entschädigungsanspruch besteht nicht, soweit eine Schließung der Kinderbetreuungseinrichtung ohnehin wegen der Schulferien erfolgen würde.

Die Entschädigung besteht in Höhe von 67% des Verdienstausfalles und wird für längstens sechs Wochen gewährt. Die Obergrenze liegt bei € 2.016,00 für einen vollen Monat.

Wichtig:

Die Entschädigung soll zunächst der Arbeitgeber zahlen. Dieser kann sich dann jedoch bei der zuständigen Landesbehörde um die Erstattung bemühen. Die Regelung belastet also den Arbeitgeber zunächst hinsichtlich der Liquidität, da eine Erstattung nach bisherigen Erfahrungen nicht kurzfristig erfolgen wird.

Diese Regelung hat dazu geführt, dass viele Arbeitnehmer zu Hause geblieben sind und sich pauschal auf diese Regelung berufen. Die Probleme liegen jedoch im Detail:

- Zunächst sind die im Gesetz genannten Voraussetzungen zu erfüllen und vom Arbeitnehmer darzulegen. Kein Anspruch besteht daher, wenn anderweitige Betreuungsmöglichkeiten gegeben sind, das Kind mindestens 12 Jahre alt ist o.ä.
- Im Ergebnis kann auch nicht ein Elternteil die Betreuung zu Lasten des dortigen Arbeitgebers allein übernehmen, wenn auch der zweite erwerbstätige Elternteil für eine Betreuung grundsätzlich zur Verfügung stünde. Die Zeiten müssen dann ggf. aufgeteilt werden.
- In manchen Fällen kann der Arbeitgeber durch Verschiebung der Arbeitszeit trotz Betreuungspflichten eine Arbeitstätigkeit ermöglichen, beispielsweise durch die Zuweisung von Wochenendarbeit. In der Regel dürfte dies zumutbar sein, da dann der andere Elternteil die Betreuung übernehmen kann. In schwierigen Zeiten müssen auch ungewöhnliche Wege gegangen werden.
- Der Arbeitnehmer muss konkret darlegen, warum keine anderen Betreuungsmöglichkeiten bestehen. Großeltern müssen dabei aber nicht herangezogen werden.

- Auch hier müssen Zeitguthaben (Gleitzeit, Flexzeit, Überstunden o.ä.) vorrangig berücksichtigt werden, d.h. abgefeiert werden.
- Besteht im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber die Möglichkeit, vom Homeoffice aus zu arbeiten, muss diese Möglichkeit vom Arbeitnehmer genutzt werden. Er hat dann die Möglichkeit, während der Arbeitszeit auch die Kinderbetreuung zu übernehmen. Einfach ist dies sicherlich nicht, aber auch hier müssen in schwierigen Zeiten alle Beteiligten bereit sein, ungewöhnliche Wege zu gehen.
- Wichtig:
Aus dieser Vorschrift folgt kein Rechtsanspruch auf ein Homeoffice-Arbeitsplatz. Arbeitnehmer dürfen also nicht einfach zu Hause bleiben und ihrem Arbeitgeber anbieten, aus dem Homeoffice zu arbeiten. Es ist vielmehr der Arbeitgeber, der entscheidet, ob und in welchem Umfang und beispielsweise auch zu welchen Zeiten Tätigkeiten aus dem Homeoffice erbracht werden können.

Die Vorschrift des § 56 Abs. 1 a) IfSG stellt keinen Schutz vor betriebsbedingter Kündigung dar. Hier wird lediglich die Vergütungsfrage geklärt.

Achtung: Diese neue Regelung gilt nicht auf Dauer, sondern befristet lediglich bis zum Ablauf des 31. Dezember 2020.

Entsteht dem Arbeitnehmer tatsächlich kein Verdienstausschlag, entsteht auch kein Entschädigungsanspruch nach dieser Vorschrift. So können beispielsweise gesetzliche (§ 616 BGB), tarifliche oder betriebliche Regelungen eine Fortzahlung des Entgeltes bei notwendiger Kinderbetreuung vorsehen. Diese Regelungen gehen einem Entschädigungsanspruch gemäß § 56 Abs. 1a) IfSG vor.

Für Arbeitgeber ist diese Regelung letztlich wiederum eine Belastung:

Sie müssen hinsichtlich des zu zahlenden Betrages (67% des Nettoeinkommens) in Vorleistung gehen, müssen die jeweilige Situation beim Arbeitnehmer prüfen, diesen veranlassen seine Situation konkret zu schildern und ggf. zu beweisen und müssen sich letztlich auch selbst um eine Erstattung der verauslagten Beträge kümmern.

4. Video- und Telefonkonferenz für Betriebsräte

Aktuell in der Diskussion und wohl kurz vor der Verabschiedung ist eine Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes. Dies soll Betriebsräten bis zum 31. Dezember 2020 ermöglichen, Präsenzsitzungen durch Telefon- oder Videokonferenzen möglichst zu vermeiden und gleichzeitig die Handlungs- und Beschlussfähigkeit sicherzustellen. Oft ist es auch der Arbeitgeber, der daran interessiert ist, dass Betriebsratssitzungen kurzfristig stattfinden können, und zwar auch in Zeiten mit hohen Krankenständen, Quarantäne-Regelungen, Homeoffice-Arbeit etc.

Bisher ist eine solche Betriebsratssitzung per Telefon- oder Videokonferenz nicht zulässig.

Interessant ist, dass die neue Regelung rückwirkend zum 01. März 2020 in Kraft treten soll. Damit sollen unter Verstoß gegen die bisherige Präsenzpflcht gefasste Beschlüsse nachträglich geheilt werden. Ein ziemlich einmaliger Vorgang.

5. Homeoffice

Rund um das Thema Homeoffice gibt es aktuell nicht nur einen wahren Hype, sondern auch viele Missverständnisse und Gerüchte. Vorteilhaft ist aktuell, dass sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer häufig gemeinsam daran interessiert sind, die Ansteckungsgefahr im Betrieb zu verringern, indem die Beschäftigten, soweit möglich, im Homeoffice arbeiten. Solange sich hier beide Parteien einig sind, ergeben sich aktuell wenig Probleme.

Folgende Aspekte sind jedoch zu beachten:

a)

Der Arbeitgeber kann statt der Tätigkeit im Betrieb nicht einseitig eine Tätigkeit im Homeoffice anordnen. Er kennt möglicherweise auch die häuslichen Gegebenheiten seiner Beschäftigten nicht und kann nicht beurteilen, ob eine solche Tätigkeit überhaupt möglich wäre. Arbeitnehmer müssen also mit dem Homeoffice in der Regel einverstanden sein.

b)

Auch Arbeitnehmer können sich umgekehrt nicht einseitig in das Homeoffice „verabschieden“ und mitteilen, sie seien jetzt zur Arbeitsleistung nur noch im Homeoffice bereit. Hier muss der Arbeitgeber zustimmen.

c)

Es gibt keinen Rechtsanspruch auf Einrichtung eines Homeoffices und auf die Ermöglichung der Arbeit im Homeoffice. Die insoweit vom Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung gemachten Vorschläge für einen solchen Rechtsanspruch sind abzulehnen. Der Arbeitgeber muss daher auch nicht bei einem Wunsch des Arbeitnehmers die entsprechende technische Ausrüstung zur Verfügung stellen.

d)

Es ist für Arbeitnehmer trotz der allgemeinen Ansteckungsrisiken nicht unzumutbar, weiterhin am Arbeitsplatz zu erscheinen. Dort muss allerdings der Arbeitgeber für die derzeit üblichen Abstandsregelungen sorgen.

Sowohl beim Thema Gesundheitsschutz als auch bei organisatorischen Änderungen (Ordnung im Betrieb) ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu beachten.

e)

Soweit beide Parteien einverstanden sind, kann auch die IT-Infrastruktur des Arbeitnehmers genutzt werden. Allerdings sind hier wichtige Sicherheitsfragen zu klären. Der Einsatz eines VPN-Tunnels ist noch das Mindeste. Vor Ort muss der Arbeitnehmer dafür sorgen, dass niemand (Familie, Besucher, Wohngemeinschaft o.ä.) Zugang zu den Daten des Arbeitgebers hat. Auch bei der Übermittlung muss die Datensicherheit gewährleistet werden.

f)

Arbeit im Homeoffice ist keine Freizeit, sondern Arbeitszeit. Trotz der heimischen Umgebung gelten hier allgemeine Regelungen: So sind Pausen entsprechend zu dokumentieren und nicht Teil der Arbeitszeit. Wer während der vereinbarten Arbeitszeit Hausarbeit erledigt, mit den Kindern Hausaufgaben macht, einkaufen geht o.ä. begeht einen Arbeitszeitbetrug. Dies ist nicht nur strafbar, sondern kann auch zu einer außerordentlichen fristlosen Kündigung führen. Ist eine durchgehende Arbeitszeit beispielsweise aufgrund der notwendigen Kinderbetreuung nicht möglich, muss dies zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer abgesprochen und es müssen die Unterbrechungen dokumentiert werden.

g)

Der Arbeitgeber ist grundsätzlich auch im Homeoffice für die Einhaltung der Arbeitsschutzvorschriften verantwortlich. Dies gibt dem Arbeitgeber allerdings nicht das Recht, unangekündigt und möglicherweise ohne Zustimmung des Arbeitnehmers den häuslichen Arbeitsplatz zu „kontrollieren“. Hier sollten Kontrollzeiten o.ä. vereinbart werden.

h)

Die Arbeit im Homeoffice sollte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer schriftlich vereinbart werden. Die wichtigsten Bedingungen sollten hier einvernehmlich geregelt werden. Dies gilt beispielsweise für die Frage, ob die gesamte oder nur ein Teil der Arbeitszeit im Homeoffice verbracht wird, wann die Arbeitsleistung zu erbringen ist, wie mit Pausen umzugehen ist, wer die Hardware und die Software stellt, welche Bedingungen für die Anbindung an den Betriebsrechner vorliegen müssen etc.

Aus Arbeitgebersicht sollte ein einseitiges Lösungsrecht des Arbeitgebers von der Homeoffice-Vereinbarung vorgesehen werden. Dies insbesondere dann, wenn sich Leistungsdefizite, fehlende Erreichbarkeit, technische Schwierigkeiten bei der Verbindung etc. ergeben. Bisher ist in der Rechtsprechung unklar, ob eine solche Widerrufs Klausel in der Vereinbarung schon detaillierte Gründe nennen muss, die den Arbeitgeber zum Widerruf berechtigen, oder ob eine pauschale Kündigungsregelung ausreichend ist. Letzteres könnte nach AGB-Recht eine unangemessene Benachteiligung des Mitarbeiters darstellen und dann möglicherweise unwirksam sei.

Daher sollte für die aktuelle corona-bedingte Situation zunächst nur eine befristete Homeoffice-Regelung getroffen werden, die automatisch zu einem in der Vereinbarung zu nennenden Datum endet. Die Parteien können dann gemeinsam die mit dem Homeoffice gemachten Erfahrungen auswerten und laufen nicht Gefahr, dass eine mögliche Widerrufs Klausel in der Homeoffice-Vereinbarung als unwirksam angesehen wird.

i)

Streitig ist die Frage, ob und inwieweit der Betriebsrat ein Mitbestimmungsrecht hat. Hier wird häufig damit argumentiert, es handele sich um eine Versetzung des Mitarbeiters ins Homeoffice mit der Folge eines Mitbestimmungsrechts nach § 99 Abs. 1 BetrVG. Es stellt sich aber schon grundlegend die Frage, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer einseitig ins Homeoffice „versetzen“ kann (siehe oben).

Auch insoweit hilft eine befristete Homeoffice-Vereinbarung:

Zum einen handelt es sich dann bei einvernehmlicher Homeoffice-Tätigkeit nicht um eine einseitige Versetzung, so dass keine Zustimmungsverpflichtung des Betriebsrats besteht. Zum anderen benötigt der Arbeitgeber dann auch nicht die Zustimmung des Betriebsrats, um den Arbeitnehmer wieder in den Betrieb „zurückzuholen“.

6. Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG)

Kurz vor der Verabschiedung steht auch ein Gesetz zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Arbeits- und Sozialgerichtsbarkeit.

Dieses wird wahrscheinlich vorsehen, dass ehrenamtliche Richter an der mündlichen Verhandlung mittels Video-Konferenz teilnehmen können, somit nicht mehr persönlich im Kammertermin anwesend sein müssen.

Im Fall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite gemäß § 5 IfSG sollen Gerichte zum einen die Öffentlichkeit ausschließen können, wenn der Gesundheitsschutz nicht anders gewährleistet werden kann, was aber wohl nicht durchzusetzen sein wird. Außerdem sollen die Parteien, ihre Bevollmächtigten sowie Zeugen und Sachverständige berechtigt sein an einer mündlichen Verhandlung im Wege der Video-Konferenz teilzunehmen.

Voraussetzungen für eine „Tele-Verhandlung“ soll es sein, dass die Prozessbeteiligten die technischen Voraussetzungen hierfür in zumutbarer Weise schaffen können.

Soweit ersichtlich findet dieser Vorstoß in der Arbeitsgerichtsbarkeit große Zustimmung. Die neue Regelung wird sich in § 114 ArbGG finden.

Aus anwaltlicher Sicht ist eine solche Regelung aktuell sicherlich zu begrüßen, damit es nicht zu einem faktischen Stillstand der Rechtspflege kommt. Grundsätzlich sollte aber die mündliche Verhandlung bei Anwesenheit aller Beteiligten, also zumindest des Gerichts in voller Besetzung und der Parteien bzw. ihrer Vertreter die Regel bleiben. Die mündliche Verhandlung hat zu Recht im deutschen Rechtswesen eine hohe Bedeutung. Sie erlaubt gerade im Arbeitsrecht einen besseren argumentativen Austausch, als dies bei einer technischen Übertragung möglich wäre. Sofern aber alle Beteiligten einverstanden sind, könnte eine solche Regelung in Zukunft beispielsweise weite Anfahrten zum Gericht obsolet machen.

7. Arbeitszeitgesetz

In § 14 Abs. 4 ArbZG findet sich eine ebenfalls bis zum 31. Dezember 2020 befristete Regelung. Danach ist es möglich, insbesondere in epidemischen Lagen von nationaler Tragweite für Tätigkeiten der Arbeitnehmer für einen befristeten Zeitraum Ausnahmen vom Arbeitszeitgesetz zuzulassen, die über die in der bisherigen Gesetzesfassung oder in Rechtsverordnungen sowie Tarifverträgen vorgesehenen Ausnahmen hinausgehen, soweit dies zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ord-

nung, des Gesundheitswesens und der pflegerischen Versorgung, der Daseins-Vorsorge oder zur Versorgung der Bevölkerung mit existenziellen Gütern notwendig ist.

Daneben gibt es eine neue „COVID-19-Arbeitszeitverordnung mit Sonderregelungen“, die am 10. April 2020 in Kraft getreten ist und vorerst bis zum 31. Juli 2020 in Kraft bleiben soll. Eine Verlängerung erscheint nicht unwahrscheinlich:

- Die Arbeitszeit kann in dringenden Ausnahmefällen auf über 60 Wochenstunden verlängert werden.
- Als zulässige Tätigkeiten für die Anwendung der Ausnahmeregelungen gelten neben Not- und Klinik-Tätigkeiten auch das Herstellen, Verpacken, Abfüllen, Kommissionieren, Be- und Entladen sowie das Einräumen der aufgeführten Produkte sowie das Liefern an Unternehmer (im wesentlichen Einzelhandel). Betroffen sind hier im wesentlichen Lebensmittel, Waren des täglichen Bedarfs, Arzneimittel, Medizinprodukte und apothekenübliche Waren, Produkte die zur Eingrenzung, Bekämpfung und Bewältigung der COVID-19-Epidemie eingesetzt werden sowie dazugehörige Stoffe, Materialien, Behältnisse und Verpackungsmaterialien.

Die Sonderregelungen für die Arbeitszeit gelten allerdings nicht für eine Belieferung von Endverbrauchern. Hier bleibt es bei den bisherigen Höchstarbeitszeiten.

Einbezogen in den Anwendungsbereich wurden auch Teile der Verpackungs-Industrie sowie das Herstellen und Liefern von Verpackungs-Materialien, Behältnissen etc.

Weiter einbezogen sind Tätigkeiten in Apotheken und Sanitätshäusern im Rahmen der zugelassenen Ladenöffnungszeiten einschließlich Abhol- und Lieferdienste.

- Besonders wichtig ist § 1 Abs. 1 COVID-19-ArbZV:
Danach darf die werktägliche Arbeitszeit von Arbeitnehmern auf bis zu 12 Stunden (bisher 10 Stunden) verlängert werden, soweit dies organisatorisch notwendig ist. Die Verlängerung ist allerdings nur zulässig für alle Tätigkeiten, die mit der COVID-19-Epidemie in Zusammenhang stehen, insbesondere zur Aufrechterhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, des Gesundheitswesens, der pflegerischen Versorgung und zur Versorgung der Bevölkerung mit existenziellen Gütern. Wird von der Möglichkeit von bis zu 12 Stunden täglicher Arbeitszeit Gebrauch gemacht, darf die Arbeitszeit 60 Stunden wöchentlich in der

Regel nicht überschreiten, wobei es auch hier eine Ausnahme in besonders dringenden Ausnahmefällen gibt (§ 1 Abs. 3 Satz 2 COVID-19-ArbZV).

- Die nach dem Arbeitszeitgesetz mit mindestens 11 Stunden festgelegte Ruhezeit zwischen zwei Arbeitstagen darf für die in § 1 genannten Tätigkeiten um bis zu zwei Stunden verkürzt werden, wobei allerdings die Mindestruhezeit von 9 Stunden nicht unterschritten werden darf. Auch dies gilt nur für alle Tätigkeiten rund um die COVID-19-Epidemie. Jede Verkürzung der Ruhezeit ist innerhalb von vier Wochen auszugleichen. Der Ausgleich ist nach Möglichkeit durch freie Tage zu gewähren, anderenfalls durch eine Verlängerung anderer Ruhezeiten auf mindestens 13 Stunden.
- Weiter gibt es Abweichungen vom Verbot der Sonn- und Feiertagsbeschäftigung. Über die bisher im Arbeitszeitgesetz genannten Ausnahmen hinaus ist nun eine Sonn- und Feiertagsarbeit auch dann zulässig, wenn die Arbeiten nicht an Werktagen vorgenommen werden können und Ladenschlusszeiten nicht entgegenstehen. Wird an einem Sonntag gearbeitet, muss nach dem Arbeitszeitgesetz hierfür ein Ersatz-Ruhetag gewährt werden. Dabei sieht die Verordnung nunmehr einen Ausgleichszeitraum von 8 Wochen vor. Aller spätestens muss der Ersatz-Ruhetag bis zum 31. Juli 2020 gewährt werden.
- Auch wenn die Verordnung erst zum 31. Juli 2020 außer Kraft tritt, dürfen die Ausnahmen nur bis spätestens 30. Juni 2020 angewendet werden. Auch hier wird sich wohl erst kurzfristig entscheiden, ob die Anwendungsmöglichkeit eventuell verlängert wird.

8. Erweiterte Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber

Aufgrund der aktuellen Pandemielage gelten erweiterte Mitteilungspflichten gegenüber dem Arbeitgeber. Hierfür gibt es keine neuen gesetzlichen Vorschriften. Dies leitet sich aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht ab.

So ist der Arbeitnehmer verpflichtet, den Arbeitgeber darauf hinzuweisen, soweit er in engem Kontakt zu einer mit dem Corona-Virus infizierten Person stand. Diese Hinweispflicht besteht auch gegenüber dem zuständigen Gesundheitsamt, das dann eine häusliche Quarantäne anordnet. Auch hierüber muss der Arbeitnehmer den Arbeitgeber unverzüglich informieren.

Eine vergleichbare Hinweispflicht galt, soweit noch Reisen möglich waren und gilt möglicherweise auch in Zukunft, wenn Reisen wieder einfacher möglich und auch über die Landesgrenzen zulässig

sind, dann, wenn sich der Arbeitnehmer in einem Risikogebiet aufgehalten hat. Hier gelten vergleichbare Regelungen wie beim Kontakt mit Infizierten.

Sinnvoll ist es darüber hinaus wenn Arbeitnehmer, die aufgrund von Vorerkrankungen zu einer Risikogruppe zählen, den Arbeitgeber hierüber informieren, um ggf. zusätzliche Schutzmaßnahmen zu ergreifen.

9. Weisungsrecht

Ich gehe aktuell von einem vorübergehend erweiterten Weisungsrechtes des Arbeitgebers aus. Dies kann beispielsweise bedeuten, dass gesunde Arbeitnehmer vorübergehend die Aufgaben von erkrankten oder in Quarantäne oder wegen der Beaufsichtigung von Kindern verhinderten Kolleginnen oder Kollegen übernehmen müssen, um den Betrieb aufrecht zu erhalten. Dieses Weisungsrecht findet nach wie vor seine Grenze bei der Zumutbarkeit.

Ebenso besteht eine erweiterte Möglichkeit, Überstunden anzuordnen.

Urlaub darf der Arbeitgeber zwingend nur dann für bestimmte Zeiträume zuweisen, wenn sich dies im Rahmen des Zumutbaren hält: Der Arbeitnehmer muss somit ausreichend Zeit haben, sich auf den Urlaubszeitraum einzustellen. Ausnahme: notwendiger Abbau von Urlaub, um Kurzarbeitergeld beantragen zu können. Bereits verbindlich zugesagter Urlaub darf hiervon nicht tangiert werden. Er darf insbesondere nicht einseitig durch den Arbeitgeber wieder gestrichen werden. Letzteres gilt nach der bisherigen Rechtsprechung selbst dann, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbart haben, dass der Arbeitgeber den Urlaub einseitig wieder streichen oder verkürzen darf. Eine solche Regelung ist nach Auffassung des Bundesarbeitsgerichts unwirksam.

10. Leistungspflicht während einer vom Gesundheitsamt angeordneten Quarantäne.

Arbeitnehmer, die in eine Quarantäne eingewiesen wurden, sind grundsätzlich weiterhin zur Erbringung ihrer nach dem Vertrag geschuldeten Arbeitsleistung verpflichtet, soweit sich diese Tätigkeit zumutbar aus dem Homeoffice erbringen lässt. Die Quarantäne führt also nicht zu einer Freistellung bei Weiterzahlung der Vergütung. Der Arbeitgeber ist gut beraten, wenn er, soweit möglich, dafür Sorge trägt, dass während der Quarantäne-Zeit Homeoffice-Leistungen erbracht werden können.

11. Urlaub und Quarantäne

Befindet sich der Arbeitnehmer in Urlaub und wird während der Urlaubszeit Quarantäne angeordnet, bleibt es bei dem insoweit vereinbarten Urlaub. Auch die Urlaubstage in Quarantäne mindern das Urlaubskonto. Etwas anderes gilt nach dem Bundesurlaubsgesetz (§ 9) nur dann, wenn während des Urlaubs eine ärztlich bestätigte Arbeitsunfähigkeit auftritt. Tage der Arbeitsunfähigkeit gelten nicht als Urlaubstage. Anders ist dies bei der Quarantäne, solange nicht tatsächlich eine Arbeitsunfähigkeit bereits eingetreten ist.

12. Corona Krise und Kündigungen

Keine Sonderregelungen gibt es für das Kündigungsrecht:

Kündigungen aus verhaltensbedingten, personenbedingten oder betriebsbedingten Gründen sind, sofern das Kündigungsschutzgesetz Anwendung findet, grundsätzlich zulässig und nach den schon bisher anzuwendenden Vorschriften zu prüfen. Allein die Tatsache, dass es eine „Corona-Krise“ gibt, stellt aber keinerlei Kündigungsgrund dar.

Allerdings kann sich aus der Krise für den einzelnen Betrieb und für den einzelnen Arbeitsplatz ein Grund für eine betriebsbedingte Kündigung ergeben. Dies muss aber in jedem Fall konkret geprüft werden. Erforderlich ist zunächst, dass der Arbeitsplatz wohl auf Dauer entfällt. Ein vorübergehender Entfall des Arbeitsplatzes, beispielsweise aufgrund von behördlich angeordneten Betriebsschließungen, berechtigt den Arbeitgeber dann nicht zur Kündigung, wenn die Zukunftsprognose positiv ist, also mit einer Wiedereröffnung in Kürze zu rechnen ist und die Arbeitskraft dann wieder benötigt wird.

Eine Beendigungskündigung darf immer nur das letzte Mittel sein, wenn nicht andere weniger einschneidende Mittel zur Verfügung stehen.

Hier geht in der Regel die Möglichkeit vor, Kurzarbeit bis hin zu Kurzarbeit-Null zu beantragen und Kurzarbeitergeld zu beanspruchen. Nennenswerte Kosten entstehen dem Arbeitgeber dadurch nicht.

Letztlich ist es aber eine Entscheidung des Arbeitgebers selbst, ob er mit einer Wiedereröffnung des Betriebes und einem weiteren Bedarf an der Arbeitskraft des zu kündigenden Arbeitnehmers rechnet oder gerade nicht. Angesichts der Möglichkeit, Kurzarbeitergeld in Anspruch zu nehmen, muss eine negative Prognose, d. h. ein Entfall des Arbeitsplatzes für längere Zeit oder auf Dauer, in jedem Einzelfall konkret vorgetragen und ggf. unter Beweis gestellt werden. Das Arbeitsgericht kann allerdings die unternehmerische Entscheidung und die ihr zugrunde liegende Einschätzung in der Praxis nur sehr eingeschränkt überprüfen.

Wichtig:

Während des Bezugs von Kurzarbeitergeld darf keine Kündigung ausgesprochen werden. Ist eine Kündigung beabsichtigt, muss der Arbeitgeber daher den betroffenen Arbeitnehmer zunächst aus der Kurzarbeit herausnehmen, um dann eine Kündigung aussprechen zu können.

13. Gesichtsmasken, Hygienemaßnahmen

Soweit vorgeschrieben müssen Hygienemaßnahmen eingehalten werden, d.h. der Arbeitgeber muss beispielsweise auch Möglichkeiten der Handdesinfektion und Einrichtungen für ein regelmäßiges Händewaschen zur Verfügung stellen. Ferner muss der Arbeitgeber die Einhaltung des aktuell vorgeschriebenen Mindestabstandes von 1,50 Meter ermöglichen oder, wo das nicht möglich ist, Trennwände o.ä. aufstellen, um eine Tröpfcheninfektion zu vermeiden. Dies gilt sowohl für Kollegen untereinander, als auch gegenüber Kunden, Besuchern etc.

Soweit aktuell das Tragen von Masken vorgeschrieben wird, muss der Arbeitgeber dies auch überwachen. Sofern möglich sollte er den Beschäftigten entsprechend geeignete Masken zur Verfügung stellen. Ob hierzu eine Rechtspflicht besteht, erscheint fraglich, da bisher nicht medizinische Masken vorgeschrieben sind, sondern jeder Schal, ein Halstuch o.ä. als Mund-/Nasenschutz ausreicht.

Wo solche Maßnahmen nicht erfolgreich durchgesetzt werden können, kann geprüft werden, ob die Beschäftigten im Zwei-Schicht-System arbeiten. Hierzu wären die Beschäftigten, soweit es im Einzelfall nicht unzumutbar ist, aufgrund der besonderen aktuellen Situation auch verpflichtet.

Da die Schutzmaßnahmen im Einzelnen die Ordnung im Betrieb berühren, besteht meist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Dort wo gesetzlich zwingende Regelungen bestehen (Friseur, Einzelhandel), hat der Betriebsrat kein zusätzliches Mitbestimmungsrecht.

14. Kopftuch & Co.

(Anlage 2)

15.

Leider sieht es so aus, als würde Corona auch unser Arbeitsleben noch längere Zeit erheblich beeinflussen. BLEIBEN SIE GESUND!