

RA Dr. Michael Meyer<sup>1</sup>  
Jan Kutscher<sup>2</sup>

20. März 2020

## **„Corona-Krise“:**

### **Besonderheiten bei Arbeitszeitgestaltung und Personaleinsatz im Betrieb**

#### **Inhalt**

1 Vorab-Hinweise .....	- 1 -
2 Systematik des arbeitszeitrechtlichen und -organisatorischen Handlungsbedarfs .....	- 2 -
3 Verminderter Arbeitszeitbedarf.....	- 3 -
4 Erhöhter Arbeitszeitbedarf.....	- 5 -
5 Unabhängig von vermindertem oder erhöhtem Arbeitszeitbedarf geltende Rechtsgrundsätze .....	- 10 -

#### **1 Vorab-Hinweise**

Die Folgen der Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie, die durch den Coronavirus (SARS-CoV-2) ausgelöst wurden, sind für die Unternehmen und die öffentlichen Einrichtungen dramatisch – und zwar in unterschiedlichen Richtungen: Für den einen Teil von ihnen sind gravierende Auftrags- und Beschäftigungseinbrüche zu bewältigen, für den anderen Teil sind drastische Erhöhungen des Arbeitszeitangebots erforderlich bzw. dürften in den nächsten Tagen oder Wochen erforderlich werden.

In dieser Veröffentlichung erläutern wir die hierfür jeweils bestehenden arbeitszeitrechtlichen Spielräume und einzelne exemplarische Gestaltungsvarianten. Das Ziel unseres Aufsatzes ist es, Arbeitgebern, Betriebsräten und Arbeitnehmern eine Art Kompass an die Hand zu geben.

Wir konzentrieren uns dementsprechend auf rechtspragmatische Lösungsansätze für die betriebliche Arbeitszeitgestaltung und Personaleinsatzorganisation, ohne uns in juristischen und schichtplantechnischen Spitzfindigkeiten oder rechtsdogmatischen Grundsatzdiskussionen zu ergehen. Ebenso befassen wir uns hier nicht mit etwaigen

<sup>1</sup> Rechtsanwalt bei Dr. Meyer Fachanwälte, Neu-Isenburg

<sup>2</sup> Partner der Arbeitszeitberatung Herrmann Kutscher Leydecker Woodruff, Berlin



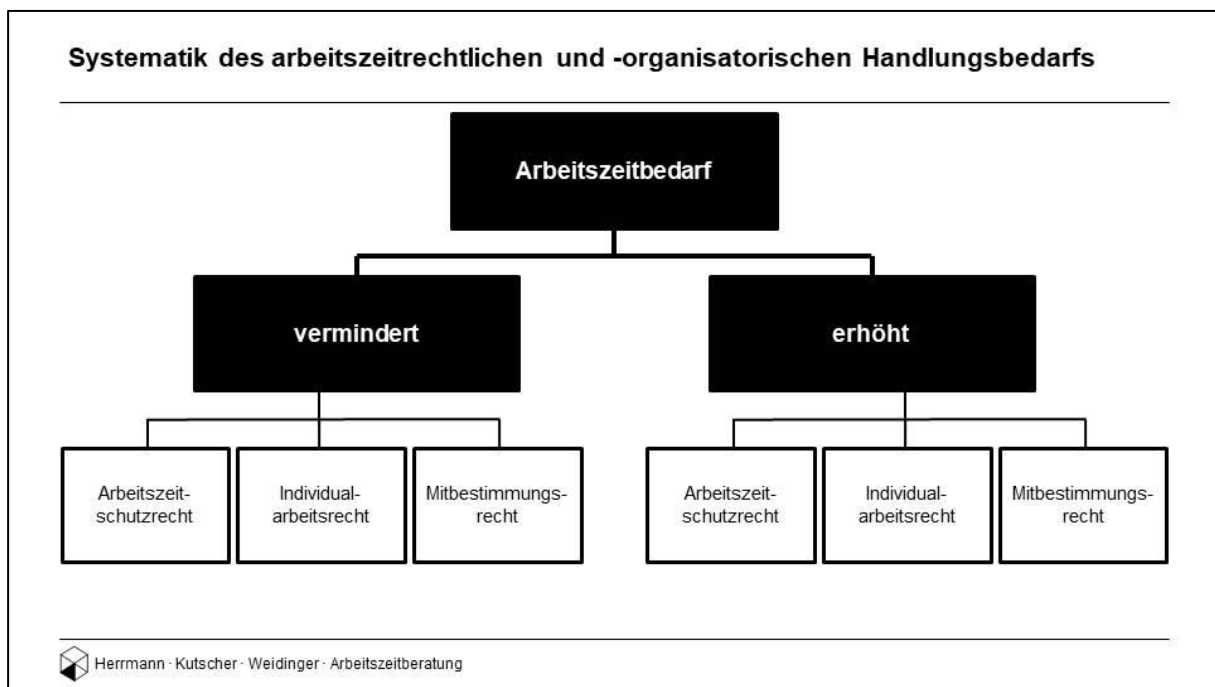
Ansprüchen auf Unterstützungsleistungen durch Kurzarbeitergeld, nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) oder aufgrund anderweitiger behördlicher Hilfszusagen.

Abschließende Rechtssicherheit kann gerade hierzu derzeit niemand geben, lernen wir doch alle nicht nur täglich, sondern stündlich dazu. Grundsätzlich stellt sich natürlich gerade in der „Corona-Krise“ mehr denn je die Notwendigkeit vertrauensvoller Zusammenarbeit im Betrieb, um rechtliche Unsicherheiten erst gar nicht aufkommen zu lassen. Nur gemeinsam wird man die anstehenden Probleme überstehen und hoffentlich alsbald in den Griff bekommen. Dabei möge Ihnen unser Kompass behilflich sein.

Wie gewohnt, werden wir bei neuen Erkenntnissen laufend berichten und Sie informieren.<sup>3</sup>

## 2 Systematik des arbeitszeitrechtlichen und -organisatorischen Handlungsbedarfs

Wie die folgende Grafik veranschaulicht, kann man den Handlungsbedarf zunächst danach unterteilen, ob durch die Pandemie eine Verminderung oder Erhöhung des Arbeitszeitbedarfs erforderlich ist. Die ins Auge gefassten Maßnahmen sind dann hinsichtlich ihrer arbeitszeitschutz-, individual- und mitbestimmungsrechtlichen Voraussetzungen und Auswirkungen zu betrachten und bewerten.



<sup>3</sup> Unter <https://www.arbeitszeitberatung.de/arbeitszeitberatung/menue-kontakt/newsletter/> können Sie sich hierfür in unseren Newsletter eintragen.



Arbeitszeitschutzrechtlich gibt es i.d.R. im Falle des reduzierten Arbeitszeitbedarfs (Abschnitt 3) keinerlei Handlungserfordernisse.

Auf dem Gebiet des Individualarbeitsrechts ist grundsätzlich in einer pandemieverursachten Extremsituation das Arbeitgeber-Direktionsrecht (§ 106 Gewerbeordnung [GewO], § 315 Bürgerliches Gesetzbuch [BGB]) weit auszulegen. Dabei gilt selbstverständlich der Grundsatz des Bundesarbeitsgerichts (BAG), dass die vom Arbeitgeber getroffenen Entscheidungen weder unvernünftig noch unsachlich oder willkürlich sein dürfen.<sup>4</sup>

Auch sind die Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmervertretung weiterhin zu beachten. Aber auch diesbezüglich gelten insbesondere bei Notfällen nach § 14 Abs. 1 Arbeitszeitgesetz (ArbZG) modifizierte Regelungen, auf die wir in Abschnitt 4 noch näher eingehen.

### 3 Verminderter Arbeitszeitbedarf

***Die Einteilung noch nicht beantragter Urlaubstage oder die Vorverlegung eines bereits beantragten Urlaubs sind zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, die Hürden hierfür sind jedoch hoch.***

Das Urlaubsrecht ist bekanntlich „vermintes Gelände“, auf dessen Details und Untiefen hier nicht näher eingegangen werden soll. Zwar sind arbeitgeberseitige Eingriffe in bereits erstellte Urlaubspläne oder einseitige Änderungen der im Betrieb existierenden Verfahren in Ausnahmefällen wie einer zu bewältigenden Pandemie nicht prinzipiell ausgeschlossen, aber auch mit dem Risiko verbunden, einen diesbezüglichen Rechtsstreit zu verlieren.

Die Regularien zur Urlaubsplanung und -gewährung sind in Betrieben mit Betriebsrat i.d.R. durch eine entsprechende Betriebsvereinbarung beschrieben, die auch eine individualrechtliche Bindung entfalten. Aufgrund von § 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG besteht ein erzwingbares Mitbestimmungsrecht. Gegebenenfalls sollte daher der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat in Verhandlungen treten und notfalls auch die Einigungsstelle anrufen und versuchen, darüber eine passable Vereinbarung zu erreichen.

Bei der Vorverlegung eines bereits beantragten Urlaubs jedenfalls muss der Arbeitgeber ggf. Schadensersatz für Kosten durch bereits gebuchte Zug- oder Flugtickets und Übernachtungen leisten.

***Der Arbeitgeber kann den Abbau von Zeitkonto-Guthaben sowie ggf. Minusstunden nur unter bestimmten Voraussetzungen anordnen.***

<sup>4</sup> So z.B. BAG-Urteil 6 AZR 116/17 v. 24.05.2018, Rn 36.



Das Risiko, den Arbeitnehmer nicht beschäftigen zu können, trägt grundsätzlich der Arbeitgeber. Noch deutlich arbeitsrechtlich komplexer als die Urlaubsthematik ist der Abbau von Zeitguthaben oder gar der Aufbau von Minusstunden insbesondere bei Beschäftigungsmangel. Dies ist zumeist in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen konkret geregelt.

Wenn der geltende Tarifvertrag und die Betriebsvereinbarung die aus Arbeitgeber-sicht benötigten Spielräume nicht zulassen, sollte daher auch hierzu der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat in Verhandlungen treten und notfalls auch die Einigungsstelle anrufen.

**Bei einer Betriebsschließung durch den Arbeitgeber ohne behördliche Anordnung bleiben Vergütungsansprüche bestehen.**

Entscheidet sich der Arbeitgeber selbst, als Folge der Corona-Pandemie den Betrieb ganz oder teilweise einzustellen, bleiben die Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer bestehen.

Dies ist der klassische Fall der Betriebsrisikolehre: Der Arbeitgeber trägt danach das Risiko des Arbeitsausfalls gemäß § 615 Satz 3 BGB, wenn er selbst den Betrieb aus Gründen, die in seinem betrieblichen oder wirtschaftlichen Verantwortungsbereich liegen, einschränkt oder stilllegt. Die Einschränkung oder Schließung des Betriebs kann sich z.B. daraus ergeben, dass dem Betrieb Vorprodukte oder Waren von Zulieferern fehlen, weil diese wegen der pandemiebedingten Einschränkungen nicht produziert oder nicht geliefert werden können. Denkbar ist auch, dass so viele Arbeitnehmer krank oder in Quarantäne sind, dass der Betrieb nicht aufrechterhalten werden kann.

**Bei einer Betriebsschließung aufgrund behördlicher Anordnung ist die Rechtslage hinsichtlich bestehender Vergütungsansprüche noch unklar.**

Den Fall, dass der Betrieb durch die zuständige Behörde geschlossen wird, weil im gesamten Betrieb oder für Gruppen von Arbeitnehmern ein Infektionsrisiko besteht (§ 28 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG), wird man wie die Betriebsrisikofälle behandeln müssen. Das Bundesarbeitsministerium hat am 26.02.2020 auf eine Anfrage der Presse mitgeteilt, dass der Arbeitgeber dann, wenn ein Betrieb im Rahmen von Vorsichtsmaßnahmen wegen des neuartigen Corona-Virus durch behördliche Anweisungen geschlossen werde, seinen Beschäftigten gleichwohl im Regelfall das Gehalt weiterzahlen müsse. Der Arbeitgeber trage hier das Betriebsrisiko.<sup>5</sup>

Hält man sich die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle der Verteilung des Betriebsrisikos vor Augen, so wird es auch bei der Schließung des Betriebs durch eine Behörde darauf ankommen, ob das Verbot durch die besondere Art des Be-

<sup>5</sup> Bonanni, ArbRB 2020, Special S. S 1 ff.



etriebs bedingt wird, was z.B. für Sicherheitsmaßnahmen am Flughafen und bei der Schließung aufgrund bankaufsichtsrechtlicher Maßnahmen angenommen worden ist.

In einem Pandemie-Fall sprechen gute Gründe dafür, dass die Schließung des Betriebs nicht in diesem selbst angelegt ist. Es geht vielmehr wie z.B. auch bei Erdbeben, Überschwemmungen, Bränden, Unglücksfällen sowie extremen Witterungsverhältnissen um allgemeine Gefahren, die sich für den Arbeitgeber als „höhere Gewalt“ darstellen. In jedem Fall ist die Geltendmachung etwaiger Entschädigungsansprüche nach § 56 IfSG im Auge zu behalten.

#### **4 Erhöhter Arbeitszeitbedarf**

***Die Verschiebung bereits genehmigten Urlaubs oder die Rückholung des Arbeitnehmers aus dem bereits angetretenen Urlaub sind zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen, die Hürden hierfür sind jedoch hoch.***

Ebenso wie für die in Abschnitt 3 beschriebenen Fälle der Einteilung noch nicht beantragter Urlaubstage oder der Vorverlegung eines bereits beantragten Urlaubs bei vermindertem Arbeitszeitbedarf ist auch für die entgegengesetzte Herausforderung festzustellen, dass arbeitgeberseitige Eingriffe in bereits erstellte Urlaubspläne oder einseitige Änderungen der im Betrieb existierenden Verfahren in Extremfällen wie einer zu bewältigenden Pandemie zwar nicht prinzipiell ausgeschlossen, aber mit dem Risiko verbunden sind, einen diesbezüglichen Rechtsstreit zu verlieren.

Dementsprechend ist dem Arbeitgeber daher auch hier zu empfehlen, eine Einigung mit dem Arbeitnehmer unter Einbindung des Betriebsrats anzustreben.

***Der Arbeitgeber kann kurzfristig Mehrarbeit oder Überstunden anordnen.***

Sowohl beim krankheitsbedingten Ausfall von Kollegen als auch zur Bewältigung eines erhöhten Arbeitsanfalls etwa bei der Herstellung von Produkten, die für die Versorgung der Bevölkerung dringend benötigt werden, oder bei der Behandlung zusätzlicher Patienten kann der Arbeitgeber die Verlängerung von Arbeitszeiten anordnen, sofern hierfür eine Ermächtigungsgrundlage besteht. Das ist in den meisten Tarif- und Arbeitsverträgen auch der Fall. Ohne eine solche entsprechende Anspruchsgrundlage besteht hingegen keine Verpflichtung des Arbeitnehmers, Überstunden zu leisten.

Die Anordnung kann je nach Erfordernis kurz- oder langfristig geschehen und sowohl in Form einer Verlängerung der geplanten Arbeitszeit als auch durch „Holen aus dem Frei“ umgesetzt werden.

Auch kann Teilzeitkräften eine Verlängerung ihrer Arbeitszeit über den sonst für sie üblichen Umfang hinaus auferlegt werden, sofern hierfür eine Ermächtigungsgrundlage im Arbeits- oder Tarifvertrag besteht.



Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist in jedem Fall zu wahren.

***In Notfällen sind Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen gemäß § 14 Abs. 1 ArbZG auch ohne aufsichtsbehördliche Bewilligung zulässig.***

Gemäß § 14 Abs. 1 ArbZG darf von den §§ 3 bis 5, 6 Abs. 2, §§ 7, 9 bis 11 ArbZG, also von der täglichen Höchstarbeitszeit, der Ruhezeit, den Pausenvorschriften und dem Verbot der Sonn- und Feiertagsarbeit bei vorübergehenden Arbeiten in Notfällen und in außergewöhnlichen Fällen, die unabhängig vom Willen der Betroffenen eintreten und deren Folgen nicht auf andere Weise zu beseitigen sind, besonders wenn Rohstoffe oder Lebensmittel zu verderben oder Arbeitsergebnisse zu misslingen drohen, abgewichen werden.

Bei der gegenwärtigen Corona-Pandemie liegt ohne Zweifel ein „Notfall“ im Sinne der arbeitszeitrechtlichen Bestimmungen vor. Es handelt sich um ein Ereignis höherer Gewalt, das die Gefahr erheblicher Gesundheitsbeeinträchtigungen und sogar von Todesfällen birgt. Das Notfall- bzw. Notstandsszenario wird auch dadurch deutlich, dass flächendeckend einschneidende ordnungsbehördliche Maßnahmen („Shut Down“ weiter Teile des öffentlichen Lebens) zur Krisenbewältigung erlassen worden sind und voraussichtlich weiter erlassen werden. Die Möglichkeit der Abweichung von arbeitszeitgesetzlichen Bestimmungen zur Bewältigung der Folgen der Corona-Pandemie ist damit grundsätzlich gegeben.

Bei dieser Bestimmung handelt es sich um kraft Gesetzes geltende Abweichungsmöglichkeiten, für die weder eine behördliche noch eine tarifvertragliche Ausnahmeregelung erforderlich ist. Weder das Arbeitszeitgesetz noch die Aufsichtsbehörden legen Grenzen für die Abweichungen fest. Die Dauer der Abweichungen in Gestalt etwa verlängerter täglicher Arbeitszeiten (etwa in Form von Zwölf-Stunden-Schichten; siehe den nächsten Abschnitt), verkürzter oder auch ganz entfallender Ruhepausen und/oder verkürzter Ruhezeiten kann mehrere Tage andauern.<sup>6</sup>

Mögliche Anlässe für Abweichungen von den Arbeitszeitbestimmungen sind z.B. Vorsorgemaßnahmen zur Prävention der Verbreitung des Corona-Virus wie etwa die Verringerung der Zahl der durch den Betriebsablauf veranlassten personellen Kontakte zwischen Mitarbeitern oder zwischen Mitarbeitern und Kunden/Besuchern, Maßnahmen zur Sicherstellung des Betriebsablaufs zur Verhinderung technischer oder wirtschaftlicher Schäden oder zur Gewährleistung wichtiger Infrastruktur bei eingeschränkter Verfügbarkeit von Arbeitnehmern aufgrund von Kinderbetreuung, förmlichen Quarantänemaßnahmen oder Vorsorgemaßnahmen in Verdachtsfällen oder Erkrankungen von Arbeitnehmern aufgrund von Infektionen.

Auch gravierende Ereignisse wie die Corona-Pandemie befreien den Arbeitgeber nicht von seiner Fürsorgepflicht (§ 618 BGB) und seiner Verpflichtung zur Festlegung angemessener Gesundheitsschutzmaßnahmen (§ 3 ArbSchG). Dabei sind die Ge-

<sup>6</sup> Anzinger/Koberski, 4. Aufl., Rn. 8 zu § 14; Neumann/Biebl, 16. Aufl., Rn 6 zu § 14; Baeck/Deutsch/Winzer, 4. Aufl., Rn 16 zu § 14.



fahren und Belastungen jeweils individuell und situationsbezogen zu bewerten und festzulegen.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats besteht grundsätzlich auch in Eilfällen, nicht jedoch in Notfällen. Die gegenwärtige Corona-Pandemie kann zwar als „Notfall“ in diesem Sinne gelten, jedoch ist das kein Freibrief für mitbestimmungsfreie Maßnahmen.<sup>7</sup> Nur dann, wenn ausnahmsweise der Betriebsrat nicht erreichbar ist und die Maßnahme wirklich „keine Sekunde Zeit hat“, um eine (lebensbedrohliche) Gefahr abzuwenden, ist die Mitbestimmung suspendiert. Das wird mit zunehmender Zeit kaum mehr praxisrelevant sein, denn der Arbeitgeber kann mit dem Betriebsrat vorsorgende Vereinbarungen treffen, beispielsweise über präventives Fiebermessen usw.

**Abweichungen können ggf. auf der Grundlage aufsichtsbehördlicher Verfügungen nach § 15 Abs. 2 ArbZG erfolgen.**

Angesichts der weit auszulegenden Spielräume auf der Grundlage von § 14 Abs. 1 ArbZG fragt sich, ob es überhaupt noch aufsichtsbehördlicher Verfügungen für längere Tagesarbeitszeiten, kürzere Ruhepausen und Ruhezeiten u.a. bedarf – zumal dann, wenn sie lediglich geringe Erweiterungen gegenüber dem allgemein und ggf. tarifvertragsspezifisch ohnehin bereits Zulässigen zum Inhalt haben, wie dies in diversen der aktuell erlassenen Allgemeinverfügungen der Fall ist.<sup>8</sup> Diese Frage stellt sich jedoch vor allem dann, wenn die Abweichung über mehrere Wochen aufrechterhalten ist.

Befindet sich der Betrieb in einem der Verwaltungsbezirke, in denen die dort jeweils geltende Allgemeinverfügung nicht ausreichende Abweichungen zulässt, müsste eine gesonderte Bewilligung nach § 15 Abs. 2 ArbZG bei der Aufsichtsbehörde beantragt werden.

Grundsätzlich kann die Aufsichtsbehörde über alle im ArbZG bereits vorgesehenen Ausnahmen hinaus weitergehende Ausnahmen zulassen, soweit sie im öffentlichen Interesse dringend nötig werden (§ 15 Abs. 2 ArbZG), ohne dass dabei allerdings die Höchstarbeitszeit von 48 Stunden pro Woche im Durchschnitt von sechs Kalendermonaten oder 24 Wochen überschritten wird (§ 15 Abs. 4 ArbZG).<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Anzinger/Koberski, 4. Aufl., Rn 31 zu § 14; Baeck/Deutsch/Winzer, Rn 46 zu § 14.

<sup>8</sup> So z.B. <https://www.berlin.de/sen/ias/presse/pressemitteilungen/2020/pressemitteilung.908651.php>; [https://www.bezreg-arnsberg.nrw.de/presse/2020/03/045\\_20\\_03\\_17/allgemeinverfuegung.pdf](https://www.bezreg-arnsberg.nrw.de/presse/2020/03/045_20_03_17/allgemeinverfuegung.pdf); der Situation deutlich besser gerecht werden z.B. die Allgemeinverfügungen der Regierungen von Ober- und Unterfranken sowie Oberbayern: [https://www.regierung.oberfranken.bayern.de/imperia/md/content/regofr/service/download/amtsblatt/ofr\\_amtsblatt\\_2020\\_04\\_sonderausgabe.pdf](https://www.regierung.oberfranken.bayern.de/imperia/md/content/regofr/service/download/amtsblatt/ofr_amtsblatt_2020_04_sonderausgabe.pdf); [https://www.stmas.bayern.de/imperia/md/content/stmas/stmas\\_inet/regierung\\_unterfranken.pdf](https://www.stmas.bayern.de/imperia/md/content/stmas/stmas_inet/regierung_unterfranken.pdf); [https://www.stmas.bayern.de/imperia/md/content/stmas/stmas\\_inet/regierung\\_oberbayern.pdf](https://www.stmas.bayern.de/imperia/md/content/stmas/stmas_inet/regierung_oberbayern.pdf).

<sup>9</sup> Die Öffnung dieser einschränkenden Bestimmung, die im Falle einer länger andauernden Ausnahmesituation kritische Folgen haben könnte, sollte in die Überlegungen zur Fortentwicklung des ArbZG einbezogen werden.



**Speziell für Krankenhäuser, Pflege und Betreuungseinrichtungen bestehen erweiterte Gestaltungsspielräume auf der Grundlage von § 7 Abs. 2 Nr. 3 u. Nr. 4 ArbZG.**

Unabhängig von den oben beschriebenen Möglichkeiten auf der Grundlage von § 14 Abs.1 ArbZG oder § 15 Abs. 2 ArbZG besteht speziell für viele Krankenhäuser, Pflege- und Betreuungseinrichtungen die Option der Vereinbarung von Abweichungen sowohl von den Grundnormen als auch den erweiterten tarifvertraglichen Öffnungen des Arbeitszeitgesetzes gemäß einer Bestimmung, die sich in vielen einschlägigen Tarifverträgen sowie in Arbeitsvertragsrichtlinien der konfessionellen Häuser findet – hier die entsprechende Formulierung aus § 6 Abs. 4 TVöD-K und TVöD-B<sup>10</sup>:

„Aus dringenden betrieblichen/dienstlichen Gründen kann auf der Grundlage einer Betriebs-/Dienstvereinbarung im Rahmen des § 7 Abs. 1, 2 und des § 12 ArbZG von den Vorschriften des Arbeitszeitgesetzes abgewichen werden.“

§ 7 Abs. 2 Nr. 3 ArbZG, auf den hier Bezug genommen werden kann, bietet die Möglichkeit, „die Regelungen der §§ 3, 4, 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 bei der Behandlung, Pflege und Betreuung von Personen der Eigenart dieser Tätigkeit und dem Wohl dieser Personen entsprechend anzupassen“. Auch auf § 7 Abs. 2 Nr. 4 ArbZG kann ggf. verwiesen werden, der es ermöglicht, „die Regelungen der §§ 3, 4, 5 Abs. 1 und § 6 Abs. 2 bei Verwaltungen und Betrieben des Bundes, der Länder, der Gemeinden und sonstigen Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie bei anderen Arbeitgebern, die der Tarifbindung eines für den öffentlichen Dienst geltenden oder eines im wesentlichen inhaltsgleichen Tarifvertrags unterliegen, der Eigenart der Tätigkeit bei diesen Stellen anzupassen.“

Nicht tarifgebundene Einrichtungen im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrags können mit ihrem Betriebsrat entsprechende Regelungen auf der Grundlage von § 7 Abs. 3 ArbZG vereinbaren.

(Auch) auf dieser Basis wäre es beispielsweise zulässig, Arbeitszeitsysteme mit Zwölf-Stunden-Schichten (oder natürlich auch ggf. darüber hinaus) zu praktizieren, bei denen die durchschnittlich eingeteilte Arbeitszeit deutlich mehr als durchschnittlich 40 Wochenstunden beträgt, um so das betriebliche Arbeitszeitangebot insbesondere in Engpassbereichen kurzfristig und erheblich steigern zu können.

Bei den drei folgenden Schichtplanbeispielen für gleichmäßig zu besetzende Betriebsschichten im 24/7-Betrieb (Vollkontibetrieb) handelt es sich um sog. 3:1-Systeme, in denen drei Mitarbeiter bzw. drei Mitarbeitergruppen alternierend einen

---

<sup>10</sup> Analoge Formulierungen finden sich z.B. in § 7 Abs. 4 TV-Ärzte/VKA (hier allerdings mit Zustimmungsvorbehalt von Arbeitgeberverband und Gewerkschaft in § 7 Abs. 9 TV-Ärzte/VKA), § 3 Abs. 4 Anlage 30 u. 32 AVR Caritas, § 2 Abs. 4 Anlage 31 AVR Caritas, § 6 Abs. 4 Anlage 8a AVR DD.





Arbeitsplatz bzw. eine Arbeitsplatzgruppe besetzen. Die durchschnittlich eingeteilte Wochenarbeitszeit beträgt jeweils 56 Stunden.<sup>11</sup>

3:1-Schichtplanbeispiel A für den 24/7-Betrieb (gleichmäßige Besetzungsstärken in allen Betriebsschichten)

Mitarbeiter	Woche 1							Woche 2							Woche 3						
	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO
1	T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12	
2		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12
3	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12	N12		T12

3:1-Schichtplanbeispiel B für den 24/7-Betrieb (gleichmäßige Besetzungsstärken in allen Betriebsschichten)

Mitarbeiter	Woche 1							Woche 2							Woche 3						
	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO
1	T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12
2			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12
3	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12	

Mitarbeiter	Woche 4							Woche 5							Woche 6						
	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO
1	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12		
2	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12
3		T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			T12	T12

3:1-Schichtplanbeispiel C für den 24/7-Betrieb (gleichmäßige Besetzungsstärken in allen Betriebsschichten)

Mitarbeiter	Woche 1							Woche 2							Woche 3							
	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	MO	DI	MI	DO	FR	SA	SO	
1	T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			N12	N12	N12			T12	T12	T12		
2			T12	T12	T12			T12	T12	N12	N12			T12	T12	N12	N12			N12	N12	N12
3	N12	N12			N12	N12	N12			T12	T12	T12			T12	T12	N12	N12			T12	T12

Alle solchen Arbeitszeitsysteme, bei denen der Nenner des Besetzungsverhältnisses 1 beträgt, bei denen also die Arbeitsplatzbasis 1 (bzw. 1 Arbeitsplatzgruppe) ist, besitzen das Merkmal, dass sie „durchmischungsfrei“ sind, dass also die Mitarbeiter bzw. Schichtteams sich nicht personell durchmischen und nur zum Schichtwechsel begegnen. Das hat zur Folge, dass das Risiko zur Ausbreitung von Infektionen eingeschränkt wird, da nicht „jeder mit jedem“ zusammenarbeitet – und während des Schichtwechsels lassen sich besondere Vorsichtsmaßnahmen einhalten (z.B. verkürzte Übergaben durch Dokumentation besonderer Vorkommnisse in der vorangegangenen Schicht im Informationssystem, Regelungen zum räumlichen Mindestabstand u.a.).

<sup>11</sup> Die methodischen Grundlagen für die Entwicklung entsprechender Arbeitszeitsysteme finden Sie unter <https://www.arbeitszeitberatung.de/fileadmin/pdf-publikationen/pub128.pdf> bzw. <https://youtu.be/XJ2hN5jECq4?list=PLrbWcWe5kZRU7-fgWouvParw17U88DRaW>.





Das sogenannte Wegerisiko liegt beim Arbeitnehmer. Er kann nur dann zu Hause bleiben, wenn mit der Anreise eine erhebliche Gefahr verbunden ist. Das wird derzeit unter den Juristen (noch) weitgehend verneint.

Ebensowenig haben Arbeitnehmer grundsätzlich das Recht, aus Sorge vor Ansteckung dem Arbeitsplatz fernzubleiben. Nur dann, wenn die Ausübung der Tätigkeit mit einer objektiv erheblichen persönlichen Gefahr für Gesundheit und Leben verbunden ist und – trotz vom Arbeitgeber gestellter Schutzkleidung und vorgeschriebener Schutzmaßnahmen – über das allgemeine Ansteckungsrisiko hinausgeht, besteht ein sogenanntes Zurückbehaltungsrecht. Besteht kein Zurückbehaltungsrecht, gilt: Erscheint der Arbeitnehmer nicht, kann das arbeitsrechtliche Konsequenzen in Gestalt einer Ermahnung, Abmahnung oder gar einer Kündigung haben.

**Der Arbeitgeber darf den Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen von der Arbeit freistellen.**

Eine Freistellung des Arbeitnehmers ist dann einseitig möglich, wenn das Suspendierungsinteresse des Arbeitgebers das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegt. Ein solches überwiegendes Interesse kann sich aus der Fürsorge- und Schutzpflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Arbeitnehmern im Betrieb (§ 241 Abs. 2 BGB, § 618 Abs. 1 BGB) ergeben.

Liegt eine konkrete Infektionsgefahr mit einer ansteckenden Krankheit wie dem Corona-Virus vor und kann die Annahme einer Gefahr z.B. damit begründet werden, dass sich der Arbeitnehmer in einer gefährdeten Region oder an Orten mit einem deutlich erhöhten Ansteckungsrisiko aufgehalten hat, überwiegt das Suspendierungsinteresse des Arbeitgebers das Interesse des Arbeitnehmers an der Beschäftigung.

Wird ein Arbeitnehmer vom Arbeitgeber freigestellt, behält er seinen Vergütungsanspruch (§ 615 Satz 1 BGB). Ob er verpflichtet ist, seine Arbeitsleistung von zuhause aus zu erbringen, hängt von den diesbezüglich getroffenen Vereinbarungen ab.

Kehrt ein Arbeitnehmer des Betriebs aus einem vom Robert-Koch-Institut (RKI) definierten internationalen Risikogebiet oder einer besonders betroffenen Region in Deutschland<sup>12</sup> zurück und will seine Arbeit wieder aufnehmen, ist der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der aus § 241 Abs. 2 BGB folgenden Fürsorgepflicht und der diese konkretisierenden Schutzpflicht aus § 618 Abs. 1 BGB wohl verpflichtet, den Arbeitnehmer nach Hause zu schicken und aufzufordern, für 14 Tage – also der derzeit angenommenen Inkubationszeit – nicht am Arbeitsplatz zu erscheinen (und, soweit vertraglich vorgesehen, ggf. die Tätigkeit von zuhause aus auszuüben), um eine mögliche Ansteckung anderer Arbeitnehmer zu verhindern.

Die freigestellten Rückkehrer behalten grundsätzlich ihren Vergütungsanspruch (§ 615 Satz 1 BGB). Dies ist ggf. anders zu beurteilen, wenn ein Arbeitneh-

<sup>12</sup> [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Risikogebiete.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Risikogebiete.html)



mer in Kenntnis des Risikos eine private Reise in eine gefährdete Region unternimmt und damit letztlich die Quarantäne bewusst hervorruft. Untersagen kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer eine solche private Reise allerdings nicht.

Ob man dem Vergütungsanspruch das ggf. rechtsmissbräuchliche Verhalten des Arbeitnehmers entgegenhalten kann, ist fraglich. Denn der Arbeitgeber stellt in einem solchen Fall, in dem die Quarantäne des Arbeitnehmers nicht behördlich angeordnet wurde, den Arbeitnehmer von sich aus frei. Anlass hierfür ist die ihn gegenüber allen Arbeitnehmern im Betrieb treffende Schutzpflicht. Anders als im Rahmen der Entgeltfortzahlung (§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG) werden die Folgen des Annahmeverzugs aber nicht unter Berücksichtigung eines möglichen Verschuldens „korrigiert“. § 297 BGB steht dem Annahmeverzug des Arbeitgebers ebenfalls nicht entgegen, da der Arbeitnehmer nicht „außerstande ist, die Leistung zu bewirken“.

***Eine angeordnete Dienstreise ist vom Arbeitnehmer grundsätzlich anzutreten.***

Der Arbeitnehmer kann eine Dienstreise oder Entsendung in ein vom Corona-Virus betroffenes Gebiet grundsätzlich nicht verweigern. Erst wenn eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes, eine entsprechende Empfehlung der WHO oder des RKI vorliegt, haben sie das Recht dazu.

Hält sich ein entsendeter Arbeitnehmer bereits im Ausland auf, kann bei bestehender Reisewarnung ein Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Zurückholung durch den Arbeitgeber bestehen.

***Geschlossene Schulen oder Kindertagesstätten führen nicht automatisch zum Recht, der Arbeit fernzubleiben.***

Ist das Kind selbst erkrankt, hat der Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 Abs. 3 BGB, wenn ihm die Leistungserbringung unter Abwägung der beiderseitigen Interessenlage nicht zumutbar ist. Dies wird regelmäßig dann angenommen, wenn der Arbeitnehmer sein erkranktes Kind zu betreuen hat.

Ob ein solches Leistungsverweigerungsrecht auch besteht, wenn das Kind nicht krank ist, aber Schule oder Kindertagesstätte geschlossen sind und das Kind daher der Betreuung bedarf, ist unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Zu fragen ist, ob tatsächlich ein Betreuungsbedarf besteht und ob eine persönliche Betreuung des Kindes durch den Arbeitnehmer während der Arbeitszeit zwingend erforderlich ist.

Hierbei spielt das Alter des Kindes eine maßgebliche Rolle. Insoweit könnte die in § 45 SGB V geregelte Altersgrenze (zwölf Jahre), die für den Fall des erkrankten Kindes gilt, zumindest als Anhaltspunkt dienen. Im Vergleich zum Pflegebedarf erkrankter Kinder ist der persönliche Betreuungsbedarf gesunder Kinder weniger um-



fassend, so dass die Altersgrenze, ab der Kinder allein in der Wohnung gelassen werden können, auch unter zwölf Jahren liegen kann.

Ob der Arbeitnehmer in diesem Fall auch seinen Vergütungsanspruch behält, ist allerdings davon gesondert zu bewerten: Bei erkrankten Kindern kann sich der Arbeitnehmer nicht nur auf § 275 Abs. 3 BGB, sondern auch auf § 45 Abs. 3 Satz 1 SGB V berufen und gegebenenfalls einen Vergütungsanspruch haben. Ob darüber hinaus Ansprüche bestehen, ist zweifelhaft. Womöglich hilft § 616 BGB, sofern er nicht arbeitsvertraglich ausgeschlossen bzw. abbedungen ist. Hiernach verliert seinen Anspruch auf Vergütung nicht, wer für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung gehindert ist.

Einige Stimmen im juristischen Schrifttum nehmen an, man werde § 616 BGB auch auf Fälle übertragen müssen, in denen ein unvorhersehbarer Ausfall der Kinderbetreuung oder der Schule den Betreuungsbedarf auslöst, denn der in der Person des Arbeitnehmers liegende Verhinderungsgrund sei der Betreuungsbedarf, nicht dessen Ursache oder Anlass. Allerdings ist das eher zweifelhaft. Gefordert wird nämlich ein persönliches Leistungshindernis.

Nicht unter § 616 BGB fällt hingegen nämlich ein objektives Leistungshindernis. Das liegt dann vor, wenn es sich um ein Ereignis handelt, das mit der Person des Arbeitnehmers oder der Sphäre des Arbeitgebers nichts zu tun hat, sondern jeden anderen ebenso treffen kann (wie besondere Wetterlagen, Smogalarm, Ausfall öffentlicher Verkehrsmittel usw.) und allgemein der Erbringung der Arbeitsleistung entgegensteht. Bestehen die objektiven Leistungshindernisse zur selben Zeit für eine Vielzahl von Arbeitnehmern gleichzeitig, so kommt § 616 Satz 1 BGB zugunsten der Arbeitnehmer nicht zur Anwendung. Die derzeit flächendeckenden Schließungen von Schulen und Kitas dürften sich als ein solches objektives Leistungshindernis darstellen, so dass § 616 BGB keine Anwendung findet.

Ungeachtet dessen „hielte“ der Anspruch auch nur eine „nicht erhebliche Zeit“ i.S.v. § 616 BGB, wobei aktuell fünf bis zehn Tage diskutiert werden. Außerdem muss der Arbeitnehmer alles seinerseits Mögliche tun, um die Abwesenheit vom Arbeitsplatz möglichst gering zu halten.

**Eine Reise in ein Gebiet trotz Reisewarnung führt zum Verlust des Entgeltfortzahlungsanspruchs.**

Ist der Arbeitnehmer selbst arbeitsunfähig erkrankt, hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG. Ein Ausschluss dieses Anspruchs kommt aber in Betracht, wenn der Arbeitnehmer die Erkrankung „verschuldet“ hat.

Erforderlich ist ein Verhalten des Arbeitnehmers, das einen erheblichen Verstoß gegen das eigene Interesse eines verständigen Menschen darstellt („Verschulden gegen sich selbst“). Bereist bzw. besucht ein Arbeitnehmer privat ein Land oder ein



Gebiet trotz einer hierfür vorliegenden Reisewarnung des Auswärtigen Amtes, einer entsprechenden Empfehlung der WHO oder des Robert-Koch-Instituts und infiziert er sich dort, hat er die Erkrankung mit der Folge verschuldet, dass kein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht. Hinsichtlich der Nachweiskette ist freilich manches unscharf oder unklar.

**Bei Verdienstaussfall durch eine behördlich angeordnete Quarantäne oder ein Tätigkeitsverbot besteht ein Entschädigungsanspruch.**

Im Fall einer Pandemie kann die zuständige Behörde Maßnahmen nach IfSG treffen. Wesentlich sind dabei die Quarantäne (Absonderung) sowie das berufliche Tätigkeitsverbot (§§ 30, 31 IfSG).

Ein Arbeitnehmer, für den die zuständige Behörde die Quarantäne anordnet oder für den ein behördliches Beschäftigungsverbot besteht und der hierdurch einen Verdienstaussfall erleidet, hat einen Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG. Dieser Anspruch besteht für einen Zeitraum von sechs Wochen in Höhe des Verdienstaussfalls (§ 56 Abs. 2 Satz 1 IfSG).

Ab der siebten Woche wird die Entschädigung in Höhe des Krankengeldes nach § 47 Abs. 1 SGB V gewährt, das auch die gesetzliche Krankenkasse zahlen würde. Das sind 70 % des Bruttogehalts, aber nicht mehr als 90 % des Nettogehalts, wobei die Summe auf 109,38 € pro Tag gedeckelt ist.

§ 56 Abs. 5 IfSG verpflichtet den Arbeitgeber, für die ersten sechs Wochen die Entschädigung anstelle der zuständigen Behörde auszuführen. Der Arbeitgeber hat dann gegen die Behörde einen Erstattungsanspruch.

Voraussetzung für einen solchen Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers ist freilich, dass der Arbeitnehmer auch tatsächlich einen Entgeltausfall erleidet. Dies ist nicht der Fall, wenn der Arbeitgeber aus anderen Gründen zur Fortzahlung des Entgelts verpflichtet ist.

Im Fall der Erkrankung des Arbeitnehmers kann der gesetzliche Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG mit dem Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG kollidieren. Die sogenannte „herrschende Meinung“ unter den Juristen geht davon aus, dass das infektionsrechtliche Beschäftigungsverbot der vorrangige Hinderungsgrund ist, die Erkrankung also nicht ursächlich für den Ausfall der Arbeitsleistung ist, so dass die Entschädigungsleistung nach § 56 IfSG zu erbringen ist.

**Der Arbeitnehmer muss den Arbeitgeber über Kontakte zu infizierten Personen oder solchen mit Infektionsverdacht informieren.**



Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, seinen Arbeitgeber über einen Kontakt mit einer mit dem Corona-Virus infizierten Person oder einer Person, bei der ein solcher Verdacht besteht, zu informieren. Dies folgt aus der arbeitsvertraglichen Treuepflicht. Im Regelfall ordnet das zuständige Gesundheitsamt für Kontaktpersonen die häusliche Quarantäne für die maximale Dauer der Inkubationszeit (14 Tage) an.

Da sich die Risikogebiete inzwischen über den asiatischen Raum hinaus insbesondere auf viele europäische Länder erweitert haben, werden Arbeitgeber vom urlaubenden Arbeitnehmer wissen wollen, wo er während seines Urlaubs war. Die Ausbreitung des Corona-Virus lässt die Frage nach den Reisezielen sachgerecht erscheinen. Hilfreich wäre es, die Frage an den Arbeitnehmer mit der Einholung seiner Einwilligung nach § 26 Abs. 2 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) zu verbinden. Da man Arbeitnehmer vor dem Hintergrund der Treuepflicht für verpflichtet halten muss, den Arbeitgeber über eine mögliche Infektionsgefahr aufzuklären, muss er den Arbeitgeber auch von sich aus über Reisen in Risikogebiete informieren. Eine Auskunft über den genauen Aufenthaltsort ist dabei nicht erforderlich, es genügt die Angabe „Risikogebiet“.

Ergänzend oder alternativ können Arbeitgeber vor der Rückkehr in den Betrieb vom betroffenen Mitarbeiter auch eine formlose ärztliche Bestätigung verlangen, dass bei ihm keine Infektionskrankheit vorliegt.

Gibt es unter Berücksichtigung des Reiseziels (insbesondere bei Vorliegen einer Reisewarnung des Auswärtigen Amtes) Anzeichen für eine konkrete Infektionsgefahr, wird man den Arbeitgeber auch für berechtigt halten müssen, eine ärztliche Untersuchung eines zurückgekehrten Mitarbeiters zu verlangen.

Einer Verpflichtung zur Teilnahme an flächendeckenden Fieber-Tests in einem Betrieb dürfte im Regelfall das Selbstbestimmungsrecht des Arbeitnehmers entgegenstehen. Anders kann das zu beurteilen sein, wenn die Infektionsgefahr konkret ist, z.B. die erste Infektion mit dem Corona-Virus im Betrieb aufgetreten ist. Überdies wäre insoweit auch das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats – soweit vorhanden – zu berücksichtigen.

### **Der Arbeitgeber hat Infektionen durch präventive Maßnahmen vorzubeugen.**

Die arbeitsrechtlichen Schutzpflichten, insbesondere die Pflicht zum Schutz des Lebens und der Gesundheit der Arbeitnehmer, sollten jeden Arbeitgeber bereits zu präventiven Maßnahmen veranlassen. Hierzu gehören z.B. die Bereitstellung von Desinfektionsmitteln im Betrieb sowie die Aufklärung über Hygienestandards und die deutliche Aufforderung an die Arbeitnehmer, diese einzuhalten.

Es kann durchaus Sinn machen, einen Pandemieplan aufzustellen, jedenfalls dann, wenn sich mit dem Betriebsrat, dessen Mitbestimmungsrechte jedenfalls in Teilen betroffen sein werden, schnell eine Einigung hierzu finden lässt. Durchaus zweckmäßige Maßnahmen, die Teil eines solchen Pandemieplans sein könnten, sind z.B.



Hygiene-Regeln, Verhaltensregelungen, Überstundenanordnung, Abbau von Zeitguthaben oder die Zuweisung anderer als vertraglich vereinbarter Tätigkeiten.

Diese Maßnahmen unterfallen in jedem Fall der Mitbestimmung des Betriebsrats bzw. sind bereits in bestehenden Betriebsvereinbarungen geregelt, so dass für die Zeit der Pandemie abweichende oder ergänzende Regelungen getroffen werden müssten.

Neben den üblichen Hygiene-Maßnahmen könnten z.B. auch die Prozesse geregelt werden, die in Kraft treten, sobald es in der Belegschaft zu infektiösen Erkrankungen gekommen ist. Darin kann beispielsweise auch festgelegt werden, welche kritischen Funktionen besetzt sein müssen, um den Betrieb aufrechtzuerhalten, wer die Koordination aller Beteiligten übernimmt u.a.m.

**Nur wenn der Arbeitgeber keine geeigneten Vorkehrungen trifft, dürfen Arbeitnehmer eigeninitiativ Schutzmaßnahmen treffen.**

Erste Gerichte hatten sich bereits mit von Arbeitnehmern selbst vorgenommenen Präventivmaßnahmen zu beschäftigen. Dabei ging es um Tragen eines Mundschutzes und von Handschuhen durch Arbeitnehmer in Duty-Free-Shops am Flughafen insbesondere während der Ankunft von Flügen aus China, also einem Coronavirus-Risikogebiet. Der Arbeitgeber hatte dies verboten, der Betriebsrat ein Verfahren angestrengt. Zu einer Entscheidung in der Sache zum Bestehen eines Mitbestimmungsrechts bzw. einer Duldungspflicht ist es nicht gekommen. Nachdem der Arbeitgeber schriftlich mitgeteilt hatte, die Arbeitnehmer könnten bei der Arbeit Mundschutz und Handschuhe tragen, falls sie dies wollten, hat der Betriebsrat das Verfahren für erledigt erklärt.<sup>13</sup>

In jedem Einzelfall wird man eine Abwägung zwischen dem Schutzinteresse des Arbeitnehmers und dem Interesse des Arbeitgebers z.B. an einem bestimmten Erscheinungsbild seiner Arbeitnehmer gegenüber Kunden vornehmen müssen. In den Flughafen-Fällen wird man mit Blick auf den unmittelbaren Kontakt mit vielen Personen aus verschiedenen Ländern davon ausgehen müssen, dass Schutzmaßnahmen der Arbeitnehmer zu dulden sind, sofern der Arbeitgeber diesbezüglich keine adäquaten Maßnahmen ergriffen hat. Gleiches gilt für das medizinische Personal, wobei hier i.d.R. Schutzmaßnahmen ohnehin schon gelten und die Arbeitgeber penibel auf deren Einhaltung achten.

<sup>13</sup> ArbG Berlin – 55 BV Ga 2341/20, n.v.; LAG Berlin-Brandenburg PM 12/20 v. 4.3.2020.