

# AKTUELL ZUR CORONA-KRISE

## WICHTIGE INFORMATIONEN FÜR DIE UNTERNEHMER IM GASTGEWERBE

### FAQs zum Arbeits- und Sozialrecht

(Stand 20. März 2020)

In Zeiten zunehmender Ausbreitung des Coronavirus, von Schul- und Betriebs-schließungen, stellen sich natürlich auch viele Fragen, die das Verhältnis zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern und die Reduzierung der laufenden Personalkosten betreffen.

Derzeit besonders im Fokus steht der Themenkomplex Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld. Hierzu haben wir spezielle FAQ's erstellt, die wir fortlaufend aktualisieren und auf unserer Website zur Verfügung stellen.

Andere typische Fragen aus der Branche, die sich aufgrund der Corona-Ausbreitung im Arbeits- und Sozialrecht stellen, beantworten wir nachfolgend in kurzer Form. Für individuelle Rechtsberatung wenden Sie sich bitte an Ihre DEHOGA-Geschäftsstelle im zuständigen Landesverband.

Für alle Fragen im Umgang mit Mitarbeitern gilt: Die arbeitsrechtliche Seite ist das eine. Ein Umgang miteinander auf allen Ebenen, der sowohl die Sorgen der Mitarbeiter als auch den gemeinsamen Kampf um den Fortbestand der Betriebe im Blick hat, ist in der aktuellen dramatischen Situation unverzichtbar.

*Ergänzend zu den nachfolgend dargestellten besonders branchenrelevanten Fragen sei auf die [hier verlinkten](#) Praxishinweise der Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände (BDA), **Stand 13. März 2020** hingewiesen.*

#### **I. Welche arbeitsrechtlichen Möglichkeiten zur Reduzierung der Personalkosten hat der Arbeitgeber, wenn der Arbeitskräftebedarf aufgrund des Coronavirus deutlich geringer ist als gewöhnlich?**

Folgende Maßnahmen können im Einzelfall geprüft werden:

##### ➔ **Arbeitszeitkonto**

Wenn ein Arbeitszeitkonto vereinbart ist, können Plusstunden genutzt und – je nach tariflicher bzw. arbeitsvertraglicher Regelung – ggf. auch Minusstunden aufgebaut werden. Kurzfristige Liquidität bringt das nicht.

➔ **Urlaub**

Der Arbeitgeber kann nur in sehr engen Ausnahmefällen (z.B. Regelung zu Betriebsurlaub im Arbeits- oder Tarifvertrag, Resturlaub) einseitig Urlaub anordnen. Jedoch können im Dialog mit den Arbeitnehmern die Möglichkeiten einer an die Umsatzsituation angepassten Urlaubsgewährung besprochen werden. Kurzfristige Liquidität bringt das nicht. Es kann Mitarbeitern auch angeboten werden, unbezahlten Urlaub zu nehmen.

➔ **Kurzarbeit**

Im Wege der Kurzarbeit kann die Arbeitszeit reduziert werden, im Extremfall (insbesondere bei Betriebsschließungen) bis auf Null. Das Arbeitsentgelt reduziert sich entsprechend der Arbeitszeit und die Bundesagentur für Arbeit trägt über das Kurzarbeitergeld (Kug) Lohnkosten und Sozialversicherungsbeiträge. Die Voraussetzungen und Konsequenzen im Einzelnen werden in den DEHOGA-FAQ's Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld dargestellt, ebenso wie die Schritte, die Unternehmen tun müssen, um Kug zu bekommen. Liquidität entsteht, sobald die BA die vorläufige Entscheidung zur Zahlung von Kug getroffen hat, sofern der Arbeitgeber die Auszahlung des Kug vor Prüfung der Unterlagen beantragt hat.

➔ **Arbeitsvertrag einvernehmlich ruhend stellen**

Arbeitsvertraglich ist es möglich, Arbeitsverträge ruhend zu stellen, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer sich darauf verständigen. Dies bietet sich insbesondere bei den jetzt anlaufenden vollständigen oder teilweisen Betriebsschließungen für Beschäftigte an, die die persönlichen Voraussetzungen für das Kurzarbeitergeld nicht erfüllen. Die beiderseitigen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ruhen für eine vereinbarte Zeit und werden danach wieder aufgenommen. Eine solche Lösung kann Arbeitgeber und Arbeitnehmer die Kündigung ersparen und macht z.B. Sinn, wenn Beschäftigte für eine vorübergehende Zeit in einem anderen Unternehmen arbeiten wollen, das Corona-bedingt gerade mit Personalengpässen zu kämpfen hat.

*Eine Muster-Vereinbarung für das Ruhens des Arbeitsverhältnisses erhalten Sie in Ihrer DEHOGA-Geschäftsstelle beim zuständigen Landesverband.*

➔ **Betriebsbedingte Änderungskündigung**

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine betriebsbedingte Änderungskündigung, gerichtet auf eine Reduzierung der vertraglichen Stundenzahl, möglich ist, ist im Einzelfall zu prüfen. Insbesondere kommt es dabei darauf an, ob das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist.

## ➔ Betriebsbedingte Kündigung

Ob und unter welchen Voraussetzungen eine betriebsbedingte Kündigung möglich ist, ist im Einzelfall zu prüfen. Insbesondere kommt es dabei darauf an, ob das Kündigungsschutzgesetz anwendbar ist.

Mittelfristig können weitere Maßnahmen verfolgt werden, insbesondere

- Befristete Arbeitsverträge auslaufen lassen
- Mitarbeitern anbieten, Arbeitszeit zu verändern (z.B. Teilzeit, Sabbatical, Elternzeit)
- Freiwillige bzw. übertarifliche Leistungen reduzieren

Grundsätzlich ist jedoch zu sagen: Das Risiko von Einnahmeausfällen, auch im Falle unabwendbarer Ereignisse („höhere Gewalt“) liegt in der Risikosphäre des Arbeitgebers. Die arbeitsrechtlichen Möglichkeiten, den Arbeitnehmer an diesem Risiko zu beteiligen, sind begrenzt. Das gilt selbst im Fall vollständiger behördlicher Betriebsschließung.

*Deshalb fordert der DEHOGA – ergänzend zu den Verbesserungen beim Kurzarbeitergeld - u.a. Liquiditätshilfen mit einer hundertprozentigen Haftungsfreistellung sowie ein Beihilfeprogramm mit direkten Finanzhilfen.*

## II. Zahlungs-, Freistellungs-, Erstattungsansprüche

**Es gibt viele unterschiedliche Konstellationen, in denen der Arbeitnehmer aufgrund der Corona-Auswirkungen aus den unterschiedlichsten Gründen nicht arbeiten kann oder will.**

**Wann hat der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Freistellung? Wann behält / wann verliert er seinen Lohnanspruch, wenn er nicht arbeitet? Wann kann es Entschädigungs- bzw. Erstattungsansprüche gegen Dritte geben?**

### **Vorangestellt: Exkurs zu § 616 BGB**

§ 616 BGB regelt den Fall einer persönlichen Arbeitsverhinderung eines Arbeitnehmers. Weil diese Norm in vielen arbeitsrechtlichen Fallkonstellationen im Kontext mit Vergütungsfragen beim Coronavirus eine Rolle spielt, wird sie hier im Zusammenhang erörtert. Ihre Anwendung auf die einzelnen Lebenssachverhalte erfolgt dann jeweils dort im passenden inhaltlichen Kontext.

§ 616 BGB legt fest, dass ein Arbeitnehmer, der für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist, den Anspruch auf die volle

Arbeitsvergütung behält. Typische Anwendungsfälle sind z.B. unaufschiebbare Arztbesuche während der Arbeitszeit, Todesfälle, Beerdigungen oder Geburten in der Familie oder die Pflege erkrankter Kinder etc. Was eine „nicht erhebliche Zeit“ ist, richtet sich nach dem Verhinderungsgrund sowie danach, wie lange das Arbeitsverhältnis schon dauert.

In allen gastgewerblichen Tarifverträgen sind typische Fälle des § 616 BGB geregelt („Arbeitsversäumnisse wegen besonderer Verhinderung“), allerdings nur zu einem Teil abschließend. § 616 BGB kann auch im Arbeitsvertrag ganz oder teilweise abbedungen werden. Soweit es für die Beantwortung der Frage, ob ein Anspruch auf bezahlte Freistellung vorliegt, auf die Geltung von § 616 BGB ankommt, muss der Arbeitgeber also zuerst prüfen, ob nach den jeweils anwendbaren arbeits- bzw. tarifvertraglichen Regelungen § 616 BGB im konkreten Arbeitsverhältnis gilt oder nicht. Diese Frage muss im Einzelfall geprüft und kann nicht allgemein beantwortet werden.

**1. Der Betrieb wird durch eine behördliche Maßnahme (Rechtsverordnung bzw. Erlass oder auch Einzelmaßnahme nach dem Infektionsschutzgesetz) oder aufgrund betriebswirtschaftlicher Entscheidung des Unternehmers geschlossen und es gibt keine Arbeit mehr.**

Nach derzeitiger Rechtslage besteht der Entgeltanspruch der Arbeitnehmer, soweit sie arbeitsfähig und arbeitswillig sind und nicht zugleich gegen sie ein Tätigkeitsverbot oder eine Quarantäne verhängt wurde (Annahmeverzugslohn) fort.

Denn im Rahmen der sog. Betriebsrisikolehre trägt bei nicht beherrschbaren Risiken grundsätzlich der Arbeitgeber das Risiko für den Betriebsausfall, auch wenn er diesen nicht zu vertreten hat. Es gibt aus der Vergangenheit verschiedene Urteile, wo die Risikotragung des Arbeitgebers auch bei behördlichen Maßnahmen bejaht wurde, die in der besonderen Art des Betriebs angelegt sind (z.B. wegen des breiten Personenkontaktes bei Hochschulen oder Veranstaltungsunternehmen).

Wichtigste Reaktionsmöglichkeit des Arbeitgebers in diesen Fällen ist aktuell die schnellstmögliche Anzeige von Kurzarbeit, vgl. DEHOGA-FAQ's Kurzarbeit und Kurzarbeitergeld.

Näheres zum Thema Betriebsschließungen und möglichen Entschädigungsansprüchen in unseren DEHOGA-FAQ's Betriebsschließung.

## 2. Gegen einen einzelnen Mitarbeiter besteht ein konkreter Infektionsverdacht

Dann wird die Behörde für diesen eine Quarantäne oder ein Tätigkeitsverbot nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG) aussprechen. Wenn der Arbeitnehmer nicht arbeitsunfähig krank ist, löst die Maßnahme nach dem IfSG keinen Lohnanspruch nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) aus, jedoch einen öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch für den Arbeitnehmer nach dem IfSG (§ 56).

### **Entschädigungsanspruch nach § 56 Infektionsschutzgesetz (IfSG)**

Beschäftigte, die als Krankheits- oder Ansteckungsverdächtiger aufgrund von Tätigkeitsverboten oder einer Quarantäne einen Verdienstaufschlag erleiden, können dafür eine **Verdienstaufschlagsentschädigung von der zuständigen Landesbehörde** erhalten.

In der Höhe entspricht der Entschädigungsanspruch in den ersten sechs Wochen dem Verdienstaufschlag, danach dem Krankengeld.

Bis zu sechs Wochen lang zahlt der Arbeitgeber die Entschädigung aus, hat dafür aber einen Erstattungsanspruch gegen die Behörde und auch die Möglichkeit eines Vorschusses. Nach sechs Wochen zahlt die Behörde direkt die Entschädigung an den betroffenen Arbeitnehmer (auf Antrag). Anträge auf Erstattung müssen innerhalb von drei Monaten gestellt werden.

**Die zuständige Behörde für den Anspruch aus § 56 IfSG** regelt das Landesrecht, in den meisten Bundesländern sind das die Bezirksregierungen. Die [HIER verlinkte Übersicht](#) listet die Ansprechpartner in den Bundesländern auf und verlinkt ihrerseits direkt auf diese.

Hinweis: Die in Ziff. II.1 – 4 dargestellten Erwägungen zum Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG beziehen auf Entschädigungsansprüche aufgrund von Tätigkeitsverboten / Quarantäne von Mitarbeitern. Entschädigt wird hier (über den Arbeitgeber) ausschließlich der Verdienstaufschlag von Mitarbeitern. § 56 erfasst nicht die Entschädigung für behördliche Betriebsschließungen nach dem IfSG, die nicht am Infektionsrisiko durch einzelne Mitarbeiter anknüpfen. Weiter Informationen hierzu in unseren DEHOGA-FAQ's zum Thema Betriebsschließung.

**Achtung:** Der Entschädigungsanspruch eines infektionsverdächtigen Mitarbeiters besteht allerdings nur dann, wenn der Arbeitnehmer keinen anderweitigen Zahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber hat. Ein solcher anderweitiger Anspruch kann in § 616 BGB liegen (zur Anwendbarkeit siehe Exkurs oben).

Nach älterer Rechtsprechung zum ehemaligen Bundesseuchengesetz (Salmonellenverdacht bei Metzgergeselle) ging bei einem seuchenpolizeilichen Tätigkeitsverbot gegen einzelne Arbeitnehmer der Anspruch nach § 616 BGB der Entschädigung nach dem Bundesseuchengesetz vor. Es muss derzeit davon ausgegangen werden, dass diese Rechtsprechung auch auf das IfSG übertragen wird. Wenn § 616 BGB also im jeweiligen konkreten Arbeitsverhältnis anwendbar ist, bestünde ein Anspruch auf bezahlte Freistellung gegen den Arbeitgeber, der den Entschädigungsanspruch nach dem IfSG verdrängt. Die Dauer der bezahlten Freistellung nach § 616 BGB betrüge dann nach der Rechtsprechung bis zu sechs Wochen.

Da die Abgrenzungsfragen allerdings in dieser Konstellation im Einzelfall sehr schwierig zu beantworten sind, würden wir betroffenen Arbeitgebern im Zweifelsfall immer empfehlen, den Erstattungsantrag nach § 56 IfSG bei der zuständigen Behörde zu stellen.

### **3. Ein Mitarbeiter zeigt Erkältungssymptome oder ist gerade aus dem Urlaub in einer besonders betroffenen Region zurückgekehrt. Es gibt aber kein behördliches Handeln.**

Arbeitsrechtlich gesehen besteht die Arbeitspflicht fort. Hat der Arbeitgeber trotzdem Anlass zu der Befürchtung, dass eine Corona-Infektion gegeben sein könnte, empfiehlt es sich aus Gründen der Fürsorge gegenüber Kollegen und Gästen und auch um evtl. Haftungsrisiken sicher auszuschließen, unbedingt den Arbeitnehmer für die Dauer der Inkubationszeit von der Arbeit freizustellen.

In diesem Fall vorsorglichen Handelns gibt es allerdings keinerlei Erstattungsansprüche für den fortbestehenden Lohnanspruch des Arbeitnehmers. Zur Kostenminimierung kommen ggf. der Abbau von Überstunden/Plusstunden im Arbeitszeitkonto, bezahlter oder unbezahlter Urlaub (nur freiwillig) oder für Tätigkeiten, in denen das möglich ist, Arbeit im Homeoffice in Betracht.

### **4. Ein Mitarbeiter ist aufgrund Erkrankung an Covid-19 arbeitsunfähig**

Wie bei jeder Arbeitsunfähigkeit infolge Erkrankung besteht dem Grunde nach ein Anspruch nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG), soweit die generellen Voraussetzungen (insbesondere mindestens vierwöchige Dauer des Arbeitsverhältnisses) gegeben sind. Etwas anderes kann ggf. gelten, wenn den Arbeitnehmer ein eigenes Verschulden an der Erkrankung trifft, z.B. weil er bei einer Privatreise eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes missachtet hat. Eine Erstattung durch die Krankenkasse erhalten diejenigen Arbeitgeber, die am U1-Umlageverfahren teilnehmen.

Allerdings geht nach der wohl herrschenden Meinung der Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG dem Entgeltfortzahlungsanspruch nach dem EFZG vor. Gegen eine nachweislich aufgrund Corona-Infektion erkrankte Person wird die Behörde eine Quarantäne verhängen, was den Entschädigungsanspruch auslöst. Es empfiehlt sich also auch in solchen Fällen unbedingt, den Erstattungsantrag bei der Behörde nach § 56 IfSG zu stellen (s. oben).

Im Zusammenhang mit **Krankschreibungen** ist zu beachten, dass sich die Kassenärztliche Bundesvereinigung und der GKV-Spitzenverband darauf verständigt haben, dass Personen mit leichten Atemwegserkrankungen ohne Verdacht eine Infektion mit COVID-19 von ihrem Arzt **telefonisch** für bis zu sieben Tage krankschreiben lassen können. Dies stellt eine vollgültige AU dar und führt zu Entgeltfortzahlungsansprüchen.

#### **5. Die Behörde belegt Mitarbeiter im Unternehmen als Kontaktpersonen eines Infizierten mit einem Tätigkeitsverbot oder einer Quarantäne.**

Von einer Quarantäne oder einem Tätigkeitsverbot eines einzelnen erkrankten oder infizierten Mitarbeiters zu unterscheiden ist der Fall, dass die Behörde mehrere oder gar alle Mitarbeiter im Unternehmen als Kontaktpersonen eines Infizierten mit einem Tätigkeitsverbot oder einer Quarantäne belegt.

Hier kommt weder ein Entgeltfortzahlungsanspruch der Kollegen gegen den Arbeitgeber nach dem EFZG in Betracht (denn sie selbst sind nicht krank) noch ein Anspruch auf bezahlte Freistellung gegen den Arbeitgeber nach § 616 BGB (denn hier liegt keine subjektive Verhinderung einzelner Personen vor, sondern ein objektives Leistungshindernis).

Einschlägig ist hier der Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG (s. oben).

#### **6. Der Mitarbeiter kann nicht zur Arbeit kommen, weil öffentliche Verkehrsmittel nicht fahren.**

Der Arbeitsweg liegt in der Risikosphäre des Arbeitnehmers (Wegerisiko). Wenn ein Arbeitnehmer nicht zur Arbeit kommt, weil er auf öffentliche Verkehrsmittel angewiesen ist und diese nicht nehmen kann, verliert er rechtlich gesehen den Anspruch auf sein Entgelt.

Auf Wunsch des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber diesen unter Wegfall des Vergütungsanspruchs freiwillig freistellen. Auch (bezahlter oder unbezahlter) Urlaub sind in solchen Fällen einvernehmlich möglich.



## **7. Der Mitarbeiter hat Angst, sich auf dem Arbeitsweg in den öffentlichen Verkehrsmitteln mit dem Coronavirus zu infizieren, und möchte deshalb nicht zur Arbeit kommen.**

Arbeitsrechtlich gesehen ändert eine nur allgemeine Angst vor Ansteckung nichts an der Arbeitspflicht. Der Arbeitsweg liegt in der Risikosphäre des Arbeitnehmers. Wenn ein Arbeitnehmer nicht zur Arbeit kommt, weil er die öffentlichen Verkehrsmittel nicht nehmen will, verliert er rechtlich gesehen den Anspruch auf sein Entgelt.

Auf Wunsch des Arbeitnehmers kann der Arbeitgeber diesen unter Wegfall des Vergütungsanspruchs freiwillig freistellen. Auch (bezahlter oder unbezahlter) Urlaub sind in solchen Fällen einvernehmlich möglich.

In der aktuellen Situation, in der es darum geht, soziale Kontakte möglichst zu vermeiden, um die Ausbreitung des Coronavirus zu verlangsamen, sollten jedoch für solche Sorgen der Arbeitnehmer möglichst pragmatische Lösungen gefunden werden. Bereits vielfach umgesetzt wird das Angebot mobilen Arbeitens von zu Hause aus für die Tätigkeiten, die dafür in Frage kommen. Einen Rechtsanspruch auf Homeoffice gibt es nicht. Für Mitarbeiter, die weiterhin im operativen Geschäft gebraucht werden, können risikominimierte alternative Transportmöglichkeiten geprüft werden.

## **8. Der Mitarbeiter hat Angst, sich im Betrieb mit Corona zu infizieren und möchte deshalb nicht zur Arbeit kommen.**

Hier ist zu differenzieren:

Wenn Mitarbeiter Kontakt mit konkret infektionsverdächtigen Kollegen oder Gästen hatten, wird die Behörde häusliche Quarantäne bis zum Zeitpunkt der Entkräftung des Verdachts (negatives Testergebnis) für die Mitarbeiter anordnen, die Kontaktpersonen waren. Konsequenz ist dann der Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG wie oben dargestellt.

Fehlt es an einer solchen behördlichen Maßnahme und liegt eine bloß diffuse Angst vor Ansteckung z.B. an asiatischen Gästen oder Kollegen vor, ändert sich nichts an der Arbeitspflicht.

Sind jedoch tatsächlich konkrete Risiken erkennbar, auch ohne dass ein behördliches Handeln erfolgt, so ist der Arbeitgeber im Rahmen seiner **Fürsorgepflicht** verpflichtet, mögliche Ansteckungen über Aufklärungs- und Vorsichtsmaßnahmen zu verhindern. Das kann z.B. der Fall sein, wenn Kollegen aus dem Urlaub in besonders gefährdeten Regionen zurückkehren oder sonst besonderen Ansteckungsrisiken ausgesetzt waren und Erkältungssymptome zeigen.



Im Rahmen der Fürsorgepflicht gegenüber anderen Kollegen kann es im Einzelfall auch geboten sein, infektionsverdächtige Mitarbeiter bezahlt von der Arbeit freizustellen. Unter engen Voraussetzungen gibt es ein Befragungsrecht des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer, ob er einem deutlich erhöhten Ansteckungsrisiko ausgesetzt war (nur Negativauskunft) sowie die Möglichkeit zur Anordnung einer ärztlichen Untersuchung des Arbeitnehmers (bei überwiegendem berechtigtem Interesse).

### **9. Aufgrund der Schul- oder Kitaschließungen muss der Mitarbeiter seine kleineren Kinder betreuen und kann deshalb nicht zur Arbeit kommen.**

Nach unserer Rechtsauffassung lösen **jedenfalls die jetzt bundesweit beschlossenen Schul- und Kitaschließungen bis nach den Osterferien unabhängig vom Alter der Kinder keinen Anspruch auf bezahlte Freistellung nach § 616 BGB** aus.

Denn zum einen liegt hier kein Leistungshindernis in der Person des Arbeitnehmers vor, sondern ein allgemeines Hindernis, das eine Vielzahl von Personen betrifft. Zum anderen stellen die wochenlangen Schließungen keine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ dar.

Die Konsequenz ist, dass es zwar einen Freistellungsanspruch des Arbeitnehmers gibt, wenn die Kinder so jung sind, dass sie betreut werden müssen und der Mitarbeiter keine anderen Möglichkeiten der Kinderbetreuung hat. Die Vergütungspflicht würde aber im Gegenzug ebenfalls entfallen (Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit).

Jedenfalls muss der Arbeitnehmer aber alles ihm Mögliche und Vertretbare tun, um seine Verhinderung möglichst kurz zu halten und andere Möglichkeiten der Betreuung (z.B. Organisation der Obhut Dritter) zu nutzen. Von einer Betreuung durch die Großeltern, die häufig der Risikogruppe angehören, wird in der aktuellen Corona-Situation gewarnt.

(Die Frage der Anwendbarkeit von § 616 BGB auf Schul- und Kitaschließungen ist juristisch umstritten. Höchstrichterliche Rechtsprechung zu dieser Frage gibt es bislang nicht. Wenn entgegen der hier vertretenen Rechtsauffassung und entgegen der wohl h.M. grundsätzlich annimmt, dass eine Schul- oder Kitaschließung einen Fall von § 616 BGB darstellt, stellt sich die Frage, wie lange die Freistellung erfolgen muss. § 616 BGB spricht von einer „verhältnismäßig nicht erheblichen“ Zeit. Hierzu gibt es unterschiedliche Rechtsauffassungen. Die wohl h.M. nimmt einen Zeitraum von wenigen Tagen (etwa fünf Tage) an. Teilweise wird auch die Parallele zum Pflegezeitgesetz gezogen und von zehn Tagen gesprochen. Es kommt aber auch auf den Einzelfall (z.B. Alter und Aufsichtsbedürftigkeit der Kinder) an. Bei zwei berufstätigen Eltern, die keine andere

Betreuungsmöglichkeit haben, haben diese ein Wahlrecht, wer von ihnen den Anspruch geltend macht. Auch eine Aufteilung ist möglich, verlängert aber nicht den Gesamtanspruch.)

### **10. Der Mitarbeiter muss Angehörige pflegen, die an Covid-19 erkrankt sind,**

Die notwendige Pflege von erkrankten Angehörigen löst einen Anspruch auf bezahlte Freistellung nach § 616 BGB aus, wenn dieser nicht abbedungen wurde. Unvorhergesehene Erkrankungen naher Angehöriger stellen nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein persönliches Leistungshindernis im Sinne dieser Regelung dar. Bei der Pflege von Kindern greift subsidiär das sog. „Kinderkrankengeld“ des § 45 SGB V, wenn § 616 BGB abbedungen wurde. Die Altersgrenze des § 45 SGB V (12 Jahre) sowie die Regelung der Dauer (10 Tage) könnten auf § 616 BGB übertragen werden (streitig).

## **III. Kündigungsmöglichkeiten in Zeiten coronabedingter Schwierigkeiten**

*Hinweis:* Das Kündigungsrecht ist ein komplexes Rechtsgebiet, das hier nur in knappen Grundzügen dargestellt wird. Die Besonderheiten in Betrieben mit Betriebsrat werden nicht berücksichtigt.

### **1. Mein Betrieb ist aufgrund der Corona-bedingten Umsatzrückgänge akut existenzgefährdet. Kann ich meinen Mitarbeitern fristlos kündigen?**

Nein, fristlose Kündigungen wegen der wirtschaftlichen Einbußen aufgrund der staatlichen Maßnahmen zur Reduzierung der Infektionsgefahr erscheinen zum derzeitigen Zeitpunkt nicht möglich.

Nach der Rechtsprechung sind Betriebseinstellung und Betriebseinschränkung unabhängig davon, ob sie auf einer unternehmerischen Entscheidung beruhen oder zwangsläufig eintreten (z.B. Brandschaden), regelmäßig kein wichtiger Grund zur außerordentlichen Kündigung.

Selbst die Insolvenzeröffnung berechtigt nicht zur fristlosen Kündigung. Dementsprechend ist auch die Insolvenzgefahr grundsätzlich kein wichtiger Grund.

### **2. Mein Betrieb ist von den Corona-bedingten Umsatzrückgängen betroffen, kann ich meinen Mitarbeitern fristgerecht kündigen?**

Fristgerechte Kündigungen sind nach den folgenden Voraussetzungen grundsätzlich möglich.

#### **2.1 im Kleinbetrieb**

Sogenannte Kleinbetriebe, die nicht unter das Kündigungsschutzgesetz fallen,

können jederzeit Mitarbeiter unter Einhaltung der jeweiligen tariflichen, vertraglichen oder gesetzlichen Kündigungsfristen kündigen. Kleinbetriebe sind Betriebe mit weniger als 10 Arbeitnehmern. Die Arbeitnehmer werden für die Berechnung der Mitarbeiterzahl gem. § 23 Abs. 1 S. 4 KSchG wie folgt berücksichtigt

- bis einschließlich 20 Stunden/Woche mit dem Faktor 0,50
- bis einschließlich 30 Stunden/Woche mit dem Faktor 0,75
- über 30 Stunden/Woche mit dem Faktor 1,0
- Inhaber und Auszubildende zählen nicht mit

## **2.2 wenn Mitarbeiter noch keine 6 Monate beschäftigt und nicht schwanger oder in Elternzeit sind**

Auch in Betrieben, welche unter das Kündigungsschutzgesetz fallen, können grundsätzlich Mitarbeiter fristgerecht gekündigt werden, die zum Zeitpunkt der Kündigung seit weniger als sechs Monaten beschäftigt sind. Eine Ausnahme sind befristete Arbeitsverhältnisse, bei denen eine ordentliche Kündigung während der Befristungszeit nicht ausdrücklich erlaubt ist.

## **2.3. bei Verkleinerungen, Umstrukturierungen, Rationalisierungen, etc.**

Betriebsbedingte Kündigungen aus den in „Normalzeiten“ nach dem Kündigungsschutzgesetz zulässigen Gründen sind natürlich auch in Coronazeiten möglich. Sie sind jedoch rechtlich komplex. Eine individuelle rechtliche Beratung ist sinnvoll und wird durch diese FAQs nicht ersetzt.

- ➔ Liegt keine der drei genannten Fallkonstellationen vor, reichen Corona-bedingte Umsatzrückgänge für eine betriebsbedingte Kündigung nicht aus.

## **3. Ich schließe meinen dem Kündigungsschutzgesetz unterliegenden Betrieb jetzt aufgrund der Corona-Bestimmungen vollständig und habe keinen Arbeitskräftebedarf mehr. Kann ich meinen Mitarbeitern fristgerecht kündigen?**

Grund für eine betriebsbedingte Kündigung kann die sogenannte **Betriebsstilllegung** sein. Die Stilllegung erfordert den ernstlichen und endgültigen Entschluss des Arbeitgebers, die Betriebs- und Positionsgemeinschaft zwischen ihm und dem Arbeitnehmer auf Dauer oder zumindest für einen unbestimmten, aber wirtschaftlich nicht unerheblichen Zeitraum aufzuheben.

**Achtung**, der Europäische Gerichtshof geht bei einer nur wenige Monate dauernden Unterbrechung von einer unerheblichen Betriebspause oder Betriebsunterbrechung aus. Eine alsbaldige Wiedereröffnung des Betriebes spricht im Wege einer tatsächlichen Vermutung gegen eine ernsthafte Absicht, den Betrieb

stillzulegen.

Das bedeutet, die jetzt zunehmend erfolgenden Betriebsschließungen aufgrund der Corona-Rechtsverordnungen bzw. Erlässe der Bundesländer oder daraus mittelbar resultierenden betriebswirtschaftlichen Entscheidungen für die Zeit bis nach Ostern, dürften für eine betriebsbedingte Kündigung in Betrieben, die dem Kündigungsschutzgesetz unterliegen, wohl nicht ausreichen. Das gilt auch, wenn jetzt auf noch unbestimmte, aber vorübergehende Zeit der Betrieb stillgelegt wird.

#### **4. Wie muss ich vorgehen, wenn ich in meinem Betrieb, der dem Kündigungsschutzgesetz unterliegt, betriebsbedingte Kündigungen aussprechen muss?**

Eine betriebsbedingte Kündigung muss sozial gerechtfertigt sein.

Es müssen dringende betriebliche Erfordernisse die Kündigung rechtfertigen. Es darf auch keinen anderen Arbeitsplatz geben, auf dem der Arbeitnehmer – auch nach zumutbarer Umschulung oder Fortbildung – beschäftigt werden kann.

Man muss also prüfen, ob dringende betriebliche Gründe vorliegen. Dabei unterscheidet man zwischen außer- und innerbetrieblichen Gründen. Diese Abgrenzung ist von erheblicher Bedeutung für die Praxis. Beruft sich der Arbeitgeber allein auf außerbetriebliche Gründe, zum Beispiel auf Auftragsrückgang, so liegt ein kündigungsrelevanter Sachverhalt nur vor, wenn der Arbeitgeber den unmittelbaren Zusammenhang zwischen Auftragsrückgang und fehlender Beschäftigungsmöglichkeit für den Arbeitnehmer auf Zeit und auch im Streitfall belegen kann.

Anders liegen die Fälle der innerbetrieblichen Gründe, zum Beispiel Verfall oder Unrentabilität des Betriebes. Diese Aspekte haben unmittelbar auf die Beschäftigungslage keinen Einfluss. Einfluss haben sie dann, wenn der Arbeitgeber sie zum Anlass nimmt, eine Organisationsentscheidung beziehungsweise Rationalisierungsmaßnahme als Unternehmerentscheidung zu treffen und im Betrieb umzusetzen und hierdurch die Beschäftigungsmöglichkeit im Betrieb entfällt.

Diese Unternehmerentscheidung unterliegt dann im Falle eines Arbeitsgerichtsprozesses nur der Missbrauchskontrolle. Das Gericht darf diese Entscheidung des Arbeitgebers nicht auf ihre Notwendigkeit und Zweckmäßigkeit hin überprüfen. Dies bedeutet in der Praxis, dass es leichter ist, innerbetriebliche Gründe darzustellen, da diese nur in dem geschilderten Umfang überprüft werden können, wonach außerbetriebliche Gründe weitaus mehr Darlegungsprobleme machen.

Gekündigt werden kann nur, wer nach sozialer Auswahl am wenigsten schutzwürdig ist.

Zur Vorbereitung und Entscheidung über eine betriebsbedingte Kündigung hilft ein Fragebogen, den Mitglieder bei ihrer DEHOGA-Geschäftsstelle im zuständigen Landesverband erhalten.

**Rechtlicher Hinweis:** *Trotz sorgfältiger inhaltlicher Kontrolle übernehmen wir keine Haftung für die Richtigkeit, Vollständigkeit und Aktualität der Fragen und Antworten. Sie sollen gastgewerblichen Betrieben als eine erste Hilfestellung dienen. Die Antworten auf die Fragen stellen jedoch keine Rechtsberatung dar und vermögen eine Rechtsberatung durch den DEHOGA Landesverband oder einen Rechtsanwalt im Einzelfall auch nicht zu ersetzen.*

Für die Unterstützung bei der Erstellung dieser FAQs danken wir insbesondere Melanie von Görtz, DEHOGA Baden-Württemberg, sehr herzlich.