



VERBAND UND SERVICEORGANISATION
DER WIRTSCHAFTSREGIONEN HOLSTEIN UND HAMBURG E. V.

Sonder-Rundschreiben 15.03.2020

Pandemiebedingte Kinderbetreuung – Auswirkungen auf die Arbeitsverhältnisse

In fast allen Bundesländern sind ab Montag, den 16.03.2020 die Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen geschlossen, um einer Verbreitung des Corona-Virus zu begegnen. Nach aktuellem Stand erfolgen die Schließungen mindestens für die Dauer von zwei Wochen. Eine Vielzahl von Arbeitnehmern wird daher nicht zur Arbeit in die Betriebe kommen. Vor diesem Hintergrund stellen sich u.a. folgende Fragen:

- 1.) Sind die Arbeitnehmer berechtigt, der Arbeit fern zu bleiben?
Falls die Berechtigung besteht, für welchen Zeitraum besteht sie?
- 2.) Ist der Arbeitgeber verpflichtet, die vertragsgemäße Vergütung weiterhin zu bezahlen? Wenn ja, für welchen Zeitraum besteht diese Verpflichtung?
- 3.) Welche konkreten Reaktionen sollten erfolgen, wenn Arbeitnehmer ihr Fernbleiben von der Arbeit wegen der beschriebenen Situation mitteilen?

Bevor auf diese Fragen eingegangen wird, sind folgende Anmerkungen voranzustellen:

- Die aktuelle Situation in Deutschland ist nach Art und Ausmaß erstmalig, es ist daher bei der Beantwortung juristischer Fragestellungen im Wesentlichen ausgeschlossen, auf eine gesicherte Rechtsprechung zurückzugreifen. Wir beraten Sie mit diesem Rundschreiben nach bestem aktuellem Wissen.
- Die derzeitige Geschwindigkeit der Ereignisse lässt es nicht zu, die benannten Fragen mit einiger Sicherheit für einen längerfristigen Zeitraum zu beantworten; wir beschränken uns daher z.T. zunächst auf die Bewertung der kommenden zwei Wochen.
- Bei der Beantwortung der Fragen wird hier davon ausgegangen, dass die Arbeitsleistung im Betrieb weiterhin möglich und grundsätzlich erforderlich ist.
- Für weitergehende individuelle Fragestellungen steht das VSW Team wie immer uneingeschränkt zur Verfügung.

1.) Sind die Arbeitnehmer berechtigt, der Arbeit fern zu bleiben? Falls die Berechtigung besteht, für welchen Zeitraum besteht sie?

Nach unserer Überzeugung sind diese Fragen wie folgt zu beantworten:

- Arbeitnehmer sind berechtigt, der Arbeit fern zu bleiben, wenn eine pandemiebedingte Schließung der Schulen und Kinderbetriebsstätten die persönliche Betreuung des Kindes erforderlich macht.
- Die Erforderlichkeit ist gegeben, wenn das Kind nach seinem Alter (ggf. nach seiner speziellen persönlichen Situation) der Betreuung bedarf und eine andere Person für die Betreuung nicht zur Verfügung steht.
- Die Berechtigung von der Arbeit fern zu bleiben, besteht im Fall der aktuellen Corona Pandemie, jedenfalls für die Dauer von zwei Wochen.
- Der Arbeitnehmer muss die Voraussetzungen des Leistungsverweigerungsrechts darlegen (und ggf. beweisen), siehe dazu unter Ziffer 3.).

Zu den Einzelheiten:

a)

Nach § 275 Abs. 3 BGB ist der Arbeitnehmer zur Verweigerung seiner Arbeitsleistung berechtigt, wenn sie ihm unter Abwägung der beiderseitigen Interessenlage (Schwere des Leistungshindernisses einerseits sowie Arbeitgeberinteresse andererseits) nicht zumutbar ist.

Eine Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung wird regelmäßig dann angenommen, wenn ein Arbeitnehmer der Arbeit fernbleibt, um sein erkranktes Kind zu betreuen. In dieser Fallgestaltung setzt sich regelmäßig die in Art. 6 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich verankerte Elternpflicht gegenüber der Arbeitspflicht aus dem Arbeitsverhältnis durch. Wenn also das Kind eines Arbeitnehmers aufgrund einer Erkrankung der Betreuung bedarf, kann der Arbeitnehmer grundsätzlich seine Arbeitsleistung nach § 275 Abs. 3 BGB verweigern – soweit die geklärte Rechtslage.

Ein Leistungsverweigerungsrecht aus § 275 Abs. 3 BGB kommt nicht nur bei krankheitsbedingtem Betreuungsbedarf in Betracht. Auch dann, wenn aus sonstigen Gründen ein Kind des Arbeitnehmers betreut werden muss, besteht ein Leistungsverweigerungsrecht, wenn die Personensorge nicht (angemessen) durch eine andere Person wahrgenommen werden kann.

b)

Die Erforderlichkeit der Betreuung des Kindes: Hinsichtlich des Bestehens eines Betreuungsbedarfs ist in erster Linie auf das Alter des Kindes abzustellen. Der Betreuungsbedarf nimmt im Regelfall mit zunehmendem Alter des Kindes ab. Der Betreuungsbedarf gesunder und älterer Kinder ist deutlich niedriger zu veranschlagen als bei jüngeren bzw. erkrankten Kindern. Bei Kleinkindern ist ein Betreuungsbedarf dauerhaft (ganztätig) gegeben. Demgegenüber ist bei älteren Kindern der Bedarf an elterlicher Betreuung nur bei Vorliegen besonderer Umstände (z.B. einer Behinderung) zu bejahen. Zur Beurteilung der Frage, ab welchem Alter der Betreuungsbedarf deutlich nachlässt bzw. entfällt, kann die in § 45 SGB V geregelte Altersgrenze (12 Jahre) als Anhaltspunkt dienen. Es wird sich nicht vermeiden lassen, dass im Zweifel jeder Fall einer Einzelbewertung bedarf.

Das Fehlen einer anderen Betreuungsperson: Das Leistungsverweigerungsrecht besteht nur, sofern eine andere Person zur Betreuung des Kindes nicht zur Verfügung steht.

Sind beide Elternteile berufstätig, können sie selbst entscheiden, wer von ihnen die Betreuung des Kindes übernimmt; ist nur ein Elternteil berufstätig, so muss sich in aller Regel der nicht berufstätige Elternteil um das Kind kümmern. Die Freistellung des arbeitenden Elternteils ist in dieser Fallgestaltung grundsätzlich nicht notwendig und dem Arbeitgeber nicht zumutbar.

In der Situation des aktuellen Corona Virus wird man allen Arbeitnehmern die Entscheidung zubilligen müssen, Kinder ausschließlich im eigenen Haushalt und ausschließlich von in diesem Haushalt lebenden Personen betreuen zu lassen.

Die Verweis auf eine Betreuung durch die Großeltern ist wegen der erheblichen Gefahr der Krankheit für ältere Menschen überwiegend nicht zumutbar.

Der Verweis auf eine organisierte Betreuung (Freunde, Bekannte, Notfalleinrichtungen) dürfte wegen der Ansteckungsgefahr (und nach dem Aufruf von Bundeskanzlerin Angela Merkel, alle sozialen Kontakte zu vermeiden) in vielen Fällen ebenfalls nicht zumutbar sein.

c)

Der Zeitraum der berechtigten Arbeitsverweigerung: Das Leistungsverweigerungsrecht besteht nur dann, wenn eine unabwendbare Pflichtenkollision (Betreuungspflicht vs. Arbeitspflicht) besteht, die betreuungsbedingte Arbeitsverhinderung also unvermeidbar ist. Das Leistungsverweigerungsrecht besteht dementsprechend grundsätzlich auch nur so lange, bis eine anderweitige Lösung für die Betreuung gefunden / organisiert werden konnte.

Im vorliegenden Corona Fall sind die üblichen Rückgriffsmöglichkeiten (Betreuungsorganisation), die sonst zwar Zeit benötigen, im Übrigen aber zumutbar sind, gerade nicht zumutbar (s.o.). Die Situation wird sich absehbar – jedenfalls die kommenden zwei Wochen – nicht im Sinne einer Besserung ändern.

Nach unserer Überzeugung besteht daher ein Freistellungsanspruch jedenfalls für die Dauer von zwei Wochen.

2.) Ist der Arbeitgeber verpflichtet, die vertragsgemäße Vergütung weiterhin zu bezahlen? Wenn ja, für welchen Zeitraum besteht diese Verpflichtung?

Nach unserer Überzeugung sind diese Fragen wie folgt zu beantworten:

- Sofern ein Leistungsverweigerungsrecht wegen erforderlicher, pandemiebedingter Kinderbetreuung besteht und das Leistungsverweigerungsrecht ausgeübt wird, so ist der Arbeitgeber verpflichtet, die vertragsgemäße Vergütung weiterhin zu bezahlen, wenn nicht die Geltung von § 616 BGB arbeitsvertraglich (oder tarifvertraglich) generell ausgeschlossen (= abbedungen) wurde.
- Wurde § 616 BGB nicht generell abbedungen, so besteht die Vergütungspflicht jedenfalls für die Dauer von zwei Wochen.
- Der Arbeitnehmer muss die Voraussetzungen des fortbestehenden Vergütungsanspruchs darlegen (und ggf. beweisen), siehe dazu unter Ziffer 3.).

Zu den Einzelheiten:

a)

Grundsatz: Prinzipiell gilt der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“. Dieser Grundsatz wird im Arbeitsrecht durch diverse Spezialgesetze durchbrochen (z.B. EFZG, BUrlG etc.).

Der Grundsatz wird auch durch § 616 BGB durchbrochen, indem dieser regelt, dass der zur Dienstleistung verpflichtete Arbeitnehmer des Anspruchs auf Vergütung nicht dadurch verlustig wird, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.

b)

Abbedingung von § 616 BGB: Es ist zulässig, im Arbeitsvertrag oder in einem Tarifvertrag zu regeln, dass § 616 BGB auf das Arbeitsverhältnis keine Anwendung findet (Abdingbarkeit).

Wenn eine entsprechende vertragliche Regelung getroffen wurde, so hat sie im folgenden Fall nur Relevanz, wenn ein genereller Ausschluss der Anwendung von § 616 BGB vereinbart wurde. Wurden in der vertraglichen Regelung (nur) bestimmte Fallkonstellationen der Dienstverhinderung benannt, so ist ggf. durch Auslegung zu ermitteln, ob ein genereller Ausschluss von § 616 BGB vereinbart wurde oder nur ein teilweiser Ausschluss. Ein tarifvertraglicher Ausschluss ist nur für solche Arbeitsverhältnisse von Bedeutung, für die ein bestimmter Tarifvertrag kraft Tarifbindung oder kraft einzelvertraglicher Bezugnahme Anwendung findet.

Der arbeitsvertragliche Ausschluss der Anwendbarkeit von § 616 BGB unterliegt einer Wirksamkeitsprüfung nach AGB-Recht. Grundsätzlich stellt eine solche Vereinbarung jedoch keine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers dar, so dass man – bis auf Weiteres – nicht davon ausgehen kann, dass eine Abbedingung für den vorliegenden Fall der Corona Pandemie keine Wirkung entfalten würde.

Wurde die Anwendbarkeit von § 616 BGB durch wirksame Vereinbarung vertraglich ausgeschlossen, haben die Arbeitnehmer im Zeitraum der pandemieveranlassten Kinderbetreuung keinen Anspruch auf Vergütung.

c)

Anspruch auf Vergütung: Wurde die Geltung von § 616 BGB nicht vertraglich abbedungen, so verliert der Mitarbeiter seinen Anspruch auf Vergütung nicht, sofern die Voraussetzung der Vorschrift vorliegen. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer durch einen in seiner Person liegenden Grund für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert wird.

(aa) Es muss also ein persönliches Leistungshindernis vorliegen. Realisiert sich dagegen ein Alltagsrisiko, d.h. ein Risiko, das jeden Menschen bzw. eine unbestimmte Vielzahl von Personen treffen kann (objektives Leistungshindernis), entfällt ein Anspruch aus § 616 Satz 1 BGB.

Die Notwendigkeit der Betreuung eines erkrankten Kindes ist als persönliches Leistungshindernis i.S.v. § 616 BGB einzustufen. Hier ist der persönliche Umstand eines durch die Erkrankung des Kindes entstehenden Betreuungsbedarfs für den Arbeitsausfall ursächlich. Auch wenn es sich um eine Erkrankung im Rahmen einer Pandemie handelt, realisiert sich hier nicht ein Alltagsrisiko, das jeden Menschen treffen kann, sondern ein Risiko, das einen beschränkten Personenkreis (die zur Personensorge verpflichteten Arbeitnehmer) trifft.

Dies gilt auch für die Fälle, in denen das Kind zwar nicht erkrankt ist, aber infolge der Schließung der Schulen und Kindertagesstätten ein Betreuungsbedarf entsteht und es daher notwendig ist, dass ein Elternteil der Arbeit fernbleibt. Hier ist der persönliche Umstand eines durch die Schließung der Schule oder Kindertagesstätte entstehenden Betreuungsbedarfs für den Arbeitsausfall ursächlich und nicht ein objektives Leistungshindernis, also ein Alltagsrisiko, das jeden Menschen treffen kann.

(bb) Das bestehende Leistungshindernis muss unabwendbar zum Arbeitsausfall führen. Das ist der Fall, wenn die Kinderbetreuung erforderlich ist (siehe oben Ziffer 1.b).

d)

Der Zeitraum des Vergütungsanspruchs: Voraussetzung für das Fortbestehen des Vergütungsanspruchs aufgrund der Regelung in § 616 BGB ist, dass das Leistungshindernis nur für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ besteht.

Zu der Frage, was „verhältnismäßig nicht erheblich“ ist, gibt es nur wenig Einzelfallrechtsprechung und darunter keine Entscheidung, deren Inhalt sinnvoll auf die vorliegende Situation übertragen werden könnte. In den entschiedenen Fällen wurden einige Tage und bis zu zwei-einhalb Wochen für „verhältnismäßig nicht erheblich“ gehalten.

Die Kommentarliteratur sagt, dass für die Frage, ob die Leistungsverhinderung noch verhältnismäßig ist und somit ein Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung nach § 616 BGB besteht, die Art, Dauer und Schwere des Verhinderungsgrundes sowie die persönliche Situation des Arbeitnehmers zu berücksichtigen ist.

Wir gehen davon aus, dass die derzeitige flächendeckende Schließung der Schulen und Kinderbetreuungseinrichtungen in Zusammenhang mit den fehlenden Ausweichmöglichkeiten (auf Großeltern und privat organisierte Kindergruppen – s.o.) einen Verhinderungsgrund darstellt, der nach Art, Dauer und Schwere als extrem bzw. extrem schwerwiegend einzustufen ist. Wir befinden uns in einer Ausnahmesituation, die in dieser Form seit Bestehen der Bundesrepublik noch nie dagewesen ist.

Vor diesem Hintergrund gehen wir davon aus, dass jedenfalls zwei Wochen als verhältnismäßig nicht erheblich einzustufen sind und der Vergütungsanspruch daher jedenfalls für (die kommenden) zwei Wochen besteht.

3.) Welche konkreten Reaktionen können / sollten erfolgen, wenn Arbeitnehmer ihr Fernbleiben von der Arbeit wegen pandemiebedingt notwendiger Kinderbetreuung mitteilen?

Nach unserer Empfehlung können / sollten folgende Reaktionen erfolgen:

- Dokumentation der wesentlichen Umstände jedes Einzelfalles
- Besprechung (ggf. Vereinbarung) alternativer Lösungsmöglichkeiten

Zu den Einzelheiten:

a)

Dokumentation: Jeder Arbeitnehmer, der einen Freistellungsanspruch und / oder die Fortzahlung der Vergütung geltend macht, muss darlegen (ggf. beweisen), dass die Voraussetzungen vorliegen. Sie sollten daher verlangen, dass der Arbeitnehmer Ihnen die nachfolgenden Fragen beantwortet. Zu Dokumentationszwecken sollten Sie die Informationen vom Arbeitnehmer elektronisch oder in Papierform verlangen (nicht nur telefonisch aufnehmen).

- Geburtsdatum / Alter des zu betreuenden Kindes?
- Hat das zu betreuende Kind behinderungsbedingte Einschränkungen, die zwingend die Betreuung durch einen Erwachsenen bzw. die Eltern erfordern?
- Leben weitere Geschwister im Haushalt? Deren Geburtsdaten? (ggf. liegt hier eine alternative Betreuungsmöglichkeit, abhängig vom Alter)

- Lebt ein Ehegatte / Lebenspartner mit im Haushalt?
- Ist der Ehegatte / Lebenspartner selbst berufstätig? Wenn ja, in welchem Stundenvolumen? Zu welchen Arbeitszeiten / in welchem Zeitfenster schuldet der Ehegatte / Lebenspartner seine Arbeitsleistung? (ggf. liegt hier eine alternative Betreuungsmöglichkeit durch flexible / umschichtige Arbeitszeitgestaltung)
- Versicherung, dass der Ehegatte / Lebenspartner in dem Zeitraum, für den die Freistellung verlangt wird, die seinerseits geschuldete Arbeitsleistung erbringt. *Alternativ*: Versicherung, dass der Arbeitnehmer alleinerziehend ist.

b)

Besprechung alternativer Lösungsmöglichkeiten: Nach Größe und Art der Betriebe sind die Möglichkeiten insoweit sehr unterschiedlich, so dass es schwierig ist, zu diesem Punkt allgemein zu beraten. Denkbar ist:

- Besprechung, ob bei Ehegatten / Lebenspartnern, die beide berufstätig sind, abwechselnde Betreuungsmodelle denkbar sind – stundenweise, tageweise oder wochenweise.
- Besprechung, dass und ggf. ab welchem Zeitpunkt Guthaben vom Arbeitszeitkonto in Anspruch genommen werden.

Jedenfalls bis auf Weiteres kann arbeitgeberseitig nicht *verlangt* werden, dass in der aktuellen Situation (bisher nicht geplanter) Urlaub in Anspruch genommen wird. Mit dem Arbeitnehmer kann aber die Inanspruchnahme von Urlaub *vereinbart* werden. Dies bietet sich ggf. auch dann an, wenn der Arbeitnehmer wegen Abbedingung des § 616 BGB während der Kita- bzw. Schulschließung keinen Vergütungsanspruch hätte.

Ob ein arbeitgeberseitiger „Verweis“ auf die Inanspruchnahme von Guthaben von Arbeitszeitkonten möglich ist, hängt sehr von den bestehenden Vereinbarungen ab und kann nur in der individuellen Beratung beantwortet werden.

Ob die Arbeit im Homeoffice verlangt werden kann, kann auch nur in Zusammenhang mit den arbeitsvertraglichen Regelungen beantwortet werden.

Das Anwaltsteam des VSW steht Ihnen natürlich unverändert für alle Fragestellungen zur Verfügung. Wir werden alles in unserer Macht stehende tun, Sie mit unserer Beratung in diesen schwierigen Zeiten zu unterstützen.

VERBAND UND SERVICEORGANISATION
DER WIRTSCHAFTSREGIONEN HOLSTEIN UND HAMBURG E. V.


Nicole Marquardsen
Geschäftsführerin