

The background of the entire page is a blurred industrial scene, likely a factory or manufacturing plant. In the foreground on the right, there are large, metallic gears or rollers, possibly part of a conveyor system or a large machine. The lighting is somewhat dim, with some bright spots from overhead lights, creating a sense of depth and activity. The overall color palette is dominated by cool blues and greys, with the white text box providing a stark contrast.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
März 2020**

Inhalt

Aus aktuellem Anlass

Coronavirus – Auswirkungen im laufenden Arbeitsverhältnis

Aus aktuellem Anlass

Lohnfortzahlung und Entgeltrisiko bei Corona (Covid-19)

Aus aktuellem Anlass

Kurzarbeitergeld bei Betriebseinschränkungen wegen des Coronavirus

Neues vom Gesetzgeber

Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz

Aus aktuellem Anlass

Coronavirus – Auswirkungen im laufenden Arbeitsverhältnis

Das Coronavirus breitet sich aus; die Fallzahlen auch in Deutschland steigen; noch größer ist die Zahl der Personen, die von Maßnahmen des Gesundheitsschutzes betroffen sind. Von den Auswirkungen des Virus bleiben auch die Arbeitsverhältnisse nicht verschont. Der Beitrag soll einen ersten Überblick geben über die sich im laufenden Arbeitsverhältnis stellenden Fragen.

I. Arbeitspflicht des Arbeitnehmers

Einige Arbeitnehmer stellen sich und ihrem Arbeitgeber die Frage, ob sie angesichts der möglichen Infektionsgefahr **sicherheitshalber zu Hause** bleiben können oder jedenfalls ihre Arbeitsleistung zu Hause erbringen können. Die Antwort lautet grundsätzlich: „Nein!“. Ein solches allgemeines Leistungsverweigerungsrecht bzw. einseitiges Leistungsbestimmungsrecht existiert selbst bei drohenden Pandemien nicht. Bleibt ein Arbeitnehmer dennoch zu Hause, fehlt er unentschuldigt. Dies stellt eine Arbeitsverweigerung dar, die den Arbeitgeber u.U. zu einer Abmahnung oder gar einer Kündigung berechtigt; der Arbeitgeber ist zur Entgeltzahlung nicht verpflichtet.

Einvernehmlich können sich die Arbeitsvertragsparteien selbstverständlich darauf verständigen, dass ein Arbeitnehmer – insbesondere im Falle einer ohnehin bereits bestehenden Home-Office-Regelung – vorerst und vermehrt zu Hause arbeitet.

Weiterhin stellen sich Arbeitgeber die Frage, ob **Dienstreisen in vom Coronavirus betroffene Gebiete** (insbesondere Teile Chinas) eingestellt werden sollten/müssen. Für die Gebiete, für die das Auswärtige Amt eine Reisewarnung herausgegeben hat, gilt, dass der Arbeitnehmer der Anweisung dorthin zu fahren, wohl ohnehin nicht Folge leisten muss. Eine solche Anweisung dürfte nicht mehr dem billigen Ermessen nach § 106 GewO entsprechen; es überwiegt das Interesse des Arbeitnehmers, seine Gesundheit zu schützen, so dass ihm eine solche Dienstreise nicht zuzumuten ist. Aber auch ohne explizite Reisewarnung kann angesichts der dargestellten Risiken überlegenswert sein, ob eine Reise in die betroffenen Gebiete

notwendig und sinnvoll ist. Insbesondere sollten hier alternative Maßnahmen, wie die Verschiebung der Termine oder die Durchführung mittels Skype etc. ins Auge gefasst werden.

II. Präventionsmaßnahmen des Arbeitgebers

Was aber müssen Arbeitgeber aufgrund der steigenden Infektionszahlen **präventiv** tun? Jeden Arbeitgeber treffen arbeitsvertragliche Schutzpflichten, die auch eine Pflicht zum Schutz der Gesundheit seiner Arbeitnehmer mit umfassen. Arbeitgebern ist daher zu raten, praktische Maßnahmen zu treffen, um die Infektionsgefahr einzudämmen. Dazu können die Bereitstellung von Desinfektionsmitteln an geeigneten Standorten (wie z.B. Eingang und WCs), Hinweise zu deren Benutzung und das verstärkte Hinwirken auf die Einhaltung der Hygienestandards zählen.

Inwieweit Arbeitgeber **selbst initiierte Präventivmaßnahmen der Mitarbeiter** dulden müssen, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere auch dem konkreten Arbeitsplatz und den auf diesen einwirkenden äußeren Einflüssen. Es bedarf einer Interessenabwägung. Besteht eine erhöhte Infektionsgefahr durch regelmäßigen Kontakt mit potentiell infizierten Personen, wie beispielsweise in der medizinischen Versorgung oder am Flughafen, so wird der Arbeitgeber Schutzmaßnahmen (z.B. Mundschutz) dulden müssen. Allein „normaler“ Kundenkontakt dürfte insofern jedoch nicht ausreichend sein. In diesen Fällen dürfte das Interesse des Arbeitgebers, gegenüber Kunden keine unnötige Panik zu verbreiten, das Schutzinteresse des Arbeitnehmers überwiegen.

Sollte ein **abstrakter oder konkreter Verdacht der Infektion** eines Mitarbeiters bestehen, kann der Arbeitgeber berechtigt sein, den Mitarbeiter mit Blick auf die Eindämmung der Infektionsgefahr und die Schutzpflichten gegenüber den anderen Arbeitnehmern von der Arbeit **freizustellen**. Der Vergütungsanspruch des Mitarbeiters bleibt in diesem Fall bestehen. Abschließend geklärt sind die hier geltenden Regeln noch nicht: Zwar hat der Arbeitnehmer einen Beschäftigungsanspruch, der Arbeitgeber ist jedoch aus sachlichen Gründen auch ohne vertragliche Vereinbarung berechtigt, den Arbeitnehmer freizustellen. Hier spricht manches dafür, dass Arbeitnehmer solche Maßnahme des Arbeitgebers akzeptieren

werden und nicht versuchen, ihre Weiterbeschäftigung gerichtlich zu erzwingen; jedenfalls spricht, auch aufgrund der bestehenden Unsicherheit, manches dafür, dass der Arbeitgeber zumindest bei auf Tatsachen gestützten Verdachtsmomenten (der Arbeitnehmer hielt sich in einem Risikogebiet auf oder zeigt einzelne Krankheitssymptome) von einem sachlichen Grund ausgehen darf.

Eine generelle **Verpflichtung des Mitarbeiters**, im **Home Office** zu arbeiten gibt es nicht; insoweit wird auch häufig übersehen, dass die Anforderungen an eine zulässige Vereinbarung eines Home Office (etwa im Hinblick auf die Qualität der Arbeitsmittel oder des Arbeitsplatzes bzw. datenschutzrechtliche Aspekte oder die Frage, ob bei Mietwohnungen eine solche Nutzung überhaupt zulässig ist) hoch sind. Die einseitige Anordnung zur Arbeit in einem Home Office ist daher nicht ohne weiteres möglich. Selbstverständlich sind, wie bereits erwähnt, einvernehmliche Home Office Lösungen möglich.

Hat der Arbeitgeber Kenntnis von der **Erkrankung eines Mitarbeiters**, ist er aufgrund der allgemeinen Fürsorgepflicht zu Schutzmaßnahmen – insbesondere der Freistellung des betroffenen Mitarbeiters – verpflichtet.

III. Informationsrechte des Arbeitgebers

Zahlreiche neue Fragen stellen sich auch im Hinblick auf mögliche **Informationspflichten** des Arbeitnehmers. Eine Pflicht des Arbeitnehmers, den Arbeitgeber über eine bestehende diagnostizierte **Corona-Erkrankung** zu informieren, ließe sich datenschutzrechtlich auch in der Abwägung gegenüber den berechtigten Interessen des Arbeitgebers aufgrund des besonderen Schutzes gesundheitsbezogener Daten nicht rechtfertigen. Allerdings wird der Arbeitnehmer verpflichtet sein, den Arbeitgeber von bestehenden staatlichen Schutzmaßnahmen, wie etwa einer Quarantäne, zu unterrichten; hierfür spricht jedenfalls die parallele Wertung zur vorhandenen Pflicht des Arbeitnehmers, jedenfalls auf Nachfrage eine Schwerbehinderteneigenschaft zu melden. Aufgrund der bestehenden Meldepflicht der Corona-Erkrankungen an die zuständigen Gesundheitsbehörden wird der Arbeitgeber jedenfalls auf diese Weise von einer Erkrankung erfahren.

Jedenfalls auf Grundlage der bisher zu erwartenden Wertungen ließe sich dagegen eine Verpflichtung des Arbeitnehmers, bestimmte **Risikofaktoren** (etwa zum Aufenthalt in **Risikogebieten** oder auf Risikoveranstaltungen) dem Arbeitgeber zu melden, nicht begründen. Hier ist es jedoch nicht ausgeschlossen, dass Arbeitsgerichte aufgrund der Reichweite und Gefährlichkeit der Erkrankungswelle auch anders entscheiden können.

Eine allgemeine Verpflichtung der Arbeitnehmer, sich **betriebsärztlichen Untersuchungen**, auch im Hinblick auf das Coronavirus, zu unterziehen, gibt es, von seltenen Ausnahmen in Tarifverträgen oder für spezielle Produktionsbetriebe, etwa in der Lebensmittelbranche abgesehen, nicht. Eine generelle anlasslose Untersuchung der Belegschaft auf mögliche Krankheitssymptome darf der Arbeitgeber daher nicht anordnen. Im Hinblick auf datenschutzrechtliche und persönlichkeitsrechtliche Überlegungen ist es auch zweifelhaft, ob der Arbeitgeber bei konkreteren Verdachtsmomenten eine solche Untersuchung einseitig anordnen darf. In Zweifelsfällen bleibt nur die einseitige Freistellung.

Arbeitgeber sind gut beraten, die weiteren Entwicklungen im Auge zu behalten. Wir beraten Sie gerne zu den der Situation angemessenen Maßnahmen.



Aus aktuellem Anlass

Lohnfortzahlung und Entgeltrisiko bei Corona (Covid-19)

Eine neben dem Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer besonders wichtige weitere Frage ist, was mit dem Vergütungsanspruch passiert, wenn Betriebe geschlossen werden, Beschäftigungsverbote durch die Behörden angeordnet werden und/oder der Arbeitgeber die Arbeitnehmer freistellt bzw. der Arbeitnehmer nicht zum Dienst erscheint, weil ihm die Anreise zu gefährlich ist. Diese Fragen sind weithin noch völlig ungeklärt. Wir möchten eine erste Orientierung geben. Bitte fragen Sie uns in Einzelfällen. Es kommt teilweise auf die Nuancen an.

Die Frage der Vergütungspflicht des Arbeitgebers bei Nichterfüllung der Arbeitspflicht aufgrund von Corona-Ereignissen lässt sich in verschiedene Fallgruppen aufgliedern.

1. Freistellung durch den Arbeitgeber

Ernst & Young hat am 28.02.2020 alle 1500 Beschäftigten der Düsseldorfer Niederlassung freigestellt. Ein solcher Fall ist einfach zu lösen: Die Arbeitnehmer behalten infolge der Freistellung gemäß § 615 BGB ihren Vergütungsanspruch, ohne Arbeitsleistungen erbringen zu müssen (vgl. BAG, Urteil vom 09.07.2008, NZA 2008, 1407, 1409). Natürlich müssen sie – wenn sie dazu technisch und persönlich in der Lage sind – von zu Hause aus per Home Office arbeiten, um den Vergütungsanspruch zu behalten. Das wird (jedenfalls) in Produktionsbetrieben aber nicht möglich sein.

2. Der Arbeitnehmer bleibt zu Hause

Denkbar ist, dass Arbeitnehmer zu Hause bleiben, um Infektionsrisiken in den von ihnen genutzten öffentlichen Verkehrsmitteln zu entgehen.

In diesem Fall verlieren sie den Vergütungsanspruch. Üblicherweise tragen Arbeitnehmer das sog. *Wegerisiko*. Können sie – wie z.B. auch im Winter – den Betrieb nicht erreichen, liegt kein Annahmeverzug des Arbeitgebers vor und die Arbeitnehmer verlieren gemäß § 326 Abs. 1 BGB den Entgeltzahlungsanspruch. Gleiches gilt beispielsweise bei einem Smogalarm, wenn sie wegen Verkehrsverbots den Arbeitsplatz nicht erreichen können.

3. Auftrags- und Rohstoffmangel

Grundsätzlich trägt der Arbeitgeber das sog. *Wirtschaftsrisiko*. Das sind Fälle, in denen wegen Auftrags- oder Absatzmangel der Betrieb technisch weitergeführt werden kann. Das hat schon das Reichsarbeitsgericht entschieden. Ein ähnlicher Fall liegt vor, wenn ein Arbeitsausfall eintritt, weil wichtige Lieferanten – wie beispielsweise aus China – ihre Vorprodukte nicht anliefern können. Hier muss der Arbeitgeber weiterhin das Arbeitsentgelt zahlen. Dass er die Arbeitsleistung nicht verwerten kann (weil er keine Aufträge oder Vorprodukte aufgrund langer Lieferketten hat), gibt ihm nicht das Recht, das Arbeitsentgelt zu verweigern.

In solchen Fällen ist aber der Ausgleich über Kurzarbeitergeld grundsätzlich möglich. Die Generaldirektion Baden-Württemberg der Agentur für Arbeit hat in einer Presseinformation vom 06.02.2020 darauf hingewiesen, dass ein aufgrund oder infolge des Coronavirus und/oder der damit verbundenen Sicherheitsmaßnahmen eingetretener Arbeitsausfall im Regelfall auf einem unabwendbaren Ereignis oder auf wirtschaftlichen Gründen im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III beruht. Die Bundesagentur für Arbeit stimmt dem in ihrer Pressemitteilung vom 28.02.2020 ausdrücklich zu. Wörtlich: „... oder staatliche *Schutzmaßnahmen* dafür sorgen, dass der *Betrieb* vorübergehend *geschlossen* wird.“ Das bedeutet, dass der Arbeitsausfall mit Hilfe des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes damit grundsätzlich kompensiert werden kann.

Sozialversicherungsrechtlich ist es wichtig, dass Betriebe und Unternehmen dies bei der Agentur für Arbeit anzeigen. Zuständig ist die örtliche Arbeitsagentur. Informationen über die weiteren Voraussetzungen für Kurzarbeitergeld geben wir Ihnen gerne.

Arbeitsvertraglich setzt die Verkürzung der Arbeitszeit oder deren Ausfall (Kurzarbeit) voraus, dass eine entsprechende Klausel im Arbeitsvertrag enthalten ist, Kurzarbeit durch Tarifvertrag möglich ist oder – was in der Praxis der häufigste Fall sein dürfte – durch eine Betriebsvereinbarung mit dem Betriebsrat angeordnet wird. Auch dazu stehen wir Ihnen zur Unterstützung zur Verfügung. Detaillierteres auch zu den

taktischen Gestaltungen finden Sie in diesem Newsletter in dem besonderen Artikel zum Kurzarbeitergeld.

4. Erkrankung des Arbeitnehmers

Gemäß § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) hat jeder Arbeitnehmer einen gesetzlichen Entgeltfortzahlungsanspruch bei Erkrankungen für die Dauer von sechs Wochen. Teilweise sind diese Fristen arbeits- oder tarifvertraglich länger.

Voraussetzung für die Entgeltfortzahlung ist, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung und damit für den Verlust des Entgeltanspruchs ist. Dies nennt man die sog. *Monokausalität* der Erkrankung. Hat der Arbeitnehmer ohne die Erkrankung keinen Entgeltanspruch, so kann ihm die Erkrankung nicht zu einem solchen Anspruch verhelfen.

Ist der Arbeitnehmer also am Coronavirus erkrankt und ist zugleich von den Behörden nach § 31 Satz 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG) ein Beschäftigungsverbot angeordnet worden, konkurriert der Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 3 EFZG mit dessen Entschädigungsanspruch infolge des Beschäftigungsverbot nach § 56 Abs. 1 IfSG. Danach wird derjenige, wer als Ausscheider einer Infektion, als Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne des § 31 Satz 2 IfSG einem Verbot der Ausübung seiner Arbeitstätigkeit unterliegt, vom Staat entschädigt.

Er erhält in Höhe seines Verdienstaufalles für die Dauer von sechs Wochen eine Entschädigung, die dem Arbeitsentgelt gemäß § 14 SGB IV entspricht (§ 56 Abs. 2 und Abs. 3 IfSG). Der Arbeitgeber tritt in Vorleistung, ist also Auszahlstelle für den Staat (§ 56 Abs. 5 Satz 1 IfSG). Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag von der zuständigen Behörde (dies sind in Nordrhein-Westfalen und den meisten Bundesländern die Bezirksregierungen) erstattet (so § 56 Abs. 5 Satz 2 IfSG). Die Erstattung erfolgt aber nur auf Antrag des Arbeitgebers bzw. des Arbeitnehmers, falls der Arbeitgeber nicht in Vorleistung getreten ist (§ 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG).

Würde der Arbeitgeber also Entgeltfortzahlung erbringen, würde er den Staat von dessen Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG befreien.

Nach ganz h.M. geht wegen der *öffentlich-rechtlichen Zwangswirkung* das infektionsschutzrechtliche Beschäftigungsverbot vor. Dies ist der vorrangige Hinderungsgrund (so verschiedene Auffassungen hoher Bundesrichter u.a. im Münchener Kommentar, im Arbeitsrechthandbuch von Schaub und eine sehr gründliche Stellungnahme des Bonner Hochschullehrers Prof. Greiner im Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band I, 4. Aufl. 2018, § 80, Rn. 41).

Entgeltfortzahlungsrechtlich fehle es am Tatbestand der Arbeitsunfähigkeit, wenn ein vorrangiges, von der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit unabhängiges infektionsschutzrechtliches Beschäftigungsverbot zum Entfall der Arbeitspflicht führe. Die durch den öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch gemäß § 56 Abs. 7 IfSG eintretende Entlastung des Arbeitgebers sei plausibel, weil das Beschäftigungsverbot vor allem im *gesamtgesellschaftlichen Interesse des Infektionsschutzes* liege (so Greiner a.a.O.). Das sehen wir auch so.

Für die Praxis ist einiges zu bedenken:

- Der Arbeitgeber kann einen Vorschuss für die Entgeltzahlungen verlangen, so § 56 Abs. 12 IfSG. Das kommt insbesondere bei Kleinbetrieben, die durch Absatz- oder Produktionsausfälle noch stärker gebeutelt sind als größere Einheiten, in Betracht.
- Zuschüsse des Arbeitgebers – die er ggf. freiwillig aufgrund Arbeits- oder Tarifvertrag zahlt – sind aber zugunsten des Staates auf die Entschädigung anzurechnen (§ 56 Abs. 8 Satz 1 IfSG). Solche Zuschüsse sollten also – jedenfalls vergütungsrechtlich – unterbleiben. Ob man sie aus Gründen der Fürsorge und Personalpolitik zahlt, ist eine andere – nicht eine rechtliche – Frage.
- Anträge des Arbeitgebers auf Erstattung sind innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit (aufgrund Beschäftigungsverbots gemäß § 31 IfSG) oder dem Ende der Absonderung bei

der zuständigen Behörde (Bezirksregierung) zu stellen (so § 56 Abs. 11 Satz 1 IfSG).

Der Vorrang der staatlichen Entschädigung gegenüber der Lohnfortzahlung ist für das „alte Bundesseuchengesetz“ im Jahre 1978 auch vom Bundesgerichtshof im Grunde bejaht worden (BGH, Urteil vom 30.11.1978, Az. III ZR 43/77, AP § 49 Bundesseuchengesetz Nr. 1). Allerdings war im entschiedenen Fall noch eine andere Norm, auf die wir unter Ziffer 7 kommen, im Spiel. Dies ist der schillernde § 616 BGB, der noch weiter geprüft werden musste.

5. Verdacht einer Ansteckung mit dem Coronavirus

Der Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG besteht auch bei Ansteckungsverdächtigen (§ 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG, siehe oben bei Ziffer 4). Auch hier besteht ein Entschädigungsanspruch bei Tätigkeitsverboten in Bezug auf einzelne Arbeitnehmer und behördlich definierte Gruppen.

Kausal für die Arbeitsverhinderung ist dann nicht die (vermutete) Krankheit als solche, sondern das Beschäftigungsverbot. Deshalb besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 EFZG. Häufig wird überdies ja noch nicht einmal eine Krankheit vorliegen, da nur ein Verdachtsfall besteht.

6. Behördliche Schließung des Betriebes

Wird der Betrieb geschlossen, weil in Bezug auf den gesamten Betrieb oder Gruppen von Arbeitnehmern des Betriebes ein Infektionsrisiko besteht (in der Presse haben wir dies schon in Bezug auf Stadtverwaltungen, Schulen, Kindergärten usw. gelesen), stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber nach der Schließung des Betriebes den Arbeitslohn an die Arbeitnehmer weiterzahlen muss.

Dazu hat die Rechtsprechung schon vor langer Zeit (das Reichsgericht im Jahr 1923) die sog. *Betriebsrisikolehre* geschaffen. Diese klärt die Frage, wer bei einer Betriebsstörung das Betriebsrisiko zu tragen hat. Konkret: Muss der Arbeitgeber bei einer Betriebsstörung den Lohn weiterzahlen?

Betriebsrisikofälle sind in der Vergangenheit bei der zufallsbedingten Unterbrechung von der Energieversorgung, der Einwirkung von Naturereignissen, dem Ausbleiben von Rohstoffen oder dem Auftreten von Maschinenschäden dann erörtert worden, wenn der Betrieb eingestellt oder eingeschränkt werden muss und deshalb keine Arbeit geleistet werden kann. In all diesen Fällen liegt überdies kein Verschulden des Arbeitgebers vor. Auch der gegenwärtige Mangel an Rohmaterial bei Zulieferungen aus China war nicht vorhersehbar. Eine solche Pandemie gab es vorher noch nicht. Daher liegt auch insoweit kein Verschulden des Arbeitgebers (etwa mit dem Argument: man hätte ja außerhalb von China beschaffen können) vor.

Entscheidend für die Risikozurechnung ist die Beherrschbarkeit des Risikos und der Umstand, ob das Risiko in der Eigenart des Betriebes angelegt ist.

Das ist beispielsweise der Fall, wenn Störungen der Energieversorgung, Maschinenschäden und vorhersehbarer Rohstoffmangel sowie Betriebsstörungen infolge von Naturereignissen und vorhersehbaren behördlichen Maßnahmen erfolgen.

Nach der Rechtsprechung trägt der Arbeitgeber dann das Betriebsrisiko infolge *behördlicher Maßnahmen*, wenn das Risiko der behördlichen Maßnahme im Betrieb durch dessen *besondere Art* (so die Formulierung von Preis in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB, Rn. 132 zu Sicherheitsmaßnahmen am Flughafen) angelegt gewesen war.

Es kommt also darauf an, ob die *Eigenart* des Betriebes es mit sich bringt, dass dieser von einer behördlichen Maßnahme *in besonderer Weise betroffen* ist.

- Dies war beispielsweise 1934 beim Verbot öffentlicher „Lustbarkeiten“ wegen Staatstrauer nach Hindenburgs Tod der Fall. Eine in einem Tanzlokal engagierte Tanzkapelle durfte nicht auftreten. Sie behielt aber ihren Lohnanspruch. Dem Tanzlokal wohne also das besondere „betriebliche“ Risiko inne, solche Maßnahmen erdulden zu müssen, so das Reichsarbeitsgericht.

- Das BAG (Urteil vom 30.05.1962, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 15) hat ähnliches bei einer Landestrauer wegen eines Brandunglücks in Nürnberg im Jahr 1963 entschieden.
- Gleiches gilt bei einem Flugverbot aufgrund einer Aschewolke oder einem auf einen einzelnen Betrieb bezogenen Verbot wegen Smogalarms. All diesen Fällen ist gemein, dass das Risiko im Betrieb angelegt ist.
- Wird der Betrieb aufgrund bankaufsichtsrechtlicher Maßnahmen vorübergehend eingestellt, so trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko und muss den Lohn weiter zahlen (LSG Hessen, Urteil vom 20.08.2010, ZIP 2010, 2019).

Die *allgemeinen* Gefahrenlagen etwa durch Kriege, Unruhen, Terroranschläge gehören aber *nicht* in diese „besondere Zuordnung des Risikos zu dem Arbeitgeber bzw. dem Betrieb“. Sie beeinträchtigen nicht die Funktionsfähigkeit des Betriebes als solchem.

Das gilt grundsätzlich auch für *Epidemien* (so auch die Kommentierung von Krause in HWK, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 615 BGB, Rn. 116).

Ob dieser aus unserer Sicht zutreffenden rechtlichen Ableitung gefolgt werden wird, ist nicht zwingend sicher, weil gerade die Betriebsrisikolehre von vielen sehr weitgehend zu Lasten der Arbeitgeber interpretiert wird. Es ist nicht auszuschließen, dass der Fall der behördlichen Schließung eines Betriebes auch dann als dem Arbeitgeber zurechenbares Risiko angesehen wird, wenn kein spezifisches im Betrieb angelegtes Risiko besteht (wie dies aber in den Tanzkapellenfällen der Fall war oder wie dies beispielsweise bei Hochschulen, bei denen breiter Personenkontakt besteht, Veranstaltungsunternehmen, Kaufhäusern usw. der Fall ist). Auch wenn vieles gegen eine solche Erweiterung spricht, ausschließen kann man eine andere Bewertung durch einzelne Arbeitsgerichte nicht.

Dies zeigt, dass in solchen Fällen in jedem Fall die *Entschädigungsansprüche nach § 56 IfSG* von Seiten der Arbeitgeber bzw. der Arbeitnehmer geltend zu machen sind. Der Arbeitgeber

zahlt ja ohnehin sechs Wochen als Zahlstelle gemäß § 56 Abs. 5 IfSG das Arbeitsentgelt weiter und kann sich dies dann bei der zuständigen Behörde erstatten lassen. Anträge auf Verdienstausfallentschädigung finden sich auf der Homepage der jeweiligen Bezirksregierung.

Entscheidet sich der Arbeitgeber *selbst* – ohne behördliche Anordnung – aufgrund der Umstände, den Betrieb ganz oder teilweise *einzustellen*, so behält der Arbeitnehmer den Lohnanspruch. Für witterungsbedingte Umstände hat dies das BAG (Urteil vom 09.07.2008, Az. 5 AZR 810/07, NZA 2008, 1407, 1409) entschieden. Das ist ganz eindeutig und schon oben unter Ziffer 1 angesprochen.

7. Vergütungsanspruch nach § 616 Satz 1 BGB

Ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts kann auch noch aufgrund einer ein Schattendasein führenden, von vielen gleichwohl sehr extensiv ausgelegten Norm bestehen.

Es handelt sich um § 616 Satz 1 BGB. Danach wird der Arbeitnehmer des Anspruchs auf die Arbeitsvergütung „nicht dadurch verlustig, dass er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit durch einen in seiner Person liegenden Grund ohne sein Verschulden an der Dienstleistung verhindert wird.“

Das sind normalerweise die Fälle von Hochzeit, Beerdigung, Pflege eines nahen Angehörigen oder Kindes.

Die Norm wird teilweise weit ausgedehnt, weshalb deren Anwendung im Corona-Fall naheliegt. Der Bundesgerichtshof hat am 30.11.1978 in einem Urteil (Az. III ZR 43/77) zu der Vorgängernorm des § 56 IfSG – nämlich § 49 Bundesseuchengesetz – entschieden: „Steht einem Arbeitnehmer, gegen den ein seuchenpolizeiliches Tätigkeitsverbot verhängt worden ist, für den Verbotszeitraum ein Lohnfortzahlungsanspruch nach § 616 Abs. 1 BGB zu, besteht ein Entschädigungsanspruch (nach Seuchenrecht) nicht.“ Im konkreten Fall hatten zwei Metzgergesellen Salmonellenausscheidungen. Sie durften nicht arbeiten. Der Arbeitgeber hatte darauf die Erstattung des fortgezahlten Arbeitslohns nach der Vorgängernorm des § 56 IfSG verlangt.

Im Corona-Fall muss man unterscheiden: Der § 616 BGB betrifft Umstände, die in der *persönlichen* Sphäre des Dienstberechtigten liegen. Das ist beispielsweise bei pflegebedürftigen Angehörigen und in anderen geschilderten Fällen der Fall. Besteht also ein auf eine Person (oder eine einzelne abgrenzbare Gruppe) wegen des bei dieser Person oder der Gruppe bestehenden Verdachts des Coronavirus ein Tätigkeitsverbot nach § 31 IfSG, so handelt es sich um eine vom Arbeitnehmer ausgehende („subjektive“) Gefahr, die das Hindernis für die Erbringung der Arbeitsleistung ist. In diesem Fall kann § 616 BGB dem Ausgangspunkt nach greifen. Der Salmonellen-Fall zeigt dies sehr deutlich: Bei den beiden Metzgergesellen (nur bei diesen!) lagen Salmonellen-Ausscheidungen vor.

Handelt es sich dagegen um ein nicht auf einzelne Arbeitnehmer oder abgrenzbare Arbeitnehmergruppen bezogenes Tätigkeitsverbot, sondern wird ein Unternehmen in der Gesamtheit von den Gesundheitsbehörden mit einem Tätigkeitsverbot nach § 31 IfSG belegt, liegt ein *objektives Leistungshindernis* vor, das sich nicht auf einzelne Personen bezieht, sondern die Leistungserbringung objektiv unmöglich macht.

Entscheidend für die Frage, ob ein solch objektives Leistungshindernis vorliegt, ist, ob es sich um ein Ereignis handelt, das mit der Person des Dienstverpflichteten nichts zu tun hat, sondern *jeden anderen ebenso* treffen kann. Bestehen die objektiven Leistungshindernisse zur selben Zeit für eine Vielzahl von Arbeitnehmern *gleichzeitig*, so kommt § 616 Satz 1 BGB zu Gunsten der Arbeitnehmer nicht zur Anwendung. Preis (in ErfK, 20. Aufl. 2020, § 616 BGB, Rn. 3) schließt den Anspruch auf Lohnzahlung schon aus, wenn die objektiven Hindernisse „für mehrere Arbeitnehmer“ bestehen, also wohl schon bei zwei Betroffenen.

Solche objektiven Leistungshindernisse sind beispielsweise *Epidemien* (so Krause in HWK, 8. Aufl. 2018, § 616 BGB, Rn. 35, 17). Solche allgemeinen Risiken gehören *nicht* zu den vom Arbeitgeber einzukalkulierenden und auch versicherbaren Risiken.

Übertragen auf die konkrete Situation bedeutet dies, dass bei auf *einzelne* Mitarbeiter bezogenen Tätigkeitsverboten der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB für eine ver-

hältnismäßig geringe Zeit verbleibt. Verhältnismäßig gering kann ein Zeitraum von sechs Wochen sein (so der BGH in dem oben zitierten Urteil unter II. 4 am Ende der Gründe). Bei mehreren betroffenen Arbeitnehmern scheidet der Anspruch aus.

Liegt hingegen eine „*allgemeine Untersagung des Geschäftsbetriebs*“ durch die Behörden vor, handelt es sich um eine nicht auf den einzelnen Arbeitnehmer beziehbaren, sondern *objektiven* Verhinderungsgrund. In diesem Fall besteht kein Anspruch nach § 616 BGB auf Vergütungszahlung für den Arbeitnehmer, sondern der Entschädigungsanspruch gegen den Staat nach § 56 Abs. 1 IfSG ist vorrangig. Im Übrigen hat das BAG (Urteil vom 24.06.1960, Az. 1 AZR 96/58, AP zu § 8 MuSchG Nr. 1) entschieden, dass sogar ein Beschäftigungsverbot nach den §§ 5, 6, 11 und 12 MuSchG nicht die Anwendung des § 616 BGB rechtfertigt und daher aus dieser Norm kein Entgeltfortzahlungsanspruch der Schwangeren gegen den Arbeitgeber besteht.

Auch wenn danach die Begründung eines Entgeltfortzahlungsanspruchs nach § 616 BGB für die Arbeitnehmer nur im Einzelfall in Betracht kommt, sollten Ansprüche nach § 616 BGB arbeitsvertraglich oder tarifvertraglich zukünftig ausgeschlossen werden. Das ist nach der Rechtsprechung des BAG problemlos möglich. Insoweit bietet sich ein „Merker“ für zukünftige Arbeitsvertragsgestaltungen an.

8. Gestaltungen in Bezug auf Abbau von Überstundenguthaben

Muss der Arbeitgeber aufgrund des Betriebsrisikos (siehe die Darstellung oben in Ziffer 6) oder aufgrund § 616 BGB (siehe oben bei Ziffer 7) die Vergütung (ausnahmsweise) fortzahlen, macht es Sinn, die durch den Zeitraum der Freistellung der Arbeitnehmer verbrauchte Arbeitszeit auf vorhandene Arbeitszeitguthaben oder den Urlaubsanspruch anzurechnen. Zur einseitigen Festlegung von Zeiten des Freizeitausgleichs bei Überstunden ist ein Arbeitgeber nur berechtigt, wenn dafür eine rechtliche Grundlage besteht. Dies kann einmal im Individualvertrag oder – was häufiger ist – kollektivrechtlich in Betriebsvereinbarungen erfolgen.

Wird ein Betrieb aufgrund der Corona-Pandemie geschlossen, ist denkbar, dass die Betriebsparteien kurzfristig Betriebsferien vereinbaren und insoweit die Abwesenheitszeit auf den Erholungsurlaub angerechnet wird. Das setzt aber praktisch voraus, dass eine solche kurzfristige Betriebsvereinbarung (§ 87 Abs. 1 Nr. 5 BetrVG) zustande kommt, was gegenwärtig eher die Ausnahme sein wird. Auch sind bereits geplante Urlaube für die Arbeitnehmer bei der Ausgestaltung der Betriebsvereinbarung zu berücksichtigen. Daher dürfte dies praktisch kaum nutzbar sein. Immerhin: Eine Gestaltung für die Zukunft ist denkbar.

9. Zusammenfassung

Die Fälle der Lohnfortzahlung und des Entgeltrisikos bei Corona lassen sich in verschiedene Fallgruppen kategorisieren. Dessen ungeachtet bedarf es der Einzelfallbewertung. Dazu und zur Unterstützung bei Anträgen auf Kurzarbeitergeld bzw. Entschädigung nach § 56 IfSG stehen wir gerne zur Verfügung.



Aus aktuellem Anlass

Kurzarbeitergeld bei Betriebseinschränkungen wegen des Coronavirus

Nach der rein zivil- und arbeitsrechtlichen Rechtslage bleibt der Arbeitgeber bei einer Vielzahl von Betriebseinschränkungen aufgrund des Coronavirus zunächst für die Arbeitsentgelte seiner Arbeitnehmer zahlungspflichtig. Die Risiken, die sich aufgrund verschiedener Ereignisse und Maßnahmen infolge des Virus verwirklichen, gehören im Regelfall zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers. Insbesondere die Ausgleichspflicht des § 56 Infektionsschutzgesetz, auf die häufig hingewiesen wird, entlastet den Arbeitgeber grundsätzlich nur bei behördlichen Maßnahmen, die sich unmittelbar gegen den Arbeitnehmer richten, nicht aber bei mittelbaren Folgen der Erkrankungswelle, die den Betrieb betreffen.

Allerdings kommt hier in Betracht, dass der Arbeitgeber von einem Teil des Risikos über das Kurzarbeitergeld gemäß § 95 ff. SGB III entlastet wird. Entscheidend ist hier neben den allgemeinen Voraussetzungen, insbesondere dem erheblichen Arbeitsausfall, ob dieser auf wirtschaftlichen Gründen oder einem unabwendbaren Ereignis beruht.

I. Coronavirus-Fälle als unabwendbares Ereignis gemäß § 96 SGB III

In der Vergangenheit haben die Sozialgerichte (insb. BSG, 01.12.2014, Az. B 11 AL 3/14 R) Erkrankungen häufig nicht als unabwendbares Ereignis akzeptiert und Einschränkungen aufgrund einer Erkrankung des Betriebsinhabers nicht als Grund für die Gewährung von Kurzarbeitergeld gewertet: Es verwirklichte sich lediglich ein übliches, innerbetriebliches Risiko. Auch nach der allgemeinen Definition des unabwendbaren Ereignisses – jedes objektiv feststellbare Geschehen, das selbst durch äußerste, nach den Umständen des Falls gebotene Sorgfalt nicht abzuwenden ist – wäre bei vielen Betriebseinschränkungen aufgrund des Coronavirus kein Anspruch auf Kurzarbeitergeld gegeben: bei Unterbrechungen der Lieferketten würde sich, wie auch in der zivilrechtlichen Wertung, die Frage stellen, ob nicht eine Ersatzbeschaffung zu höheren Preisen möglich ist oder vergangenheitsbezogen eine Bevorratung erforderlich gewesen wäre.

Allerdings entsprechen die typischen Fälle des unabwendbaren Ereignisses – notstandsähnliche Situationen bzw. höhere Gewalt – den Folgen der Corona-Erkrankungen. Erste Pressemitteilungen der für die Gewährung von Kurzarbeitergeld zuständigen Arbeitsagentur deuten daher auch an, dass diese grundsätzlich bereit sind, bei Betriebseinschränkungen aufgrund des Coronavirus durch Gewährung von Kurzarbeitergeld zu helfen

Bereits am 06.02.2020 hat die Regionaldirektion Baden-Württemberg Folgendes klargestellt:

„Ein auf Grund oder in Folge des Corona-Virus und/oder der damit verbundenen Sicherheitsmaßnahmen eingetretener Arbeitsausfall beruht im Regelfall auf einem unabwendbaren Ereignis oder auf wirtschaftlichen Gründen im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 1 SGB III. Ein Ausgleich des Arbeitsausfalls mit Hilfe des konjunkturellen Kurzarbeitergeldes ist damit grundsätzlich möglich.“

Dies wurde am 28.02.2020 von der Bundesagentur für Arbeit in einer weiteren Pressemitteilung noch einmal bestätigt:

„Wenn Unternehmen aufgrund der weltweiten Krankheitsfälle durch das Corona-Virus Kurzarbeit anordnen und es dadurch zu Entgeltausfällen kommt, können betroffene Beschäftigte Kurzarbeitergeld erhalten. Diese Leistung muss vom Arbeitgeber beantragt werden.

Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld ist, dass die üblichen Arbeitszeiten vorübergehend wesentlich verringert sind.

Das kann zum Beispiel der Fall sein, wenn aufgrund des Corona-Virus Lieferungen ausbleiben und dadurch die Arbeitszeit verringert werden muss oder staatliche Schutzmaßnahmen dafür sorgen, dass der Betrieb vorübergehend geschlossen wird.“

Damit deutet sich an, dass die Frage der Vermeidbarkeit bei Störungen der Lieferketten von den Arbeitsagenturen offensichtlich nicht allzu streng geprüft werden wird; der ausdrückliche Hinweis in der Pressemitteilung vom 28.02.2020

auf staatliche Schutzmaßnahmen zeigt, dass die wirtschaftlichen Folgen solcher betriebsbezogener Maßnahmen (auch) über das Kurzarbeitergeld aufgefangen werden sollen.

Die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld bei staatlichen Schutzmaßnahmen liegen nicht nur bei der Schließung von Produktionsbetrieben vor, sondern auch in Fällen, die den Publikumsverkehr betreffen, wie die Schließung von Ladengeschäften oder privater Schulen. Grundsätzlich ist auch davon auszugehen, dass Unternehmen, die von staatlichen Schutzmaßnahmen lediglich mittelbar betroffen sind, Anspruch auf Gewährung von Kurzarbeitergeld haben – zu denken wäre etwa an Hotelbetriebe oder Messebauunternehmen im Fall der Absage von Messen aufgrund staatlicher Schutzmaßnahmen.

Gleiches sollte rechtlich gelten, wenn solche Absagen nicht aufgrund staatlicher Schutzmaßnahmen erfolgen, sondern aufgrund der freien Entscheidung eines Dritten – zu denken wäre etwa an die nicht staatlich angeordnete Absage eines Kongresses, da der Veranstalter mit einem Einbruch der Teilnehmerzahlen aus Angst vor Infektionen rechnet; jedenfalls die mittelbar betroffenen Unternehmer wie Hotels oder Veranstaltungsagenturen wären von einem unabwendbaren Ereignis betroffen. Das kann sogar für den absagenden Veranstalter selbst gelten, wenn dieser lediglich auf die Stornierungen von Teilnehmern reagiert.

Zumindest nach den bisherigen Ansichten zum Kurzarbeitergeld nicht mehr gedeckt wäre dagegen der Fall, dass ein Unternehmen aus freier Entscheidung zur Risikominimierung beschließt, den Betrieb vorübergehend einzustellen. In diesem Falle wäre die Betriebseinschränkung durch die Corona-Erkrankungen nicht mehr ursächlich begründet.

II. Was muss der Arbeitgeber tun, um Kurzarbeitergeld zu erlangen

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld kann nicht einfach nachträglich beantragt werden. Vielmehr ist der Arbeitsausfall bei der Arbeitsagentur unverzüglich gemäß § 99 SGB III anzuzeigen und die Gewährung von Kurzarbeitergeld zu beantragen; die Arbeitsagentur berät den Arbeitgeber und er-

lässt einen Bescheid gemäß § 99 Abs. 3 SGB III darüber, ob ein erheblicher Arbeitsausfall vorliegt und ob die betrieblichen Voraussetzungen erfüllt sind.

Insoweit gelten auch die übrigen, allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld. Der Arbeitgeber muss grundsätzlich alle Maßnahmen zur Vermeidung des Arbeitsausfalls ergreifen. Hierzu gehören nach den gesetzlichen Regeln gegebenenfalls auch die Gewährung von Urlaub und die Nutzung von im Betrieb zulässigen Arbeitszeitschwankungen, etwa die Auflösung von Arbeitszeitguthaben. Hier wird sich zeigen, wie flexibel die Arbeitsagenturen bei diesen Fragen sind.

Der Arbeitgeber kann im Regelfall auch nicht einseitig Kurzarbeit anordnen. Die Absenkung der betrieblichen Arbeitszeit, die zum Arbeitsausfall und damit zum Anspruch auf Gewährung von Kurzarbeitergeld führt, bedarf einer Grundlage in einem Tarifvertrag, einer Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglichen Vereinbarungen. Wenn im Betrieb ein Betriebsrat vorhanden ist, unterliegt die Kurzarbeit zwingend dessen Mitbestimmung.

Insoweit empfiehlt es sich, proaktiv tätig zu werden und mit dem Betriebsrat auch schon vorsorglich im Vorfeld möglicher Einschränkungen abzuklären, ob und wie im Betrieb Kurzarbeit wegen des Coronavirus eingeführt werden kann und muss.

III. Höhe der Leistungen aus dem Kurzarbeitergeld

Die Gewährung von Kurzarbeitergeld führt nicht zu einer vollständigen Entlastung des Arbeitgebers. Dieser bleibt zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge auf das gesamte Entgelt weiterhin verpflichtet. Das Kurzarbeitergeld gleicht auch nicht den gesamten Entgeltausfall des Arbeitnehmers aus, sondern lediglich 60 % der Nettoentgeltdifferenz bzw. bei einem erhöhten Leistungssatz nach den Vorschriften über das Arbeitslosengeld 67 %. Inwieweit der Arbeitgeber gegebenenfalls verpflichtet ist, dieses Kurzarbeitergeld noch für den Arbeitnehmer aufzustocken, hängt von der Vereinbarung mit dem Betriebsrat und dem Arbeitnehmer über die Verringerung der Arbeitszeit ab.

IV. Verhältnis zu § 56 IfSG

Die Leistungen aus dem Kurzarbeitergeld bleiben hinter denen aus § 56 IfSG (vergleiche hierzu den Artikel zur Entgeltfortzahlung bei Corona) zurück; auch ist das Verfahren aufgrund der im Regelfall erforderlichen Beteiligung des Betriebsrats bzw. des Erfordernisses einer Einigung mit den Arbeitnehmern deutlich komplexer. In allen Fällen, in denen Ansprüche aus § 56 IfSG gegeben sind, sind diese daher die weitaus bessere Norm; dies gilt insbesondere, wenn Arbeitnehmer als Ausscheider, Ansteckungsverdächtige, Krankheitsverdächtige oder sonstiger Träger von Krankheitserregern sie persönlich betreffenden Einschränkungen unterliegen.

Keine Ansprüche nach § 56 IfSG bestehen dagegen bei Betriebseinschränkungen, die nicht auf staatliche Maßnahmen nach dem IfSG beruhen; sehr zweifelhaft sind solche Ansprüche bei einer bloß mittelbaren Betroffenheit des Betriebes von solchen Schutzmaßnahmen. In beiden Fällen sollte der Arbeitgeber Kurzarbeit einführen.

Im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt ist, welche Ansprüche sich bei einer Inanspruchnahme des Arbeitgebers etwa bei einer Betriebsstilllegung ergeben. Hier spricht aus unserer Sicht viel dafür, dass, wenn solche Maßnahmen überhaupt unter engen Voraussetzungen zulässig sind, die Entschädigungspflicht nach § 56 IfSG eingreift. Allerdings kann die Pressemitteilung der Bundesagentur vom 28.02.2020, die als Grund für die Gewährung von Kurzarbeitergeld ausdrücklich auch „staatliche Schutzmaßnahmen“ nennt, darauf hindeuten, dass die zuständigen Behörden die Entschädigungspflicht nach § 56 IfSG eher eng auslegen könnten.

Im Hinblick hierauf sollte in allen Fällen, in denen sich aus dem Gesetzestext nicht sicher Ansprüche aus § 56 IfSG ergeben, geprüft werden, ob es sinnvoll ist, vorsorglich jedenfalls die Voraussetzungen für die Gewährung von Kurzarbeitergeld zu schaffen. Weitergehende Ansprüche nach § 56 IfSG werden hierdurch, wie § 56 Abs. 9 IfSG zeigt, nicht ausgeschlossen.

V. Ausblick

Die Folgen der Wirtschaftskrise 2008/2009 wurden in Deutschland sehr erfolgreich über die Regelungen des Kurzarbeitergeldes aufgefangen. Hierbei zeigten die Arbeitsagenturen auch eine erhebliche Flexibilität und eine hohe Kooperationsbereitschaft in der Zusammenarbeit mit den Arbeitgebern. Die vorliegenden Pressemitteilungen deuten darauf hin, dass die Arbeitsagenturen die Arbeitgeber auch bei den Corona-Fällen aktiv bei der Abmilderung der Folgen der Krankheitswelle unterstützen werden.

Insoweit bleibt es allerdings Sache der Arbeitgeber, durch Abschluss der entsprechenden innerbetrieblichen Vereinbarungen und rechtzeitige Information der Arbeitsagenturen die Voraussetzungen für die Gewährung dieser Hilfen zu schaffen.



Neues vom Gesetzgeber

Das neue Fachkräfteeinwanderungsgesetz

Zum 01. März 2020 ist das sog. Fachkräfteeinwanderungsgesetz in Kraft getreten. Durch das Gesetz soll dem demographische Wandel und dessen Auswirkungen auf den deutschen Arbeitsmarkt entgegengewirkt werden, indem die Einwanderung von Fachkräften mit qualifizierter Berufsausbildung aus sog. Drittstaaten (Nicht-EU-Bürger) zum Zweck der Erwerbstätigkeit erleichtert wird. Es handelt sich um ein Artikelgesetz, durch das zahlreiche Änderungen insbesondere im Aufenthaltsgesetz (AufenthG) vorgenommen worden sind. In unserem Beitrag möchten wir Ihnen die wesentlichen Neuregelungen des Gesetzes vorstellen.

- **Einheitlicher Fachkräftebegriff**

In § 18 Abs. 3 AufenthG findet sich nunmehr eine Definition der „Fachkraft“. Das Gesetz unterscheidet zwischen Fachkräften mit Berufsausbildung und Fachkräften mit akademischer Ausbildung.

Fachkraft mit Berufsausbildung ist ein Ausländer, der eine inländische qualifizierte Berufsausbildung oder eine mit einer inländischen qualifizierten Berufsausbildung gleichwertige ausländische Berufsqualifikation besitzt. Qualifizierte Berufsausbildung im Sinne des Gesetzes ist eine Berufsausbildung in einem staatlich anerkannten oder vergleichbar geregelten Ausbildungsberuf, für den eine Ausbildungsdauer von mindestens zwei Jahren festgelegt ist, § 2 Abs. 12a AufenthG.

Fachkraft mit akademischer Ausbildung ist ein Ausländer, der einen deutschen, einen anerkannten ausländischen oder einen einem deutschen Hochschulabschluss vergleichbaren ausländischen Hochschulabschluss besitzt.

- **Allgemeine Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels**

Die allgemeinen Voraussetzungen für die Erteilung eines Aufenthaltstitels zur Ausübung einer Beschäftigung sind jetzt in § 18 Abs. 2 AufenthG geregelt. Die Vorschrift fasst die schon bislang geltenden Vorgaben aus Gründen der Übersichtlichkeit neu zusammen. Voraussetzungen sind:

1. Vorliegen eines konkreten Arbeitsplatzangebots

Ein konkretes Arbeitsplatzangebot liegt vor, wenn eine **verbindliche und nachweisbare Willenserklärung des Arbeitgebers** vorliegt, die Stelle mit dem Ausländer besetzen zu wollen (Anwendungshinweise BMI, 18.2.1.1). Ein solches verbindliches Angebot kann z.B. ein vom Arbeitgeber bereits unterzeichneter Arbeitsvertrag sein.

Neu ist, dass im nicht-akademischen Bereich **keine Begrenzung auf sog. Engpassberufe mehr** existiert. Früher führte die Bundesagentur für Arbeit eine „Positivliste“, in welcher die Berufe aufgeführt waren, für deren Ausübung Ausländern ohne akademischen Abschluss überhaupt eine Aufenthaltserlaubnis erteilt werden konnte. Nunmehr können **alle Ausländer mit qualifizierter Berufsausbildung** einen Aufenthaltstitel erhalten, soweit ein „passendes“ Arbeitsplatzangebot vorliegt.

2. Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit

Die Bundesagentur für Arbeit muss der Erteilung des Aufenthaltstitels nach § 39 AufenthG zustimmen, es sei denn, es ist durch Gesetz, zwischenstaatliche Vereinbarung oder die Beschäftigungsverordnung (BeschV) bestimmt, dass die Ausübung der Beschäftigung auch ohne Zustimmung der Bundesagentur zulässig ist.

Die Bundesagentur prüft insbesondere, ob eine **der Qualifikation entsprechende Beschäftigung** ausgeübt werden soll und ob die **Arbeitsbedingungen gleichwertig** zu denen eines vergleichbaren deutschen Arbeitnehmers sind.

Eine **Sonderregelung** enthält § 6 BeschV für **IT-Spezialisten**. Danach kann die Bundesagentur für Arbeit die Zustimmung zur Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis für eine Beschäftigung in **Berufen auf dem Gebiet der Informations- und Kommunikationstechnologie** unabhängig von einer Qualifikation als Fachkraft erteilen, wenn der Ausländer

- aufgrund nachgewiesener, **mindestens dreijähriger Berufserfahrung** innerhalb der letzten sieben Jahre eine vergleichbare Qualifikation besitzt,
- die **Höhe des Gehalts mindestens 60 % der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze** in der gesetzlichen Rentenversicherung (= 49.680,00 Euro im Jahr 2020) beträgt und
- der Ausländer über **ausreichende deutsche Sprachkenntnisse** verfügt.

Neu ist, dass die Zustimmung der Bundesagentur für Arbeit gemäß § 39 Abs. 2 Satz 2 AufenthG **grundsätzlich ohne eine sog. Vorrangprüfung** erfolgt. Vorrangprüfung bedeutet, dass die Bundesagentur für Arbeit zunächst prüfen muss, ob ein deutscher oder EU-Bürger für die jeweilige Stelle in Betracht kommt. Entgegen Verlautbarungen in den Medien gehört die Vorrangprüfung damit jedoch nicht der Vergangenheit an. Vielmehr wurde diese zwar im Aufenthaltsgesetz grundsätzlich abgeschafft, im Gegenzug jedoch **in zahlreichen Vorschriften der BeschV wieder eingeführt**. § 39 Abs. 2 Satz 2 AufenthG lässt dies ausdrücklich zu.

3. Erteilung einer Berufsausübungserlaubnis

Die Erteilung einer Berufsausübungserlaubnis ist für in Deutschland **reglementierte Berufe** erforderlich, also z.B. für Ärzte, Krankenpfleger, Lehrer, Erzieher und Ingenieure.

4. Feststellung der Gleichwertigkeit der Qualifikation

Bei reglementierten Berufen ist die Feststellung der Gleichwertigkeit von der Erteilung einer Berufsausübungserlaubnis erfasst (Anwendungshinweise BMI, 18.2.4.2.1 und 18.2.4.2.2).

Bei nicht reglementierten Berufen ist zwischen Fachkräften mit akademischer Ausbildung und solchen mit Berufsausbildung zu unterscheiden. Für ausländische Hochschulabschlüsse wird auf die Bewertungsempfehlungen der Zentralstelle für ausländisches Bildungswe-

sen abgestellt, die in der Datenbank „anabin“ (www.anabin.kmk.org) veröffentlicht sind. Ist ein ausländischer Hochschulabschluss dort nicht gelistet oder nicht hinreichend bewertet, ist eine individuelle Bewertung durch die Zentralstelle für ausländisches Bildungswesen erforderlich (Anwendungshinweise BMI, 18.2.4.2). Für ausländische Berufsausbildungen existiert keine zentrale Stelle. Über das Informationsportal der Bundesregierung www.anererkennung-in-deutschland.de lässt sich jedoch die jeweils zuständige Stelle ermitteln.

**5. Ab Vollendung des 45. Lebensjahres:
Mindestgehalt oder Nachweis über angemessene Altersversorgung**

Ausländer, die im Zeitpunkt der Antragstellung das 45. Lebensjahr vollendet haben, müssen ein **Gehalt in Höhe von mindestens 55 % der jährlichen Beitragsbemessungsgrenze** in der gesetzlichen Rentenversicherung erreichen (= 45.540,00 Euro im Jahr 2020) **oder** eine **angemessene Altersversorgung** nachweisen. Letztere kann im Ausland oder bei Voraufenthalt in Deutschland erworben worden sein oder schlicht aus entsprechenden finanziellen Mitteln bestehen (Anwendungshinweise BMI, 18.2.5.6).

In „begründeten Einzelfällen“, in denen ein öffentliches Interesse an der Beschäftigung des Ausländers besteht, kann von dem Erfordernis des Mindestgehalts bzw. einer angemessenen Altersversorgung abgesehen werden. Ein solches öffentliches Interesse kann etwa vorliegen, wenn durch die Beschäftigung des Ausländers Arbeitsplätze erhalten oder geschaffen werden (Anwendungshinweise BMI, 18.2.5.7).

Neben den Voraussetzungen des § 18 Abs. 2 AufenthG muss der Ausländer – wie bisher – die **allgemeinen Erteilungsvoraussetzungen des § 5 AufenthG** erfüllen, die durch das Fachkräfteeinwanderungsgesetz nicht geändert worden sind.

Aufenthaltstitel für Fachkräfte nach den §§ 18a, 18b AufenthG werden grundsätzlich für eine Dauer von **vier Jahren** erteilt,

§ 18 Abs. 4 Satz 1 AufenthG. Liegt dem Ausländer nur ein befristetes Arbeitsangebot vor oder hat die Bundesagentur für Arbeit ihre Zustimmung auf einen kürzeren Zeitraum als vier Jahre befristet, erfolgt die Erteilung für den jeweiligen kürzeren Zeitraum.

- **Aufenthalt zur Arbeitsplatzsuche auch für Nicht-Akademiker**

Nach § 20 Abs. 1 AufenthG kann nunmehr auch Fachkräften mit Berufsausbildung eine **Aufenthaltserlaubnis zur Arbeitsplatzsuche** für **bis zu sechs Monate** erteilt werden. Voraussetzung ist, dass die Fachkraft über hinreichende Sprachkenntnisse für die angestrebte Tätigkeit verfügt und der Lebensunterhalt gesichert ist.

Mindestens ebenso bedeutsam wie die vorstehend skizzierten inhaltlichen Änderungen sind die Neuerungen in Bezug auf das Visumserteilungsverfahren:

- **Einrichtung zentraler Ausländerbehörden**

Nach § 71 Abs. 1 Satz 5 AufenthG *sollen* die **Länder** jeweils **mindestens eine zentrale Ausländerbehörde** einrichten, die insbesondere bei Visumsanträgen zum Zwecke der Erwerbstätigkeit zuständig ist. Die Zuständigkeit erstreckt sich allerdings lediglich auf das Visumsverfahren und nicht auf das anschließende, teils ebenfalls langwierige Verfahren zur Erteilung der Aufenthaltserlaubnis.

- **Beschleunigtes Fachkräfteverfahren**

§ 81a AufenthG sieht die Einführung eines sog. beschleunigten Fachkräfteverfahrens vor. Ziel der Vorschrift ist es, die Einreise von **Fachkräften** zu **beschleunigen** und Arbeitgebern wie Fachkräften ein **geordnetes und zeitlich planbares Verfahren zu ermöglichen**.

Es obliegt der Ausländerbehörde insbesondere, den Arbeitgeber zum Verfahren und zu den einzureichenden Nachweisen zu **beraten**, ggf. das Verfahren zur Feststellung der Gleichwertigkeit im Ausland erworbener Berufsqualifikationen oder zur Bewertung ausländischer Hochschulabschlusszeugnisse einzuleiten, ggf. die Zustimmung der Bundesagen-

tur für Arbeit einholen, die zuständige Auslandsvertretung über die bevorstehende Visumsantragsstellung durch den Ausländer zu informieren und bei Erfüllung der erforderlichen Voraussetzungen der **Visumserteilung unverzüglich vorab zuzustimmen** (sog. Vorabzustimmung), § 81a Abs. 3 AufenthG.

Den **Antrag** auf Durchführung dieses Verfahrens **stellt der Arbeitgeber** gemäß § 81a Abs. 1 AufenthG in Vollmacht des Ausländers. Der Arbeitgeber schließt sodann mit der zuständigen Ausländerbehörde – falls existent: mit der zentralen Ausländerbehörde – eine **Vereinbarung** über den Ablauf des Verfahrens. Diese Vereinbarung umfasst insbesondere Erledigungsfristen, Mitwirkungspflichten der Beteiligten und die Folgen bei Nichteinhaltung der Vereinbarung.

Ob dieses neue Verfahren tatsächlich zu einer Beschleunigung von Visumsanträgen führen wird, ist fraglich. In der Vergangenheit scheiterte eine zügige Bearbeitung oftmals auch an der Überlastung der Ausländerbehörden. Es werden also auch die Personalkapazitäten erhöht werden müssen, was im Zuge der Einrichtung der zentralen Ausländerbehörden nahe läge. Allerdings handelt es sich bei § 71 Abs. 1 Satz 5 AufenthG um eine Soll-Vorschrift. Die Länder sind also nicht verpflichtet, überhaupt eine solche Behörde einzurichten.

Fazit: Das Gesetz ist insgesamt sehr zu begrüßen. Was die vielversprechenden Verfahrensverbesserungen angeht, bleibt allerdings abzuwarten, ob diese auf Landesebene angemessen umgesetzt werden.

Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@
loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de