

Das Verhältnis von § 616 BGB zu den Ansprüchen des IfSG

Im Rahmen der Covid-19-Pandemie sind zahlreiche rechtliche Fragen aufgeworfen worden, zu denen sich zunächst eine herrschende Meinung herauskristallisieren musste. So stellte sich bereits zu Beginn die Frage nach der Anwendbarkeit des § 616 BGB und seinem Verhältnis zu den Ansprüchen des § 616 BGB.

I. Ergebnis

In **aktuell** zu Covid-19-Pandemie veröffentlichten Literatur ist nunmehr herrschende Meinung, dass § 616 BGB aufgrund der Überschreitung der Unerheblichkeitsschwelle **keine Anwendung findet**. Begründet wird dies damit, dass die Dauer der persönlichen Verhinderung Tatbestandsmerkmal und nicht lediglich normierte Höchstgrenze für die Entgeltfortzahlung ist. Ist die Verhinderung des Arbeitnehmers von erheblicher Dauer, liegen daher die Voraussetzungen des § 616 BGB nicht in Gänze vor und **ein Anspruch entfällt insgesamt**. Nur vereinzelt wird vertreten, dass der Anspruch für wenige Tage besteht und sodann entfällt. Der Vorrang des § 616 BGB vor den Entschädigungsregelungen des IfSG stellt somit eine Mindermeinung dar. Die grundsätzliche Ausdehnung auf sechs Wochen, die bisher teilweise durch das BMAS bzw. einzelne Behörden vertreten wird, wird unisono abgelehnt.

II. Fundstellen

1. Unanwendbarkeit aufgrund der Überschreitung der Unerheblichkeit

Hohenstatt/Krois: Lohnrisiko und Entgeltfortzahlung während der Corona-Pandemie(NZA 2020, 413, 415 ff)

Die Dienstverhinderung muss außerdem in der Person des Arbeitnehmers begründet sein. [...] bei Quarantäne ohne Möglichkeit zur Arbeit im Home Office ist das zu bejahen, weil sie an einen personenbezogenen Gefahrenverdacht anknüpft [...]. Bei einem durch Allgemeinverfügung angeordneten Tätigkeitsverbot, zB für Arbeitnehmer in Gaststätten, wird man diese Voraussetzung dagegen nicht bejahen können, da solche Vorgaben betriebs- und nicht personenbezogen sind. [...] Bei näherem Hinsehen sind die pandemiebedingten Schulschließungen nur (objektiver) Auslöser, nicht aber der Grund für die Leistungsbefreiung. Das ist vielmehr die Sorgepflicht des Arbeitnehmers, die ihm *persönlich* die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar macht.

[...] Die eigentliche Problematik liegt aber im Kriterium der Verhinderung für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“. **In den meisten derzeit diskutierten Fällen ist § 616 S. 1 BGB wegen dieser Voraussetzung nicht anwendbar und schließt daher Entschädigungsansprüche nach § 56 I, Ia IfSG nicht aus.** [...] **Bei Pflege naher Angehöriger oder Betreuung von Kindern für mehr als fünf Tage wird der Anspruch auf Lohnfortzahlung**

richtigerweise nicht nach § 616 S. 1 BGB aufrechterhalten. [...] Die aktuell angeordnete Quarantäne-Dauer von zwei Wochen ist tatsächlich einer der wenigen Fälle, bei denen sich über die Anwendbarkeit von § 616 S. 1 BGB streiten lässt. Wie dargelegt, erfasst die Vorschrift zwar grundsätzlich nur Minimal-Zeiträume von wenigen *Tagen*, die ein umsichtiger Dienstgeber ohnehin einkalkulieren muss. Im Fall der Quarantäne ist der Arbeitnehmer aber *selbst* und *erheblich* betroffen. Richtigerweise rechtfertigt das gleichwohl nicht den Rückgriff auf die sehr viel längere 6-Wochen-Frist aus § 3 I EFZG [...]

Bei Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle entfällt der Vergütungsanspruch nach mittlerweile ganz hM vollständig, dh der Lohnanspruch besteht auch nicht vorübergehend – also für eine noch verhältnismäßig geringe Zeit – fort.

[...] Besonders relevant ist das Verhältnis zu § 616 S. 1 BGB. Es wurde bereits dargelegt, dass bei *mehrwöchigen* Schulschließungen – wie aktuell der Fall – nicht mehr von einem verhältnismäßig unerheblichen Zeitraum die Rede sein kann. Wenn der Arbeitnehmer nicht *selbst* betroffen ist, entfällt bei Verhinderungen von mehr als nur wenigen Tagen die Lohnzahlungspflicht – und zwar vollständig (dazu II 2 d). **§ 616 S. 1 BGB wird den Entschädigungsanspruch aus § 56 I a IfSG daher im Regelfall nicht ausschließen.**

Geulen/Sothmann: Entschädigungen nach dem Infektionsschutzgesetz – Quarantäne, Kita- und Schulschließung in der Corona-Krise, ArbRAktuell 2020, 217

Vor dem Hintergrund, dass für den Entschädigungsanspruch nach § 56 I IfSG ein Vergütungsausfall erforderlich ist, muss im Einzelfall vorrangig geprüft werden, ob die Voraussetzungen des Vergütungsanspruchs nach § 616 BGB vorliegen, sofern diese nicht wirksam abbedungen wurden. Nach § 616 S. 1 BGB darf die Arbeitsverhinderung grundsätzlich lediglich für eine **verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit andauern**. Mangels Legaldefinition ist umstritten, welcher Zeitraum noch als nicht erheblich angesehen werden kann. Diskutiert werden Zeiträume von wenigen Tagen (MüKoBGB/Henssler, 8. Aufl. 2020, BGB, § 616, Rn. 68) bis zu 6 Wochen (vgl. BGH, NJW 1979, 422). **Vorzugswürdig ist es, unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles lediglich wenige Tage als nicht erheblich anzusehen. Ist der Zeitraum von vornherein erheblich, entsteht auch kein Teilanspruch nach § 616 BGB.** Vor dem Hintergrund, dass behördliche Quarantäne-Anordnungen im Zusammenhang mit dem Verdacht einer SARS-CoV-2-Infektion regelmäßig einen Zeitraum von 2 Wochen umfassen, bleibt im Einzelfall ein Risiko hinsichtlich des Anwendungsbereiches des § 616 BGB und damit auch hinsichtlich des Bestehens eines Entschädigungsanspruchs nach § 56 IfSG bis zu einer gerichtlichen Klärung vorerst bestehen.

[...] **Entschädigung nach § 56 I a IfSG – Schul- und Kitaschließung** [...] Von Seiten der Behörden wird vertreten, dass ein Entschädigungsanspruch ausscheidet, sofern ein Anspruch aus § 616 BGB besteht. Hier kommt es (sofern § 616 BGB nicht abbedungen ist) daher erneut auf die Frage an, welcher Zeitraum noch als verhältnismäßig unerheblich angesehen werden kann. Nicht in allen Konstellationen ist immer ein längerer Zeitraum betroffen, z. B., weil zuerst noch Überstunden abgebaut wurden. In der Praxis muss hier mit einem erheblichen Widerstand der Behörden gerechnet werden, solange die Rechtsprechung noch keine klaren zeitlichen Grenzen gezogen hat.

Hohenstatt/Sittard, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, 1. Auflage 2020, II. Lohnrisiko, Entgeltfortzahlung und die Hoffnung auf staatliche Entschädigung

Ob sie auch Anspruch auf Lohn haben, richtet sich aber nach den weiteren Voraussetzungen aus § 616 S. 1 BGB. Das erfordert insbesondere, dass die Verhinderung nur „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ besteht. Die Grenze liegt hier richtigerweise bei wenigen Tagen. Insbesondere lässt sich die aktuell – gerade von den Behörden (dazu unter III.) – häufig bemühte 6-Wochen-Frist bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht heranzie-

hen. § 3 Abs. 1 EFZG zieht den Arbeitgeber nämlich für Zwecke des Sozialstaats (dh zur Entlastung der Krankenkassen) heran und dient nach allgemeiner Meinung dem *öffentlichen* Interesse. Dagegen ist § 616 S. 1 BGB gerade keine sozialpolitische Schutznorm für Arbeitsverhältnisse, sondern gilt auch für freie Dienstverhältnisse (sprich: auch für den Vorstandsvorsitzenden eines DAX-Unternehmens). Sie ist Ausdruck eines allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes, wonach „minimale“ Abweichungen den Anspruch auf Entlohnung nicht entfallen lassen, weil mit ihnen typischerweise zu rechnen ist (vgl. etwa § 536 Abs. 1 S. 3 BGB zum Ausschluss der Mietminderung). **Für Dienst- und Arbeitsverhältnisse ist diese Grenze richtigerweise bei *wenigen Tagen* erreicht.** Mit mehrwöchigen Verhinderungen muss kein Dienst- oder Arbeitgeber typischerweise rechnen. **Wichtig ist, dass bei *Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle der Vergütungsanspruch nach ganz hM vollständig entfällt*, dh der Arbeitgeber muss auch nicht für die ersten fünf Tage Lohn zahlen, wenn die Verhinderung insgesamt länger dauert.**

Müller/Becker: Pandemiebedingte Leistungshindernisse in der Arbeitsrechtspraxis, COVuR 2020, 126

Ist der Entgeltanspruch gem. § 616 S. 1 nicht einzel- oder tarifvertraglich ausgeschlossen, kommt danach ein Anspruch des Arbeitnehmers in Betracht. Nicht nur die Betreuung eines erkrankten Kindes ist als Leistungshindernis gem. § 616 S. 1 BGB anzusehen, sondern auch die Betreuungspflicht in Folge der pandemiebedingten Schließung von Betreuungseinrichtungen. [...] **Der Leistungsanspruch gem. § 616 S. 1 BGB besteht nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit.** Bislang hat sich die Rechtsprechung bezüglich der Pflege erkrankter Angehöriger an § 45 Abs. 2 SGB V a. F. bzw. § 185 c Abs. 2 RVO orientiert, der eine Entgeltersatzleistung für eine **Dauer von bis zu 5 Arbeitstagen** vorsah. Dieser Maßstab kann mit Verlängerung des Bezugszeitraumes gem. § 45 Abs. 2 SGB V auf bis zu 50 Arbeitstage im Kalenderjahr nicht mehr unmittelbar herangezogen werden. Die Grenze von fünf Arbeitstagen wird jedoch weiterhin als zeitliche Grenze für den verhältnismäßig nicht erheblichen Zeitraum gem. § 616 S. 1 BGB herangezogen. Im Einzelfall kann unter Berücksichtigung des Verhältnisses der Dauer und der noch zu erwartenden Fortdauer des Arbeitsverhältnisses sowie der Dauer der Verhinderung und ein erheblich längerer Zeitraum der Leistungsverhinderung als „verhältnismäßig nicht erheblich“ angesehen werden. So kann bei einer persönlichen Leistungsverhinderung infolge eines Beschäftigungsverbotes nach § 31 IfSG bei langjährig beschäftigten Arbeitnehmern **im Einzelfall ausnahmsweise auch ein Zeitraum von sechs Wochen als (Ober-) Grenze** einer verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit i. S. v. § 616 BGB eingestuft werden. **Ist der Arbeitnehmer aufgrund der Erkrankung des Kindes oder pandemiebedingten Schließung der Kinderbetreuungseinrichtung von vornherein für eine erhebliche Zeit – d. h. grundsätzlich länger als fünf Arbeitstage – an der Arbeitsleistung gehindert, entfällt eine Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 616 S. 1 BGB insgesamt.** Der Entgeltfortzahlungsanspruch besteht dann auch nicht anteilig für die (noch) verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit.

2. Kommentare zu § 616 (ohne Pandemie-Bezug) – Entfall des Anspruchs bei Überschreiten der Unerheblichkeitsschwelle

HK-BGB/Klaus Schreiber, 10. Auflage 2019, BGB § 616 Rn. 5

Der Dienstverpflichtete darf nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit an der Dienstleistung verhindert sein. Es kommt auf das Verhältnis der Verhinderungsdauer zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses unter Berücksichtigung der bereits verfloßenen und noch zu erwartenden Verhinderungsdauer an (nicht erheblich sind zB 5 Tage für die Pflege eines erkrankten Kindes, vgl. BAG NJW 78, 2317; zu Höchstgrenzen für Freistellungsansprüche aus diesem Grund vgl. auch § 45 SGB V; dazu MK/Henssler § 616 Rn. 32; zur Pflege naher

Angehöriger weiterführend ErfK/Preis § 616 Rn. 10 a mwN zum Streitstand). **Wird diese Zeitspanne überschritten, entfällt der Vergütungsanspruch insgesamt und nicht nur für die Zeitspanne, welche die Erheblichkeitsgrenze überschreitet.**

BeckOK ArbR/Joussen, 55. Ed. 1.3.2020, BGB § 616 Rn. 45

Schließlich ist Voraussetzung für das Fortbestehen eines Anspruchs auf die Zahlung der Vergütung trotz ausbleibender Leistung seitens des Dienstverpflichteten nach dem Wortlaut des § 616, dass die Leistungsverhinderung nur „für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ andauert. Durch dieses Tatbestandsmerkmal wird der Ausnahmetatbestand des § 616 untrennbar mit der zeitlichen Begrenzung des Verhinderungsgrundes verknüpft. **Überschreitet die Dauer der Verhinderung diesen, iE noch näher zu bestimmenden verhältnismäßigen Zeitraum, liegt somit eine Tatbestandsvoraussetzung der Norm nicht vor. Dies führt dazu, dass der Fortzahlungsanspruch dann, wenn die Verhinderung unverhältnismäßig lange andauert, vollständig entfällt;** es kommt also nicht zu einem Entfallen des Anspruchs nur für den unverhältnismäßigen Teil.

ErfK/Preis, 20. Aufl. 2020, BGB § 616 Rn. 10a

Weitere tatbestandl. Voraussetzung für den Erhalt des Vergütungsanspruchs, nicht nur für seine Begrenzung (BAG [GS] 18.12.1959 AP BGB § 616 Nr. 22), ist die Verhinderung für einen unerhebl. Zeitraum. **Dauert die Verhinderung länger an, so entfällt ein Anspruch vollständig** (MüKoBGB/Henssler Rn. 61; AR/Kamanabrou Rn. 19; HWK/Krause Rn. 37; Staudinger/Oetker Rn. 96; krit. Greiner NZA 2007, 490, 492).

MüKoBGB/Henssler, 8. Aufl. 2020, BGB § 616 Rn. 69

Ist der Arbeitnehmer **für eine erhebliche Dauer an der Arbeitsleistung gehindert, so verliert er den Vergütungsanspruch auch für die nicht erhebliche Zeit.** § 616 soll lediglich für begrenzte Sachverhalte eine Entgeltfortzahlung festschreiben. Daher ist die Dauer Tatbestandsmerkmal und nicht lediglich Höchstgrenze auf der Rechtsfolgenseite.

3. Vorrang des § 616 BGB, aber zeitliche Begrenzung auf fünf Tage

Richter/Althoff, Betriebsratsarbeit in Zeiten von Corona, FAQ – Muss der Arbeitgeber den Lohn weiterbezahlen, Stand 01.05.2020

Arbeitnehmern kann ein Leistungsverweigerungsrecht wegen der Betreuung ihrer Kinder zustehen. Eine andere Frage ist jedoch, ob der Arbeitgeber verpflichtet ist, die vereinbarte Vergütung weiter zu bezahlen. **§ 616 BGB sieht die Fortzahlung der Vergütung vor, wenn ein Arbeitnehmer durch einen in seiner Person liegenden Grund vorübergehend verhindert ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen. Die Sorgspflicht des Arbeitnehmers für seine Kinder ist ein in seiner Person liegender Grund.** Allerdings sind die Arbeitnehmer aufgrund der wochenlangen Schließung von Schulen und Kitas nicht nur vorübergehend verhindert, ihre Arbeitsleistung zu erbringen. Unter „vorübergehend“ versteht die Rechtsprechung bei zB erkrankten Kindern ein Zeitraum von bis zu maximal 6 Tagen. Hinzu kommt, dass die Regelung des § 616 BGB in vielen Arbeits- und Tarifverträgen konkretisiert ist und für solche Fälle keine Regelungen enthält. **Eine Pflicht zur Fortzahlung der Vergütung durch den Arbeitgeber kommt daher – wenn überhaupt – nur für wenige Tage in Betracht.**

4. Voller Vorrang des § 616 BGB

Stöß/Putzer: Entschädigung von Verdienstaussfall während der Corona-Pandemie NJW 2020, 1465

Der Betroffene muss durch die angeordneten Maßnahmen einen Verdienstaussfall erlitten haben. Dies ist insbesondere dann nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer Anspruch auf Fortzahlung seines Arbeitsentgelts unter den Voraussetzungen des § 616 S. 1 BGB hat, da **§ 56 I IfSG als Billigkeitsregelung nur subsidiär anwendbar** ist. Nach § 616 S. 1 BGB geht der Arbeitnehmer seines Vergütungsanspruchs 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. Ein in der persönlichen Sphäre des betroffenen Arbeitnehmers liegender Hinderungsgrund ist danach der Kontakt mit einem bereits an Covid-19 Erkrankten. Die **Vorschrift ist deshalb auch in der Corona-Krise anwendbar, insbesondere ist die Pandemie danach nicht objektiver Hinderungsgrund, der eine Pflicht zur Fortzahlung entfallen ließe**. Diese Pflicht kann jedoch abbedungen werden; anwendbar sind die allgemeinen Regeln der Tarif- und Vertragsauslegung. [...] Die Sechs-Wochen-Frist gem. § 3 I EntgFG kann daher als Obergrenze für die Annahme einer „nicht erheblichen Zeit“ iSd § 616 S. 1 BGB zumindest bei unbefristeten und bereits länger bestehenden Arbeitsverhältnissen herangezogen werden.

5. Weitere

Fuhlrott/Fischer: Arbeitsrecht und Corona 2.0 – Weitere gesetzliche Änderungen NZA 2020, 409

Das für Arbeitnehmer existenzbedrohende Problem, ob, unter welchen Voraussetzungen und in welchem zeitlichen Umfang durch ein Berufen auf § 616 S. 1 BGB der Arbeitgeber Lohnausfälle seiner Arbeitnehmer von in Folge Schulschließungen und damit verbundener Kinderbetreuung eingetretener Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gem. § 275 III BGB zu kompensieren hat, hat der Gesetzgeber nunmehr entschärft. Mit dem „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ hat der Gesetzgeber in § 56 I a IfSG eine Neuregelung in Form eines sozialrechtlichen und an den Staat gerichteten Entschädigungsanspruchs eingeführt [...] Mit dieser Regelung hat sich der Gesetzgeber gegen eine – ebenfalls denkbare – Ausweitung des § 616 BGB zulasten der Arbeitgeber entschieden.

Arbeitsrecht in Zeiten der COVID-19-Pandemie – insbesondere Neuigkeiten zu virtuellen Betriebsratsbeschlüssen, SPA 2020, 65

Offen ist dann jedoch, ob in diesem Fall ein Vergütungsanspruch (etwa aus § 616 BGB) besteht, **wobei mehr dafür spricht, dass § 616 BGB in Fällen pandemiebedingter Auswirkungen auf eine Vielzahl von Arbeitnehmern nicht greift**.

Tödtmann/v. Bockelmann, Arbeitsrecht in Not- und Krisenzeiten, 1. Auflage 2020, B. In der Krise – Krisenmanagement

Gemäß der Neuregelung in § 56 Abs. 1 a IfSG steht die Schließung einer Betreuungseinrichtung für Kinder, insbesondere also Kindertagesstätten und Schulen, den Infektionsschutzanordnungen gem. § 56 Abs. 1 IfSG weitgehend gleich. Das bedeutet, dass der betroffene Arbeitnehmer einen Entschädigungsanspruch hat, wenn er wegen der aufgrund der Epidemie geschlossenen Kinderbetreuungseinrichtung oder Schule (Kinder bis zu 12 Jahren) seine Arbeit nicht leisten kann. **Zu beachten ist, dass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung für unverschuldete kurzfristige Verhinderung gem. § 616 BGB vorgeht. In den nächsten**

Monaten wird allerdings noch zu klären sein, ob im Falle einer längerfristigen Schul- und Kindertagesstättenschließung überhaupt eine kurzzeitige Verhinderung im Sinne von § 616 BGB vorliegt.

Sagan/Brockfeld: Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, NJW 2020, 1112

Sind die behördlichen Maßnahmen nur für eine „nicht erhebliche Zeit“ angeordnet, kann der Entgeltanspruch nach § 616 BGB aufrechterhalten bleiben. In diesem Sinne hat der *BGH* vereinzelt, aber zu weitgehend einen Zeitraum von sechs Wochen als unerhebliche Zeit angesehen. Besteht kein Anspruch nach § 616 BGB, erhält der Arbeitnehmer eine Entschädigung nach § 56 IfSG. [...] **Ob die behördlich angeordnete Schließung einer Schule oder Betreuungseinrichtung einen persönlichen Hinderungsgrund iSv § 616 BGB begründet, ist zweifelhaft. Die Norm ist jedenfalls nicht einschlägig, wenn die Schließung länger dauert, als der Arbeitnehmer typischerweise benötigt, um – soweit dies derzeit möglich ist – eine anderweitige Kinderbetreuung zu organisieren.** Für Betreuungsfälle besteht seit dem 30.3.2020 mit dem neuen § 56 I a IfSG ein Entschädigungsanspruch.

Römermann, Leitfaden für Unternehmen in der Covid-19 Pandemie, 1. Auflage 2020, Teil 8 Arbeitsrecht, Rn. 17f.

Neben dem Erfordernis der unverschuldeten Verhinderung liegt die besondere Schwierigkeit dieser Norm in dem Erfordernis „für eine verhältnismäßig **nicht erhebliche Zeit**“, welches unbestimmt ist und durch die Rechtsprechung seit jeher als „**mit wenigen Tagen bemessen**“, ausgelegt wird. Die in jüngster Zeit gerade von einigen Behörden vertretene Ansicht, man könne die Regelung des **§ 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG analog** heranziehen und den Vergütungsanspruch vergleichbar der Entgeltfortzahlung für sechs Wochen auf diese Grundlage stützen, verfängt nicht. Diese Ansicht, vertreten von *Preis*, ist in der arbeitsrechtlichen Literatur **eine Mindermeinung**.