

## RECHT

14. Januar 2021  
4/2021 Tx/Bkl

### **Corona-Pandemie | Positionspapier der BDA zu arbeitsrechtlichen Fragen**

Anliegend überlassen wir Ihnen ein Positionspapier der BDA zu aktuellen Fragen zur Corona-Pandemie. Neue Maßnahmen aufgrund der Beschlüsse von Bund und Ländern zur Eindämmung der Corona-Pandemie sowie der Beginn der Corona-Impfungen führen nach wie vor zu zahlreichen Fragen für die arbeitsrechtliche Praxis. Die BDA hat ihre Antworten und Einschätzungen in dem beigefügten Positionspapier zusammengefasst.

# ***Aktuelle Fragen zur Corona-Pandemie***

Januar 2021

## **1. Entschädigungspflicht bei Quarantäne-Empfehlungen**

Einige Gesundheitsämter sehen – selbst bei Vorliegen der Voraussetzungen für eine Quarantäne (z. B. weil eine Person als Kontaktperson ersten Grades einzustufen ist) - davon ab, eine entsprechende (schriftliche) Anordnung zu erlassen, sondern sprechen stattdessen lediglich Empfehlungen für eine Quarantäne aus. Dieses Vorgehen entspricht nicht den gesetzlichen Voraussetzungen und den Empfehlungen des RKI. Liegen die Voraussetzungen für eine Quarantäne vor, muss diese auch angeordnet werden.

Selbst wenn zunächst lediglich eine mündliche Anordnung durch das Gesundheitsamt ergeht, muss ein Arbeitnehmer den Nachweis erbringen können, dass das Gesundheitsamt ihm gegenüber eine Quarantäne angeordnet hat. Ergeht nicht sofort ein Bescheid, muss der Arbeitnehmer auf eine Anordnung mindestens in Textform hinwirken. Dies gehört zu seinen vertraglichen Nebenpflichten. Weigert sich der Arbeitnehmer, einen solchen Nachweis vorzulegen, berechtigt dies den Arbeitgeber dazu, Entgeltzahlungen bis zur Vorlage eines Nachweises einzustellen. Hat der Arbeitgeber bereits Entschädigungsleistungen an den Arbeitnehmer ausgezahlt, kann bei Ausbleiben eines Nachweises auch eine Rückforderung der geleisteten Entschädigung in Betracht kommen.

## **2. Appell zur sog. „Selbstquarantäne“**

Eine Quarantäne im Sinne des § 30 IfSG mit den daran anknüpfenden Rechtsfolgen kann nur das zuständige Gesundheitsamt anordnen.

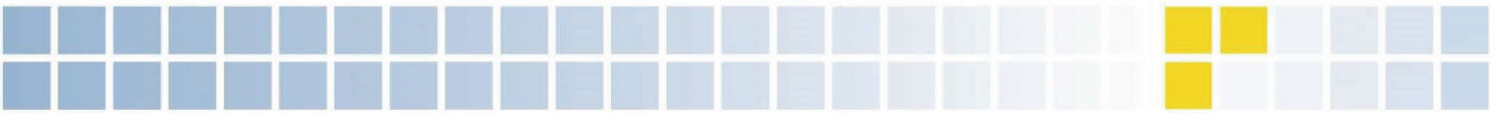
Der Hinweis im Beschluss aus der Videokonferenz zwischen der Bundeskanzlerin und den Ministerpräsidenten der Länder vom 16. November 2020, dass Personen mit Atemwegserkrankungen von der Möglichkeit der telefonischen AU Gebrauch machen und zuhause bleiben sollen, bis die akuten Symptome abklingen, ermöglicht keine Selbstquarantäne. Ein Fernbleiben von der Arbeit setzt unter den üblichen Voraussetzungen immer eine ärztliche Bescheinigung voraus.

## **3. Befreiungen von der Maskenpflicht**

In einigen Betrieben besteht eine generelle Pflicht, einen Mund-Nasen-Schutz zu tragen. Legt der Arbeitnehmer ein ärztliches Attest vor, das ihn von der Maskenpflicht befreit, stellt sich die Frage, wie darauf reagiert werden kann.

### **a) Anforderungen an das ärztliche Attest**

Ein ärztliches Attest setzt voraus, dass die Befreiung von der Maskenpflicht medizinisch indiziert ist. Dementsprechend müssen die gesundheitlichen Gründe, die das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung unmöglich oder unzumutbar machen, detailliert und nachvollziehbar aus dem Attest hervorgehen. Aus dem Attest muss sich demnach ergeben, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen durch das Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung alsbald zu erwarten sind



und woraus diese im Einzelnen resultieren. Dies hat neben einigen Verwaltungsgerichten (vgl. u.a. VG Würzburg v. 24.11.2020 - Az. W 8 E 20/1772) nun auch das Arbeitsgericht Siegburg für das Arbeitsverhältnis entschieden (ArbG Siegburg v. 16. Dezember 2020 – Az. 4 Ga 18/20).

Arbeitgeber können den Beweiswert eines Attestes erschüttern, in dem sie Tatsachen vortragen, aus denen sich ernsthafte Zweifel an der Richtigkeit des Attestes ergeben, wie beispielsweise einem weit entfernt gelegenen Praxisort oder mehrere gleichlautende Atteste desselben Arztes. Aus der Praxis sind uns Fälle bekannt, in denen Ärzte oder andere Personen sog. „Blanko-Bescheinigungen“ auf ihrer Homepage zum kostenlosen Download anbieten. Derartige Dokumente sind zum Nachweis der Unzumutbarkeit ungeeignet.

#### **b) Rechtsfolge**

Besteht keine anderweitige – zulässige – Einsatzmöglichkeit des Arbeitnehmers in dem Betrieb, weil auch der anderen Tätigkeit ohne das Tragen einer Maske nicht nachgekommen werden kann, kann ihn der Arbeitgeber unbezahlt freistellen. Der Arbeitgeber sollte vorab alternative Schutzmaßnahmen oder die Erbringung der Arbeitsleistung aus dem sog. Home-Office in Erwägung ziehen.

Im Ergebnis liegt dann ein Fall der gegenseitigen Unmöglichkeit vor: Das ärztliche Attest bescheinigt dem Arbeitnehmer die Unzumutbarkeit der Maskenpflicht und damit die Unmöglichkeit der Erbringung seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung. Demgegenüber kann der Arbeitgeber den Arbeitnehmer im Betrieb nicht mehr gefahrenlos einsetzen

Nach unserer Auffassung steht dem Arbeitnehmer bei Vorlage einer entsprechenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu, da das EFZG diese Fälle nicht erfasst. Dem Arbeitnehmer ist die Erbringung seiner Arbeitsleistung nicht infolge einer auf Krankheit beruhenden Arbeitsunfähigkeit unmöglich geworden.

#### **4. Anordnung von Betriebsferien**

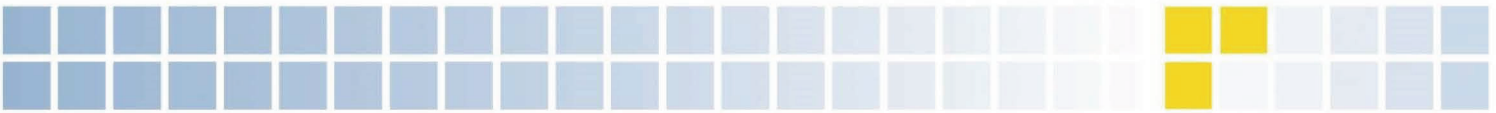
Eine wirksame Anordnung von Betriebsferien durch den Arbeitgeber ist nur unter engen Voraussetzungen möglich und muss sich an den betrieblichen Gegebenheiten orientieren. Aus einem Appell folgt auch keine Ermessensbeschränkung, wenn hiervon nicht Gebrauch gemacht werden soll - oder der Betriebsrat für eine Einigung sein Initiativrecht nutzen will.

#### **5. Berechnung des Verdienstauffalls nach § 56 Abs. 3 IfSG**

Inzwischen hat das Bundesgesundheitsministerium klargestellt, dass bei der Berechnung des Verdienstaufalles das Entgeltausfallprinzip gilt. § 56 Abs. 3 S. 1 IfSG legt den Schluss nahe, dass bei Arbeitnehmern möglichst das konkret entgehende Arbeitsentgelt ersetzt werden soll. Daher ist das konkret in einem bestimmten Monat entgangene Arbeitsentgelt Bemessungsgröße und es darf grundsätzlich nicht pauschaliert auf ein Referenzeinkommen vor Beginn des Beschäftigungshindernisses abgestellt werden (so genanntes Referenzprinzip).

#### **6. Entschädigungspflicht nach § 56 Abs. 1a IfSG bei „verlängerten Schulferien“**

Ordnet die zuständige Behörde aus Gründen des Infektionsschutzes Schulschließungen an oder hebt die Präsenzpflicht in einer Schule auf, haben betreuungspflichtige Eltern seit dem 16. Dezember 2020 einen Anspruch auf Entschädigung nach § 56 Abs. 1a IfSG, wenn sie wegen notwendiger Betreuung eines Kindes oder einer pflegebedürftigen Person einen Verdienstaufall erleiden. Die neue Entschädigungsregelung greift zudem in Konstellationen des Hybridunterrichts bzw. Wechselunterrichts. Gleiches gilt für Fälle einer schrittweisen Öffnung von Betreuungseinrichtungen.



Fallen Betreuungsangebote innerhalb der Schul- bzw. Kita-Ferien (Hortbetreuung während der Ferien, „betreute Grundschule“ und Ähnliches) aus und entsteht somit während der Ferien ein ungeplanter Betreuungsbedarf, haben Eltern ebenfalls einen Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1a IfSG. Diese Einrichtungen sind in den Ferien nicht im Sinne des § 56 Abs. 1a S. 3 IfSG geschlossen. Ein Entschädigungsanspruch setzt insofern voraus, dass die Betreuung innerhalb der Ferien auch in Anspruch genommen worden wäre.

Lehnen Eltern ein bereitstehendes Notfallbetreuungsangebot einer Einrichtung ab, lösen sie selbst den Betreuungsbedarf aus und haben demnach keinen Anspruch auf Entschädigung. Besteht keine Notbetreuung oder besteht diese nur für bestimmte Berufsgruppen, besteht ein Anspruch auf Entschädigung für die vom Notbetreuungsangebot ausgeschlossenen Eltern. Nach unserer Auffassung besteht der Anspruch auf Entschädigung in entsprechender Anwendung des § 56 Abs. 1a IfSG, wenn Eltern ihre Kinder auf Empfehlung der jeweiligen Einrichtung zu Hause lassen.

Nach unserer Auffassung besteht der Anspruch auf Entschädigung in analoger Anwendung des § 56 Abs.1a IfSG auch, wenn eine Betreuungseinrichtung selbst die Entscheidung trifft, zu schließen, weil Betreuer an Corona erkrankt sind oder sich aufgrund Corona in Quarantäne begeben mussten und eine angemessene Betreuung der Kinder deshalb nicht mehr gewährleistet werden kann.

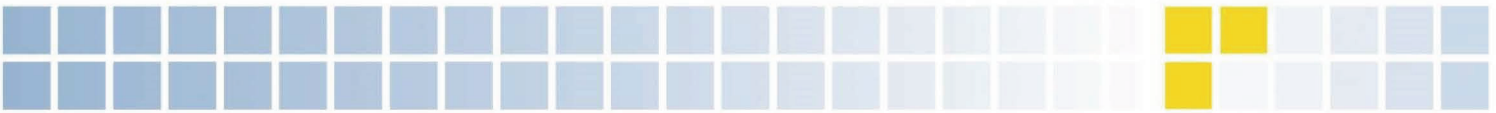
**Praxistipp:** Arbeitgeber sollten sich von Arbeitnehmern eine schriftliche Bestätigung der Empfehlung der jeweiligen Einrichtung vorlegen lassen, um spätere Nachweisschwierigkeiten bei der Geltendmachung des Erstattungsanspruchs gegenüber der Behörde zu vermeiden

Ein Lohnfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber besteht aus unserer Sicht nicht, Sofern § 616 BGB nicht ohnehin wirksam abgedungen ist, wird es bei einer Verlängerung der Schulferien oder Aussetzung der Präsenzpflicht regelmäßig an einer kurzzeitigen Verhinderung fehlen.

## **7. Anspruchsdauer des § 56 Abs.1a IfSG vor dem Hintergrund des „zweiten Lockdowns“**

Der Anspruch auf Entschädigung nach § 56 Abs.1a IfSG besteht für jede erwerbstätige Person längstens für eine Dauer von zehn Wochen. Für Alleinerziehende besteht der Anspruch längstens für eine Dauer von zwanzig Wochen. Aus unserer Sicht führt der zweite „Lockdown“ zu einem Neubeginn des Entschädigungsanspruchs. Zwar geht aus § 56 Abs. 2 S. 4 IfSG nicht hervor, wann es zu einem Neubeginn des Anspruchs kommt, jedoch dürfte der Neubeginn mit jedem weiteren Lockdown dem Sinn und Zweck des Entschädigungsanspruchs entsprechen. Die Entschädigungsregelung würde vielfach ins Leere laufen, da der Zeitraum im ersten Lockdown häufig bereits vollkommen ausgeschöpft werden musste. Dass die Anspruchsdauer nach den Hinweisen des BMG nach Tagen berechnet wird, steht dem nicht entgegen. Hintergrund für die tageweise Berechnung ist, dass es während der Dauer eines Lockdowns zu mehrere Schul- bzw. -Kitaschließungen und -Öffnungen kommen kann.

Mit dem Beschluss der Länder mit der Bundeskanzlerin vom 5. Januar 2021 wird im Zuge der verlängerten Kita- und Schulschließungen das sogenannte Kinderkrankengeld im Jahr 2021 für zehn zusätzliche Tage pro Elternteil (20 zusätzliche Tage für Alleinerziehende) auch für diese Fälle gewährt werden, da die neue Entschädigungsregelung in § 56 Abs. 1a IfSG nicht ausreicht. Richtig wäre hier eine Ausweitung der Entschädigungsregelungen nach dem Infektionsschutzgesetz gewesen.



**Praxistipp:** Wir empfehlen an dieser Stelle, vorab Kontakt mit der zuständigen Behörde aufzunehmen und verbindliche Auskünfte zur konkreten Handhabung einzuholen ehe man als Arbeitgeber in Vorleistung tritt.

### **8. Testpflicht – Anordnung von Tests durch Arbeitgeber**

Ob eine Anordnung von Tests durch Arbeitgeber oder auch der entsprechende Wunsch deren Kunden (und damit mittelbar angeordnet durch den Arbeitgeber) zulässig ist, ist am Einzelfall zu beurteilen. Grundsätzlich ist bei der Anordnung von Tests eine Interessenabwägung vorzunehmen. Bei der Verhältnismäßigkeits- und Interessenabwägung spielen z. B. Erkrankungen oder Verdachtsfälle im Betrieb oder die jeweilige Branche eine Rolle, also z.B. ob es sich bei dem Betrieb in dem die Testung verpflichtend eingeführt werden soll, um einen besonders gefährdeten Betrieb, z. B. ein Pflegeheim handelt. Betreiber eines Pflegeheims sind nach unserer Auffassung zur Anordnung von Tests berechtigt. Das kann sich zum einen aus einer individuellen Gefährdungsbeurteilung i. V. m. den Empfehlungen des RKI zur Testung ergeben. Dieses Ergebnis wird durch den Beschluss der Ministerpräsidenten der Länder und der Bundeskanzlerin vom 13. Dezember 2020 unterstrichen, der vorsieht, dass die Länder eine verpflichtende Anordnung von Tests für Pflegepersonal anordnen.

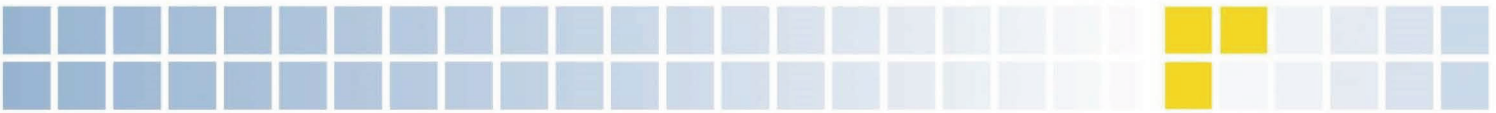
Sinn der Testung ist, einen Corona-Ausbruch im Heim zu vermeiden, daher werden in den Landesverordnungen häufig auch die Besucher umfasst. Das bedeutet auch, dass Personen, die durch einen Dienstleister im Heim eingesetzt werden, wie z. B. Reinigungskräfte, von einer Testpflicht erfasst werden können. Die vom Heim auferlegte Testpflicht schlägt sich dann auch auf die Arbeitgeber der Reinigungskräfte durch. Setzt der Arbeitgeber die Reinigungskräfte fest in einem Betrieb, hier also einem Pflegeheim ein, kann die Reinigungskraft ohne Test ihre Arbeitsleistung nicht mehr vertragsgerecht erbringen. Es stellt sich die Frage, ob und inwieweit arbeitsrechtlich reagiert werden kann. Dabei spielen ebenfalls die Umstände des Einzelfalles eine Rolle. Bedeutend ist insbesondere, ob die Verweigerung im Einzelfall z. B. aus medizinischen Gründen, berechtigt war. Bei Verweigerung eines Tests ist der Arbeitnehmer nicht leistungsfähig und es entfällt die Vergütungspflicht, im Einzelfall kann zu prüfen sein, ob eine Versetzung in Betracht kommt.

### **9. Corona-Impfung und ihre Auswirkungen auf die Arbeitsbeziehungen**

Die Corona-Schutzimpfungen haben nach Weihnachten begonnen. Im Zusammenhang mit den Impfungen stellen sich zahlreiche Fragen für die arbeitsrechtliche Praxis. Die am 17. Dezember 2020 vom Bundesgesundheitsministerium erlassene Coronavirus-Impfverordnung (CoronalmpfV) regelt, wer in welcher Reihenfolge einen Anspruch auf eine Corona-Schutzimpfung hat. Prioritär geimpft werden sollen z. B. Personen, die in stationären Einrichtungen zur Behandlung, Betreuung und Pflege älterer oder pflegebedürftiger Menschen behandelt, betreut oder gepflegt werden oder tätig sind. Danach folgen unter anderem Personen, bei denen ein hohes Risiko für einen schweren Krankheitsverlauf besteht. Zwar sieht die CoronalmpfV keine Impfpflicht vor, Arbeitgeber können jedoch in bestimmten Fällen berechtigt sein, eine Impfung in ihren Betrieben vorzusehen.

#### **a) Arbeitgeberbescheinigung zur Bestätigung der prioritären Berufsgruppe**

Personen, die aufgrund ihrer beruflichen Tätigkeit Priorität bei der Impfung genießen, müssen ihre Impfberechtigung gemäß der CoronalmpfV durch eine Bescheinigung der Einrichtung oder des Unternehmens, bei dem sie beschäftigt sind, nachweisen (§ 6 Abs. 4 Ziff. 2 CoronalmpfV). Beschäftigte haben gegenüber ihren Arbeitgebern einen Anspruch auf Ausstellung einer solchen Bescheinigung. Dieser Anspruch ergibt sich aus der aus dem Arbeitsverhältnis resultierenden Schutzpflicht gegenüber den Beschäftigten.



### **b) Anordnung von Impfungen durch den Arbeitgeber**

Ob die Anordnung von Impfungen bzw. die Verpflichtung zur Duldung von Impfungen z. B. durch den Betriebsarzt zulässig sind, ist am Einzelfall zu beurteilen. Grundsätzlich sind Anordnungen zur Durchführung von Impfungen mit den Persönlichkeitsrechten der Arbeitnehmer abzuwägen. Bei der Interessen- bzw. Verhältnismäßigkeitsabwägung ist insbesondere das jeweilige Arbeitsumfeld des Betriebs zu berücksichtigen.

Betreibt der Arbeitgeber eine Einrichtung, in der besonders vulnerable Personengruppen betreut oder behandelt werden, wie z. B. ein Pflegeheim, besteht ein erhöhtes Interesse des Arbeitgebers daran, Infektionen im Betrieb zu vermeiden. Betreiber eines Pflegeheims sind sowohl ihren Beschäftigten als auch den Bewohnern gegenüber zum Schutz vor Infektionen verpflichtet. Hinzu kommt, dass in vielen Fällen auch die Angehörigen der Bewohner verlangen, dass das Personal geimpft ist. In diesem Tätigkeitsbereich sprechen aus unserer Sicht gute Gründe dafür, dass Arbeitgeber die Beschäftigten zur Impfung verpflichten können. Verweigern Arbeitnehmer dieser Einrichtungen die Impfung und bestehen keine anderweitigen Einsatzmöglichkeiten ohne Kontakt zu vulnerablen Personen bzw. Kollegen, die eng mit vulnerablen Personen arbeiten, kommen arbeitsrechtliche Konsequenzen von unbezahlter Freistellung bis zur Kündigung in Betracht. Einzelheiten können in diesem Fall in einer Betriebsvereinbarung geregelt werden.

Besteht ein Arbeitsverhältnis nicht in einem Bereich mit erhöhtem Risiko, z. B. in einem Pflegeheim, kann aus unserer Sicht eine Impfung nicht angeordnet werden. Durch die Impfung wird in die körperliche Unversehrtheit eingegriffen. Dieser Eingriff kann ohne das Hinzutreten weiterer Umstände nicht durch das Interesse an der Aufrechterhaltung des Betriebs gerechtfertigt werden.

### **c) Beschränkung des Zugangs zu betrieblichen Einrichtungen für nicht geimpfte Beschäftigte**

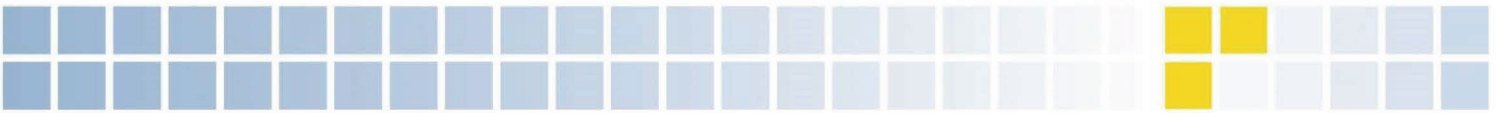
Arbeitgeber können geimpfte und ungeimpfte Beschäftigte unterschiedlich behandeln. Aus dem Arbeitsverhältnis ist der Arbeitgeber lediglich verpflichtet, dem Arbeitnehmer die Erbringung der vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung zu ermöglichen. Dazu gehören auch die Möglichkeit, vorhandenen Sanitäranlagen und Pausenräume zu nutzen, nicht jedoch der Zugang zu einer Kantine oder sonstigen besonderen Pauseneinrichtungen (wie z. B. zur Tischtennisplatte etc.). Die Pflicht, hierzu Zugang zu gewähren, ergibt sich auch nicht aus einer Nebenpflicht des Beschäftigungsverhältnisses. Bezüglich solcher Einrichtungen kann der Arbeitgeber aufgrund seines „Hausrechts“ frei entscheiden, wem er Zugang gewährt. In diesen Fällen überwiegt das Interesse des Arbeitgebers seine Beschäftigten vor Infektionen zu schützen. Das gilt insbesondere dann, wenn die Abstands- und Maskenregelungen in den jeweiligen Gemeinschaftseinrichtungen nur erschwert eingehalten werden können.

### **d) Impfung während der Arbeitszeit – Freistellung**

Beschäftigte haben grundsätzlich keinen Anspruch darauf, für die Impfung während ihrer Arbeitszeit freigestellt zu werden. Aus dem Rechtsgedanken des § 616 BGB, der eine Fortzahlung der Vergütung nur für aus persönlichen Gründen und unverschuldet an der Erbringung der Arbeitsleistung verhinderten Beschäftigten vorsieht, ergibt sich, dass Beschäftigte grundsätzlich Arztbesuche außerhalb ihrer Arbeitszeit erledigen müssen. Etwas anderes gilt, wenn die Impfung auf einer zulässigen Anordnung des Arbeitgebers erfolgt.

### **e) Freistellung für ehrenamtliche „Impf-Helfer“**

Beschäftigte haben zudem keinen Anspruch auf Freistellung, wenn sie im Rahmen einer ehrenamtlichen Tätigkeit als Impf-Helfer tätig sind. Die CoronalmpfV sieht zu dieser Frage keine Regelung vor, so dass es bei den allgemeinen arbeitsrechtlichen Grundsätzen bleibt. Grundsätzlich besteht kein Anspruch auf Freistellung, wenn Beschäftigte sich z.B. als Impfhelfer betätigen. Arbeitgeber und Arbeitnehmer können in diesen Fällen vielfältige Vereinbarungen, z. B. durch



die Nutzung von Arbeitszeitkonten, treffen. Vor dem Hintergrund der aktuellen Situation und der Bedeutung der Impfkampagne für die Pandemiebekämpfung bieten sich solche individuellen Vereinbarungen an.

### **10. Einklagbarer Anspruch gegen den Arbeitgeber auf Vorleistung der Entschädigung**

Besteht ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Entschädigung, hat der Arbeitgeber die Entschädigung für die zuständige Behörde auszus zahlen. Die ausgezahlten Beträge werden dem Arbeitgeber auf Antrag von der zuständigen Behörde erstattet (§ 56 Abs. 5 IfSG). Im Fall des Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen des § 56 Abs. 1 oder Abs. 1a IfSG kann der Arbeitnehmer diesen Anspruch im Wege der Zahlungsklage vor den Arbeitsgerichten gegenüber seinem Arbeitgeber geltend machen. Die Zahlungsverpflichtung des Arbeitgebers ergibt sich dabei aus dem Arbeitsvertrag i. V. m. § 56 Abs. 5 IfSG.

#### **Ansprechpartner:**

#### **BDA | DIE ARBEITGEBER**

Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände

#### **Abteilung Arbeitsrecht**

T +49 30 2033-1200

arbeitsrecht@arbeitgeber.de