

# KOCH BOIKAT

## RECHTSANWÄLTE

Rechtsanwälte Koch & Boikat, Bahnhofstraße 15/16, 99734 Nordhausen, T. 03631/434990, Mail: [info@koch-boikat.de](mailto:info@koch-boikat.de), home: [www.koch-boikat.de](http://www.koch-boikat.de)

### NEWSLETTER / ARBEITSRECHT / 13.03.2020



#### **Corona-Virus +++ Faktencheck zu arbeitsrechtlichen Problemen rund um das Corona-Virus +++ Folgen von Quarantäne, Tätigkeitsverbot und behördlichen Schul- und Kita-Schließungen +++**

Sehr geehrte Damen und Herren,

aus aktuellem Anlass informiere ich Sie über die möglichen Folgen der Corona-Epidemie auf die Arbeitswelt.

#### **1. Ansteckung/Infektion**

Erkrankt ein Arbeitnehmer an der vom Corona-Virus ausgelösten Krankheit Covid-19 und ist er dadurch nicht arbeitsfähig, hat der Arbeitnehmer prinzipiell einen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) bei gleichzeitiger Freistellung von der Arbeitspflicht.

Da die Erkrankung aber infektionsbedingt, also auf den Corona-Virus zurückzuführen ist und das zuständige lokale Gesundheitsamt gegenüber dem Erkrankten (auch bei Krankheitsverdächtigen oder Ansteckungsverdächtigen) eine Quarantäne nach § 30 Abs. 1 Satz 2 Infektionsschutzgesetz (IfSG) oder

ein Tätigkeitsverbot nach § 31 IfSG verhängen kann, hat der betroffene Arbeitnehmer in diesen Fällen und Zeiträumen einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe des Verdienstausfalls nach § 56 IfSG. Damit können im Fall einer Corona-Erkrankung sowohl ein Entgeltfortzahlungsanspruch aus dem Arbeitsverhältnis gegen den Arbeitgeber als auch ein Entschädigungsanspruch wegen der behördlichen Anordnungen nach § 56 IfSG bestehen. Beide Ansprüche beziehen sich, oberflächlich betrachtet, auf den gleichen Sachverhalt. Beide Ansprüche können aber nicht kumulativ bestehen, sondern schließen sich vielmehr aus. Deshalb müssen die möglichen Konstellationen nachstehend näher betrachtet werden.

#### **a) AN erkrankt und wird später positiv getestet**

In dem Fall, dass ein Arbeitnehmer krankheitsbedingt vom Arzt arbeitsunfähig geschrieben wird und dann später auf Grund der Krankheitssymptome auf den Virus positiv getestet wird und sich daran eine behördliche Anordnung einer Quarantäne oder eines Tätigkeitsverbotes anschließt, hat der Arbeitnehmer auf Grund der die Arbeitsunfähigkeit ursprünglich begründenden Erkrankung, die den behördlichen Maßnahmen vorherging, einen originären Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG gegen den Arbeitgeber. Da die Entschädigungsvorschriften des § 56 IfSG nach dem Schrifttum nicht dafür geschaffen wurden, um Arbeitgeber oder Versicherungen zu entlasten, sondern vielmehr, um im sozialen Leistungsrecht dem betroffenen Erkrankten einen Billigkeitsausgleich zu schaffen, verdrängen die Entschädigungsregelungen des § 56 infolge der nachträglich angeordneten behördlichen Maßnahmen den Entgeltfortzahlungsanspruch nicht. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall also keinen Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG, sondern einen Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG.

#### **b) AN erkrankt und wird zeitgleich positiv getestet**

In den Fällen, in denen die Erkrankung verbunden mit krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, Positivtestung und behördlich angeordnete Maßnahmen zeitgleich festzustellen sind, also theoretisch Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG gegen den Arbeitgeber und Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG gegen die anordnende Behörde nebeneinander stehen, muss wegen des für beide Ersatzformen geltenden Monokausalitätsprinzips geklärt werden, welchen Anspruch der Arbeitnehmer hat. Die Literatur vertritt die Auffassung, dass das infektionsschutzrechtliche Beschäftigungsverbot (wie die infektionsschutzrechtliche Quarantäne, die die Arbeitsleistung unmöglich macht) wegen der öffentlich-rechtlichen Zwangswirkung der infektionsschutzrechtlichen Anordnung vorrangig sind, also die infektionsschutzrechtliche Anordnung maßgeblich für den Wegfall der Arbeitsfähigkeit ist. Das hat dann zur Folge, dass der Beschäftigte (nur) den öffentlich-rechtlichen Entschädigungsanspruch gemäß § 56 Abs. 1 IfSG hat.

#### **c) Quarantäneverdachtsfall mit anschließender Erkrankung**

Besteht lediglich der Krankheits- oder Ansteckungsverdacht gegenüber einem Arbeitnehmer und werden deswegen Tätigkeitsverbot oder Quarantäne angeordnet, ohne dass der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist, besteht der Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG gegen die Behörde. Erkrankt der Arbeitnehmer in der Folge an dem Virus, bleibt der Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 7 IfSG bis zum Ende der Arbeitsunfähigkeit bestehen.

**Hinweis: Die Auflösung der Konkurrenz zwischen dem Entgeltfortzahlungsanspruch des betroffenen Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber nach § 3 EFZG zu dem Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers gegen die Zwangsmaßnahmen anordnende Behörde nach § 56 IfSG wird im Schrifttum zum Teil kontrovers diskutiert. Es kann durchaus möglich sein, dass diese Konkurrenz auch eher zu Lasten des Entgeltfortzahlungsanspruches in der**

**Rechtsprechung aufgelöst wird. Dies kann aber zum gegenwärtigen Zeitpunkt nicht abschließend bewertet werden.**

## **2. Beantragung/Erfüllung des Entschädigungsanspruches nach § 56 IfSG**

**Wichtig** ist, dass der Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG im Arbeitsverhältnis von dem Arbeitgeber erfüllt werden muss. Der Arbeitgeber ist quasi Zahlstelle für die zuständige Behörde. Die Entschädigungsleistungen sind wie das Arbeitsentgelt fällig, also in Abhängigkeit von der Fälligkeitsregelung im Arbeitsvertrag/Tarifvertrag. Der Arbeitgeber kann bei der Behörde die Erstattung der Entschädigung beantragen.

**Wichtig** ist ferner, dass der Antrag auf Entschädigung oder Erstattung fristgebunden bei der Landesbehörde gestellt werden muss. Diese **Frist beträgt 3 Monate** nach Einstellung der verbotenen Tätigkeit (bei Erlass eines Tätigkeitsverbotes) oder nach dem Ende der Quarantäne (bei Anordnung einer Quarantäne). Dem Antrag sind eine Bescheinigung über die Höhe des im maßgeblichen Zeitraum verdienten Arbeitsentgelts und der gesetzlichen Abzüge beizufügen.

**Wichtig** ist, dass Arbeitnehmer, die unter Quarantäne gestellt werden oder denen gegenüber ein Tätigkeitsverbot verhängt wird, auf die schriftliche Ausstellung der behördlichen Anordnungen bestehen. Sollte dies aus Gründen der Überlastung der Behörden nicht möglich sein, sind Arbeitnehmer angehalten, die Umstände, die zu der behördlichen Anordnung geführt haben, sowie Person, Ort, Zeit und Inhalt der Anordnung, die mündlich ausgesprochen wurde, für sich zu dokumentieren, sodass im Nachhinein die jeweilige Anordnung nachvollziehbar dargelegt werden kann. Eine behördliche Anordnung im Sinne von §§ 30, 31 IfSG kann schriftlich, elektronisch oder mündlich erlassen werden, § 37 Abs. 2 Thüringer Verwaltungsverfahrensgesetz (ThürVwVfG). Da zu befürchten ist, dass bedingt durch die pandemische Ausbreitung der Erkrankung massenweise Quarantänefälle angeordnet werden, kann es durchaus zu Konstellationen kommen, dass die Anordnungen nicht mehr schriftlich nachvollzogen werden können. Aus diesem Grund ist die Dokumentation durch jeden einzelnen Arbeitnehmer von besonderer Bedeutung. Darauf ist durch den Arbeitgeber hinzuweisen.

## **3. Verdacht auf Ansteckung/Quarantäne**

Besteht lediglich der Verdacht auf eine Ansteckung, können gleichwohl die Behörden nach § 30 IfSG Quarantäne verhängen. In diesem Fall besteht der oben bereits dargestellte Entschädigungsanspruch nach § 56 IfSG.

Ist eine Quarantäne noch nicht verhängt, obgleich ein Verdacht besteht (z. B. wenn ein Test veranlasst wurde, jedoch keinerlei Krankheitsanzeichen vorliegen und die Gesundheitsbehörde demzufolge noch keine Anordnungen erlassen hat), ist zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer individuell abzustimmen, wie mit der Arbeitspflicht des Betroffenen umgegangen wird. Der Arbeitnehmer hat in diesem Fall nicht per se einen Freistellungsanspruch gegen den Arbeitgeber. Allerdings muss mit Augenmaß unter Berücksichtigung der gesundheitlichen Konstitution des Arbeitnehmers, dessen Selbsteinschätzung, der Position des Arbeitnehmers im Unternehmen und der Arbeitssituation im Unternehmen, ggf. unter Einbeziehung des Betriebsarztes oder/und Hygieneverantwortlichen, entschieden werden, ob es in diesem Vorstadium verantwortbar ist, den Arbeitnehmer einzusetzen.

Gerade in sensiblen publikumsintensiven Bereichen wird meinerseits empfohlen, von einer Arbeitsleistung des Arbeitnehmers Abstand zu nehmen.

Hier sollte ggf. eine Freistellung zum Abbau von Überstunden in Erwägung gezogen werden. Solange nicht durch Arbeitsvertrag oder Tarifvertrag etwas Anderes geregelt ist, trifft den Arbeitgeber, der Überstunden leisten lässt, sodann eine sogenannte Wahlschuld bei der Abgeltung der Überstunden, entweder durch Überstundenvergütung oder Freizeitgewährung. Diese Wahlschuld muss der Arbeitgeber nach billigem Ermessen in Anspruch nehmen. Solange also unentschiedene Situationen in Bezug auf einen Corona-Verdacht bestehen, kann der Arbeitgeber von seinem Freistellungsrecht unter Anrechnung von Überstunden Gebrauch machen. Sobald sich aber der Verdacht verdichtet, in eine Quarantäneanordnung mündet oder in eine Krankschreibung, sind ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeiten eines Freizeitausgleiches limitiert.

#### **4. Behördliche Schul-, Kita-Schließung und elterliche Betreuung**

Ein weiterer denkbarer und gegenwärtig von verschiedenen Bundesländern in Angriff genommener Fall ist die vorsorgliche Schließung von Schulen und Kindertageseinrichtungen.

Fraglich ist, wie arbeitsrechtlich mit der Notwendigkeit des Betreuungsbedarfes von minderjährigen Kindern durch ein Elternteil während dieser Schließzeiten umzugehen ist.

##### **a) Erkrankte Kinder**

Sind Kinder, die von einer Schul-, Kita-Schließung betroffen sind, ohnehin erkrankt und betreuungspflichtig, muss in Abhängigkeit vom Lebensalter des Kindes arbeitsrechtlich differenziert werden. Für Kinder unter 12 Jahren gewährt § 45 SGB V dem Elternteil, der ein nach ärztlichem Zeugnis betreuungspflichtiges erkranktes Kind beaufsichtigen muss, einen Krankengeldanspruch für die Dauer von längstens 10 Arbeitstagen, für Alleinerziehende längstens für 20 Arbeitstage, jeweils je Kind.

Für ältere Kinder existiert eine vergleichbare Regelung nicht. In Betracht käme eine Anwendung des Freistellungsanspruches nach § 616 BGB, der dem Arbeitnehmer, der an der Arbeitsleistung vorübergehend persönlich gehindert ist, das Fortbestehen des Vergütungsanspruches aus dem Arbeitsverhältnis gewährt. Hier muss allerdings nachweisbar sein, dass das ältere Kind auf Grund seiner Erkrankung oder der speziellen Situation tatsächlich beaufsichtigungs- und betreuungspflichtig ist. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, besteht kein Freistellungsanspruch.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass in vielen Arbeitsverhältnissen die gesetzliche Regelung des § 616 BGB, der rechtlich dispositiv ist, abgeändert wurde oder gar nicht anwendbar ist.

##### **b) Betreuung des nicht erkrankten Kindes**

Bei Elternteilen, deren Kinder von der Schul- und Kita-Schließung betroffen sind, die nicht krank sind, muss wiederum differenziert werden nach dem Lebensalter, also nach der Beaufsichtigungspflicht für das Kind. Für Kinder, die nicht mehr beaufsichtigungspflichtig sind (hier kann man von dem gesetzlichen Grenzwert des § 45 SGB V/12 Jahre) ausgehen, dürften Eltern nur im Ausnahmefall einen Freistellungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber haben, der sich dann auch (nur) aus § 616 BGB begründen kann.

Im Übrigen muss für minderjährige beaufsichtigungspflichtige Kinder davon ausgegangen werden, dass die Eltern eine gesetzliche Aufsichtspflicht trifft, denen die Eltern nachkommen müssen, zumal gegenwärtig allgemein empfohlen wird, dass in diesen Fällen nicht die Großeltern zur Wahrnehmung der Kindesaufsicht herangezogen werden sollen.

Die Betreuung eines von Schul-, Kita-Schließung betroffenen Kindes stellt damit einen persönlichen Verhinderungsgrund im Sinne von § 616 BGB dar. Ist § 616 BGB auf das Arbeitsverhältnis anwendbar (dies ergibt sich in der Regel aus dem maßgeblichen Arbeitsvertrag oder einem auf das Arbeitsverhältnis anwendbaren Tarifvertrag), haben Arbeitnehmer einen Anspruch auf Freistellung von der Arbeitspflicht unter Fortzahlung der Arbeitsvergütung, solange die Verhinderung eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ in Anspruch nimmt.

Dieser temporäre Begriff wird von der Rechtsprechung ausgelegt. Insbesondere hängt die mögliche Dauer einer noch verhältnismäßigen Verhinderungszeit von der bisherigen Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses ab. Im Schrifttum wird dazu eine schematische Faustregel verwendet, die besagt, dass bei einer Beschäftigung von bis zu 6, 12 oder mehr als 12 Monaten eine Zeitspanne von 3 Tagen, einer und zwei Wochen als verhältnismäßig angesehen werden. Es bleibt zu bezweifeln, ob ein solches Schema tatsächlich anwendbar ist, insbesondere wenn in einem Betrieb mehrere Arbeitnehmer von der gleichen Schul-, Kita-Schließung betroffen sind und deren Freistellungsansprüche dann in Abhängigkeit von der Betriebszugehörigkeit unterschiedlich sein sollen. Ob dies einer Einzelfallgerechtigkeit gleich kommt, wage ich zu bezweifeln.

Andererseits muss auch berücksichtigt werden, dass bei einer Überschreitung der Verhältnismäßigkeitsgrenze der gesamte Vergütungsanspruch nachträglich entfällt, nimmt man also einmal beispielsweise als Verhältnismäßigkeitsgrenze eine Schul-, Kita-Schließung von zwei Wochen an, verbunden mit einem Freistellungsanspruch des jeweils betroffenen Arbeitnehmer-Elternteils und dauert die Schulschließung dann tatsächlich vier Wochen, entfällt auch der Vergütungsanspruch nach § 616 BGB für die ersten zwei Wochen!!

### c) Arbeitsverhältnisse ohne § 616 BGB

Die gesetzliche Regelung des § 616 BGB ist dispositiv. Das bedeutet, dass die Arbeitsvertragsparteien im Arbeitsvertrag die Geltung des § 616 BGB vollständig ausschließen können. In vielen Arbeitsverträgen findet sich ein solcher Geltungsausschluss. Gleiches findet sich auch in Tarifverträgen. **Ist aber die Anwendung des § 616 BGB durch Arbeits- oder Tarifvertrag ausgeschlossen, gelten die vorstehenden Erwägungen selbstverständlich nicht.** In diesem Fall hat der Arbeitnehmer, der als Elternteil von einer Schul-, Kita-Schließung betroffen ist, dessen Kind auch nicht erkrankt ist, keinen Anspruch auf Freistellung gegen Entgeltfortzahlung. Fraglich wäre, ob unter Berücksichtigung des auch im Arbeitsrecht geltenden gegenseitigen Rücksichtnahmegebotes der §§ 241 Abs. 2, 242 BGB ein Anspruch auf temporäre Freistellung gegen den Arbeitgeber, jedoch ohne Vergütungsfortzahlung besteht. Davon muss wohl dann ausgegangen werden, wenn eine Beaufsichtigungspflicht besteht (kein älteres Kind), keine andere Person als Betreuer in Betracht kommt, keine alternativen Kita-Betreuungsmöglichkeiten eröffnet sind und der betroffene Arbeitnehmer ohne Freistellung von der Arbeitspflicht seine gesetzliche Aufsichtspflicht verletzen würde. In diesen Fällen gesetzlicher Pflichtenkollisionen muss über eine Freistellungsregelung ohne Vergütungszahlung nachgedacht werden, ggf. auch eine Regelung, mit der ein Überstundenguthaben durch Freistellung abgebaut wird.

#### **d) Tarifvertragliche Abweichung von § 616 BGB**

In vielen Sparten- oder Haustarifverträgen werden Regelungen vereinbart, mit denen von den Vorgaben des § 616 BGB abgewichen wird oder die § 616 BGB begrenzen.

Exemplarisch ist hier der Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst (TVöD) zu erwähnen.

§ 29 TVöD enthält eine § 616 BGB konkretisierende Vorschrift, die bestimmte Freistellungsanlässe und Freistellungszeiten benennt. Über die in § 29 Abs. 1 genannten Freistellungsanlässe hinaus, die allesamt nicht mit dem Anlass einer vorsorglichen Schul-, Kita-Schließung vergleichbar sind, besteht keine Verpflichtung des öffentlichen Arbeitgebers, Arbeitnehmer vorübergehend von der Arbeit gegen Vergütungsfortzahlung freizustellen.

Einzig die Regelung des § 29 Abs. 3 TVöD gibt den Arbeitsvertragsparteien die Möglichkeit, freiwillig eine Arbeitsbefreiung gegen Vergütungsfortzahlung für bis zu 3 Arbeitstage abzustimmen. Außerdem kann nach dieser Vorschrift in begründeten Fällen bei Verzicht auf das Entgelt eine kurzfristige Arbeitsbefreiung gewährt werden, wenn die dienstlichen und betrieblichen Verhältnisse es gestatten. Orientiert man sich also strikt am Tariftext des § 29 TVöD, gibt es für Mitarbeiter des öffentlichen Dienstes und solche, für die das Tarifwerk des öffentlichen Dienstes Anwendung findet, keine Möglichkeit einer Arbeitsfreistellung gegen Vergütungsfortzahlung bei vorsorglichen Schul-, und Kita-Schließungen. Auch hier muss dann wieder das Fürsorgeprinzip der §§ 241 Abs. 2, 242 BGB als Korrektiv, dass eine einseitig begehrte Arbeitsfreistellung ohne Vergütungszahlung zulässt, herangezogen werden. Ebenso gilt hier das Gebot, durch Überstundenabbau dem Arbeitnehmer die Möglichkeit der Freistellung und Beaufsichtigung des minderjährigen Kindes zu gewähren, sofern die betrieblichen Verhältnisse das zulassen, zumal ohnehin mit Blick auf die sich jetzt erst rasant ausbreitende Infektionswelle die Notwendigkeit schaffen dürfte, Überstunden schnellstmöglich abzubauen, damit in der Folge solche zur Kompensierung auftretender Überkapazitäten abgefordert werden können.

mitgeteilt von

Rechtsanwalt Michael Koch  
Fachanwalt für Arbeitsrecht

Freitag, den 13.03.2020

besuchen Sie uns auch im Internet: [www.koch-boikat.de](http://www.koch-boikat.de)  
oder kontaktieren Sie uns: [info@koch-boikat.de](mailto:info@koch-boikat.de) bzw. telefonisch unter 03631/434990