

An die  
Geschäftsführungen und Personalleitungen  
unserer Mitgliedsunternehmen

01.09.2021  
Fe/Sü

RS 65-2021

## **Sonderrundschreiben:**

- Corona: Ausschluss des Entschädigungsanspruchs gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG**
- BMG bestätigt arbeitgeberseitiges Fragerecht nach dem Impfstatus im Rahmen des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG**
- Zurzeit (noch) kein Anspruchsausschluss für ungeimpfte Arbeitnehmer in NRW**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit unserem Rundschreiben 54-2021 vom 11.08.2021 informierten wir Sie über die Erstattung von arbeitgeberseitig vorgeleisteten Entschädigungen wegen coronabedingter Arbeitsausfälle aufgrund staatlich vorgegebener Quarantäne – Rechtsprechung zum Verhältnis von § 616 BGB und § 56 IfSG.

Heute informieren wir Sie über den Ausschluss des Entschädigungsanspruchs. Gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG ist der Anspruch auf Entschädigung für einen Verdienstausschlag infolge eines Tätigkeitsverbots oder einer Absonderung ausgeschlossen, wenn der betroffene Arbeitnehmer das Tätigkeitsverbot oder die Absonderung durch die Inanspruchnahme einer Schutzimpfung oder einer anderen gesetzlich vorgeschriebenen oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts öffentlich empfohlenen Maßnahme der spezifischen Prophylaxe oder durch den Nichtantritt einer vermeidbaren Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet hätte vermeiden können.

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) aktuell gegenüber der BDA zu der Frage Stellung genommen, ob Arbeitgeber unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten im Zusammenhang mit § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG den Corona-Impfstatus des betroffenen Arbeitnehmers erfragen dürfen (dazu unter I.). Zu beachten ist allerdings, dass nach Auffassung des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen (MAGS) in NRW zurzeit (noch) kein Anspruchsausschluss für ungeimpfte Personen besteht (dazu unter II.).

## **I. Arbeitgeberseitiges Fragerecht nach dem Impfstatus**

Mit einem Schreiben vom 23. Juli 2021 hat die BDA gegenüber dem BMG einzelne Probleme, die mit der Umsetzung des in § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG vorgesehenen Anspruchsausschlusses in der Praxis einhergehen, hervorgehoben sowie konkrete Lösungsvorschläge unterbreitet. Das BMG hat nun mit dem Antwortschreiben bestätigt, dass das Datenschutzrecht dem Arbeitgeber ermöglicht, im Zusammenhang mit der Auszahlung der Entschädigung nach § 56 IfSG Informationen zum Impfstatus von den betroffenen Arbeitneh-

mern einzuholen. Davon können auch Angaben zu etwaigen Gründen eines fehlenden Impfschutzes erfasst sein. Zur Rechtsgrundlage verweist das BMG auf § 26 Abs. 3 BDSG i. V. m. Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO. Die Verarbeitung des Impfstatus durch den Arbeitgeber ist aus Sicht des BMG zulässig, da dies eine Maßnahme der sozialen Sicherung darstellt, die im unmittelbaren Zusammenhang zur arbeitsrechtlichen Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer steht. Der Arbeitgeber ist gesetzlich verpflichtet, die Entschädigung ausbezahlen. Im Rahmen eines Austauschs mit der Bund-Länder-Gruppe sicherte das BMG zu, es werde seine FAQ zur Entschädigungsleistung nach dem IfSG hinsichtlich des Fragerechts des Arbeitgebers im Rahmen des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG konkretisieren. Ein entsprechender Hinweis soll auch auf dem gemeinsamen Informationsportal der Länder [www.ifsg-online.de](http://www.ifsg-online.de) erfolgen.

## **Bewertung der BDA**

Das Schreiben des BMG ist ein erster Schritt in die richtige Richtung, räumt jedoch nicht alle Anwendungsprobleme des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG aus. Insbesondere kann Arbeitgebern nicht die Prüfung obliegen, ob eine Impfung eine Quarantäne verhindert hätte. Arbeitgeber müssten dafür jeweils die aktuell geltenden Verordnungen und Ausnahmeregelungen für Geimpfte prüfen. Das ist in der Praxis nicht leistbar. Die BDA wird sich daher weiter intensiv dafür einsetzen, dass die Abwicklung der Entschädigungsansprüche unmittelbar zwischen Arbeitnehmer und Behörde zu erfolgen hat. Allein in diesem Verhältnis besteht die Leistungsbeziehung. Entsprechend sollte auch in diesem Verhältnis ausgezahlt und die Voraussetzungen für den Anspruch geprüft werden.

Arbeitgeber und Beschäftigte brauchen zudem dringend mehr Rechtssicherheit beim Thema Fragerecht. Relevant wird dies insbesondere mit Blick auf die aktuell bevorstehenden Änderungen der Arbeitsschutzverordnung. Der geplante § 2 Abs. 1 S. 4 ArbSchVO stellt klar, dass der Arbeitgeber bei der Festlegung der betrieblichen Maßnahmen einen ihm bekannten Impf- oder Genesungsstatus der Beschäftigten berücksichtigen kann. Freiwillige Auskünfte der Beschäftigten zum Impfstatus allein sind aber nicht ausreichend. Die BDA wird sich weiter für die dringend gebotene grundsätzliche Klarstellung einsetzen, dass der Arbeitnehmer - über § 56 IfSG hinaus - verpflichtet ist, auf Nachfrage seines Arbeitgebers den eigenen Impfstatus wahrheitsgemäß mitzuteilen.

## **II. (Kein) Anspruchsausschluss für ungeimpfte Personen in NRW**

Wir haben inzwischen vielfach die Frage erhalten, ob Arbeitgeber auch für gegen das Coronavirus ungeimpfte Arbeitnehmer eine Verdienstauffällentschädigung nach § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 5 IfSG vorleisten müssen.

Nach § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG sind Verdienstauffälle aufgrund eines Tätigkeitsverbots oder einer Absonderung u. a. dann nicht zu entschädigen, wenn die oberste Landesgesundheitsbehörde auf der Grundlage der jeweiligen Empfehlungen der Ständigen Impfkommission (vgl. § 20 Abs. 3 IfSG) eine öffentliche Empfehlung für eine Schutzimpfung oder andere Maßnahme der spezifischen Prophylaxe ausgesprochen hat und der betroffene Arbeitnehmer das Tätigkeitsverbot oder die Absonderung durch die Inanspruchnahme der empfohlenen Schutzimpfung bzw. Maßnahme hätte vermeiden können.

Die Frage, ob § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG deshalb einen Entschädigungsanspruch von gegen das Coronavirus ungeimpften Arbeitnehmern ausschließt, beantworten die Bundesländer - in Ansehung der jeweiligen Empfehlung der obersten Landesgesundheitsbehörden - unterschiedlich. Beispielsweise vertritt der Freistaat Bayern aufgrund seiner Impfeempfehlung bereits heute die Auffassung, dass gegen das Coronavirus ungeimpfte Arbeitnehmer keine Entschädigung nach § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 5 IfSG beanspruchen können. Nach der aktuellen Auffassung des MAGS kommt in NRW derzeit auch für ungeimpfte Ar-

beitnehmer (noch) ein Anspruch auf Entschädigung nach § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2 IfSG in Betracht. Eine anspruchsausschließende Weisungslage bestehe - trotz der "Öffentlichen Empfehlung für Schutzimpfungen" des MAGS vom 11. Dezember 2020 - derzeit nicht. Das MAGS vertritt deshalb aktuell die Auffassung, dass Arbeitgeber auch bei ungeimpften Arbeitnehmern (noch) zur Vorauszahlung einer Entschädigung nach § 56 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 5 verpflichtet sein können. Allerdings hat das MAGS in Aussicht gestellt, dass es diese Auffassung bei einem jedermann zugänglichen Impfschutz zu einem noch festzulegenden, zukünftigen Zeitpunkt ändern und einen Anspruchsausschluss bei fehlender Coronavirus-schutzimpfung gemäß § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG bejahen könnte. Einen konkreten Zeitpunkt hierfür kennen wir aber nicht.

#### **Hinweis:**

Falls Unternehmen entgegen der Auffassung des MAGS keine Verdienstaussfallentschädigung für gegen das Coronavirus ungeimpfte Arbeitnehmer zahlen, könnten diese Arbeitnehmer entweder vor den Arbeitsgerichten ihren Arbeitgeber auf Vorauszahlung der Entschädigung oder direkt das Land NRW vor den Verwaltungsgerichten auf Auszahlung der Entschädigung verklagen. Hierbei ist derzeit unklar, wie die nicht an die Vorgaben des MAGS gebundenen Gerichte die Frage entscheiden werden, ob eine fehlende Coronavirus-schutzimpfung zu einem Anspruchsausschluss gemäß § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG führt.

Demzufolge müssen Arbeitgeber sorgfältig abwägen, ob sie nicht gegen das Coronavirus geimpften Arbeitnehmern die Verdienstaussfallentschädigung vorauszahlen und bei den Landschaftsverbänden eine Erstattung der vorausgezählten Entschädigung beantragen. Derzeit werden die nordrhein-westfälischen Landschaftsverbände entsprechend der Auffassung des MAGS den Erstattungsanträgen auch bei fehlender Coronavirus-schutzimpfung stattgeben, soweit die Leistungsvoraussetzungen im Übrigen vorliegen.

Für weitere Informationen oder bei Fragen erreichen Sie uns jederzeit gern.

Mit freundlichen Grüßen

Ihr  - Team