



Stand: April 2023

## **Anspruch auf Verdienstaufallentschädigung infolge eines Tätigkeitsverbotes oder einer Absonderung nach § 56 f. IfSG**

### **Inhalt:**

- I. Vorbemerkung**
- II. Zu den Anspruchsvoraussetzungen - 56 Abs. 1 IfSG**
- III. Zum Anspruchsumfang - § 56 Abs. 3 IfSG**
- IV. Zur Antragsfrist - § 56 Abs. 11 IfSG**
- V. Sozialversicherungsrechtliche Fragen - § 57 IfSG**

### **I. Vorbemerkung**

Diese FAQs behandeln lediglich einzelne rechtliche Fragen zum Anspruch auf Verdienstaufallentschädigung infolge eines Tätigkeitsverbotes oder einer Absonderung nach §§ 56 ff. IfSG. Zuständig für die Durchführung der Regelung sind die Regierungen, verbindliche Auskünfte zur Handhabung im Einzelfall können nur dort eingeholt werden.

Für die sog. Elternhilfe nach § 56 Abs. 1a IfSG finden Sie im Internet auf der Website BayernPortal gesonderte FAQs unter folgendem Link:

[https://formularserver.bayern.de/intelliform/forms/stmi+regierungen/rof/b5/55.2/rof\\_55.2-088/index](https://formularserver.bayern.de/intelliform/forms/stmi+regierungen/rof/b5/55.2/rof_55.2-088/index)

Zu beachten ist, dass sich laufend Änderungen ergeben können, insbesondere durch Gesetzesänderungen und ggf. durch eine abweichende Auslegungspraxis der Gerichte. Bei entsprechenden Änderungen werden diese FAQs aktualisiert.

Enge Kontaktpersonen müssen sich seit dem 12.04.2022 grundsätzlich nicht mehr in Quarantäne begeben.

#### Hinweise zur Rechtslage ab dem 16.11.2022:

Die Ablösung der AV Isolation durch die AV Corona-Schutzmaßnahmen ab 16.11.2022 hat per se keine Auswirkungen auf Entschädigungsansprüche nach § 56 Abs. 1 IfSG. Für einen Arbeitnehmer, der einem Tätigkeitsverbot unterliegt, kann der Arbeitgeber (bzw. bei Selbstständigen dieser selbst) eine Erstattung des Verdienstausfalls bei der jeweils zuständigen Regierung beantragen. Das Online-Verfahren zu § 56 Abs. 1 IfSG sieht innerhalb des Antrags bereits getrennte Felder für Tätigkeitsverbote und Absonderungen vor.

Im Fall einer freiwilligen Absonderung konnte schon nach bisher bestehender Rechtslage und kann auch weiterhin keine Entschädigung nach § 56 IfSG gewährt werden.

Die Ausführungen zur Absonderung sind folglich nur relevant, wenn diese einen Zeitraum vor dem 16.11.2022 betrifft oder im Einzelfall von der zuständigen Behörde angeordnet wurde.

#### Hinweise zur Rechtslage ab dem 01.03.2023:

Die AV Corona-Schutzmaßnahmen trat schließlich mit Ablauf des 28. Februar 2023 ersatzlos außer Kraft. Mit Ablauf des 28. Februar 2023 endete somit insbesondere auch das Betretungs- und Tätigkeitsverbot in Einrichtungen nach § 23 Abs. 3 Satz 1 und § 35 Abs. 1 Satz 1 IfSG und Massenunterkünften nach § 36 Abs. 1 Nr. 3 bis 6 IfSG. Die Möglichkeit der Anordnung einer Quarantäne, Isolation oder eines Tätigkeitsverbots im Einzelfall durch die zuständige Kreisverwaltungsbehörde bleibt davon unberührt.

## II. Zu den Anspruchsvoraussetzungen - § 56 Abs. 1 IfSG

**1. Frage:** Was gilt bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers?

**Antwort:** Ein Anspruch nach § 56 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG) kann grundsätzlich auch erkrankten Personen (z. B. an COVID-19 Erkrankten) während einer Absonderung oder eines Tätigkeitsverbots zustehen. Voraussetzung für einen Anspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG ist allerdings der Eintritt eines Verdienstauffalls infolge der Absonderung oder des Tätigkeitsverbots. Ein Verdienstauffall besteht nicht oder zumindest nicht in dem Zeitraum, für den eine Entgeltersatzleistung zu gewähren ist.

An einem Verdienstauffall i. S. d. § 56 Abs. 1 IfSG fehlt es somit, wenn der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung nach § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG) verpflichtet ist. An der Anspruchsvoraussetzung des Verdienstauffalls entscheidet sich damit das Verhältnis zwischen den Fürsorgepflichten des Arbeitgebers und der Entschädigungspflicht des Staates. Der Vorrang der Entgeltfortzahlungspflichten gegenüber dem Entschädigungsanspruch folgt aus dem subsidiären Charakter der Entschädigung. Als auf dem Billigkeitsgedanken beruhendes Institut soll § 56 IfSG vor materieller Not schützen, wo die allgemeinen Fortzahlungspflichten nicht greifen. Eine Entlastung des Arbeitgebers bezweckt die Norm nicht.

Das bedeutet: Soweit angegeben wird, dass der Arbeitnehmer im Zeitraum der Absonderung oder des Tätigkeitsverbots arbeitsunfähig war, kann davon ausgegangen werden, dass kein Anspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG besteht. Die genauen Diagnosen müssen nicht angegeben oder ermittelt werden.

**2. Frage:** Führt die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit eines Selbstständigen während des Zeitraums der Absonderung oder des Tätigkeitsverbots zu einer entsprechenden Kürzung des Anspruchs auf Ersatz des Verdienstauffalls nach § 56 Abs. 1 IfSG um den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit?

**Antwort:** Ja. Nach dem Wortlaut des § 56 Abs. 1 S. 1 und S. 2 IfSG muss die Absonderung oder das Tätigkeitsverbot für den Eintritt des Verdienstauffalls ursächlich sein, d. h. der Verdienstauffall muss infolge der Absonderung oder des Tätigkeitsverbots eintreten (sog. Monokausalität). Sofern ein Selbstständiger aufgrund einer Erkrankung arbeitsunfähig ist, beruht der Verdienstauffall für den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit nicht auf der Absonderung oder auf dem Tätigkeitsverbot, sondern primär auf der Arbeitsunfähigkeit. Denn im Falle der Arbeitsunfähigkeit hätte der Betroffene auch ohne die Absonderung nicht arbeiten können. Der Verdienstauffall wäre insofern auch ohne die Absonderung bzw. des Tätigkeitsverbots eingetreten. Insofern besteht für den Zeitraum einer

krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit kein Anspruch auf Ersatz des Verdienstausfalls nach § 56 Abs. 1 IfSG.

**3. Frage:** Besteht ein Anspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG, wenn sich der Arbeitnehmer während seines Urlaubs in Isolation (z. B. aufgrund eines positiven Testergebnisses) oder in Quarantäne (z. B. aufgrund des Kontakts zu einer infizierten Person) begeben musste?

**Antwort:** Hier ist zu unterscheiden zwischen der Rechtslage vor dem 17.09.2022 und der Rechtslage ab dem 17.09.2022 mit Inkrafttreten der Neufassung des § 59 IfSG:

a. Rechtslage vor dem 17.09.2022:

Es besteht kein Anspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG.

Der Arbeitnehmer hat während seines Urlaubes einen Entgeltfortzahlungsanspruch gegenüber dem Arbeitgeber. Ein vorrangiges Urlaubsentgelt schließt die Verdienstausfallentschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG aus, da die Absonderung (oder das Tätigkeitsverbot) nicht dazu führt, dass die in diesen Zeitraum fallenden Urlaubstage in entsprechender Anwendung des § 9 Bundesurlaubsgesetz (BUrlG) auf den Jahresurlaub anzurechnen wären. Das BAG lehnt die Ausweitung des Anwendungsbereichs von § 9 BUrlG über einen Analogieschluss ab. Auch für den Fall der behördlichen Absonderungsanordnung ohne gleichzeitige krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ist eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG abzulehnen. Ein urlaubsstörendes Ereignis fällt grundsätzlich in die Risikosphäre des Arbeitnehmers. Ausnahmen kommen gemäß §§ 9, 10 BUrlG nur bei Krankheit sowie Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation in Betracht.

Selbiges gilt, wenn der Abbau von Überstunden für einen bestimmten Zeitraum bereits verbindlich vereinbart bzw. sogar schon begonnen wurde. Wegen des während des Überstundenabbaus weitergezahlten Arbeitsentgelts fehlt es an einem Verdienstausfall aufgrund der Absonderung.

b. Rechtslage ab dem 17.09.2022:

Nach der seit dem 17.09.2022 geltenden Fassung des § 59 Abs. 1 IfSG werden Tage, für die sich ein Beschäftigter aufgrund gesetzlicher Vorschriften absondern muss, nicht auf den Jahresurlaub angerechnet. Eine Übergangsregelung für Fälle vor diesem Datum ist nicht vorgesehen.

Für angeordnete Absonderungen ab dem 17.09.2022 bzw. Absonderungen, die über den 16.09.2022 hinaus angeordnet wurden, entfällt somit der Entgeltfortzahlungsanspruch nach dem BUrlG und es ist weiter zu prüfen, ob ein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EntgFG

oder § 616 BGB besteht. Besteht kein solcher vorrangiger Entgeltfortzahlungsanspruch, haben Arbeitnehmer für die entsprechenden Zeiten nach § 56 IfSG einen Entschädigungsanspruch, sofern die Voraussetzungen vorliegen und insbesondere nicht der Anspruchsausschluss nach § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG greift.

Freistellungen, die im Rahmen von Überstundenabbau gewährt werden, sind vom Wortlaut des § 59 IfSG neuer Fassung nicht erfasst. § 56 IfSG ist ein subsidiärer Anspruch, der eine (gesetzlich normierte) Billigkeitsleistung des Staates darstellt. Es werden daher keine Ansprüche über das gesetzlich erforderliche Maß hinaus begründet. Wegen des während des Überstundenabbaus weitergezahlten Arbeitsentgelts fehlt es weiterhin an einem Verdienstaufschlag aufgrund der Absonderung.

**4. Frage:** Wie ist mit der Regelung des § 616 BGB im Rahmen der Verdienstaufschlagentschädigung nach § 56 IfSG umzugehen?

**Antwort:** Dauerte die Absonderung/ das Tätigkeitsverbot nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit (pauschalierend max. vier Tage), so besteht aufgrund von § 616 BGB (sofern nicht arbeits- oder tarifvertraglich abbedungen) kein Anspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG.

Dagegen scheidet bei einer Dauer ab fünf Tagen eine Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers nach § 616 BGB für den gesamten Zeitraum der Absonderung bzw. des Tätigkeitsverbots aus; die Entschädigung ist dann ab dem ersten Tag der Absonderung bzw. des Tätigkeitsverbots zu zahlen, soweit die Voraussetzungen des § 56 IfSG im Übrigen erfüllt sind.

**5. Frage:** Wie kann ein Nachweis erfolgen, dass eine Anordnung der Absonderung/ des Tätigkeitsverbots bereits zum Zeitpunkt der vorsorglichen Absonderung/ der vorsorglichen Nichtausübung der beruflichen Tätigkeit hätte erlassen werden können (§ 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG)?

**Antwort:** Nach allgemeinen Beweislastregeln muss der Antragsteller, nicht die Regierung nachweisen, dass bereits zu einem früheren Zeitpunkt als tatsächlich geschehen eine Absonderungsanordnung/ ein Tätigkeitsverbot hätte erlassen werden können. Dies ist namentlich dann der Fall, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen einer Absonderungspflicht (in der Regel nach der AV Isolation) oder eines Tätigkeitsverbots bereits vorgelegen hätten, es aber noch an einer entsprechenden Anordnung oder Mitteilung des Gesundheitsamts fehlte. Eine „vorsorgliche“ Selbstisolation/ Nichtausübung der beruflichen Tätigkeit (oder auf Anraten des Arbeitgebers oder Hausarztes), ohne dass die Voraussetzungen der AV Isolation erfüllt sind bzw. ohne jegliche (ggf. „rückwirkende“) behördliche Absonderungsanordnung/ ohne jegliches behördliches Tätigkeitsverbot genügt jedoch nicht. Die Möglichkeit („kann“) einer „rückwirkenden Feststellung“ durch § 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG soll nicht über Versäumnisse der betroffenen Personen, sondern nur über etwaige

Verzögerungen des Gesundheitsamts (insbesondere wegen Überlastung) bei Absonderungsanordnungen/ Tätigkeitsverboten bzw. Mitteilungen gegenüber Betroffenen hinweghelfen.

**6. Frage:** Ist im Hinblick auf § 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG davon auszugehen, dass allein durch einen (angeblichen) positiven Selbsttest eine Absonderung „hätte erlassen werden können“?

**Antwort:** Im Hinblick auf § 56 Abs. 1 Satz 3 IfSG ist davon auszugehen, dass allein durch einen (angeblichen) positiven Selbsttest nicht nachgewiesen werden kann, dass die Anordnung einer Absonderung „hätte erlassen werden können.“

Da mit Blick auf die Nachweiserfordernisse bei § 56 IfSG zu erwarten (und auch zu fordern) ist, dass Betroffene sich nach einem positiven Selbsttest unverzüglich ans Gesundheitsamt wenden bzw. durch eine medizinische Fachkraft (z. B. dem Hausarzt) oder eine vergleichbare, hierfür geschulte Person (z. B. in einem Testzentrum) einen PCR-Test, PoC-PCR-Test oder Test mittels weiterer Methoden der Nukleinsäureamplifikationstechnik (Nukleinsäuretest) oder Antigentest zum direkten Erregernachweis von SARS-CoV-2 (Antigentest) durchführen oder überwachen lassen, kann eine (angebliche) „vorsorgliche Absonderung“ nicht anerkannt werden, solange die betroffene Person nicht nachweislich einen der genannten weiteren Schritte unternommen hat.

**7. Frage:** Besteht ein Anspruch auch dann, wenn die Absonderung in einen Zeitraum fällt, zu dem eine „coronabedingte Betriebsschließung“ angeordnet war?

**Antwort:** Nein. In diesem Fall liegt kein Verdienstaussfall vor, der infolge der Absonderung eingetreten ist.

Nach der Rechtsprechung des BAG (BAG, Urteil vom 13.10.2021 - 5 AZR 211/21) besteht ein Anspruch auf Lohnfortzahlung des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber nach § 615 S. 3 i. V. m. S. 1 und § 611a Abs. 2 BGB, sofern eine besondere Infektionsgefahr in dem konkreten Betrieb begründet ist. Sofern es sich um eine pandemiebedingte Schließung (d. h. es erfolgen betriebsübergreifende Betriebsschließungen zur Pandemiebekämpfung und zum Schutz der Bevölkerung) handelt, ist nicht mehr das Betriebsrisiko des Arbeitgebers betroffen, sodass keine Lohnfortzahlung geleistet werden muss.

Fällt eine Absonderung in den Zeitraum eines coronabedingten Betretungs-/ Beschäftigungsverbots, so entsteht dem Arbeitnehmer kein Verdienstaussfall infolge der Absonderung. Denn auch ohne die Absonderung hätte der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringen können (Grundsatz der Monokausalität).

**8. Frage:** Ist der Anspruch auf Entschädigung ausgeschlossen, wenn ich mich in Absonderung begeben muss und ich nicht geimpft oder genesen bin? Was ist bei beruflich veranlassten Reisen in Risikogebiete zu beachten?

**Antwort:** Nach § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG erhält eine Entschädigung nach § 56 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 IfSG nicht, wer durch Inanspruchnahme einer Schutzimpfung oder anderen Maßnahme der spezifischen Prophylaxe, die gesetzlich vorgeschrieben ist oder im Bereich des gewöhnlichen Aufenthaltsorts des Betroffenen öffentlich empfohlen wurde, oder durch Nichtantritt einer vermeidbaren Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet ein Verbot in der Ausübung seiner bisherigen Tätigkeit oder eine Absonderung hätte vermeiden können. Insofern besteht einerseits der Ausschluss in **Halbsatz 1** wegen der unterlassenen Inanspruchnahme der Impfung und andererseits der Ausschluss in **Halbsatz 2** wegen der vermeidbaren Reise in ein Risikogebiet.

Der Ausschluss für Ungeimpfte in § 56 Abs. 1 Satz 4 **Halbsatz 1** IfSG findet grundsätzlich Anwendung, wenn die Absonderung oder das Tätigkeitsverbot gegenüber einer Person mit vollständigem Impfschutz (bzw. Genesenen) nicht erlassen worden wäre (denn der Ausschluss setzt hier voraus, dass die Absonderung durch die Impfung hätte vermieden werden können).

Der Ausschluss in § 56 Abs. 1 Satz 4 **Halbsatz 2** IfSG wegen der Reise in ein Risikogebiet setzt die Vermeidbarkeit durch die Impfung grundsätzlich nicht voraus. Maßgeblich ist in diesem Fall lediglich, ob der Betroffene das Tätigkeitsverbot oder die Absonderung durch den Nichtantritt einer vermeidbaren Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet hätte vermeiden können. Allerdings spielt der Impfschutz aufgrund der vorgenannten Vorgaben zur Absonderungspflicht in § 4 CoronaEinreiseV (in den jeweiligen Fassungen ab 30. Juli 2021) auch hier eine Rolle. Nach § 4 CoronaEinreiseV (Stand 18. März 2022) müssen Nichtgeimpfte und Nichtgenesene bei Reisen in Hochrisikogebiete i. S. d. § 2 Nr. 3 CoronaEinreiseV (Stand 18. März 2022) mit einer Absonderung von mindestens 5 Tagen rechnen, da der die Absonderung beendende Test frühestens fünf Tage nach der Einreise erfolgen darf.

Dies gilt entsprechend auch bei der Einreise aus sog. Virusvariantengebieten i. S. d. § 2 Nr. 3a CoronaEinreiseV (Stand 18. März 2022). In diesen Fällen besteht gem. § 4 Abs. 2 Satz 4 Halbsatz 1 CoronaEinreiseV (Stand 18. März 2022) ein Absonderungszeitraum von vierzehn Tagen. Eine vorherige Beendigung der Absonderung mit Übermittlung des Genesenennachweises, des Impfnachweises oder des Testnachweises ist nur möglich, wenn das betroffene Virusvariantengebiet

nach der Einreise in die Bundesrepublik Deutschland und vor Ablauf der vierzehn Tage als Hochrisikogebiet eingestuft, also herabgestuft wird. Alternativ ist eine vorherige Beendigung der Absonderung nur für Geimpfte möglich, sofern das Robert Koch-Institut festgestellt und auf seiner Internetseite ausdrücklich unter Bezug auf § 4 Abs. 2 Satz 5 CoronaEinreiseV (Stand 18. März 2022) bekanntgemacht hat, dass der verwendete Impfstoff gegen die Virusvariante hinreichend wirksam ist, derentwegen die Einstufung als Virusvariantengebiet erfolgt ist.

Auf die Fragen zur Impfmöglichkeit (gesundheitliche Gründe/ Kontraindikationen) kommt es im Rahmen des § 56 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 IfSG nicht an. Maßgeblich ist hier allerdings, ob für das Reiseland zum Zeitpunkt der Abreise eine Einstufung als Risikogebiet bestand und, ob die Reise i. S. d. § 56 Abs. 1 Satz 5 IfSG vermeidbar war. **Vermeidbar** ist eine Reise, wenn zum Zeitpunkt der Abreise keine zwingenden und unaufschiebbaren Gründe für die Reise vorlagen. Dazu gehören gemäß dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD vom 03.11.2020 „in jedem Fall besondere und außergewöhnliche Umstände (soweit diese nicht schon einen vorgesehenen Ausnahmetatbestand von der Absonderungspflicht erfüllen), wie die Geburt des eigenen Kindes oder das Ableben eines nahen Angehörigen wie eines Eltern- oder Großelternanteils oder eines eigenen Kindes. Nicht dazu zählen insbesondere sonstige private oder dienstliche Feierlichkeiten, Urlaubsreisen oder verschiebbare Dienstreisen“ (vgl. BT-Drs. 19/23944, S. 38). Für die Bestimmung der Vermeidbarkeit i. S. d. § 56 Abs. 1 Satz 4 Halbsatz 2 und Satz 5 IfSG ist nicht die unternehmerische Perspektive des Arbeitgebers maßgeblich, sondern ausschließlich die Perspektive des Arbeitnehmers (vgl. VG Karlsruhe, Urteil vom 10.05.2021 – 9 K 67/21). Die Belange des Arbeitgebers sind insofern bei der Bestimmung der Vermeidbarkeit irrelevant. Zwar können aus unternehmerischen und betriebswirtschaftlichen Gründen auch unter Pandemiebedingungen Aufträge im Ausland angenommen werden. Allerdings hat der Arbeitgeber die arbeits- und betriebswirtschaftlichen Folgen zu tragen (vgl. VG Karlsruhe, Urteil vom 10.05.2021 – 9 K 67/21).

Sofern Arbeitnehmer auf Weisung ihres Arbeitgebers eine beruflich veranlasste Reise in ein Risikogebiet unternehmen und bei Rückreise einer Absonderung unterliegen, sind arbeitsrechtliche Besonderheiten zu berücksichtigen. In diesen Fällen **kann** bereits ein **vorrangiger Lohnfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 615 Satz 3 i. V. m. Satz 1 BGB** bestehen, die den Eintritt eines Verdienstausfalls des Betroffenen (Arbeitnehmers) infolge der Absonderung ausschließt. Grundsätzlich trägt nämlich der Arbeitgeber bei derartigen Reisen - vorbehaltlich der arbeitsrechtlichen Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalles - das Risiko des Arbeitsausfalls i. S. d. § 615 BGB.

Der Arbeitgeber trägt grundsätzlich das Betriebs- und das Wirtschaftsrisiko. Die Feststellung, in wessen Gefahrenkreis das störende Ereignis fällt, hat in erster Linie nach dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu erfolgen. Durch die



Weisung des Arbeitgebers zur Vornahme einer Dienstreise in ein Corona-Risikogebiet fällt das Risiko, dass der Arbeitnehmer seine Tätigkeit nicht wiederaufnehmen kann bzw. darf, grundsätzlich in den Gefahrenkreis des Arbeitgebers. Das wirtschaftliche Risiko für die Unternehmensorganisation und die sich hieraus ergebenden Folgen im Arbeitsverhältnis trägt alleine der Arbeitgeber. Ob der Arbeitgeber die für ihn bereit gehaltene Arbeitskraft nutzen kann, gehört grundsätzlich zum allgemeinen Wirtschaftsrisiko des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber führt das Beschäftigungshindernis mittels einer bewussten unternehmerischen Entscheidung selbst herbei, indem er den Arbeitnehmer anweist, die Tätigkeit in einem Corona-Risikogebiet auszuführen. Ist die Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung – etwa in dem Fall, dass öffentlich-rechtliche Vorschriften und behördliche Anordnungen den Arbeitsausfall begründen – weder durch den Arbeitnehmer noch durch den Arbeitgeber verschuldet, muss der Arbeitgeber das Risiko der Unmöglichkeit aus im Betrieb liegenden Gründen tragen und bleibt grundsätzlich auch dann zur Lohnzahlung verpflichtet, wenn diese Gründe weder betriebstechnische Störungsursachen haben noch auf einem Versagen der sachlichen oder persönlichen Mittel des Betriebes beruhen, sondern von außen auf das Unternehmen einwirken (vgl. VG Karlsruhe, Urteil vom 10.05.2021 – 9 K 67/21).

Die arbeitsrechtlichen Besonderheiten des Einzelfalls können freilich unter Umständen zu einer anderen Beurteilung der Risikoverteilung führen.

**9. Frage:** Muss ich mich freitesten lassen?

**Antwort:** Das grundlose Verstreichenlassen der Freitestungsmöglichkeit hat grundsätzlich Auswirkungen auf den Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG. Dem Betroffenen kann ein Vorwurf i. S. e. Mitverschuldens nach § 254 BGB an der andauernden Absonderung gemacht werden, der den Ausschluss des Anspruchs auf Verdienstauffallentschädigung über § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG rechtfertigt.

### III. Zum Anspruchsumfang - § 56 Abs. 3 IfSG

**1. Frage:** Wie wird der Verdienstaufschlag nach § 56 Abs. 3 IfSG berechnet?

**Antwort:** Nach § 56 Abs. 3 Satz 3 IfSG ist der Verdienstaufschlag die Netto-Entgelt Differenz zwischen Netto-Soll-Entgelt und Netto-Ist-Entgelt. Die Brutto-Entgelte werden entsprechend den Regelungen des § 4 Abs. 1, 1a und 4 EntgFG zur Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit ermittelt. Die Umrechnung in Netto-Entgelte (deren Differenz den Verdienstaufschlag darstellt) erfolgt sodann entsprechend § 106 SGB III (→ Nettoentgelt Differenz Kurzarbeitergeld (KUG)).

**2. Frage:** Was bedeutet der Verweis in § 56 Abs. 3 Satz 2 IfSG auf die Regelungen des § 4 Abs. 1, 1a und 4 EntgFG zur Ermittlung des (Brutto-)Arbeitsentgelts?

**Antwort:** Die Ermittlung des Arbeitsentgelts als Ausgangsgröße für die Ermittlung der Entschädigung folgt **seit der Neufassung des § 56 Abs. 3 IfSG mit Wirkung zum 31.03.2021** nach den Regelungen zur Entgeltfortzahlung im Falle der Arbeitsunfähigkeit. Für die Bemessung der Entgeltfortzahlung gilt grundsätzlich das sogenannte Entgeltausfallprinzip. Der erkrankte Arbeitnehmer erhält das Entgelt, das ihm zustünde, wenn er nicht arbeitsunfähig gewesen wäre, sondern wie vorgesehen im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit gearbeitet hätte. Im Rahmen des § 56 IfSG tritt das Tätigkeitsverbot, die Quarantäne oder die nicht anderweitig mögliche Kinderbetreuung an die Stelle der Arbeitsunfähigkeit.

Die konkrete Höhe des fortzuzahlenden Entgelts richtet sich nach § 4 EntgFG. Gemäß § 4 Abs. 1 EntgFG ist dem Arbeitnehmer das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Zum Arbeitsentgelt gehören nicht das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt sowie Leistungen für Aufwendungen des Arbeitnehmers, die während der Arbeitsunfähigkeit nicht entstehen.

Schwankt die Arbeitszeit von Tag zu Tag, dann ist im Rahmen der Entgeltfortzahlung jeweils das Arbeitsentgelt fortzuzahlen, das der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer an dem konkreten Arbeitstag verdient hätte, wenn er nicht arbeitsunfähig gewesen wäre.

Wird in dem Arbeitsverhältnis nach einem Schichtplan gearbeitet, kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer an dem Tag, an dem er arbeitsunfähig krank ist, nach diesem Plan hätte arbeiten müssen oder ob es sich um einen Tag handelt, an dem er nicht eingesetzt worden wäre. Ist Letzteres der Fall, besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Wurde der erkrankte Arbeitnehmer dagegen für eine bestimmte Schicht mit einer bestimmten Arbeitszeit auf Grundlage eines Schichtplans eingeteilt, so ist diese Arbeitszeit im Rahmen der Entgeltfortzahlung auszugleichen.

Überstunden werden bei der Bestimmung der regelmäßigen Arbeitszeit grundsätzlich nicht berücksichtigt. Mit Überstunden ist die Arbeit gemeint, die ein Arbeitnehmer über die für sein Arbeitsverhältnis maßgebliche individuelle Arbeitszeit hinaus leistet. Entscheidend ist, dass die übliche Arbeitszeit vorübergehend erhöht ist. Leistet ein Arbeitnehmer dagegen regelmäßig mehr als die eigentlich geschuldete Arbeitszeit, dann handelt es sich nicht mehr um Überstunden. Auch wenn diese Arbeitszeit als Überstunden bzw. Mehrarbeit bezeichnet wird, handelt es sich entgeltfortzahlungsrechtlich nicht um Überstunden, sondern um regelmäßige Arbeitszeit, die entsprechend bei der Entgeltfortzahlung zu berücksichtigen ist.

Wird für das Arbeitsverhältnis ein Arbeitszeitkonto geführt, so ist Gegenstand des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung die entsprechende Zeitgutschrift auf dem Arbeitszeitkonto, da das Arbeitszeitkonto den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nur in anderer Form ausdrückt.

Fortzuzahlen sind die Bezüge, die der Arbeitnehmer in der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit erzielt hätte – und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie steuer- und beitragspflichtig sind. Auch Zuschläge für Sonn-, Feiertags- oder Nachtarbeit, wenn zu den entsprechenden Zeiten die Arbeit ausgeübt worden wäre, zählen zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt. Ebenso sind Zuwendungen für eine Altersversorgung des Beschäftigten fortzuzahlen.

Nicht fortzuzahlen sind dagegen Leistungen, die an tatsächlich entstandene Aufwendungen des Arbeitnehmers anknüpfen wie z. B. Auslagenersatz, Schmutzzulagen und Fahrtkostenzuschüsse sowie Einmalzahlungen wie Weihnachts- oder Urlaubsgeld.

**3. Frage:** Was gilt, wenn die Entgeltfortzahlung in einem Tarifvertrag speziell geregelt ist?

**Antwort:** Das EntgFG lässt es ausdrücklich zu, dass durch einen Tarifvertrag eine von den gesetzlichen Regelungen abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden kann. Aufgrund der Verweisung von § 56 Abs. 3 Satz 2 IfSG auf § 4 Abs. 4 EntgFG gilt dies auch für die Ermittlung des Verdienstausfalls nach § 56 Abs. 3 IfSG. Betriebsvereinbarungen oder einzelne Arbeitsverträge können solche vom Gesetz abweichenden Regelungen nicht festlegen. Es kann aber im Geltungsbereich eines entsprechenden Tarifvertrags die Anwendung seiner Bestimmungen über die Höhe der Entgeltfortzahlung auch zwischen nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern vereinbart werden.

**4. Frage:** Ein Arbeitnehmer, der sich in der Arbeitsphase bei verblockter Altersteilzeit befindet, muss in Quarantäne. Bezüglich der Freistellungsphase ist die Rechtslage klar; das Arbeitsentgelt fließt ohne Arbeitsleistung, somit kann auf der Quarantäne kein Verdienstausfall beruhen. In der

Arbeitsphase fließen aber neben dem ausgezahlten Entgelt noch Aufstockungsbeträge und es wird das Wertguthaben für die Freistellungsphase aufgebaut. Wie ist damit umzugehen?

**Antwort:** Für die Ermittlung des Verdienstaufschlags verweist § 56 Abs. 3 IfSG auf § 4 Abs. 1, 1a und 4 EntgFG. Es gilt grundsätzlich das Entgeltausfallprinzip. Der Arbeitnehmer erhält das Entgelt, das ihm zustünde, wenn er nicht in Quarantäne gewesen wäre, sondern wie vorgesehen im Rahmen der regelmäßigen Arbeitszeit gearbeitet hätte (siehe oben). Damit umfasst die Entschädigung auch den Aufstockungsbetrag sowie den für die Freistellungsphase anzusparenden Teil des Arbeitsentgelts.

**5. Frage:** Was ist, wenn es im maßgeblichen Entgeltabrechnungszeitraum (Monat) kein volles Entgelt gibt, z. B. bei Eintritt ins Arbeitsverhältnis während des laufenden Monats?

**Antwort:** In diesem Fall ist das Brutto-Soll-Entgelt das wegen der erst erfolgten Arbeitsaufnahme in diesem Monat zu reduzieren. Bei der Berechnung des Brutto-Ist-Entgelts ist bei der Zahl der Arbeitstage des jeweiligen Monats die Zahl der aufgrund des späteren Eintritts ins Arbeitsverhältnis geleisteten Arbeitstage in diesem Monat heranzuziehen.

Beispiel:

Arbeitstage Monat abstrakt: 20

Arbeitstage Monat konkret aufgrund Antritt Arbeitsverhältnis: 10

Quarantäne: 6 Tage

Brutto-Soll-Entgelt Monat abstrakt: 3.000,00 €

Brutto-Soll-Entgelt im konkreten Monat aufgrund Antritt Arbeitsverhältnis: 1.500,00 €

- Brutto-Ist-Entgelt =  $1.500,00 \text{ €} \times 4 / 10 = 600,00 \text{ €}$
- Maßgeblich für die Netto-Entgeltdifferenz (= Verdienstaufschlag) ist die Differenz der sich aus 1.500,00 € und 600,00 € laut KUG-Tabelle ergebenden Nettobeträge.

**6. Frage:** Müssen bei der entsprechenden Anwendung der KUG-Regelungen bei einem Bruttoentgelt oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze (BBG) zur Rentenversicherung pauschale Sozialversicherungsbeiträge in Abzug gebracht werden?

**Antwort:** Nein, für Entgelte oberhalb der gültigen Beitragsbemessungsgrenze in der Rentenversicherung erfolgt kein pauschaler Abzug der Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 20 %. Eine

Tabelle mit Werten oberhalb der Beitragsbemessungsgrenze (ohne pauschalen SV-Abzug aus Entgelten oberhalb der BBG) finden Sie im Internet auf der Website des BMG (dort zum Download unter dem Button „LVO-Abzugstabellen für die Berechnung der Entschädigung (Excel-Tabelle)“):

<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/begriffe-von-a-z/e/entschaedigungsansprueche-nach-56-ifsg.html>

**7. Frage:** Ab wann ist auf § 4 EntgFG und die KUG-Tabelle im Rahmen der Berechnung des Verdienstausfalls nach § 56 Abs. 3 IfSG abzustellen?

**Antwort:** § 56 IfSG i. d. F. des EpiLage-Fortgeltungsgesetzes ist am 31.03.2021 in Kraft getreten. Mangels anderslautender Regelung im EpiLage-Fortgeltungsgesetz kommt § 56 IfSG n. F. grundsätzlich keine Rückwirkung zu. § 56 IfSG n. F. gilt damit für alle Entschädigungszeiträume (Absonderungen), die am 31.03.2021 noch nicht beendet waren. Aus Praktikabilitätsgründen ist jedoch auch eine andere Handhabung möglich, insbesondere:

- Umstellung der Berechnung Tag genau zum 01.04.2021 (Monatswechsel),
- oder, sofern die Arbeitgeber die neue Berechnungsmethode in Entgeltabrechnungen für Entschädigungszeiträume bereits vor dem 31.03.2021 angewandt haben, kann dies ebenfalls so akzeptiert werden.

**8. Frage:** Müssen die Arbeitgeber den beantragten Erstattungsbetrag selbst errechnen?

**Antwort:** Unabhängig davon, ob der Arbeitgeber den geltend gemachten Verdienstausfall selbst konkret berechnet oder nicht, sollte durch den Verweis in § 56 Abs. 3 IfSG einerseits auf die Regelungen zur Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit (zur Berechnung der Brutto-Entgelte) und andererseits auf die Regelungen zum KUG (zur Umrechnung von Brutto-Soll-Entgelt und Brutto-Ist-Entgelt in Netto-Soll-Entgelt und Netto-Ist-Entgelt) für die Arbeitgeber eine Erleichterung eingetreten sein, weil diese Regelungen in den systemgeprüften Entgeltabrechnungsprogrammen bereits seit Jahren hinterlegt sind.

#### IV. Zur Antragsfrist - § 56 Abs. 11 IfSG

**Frage:** Für welche Anträge gilt die zweijährige Antragsfrist nach § 56 Abs. 11 Satz 1 IfSG i. d. F. ab 31.03.2021?

**Antwort:** Für Entschädigungs- bzw. Erstattungsanträge, für die die bisherige Antragsfrist nach § 56 Abs. 11 Satz 1 IfSG in der alten Fassung (d. h. der Fassung vor dem 31.03.2021) von zwölf Monaten am 31.03.2021 noch nicht abgelaufen war, gilt die zweijährige Antragsfrist des § 56 Abs. 11 Satz 1 IfSG in der aktuellen Fassung.

#### V. Sozialversicherungsrechtliche Fragen - § 57 IfSG

**1. Frage:** Was ist Bemessungsgrundlage für die Beiträge zur Sozialversicherung bei Fortbestehen der Versicherungspflicht nach § 57 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 Satz 1, ggf. i. V. m. Abs. 6 IfSG?

**Antwort:** Bei einer Entschädigung, die nach § 56 Abs. 2 Satz 2 IfSG (Tätigkeitsverbot/ Absonderung Woche 1-6) gewährt wird, ist die Bemessungsgrundlage das Arbeitsentgelt, das der Verdienstausfallentschädigung nach § 56 Abs. 3 IfSG vor Abzug von Steuern und Beitragsanteilen zur Sozialversicherung oder entsprechender Aufwendungen zur sozialen Sicherung zugrunde liegt (§ 57 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 IfSG), mit anderen Worten also der Brutto-Verdienstaufschlag (= Differenz zwischen Brutto-Soll-Entgelt und Brutto-Ist-Entgelt).

Für den Entschädigungszeitraum ab der 7. Woche (§ 56 Abs. 2 Satz 3 IfSG) ist die Bemessungsgrundlage 80 % des dieser Entschädigung zugrundeliegenden Arbeitsentgelts oder Arbeitseinkommens (also des Brutto-Verdienstaufschlags) (§ 57 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 IfSG).

**2. Frage:** Kann der Arbeitgeber für geringfügig beschäftigte Personen eine Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge geltend machen?

**Antwort:** Hier ist zwischen der Rechtslage vor dem 24.11.2021 und der Rechtslage ab dem 24.11.2021 zu unterscheiden:

a. Rechtslage vor dem 24.11.2021:

Nach § 57 Abs. 1 Satz 1 IfSG besteht für Personen, denen eine Entschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG zu gewähren ist, eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung fort. Zwar besteht auch für geringfügig Beschäftigte (§ 8 SGB IV) grundsätzlich eine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung, § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI.

Wenn sich allerdings die geringfügig beschäftigte Person nach § 6 Abs. 1b SGB VI von der Rentenversicherungspflicht befreien lässt, besteht damit gerade keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung i. S. v. § 57 Abs. 1 Satz 1 IfSG. Zwar trägt der Arbeitgeber bei Befreiung seines „Minijobbers“ (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV) von der Rentenversicherungspflicht trotzdem nach § 172 Abs. 3 Satz 1 SGB VI „einen Beitragsanteil in Höhe von 15 vom Hundert des Arbeitsentgelts, das beitragspflichtig wäre, wenn die Beschäftigten versicherungspflichtig wären.“ Auch wenn der Minijobber dadurch gewisse Zuschläge für Rentenpunkte erwerben kann, führt dies jedoch nicht zu einer Erstattungsfähigkeit dieses Arbeitgeberanteils nach § 57 Abs. 1 IfSG. Denn Voraussetzung hierfür ist nach dessen Satz 1 die – bei einer Befreiung nicht bestehende – Versicherungspflicht des Beschäftigten und nicht die Beitragspflicht des Arbeitgebers.

Gleichermaßen kann der Arbeitgeber mangels Versicherungspflicht des „Minijobbers“ in der gesetzlichen Krankenversicherung (Versicherungsfreiheit nach § 7 SGB V) auch nicht den von ihm nach § 249b SGB V gezahlten Beitrag zur gesetzlichen Krankenversicherung nach § 57 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 bis 4 IfSG erstattet verlangen.

Eine Aufwendungserstattung des Arbeitgebers nach § 58 IfSG scheidet schon deshalb aus, weil § 58 IfSG nur dem Entschädigungsberechtigten selbst, nicht jedoch dessen Arbeitgeber einen Anspruch gibt.

b. Rechtslage ab dem 24.11.2021:

Mit dem Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.11.2021 wurde § 57 IfSG wie folgt geändert:

- In Abs. 1 wurde Satz 5 neu angefügt:  
„Die Erstattung umfasst auch Beiträge, die nach § 172 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch vom Arbeitgeber entrichtet wurden.“
- In Abs. 2 Satz 2 wurde ein neuer Halbsatz angefügt:  
„Absatz 1 Satz 2 bis 4 gilt entsprechend; die Erstattung umfasst auch Beiträge, die nach § 249b des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vom Arbeitgeber entrichtet wurden.“

§ 172 SGB VI betrifft die Beitragspflicht des Arbeitgebers zur gesetzlichen Rentenversicherung bei Versicherungsfreiheit und Befreiung von der Versicherungspflicht.

§ 249 b SGB V betrifft die Beitragspflicht des Arbeitgebers zur gesetzlichen Krankenversicherung bei geringfügiger Beschäftigung.

Die Sozialversicherungsbeiträge des Arbeitgebers geringfügig Beschäftigter fallen nun unter die nach § 57 IfSG zu erstattenden Beiträge.

Der Neufassung des § 57 IfSG kommt mangels anderslautender Regelung im zugrundeliegenden „Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 22.11.2021 keine Rückwirkung zu. Das Gesetz wurde am 23.11.2021 im Bundesgesetzblatt verkündet (BGBl. I S. 4906) und die Änderung in § 57 IfSG trat gem. Art. 22 Abs. 1 des Gesetzes am Tag nach der Verkündung, d.h. am 24.11.2021 in Kraft.

**3. Frage:** Welche Beiträge werden im Falle eines Tätigkeitsverbots erstattet?

**Antwort:** Im Fall des Tätigkeitsverbots werden ausschließlich die Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung, nicht aber die Beiträge zur gesetzlichen Krankenversicherung, sozialen Pflegeversicherung und zur Arbeitslosenversicherung weitergezahlt, da § 57 Abs. 2 IfSG nicht für Personen gilt, denen nach § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG eine Entschädigung zu gewähren ist. Auch Umlagen werden nicht erstattet.