

Rechtliche Bewertung einer Stellungnahme des Landessozialministeriums vom 13. Juli 2022 zum Thema

Erstattung bei Isolation und weiteren positiven Testungen nach Ablauf der 5-tägigen Isolation

Anlass für diese rechtliche Bewertung ist die vom Sozialministerium in einem Schreiben an die UVN vom 13. Juli 2022 vertretene Rechtsansicht, dass Arbeitnehmer, die aufgrund einer Infektion mit dem Covid-19 Virus gemäß Absonderungsverordnung des Landes oder Verfügung des Gesundheitsamtes nicht ihre arbeitsvertragliche Arbeitspflicht erfüllt haben, unabhängig von einer ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit auch bei Fehlen von Krankheitssymptomen stets einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 EntgFG hätten, hinter den ein Entschädigungsanspruch gemäß § 56 Abs. IfSG zurücktrete.

Diese Position wird offensichtlich auch von zur Bearbeitung von Erstattungsansprüchen der Arbeitgeber gemäß § 56 Abs. 5 IfSG zuständigen Kommunen eingenommen, vergl. Veröffentlichungen des Landkreises Vechta (2. Juni 2022) und Ammerland (Bescheid vom 20.07.2022).

Ausgangsposition der Rechtsposition des Sozialministeriums im zitierten Schreiben ist die Aussage:

„Kranke im Sinne von § 2 Nr. 4 IfSG, also Personen, die an einer übertragbaren Krankheit erkrankt sind, sind ausdrücklich nicht als Entschädigungsberechtigte in § 56 IfSG aufgenommen. Schon allein aus der Systematik des Gesetzes ergibt sich somit, dass ein Entschädigungsanspruch für an Corona Erkrankte nicht besteht. Gerade dieser Personenkreis hat nämlich grds. einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Denn nach § 3 EFZG greift bei einer Arbeitsunfähigkeit infolge einer Krankheit der Entgeltfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber. Eine Krankheit im Sinne des Gesetzes ist ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der nicht bei allen Menschen gleichen Alters oder gleichen Geschlechts zu erwarten ist (vgl. BAG vom 9. April 2014-10 AZR 637/13). Unter Zugrundelegung dieser Definition ist eine Covid-19-Erkrankung eine Krankheit, die den Entgeltfortzahlungsanspruch auslöst. Hierauf hatte bereits das OLG Celle in seinem Beschluss vom 09. April 2021 - 11 U 115/21 - hingewiesen.“

Der Hinweis auf die Systematik des Gesetzes, dass Kranke nicht ausdrücklich im anspruchsbegründenden Gesetzestext erwähnt sind und daher keinen Anspruch auf Entschädigung haben, ist nicht richtig. § 56 Abs. 1 IfSG nennt als weitere mögliche Anspruchsberechtigte: „... als sonstiger Träger von Krankheitserregern im Sinne von § 31 Satz 2 Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird und dadurch einen Verdienstausschlag erleidet ,erhält eine Entschädigung in Geld. Das Gleiche gilt für eine Person, die nach § 30, auch in Verbindung mit § 32, abgesondert wird oder sich auf Grund einer nach § 36 Absatz 8 Satz 1 Nummer 1 erlassenen Rechtsverordnung abgesondert.“

Nachweislich Covid-19-Infizierte sind unabhängig vom Auftreten von Krankheitssymptomen zweifellos „Träger von Krankheitserregern im Sinne von § 31 Satz 2 IfSG, die die Krankheitserreger so in oder an sich

tragen, dass im Einzelfall die Gefahr einer Weiterverbreitung besteht.“ Sie sind aufgrund des § 2 Abs. 1 Satz 1 Niedersächsische SARS-CoV-2-Absonderungsverordnung auch „... Person, die nach § 30, auch in Verbindung mit § 32, abgesondert“ sind.

Die Schlussfolgerung, dass eine Covid 19-Infektion (Erkrankung i.S.d § 2 Nr. 4 IfSG) grundsätzlich den Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. IfSG ausschließt, ist schlicht falsch.

Die Schlussfolgerung, dass eine Covid 19-Infektion (Erkrankung i.S.d § 2 Nr. 4 IfSG) grundsätzlich bereits den Entgeltfortzahlungsanspruch gem. § 3 EntgFG auslöst stimmt ebenfalls nicht.

Durch § 3 EntgFG werden die Anspruchsberechtigten mit den Worten: „... durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ...“ definiert. Als gesetzliche Abweichung vom Rechtsgrundsatz „Ohne Arbeit kein Geld“ ist Grundlage eines Entgeltfortzahlungsanspruchs nicht etwa die Krankheit, sondern die infolge einer unverschuldeten Erkrankung eingetretenen Arbeitsunfähigkeit. An keiner Stelle dieses oder eines anderen Gesetzes wird bestimmt, dass eine Erkrankung grundsätzlich unmittelbar zur Arbeitsunfähigkeit i.S.d. EntgFG führt.

In dem im in Rede stehenden Schreiben des Sozialministeriums zitierten Urteil des BAG vom 9. April 2014-10 AZR 637/13 wird zwar insoweit zutreffend die vom Gericht unter Rz. 18 der Gründe angewandte Definition für „Krankheit“ richtig wiedergegeben. Erwähnt hätte hier aber auch werden müssen, dass das Gericht unter Rz. 21 der Urteilsgründe weiterausgeführt hat:

„(1) Für den Begriff der „Arbeitsunfähigkeit“ ist eine vom Arzt nach objektiven Maßstäben vorzunehmende Bewertung des Gesundheitszustands maßgebend (vgl. die in Ausführung von § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 7 SGB V durch den Gemeinsamen Bundesausschuss [§ 91 SGB V] erlassene Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie vom 1. Dezember 2003 idF vom 21. Juni 2012, BAnz. AT 7. September 2012 B4). Die Arbeitsfähigkeit beurteilt sich nach der vom Arbeitnehmer arbeitsvertraglich geschuldeten Leistung, wie sie der Arbeitgeber ohne die Arbeitsunfähigkeit als vertragsgemäß annehmen muss. Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Tätigkeit nicht mehr ausüben kann oder nicht mehr ausüben sollte, weil die Heilung der Krankheit nach ärztlicher Prognose verhindert oder verzögert würde (BAG 23. Januar 2008 – 5 AZR 393/07 – Rn. 19; Schaub/Linck § 98 Rn. 14, 15).“

Die im Ministerialschreiben getroffene Aussage „Denn auch symptomlose Arbeitnehmerinnen oder Arbeitnehmer sind grds. arbeitsunfähig, da sie ansteckend sind und bei Rückkehr an ihren betrieblichen Arbeitsplatz die Gefahr besteht, dass sie andere Mitarbeitende anstecken, die dann ebenfalls erkranken (Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Auflage 2022 RdNr.10 m.w.N.)“ kann so aus dem Zusammenhang der zitierte Kommentarstelle herausgenommen allein nicht zur Bewertung herangezogen werden, denn an gleicher Kommentarstelle zur gleichen Rechtsvorschrift heißt es bereits unter Rdnr. 9: „Entgegen einem weit verbreiteten Missverständnis sind Krankheit und AU iSd G nicht deckungsgleich, sondern voneinander zu unterscheiden. Eine Krankheit iSd G führt nicht automatisch zur Arbeitsverhinderung, die letztl. den EFZAnspruch auslöst. Vielmehr muss die Krankheit zur AU führen, die wiederum alleinige Ursache für die Arbeitsverhinderung sein muss (MüKoBGB/Müller-Glöße Rn. 7). Wie im Recht der ges. Krankenvers. (s. aber a. Gitter ZfA 1995, 123 (151); ferner → SGB V § 44 Rn. 7 ff.) ist von AU

auszugehen, wenn der AN seine vertragl. geschuldete Tätigkeit obj. nicht ausüben kann (zB nach stationärer Aufnahme im Krankenhaus) oder obj. nicht ausüben sollte, weil die Heilung nach ärztl. Prognose verhindert oder verzögert wird.“ Und unter Rdnr. 19a heißt es weiter: „Kein Fall krankheitsbedingter AU liegt vor, wenn entweder nur der Verdacht einer Erkrankung und eine damit verbundene behördl. Quarantäne (vgl. § 30 IfSG) oder ein ör Tätigkeitsverbot (vgl. § 31 IfSG) der Arbeitsleistung entgegenstehen. Dem AN ist die Erbringung seiner Arbeitsleistung dann häufig zwar unmögl. (Ausnahmen zB bei Leistungen im Homeoffice denkbar); dies beruht aber auf keiner AU, sodass auch Ansprüche nach § 3 ausfallen, wie dies häufig im Zuge der COVID-19-Pandemie der Fall war.“

Im Kommentar BeckOK Arbeitsrecht, Hrsg. Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching, 64. Edition, Stand: 01.06.2022 führt Ricken zu § 3 EntgFG unter Rz. 14 aus: *„Nicht jede Krankheit führt allerdings schon zu einem Entgeltfortzahlungsanspruch gem. § 3. Vielmehr setzt ein derartiger Anspruch voraus, dass die Krankheit beim betroffenen Arbeitnehmer zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat.“* Unter Rz. 20 heißt es dann weiter: *„Geht man von dem Maßstab aus, dass sich die Arbeitsunfähigkeit nach der vertraglich geschuldeten konkreten Tätigkeit des Arbeitnehmers bestimmt, so scheidet grundsätzlich die Annahme einer Arbeitsunfähigkeit aus, wenn der Arbeitnehmer nur aufgrund seiner Krankheit daran gehindert ist, den Weg zur Arbeitsstätte zurückzulegen (Schmitt/Schmitt Rn. 79; Feichtinger/Malkmus/Feichtinger Rn. 33; Becher, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, 3. Aufl., 34; aA Kunz/Wedde Rn. 53; MHdB ArbR I/Schlachter, 3. Aufl. 2009, § 73 Rn. 14). Problematisch ist dies aber auch in Fällen, in denen etwa ein symptomlos an COVID-19 erkrankter Arbeitnehmer nicht infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, aber die Tätigkeit nicht ausüben kann, weil sich daraus abträgliche Folgen für die Gesundheit anderer ergeben (Düwell BB 2020, 891 (892)).“*

Grundlage des Entgeltfortzahlungsanspruchs ist, dass die Erbringung der Arbeitsleistung wegen Arbeitsunfähigkeit infolge einer unverschuldeten Erkrankung unmöglich ist. Nicht die Erkrankung, sondern die Arbeitsunfähigkeit muss unmittelbare Ursache der Unmöglichkeit sein.

§ 2 Abs. 1 der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie definiert:

„Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn Versicherte auf Grund von Krankheit ihre zuletzt vor der Arbeitsunfähigkeit ausgeübte Tätigkeit nicht mehr oder nur unter der Gefahr der Verschlimmerung der Erkrankung ausführen können. Bei der Beurteilung ist darauf abzustellen, welche Bedingungen die bisherige Tätigkeit konkret geprägt haben. Arbeitsunfähigkeit liegt auch vor, wenn auf Grund eines bestimmten Krankheitszustandes, der für sich allein noch keine Arbeitsunfähigkeit bedingt, absehbar ist, dass aus der Ausübung der Tätigkeit für die Gesundheit oder die Gesundung abträgliche Folgen erwachsen, die Arbeitsunfähigkeit unmittelbar hervorrufen.“

Anzumerken ist, dass die Vorschrift selbst die Möglichkeit der Erkrankung ohne Arbeitsunfähigkeit als gegeben feststellt.

Weiter heißt es in § 2 Absatz 5 der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie

(5) Die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit setzt die Befragung der oder des Versicherten durch die Vertragsärztin oder den Vertragsarzt zur aktuell ausgeübten Tätigkeit und den damit verbundenen

Anforderungen und Belastungen voraus. Das Ergebnis der Befragung ist bei der Beurteilung von Grund und Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu berücksichtigen. Zwischen der Krankheit und der dadurch bedingten Unfähigkeit zur Fortsetzung der ausgeübten Tätigkeit muss ein kausaler Zusammenhang erkennbar sein.

Allein ein positiver PCR-Test auf Covid-19-Infektion kann bei symptomlos Infizierten keine Feststellung der Arbeitsunfähigkeit i.S.d. § 3 EntgFG ohne ärztliche Befragung belegen. Nicht nur nach den Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien, sondern auch nach den allgemeinen Erfahrungen der Lebenswirklichkeit ist steht fest, dass ein mit Viren, z. B. Schnupfen o.ä. infizierter Arbeitnehmer, der keine oder nur leichte Symptome aufweist, zwar erkrankt ist, aber dabei durchaus arbeitsfähig sein kann. Der behauptete Anspruch auf eine ärztliche AU-Bescheinigung bestünde dann nicht, und zwar auch nicht, wenn es sich um Covid-19-Vireninfektion handelt.

Ob Ärzte berechtigt wären bei Covid-19-Vireninfektion unabhängig von Krankheitssymptomen eine Arbeitsunfähigkeit zu bescheinigen, steht auf einem anderen Blatt. Jedenfalls ist festzustellen, dass Veröffentlichungen von Rechtsauffassungen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) keine maßgebliche Rechtsquelle für die Rechtfertigung von Verwaltungshandeln sind, zumal nicht ersichtlich ist, wie die im Schreiben zitierte KBV-Position mit der Definition der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie in Übereinstimmung zu bringen ist.

Höchst spekulativ und deshalb unbeachtlich bei der Prüfung eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 EntgFG ist die Unterstellung, es hätte jedenfalls im Falle einer ärztlichen Konsultation ein Anspruch auf Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bestanden. Hat ein Arbeitgeber die anspruchsbegründenden Tatbestandmerkmalen zu § 56 Abs. 1 IfSG bewiesen, ist es an der zuständigen Behörde, dass Vorliegen eines behaupteten, dem Entschädigungsanspruch entgegenstehenden Rechtsgrund zu beweisen. Falsch ist daher die Rechtsauffassung des Landkreises Vechta (2. Juni 2022) und Ammerland (Bescheid vom 20.07.2022), das Problem einer nicht beschafften Bescheinigung müsse zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und behandelndem Arzt geklärt werden. Deren Fehlen führt zwar unmittelbar nicht zu einem Anspruch auf Entschädigung nach § 56 IfSG, sie steht dann aber auch nicht dem beweisbelasteten Landkreis zur Negierung des den Voraussetzungen nach dargelegten Anspruchs zur Verfügung.

Bei symptomlos Infizierten ist nicht Krankheit die unmittelbare Ursache der Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung, sondern die und unter Androhung von Bußgeld bei Zuwiderhandlung verfügte Anordnung zur Absonderung gemäß Rechtsvorschrift (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Niedersächsische SARS-CoV-2-Absonderungsverordnung) oder ggbfls. behördliche Anordnung.

Gerade weil symptomlos Infizierte nicht ohne weiteres den Entgeltfortzahlungsanspruch gemäß EntgFG haben, hat der Gesetzgeber den Entschädigungsanspruch des zur Absonderung verpflichteten, an sich arbeitsfähigen Arbeitnehmers gemäß § 56 Abs. 1 IfSG überhaupt geregelt.

Hannover, den 25.07.2021; gez. Robert Johns, DDN-Geschäftsführer