

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a mechanical arm. Below it, another gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including conveyor belts and structural frames, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

LOSCHELDER

**Newsletter Arbeitsrecht
August 2020**

Inhalt

Aus aktuellem Anlass

Haftung bei Covid-19-Infektionen im Arbeitsverhältnis

Neues aus der Rechtsprechung

Geld verdienen im Schlaf? Reise- und der Wegezeiten als Arbeitszeit im vergütungs- und arbeitszeitrechtlichen Sinne

Neues aus der Rechtsprechung

Entgeltfortzahlung – keine Verlängerung des Sechs-Wochen-Zeitraums bei neuer Erkrankung während bestehender Arbeitsunfähigkeit

Neues aus der Rechtsprechung

Krankschreibung per Videosprechstunde – angestrebte Änderung der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie

Loschelder Praxistipp

Können Arbeitnehmer angewiesen werden, die Corona-Warn-App auf dem Diensthandy installieren und nutzen zu müssen?

Aus aktuellem Anlass

Haftung bei Covid-19-Infektionen im Arbeitsverhältnis

Anlass dieses Beitrags ist eine Stellungnahme der Deutschen Gesetzlichen Unfallversicherung (DGUV), in der sie eine Haftung der Unfallversicherungen für Covid-19-Infektionen ablehnt. Die DGUV schreibt auf ihrer Website zu der Frage „Handelt es sich bei einer SARS-CoV-2-Infektion um einen Arbeitsunfall?“ – „Nein. Aufgrund der dynamischen, weltweiten Entwicklung hat die Weltgesundheitsorganisation (WHO) zwischenzeitlich Covid-19 zur Pandemie erklärt. Covid-19 stellt somit eine Allgemeingefahr dar. (...) Es liegt dann kein Arbeitsunfall vor, wenn sich eine Gefahr verwirklicht, von der ein Versicherter zur selben Zeit und mit gleicher Schwere auch außerhalb seiner versicherten Tätigkeit betroffen gewesen wäre. Die Betroffenheit ergibt sich zufällig und unabhängig von der versicherten Tätigkeit.“

Die DGUV lehnt mit dieser Stellungnahme im Grundsatz eine Haftung für Covid-19-Infektionen im Arbeitsverhältnis ab. Das ist in dieser Allgemeinheit nur schwer haltbar. Der Beitrag umreißt die Fragen einer **Haftung im Arbeitsverhältnis für Covid-19-Infektionen** und zeigt Probleme auf, die sich aus der Haltung der DGUV ergeben können.

1. Haftung des Arbeitgebers

Eine Haftung des Arbeitgebers im Fall einer Covid-19-Infektion eines Arbeitnehmers kommt aus **§§ 611a, 280 Abs. 1 BGB** in Betracht, wenn der Arbeitgeber eine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis verletzt hat und daraus ein Schaden entstanden ist. Als Pflichtverletzung kommt grundsätzlich **jeder Verstoß gegen eine Corona-Auflage** in Betracht, da es sich bei diesen Auflagen zumindest auch um Vorgaben des Arbeitsschutzes handelt. Vorgaben des Arbeitsschutzes sind unmittelbarer Bestandteil des arbeitsvertraglichen Pflichtenkatalogs mit der Folge, dass jeder Verstoß gegen eine Corona-Auflage gleichzeitig eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer ist.

Liegt aufgrund eines Verstoßes eine Pflichtverletzung des Arbeitgebers vor, muss der Arbeitnehmer nur noch den Schaden in Form der Covid-19-Infektion darlegen. Die **Kausalität** zwischen Pflichtverletzung und Schaden und das **Vertretenmüssen** des

Arbeitgebers werden **vermutet**. Der Arbeitgeber kann sich zwar exkulpieren, indem er beweist, dass entweder der Schaden nicht kausal auf der Pflichtverletzung beruht oder dass er die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. Beides kann aber im Fall einer Covid-19-Infektion schwierig werden, etwa, wenn nicht sicher geklärt werden kann, wo sich ein Arbeitnehmer angesteckt hat, so dass der **Arbeitgeber** in vielen Fällen **im Ausgangspunkt haftet**.

Die Haftung entfällt allerdings, soweit die Unfallversicherung den Schaden übernimmt, **§ 104 Abs. 1 S. 1 SGB VII**. Das ist der wesentliche Grund, warum Arbeitgeber fast nie für Körper- und Gesundheitsverletzungen ihrer Arbeitnehmer haften. Der Haftungsausschluss gilt allerdings nur, soweit die **Unfallversicherung** ihre **Einstandspflicht** für einen Schaden **anerkennt**. Gerade das ist in Bezug auf Covid-19-Infektionen problematisch, da die DGUV ihre Einstandspflicht im Grundsatz verneint hat. Betrachtet man die Voraussetzungen einer Haftung der Unfallversicherung für Personenschäden, ist dieser **Standpunkt** allerdings **nicht** in allen Fällen **haltbar**.

2. Haftung der Unfallversicherung

Die Unfallversicherung haftet im **Versicherungsfall**, das heißt bei **Arbeitsunfällen** und **Berufskrankheiten**, **§ 7 Abs. 1 SGB VII**. Soweit durch eine Tätigkeit, etwa in der Pflege, im Krankenhaus oder in der Virenforschung, das Risiko einer Covid-19-Infektion grundsätzlich erhöht wird, kann Covid-19 eine Berufskrankheit nach **§ 9 Abs. 1 Satz 1 SGB VII** sein. In diesem Fall ist die Unfallversicherung verpflichtet, den aus einer Infektion folgenden Schaden zu übernehmen. Zumindest insoweit geht aber auch die DGUV von einer Einstandspflicht der Unfallversicherungen aus.

Darüber hinaus kann eine **Infektion** mit Covid-19 ein **Arbeitsunfall** nach **§ 8 Abs. 1 SGB VII** sein. Arbeitsunfälle sind zeitlich begrenzte, von außen auf den Körper einwirkende Ereignisse, die zu einem Gesundheitsschaden oder zum Tod führen, **§ 8 Abs. 1 S. 2 SGB VII**. Eine Vireninfektion ist ein von außen auf den Körper einwirkendes Ereignis und damit grundsätzlich ein Arbeitsunfall, so dass eine Haftung der Unfallversicherungen im Ausgangspunkt besteht. Wenn die DGUV anführt, in einer Covid-19-Infektion verwirkliche sich eine **Allgemeingefahr**, so stellt sie sich rechtlich auf den Standpunkt, die ausgeübte Tätigkeit sei nicht ursächlich für die Infektion. Dem

dürfte in der Sache die sogenannte „**Theorie der wesentlichen Bedingung**“ des Bundessozialgerichts zugrunde liegen. Nach dieser Theorie gilt:

Die Haftung bei Arbeitsunfällen wird durch eine **wertende Prüfung des Ursachenzusammenhangs** zwischen Tätigkeit und Schaden begrenzt. Ein Schaden steht danach insbesondere dann nicht im Zusammenhang mit einer Tätigkeit, wenn sich in ihm eine „**allgemeine Gefahr**“ verwirklicht, die alle Menschen im Umkreis der Tätigkeit gleichermaßen trifft. Beispiele dafür sind etwa kriegerische Ereignisse oder Naturkatastrophen, die lediglich zufällig zeitgleich mit der Arbeitsleistung stattfinden, aber zu ihr in keinem Zusammenhang stehen. **Voraussetzung** dafür, dass der Ursachenzusammenhang entfällt, ist aber, dass der Schaden auch unabhängig von der Arbeitsleistung eingetreten wäre, bzw. dass durch die Arbeit zumindest **keine Risikoerhöhung** eingetreten ist. So würde etwa die Unfallversicherung im Fall einer Verletzung bei einer Evakuierung wegen einer drohenden Sturmflut nicht deshalb haften, weil sich ein Arbeitnehmer im Evakuierungszeitpunkt zufällig auf der Arbeit befand, er aber zuhause auch evakuiert worden wäre.

In Bezug auf eine Covid-19-Infektion ist eine Ablehnung der Haftung der Unfallversicherung unter Hinweis auf eine bestehende „allgemeine Gefahr“ im Ausgangspunkt nicht unvertretbar. Das Risiko, sich mit Covid-19 zu infizieren, trifft grundsätzlich jeden. Entscheidend ist aber für den **Haftungsausschluss**, dass das **Infektionsrisiko** sich durch die Tätigkeit **nicht erhöht** hat. Davon kann zumindest in zwei Fällen keine Rede sein: einmal, wenn gerade durch die Tätigkeit **Kontakt zu zahlreichen Menschen** eröffnet wurde und es dabei zu einer Infektion kam und außerdem, wenn gegen **Vorschriften des Arbeitsschutzes** zur Vermeidung von Infektionen verstoßen wurde.

Im ersten Fall haftet die Unfallversicherung, weil sich mit der Infektion ein **tätigkeitsspezifisches Risiko** realisiert hat, für das die Unfallversicherungen einzustehen haben. Würde man das anders sehen, weil eine Ansteckung auch im privaten Bereich hätte erfolgen können, wäre die Haftung der Unfallversicherung beinahe immer ausgeschlossen, weil fast jeder Unfall, der sich auf der Arbeit ereignet, auch im Privaten hätte passieren können.

Im zweiten Fall, also, wenn gegen **Arbeits(infektions-)schutzvorschriften** verstoßen wird und dadurch ein Schaden entsteht, begründet das zunächst grundsätzlich eine **Haftung** des **Arbeitgebers** gegenüber dem Arbeitnehmer (s. o. 1.). In diesem Fall haftet die Unfallversicherung unabhängig davon, ob die Schutzvorschriften vor einer Allgemeingefahr oder einer spezifischen Gefahr schützen sollten, weil der Gesetzgeber das **Haftungsrisiko** für **Verstöße** durch den Erlass der Schutzvorschriften dem **Arbeitgeber zugewiesen** hat. Das Haftungsrisiko der Arbeitgeber wiederum wurde – wie allgemein bekannt – vor langer Zeit durch Gründung der **Unfallversicherungen** auf eben diese **verlagert**, folglich haften die Unfallversicherungen bei einem Verstoß eines Arbeitgebers gegen Corona-Schutzvorschriften.

Es bleibt abzuwarten, ob die Unfallversicherungen sich bei ersten Haftungsfällen dieser Auffassung nicht doch anschließen werden. Sollte es dazu nicht kommen, könnte das am Ende zu einer Haftung des Arbeitgebers selbst führen.

3. Folgen der Ablehnung eines Versicherungsfalls durch die Unfallversicherung

Lehnt die Unfallversicherung ihre Haftung für eine Covid-19-Infektion ab, hat das zunächst zur Folge, dass der Haftungsausschluss nach **§ 104 Abs. 1 Satz 1 SGB VII** für den Arbeitgeber **nicht greift**. Ein Arbeitnehmer könnte dann seinen Arbeitgeber in Anspruch nehmen, gegen den in vielen Fällen (s.o. 1.) Ansprüche bestehen dürften. Für den **Arbeitgeber** bliebe dann nur die Möglichkeit, selbst bei der Unfallversicherung oder notfalls vor den Sozialgerichten eine **Anerkennung der Haftung** der Unfallversicherung zu **erstreiten**, was ihm nach **§ 109 S. 1 SGB VII** möglich ist. Scheitert der Arbeitgeber mit diesem Unterfangen, haftet er selbst.

4. Fazit

Sollte die DGUV bei ihrem Standpunkt bleiben, dass Covid-19-Infektionen als „Allgemeingefahren“ nicht unfallversichert sind, könnte das zu einer **Haftung der Arbeitgeber** führen. Es ist aber **nicht allzu wahrscheinlich**, dass die DGUV sich mit ihrer Auffassung vor den Sozialgerichten durchsetzen kann. Müsste ein betroffener Arbeitgeber allerdings erst vor die Sozialgerichte

ziehen, um eine Übernahme von Schäden durch die Unfallversicherung herbeizuführen, würde das zumindest **unangenehmen Prozessaufwand** mit sich bringen. Positiv betrachtet liegt darin eine weitere Motivation, die **Corona-Vorschriften akribisch einzuhalten**, um schwierige Haftungsfälle möglichst zu vermeiden. Wünschenswert wäre aber eine differenziertere Stellungnahme der DGUV, durch die juristische Auseinandersetzungen vermieden werden könnten.



Neues aus der Rechtsprechung

Geld verdienen im Schlaf? Reise- und der Wegezeiten als Arbeitszeit im vergütungs- und arbeitszeitrechtlichen Sinne

Einige jüngere Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAG, Urteil vom 17.10.2018, Az. 5 AZR 553/17; BAG, Urteil vom 18.03.2020, Az. 5 AZR 36/19) haben die Frage, inwieweit Reisezeiten des Arbeitnehmers Arbeitszeit sind, neu beantwortet. Diese Antworten sind deutlich eindeutiger als in der Vergangenheit, bedeuten für den Arbeitgeber jedoch auch, dass das BAG leichter als in der Vergangenheit vom Vorliegen von Arbeitszeit ausgeht.

Bei der Frage, ob Arbeitszeit vorliegt, sind hierbei zwei unterschiedliche Themenbereiche zu unterscheiden: Zum einen gibt es die Arbeitszeit des Arbeitszeitgesetzes. Betriebliche Auswirkungen kann diese Frage insbesondere im Zusammenhang mit der Höchstarbeitszeit bzw. mit der Einhaltung von Ruhezeiten

haben: Wenn bei Monteuren auf einer Baustelle die An- und Abfahrt mit jeweils 2 Stunden als Arbeitszeit zu qualifizieren ist, verbleibt bei einer Höchstarbeitszeit von 10 Stunden täglich eine Nettoarbeitszeit von lediglich 6 Stunden. Und ein Arbeitnehmer, der um 22:00 Uhr am Vortag am Einsatzort eintrifft, darf bei der erforderlichen elfstündigen Ruhezeit frühestens um 9:00 Uhr morgens die Arbeit aufnehmen.

Eine andere Frage ist es, ob solche Reisezeiten auch vergütet werden müssen: Hier sind differenzierende Lösungen möglich; mit den Grenzen befasst sich die noch darzustellende neuere Entscheidung des BAG vom 18.03.2020.

1. Grundsatzfrage: Was ist Arbeitszeit?

Der Begriff der Arbeitszeit wird im Arbeitszeitgesetz selbst nicht näher definiert; er erfährt jedoch eine europarechtliche Konkretisierung durch Art. 2 Nr. 1 der Richtlinie 2003/88, die durch das Arbeitszeitgesetz in das nationale Gesetz umgesetzt wird. Danach ist unter Arbeitszeit jede Zeitspanne zu verstehen, während derer ein Arbeitnehmer gemäß der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten arbeitet, dem Arbeitgeber zur Verfügung steht und seine Tätigkeit ausübt oder Aufgaben wahrnimmt.

In vergütungsrechtlicher Hinsicht entnimmt das BAG § 611 Abs. 1 BGB die Wertung, dass Arbeitszeit „jede vom Arbeitgeber im Synallagma verlangte Tätigkeit oder Maßnahme ist, die mit der eigentlichen Tätigkeit oder der Art und Weise ihrer Erbringung unmittelbar zusammenhängt.“

Beide Definitionen führen dazu, dass mittlerweile deutlich mehr Tätigkeiten zur Arbeitszeit gezählt werden, als dies dem traditionellen Verständnis entsprach. So hat das Bundesarbeitsgericht seine Rechtsprechung, Umkleidezeiten seien keine Arbeitszeiten, revidiert; der EuGH und ihm folgend das BAG haben entschieden, dass auch Bereitschaftsdienst als solcher Arbeitszeit ist.

2. Wege- und Reisezeiten

Die Ausweitung des Verständnisses dessen, was Arbeitszeit ist, führt auch dazu, dass Dienstreisen nunmehr grundsätzlich als Arbeitszeit betrachtet werden. Das Bundesarbeitsgericht hat dies, in

vergütungsrechtlicher Hinsicht, im Urteil vom 17.10.2018 für längere Flugreisen an auswärtige Einsatzorte klargestellt. Es ist ohne Belang, dass der Arbeitnehmer an Bord des Flugzeuges in der Nutzung seiner Zeit frei sei und beispielsweise lesen oder schlafen kann.

Inwieweit diese Rechtsprechung auch auf die arbeitszeitrechtliche Rechtslage übertragbar ist, ist durch die Gerichte nicht abschließend geklärt. Nach den letzten, allerdings älteren Urteilen in der Sache meint das Gericht, es liege keine Arbeitszeit vor, wenn der Arbeitnehmer während der Beförderung in einem Verkehrsmittel nicht arbeitet oder nicht in sonstiger Weise, etwa indem er den Kraftwagen selbst fährt, beansprucht wird. Ob sich diese Rechtsprechung im Hinblick auf die geänderte neue Linie des BAG zur Arbeitszeit in vergütungsrechtlicher Hinsicht weiterhin durchhalten lässt, ist zweifelhaft. Zur Frage des Bereitschaftsdienstes hatte das BAG gerade darauf abgestellt, dass der Arbeitnehmer aufgrund der für den Bereitschaftsdienst typischen Verpflichtung, sich im Betrieb aufzuhalten, in der Nutzung seiner Zeit nicht vollkommen frei ist - eine solche Freiheit besteht bei der Verpflichtung, sich in einem Verkehrsmittel aufzuhalten, ebenfalls nicht. Es spricht daher viel dafür, dass die Arbeitgeber sich darauf einstellen müssen, dass Dienstreisen auch in arbeitszeitrechtlicher Hinsicht als Arbeitszeit zu werten sind.

Insoweit gilt jedoch eine wichtige Einschränkung: Dienstreisen sind nur insoweit Arbeitszeit, als sie vom Arbeitgeber angeordnet wurde oder erforderlich sind: Wenn ein Mitarbeiter sich entschließt, trotz vom Arbeitgeber angebotener Übernachtungsmöglichkeit am Einsatzort täglich nach Hause zu fahren und längere Reisezeiten in Kauf zu nehmen, liegt diese Erforderlichkeit nicht mehr vor, sodass keine Arbeitszeit gegeben ist.

Eindeutig keine Arbeitszeit – weder in vergütungsrechtlichen Wochenarbeitszeit rechtlicher Hinsicht – ist der Weg zur Arbeitsstelle: Diese Wegezeiten sind notwendige Aufwendungen des Arbeitnehmers im eigenen Interesse, um die Arbeitsleistung, wie geschuldet, am Betriebssitz erbringen zu können.

Hoch umstritten und bislang nicht geklärt ist die Situation, wenn der Arbeitnehmer sich direkt von seinem Wohnort an einen auswärtigen Einsatzort begibt und nicht erst zum Betrieb fährt, um von dort aus den Einsatzort aufzusuchen: In diesem Falle fallen

Wege- und Reisezeiten zusammen. Einigkeit besteht hier, dass jedenfalls dann reine Reisezeit vorliegt, wenn es keinen festen Betriebssitz, den der Arbeitnehmer regelmäßig aufsucht, gibt, wie dies etwa bei Außendienstmitarbeitern der Fall ist: Für diese sind alle diese Reisezeiten vergütungs- und arbeitszeitrechtliche Arbeitszeit.

In allen anderen Fällen wird davon ausgegangen, dass ebenfalls Reisezeit vorliegt, wobei allerdings kontrovers diskutiert wird, ob der Arbeitnehmer sich gegebenenfalls ersparte Wegezeiten anrechnen lassen muss – dies wurde in vergütungsrechtlichen Hinsicht bislang eher bejaht, in arbeitszeitrechtlicher Hinsicht eher verneint. In der Entscheidung vom 18.03.2020 problematisierte das BAG dieses Thema gar nicht, was darauf hindeuten kann, dass es nicht mehr davon ausgeht, ersparte Wegezeiten könnten auf die Reisezeit angerechnet werden.

3. Vertragliche Regelungen zur Vergütungspflicht

Ohne eine gesonderte Regelung ist eine Dienstreise grundsätzlich vergütungspflichtige Arbeitszeit. Abweichende Regelungen sind in einem Arbeitsvertrag oder in einem Tarifvertrag möglich: Vereinbart werden kann etwa, dass Dienstreisezeiten nur geringer (etwa mit einem niedrigeren Stundenlohn oder einem Pauschalsatz) oder nur zu einem bestimmten Prozentsatz vergütet werden. Dies setzt jedoch stets voraus, dass für die Gesamtarbeitszeit der gesetzliche Mindestlohn nicht unterschritten wird.

Nicht möglich sind Vereinbarungen in Arbeitsverträgen, dass alle anfallenden Reisezeiten pauschal mit der Vergütung abgegolten sind: In diesem Falle ist für den Arbeitnehmer das Ausmaß der auf diese Weise abgegoltenen Arbeitszeit nicht erkennbar, so dass die Regelung intransparent gemäß § 307 BGB und damit unwirksam ist.

Die Möglichkeiten einer Regelung in einer Betriebsvereinbarung werden durch die Entscheidung des BAG vom 18.03.2020 stark eingeschränkt. Im vorliegenden Fall verstieß die abgeschlossene Betriebsvereinbarung, die eine Vergütungspflicht nur für über 20 Minuten hinausgehende Reisezeiten vorsah, gegen den Tarifvertrag und war daher unwirksam. Inwieweit außerhalb des Anwendungsbereichs von Tarifverträgen Regelungen durch Betriebsvereinbarung möglich sind, wurde vom BAG nicht entschieden. Insoweit wird jedoch ebenfalls angezweifelt, dass trotz

der zwingenden Mitbestimmung über Entgelte gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 10 BetrVG, die auch die Vergütung für Reisezeiten erfasst, eine Kürzung der Vergütung für Reisezeiten in einer Betriebsvereinbarung möglich wäre.

4. Fazit

Aufgrund der neueren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts müssen sich Arbeitgeber darauf einstellen, dass Reisezeiten, auch Reisezeiten, die direkt vom Wohnort des Arbeitnehmers zum ersten Kunden erfolgen, in vollem Umfang vergütungspflichtig sind. Insoweit rückt die vom Bundesarbeitsgericht offengelassene Möglichkeit, abweichende Regelungen zur Vergütung zu treffen, insbesondere für Arbeitnehmer mit reiseintensiven Tätigkeiten – etwa Außendienstmitarbeitern oder Monteuren auf externen Baustellen – in den Fokus. Hier sind arbeitsvertragliche Regelungen zur Vergütung der Reisezeiten sinnvoll.

Vertraglich auf diese Weise nicht in den Griff bekommen lassen sich allerdings die arbeitszeitrechtlichen Konsequenzen: Hier droht weiterhin, dass die Nettoarbeitszeit des Arbeitnehmers durch lange Reisezeiten stark eingeschränkt wird.



Neues aus der Rechtsprechung

Entgeltfortzahlung – keine Verlängerung des Sechs-Wochen-Zeitraums bei neuer Erkrankung während bestehender Arbeitsunfähigkeit

Nach dem Grundsatz der „Einheit des Verhinderungsfalls“ haben Arbeitnehmer auch dann nur einmal Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für sechs Wochen, wenn während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine weitere Erkrankung hinzutritt. Das Bundesarbeitsgericht hat in einem Urteil vom 11. Dezember 2019 (Az. 5 AZR 505/18) praxisrelevante Hinweise zur Darlegungs- und Beweislast gegeben für den Fall, dass sich Arbeitgeber und Arbeitnehmer darüber uneins sind, ob die Voraussetzungen für einen erneuten Entgeltfortzahlungsanspruch erfüllt sind. Erfreulicherweise hat der 5. Senat dabei die regelmäßig bestehende Unkenntnis des Arbeitgebers von den Krankheitsursachen bei seinen Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitgebers berücksichtigt.

Die Klägerin war seit dem 7. Februar 2017 infolge eines psychischen Leidens arbeitsunfähig. Die beklagte Arbeitgeberin leistete unter Ausschöpfung des Sechs-Wochen-Zeitraums des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Anschließend bezog die Klägerin auf der Grundlage von „Folgebescheinigungen“ ihrer Hausärzte bis einschließlich zum 18. Mai 2017 Krankengeld, war also weiterhin arbeitsunfähig. Ebenfalls am 18. Mai 2017 stellte die Gynäkologin der Klägerin ihr aufgrund einer am 19. Mai 2017 stattfindenden, seit längerem geplanten Operation eine „Erstbescheinigung“ für den Zeitraum vom 19. Mai 2017 bis zum 16. Juni 2017 sowie anschließend eine Folgebescheinigung bis zum 30. Juni 2017 aus.

Die Arbeitgeberin verweigerte die Entgeltfortzahlung für den Zeitraum ab dem 19. Mai 2017. Es sei davon auszugehen, dass die psychische Erkrankung der Klägerin über den 18. Mai 2017 hinaus Arbeitsunfähigkeit verursacht habe. Wegen des Grundsatzes der „Einheit des Verhinderungsfalls“ bestehe daher kein weiterer Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Das BAG hat der Arbeitgeberin Recht gegeben. Der Entgeltfortzahlungsanspruch sei gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG auf sechs Wochen begrenzt. Dies gelte nach dem **Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls** auch dann, wenn **während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit eine neue Erkrankung** auftritt,

die ebenfalls Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Arbeitnehmer könnten die **Sechs-Wochen-Frist** in solchen Fällen **nur einmal in Anspruch nehmen**. Ein **neuer Entgeltfortzahlungsanspruch** entstehe nur dann, wenn die **erste krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit** bereits in dem Zeitpunkt **beendet** war, in dem die neue Erkrankung zu einer erneuten Arbeitsunfähigkeit führt. Dies sei anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer zwischen zwei Erkrankungen **tatsächlich gearbeitet** habe oder jedenfalls **arbeitsfähig** gewesen sei, wenn auch nur für wenige außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden.

Da die Arbeitgeberin bestritten hatte, dass die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin aufgrund der psychischen Erkrankung vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit wegen des gynäkologischen Leidens beendet war, hätte die Klägerin das Gegenteil darlegen und beweisen müssen. Der **Arbeitnehmer** trage die **Darlegungs- und Beweislast** dafür, dass seine bisherige Erkrankung bei Eintritt der mit der neuen „Erstbescheinigung“ attestierten Arbeitsverhinderung keine Arbeitsunfähigkeit mehr ausgelöst habe. Dies gelte auch dann, wenn sich – wie in dem entschiedenen Fall – an den ausgeschöpften Sechs-Wochen-Zeitraum ein Krankengeldbezug angeschlossen habe. Hierfür könne sich der Arbeitnehmer zunächst auf die **ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen** stützen. Der Arbeitgeber könne deren **Beweiswert** jedoch durch das **Vortragen von Indizien für eine Überschneidung** der Erkrankungen **erschüttern**. Der Arbeitnehmer müsse dann für den Zeitpunkt der Beendigung der Arbeitsunfähigkeit wegen der „ersten“ Erkrankung vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit den **vollen Beweis** erbringen. Als Beweismittel hierfür stehe das **Zeugnis des behandelnden Arztes** zur Verfügung.

Die **Anforderungen an die vom Arbeitgeber vorzutragenden Indizien** für das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls hält das BAG erfreulicherweise **gering**, um – so die Richter – der regelmäßig bestehenden **Unkenntnis des Arbeitgebers von den Krankheitsursachen** Rechnung zu tragen. Ein hinreichend gewichtiges Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls bestehe regelmäßig dann, wenn sich an einen ersten Arbeitsunfähigkeitszeitraum in engem zeitlichen Zusammenhang eine dem Arbeitnehmer im Wege der „Erstbescheinigung“ attestierte weitere Arbeitsunfähigkeit dergestalt anschliesse, dass die **Arbeitsunfähigkeitszeiten entweder unmittelbar zeitlich aufeinanderfolgten oder zwischen ihnen**

lediglich ein für den erkrankten Arbeitnehmer arbeitsfreier Tag oder ein arbeitsfreies Wochenende liege.

In dem eingangs geschilderten, vom BAG zu entscheidenden Fall war der Klägerin wegen ihrer psychischen Erkrankung Arbeitsunfähigkeit bis voraussichtlich zum 18. Mai 2017 bescheinigt worden. Daran schloss sich die erneute, noch am selben Tag ausgestellte Krankschreibung („Erstbescheinigung“) ab dem 19. Mai 2017 durch die Gynäkologin unmittelbar an. Dies reichte als Indiz für das Vorliegen eines einheitlichen Verhinderungsfalls aus. Der Klägerin gelang es trotz der Vernehmung dreier behandelnder Ärzte nicht, die Beendigung der Arbeitsunfähigkeit wegen ihrer psychischen Erkrankung zu beweisen.

Die Entscheidung des BAG ist zu begrüßen. Sie berücksichtigt die Beweisschwierigkeiten, denen sich Arbeitgeber im Streit um Entgeltfortzahlungsansprüche regelmäßig ausgesetzt sehen, weil sie keine Kenntnis von den Krankheitsursachen der Arbeitnehmer haben und daher zunächst auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der behandelnden Ärzte vertrauen müssen. Die Vorlage einer sog. Erstbescheinigung impliziert zunächst, dass eine neue Erkrankung vorliegt, die einen neuen Entgeltfortzahlungszeitraum auslöst. Dies führt nicht selten dazu, dass sich Arbeitnehmer missbräuchlich unter Behauptung unterschiedlichster Krankheitsursachen mehrere Sechs-Wochen-Zeiträume hintereinander ununterbrochen „krank schreiben“ lassen. Die Darlegungserleichterungen des BAG helfen Arbeitgebern dabei, derartige Missbrauchsfälle aufzuklären. Wie ein möglicher Arbeitsgerichtsprozess ausgeht, hängt allerdings letztlich von den Aussagen der behandelnden Ärzte ab.



Neues aus der Rechtsprechung

Krankschreibung per Videosprechstunde – angestrebte Änderung der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie

Gemäß einer Pressemitteilung vom 16. Juli 2020 beabsichtigt der Gemeinsame Bundesausschluss (GBA) die grundsätzliche Möglichkeit der Krankschreibung per Videosprechstunde in die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie aufzunehmen. Die Änderungen sollen dauerhaft – nicht etwa nur während der Dauer der Corona-Pandemie – Wirkung entfalten. Der Beschluss des GBA liegt nun dem Bundesgesundheitsministerium vor. Sollte dessen Prüfung mit einer Nichtbeanstandung enden, wird der entsprechende Beschluss im Bundesanzeiger veröffentlicht und am Folgetag in Kraft treten.

In der AU-Richtlinie, die auf § 92 SGB V basiert, finden sich die Regeln für die Feststellung und Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit von Versicherten durch Vertragsärztinnen und Vertragsärzte. Erforderlich für die Ausstellung einer entsprechenden Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist insofern stets eine ärztliche Untersuchung. Die sogenannte Krankschreibung per Telefon, welche während der Corona-Pandemie bis zum 31.05.2020 möglich war, stellte hier lediglich einen vorübergehenden Ausnahmetatbestand dar.

Vor dem Grundsatz, dass einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung eine persönliche Untersuchung „vor Ort“ vorangehen muss, soll nun abgewichen werden. Unter verhältnismäßig engen Voraussetzungen – der genaue Wortlaut der Beschlussfassung ist noch nicht bekannt – soll auch eine Videosprechstunde ausreichend sein, um anschließend eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auszustellen.

Wichtigste Voraussetzung ist insofern, dass der betreffende Versicherte der die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausstellenden Arztpraxis bekannt sein muss. Weiterhin muss die entsprechende Erkrankung eine Untersuchung per Videokonferenz zulassen. Schließlich soll es eine Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Falle der Ersterkrankung lediglich für einen Zeitraum von 7 Kalendertagen geben. Die Ausstellung einer darauffolgenden Folgebescheinigung per Videosprechstunde wird ausgeschlossen sein. Folgebescheinigungen per Videountersuchung können nur

dann ausgestellt werden, wenn die Erstuntersuchung „vor Ort“ festgestellt worden war.

Die Einschränkungen grenzen den Anwendungsbereich der Krankschreibung per Videosprechstunde ein. Auch muss – vorausgesetzt die Regelung tritt wie beabsichtigt in Kraft – abgewartet werden, wie „freigiebig“ die Ärzte von der Möglichkeit, per Videochat Untersuchungen durchzuführen, Gebrauch machen und inwieweit es auf dieser Grundlage zur Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kommen wird.

Aus Sicht von Arbeitgebern sollte genau beobachtet werden, in welchem Umfang von diesem neuen Instrument ggf. Gebrauch gemacht wird und wie die Gerichte den Beweiswert entsprechender Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen bewerten.

Wir werden Sie über die weiteren Entwicklungen in diesem Bereich informiert halten.



Loschelder Praxistipp

Können Arbeitnehmer angewiesen werden, die Corona-Warn-App auf dem Diensthandy installieren und nutzen zu müssen?

Bereits knapp 16 Million Deutsche haben die Corona-Warn-App heruntergeladen. Auch wenn das eine beachtliche Zahl ist, dürfte es eine Vielzahl von Arbeitnehmern geben, die die App (noch) nicht verwenden.

Daher stellen sich viele Arbeitgeber die Frage, ob sie die Installation und Nutzung auf Diensthandys einseitig anordnen können. Denn gerade in Unternehmen besteht ein erhebliches Interesse daran, im Fall der Fälle möglichst schnell und sicher die Infektionsketten ermitteln und unterbrechen zu können, um einen größeren Personalausfall oder gar eine Betriebsschließung zu vermeiden.

Das Coronavirus ist zwar noch allgegenwärtig, dennoch hat sich so etwas wie eine „Post-Lockdown-Normalität“ eingefunden. Während die Infektionszahlen in den letzten Wochen und Monaten in Deutschland kontinuierlich gesunken sind und sich die Lage insoweit stabilisiert hat, zeigen jedoch vereinzelte lokale Ausbrüche, wie insbesondere in Rheda-Wiedenbrück bei der Firma Tönnies, dass die Krise längst nicht überstanden ist. Es kann jederzeit zu weiteren Ausbrüchen kommen, wodurch sich die Fallzahlen wieder schnell erhöhen können. Eine zügige und verlässliche Kontaktnachverfolgung ist und bleibt somit ein wichtiges Mittel im Kampf gegen eine zweite Welle. Daher wurde, auch zur Entlastung der Gesundheitsämter, die Corona-Warn-App entwickelt, um statt einer aufwendigen analogen eine schnelle digitale Kontaktnachverfolgung zu ermöglichen.

Viele Arbeitgeber fragen sich nun, ob sie ihre Arbeitnehmer anweisen können, die Corona-Warn-App auf zum Dienstgebrauch zur Verfügung gestellten Handys installieren und benutzen zu müssen. Für die Beantwortung dieser Frage ist es wichtig, zwischen der Installation der App (1.), deren Nutzung im Allgemeinen (2.) sowie in der Freizeit (3.) zu differenzieren:

1. In den meisten Unternehmen gibt es grundsätzliche Regelungen darüber, wie und von wem Apps oder sonstige Software auf Firmengeräten installiert werden darf. Diese Regelungen finden auch auf die Installation der Corona-Warn-App Anwendung. Der Arbeitnehmer hat insoweit kein Mitspracherecht und kein schützenswertes Interesse, solange durch die reine Installation nicht in seine Rechte eingegriffen wird, was bei der Corona-Warn-App der Fall ist; allein durch das Vorhandensein der App auf dem Diensthandy werden noch keine Daten gesammelt. Daher kann der Arbeitgeber sowohl die App automatisch installieren lassen als auch den Arbeitnehmer im Rahmen seines Direktionsrechts anweisen, die Corona-Warn-App selbst zu installieren.

2. Davon getrennt zu betrachten ist die Frage, ob der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auch dazu auffordern darf, die Corona-Warn-App zu nutzen (sprich, die Risikoermittlung zu aktivieren). Hierbei ist grundsätzlich eine Interessenabwägung vorzunehmen. Dem Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung des Arbeitnehmers müsste also ein gewichtigeres Interesse des Arbeitgebers gegenüberstehen. Auch wenn die Nutzung der Corona-Warn-App im Betrieb einen zusätzlichen Beitrag zum Schutz der Arbeitnehmer und zur Verhinderung von (Folge-)Infektionen leisten kann, hat es der Arbeitgeber selbst in der Hand, durch entsprechende organisatorische Maßnahmen bereits das Infektionsrisiko an sich zu minimieren. Im Übrigen entfällt die Kontaktnachverfolgung nicht gänzlich, sondern wird von den Gesundheitsämtern durchgeführt. Schließlich steht einer solcher Nutzungsanordnung entgegen, dass die Datenverarbeitung innerhalb der App freiwillig erfolgen muss, was bei einer einseitigen Weisung durch den Arbeitgeber nicht der Fall wäre. Somit würde es an der datenschutzrechtlichen Erlaubnis fehlen, wodurch eine entsprechende Weisung des Arbeitgebers rechtswidrig wäre.
3. Selbst, wenn man davon ausginge, dass die vorgenannten Erwägungen einer Nutzungsanordnung durch den Arbeitgeber hier nicht entgegenstünden, wäre der tatsächliche Nutzen einer solchen Weisung gering. Der Mehrwert der Corona-Warn-App dürfte vor allem dann zum Tragen kommen, wenn sie auch privat genutzt wird. Jedoch sind Weisungen des Arbeitgebers, die die private Lebensführung und die Freizeitgestaltung des Arbeitnehmers betreffen, grundsätzlich unzulässig; darunter fällt auch die Gestaltung der Arbeitspausen. Der Arbeitgeber kann dem Arbeitnehmer also nicht vorschreiben, außerhalb von Arbeitszeiten sein Diensthandy stets bei sich zu führen und die Risikoermittlung aktiviert zu lassen.

Im Ergebnis lautet daher unsere Empfehlung: Teilen Sie Ihren Arbeitnehmern lediglich mit, dass Sie die Installation der Corona-Warn-App auf dem Diensthandy ausdrücklich gestatten und deren Nutzung auch begrüßen würden, da dies nicht nur den Kollegen und Kolleginnen, sondern auch der Allgemeinheit zugutekommt.

Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm
+49 (0) 221 650 65-129
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock
+49 (0) 221 650 65-233
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer
+49 (0) 221 650 65-263
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.
+49 (0) 221 650 65-263
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh
+49 (0) 221 650 65-129
stefan.freh@loschelder.de



Dr. Jonas Singraven
+49 (0) 221 650 65-129
jonas.singraven@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.
+49 (0) 221 65065-263
farzan.daneshian@loschelder.de



Dr. Malte Göbel
+49 (0) 221 650 65-129
malte.goebel@loschelder.de

Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de