

Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch
Gründbergstrasse 33
4040 Linz

Gutachterliche Stellungnahme zur Entgeltfortzahlung an Spitalsärzte bei unzumutbarer Infektionsgefahr durch COVID-19

1. Fragestellung

Das 3. COVID-19-G hat in § 735 ASVG und § 258 BKUVG einen Freistellungsanspruch für Dienstnehmer eingeführt, bei denen wegen ihrer Vorerkrankungen ein besonders schwerer Krankheitsverlauf im Falle einer COVID-19-Infektion zu befürchten ist. Diese Regelung gilt allerdings nicht für Dienstnehmer im Bereich der versorgungskritischen Infrastruktur,¹ etwa für Dienstnehmer in Krankenanstalten. Es stellt sich aber die Frage, inwieweit nicht schon nach anderen arbeits- und dienstrechtlichen Vorschriften bei vorerkrankten Mitarbeitern in Krankenanstalten Freistellungs- und Entgeltfortzahlungsansprüche bestehen. Dabei kann sowohl die Situation auftreten, dass der Dienstnehmer überhaupt nicht ohne Gefährdung eingesetzt werden kann, aber auch, dass die Tätigkeit reduziert werden muss (und der Dienstnehmer beispielsweise keine Nachdienste mehr verrichten kann).

¹ Das Gesetz spricht von kritischer Infrastruktur, die Materialien sprechen auch von versorgungskritischer Infrastruktur (dazu noch unten), wobei sichtlich das Gleiche gemeint ist.

2. Gang der Untersuchung

Zunächst soll die Rechtslage für den Fall untersucht werden, dass ein angestellter Arzt bedingt durch seine Vorerkrankung gar keine Dienste in der Krankenanstalt leisten könnte, seine Arbeitsleistung also vollständig ausfällt (3.). Anschließend wird auf die Frage eingegangen, ob eine notwendige Reduktion der Tätigkeit, etwa der Wegfall von Nachtdiensten als Fall der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall zu qualifizieren ist (4.). Subsidiär soll untersucht werden, ob auch § 8 Abs 3 AngG greifen könnte (7.). Davor wird noch auf das nur zeitlich befristet geltende Sonderrecht nach dem 3. COVID-19-G und seine Wertungen eingegangen, welches zwar auf die Tätigkeit der Gesundheitsberufe in Krankenanstalten nicht anzuwenden ist, dessen Wertungen aber durchaus von Interesse sind (5.).

3. Vorerkrankung und Infektionsgefahr

An sich wird eine krankheitsbedingte Dienstverhinderung angenommen, wenn und solange der Arbeitnehmer außer Stande ist oder nur mit der Gefahr der Verschlechterung seines Gesundheitszustandes fähig ist, seiner Arbeit nachzugehen. Dies gilt auch, wenn die Weiterarbeit im Interesse einer schnelleren bzw besseren Genesung ausgeschlossen oder unzumutbar ist.² Daher schreibt *M. Binder* (dem die einhellige hA gefolgt ist) bereits 1980:³ „Es genügt auch, dass die Verschlimmerung des Gesundheitszustandes droht, dh, dass die vorliegende Regelwidrigkeit bei Fortsetzung der bisherigen Tätigkeit in absehbar naher Zeit zur Beeinträchtigung oder gar Aufhebung des Leistungsvermögens des Versicherten führt. Entscheidend ist somit, ob der Versicherte durch die Krankheit oder die mit ihr verbundenen Folgen an der Verwertung seiner Arbeitskraft in der letzttausgeübten Erwerbstätigkeit nach objektiv-ärztlicher Sicht gehindert ist.“ Daher wird eine Dienstverhinderung auch dann angenommen, wenn auf ärztliche Anordnung als vorbeugende Maßnahme zur

² Ganz hA zurückgehend auf *M. Binder*, Das Zusammenspiel arbeits- und sozialrechtlicher Leistungsansprüche (1980) 181 ff; umfangreiche Nachweise bei *Drs in Neumayr/Reissner* (Hrsg), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht³ (2018) § 8 AngG Rz 33.

³ AaO 182.

Verhütung einer künftigen Dienstverhinderung die Arbeitsleistung unterbrochen wird.⁴

Was bedeutet nun dieser unstrittige Befund der Rechtsordnung im Fall einer Infektionsgefahr mit dem Erreger COVID-19: Ist ein Tätigwerden eines angestellten Arztes für die Dauer der COVID-19-Pandemie in einer Krankenanstalt aus medizinischer Hinsicht wegen der möglichen Ansteckungsgefahr unzumutbar, liegt ein Fall der Krankheit iSd § 8 Abs 1 AngG und auch krankensicherungsrechtlich ein Fall der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit vor. Zu Recht führt folgerichtig *Drs* aus, dass von einer Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung ausgegangen werden kann, wenn der Arbeitnehmer wegen seiner Vorerkrankungen einer besonderen Gefahr ausgesetzt ist, dass eine Infektion mit dem Erreger COVID-19 bei ihm einen besonders schlimmen Verlauf nehmen könnte und die Wahrscheinlichkeit zu sterben als hoch einzustufen ist.⁵

Unbestritten ist auch das Ausmaß der Entgeltfortzahlung: Der Entgeltfortzahlungsanspruch umfasst auch die vor Eintritt des Krankheitsfalls regelmäßig geleisteten Überstunden, insofern geht das AngG nach hA vom sogenannten Bezugsprinzip aus und stellt auf das Entgelt vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit ab.⁶

Auch im Vertragsbedienstetenrecht kommt es zur Entgeltfortzahlung, bei der allerdings das Monatsentgelt die Bezugsgröße bildet (§ 24 Abs 1 VBG 1948) und nicht wie im allgemeinen Arbeitsrechts das Ausfallsprinzip bzw das Bezugsprinzip, sodass etwa regelmäßig geleistete Überstunden nicht von der Entgeltfortzahlung miterfasst wären.⁷

⁴ *Drs* in ZellKomm³ § 8 AngG Rz 33 unter Hinweis auf die frühere Bearbeitung des Krankenversicherungskapitels durch *M. Binder* in *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (ab 1980) 2.2.2.3.; *Krejci* in *Rummel* (Hrsg), ABGB. Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch³ (2000) § 1154b Rz 22; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg* (Hrsg), Angestelltengesetz¹⁰ (2016) § 8 Rz 83; vgl auch *Burger* in *Reissner* (Hrsg), AngG. Angestelltengesetz Kommentar³ (2019) § 8 Rz 20.

⁵ *Drs*, Arbeitnehmerseitige Dienstverhinderung, in *Resch* (Hrsg), Corona-Handbuch (2020) Kapitel 5 Rz 17.

⁶ Statt vieler vgl etwa zuletzt *Drs* in *Resch*, Corona-Handbuch, Kapitel 5 Rz 7; *Melzer-Azodanloo* in *Löschnigg*, AngG¹⁰ § 8 Rz 113.

⁷ Vgl *Ziehensack*, Vertragsbedienstetengesetz: Praxiskommentar, 28. Lfg Mai 2018, § 24 Rz 29. Vgl etwa auch § 29 Abs 1 Oö L-VBG.

4. Entfall einzelner Nachtdiensttage im Monat

Vorstellbar ist praktisch, dass die ärztliche Tätigkeit wegen einer Vorerkrankung reduziert werden muss, etwa weil im Tagdienst eine Leistungserbringung ohne Patientenkontakt möglich ist, im Nachtdienst aber nicht, und es dadurch zum Entfall von Überstunden, bzw Nachtdienstzulagen kommt. Wir haben damit ein zeitliches Splitting der ärztlichen Tätigkeit in eine medizinisch zumutbare (und daher nicht ausfallende) und eine medizinisch nicht zumutbare (und daher krankheitsbedingt ausfallende) Tätigkeit.

Auch dieses Thema wird im Schrifttum behandelt und einer klaren Lösung zugeführt: Zwar gibt es nach hA keinen Teilkrankenstand. Allerdings könnte von Teilarbeitsfähigkeit in einem technischen Sinne bei jenen Arbeitnehmern die Rede sein, die mehrere voreinander abgrenzbare Tätigkeiten schulden, wo sie die Krankheit nur an der Verrichtung einer der geschuldeten Dienstleistungen hindert und durch das Ausüben der anderen Tätigkeit keine negative Beeinflussung des Gesundheitszustandes bzw des Heilungsverlaufes erfolgt. Diese Arbeitnehmer haben die ihnen mögliche Tätigkeit im bisherigen zeitlichen Umfang auszuüben, während sie für den Rest der Zeit einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben.⁸

Dieses Ergebnis wird mE auch von folgender Überlegung gestützt: Es kann wohl – bereits bezogen auf den konkreten Fall – im Hinblick auf die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall keinen Unterschied machen, ob der Arzt die Nachtdienste auf Basis eines gesonderten Arbeitsvertrags leistet oder als Überstundenleistung zum laufenden Dienst im Rahmen der Normalarbeitszeit.

Damit kommt es für die ausfallenden Nachtdiensttage zur Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, wobei aber mit *Drs* festzuhalten ist, dass es sich in Bezug auf diese ausfallenden Nachtdienste um einen einheitlichen Fall der Dienstverhinderung handelt: Das hat zur Folge, dass nicht mit jeder neuerlichen

⁸ *Melzer-Azondanloo* in *Löschnigg*, AngG¹⁰ § 8 Rz 84; vgl auch *Drs* in *ZellKomm*³ § 8 AngG Rz 43, aber auch Rz 42; dezidiert abweichend nur *Burger* in *Reissner*, AngG³ § 8 Rz 22, der zu einem „alles oder nichts“-System tendiert.

Dienstverhinderung (also jedem Nachtdiensttag) die Entgeltfortzahlungsansprüche neu zu laufen beginnen, sodass erst nach gänzlichem Wegfall der teilweisen Dienstverhinderung eine neuerliche Verhinderung eintreten kann, die dann einen neuen Entgeltfortzahlungsanspruch auslöst.⁹

Kann daher ein angestellter Spitalsarzt sehr wohl den Tagdienst leisten, fallen aber regelmäßig geleistete Nachtdienste aus, weil es ihm medizinisch unzumutbar ist, sich der Infektionsgefahr mit dem COVID-19-Erreger auszusetzen, gebührt für diese Tage Lohnfortzahlung im Krankheitsfall gem § 8 Abs 1 AngG.

Auf die etwas abweichende Rechtslage im Vertragsbedienstetenrecht (Abstellen auf das Monatsentgelt und nicht auf das Bezugsprinzip wie im AngG) wurde oben bereits hingewiesen.

5. Sonderrecht nach dem 3. COVID-19-G

Erst mit einem Abänderungsantrag¹⁰ wurde der IA¹¹ für das 3. COVID-19-G¹² um zeitlich nur kurz geltende¹³ Regelungen im ASVG (§ 735 ASVG) und B-KUVG (§ 258 B-KUVG) ergänzt: „Nach dem aktuellen Stand des medizinischen Wissens gibt es Vorerkrankungen, die den Verlauf einer COVID-19-Erkrankung erheblich verschlechtern können. Daher sollen Beschäftigte ... mit solchen Vorerkrankungen, die bei der Arbeit einem Infektionsrisiko ausgesetzt sind, einen Anspruch auf bezahlte Freistellung für eine befristete Zeit haben“,¹⁴ der um einen arbeitsrechtlichen Motivkündigungsschutz und (freilich nur im ASVG und nicht im B-KUVG) einen krankenversicherungsrechtlichen Erstattungsanspruch des Dienstgebers ergänzt wird. Anhand der Daten des Krankenversicherungsträgers kann sich der Versicherte ein entsprechendes COVID-19-Risiko-Attest beim behandelnden Arzt ausstellen lassen. „Legt der Betroffene dieses Attest seinem Dienstgeber vor, so hat dieser zu prüfen, ob

⁹ Drs in ZellKomm³ § 8 AngG Rz 43.

¹⁰ AA-26 27. GP der Abgeordneten Wöginger, Maurer und Kolleginnen und Kollegen.

¹¹ IA 402/A 27. GP, abgedruckt im AB 115 BlgNR 27. GP.

¹² BGBl I 2020/23.

¹³ Konstruiert ist dies so, dass eine entsprechende Freistellung samt Erstattungsanspruch nur bis längstens 30.4.2020 dauern kann, wobei aber durch Verordnung eine Verlängerung des Freistellungsanspruchs möglich ist, „längstens jedoch bis zum 31. Dezember 2020“ – vgl § 735 Abs 3 ASVG und § 258 Abs 3 B-KUVG.

¹⁴ AA-26 27. GP.

dem Betroffenen die Erbringung seiner Arbeitsleistung im Homeoffice oder unter adäquaten und ausreichenden Schutzmaßnahmen weiterhin an seinem Arbeitsplatz möglich ist.“¹⁵ Bei diesen Arbeitnehmern stellt sich der Gesetzgeber die Vorkehrungen am Arbeitsplatz wie folgt vor: „Die Erbringung der Arbeitsleistung weiterhin am Arbeitsplatz ist dann möglich, wenn durch geeignete Schutzmaßnahmen das Infektionsrisiko mit größtmöglicher Sicherheit ausgeschlossen ist. Bei der Festlegung dieser Schutzmaßnahmen, die je nach Aufgabenstellung und Arbeitsumgebung ganz unterschiedlich sein können ..., sollte der Arbeitgeber die ihm zur Verfügung stehende arbeitsmedizinische und sicherheitstechnische Expertise der Präventivfachkräfte heranziehen.“¹⁶ Das Gesetz sieht hier als Alternative einen Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung vor.¹⁷

Allerdings soll diese Regelung nicht für Arbeitnehmer gelten, „die in Bereichen der kritischen Infrastruktur beschäftigt sind“:¹⁸ Der Abänderungsantrag führt zu dieser Ausnahme folgendes aus: „Dies kann nicht gelten für Bereiche der versorgungskritischen Infrastruktur, da hier die Gewährleistung der kritischen Infrastruktur ... vorrangig ist. Zur kritischen Infrastruktur zählen jedenfalls ... eine gesicherte Versorgung mit Sozial-, Gesundheits- und Pflegedienstleistungen Für die hier Beschäftigten muss das Infektionsrisiko durch geeignete vom Dienstgeber zu veranlassende Schutzmaßnahmen so weit wie nur möglich gesenkt werden, sodass ein allenfalls verbleibendes Restrisiko so gering ist, dass es sachlich gerechtfertigt ist, dass diesen Beschäftigten im Vergleich zu anderen Bereichen im Ergebnis kein Freistellungsanspruch zukommt.“¹⁹

Was bedeutet nun die Neuregelung für den Bereich der versorgungskritischen Infrastruktur: Die Sonderregelung des ASVG bzw B-KUVG greift als Folge der genannten Ausnahme unstrittig für angestellte Spitalsärzte nicht. Dies ist auf den ersten Blick aus dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes wenig nachvollziehbar und wirft den Verdacht einer möglichen Verfassungswidrigkeit auf.

¹⁵ AA-26 27. GP.

¹⁶ AA-26 27. GP.

¹⁷ § 735 Abs 3 ASVG und § 258 Abs 3 B-KUVG.

¹⁸ § 735 Abs 4 ASVG und § 258 Abs 4 B-KUVG.

¹⁹ AA-26 27. GP.

Ein weitgehend verfassungskonformes Verständnis der Neuregelung ist aber dennoch bei näherer Betrachtung möglich: Sicher ist es dem Gesetzgeber nicht darum gegangen, von den Angehörigen der Gesundheitsberufe ein unzumutbares Sonderopfer in Form eines absehbaren Todes durch die Arbeitsleistung als Folge eines drohenden infektionsbedingten schweren Krankheitsverlaufes abzuverlangen. Die Erbringung einer medizinisch unzumutbaren Arbeitsleistung durch einen Angehörigen eines Gesundheitsberufs wird nicht ernsthaft als Regelungsinhalt der Neuregelung unterstellt werden können. Dem Gesetzgeber schwebt wohl ein Konzept vor Augen, dass bei diesen Beschäftigten eine Arbeitgeberpflicht greift, die Schutzmaßnahmen so intensiv zu halten, dass – so der Abänderungsantrag im Originaltext – „im Vergleich zu anderen Bereichen im Ergebnis kein Freistellungsanspruch“ besteht. Damit ist immerhin klargestellt, dass die Regelung dem Arbeitgeber den Erstattungsanspruch nimmt (was etwa angesichts der ohnehin bestehenden Abgangsdeckung der öffentlichen Hand für die öffentlichen Krankenanstalten in Bezug auf die dortigen Arbeitsplätze immerhin nachvollziehbar ist) und ihn sichtlich auf diese Weise zu Höchstleistungen in Bezug auf die Beistellung von Schutzmaßnahmen verhalten soll. Die Nichtgeltung des § 735 ASVG und des § 258 B-KUVG bedeutet aus Arbeitnehmersicht mE, dass in jenen Fällen, in denen in versorgungskritischen Bereichen trotzdem aus medizinischen Gründen eine Beschäftigung unzumutbar ist (weil entsprechende Schutzvorkehrungen nicht möglich sind) dennoch ein Lohnfortzahlungsanspruch besteht. Ein Ausschluss eines solchen Anspruchs ist im Gesetz freilich ohnehin nicht ausdrücklich geregelt und eine solche Auslegung wäre mE wohl auch glatt verfassungswidrig.

6. Abschließende Bemerkung

Auch wenn nun eine Lösung über § 8 Abs 1 AngG als naheliegend und richtig anzusehen ist, soll kurz ein alternativer Lösungsweg aufgezeigt werden. Würde man diese Lösung in Frage stellen, wäre subsidiär eine Entgeltfortzahlungspflicht auf Basis des § 8 Abs 3 AngG zu überlegen. Eine analoge Regelung besteht mit § 24 Abs 7 VBG 1948 auch im Vertragsbedienstetenrecht, wobei aber auch dort in Bezug auf die Höhe des Entgelts wieder nur auf das Monatsentgelt abgestellt wird und nicht auf das Ausfallsprinzip bzw Bezugsprinzip wie im allgemeinen Arbeitsrecht.

§ 8 Abs 3 AngG regelt Dienstverhinderungen aus sonstigen wichtigen Gründen und ist nach hA als Auffangtatbestand konzipiert, weshalb die Regelung anderen Anspruchsgrundlagen nachgeht.²⁰ Kann man den Ausgangsachverhalt entgegen der hier vertretenen Ansicht nicht als Fall der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall qualifizieren, müsste in Wertungseinheit mit den Vorschriften der Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, aber auch in Wertungseinheit mit den erwähnten Neuregelungen durch das 3. COVID-19-G dennoch ein Entgeltfortzahlungsanspruch bejaht werden: Zweifelsohne liegen nämlich wichtige, die Person des Arbeitnehmers betreffende Gründe vor, wobei dem Arbeitnehmer kein Verschulden an der Dienstverhinderung trifft und die Dienstverhinderung jeweils nur für einen verhältnismäßig kurzen Zeitraum dauert. Die Judikatur hat einen auf § 8 Abs 3 AngG gestützten Entgeltfortzahlungsanspruch bei Tatbeständen bejaht, die durchaus eine thematische Nähe zum Fall der Krankheit aufweisen:²¹ Dies gilt etwa für die Begleitung eines Kindes zum Arzt,²² die Betreuung erkrankter naher Angehöriger²³ oder einen Krankenhausbesuch bei der Mutter mit kritischem Gesundheitszustand vor einer unaufschiebbaren lebensgefährlichen Operation.²⁴ Deutlich wird die Subsidiarität des § 8 Abs 3 AngG auch, wenn bei Arztbesuchen darauf hingewiesen wird, dass diese nur dann unter § 8 Abs 3 AngG fallen, sofern nicht ohnehin ein Fall der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit vorliegt.²⁵ Der Umstand, dass

²⁰ Vgl etwa *Burger in Reissner*, AngG³ § 8 Rz 74.

²¹ Vgl dazu etwa *Melzer-Azodanloo in Löschnigg*, AngG¹⁰ § 8 Rz 208.

²² OGH 23.2.2003, 8 ObA 6/03w infas 2003 A 78.

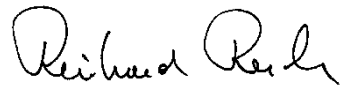
²³ OGH 15.5.1996, 9 ObA 2091/96g DRdA 1997/26, 265 *G. Klein*.

²⁴ OGH 17.7.1987, 9 ObA 17/87 Arb 10.649.

²⁵ Vgl etwa *Holzer in Marhold et al* (Hrsg), AngG (Austauschheft 2013) § 8 Rz 57.

sich keine sachnäheren Präzedenzfälle in der Judikatur finden, hat zweifels-
ohne seinen Grund darin, dass bei richtiger Lösung ohnehin Lohnfortzahlung
gem § 8 Abs 1 AngG anzunehmen ist.

Linz, am 15.4.2020

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Reinhard Resch'. The signature is written in a cursive style with a large initial 'R'.

Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch