

Entschädigungspflichtige Maßnahmen für Chirurgen nach dem IfSG?

von RA Jörg Hohmann, Justiziar des BNC

Durch die Corona-Pandemie sind in den chirurgischen Praxen die Fallzahlen ab März 2020 um bis zu 70% eingebrochen. Auf die damit verbundenen fehlenden Umsätze haben Praxisinhaber auch mit der Anmeldung von Kurzarbeit und Urlaubsregelungen reagiert. Das operative Geschehen kam durch länderspezifische Regelungen zur Aussetzung elektiver Eingriffe und teilweise durch Anordnung von Quarantäne aufgrund von Corona-Verdachtsfällen weitgehend zum Erliegen. Können Chirurgen nun Entschädigungen nach dem IfSG beanspruchen?

Das IfSG ermöglicht Entschädigungsansprüche, die Höhe der Entschädigung entspricht in der Regel 100% des Verdienstaufschlags, Ersatz für geleistete Lohnfortzahlungen an Arbeitnehmer und Erstattung weiterlaufender Betriebsausgaben „in angemessener Höhe“. Das Problem sind die engen Voraussetzungen dieses Gesetzes. Ob Betriebsschließungen aufgrund von Anordnungen durch die Bundesländer auch unter das IfSG fallen, ist strittig.

Was ist der Normzweck des § 56 IfSG?

Nach herrschender Auffassung folgt die Normbilligkeitserwägungen (Stöß/Putzer, NJW 2020, 1465, 1466). Sie verfolgt aus diesem Grund keinen umfänglichen Ausgleich der in Folge staatlicher Maßnahmen durch den einzelnen erlittenen Schaden; damit geht es der Vorschrift eher um sozialpolitische Zwecke. Dieser Standpunkt ist allerdings umstritten, insbesondere mit Blick auf die Schließung zahlreicher Betriebe aufgrund einer Anordnung durch die Bundesämter.

Was sind die wesentlichen Voraussetzungen für einen Anspruch nach § 56 IfSG?

Zusammenfassend muss nachgewiesen werden:

- Vorliegen eines beruflichen Tätigkeitsverbotes oder eine Quarantäne
- Anordnung der Maßnahme durch die zuständige Stelle/Behörde (vgl. § 54 IfSG)
- Eigenschaft als sog. infektionsschutzrechtlicher Störer (Erkrankte, welche i. d. R. Ansprüche nach dem EntgFG besitzen, unterfallen nicht § 56 IfSG); eine Ausdehnung auf die durch die Maßnahme der Bundesländer betroffenen Unternehmen als Nichtstörer ist umstritten (Einzelheiten bei Stöß/Putzer, NJW 2020, 1465)
- Verdienstaufschlag

Stellen die durch die Bundesländer angeordneten Verbote, bestimmte Betriebe zu öffnen, entschädigungspflichtige Maßnahmen nach dem IfSG dar?

§ 56 IfSG scheidet nach einer Auffassung als Rechtsgrundlage aus. Begründet wird dies unter anderem damit, dass Tätigkeitsverbote im Sinne des § 56 IfSG letztlich immer gegen eine (bestimmte) Privatperson richten müsse (Stöß/Putzer, NJW 2020, 1465; Ertle, IfSG 7. Auflage 2020, § 56 Rn. 1; Reschke DÖV 2020, 423, 425; andere Auffassung z. B. Antweiler NVwZ 2020, 584, 588 f.). Teilweise wird darauf verwiesen, dass Voraussetzung für eine Entschädigung immer die Eigenschaft als infektionsrechtlicher Störer sei, sodass nach § 28 Abs. 1 IfSG betroffene Nichtstörer nicht § 56 IfSG unterfallen.

In Betracht kommt hier aber die Frage der analogen Anwendung. Diese Frage muss letztlich höchstrichterlich geklärt werden. Insbesondere ist fraglich, ob nicht eine analoge Anwendung von § 56 IfSG nicht sogar verfassungsrechtlich geboten ist.

Worauf stützen sich die durch die Bundesländer im Zusammenhang mit den IfSG erlassenen Grundrechts-einschränkenden Maßnahmen?

In erster Linie stützen sich die Maßnahmen auf § 28 IfSG (i. V. m. einer sog. Allgemeinverfügung) sowie auf § 32 IfSG (Möglichkeit des Erlasses einer sog. Rechtsverordnung).

Wie ist das Verhältnis von § 56 IfSG zu § 616 BGB?

Das Verhältnis zwischen dem Infektionsschutzgesetz und § 616 BGB (Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung bei persönlicher Verhinderung) ist nicht vollständig geklärt. Es könnte sein, dass die Behörden zum Teil für die Zeit einer Quarantäne, die unter das IfSG fällt, aber auch für die Fälle des neuen § 56 Abs. 1 a IfSG (Kita und Schule fallen aus) den Arbeitgeber der betroffenen Arbeitnehmer – zumindest teilweise – für alleinverantwortlich halten. Dass jedenfalls dann, wenn der Arbeitgeber Ansprüche des Arbeitnehmers nach § 616 BGB nicht wirksam ausgeschlossen hat, vor allem durch entsprechende Festlegungen im Arbeitsvertrag (Arbeitsvertrag prüfen bzw. anpassen!).

Nach anderer Auffassung erfüllt der Arbeitgeber während der ersten sechs Wochen der Quarantäne letztlich nur eine Pflicht der Behörde, sodass es dann auf 616 BGB im Ergebnis nicht ankommt.

Für die Auffassung der Behörden scheint eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1978 zu sprechen. Damals hat der BGH zu der Vorgängervorschrift von § 56 IfSG (dem damaligen § 49 Bundesseuchengesetz) abschlägig entschieden (BGH v. 30.11.1978 – III ZR 43/77 in NJW 1979, 422 = DB 1979, 1367). In dem Urteil heißt es:

„Steht einem Arbeitnehmer, gegen den ein seuchenpolizeiliches Tätigkeitsverbot verhängt worden ist, für den Verbotszeitraum ein Lohnfortzahlungsanspruch nach § 616 Abs. 1 BGB zu, so besteht ein Entschädigungsanspruch nach § 49 Abs. 1 BSeuchG nicht. Daher kann der Arbeitgeber eine Erstattung des fortgezahlten Arbeitslohns nach § 49 Abs. 4 S. 2 BSeuchG nicht beanspruchen.“

Der Standpunkt der Behörden überzeugt indes nicht. Die Entscheidung des BGH liegt immerhin über 40 Jahre zurück und umfasst im Ergebnis maximal ein Zeitraum von 10 Tagen bis zwei Wochen. Das heißt: Würde § 616 BGB tatsächlich maßgeblich sein, hätte der Arbeitgeber höchstens für diesen Zeitraum die Last der Entgeltfortzahlung allein zu tragen. Danach kämen auf jeden Fall Entschädigungsansprüche des Arbeitgebers gegenüber den Behörden in Betracht. Die Literatur spricht sich teilweise für eine Subsidiarität des § 56 Abs. 1 IfSG gegenüber § 616 BGB aus (Stöß/Putzer NJW 2020, 1467 ff.), zugleich wird eine Obergrenze von sechs Wochen gefordert.

Wann muss die Entschädigungszahlung nach § 56 IfSG beantragt werden?

Die Ansprüche müssen spätestens drei Monate nach Ende der Quarantäne beantragt werden. Für Arbeitnehmer, für die im Monat April 2020 Quarantäne angeordnet und zugleich beendet wurde, muss der Antrag demnach spätestens im Juli 2020 gestellt werden.

Gutachten liegt vor

Ob und in welcher Höhe letztlich Entschädigungen erlangt werden können, wird mutmaßlich erst höchstrichterlich geklärt. Entsprechende Ansprüche müssen innerhalb von drei Monaten geltend gemacht werden. Aufgrund der zu erwartenden Rechtstreitigkeiten könnten die eigenen Verfahren dann einvernehmlich mit der betroffenen Behörde oder vor dem Gericht zum Ruhen gebracht werden. Bei der Argumentation können sich Chirurgen auch auf ein Gutachten *„Entschädigung für Vermögensschäden aufgrund Betriebsbeschränkungen/-Schließungen in Folge Maßnahmen nach dem Infektionsschutzgesetz (IfSG), stellvertretend am Beispiel Hessen“*, dass durch Prof. Rommelfanger und Rechtsanwalt Nickel für den Fachärzteeverband Integrative Versorgung- FIV (ehemals LAOH) in Hessen erstellt wurde. Diese Untersuchung hat gezeigt, dass – je nach Fallgestaltung – eine Reihe von Entschädigungsnormen existieren, die Grundlage für einen entsprechenden Entschädigungsanspruch sein können. Teilweise – soweit die Anspruchsgrundlagen aus dem IfSG selbst stammen, sind sie für bestimmte Ansprüche unbestritten (§ 56 IfSG), teilweise hingegen bestritten (§ 65 IfSG). Die sich daraus ergebenden komplexen und komplizierten Rechtsfragen können nur gerichtlich geklärt werden. Nach dem Gutachten

ergeben sich Anspruchsgrundlagen für Entschädigungen wegen (teilweisen) aus dem IfSG abgeleiteten Tätigkeitsverboten, für betroffene ambulante Operateure, anderweitige niedergelassene Fachärzte, überhaupt alle selbständigen Unternehmen als „Sonderopfer“ im Sinne einer gebotenen „ausgleichspflichtigen Sozialbindung“ sowohl aus dem Gesetz selbst als auch aus allgemeinen gesetzlichen Grundlagen wie zum Beispiel einer analogen Anwendung des IfSG aus aufopferungsgleichen beziehungsweise enteignendem Eingriff.

Insoweit erscheint die Erlangung von Entschädigung nicht ausgeschlossen. Deshalb sollten die Ansprüche auch fristwährend (innerhalb von 3 Monaten) bei der zuständigen Behörde (diese kann unter dem Link der KBV https://www.kbv.de/media/sp/PraxisInfo_Coronavirus_Entschaedigung.pdf ersehen werden) geltend gemacht werden, gegebenenfalls nach Zurückweisung des Widerspruchs auch auf dem Klageweg. Soweit Klagen im Hinblick auf Musterverfahren zum Ruhen gebracht werden, kann dies das Kostenrisiko minimieren.

Widerspruchs- und Klageverfahren

Es ist bereits bekannt, dass Entschädigungsansprüche der von den Betriebsschließungen betroffenen Praxen durch die zuständigen Stellen unter Hinweis darauf, dass § 56 IfSG diese Ansprüche nicht erfasse, abgelehnt werden. Teilweise wird bereits bei den Hinweisen zu den Entschädigungsanträgen darauf hingewiesen, dass Entschädigungen vom Geltungsbereich des § 56 IfSG nicht umfasst seien. So führt etwa das Thüringer Landesverwaltungsamt auf seiner Homepage aus:

Anderweitige Entschädigungen – etwa bei Umsatzeinbußen oder Auftragsausfällen – sind nicht Gegenstand einer Entschädigung nach § 56 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz und können daher über das Thüringer Landesverwaltungsamt nicht reguliert werden! Die von Bund, dem Land Thüringen oder Kommunen (Städte und Gemeinden) angeordneten Betriebsschließungen auf der Grundlage von Erlassen oder Allgemeinverfügungen sind regelmäßig keine Quarantäne oder Tätigkeitsverbote i.S.d. Infektionsschutzgesetzes und werden vom Geltungsbereich des § 56 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz grundsätzlich nicht erfasst. Hierzu zählen die Schließung von Gemeinschaftseinrichtungen wie Schulen und Kindertageseinrichtungen, die Absage oder Untersagung von Veranstaltungen aller Art, das Verbot der Durchführung von Märkten, die Anordnung von Betriebsschließungen wie z. B. Fitnessstudios, Bars, Clubs, etc.

Nach dem benannten Gutachten Prof. Rommelfanger / Nickel ergibt sich unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Erwägungen, dass Entschädigungsansprüche entgegen der Einschätzung der ablehnenden Behörden aus § 56 IfSG hergeleitet werden können. Damit wird der Auffassung der Behörden in juristisch sauberer Argumentation widersprochen.

Das Gutachten setzt sich mit aktuellen Beiträgen zur Frage der analogen Anwendung von § 56 IfSG auseinander und berücksichtigt zudem aktuelle gutachterliche Äußerungen zur verfassungsrechtlichen Begründung der gebotenen Entschädigung. Betroffene Praxen können so seiner Forderung Nachdruck verleihen, indem sie ihre Bereitschaft zur qualifizierten und streitigen Auseinandersetzung dokumentieren.

Gegenüber einem etwaigen Rechtsschutzversicherer können mit dem Gutachten die Erfolgsaussichten einer Klage im Rahmen der Kostendeckungsanfrage begründet werden.

Für nicht rechtsschutzversicherte Ärzte besteht ggf. die Aussicht, sich mit weiteren Betroffenen auf eine Kostenbeteiligung an Musterverfahren zu verständigen und sich an etwaigen Vergleichsverhandlungen zu beteiligen.

Sollte die Rechtsschutzversicherung Deckungsschutz gewähren, bleibt beim Arzt / Versicherungsnehmer lediglich die im Einzelfall mit dem Rechtsschutzversicherer vereinbarte Selbstbeteiligung bestehen.

Besteht keine Rechtsschutzversicherung, sollten die Kosten bzw. das wirtschaftliche Risiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung zuvor berechnet werden. Die Höhe der Kosten ist vom Einzelfall abhängig.

Kanzlei für Medizinrecht
Prof. Schlegel Hohmann und Partner
Rechtsanwalt Jörg Hohmann
Paul-Neumann-Platz 5, 22765 Hamburg
Telefon 040- 39 106 97-0
Telefax 040- 39 106 97-10
www.gesundheitsrecht.com

Formulierungshilfe für Muster-Antrag

Praxis Dr.

.....

An das Gesundheitsamt / Behörde xxx

.....

Antrag auf Entschädigung nach §§ 56 ff. IfSG bzw. §§ 56 ff IfSG analog

Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit beantragen wir Entschädigung für unsere Einrichtung in(Adresse). *Es handelt sich um eine Berufsausübungsgemeinschaft von Vertragsärzten.*

Der Entschädigungsanspruch beruht auf *(hier die regionale Verordnung einsetzen, z.B. der Niedersächsischen Verordnung zur Bekämpfung der Corona-Viruskrankheit COVID-19 vom 18.03.2020)*. Laut dieser Verordnung wurde unsere Einrichtung angewiesen, nicht begonnene medizinische Eingriffe und Behandlungen auszusetzen, sofern sie nicht dringend medizinisch notwendig sind. Da wir hierfür keinerlei Entschädigungsansprüche aus anderweitigen Gesetzen erhalten *(hier bitte im Einzelnen prüfen und darlegen)*, werden hier analog § 56 IfSG Entschädigungsansprüche geltend gemacht. Es besteht für unsere Einrichtung und Nichtregelung dieser Sachverhalte im COVID-19-Schutzschirmgesetz eine Regelungslücke,

die eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung mit Krankenhäusern nach sich zieht. Die Regelungslücke ist durch die Entschädigungsvorschriften des IfSG analog zu schließen.

Die Ansprüche werden zunächst fristwährend geltend gemacht. Die bisher angefallenen und geltend gemachten Beträge werden nachgereicht.

Sofern Sie für diesen Sonderfall schon ein „Antragsformular“ zur Verfügung stellen können, wären wir Ihnen dankbar.

Wir sehen einer zeitnahen Bearbeitung unseres Antrages entgegen.

Mit freundlichen Grüßen

.....