

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 1 KR 24/21 R**
LSG Hamburg 25.02.2021 - L 1 KR 46/18
SG Hamburg 22.03.2018 - S 48 KR 2750/16

Rechtsanwalt
Joachim Schaller

09. Dez. 2022

F		
Be	Scal	Mdt hat: Adsc
Kl. 1. Senat	Rücksc. m:	KfA

Rechtsanwalt Joachim Schaller,
Waitzstraße 8, 22607 Hamburg,

Kläger und Revisionskläger,

gegen

Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See,
Pieperstraße 14 - 28, 44789 Bochum,

Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 1. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 18. August 2022 durch den Präsidenten Prof. Dr. Schlegel, den Richter Dr. Scholz und die Richterin Geiger sowie die ehrenamtlichen Richterinnen Rudolph und Hildenhagen für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 25. Februar 2021 wird zurückgewiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I

- 1 Die Beteiligten streiten um die Erstattung von Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung innerhalb der ersten vier Wochen eines Beschäftigungsverhältnisses.
- 2 Der Kläger ist Rechtsanwalt und beschäftigte ab dem 29.7.2014 befristet bis 15.11.2014 einen Arbeitnehmer, der vom 30. bis 31.7.2014 sowie vom 21. bis 29.8.2014 arbeitsunfähig erkrankt war. Der Kläger leistete für beide Zeiträume Entgeltfortzahlung aufgrund des Manteltarifvertrages für Rechtsanwaltsbüros in Hamburg, nach dem abweichend vom Entgeltfortzahlungsgesetz (EntgFG) eine Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung vom ersten Tag an besteht. Die beklagte Krankenkasse (KK) lehnte den Antrag des Klägers auf Erstattung seiner Aufwendungen mit der Begründung ab, dass nach § 1 Abs 1 Nr 1 des Aufwendungsausgleichsgesetzes (AAG) iVm § 3 Abs 3 EntgFG erst nach einer vierwöchigen ununterbrochenen Dauer des Beschäftigungsverhältnisses ein Erstattungsanspruch bestehe (*Bescheide vom 5.2. und 6.3.2015, Widerspruchsbescheid vom 21.11.2016*).
- 3 Bereits die Klage bezog sich nicht mehr auf den Zeitraum vom 23. bis 25.8.2014, da es sich hierbei nicht um Arbeitstage des Arbeitnehmers handelte. Klage und Berufung hatten - abgesehen von einem Teilanerkennnis der Beklagten für den Zeitraum vom 26. bis 29.8.2014 (*Bescheid vom 18.4.2017*) - keinen Erfolg (*Urteile des SG vom 22.3.2018 und des LSG vom 25.2.2021*). Das LSG hat ausgeführt, ein Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach § 1 Abs 1 Nr 1 AAG entstehe erst nach Ablauf der vierwöchigen Wartezeit gemäß § 3 Abs 3 EntgFG. Zwar liefere der Wortlaut von § 1 Abs 1 Nr 1 AAG keinen eindeutigen Hinweis auf die Einbeziehung der Wartezeit als Anspruchsvoraussetzung. Die Einhaltung sei aber ihrerseits Voraussetzung für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung, sodass die Einbeziehung automatisch erfolge. Bei historischer Auslegung stelle die fehlende Bezugnahme ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers dar. Systematisch verzichte der Gesetzgeber selbst innerhalb des EntgFG auf die ausdrückliche Bezugnahme auf § 3 Abs 3 EntgFG. Schließlich sei Sinn und Zweck der Einführung der Wartezeit die Entlastung der Arbeitgeber durch die Bekämpfung des missbräuchlichen Ausnutzens der Entgeltfortzahlung gewesen. Dieses Ziel könne nur erreicht werden, wenn der Schutz für das Ausgleichsverfahren nicht umgangen werden könne. Das entstehende Ungleichgewicht durch die auch in den ersten vier Wochen bestehende Pflicht zur Zahlung der Umlage sei durch den verfolgten Zweck gerechtfertigt.
- 4 Mit seiner Revision rügt der Kläger die Verletzung von § 1 Abs 1 Nr 1 AAG iVm § 3 EntgFG, § 10 AAG, § 2 Abs 2 Halbsatz 2 iVm § 31 SGB I und Art 9 Abs 3 GG. Entscheidend sei, dass § 3 Abs 3 EntgFG nicht in § 1 Abs 1 Nr 1 AAG genannt werde. Die tarifvertragliche Abdingbarkeit der Wartezeit sei dem Gesetzgeber des AAG bekannt gewesen, sodass nicht angenommen werden könne, dass in diesen Fällen ein Ausschluss bestehen solle. § 3 Abs 3 EntgFG sei keine Voraussetzung

für die Entstehung des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung. Nach der Gesetzesbegründung solle gerade kein Eingriff in die Tarifautonomie erfolgen.

- 5 Der Kläger beantragt,
das Urteil des Landessozialgerichts Hamburg vom 25. Februar 2021 aufzuheben und das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 22. März 2018 abzuändern, soweit die Klage abgewiesen wurde sowie die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 5. Februar 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. November 2016 sowie der Änderung des Bescheides vom 6. März 2015 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. November 2016 und der Fassung des Teilabhilfebescheides vom 18. April 2017 zu verurteilen, an ihn weitere 208,80 Euro nebst 4 % Zinsen seit dem 1. September 2015 zu zahlen.
- 6 Die Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.
- 7 Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

II

- 8 Die Revision ist zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet (§ 170 Abs 1 Satz 1 SGG). Das LSG hat die Berufung des Klägers gegen das klageabweisende Urteil des SG zu Recht zurückgewiesen.
- 9 Ein Anspruch des Arbeitgebers auf Aufwendungsersatz nach § 1 Abs 1 Nr 1 AAG besteht auch dann erst nach Ablauf der vierwöchigen Wartezeit nach § 3 Abs 3 EntgFG, wenn der Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung tarifvertraglich eine solche - anders als das EntgFG - nicht voraussetzt. Der Wortlaut regelt dies zwar nicht ausdrücklich, steht einer solchen Auslegung aber auch nicht entgegen (*hierzu 1.*). Auch die Entstehungsgeschichte der maßgebenden Vorschriften zwingt nicht zur vom Kläger vertretenen gegenteiligen Auffassung (*hierzu 2.*). Ausschlaggebend für die Beschränkung des Erstattungsanspruchs auf das nach den gesetzlichen Regelungen des EntgFG fortzuzahlende Arbeitsentgelt sprechen das Regelungssystem von AAG und EntgFG, der in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommende Sinn und Zweck der Vorschriften sowie ihre Auslegung im Lichte von Art 3 Abs 1 GG (*hierzu 3.*). Art 9 Abs 3 GG ist hierdurch nicht berührt (*hierzu 4.*).
- 10 1. Der Wortlaut von § 1 Abs 1 Nr 1 AAG steht der Einbeziehung der vierwöchigen Wartezeit nach § 3 Abs 3 EntgFG nicht entgegen.

- 11 Nach § 1 Abs 1 Nr 1 AAG erstatten die KKn mit Ausnahme der landwirtschaftlichen KKn den Arbeitgebern, die in der Regel (ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten) nicht mehr als 30 Arbeitnehmer beschäftigen, 80 vH des für den in § 3 Abs 1 und 2 und den in § 9 Abs 1 EntgFG bezeichneten Zeitraum an Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen fortgezählten Arbeitsentgelts. Nach § 1 Abs 1 Nr 2 AAG umfasst der Erstattungsanspruch des Weiteren 80 vH der auf die Arbeitsentgelte nach der Nr 1 entfallenden von den Arbeitgebern zu tragenden Beiträge zur Bundesagentur für Arbeit, zur gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung, der Beiträge zu einer berufsständischen Versorgungseinrichtung nach § 172a SGB VI und der Zuschüsse nach § 257 SGB V und § 61 SGB XI.
- 12 Nach dem von § 1 Abs 1 Nr 1 AAG ausdrücklich in Bezug genommenen § 3 Abs 1 EntgFG hat ein Arbeitnehmer, der durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung ohne Verschulden verhindert wird, Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen. Nach § 3 Abs 2 EntgFG gilt als unverschuldete Arbeitsunfähigkeit iS von § 3 Abs 1 EntgFG auch eine Arbeitsverhinderung, die infolge einer nicht rechtswidrigen Sterilisation oder eines nicht rechtswidrigen Abbruchs einer Schwangerschaft eintritt. § 9 Abs 1 EntgFG erstreckt die Anwendung der §§ 3 bis 4a und 6 bis 8 EntgFG auf Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation.
- 13 Der Wortlaut von § 1 Abs 1 Nr 1 AAG nimmt zwar auf die vierwöchige Wartezeit in § 3 Abs 3 AAG nicht ausdrücklich Bezug. Er sieht aber ebenso wenig vor, dass für die Dauer von sechs Wochen fortgezähltes Arbeitsentgelt dem Arbeitgeber unabhängig davon zu erstatten ist, ob die gesetzlich geregelten Voraussetzungen für eine Entgeltfortzahlung nach dem EntgFG auch tatsächlich vorliegen.
- 14 Das Gesetz verweist nicht ausdrücklich auf § 3 Abs 3 EntgFG, macht aber implizit deutlich, dass der Erstattungsanspruch nur bei Vorliegen der im Gesetz geregelten Voraussetzungen besteht. Nach § 2 Abs 2 Satz 1 und Satz 2 Alt 1 AAG ist die Erstattung auf Antrag zu gewähren, sobald der Arbeitgeber Arbeitsentgelt nach § 3 Abs 1 und 2 und § 9 Abs 1 EntgFG gezahlt hat. Nach § 4 Abs 2 Satz 1 Nr 2 AAG hat die KK Erstattungsbeträge vom Arbeitgeber zurückzufordern, wenn dieser Erstattungsbeträge gefordert hat, obwohl er wusste oder wissen musste, dass ein Anspruch nach § 3 Abs 1 und 2 und § 9 Abs 1 EntgFG nicht besteht. § 1 Abs 1 Nr 1 AAG regelt die Voraussetzungen für das Bestehen eines Erstattungsanspruchs nicht abschließend, sondern setzt ihr Vorliegen voraus. Die Vorschrift geht davon aus, dass ein Erstattungsanspruch nur besteht, wenn Arbeitsentgelt aufgrund eines bestehenden Rechtsanspruchs auf Entgeltfortzahlung tatsächlich fortgezahlt wird. Dies lässt nicht den Schluss zu, dass eine individual- oder tarifvertragliche Vereinbarung, die von den gesetzlichen Anspruchsvoraussetzungen abweicht, auch im Rahmen des Erstattungsanspruchs nach § 1 Abs 1 Nr 1 AAG Anwendung findet.

- 15 Zudem ist der Gesetzeswortlaut auch im Übrigen zumindest ungenau. Wie das LSG zutreffend ausführt, bezieht sich der Verweis in § 1 Abs 1 Nr 1 AAG nach seinem Wortlaut auf "den in § 3 Abs 1 und Abs 2 und den in § 9 Abs 1 EntgFG bezeichneten Zeitraum". Der Zeitraum, für den Arbeitsentgelt fortzuzahlen ist, ist jedoch allein in § 3 Abs 1 EntgFG bestimmt; es ist "die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen". § 3 Abs 2 und § 9 Abs 1 EntgFG regeln dagegen nicht den Zeitraum der Entgeltfortzahlung, sondern erstrecken den Erstattungsanspruch insoweit über den eigentlichen Wortlaut hinaus auf andere Fälle als die unverschuldeter Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit.
- 16 2. Die Entstehungsgeschichte von § 1 Abs 1 AAG (*hierzu a*) und § 3 Abs 3 EntgFG (*hierzu b*) sowie der Vorschrift zur Mittelaufbringung im LFZG (*hierzu c*) stützt die Auslegung des Klägers ebenfalls nicht.
- 17 a) § 1 Abs 1 AAG geht zurück auf § 10 Abs 1 des Gesetzes über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle (*Lohnfortzahlungsgesetz - LFZG - vom 27.7.1969, BGBl I 946*), mit dem die Verpflichtung der Arbeitgeber geschaffen wurde, Arbeitern, die durch Krankheit an der Arbeitsleistung verhindert sind, bis zur Dauer von sechs Wochen Arbeitsentgelt fortzuzahlen. Zur finanziellen Entlastung der einbezogenen Arbeitgeber wurde in § 10 LFZG das Ausgleichs- und Umlageverfahren eingeführt. Die §§ 10 bis 19 LFZG wurden dabei überwiegend erst mit Wirkung vom 1.1.2006 bzw vereinzelt mit Wirkung vom 1.10.2005 durch das AAG ersetzt (*Art 1 und 4 des Gesetzes über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen und zur Änderung weiterer Gesetze vom 22.12.2005, BGBl I 3686*).
- 18 Eine Wartezeit war im LFZG noch nicht vorgesehen, § 1 Abs 2 LFZG regelte in seiner Erstfassung lediglich mehrere Ausschlusstatbestände, so unter anderem für befristet für höchstens vier Wochen beschäftigte Arbeiter (*Abs 2 Nr 1*) sowie für geringfügige Arbeitsverhältnisse (*Abs 2 Nr 2*). Der Verweis in § 10 Abs 1 LFZG auf "den in § 1 Abs 1 und 2 und den in § 7 Abs 1 bezeichneten Zeitraum" bezog sich jedoch nie auf die genannten Ausschlusstatbestände, weshalb aus dem Umstand, dass § 1 Abs 1 Nr 1 AAG die Karenzzeit des § 3 Abs 3 EntgFG nicht ausdrücklich in Bezug nimmt, jedenfalls nicht geschlossen werden kann, der Gesetzgeber habe sich insoweit von § 10 Abs 1 LFZG absetzen wollen. Der Verweis in § 10 Abs 1 LFZG wurde erst mit dem Gesetz über ergänzende Maßnahmen zum Fünften Strafrechtsreformgesetz (*Strafrechtsreform-Ergänzungsgesetz - StREG - BGBl I 2289, 2292 vom 28.8.1975*) mit Wirkung zum 1.12.1975 eingeführt, zeitgleich mit § 1 Abs 2 LFZG, der das Bestehen von Entgeltfortzahlungsansprüchen auch in den heute von § 3 Abs 2 EntgFG erfassten Fällen regelte.
- 19 b) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Entstehungsgeschichte des § 3 Abs 3 EntgFG. Eine Wartezeitregelung wurde erstmals durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25.9.1996 (*BGBl I 1476*) mit Wirkung ab dem 1.10.1996 in § 3 Abs 3 EntgFG eingefügt. Ein vorangegangener Reformentwurf (*vgl BT-Drucks 12/5263 Art 1, § 3 und Art 12, § 2 Abs 2 des Entwurfs*) hatte sich wegen Unstimmigkeiten über eine zunächst vorgesehene

Karenztageregelung, wobei bestehende abweichende einzel- und tarifvertragliche Regelungen unwirksam sein sollten, nicht durchsetzen können (*vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung vom 29.9.1993, BT-Drucks 12/5798, S 23*). Das EntgFG trat am 1.6.1994 ohne eine entsprechende Regelung in Kraft (*vgl. zu weiteren Einzelheiten der Entstehungsgeschichte des EntgFG Schmitt in EntgFG, 5. Aufl 2005, Einleitung RdNr 65 ff*).

- 20 Der zum 1.10.1996 in Kraft getretene § 3 Abs 3 EntgFG war Teil eines umfangreichen arbeitsrechtlichen Reformgesetzes, dessen Ziel in erster Linie die Sicherung bestehender und die Schaffung neuer Arbeitsplätze unter anderem durch die "Entlastung der Betriebe von beschäftigungsfeindlich hohen Lohnzusatzkosten" war (*vgl. den Gesetzesentwurf vom 10.5.1996, BT-Drucks 13/4612, zur Vorgeschichte Lorenz, DB 1996, 1973; Preis, NJW 1996, 3369; Bauer/Lingemann, BB Beilage 1996, Nr 17, 8; zum Regelungsziel vgl. auch unten 3. <c> <cc>*). Die Wartezeitregelung geht deutlich weiter als der bis zum 1.6.1994 geregelte bloße Ausschluss befristeter Arbeitsverhältnisse. Zwar führt die Regelung - insoweit parallel zu § 1 Abs 3 Nr 1 LFZG - dazu, dass in befristeten Arbeitsverhältnissen, die von vornherein nicht länger als vier Wochen bestehen, keinerlei Ansprüche auf Entgeltfortzahlung entstehen (*vgl. Dunkl in Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EntgFG, 5. Aufl 2000, § 3 RdNr 126*). Sie schließt aber auch generell bei sämtlichen neu begründeten - befristeten oder unbefristeten - Arbeitsverhältnissen die Entgeltfortzahlung bis zum Ablauf der Wartezeit aus.
- 21 c) Die Vorschriften zur Mittelaufbringung im LFZG weisen darauf hin, dass unter dessen Geltung Zahlungen, die auf abweichenden einzel- oder tarifvertraglichen Regelungen beruhten, keinen Erstattungsanspruch begründen konnten. Nach § 14 Abs 2 Satz 4 LFZG waren von Entgelten der unter § 1 Abs 3 Nr 1 und 2 LFZG fallenden Arbeiter Umlagebeträge nicht zu erheben. Insoweit ging das LFZG davon aus, dass Arbeitgeber in diesen Fällen keine Erstattungen in Anspruch nehmen könnten, weil kurzfristig bzw geringfügig beschäftigte Arbeiter keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hätten. Da auch unter Geltung des LFZG eine einzel- oder kollektivvertragliche Abweichung von dessen Regelungen zugunsten der Anspruchsberechtigten nach § 9 LFZG grundsätzlich zulässig war, spricht dies dafür, dass das Gesetz derartige Abweichungen als nicht berücksichtigungsfähig im Rahmen des Erstattungsanspruchs betrachtete.
- 22 3. Aus der Regelungssystematik des AAG und des EntgFG, ihrer rechtlichen Verknüpfung und dem Charakter des Aufwendungsausgleichs als ein der gesetzlichen Sozialversicherung ähnliches System ergibt sich eine Beschränkung des Erstattungsanspruchs nach § 1 Abs 1 AAG auf den gesetzlichen Entgeltfortzahlungsanspruch. Sie stehen der Einbeziehung von fortgezahlem Entgelt auf einzel- oder tarifvertraglicher Grundlage entgegen.
- 23 a) Systematisch handelt es sich bei § 3 Abs 3 EntgFG um eine gesetzliche Anspruchsvoraussetzung des Entgeltfortzahlungsanspruchs (*vgl. BAG vom 12.12.2001 - 5 AZR 248/00, juris*

RdNr 42; dazu auch Greiner in *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*, Band 1: *Individualarbeitsrecht I*, 5. Aufl 2021, § 80 RdNr 65 f). Die Vorschrift bestimmt, dass der Anspruch eines Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach Abs 1 erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses entsteht. Das LSG geht insoweit zu Recht davon aus, dass nach der gesetzlichen Regelung eine Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall frühestens ab dem ersten Tag der fünften Woche seit Beginn des Arbeitsverhältnisses entsteht.

- 24 b) Nach § 12 EntgFG sind vom EntgFG abweichende nichtgesetzliche Regelungen zulässig, soweit sie von den im EntgFG selbst enthaltenen Öffnungsklauseln (§ 4 Abs 4, § 10 Abs 4 EntgFG) gedeckt oder für den Arbeitnehmer nicht ungünstiger sind. Eine Verkürzung oder Aufhebung der in § 3 Abs 3 EntgFG normierten Wartezeit durch einen Tarif- oder Arbeitsvertrag ist danach möglich.
- 25 c) Die Abdingbarkeit von Vorschriften des EntgFG zugunsten der Arbeitnehmer wirkt sich jedoch nicht auf den Anspruch des Arbeitgebers auf Aufwendungsausgleich nach dem AAG aus. Die Regelungen des AAG enthalten keine Vorschrift, nach der individual- oder tarifvertragliche Abweichungen von den gesetzlichen Voraussetzungen des EntgFG zulässig sind. Aus den Vorgaben des AAG zur Aufbringung der Mittel zur Durchführung des Umlageverfahrens ergibt sich vielmehr, dass unbeschadet der Möglichkeit, in der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer individual- oder tarifvertraglich für den Arbeitnehmer günstigere Vereinbarungen zu treffen, diese innerhalb des Ausgleichs- und Umlageverfahrens nicht zu weitergehenden Ansprüchen des Arbeitgebers führen.
- 26 Die Umlagesätze für die Deckung der Erstattungsaufwendungen bei Krankheit und bei Mutterschaft werden von der zuständigen KK in ihrer Satzung jeweils getrennt in einem Prozentsatz des Entgelts bestimmt (§ 7 Abs 1 und 2, § 9 Abs 1 Nr 1 AAG). Bei der Festsetzung der Umlagesätze ist von den gesetzlich vorgeschriebenen und zugelassenen Ausgaben auszugehen. Dies sind die Ausgaben, für die die Mittel des Ausgleichs der Arbeitgeberaufwendungen nach § 8 Abs 1 Satz 2 AAG verwendet werden dürfen. Demnach sind zu den zulässigen Ausgaben die gesetzlichen oder satzungsmäßigen Erstattungsleistungen (vgl § 8 Abs 2 Satz 2, § 9 Abs 2 Nr 1 AAG), die zur Durchführung des Ausgleichs notwendigen sächlichen und persönlichen Verwaltungskosten (§ 7 Abs 1 Halbsatz 2 AAG) sowie die zur Bildung der Betriebsmittel erforderlichen Aufwendungen (§ 9 Abs 1 Nr 2 AAG) zu rechnen. Abweichungen vom gesetzlich nach § 1 Abs 1 Nr 1 AAG vorgesehenen Erstattungsanspruch sind nur insoweit vorgesehen, als § 9 Abs 2 AAG der zuständigen KK erlaubt, durch Satzungsbestimmung die Höhe der Erstattungsleistungen zu beschränken. Diese Ermächtigung erlaubt keine Leistungsausweitung, durch die Arbeitgeber höhere Erstattungsleistungen erhalten können, sei es durch Erhöhung des Vomhundertsatzes oder in anderer Form (vgl Schmitt/Küfner-Schmitt in *EntgFG AAG*, 8. Aufl 2018, § 9 AAG RdNr 15; Knorr/Krasney in *Entgeltfortzahlung - Krankengeld - Mutterschaftsgeld*, Stand 2018, § 9 AAG RdNr 17).

- 27 aa) Das Ausgleichs- und Umlageverfahren für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gehört zwar nicht zur beitragsfinanzierten Sozialversicherung, ist jedoch wie diese als Pflichtversicherung bestimmter Arbeitgeber ("Kleinbetriebe") ausgestaltet. Der Zwang zur Umlage verletzt nicht die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art 2 Abs 1 GG. Der Eingriff in die unternehmerische Freiheit dient dem Ziel, kleine Betriebe, die das Risiko der Erkrankung nicht hinreichend in eine unternehmerische Kostenrechnung einbeziehen können, vor den schwer kalkulierbaren Risiken der ihnen durch die Regelungen zur Entgeltfortzahlung auferlegten sozialen Verpflichtungen zu schützen und ist insoweit gerechtfertigt (vgl. BVerfG vom 26.4.1978 - 1 BvL 29/76 - BVerfGE 48, 227, S 234 = juris RdNr 28; BSG vom 15.5.1974 - 3 RK 73/73 = SozR 7860 § 10 Nr 1). Die am Ausgleichs- und Umlageverfahren für die Entgeltfortzahlung teilnehmenden Arbeitgeber bilden eine Solidargemeinschaft, sodass auch im AAG (wie früher im LFZG) der Gedanke des sozialen Ausgleichs zum Ausdruck kommt (vgl. BSG vom 18.7.2006 - B 1 A 1/06 R - BSGE 97, 16 = SozR 4-7862 § 9 Nr 1, RdNr 17 mwN). In einem solchen System darf der versicherungsrechtliche Äquivalenzgedanke, nach dem Leistung und Gegenleistung grundsätzlich in einem dem Risiko entsprechenden Verhältnis stehen müssen, nicht unterlaufen werden (vgl. BVerfG vom 26.4.1978 - 1 BvL 29/76 - BVerfGE 48, 227, S 235 f = juris RdNr 32).
- 28 Das Äquivalenzverhältnis wäre aber gestört, läge es in der Hand des Arbeitgebers, mit Wirkung für das Ausgleichsverfahren Ansprüche auf Entgeltfortzahlung zu begründen, die entgegen der Wartefrist in § 3 Abs 3 EntgFG einzel- oder tarifvertraglich auch für die ersten vier Wochen eines Arbeitsverhältnisses gelten. Denn über die gesetzliche Regelung hinausgehende Ansprüche würden nicht nur zugunsten der eigenen Arbeitnehmer auf eigene Kosten, sondern notwendig zugleich zulasten der in einer Solidargemeinschaft zusammengeschlossenen Arbeitgeber begründet. Damit wäre die Risikoverteilung innerhalb der Solidargemeinschaft verschoben. Denn im Regelfall sind nach § 1 Abs 1 AAG 80 vH des im Krankheitsfall fortgezählten Arbeitsentgelts ab dem ersten Tag der fünften Woche seit Beginn des Arbeitsverhältnisses erstattungsfähig. Bei einer Abbedingung der Wartefrist würden hingegen 80 vH des Arbeitsentgelts ab dem ersten Tag der Erkrankung unabhängig von der Dauer des Arbeitsverhältnisses erstattet. Bei unveränderter Bemessungsgrundlage der eigenen Umlage würde das Risiko für die zwangsweise zusammengeschlossene Solidargemeinschaft damit signifikant erhöht.
- 29 bb) An diesem Ergebnis ändert es nichts, dass nach § 7 Abs 2 Satz 2 AGG bei der Berechnung der Umlage grundsätzlich auch Entgelte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu berücksichtigen sind, deren Arbeitsverhältnis die Voraussetzung der ununterbrochenen vierwöchigen Dauer nach § 3 Abs 3 EntgFG noch nicht erfüllt. Von der Berechnung der Umlage ausgenommen sind nach § 7 Abs 2 Satz 2 AGG nur solche Entgelte von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, deren Beschäftigungsverhältnis bei einem Arbeitgeber von vornherein befristet ist und nicht länger als vier Wochen besteht. In diesen Fällen kann wegen der "Art des Beschäftigungsverhältnisses" aufgrund des § 3 Abs 3 EntgFG von vornherein kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im

Krankheitsfall entstehen (vgl. *Schmitt/Küfner-Schmitt in EntgFG AAG*, 8. Aufl 2018, § 7 AAG RdNr 17 ff). Die Tatsache, dass in die Berechnung der Umlage auch die innerhalb der ersten vier Wochen eines Beschäftigungsverhältnisses gezahlten Entgelte einfließen, lässt nicht den Umkehrschluss zu, dass auch das Risiko der Entgeltfortzahlung aufgrund krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers in den ersten vier Wochen versichert wäre. Sie zeigt vielmehr, dass § 7 AAG mit seinen Vorgaben für die Berechnung der Umlage von den gesetzlichen Entgeltfortzahlungsansprüchen ausgeht. Allen in die Umlagepflicht einbezogenen Arbeitgebern werden gleichermaßen Beitragsverpflichtungen für Arbeitsentgelte auferlegt, hinsichtlich derer mangels Erfüllung der Wartezeit gesetzlich noch kein Entgeltfortzahlungsanspruch und folglich auch kein Ausgleichsanspruch bestehen würde, weil das zugrundeliegende Arbeitsverhältnis typisierend "seiner Art nach" geeignet ist, den Versicherungsfall in seinem Verlauf zu begründen. Es entspricht auch gerade dem Wesen einer Wartezeit, dass vor deren Ablauf Beitragspflichten ohne Leistungsansprüche bestehen.

- 30 cc) Schließlich ist auch zu berücksichtigen, dass die Wartezeitregelung in § 3 Abs 3 EntgFG geschaffen wurde, um eine Kostenentlastung der Arbeitgeber zu erreichen. Nach der Gesetzesbegründung soll auch das Prinzip von Leistung und Gegenleistung stärker betont werden. Es erschien dem Gesetzgeber unbillig, dem Arbeitgeber die Kosten der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall aufzubürden, wenn ein gerade erst eingestellter Arbeitnehmer krankheitsbedingt ausfalle (*BT-Drucks 13/4612 S 11*). Mit diesem Regelungsanliegen des Gesetzgebers wäre es nicht mehr vereinbar, wenn gerade Kleinbetriebe, die der Gesetzgeber aufgrund ihrer wirtschaftlichen Situation für derart schutzbedürftig hält, dass er sie in eine zwangsweise Risikoversicherung einbezieht, an Aufwendungen wirtschaftlich beteiligt würden, die nicht auf dem Entgeltfortzahlungsgesetz, sondern auf individual- oder tarifvertraglichen Gestaltungen beruhen (*im Ergebnis ebenso Schmitt/Küfner-Schmitt in EntgFG AAG*, 8. Aufl 2018, § 1 AAG RdNr 23; *Hold in Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge, EntgFG*, 5. Aufl 2000, § 10 LFZG RdNr 33).
- 31 4. Die Koalitionsfreiheit des Klägers nach Art 9 Abs 3 GG und die Tarifaufonomie als Recht der Koalitionen, die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen unabhängig von staatlicher Einflussnahme zu regeln, werden nicht berührt. Die durch das EntgFG eingeräumten tarifvertraglichen Abweichungsmöglichkeiten bleiben erhalten. Sie begründen lediglich keinen weitergehenden Erstattungsanspruch zulasten der Solidargemeinschaft.
- 32 5. Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 193 SGG. Der Kläger zählt im Streit über die Umlagepflicht nach dem AAG zu den kostenprivilegierten Beteiligten (vgl. *BSG vom 26.9.2017 - B 1 KR 31/16 R - BSGE 124, 162 = SozR 4-7862 § 7 Nr 1 = juris RdNr 41; BSG vom 20.12.2005 - B 1 KR 5/05 B - SozR 4-1500 § 183 Nr 3 RdNr 8 f*).

Schlegel

Scholz

Geiger

Beglaubigt

Freitagz
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Bundessozialgerichts

Freitagz

