

AOK-Bundesverband, Bonn  
Bundesverband der Betriebskrankenkassen, Essen  
IKK-Bundesverband, Bergisch Gladbach  
Bundesverband der landwirtschaftlichen Krankenkassen, Kassel  
Bundesknappschaft, Bochum  
See-Krankenkasse, Hamburg  
Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V., Siegburg  
AEV - Arbeiter-Ersatzkassen-Verband e.V., Siegburg

---

25. Juni 1998

## **Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz - EFZG)**

Am 1. Juni 1994 ist das durch Art. 53 des Gesetzes zur sozialen Absicherung des Risikos der Pflegebedürftigkeit - (PflegeVG vom 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014) eingeführte Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz - EFZG) in Kraft getreten. Dadurch wurde die nach Arbeitern, Angestellten und Auszubildenden differenzierte Entgeltfortzahlung (LFZG, BGB, AGB, Gewerbeordnung, BBiG) für alle Arbeitnehmer auf eine einheitliche Grundlage gestellt. Die Regelungen in besonderen Gesetzen (u.a. § 616 Abs. 2 und 3 BGB, § 133 c Gewerbeordnung, § 63 HGB) wurden angepaßt bzw. aufgehoben.

Das EFZG hat weitgehend die Vorschriften des Lohnfortzahlungsgesetzes (LFZG, § 1 - 9) und des Arbeitsgesetzbuches der DDR (AGB) übernommen und das Entgeltfortzahlungsrecht in den neuen und alten Bundesländern vereinheitlicht. Das Feiertagslohnzahlungsgesetz wurde aufgehoben und die Entgeltfortzahlung an Feiertagen im EFZG geregelt. Darüber hinaus wurden u.a. die Regelungen zu Wiederholungserkrankungen sowie die Anzeige- und Meldepflichten bei Arbeitsunfähigkeit für alle Arbeitnehmer vereinheitlicht.

Das am 1. Oktober 1996 in Kraft getretene Arbeitsrechtliche Gesetz zur Förderung von Wachstum und Beschäftigung (Arbeitsrechtliches Beschäftigungsförderungsgesetz vom 25. September 1996, BGBl. I S. 1476) enthält u.a. Regelungen zur Begrenzung der Entgeltfortzahlung:

- Bei Aufnahme einer neuen Beschäftigung wurde für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eine Wartezeit von 4 Wochen eingeführt.
- Die Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wurde auf 80 v.H. des Arbeitsentgelts festgelegt. Um einen Entgeltausfall zu vermeiden, kann der Arbeitnehmer für fünf Krankheitstage die Anrechnung eines Urlaubstages verlangen.
- Krankheitsbedingte Fehlzeiten können bei der Bemessung der Höhe von Sondervergütungen berücksichtigt werden.
- Für je fünf Tage, die ein Arbeitnehmer an einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation teilnimmt, ohne arbeitsunfähig zu sein, kann der Arbeitgeber zwei Tage auf den Erholungsurlaub anrechnen.

# Inhaltsübersicht

## **Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz - EFZG)**

Entgeltfortzahlung für Arbeitnehmer im Krankheitsfall

	Seite
<b>§ 1 - Anwendungsbereich</b>	<b>8</b>
1 Grundsatz	
2 Räumlicher Geltungsbereich	
3 Persönlicher Geltungsbereich/Arbeitnehmer	
<b>§ 3 - Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall</b>	<b>11</b>
1 Grundsatz	
2 Ursache der Arbeitsverhinderung	
2.1 Grundsatz	
2.2 „Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit“	
2.3 Selbstverschuldete Krankheit	
2.3.1 Grundsatz	
2.3.2 Darlegungs- und Beweispflicht	
2.4 Arbeitsunfähigkeit infolge Sterilisation oder Schwangerschaftsabbruch	
2.5 Arbeitsunfähigkeit als Ursache der Arbeitsverhinderung	
2.5.1 Allgemeines	
2.5.2 Bezahlter Urlaub/Bildungsurlaub	
2.5.3 Unbezahlter Urlaub	
2.5.4 Arbeitsbummelei	
2.5.5 Betriebsstörungen, Betriebsruhe	
2.5.5.1 Betriebsstörungen	
2.5.5.2 Betriebsruhe	
2.5.5.2.1 Arbeitszeitverlagerungen	
2.5.5.2.2 Betriebsferien	
2.5.6 Gesetzliche Feiertage	
2.5.7 Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz (MuschG)	
2.5.8 Erziehungsurlaub	
2.5.9 Erfüllung einer gesetzlichen Dienstpflicht (Wehrdienst/Zivildienst/Wehrübung/Eignungsübung)	
2.5.10 Arbeitsunterbrechung wegen schlechten Wetters oder Kurzarbeit	
2.5.11 Lohnausgleich im Baugewerbe zwischen Weihnachten und Neujahr	
2.5.12 Streik/Aussperrung	

2.5.13	Freiheitsstrafe/Überleitungsstrafvollzug	
2.5.14	Arbeitsverhinderung wegen Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege eines erkrankten Kindes	
2.5.15	Arztbesuch/Bestrahlungsbehandlung	
2.5.16	Beschäftigungsverbote nach dem Bundesseuchengesetz (BSeuchG)	
3	Wartezeit	
3.1	Grundsatz	
3.2	Mehrere aufeinanderfolgende Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber	
3.3	„Statuswechsel“ des Arbeitnehmers	
3.4	Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme	
3.5	Eintritt der Arbeitsunfähigkeit während der Wartefrist	
4	Dauer des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung	
4.1	Grundsatz	
4.2	Sechs-Wochen-Frist	
4.3	Anrechnung von nicht ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeitszeiten	
5	Wiederholte Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit	
5.1	Grundsatz	
5.2	Begriff „dieselbe Krankheit“	
5.3	Wechsel des Arbeitsverhältnisses	
5.4	Fristenberechnung	
5.5	Sechs-Monats-Frist	
5.6	Zwölf-Monats-Frist	
5.7	Mitteilungsbefugnis der Krankenkassen	
6	Hinzutritt einer Krankheit	
7	Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation	
8	Nachrang des Mutterschaftsgeldes	
9	Nichterfüllung der Entgeltfortzahlung wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1	
<b>§ 4</b>	<b>- <i>Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts</i></b>	<b>53</b>
1	Grundsatz	
2	Berechnung des weiterzuzahlenden Arbeitsentgelts	
2.1	Vergütung nach Arbeitszeit	
2.1.1	Entgeltausfallprinzip	
2.1.2	Berücksichtigung von Über-/Mehrarbeitsstunden	
2.1.3	Sonderfälle	
2.2	Vergütung nach Arbeitsleistung	

3	Reduzierung des Arbeitsentgelts auf 80 v.H.	
4	Art des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts	
4.1	Grundsatz	
4.2	Sachbezüge	
4.3	Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge	
4.4	Aufwendungsersatz	
4.5	Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt	
5	Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts bei verkürzter Arbeitszeit	
6	Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts an gesetzlichen Feiertagen	
7	Abweichungen durch Tarifvertrag	
<b>§ 4 a</b>	<b>- Anrechnung auf den Erholungsurlaub</b>	<b>64</b>
1	Grundsatz	
2	Urlaubsanrechnung bei Arbeitsunfähigkeit	
<b>§ 4 b</b>	<b>- Kürzung von Sondervergütungen</b>	<b>67</b>
<b>§ 10</b>	<b>- Bundesurlaubsgesetz - Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation</b>	<b>68</b>
<b>§ 5</b>	<b>- Anzeige- und Nachweispflichten</b>	<b>70</b>
1	Arbeitsunfähigkeit im Inland	
1.1	Allgemeines	
1.2	Anzeige der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber	
1.3	Nachweis der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber	
1.3.1	Erstbescheinigung	
1.3.2	Frist für die Vorlage der Folgebescheinigung	
1.3.3	Vordrucke	
1.3.4	Bescheinigung durch einen Nichtvertragsarzt	
1.3.5	Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit durch die Krankenkasse	
1.4	Verletzung der Nachweispflicht gegenüber dem Arbeitgeber	
1.5	Nachweis der Arbeitsunfähigkeit gegenüber der Krankenkasse	
1.6	Besonderheiten für nichtkrankenversicherte Arbeitnehmer	

- 2 Arbeitsunfähigkeit im Ausland
- 2.1 Allgemeines
- 2.2 Anzeige- und Nachweispflichten
- 2.3 Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in EWR- oder Abkommensstaaten
- 2.4 Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in anderen Staaten
- 2.5 Beweiswert ausländischer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

**§ 6 - Forderungsübergang bei Dritthaftung** 82

- 1 Grundsatz
- 2 Höhe des Forderungsübergangs
  - 2.1 Kongruenz der Ansprüche
  - 2.2 Beitragsanteile des Arbeitgebers
  - 2.3 Mitverschulden des Arbeitnehmers
- 3 Zeitpunkt der Entstehung der Arbeitgeberansprüche
  - 3.1 Grundsatz
  - 3.2 Beeinträchtigung des Arbeitgeberanspruchs
- 4 Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers
- 5 Ausschluß von Nachteilen für den Arbeitnehmer
- 6 Zusammentreffen mit Ansprüchen aufgrund des Übergangs nach § 116 SGB X

**§ 7 - Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers** 86

- 1 Voraussetzungen für die Leistungsverweigerung
  - 1.1 Verletzung der Anzeige- und Nachweispflichten
  - 1.2 Nichterfüllen der Verpflichtung bei Forderungsübergang
  - 1.3 Verhinderung des Forderungsübergangs
- 2 Mitwirkung der Krankenkasse
- 3 Dauer der Leistungsverweigerung
  - 3.1 Vorläufige Leistungsverweigerung
  - 3.2 Endgültige Leistungsverweigerung
  - 3.3 Umwandlung eines vorläufigen in ein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht
- 4 Ausschluß des Leistungsverweigerungsrechts
- 5 Bindungswirkung für den Erstattungsanspruch nach § 10 LFZG

<b>§ 8</b>	<b>-</b>	<b><i>Beendigung des Arbeitsverhältnisses</i></b>	<b>90</b>
1		Allgemeines	
2		Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses	
2.1		Kündigung durch Arbeitnehmer oder Arbeitgeber	
2.2		Zeitablauf durch Befristung	
2.3		Aufhebungsvertrag	
2.4		Anfechtung	
2.5		Tod eines Arbeitnehmers	
3		Begriff und Form der Kündigung	
4		Kündigungsfristen	
5		Entgeltfortzahlungsanspruch nach dem EFZG bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung, Aufhebungsvertrag oder bei Verzicht auf den Entgeltfortzahlungsanspruch	
5.1		Allgemeines	
5.2		Darlegungs- und Beweislast	
5.3		Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt von Arbeitsunfähigkeit	
5.4		Kündigung aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit	
5.5		Kündigung vor Ablauf der Nachweisfrist am Anfang einer Arbeitsunfähigkeit	
5.6		Beginn der Nachweisfrist nach § 5 Abs. 1 Satz 1	
5.7		Kündigung vor Ablauf der Nachweisfrist bei Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit (Folgebescheinigung)	
5.8		Entgeltfortzahlungsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag	
5.9		Wirkung einer Verzichtserklärung/Ausgleichsquittung auf den Entgeltfortzahlungsanspruch bei Arbeitsunfähigkeit	
5.10		Kündigung durch den Arbeitnehmer aus einem vom Arbeitgeber zu vertretenden wichtigen Grund	
5.11		Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei verspäteter Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Urlaub	
6		Nichterfüllung der Entgeltfortzahlung	
<b>§ 9</b>	<b>-</b>	<b><i>Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation</i></b>	<b>110</b>
1		Grundsatz	
2		Voraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung während einer stationären Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme	
2.1		Allgemeines	
2.2		Sozialleistungsträger	

2.3	Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahmen	
2.4	Stationäre medizinische Vorsorge-/ Rehabilitationsmaßnahme	
2.5	Nachträgliche Kostenübernahme	
3	Dauer der Entgeltfortzahlung	
4	Anzeige- und Nachweispflichten	
4.1	Allgemeines	
4.2	Anzeigepflicht	
4.3	Nachweispflicht	
4.4	Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers	
5	Vorrangigkeit des Anspruchs nach § 3	
6	Arbeitnehmer, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind	
6.1	Grundsatz	
6.2	Anzeige- und Nachweispflichten	
7	Absenkung der Entgeltfortzahlung	
<b>§ 10</b>	<b>- <i>Wirtschaftliche Sicherung für den Krankheitsfall im Bereich der Heimarbeit</i></b>	<b>116</b>
<b>§ 12</b>	<b>- <i>Unabdingbarkeit</i></b>	<b>118</b>

# Entgeltfortzahlung für Arbeitnehmer im Krankheitsfalle

## *§ 1 - Anwendungsbereich*

*(1) Dieses Gesetz regelt die Zahlung des Arbeitsentgelts an gesetzlichen Feiertagen und die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall an Arbeitnehmer sowie die wirtschaftliche Sicherung im Bereich der Heimarbeit für gesetzliche Feiertage und im Krankheitsfall.*

*(2) Arbeitnehmer im Sinne dieses Gesetzes sind Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten.*

### 1 Grundsatz

Das EFZG regelt für alle Arbeitnehmer die Entgeltfortzahlung an gesetzlichen Feiertagen und im Krankheitsfall. Arbeitnehmer i.S. des EFZG sind Arbeiter, Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten. Heimarbeiter, Hausgewerbetreibende und ihnen Gleichgestellte erhalten im Krankheitsfall keine Entgeltfortzahlung, sondern einen Zuschlag zum Arbeitsentgelt (vgl. § 10, Seite 116).

Personen, die verkürzt arbeiten und Leistungen nach dem Altersteilzeitgesetz erhalten, sind für Zeiten, an denen sie zur Arbeitsleistung verpflichtet sind, ebenfalls als Arbeitnehmer anzusehen.

### 2 Räumlicher Geltungsbereich

Der Geltungsbereich des EFZG ist die Bundesrepublik Deutschland. In diesem Gebiet muß der Beschäftigungsort liegen. Auf den Wohn- und Aufenthaltsort bzw. die Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers oder des Arbeitgebers kommt es nicht an. Die Regelungen des EFZG gelten grundsätzlich auch für Arbeitnehmer, die von ihrem in der Bundesrepublik Deutschland ansässigen Arbeitgeber ins Ausland entsandt werden (vgl. § 4 SGB IV). Bei einer Entsendung gelten allerdings die Grundsätze des internationalen Privatrechts (vgl. Art. 27 ff. Einführungsgesetz des BGB-EGBGB). Nach Art. 27 Abs. 1 Satz 1 EGBGB können die Vertragsparteien grundsätzlich wählen, ob deutsches Recht oder das Recht am Arbeitsort Anwendung finden



soll. Für die Gestaltung der Rechtsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bei der Entsendung ins Ausland kommt es also entscheidend darauf an, welches Recht arbeitsvertraglich vereinbart worden ist. Dabei sind drei Varianten möglich:

- Wurde deutsches Recht vereinbart, findet das EFZG auch auf den im Ausland tätigen Arbeitnehmer uneingeschränkt Anwendung.
- Wurde keine Rechtswahl getroffen und liegen keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür vor, daß die Vertragsparteien deutsches Recht für die Tätigkeit im Ausland gerade nicht vereinbaren wollten, gilt gemäß Art. 30 Abs. 2 Ziffer 1 EGBGB das Recht des Staates, in dem der Arbeitnehmer für gewöhnlich seine Arbeit verrichtet. Für einen aus Deutschland ins Ausland entsandten Arbeitnehmer gelten also bei fehlender Rechtswahl grundsätzlich die Regelungen des EFZG. Sofern ein Arbeitnehmer allerdings gewöhnlich nicht in ein und demselben Staat seine Arbeit verrichtet, gilt das Recht des Staates, in dem sich die Niederlassung befindet, die den Arbeitnehmer eingestellt hat (vgl. Art. 30 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB). Weist der Arbeitsvertrag allerdings engere Verbindungen zu einem anderen Staat auf, so ist abweichend das Recht dieses anderen Staates anzuwenden (vgl. Art. 30 Abs. 2 2. Halbsatz EGBGB). Dies kann zum Beispiel der Fall sein, wenn ein ausländischer Beschäftigter nur zur Vertragsunterzeichnung nach Deutschland kommt, die Arbeitsleistung aber von Anfang an in einer Betriebsstätte an seinem ausländischen Wohnort erbracht wird.
- Wurde die Anwendung ausländischen Rechts vereinbart, so darf nach Art. 30 Abs. 1 EGBGB die freie Rechtswahl nicht dazu führen, daß dem Beschäftigten der Schutzrahmen des deutschen Arbeitsrechts entzogen wird. Sind also die ausländischen Regelungen zur Entgeltfortzahlung eindeutig ungünstiger als die deutschen und wäre bei fehlender Rechtswahl deutsches Recht anzuwenden, so gelten trotz Vereinbarung ausländischen Rechts die Regelungen des EFZG.

Arbeitnehmer i.S. des EFZG sind Arbeiter und Angestellte sowie die zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten und zwar unabhängig davon, ob es sich um ein geringfügig entlohntes oder kurzfristiges Beschäftigungsverhältnis i.S. des § 8 SGB IV handelt. Arbeitnehmer in diesem Sinne sind auch Personen, die im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen der Bundesanstalt für Arbeit nach §§ 260 ff. SGB III beschäftigt werden.

Keine Arbeitnehmer i.S. des EFZG sind Beamte, Soldaten oder Zivildienstleistende sowie Personen, die sich in Justizvollzugsanstalten (Strafgefangene), Werkstätten für Behinderte, Blindenwerkstätten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Berufsbildungswerken und ähnlichen Einrichtungen befinden und dort Arbeiten verrichten. Behinderte in einer Behindertenwerkstatt sind in Ausnahmefällen als Arbeitnehmer anzusehen, wenn der mit ihnen bzw. ihrem gesetzlichen Vertreter abgeschlossene Vertrag Regelungen in bezug auf eine feste Arbeitszeit, Vergütung und Urlaubsdauer enthält (vgl. LAG Saarland vom 15.7.1987 - 2 Sa 34/86 -, EEK I/950, LAG Niedersachsen vom 22.9.1976 - 8/6 Sa 728/76 -, EEK I/556).

Nicht zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind Teilnehmer an von der Bundesanstalt für Arbeit durchgeführten Maßnahmen der beruflichen Fortbildung oder beruflichen Umschulung (§ 87 SGB III). Trägt die Bundesanstalt die Kosten allein, sind Ansprüche nach dem EFZG nicht gegeben. Soweit der Arbeitgeber Arbeitsentgelt zahlt, besteht jedoch ein Arbeits- oder Ausbildungsverhältnis und somit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach dem EFZG.

Arbeitnehmer i.S. des EFZG sind auch Teilnehmer an Maßnahmen der beruflichen Fortbildung und/oder Umschulung (§ 1 Abs. 3 und 4 BBiG), wenn Arbeitsverträge bestehen.

### **§ 3 - Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**

**(1) Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne daß ihn ein Verschulden trifft, so hat er Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen. Wird der Arbeitnehmer infolge derselben Krankheit erneut arbeitsunfähig, so verliert er wegen der erneuten Arbeitsunfähigkeit den Anspruch nach Satz 1 für einen weiteren Zeitraum von höchstens sechs Wochen nicht, wenn**

- 1. er vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig war oder**
- 2. seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist.**

**(2) Als unverschuldete Arbeitsunfähigkeit i.S. des Absatzes 1 gilt auch eine Arbeitsverhinderung, die infolge einer nicht rechtswidrigen Sterilisation oder eines nicht rechtswidrigen Abbruchs der Schwangerschaft eintritt. Dasselbe gilt für einen Abbruch der Schwangerschaft, wenn die Schwangerschaft innerhalb von zwölf Wochen nach der Empfängnis durch einen Arzt abgebrochen wird, die schwangere Frau den Abbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff von einer anerkannten Beratungsstelle hat beraten lassen.**

**(3) Der Anspruch nach Absatz 1 entsteht nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses.**

1 Grundsatz

Arbeitnehmer, die wegen Arbeitsunfähigkeit die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen können, haben grundsätzlich einen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts gegen den Arbeitgeber für einen Zeitraum von höchstens sechs Wochen. Ein längerer Anspruch kann u.a. durch Tarifverträge eingeräumt werden. Voraussetzung für die Zahlungspflicht des Arbeitgebers ist, daß die Arbeitsunfähigkeit auf einer Krankheit beruht und der

Arbeitnehmer die Krankheit nicht selbst verschuldet hat. Die Höhe des Arbeitsentgelts, die Art und Weise oder die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses haben für den Entgeltfortzahlungsanspruch keine Bedeutung. So besteht auch bei geringfügigen Beschäftigungen ein Entgeltfortzahlungsanspruch.

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall entsteht allerdings erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Arbeitnehmer, die nach Beginn der Beschäftigung, aber vor Ablauf der vierwöchigen Wartefrist erkranken, erhalten Krankengeld bis zum Ablauf der Wartezeit (vgl. § 3, 3 Seite 27).

Bestehen gleichzeitig mehrere Arbeitsverhältnisse, so hat der Arbeitnehmer grundsätzlich gegen jeden seiner Arbeitgeber einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung (vgl. BAG vom 7.11.1975 - 5 AZR 459/74 -, USK 75152, EEK I/499).

## 2 Ursache der Arbeitsverhinderung

### 2.1 Grundsatz

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung ist nach § 3 davon abhängig, daß eine Krankheit den Arbeitnehmer arbeitsunfähig macht, ihn an der Krankheit kein Verschulden trifft und das Arbeitsverhältnis mindestens vier Wochen ununterbrochen bestanden hat.

Als unverschuldete Arbeitsunfähigkeit gelten auch Arbeitsverhinderungen

- infolge einer nicht rechtswidrigen Sterilisation oder eines nicht rechtswidrigen Abbruchs der Schwangerschaft  
oder
- infolge eines Abbruchs der Schwangerschaft, wenn die Schwangerschaft innerhalb von 12 Wochen nach der Empfängnis durch einen Arzt abgebrochen wird, die schwangere Frau den Abbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff von einer anerkannten Beratungsstelle hat beraten lassen (rechtswidriger aber straffreier Schwangerschaftsabbruch)

Darüber hinaus muß die Arbeitsunfähigkeit, die nicht rechtswidrige Sterilisation, der nicht rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch bzw. der grundsätzlich rechtswidrige aber straffreie

Schwangerschaftsabbruch die alleinige Ursache für die Verhinderung an der Arbeitsleistung sein.

## 2.2 „Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit“

„Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit“ ist i.S. des Krankenversicherungsrechts zu verstehen (vgl. BAG vom 14.1.1972, 5 AZR 264/71 -, USK 7204, EEK I/278 und vom 5.4.1976 - 5 AZR 379/75 - EEK I/500, BSG-Grundsatzbeschuß vom 16.12.1981 - GS 3/78, 4/78 -, EEK I/735). Die Krankheitsursache ist grundsätzlich unerheblich. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht mithin auch dann, wenn ein Sport- oder Verkehrsunfall oder eine Wehrdienstbeschädigung vorliegt. Die Ursache der Krankheit kann allerdings im Einzelfall für die Frage des Verschuldens von Bedeutung sein und ggf. zum Ausschluß des Entgeltfortzahlungsanspruchs führen.

Bei Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation ohne Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit richtet sich der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 9 (vgl. § 9, 5, Seite 114).

## 2.3 Selbstverschuldete Krankheit

### 2.3.1 Grundsatz

Nach § 3 Abs. 1 verliert der Arbeitnehmer den Anspruch auf Entgeltfortzahlung nur dann nicht, wenn ihn an der Krankheit kein Verschulden trifft. Bei der Beurteilung des Verschuldens sind die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zu berücksichtigen. Danach liegt ein Verschulden im Sinne der Entgeltfortzahlung bei Krankheit vor, wenn ein gröblicher Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten gegeben ist und das Abwälzen dessen Folgen auf den Arbeitgeber unbillig wäre. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Arbeitnehmer die Sorgfalt verletzt hat, die ein verständiger Mensch normalerweise im eigenen Interesse anzuwenden pflegt, er sich also die Arbeitsunfähigkeit durch unverständiges, leichtfertiges oder gegen die guten Sitten im Rechtssinne ver-

stoßendes Verhalten zugezogen hat - z.B. Verkehrsunfall infolge Trunkenheit, schuldhafte Beteiligung an einer tätlichen Auseinandersetzung (vgl. u.a. BAG vom 23.11.1971 - 1 AZR 388/70 -, USK 71202, EEK I/213 und vom 11.3.1987 - 5 AZR 739/85 -, EEK I/897 und vom 11.11.1987 - 5 AZR 497/86 -, EEK I/919).

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung kann auch ausgeschlossen werden, wenn der Arbeitnehmer sich die Arbeitsunfähigkeit bei Ausübung einer verbotenen oder besonders gefährlichen oder seine Kräfte übersteigenden Nebentätigkeit zugezogen hat (vgl. BAG vom 7.11.1975 - 5 AZR 459/74 -, USK 75152, EEK I/499 und vom 21.4.1982 - 5 AZR 1019/79 -, USK 8248, EEK I/722). Es besteht auch dann kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn die Arbeitsunfähigkeit durch einen Unfall bei einer besonders risikohaften Tätigkeit in der eigenen gewinnorientierten Landwirtschaft eingetreten ist (vgl. BAG vom 9.3.1973 - 5 AZR 523/72 -, USK 7340, EEK I/322).

Allerdings sind tarifvertragliche Regelungen, die Entgeltfortzahlung generell für den Fall ausschließen, daß sich der Arbeitnehmer einen Unfall bei einer nicht genehmigten Nebentätigkeit zugezogen hat, nichtig (vgl. BAG vom 19.10.1983 - 5 AZR 195/81 -, USK 83122, EEK I/787).

Ein Verschulden des Arbeitnehmers i.S. des § 3 Abs. 1 kann nicht nur beim Entstehen einer Krankheit vorliegen, sondern auch dann, wenn der Arbeitnehmer den Wiedereintritt der Arbeitsfähigkeit verzögert oder verhindert. Der Arbeitnehmer ist während der Krankheit verpflichtet, sich so zu verhalten, daß er wieder gesund wird, und hat alles zu unterlassen, was seine Genesung verzögert oder verhindern könnte (vgl. BAG vom 11.11.1965 - 2 AZR 69/65 - EEK I/035 und vom 21.01.1976 - 5 AZR 593/74 - USK 7610, EEK I/496).

### 2.3.2 Darlegungs- und Beweislast

Im EFZG ist die Darlegungs- und Beweislast zum Verschulden nicht geregelt. Das BAG hat seit jeher die Darlegungs- und Beweislast für den Normalfall dem Arbeitgeber auferlegt, weil der Gesetzgeber das Verschulden als einen anspruchshindernden Umstand bezeichnet und für solche Tatbestände immer derjenige darlegungs- und beweispflichtig ist, der die Ent-

stehung des Anspruchs leugnet (vgl. BAG vom 23.11.1971 - 1 AZR 404/70 -, USK 71201, EEK I/214 und vom 1.6.1983 - 5 AZR 536/80 -, USK 8386, EEK I/761 und vom 7.8.1991 - 5 AZR 410/90 -, USK 9182, EEK I/1064 und vom 27.05.1992 - 5 AZR 297/91 -, EEK I/1084).

Von diesem Grundsatz weicht das BAG dann ab, wenn Umstände vorliegen, die nach der Lebenserfahrung von vornherein auf ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers schließen lassen. In diesen Fällen muß der Arbeitnehmer beweisen, daß ihn an der Arbeitsunfähigkeit kein Verschulden trifft. Sprechen die Umstände nach den Lebenserfahrungen für schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers, trifft ihn die Beweislast. Verkehrsunfälle infolge Trunkenheit - ohne daß eine andere Ursache mitgewirkt hat - sind stets als verschuldet anzusehen, und zwar auch dann, wenn ein an Alkoholabhängigkeit erkrankter Arbeitnehmer in Kenntnis seiner Krankheit trinkt und dann im Zustand der Trunkenheit einen Verkehrsunfall verursacht (vgl. BAG vom 11.3.1987 - 5 AZR 739/85 -, USK 8716, EEK I/897 und vom 30.3.1988 - 5 AZR 42/87 -, USK 8805, EEK I/933).

#### 2.4 Arbeitsunfähigkeit infolge Sterilisation oder Schwangerschaftsabbruch

§ 3 Abs. 2 setzt voraus, daß die Arbeitsunfähigkeit durch nicht rechtswidrige Sterilisation, nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch oder rechtswidrigen aber straffreien Schwangerschaftsabbruch bedingt ist. Eine Sterilisation, die mit Einwilligung der/des Betroffenen durch einen Arzt durchgeführt wird, ist nicht rechtswidrig. Ein mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommener Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn eine medizinische oder eine kriminologische Indikation vorliegt (vgl. § 218 a Absätze 2 und 3 StGB). Ein rechtswidriger aber straffreier Schwangerschaftsabbruch liegt dann vor, wenn die Schwangerschaft innerhalb von 12 Wochen nach der Empfängnis durch einen Arzt abgebrochen wird, die schwangere Frau den Abbruch verlangt und dem Arzt durch eine Bescheinigung nachgewiesen hat, daß sie sich mindestens drei Tage vor dem Eingriff von einer anerkannten Beratungsstelle hat beraten lassen.

Arbeitsunfähigkeit ist nicht nur für die Zeit gegeben, in der die Verhinderung an der Arbeitsleistung durch die mit der Sterilisation oder dem Schwangerschaftsabbruch im Zusammenhang stehenden ärztlichen Maßnahmen vorliegt, sondern auch für die Zeit, in der wegen den Nachwirkungen des Eingriffs nicht gearbeitet werden kann. § 3 Abs. 2 erfaßt auch die Fälle,

in denen eine durch die Sterilisation oder den Schwangerschaftsabbruch ausgelöste Krankheit Ursache für die Arbeitsunfähigkeit ist.

In den in § 3 Abs. 2 genannten Fällen wird also die für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 erforderliche Voraussetzung der unverschuldeten Arbeitsverhinderung durch eine gesetzliche Fiktion erfüllt. Sofern ein Arzt wegen einer Sterilisation oder eines Schwangerschaftsabbruchs Arbeitsunfähigkeit bescheinigt, ist davon auszugehen, daß eine nicht rechtswidrige Sterilisation, ein nicht rechtswidriger Schwangerschaftsabbruch oder ein rechtswidriger aber straffreier Schwangerschaftsabbruch vorliegt (vgl. LAG Berlin vom 10.12.1996, 5 SA 92/96). Bei Schwangerschaftsabbruch im Ausland ist die Rechtswidrigkeit bzw. die Straffreiheit nach deutschen Rechtsvorschriften zu beurteilen.

## 2.5 Arbeitsunfähigkeit als Ursache der Arbeitsverhinderung

### 2.5.1 Allgemeines

Ist Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache der Arbeitsverhinderung, so verliert der Arbeitnehmer den Anspruch auf Arbeitsentgelt nicht. Dieser Anspruch kann nicht umfassender sein als der, den der Arbeitnehmer bei Arbeitsfähigkeit hätte. Tatbestände, die bei Arbeitsfähigkeit zum Erlöschen des Entgeltanspruchs führen würden, haben deshalb dieselbe Wirkung auch während einer Arbeitsunfähigkeit für den Entgeltfortzahlungsanspruch.

### 2.5.2 Bezahlter Urlaub/Bildungsurlaub

Der Urlaub wird durch eine Arbeitsunfähigkeit unterbrochen. Nach § 9 BUrlG dürfen Zeiten der Arbeitsunfähigkeit nicht auf den Urlaub angerechnet werden. Für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit während eines Urlaubs hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer nicht mehr „Urlaubsentgelt“, sondern „Krankentgelt“ zu zahlen. Dies hat das BAG mehrfach bestätigt (vgl. BAG vom 16.3.1972 - 5 AZR 357/71 -, USK 7217, EEK I/290 und vom 2.10.1974 - 5 AZR 507/73 -, USK 74171, EEK I/443). Die vorstehenden Ausführungen gelten entsprechend, wenn der Arbeitnehmer während eines Bildungsurlaubs arbeitsunfähig erkrankt.

#### Anmerkung:



Um die Absenkung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auf 80 v.H. des Arbeitsentgelts zu vermeiden, kann der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen für fünf Krankheits- oder Kurtage die Anrechnung eines Urlaubstages verlangen. Darüber hinaus kann der Arbeitgeber zusätzlich für je fünf Tage, die ein Arbeitnehmer an einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation teilnimmt, zwei Tage auf den Erholungsurlaub anrechnen. Die angerechneten Tage gelten als Urlaubstage, insoweit besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung (vgl. §§ 4 a, 9 und § 10 BUrlG, Seiten 64, 110 und 68).

### 2.5.3 Unbezahlter Urlaub

Für die Zeit eines unbezahlten Urlaubs besteht im Falle der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, da die Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis (d. h. die Arbeitspflicht des Arbeitnehmers und die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers) ruhen. Sollte der unbezahlte Urlaub laut Vereinbarung jedoch Erholungszwecken dienen, ist bei Arbeitsunfähigkeit - wie bei bezahltem Urlaub - ein Entgeltfortzahlungsanspruch gegeben. Ob die unbezahlte Freistellung von der Arbeitspflicht einem berechtigten Erholungsbedürfnis des Arbeitnehmers entspricht, ist in der Regel danach zu beurteilen, ob der einheitliche Gesamturlaub zeitlich in dem Rahmen bleibt, der für Arbeitnehmer mit vergleichbarer Tätigkeit als ausreichend angesehen wird. Ein einseitiger Widerruf des unbezahlten Urlaubs ist nicht möglich (vgl. BAG vom 25.5.1983 - 5 AZR 236/80 -, USK 8377, EEK I/767). Arbeitgeber und Arbeitnehmer können vereinbaren, daß der unbezahlte Urlaub als beendet anzusehen ist, wenn Arbeitsunfähigkeit eintritt. Die bis zum Ende des unbezahlten Urlaubs verbrachte Arbeitsunfähigkeitszeit ohne Entgeltfortzahlungsanspruch ist auf die Dauer des Anspruchs nicht anzurechnen (vgl. BAG vom 14.6.1974 - 5 AZR 467/73 -, USK 7464, EEK I/413).

Eine Vereinbarung, in der sich der Arbeitgeber vorbehält, wegen der unsicheren Auftragslage allein zu bestimmen, wann der Arbeitnehmer aus einem unbezahlten Urlaub zurückkehren soll, ist nichtig. Eine solche Vereinbarung ist jedoch in die zulässige Vereinbarung eines unbezahlten Urlaubs für eine bestimmte Zeit umzudeuten, deren Ende sich aus den berechtigten Interessen beider Parteien an dieser Beurlaubung ergibt.

§ 9 BUrlG wird durch eine Vereinbarung über einen befristeten unbezahlten Urlaub, der nicht Erholungszwecken dienen soll, in zulässiger Weise abbedungen. Während dieser Zeit besteht

für die Dauer einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 (vgl. BAG vom 13.8.1980 - 5 AZR 296/78 -, USK 80220, EEK I/688).

Grundsätzlich hat ein arbeitsbereiter, noch nicht urlaubsberechtigter Arbeitnehmer, der während allgemeiner Betriebsferien nicht beschäftigt wird, gemäß §§ 615, 293 BGB trotz Nichtleistung der Arbeit Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Davon kann allerdings durch eine vor Beginn der Betriebsferien getroffene Vereinbarung, daß bei nicht urlaubsberechtigten Arbeitnehmern die infolge Betriebsferien arbeitsfreien Tage als unbezahlter Urlaub gelten, abgewichen werden.

Die entsprechende Anwendung des § 9 BUrlG beim Eintritt von Arbeitsunfähigkeit während eines unbezahlten Urlaubs ist davon abhängig, daß diese Freizeit nach der Parteivereinbarung für Erholungszwecke bestimmt war. Trifft das nicht zu, so braucht der Arbeitgeber für die in den unbezahlten Urlaub fallende Dauer der Arbeitsunfähigkeit keine Entgeltfortzahlung zu leisten (vgl. BAG vom 30.6.1976 - 5 AZR 246/75 -, USK 76144, EEK I/552).

#### 2.5.4 Arbeitsbummelei

Ist der Beschäftigte am letzten Tag vor Eintritt seiner Arbeitsunfähigkeit der Arbeit unentschuldigt fern geblieben, so berechtigt das den Arbeitgeber nicht zur Verweigerung der Entgeltfortzahlung, wenn der Arbeitnehmer ansonsten immer nur einzelne Tage oder Bruchteile von Tagen unerlaubt gefehlt hat und keine Anhaltspunkte dafür vorliegen, daß er für unbestimmte Zeit zu bummeln beabsichtigte (vgl. BAG vom 13.7.72 - 5 AZR 101/72 -, USK 72235, EEK I/343).

Der Entgeltfortzahlungsanspruch setzt allerdings die grundsätzliche Arbeitswilligkeit des Arbeitnehmers voraus. Ist der Arbeitnehmer längere Zeit unentschuldigt der Arbeit ferngeblieben und im Anschluß daran arbeitsunfähig krank geworden, muß er, wenn der Arbeitgeber entsprechende Zweifel darlegt, vortragen und erforderlichenfalls beweisen, daß er während der Zeit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit arbeitswillig war (vgl. BAG-Urteil vom 20.3.1985 - 5 AZR 229/83 -, USK 8577, EEK I/834).

#### 2.5.5 Betriebsstörungen, Betriebsruhe

### 2.5.5.1 Betriebsstörungen

Bei Betriebsstörungen, die der Arbeitgeber zu vertreten hat, besteht ein Entgeltfortzahlungsanspruch, sofern den arbeitsfähigen Arbeitnehmern ein Vergütungsanspruch nach § 615 BGB zusteht (vgl. BAG vom 28.9.1972 - 2 AZR 506/71 -, EEK I/283 und vom 7.11.1975 - 5 AZR 61/75 -, EEK I/503)

### 2.5.5.2 Betriebsruhe

#### 2.5.5.2.1 Arbeitszeitverlagerungen

Während der Stilllegung des Betriebes infolge Vor- oder Nacharbeitszeiten und vollem Entgeltausgleich entfällt die Entgeltzahlungspflicht des Arbeitgebers, weil an diesen Tagen von vornherein nicht gearbeitet worden wäre. Arbeitsunfähige Arbeitnehmer können für die Zeit der Stilllegung also keine Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit beanspruchen (vgl. BAG vom 22.8.1967 - 1 AZR 100/66 -, USK 6771, EEK I/103 und vom 7.9.1988 - 5 AZR 558/87 -, USK 8885, EEK I/965 und vom 8.3.1989 - 5 AZR 116/88 -, USK 8906, EEK I/973).

Daraus ergibt sich, daß bei Arbeitsunfähigkeit während des Zeitraumes, in dem im Betrieb Vor- oder Nacharbeit geleistet wird, die Entgeltfortzahlung so zu bemessen ist, als habe der erkrankte Arbeitnehmer daran teilgenommen. Die Sechs-Wochen-Frist nach § 3 wird durch die Arbeitszeitverlagerungen nicht verlängert.

#### 2.5.5.2.2 Betriebsferien

Die Ausführungen zum bezahlten bzw. unbezahlten Urlaub gelten sinngemäß weiter (vgl. § 3, 2.5.2. und 2.5.3, Seiten 16 und 17).

Wichtig sind in diesem Zusammenhang die Rechtswirkungen einer Betriebsvereinbarung über allgemeine Betriebsferien. Eine Betriebsvereinbarung, die allgemeine Betriebsferien vorsieht, kann lediglich den Beginn und die Dauer des Urlaubs für alle anspruchsberechtigten Arbeitnehmer einheitlich festlegen, nicht aber die Voraussetzungen und den Umfang des Urlaubs regeln. Sie hebt insbesondere das Erfordernis der Wartezeit für den Erwerb des vollen Urlaubsanspruchs nicht auf.

Während der Betriebsferien bleibt die Arbeitspflicht derjenigen Arbeitnehmer, die infolge nichterfüllter Wartezeit an den Betriebsferien nicht teilnehmen können, unverändert bestehen. Ihnen ist im allgemeinen zuzumuten, in dieser Zeit auch andere Arbeiten auszuüben, die ihnen nach dem Inhalt des Arbeitsverhältnisses mit übertragen werden könnten.

Der Arbeitgeber gerät in Annahmeverzug, wenn er nicht urlaubsberechtigte, jedoch arbeitsbereite Arbeitnehmer während der Betriebsferien nicht beschäftigt. Selbst wenn die Betriebsferien zwangsläufig zur völligen Arbeitsruhe führen und die Einrichtung eines betrieblichen Notdienstes, in dem solche Arbeitnehmer beschäftigt werden könnten, entbehrlich ist. Der Arbeitgeber ist dann gemäß §§ 615, 293 ff. BGB grundsätzlich verpflichtet, die Vergütung trotz Nichtleistung der Arbeit zu zahlen.

Von diesem Grundsatz kann allerdings durch eine vor Beginn der Betriebsferien getroffene Vereinbarung, daß bei Arbeitnehmern, die nicht oder nur teilweise urlaubsberechtigt sind, die infolge der Betriebsferien arbeitsfreien Tage entsprechend als unbezahlter Urlaub gelten, abgewichen werden (vgl. BAG vom 2.10.1974 - 5 AZR 507/73 -, USK 7471, EEK I/443 und vom 30.6.1976 - 5 AZR 246/75 -, USK 76144, EEK I/552). Insofern gelten die Ausführungen zum unbezahlten Urlaub entsprechend (vgl. § 3, 2.5.3, Seite 17).

In einer Betriebsvereinbarung kann für einzelne Tage zwischen Weihnachten und Neujahr eine Betriebsruhe vereinbart werden. Für die Zeit dieser Arbeitsruhe besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Falle einer Arbeitsunfähigkeit (vgl. BAG vom 9.5.1984 - 5 AZR 412/81 -, USK 8436, EEK I/791).

## 2.5.6 Gesetzliche Feiertage

Ist ein Arbeitnehmer an einem gesetzlichen Feiertag arbeitsunfähig, für den arbeitsfähigen Arbeitnehmern Feiertagsbezahlung nach § 2 zusteht, ist für diesen Tag Entgeltfortzahlung i.S. des § 3 zu leisten. Der gesetzliche Feiertag ist also auf die 6-Wochen-Frist anzurechnen. Nach § 4 Abs. 2 bemißt sich die Höhe des nach § 3 fortzuzahlenden Arbeitsentgelts allerdings nach der Feiertagsbezahlung i.S. des § 2; sie beträgt also 100 v.H. (vgl. § 4, 6, Seite 62). Nach § 2 Abs. 3 haben Arbeitnehmer, die am letzten Arbeitstag vor oder am ersten Arbeitstag nach Feiertagen unentschuldigt der Arbeit fernbleiben, keinen Anspruch auf Bezahlung für diese Feiertage und somit keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit.

## 2.5.7 Beschäftigungsverbote nach dem Mutterschutzgesetz (MuSchG)

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung entfällt während der Schutzfristen nach § 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG. Ist die Arbeitnehmerin bei Beginn der Schutzfrist vor der Entbindung arbeitsunfähig krank, endet die Entgeltfortzahlung mit dem Tage vor Beginn der Schutzfrist. Erfolgt die Entbindung früher als berechnet, verkürzt sich die Schutzfrist entsprechend. Der Beginn der Schutzfrist bleibt unverändert, so daß es dabei bleibt, daß der Anspruch auf Entgeltfortzahlung mit dem Tage vor Beginn der Schutzfrist endet. Nach einem Urteil des Arbeitsgerichts Hamburg vom 4.6.1970 - 1 Ca 137/70 -, EEK I/071, besteht auch dann kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn die arbeitsunfähige Arbeitnehmerin keinen Anspruch auf Mutterschaftsgeld hat. Diese Auffassung wird damit begründet, daß die Ursache für die Arbeitsverhinderung das Beschäftigungsverbot nach §§ 3 Abs. 2 und § 6 Abs. 1 MuSchG die Entbindung und nicht die Arbeitsunfähigkeit ist (vgl. BAG vom 26.8.1960 - 1 AZR 202/59 -, EEK I/009 und vom 7.10.1987 - 5 AZR 610/86 -, EEK III/85 und vom 12.3.1997 - 5 AZR 226/96, EEK III/153).

Ist außerhalb der Schutzfristen neben dem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot nach § 3 Abs. 1 MuSchG eine krankheitsbedingte - ggf. auch mit der Schwangerschaft zusammenhängende - Arbeitsunfähigkeit für den Arbeitsausfall maßgebend, so besteht kein Anspruch auf Mutterschutzlohn (§ 11 MuSchG), sondern Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 (vgl. BAG vom 17.4.1991 - 1/3 RK 21/88 -, USK 91101, EEK IV/003 und vom 5.7.1995 - 5 AZR 135/94 -, USK 9539, EEK III/142 und vom 12.3.1997, 5 AZR 766/95, EEK III/152).

## 2.5.8 Erziehungsurlaub

Während des Erziehungsurlaub nach dem Bundeserziehungsgeldgesetz ruht das Arbeitsverhältnis, soweit der Arbeitnehmer keine Teilzeitbeschäftigung ausübt. Der Arbeitgeber ist für die Zeit des Ruhens nicht zur Zahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet, so daß der Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit keine Entgeltfortzahlung verlangen kann (vgl. BAG vom 22.6.1988 - 5 AZR 526/87 -, USK 8870, EEK 1/960).

Der Erziehungsurlaub muß allerdings nicht im unmittelbaren Anschluß an die Schutzfrist des Mutterschutzgesetzes angetreten werden. Die Arbeitnehmerin kann erklären, daß die mit dem Erziehungsurlaub erst nach Beendigung einer während der Schutzfrist eingetretenen Arbeitsunfähigkeit beginnen will. In diesem Fall ist die Arbeitsunfähigkeit ursächlich für den Verdienstausfall, so daß ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach Ablauf der Schutzfrist für höchstens sechs Wochen der Arbeitsunfähigkeit besteht (vgl. BAG-Urteil vom 17.10.1990 - 5 AZR 10/90 -, EEK I/1035).

Übt der Arbeitnehmer während des Erziehungsurlaub eine zulässige Teilzeitbeschäftigung aus, ist im Krankheitsfall ein Anspruch nach § 3 insoweit gegeben.

## 2.5.9 Erfüllung einer gesetzlichen Dienstpflicht (Wehrdienst/Zivildienst/Wehrübung/Eignungsübung)

Nach den Vorschriften des Arbeitsplatzschutzgesetzes ruhen die beiderseitigen Hauptpflichten aus dem Arbeitsverhältnis, die Arbeits- und Entgeltzahlungspflicht, für die Dauer einer gesetzlichen Dienstpflicht. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung beginnt erst mit dem Tage nach Beendigung einer gesetzlichen Dienstpflicht. Zeiten der Arbeitsunfähigkeit während der Erfüllung einer gesetzlichen Dienstpflicht sind auf die Sechs-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 nicht anzurechnen (vgl. BAG vom 3.3.1961 - 1 AZR 76/60 -, EEK I/011 und vom 2.3.1971 - 1 AZR 284/70 -, USK 7181, EEK I/174).

#### 2.5.10 Arbeitsunterbrechung wegen schlechten Wetters und Kurzarbeit

Arbeiter des Baugewerbes haben bei einem witterungsbedingtem Arbeitsausfall keinen Anspruch auf Arbeitsentgelt. Sie erhalten in der Zeit vom 1. November bis 31. März (Schlechtwetterzeit) für jede Ausfallstunde, höchstens für 120 Ausfallstunden und mindestens für 50 Ausfallstunden in jedem Kalenderjahr, eine Winterausfallgeld-Vorausleistung des Arbeitgebers. Diese Winterausfallgeld-Vorausleistung kann z.B. auf zuvor erworbenem Arbeitszeitguthaben beruhen oder den Einsatz von Urlaubsentgeltansprüchen des Arbeitnehmers beinhalten. Ab der 51. bzw. 121. witterungsbedingten Ausfallstunde zahlt das Arbeitsamt Winterausfallgeld.

Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 entsteht, wenn bei Arbeitsfähigkeit gearbeitet worden wäre. Da der Entgeltanspruch eines arbeitsfähigen Arbeitnehmers entfällt, wenn er infolge ungünstiger Witterung nicht arbeitet, erhält auch der erkrankte Arbeitnehmer für diese Zeit keine Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1. Das gilt für die Ausfalltage bei Kurzarbeit entsprechend (vgl. BAG vom 6.10.1976 - 5 AZR 503/75 -, USK 76141, EEK I/555 und BSG vom 22.6.1979 - 3 RK 71/77 -, USK 79105, EEK I/643). Die Sechs-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 verlängert sich nicht um die Ausfalltage.

Empfängern von Kurzarbeiter- und Winterausfallgeld wird ebenso wie Empfängern von Arbeitslosengeld, Arbeitslosenhilfe und Unterhaltsgeld die Leistung im Krankheitsfalle grundsätzlich bis zu sechs Wochen von der Bundesanstalt für Arbeit fortgezahlt, wenn die Arbeitsunfähigkeit während des Leistungsbezuges eingetreten ist. Im übrigen vgl. das Gemeinsame Rundschreiben der Spitzenverbände der Krankenkassen, des VDR und der BA vom 20.11.1980.

#### 2.5.11 Lohnausgleich im Baugewerbe zwischen Weihnachten und Neujahr

Die Arbeiter im Baugewerbe erhalten aufgrund tarifvertraglicher Regelung einen besonderen Lohnausgleich. Der Ausgleichszeitraum umfaßt den Zeitraum vom 24. bis 26. Dezember sowie den 31. Dezember und 1. Januar. Erhält ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer diesen Lohnausgleich, dann besteht für die vorgenannte Zeit grundsätzlich kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung (vgl. BAG vom 6.10.1976 - 5 AZR 503/75 -, USK 76141, EEK I/555). Die Sechs-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 verlängert sich nicht um diesen Zeitraum. Wird in dem Betrieb

während des Lohnausgleichszeitraumes gearbeitet, so ist für die Arbeitstage Arbeitsentgelt nach § 3 fortzuzahlen (vgl. BAG vom 20.1.1972 - 5 AZR 344/71 -, USK 7201, EEK I/217 und vom 30.8.1973 - 5 AZR 125/73 -, USK 73156, EEK I/355).

In der übrigen Bauwirtschaft (z. B. Gerüstbaugewerbe, Dachdeckerhandwerk) wird teilweise auch Lohnausgleich zwischen Weihnachten und Neujahr gezahlt. Die Ausgleichszeiträume ergeben sich aus den jeweiligen Tarifverträgen und können sich von Jahr zu Jahr ändern.

#### 2.5.12 Streik/Aussperrung

Ein Arbeitgeber kann nicht ohne weiteres davon ausgehen, daß alle bei Streikbeginn arbeitsunfähigen Arbeitnehmer auch Streikteilnehmer sind. Nimmt ein Arbeitnehmer trotz krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit an einem Streik teil, entfällt sein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Der Entgeltfortzahlungsanspruch bleibt bestehen, wenn er sich am Streik nicht beteiligt. Führt der Streik zur vollständigen Stilllegung des Betriebes und kann der Arbeitnehmer - auch ohne seine Streikbeteiligung - nicht beschäftigt werden, so entfällt der Entgeltfortzahlungsanspruch. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit vor Beginn des Streiks eingesetzt hat (vgl. BAG vom 8.3.1973 - 5 AZR 491/72 -, USK 7339, EEK I/318 und vom 1.10.1991 - 1 AZR 147/91 -, USK 9173, EEK I/1070). Bei einem Streik wird die Arbeitspflicht eines Arbeitnehmers nicht schon durch einen entsprechenden Aufruf der Gewerkschaft suspendiert, sondern es ist Sache des einzelnen Arbeitnehmers, durch Niederlegung der Arbeit oder ausdrücklich gegenüber dem Arbeitgeber zu erklären, daß er sich am Streik beteiligt; nur eine solche Erklärung hat den Wegfall des Entgeltanspruchs und somit des Entgeltfortzahlungsanspruchs zur Folge (vgl. BAG vom 15.1.1991 - 1 AZR 178/90 -, EEK I/1046).

Auch arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer können rechtswirksam ausgesperrt werden. Der Entgeltfortzahlungsanspruch entfällt also, wenn der Arbeitgeber eine Abwehraussperrung vorgenommen hat. Dies gilt unabhängig davon, ob die Arbeitsunfähigkeit vor oder nach Beginn der Arbeitskämpfmaßnahme eingetreten ist (vgl. BAG vom 7.6.1988 - 1 AZR 597/86 -, USK 8858, EEK I/945). Die Sechs-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 verlängert sich nicht um Zeiträume, in denen der Arbeitnehmer in Folge Streik oder Aussperrung keine Entgeltfortzahlung erhalten hat.



Bei einem Arbeitskampf, der nicht zur völligen Stilllegung des Betriebes führt, verliert der Arbeitnehmer den Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht, wenn entweder die Arbeitsunfähigkeit bereits vor Streikbeginn eingetreten ist oder nach diesem Zeitpunkt der arbeitsunfähig gewordene Arbeitnehmer sich bis dahin nicht am Streik beteiligt hat.

#### 2.5.13 Freiheitsstrafe/Überleitungsstrafvollzug

Verbüßt ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer eine Freiheitsstrafe, so ist § 3 nicht anzuwenden, da der Inhaftierte auch bei Arbeitsfähigkeit kein Arbeitsentgelt beanspruchen könnte. Das gilt ebenfalls, wenn der Arbeitnehmer sich zum Vollzug einer Jugendstrafe in einer Jugendstrafanstalt befindet oder einen Dauerarrest nach § 16 Abs. 4 Jugendgerichtsgesetz verbringt. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung entfällt ferner, solange sich der Arbeitnehmer in Untersuchungshaft befindet. Die Sechs-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 verlängert sich nicht um die Zeit einer Arbeitsunfähigkeit während der Strafverbüßung.

Der Überleitungsstrafvollzug leitet die Resozialisierung von Strafgefangenen (sog. „Freigänger“) ein. Sofern ein „Freigänger“ eine ihm vermittelte Arbeit außerhalb der Haftanstalt bei einem Arbeitgeber gegen Arbeitsentgelt ausübt, liegt ein mit allen Merkmalen ausgestattetes freies arbeitsrechtliches Arbeitsverhältnis vor. Im Falle der Arbeitsunfähigkeit besteht deshalb ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

#### 2.5.14 Arbeitsverhinderung wegen Beaufsichtigung, Betreuung oder Pflege eines erkrankten Kindes

Die sich aus familienrechtlicher Pflicht ergebende Notwendigkeit, ein krankes Kind beaufsichtigen, betreuen oder pflegen zu müssen, stellt für den Arbeitnehmer einen in seiner Person liegenden Grund i.S. des § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. In diesen Fällen ist ihm insoweit eine Arbeitsleistung nicht zuzumuten. Das BAG (vgl. Urteile vom 20.6.1979 - 5 AZR 479/77 -, - 5 AZR 361/78 -, - 5 AZR 392/78 -, USK 7984, 7985 und 79109, EEK I/626, I/638 und I/639) hat klargestellt, daß sich für alle Arbeitnehmer der Vergütungsanspruch auf § 616 BGB stützt, es sei denn, die Ansprüche sind einzeln oder tarifvertraglich abbedungen. Für den Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeit wegen Pflege eines erkrankten Kindes kommt es nicht entscheidend auf die Schwere der Erkrankung an; maßgebend ist vielmehr, ob wegen der

Erkrankung die Pflege des Kindes unerlässlich ist (vgl. BAG vom 11.8.1982 - 5 AZR 1082/79 -, USK 8277, EEK I/743).

Wird ein Kind pflegebedürftig und übernimmt der Arbeitnehmer die Pflege, so ist entweder eine Vergütung nach § 616 BGB oder, falls der Anspruch nicht besteht oder nicht erfüllt wird, Krankengeld nach § 45 SGB V zu zahlen.

Tritt während des Vergütungs- oder des Krankengeldanspruchs Arbeitsunfähigkeit ein, ist bis zum Ablauf dieser Ansprüche kein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 gegeben. Die Sechs-Wochen-Frist beginnt erst an dem Tage, der dem Ende des Anspruchs nach § 616 BGB bzw. § 45 SGB V folgt.

Beginnt die Arbeitsunfähigkeit erst während der schon vorher eingetretenen Erkrankung eines Kindes und kann der Arbeitnehmer deshalb das Kind nicht weiter pflegen, besteht sofort ein Anspruch nach § 3. Das gilt auch, wenn die Erkrankung eines Kindes und die Arbeitsunfähigkeit am selben Tag eintreten. Sofern ein Arbeitnehmer schon arbeitsunfähig ist und dann die Pflege seines Kindes übernimmt, verbleibt es ebenfalls beim Anspruch nach § 3.

#### 2.5.15 Arztbesuch/Bestrahlungsbehandlung

Ein Arbeitnehmer ist nicht schon dann arbeitsunfähig krank i.S. des § 3 Abs. 1, wenn er sich während der Arbeitszeit wegen einer Erkrankung in ärztliche Behandlung oder zur Bestrahlungsbehandlung begeben muß; Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht nur dann, wenn die Krankheit auch zur Arbeitsunfähigkeit führt. Führt die Krankheit eines Arbeitnehmers nicht zur Arbeitsunfähigkeit, so können sich Entgeltansprüche für einen notwendigen Arztbesuch aus § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB ergeben, sofern sie nicht durch Tarifvertrag abbedungen werden (vgl. BAG vom 29.2.1984 - 5 AZR 455/81 -, - 5 AZR 92/82 -, - 5 AZR 467/81 -, USK 8413; USK 8428, USK 8471, EEK I/781, EEK I/782 und vom 9.1.1985 - 5 AZR 415/82 -, USK 8501, EEK I/814). Kann der Arzttermin auch außerhalb der Arbeitszeit wahrgenommen werden, so ist der Anspruch nach § 616 Abs. 1 BGB nicht gegeben.

## 2.5.16 Beschäftigungsverbote nach dem Bundesseuchengesetz (BSeuchG)

Sofern Ausscheidern, Ausscheidungsverdächtigen oder Ansteckungsverdächtigen die Berufsausübung untersagt wurde, ohne daß Arbeitsunfähigkeit besteht, kann das EFZG nicht angewendet werden. Der Arbeitgeber hat jedoch das Arbeitsentgelt nach § 616 Abs. 1 Satz 1 BGB während der Dauer des Tätigkeitsverbots fortzuzahlen, wenn die Verhinderung auf einen verhältnismäßig geringen Zeitraum beschränkt bleibt und eine Abbedingung durch Tarifvertrag nicht vorliegt.

Ein infolge Beschäftigungsverbots (§ 38 BSeuchG) nach § 49 Abs. 1 BSeuchG zustehender Anspruch auf Entschädigung für Verdienstaufschlag, der nach Abs. 4 dieser Vorschrift dem Arbeitgeber zu ersetzen wäre, liegt vor, wenn der Arbeitnehmer für den fraglichen Tag einen gesetzlichen oder vertraglichen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nicht hat (vgl. BAG vom 26.4.1978 - 5 AZR 7/77 -, USK 7886, EEK I/601 und BGH vom 30.11.1978 - III ZR 43/77 -, USK 78243, EEK I/614).

## 3 Wartezeit

### 3.1 Grundsatz

Bei Aufnahme einer neuen Beschäftigung entsteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 Abs. 3 erst nach vierwöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses (Wartezeit). Ein Arbeitnehmer, der in den ersten vier Wochen nach der Arbeitsaufnahme erkrankt, hat also erst ab der fünften Woche Anspruch auf sechswöchige Entgeltfortzahlung.

Ist bereits zum Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme die Arbeitsleistung wegen Arbeitsunfähigkeit unmöglich, so beginnt die vierwöchige Wartezeit erst mit dem Tag der vereinbarten Arbeitsaufnahme. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung i.S. des § 3 entsteht in diesen Fällen ab der fünften Woche der vereinbarten Arbeitsaufnahme.

### 3.2 Mehrere aufeinanderfolgende Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber

Ein neues Arbeitsverhältnis - mit vierwöchiger Wartezeit - liegt grundsätzlich auch dann vor, wenn es mit demselben Arbeitgeber eingegangen wird.

Das BAG hat mit Urteil vom 2.3.1983 - 5 AZR 194/80 - (USK 8314) entschieden, daß zwei aufeinanderfolgende rechtlich selbständige Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber i.S. des Entgeltfortzahlungsrechts ausnahmsweise wie ein einheitliches Arbeitsverhältnis behandelt werden können, wenn zwischen diesen Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht; dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen mit der Zusage der Wiedereinstellung nach Besserung der Auftragslage entlassen wurde und er tatsächlich seine Beschäftigung zu unveränderten Bedingungen fortsetzen konnte.

Auch bei der Berechnung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) sind zwei mit geringem zeitlichen Abstand aufeinanderfolgende Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber zusammenzurechnen, wenn ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen dem früheren und dem Neubegründeten Arbeitsverhältnis besteht. Ob dieser Sachzusammenhang bejaht werden kann, richtet sich nach einer einzelfallbezogenen Würdigung der Gesamtumstände. Das BAG hat in mehreren Entscheidungen zu § 1 Abs. 1 KSchG einen engen sachlichen Zusammenhang zwischen zwei Arbeitsverhältnissen insbesondere vom Anlaß und der Dauer der Unterbrechung sowie von der Art der Weiterbeschäftigung abhängig gemacht. Hinweise für einen engen sachlichen Zusammenhang können Anlaß (z. B. saisonaler, vorübergehender Arbeitsmangel) und Dauer der Unterbrechung, das Versprechen auf baldige Wiedereinstellung ebenso die Tatsache, daß nur betriebliche Gründe für die Unterbrechung maßgebend sind und der Arbeitnehmer gerade mit Rücksicht auf seine frühere Tätigkeit wieder eingestellt wird, sein.

Nach der Rechtsprechung des BAG zur Wartefrist des KSchG ist im allgemeinen bei einem Zeitraum von mehr als drei Wochen zwischen den Arbeitsverhältnissen von einer ins Gewicht fallenden Unterbrechung auszugehen.

In den Fällen, in denen zwischen zwei unbefristeten und rechtlich selbständigen Arbeitsverhältnissen bei demselben Arbeitgeber eine Unterbrechung von bis zu drei Wochen vorliegt, ist also im allgemeinen von einem engen sachlichen Zusammenhang auszugehen. Eine erneute vierwöchige Wartefrist i.S. des § 3 Abs. 3 kommt in diesen Fällen nicht in Betracht. Bei einer längeren Unterbrechung sollte die Prüfung eines engen sachlichen Zusammenhangs nach einer einzelfallbezogenen Würdigung der Gesamtumstände erfolgen.

Folgen mehrere bis zu vier Wochen befristete Arbeitsverhältnisse mit demselben Arbeitgeber unmittelbar aufeinander oder schließt sich an ein befristetes ein unbefristetes Arbeitsverhältnis bei demselben Arbeitgeber unmittelbar an, werden diese Zeiten zur Berechnung der Wartezeit zusammengerechnet; der Anspruch auf Entgeltfortzahlung setzt in diesen Fällen somit dann ein, wenn die Arbeitsverhältnisse zusammengenommen die Vier-Wochen-Frist überschreiten.

### 3.3 „Statuswechsel“ des Arbeitnehmers

Wechselt derselbe Arbeitnehmer bei demselben Arbeitgeber den Status (z. B. vom Auszubildenden zum Gesellen oder vom Arbeiter zum Angestellten), so besteht ein enger sachlicher Zusammenhang und es gibt keine neue Wartezeit.

### 3.4 Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme

Zur Erlangung des Entgeltfortzahlungsanspruchs ist es nicht erforderlich, daß der Arbeitnehmer die Arbeit bereits aufgenommen hat. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall entsteht frühestens ab der fünften Woche vom Zeitpunkt der vertraglich vereinbarten Arbeitsaufnahme an. Voraussetzung ist jedoch, daß die Arbeitsunfähigkeit nach Abschluß des Arbeitsvertrages eintritt (BAG-Urteile vom 26.7.1989 - 5 AZR 301/88 -, EEK I/998 und vom 26.7.1989 - 5 AZR 491/88-, EEK I/999). Die vor der vereinbarten Arbeitsaufnahme liegende Zeit der Arbeitsunfähigkeit kann nicht auf die Anspruchsdauer für die Entgeltfortzahlung angerechnet werden (BAG-Urteil vom 6.9.1989 - 5 AZR 621/88 -, EEK I/996).

### 3.5 Eintritt der Arbeitsunfähigkeit während der Wartezeit

Tritt während der Wartezeit eine Arbeitsunfähigkeit ein, so wird Krankengeld - bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen - bis zum Ablauf der Wartezeit gezahlt. Der Entgeltfortzahlungsanspruch entsteht mit Beginn der fünften Woche des Arbeitsverhältnisses. Ab diesem Zeitpunkt besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für bis zu sechs Wochen. Eine Anrechnung der während der Wartezeit zurückgelegten Arbeitsunfähigkeit auf den Anspruch auf Entgeltfortzahlung erfolgt nicht.

## 4 Dauer des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung

### 4.1 Grundsatz

Für jede Arbeitsunfähigkeit ist grundsätzlich ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu sechs Wochen (42 Kalendertage) gegeben, und zwar vom Beginn der Arbeitsunfähigkeit an (vgl. § 3, 2.5, Seiten 16 bis 27). Die Anspruchsdauer von sechs Wochen verlängert sich nicht, wenn während der Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit hinzutritt, die für sich allein ebenfalls Arbeitsunfähigkeit verursacht (vgl. BAG vom 12.9.1967 - 1 AZR 367/66 -, USK 6796, EEK I/028 und vom 14.9.1983 - 5 AZR 70/81 -, USK 8397, EEK I/771 und vom 19.6.1991 - 5 AZR 304/90 -, USK 9122, EEK I/1056 und vom 2.2.1994 - 5 AZR 345/93 -, USK 9404, EEK I/1138).

Hiervon ist jedoch der Fall zu unterscheiden, in dem zwei verschiedene Krankheiten nacheinander Arbeitsunfähigkeit bedingen. Das BAG hat in einem solchen Fall einen erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung zugebilligt, obwohl nach dem Ende der ersten Arbeitsunfähigkeit die Beschäftigung noch nicht wieder aufgenommen wurde und nur wenige - außerhalb der Arbeitszeit liegende - Stunden Arbeitsfähigkeit bestand. Ein Entgeltfortzahlungsanspruch ist aber immer dann gegeben, wenn die neue Arbeitsunfähigkeit z. B. nach dem Schichtende des Arbeiters eingetreten ist, weil zu diesem Zeitpunkt die erste Arbeitsunfähigkeit spätestens beendet war (vgl. BAG vom 11.10.1966 - 2 AZR 464/65 -, - 2 AZR 475/65 -, USK 6658, EEK I/026 und EEK I/027, vom 2.12.1981 - 5 AZR 89/80 -, USK 81251, EEK I/715 und vom 12.7.1989 - 5 AZR 377/88 -, USK 8947, EEK I/992).

Bei der Berechnung der Sechs-Wochen-Frist wird der Tag des Beginns der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich nicht mitgerechnet (vgl. § 187 Abs. 1 BGB, BAG vom 4.5.1971 - 1 AZR 305/70 -, USK 7161, EEK I/172). Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung endet also mit Ablauf desjenigen Tages der sechsten Woche, welcher durch seine Benennung dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit entspricht (vgl. § 188 Abs. 2, 1. Halbsatz BGB). Beruht aber der Entgeltanspruch für den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit allein auf § 3 Abs. 1, so beginnt die Frist von sechs Wochen bereits mit diesem Tage (vgl. BAG vom 12.9.1967 - 1 AZR 367/66 -, USK 6796, EEK I/028 und vom 21.9.1971 - 1 AZR 65/71 -, USK 71161, EEK I/195). Daraus ergibt sich im einzelnen folgendes:

Tritt die Arbeitsunfähigkeit an einem Arbeitstag vor Beginn der Arbeitsleistung ein, so ist der erste Tag der Arbeitsunfähigkeit in die Sechs-Wochen-Frist einzurechnen (vgl. § 187 Abs. 2 BGB). Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung endet mit Ablauf des 42. Tages der Arbeitsunfähigkeit. Dies gilt ebenfalls, wenn ein Arbeitnehmer, dessen Arbeitsentgelt nach Kalendertagen bemessen ist (z.B. bei gleichbleibendem Monatslohn), an einem arbeitsfreien Tag (z.B. Samstag) arbeitsunfähig wird. Bei Einstellung der Arbeitsleistung im Laufe einer Arbeitsschicht, steht dem Arbeitnehmer für den restlichen Teil des Tages der Arbeitsunfähigkeit sowie für die folgenden 42 Kalendertage der Anspruch nach § 3 Abs. 1 zu.

### **Beispiele:**

Die Arbeitsunfähigkeit tritt am Samstag, dem 7.3. ein.

- a) Der Arbeitnehmer ist an diesem Tage zur Arbeitsleistung verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit ist vor Arbeitsaufnahme eingetreten.

Ergebnis: Sechs-Wochen-Frist endet am 17.4.

Begründung: Der Entgeltfortzahlungsanspruch für den 7.3. beruht allein auf § 3 Abs. 1.

Deshalb ist der Ereignistag in die Sechs-Wochen-Frist einzubeziehen.

- b) Der Arbeitnehmer ist an diesem Tage zur Arbeitsleistung verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit ist während der Arbeitsleistung eingetreten.

Ergebnis: Die Sechs-Wochen-Frist endet am 18.4.

Begründung: Der Entgeltfortzahlungsanspruch für den 7.3. beruht nicht in vollem Umfang auf § 3 Abs. 1. Deshalb ist der Ereignistag **nicht** in die Sechs-Wochen-Frist einzubeziehen.

- c) Der Arbeitnehmer ist an diesem Tage **nicht** zur Arbeitsleistung verpflichtet. Das Arbeitsentgelt wird nach Arbeitstagen bemessen.

Ergebnis: Die Sechs-Wochen-Frist endet am 18.4.

Begründung: Der Arbeitnehmer würde bei Arbeitsfähigkeit für den arbeitsfreien Samstag kein Arbeitsentgelt erhalten. Deshalb ist der Ereignistag in die Sechs-Wochen-Frist **nicht** einzubeziehen.

- d) Der Arbeitnehmer ist an diesem Tage **nicht** zur Arbeitsleistung verpflichtet. Das Arbeitsentgelt wird nach **Kalendertagen** bemessen.

Ergebnis: Die Sechs-Wochen-Frist endet am 17.4.

Begründung: Dem Arbeitnehmer wäre auch bei Arbeitsfähigkeit der arbeitsfreie Tag bezahlt worden. Deshalb ist der Ereignistag in die Sechs-Wochen-Frist einzubeziehen.

Die Sechs-Wochen-Frist beginnt aber nur dann im eben beschriebenen Sinne, wenn zu Beginn der Arbeitsunfähigkeit auch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht. Ist dies nicht der Fall, dann beginnt die Sechs-Wochen-Frist erst nach Ablauf des Tages, an dem der Grund für den Ausschluß der Entgeltfortzahlung entfällt (vgl. § 3, 2.5.3, 2.5.7, 2.5.8, 2.5.9, 2.5.10, Seiten 17, 21 bis 23).



## **Beispiele:**

e) Eintritt von Arbeitsunfähigkeit während eines unbezahlten Urlaubs, der nicht Erholungszwecken diene.

Unbezahlter Urlaub vom 1.7. bis 31.8.

Arbeitsunfähigkeit vom 20.8. bis 30.10.

Ergebnis: Die Entgeltfortzahlung entfällt vom 20.8. bis 31.8., anschließend besteht Anspruch auf Entgeltfortzahlung vom 1.9. bis 12.10.

f) Eintritt von Arbeitsunfähigkeit während des Wehrdienstes.

Wehrdienst vom 1.4. bis 30.6.

Arbeitsunfähigkeit vom 19.6. bis 28.8.

Ergebnis: Die Entgeltfortzahlung entfällt vom 19.6. bis 30.6., anschließend besteht Anspruch auf Entgeltfortzahlung vom 1.7. bis 11.8.

Die Sechs-Wochen-Frist des § 3 Abs. 1 Satz 1 umfaßt auch dann 42 Kalendertage, wenn die Zeit der Entgeltfortzahlung nicht zusammenhängend verläuft. Die Zahl der Arbeitstage, für die Arbeitsentgelt fortgezahlt wird, ist ohne Bedeutung (vgl. BAG vom 22.2.1973 - 5 AZR 461/72 -, USK 7338, EEK I/304).

### 4.3 Anrechnung von nicht ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeitszeiten

Zeiten der Arbeitsunfähigkeit, für die keine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgestellt wurde (vgl. § 5), sind grundsätzlich nicht auf die Dauer der Entgeltfortzahlung anzurechnen.

Tage, für die ohne ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Arbeitsentgelt fortgezahlt wurde, sind jedoch dann auf den sechswöchigen Entgeltfortzahlungsanspruch anzurechnen, wenn glaubhaft dargelegt wird, daß eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit vorliegt (vgl. BSG vom 9.9.1981 - 3 RK 51/80 -, USK 81143, EEK IV/022). Der glaubhafte Nachweis ist grundsätzlich als erbracht anzusehen, wenn sich eine ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit an eine nicht ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit unmittelbar anschließt.

## 5 Wiederholte Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit

### 5.1 Grundsatz

Durch § 3 Abs. 1 Satz 2 wird der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit innerhalb von zwölf Monaten auf insgesamt sechs Wochen begrenzt.

### 5.2 Begriff „dieselbe Krankheit“

Um „dieselbe Krankheit“ handelt es sich, wenn die wiederholte Erkrankung auf dem gleichen Grundleiden beruht. Dabei ist als „dieselbe Krankheit“ auch eine solche zu verstehen, die zwar nicht ununterbrochen bestand, aber auf derselben Krankheitsursache beruht oder zumindest in einem inneren Zusammenhang mit ihr steht. Der innere Zusammenhang braucht nicht durch fortlaufende Behandlung nachgewiesen zu werden; er kann vielmehr schon dadurch begründet sein, daß die Entstehung der Krankheit jedesmal durch eine gemeinsame Bedingung begünstigt oder herbeigeführt wird. So ist z. B. eine mit häufigen graviditätsbedingten Krankheiten einhergehende Schwangerschaft für die Dauer ihres irregulären Verlaufs, einem nicht ausgeheilten befristeten Grundleiden i.S. des § 3 Abs. 1 Satz 2 (Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit) gleichzusetzen; dabei kommt es nicht darauf an, ob die einzelnen Erkrankungen (Krankheitserscheinungen) auch untereinander noch in einem besonderen Fortsetzungszusammenhang stehen (vgl. BAG vom 14.11.1984 - 5 AZR 394/82 -, USK 84162, EEK I/808, BAG vom 4.12.1985 - 5 AZR 656/84 -, USK 85140, EEK I/846).

Die Einschränkung des Anspruchs nach § 3 Abs. 1 Satz 2 kommt nur in Betracht, wenn die wiederholte Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit während eines ununterbrochenen Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber eintritt. Hat der Arbeitnehmer zwischen zwei Arbeitsunfähigkeitszeiten den Arbeitgeber gewechselt, so ist ein neuer Anspruch auf Weiterzahlung des Arbeitsentgelts bis zu sechs Wochen gegeben (vgl. BAG vom 13.1.1972 - 5 AZR 314/71 -, USK 7203, EEK I/256). Dies gilt auch, wenn ein neues Arbeitsverhältnis mit demselben Arbeitgeber eingegangen wird (BAG vom 15.9.1961 - 5 AZR 157/60 -, EEK I/014).

Zwei aufeinanderfolgende rechtlich selbständige Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber können i.S. des Entgeltfortzahlungsrechts ausnahmsweise wie ein einheitliches Arbeitsverhältnis behandelt werden, wenn zwischen diesen Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht (vgl. § 3, 3.2, Seite 28); dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Arbeitnehmer aus betrieblichen Gründen mit der Zusage der Wiedereinstellung nach Besserung der Auftragslage entlassen wurde und er tatsächlich seine Beschäftigung zu unveränderten Bedingungen fortsetzen konnte (vgl. BAG vom 2.3.1983 - 5 AZR 194/80 -, USK 8314, EEK I/762). Wird der Betrieb von einem neuen Betriebsinhaber übernommen und tritt dieser in die Rechte und Pflichten aus dem vorher begründeten Arbeitsverhältnis ein, so gestattet es § 613 a Abs. 1 BGB dem neuen Betriebsinhaber, vor dem rechtsgeschäftlichen Übergang liegende Arbeitsunfähigkeitszeiten, die auf derselben Krankheit beruhen, auf die Dauer der Entgeltfortzahlung anzurechnen.

Ist der Arbeitnehmer in mehreren Arbeitsverhältnissen beschäftigt, so ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung aus jedem Arbeitsverhältnis nach den vorstehenden Grundsätzen für sich zu beurteilen.

Die in § 3 Abs. 1 Satz 2 genannten Fristen von sechs und von zwölf Monaten sind nach §§ 187 Abs. 1, 188 Abs. 2 Halbsatz 1, 188 Abs. 3 BGB zu berechnen. Bei der Sechs-Monats-Frist ist der erste Tag der erneuten Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit der Ereignistag i. S. d. § 187 Abs. 1 BGB (vgl. BAG vom 30.8.1973 - 5 AZR 202/73 -, USK 73157, EEK I/350; rückwärtslaufende Frist). Bei der Zwölf-Monats-Frist ist als Ereignistag grund-

sätzlich der Tag des Beginns der ersten Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit als Ereignistag anzusehen (vorwärtslaufende Frist). Wenn am Tag des Beginns der Arbeitsunfähigkeit jedoch keine Arbeitsleistung mehr erbracht worden ist, beginnt die Zwölf-Monats-Frist - wie auch die Sechs-Wochen-Frist - bereits mit diesem Tage, so daß dann §§ 187 Abs. 2 Satz 1, 188 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB anzuwenden sind.

## 5.5 Sechs-Monats-Frist

Zur Beurteilung der Frage, ob ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu sechs Wochen besteht, wird zweckmäßigerweise zunächst geprüft, ob der Arbeitnehmer vor dem Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig war. Ist das der Fall, so besteht ein neuer Sechs-Wochen-Anspruch (vgl. BAG vom 30.8.1973 - 5 AZR 202/73 -, USK 73157, EEK I/350).

Bestand während der sechs Monate wegen einer anderen Krankheit Arbeitsunfähigkeit, so tritt dadurch eine Unterbrechung der Sechs-Monats-Frist nicht ein (vgl. BAG vom 6.10.1976 - 5 AZR 500/75 -, USK 76140, EEK I/554).

Der Fortsetzungszusammenhang wird nicht unterbrochen, wenn während einer vor Ablauf des Sechs-Monats-Zeitraums nach § 3 Abs. 1 Satz 2 zweiter Halbsatz begonnenen Vorsorge/-Rehabilitationsmaßnahme i.S. des § 9, die wegen des Grundleidens gewährt wurde, eine weitere krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als selbständiger Verhinderungstatbestand vorlag (vgl. BAG vom 22.8.1984 - 5 AZR 489/81 -, USK 84159, EEK I/800).

### **Beispiele:**

a) Erste Arbeitsunfähigkeit vom 18.3. bis 4.5.1998.

Zweite Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit beginnt am 4.11.1998.

Berechnung der Sechs-Monats-Frist nach dem BAG-Urteil vom 30.8.1973 (rückwärtslaufende Frist)

Ereignistag

4.11.1998

Fristbeginn	3.11.1998
Fristende	4. 5.1998

Für die Arbeitsunfähigkeit vom 4.11.1998 an besteht **kein** neuer Sechs-Wochen-Anspruch.

b) Erste Arbeitsunfähigkeit vom 18.3. bis 30.4.1998

Zweite Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit beginnt am 31.10.1998.

Berechnung der Sechs-Monats-Frist nach dem BAG-Urteil vom 30.8.1973

Ereignistag	31.10.1998
Fristbeginn	30.10.1998
Fristende	30. 4.1998

Da dem Monat April der 31. fehlt, endet die Frist nach § 188 Abs. 3 BGB mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats, also dem 30.4. Somit besteht vom 31.10.1998 an **kein** Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

c) Erste Arbeitsunfähigkeit vom 18.3. bis 25.5.1998.

Zweite Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit beginnt am 30.11.1998

Berechnung der Sechs-Monats-Frist nach dem BAG-Urteil vom 30.8.1973

Ereignistag	30.11.1998
Fristbeginn	29.11.1998
Fristende	30. 5.1998

Für die Arbeitsunfähigkeit vom 30.11.1998 an besteht ein neuer Sechs-Wochen-Anspruch.

d) Arbeitsunfähig wegen Krankheit	vom	bis	Kalendertage
A	15. 2.1998	31. 3.1998	45

B	26. 8.1998	30. 9.1998	36
A	20.10.1998	28.10.1998	9

Dem Arbeitnehmer steht für jeden Arbeitsunfähigkeitsfall ein Entgeltfortzahlungsanspruch zu. Die 2. Arbeitsunfähigkeit beruht nicht auf derselben Krankheit. Zwischen dem Beginn der 3. und dem Ende der 1. Arbeitsunfähigkeit war der Arbeitnehmer sechs Monate nicht wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig, so daß ein neuer Anspruch bis zur Dauer von sechs Wochen begründet wird (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1).

Ist für die neue Arbeitsunfähigkeit nach § 3 Abs. 1 ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu sechs Wochen gegeben, so beginnt mit dieser Arbeitsunfähigkeit zugleich ein neuer Zwölf-Monats-Zeitraum (vgl. BAG vom 6.10.1976 - 5 AZR 500/75 -, USK 76140, EEK I/554 sowie die Beispiele § 3, 5.6, Seiten 38 ff.).

#### 5.6 Zwölf-Monats-Frist

Ist nach vorstehenden Grundsätzen (vgl. § 3, 5.5, Seite 36) ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht gegeben, ist zu prüfen, ob er gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 begründet ist. Danach besteht ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu sechs Wochen, wenn seit der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist - zum Fristbeginn vgl. § 3, 5.4, Seite 35 - (vgl. BAG vom 9.11.1983 - 5 AZR 204/81 -, USK 83126, EEK I/769, BAG vom 16.12.1987 - 5 AZR 510/86 -, USK 87104, EEK I/936). Bei der Anrechnung von Zeiten vorausgegangener Arbeitsunfähigkeit bleibt jeweils der erste Tag der Arbeitsunfähigkeit dann außer Ansatz, wenn er als Ereignistag im Sinne der Ausführungen im § 3, 4.2, Seite 31, gilt (vgl. Beispiele zum 2. Absatz der vorgenannten Anmerkung). Besteht zu Beginn der Arbeitsunfähigkeit kein Anspruch, weil die Höchstbezugsdauer von sechs Wochen innerhalb von zwölf Monaten erschöpft ist, so lebt er auch dann nicht auf, wenn während der laufenden Arbeitsunfähigkeit die Frist von zwölf Monaten endet.

## Beispiele:

a) Erstmaliger Eintritt von Arbeitsunfähigkeit am 3.5.1998 vor Arbeitsbeginn.

Berechnung der Zwölf-Monats-Frist

Fristbeginn	3.5.1998
Fristende	2.5.1999

Für dieselbe Krankheit besteht wieder ein voller Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn die Arbeitsunfähigkeit nach dem 2.5.1999 eintritt.

b) Erstmaliger Eintritt von Arbeitsunfähigkeit vor Arbeitsbeginn am 3.5.1997. Wegen derselben Krankheit bestand Arbeitsunfähigkeit

vom	3.5.1998	bis	30.6.1998
vom	14.8.1998	bis	5.9.1998
vom	7.2.1999	bis	10.5.1999
vom	20.5.1999	bis	6.7.1999

Für dieselbe Krankheit besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für sechs Wochen in den Zeiten vom 3.5. bis 30.6.1998 und vom 20.5. bis 6.7.1999. Zwischen dem 30.6. und dem 14.8.1998 sowie dem 5.9.1998 und dem 7.2.1999 lagen jeweils keine sechs Monate. Auch die Zwölf-Monats-Frist (vom 3.5.1998 bis 2.5.1999) ist noch nicht abgelaufen, so daß ein Entgeltfortzahlungsanspruch in den Arbeitsunfähigkeitszeiten vom 14.8. bis 5.9.1998 und vom 7.2. bis 10.5.1999 nicht besteht. Zwar endet in der Arbeitsunfähigkeitszeit vom 7.2. bis 10.5.1999, nämlich am 2.5.1999, die Zwölf-Monats-Frist, dies führt jedoch nicht zu einem neuen Entgeltfortzahlungsanspruch ab dem 3.5.1999. Mit der Arbeitsunfähigkeit vom 20.5.1999 an beginnt eine neue Zwölf-Monats-Frist (Fristbeginn: 20.5.1999). Sie endet am 19.5.2000.

c) Erstmaliger Eintritt von Arbeitsunfähigkeit nach Arbeitsbeginn am 3.5.1998. Wegen derselben Krankheit bestand Arbeitsunfähigkeit

vom	3.5.1998	bis	30.6.1998
vom	14.8.1998	bis	5.9.1998
vom	7.3.1999	bis	20.4.1999

Berechnung der Zwölf-Monats-Frist siehe Beispiel a).

Für dieselbe Krankheit besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für sechs Wochen in den Zeiten vom 3.5. bis 30.6.1998 und vom 7.3. bis 20.4.1999. Es wird zwar schon während der Arbeitsunfähigkeit vom 3.5. bis 30.6.1998 Arbeitsentgelt für sechs Wochen gezahlt und die Zwölf-Monats-Frist ist während der Arbeitsunfähigkeit vom 7.3. bis 20.4.1999 noch nicht beendet. Dennoch besteht ein neuer Anspruch, weil das Ende der letzten Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit (5.9.1998) mehr als sechs Monate zurückliegt. Mit dem neuen Leistungsanspruch beginnt zugleich ein neuer Zwölf-Monats-Zeitraum. Die neue Zwölf-Monats-Frist verläuft vom 7.3.1999 bis 6.3.2000 (vgl. BAG vom 6.10.1976 - 5 AZR 500/75 -, USK 76140, EEK I/554).

d) Arbeitsunfähig wegen Krankheit	vom	bis	Kalendertage
A	15. 2.1998	28. 2.1998	14
A	16. 7.1998	31. 7.1998	16
A	13.10.1998	12.11.1998	31

Der Zeitraum zwischen dem Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeit und dem Ende der vorhergehenden Arbeitsunfähigkeit ist jeweils kürzer als sechs Monate. Da die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit auf derselben Krankheit beruhen und im Zwölf-Monats-Zeitraum liegen, sind sie für die Anspruchsdauer von sechs Wochen zusammenzurechnen. Für die am 13.10.1998 eingetretene Arbeitsunfähigkeit besteht nur noch ein Anspruch bis zum 24.10.1998 (12 Kalendertage).



e) Arbeitsunfähig wegen Krankheit	vom	bis	Kalendertage
A	15.2.1998	28.2.1998	14
A	26.8.1998	19.9.1998	25
A	18.2.1999	3.4.1999	45

Der Zeitraum zwischen dem Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeit und dem Ende der vorhergehenden Arbeitsunfähigkeit ist jeweils kürzer als sechs Monate. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 letzter Halbsatz sind demnach nicht gegeben. Für die am 18.2.1999 eingetretene Arbeitsunfähigkeit besteht dennoch ein neuer Anspruch. Die am 15.2.1998 beginnende Zwölf-Monats-Frist des § 3 Abs. 1 Satz 1 erster Halbsatz endet am 14.2.1999. Mit der am 18.2.1999 eingetretenen Arbeitsunfähigkeit beginnt eine neuer Zwölf-Monats-Frist und damit ein neuer Anspruch aus Entgeltfortzahlung für sechs Wochen.

f) Arbeitsunfähig wegen Krankheit	vom	bis	Kalendertage
A	15.2.1998	28.2.1998	14
A	26.8.1998	9.9.1998	15
A	11.2.1999	3.4.1999	52

Die Arbeitsunfähigkeit ist bereits am 11.2.1999 eingetreten. An diesem Tage ist die Zwölf-Monats-Frist (15.2.1998 bis 14.2.1999) noch nicht abgelaufen. Da der Arbeitnehmer in diesem Zeitraum schon für 29. Kalendertage wegen derselben Krankheit Arbeitsentgelt erhalten hat, besteht ein Restanspruch für 13 Tage, also bis zum 23.2.1999. Es ist unbedeutend, daß die Zwölf-Monats-Frist schon am 14.2.1999 endet. Eine neue Zwölf-Monats-Frist und damit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung wird erst mit dem erneuten Eintritt einer Arbeitsunfähigkeit nach dem 3.4.1999 ausgelöst.

g) Arbeitsunfähig wegen Krankheit	vom	bis	Kalendertage
A	15. 2.1998	31. 3.1998	45
B	26. 8.1998	30. 9.1998	36
A	20.10.1998	28.10.1998	9
A	16.11.1998	31.12.1998	46

Da seit der letzten Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit A mehr als sechs Monate vergangen sind, wird die vor diesem Zeitpunkt liegende Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit (vom 15.2. bis 31.3.1998) nicht auf die Anspruchsdauer von sechs Wochen angerechnet werden. Ab 20.10.1998 wird eine neue Zwölf-Monats-Frist begründet, so daß nur die Zeit vom 20.10. bis 28.10.1998 (9 Kalendertage) angerechnet werden kann. Dem Arbeitnehmer steht somit während der Arbeitsunfähigkeit vom 16.11. bis 31.12.1998 noch ein Anspruch auf 33 Kalendertage (bis zum 18.12.1998) zu.

#### 5.7 Mitteilungsbefugnis der Krankenkassen

Die Krankenkassen sind nach § 69 Abs. 4 SGB X befugt, dem Arbeitgeber mitzuteilen, ob die Fortdauer einer Arbeitsunfähigkeit oder eine erneute Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers auf derselben Krankheit beruht; die Übermittlung von Diagnosedaten an den Arbeitgeber ist nicht zulässig.

#### 6 Hinzutritt einer Krankheit

Die Anspruchsdauer von sechs Wochen verlängert sich nicht, wenn während der Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit hinzutritt, die für sich allein ebenfalls Arbeitsunfähigkeit verursacht (vgl. BAG vom 12.9.1967 - 1 AZR 367/66 -, USK 6796, EEK I/715 und vom 14.9.1983 - 5 AZR 70/81 -, USK 8397, EEK I/771).

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung endet während der ununterbrochenen Arbeitsunfähigkeit jedoch spätestens mit dem tatsächlichen Entgeltbezug für insgesamt sechs Wochen (vgl. § 3, 5.1 und 5.2, Seite 34).

Tritt während der Arbeitsunfähigkeit eine neue Krankheit hinzu, die bereits früher Arbeitsunfähigkeit verursacht hatte, so sind auf die Dauer des Entgeltfortzahlungsanspruchs die vorhergehenden Bezugszeiten wegen dieser hinzugetretenen Krankheit unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 von dem Zeitpunkt an anzurechnen, in dem die hinzugetretene Krankheit alleinige Ursache der Arbeitsunfähigkeit ist (vgl. BAG vom 27.7.1977 - 5 AZR 318/76 -, USK 77115, EEK I/565).

Besteht während der Arbeitsverhinderung unabhängig von der zweiten Erkrankung eine Entgeltfortzahlungspflicht, begründet aber diese zweite, hinzugetretene Krankheit keinen eigenen, zusätzlichen Entgeltfortzahlungsanspruch (z. B. weil sie nicht länger dauert als die Ersterkrankung), dann ist kein Fortsetzungszusammenhang gegeben, wenn die hinzugetretene Krankheit später - innerhalb der Sechs-Monats-Frist - erneut auftritt (vgl. BAG vom 19.6.1991 - 5 AZR 304/90 -, USK 9122, EEK I/1056). Der Arbeitgeber kann in diesen Fällen also nicht auf die Vorerkrankung hinweisen und die Entgeltfortzahlung verweigern oder zeitlich beschränken.

Wenn jedoch eine Fortsetzungserkrankung zu einer bereits bestehenden Krankheit hinzutritt und über deren Ende hinaus andauert, liegt ein einheitlicher Verhinderungstatbestand mit dem Ende der ursprünglichen Krankheit nicht mehr vor; vielmehr beruht die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers dann nur noch auf der Fortsetzungserkrankung. In diesen Fällen schuldet der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung bis zum Ablauf der Sechs-Wochen-Frist, die die äußerste zeitliche Grenze auch für Mehrfacherkrankungen bei einem einheitlichen Verhinderungsfall bedeutet (vgl. BAG vom 2.2.1994 - 5 AZR 345/93 - USK 9404, EEK I/1138).

Beim Hinzutritt einer Krankheit gelten für die Berechnung der Sechs- bzw. Zwölf-Monats-Frist und für die Dauer der Entgeltfortzahlung folgende Grundsätze:

- Beim Hinzutritt einer Krankheit ist für den Verlauf der Sechs-Monats-Frist der Tag, an dem das hinzutretende Leiden **allein** für sich Arbeitsunfähigkeit verursacht, der maßgebende Ereignistag.

- Sofern anlässlich einer Vorerkrankungszeit eine Krankheit hinzugetreten war und von einem bestimmten Tage an allein die Arbeitsunfähigkeit verursacht hatte, ist bei der Prüfung der Sechs-Monats-Frist auf den Tag abzustellen, an dem die für die Beurteilung der Anspruchsdauer maßgebende („dieselbe“) Krankheit zuletzt die Arbeitsunfähigkeit bedingte.
- Eine neue Zwölf-Monats-Frist beginnt in den Fällen des Hinzutritts nur, wenn an dem Tag, an dem das hinzutretende Leiden allein die Arbeitsunfähigkeit verursacht, noch ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht.
- In den Fällen des Hinzutritts wird die zu Beginn des laufenden Leistungsfalls bestehende Anspruchsdauer **nicht** verlängert.

### **Beispiele:**

- die Arbeitsunfähigkeit ist jeweils vor Arbeitsbeginn eingetreten -

a) Erste Arbeitsunfähigkeit Krankheit	vom		Kalender- tage	Entgeltfortzahlung vom		Kalender- tage
	bis	bis		bis	bis	
A	03.09.1998	17.09.1998	15	03.09.1998	17.09.1998	15
A/B	18.09.1998	02.10.1998	15	18.09.1998	02.10.1998	15
B	03.10.1998	10.11.1998	39	03.10.1998	14.10.1998	12

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit A beginnt am 02.04.1999.

### **Ergebnis:**

Sechs-Monats-Frist Krankheit A: 1.4.1999 - 2.10.1998

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A besteht ab 02.04.1999 kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für sechs Wochen. Innerhalb der durch die erste Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A ausgelösten und vom 03.09.1998 - 02.09.1999 verlaufenden Zwölf-Monats-Frist ist ab 02.04.1999 unter Berücksichtigung der Vorerkrankungszeit wegen der Krankheit A vom 03.09. - 02.10.1998 (30 Kalendertage) noch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für 12 Tage, das ist bis einschließlich 13.04.1999, gegeben.

b) Erste Arbeitsunfähigkeit			Kalender- tage	Entgeltfortzahlung		Kalender- tage
Krankheit	vom	bis		vom	bis	
A	03.09.1998	17.09.1998	15	03.09.1998	17.09.1998	15
A/B	18.09.1998	01.10.1998	14	18.09.1998	01.10.1998	14
B	02.10.1998	10.11.1998	40	02.10.1998	14.10.1998	13

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit A beginnt am 02.04.1999

**Ergebnis:**

Sechs-Monats-Frist Krankheit A: 1.4.1999 - 2.10.1998

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A besteht ab 02.04.1999 ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für die Dauer von sechs Wochen, das ist bis einschließlich 13.05.1999. Hierdurch wird gleichzeitig eine neue Zwölf-Monats-Frist ausgelöst.

c) Erste Arbeitsunfähigkeit			Kalender- tage	Entgeltfortzahlung		Kalender- tage
Krankheit	vom	bis		vom	bis	
A	03.09.1998	17.09.1998	15	03.09.1998	17.09.1998	15
A/B	18.09.1998	02.10.1998	15	18.09.1998	02.10.1998	15
B	03.10.1998	10.11.1998	39	03.10.1998	14.10.1998	12

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit B beginnt am 16.04.1999.

**Ergebnis:**

Sechs-Monats-Frist Krankheit B: 15.4.1999 - 16.10.1998

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit B besteht ab 16.04.1999 kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für sechs Wochen, da die für die Beurteilung der Anspruchsdauer maßgebende Krankheit B, die während der Vorerkrankungszeit am 18.09.1998 hinzutrat, vom 3.10. bis 10.11.1998, und somit noch in der Sechs-Monats-Frist, die Arbeitsunfähigkeit allein verursachte. Innerhalb der durch die hinzutretende Krankheit B ausgelösten und vom 3.10.1998 bis 2.10.1999 verlaufenden Zwölf-Monats-Frist ist ab 16.4.1999 unter Berücksichtigung der anzurechnenden Vorerkrankungszeit vom 3.10. bis 14.10.1998 (12 Kalendarstage) ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für 30 Tage, das ist bis einschließlich 15.5.1999, gegeben.

d) Erste Arbeitsunfähigkeit			Kalender- tage	Entgeltfortzahlung		Kalender- tage
Krankheit	vom	bis		vom	bis	
A	03.09.1998	17.09.1998	15	03.09.1998	17.09.1998	15
A/B	18.09.1998	02.10.1998	15	18.09.1998	02.10.1998	15
B	03.10.1998	10.11.1998	39	03.10.1998	14.10.1998	12

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit B beginnt am 11.5.1999.

### **Ergebnis:**

Sechs-Monats-Frist Krankheit B: 10.5.1999 - 11.11.1998

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit B besteht ab 11.5.1999 ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für die Dauer von sechs Wochen, das ist bis einschließlich 21.06.1999. Hierdurch wird gleichzeitig eine neue Zwölf-Monats-Frist ausgelöst, die vom 11.5.1999 bis 10.5.2000 verläuft.

e) Erste Arbeitsunfähigkeit			Kalender- tage	Entgeltfortzahlung		Kalender- tage
Krankheit	vom	bis		vom	bis	
A	15.02.1999	28.02.1999	14	15.02.1999	28.02.1999	14
A/B	01.03.1999	15.03.1999	15	01.03.1999	15.03.1999	15
B	16.03.1999	20.05.1999	66	16.03.1999	28.03.1999	13

#### Erneute Arbeitsunfähigkeit

Krankheit	vom	bis
A	17.09.1999	20.10.1999
A/B	21.10.1999	24.10.1999
B	25.10.1999	b. a. w.

#### **Ergebnis:**

Sechs-Monats-Frist Krankheit A: 16.09.1999 - 17.03.1999

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A besteht ab 17.09.1999 grundsätzlich ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für sechs Wochen, das ist bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit bis einschließlich 28.10.1999.

Neue Zwölf-Monats-Frist: 17.09.1999 - 16.09.2000

Sechs-Monats-Frist Krankheit B: 24.10.1999 - 25.04.1999

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit B besteht ab 25.10.1999 kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für sechs Wochen. Innerhalb der durch die hinzutretende Krankheit B in der Vorerkrankungszeit ausgelösten und vom 16.03.1999 bis 15.03.2000 verlaufenden Zwölf-Monats-Frist ist ab 25.10.1999 unter Berücksichtigung der anzurechnenden Vorerkrankungszeit vom 16.03.1999 bis 28.03.1999 (13 Kalendertage) grundsätzlich ein Restanspruch für 29 Tage, das wäre bis einschließlich 22.11.1999, gegeben. Da innerhalb

eines einheitlichen (durchlaufenden) Leistungsfalls höchstens ein Entgeltfortzahlungsanspruch für sechs Wochen besteht und die Leistungsdauer durch den Hinzutritt einer Krankheit nicht verlängert wird, endet der Anspruch auf Entgeltfortzahlung mit dem 28.10.1999.

f) Erste Arbeitsunfähigkeit Krankheit	Krankheit		Kalender- tage	Entgeltfortzahlung		Kalender- tage
	vom	bis		vom	bis	
A	14.02.1998	16.05.1998	92	14.02.1998	27.03.1998	42

Erneute Arbeitsunfähigkeit

Krankheit	vom	bis
B	08.10.1998	02.11.1998
B/A	03.11.1998	19.11.1998
A	20.11.1998	b. a. w.

**Ergebnis:**

Sechs-Monats-Frist Krankheit A: 19.11.1998 - 20.5.1998

Obwohl in dem Sechs-Monats-Zeitraum keine Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A vorgelegen hat, besteht ab 20.11.1998 kein Entgeltfortzahlungsanspruch, da anlässlich der am 08.10.1998 wegen der Krankheit B eingetretenen Arbeitsunfähigkeit die sechswöchige Anspruchsdauer, die durch den Hinzutritt einer Krankheit nicht verlängert wird, am 18.11.1998 endet.

g) Erste Arbeitsunfähigkeit Krankheit	Krankheit		Kalender- tage	Entgeltfortzahlung		Kalender- tage
	vom	bis		vom	bis	
A	14.02.1998	16.05.1998	92	14.02.1998	27.03.1998	42



### Erneute Arbeitsunfähigkeit

Krankheit	vom	bis
B	28.10.1998	02.11.1998
B/A	03.11.1998	19.11.1998
A	20.11.1998	b. a. w.

### Ergebnis:

Ab 20.11.1998 besteht grundsätzlich wieder ein sechswöchiger Entgeltfortzahlungsanspruch für die Krankheit A. Anlässlich der ab 28.10.1998 eingetretenen Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit B besteht innerhalb dieses einheitlichen Leistungsfalles jedoch ein Entgeltfortzahlungsanspruch für höchstens 42 Tage, bis zum 08.12.1998.

Neue Zwölf-Monats-Frist: 20.11.1998 - 19.11.1999

h) Erste Arbeitsunfähigkeit			Kalender-	Entgeltfortzahlung		Kalender-
Krankheit	vom	bis	tage	vom	bis	tage
A	05.12.1998	03.02.1999	61	05.12.1998	15.01.1999	42
A/B	04.02.1998	15.02.1999	12			
B	16.02.1999	31.05.1999	105			

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit B beginnt ab 13.10.1999.

### Ergebnis:

Sechs-Monats-Frist Krankheit B: 12.10.1999 - 13.4.1999

Ab 13.10.1999 besteht ein neuer sechswöchiger Entgeltfortzahlungsanspruch für Krankheit B. Zwar ist am 13.10.1999 die Sechs-Monats-Frist noch nicht abgelaufen, jedoch hat die ab 16.2.1999 allein Arbeitsunfähigkeit verursachende Krankheit B noch keinen Entgeltfortzahlungsanspruch und somit keine Zwölf-Monats-Frist ausgelöst, so daß eine Anrechnung auf die ab 13.10.1999 eingetretene Arbeitsunfähigkeit nicht erfolgt.

Zwölf-Monats-Frist: 13.10.1999 - 12.10.2000

i) Erste Arbeitsunfähigkeit Krankheit	vom		bis	Kalender- tage	Entgeltfortzahlung		Kalender- tage
					vom	bis	
A	08.08.1998	09.08.1998	2		08.08.1998	09.08.1998	2
A/B	10.08.1998	18.08.1998	9		10.08.1998	18.08.1998	9

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit B ab 07.09.1998

### **Ergebnis:**

Vom 07.09.1998 an besteht ein voller Entgeltfortzahlungsanspruch für sechs Wochen, da die am 10.08.1998 hinzugetretene Krankheit B zu keinem Zeitpunkt alleinige Ursache der Arbeitsunfähigkeit bis 18.08.1998 war. Eine Anrechnung vom 07.09.1998 an ist somit nicht möglich. Entgeltfortzahlung ist bis längstens 18.10.1998 zu leisten.

Der Fortsetzungszusammenhang zwischen mehreren auf derselben Krankheit beruhenden Zeiten der Arbeitsverhinderung wird nicht dadurch unterbrochen, daß eine dieser Zeiten durch eine andere - einen selbständigen Verhinderungsfall darstellende - Krankheit ausgelöst worden ist; dies gilt gleichermaßen für den Fall, daß es sich bei dem anderweitigen Verhinderungstatbestand um eine stationäre Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme i.S. des § 9 EFZG handelt (vgl. BAG, Urteil vom 22.08.1984 - 5 AZR 489/81 -, USK 84159, EEK I/800)

### 7 Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation

Die Zeit einer stationären Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme, während der das Arbeitsentgelt nach § 9 weitergezahlt wurde, steht einer Arbeitsunfähigkeit gleich (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 1).

## **Beispiel:**

Medizinische Rehabilitationsmaßnahme wegen Krankheit A durch den Rentenversicherungsträger

- vom 15.3. bis 12.4.; arbeitsfähig entlassen

Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit A

- vom 6.7. bis 18.7.

Es besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Zeiten vom 15.3. bis 12.4. (29 Tage) und 6.7. bis 18.7. (13 Tage)

Die Berechnung der in § 3 Abs. 1 Satz 2 genannten Fristen richtet sich nach dem Beginn der stationären Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme und nicht nach dem Zeitpunkt ihrer Bewilligung (vgl. BAG vom 2.6.1966, EEK I/024).

### 8 Nachrang des Mutterschaftsgeldes

Der Arbeitgeber hat bei einem früheren Entbindungstermin als erwartet für die geleistete Entgeltfortzahlung keinen Rückforderungsanspruch gegen die Arbeitnehmerin. Tritt also die Entbindung früher als erwartet ein, so bleibt es bei dem fortgezahlten Arbeitsentgelt bis zu Beginn der Schutzfrist. Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld ruht nach § 200 Abs. 4 RVO bzw. § 29 Abs. 5 KVLG für die Zeit des fortgezahlten Arbeitsentgelts.

### 9 Nichterfüllung der Entgeltfortzahlung wegen Fehlens der Voraussetzungen des § 3 Abs. 1

Zahlt der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt nicht weiter, weil nach seiner Auffassung die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 nicht erfüllt sind (z.B. Verschulden des Arbeitnehmers an der Entstehung der Krankheit), hat die Krankenkasse - unter Beachtung der Leistungsbeschränkungen bei Selbstverschulden (vgl. § 52 SGB V) und der Mitwirkungspflichten des Mitglieds - Krankengeld zu zahlen, da ein Ruhen des Krankengeldes nach § 49 SGB V nicht in

Betracht kommt. Der Anspruch des Versicherten auf die Entgeltfortzahlung gegen den Arbeitgeber geht nach § 115 SGB X auf die Krankenkasse über. Die Krankenkasse hat die auf sie in Höhe des gezahlten Krankengeldes übergegangenen (vermeintlichen) Ansprüche des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber selbst durchzusetzen.

In diesen Fällen sollte die Krankenkasse darauf hinwirken, daß der Arbeitnehmer für den Zeitraum des vermeintlichen Anspruchs die ihm obliegenden Anzeige- und Nachweispflichten (§§ 5 und 9) erfüllt, damit kein Verweigerungsrecht des Arbeitgebers nach § 7 entsteht.

Um Schwierigkeiten vorzubeugen, die entstehen können, wenn der Arbeitgeber trotz des Übergangs des Anspruchs an seine Arbeitnehmer zahlt, sollten sowohl der Versicherte als auch der Arbeitgeber über den Anspruchsübergang und seine Folgen unterrichtet werden. Zahlt der Arbeitgeber - trotz einer entsprechenden Nachricht - an den Versicherten, so kann sich die Krankenkasse dennoch an den Arbeitgeber halten (vgl. §§ 407, 412 BGB), der seinerseits gegen den Versicherten einen Herausgabeanspruch hat.

Die Krankenkasse ist verpflichtet, den übergegangenen Anspruch mit allen geeigneten Mitteln durchzusetzen. Eine Aufrechnung nach § 13 Abs. 2 LFZG oder den entsprechenden Vorschriften des SGB ist unzulässig. Die dort aufgezählten Möglichkeiten der Aufrechnung sind erschöpfend (vgl. auch §§ 398 bis 401 BGB).

Der Forderungsübergang nach § 115 SGB X kann nach Maßgabe des § 412 BGB mit Einreden und Einwendungen, z.B. Verjährung, behaftet sein. Der Arbeitgeber kann auch einwenden, daß die Krankenkasse eine tarifvertraglich festgelegte Ausschlußfrist versäumt hat, in der der Forderungsübergang spätestens hätte geltend gemacht werden müssen. Diese tarifvertraglich vereinbarten, im allgemeinen sehr kurzfristigen Ausschlußfristen haben auch die Krankenkassen gegen sich gelten zu lassen (vgl. BAG vom 8.8.1979 - 5 AZR 660/77 -, USK 79161, EEK I/669).

Hat der Arbeitgeber den Anspruch eines Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung (§ 3 Abs. 1, § 9 Abs. 1) zunächst unberechtigt verweigert, und erfüllt er ihn später, dann handelt es sich auch bei dem auf die Krankenkasse in Höhe des Krankengeldes übergegangenen Teil des Arbeitsentgelts um Entgeltfortzahlung nach dem EFZG, die im Rahmen des § 10 LFZG zu erstatten ist.

Für Streitigkeiten über den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts (Grundanspruch, Dauer, Rechtsübergang usw.) sind die Gerichte der Arbeitsgerichtsbarkeit zuständig. Falls ein Arbeitnehmer klagt, kann die Krankenkasse als Nebenkläger auftreten.

Bei Auftragsleistungen (z.B. aus der Unfall- oder Rentenversicherung) obliegt die Durchsetzung des Forderungsübergangs dem zuständigen Leistungsträger.

#### **§ 4 - Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts**

***(1) Die Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den in § 3 Abs. 1 bezeichneten Zeitraum beträgt 80 v.H. des dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehenden Arbeitsentgelts. Erleidet ein Arbeitnehmer infolge einer den Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 des Siebten Buches Sozialgesetzbuch begründenden Tätigkeit einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit i.S. des Siebten Buches Sozialgesetzbuch, so bemißt sich die Höhe der Entgeltfortzahlung abweichend von Satz 1 nach dem Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zusteht; dies gilt bei Arbeitsunfällen nur in dem Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitsunfall eingetreten ist und bei Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 des Siebten Buches Sozialgesetzbuch nur in den Fällen, in denen Maßnahmen aufgrund von Arbeitsschutz- oder Unfallverhütungsvorschriften veranlaßt worden sind.***

***(1 a) Zum Arbeitsentgelt nach Absatz 1 gehören nicht Leistungen für Aufwendungen des Arbeitnehmers, soweit der Anspruch auf sie im Falle der Arbeitsfähigkeit davon abhängig ist, daß dem Arbeitnehmer entsprechende Aufwendungen tatsächlich entstanden sind,***

*und dem Arbeitnehmer solche Aufwendungen während der Arbeitsunfähigkeit nicht entstehen. Erhält der Arbeitnehmer eine auf das Ergebnis der Arbeit abgestellte Vergütung, so ist der von dem Arbeitnehmer in der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit erzielbare Durchschnittsverdienst der Berechnung zugrunde zu legen.*

*(2) Ist der Arbeitgeber für Arbeitszeit, die gleichzeitig infolge eines gesetzlichen Feiertages ausgefallen ist, zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach § 3 verpflichtet, bemißt sich die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts für diesen Feiertag nach § 2.*

*(3) Wird in dem Betrieb verkürzt gearbeitet und würde deshalb das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers im Falle seiner Arbeitsfähigkeit gemindert, so ist die verkürzte Arbeitszeit für ihre Dauer als die für den Arbeitnehmer maßgebende regelmäßige Arbeitszeit i.S. des Absatzes 1 anzusehen. Dies gilt nicht im Falle des § 2 Abs. 2.*

*(4) Durch Tarifvertrag kann eine von den Absätzen 1, 1 a und 3 abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages kann zwischen nichttarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Anwendung der tarifvertraglichen Regelung über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle vereinbart werden.*

## 1 Grundsatz

Der Arbeitnehmer hat für den krankheitsbedingten Arbeitsausfall bis zur Dauer von sechs Wochen einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe von 80 v.H. des ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehenden Arbeitsentgelts. Dies gilt auch für Personen, die verkürzt arbeiten und Leistungen nach dem Altersteilzeitgesetz erhalten, für Zeiten, an denen sie zur Arbeitsleistung verpflichtet sind.

Um bei Arbeitsunfähigkeit oder während einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 v.H. zu erhalten, kann der Arbeitnehmer unter bestimmten Voraussetzungen vom Arbeitgeber die Anrechnung eines Urlaubstages für je fünf Krankheitstage verlangen. Die angerechneten Tage gelten als Urlaubstage, insoweit besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung (vgl. §§ 4 a, 9, Seiten 64 und 110). Regelungen

in Tarifverträgen, Einzelverträgen oder Betriebsvereinbarungen, die einen höheren Entgeltfortzahlungsanspruch einräumen, sind anzuwenden, so daß sich die Anrechnung von Urlaubstagen in diesen Fällen erübrigt.

Kraft Gesetzes besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 v.H. bei Arbeitsunfähigkeit infolge

- einer Berufskrankheit bzw.
- eines Arbeitsunfalles (einschließlich Wegeunfall) in einer den Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 SGB VII begründenden Tätigkeit.

Es handelt sich dabei also einerseits um Beschäftigte und andererseits um Personen (Arbeitnehmer), die sich Untersuchungen, Prüfungen oder ähnlichen Maßnahmen unterziehen, die aufgrund von Rechtsvorschriften zur Aufnahme einer versicherten Tätigkeit oder infolge einer beendeten versicherten Tätigkeit (Abschlußuntersuchung) erforderlich sind, soweit diese Maßnahme vom Unternehmen (Arbeitgeber) oder einer Behörde veranlaßt worden sind.

§ 4 Abs. 1 Satz 2 letzter Halbsatz stellt in diesem Zusammenhang klar, daß Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 v.H. nur bei Arbeitsunfällen in dem Arbeitsverhältnis zu leisten ist, in dem der Arbeitsunfall eingetreten ist. Übt der Arbeitnehmer also mehrere Arbeitsverhältnisse aus, besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nur in dem Arbeitsverhältnis, in dem sich der Arbeitsunfall ereignet hat.

Bei Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 SGB VII besteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 v.H. nur in den Fällen, in denen Maßnahmen aufgrund von Arbeitsschutz oder Unfallverhütungsvorschriften veranlaßt worden sind.

Nicht erfaßt von der Absenkung der Entgeltfortzahlung sind die Ansprüche aus Entgeltfortzahlung in Fällen persönlicher Arbeitsverhinderung nach § 616 BGB, z. B. bei Betreuung eines erkrankten Kindes. Insoweit bleibt es bei der 100%igen Fortzahlung für eine nicht erhebliche Dauer. Auch in Fällen, in den schwangere Arbeitnehmerinnen wegen eines Beschäftigungsverbots (§ 3 Abs. 1, §§ 4, 6 Abs. 2 oder 3 MuSchG) oder wegen des Mehr-, Nacht-

oder Sonntagsarbeitsverbots (§ 8 Abs. 3 oder 5 MuSchG) teilweise oder völlig mit der Arbeit aussetzen müssen, besteht unverändert nach § 11 MuSchG Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts in Höhe von 100 %.

Für die Entgeltfortzahlung nach den §§ 3 und 9 ist das Entgeltausfallprinzip maßgebend: Für die Berechnung des weiterzuzahlenden Arbeitsentgelts sind also gegenwartsbezogene Werte entscheidend. Deshalb wirken sich alle Änderungen im Arbeitsverhältnis (beispielsweise Verkürzungen der Arbeitszeit, Erhöhung des Arbeitsentgelts durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung usw.) auf die Höhe des weiterzuzahlenden Arbeitsentgelts auch dann aus, wenn sie erst während der Arbeitsunfähigkeit eintreten (vgl. BAG vom 15.2.1978 - 5 AZR 739/76 -, USK 7828, EEK I/600). Das bedeutet zugleich, daß einem Arbeitnehmer, der während der Arbeitsunfähigkeit aus einem Berufsausbildungsverhältnis in ein Arbeitsverhältnis überwechselt, vom Beginn des Arbeitsverhältnisses an das höhere Arbeitsentgelt - wie bei Arbeitsfähigkeit - zu zahlen ist.

Werden während einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers Sonderschichten durchgeführt, um auf diese Weise einem einmaligen außergewöhnlich hohen Arbeitsanfall im Betrieb Rechnung zu tragen, so gehören diese Mehrarbeitsstunden nicht zur „regelmäßigen Arbeitszeit“ i.S. des § 4 Abs. 1 mit der Folge, daß der Arbeitnehmer für die Tage der krankheitsbedingt ausgefallenen Sonderschichten keine Entgeltfortzahlung verlangen kann (vgl. BAG vom 3.5.1989 - 5 AZR 249/88 - USK 8943, EEK I/978)

## 2 Berechnung des weiterzuzahlenden Arbeitsentgelts

### 2.1 Vergütung nach Arbeitszeit

#### 2.1.1 Entgeltausfallprinzip

Das Arbeitsentgelt ist für die regelmäßige Arbeitszeit weiterzuzahlen, die infolge der Arbeitsunfähigkeit ausfällt. Bei Arbeitnehmern, deren Arbeitsentgelt nach Monaten bemessen ist, kann der auf den Kalendertag entfallende Teil des Arbeitsentgelts (1/30 des Monatsbetrages: vgl. BAG vom 28.2.1975 - 5 AZR 213/74 -, EEK I/470) mit der Zahl der auf die Arbeitsunfähigkeitszeit



entfallenden Kalendertage vervielfacht werden. Das gilt bei gleichbleibendem Wochenlohn entsprechend mit der Maßgabe, daß von den jeweiligen Arbeitstagen auszugehen ist. Bei Stundenlöhnern ist die Zahl der infolge Arbeitsunfähigkeit ausgefallenen Stunden mit dem jeweils maßgebenden Stundenlohn zu multiplizieren.

Bei einem Monatslohn oder Gehalt für einen Teilmonat kann das fortzuzahlende Arbeitsentgelt auch ermittelt werden, in dem das monatliche Bruttoarbeitsentgelt durch die tatsächlichen anfallenden Arbeitstage des Monats dividiert und der sich danach ergebende Betrag mit der Anzahl der krankheitsbedingt ausfallenden Arbeitstage multipliziert wird (vgl. BAG vom 14.8.1985 - 5 AZR 384/84 -, USK 8589, EEK I/831). Andere als die aufgezeigten Berechnungsarten sind jedoch nicht ausgeschlossen. Dies gilt insbesondere dann, wenn abweichende Regelungen in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen oder Einzelarbeitsverträge getroffen wurden.

Zur Reduzierung des Arbeitsentgelts auf 80 v.H. siehe Ausführungen zu § 4, 3, Seite 60.

#### 2.1.2 Berücksichtigung von Über-/Mehrarbeitsstunden

Bei der Ermittlung der regelmäßigen Arbeitszeit i.S. des § 4 Abs. 1 sind Über-/Mehrarbeitsstunden zu berücksichtigen, wenn sie regelmäßig geleistet wurden. Sie sind Teil der regelmäßigen Arbeitszeit i.S. des EFZG, wenn sie im Entgeltfortzahlungszeitraum regelmäßig angefallen wären. Überstunden sind dann als „regelmäßig“ anzusehen, wenn sie mit einer gewissen Stetigkeit und Dauer angefallen wären; diese Voraussetzung ist im allgemeinen nicht erfüllt, wenn die Überstunden nur für den einen oder anderen Tag angeordnet worden sind. Es kommt jedoch grundsätzlich nicht darauf an, ob sie bereits vor dem Entgeltfortzahlungszeitraum regelmäßig angefallen sind. Wenn Über-/Mehrarbeitsstunden vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit geleistet wurden, ist das ein Indiz für den regelmäßigen Anfall auch im Entgeltfortzahlungszeitraum (vgl. BAG vom 15.2.1978 - 5 AZR 739/76 -, USK 7828, EEK I/600 und vom 3.5.1989 - 5 AZR 249/88 -, USK 8943, EEK I/978).

Um festzustellen, ob der Arbeitnehmer bei Arbeitsfähigkeit regelmäßig Über-/Mehrarbeitsstunden geleistet hätte, ist im Zweifelsfall auf die Vergangenheit abzustellen. Sie gibt im allgemeinen ein zuverlässiges Bild für die Beurteilung der regelmäßigen Arbeitszeit. Wenn Über-/Mehrarbeitsstunden in der Vergangenheit regelmäßig angefallen sind, kann davon aus-

gegangen werden, daß sie ohne die Arbeitsunfähigkeit auch weiterhin geleistet worden wären. Regelmäßigkeit ist dann gegeben, wenn Über-/Mehrarbeitsstunden in jedem der letzten abgerechneten drei Entgeltabrechnungszeiträume (während der letzten drei Monate oder 12 bzw. 13 Wochen) vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit angefallen sind (vgl. BAG vom 8.5.1972 - 5 AZR 428/71 -, USK 7258, EEK I/258 und vom 18.1.1973 - 5 AZR 362/72 -, USK 7318, EEK I/229). Der Durchschnittswert der in diesem Zeitraum geleisteten Über-/Mehrarbeitsstunden ist anzusetzen.

Über-/Mehrarbeitsstunden können auch dann Teil der regelmäßigen Arbeitszeit sein, wenn sie im Betrieb erst nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit angeordnet werden. Die Regelmäßigkeit wird allerdings zu verneinen sein, wenn die Mehrarbeit erst durch die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers verursacht worden ist. Sind Über-/Mehrarbeitsstunden zu berücksichtigen, so ist bei der Berechnung des fortzuzahlenden Entgeltbetrages neben dem vereinbarten Stundenlohn auch der Überstunden-Zuschlag anzusetzen.

### 2.1.3 Sonderfälle

Die Feststellung der regelmäßigen Arbeitszeit macht im allgemeinen keine Schwierigkeiten, wenn sie sich aus Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen oder aus dem Einzelarbeitsvertrag ergibt und diese auch eingehalten wird, d. h. für den Arbeitnehmer persönlich auch maßgebend ist. Bei Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung ist die branchen-, orts- oder betriebsübliche Arbeitszeit als vereinbart anzusehen.

Die individuelle Arbeitszeit eines Arbeitnehmers kann jedoch von der tariflichen, betriebsüblichen oder einzelvertraglich vereinbarten Arbeitszeit abweichen. Dann stellt sich die Frage, welche Arbeitszeit für den arbeitsunfähigen Arbeitnehmer als regelmäßig anzusehen ist.

Dies ist u.a. bei den sog. Freischichtenmodellen der Fall. Trotz tariflicher oder betrieblich vereinbarter Arbeitszeitverkürzung wird weiterhin z. B. 40 Stunden in der Woche gearbeitet; zum Ausgleich für das Überschreiten der (verkürzten) wöchentlichen Arbeitszeit werden Freischichten oder freie Tage gewährt. Sofern tarifvertraglich nichts Abweichendes bestimmt ist,

ist maßgebende regelmäßige Arbeitszeit für die Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts in diesen Fällen nicht die verkürzte Arbeitszeit, sondern diejenige, die der Arbeitnehmer bei Arbeitsfähigkeit hätte leisten müssen (vgl. BAG vom 2.12.1987 - 5 AZR 602/86 -, USK 87134, EEK I/920).

Ist aufgrund der besonderen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses ein Mindestsoll an Arbeitsstunden nicht festgelegt und die Arbeitszeit nicht gleichbleibend, so ist das weiterzuzahlende Arbeitsentgelt prinzipiell nach vergangenheitsbezogenen Werten zu berechnen (vgl. BAG vom 29.9.1971 - 3 AZR 164/71 -, USK 71225, EEK I/237). Dabei ist grundsätzlich von dem letzten abgerechneten Entgeltabrechnungszeitraum (ein Monat, mindestens vier Wochen) auszugehen. Führt diese Berechnung zu keinem vertretbaren Ergebnis, so ist zunächst die Arbeitszeit eines gleichartig beschäftigten Arbeitnehmers zugrunde zu legen. Erst danach sind die letzten drei abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume (drei Monate oder 12 bzw. 13 Wochen) maßgebend. Das so ermittelte Arbeitsentgelt ist durch die Zahl der auf den Ausgangszeitraum entfallenden Arbeitstage zu dividieren. Das Ergebnis wird mit der Zahl der infolge Arbeitsunfähigkeit ausgefallenen Arbeitstage multipliziert (vgl. BAG vom 22.10.1980 - 5 AZR 438/78 -, USK 80267, EEK I/686).

## 2.2 Vergütung nach Arbeitsleistung

Die vorstehenden Ausführungen gelten grundsätzlich auch bei der Gewährung von Leistungslöhnen (Akkord-, Stücklohn usw.). Auch dem Leistungslöhner ist das Arbeitsentgelt fortzuzahlen, das infolge der Arbeitsunfähigkeit entfällt. Wenn das entfallene Arbeitsentgelt nicht festgestellt werden kann und auch das Arbeitsentgelt eines gleichartig beschäftigten Arbeitnehmers zu keinem vertretbaren Ergebnis führt, empfiehlt sich auch hier eine vergangenheitsbezogene Berechnung. Als Ausgangszeitraum sollte im allgemeinen der letzte abgerechnete Entgeltabrechnungszeitraum (ein Monat, mindestens vier Wochen) zugrunde gelegt werden. Führt auch diese Berechnung zu keinem vertretbaren Ergebnis, so kann von den letzten drei abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträumen (drei Monate oder 12 bzw. 13 Wochen) ausgegangen werden. Es bestehen keine Bedenken, bei Leistungslöhnern das fortzuzahlende Arbeitsentgelt in der gleichen Weise wie in den Sonderfällen (vgl. § 4, 2.1.3, Seite 58) für Arbeitstage festzustellen (vgl. BAG vom 22.10.1980 - 5 AZR 438/78 -, USK 80267, EEK I/686).

### 3 Reduzierung des Arbeitsentgelts auf 80 v.H.

Das EFZG enthält keine Regelungen, in welcher Weise die Reduzierung des Arbeitsentgelts um 20 v.H. erfolgt. Der Gesetzgeber hat diese insbesondere bei Pauschallohnvereinbarungen problematische Frage der Vereinbarung durch die Beteiligten überlassen (BT-Drucksache 13/4612, S.15). Soweit die Beteiligten darüber keine Vereinbarung getroffen haben, ist das auf eine Woche, einen Monat oder einen längeren Zeitraum bezogene Arbeitsentgelt durch die Zahl der tatsächlich zu leistenden Arbeitstage zu dividieren und das so ermittelte Tagesarbeitsentgelt um 20 v.H. zu mindern. Soweit die tägliche Arbeitszeit unterschiedlich ist, hat der Arbeitgeber das auf eine Woche, einen Monat oder einen längeren Zeitraum bezogene Arbeitsentgelt durch die Zahl der in diesem Zeitraum zu leistenden Sollarbeitsstunden zu dividieren, das so ermittelte Arbeitsentgelt pro Stunde mit der Zahl der Stunden, die der Arbeitnehmer an diesem Tag der Arbeitsunfähigkeit hätte leisten müssen, zu multiplizieren und das so ermittelte Tagesarbeitsentgelt um 20 v.H. zu mindern.

### 4 Art des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts

#### 4.1 Grundsatz

Arbeitsentgelt i.S. des § 4 ist das Bruttoarbeitsentgelt. Bei Nettolohnvereinbarung hat der Arbeitgeber die Arbeitnehmeranteile zur Sozialversicherung und die Lohnsteuer auch für die Dauer der Entgeltfortzahlung zu übernehmen.

#### 4.2 Sachbezüge

Zum fortzuzahlenden Arbeitsentgelt gehören auch die Sachbezüge. Wenn sie nicht in Anspruch genommen werden können, sind sie in bar abzugelten. Hierbei kann von den in der Rechtsverordnung zu § 17 SGB IV festgesetzten Sachbezugswerten ausgegangen werden. Es besteht allerdings kein Anspruch auf Barabgeltung der Sachbezüge, wenn die Krankenkasse stationäre Behandlung gewährt (vgl. BAG vom 22.9.1960 - 2 AZR 507/59 -, EEK I/049). Das gilt auch bei stationären Maßnahmen durch andere Sozialleistungsträger.

#### 4.3 Sonntag-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge

Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge sind fortzuzahlen, wenn sie bei Arbeitsfähigkeit zu leisten gewesen wären.

#### 4.4 Aufwendungsersatz

Kein Arbeitsentgelt i.S. des § 4 sind Leistungen des Arbeitgebers für Aufwendungen des Arbeitnehmers, soweit der Anspruch auf diese Aufwendungen im Falle der Arbeitsunfähigkeit davon abhängig ist, daß dem Arbeitnehmer entsprechende Aufwendungen tatsächlich entstanden sind, und dem Arbeitnehmer solche Aufwendungen während der Arbeitsunfähigkeit nicht entstehen (§ 4 Abs. 1 a Satz 1).

Nicht fortzuzahlen sind also Nah- und Fernauslösungen (vgl. BAG-Urteil vom 28.1.1982 - 6 AZR 911/78 -, USK 82137, EEK I/726 und vom 15.6.1983 - 5 AZR 399/82 -, USK 8379, EEK I/765 und vom 15.6.1983 - 5 AZR 598/80 -, USK 8381, EEK I/764), Schmutzzulagen und ähnliche Leistungen (z.B. Fahrgeld und Reisekosten), wenn und soweit ihre Zahlung den Nachweis tatsächlicher Aufwendungen voraussetzt und solche Aufwendungen während der Arbeitsunfähigkeit nicht anfallen.

Erhält der Arbeitnehmer als Arbeitsfähiger Leistungen auch dann, wenn zeitweise entsprechende Aufwendungen nicht entstehen, erhält er diese auch als Arbeitsunfähiger weiter. Das ist beispielsweise bei Funktionszulagen oder pauschalen Aufwendungsersatz der Fall, insbesondere auch dann, wenn die Aufwendungen durch eine generelle Erhöhung des Arbeitsentgelt abgegolten werden.

Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen „Aufwendungsersatz“ und „Arbeitsentgelt“ kommt es nicht auf die vom Arbeitgeber gewählte Bezeichnung, sondern auf die inhaltliche Ausgestaltung und den objektiven Zweck der gewährten Leistungen an; eine als Aufwendungsersatz gedachte Leistung setzt voraus, daß typischerweise besondere Aufwendungen anfallen, die - jedenfalls in der Regel - den Umfang des gewährten Aufwendungsersatzes erreichen, wobei es jedoch nicht erforderlich ist, daß diese Aufwendungen bei jedem Arbeitnehmer tatsächlich anfallen (vgl. BAG-Urteil vom 15.7.1992 - 7 AZR 491/91 -, EEK I/1116).

Eine pauschale Fehlgeldentschädigung (auch Mankogeld oder Zählgeld genannt) gehört jedenfalls dann zu dem im Krankheitsfalle fortzuzahlenden Arbeitsentgelt i.S. des § 4 Abs. 1, wenn sie nicht als Aufwendungsersatz zum Ausgleich tatsächlicher Mehraufwendungen des Arbeitnehmers bestimmt ist (vgl. BAG-Urteil vom 19.3.1986 - 5 AZR 309/85 -, EEK I/862).

#### 4.5 Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt

Einmalig gezahltes Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer während der Arbeitsunfähigkeit gewährt wird, ist nicht Bestandteil des nach dem EFZG zu gewährenden Arbeitsentgelts. Sinn und Zweck der §§ 3 und 4 lassen erkennen, daß sie nur das laufende Arbeitsentgelt meinen, nicht aber auch Rechtsgrundlage für einmalig gezahltes Arbeitsentgelt sind. So ist z. B. eine einmalig im Jahr gewährte Anwesenheitsprämie bei der Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts nicht zu berücksichtigen (vgl. BAG-Urteile vom 19.5.1982 - 5 AZR 466/80, USK 8272, EEK I/729 - und vom 15.2.1990 - 6 AZR 381/88 -, USK 9001, EEK I/1012).

#### 5 Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts bei verkürzter Arbeitszeit

§ 4 Abs. 3 sieht vor, daß eine verkürzte Arbeitszeit für ihre Dauer die maßgebende regelmäßige Arbeitszeit i.S. des § 4 Abs. 1 ist. Voraussetzung ist aber ein gemindertem Arbeitsentgelt bei Arbeitsfähigkeit (Entgeltausfallprinzip). Die Ursache der verkürzten Arbeitszeit (z. B. Kurzarbeit, witterungsbedingter Arbeitsausfall) ist unbedeutend. Bei Empfängern von Kurzarbeitergeld bestimmt § 4 Abs. 3 Satz 2, daß bei der Bemessung des für den gesetzlichen Feiertag fortzuzahlenden Arbeitsentgelts von der ungekürzten Arbeitszeit auszugehen ist.

#### 6 Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts an gesetzlichen Feiertagen

Für Arbeitszeit, die gleichzeitig in Folge eines gesetzlichen Feiertages ausgefallen ist, erhält der Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 2 Entgeltfortzahlung in Höhe der Feiertagsbezahlung (vgl. § 3, 2.5.6, Seite 21). Nach § 2 Abs. 1 erhält er damit das Arbeitsentgelt in der Höhe, wie er es

als Arbeitsfähiger für diesen Tag erhalten hätte. Hierbei ist auch § 2 Abs. 3 anzuwenden, so daß kein Anspruch auf Arbeitsentgelt besteht, wenn der Arbeitnehmer am Arbeitstag vor oder nach dem Feiertag unentschuldig der Arbeit fern bleibt.

## 7 Abweichungen durch Tarifvertrag

§ 4 Abs. 4 enthält eine Tariföffnungsklausel, die eine vertragliche Anpassung der Entgeltfortzahlung an Besonderheiten der Arbeitsverhältnisse möglich macht. Durch Tarifvertrag kann eine von § 4 Abs. 1, 1 a und Abs. 3 abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden. Für alle anderen Vorschriften im EFZG besteht keinerlei Möglichkeit, zuungunsten des Arbeitnehmers tarifvertragliche Regelungen zu vereinbaren.

Das Recht, durch Tarifvertrag Vereinbarungen über die Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts zu treffen, ermöglicht es, den praktischen Bedürfnissen einzelner Wirtschaftszweige angepaßte Methoden der Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts zu vereinbaren. Durch Tarifvertrag kann auch die der Berechnung zugrundezulegende Zusammensetzung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts abweichend von § 4 Abs. 1 festgelegt werden (z.B. hinsichtlich Überstunden- und Nachtarbeitsvergütung oder - über § 4 Abs. 1 Satz 2 hinaus - von Auslösungen).

Beinhaltet der Tarifvertrag Regelungen über Freizeitausgleich und bestimmt, daß sich die bei Arbeitsunfähigkeit zu vergütende Stundenzahl pro Tag nach dem Durchschnitt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate richtet, so ist diese Regelung auch für den Fall anwendbar, daß die Betriebsnutzungszeit (z.B. wöchentlich 40 Stunden oder täglich acht Stunden) beibehalten wird und der Ausgleich zu der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit durch sogenannte Freischichten erfolgt. Sind in dem Bezugszeitraum von drei Monaten vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit unbezahlte Freischichten - durch die eine über die individuelle regelmäßige Arbeitszeit hinaus geleistete Arbeit ausgeglichen worden ist - angefallen, so sind auch diese Freischichttage für die Errechnung der durchschnittlichen täglichen Arbeitszeit zu berücksichtigen; sie sind wie tatsächliche Arbeitstage anzusetzen (vgl. BAG-Urteil vom 21.2.1990 - 5 AZR 105/89 -, EEK I/1002).

Bei diesen „Freischichtmodellen“ sind Arbeitgeber und Betriebsrat jedoch berechtigt, in einer Betriebsvereinbarung zu regeln, daß ein entsprechender Zeitausgleich nur für tatsächlich geleistete Arbeitszeit entsteht und eine Freizeigutschrift für die Tage einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen ist; eine solche Regelung kann auch für Angestellte mit einer monatlich gleichbleibenden Vergütung gelten (vgl. BAG-Urteil vom 22.9.1993 - 5 AZR 612/92 -, EEK I/1128).

#### **§ 4 a            Anrechnung auf den Erholungsurlaub**

*(1) Im Falle des § 4 Abs. 1 Satz 1 kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber spätestens bis zum dritten Arbeitstag nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit verlangen, daß ihm von je fünf Tagen, an denen der Arbeitnehmer infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, der erste Tag auf den Erholungsurlaub angerechnet wird. Mehrere Zeiträume, in denen der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist, werden zusammengerechnet. Die angerechneten Tage gelten als Urlaubstage; insoweit besteht kein Anspruch des Arbeitnehmers nach § 3 Abs. 1 Satz 1. Für die übrigen Tage bemißt sich die Höhe der Entgeltfortzahlung abweichend von § 4 Abs. 1 Satz 1 nach dem Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zusteht. § 4 Abs. 1 a bis 4 ist anzuwenden. § 9 des Bundesurlaubsgesetzes und § 4 Abs. 4 Satz 1 des Tarifvertragsgesetzes sind nicht anzuwenden.*

*(2) Durch die Anrechnung nach Absatz 1 dürfen der gesetzliche Jahresurlaub nach § 3 des Bundesurlaubsgesetzes, § 19 des Jugendarbeitsschutzgesetzes und den §§ 53, 54 des Seemannsgesetzes sowie der Zusatzurlaub nach § 47 des Schwerbehindertengesetzes nicht unterschritten werden.*

*(3) Absatz 1 Satz 1 gilt nicht für den Teil des Urlaubs, der aus betrieblichen Gründen für alle Arbeitnehmer oder für bestimmte Gruppen von Arbeitnehmern einheitlich festgelegt ist, und nicht, soweit der Urlaub üblicherweise durch arbeitsfreie Zeiträume als abgegolten gilt.*



Arbeitnehmer, die lediglich Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe von 80 v.H. haben, können vom Arbeitgeber für fünf krankheitsbedingte Fehltage die Anrechnung eines Urlaubstages verlangen, um so Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 v.H. zu erlangen.

## 2                   Urlaubsanrechnung bei Arbeitsunfähigkeit

Um einen Entgeltausfall zu vermeiden und weiterhin 100 v.H. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall zu erhalten, kann der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber spätestens bis zum dritten Arbeitstag nach dem Ende der Arbeitsunfähigkeit verlangen, daß ihm von je fünf Tagen, an denen er infolge Krankheit (oder wegen einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation, vgl. § 9, Seite 110) an der Arbeitsleistung verhindert ist, der jeweils erste Tag auf den Erholungsurlaub angerechnet wird. Dabei sind die Tage zu berücksichtigen, an den der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen wäre. Durch die Anrechnung des jeweils ersten von fünf Arbeitstagen sollen Unstimmigkeiten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer hinsichtlich der Auswahl des Tages, für den Erholungsurlaub anzurechnen ist, vermieden werden.

Ist der Arbeitnehmer wiederholt arbeitsunfähig krank, so werden die jeweiligen Zeiträume zusammengerechnet. Ein Arbeitnehmer, der sich z.B. für eine zweitägige Arbeitsunfähigkeit einen Erholungsurlaubstag hat anrechnen lassen, erhält also bei der nächsten Arbeitsunfähigkeit mit Anspruch auf Entgeltfortzahlung für bis zu drei Krankheitstage das Arbeitsentgelt in Höhe von 100 v.H. fortgezahlt. Diese Möglichkeit der "Nachholung" ist zeitlich nicht befristet.

Die angerechneten Tage gelten als Urlaubstage. Der Arbeitgeber hat für diese Tage Urlaubsentgelt und - sofern vereinbart - Urlaubsgeld zu leisten. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung i.S. des § 3 Abs. 1 verlängert sich durch die angerechneten Tage des Erholungsurlaubs aber nicht. Die zur Vermeidung der Absenkung der Entgeltfortzahlung in Anspruch genommenen Tage des Erholungsurlaubs dürfen nicht dazu führen, daß der gesetzlich festgelegte Mindesturlaub sowie der Zusatzurlaub nach § 47 des Schwerbehindertengesetzes unterschritten werden. Der Mindesturlaub beträgt:

- Bei Jugendlichen (§ 19 JArbSchG, § 54 SeemG)

unter 16 Jahren: 30 Werktage,

unter 17 Jahren: 27 Werktage,

unter 18 Jahren: 25 Werktage.

Bei im Bergbau unter Tage beschäftigten Jugendlichen sind jeweils drei weitere Werktage hinzuzurechnen.

- Bei Erwachsenen ab 18 Jahren (§ 3 BUrlG, § 53 Abs. 2 SeemG): 24 Werktage. Der gesetzliche Zusatzurlaub nach dem Schwerbehindertengesetz beträgt fünf Arbeitstage (§ 47 SchwbG).

Maßgebend ist das mit dem Kalenderjahr identische Urlaubsjahr (§ 1 BUrlG). Auf den Urlaubsanspruch für das folgende Urlaubsjahr kann der Arbeitnehmer nicht zurückgreifen.

Eine Anrechnungsmöglichkeit ist ebenfalls insoweit ausgeschlossen, als der Urlaub aus betrieblichen Gründen für alle Arbeitnehmer oder für bestimmte Arbeitnehmergruppen einheitlich im Betrieb festgelegt ist (z.B. Betriebsferien). Gleiches gilt, wenn der Urlaub üblicherweise durch arbeitsfreie Zeiträume als abgegolten gilt (z. B. Ferien für angestellte Lehrer).

Beispiel:

Der Arbeitnehmer ist drei Wochen (15 Arbeitstage) krank. Sein Jahresurlaub beträgt 30 Werktage (25 Arbeitstage) bei 24 Werktagen (20 Arbeitstagen) gesetzlichen Mindesturlaub. Somit stehen fünf Arbeitstage Urlaub zur Disposition. Er kann drei Krankheitstage (Arbeitstage) auf den Urlaub anrechnen lassen.

#### **§ 4 b**      *Kürzung von Sondervergütungen*

*Eine Vereinbarung über die Kürzung von Leistungen, die der Arbeitgeber zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbringt (Sondervergütungen), ist auch für Zeiten der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit zulässig. Die Kürzung darf für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt, nicht überschreiten.*

#### **Anmerkungen:**

Die Vorschrift ist eine Grundlage für Bestimmungen in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und einzelvertraglichen Vereinbarungen, nach der eine zu zahlende Sondervergütung aufgrund krankheitsbedingter Fehlzeiten gekürzt werden kann. Der Arbeitgeber darf für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit die Sondervergütung um höchstens ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt auf einen Arbeitstag entfällt, kürzen. Damit soll verhindert werden, daß bereits geringe krankheitsbedingte Fehlzeiten zu einer unangemessen hohen Kürzung oder sogar zum Wegfall der gesamten Sondervergütung führen.

Sondervergütungen i.S. des EFZG sind Leistungen des Arbeitgebers, die zusätzlich zum laufenden Arbeitsentgelt erbracht werden (z. B. zusätzliche Monatsgehälter, Weihnachtsgratifikation, Tantiemen).

#### **Beispiel:**

Sachverhalt:

Ein Arbeitnehmer arbeitet in einem Betrieb mit Fünf-Tage-Woche. Er erhält ein monatlich gleichbleibendes Gehalt von 6.000 DM. Außerdem hat er Anspruch auf ein 13. Monatsgehalt, das aufgrund einer entsprechenden Vereinbarung um krankheitsbedingte Fehltage gekürzt werden kann. Im laufenden Kalenderjahr war der Arbeitnehmer insgesamt an 30 Arbeitstagen arbeitsunfähig krank.

### **Ergebnis:**

Das jährliche Arbeitsentgelt beträgt (ohne das 13. Monatsgehalt) 72.000 DM. Auf einen Arbeitstag entfallen im Jahresdurchschnitt 72.000 DM: 250 (unterstellte Anzahl der Arbeitstage/Jahr) = 288 DM; ein Viertel dieses Betrags sind 72 DM. Das 13. Monatsgehalt darf somit um höchstens 2.160 DM (72 x 30) gekürzt werden.

### ***§ 10 Bundesurlaubsgesetz - Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation***

***(1) Der Arbeitgeber ist berechtigt, von je fünf Tagen, an denen der Arbeitnehmer infolge einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation (§ 9 Absatz 1 des Entgeltfortzahlungsgesetzes) an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, die ersten zwei Tage auf den Erholungsurlaub anzurechnen. Die angerechneten Tage gelten als Urlaubstage; insoweit besteht kein Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Satz 1 gilt nicht***

- 1. bei Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers nach § 3 des Entgeltfortzahlungsgesetzes,***
- 2. für Maßnahmen, deren unmittelbarer Anschluß an eine Krankenhausbehandlung medizinisch notwendig ist (Anschlußrehabilitation); als unmittelbar gilt auch, wenn die Maßnahme innerhalb von 14 Tagen beginnt,***
- 3. für Vorsorgekuren für Mütter nach § 24 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch sowie für Müttergenesungskuren nach § 41 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch;***
- 4. für Kuren von Beschädigten nach § 11 Abs. 2 des Bundesversorgungsgesetzes.***

***(2) Durch die Anrechnung des Absatz 1 dürfen der gesetzliche Jahresurlaub nach § 3 Abs. 1, § 19 des Jugendarbeitsschutzgesetzes und den §§ 53, 54 des Seemannsgesetzes sowie der Zusatzurlaub nach § 47 des Schwerbehindertengesetzes nicht unterschritten werden.***

*(3) Soweit eine Anrechnung auf den Erholungsurlaub nach Absatz 1 nicht oder nur teilweise möglich ist, weil der Arbeitnehmer den für die Anrechnungsmöglichkeit des Arbeitgebers zur Verfügung stehenden Urlaub ganz oder teilweise bereits erhalten hat, darf der Arbeitgeber eine Anrechnung auf den Urlaub des nächsten Kalenderjahres vornehmen. Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend.*

#### **Anmerkungen:**

Der Arbeitgeber ist berechtigt, für Arbeitnehmer, die - ohne arbeitsunfähig zu sein - an der Arbeitsleistung gehindert sind, weil sie an einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation teilnehmen (§ 9 EFZG), Erholungsurlaub anzurechnen. Für je fünf Tage der Arbeitsverhinderung können die ersten zwei Tage auf den Erholungsurlaub angerechnet werden. Der Arbeitgeber kann z.B. für einen Arbeitnehmer mit einer Fünf-Tage-Woche, der eine dreiwöchige Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation in Anspruch nimmt, insgesamt sechs Tage auf den Erholungsurlaub anrechnen.

Für Arbeitnehmer, die an weniger als fünf Tagen in der Woche arbeiten, sind die Anrechnungsmöglichkeiten des Arbeitgebers entsprechend geringer. Ist ein Arbeitnehmer z.B. lediglich an zwei oder drei Tagen in der Woche zur Arbeitsleistung verpflichtet, so fallen bei der Teilnahme an einer dreiwöchigen Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation insgesamt nur sechs bzw. neun Arbeitstage aus. Der Arbeitgeber ist in beiden Fällen nur berechtigt, zwei Tage auf den Erholungsurlaub anzurechnen.

Der Arbeitgeber kann bei Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation Erholungsurlaub nicht anrechnen bei

- Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers (§ 3 EFZG),
- Anschlußrehabilitation, wenn die Maßnahme innerhalb von 14 Tagen nach einer Krankenhausbehandlung beginnt,
- Vorsorgekuren für Mütter (§ 24 SGB V) sowie bei Müttergenesungskuren (§ 41 SGB V),
- Kuren von Beschädigten nach § 11 Absatz 2 BVG.

Durch die Anrechnung darf der gesetzlich festgelegte Mindesturlaub sowie der Zusatzurlaub nach § 47 des Schwerbehindertengesetzes nicht unterschritten werden (vgl. Ausführungen zu

§ 4 EFZG). Reicht der für das laufende Urlaubsjahr noch zur Verfügung stehende Urlaub für die vorgesehene Anrechnung des Arbeitgebers nicht aus, weil der Arbeitnehmer seinen Erholungsurlaub für das Kalenderjahr ganz oder zum größten Teil bereits erhalten hat, besteht die Anrechnungsmöglichkeit auf den Urlaub des nächsten Kalenderjahres.

Die Anrechnung von Urlaub durch den Arbeitgeber hat auch keinen Einfluß auf die Höhe der Entgeltfortzahlung. Arbeitnehmer, die lediglich einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung in Höhe von 80 v.H. haben und einen entsprechenden Entgeltausfall vermeiden wollen, müssen daher zusätzlich die Anrechnung eines weiteren Urlaubstages für jeweils den ersten von je fünf der nach der Urlaubsanrechnung durch den Arbeitgeber verbleibenden Ausfalltage verlangen.

Ob eine die Urlaubsanrechnung durch den Arbeitgeber ausschließende Maßnahme vorliegt, kann in der Regel aus den im Rahmen der Nachweispflichten vorzulegenden Bescheinigungen (vgl. § 9 EFZG, Seite 110) entnommen werden. Von Arbeitsunfähigkeit während der Maßnahme kann im übrigen immer dann ausgegangen werden, wenn diese während einer bereits bestehenden Arbeitsunfähigkeit beginnt.

## **§ 5           Anzeige- und Nachweispflichten**

***(1) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Bescheinigung angegeben, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, eine neue ärztliche Bescheinigung vorzulegen. Ist der Arbeitnehmer Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse, muß die***

*ärztliche Bescheinigung einen Vermerk des behandelnden Arztes darüber enthalten, daß der Krankenkasse unverzüglich eine Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit mit Angaben über den Befund und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit übersandt wird.*

*(2) Hält sich der Arbeitnehmer bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland auf, so ist er verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit, deren voraussichtliche Dauer und die Adresse am Aufenthaltsort in der schnellstmöglichen Art der Übermittlung mitzuteilen. Die durch die Mitteilung entstehenden Kosten hat der Arbeitgeber zu tragen. Darüber hinaus ist der Arbeitnehmer, wenn er Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse ist, verpflichtet, auch dieser die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als angezeigt, so ist der Arbeitnehmer verpflichtet, der gesetzlichen Krankenkasse die voraussichtliche Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen. Die gesetzlichen Krankenkassen können festlegen, daß der Arbeitnehmer Anzeige- und Mitteilungspflichten nach den Sätzen 3 und 4 auch gegenüber einem ausländischen Sozialversicherungsträger erfüllen kann. Absatz 1 Satz 5 gilt nicht. Kehrt ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer in das Inland zurück, ist er verpflichtet, dem Arbeitgeber und der Krankenkasse seine Rückkehr unverzüglich anzuzeigen.*

1                    Arbeitsunfähigkeit im Inland

1.1                Allgemeines

§ 5 Abs. 1 verpflichtet den Arbeitnehmer, seinem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen (Anzeigespflicht) und spätestens am ersten Arbeitstag nach Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer vorzulegen (Nachweispflicht).

Der Arbeitnehmer, der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall begehrt, hat darzulegen und zu beweisen, daß er arbeitsunfähig krank war. Diesen Beweis führt der Arbeitnehmer i. d. R. durch Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Er kann diesen Beweis aber

auch mit jedem anderen zulässigen Beweismittel führen. Es ist zulässig, im Arbeitsvertrag zu vereinbaren, daß eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits für den ersten Tag krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit beigebracht werden muß (vgl. BAG-Urteil vom 1.10.1997 - 5 AZR 726/96 -, USK 97/38, EEK I/1198).

Die Anzeige- und Nachweispflicht gilt für alle Arbeitnehmer, auch wenn kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht, weil z.B. der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit schuldhaft herbeigeführt hat bzw. wegen Ablaufs der Sechs-Wochen-Frist bei einer einheitlichen Erkrankung keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung mehr hat (vgl. LAG Hamm vom 23.3.1971 - 3 Sa 104/70 - DB 1971, Seite 872, EEK II/030, und LAG Köln vom 2.11.1988 - 2 Sa 850/88 - DB 1989, Seite 1294, EEK I/966). Im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung hat die Krankenkasse die Kosten für die Ausstellung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die der Versicherte für den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts benötigt, zu übernehmen (§ 2 Abs. 1 BMV-Ä). Bei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zur Erlangung von Krankengeld - in der Regel also nach Ablauf der sechswöchigen Entgeltfortzahlungsfrist - haben die Krankenkassen nicht die Kosten zu tragen, da Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zur Erlangung von Krankengeld gem. § 36 Abs. 2 BMV-Ä kostenfrei zu erteilen sind.

## 1.2 Anzeige der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber

§ 5 Abs. 1 verpflichtet den Arbeitnehmer, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB), anzuzeigen.

Dies bedeutet in aller Regel, daß der Arbeitgeber am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit zu unterrichten ist (vgl. BAG-Urteil vom 31.8.1989 - 2 AZR 13/89 -, USK 8949, EEK II/185). Eine bestimmte Form ist für die Anzeigepflicht nicht vorgeschrieben, so daß die Anzeige auch mündlich oder telefonisch erfolgen kann. Anzuzeigen ist die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit (der Unfall, die Erkrankung). Als Grund für die Arbeitsunfähigkeit braucht nur angegeben zu werden, daß sie auf Krankheit beruht. Der Arbeitnehmer braucht hingegen nicht die Art der Krankheit mitzuteilen. Verletzt der Arbeitnehmer schuldhaft die Anzeigepflicht, so kann dies zu Schadenersatzansprüchen des Arbeitgebers führen (vgl. Urteil des BAG vom 5.5.1972 - 5 AZR 447/71 -, USK 7295, EEK I/279).

## 1.3 Nachweis der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber



### 1.3.1 Erstbescheinigung

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit früher zu verlangen.

Nimmt der Arbeitnehmer zu Beginn seiner Krankheit an, er werde nicht länger als drei Kalendertag an der Arbeitsleistung verhindert sein und stellt sich dann später heraus, daß er sich in dieser Annahme geirrt hat, so bleibt er von der Nachweispflicht für die ersten drei Tage der Arbeitsunfähigkeit entbunden, wenn er für sie keine - rückwirkende - ärztliche Bescheinigung erhalten kann (vgl. Urteil des LAG Frankfurt vom 31.10.1990,- 1 Sa 610/90 -, EEK I/1054).

<u>Beispiele:</u>	Beginn der Arbeitsunfähigkeit am	Letzter Tag der Frist (Fristende) am:
	Sonntag	Mittwoch
	Montag	Donnerstag
	Dienstag	Freitag
	Mittwoch	Montag
	Donnerstag	Montag
	Freitag	Montag
	Samstag	Dienstag
	Dienstag in der „Karwoche“	Dienstag nach Ostern

### 1.3.2 Frist für die Vorlage der Folgebescheinigung

Die Angabe der voraussichtlichen Dauer der Arbeitsunfähigkeit in der Bescheinigung begrenzt deren Wirksamkeit. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als angegeben, ist eine erneute ärztliche Bescheinigung beizubringen. Für die Vorlage dieser Folgebescheinigung sieht das Gesetz keine Frist vor. Doch ist es nach dem Gesetzeszweck gerechtfertigt, die Nachweisfrist in entsprechender Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 2 zu bemessen. Der Nachweis über die Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit ist demnach spätestens an dem ersten Arbeitstag nach dem dritten Kalendertag der noch nicht bescheinigten Arbeitsunfähigkeitszeit zu erbringen (vgl. BAG-Urteil vom 29.8.1980 - 5 AZR 1051/79 -, USK 80178, EEK II/109).

### 1.3.3 Vordrucke

Die vom Arzt zu verwendenden Vordrucke sind zwischen Krankenkassen und Ärzten vereinbart.

### 1.3.4 Bescheinigung durch einen Nichtvertragsarzt

Nimmt der bei einer Krankenkasse versicherte Arbeitnehmer einen Vertragsarzt in Anspruch, so regeln sich dessen Pflichten nach den Vorschriften über die vertragsärztliche Versorgung. Dazu gehört u.a. die Ausstellung von Bescheinigungen, die die Krankenkassen oder der Medizinische Dienst zur Durchführung ihrer gesetzlichen Aufgaben oder die die Versicherten für den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts benötigen. Nimmt der Arbeitnehmer jedoch einen nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Arzt in Anspruch, so ist der Arzt zur Übersendung der ärztlichen Bescheinigung an die Krankenkasse nicht gesetzlich verpflichtet.

Für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung ist auch eine Bescheinigung wirksam, die von einem nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Arzt ausgestellt ist (z.B. in Notfällen). Allerdings muß auch diese Bescheinigung den Vermerk nach § 5 Abs. 1 Satz 5 enthalten. Eine von der Krankenkasse ausgestellte Bescheinigung über den Beginn und ggf. die Dauer einer stationären Behandlung genügt als Nachweis der Arbeitsunfähigkeit.

### 1.3.5 Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit durch die Krankenkasse

Die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung reicht in der Regel aus, um den Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu begründen. Ist diese Voraussetzung erfüllt, so kann der Arbeitgeber die Fortzahlung des Arbeitsentgelts nicht mit einem bloßen Bestreiten der Arbeitsunfähigkeit verweigern.

Nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 SGB V sind die Krankenkassen bei Arbeitsunfähigkeit eines Versicherten jedoch verpflichtet, eine Begutachtung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung einzuleiten, soweit dies gesetzlich bestimmt ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn es zur Sicherung des Behandlungserfolges oder zur Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit erforderlich ist. Die Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit brauchen nicht begründet zu werden (vgl. § 275 Abs. 1 Nr. 3 Buchstabe b SGB V). Der Arbeitgeber ist nicht berechtigt, den Betriebsarzt zur Kontrolle der Arbeitsunfähigkeit eines erkrankten Arbeitnehmers einzuschalten. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit können medizinische, rechtliche oder sonstige Ursachen haben. Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit kann der Arbeitgeber z.B. deshalb haben, weil die Arbeitsunfähigkeitsmeldung nach innerbetrieblichen Differenzen oder nach Ausspruch der Kündigung bis zur fristgerechten Beendigung oder nach vorheriger Ankündigung durch den Arbeitnehmer erfolgt ist.

Kraft Gesetzes sind nach § 275 Abs. 1 a Satz 1 SGB V Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit von der Krankenkassen insbesondere in den Fällen anzunehmen, in denen

- Versicherte auffällig häufig oder auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig sind oder der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende einer Woche fällt oder
- die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist.

Die Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit hat unverzüglich nach Vorlage der ärztlichen Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit zu erfolgen. Der Arbeitgeber kann verlangen, daß die Krankenkasse eine gutachterliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einholt. Die Krankenkasse kann jedoch von einer Beauftragung

des Medizinischen Dienstes absehen, wenn sich die medizinischen Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit eindeutig aus den der Krankenkasse vorliegenden Unterlagen ergeben.

Darüber hinaus sind nach den Richtlinien über die Zusammenarbeit der Krankenkassen mit dem Medizinischen Dienst der Krankenversicherung Zweifel an dem Bestehen von Arbeitsunfähigkeit u.a. dann angebracht, wenn

- ein Fehlverhalten des Arbeitnehmers im Hinblick auf das bescheinigte Krankheitsbild vorliegt,
- die Arbeitsunfähigkeitsmeldung nach innerbetrieblichen Differenzen oder nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erfolgt,
- der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit angekündigt hat.

Die Prüfung hat in diesen Fällen unverzüglich nach Eingang der ärztlichen Bescheinigung bei der Krankenkasse zu erfolgen.

Gemäß § 275 Abs. 1 b SGB V prüft der Medizinische Dienst bei Vertragsärzten, die der Wirtschaftlichkeitsprüfung unterliegen, bei Überschreiten der Richtgrößen stichprobenweise und zeitnah auch die getroffenen Feststellungen der Arbeitsunfähigkeit.

Ergeben die Prüfungen, daß ein Arzt Arbeitsunfähigkeit festgestellt hat, obwohl die medizinischen Voraussetzungen dafür nicht vorlagen, kann der Arbeitgeber, wenn er zu Unrecht Arbeitsentgelt gezahlt hat, Schadenersatz verlangen, wenn die Arbeitsunfähigkeit grob fahrlässig oder vorsätzlich festgestellt worden ist, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorlagen.

Das gleiche Recht steht im übrigen der Krankenkasse zu, wenn sie ungerechtfertigterweise mit Krankengeld eingetreten ist.

Die Tätigkeit des Medizinischen Dienstes erstreckt sich nur auf die Erstellung des beantragten Gutachtens; er ist nicht berechtigt, in die Behandlung einzugreifen.

Das Ergebnis und die erforderlichen Angaben über die Befunde werden dem behandelnden Arzt und der Krankenkasse mitgeteilt. Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden vom medizinischen Dienst nicht über das Ergebnis des Gutachtens informiert. Solange noch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht und das Gutachten mit der Bescheinigung des Hausarztes im Ergebnis nicht übereinstimmt, teilt die Krankenkasse sowohl dem Arbeitgeber als auch dem Arbeitnehmer das Ergebnis der Begutachtung mit. Inhalt dieser Mitteilung ist nicht eine evtl. Änderung der Diagnose, sondern lediglich die abweichende Auffassung zur Frage der Arbeitsunfähigkeit oder der Dauer.

Der Arbeitgeber ist von der Krankenkasse auch dann zu benachrichtigen, wenn der Arbeitnehmer der Vorladung zur Begutachtung nicht nachgekommen ist.

Der behandelnde Arzt kann darüber hinaus ein Zweitgutachten bei der Krankenkasse beantragen, wenn er mit dem Gutachten des Medizinischen Dienstes nicht einverstanden ist.

#### 1.4 Verletzung der Nachweispflicht gegenüber dem Arbeitgeber

Kommt der Arbeitnehmer der Nachweispflicht schuldhaft ( § 5 Abs. 1 Satz 1 bis 4) nicht nach, so ist der Arbeitgeber berechtigt, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts so lange zu verweigern, bis der Arbeitnehmer seine Verpflichtungen erfüllt (vgl. § 7, 1.1, Seite 81).

#### 1.5 Nachweis der Arbeitsunfähigkeit gegenüber der Krankenkasse

In § 5 Abs. 1 Satz 5 wurde die Regelung des § 3 Abs. 1 Satz 3 LFZG - alt - übernommen, die den Arzt verpflichtet, der Krankenkasse die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unverzüglich zu übersenden. Dies geht zwar aus dem Gesetz nicht unmittelbar hervor, läßt sich aber aus dem schriftlichen Bericht des Bundesausschusses für Arbeit, zu Bundestags-Drucksache V/4285 S. 7 (LFZG), entnehmen. Danach gehört zur „kassenärztlichen Versorgung“ auch die Ausstellung und die Übersendung der Berichte von „Kassenärzten“ nach § 3 Abs. 1 Satz 3 LFZG - alt -. Die Krankenkasse muß von der Arbeitsunfähigkeit Kenntnis erhalten, um erforderlichenfalls den Medizinischen Dienst einschalten zu können. Sofern der Arzt auf der Bescheinigung für den Arbeitgeber versichert, daß der Krankenkasse eine entsprechende Bescheinigung übersandt wird, dürfte § 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V bei einer nicht rechtzeitigen

Meldung der Arbeitsunfähigkeit nicht anzuwenden sein (vgl. BSG-Urteil vom 28.10.1981 - 3 RK 59/80 -, USK 81201, EEK I/738).

Ein Arbeitnehmer muß dem Arbeitgeber beweisen, daß er krankheitsbedingt arbeitsunfähig ist. Wer das durch ein Attest tut, das klar zwischen Krankheit und Arbeitsunfähigkeit unterscheidet und Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit bescheinigt, hat grundsätzlich Anspruch auf Entgeltfortzahlung (vgl. auch BAG-Urteil vom 1.10.1997 - 5 AZR 499/96 -, USK 9742, EEK I/1197).

## 1.6 Besonderheiten für nichtkrankenversicherte Arbeitnehmer

Nicht bei einer gesetzlichen Krankenkasse versicherte Arbeitnehmer haben die Kosten für das Ausstellen einer ärztlichen Bescheinigung selbst zu tragen. Der behandelnde Arzt kann die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der Krankenkasse nicht übersenden. Er kann die Übersendung auf der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung also auch nicht vermerken und im Umkehrschluß des § 5 Abs. 1 Satz 5 besteht nicht die Verpflichtung des Arztes zur Übersendung des Befundberichts.

## 2 Arbeitsunfähigkeit im Ausland

### 2.1 Allgemeines

Bei Erkrankung im Ausland, gelten für den Arbeitnehmer für den Fall der Arbeitsunfähigkeit erweiterte Anzeige- und Nachweispflichten. Grundsätzlich bleiben aber die Anzeige- und Nachweispflichten des Arbeitnehmers gegenüber einem Arbeitgeber auch bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit im Ausland bestehen.

### 2.2 Anzeige- und Nachweispflichten

Bei Arbeitsunfähigkeit im Ausland, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer sowie die Adresse am Aufenthaltsort in der schnellstmöglichen Art (z. B. Telefon, Telefax oder Telegramm) der Übermittlung mitzuteilen. Die durch die Meldung entstehenden Kosten hat der Arbeitgeber zu tragen.

Durch diese Regelung besteht die Möglichkeit, den Arbeitnehmer durch einen in erreichbare Nähe des Aufenthaltsortes ansässigen Arzt untersuchen zu lassen. Nach einem Urteil des EUGH vom 3.6.1992 - C-45/90 - hat der Arbeitgeber, der sich auf Mißbrauch beruft, die Möglichkeit, die Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt seiner Wahl überprüfen zu lassen (Art. 18 Abs. 5 EWG-VO 1408/71). Für Italien haben die Spitzenverbände der gesetzlichen Krankenkassen über die Deutsche Verbindungsstelle Krankenversicherung - Ausland mit zahlreichen Ärzten Vereinbarungen hinsichtlich der ärztlichen Kontrolle der Arbeitsunfähigkeit getroffen.

Mitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse sind zudem verpflichtet, ihre Krankenkasse die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als angezeigt, haben sie ihrer Krankenkasse auch die voraussichtliche Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen.

Aufgrund entsprechender Regelungen in den EWG-Verordnungen bzw. in den bilateralen Abkommen über Soziale Sicherheit besteht für den Arbeitnehmer auch die Möglichkeit, die Anzeige- und Nachweispflicht des Arbeitnehmers gegenüber ausländischen Sozialversicherungsträgern zu erfüllen. Diese Bestimmungen gelten sowohl für den Arbeitnehmer, die sich vorübergehend im Ausland aufhalten (z. B. Urlaubsreisende) als auch für Personen, die als Grenzgänger außerhalb der Bundesrepublik wohnen, aber bei einem deutschen Arbeitgeber beschäftigt sind.

Der Arbeitnehmer ist bei Rückkehr in das Inland verpflichtet, dem Arbeitgeber und der Krankenkasse seine Rückkehr unverzüglich anzuzeigen.

### 2.3 Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in EWR- oder Abkommensstaaten

Tritt die Arbeitsunfähigkeit in einem Mitgliedstaat des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) oder in einem Staat ein, mit dem die Bundesrepublik ein bilaterales Sozialversicherungsabkommen unterhält, vereinfachen sich die Nachweispflichten des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber und seiner Krankenkasse.

Folgende Staaten gehören dem EWR an:

Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Liechtenstein, Luxemburg, Niederlande, Norwegen, Österreich, Portugal, Schweden und Spanien

Abkommenstaaten:

Kroatien, Bosnien-Herzegowina, Slowenien, Montenegro, Mazedonien, Serbien, Türkei, Tunesien und Schweiz

Bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in einem der oben genannten Staaten, hat sich der Arbeitnehmer unverzüglich nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit mit den entsprechenden Bescheinigungen an den für seinen Aufenthaltsort zuständigen ausländischen Sozialversicherungsträger zu wenden. Der ausländische Versicherungsträger ist verpflichtet, unverzüglich die deutsche Krankenkasse über den Beginn der Arbeitsunfähigkeit und ihre voraussichtliche Dauer zu informieren. Die deutsche Krankenkasse wird ihrerseits den Arbeitgeber ihres Mitglieds benachrichtigen. Darüber hinaus hat sie nach den zwischenstaatlichen Vereinbarungen die Möglichkeit, eine Begutachtung der Arbeitsunfähigkeit zu veranlassen.

Die Krankenkassen-Spitzenverbände und die Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände haben eine Vereinbarung geschlossen, nach der erkrankte Arbeitnehmer in diesen Fällen die ärztliche Bescheinigung ihrem Arbeitgeber nicht vorzulegen haben. Seinen Mitteilungspflichten muß der Arbeitnehmer allerdings nach wie vor nachkommen.

#### 2.4 Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in anderen Staaten

Tritt die Arbeitsunfähigkeit während eines Aufenthaltes in einem anderen als den oben genannten Staaten ein, bleibt es bei den unter 2.2 beschriebenen Anzeige- und Nachweispflichten des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und der Krankenkasse.



## 2.5 Beweiswert ausländischer Arbeitsunfähigkeitbescheinigungen

Die deutsche Krankenkasse ist an die Feststellungen des ausländischen Versicherungsträgers über das Bestehen von Arbeitsunfähigkeit in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gebunden, soweit sie den Arbeitnehmer nicht im Aufenthaltsland durch einen Arzt ihres Vertrauens untersuchen ließ.

Kommt der Versicherte seinen Anzeige- und Nachweispflichten in einem Staat, mit dem ein Sozialversicherungsabkommen besteht, in der vorgeschriebenen Weise beim zuständigen Sozialversicherungsträger nach, ist der Beweis der Arbeitsunfähigkeit ordnungsgemäß geführt. Bei ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit, kann der Arbeitgeber beim ausländischen Sozialversicherungsträger eine gutachterliche Stellungnahme entweder im Rahmen des zwischenstaatlichen Abkommens im Ausland mit körperlicher Untersuchung des Erkrankten oder unter Einschaltung des Medizinischen Dienstes auch ohne körperliche Untersuchung - also nach Aktenlage - verlangen.

Einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die in einem Land außerhalb der EU ausgestellt wurde, kommt im allgemeinen der gleiche Beweiswert zu wie einer in Deutschland ausgestellten Bescheinigung. Die Bescheinigung muß jedoch erkennen lassen, daß der ausländische Arzt zwischen einer bloßen Erkrankung und einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheit unterschieden und damit eine den Begriffen des deutschen Arbeits- und Sozialversicherungsrechts entsprechende Beurteilung vorgenommen hat (vgl. BAG vom 19.2.1997 - 5 AZR 83/96 -, USK 9707, EEK I/1191, und vom 1.10.1997 - 5 AZR 726/96 -, USK 9738, EEK I/1198).

*(1) Kann der Arbeitnehmer auf Grund gesetzlicher Vorschriften von einem Dritten Schadenersatz wegen des Verdienstausfalls beanspruchen, der ihm durch die Arbeitsunfähigkeit entstanden ist, so geht dieser Anspruch insoweit auf den Arbeitgeber über, als dieser dem Arbeitnehmer nach diesem Gesetz Arbeitsentgelt fortzahlt und darauf entfallende vom Arbeitgeber zu tragende Beiträge zur Bundesanstalt für Arbeit, Arbeitgeberanteile an Beiträgen zur Sozialversicherung und zur Pflegeversicherung sowie zur Einrichtung der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung abgeführt hat.*

*(2) Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber unverzüglich die zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruches erforderlichen Angaben zu machen.*

*(3) Der Forderungsübergang nach Absatz 1 kann nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geltend gemacht werden.*

1

Grundsatz

Durch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung wird der Anspruch des Arbeitsunfähigen gegen einen schadenersatzpflichtigen Dritten nicht ausgeschlossen. Der Dritte kann sich nicht darauf berufen, daß durch die Weiterzahlung des Arbeitsentgelts kein Schaden wegen Verdienstausfall entstanden sei. Dieser Teil des Schadenersatzanspruches geht vielmehr nach § 6 Abs. 1 insoweit auf den Arbeitgeber über, als er dem Arbeitnehmer nach dem EFZG das Arbeitsentgelt gezahlt hat. Außerdem steht dem Arbeitgeber ein Ersatz für die von ihm getragenen Anteile an den Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherungsbeiträgen sowie zur Einrichtung der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung zu. Soweit § 6 Abs. 1 den Übergang des Schadenersatzanspruches für Verdienstausfall bewirkt, hat er für den Arbeitgeber im Ergebnis die gleiche Wirkung wie § 116 SGB X für die Krankenkasse. Es sind die Vorschriften über Haftungsausschlüsse oder -beschränkungen zu beachten (z.B. § 67 Abs. 2 VVG, §§ 104 ff. SGB VII, §§ 404, 412, 254 BGB).

## 2 Höhe des Forderungsübergangs

### 2.1 Kongruenz der Ansprüche

Entsprechend dem Grundsatz der sachlichen und zeitlichen Kongruenz der Ansprüche geht der Anspruch des Arbeitnehmers auf Ersatz des Verdienstausfalls nur insoweit auf den Arbeitgeber über, als dieser Arbeitsentgelt tatsächlich fortgezahlt hat.

### 2.2 Beitragsanteile des Arbeitgebers

Der Forderungsübergang nach § 6 Abs. 1 erfaßt außer dem weitergezahlten Arbeitsentgelt die darauf entfallenden Arbeitgeberanteile an den Beiträgen zur Kranken-, Renten- Arbeitslosen und Pflegeversicherung sowie zur Einrichtung der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung, soweit der Arbeitgeber diese Beitragsanteile abgeführt hat. Die Umlage zur Unfallversicherung ist nicht erstattungspflichtig (vgl. BGH vom 11.11.1975 - VI ZR 128/74 -, USK 75154, EEK I/475). Das gilt auch für die Umlage zur Lohnausgleichsversicherung.

### 2.3 Mitverschulden des Arbeitnehmers

Die Schadenersatzansprüche gehen so auf den Arbeitgeber über, wie sie in der Person des Arbeitnehmers entstanden sind. Werden Ansprüche des Arbeitnehmers durch sein Mitverschulden beeinflusst, so wirkt sich dies auch auf die Höhe der übergegangenen Forderung aus. Die Vorschriften über Haftungsausschlüsse und -beschränkungen sind hier ebenfalls zu beachten (vgl. § 6, 1, Seite 82).

## 3 Zeitpunkt der Entstehung der Arbeitgeberansprüche

### 3.1 Grundsatz

Abweichend von § 116 SGB X tritt der Forderungsübergang nicht schon zum Zeitpunkt der Schädigung ein, sondern erst mit der tatsächlichen Fortzahlung des Arbeitsentgelts (vgl. BGH vom 4.4.1978 - VI ZR 252/76 -, USK 78111, EEK I/599). Hinsichtlich des Anspruchs auf

Ersatz der Arbeitgeberanteile an den Beiträgen zur Kranken-, Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung sowie zu Einrichtungen der zusätzlichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung ist für den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs die Abführung der Beiträge maßgebend.

### 3.2 Beeinträchtigung des Arbeitgeberanspruchs

Vereinbarungen zwischen dem Schädiger und dem geschädigten Arbeitnehmer in der Zeit zwischen dem Eintritt des schädigenden Ereignisses und dem Zeitpunkt des Forderungsübergangs können diesen beeinträchtigen. Verhindert der Arbeitnehmer schuldhaft den Forderungsübergang ganz oder teilweise, so ist der Arbeitgeber insoweit berechtigt, die Entgeltfortzahlung zu verweigern (§ 7, 1.3, Seite 87). Erhält der Arbeitgeber erst zu einem späteren Zeitpunkt von entsprechenden Vereinbarungen Kenntnis, so hat er gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch auf ungerechtfertigter Bereicherung wegen des zuviel gezahlten Arbeitsentgelts.

### 4 Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers

Nach § 6 Abs. 2 ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber unverzüglich die Angaben zu machen, die zur Realisierung des Schadenersatzanspruchs erforderlich sind. Das sind insbesondere die Angaben über die Person des Schädigers sowie über Ursache und Hergang des schädigenden Ereignisses. Solange der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber diese Angaben vorenthält, ist dieser berechtigt, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern (§ 7, 1.2, Seite 87).

Das BSG nahm mit Urteil vom 10.11.1977, USK 77184, EEK I/579, zu den Mitwirkungspflichten des Geschädigten bei der Geltendmachung von übergegangenen Schadenersatzansprüchen Stellung. Die Entscheidungsgründe lassen sich auf die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers nach § 6 Abs. 2 und 3 übertragen. Nach Auffassung des BSG folgt aus dem Versicherungsverhältnis die - in § 60 Abs. 1 Nr. 1 SGB I normierte - Nebenpflicht des Versicherten, der Krankenkasse alle für eine ordnungsgemäße Abwicklung der Versicherung notwendigen Umstände bekanntzugeben. Dazu gehören im Zusammenhang mit der Geltendmachung von nach § 116 SGB X übergegangenen Schadenersatzansprüchen auch Angaben über den

Schädiger. Versicherte, die durch rechtswidrige Auskunftsverweigerung die Geltendmachung eines gemäß § 116 SGB X übergegangenen Schadenersatzanspruchs vereiteln, haben der Krankenkasse den sich daraus ergebenden Vermögensnachteil, zu ersetzen. Dabei muß die Krankenkasse so gestellt werden, als ob sie vom Schädiger in vollem Umfang Ersatz verlangt hätte. Eine Verpflichtung, den Schädiger zu benennen, besteht nicht, wenn dies dem Versicherten aus einem wichtigen Grund nicht zugemutet werden kann (§ 65 Abs. 1 Nr. 2 SGB I) oder wenn die Angabe den Versicherten oder ihm nahestehende Personen (§ 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO) der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzt (§ 65 Abs. 3 SGB I).

#### 5                    Ausschuß von Nachteilen für den Arbeitnehmer

Nach § 6 Abs. 3 darf der Forderungsübergang nicht zum Nachteil des Arbeitnehmers geltend gemacht werden. Dadurch ist sichergestellt, daß dem Arbeitnehmer kein Nachteil entsteht, wenn etwa die Ersatzforderung von dem Dritten nicht in vollem Umfang erfüllt werden kann (z. B. Zahlungsunfähigkeit des Schädigers).

#### 6                    Zusammentreffen mit Ansprüchen aufgrund des Übergangs nach § 116 SGB X

Bei stationärer Behandlung geht der Teil des Schadenersatzanspruchs für Verdienstausschlag, der gemäß § 116 SGB X auf die Krankenkasse übergegangen ist (Einsparungen des Verletzten im Haushalt), dem Anspruch des Arbeitgebers auf Ersatz des weitergezahlten Arbeitsentgelts vor (vgl. u.a. BGH vom 18.5.1965, NJW 1965 S. 1592, VersR 1965 S. 786, BKK 1965 Sp. 506, vom 13.10.1970 - VI ZR 31/69 -, USK 70213, EEK I/144, und vom 3.4.1984 - VI ZR 253/82 -, USK 8414, EEK I/790).

### **§ 7                    *Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers***

***(1) Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern,***

***1. solange der Arbeitnehmer die von ihm nach § 5 Abs. 1 vorzulegende ärztliche Bescheinigung nicht vorlegt oder den ihm nach § 5 Abs. 2 obliegenden Verpflichtungen nicht nachkommt;***

***2. wenn der Arbeitnehmer den Übergang eines Schadenersatzanspruchs gegen einen Dritten auf den Arbeitgeber (§ 6) verhindert.***

***(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer die Verletzung dieser ihm obliegenden Verpflichtungen nicht zu vertreten hat.***

1 Voraussetzungen für die Leistungsverweigerung

1.1 Verletzung der Anzeige- und Nachweispflichten

Nach § 7 Abs. 1 hat der Arbeitgeber das Recht, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern, solange der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung schuldhaft nicht nachkommt, die von ihm nach § 5 Abs. 1 vorzulegenden ärztlichen Bescheinigungen vorzulegen. Das gleiche gilt bei Verletzung der dem Arbeitnehmer bei oder nach einem Auslandsaufenthalt nach § 5 Abs. 2 obliegenden Verpflichtungen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in der jeweils letzten ärztlichen Bescheinigung angegeben, dann ist der Arbeitgeber wiederum berechtigt, die weitere Entgeltfortzahlung zu verweigern, bis ihm die in § 5 Abs. 1 Satz 4 vorgesehene neue ärztliche Bescheinigung vorgelegt wird.

§ 7 Abs. 1 Nr. 1 räumt dem Arbeitgeber nur das Recht ein, die Entgeltfortzahlung zeitweilig zu verweigern. Die Verletzung der Mitteilungspflichten des § 5 Abs. 2 Satz 1 kann je nach den Umständen des Einzelfalls dazu führen, daß der Beweis für das Vorliegen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit als nicht erbracht anzusehen ist.

Teilt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine im Ausland eingetretenen Arbeitsunfähigkeit telefonisch mit und fragt der Arbeitgeber nicht nach der Urlaubsanschrift, so kann er die Entgeltfortzahlung nicht mit der Begründung verweigern, ihm sei dadurch die Möglichkeit genommen worden, die Arbeitsunfähigkeit überprüfen zu lassen (BAG vom 19.2.1997 - 5 AZR 83/96 -, USK 9707, EEK I/1191).

## 1.2 Nichterfüllen der Verpflichtung bei Forderungsübergang

Der Arbeitgeber ist nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ferner berechtigt, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern, solange der Arbeitnehmer ihm die zur Geltendmachung des Schadenersatzanspruchs erforderlichen Angaben vorenthält.

## 1.3 Verhinderung des Forderungsübergangs

Außerdem kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 2 verweigern, wenn durch das Verhalten des Arbeiters zwischen dem Eintritt des schädigenden Ereignisses und dem Zeitpunkt des Forderungsübergangs auf den Arbeitgeber dieser Übergang verhindert wird (z.B. durch Abfindungsvergleich).

Wird der Schadenersatzanspruch durch einen Abfindungsvergleich vermindert oder vernachlässigt der Arbeitnehmer dabei fahrlässig die Interessen des Arbeitgebers (z.B. wenn der Arbeitnehmer bei Abschluß des Vergleichs damit hätte rechnen müssen, später wegen der Unfallfolgen erneut arbeitsunfähig zu werden), so steht dem Arbeitgeber ein Leistungsverweigerungsrecht für den entsprechenden Entgeltanteil zu (vgl. BAG-Urteil vom 7.12.1988 - 5 AZR 757/87 -, USK 88117, EEK I/959).

## 2 Mitwirkung der Krankenkasse

Hat der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung in den Fällen des § 7 Nrn. 1 und 2 berechtigt verweigert, so ist § 115 SGB X nicht anwendbar. Die Krankenkasse sollte allerdings in diesen Fällen darauf hinwirken, daß der Arbeitgeber die erforderlichen Informationen und Nachweise erhält, um den Grund für die Verweigerung der Entgeltfortzahlung zu beseitigen. Außerdem

ist zu empfehlen, vorsorglich die Erstattungsforderung nach § 115 SGB X geltend zu machen, damit bei Übergang eines Entgeltfortzahlungsanspruchs dieser nicht aufgrund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Ausschlußfristen verlorenght (vgl. § 3, 9, Seite 51).

Erfüllt der Arbeitgeber während der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers dessen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgeltes nicht, so geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber in Höhe der erbrachten Sozialleistung auf den Sozialleistungsträger nach § 115 SGB X über. Die Darlegungs- und Beweislast des Arbeitgebers hinsichtlich eines Verschuldens des Arbeitnehmers an der Arbeitsunfähigkeit bleibt durch den Anspruchsübergang nach § 115 Abs. 1 SGB X unverändert (vgl. BAG-Urteil vom 7.8.1991 - 5 AZR 410/90 -, USK 9182, EEK I/1064).

### 3 Dauer der Leistungsverweigerung

#### 3.1 Vorläufige Leistungsverweigerung

Bei den in § 7 Nr. 1 genannten Tatbeständen (vgl. § 7, 1.1, 1.2, Seite 86 und 87) ist der Arbeitgeber nur so lange zur Verweigerung oder Entgeltfortzahlung berechtigt, wie der Arbeitnehmer den ihm obliegenden Pflichten nicht nachkommt (vgl. Urteil des BAG vom 27.8.1971 - 1 AZR 107/71 -, USK 71159, EEK I/205). Die Entgeltfortzahlung ist deshalb nachzuholen, wenn der Verweigerungsgrund nachträglich entfällt (vgl. BAG vom 23.1.1985 - 5 AZR 592/82 -, USK 8502, EEK I/816).

Kommt der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung zur Beibringung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (§ 5 Abs. 1 Satz 2, 3) nicht nach, so folgt hieraus allein kein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG). Es endet, wenn der Arbeitnehmer anderweitig bewiesen hat, arbeitsunfähig krank gewesen zu sein (vgl. BAG vom 1.10.1997 - 5 AZR 726/96 -, USK 9738, EEK I/1198).

Die Regelung des § 100 Abs. 2 Satz 2 erster Halbsatz SGB IV, wonach der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verweigern kann, solange der Arbeitnehmer den Sozialversicherungsausweis trotz Verlangens nicht vorlegt, beinhaltet nur ein vorübergehendes,



zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht; legt der Arbeitnehmer den Sozialversicherungsausweis nachträglich (verspätet) vor, ist der Arbeitgeber auch für die davor liegende Zeit zur Entgeltfortzahlung verpflichtet (vgl. BAG vom 14.6.1995 - 5 AZR 143/94 -, USK 9517, EEK I/1161).

### 3.2 Endgültige Leistungsverweigerung

Wenn der Arbeitnehmer den Übergang eines Schadenersatzanspruchs auf den Arbeitgeber verhindert (vgl. § 7, 1.3, Seite 87), kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigern. Dies gilt sowohl für den laufenden Arbeitsunfähigkeitsfall als auch bei den Wiederholungskrankungen, die Folge derselben Schädigung sind und in denen der Arbeitgeber wegen der Verhinderung des Forderungsübergangs keinen Ersatz erhalten kann.

### 3.3 Umwandlung eines vorläufigen in ein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht

Ein zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht kann sich auch in ein endgültiges verwandeln. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer nicht mehr die in § 5 angesprochenen Pflichten erfüllen und seine Arbeitsunfähigkeit auch sonst nicht nachweisen kann.

Erfüllt z. B. ein Arbeitnehmer die Anzeigepflicht für eine Arbeitsunfähigkeit im Ausland nicht, kann er diese nach seiner Rückkehr nach Deutschland nicht mehr rechtswirksam nachholen, da die gesetzliche Bestimmung von einer Unterrichtung aus dem Ausland ausgeht (LAG Düsseldorf vom 12.10.1989 - 5 Sa 588/89 -).

Ebenfalls verwandelt sich ein vorläufiges in ein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht, wenn die erheblich verspätete Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung die Forderung auf Entgeltfortzahlung als Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB), also als rechtsmißbräuchlich erscheinen läßt (BAG vom 27.8.1971 - 1 AZR 107/71-, USK 71159, EEK I/205). Hier müssen aber schon besondere Umstände vorliegen, die eine verspätete Vorlage als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen.

## 4 Ausschluß des Leistungsverweigerungsrechts

Hat der Arbeitnehmer die Verletzung der ihm nach §§ 5 Abs. 1 und 2 und 6 Abs. 2 auferlegten Anzeige- und Nachweispflichten nicht zu vertreten, dann ist der Arbeitgeber nicht berechtigt, die Entgeltfortzahlung zu verweigern (§ 7 Abs. 2).

Voraussetzung für eine berechtigte Verweigerung ist demnach, daß der Arbeitnehmer die ihm obliegenden Verpflichtungen vorsätzlich oder fahrlässig nicht erfüllt.

#### 5 Bindungswirkung für den Erstattungsanspruch nach § 10 LFZG

Liegen die in § 7 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 genannten Tatbestände vor, ist der Arbeitgeber zwar berechtigt, aber nicht verpflichtet, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern.

Die Entscheidung des Arbeitgebers ist für die Krankenkasse hinsichtlich der Erstattung der Arbeitgeberaufwendungen nach § 10 LFZG bindend. Verzichtet der Arbeitgeber z.B. auf eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für nur wenige Tage und zahlt er den Lohn weiter, so sollte die Krankenkasse den Erstattungsanspruch nach § 10 LFZG erfüllen (BSG vom 9.9.1981 - 3 RK 51/80 -, USK 81143, EEK IV/022).

#### § 8 *Beendigung des Arbeitsverhältnisses*

***(1) Der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts wird nicht dadurch berührt, daß der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit kündigt. Das gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Grund kündigt, der den Arbeitnehmer zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt.***

***(2) Endet das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der in § 3 Abs. 1 bezeichneten Zeit nach dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit, ohne daß es einer Kündigung bedarf, oder infolge einer Kündigung aus anderen als den in Absatz 1 bezeichneten Gründen, so endet der Anspruch mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses.***

## 1 Allgemeines

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung setzt grundsätzlich das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus (Schlußfolgerung aus §§ 3 und 8). Eine wesentliche Ausnahme hiervon begründet § 8 Abs. 1. Das Gesetz enthält zwar keinen Kündigungsschutz während der Arbeitsunfähigkeit, es verhindert aber, daß sich der Arbeitgeber durch eine Kündigung aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit, einer nicht rechtswidrigen Sterilisation, eines nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs oder eines rechtswidrigen aber straffreien Schwangerschaftsabbruchs von seinen Verpflichtungen zur Entgeltfortzahlung befreit. Das gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer aus einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Grunde das Arbeitsverhältnis während der Arbeitsunfähigkeit kündigt.

## 2 Gründe für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses

### 2.1 Kündigung durch Arbeitnehmer oder Arbeitgeber

Dies ist der Regelfall der einseitigen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses.

### 2.2 Zeitablauf durch Befristung

Ein Arbeitsverhältnis kann auf bestimmte Zeit eingegangen werden (§ 620 Abs. 1 BGB). Eine solche Befristung ist nur dann unzulässig und rechtsunwirksam, wenn bei Vertragsabschluß keine sachlichen Gründe für die Befristung vorgelegen haben (vgl. BAG, Beschluß des Großen Senats, vom 12.10.1960 - 3 AZR 65/56 -, EEK I/093). Sofern keine Wartezeit nach § 3 Abs. 3 vorliegt, wird das Arbeitsentgelt im Falle der Arbeitsunfähigkeit bis zu dem Tage fortgezahlt, an dem das Arbeitsverhältnis termingemäß endet.

### 2.3 Aufhebungsvertrag

Der Arbeitsvertrag kann in derselben Weise, wie er abgeschlossen worden ist, auch wieder aufgehoben werden (Auflösungs- oder Aufhebungsvertrag). Mit dem vereinbarten Tag der Beendigung des Arbeitsverhältnisses endet auch der Anspruch auf Entgeltfortzahlung, es sei denn, der Auflösungs- oder Aufhebungsvertrag wird aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit geschlossen (vgl. BAG vom 28.7.1976 - 5 AZR 315/75 -, USK 7696, EEK II/074).

## 2.4 Anfechtung

Der Arbeitsvertrag kann wie jede Willenserklärung angefochten werden. Es handelt sich dabei wie bei der Kündigung um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie kann die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben. Die Nichtigkeit des Arbeitsverhältnisses wirkt jedoch nicht rückwirkend, sondern nur für die Zukunft. Vom Beginn des Arbeitsverhältnisses bis zum Tag der wirksamen Anfechtung handelt es sich um ein sogenanntes faktisches Arbeitsverhältnis. Die Entgeltfortzahlung ist bis zur wirksamen Beendigung zu erbringen. Im Einzelfall kann auch eine Krankheit des Arbeitnehmers den Arbeitgeber zur Anfechtung des Arbeitsvertrages nach §§ 119, 123 BGB berechtigen. So kann einem Arbeitnehmer, der wegen eines nicht nur kurzfristigen auftretenden Leidens (z.B. Anfallsleiden) für die übernommene Arbeit nicht oder nicht ausreichend geeignet ist, eine verkehrswesentliche Eigenschaft i.S. des § 119 Abs. 2 BGB fehlen (vgl. BAG vom 28.3.1974 - 2 AZR 92/73 -, EEK II/054).

## 2.5 Tod eines Arbeitnehmers

Das Arbeitsverhältnis endet wegen seines persönlichen Charakters mit dem Tod des Arbeitnehmers. Die Pflicht zur Arbeitsleistung ist an die Person des Arbeitnehmers gebunden und nicht übertragbar oder vererbbar. Der Entgeltfortzahlungsanspruch endet also spätestens mit dem Tod des Arbeitnehmers. Falls Entgeltzahlungen bereits entstanden und fällig sind, aber noch nicht gezahlt wurden, sind diese Ansprüche vererbbar.

Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie wird erst in dem Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem Empfänger zugeht (§ 130 Abs. 1 BGB). Hierbei trägt der Kündigende das Risiko für die rechtzeitige Zustellung des Kündigungsschreibens. Gelangt die Kündigung allerdings durch Verschulden des Kündigungsempfängers nicht in dessen Wirkungsbereich, hat dies der Absender der Willenserklärung nicht zu vertreten (vgl. BAG vom 18.2.1977 - 2 AZR 770/75 -, USK 7748, EEK II/086). Die Willenserklärung ist in der Regel nicht an eine bestimmte Form gebunden. Sie kann also auch mündlich erfolgen. Wegen der Beweisschwierigkeiten bei Streitigkeiten aus Anlaß der Kündigung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber ist die Schriftform und die Übersendung mit Einschreiben empfehlenswert. Soweit Tarifverträge anwendbar sind, enthalten diese teilweise Bestimmungen über die Schriftform einer Kündigung.

Ist die Kündigung rechtswirksam, endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist und damit auch der Entgeltfortzahlungsanspruch (Ausnahme evtl. § 8). Soweit kein Grund für eine außerordentliche (fristlose) Kündigung vorliegt, sind Kündigungsfristen zu beachten. Die Kündigungsfristen ergeben sich aus dem Gesetz (§§ 622 ff. BGB). Das Arbeitsverhältnis eines Arbeitnehmers kann mit einer Frist von vier Wochen zum 15. oder zum Ende eines Kalendermonats gekündigt werden. Für eine Kündigung durch den Arbeitgeber beträgt die Kündigungsfrist, wenn das Arbeitsverhältnis in dem Betrieb oder Unternehmen

1. zwei Jahre bestanden hat, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats,
2. fünf Jahre bestanden hat, zwei Monate zum Ende eines Kalendermonats,
3. acht Jahre bestanden hat, drei Monate zum Ende eines Kalendermonats,
4. zehn Jahre bestanden hat, vier Monate zum Ende eines Kalendermonats,
5. zwölf Jahr bestanden hat, fünf Monate zum Ende eines Kalendermonats,
6. fünfzehn Jahre bestanden hat, sechs Monate zum Ende eines Kalendermonats,
7. zwanzig Jahre bestanden hat, sieben Monate zum Ende eines Kalendermonats.

Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt. Während einer vereinbarten Probe-

zeit, längstens für die Dauer von sechs Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von zwei Wochen gekündigt werden. Durch Tarifvertrag können auch abweichende Kündigungsfristen festgelegt werden.

Einzelvertraglich kann eine kürzere Kündigungsfrist nur vereinbart werden, wenn ein Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist, dies gilt nicht, wenn das Arbeitsverhältnis länger als drei Monate dauert. Darüber hinaus können kürzere Kündigungsfristen vereinbart werden, wenn der Arbeitgeber in der Regel nicht mehr als 20 Arbeitnehmer ausschließlich der zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten beschäftigt und die Kündigungsfrist vier Wochen nicht unterschreitet. Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als zehn Stunden mit 0,25, nicht mehr als 20 Stunden mit 0,5 und nicht mehr als 30 Stunden mit 0,75 zu berücksichtigen.

Einzelvertragliche Vereinbarungen über längere Kündigungsfristen bleiben unberührt und für die Kündigung von Arbeitsverhältnissen durch den Arbeitnehmer dürfen keine längeren Fristen vereinbart werden als für eine Kündigung durch den Arbeitgeber.

Bei Arbeitnehmern, für die das Kündigungsschutzgesetz noch keine Anwendung findet, kann die Krankenkasse - auch wenn der Arbeitnehmer die fristlose Kündigung hinnimmt -, zur Durchsetzung des Erstattungsanspruchs nach § 115 SGB X den Klageweg beschreiten, wenn ihre Prüfung ergeben hat, daß die fristlose Kündigung unberechtigt war (vgl. BAG vom 29.11.1978 - 5 AZR 457/77 -, USK 78206, EEK I/627).

5                    Entgeltfortzahlungsanspruch nach dem EFZG bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung, Aufhebungsvertrag oder bei Verzicht auf den Entgeltfortzahlungsanspruch

## 5.1 Allgemeines

Eine Kündigung aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die Arbeitsunfähigkeit den entscheidenden Anstoß für den Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung gegeben hat. Die Arbeitsunfähigkeit braucht nicht der den Arbeitgeber zur Kündigung bewegende Grund zu sein, es genügt, wenn die Kündigungsmaßnahme ihre objektive Ursache in der Arbeitsunfähigkeit hat, d.h. die Arbeitsunfähigkeit muß innerhalb der Ursachenkette ein entscheidend mitbestimmender Faktor für den Kündigungsausspruch sein (vgl. BAG vom 22.12.1971 - 1 AZR 180/71 -, USK 71228, EEK II/045 und vom 28.11.1979 - 5 AZR 725/77-, USK 79246, EEK II/89).

Die gleiche Beurteilung gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlaß einer nicht rechtswidrigen Sterilisation, eines nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruchs oder eines rechtswidrigen aber straffreien Schwangerschaftsabbruchs kündigt.

## 5.2 Darlegungs- und Beweislast

Die Darlegungs- und Beweislast dafür, daß aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit gekündigt worden ist, trifft im Streitfall als anspruchsbegründende Tatsache den Arbeitnehmer. Fallen jedoch Kündigung und Beginn der Arbeitsunfähigkeit oder deren Verlängerung zeitlich zusammen, so spricht der Beweis des ersten Anscheins (prima-facie-Beweis) dafür, daß die Arbeitsunfähigkeit oder deren Fortdauer Anlaß der Kündigung war. Dies zu widerlegen ist dann Sache des Arbeitgebers (BAG vom 20.8.1980 - 5 AZR 218/78 -, USK 80159, EEK II/103).

Wird das Arbeitsverhältnis vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit gekündigt, liegt keine Anlaßkündigung vor. Erhebt der Arbeitnehmer zulässig Kündigungsschutzklage, so ist für die soziale Rechtfertigung der Kündigung der Arbeitgeber beweispflichtig (§ 1 Abs. 2 KschG). Vgl. im übrigen die Ausführungen im folgenden Punkt 5.3.

### 5.3 Kündigung des Arbeitsverhältnisses vor Eintritt von Arbeitsunfähigkeit

Grundsätzlich endet mit Erlöschen des Arbeitsverhältnisses auch der Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Bei einer vor dem Eintritt von Arbeitsunfähigkeit ausgesprochenen Kündigung entfällt der Anspruch auf Entgeltfortzahlung mit Ablauf der Kündigungsfrist. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung nicht für sechs Wochen gezahlt hat.

#### **Beispiel:**

Kündigung ausgesprochen am	10.8.
Arbeitsverhältnis endet am	30.9.
Eintritt von Arbeitsunfähigkeit am	9.9.

#### Ergebnis:

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht bis zum 30.9. und endet also mit Ablauf des Arbeitsverhältnisses, obwohl insgesamt nur für 22 Tage Arbeitsentgelt gezahlt wurde. Dieses Ergebnis ergibt sich aus § 8 Abs. 2 (vgl. BAG vom 20.8.1980 - 5 AZR 227/79 -, USK 80172, EEK II/105).

### 5.4 Kündigung aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit

Nach § 8 Abs. 1 Satz 1 wird der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts nicht dadurch berührt, daß der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus „Anlaß der Arbeitsunfähigkeit kündigt“. Dazu liegt eine umfangreiche Rechtsprechung der Arbeitsgerichtsbarkeit vor.

### 5.5 Kündigung vor Ablauf der Nachweisfrist am Anfang einer Arbeitsunfähigkeit

Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit i.S. des § 8 Abs. 1 Satz 1 liegt vor, wenn die Arbeitsunfähigkeit sich als eine die Kündigung wesentlich mitbestimmte Bedingung darstellt. Dies setzt grundsätzlich voraus, daß dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit bekannt war. Das BAG hat entschieden, daß ein Arbeitgeber, der vor Ablauf



der Nachweisfrist des § 5 Abs. 1 Satz 1 gekündigt und nicht abgewartet hat, ob der Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeit nachweist, nicht geltend machen kann, er habe bei Ausspruch der Kündigung von der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers keine Kenntnis gehabt (vgl. BAG-Urteil vom 26.4.1978 - 5 AZR 5/77, USK 78116, EEK II/85 und vom 20.8.1980 - 5 AZR 1086/78 -, USK 80166, EEK II/104).

**Beispiel:**

Beginn der Beschäftigung am	16. 7.
Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am	17. 8.
Schriftliche Kündigung des Arbeitgebers am	18. 8.
Ende des Arbeitsverhältnisses am	26. 8.
Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber bis einschließlich	26. 8.
Ende der Arbeitsunfähigkeit am	16.10.

Die Krankenkasse zahlte dem Arbeitnehmer vom 27.8. bis 16.10. Krankengeld und forderte es vom Arbeitgeber für die Zeit vom 27.8. bis 27.9. (Ende der Sechs-Wochen-Frist) zurück.

Ergebnis:

Nach dem BAG-Urteil vom 26.4.1978 - 5 AZR 5/77 -, USK 78116, EEK II/085, hätte dem Arbeitnehmer für die Zeit vom 27.8. bis 27.9. ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zugestanden. Dieser Anspruch ist auf die Krankenkasse übergegangen, weil sie in der strittigen Zeit Krankengeld gezahlt hat.

## 5.6 Beginn der Nachweisfrist nach § 5 Abs. 1 Satz 1

In einem weiteren Urteil hat das BAG am 20.8.1980 - 5 AZR 1086/78 -, USK 80166, EEK II/104, entschieden, daß die vom Arbeitgeber für eine Kündigung abzuwartende Nachweisfrist mit dem Fehlen des Arbeitnehmers beginnt und nicht erst mit dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit.

### **Beispiel:**

Beginn der Beschäftigung am	25. 5.
Fehlen ohne Entschuldigung seit dem	7. 8.
Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am	10. 8.
Fristlose Kündigung des Arbeitgebers am	12. 8.
Ende des Arbeitsverhältnisses durch gerichtlichen Vergleich vom 1.10. am	12. 8.
Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber bis einschließlich	12. 8.
Ende der Arbeitsunfähigkeit am	7.10.

Ergebnis:

Über den 12.8. hinaus besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Der Arbeitnehmer hat seit dem 7.8. ohne Entschuldigung gefehlt und der Arbeitgeber wußte auch am 12.8., also am Tag der fristlosen Kündigung, noch nicht, daß dieser krank ist. Der Arbeitgeber hatte bei Ausspruch der Kündigung keine Kenntnis von der Arbeitsunfähigkeit, so daß

die Kündigung nicht aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit erfolgt sein kann. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Arbeitgeber vor Ablauf der Nachweisfrist des § 5 Abs. 1 kündigt. Der Arbeitgeber kann sich dann nicht darauf berufen, daß er keine Kenntnis von der Arbeitsunfähigkeit gehabt habe.

Die vom Arbeitgeber abzuwartende Nachweisfrist beträgt drei Kalendertage. Sie beginnt mit dem Fehlen des Arbeitnehmers, nicht erst mit dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit. Das folgt aus Sinn und Zweck dieser Rechtsprechung. Es soll verhindert werden, daß der Arbeitgeber bei einem Fehlen des Arbeitnehmers sofort kündigt und dann geltend macht, er habe von einer Arbeitsunfähigkeit nichts gewußt. Wartet der Arbeitgeber die Nachweisfrist ab und kündigt er dann, ohne von der Arbeitsunfähigkeit Kenntnis zu haben, kann er davon ausgehen, daß der Arbeitnehmer unentschuldig fehlt, auch wenn dieser zwischenzeitlich erkrankt ist.

In dem Beispiel hat der Arbeitgeber erst am sechsten Tag des Fehlens des Arbeitnehmers gekündigt. Er kann sich daher darauf berufen, daß er von dessen Arbeitsunfähigkeit bei Ausspruch der Kündigung keine Kenntnis gehabt hat. Damit scheidet eine Kündigung aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit aus.

#### 5.7 Kündigung vor Ablauf der Nachweisfrist bei Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit (Folgebescheinigung)

Ferner liegt eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit i.S. des § 8 Abs. 1 Satz 1 auch dann vor, wenn der Arbeitgeber vor Ablauf von drei Tagen nach dem Ende einer zunächst bescheinigten Arbeitsunfähigkeit gekündigt und nicht abgewartet hat, ob der Arbeitnehmer eine Bescheinigung über die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit nachweist. Der Arbeitgeber kann nicht geltend machen, er habe bei Ausspruch der Kündigung von der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit keine Kenntnis gehabt (vgl. BAG vom 20.8.1980 - 5 AZR 896/79 - , USK 80182, EEK II/108).

### Beispiel:

Beginn der Beschäftigung am 18.5.

Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 29.7.

Voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit  
laut Folgebescheinigung vom 13.8. bis 20.8.

Kündigung des Arbeitgebers am 21.8. zum 21.8.

Eingang einer weiteren Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom 20.8., nach der der Versicherte noch bis zum 4.9. arbeitsunfähig krank ist, beim Arbeitgeber am 22.8.

Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber bis einschließlich 20.8.

Ende der Arbeitsunfähigkeit am 4.9.

Der Arbeitgeber hatte die Kündigung des Arbeitnehmers am 21.8. damit begründet, daß ihm von einer weiteren Arbeitsunfähigkeit nichts bekannt gewesen sei. Die Krankenkasse zahlte dem Arbeitnehmer bis zum 4.9. Krankengeld und forderte den gezahlten Betrag vom Arbeitgeber zurück.

Ergebnis:

Kündigt ein Arbeitgeber in zeitlichem Zusammenhang mit der Krankmeldung eines Arbeitnehmers oder der Anzeige der Fortdauer einer bekannten Arbeitsunfähigkeit, so spricht der Beweis des ersten Anscheins dafür, daß die Arbeitsunfähigkeit oder deren Fortdauer Anlaß der Kündigung war. Diesen Beweis des ersten Anscheins kann der Arbeitgeber nur dadurch erschüttern, indem er Tatsachen vorträgt und erforderlichenfalls beweist, daß andere Gründe seinen Kündigungsentschluß bestimmt haben.

Der Arbeitgeber hat in dem aufgezeigten Beispiel nicht gekündigt, als ihm die Anzeige über die Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit über den 20.8. hinaus zugeing, sondern die Kündigung schon vorher zum voraussichtlichen Ende der ihm bekannten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ausgesprochen. Der Arbeitgeber wußte allerdings am 21.8. noch nicht, daß der Arbeitnehmer über diesen Tag hinaus arbeitsunfähig sein werde. Das steht der Annahme nicht entgegen, der Arbeitgeber habe aus Anlaß der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit gekündigt. Zwar setzt eine Anlaßkündigung grundsätzlich voraus, daß dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit oder deren Fortdauer bei Ausspruch der Kündigung bekannt ist. Das führt jedoch zu keiner anderen Beurteilung. Der Arbeitgeber kann sich auf die fehlende Kenntnis der Arbeitsunfähigkeit nicht berufen, wenn er vor Ablauf der Nachweisfrist des § 5 Abs. 1 kündigt. Das gilt nicht nur, wenn der Arbeitnehmer erstmals fehlt und der Arbeitgeber daraufhin kündigt, bevor die Frist zur Beibringung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung abgelaufen ist. Auch wenn der Arbeitnehmer über die zunächst bescheinigte Zeit der Arbeitsunfähigkeit hinaus fehlt, muß der Arbeitgeber abwarten, ob nicht innerhalb von drei Kalendertagen eine Folgebescheinigung beigebracht wird. wenn er vermeiden will, daß seine Kündigung aus Anlaß der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit angesehen wird.

In dem aufgezeigten Beispiel hat der Arbeitgeber nicht abgewartet, ob der Arbeitnehmer am 21.8. wieder gesund oder weiter arbeitsunfähig war. Der Arbeitgeber muß sich daher so behandeln lassen, als habe er Kenntnis von der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit gehabt. Dann spricht aber der Beweis des ersten Anscheins dafür, daß der Arbeitgeber aus Anlaß der Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit gekündigt hat. Der Arbeitgeber hätte frühestens am 24.8. kündigen können, wenn ihm bis 23.8. eine Folgebescheinigung über die weitere Arbeitsunfähigkeit nicht zugegangen wäre.

Dem Arbeitnehmer stand bis zum 4.9. ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung zu. Dieser Anspruch ist auf die Krankenkasse übergegangen, weil sie in der strittigen Zeit Krankengeld gezahlt hat.

## 5.8 Entgeltfortzahlungsanspruch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Aufhebungsvertrag

In einem weiteren Urteil vom 20.8.1980 - 5 AZR 589/79 -, USK 80175, EEK II/106, hat sich das BAG mit der Frage befaßt, ob § 8 Abs. 1 Satz 1 seine Schutzwirkung für die Arbeitnehmer auch dann entfaltet, wenn an die Stelle einer Kündigung ein vom Arbeitgeber vorgeschlagener Aufhebungsvertrag tritt und der eigentliche Grund hierfür ebenfalls in der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers liegt.

### **Beispiel:**

Beginn der Beschäftigung am	15.6.
Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am	28.7.
Der Arbeitnehmer unterzeichnet einen Vermerk über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses im gegenseitigen Einverständnis am	12.8.
Entgeltfortzahlung des Arbeitgebers bis einschließlich	12.8.
Ende der Arbeitsunfähigkeit am	3.9.

Für die Zeit vom 13.8. bis 3.9. zahlte die Krankenkasse an den Arbeitnehmer Krankengeld und forderte es vom Arbeitgeber zurück.

### Ergebnis:

Die Anwendung des § 8 Abs. 1 Satz 1 kommt auch dann in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit nicht gekündigt, sondern auf Initiative des Arbeitgebers hin einvernehmlich beendet wird. Das BAG hat festgestellt, daß ein Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 8 Abs. 1 Satz 1 im Regelfall nicht

entfällt, wenn das Arbeitsverhältnis nach einer vom Arbeitgeber aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ausgesprochenen Kündigung im gegenseitigen Einvernehmen beendet wird. Dies wird damit begründet, daß es bei der Beurteilung von Ansprüchen im Zusammenhang mit dem Ausscheiden des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis nicht entscheidend auf die formale Seite - Aufhebungsvertrag oder Kündigung -, sondern auf den Anlaß, dem materiellen Auflösungsgrund, ankommt. Die gleichen Überlegungen müssen auch für den Fall gelten, in dem der Arbeitgeber die Auflösung des Arbeitsverhältnisses aus Anlaß der Arbeitsunfähigkeit durch einen Aufhebungsvertrag betreibt, ohne zuvor gekündigt zu haben. § 8 Abs. 1 Satz 1 will verhindern, daß der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit zum Anlaß einer Kündigung nimmt, um sich auf diese Weise der Verpflichtung zur Entgeltfortzahlung zu entziehen. Diesem gesetzgeberischen Zwecke würde nur unvollkommen entsprochen, wenn der Arbeitgeber zur Entgeltfortzahlung nicht verpflichtet wäre, sofern es ihm gelingt, den Arbeitnehmer zu einer einvernehmlichen Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu veranlassen und deshalb eine Kündigung entbehrlich wird.

Somit hat für die Zeit vom 13.8. bis 3.9. ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung bestanden, der auf die Krankenkasse übergegangen ist, weil sie in der strittigen Zeit Krankengeld gezahlt hat.

#### 5.9 Wirkung einer Verzichtserklärung/Ausgleichsquittung auf den Entgeltfortzahlungsanspruch bei Arbeitsunfähigkeit

Sofern ein Arbeitnehmer bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses in einer Ausgleichsquittung bestätigt, daß er seine Arbeitspapiere und den Restlohn erhalten hat, und er zugleich die auf dem Formular vordruckte Erklärung unterschreibt, daß damit alle seine Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis abgegolten sind und er keine Forderungen gegen den Arbeitgeber - gleichgültig aus welchem Rechtsgrund - mehr hat, dann wurde durch diese Handlung der Empfang der Papiere quittiert und möglicherweise die Richtigkeit der Lohnabrechnung anerkannt.

Ein weitergehender Verzicht, insbesondere ein Verzicht auf einen etwaigen Entgeltfortzahlungsanspruch, kann in einer solchen „Erklärung“ nicht gesehen werden, es sei denn, aus den Umständen ergibt sich, daß der Arbeitnehmer die Bedeutung seiner Unterschrift erkannt hat (vgl. BAG vom 20.8.1980 - 5 AZR 759/78 -, USK 80161, EEK I/678).

**Beispiel:**

Beginn der Beschäftigung am	16. 7.
Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am	7. 9.
Ende der Arbeitsunfähigkeit am	17. 9.
Ende des Arbeitsverhältnisses am	25. 9.
Unterzeichnung einer Ausgleichsquittung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer am	12.10.
Zahlung des Krankengeldes für die Zeit vom 7.9. bis 17.9. durch die Krankenkasse am	27.10.
Unterrichtung des Arbeitgebers durch die Krankenkasse über die Krankengeldzahlung am	8.12.

Der Arbeitgeber hat die Entgeltfortzahlung für die Zeit vom 7.9. bis 17.9. mit der Begründung verweigert, die wiederholte Befristung der Arbeitsverhältnisse stehe dem Entgeltfortzahlungsanspruch entgegen. Deshalb zahlte die Krankenkasse am 27.10. für diesen Zeitraum Krankengeld.

Ergebnis:

Es kommt darauf an, wann Krankengeld tatsächlich gezahlt wurde. In dem vorstehenden Beispiel hat die Krankenkasse erst am 27.10. Krankengeld gezahlt, also zu einem Zeitpunkt, der nach dem Verzicht des Arbeitnehmers auf den Entgeltfortzahlungsanspruch lag. Deshalb hat der Arbeitnehmer wirksam auf den Entgeltfortzahlungsanspruch verzichtet. Dieser konnte dann nicht mehr auf die Krankenkasse übergehen.

Davon ausgehend, daß die wiederholte Befristung der Arbeitsverhältnisse einem Entgeltfortzahlungsanspruch nicht entgegensteht, ergeben sich bei dem aufgezeigten Sachverhalt noch folgende Fragen:



- a) Konnte der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den fälligen Entgeltfortzahlungsanspruch verzichten?
  
- b) Hat der Arbeitnehmer in der Ausgleichsquittung vom 12.10. tatsächlich auf den Entgeltfortzahlungsanspruch verzichtet?

Zu a):

Ein etwaiger Verzicht auf den Entgeltfortzahlungsanspruch verstößt nicht gegen das Verbot der Unabdingbarkeit (vgl. § 12, Seite 118). Diese Vorschrift verbietet keinen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärten Verzicht auf Entgeltfortzahlungsansprüche nach deren Fälligkeit.

§ 12 soll dem Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers dienen. Dieser soll sicher sein, im Falle seiner Erkrankung den Lohn bis zur Dauer von sechs Wochen weiter zu erhalten. Er soll, wenn er erkrankt ist, ohne Sorge um seinen Lebensunterhalt seine Krankheit ausheilen können. Das wäre nicht möglich, wenn der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im voraus ausgeschlossen oder beschränkt werden könnte. Dieser Zweck des § 12 fordert nicht auch ein Verbot des nachträglichen Verzichts auf den Entgeltfortzahlungsanspruch. Das Arbeitsentgelt, auch das im Krankheitsfalle fortzuzahlende Arbeitsentgelt, wird nachträglich gezahlt (§ 616 BGB). Wenn der Arbeitnehmer bei oder nach Fälligkeit den Entgeltfortzahlungsanspruch erläßt, wird er damit nicht rückwirkend für die Zeit der bisherigen Dauer der Arbeitsunfähigkeit in Sorge um seinen Lebensunterhalt versetzt. Die hinter ihm liegende Zeit übersieht er. Ob er das am Fälligkeitstage zu zahlende Arbeitsentgelt für seinen Lebensunterhalt in der Zukunft benötigt, kann er beurteilen.

In dem unter 5.9 aufgezeigten Beispiel hat der Arbeitnehmer aufgrund der am 12.10. mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung unter anderem auf den Entgeltfortzahlungsanspruch für die Zeit vom 7.9. bis 17.9. verzichtet. Dieser Verzicht auf den Entgeltfortzahlungsanspruch wäre jedoch unwirksam, wenn der Arbeitnehmer am 12.10. nicht mehr Gläubiger des Entgeltfortzahlungsanspruchs gewesen wäre. Denn wenn die Krankenkasse Krankengeld an den erkrankten Arbeitnehmer zahlt, so geht der Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber in Höhe des gezahlten Krankengeldes auf die Krankenkasse über (§ 115 SGB X). Der Anspruch geht mit der Zahlung des Krankengeldes auf die Krankenkasse

über. Der Übergang des Anspruchs erfolgt kraft Gesetzes. Einer „Überleitungsanzeige“ durch die Krankenkasse bedarf es nicht. Mit einer solchen Anzeige kann der Entgeltfortzahlungsanspruch auch nicht vor Zahlung des Krankengeldes auf die Krankenkasse übergeleitet werden.

Es kommt also darauf an, wann Krankengeld tatsächlich gezahlt wurde. In dem unter 5.9 aufgezeigten Beispiel hat die Krankenkasse erst am 27.10. Krankengeld gezahlt, also zu einem Zeitpunkt, der nach dem Verzicht des Arbeitnehmers auf den Entgeltfortzahlungsanspruch lag. Deshalb hat der Arbeitnehmer wirksam auf den Entgeltfortzahlungsanspruch verzichtet. Dieser konnte dann nicht mehr auf die Krankenkasse übergehen.

Es ist jedoch noch ein weiterer Gesichtspunkt in diesem Zusammenhang zu beachten. Vielfach teilen die Krankenkassen dem Arbeitgeber, der die Entgeltfortzahlung verweigert, mit, daß sie nunmehr an den Arbeitnehmer Krankengeld zahlen werden. Eine solche Mitteilung, die vor Abschluß einer Verzichtserklärung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dem Arbeitgeber zugeht, ist geeignet, Kenntnis von der Zahlung von Krankengeld zu begründen. Wollte man davon ausgehen, daß nur eine nach tatsächlicher Zahlung von Krankengeld erfolgende Mitteilung die den guten Glauben des Arbeitgebers ausschließende Kenntnis vom Forderungsübergang vermitteln könnte, wäre die Krankenkasse nicht geschützt vor Verfügungen des Arbeitnehmers über den Entgeltfortzahlungsanspruch, die dieser in der Zeit zwischen der Zahlung des Krankengeldes und dem Zeitpunkt trifft, zu dem die Mitteilung dem Arbeitgeber frühestens zugehen kann. Eine solche temporäre Schutzlosigkeit des neuen Gläubigers wird von § 407 BGB nicht gefordert. Diese Vorschrift dient dem Schutz des guten Glaubens des Schuldners an die Verfügungsbefugnis des Altgläubigers. Dieser gute Glaube ist aber nicht mehr schutzbedürftig, wenn der Schuldner aufgrund einer Mitteilung des Neugläubigers damit rechnen muß, daß dieser bereits Inhaber der Forderung ist. Mit der Zahlung von Krankengeld durch die Krankenkasse braucht der Arbeitgeber zwar nicht allein deswegen zu rechnen, weil der Arbeitnehmer krankenversichert ist. Dafür besteht aber Grund, wenn die Krankenkasse mitgeteilt hat, daß sie für einen bestimmten Zeitraum in bestimmter Höhe Krankengeld zahlen werde. Der Arbeitgeber muß dann davon ausgehen, daß der Anspruch des Arbeitnehmers auf

Krankengeld geprüft und für begründet erachtet worden ist und daß die tatsächliche Zahlung des Krankengeldes nur noch eine Frage der Ausführung dieser Entscheidung ist. Einigt er sich nach Empfang einer solchen Mitteilung mit dem Arbeitnehmer über den Entgeltfortzahlungsanspruch, muß er damit rechnen, daß zwischenzeitlich Krankengeld gezahlt worden ist und der Arbeitnehmer über den Entgeltfortzahlungsanspruch daher nicht mehr verfügen kann.

Hätte die Krankenkasse in dem unter 5.9 aufgezeigten Beispiel vor dem 12.10. Krankengeld gezahlt, so wäre der Arbeitnehmer damit nicht mehr Gläubiger des Entgeltfortzahlungsanspruchs gewesen. Bei einer solchen Konstellation wird die Krankenkasse den gleichwohl erklärten Verzicht nach § 407 Abs. 1 BGB nicht gegen sich gelten lassen müssen. Es kommt auch nicht darauf an, ob der Arbeitgeber auch wußte, daß damit der Entgeltfortzahlungsanspruch auf die Krankenkasse übergegangen ist. Es genügt die Kenntnis der den Forderungsübergang begründenden Tatsachen.

Zu b):

In den Ausführungen zu a) wurde festgestellt, daß der Arbeitnehmer - ohne Verletzung von Rechtsvorschriften - die Möglichkeit hat, wie in dem unter 5.9 aufgezeigten Beispiel vorgegebenen Umständen auf die Entgeltfortzahlung zu verzichten. Das BAG verlangt aber außerdem, daß der Arbeitnehmer erkannt haben muß, welche Bedeutung seiner Unterschrift in einer Ausgleichsquittung zukommt, und daß er insbesondere auch auf einen etwaigen Entgeltfortzahlungsanspruch verzichtet. Damit also ein rechtswirksamer Verzicht auf einen Entgeltfortzahlungsanspruch vorliegt, müssen bestimmte Voraussetzungen erfüllt sein. Das BAG hat dazu folgendes ausgeführt:

- Der Verzicht auf einen Anspruch ist ein Rechtsgeschäft, gleichgültig, ob er Inhalt eines Vergleichs (§ 779 BGB), eines Erlaßvertrages (§ 397 Abs. 1 BGB) oder eines negativen Schuldanerkenntnisses ist (§ 397 Abs. 2 BGB). Bei dessen Auslegung ist nach §§ 133, 157 BGB nicht allein am Wortlaut der Erklärung zu haften, sondern sind alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein

können, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt hat und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen war. Ein Verzicht des Arbeitnehmers als Gläubiger auf Rechte ist nach der Lebenserfahrung allgemein nicht zu vermuten. Deshalb muß sich nach dem Wortlaut der Erklärung und den Begleitumständen klar ergeben, daß und in welchem Umfang der Arbeitnehmer ihm bekannte oder mögliche Ansprüche aufgibt.

- Es ist bekannt, daß die ausscheidenden Arbeitnehmer bei der Aushändigung ihrer Arbeitspapiere und des Restlohnes regelmäßig aufgefordert werden, eine Ausgleichsquittung zu unterschreiben, und daß diese Aufforderung als eine Bitte verstanden wird, die empfangenen Leistungen zu quittieren. Der Arbeitgeber weiß auch, daß der Arbeitnehmer keinen Anlaß hatte, auf Ansprüche zu verzichten (vgl. das unter 5.9 aufgezeigte Beispiel). Der Arbeitgeber mußte erkennen, daß der Arbeitnehmer mit seiner Unterschrift keine eigene, spontane Erklärung abgab, sondern lediglich eine vom Arbeitgeber vorformulierte Erklärung unterschrieb, die dem Arbeitnehmer nach Wortlaut und Begleitumständen nicht deutlich machte, daß von ihm ein Verzicht auf mögliche Ansprüche erwartet wurde.
- Will der Arbeitgeber einen Erlaßvertrag oder ein negatives Schuldanerkenntnis vom Arbeitnehmer erreichen, muß er „die Karten auf den Tisch legen“. Der Arbeitgeber mußte den Arbeitnehmer darauf aufmerksam machen, daß mit seiner Unterschrift unter die Erklärung alle Streitpunkte erledigt sein sollten und daß er damit auch auf einen möglicherweise bestehenden Entgeltfortzahlungsanspruch verzichtete.
- Dies bedeutet keine Hinweispflicht in dem Sinne, daß ohne entsprechenden vorigen Hinweis des Arbeitgebers eine Ausgleichsklausel unwirksam wäre. Es hat vielmehr lediglich Bedeutung für die Auslegung der vom Arbeitnehmer unterschriebenen Erklärung, wenn ihm durch entsprechende Hinweise bewußt gemacht wird, daß er nicht nur eine Empfangsbestätigung, sondern eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung abgeben sollte. Unterschreibt der Arbeitnehmer nach einem solchen Hinweis, ist für beide Seiten klar, daß er einen Verzicht erklärt hat.

Will der Arbeitgeber also mit einer Ausgleichsquittung erreichen, daß der Arbeitnehmer auch auf einen Entgeltfortzahlungsanspruch verzichtet, so sollte der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ausdrücklich darauf aufmerksam machen. Unterläßt der Arbeitgeber diesen Hinweis und der Arbeitnehmer macht später geltend, daß er sich der Tragweite seiner Unterschriftsleistung

nicht bewußt war, so hat der Arbeitnehmer nicht rechtswirksam auf den Entgeltfortzahlungsanspruch verzichtet. Bei einer solchen Konstellation geht der Entgeltfortzahlungsanspruch auf die Krankenkasse über, sofern diese Krankengeld gezahlt hat.

Hat der Versicherte aber einen Verzicht auf Entgeltfortzahlung zum Nachteil der Krankenkasse dem Arbeitgeber gegenüber erklärt, führt dies grundsätzlich zum Ruhen des Krankengeldanspruchs nach § 49 SGB V für die Dauer des Verzichts. Bei leicht fahrlässigem Handeln des Versicherten kommt ein Ruhen des Krankengeldanspruchs allerdings nicht in Betracht (vgl. BSG vom 16.12.1980 - 3 RK 27/79 -, USK 80270, EEK I/691).

#### 5.10 Kündigung durch den Arbeitnehmer aus einem vom Arbeitgeber zu vertretenden wichtigen Grund

Einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus kann ein Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit auch dann fordern, wenn er aus wichtigem Grund kündigt und der Arbeitgeber diesen Grund zu vertreten hat. Dies gilt auch dann, wenn der Arbeitnehmer von seinem Recht, das Arbeitsverhältnis fristlos zu kündigen, keinen Gebrauch macht und eine fristgemäße Kündigung wählt. Insbesondere können hierfür als Gründe in Frage kommen: Tätlichkeiten, Beleidigungen, unsittliches Verhalten, Verstöße gegen Arbeitsschutzvorschriften und bestimmte Vertragsverletzungen wie etwa die unberechtigte Verweigerung der Entgeltzahlung oder Entgeltfortzahlung oder der Umstand, daß der Arbeitgeber mit diesen Zahlungen im Verzuge ist.

Die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen eines vom Arbeitgeber zu vertretenden wichtigen Grundes trifft den kündigenden Arbeitnehmer (vgl. ArbG Düsseldorf vom 29.4.1970 - 6 Ca 749/70 -, EEK II/013).

## 5.11 Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei verspäteter Rückkehr des Arbeitnehmers aus dem Urlaub

Vereinbarungen über die Aufhebung des Arbeitsverhältnisses sind grundsätzlich zulässig und weder durch Kündigungs- noch durch Kündigungsschutzbestimmungen ausgeschlossen. Die Aufhebung ist jedoch unzulässig, wenn zwingende Vorschriften des Kündigungsrechts umgangen werden.

Eine einzelvertragliche Festlegung, nach der das Arbeitsverhältnis ohne weiteres enden soll, wenn der Arbeitnehmer seine Tätigkeit nach Ablauf des bezahlten Erholungsurlaubs nicht sofort wieder aufnimmt, ist - unabhängig davon, welche Umstände die Fristversäumnis verursacht haben - rechtsunwirksam, weil sie den durch das Kündigungs- und Kündigungsschutzrecht gewährleisteten Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses vereiteln würde (vgl. BAG vom 19.12.1974 - 2 AZR 565/73 -, EEK I/468). Soweit eine derartige Vereinbarung auch den Fall der Arbeitsverhinderung infolge Krankheit einschließt, ist ihre Rechtsunwirksamkeit schon wegen des Verstoßes gegen § 9 über die Unabdingbarkeit des Entgeltfortzahlungsanspruchs gegeben (vgl. ArbG München vom 1.3.1973 - 16 Ca 9853/72 -, EEK I/326). Das gleiche gilt, wenn der Arbeitnehmer nach einem vereinbarten unbezahlten Sonderurlaub nicht rechtzeitig zurückkehrt. Unabhängig davon kann dieses Verhalten des Arbeitnehmers jedoch einen Grund zur Kündigung durch den Arbeitgeber darstellen.

## 6 Nichterfüllung der Entgeltfortzahlung

Die Ausführungen zu § 3, 9, Seiten 51 bis 53 gelten entsprechend.

### **§ 9 - Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation**

***(1) Die Vorschriften der §§ 3 bis 4 b und 6 bis 8 gelten entsprechend für die Arbeitsverhinderung infolge einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation, die ein Träger der gesetzlichen Renten-, Kranken- oder Unfallversicherung, eine Verwaltungsbehörde der Kriegsopferversorgung oder ein sonstiger Sozialleistungsträger bewilligt hat und die in einer Einrichtung der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation stationär durch-***

*geführt wird. Ist der Arbeitnehmer nicht Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse oder nicht in der gesetzlichen Rentenversicherung versichert, gelten die §§ 3 bis 4 b und 6 bis 8 entsprechend, wenn eine Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation ärztlich verordnet worden ist und stationär in einer Einrichtung der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation oder einer vergleichbaren Einrichtung durchgeführt wird.*

*(2) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber den Zeitpunkt des Antritts der Maßnahme, die voraussichtliche Dauer und die Verlängerung der Maßnahme i.S. des Absatzes 1 unverzüglich mitzuteilen und ihm*

*a) eine Bescheinigung über die Bewilligung der Maßnahme durch einen Sozialleistungsträger nach Ansatz 1 Satz 1 oder*

*b) eine ärztliche Bescheinigung über die Erforderlichkeit der Maßnahme i.S. des Absatzes 1 Satz 2*

*unverzüglich vorzulegen.*

## 1 Grundsatz

Durch diese Vorschrift wird den Arbeitnehmern ein Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts auch bei solchen stationären Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahmen zugestanden, während deren Dauer zwar keine Arbeitsunfähigkeit vorliegt, die jedoch medizinisch notwendig sind (vgl. BAG vom 29.11.1973 - 5 AZR 205/73 -, USK 73217, EEK I/390 und vom 10.5.1978 - 5 AZR 15/77 -, USK 78103, EEK I/602).

Sind die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 erfüllt, dann gelten die Vorschriften der §§ 3, 4, 6 bis 8 entsprechend. Der § 9 bildet zwar eine eigenständige Anspruchsgrundlage; die hiernach zustehenden Ansprüche gehen aber hinsichtlich Dauer und Höhe über den in den §§ 3 und 4 a festgelegten Leistungsumfang hinaus. Zur Anrechnung möglicher Urlaubstage vgl. § 9, 7, Seite 115.

## 2 Voraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung während einer stationären Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme

### 2.1 Allgemeines

Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung während einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation besteht nur dann, wenn ein Sozialleistungsträger (§§ 18 bis 24 und 28 SGB I) die Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme bewilligt hat und diese stationär durchgeführt wird. Liegt eine dieser Voraussetzungen nicht vor, so ist der Arbeitgeber auch nach anderen gesetzlichen Vorschriften zur Weiterzahlung des Arbeitsentgelts nicht verpflichtet, es sei denn, der Arbeitnehmer ist arbeitsunfähig und hat einen Anspruch nach § 3.

### 2.2 Sozialleistungsträger

Die in § 9 Abs. 1 bezeichneten Träger sind identisch mit den in §§ 18 bis 24 und 28 SGB I genannten Sozialleistungsträgern. Die in § 18 Nr. 4 LFZG aufgeführten Einrichtungen und Verbände der freien Wohlfahrtspflege gehören nicht dazu.

### 2.3 Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahmen

Um eine Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme i.S. des § 9 Abs. 1 handelt es sich, wenn die Maßnahme von einem Sozialleistungsträger verantwortlich gestaltet und durchgeführt wird. Dies ist nur dann der Fall, wenn der Sozialleistungsträger für ein planvoll gestaltetes medizinisches Heilverfahren - hierzu gehören eine ausreichende medizinische Betreuung sowie ein gewisser Einfluß auf die Lebensführung des Versicherten - sorgt, mit dem ein bestimmter Kur- oder Heilerfolg erreicht werden kann. Ein Aufenthalt in „urlaubsmäßigem Zuschnitt“ löst keine Entgeltfortzahlungsansprüche aus (vgl. BAG vom 14.11.1979 - 5 AZR 930/77 -, USK 79203, EEK I/642).

### 2.4 Stationäre medizinische Vorsorge-/ Rehabilitationmaßnahme

Nicht jede Maßnahme der medizinischen Vorsorge- oder Rehabilitation löst einen Anspruch des Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung aus. Der Gesetzgeber hat den Anspruch auf solche Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation beschränkt, die in einer Einrich-



tung der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation stationär durchgeführt werden. Die Maßnahmen müssen in einem unmittelbaren Zusammenhang und einem konkreten krankhaften Gesundheitszustand stehen, selbst wenn dieser noch nicht zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat.

## 2.5 Nachträgliche Kostenübernahme

Hat der Arbeitnehmer eine stationäre Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation auf eigene Kosten durchgeführt und werden die Kosten von einem der vorgenannten Träger übernommen (z.B. nach § 18 Abs. 1 BVG), dann sind die Voraussetzungen des § 9 erfüllt.

## 3 Dauer der Entgeltfortzahlung

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 hat der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt für die gesamte Dauer des stationären Aufenthaltes, längstens aber bis zur Dauer von sechs Wochen, weiterzuzahlen. Im übrigen steht eine stationäre Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme im Hinblick auf die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 2 einer Arbeitsunfähigkeit gleich. Daraus ergibt sich für den Arbeitgeber das Recht, Zeiten einer stationären Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme bei Wiederholungs-erkrankungen und -maßnahmen unter den in § 3 Abs. 1 Satz 2 genannten Voraussetzungen auf die Anspruchsdauer von sechs Wochen anzurechnen. Unter den gleichen Bedingungen kann er auch eine frühere Entgeltfortzahlung wegen Arbeitsunfähigkeit auf die Anspruchsdauer während einer stationären Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme anrechnen. Die Ausführungen zu § 3, 4, Seite 30, gelten entsprechend.

## 4 Anzeige- und Nachweispflichten

### 4.1 Allgemeines

Für die Anzeige- und Nachweispflichten des Arbeitnehmers enthält § 9 Abs. 2 eine Sonderregelung; sie ersetzt den § 5.

### 4.2 Anzeigepflicht

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber den Zeitpunkt des Antritts der stationären Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation mitzuteilen. Die Mitteilung hat unverzüglich zu erfolgen, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 BGB), sobald der Arbeitnehmer den Termin für die Einberufung kennt. Die Mitteilung ist formlos, auch mündlich möglich (vgl. BAG-Urteil vom 5.5.1972 - 5 AZR 447/71 -, USK 7295, EEK I/279). Mitzuteilen ist auch die voraussichtliche Dauer der Maßnahme. Bei einer späteren Verlängerung muß der Arbeitnehmer seinen Arbeitgeber unverzüglich davon in Kenntnis setzen.

#### 4.3 Nachweispflicht

Der Arbeitnehmer hat dem Arbeitgeber eine Bescheinigung über die Bewilligung der Maßnahme nach § 9 Abs. 1 vorzulegen. Die Vorlagepflicht beginnt mit dem Zugang des Bescheids des Sozialversicherungsträgers. Er hat unverzüglich zu erfolgen, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 BGB).

Aus der Bescheinigung über die Bewilligung der Maßnahme muß erkennbar sein,

- die Art der bewilligten Maßnahme
- daß die Maßnahme stationär in einer Einrichtung der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation durchgeführt wird und
- welcher Sozialleistungsträger die Maßnahme bewilligt.

#### 4.4 Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Entgeltfortzahlung zeitweilig zu verweigern, bis daß der Arbeitnehmer seine Verpflichtung erfüllt (vgl. § 9 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 und das BAG-Urteil vom 5.5.1972 - 5 AZR 447/71 -, USK 7295, EEK I/279).

### 5 Vorrangigkeit des Anspruchs nach § 3

Besteht vor und während einer stationären Vorsorge- oder Rehabilitationsmaßnahme Arbeitsunfähigkeit, so hat der Anspruch auf Entgeltfortzahlung seine Rechtsgrundlage in § 3 Abs. 1; in diesen Fällen brauchen mithin die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 nicht geprüft zu werden.

## 6 Arbeitnehmer, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind

### 6.1 Grundsatz

Für Arbeitnehmer, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind, besteht nach § 9 Abs. 1 Satz 2 Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber bis zu sechs Wochen, wenn eine ärztlich verordnete Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation in einer Einrichtung der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation oder einer vergleichbaren Einrichtung stationär durchgeführt wird. Bei diesem Personenkreis dürfte es sich überwiegend um geringfügig beschäftigte Familienversicherte handeln.

Die ärztliche Verordnung setzt voraus, daß die Durchführung einer medizinischen Maßnahme der Vorsorge- oder Rehabilitation stationär in einer entsprechenden Einrichtung notwendig ist. Verordnet der Arzt nur eine medizinische Vorsorge- oder Rehabilitationsmaßnahme, ohne die Notwendigkeit der stationären Durchführung zu bestätigen, reicht die Verordnung nicht aus.

### 6.2 Anzeige- und Nachweispflichten

Nichtmitglieder in der gesetzlichen Krankenversicherung haben dem Arbeitgeber nach § 9 Abs. 2 Buchst. b eine ärztliche Bescheinigung über die Erforderlichkeit der Maßnahme unverzüglich vorzulegen. Bewilligt jedoch ein Sozialleistungsträger eine stationäre Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme, genügt als Nachweis der Bewilligungsbescheid; eine ärztliche Bescheinigung über die Erforderlichkeit der Maßnahme nach § 9 Abs. 2 Buchst. b ist dann entbehrlich.

## 7 Absenkung der Entgeltfortzahlung

Auch bei Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation - ohne bestehende Arbeitsunfähigkeit - ist eine Beschränkung der Entgeltfortzahlung auf 80 v.H. möglich (vgl. § 4). Um in diesen Fällen die Absenkung der Entgeltfortzahlung zu vermeiden, kann der Arbeitnehmer für je fünf Tage der Maßnahme - ggf. unter Abzug der auf Verlangen des Arbeitgebers angerechneten Tage des Erholungsurlaubs (vgl. § 10 Bundesurlaubsgesetz) - die Anrechnung eines Urlaubstages verlangen (vgl. § 4 a). Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung verlängert sich durch die angerechneten Tage des Erholungsurlaubs nicht. Hat der Arbeitgeber einem Arbeitnehmer mit Fünf-Tage-Woche für eine dreiwöchige Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation sechs Tage auf den Erholungsurlaub angerechnet, so braucht der Arbeitnehmer zu Vermeidung der Absenkung der Entgeltfortzahlung für die restlichen neun Arbeitstage nur noch zwei Tage auf den Erholungsurlaub anrechnen zu lassen.

#### **§ 10 Wirtschaftliche Sicherung für den Krankheitsfall im Bereich der Heimarbeit**

**(1) In Heimarbeit Beschäftigte (§ 1 Abs. 1 des Heimarbeitsgesetzes) und ihnen nach § 1 Abs. 2 Buchstabe a bis c des Heimarbeitsgesetzes Gleichgestellte haben gegen ihren Auftraggeber oder, falls sie von einem Zwischenmeister beschäftigt werden, gegen diesen Anspruch auf Zahlung eines Zuschlags zum Arbeitsentgelt. Der Zuschlag beträgt**

- 1. für Heimarbeiter, für Hausgewerbetreibende ohne fremde Hilfskräfte und die nach § 1 Abs. 2 Buchstabe a des Heimarbeitsgesetzes Gleichgestellten 3,4 v.H.,**
- 2. für Hausgewerbetreibende mit nicht mehr als zwei fremden Hilfskräften und die nach § 1 Abs. 2 Buchstabe b und c des Heimarbeitsgesetzes Gleichgestellten 6,4 v.H.t**

**des Arbeitsentgelts vor Abzug der Steuern, des Beitrages zur Bundesanstalt für Arbeit und der Sozialversicherungsbeiträge ohne Unkostenzuschlag und ohne die für den Lohnausfall an gesetzlichen Feiertagen, den Urlaub und den Arbeitsausfall infolge Krankheit zu leistenden Zahlungen. Der Zuschlag für die unter Nummer 2 aufgeführten Personen dient zugleich zur Sicherung der Ansprüche der von ihnen Beschäftigten.**

*(2) Zwischenmeister, die den in Heimarbeit Beschäftigten nach § 1 Abs. 2 Buchstabe d des Heimarbeitsgesetzes gleichgestellt sind, haben gegen ihren Auftraggeber Anspruch auf Vergütung der von Ihnen nach Absatz 1 nachweislich zu zahlenden Zuschläge.*

*(3) Die nach den Absätzen 1 und 2 in Betracht kommenden Zuschläge sind gesondert in den Entgeltbeleg einzutragen.*

*(4) Für Heimarbeiter (§ 1 Abs. 1 Buchstabe a des Heimarbeitsgesetzes) kann durch Tarifvertrag bestimmt werden, daß sie statt der in Absatz 1 Satz 2 Nummer 1 bezeichneten Leistungen die den Arbeitnehmern im Falle ihrer Arbeitsunfähigkeit nach diesem Gesetz zustehenden Leistungen erhalten. Bei der Bemessung des Anspruchs auf Arbeitsentgelt bleibt der Unkostenzuschlag außer Betracht.*

*(5) Auf die in den Absätzen 1 und 2 vorgesehenen Zuschläge sind die §§ 23 bis 25, 27 und 28 des Heimarbeitsgesetzes, auf die in Absatz 1 dem Zwischenmeister gegenüber vorgesehenen Zuschläge außerdem § 21 Abs. 2 des Heimarbeitsgesetzes entsprechend anzuwenden.*

*Auf die Ansprüche der fremden Hilfskräfte der in Absatz 1 unter Nummer 2 genannten Personen auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist § 26 des Heimarbeitsgesetzes entsprechend anzuwenden.*

**Anmerkungen:**

Nach § 12 SGB IV sind Heimarbeiter Personen, die in eigener Arbeitsstätte im Auftrag und für Rechnung von Gewerbetreibenden, gemeinnützigen Unternehmen oder öffentlich-rechtlichen Körperschaften erwerbsmäßig arbeiten, auch wenn sie Roh- oder Hilfsstoffe selbst beschaffen oder vorübergehend für eigene Rechnung tätig sind. Die Heimarbeiter haben keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Der Auftraggeber oder Zwischenmeister zahlt statt dessen einen Zuschlag in Höhe von 3,4 v.H. zum Arbeitsentgelt.

§ 10 Abs. 4 sieht alternativ vor, daß für Heimarbeiter durch tarifvertragliche Regelungen anstelle des in § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bezeichneten Zuschlags Arbeitsentgelt im Krankheitsfall

le analog nach § 3 fortgezahlt werden kann. In diesen Fällen hat der Arbeitgeber allerdings keinen Erstattungsanspruch nach § 10 LFZG.

## **§ 12 Unabdingbarkeit**

***Abgesehen von § 4 Abs. 4 kann von den Vorschriften dieses Gesetzes nicht zuungunsten des Arbeitnehmers oder der nach § 10 berechtigten Personen abgewichen werden.***

### **Anmerkungen:**

Durch diese Vorschrift ist insbesondere sichergestellt, daß die Entgeltfortzahlung nicht von zusätzlichen, im Gesetz nicht enthaltenen Voraussetzungen abhängig gemacht und auch vom Grundsatz des § 3 nicht abgewichen werden kann (vgl. BAG vom 21.12.1972, USK 72220, EEK I/297; vom 11.6.1976, USK 7695, EEK I/551 und vom 10.05.1978, EEK I/603).

Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers sind dagegen zulässig. Sie sind aber für den Umfang des Erstattungsanspruchs nach § 10 LFZG unwirksam. Zahlt der Arbeitgeber z.B. für mehr als sechs Wochen Arbeitsentgelt, dann steht ihm trotzdem nur für sechs Wochen ein Erstattungsanspruch zu (zum Verzicht vgl. § 8, 5.9, Seite 103).