

Gemeinsames Rundschreiben betr. EFZG [RdSchr. 98 b]

der Spitzenverbände der Krankenkassen
vom 25. 6. 1998

Inhaltsübersicht:

Zu § 1 EFZG

1. Grundsatz
2. Räumlicher Geltungsbereich
3. Persönlicher Geltungsbereich/Arbeitnehmer

Zu § 3 EFZG

1. Grundsatz
2. Ursache der Arbeitsverhinderung
 - 2.1. Grundsatz
 - 2.2. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit
 - 2.3. Selbstverschuldete Krankheit
 - 2.4. Arbeitsunfähigkeit infolge Sterilisation oder Schwangerschaftsabbruch
 - 2.5. Arbeitsunfähigkeit als Ursache der Arbeitsverhinderung
3. Wartezeit
 - 3.1. Grundsatz
 - 3.2. Mehrere aufeinander folgende Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber
 - 3.3. „Statuswechsel“ des Arbeitnehmers
 - 3.4. Arbeitsunfähigkeit zum Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme
 - 3.5. Eintritt der Arbeitsunfähigkeit während der [richtig] Wartezeit
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 EFZG

Zu § 4 EFZG

1. Grundsatz
2. Berechnung des weiterzuzahlenden Arbeitsentgelts
 - 2.1. Vergütung nach Arbeitszeit
 - 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. Aufwendersersatz
 - 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

Zu [jetzt] § 4a EFZG**Zu § 10 BUrlG**

(hier nicht abgebildet)

Zu § 5 EFZG

1. Arbeitsunfähigkeit im Inland
 - 1.1. Allgemeines
 - 1.2. Anzeige der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber
 - 1.3. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber
 - 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

Zu § 6 EFZG

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 auf Grund des Übergangs nach § 116 SGB X

Zu § 7 EFZG

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 [jetzt] § 1 AAG

Zu § 8 EFZG

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 [richtig] Satz 2 EFZG
- 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

Zu § 9 EFZG

- 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 EFZG
- 6. Arbeitnehmer, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind
 - 6.1. Grundsatz
 - 6.2. Anzeige- und Nachweispflichten
- 7. [„Absenkung der Entgeltfortzahlung“] . . .

Zu § 10 EFZG

Zu § 11 EFZG

Zu § 1 EFZG**1. Grundsatz**

(1) Das EFZG regelt für alle Arbeitnehmer die Entgeltfortzahlung an gesetzlichen Feiertagen und im Krankheitsfall. Arbeitnehmer im Sinne 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. [Zu] § 10 EFZG).

(2) Personen, die verkürzt arbeiten und Leistungen nach dem AltersTZG 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 grds. 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. Artikel 27 ff. BGBEG). Nach Artikel 27 Abs. 1 Satz 1 BGBEG können die Vertragsparteien grds. 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 3 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 Artikel 30 Abs. 2 Nr. 1 BGBEG 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 grds. 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. Artikel 30 Abs. 2 Nr. 2 BGBEG). Weist der Arbeitsvertrag allerdings engere Verbindungen zu einem anderen Staat auf, so ist abweichend das Recht dieses anderen Staates anzuwenden (vgl. Artikel 30 Abs. 2 2. Halbsatz BGBEG). Dies kann z. B. 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 Artikel 30 Abs. 1 BGBEG die freie Rechtswahl nicht dazu führen, dass dem Beschäftigten der Schutzzahmen 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.

3. Persönlicher Geltungsbereich/Arbeitnehmer

(1) Arbeitnehmer im Sinne 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 im Sinne des § 8 SGB IV handelt. Arbeitnehmer in diesem Sinne sind auch Personen, die im Rahmen von Arbeitsbeschaffungsmaßnahmen der BA nach §§ 260 ff. SGB III beschäftigt werden.

(2) Keine Arbeitnehmer im Sinne des EFZG sind Beamte, Soldaten oder Zivildienstleistende sowie Personen, die sich in Justizvollzugsanstalten (Strafgefangene), Werkstätten für [jetzt] behinderte Menschen, 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).

(3) Nicht zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind Teilnehmer an von der BA durchgeführten Maßnahmen der beruflichen Fortbildung oder beruflichen Umschulung (§ 87 SGB III). Trägt die BA 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.

(4) Arbeitnehmer im Sinne des EFZG sind auch Teilnehmer an Maßnahmen der beruflichen Fortbildung und/oder Umschulung (§ 1 [jetzt] Abs. 4 und 5 BBiG), wenn Arbeitsverträge bestehen.

Zu § 3 EFZG

1. Grundsatz

(1) Arbeitnehmer, die wegen Arbeitsunfähigkeit die vertraglich geschuldete Arbeitsleistung nicht erbringen können, haben grds. einen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts gegen den Arbeitgeber für einen Zeitraum von höchstens 6 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.

(2) Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall entsteht allerdings erst nach 4-wöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses. Arbeitnehmer, die nach Beginn der Beschäftigung, aber vor Ablauf der 4-wöchigen Wartezeit erkranken, erhalten Krankengeld bis zum Ablauf der Wartezeit (vgl. [Zu] § 3 EFZG, Punkt 3).

(3) Bestehen gleichzeitig mehrere Arbeitsverhältnisse, so hat der Arbeitnehmer grds. 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

(1) Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung ist nach § 3 EFZG davon abhängig, dass eine Krankheit den Arbeitnehmer arbeitsunfähig macht, ihn an der Krankheit kein Verschulden trifft und das Arbeitsverhältnis mindestens 4 Wochen ununterbrochen bestanden hat.

(2) Als unverschuldete Arbeitsunfähigkeit gelten auch Arbeitsverhinderungen

- infolge einer [jetzt] durch Krankheit erforderlichen 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 3 Tage vor dem Eingriff von einer anerkannten Beratungsstelle hat beraten lassen (rechtswidriger aber straffreier Schwangerschaftsabbruch).

(3) Darüber hinaus muss die Arbeitsunfähigkeit, die nicht rechtswidrige Sterilisation, der nicht rechtswidrige Schwangerschaftsabbruch bzw. der grds. rechtswidrige aber straffreie Schwangerschaftsabbruch die alleinige Ursache für die Verhinderung an der Arbeitsleistung sein.

2.2. Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit

(1) „Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit“ ist im Sinne 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-Grundsatzbeschluss vom 16. 12. 1981 - GS 3/78, 4/78 -, EEK I/735). Die Krankheitsursache ist grds. 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.

(2) Bei Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation ohne Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit richtet sich der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 9 EFZG (vgl. [Zu] § 9 EFZG, [richtig] Punkt 1).

2.3. Selbstverschuldete Krankheit

2.3.1. Grundsatz

(1) Nach § 3 Abs. 1 EFZG 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 verstoßendes Verhalten zugezogen hat - z. B. Verkehrsunfall infolge Trunkenheit, schuldhaftes 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).

(2) 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).

(3) 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).

(4) Ein Verschulden des Arbeitnehmers im Sinne des § 3 Abs. 1 EFZG 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. 1. 1976 - 5 AZR 593/74 -, USK 7610, EEK I/496).

2.3.2. Darlegungs- und Beweislast

(1) 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 Entstehung 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. 5. 1992 - 5 AZR 297/91 -, EEK I/1084).

(2) 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

(1) § 3 Abs. 2 EFZG setzt voraus, dass die Arbeitsunfähigkeit durch nicht rechtswidrige Sterilisation, nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch oder rechtswidrigen aber straffreien Schwangerschaftsabbruch bedingt ist. . . Ein mit Einwilligung der Schwangeren von einem Arzt vorgenommener Schwangerschaftsabbruch ist nicht rechtswidrig, wenn eine medizinische oder eine kriminologische Indikation vorliegt (vgl. § 218 a Abs. 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 3 Tage vor dem Eingriff von einer anerkannten Beratungsstelle hat beraten lassen [vgl. § 218 a Abs. 1 StGB].

(2) 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 EFZG erfasst auch die Fälle, in denen eine durch die Sterilisation oder den Schwangerschaftsabbruch ausgelöste Krankheit Ursache für die Arbeitsunfähigkeit ist.

(3) In den in § 3 Abs. 2 EFZG genannten Fällen wird also die für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG 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.

2.5.3. Unbezahlter Urlaub

(1) Für die Zeit eines unbezahlten Urlaubs besteht im Falle der Arbeitsunfähigkeit grds. 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).

(2) 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.

(3) § 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 EFZG (vgl. BAG vom 13. 8. 1980 - 5 AZR 296/78 -, USK 80220, EEK I/688).

(4) Grds. 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.

(5) 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

(1) Ist der Beschäftigte am letzten Tag vor Eintritt seiner Arbeitsunfähigkeit der Arbeit unentschuldigt ferngeblieben, 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. 1972 - 5 AZR 101/72 -, USK 72235, EEK I/343).

(2) 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 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

(1) 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).

(2) 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 6-Wochen-Frist nach § 3 EFZG wird durch die Arbeitszeitverlagerungen nicht verlängert.

2.5.5.2.2. Betriebsferien

(1) Die Ausführungen zum bezahlten bzw. unbezahlten Urlaub gelten sinngemäß weiter (vgl. [Zu] § 3 EFZG, Punkte 2.5.2 und 2.5.3).

(2) 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.

(3) 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.

(4) 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 grds. verpflichtet, die Vergütung trotz Nichtleistung der Arbeit zu zahlen.

(5) 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. [Zu] § 3 EFZG, Punkt 2.5.3).

(6) 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 EFZG zusteht, ist für diesen Tag Entgeltfortzahlung im Sinne des § 3 EFZG zu leisten. Der gesetzliche Feiertag ist also auf die 6-Wochen-Frist anzurechnen. Nach § 4 Abs. 2 EFZG bemisst sich die Höhe des nach § 3 EFZG fortzuzahlenden Arbeitsentgelts allerdings nach der Feiertagsbezahlung im Sinne des § 2 EFZG; sie beträgt also 100 v. H. (vgl. [Zu] § 4 EFZG, Punkt 6). Nach § 2 Abs. 3 EFZG haben Arbeitnehmer, die am letzten Arbeitstag vor oder am 1. Arbeitstag nach Feiertagen unentschuldig der Arbeit fernbleiben, keinen Anspruch auf Bezahlung für diese Feiertage und somit keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit.

2.5.7. Beschäftigungsverbote nach dem MuSchG

(1) 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, sodass es dabei bleibt, dass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung mit dem Tage vor Beginn der Schutzfrist endet. Nach einem Urteil des ArbG 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).

(2) 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 EFZG (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. [jetzt] Elternzeit

(1) Während [jetzt] der Elternzeit nach dem BErzGG ruht das Arbeitsverhältnis, soweit der Arbeitnehmer keine Teilzeitbeschäftigung ausübt. Der Arbeitgeber ist für die Zeit des Ruhens nicht zur Zahlung des Arbeitsentgelts verpflichtet, sodass der Arbeitnehmer bei Arbeitsunfähigkeit keine Entgeltfortzahlung verlangen kann (vgl. BAG vom 22. 6. 1988 - 5 AZR 526/87 -, USK 8870, EEK 1/960).

(2) [jetzt] Die Elternzeit muss allerdings nicht im unmittelbaren Anschluss an die Schutzfrist des MuSchG angetreten werden. Die Arbeitnehmerin kann erklären, dass [richtig] sie mit [jetzt] der Elternzeit erst nach Beendigung einer während der Schutzfrist eingetretenen Arbeitsunfähigkeit beginnen will. In diesem Fall ist die Arbeitsunfähigkeit ursächlich für den Verdienstaussfall, sodass ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach Ablauf der Schutzfrist für höchstens 6 Wochen der Arbeitsunfähigkeit besteht (vgl. BAG vom 17. 10. 1990 - 5 AZR 10/90 -, EEK I/1035).

(3) Übt der Arbeitnehmer während [jetzt] der Elternzeit eine zulässige Teilzeitbeschäftigung aus, ist im Krankheitsfall ein Anspruch nach § 3 EFZG insoweit gegeben.

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

Nach den Vorschriften des ArbPISchG 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 6-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 EFZG 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

(1) Arbeiter des Baugewerbes haben bei einem witterungsbedingten Arbeitsausfall keinen Anspruch auf [jetzt] Arbeitsentgelt, sofern kein Arbeitszeitguthaben eingesetzt werden kann. Sie erhalten in der Zeit vom [jetzt] 1. 12. bis 31. 3. (Schlechtwetterzeit) für jede Ausfallstunde von der Agentur für Arbeit Saison-Kurzarbeitergeld.

(2) Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG 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 EFZG. 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 6-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 EFZG verlängert sich nicht um die Ausfalltage.

(3) Empfängern von [jetzt] Kurzarbeitergeld wird ebenso wie Empfängern von Arbeitslosengeld die Leistung im Krankheitsfalle grds. bis zu 6 Wochen von der BA fortgezahlt, wenn die Arbeitsunfähigkeit während des Leistungsbezuges eingetreten ist. Im Übrigen vgl. das RdSchr. 80 b.

2.5.11. Lohnausgleich im Baugewerbe zwischen Weihnachten und Neujahr

(1) Die Arbeiter im Baugewerbe erhalten auf Grund tarifvertraglicher Regelung einen besonderen Lohnausgleich. Der Ausgleichszeitraum umfasst den Zeitraum vom 24. bis 26. 12. sowie den 31. 12. und 1. 1. Erhält ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer diesen Lohnausgleich, dann besteht für die vorgenannte Zeit grds. kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung (vgl. BAG vom 6. 10. 1976 - 5 AZR 503/75 -, USK 76141, EEK I/555). Die 6-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 EFZG verlängert sich nicht um diesen Zeitraum. Wird in dem Betrieb während des Lohnausgleichszeitraumes gearbeitet, so ist für die Arbeitstage Arbeitsentgelt nach § 3 EFZG 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).

(2) 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

(1) 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).

(2) 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 6-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 EFZG verlängert sich nicht um Zeiträume, in denen der Arbeitnehmer infolge Streik oder Aussperrung keine Entgeltfortzahlung erhalten hat.

(3) 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

(1) Verbüßt ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer eine Freiheitsstrafe, so ist § 3 EFZG 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 JGG verbringt. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung entfällt ferner, solange sich der Arbeitnehmer in Untersuchungshaft befindet. Die 6-Wochen-Frist nach § 3 Abs. 1 EFZG verlängert sich nicht um die Zeit einer Arbeitsunfähigkeit während der Strafverbüßung.

(2) 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

(1) 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 im Sinne des § 616 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).

(2) 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.

(3) Tritt während des Vergütungs- oder des Krankengeldanspruchs Arbeitsunfähigkeit ein, ist bis zum Ablauf dieser Ansprüche kein Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG gegeben. Die 6-Wochen-Frist beginnt erst an dem Tage, der dem Ende des Anspruchs nach § 616 BGB bzw. § 45 SGB V folgt.

(4) 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 EFZG. 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 EFZG.

2.5.15. Arztbesuch/Bestrahlungsbehandlung

Ein Arbeitnehmer ist nicht schon dann arbeitsunfähig krank im Sinne des § 3 Abs. 1 EFZG, 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 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. . . BGB nicht gegeben.

2.5.16. Beschäftigungsverbote nach dem [jetzt] IfSG

(1) 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 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.

(2) Ein infolge [jetzt] Tätigkeits- und Beschäftigungsverbots (§ 42 IfSG) nach § 56 Abs. 1 IfSG zustehender Anspruch auf Entschädigung für Verdienstaufschlag, der nach Absatz 5 Satz 2 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

(1) Bei Aufnahme einer neuen Beschäftigung entsteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 Abs. 3 EFZG erst nach 4-wöchiger ununterbrochener Dauer des Arbeitsverhältnisses (Wartezeit). Ein Arbeitnehmer, der in den ersten 4 Wochen nach der Arbeitsaufnahme erkrankt, hat also erst ab der 5. Woche Anspruch auf 6-wöchige Entgeltfortzahlung.

(2) Ist bereits zum Zeitpunkt der vereinbarten Arbeitsaufnahme die Arbeitsleistung wegen Arbeitsunfähigkeit unmöglich, so beginnt die 4-wöchige Wartezeit erst mit dem Tag der vereinbarten Arbeitsaufnahme. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Sinne des § 3 EFZG entsteht in diesen Fällen ab der 5. Woche der vereinbarten Arbeitsaufnahme.

3.2. Mehrere aufeinander folgende Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber

(1) Ein neues Arbeitsverhältnis - mit 4-wöchiger Wartezeit - liegt grds. auch dann vor, wenn es mit demselben Arbeitgeber eingegangen wird.

(2) Das BAG hat mit Urteil vom 2. 3. 1983 - 5 AZR 194/80 - (USK 8314) entschieden, dass 2 aufeinander folgende rechtlich selbständige Arbeitsverhältnisse bei demselben Arbeitgeber im Sinne 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.

(3) Auch bei der Berechnung der Wartezeit des § 1 Abs. 1 KSchG sind 2 mit geringem zeitlichen Abstand aufeinander folgende 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 2 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.

(4) Nach der Rechtsprechung des BAG zur Wartezeit des KSchG ist im Allgemeinen bei einem Zeitraum von mehr als 3 Wochen zwischen den Arbeitsverhältnissen von einer ins Gewicht fallenden Unterbrechung auszugehen.

(5) In den Fällen, in denen zwischen 2 unbefristeten und rechtlich selbständigen Arbeitsverhältnissen bei demselben Arbeitgeber eine Unterbrechung von bis zu 3 Wochen vorliegt, ist also im Allgemeinen von einem engen sachlichen Zusammenhang auszugehen. Eine erneute 4-wöchige Wartezeit im Sinne des § 3 Abs. 3 EFZG 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.

(6) Folgen mehrere bis zu 4 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 zusammengekommen die 4-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 5. 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 vom 6. 9. 1989 - 5 AZR 621/88 -, EEK I/996).

3.5. Eintritt der Arbeitsunfähigkeit während der [richtig] 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 5. Woche des Arbeitsverhältnisses. Ab diesem Zeitpunkt besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für bis zu 6 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

(1) Für jede Arbeitsunfähigkeit ist grds. ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu 6 Wochen (42 Kalendertage) gegeben, und zwar vom Beginn der Arbeitsunfähigkeit an. Die Anspruchsdauer von 6 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).

(2) Hiervon ist jedoch der Fall zu unterscheiden, in dem 2 verschiedene Krankheiten nacheinander Arbeitsunfähigkeit bedingen. Das BAG hat in einem solchen Fall einen erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung zugebilligt, obwohl nach dem Ende der 1. 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 1. 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).

4.2. Sechs-Wochen-Frist

(1) Bei der Berechnung der 6-Wochen-Frist wird der Tag des Beginns der Arbeitsunfähigkeit grds. 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 6. Woche, welcher durch seine Benennung dem 1. Tag der Arbeitsunfähigkeit entspricht (vgl. § 188 Abs. 2 1. Halbsatz BGB). Beruht aber der Entgeltanspruch für den 1. Tag der Arbeitsunfähigkeit allein auf § 3 Abs. 1 EFZG, so beginnt die Frist von 6 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:

(2) Tritt die Arbeitsunfähigkeit an einem Arbeitstag vor Beginn der Arbeitsleistung ein, so ist der 1. Tag der Arbeitsunfähigkeit in die 6-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 [richtig] Kalendermonaten bemessen ist . . . , 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 EFZG 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: 6-Wochen-Frist endet am 17. 4.
Begründung: Der Entgeltfortzahlungsanspruch für den 7. 3. beruht allein auf § 3 Abs. 1 EFZG. Deshalb ist der Ereignistag in die 6-Wochen-Frist einzubeziehen.
- b) Der Arbeitnehmer ist an diesem Tage zur Arbeitsleistung verpflichtet, die Arbeitsunfähigkeit ist während der Arbeitsleistung eingetreten.
Ergebnis: Die 6-Wochen-Frist endet am 18. 4.
Begründung: Der Entgeltfortzahlungsanspruch für den 7. 3. beruht nicht in vollem Umfang auf § 3 Abs. 1 EFZG. Deshalb ist der Ereignistag nicht in die 6-Wochen-Frist einzubeziehen.
- c) Der Arbeitnehmer ist an diesem Tage nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Das Arbeitsentgelt wird nach Arbeitstagen bemessen.
Ergebnis: Die 6-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 6-Wochen-Frist nicht einzubeziehen.
- d) Der Arbeitnehmer ist an diesem Tage nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet. Das Arbeitsentgelt wird nach Kalendertagen [bzw. Kalendermonaten] bemessen.
Ergebnis: Die 6-Wochen-Frist endet am 17. 4.
Begründung: Dem Arbeitnehmer wäre auch bei Arbeitsfähigkeit der arbeitsfreie Tag bezahlt worden. Deshalb ist der Ereignistag in die 6-Wochen-Frist einzubeziehen.

(3) Die 6-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 6-Wochen-Frist erst nach Ablauf des Tages, an dem der Grund für den Ausschluss der Entgeltfortzahlung entfällt (vgl. [Zu] § 3 EFZG, Punkte 2.5.3, 2.5.7, 2.5.8, 2.5.9, 2.5.10).

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.

(4) Die 6-Wochen-Frist des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG 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

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

(2) Tage, für die ohne ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Arbeitsentgelt fortgezahlt wurde, sind jedoch dann auf den 6-wöchigen 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 grds. 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 EFZG wird der Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit innerhalb von 12 Monaten auf insgesamt 6 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 jedes Mal 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 berfristeten Grundleiden im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG (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).

5.3. Wechsel des Arbeitsverhältnisses

(1) [richtig] Eine Anrechnung früherer Zeiten der Entgeltfortzahlung kommt nur in Betracht, wenn die wiederholte Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit während eines ununterbrochenen Arbeitsverhältnisses bei demselben Arbeitgeber eintritt. Hat der Arbeitnehmer zwischen 2 Arbeitsunfähigkeitszeiten den Arbeitgeber gewechselt, so ist ein neuer Anspruch auf Weiterzahlung des Arbeitsentgelts bis zu 6 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).

(2) 2 aufeinander folgende rechtlich selbständige Arbeitsverhältnisse zu demselben Arbeitgeber können im Sinne des Entgeltfortzahlungsrechts ausnahmsweise wie ein einheitliches Arbeitsverhältnis behandelt werden, wenn zwischen diesen Arbeitsverhältnissen ein enger sachlicher Zusammenhang besteht (vgl. [Zu] § 3 EFZG, Punkt 3.2); 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 [sofern nicht die Voraussetzungen für die Anwendung des § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG erfüllt sind].

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

5.4. Fristenberechnung

Die in § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG genannten Fristen von 6 und von 12 Monaten sind nach § 187 Abs. 1, § 188 Abs. 2 Halbsatz 1, § 188 Abs. 3 BGB zu berechnen. Bei der 6-Monats-Frist ist der 1. Tag der erneuten Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit der Ereignistag im Sinne des § 187 Abs. 1 BGB (vgl. BAG vom 30. 8. 1973 - 5 AZR 202/73 -, USK 73157, EEK I/350; rückwärts laufende Frist). Bei der 12-Monats-Frist ist als Ereignistag grds. der Tag des Beginns der 1. Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit als Ereignistag anzusehen (vorwärts laufende Frist). Wenn am Tag des Beginns der Arbeitsunfähigkeit jedoch keine Arbeitsleistung mehr erbracht worden ist, beginnt die 12-Monats-Frist - wie auch die 6-Wochen-Frist [vgl. Zu § 3 EFZG, Punkt 4.2 Abs. 1] - bereits mit diesem Tage, sodass dann § 187 Abs. 2 Satz 1, § 188 Abs. 2 Halbsatz 2 BGB anzuwenden sind.

5.5. Sechs-Monats-Frist

(1) Zur Beurteilung der Frage, ob ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu 6 Wochen besteht, wird zweckmäßigerweise zunächst geprüft, ob der Arbeitnehmer vor dem Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeit mindestens 6 Monate nicht wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig war. Ist das der Fall, so besteht ein neuer 6-Wochen-Anspruch (vgl. BAG vom 30. 8. 1973 - 5 AZR 202/73 -, USK 73157, EEK I/350).

(2) Bestand während der 6 Monate wegen einer anderen Krankheit Arbeitsunfähigkeit, so tritt dadurch eine Unterbrechung der 6-Monats-Frist nicht ein (vgl. BAG vom 6. 10. 1976 - 5 AZR 500/75 -, USK 76140, EEK I/554).

(3) Der Fortsetzungszusammenhang wird nicht unterbrochen, wenn während einer vor Ablauf des 6-Monats-Zeitraums nach § 3 Abs. 1 Satz 2 2. Halbsatz EFZG begonnenen [jetzt] Maßnahme der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation im Sinne des § 9 EFZG, 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 [2013 aktualisiert]:

- a) Erste Arbeitsunfähigkeit vom 20. 1. bis 6. 4. 2013. Zweite Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit beginnt am 6. 10. 2013.

Berechnung der 6-Monats-Frist nach dem BAG vom 30. 8. 1973
(rückwärts laufende Frist)

Ereignistag	6. 10. 2013
Fristbeginn	5. 10. 2013
Fristende	6. 4. 2013

Für die Arbeitsunfähigkeit vom 6. 10. 2013 an besteht kein neuer 6-Wochen-Anspruch.

- b) Erste Arbeitsunfähigkeit vom 18. 5. bis 30. 6. 2013. Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit beginnt am 31. 12. 2013.

Berechnung der 6-Monats-Frist nach dem BAG vom 30. 8. 1973

Ereignistag	31. 12. 2013
Fristbeginn	30. 12. 2013
Fristende	30. 6. 2013

Da dem Monat Juni der 31. fehlt, endet die Frist nach § 188 Abs. 3 BGB mit Ablauf des letzten Tages dieses Monats, also dem 30. 6. Somit besteht vom 31. 12. 2013 an kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

- c) Erste Arbeitsunfähigkeit vom 20. 1. bis 25. 3. 2013. Zweite Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit beginnt am 30. 9. 2013.
Berechnung der 6-Monats-Frist nach dem BAG vom 30. 8. 1973
- | | |
|-------------|-------------|
| Ereignistag | 30. 9. 2013 |
| Fristbeginn | 29. 9. 2013 |
| Fristende | 30. 3. 2013 |
- Für die Arbeitsunfähigkeit vom 30. 9. 2013 an besteht ein neuer 6-Wochen-Anspruch.

- d) Arbeitsunfähig vom bis Kalendertage wegen Krankheit
- | | | | |
|---|--------------|--------------|----|
| A | 15. 3. 2013 | 27. 4. 2013 | 44 |
| B | 26. 9. 2013 | 31. 10. 2013 | 36 |
| A | 20. 11. 2013 | 28. 11. 2013 | |

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 6 Monate nicht wegen derselben Krankheit arbeitsunfähig, sodass ein neuer Anspruch bis zur Dauer von 6 Wochen begründet wird (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EFZG).

(4) Ist für die neue Arbeitsunfähigkeit nach § 3 Abs. 1 EFZG ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu 6 Wochen gegeben, so beginnt mit dieser Arbeitsunfähigkeit zugleich ein neuer 12-Monats-Zeitraum (vgl. BAG vom 6. 10. 1976 - 5 AZR 500/75 -, USK 76140, EEK I/554, sowie die Beispiele [Zu] § 3 EFZG, Punkt 5.6).

5.6. Zwölf-Monats-Frist

Ist nach vorstehenden Grundsätzen (vgl. [Zu] § 3 EFZG, Punkt 5.5) ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht [oder nicht für die volle Dauer] gegeben, ist zu prüfen, ob er gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 EFZG begründet ist. Danach besteht ein neuer Anspruch auf Entgeltfortzahlung bis zu 6 Wochen, wenn seit der 1. Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von 12 Monaten abgelaufen ist - zum Fristbeginn vgl. [Zu] § 3 EFZG, Punkt 5.4 - (vgl. BAG vom 9. 11. 1983 - 5 AZR 204/81 -, USK 83126, EEK I/769, und 16. 12. 1987 - 5 AZR 510/86 -, USK 87104, EEK I/936). Bei der Anrechnung von Zeiten vorausgegangener Arbeitsunfähigkeit [in Fällen, in denen bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit noch keine 12 Monate seit Beginn der 1. Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit abgelaufen sind] bleibt jeweils der 1. Tag der Arbeitsunfähigkeit dann außer Ansatz, wenn er als Ereignistag im Sinne der Ausführungen [richtig] Zu § 3 EFZG, Punkt 4.2, gilt (vgl. Beispiele zum 2. Absatz der vorgenannten Anmerkung). Besteht zu Beginn der Arbeitsunfähigkeit kein Anspruch, weil die Höchstbezugsdauer von 6 Wochen innerhalb von 12 Monaten erschöpft ist, so lebt er auch dann nicht auf, wenn während der laufenden Arbeitsunfähigkeit die Frist von 12 Monaten endet.

Beispiele [2013 aktualisiert]:

- a) Erstmaliger Eintritt von Arbeitsunfähigkeit am 3. 7. 2013 vor Arbeitsbeginn.
Berechnung der 12-Monats-Frist
- | | |
|-------------|------------|
| Fristbeginn | 3. 7. 2013 |
| Fristende | 2. 7. 2014 |
- Für dieselbe Krankheit besteht wieder ein voller Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn die Arbeitsunfähigkeit nach dem 2. 7. 2014 eintritt.
- b) Erstmaliger Eintritt von Arbeitsunfähigkeit vor Arbeitsbeginn am 3. 3. 2013. Wegen derselben Krankheit bestand Arbeitsunfähigkeit
- | |
|----------------------------------|
| vom 3. 3. 2013 bis 30. 4. 2013 |
| vom 15. 6. 2013 bis 7. 7. 2013 |
| vom 10. 12. 2013 bis 12. 3. 2014 |
| vom 18. 3. 2014 bis 6. 5. 2014 |

Für dieselbe Krankheit besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für 6 Wochen in den Zeiten vom 3. 3. bis 30. 4. 2013 und vom 18. 3. 2014 bis 6. 5. 2014. Zwischen dem 30. 4. und dem 15. 6. 2013 sowie dem 7. 7. und dem 10. 12. 2013 lagen jeweils keine 6 Monate. Auch die 12-Monats-Frist (vom 3. 3. 2013 bis 2. 3. 2014) ist noch nicht abgelaufen, sodass ein Entgeltfortzahlungsanspruch in den Arbeitsunfähigkeitszeiten vom 15. 6. bis 7. 7. 2013 und vom 10. 12. 2013 bis 12. 3. 2014 nicht besteht. Zwar endet in der Arbeitsunfähigkeitszeit vom 10. 12. 2013 bis 12. 3. 2014, nämlich am 2. 3. 2014, die 12-Monats-Frist, dies führt jedoch nicht zu einem neuen Entgeltfortzahlungsanspruch ab dem 3. 3. 2014. Mit der Arbeitsunfähigkeit vom 18. 3. 2014 an beginnt eine neue 12-Monats-Frist (Fristbeginn: 18. 3. 2014 [unter der Voraussetzung, dass am 18. 3. 2014 nicht mehr gearbeitet wurde]). Sie endet am 17. 3. 2015.

- c) Erstmaliger Eintritt von Arbeitsunfähigkeit nach Arbeitsbeginn am 3. 4. 2013. Wegen derselben Krankheit bestand Arbeitsunfähigkeit vom 3. 4. 2013 bis 30. 5. 2013 vom 15. 7. 2013 bis 6. 8. 2013 vom 7. 2. 2014 bis 19. 3. 2014 12-Monats-Frist vom 4. 4. 2013 bis 3. 4. 2014.

Für dieselbe Krankheit besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für 6 Wochen in den Zeiten vom 4. 4. bis 30. 5. 2013 und vom 7. 2. bis 19. 3. 2014. Es wird zwar schon während der Arbeitsunfähigkeit vom 4. 4. bis 30. 5. 2013 Arbeitsentgelt für 6 Wochen gezahlt und die 12-Monats-Frist ist während der Arbeitsunfähigkeit vom 7. 2. bis 19. 3. 2014 noch nicht beendet. Dennoch besteht ein neuer Anspruch, weil das Ende der letzten Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit (6. 8. 2013) mehr als 6 Monate zurückliegt. Mit dem neuen Leistungsanspruch beginnt zugleich ein neuer 12-Monats-Zeitraum. Die neue 12-Monats-Frist verläuft vom 7. 2. 2014 [unter der Voraussetzung, dass am 7. 2. 2014 nicht mehr gearbeitet wurde] bis 6. 2. 2015 (vgl. BAG vom 6. 10. 1976 - 5 AZR 500/75 -, USK 76140, EEK I/554).

- | d) | Arbeitsunfähig wegen Krankheit | vom | bis | Kalendertage |
|----|--------------------------------|-------------|--------------|--------------|
| A | | 8. 3. 2013 | 21. 3. 2013 | 14 |
| A | | 12. 6. 2013 | 27. 6. 2013 | 16 |
| A | | 14. 9. 2013 | 14. 10. 2013 | 31 |

Der Zeitraum zwischen dem Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeit und dem Ende der vorhergehenden Arbeitsunfähigkeit ist jeweils kürzer als 6 Monate. Da die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit auf derselben Krankheit beruhen und im 12-Monats-Zeitraum liegen, sind sie für die Anspruchsdauer von 6 Wochen zusammenzurechnen. Für die am 14. 9. 2013 eingetretene Arbeitsunfähigkeit besteht [unter der Voraussetzung, dass am 1. Tag der Arbeitsunfähigkeit nicht mehr gearbeitet wurde] nur noch ein Anspruch bis zum 25. 9. 2013 (12 Kalendertage).

- | e) | Arbeitsunfähig wegen Krankheit | vom | bis | Kalendertage |
|----|--------------------------------|-------------|-------------|--------------|
| A | | 8. 3. 2013 | 21. 3. 2013 | 14 |
| A | | 15. 9. 2013 | 9. 10. 2013 | 25 |
| A | | 20. 3. 2014 | 3. 5. 2014 | 45 |

Der Zeitraum zwischen dem Beginn der neuen Arbeitsunfähigkeit und dem Ende der vorhergehenden Arbeitsunfähigkeit ist jeweils kürzer als 6 Monate. Die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 letzter Halbsatz EFZG sind demnach nicht gegeben. Für die am 20. 3. 2014 eingetretene Arbeitsunfähigkeit besteht dennoch ein neuer Anspruch. Die [unter der Voraussetzung, dass am 8. 3. 2013 nicht mehr gearbeitet wurde] am 8. 3. 2013 beginnende 12-Monats-Frist des § 3 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz EFZG endet am 7. 3. 2014. Mit der am 20. 3. 2014 eingetretenen Arbeitsunfähigkeit beginnt eine neue 12-Monats-Frist und damit ein neuer Anspruch aus Entgeltfortzahlung für 6 Wochen.

f)	Arbeitsunfähig wegen Krankheit	vom	bis	Kalendertage
A		8. 3. 2013	21. 3. 2013	14
A		15. 9. 2013	29. 9. 2013	15
A		5. 3. 2014	30. 4. 2014	52

Die [letzte] Arbeitsunfähigkeit ist bereits am 5. 3. 2014 eingetreten. An diesem Tage ist die 12-Monats-Frist (8. 3. 2013 [unter der Voraussetzung, dass am 8. 3. 2013 nicht mehr gearbeitet wurde] bis 7. 3. 2014) noch nicht abgelaufen. Da der Arbeitnehmer [richtig] während der ersten beiden Arbeitsunfähigkeiten (unter der Voraussetzung, dass jeweils am 1. Tag nicht mehr gearbeitet wurde) schon für 29 Kalendertage wegen derselben Krankheit Arbeitsentgelt erhalten hat, besteht ein Restanspruch für 13 Tage, also bis zum 17. 3. 2014 [unter der Voraussetzung, dass am 5. 3. 2014 nicht mehr gearbeitet wurde]. Es ist unbedeutend, dass die 12-Monats-Frist schon am 7. 3. 2014 endet. Eine neue 12-Monats-Frist und damit ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung wird erst mit dem erneuten Eintritt einer Arbeitsunfähigkeit nach dem 30. 4. 2014 ausgelöst.

g)	Arbeitsunfähig wegen Krankheit	vom	bis	Kalendertage
A		8. 3. 2013	21. 4. 2013	45
B		15. 9. 2013	20. 10. 2013	36
A		9. 11. 2013	17. 11. 2013	9
A		5. 12. 2013	19. 1. 2014	46

Da [richtig] bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 9. 11. 2013 seit der letzten Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit A mehr als 6 Monate vergangen sind, wird die letzte Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit (vom 8. 3. bis 21. 4. 2013) nicht auf die Anspruchsdauer von 6 Wochen angerechnet. Ab 9. 11. 2013 wird [unter der Voraussetzung, dass am 9. 11. 2013 nicht mehr gearbeitet wurde] eine neue 12-Monats-Frist begründet, sodass nur die Zeit vom 9. 11. bis 17. 11. 2013 (9 Kalendertage) angerechnet werden kann. Dem Arbeitnehmer steht somit während der Arbeitsunfähigkeit vom 5. 12. [2013] bis 19. 1. 2014 noch ein Anspruch auf 33 Kalendertage ([unter der Voraussetzung, dass am 5. 12. 2013 nicht mehr gearbeitet wurde] bis zum 6. 1. 2014) 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

(1) Die Anspruchsdauer von 6 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).

(2) Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung endet während der ununterbrochenen Arbeitsunfähigkeit . . . spätestens mit dem tatsächlichen Entgeltbezug für insgesamt 6 Wochen (vgl. [Zu] § 3 EFZG, Punkte 5.1 und 5.2).

(3) 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 [richtig] - sofern nicht die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG erfüllt sind - 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).

(4) Besteht während der Arbeitsverhinderung unabhängig von der 2. Erkrankung eine Entgeltfortzahlungspflicht, begründet aber diese 2., 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 6-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.

(5) 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 6-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).

(6) Beim Hinzutritt einer Krankheit gelten für die Berechnung der 6- bzw. 12-Monats-Frist und für die Dauer der Entgeltfortzahlung folgende Grundsätze:

- Beim Hinzutritt einer Krankheit ist für den Verlauf der 6-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 6-Monats-Frist auf den Tag abzustellen, an dem die für die Beurteilung der Anspruchsdauer maßgebende („dieselbe“) Krankheit zuletzt die Arbeitsunfähigkeit bedingte.
- Eine neue 12-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 [2013 aktualisiert]:

- die Arbeitsunfähigkeit ist jeweils vor Arbeitsbeginn eingetreten -

a) Krank- heit	Arbeitsunfähigkeit		Kalen- der- tage	Entgeltfortzahlung		Kalen- der- tage
	vom	bis		vom	bis	
A	5. 8. 2013	19. 8. 2013	15	5. 8. 2013	19. 8. 2013	15
A/B	20. 8. 2013	3. 9. 2013	15	20. 8. 2013	3. 9. 2013	15
B	4. 9. 2013	12. 10. 2013	39	4. 9. 2013	15. 9. 2013	12

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit A beginnt am 2. 3. 2014.

Ergebnis:

6-Monats-Frist Krankheit A:

1. 3. 2014 bis 2. 9. 2013

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A besteht ab 2. 3. 2014 kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für 6 Wochen. Innerhalb der durch die 1. Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A ausgelösten und vom 5. 8. 2013 bis 4. 8. 2014 verlaufenden 12-Monats-Frist ist ab 2. 3. 2014 unter Berücksichtigung der Vorerkrankungszeit wegen der Krankheit A vom 5. 8. bis 3. 9. 2013 (30 Kalendertage) noch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für 12 Tage, das ist bis einschließlich 13. 3. 2014, gegeben.

b)	Arbeitsunfähigkeit			Entgeltfortzahlung		
	Krankheit	vom	bis	Kalender-tage	vom	bis
A	5. 8. 2013	19. 8. 2013	15	5. 8. 2013	19. 8. 2013	15
A/B	20. 8. 2013	2. 9. 2013	14	20. 8. 2013	2. 9. 2013	14
B	3. 9. 2013	12. 10. 2013	40	3. 9. 2013	15. 9. 2013	13

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit A beginnt am 3. 3. 2014.

Ergebnis:

6-Monats-Frist Krankheit A: 2. 3. 2014 bis 3. 9. 2013

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A besteht ab 3. 3. 2014 ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für die Dauer von 6 Wochen, das ist bis einschließlich 13.4. 2014. Hierdurch wird gleichzeitig eine neue 12-Monats-Frist ausgelöst.

c)	Arbeitsunfähigkeit			Entgeltfortzahlung		
	Krankheit	vom	bis	Kalender-tage	vom	bis
A	5. 8. 2013	19. 8. 2013	15	5. 8. 2013	19. 8. 2013	15
A/B	20. 8. 2013	3. 9. 2013	15	20. 8. 2013	3. 9. 2013	15
B	4. 9. 2013	12. 10. 2013	39	4. 9. 2013	15. 9. 2013	12

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit B beginnt am 17. 3. 2014.

Ergebnis:

6-Monats-Frist Krankheit B: 16. 3. 2014 bis 17. 9. 2013

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit B besteht ab 17. 3. 2014 kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für 6 Wochen, da die für die Beurteilung der Anspruchsdauer maßgebende Krankheit B, die während der Vorerkrankungszeit am 20. 8. 2013 hinzutrat, vom 4. 9. bis 12. 10. 2013, und somit noch in der 6-Monats-Frist, die Arbeitsunfähigkeit allein verursachte. Innerhalb der durch die hinzutretende Krankheit B ausgelösten und vom 4. 9. 2013 bis 3. 9. 2014 verlaufenden 12-Monats-Frist ist ab 17. 3. 2014 unter Berücksichtigung der anzurechnenden Vorerkrankungszeit vom 4. 9. bis 15. 9. 2013 (12 Kalendertage) ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für 30 Tage, das ist bis einschließlich 15. 4. 2014, gegeben.

d)	Arbeitsunfähigkeit			Entgeltfortzahlung		
	Krankheit	vom	bis	Kalender-tage	vom	bis
A	5. 8. 2013	19. 8. 2013	15	5. 8. 2013	19. 8. 2013	15
A/B	20. 8. 2013	3. 9. 2013	15	20. 8. 2013	3. 9. 2013	15
B	4. 9. 2013	12. 10. 2013	39	4. 9. 2013	15. 9. 2013	12

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit B beginnt am 13. 4. 2014.

Ergebnis:

6-Monats-Frist Krankheit B: 12. 4. 2014 bis 13. 10. 2013

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit B besteht ab 13. 4. 2014 ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für die Dauer von 6 Wochen, das ist bis einschließlich 24.5. 2014. Hierdurch wird gleichzeitig eine neue 12-Monats-Frist ausgelöst, die vom 13. 4. 2014 bis 12. 4. 2015 verläuft.

e)	Arbeitsunfähigkeit			Entgeltfortzahlung		
	Krankheit	vom	bis	Kalender-tage	vom	bis
A	15. 1. 2013	28. 1. 2013	14	15. 1. 2013	28. 1. 2013	14
A/B	29. 1. 2013	12. 2. 2013	15	29. 1. 2013	12. 2. 2013	15
B	13. 2. 2013	19. 4. 2013	66	13. 2. 2013	25. 2. 2013	13

Erneute Arbeitsunfähigkeit

Krankheit	vom	bis
A	17. 8. 2013	19. 9. 2013
A/B	20. 9. 2013	23. 9. 2013
B	24. 9. 2013	auf weiteres

Ergebnis:

6-Monats-Frist Krankheit A: 16. 8. 2013 bis 17. 2. 2013

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A besteht ab 17. 8. 2013 grds. ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für 6 Wochen, das ist bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit bis einschließlich 27. 9. 2013.

Neue 12-Monats-Frist: 17. 8. 2013 bis 16. 8. 2014

6-Monats-Frist Krankheit B: 23. 9. 2013 bis 25. 3. 2013

Für die Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit B besteht ab 24. 9. 2013 kein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für 6 Wochen. Innerhalb der durch die hinzutretende Krankheit B in der Vorerkrankungszeit ausgelösten und vom 13. 2. 2013 bis 12. 2. 2014 verlaufenden 12-Monats-Frist ist ab 24. 9. 2013 unter Berücksichtigung der anzurechnenden Vorerkrankungszeit vom 13. 2. 2013 bis 25. 2. 2013 (13 Kalendertage) grds. ein Restanspruch für 29 Tage, das wäre bis einschließlich 22. 10. 2013, gegeben. Da innerhalb eines einheitlichen (durchlaufenden) Leistungsfalls höchstens ein Entgeltfortzahlungsanspruch für 6 Wochen besteht und die Leistungsdauer durch den Hinzutritt einer Krankheit nicht verlängert wird, endet der Anspruch auf Entgeltfortzahlung mit dem 27. 9. 2013.

f)	Arbeitsunfähigkeit			Entgeltfortzahlung		
	Krankheit	vom	bis	Kalender-tage	vom	bis
A	15. 3. 2013	14. 6. 2013	92	15. 3. 2013	25. 4. 2013	42

Erneute Arbeitsunfähigkeit

Krankheit	vom	bis
B	10. 11. 2013	5. 12. 2013
B/A	6. 12. 2013	21. 12. 2013
A	22. 12. 2013	auf weiteres

Ergebnis:

6-Monats-Frist Krankheit A: 21. 12. 2013 bis 22. 6. 2013

Obwohl in [richtig] der 6-Monats-Frist keine Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit A vorgelegen hat, besteht ab 22. 12. 2013 kein Entgeltfortzahlungsanspruch, da anlässlich der am 10. 11. 2013 wegen der Krankheit B eingetretenen Arbeitsunfähigkeit die 6-wöchige Anspruchsdauer, die durch den Hinzutritt einer Krankheit nicht verlängert wird, am 21. 12. 2013 endet.

g) Arbeitsunfähigkeit				Entgeltfortzahlung			
Krank- heit	vom	bis	Kalen- der- tage	vom	bis	Kalen- der- tage	
A	15. 3. 2013	14. 6. 2013	92	15. 3. 2013	25. 4. 2013	42	
Erneute Arbeitsunfähigkeit							
Krank- heit	vom	bis					
B	30. 11. 2013	5. 12. 2013					
B/A	6. 12. 2013	22. 12. 2013					
A	23. 12. 2013 auf weiteres						

Ergebnis:

Ab 23. 12. 2013 besteht grds. wieder ein 6-wöchiger Entgeltfortzahlungsanspruch für die Krankheit A. Anlässlich der ab 30. 11. 2013 eingetretenen Arbeitsunfähigkeit wegen der Krankheit B besteht innerhalb dieses einheitlichen Leistungsfalles jedoch ein Entgeltfortzahlungsanspruch für höchstens 42 Tage, bis zum 10. 1. 2014.

Neue 12-Monats-Frist: 23. 12. 2013 bis 22. 12. 2014

h) Arbeitsunfähigkeit				Entgeltfortzahlung			
Krank- heit	vom	bis	Kalen- der- tage	vom	bis	Kalen- der- tage	
A	4. 11. 2013	3. 1. 2014	61	4. 11. 2013	15. 12. 2013	42	
A/B	4. 1. 2014	15. 1. 2014	12				
B	16. 1. 2014	30. 4. 2014	105				

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit B . . . ab 12. 9. 2014.

Ergebnis:

6-Monats-Frist Krankheit B: 11. 9. 2014 bis 12. 3. 2014

Ab 12. 9. 2014 besteht ein neuer 6-wöchiger Entgeltfortzahlungsanspruch für Krankheit B. Zwar [richtig] bestand innerhalb der 6-Monats-Frist Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit, jedoch hat die ab 16. 1. 2013 allein Arbeitsunfähigkeit verursachende Krankheit B noch keinen Entgeltfortzahlungsanspruch und somit keine 12-Monats-Frist ausgelöst, sodass eine Anrechnung auf die ab 12. 9. 2014 eingetretene Arbeitsunfähigkeit nicht erfolgt.

12-Monats-Frist: 12. 9. 2014 bis 11. 9. 2015

i) Erste Arbeitsunfähigkeit				Entgeltfortzahlung			
Krank- heit	vom	bis	Kalen- der- tage	vom	bis	Kalen- der- tage	
A	9. 7. 2013	10. 7. 2013	2	9. 7. 2013	10. 7. 2013	2	
A/B	11. 7. 2013	19. 7. 2013	9	11. 7. 2013	19. 7. 2013	9	

Erneute Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit B ab 8. 10. 2013.

Ergebnis:

Vom 8. 10. 2013 an besteht ein voller Entgeltfortzahlungsanspruch für 6 Wochen, da die am 11. 7. 2013 hinzugetretene Krankheit B zu keinem Zeitpunkt alleinige Ursache der Arbeitsunfähigkeit bis 19. 7. 2013 war. Eine Anrechnung vom 8. 10. 2013 an ist somit nicht möglich. Entgeltfortzahlung ist bis längstens 18. 11. 2013 zu leisten.

(7) 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 [jetzt] Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation im Sinne des § 9 EFZG handelt (vgl. BAG vom 22. 8. 1984 - 5 AZR 489/81 -, USK 84159, EEK I/800)

7. Maßnahmen der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation

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

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 2. 8.

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).

(2) Die Berechnung der in § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG 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 EFZG

(1) Zahlt der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt nicht weiter, weil nach seiner Auffassung die Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 EFZG 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. . . 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.

(2) 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 EFZG) erfüllt, damit kein Verweigerungsrecht des Arbeitgebers nach § 7 EFZG entsteht.

(3) Um Schwierigkeiten vorzubeugen, die entstehen können, wenn der Arbeitgeber trotz des Übergangs des Anspruchs an seine Arbeitnehmerin 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.

(4) Die Krankenkasse ist verpflichtet, den übergegangenen Anspruch mit allen geeigneten Mitteln durchzusetzen. Eine Aufrechnung nach [jetzt] § 6 Abs. 2 AAG oder den entsprechenden Vorschriften des SGB ist unzulässig. Die dort aufgezählten Möglichkeiten der Aufrechnung sind erschöpfend (vgl. auch §§ 398 bis 401 BGB).

(5) 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).

(6) Hat der Arbeitgeber den Anspruch eines Arbeitnehmers auf Entgeltfortzahlung (§ 3 Abs. 1, § 9 Abs. 1 EFZG) 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 [jetzt] § 1 AAG zu erstatten ist.

(7) 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.

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

Zu § 4 EFZG

1. Grundsatz

(1) Der Arbeitnehmer hat für den krankheitsbedingten Arbeitsausfall bis zur Dauer von 6 Wochen einen Anspruch auf [jetzt] Fortzahlung des ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehenden Arbeitsentgelts. Dies gilt auch für Personen, die verkürzt arbeiten und Leistungen nach dem AltersTZG erhalten, für Zeiten, an denen sie zur Arbeitsleistung verpflichtet sind.

(2) bis (7)

...

(8) Für die Entgeltfortzahlung nach den [jetzt] §§ 3, 3a und 9 EFZG 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.

(9) ...

2. Berechnung des weiterzuzahlenden Arbeitsentgelts

2.1. Vergütung nach Arbeitszeit

2.1.1. Entgeltausfallprinzip

(1) 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 gleich bleibendem 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.

(2) Bei einem Monatslohn oder Gehalt für einen Teilmonat kann das fortzuzahlende Arbeitsentgelt auch ermittelt werden, indem 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 Einzelarbeitsverträgen getroffen wurden.

(3) ...

2.1.2. Berücksichtigung von Über-/Mehrarbeitsstunden

(1) [jetzt] Überstundenvergütungen sind bei der Bemessung der Entgeltfortzahlung nicht zu berücksichtigen. Das gilt sowohl für die Grundvergütung der Überstunden als auch für die Überstundenzuschläge.

(2) und (3)

...

2.1.3. Sonderfälle

(1) 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.

(2) 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.

(3) Dies ist u. a. bei den sog. Freischichtenmodellen der Fall. Trotz tariflicher oder betrieblich vereinbarter Arbeitszeitverkürzung wird weiterhin z. B. 40 Std. 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).

(4) Ist auf Grund der besonderen Gestaltung des Arbeitsverhältnisses ein Mindestsoll an Arbeitsstunden nicht festgelegt und die Arbeitszeit nicht gleich bleibend, 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 grds. von dem letzten abgerechneten Entgeltabrechnungszeitraum (ein Monat, mindestens 4 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 3 abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträume (3 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 grds. 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 4 Wochen) zugrunde gelegt werden. Führt auch diese Berechnung zu keinem vertretbaren Ergebnis, so kann von den letzten 3 abgerechneten Entgeltabrechnungszeiträumen (3 Monate oder 12 bzw. 13 Wochen) ausgegangen werden. Es bestehen

keine Bedenken, bei Leistungslohnern das fortzuzahlende Arbeitsentgelt in der gleichen Weise wie in den Sonderfällen (vgl. [Zu] § 4 EFZG, Punkt 2.1.3) 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.“ . . .

4. Art des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts

4.1. Grundsatz

Arbeitsentgelt im Sinne des § 4 EFZG 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. Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeitszuschläge

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

4.4. Aufwendersatz

(1) Kein Arbeitsentgelt im Sinne des § 4 EFZG 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 EFZG).

(2) Nicht fortzuzahlen sind also Nah- und Fernauslösungen (vgl. BAG 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.

(3) 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 pauschalem Aufwendersatz der Fall, insbesondere auch dann, wenn die Aufwendungen durch eine generelle Erhöhung des Arbeitsentgelts abgegolten werden.

(4) Hinsichtlich der Abgrenzung zwischen „Aufwendersatz“ 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 Aufwendersatz gedachte Leistung setzt voraus, dass typischerweise besondere Aufwendungen anfallen, die - jedenfalls in der Regel - den Umfang des gewährten Aufwendersatzes erreichen, wobei es jedoch nicht erforderlich ist, dass diese Aufwendungen bei jedem Arbeitnehmer tatsächlich anfallen (vgl. BAG vom 15. 7. 1992 - 7 AZR 491/91 -, EEK I/1116).

(5) Eine pauschale Fehlgeldentschädigung (auch Mankogeld oder Zählgeld genannt) gehört jedenfalls dann zu dem im Krankheitsfalle fortzuzahlenden Arbeitsentgelt im Sinne des § 4 Abs. 1 EFZG, wenn sie nicht als Aufwendersatz zum Ausgleich tatsächlicher Mehraufwendungen des Arbeitnehmers bestimmt ist (vgl. BAG 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 EFZG 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 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 EFZG sieht vor, dass eine verkürzte Arbeitszeit für ihre Dauer die maßgebende regelmäßige Arbeitszeit im Sinne des § 4 Abs. 1 EFZG ist. Voraussetzung ist aber ein gemindertes 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 [in Verb. mit § 2 Abs. 2] EFZG, 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 infolge eines gesetzlichen Feiertages ausgefallen ist, erhält der Arbeitnehmer nach § 4 Abs. 2 EFZG Entgeltfortzahlung in Höhe der Feiertagsbezahlung (vgl. [Zu] § 3 EFZG, Punkt 2.5.6). Nach § 2 Abs. 1 EFZG erhält er damit das Arbeitsentgelt in der Höhe, wie er es als Arbeitsfähiger für diesen Tag erhalten hätte. Hierbei ist auch § 2 Abs. 3 EFZG anzuwenden, sodass kein Anspruch auf Arbeitsentgelt besteht, wenn der Arbeitnehmer am Arbeitstag vor oder nach dem Feiertag unentschuldig der Arbeit fern bleibt.

7. Abweichungen durch Tarifvertrag

(1) § 4 Abs. 4 EFZG 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 3 EFZG abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden. Für alle anderen Vorschriften im EFZG besteht keinerlei Möglichkeit, zuungunsten des Arbeitnehmers tarifvertragliche Regelungen zu vereinbaren.

(2) 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 zugrunde zu legende Zusammensetzung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts abweichend von § 4 Abs. 1 EFZG festgelegt werden (z. B. hinsichtlich Überstunden- und Nachtarbeitsvergütung oder - über § 4 Abs. 1 Satz 2 EFZG hinaus - von Auslösungen).

(3) Beinhaltet der Tarifvertrag Regelungen über Freizeitausgleich und bestimmt, dass sich die bei Arbeitsunfähigkeit zu vergütende Stundenzahl pro Tag nach dem Durchschnitt der letzten 3 abgerechneten Kalendermonate richtet, so ist diese Regelung auch für den Fall anwendbar, dass die Betriebsnutzungszeit (z. B. wöchentlich 40 Std. oder täglich 8 Std.) beibehalten wird und der Ausgleich zu der individuellen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit durch sog. Freischichten erfolgt. Sind in dem Bezugszeitraum von 3 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 vom 21. 2. 1990 - 5 AZR 105/89 -, EEK I/1002).

(4) 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 Freizeitgutschrift für die Tage einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen ist; eine solche Regelung kann auch für Angestellte mit einer monatlich gleich bleibenden Vergütung gelten (vgl. BAG vom 22. 9. 1993 - 5 AZR 612/92 -, EEK I/1128).

Zu [jetzt] § 4a EFZG

(1) Die Vorschrift ist eine Grundlage für Bestimmungen in Tarifverträgen, Betriebsvereinbarungen und einzelvertraglichen Vereinbarungen, nach der eine zu zahlende Sondervergütung auf Grund krankheitsbedingter Fehlzeiten gekürzt werden kann. Der Arbeitgeber darf für jeden Tag der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit die Sondervergütung um höchstens 1/4 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.

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

Beispiel [2013 aktualisiert]:

Sachverhalt: Ein Arbeitnehmer arbeitet in einem Betrieb mit 5-Tage-Woche. Er erhält ein monatlich gleich bleibendes Gehalt von 2 800 EUR. Außerdem hat er Anspruch auf ein 13. Monatsgehalt, das auf Grund einer entsprechenden Vereinbarung um krankheitsbedingte Fehlzeiten gekürzt werden kann. Im laufenden Kalenderjahr war der Arbeitnehmer insgesamt an 25 Arbeitstagen arbeitsunfähig krank.

Ergebnis: Das jährliche Arbeitsentgelt beträgt (ohne das 13. Monatsgehalt) 33 600 EUR. Auf einen Arbeitstag entfallen im Jahresdurchschnitt 33 600 EUR : 250 (unterstellte Anzahl der Arbeitstage/Jahr) = 134,40 EUR; 1/4 dieses Betrags sind 33,60 EUR. Das 13. Monatsgehalt darf somit um höchstens 840 EUR (33,60 x 25) gekürzt werden.

Zu § 10 BUrlG (hier nicht abgebildet)

Zu § 5 EFZG

1. Arbeitsunfähigkeit im Inland

1.1. Allgemeines

(1) § 5 Abs. 1 EFZG verpflichtet den Arbeitnehmer, seinem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen (Anzeigepflicht) und spätestens am 1. Arbeitstag nach Ablauf des 3. Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer vorzulegen (Nachweispflicht).

(2) Der Arbeitnehmer, der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall begehrt, hat darzulegen und zu beweisen, dass er arbeitsunfähig krank war. Diesen Beweis führt der Arbeitnehmer in der Regel 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 1. Tag krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit beigebracht werden muss (vgl. BAG vom 1. 10. 1997 - 5 AZR 726/96 -, USK 9738, EEK I/1198).

(3) 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 6-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 S. 872, EEK II/030, und LAG Köln vom 2. 11. 1988 - 2 Sa 850/88 -, DB 1989 S. 1294, EEK I/966). Im Rahmen der vertragsärzt-

lichen 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-A). Bei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zur Erlangung von Krankengeld - in der Regel also nach Ablauf der 6-wöchigen Entgeltfortzahlungsfrist - haben die Krankenkassen nicht die Kosten zu tragen, da Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zur Erlangung von Krankengeld gemäß § 36 Abs. 2 BMV-Ä kostenfrei zu erteilen sind.

1.2. Anzeige der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber

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

(2) Dies bedeutet in aller Regel, dass der Arbeitgeber am 1. Tag der Arbeitsunfähigkeit zu unterrichten ist (vgl. BAG vom 31. 8. 1989 - 2 AZR 13/89 -, USK 8949, EEK II/185). Eine bestimmte Form ist für die Anzeigepflicht nicht vorgeschrieben, sodass 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 Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers führen (vgl. 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

(1) Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als 3 Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauf folgenden Arbeitstag vorzulegen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit früher zu verlangen.

(2) Nimmt der Arbeitnehmer zu Beginn seiner Krankheit an, er werde nicht länger als 3 Kalendertage 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 3 Tage der Arbeitsunfähigkeit entbunden, wenn er für sie keine - rückwirkende - ärztliche Bescheinigung erhalten kann (vgl. LAG Frankfurt vom 31. 10. 1990 - 1 Sa 610/90 -, EEK I/1054).

Beispiele:

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 EFZG zu bemessen. Der Nachweis über die Verlängerung der Arbeitsunfähigkeit ist

demnach spätestens an dem 1. Arbeitstag nach dem 3. Kalendertag der noch nicht bescheinigten Arbeitsunfähigkeitszeit zu erbringen (vgl. BAG 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

(1) 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 MDK 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.

(2) 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 EFZG 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

(1) 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.

(2) Nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 SGB V sind die Krankenkassen bei Arbeitsunfähigkeit eines Versicherten jedoch verpflichtet, eine Begutachtung durch den MDK 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 Buchst. 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.

(3) Kraft Gesetzes sind nach § 275 Abs. 1 a Satz 1 SGB V Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit von der Krankenkasse 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.

(4) 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 MDK zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einholt. Die Krankenkasse kann jedoch von einer Beauftragung des MDK absehen, wenn sich die medizinischen Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit eindeutig aus den der Krankenkasse vorliegenden Unterlagen ergeben.

(5) Darüber hinaus sind nach den Richtlinien über die Zusammenarbeit der Krankenkassen mit dem MDK 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.

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

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

(8) 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, Schadensersatz verlangen, wenn die Arbeitsunfähigkeit grob fahrlässig oder vorsätzlich festgestellt worden ist, obwohl die Voraussetzungen dafür nicht vorlagen.

(9) Das gleiche Recht steht im Übrigen der Krankenkasse zu, wenn sie ungerechtfertigterweise mit Krankengeld eingetreten ist.

(10) Die Tätigkeit des MDK erstreckt sich nur auf die Erstellung des beantragten Gutachtens; er ist nicht berechtigt, in die Behandlung einzugreifen.

(11) Das Ergebnis und die erforderlichen Angaben über die Befunde werden dem behandelnden Arzt und der Krankenkasse mitgeteilt. Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden vom MDK 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 eventuelle Änderung der Diagnose, sondern lediglich die abweichende Auffassung zur Frage der Arbeitsunfähigkeit oder der Dauer.

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

(13) Der behandelnde Arzt kann darüber hinaus ein Zweitgutachten bei der Krankenkasse beantragen, wenn er mit dem Gutachten des MDK nicht einverstanden ist.

1.4. Verletzung der Nachweispflicht gegenüber dem Arbeitgeber

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

1.5. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit gegenüber der Krankenkasse

(1) [jetzt] § 5 Abs. 1 Satz 5 EFZG verpflichtet den Arzt, der Krankenkasse die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unverzüglich zu übersenden. Die Krankenkasse muss von der Arbeitsunfähigkeit Kenntnis erhalten, um erforderlichenfalls den MDK 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 vom 28. 10. 1981 - 3 RK 59/80 -, USK 81201, EEK I/738).

(2) 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 grds. Anspruch auf Entgeltfortzahlung (vgl. auch BAG 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 EFZG 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. Grds. bleiben aber die Anzeige- und Nachweispflichten des Arbeitnehmers gegenüber einem Arbeitgeber auch bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit im Ausland bestehen.

2.2. Anzeige- und Nachweispflichten

(1) 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.

(2) Durch diese Regelung besteht die Möglichkeit, den Arbeitnehmer durch einen in erreichbarer 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 (Artikel 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.

(3) Mitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse sind zudem verpflichtet, ihrer 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.

(4) Auf Grund 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 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.

(5) 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

(1) Tritt die Arbeitsunfähigkeit in einem Mitgliedstaat des 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.

(2) Folgende Staaten gehören dem EWR an: [jetzt] Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Großbritannien, Irland, Island, Italien, Lettland, Litauen, Liechtenstein, Luxemburg, Malta, Niederlande, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechische Republik, Ungarn und Zypern.

(3) Abkommensstaaten: [jetzt] Kroatien, Bosnien und Herzegowina, Israel, Montenegro, Mazedonien, Marokko, Serbien, Türkei, Tunesien und Schweiz.

(4) Bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit in einem der o. gen. 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.

(5) Die Krankenkassen-Spitzenverbände und die BDA 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 o. gen. 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 Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

(1) 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.

(2) 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 MDK auch ohne körperliche Untersuchung - also nach Aktenlage - verlangen.

(3) 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).

Zu § 6 EFZG

1. Grundsatz

Durch die Verpflichtung des Arbeitgebers zur Entgeltfortzahlung wird der Anspruch des Arbeitsunfähigen gegen einen schadensersatzpflichtigen Dritten nicht ausgeschlossen. Der Dritte kann sich nicht darauf berufen, dass durch die Weiterzahlung des Arbeitsentgelts kein Schaden wegen Verdienstaufschlags entstanden sei. Dieser Teil des Schadensersatzanspruchs geht vielmehr nach § 6 Abs. 1 EFZG 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 EFZG den Übergang des Schadensersatzanspruchs für Verdienstaufschlag 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 Verdienstaufschlags nur insoweit auf den Arbeitgeber über, als dieser Arbeitsentgelt tatsächlich fortgezahlt hat.

2.2. Beitragsanteile des Arbeitgebers

Der Forderungsübergang nach § 6 Abs. 1 EFZG 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 Schadensersatzansprüche 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. [Zu] § 6 EFZG, Punkt 1).

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 ([Zu] § 7 EFZG, Punkt 1.3). Erhält der Arbeitgeber erst zu einem späteren Zeitpunkt von entsprechenden Vereinbarungen Kenntnis, so hat er gegen den Arbeitnehmer einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung wegen des zu viel gezahlten Arbeitsentgelts.

4. Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers

(1) Nach § 6 Abs. 2 EFZG ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber unverzüglich die Angaben zu machen, die zur Realisierung des Schadensersatzanspruchs 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 ([Zu] § 7 EFZG, Punkt 1.2).

(2) Das BSG nahm mit Urteil vom 10. 11. 1977, USK 77184, EEK I/579, zu den Mitwirkungspflichten des Geschädigten bei der Geltendmachung von übergegangenen Schadensersatzansprüchen Stellung. Die Entscheidungsgründe lassen sich auf die Rechte und Pflichten des Arbeitnehmers nach § 6 Abs. 2 und 3 EFZG übertragen. Nach Auffassung des BSG folgt aus dem Versicherungsverhältnis die - in § 60 Abs. 1 [Satz 1] Nr. 1 SGB I normierte - Nebenpflicht des Versicherten, der Krankenkasse alle für eine ordnungsgemäße Abwicklung der Versicherung notwendigen Umstände bekannt zu geben. Dazu gehören im Zusammenhang mit der Geltendmachung von nach § 116 SGB X übergegangenen Schadensersatzansprüchen auch Angaben über den Schädiger. Versicherte, die durch rechtswidrige Auskunftsverweigerung die Geltendmachung eines gemäß § 116 SGB X übergegangenen Schadensersatzanspruchs 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 nahe stehende Personen (§ 383 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ZPO) der Gefahr strafrechtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem OWiG aussetzt (§ 65 Abs. 3 SGB I).

5. Ausschluss von Nachteilen für den Arbeitnehmer

Nach § 6 Abs. 3 EFZG 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 auf Grund des Übergangs nach § 116 SGB X

Bei stationärer Behandlung geht der Teil des Schadensersatzanspruchs für Verdienstausfall, 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 S. 1592, VersR S. 786, BKK 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).

Zu § 7 EFZG**1. Voraussetzungen für die Leistungsverweigerung****1.1. Verletzung der Anzeige- und Nachweispflichten**

(1) Nach § 7 Abs. 1 EFZG 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 EFZG vorzulegenden ärztlichen Bescheinigungen vorzulegen. Das Gleiche gilt bei Verletzung der dem Arbeitnehmer [richtig] nach § 5 Abs. 2 EFZG bei oder nach einem Auslandsaufenthalt 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 EFZG vorgesehene neue ärztliche Bescheinigung vorgelegt wird.

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

(3) Teilt der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine im Ausland eingetretene 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 EFZG ferner berechtigt, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern, solange der Arbeitnehmer ihm die zur Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs erforderlichen Angaben vorenthält.

1.3. Verhinderung des Forderungsübergangs

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

(2) Wird der Schadensersatzanspruch 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 vom 7. 12. 1988 - 5 AZR 757/87 -, USK 88117, EEK I/959).

2. Mitwirkung der Krankenkasse

(1) Hat der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung in den Fällen des § 7 [Abs. 1] Nr. 1 und 2 EFZG 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 auf Grund tarifvertraglicher oder einzelvertraglicher Ausschlussfristen verloren geht (vgl. [Zu] § 3 EFZG, Punkt 9).

(2) 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 Arbeitge-

bers hinsichtlich eines Verschuldens des Arbeitnehmers an der Arbeitsunfähigkeit bleibt durch den Anspruchsübergang nach § 115 Abs. 1 SGB X unverändert (vgl. BAG vom 7. 8. 1991 - 5 AZR 410/90 -, USK 9182, EEK I/1064).

3. Dauer der Leistungsverweigerung

3.1. Vorläufige Leistungsverweigerung

(1) Bei den in § 7 [Abs. 1] Nr. 1 EFZG genannten Tatbeständen (vgl. [Zu] § 7 EFZG, Punkte 1.1, 1.2) ist der Arbeitgeber nur so lange zur Verweigerung oder Entgeltfortzahlung berechtigt, wie der Arbeitnehmer den ihm obliegenden Pflichten nicht nachkommt (vgl. 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).

(2) Kommt der Arbeitnehmer seiner Verpflichtung zur Beibringung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (§ 5 Abs. 1 Satz 2, 3 EFZG) 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).

(3) Die Regelung des § 100 Abs. 2 Satz 2 1. Halbsatz SGB IV, wonach der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verweigern kann, solange der Arbeitnehmer den Sozialversicherungsausweis trotz Verlangens nicht [richtig] hinterlegt, beinhaltet nur ein vorübergehendes, zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht; hinterlegt der Arbeitnehmer den Sozialversicherungsausweis nachträglich (verspätet), 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 Schadensersatzanspruchs auf den Arbeitgeber verhindert (vgl. [Zu] § 7 EFZG, Punkt 1.3), kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigern. Dies gilt sowohl für den laufenden Arbeitsunfähigkeitsfall als auch bei den Wiederholungserkrankungen, 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

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

(2) 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 -).

(3) 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

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

(2) Voraussetzung für eine berechnete Verweigerung ist demnach, dass der Arbeitnehmer die ihm obliegenden Verpflichtungen vorsätzlich oder fahrlässig nicht erfüllt.

5. Bindungswirkung für den Erstattungsanspruch nach [jetzt] § 1 AAG

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

(2) Die Entscheidung des Arbeitgebers ist für die Krankenkasse hinsichtlich der Erstattung der Arbeitgeberaufwendungen nach [jetzt] § 1 AAG bindend. Verzichtet der Arbeitgeber z. B. auf eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für nur wenige Tage und zahlt er [jetzt] das Arbeitsentgelt weiter, so sollte die Krankenkasse den Erstattungsanspruch nach § 1 AAG erfüllen (BSG vom 9. 9. 1981 - 3 RK 51/80 -, USK 81143, EEK IV/022).

Zu § 8 EFZG**1. Allgemeines**

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung setzt grds. das Bestehen eines Arbeitsverhältnisses voraus (Schlussfolgerung aus §§ 3 und 8 EFZG). Eine wesentliche Ausnahme hiervon begründet § 8 Abs. 1 EFZG. 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 EFZG 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 sog. 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 kurzfristig auftretenden Leidens (z. B. Anfallsleiden) für die übernommene Arbeit nicht oder nicht ausreichend geeignet ist, eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne 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.

3. Begriff und Form der Kündigung

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.

4. Kündigungsfristen

(1) Ist die Kündigung rechtswirksam, endet das Arbeitsverhältnis mit Ablauf der Kündigungsfrist und damit auch der Entgeltfortzahlungsanspruch (Ausnahme evtl. § 8 EFZG). 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 4 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. 2 Jahre bestanden hat, einen Monat zum Ende eines Kalendermonats,
2. 5 Jahre bestanden hat, 2 Monate zum Ende eines Kalendermonats,
3. 8 Jahre bestanden hat, 3 Monate zum Ende eines Kalendermonats,
4. 10 Jahre bestanden hat, 4 Monate zum Ende eines Kalendermonats,
5. 12 Jahre bestanden hat, 5 Monate zum Ende eines Kalendermonats,
6. 15 Jahre bestanden hat, 6 Monate zum Ende eines Kalendermonats,
7. 20 Jahre bestanden hat, 7 Monate zum Ende eines Kalendermonats.

(2) Bei der Berechnung der Beschäftigungsdauer werden Zeiten, die vor Vollendung des 25. Lebensjahres des Arbeitnehmers liegen, nicht berücksichtigt. Während einer vereinbarten Probezeit, längstens für die Dauer von 6 Monaten, kann das Arbeitsverhältnis mit einer Frist von 2 Wochen gekündigt werden. Durch Tarifvertrag können auch abweichende Kündigungsfristen festgelegt werden.

(3) Einzelvertraglich kann eine kürzere Kündigungsfrist nur vereinbart werden, wenn ein Arbeitnehmer zur vorübergehenden Aushilfe eingestellt ist; dies gilt nicht, wenn das Arbeitsverhältnis länger als 3 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 4 Wochen nicht unterschreitet. Bei der Feststellung der Zahl der beschäftigten Arbeitnehmer sind teilzeitbeschäftigte Arbeitnehmer mit einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von nicht mehr als 10 Std. mit 0,25, nicht mehr als 20 Std. mit 0,5 und nicht mehr als 30 Std. mit 0,75 zu berücksichtigen.

(4) 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.

(5) Bei Arbeitnehmern, für die das KSchG 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

(1) 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).

(2) 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

(1) 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).

(2) 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

Grds. 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 6 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 EFZG (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 EFZG 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 im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG liegt vor, wenn die Arbeitsunfähigkeit sich als eine die Kündigung wesentlich [richtig] mitbestimmende Bedingung darstellt. Dies setzt grds. voraus, dass dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit bekannt war. Das BAG hat entschieden, dass ein Arbeitgeber, der vor Ablauf der Nachweisfrist des § 5 Abs. 1 [richtig] Satz 2 EFZG 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 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 6-Wochen-Frist) zurück.

Ergebnis:

Nach dem BAG 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 [richtig] Satz 2 EFZG

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, sodass 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 [Satz 2] EFZG kündigt. Der Arbeitgeber kann sich dann nicht darauf berufen, dass er keine Kenntnis von der Arbeitsunfähigkeit gehabt habe.

Die vom Arbeitgeber abzuwartende Nachweisfrist [richtig] endet mit dem 1. Arbeitstag nach Ablauf von 3 Kalendertagen. 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 6. 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 im Sinne des § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG auch dann vor, wenn der Arbeitgeber vor Ablauf von 3 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.
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 zuzuging, 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 grds. 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 [Satz 4 in Verb. mit Satz 2] EFZG 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 [richtig] spätestens am 1. Arbeitstag nach Ablauf von 3 Kalendertagen der noch nicht bescheinigten Arbeitsunfähigkeit eine Folgebescheinigung beigebracht wird, wenn er vermeiden will, dass seine Kündigung als 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 [richtig] 25. 8. kündigen können, wenn ihm bis 24. 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 EFZG 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 EFZG 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 EFZG 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, den 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 einem Aufhebungsvertrag betreibt, ohne zuvor gekündigt zu haben. § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG 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

(1) Sofern ein Arbeitnehmer bei Beendigung eines Arbeitsverhältnisses in einer Ausgleichsquittung bestätigt, dass er seine Arbeitspapiere und [richtig] das restliche Arbeitsentgelt 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 Entgeltabrechnung anerkannt.

(2) 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:

- Konnte der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auf den fälligen Entgeltfortzahlungsanspruch verzichten?
- 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 [richtig] die Unabdingbarkeit (vgl. [Zu] § 12 EFZG). Diese Vorschrift verbietet keinen nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses erklärten Verzicht auf Entgeltfortzahlungsansprüche nach deren Fälligkeit.

§ 12 EFZG soll dem Schutz der Gesundheit des Arbeitnehmers dienen. Dieser soll sicher sein, im Falle seiner Erkrankung [richtig] das Arbeitsentgelt bis zur Dauer von 6 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 EFZG fordert nicht auch ein Verbot des nachträglichen Verzichts auf den Entgeltfortzahlungsanspruch. Das Arbeitsentgelt, auch das im Krankheitsfalle fortzuzahlende Arbeitsentgelt, wird nachträglich gezahlt ([richtig] § 614 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 . . . aufgezeigten Beispiel hat der Arbeitnehmer auf Grund der am 12. 10. mit dem Arbeitgeber getroffenen Vereinbarung u. a. 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 . . . 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 auf Grund 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 . . . 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, [richtig] unter den in dem 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 Entgeltfortzah-

lungsanspruch 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. . . . 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 grds. 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

(1) [richtig] 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: Tötlichkeiten, 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.

(2) 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

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

(2) 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 [richtig] § 12 EFZG 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 EFZG, Punkt 9 gelten entsprechend.

Zu § 9 EFZG**1. Grundsatz**

(1) 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).

(2) Sind die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 EFZG erfüllt, dann gelten die Vorschriften der [richtig] §§ 3 bis 4 a, 6 bis 8 EFZG entsprechend. . .

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

2.1. Allgemeines

Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung während einer Maßnahme der medizinischen Vorsorge [richtig] oder 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 EFZG.

2.2. Sozialleistungsträger

Die in § 9 Abs. 1 EFZG bezeichneten Träger sind identisch mit den in §§ 18 bis 24 und 28 SGB I genannten Sozialleistungsträgern. Die in [jetzt] § 11 Abs. 1 Nr. 4 AAG aufgeführten Einrichtungen und Verbände der freien Wohlfahrtspflege gehören nicht dazu.

2.3. Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahmen

Um eine [jetzt] Maßnahme der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation im Sinne des § 9 Abs. 1 EFZG 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-/Rehabilitationsmaßnahme

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 Einrichtung der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation stationär durchgeführt werden. Die Maßnahmen müssen in einem unmittelbaren Zusammenhang [richtig] zu 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 [richtig] oder Rehabilitation auf eigene Kosten durchgeführt und werden die Kosten von einem der vorgenannten Träger übernommen (z. B. nach § 18 Abs. 3 BVG), dann sind die Voraussetzungen des § 9 EFZG erfüllt.

3. Dauer der Entgeltfortzahlung

Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 [in Verb. mit § 3] EFZG hat der Arbeitgeber das Arbeitsentgelt . . . bis zur Dauer von 6 Wochen weiterzuzahlen. Im Übrigen steht eine stationäre Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme im Hinblick auf die Vorschrift des § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG einer Arbeitsunfähigkeit gleich. Daraus ergibt sich für den Arbeitgeber das Recht, Zeiten einer stationären Vorsorge-/Rehabilitationsmaßnahme bei Wiederholungskrankungen und -maßnahmen unter den in § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG genannten Voraussetzungen auf die Anspruchsdauer von 6 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 EFZG, Punkt 4 [bis 6], gelten entsprechend.

4. Anzeige- und Nachweispflichten

4.1. Allgemeines

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

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 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

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

(2) 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 in Verb. mit § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG und BAG vom 5. 5. 1972 - 5 AZR 447/71 -, USK 7295, EEK I/279).

5. Vorrangigkeit des Anspruchs nach § 3 EFZG

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

6. Arbeitnehmer, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind

6.1. Grundsatz

(1) Für Arbeitnehmer, die nicht Mitglied einer Krankenkasse sind, besteht nach § 9 Abs. 1 Satz 2 EFZG Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber bis zu 6 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.

(2) 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 . . . der gesetzlichen Krankenversicherung haben dem Arbeitgeber nach § 9 Abs. 2 Buchst. b EFZG 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 EFZG ist dann entbehrlich.

7. „Absenkung der Entgeltfortzahlung“ . . .

Zu § 10 EFZG

(1) 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. . . Die Heimarbeiter haben keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Der Auftraggeber oder Zwischenmeister zahlt stattdessen einen Zuschlag in Höhe von 3,4 v. H. zum Arbeitsentgelt.

(2) § 10 Abs. 4 EFZG sieht alternativ vor, dass für Heimarbeiter durch tarifvertragliche Regelungen anstelle des in § 10 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 EFZG bezeichneten Zuschlags Arbeitsentgelt im Krankheitsfalle analog nach § 3 EFZG fortgezahlt werden kann. In diesen Fällen hat der Arbeitgeber allerdings keinen Erstattungsanspruch nach [jetzt] § 1 AAG.

Zu § 12 EFZG

(1) 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 EFZG 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. 5. 1978, EEK I/603).

(2) Abweichungen zugunsten des Arbeitnehmers sind dagegen zulässig. Sie sind aber für den Umfang des Erstattungsanspruchs nach [jetzt] § 1 AAG unwirksam. Zahlt der Arbeitgeber z. B. für mehr als 6 Wochen Arbeitsentgelt, dann steht ihm trotzdem nur für 6 Wochen ein Erstattungsanspruch zu (zum Verzicht vgl. [Zu] § 8 EFZG, Punkt 5.9).