

Arbeitsrecht

Senne

11. Auflage 2025
ISBN 978-3-8006-7280-6
Vahlen

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

ausgeht.¹³⁰ Die Formulierung „ungekündigtes Arbeitsverhältnis“ erfasst nur Fälle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Kündigung, nicht durch Befristung¹³¹ oder Aufhebungsvertrag.¹³² Sollen andere Beendigungstatbestände außer der Kündigung erfasst werden, so muss allgemein auf das Bestehen des Arbeitsverhältnisses an einem bestimmten Stichtag abgestellt werden.

Handelt es sich um eine arbeitsleistungsbezogene Sonderzahlung, so erwirbt der Arbeitnehmer die Leistung pro-rata-temporis. Im Jahr des Eintritts in den bzw. Austritts aus dem Betrieb erwirbt der Arbeitnehmer daher für jeden Monat des Bestehens seines Arbeitsverhältnisses jeweils einen Anspruch auf ein Zwölftel der Sonderzuwendung. Für Zeiten, in denen kein Vergütungsanspruch besteht, zB wegen der Inanspruchnahme von Elternzeit¹³³ oder bei länger als sechs Wochen andauernder Erkrankung¹³⁴ entfällt damit auch der Anspruch auf die Sonderzahlung.

Für nicht ausschließlich arbeitsleistungsbezogene Sondervergütungen (Sonderleistungen mit Mischcharakter und solche, die keinen Entgeltbezug haben) können krankheitsbedingte Fehlzeiten gem. §4a EFZG anspruchsmindernd berücksichtigt werden. Dem Arbeitgeber steht jedoch kein einseitiges Kürzungsrecht zu, sondern es bedarf einer entsprechenden Vereinbarung durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelvertrag.¹³⁵ Die Kürzung der Sondervergütung darf außerdem für jeden Krankheitstag nur ein Viertel der arbeitstäglichen Vergütung betragen. Da gem. §12 EFZG von den Vorschriften des Entgeltfortzahlungsgesetzes nicht zuungunsten des Arbeitnehmers abgewichen werden kann, sind Kürzungen unwirksam, soweit sie den in §4a EFZG erlaubten Umfang überschreiten.

f) Rückzahlungsklauseln

Scheidet der Arbeitnehmer zeitnah nach Erhalt einer Sonderleistung aus dem Arbeitsverhältnis aus, so ist er nicht verpflichtet, den erhaltenen Betrag zurückzuzahlen.¹³⁶ Etwas anderes gilt nur, wenn ausdrücklich eine Rückzahlungspflicht vereinbart wurde. Aufgrund einer vertraglichen Rückzahlungsklausel muss der Arbeitnehmer die Sonderleistung ganz oder teilweise zurückzahlen, wenn sein Arbeitsverhältnis vor einem bestimmten Stichtag beendet wird. Möglich sind Rückzahlungsklauseln bei den üblichen Gratifikationen, wie Weihnachts- und Urlaubsgeld, die anlassbezogen gezahlt werden und nicht an eine Arbeitsleistung anknüpfen. Nicht möglich ist eine Rückzahlungsklausel, wenn die Sonderzahlung ausschließlich zum Zwecke der Vergütung gezahlt wird oder Mischcharakter hat und somit auch Vergütung für erbrachte Arbeitsleistung ist, wie zB eine Jahresumsatzprämie. Eine Klausel, die dem Arbeitnehmer

¹³⁰ BAG 18.1.2012 – 10 AZR 667/10, BeckRS 2012, 68196.

¹³¹ BAG 14.12.1993 – 10 AZR 661/92, BeckRS 1994, 40274.

¹³² BAG 7.10.1992 – 10 AZR 186/91, BeckRS 1993, 10014.

¹³³ Dazu BAG 24.5.1995 – 10 AZR 619/94, BeckRS 1995, 41011; BAG 16.3.1994 – 10 AZR 669/92, BeckRS 1994, 40771; s. auch BAG 12.1.2000 – 10 AZR 840/98, BeckRS 2000, 30089982.

¹³⁴ BAG 21.3.2001 – 10 AZR 28/00, BeckRS 2001, 30168922.

¹³⁵ BAG 25.1.2023 – 10 AZR 116/22, BeckRS 2023, 8901 (Rn. 35 ff.).

¹³⁶ BAG 14.6.1995 – 10 AZR 25/94, BeckRS 1995, 41014.

bereits verdientes Entgelt nachträglich wieder nimmt, stellt eine unangemessene Benachteiligung dar und verstößt daher gegen § 307 Abs. 1 BGB.¹³⁷



Rückzahlungsklausel:

„Es wird eine Sonderzahlung in Höhe eines Monatsgehalts geleistet. Der Arbeitnehmer ist zur Rückzahlung des erhaltenen Betrags verpflichtet, wenn sein Arbeitsverhältnis nicht bis zum 31. März des nächsten Jahres besteht.“

Sonderzahlungen, die nicht der Vergütung geleisteter Arbeit dienen, können hingegen mit einer Rückzahlungsklausel versehen werden. Formulärmäßige Rückzahlungsklauseln unterliegen der AGB-Kontrolle. Um dem Transparenzgebot (§ 307 Abs. 1 S. 2 BGB) zu genügen, muss die Klausel die Voraussetzungen der Rückzahlungspflicht eindeutig und für den Arbeitnehmer klar erkennbar festlegen. Außerdem muss die vorgesehene Bindungsdauer für den Arbeitnehmer zumutbar sein. Durch eine Begrenzung der Bindungsfrist soll verhindert werden, dass der Arbeitnehmer unverhältnismäßig in seiner Entscheidung über einen Arbeitsplatzwechsel und damit in seiner durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit eingeschränkt wird. Eine zu lange Bindungsfrist benachteiligt den Arbeitnehmer unangemessen und ist gem. § 307 Abs. 1 S. 1 BGB unwirksam. Die Länge der zulässigen Bindungsdauer für eine mit dem Dezembergehalt ausbezahlte Sonderleistung ist nach der Höhe der Zuwendung wie folgt gestaffelt:¹³⁸



Höhe der Zuwendung

- 100 EUR
- 100 EUR bis 1 Monatsgehalt
- 1 Monatsgehalt
- mehr als 1 Monatsgehalt

Bindung durch Rückzahlungsklausel

- ☺ Rückzahlungsklauseln sind unzulässig!¹³⁹
- ☹ bis zum 31. März des Folgejahres, dh ein Ausscheiden mit Ablauf des 31. März des Folgejahres ist möglich¹⁴⁰
- ☹ bis zur nächsten zulässigen Kündigung nach dem 31. März des Folgejahres, also je nach Dauer der Kündigungsfrist zB bis zum 30. April (bei vierwöchiger Kündigungsfrist zum Monatsende) oder bis 30. Juni des Folgejahres (Kündigung zum Quartalsende)¹⁴¹
- ☹☹ bis zum 30. Juni des Folgejahres¹⁴²

¹³⁷ BAG 18.1.2012 – 10 AZR 612/10, BeckRS 2012, 68440.

¹³⁸ StRSpr s. nur BAG 28.3.2007 – 10 AZR 261/06, BeckRS 2007, 44131; BAG 9.6.1993 – 10 AZR 529/92, BeckRS 1993, 40964.

¹³⁹ BAG 17.3.1982 – 5 AZR 1250/79, BeckRS 1982, 2143.

¹⁴⁰ BAG 9.6.1993 – 10 AZR 529/92, BeckRS 1993, 40964.

¹⁴¹ BAG 28.4.2004 – 10 AZR 356/03, BeckRS 2004, 40961.

¹⁴² BAG 27.10.1978 – 5 AZR 754/77, AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 99.

Die Bindungsdauer kann also umso länger sein, desto höher die Gratifikation ist. Übersteigt eine Vereinbarung die zulässigen Bindungsgrenzen, so ist die Rückzahlungsklausel, nicht aber die Zusage der Gratifikation unzulässig. Der Arbeitnehmer kann sein Arbeitsverhältnis beenden, ohne einem Rückzahlungsanspruch des Arbeitgebers ausgesetzt zu sein.

Wird eine Gratifikation in zwei Teilbeträgen ausgezahlt (zB jeweils zur Hälfte mit dem Juni- und dem Novembergehalt), so kommt es für die Frage der zulässigen Bindungsdauer auf die jeweilige Teilleistung an. Für die Bindungsfrist ist die Höhe des jeweils vertraglich geschuldeten Auszahlungsbetrags maßgeblich.¹⁴³ Die Länge der Bindungsfristen orientiert sich an obigen Grundsätzen, beträgt also zwischen drei und sechs Monaten.

Die nachträgliche Änderung der Gratifikationsvereinbarungen in der Müllex GmbH ist daher mit Hürden verbunden, die vermeidbar gewesen wären, wenn schon bei der Vertragsgestaltung auf entsprechende Regeln, wie zB Freiwilligkeits- und Widerrufsvorbehalte, geachtet worden wäre.

4. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

In letzter Zeit erreichen die Personalabteilung der Müllex GmbH gehäuft Anfragen von Mitarbeitern zum Thema Lohn- und Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall. Deshalb entschließt sich die Personalleiterin der Müllex GmbH ein Merkblatt zu den wichtigsten Punkten herauszugeben. Sie beauftragt die Sachbearbeiterin Rita Ebbing mit einem Entwurf. Diese liest zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in einem Buch Folgendes:



Nach § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG hat ein Arbeitnehmer, der unverschuldet erkrankt und infolgedessen arbeitsunfähig ist, Anspruch auf Fortzahlung seiner Vergütung für insgesamt sechs Wochen. Der Anspruch entsteht gem. § 3 Abs. 3 EFZG erst, nachdem das Arbeitsverhältnis vier Wochen rechtlich ununterbrochen bestanden hat. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als vier Wochen bzw. über den Zeitpunkt des Ablaufs der Wartezeit hinaus, so beginnt nach Ablauf der Wartezeit der volle Sechswochenzeitraum der Entgeltfortzahlung des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG.¹⁴⁴ Während der Wartezeit hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Zahlung von Krankengeld durch die Krankenkasse (§ 44 Abs. 1, § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V).

Eine Erkrankung muss nicht zwangsläufig eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben. Arbeitsunfähigkeit liegt vielmehr nur vor, wenn der Arbeitnehmer krankheitsbedingt außerstande ist, die geschuldete Arbeitsleistung in vollem Umfang zu erbringen oder die Arbeit nur unter der Gefahr verrichten könnte, dass sich sein Gesundheitszustand in absehbarer Zeit verschlechtert. Da Bezugspunkt der Arbeitsunfähigkeit die vertraglich insgesamt geschuldete Arbeitsleistung ist, ist eine teilweise Arbeitsunfähigkeit unbekannt.¹⁴⁵ Nach § 266 BGB kann der Arbeitgeber Teilleistungen des Arbeitnehmers zurückweisen. In

¹⁴³ BAG 21.5.2003 – 10 AZR 390/02, BeckRS 2003, 41155.

¹⁴⁴ BAG 20.8.2003 – 5 AZR 436/02, BeckRS 2004, 40050; BAG 26.5.1999 – 5 AZR 476/98, BeckRS 1999, 30060734.

¹⁴⁵ BAG 13.6.2006 – 9 AZR 229/05, BeckRS 2006, 45067; BAG 9.4.2014 – 10 AZR 637/13, BeckRS 2014, 68129.

Fällen der Teilarbeitsfähigkeit nach längerer Erkrankung kann gegebenenfalls eine stufenweise Wiedereingliederung¹⁴⁶ gem. § 74 SGB V in Betracht kommen. Hierbei handelt es sich um ein Rechtsverhältnis eigener Art¹⁴⁷, das der Zustimmung des Arbeitgebers bedarf. Es kommt als Maßnahme innerhalb eines betrieblichen Eingliederungsmanagements gem. § 167 Abs. 2 SGB IX in Betracht (s. dazu S. 150 f.). Schwerbehinderte Arbeitnehmer haben aufgrund der aus § 164 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 SGB IX folgenden besonderen Beschäftigungsförderungspflicht des Arbeitgebers einen Anspruch auf Beschäftigung zur stufenweisen Wiedereingliederung nach § 44 SGB IX.¹⁴⁸

Der Arbeitnehmer muss sich während einer Arbeitsunfähigkeit so verhalten, dass seine Arbeitsfähigkeit baldmöglichst wiederhergestellt wird. Aus seiner vertraglichen Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers (§ 241 Abs. 2 BGB) folgt, dass der Arbeitnehmer alles zu unterlassen hat, was seine Genesung verzögert. Eine Verletzung dieser Pflicht kann im Einzelfall zu einer Kündigung führen.¹⁴⁹

Die Gehaltsfortzahlung ist ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit verschuldet hat. Schuldhaft handelt derjenige, der in erheblichem Maße gegen die von einem verständigen Menschen im eigenen Interesse zu erwartende Verhaltensweise verstößt.¹⁵⁰ Es kommt hierfür maßgeblich auf die Umstände des Einzelfalls an. So ist ein Unfall, der durch Alkoholmissbrauch herbeigeführt wurde, im Regelfall selbstverschuldet.¹⁵¹ Bei einer Alkoholabhängigkeit oder sonstigen Suchterkrankung kommt es auf den Einzelfall an, ob ein Verschulden vorliegt oder nicht.¹⁵² Sportunfälle sind nur dann schuldhaft, wenn der Arbeitnehmer seine Kräfte und Fähigkeiten in deutlich übersteigernder Weise überschätzt oder in besonders grober Weise und leichtsinnig gegen anerkannte Regeln der jeweiligen Sportart verstoßen hat.¹⁵³ Auch gefährliche und mit einem hohen Unfallrisiko verbundene Sportarten schließen nicht von vornherein den Anspruch auf Gehaltsfortzahlung aus.

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung besteht für die Dauer von sechs Wochen. Dies entspricht 42 Kalendertagen. Ist Ursache der Arbeitsunfähigkeit jeweils eine andere Erkrankung, so beginnt bei jeder Neuerkrankung auch ein neuer Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen. Dies gilt nicht, wenn während einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit eine erneute Erkrankung und daraus folgende Arbeitsunfähigkeit eintritt. Die Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit hindert den Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung zu erbringen. Wer infolgedessen gem. § 275 Abs. 1 BGB keine Arbeitsleistung mehr

¹⁴⁶ S. Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien in der Fassung v. 14.11.2013 BAnz. AT 27.1.2012 B4, zuletzt geändert am 17.11.2022 BAnz AT 16.12.2022 B2.

¹⁴⁷ BAG 29.1.1992 – 5 AZR 37/91, BeckRS 1992, 40513.

¹⁴⁸ BAG 16.5.2019 – 8 AZR 530/17, BeckRS 2019, 19795; BAG 13.6.2006 – 9 AZR 229/05, BeckRS 2006, 45067.

¹⁴⁹ BAG 2.3.2006 – 2 AZR 53/05, BeckRS 2006, 43496.

¹⁵⁰ BAG 26.10.2016 – 5 AZR 167/16, BeckRS 2016, 110297.

¹⁵¹ BAG 11.3.1987 – 5 AZR 739/85, NZA 1987, 452.

¹⁵² BAG 18.3.2015 – 10 AZR 99/14, BeckRS 2015, 67596.

¹⁵³ BAG 7.10.1981 – 5 AZR 338/79, BeckRS 1981, 2047; LAG Saarland 2.7.2003 – 2 Sa 147/02, BeckRS 2003, 41213.

schuldet, kann nicht durch eine erneute Erkrankung davon befreit werden. Es handelt sich um einen einheitlichen Verhinderungsfall, mit der Folge, dass der Arbeitnehmer bei einer entsprechenden Dauer der Arbeitsunfähigkeit nur für maximal sechs Wochen Anspruch auf Entgeltfortzahlung hat.¹⁵⁴ Nach Ablauf von sechs Wochen bezieht der Arbeitnehmer, sofern die Voraussetzungen dafür vorliegen, Lohnersatzleistungen (zB Krankengeld).

Bei einer Fortsetzungserkrankung werden zunächst Zeiten der Arbeitsunfähigkeit von unter sechs Wochen bis zur Dauer von sechs Wochen zusammengerechnet. Eine Fortsetzungserkrankung liegt vor, wenn ein und dasselbe Grundleiden zu einer erneuten Arbeitsunfähigkeit führt.¹⁵⁵ Nach Erreichen des Sechswochenzeitraums besteht grundsätzlich kein weiterer Anspruch auf Lohnfortzahlung. Gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EFZG hat der Arbeitnehmer jedoch einen Anspruch auf Fortzahlung des Entgelts für weitere sechs Wochen, wenn zwischen der ersten und der erneuten Arbeitsunfähigkeit insgesamt sechs Monate gelegen haben, in denen der Arbeitnehmer wegen dieser Erkrankung nicht arbeitsunfähig war. Für den erneuten Fortzahlungszeitraum kommt es nur darauf an, dass sechs Monate ohne Arbeitsunfähigkeit wegen dieses Grundleidens verstrichen sind. Unschädlich ist es, wenn der Arbeitnehmer innerhalb des Sechs-Monats-Zeitraums wegen anderer Krankheiten erkrankt. Für Erkrankungen, die nicht auf demselben Grundleiden beruhen, bleibt es beim Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG.

Erreicht der Arbeitnehmer keinen Zeitraum von sechs Monaten ohne Arbeitsunfähigkeit, so hat er dennoch einen erneuten Anspruch auf Entgeltfortzahlung für höchstens nochmals sechs Wochen, wenn seit dem Beginn seiner ersten Erkrankung ein Zeitraum von zwölf Monaten verstrichen ist. Voraussetzung ist, dass der Arbeitnehmer nach Ablauf der Zwölf-Monats-Frist infolge derselben Krankheit erneut arbeitsunfähig wird. Ist der Arbeitnehmer ohne Unterbrechung mehr als zwölf Monate erkrankt, fehlt es an einer „erneuten“ Arbeitsunfähigkeit. Entsprechendes gilt, wenn der Arbeitnehmer bereits vor Ablauf des Zwölf-Monats-Zeitraums erneut am gleichen Grundleiden erkrankt und die zwölf Monate erst während der fortbestehenden Arbeitsunfähigkeit ablaufen.¹⁵⁶ Der Anspruch entsteht andererseits unabhängig davon, wie oft und wie lange der Arbeitnehmer innerhalb dieser zwölf Monate erkrankt war. Der Zwölfmonatszeitraum beginnt mit der ersten Arbeitsunfähigkeit wegen dieses Grundleidens. Er wird unterbrochen durch einen Zeitraum, in dem gem. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EFZG Vergütung fortgezahlt wird. Die Arbeitsunfähigkeit nach einem Zeitraum von zuvor sechs Monaten ohne Erkrankung, ist rechtlich eine neue Erkrankung, die den Fortsetzungszusammenhang zwischen der ersten und den weiteren Erkrankungen unterbricht und einen neuen Zwölfmonatszeitraum in Gang setzt.¹⁵⁷

¹⁵⁴ BAG 11.12.2019 – 5 AZR 505/18, BeckRS 2019, 33313 (Rn. 13); BAG 25.5.2016 – 5 AZR 318/15, BeckRS 2016, 70830.

¹⁵⁵ BAG 18.1.2023 – 5 AZR 93/22, BeckRS 2023, 8401; BAG 13.7.2005 – 5 AZR 389/04, BeckRS 2005, 30359670.

¹⁵⁶ BAG 14.3.2007 – 5 AZR 514/06, BeckRS 2007, 44360.

¹⁵⁷ BAG 6.10.1976 – 5 AZR 500/75, AP LohnFG § 1 Nr. 41.

Gemäß § 69 Abs. 4 SGB X ist die (gesetzliche) Krankenkasse berechtigt, dem Arbeitgeber das Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung mitzuteilen. Davon unabhängig ist der Arbeitnehmer verpflichtet durch Vorlage einer Bescheinigung nachzuweisen, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliegt, wenn er innerhalb der in § 3 Abs. 1 S. 2 EFZG genannten Zeiträume erkrankt. Bestreitet der Arbeitgeber das Vorliegen einer neuen Erkrankung aufgrund begründeter Tatsachen, muss der Arbeitnehmer substantiiert vortragen und das Nichtbestehen einer Fortsetzungserkrankung nachweisen. Hierzu muss er den behandelnden Arzt von der Schweigepflicht entbinden.¹⁵⁸

Die Höhe des gesetzlichen Entgeltfortzahlungsanspruchs bestimmt sich nach § 4 EFZG. Es gilt das Lohnausfallprinzip, dh dem Arbeitnehmer ist das Entgelt fortzuzahlen, das er erhalten hätte, wenn er nicht arbeitsunfähig erkrankt wäre. Der Begriff des Arbeitsentgelts wird in § 4 Abs. 1a EFZG näher bestimmt. Danach bleiben bei der Berechnung des fortzuzahlenden Entgelts („Geldfaktor“) insbesondere Überstundenvergütungen unberücksichtigt.

Der Arbeitnehmer ist gem. § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und ihre voraussichtliche Dauer unverzüglich (= ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 BGB) je nach den betrieblichen Gepflogenheiten, zB telefonisch, mitzuteilen. Die Mitteilung muss nicht persönlich, sondern kann auch durch einen Boten erfolgen.¹⁵⁹ Der Arbeitgeber sollte deutlich kommunizieren, wie und bei wem die Anzeige der Arbeitsunfähigkeit zu erfolgen hat. Maßgeblich ist, dass der Arbeitgeber oder ein sonstiger zur Entgegennahme derartiger Erklärungen berechtigter Mitarbeiter Kenntnis erlangt. Hierdurch soll der Arbeitgeber in die Lage versetzt werden, die anfallenden Arbeiten entsprechend zu disponieren. Die Anzeigepflicht gegenüber dem Arbeitgeber besteht auch, wenn die Arbeitsunfähigkeit im Ausland eintritt (§ 5 Abs. 2 EFZG). Zusätzlich muss der gesetzlich versicherte Arbeitnehmer in diesem Fall auch seiner Krankenkasse eine Mitteilung zukommen lassen. Durch diese Regelung soll einem etwaigen Missbrauch vorgebeugt werden.¹⁶⁰

Wird der Arbeitnehmer in den nächsten drei Kalendertagen wieder arbeitsfähig, so hat er regelmäßig keine Pflicht zum Nachweis der Erkrankung durch eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Der Arbeitgeber ist jedoch ohne besondere Begründung berechtigt, zB durch eine Regelung im Arbeitsvertrag¹⁶¹, auch schon vor dem vierten Krankheitstag eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu verlangen und zwar auch für Arbeitsunfähigkeitszeiten unter drei Kalendertagen.¹⁶² Geschieht dies nicht nur in einem konkreten Einzelfall, sondern als generelle Anordnung, so hat der Betriebsrat gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hierüber mitzubestimmen.¹⁶³

¹⁵⁸ BAG 18.1.2023 – 5 AZR 93/22, BeckRS 2023, 8401; BAG 13.7.2005 – 5 AZR 389/04, BeckRS 2005, 30359670.

¹⁵⁹ ArbG Emden 16.8.2022 – 2 Ca 263/21, BeckRS 2022, 49960.

¹⁶⁰ BT-Drs. 12/5798, 26.

¹⁶¹ BAG 1.10.1997 – 5 AZR 726/96, BeckRS 1997, 30001251.

¹⁶² BAG 14.11.2012 – 5 AZR 886/11, BeckRS 2013, 65146.

¹⁶³ BAG 15.11.2022 – 1 ABR 5/22, BeckRS 2022, 43851; BAG 23.8.2016 – 1 ABR 43/14, BeckRS 2016, 73961; BAG 25.1.2000 – 1 ABR 3/99, BeckRS 2000, 40539; siehe auch BAG 26.2.2003 – 5 AZR 112/02, BeckRS 2003, 40835.

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, so muss zwischen gesetzlich und privat Versicherten Arbeitnehmern unterschieden werden (s. §5 Abs. 1a S. 1, S. 3 EFZG). Grundsätzlich sind gem. §5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V alle Arbeitnehmer versicherungspflichtig in der gesetzlichen Krankenversicherung. Versicherungsfrei und damit regelmäßig privat versichert sind die gem. §6 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 6 SGB V versicherungsfreien Arbeitnehmer. Es handelt sich um Arbeitnehmer, deren Bruttojahreseinkommen jährlich 73.800 EUR übersteigt (Stand: 1. Januar 2025). Diese Jahresarbeitsentgeltgrenze wird jährlich neu festgesetzt und passt sich der allgemeinen Einkommensentwicklung an.

Privat krankenversicherte Arbeitnehmer müssen bei einer länger als drei Kalendertage dauernden Arbeitsunfähigkeit am vierten Kalendertag, sofern dies ein Arbeitstag im Betrieb ist, eine ärztliche Bescheinigung vorlegen. Für die Rechtzeitigkeit der Vorlage kommt es auf den Zugang der Bescheinigung beim Arbeitgeber an. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als zunächst in der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung angegeben, muss der Arbeitnehmer an dem Arbeitstag, der auf den dritten Kalendertag nach dem in der ersten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung prognostizierten Ende der Arbeitsunfähigkeit folgt, eine Folgebescheinigung einreichen. §5 Abs. 1 S. 4 EFZG bestimmt zwar keine Frist für deren Vorlage, jedoch ist §5 Abs. 1 S. 2 EFZG auf diesen Fall entsprechend anzuwenden. Auch wenn der Entgeltfortzahlungszeitraum von sechs Wochen abgelaufen ist, ist der Arbeitnehmer weiterhin verpflichtet, entsprechende Folgebescheinigungen über seine Arbeitsunfähigkeit vorzulegen.¹⁶⁴ Endet seine Arbeitsunfähigkeit, so muss sich der Arbeitnehmer beim Arbeitgeber zurückmelden.

Für in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherte Arbeitnehmer tritt an die Stelle der Nachweispflicht die Feststellungspflicht gem. §5 Abs. 1a S. 2 EFZG. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Papierform wird durch eine elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ersetzt. Der gesetzlich versicherte Arbeitnehmer ist gem. §5 Abs. 1a S. 2 EFZG, sofern seine Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage bzw. als zunächst festgestellt dauert, nur verpflichtet, seine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ärztlich feststellen zu lassen. Die Feststellung hat jeweils an dem auf den dritten Kalendertag folgenden vierten (Arbeits-)Tag zu erfolgen. Auch hier kann der Arbeitgeber gem. §5 Abs. 1a, Abs. 1 S. 3 EFZG verlangen, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit früher feststellen lässt. Eine weitergehende Pflicht des Nachweises seiner Arbeitsunfähigkeit trifft ihn nicht. Insbesondere besteht keine generelle Verpflichtung dem Arbeitgeber die vom Arzt gem. §5 Abs. 1a S. 2 EFZG dem Arbeitnehmer als Beweis der Arbeitsunfähigkeit weiterhin in Papierform ausgehändigte Bescheinigung zu übergeben. Ein solches Verlangen weicht von den Regelungen des §5 Abs. 1a EFZG zuungunsten des Arbeitnehmers ab. Entsprechende vertragliche Regelungen sind gem. §12 EFZG, §134 BGB unwirksam. Lediglich bei Vorliegen eines Störfalls, also zB bei Fehler in der Übermittlung der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, soll die Papierbescheinigung dem Arbeitnehmer als Beweis seiner Arbeitsunfähigkeit dienen.¹⁶⁵ Den

¹⁶⁴ LAG Sachsen-Anhalt 24.4.1996 – 3 Sa 449/95, BeckRS 1196, 41320.

¹⁶⁵ BT-Drs. 19/13959, 37.

Arbeitnehmer trifft insoweit lediglich die Obliegenheit, sich eine solche Bescheinigung mit den für den Arbeitgeber bestimmten Daten (dh ohne Hinweise auf die Erkrankung) aushändigen zu lassen. Ansonsten hat der Arbeitnehmer mit der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt seine Pflichten erfüllt. Der Arzt übermittelt gem. § 295 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V die Arbeitsunfähigkeitsdaten elektronisch an die zuständige Krankenkasse. Gem. § 109 SGB IV erstellt die Krankenkasse eine Meldung zum Abruf für den Arbeitgeber. Es ist dann Sache des Arbeitgebers die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bei der Krankenkasse abzurufen.

Kommt der Arbeitnehmer seinen Anzeige- und *Nachweispflichten* nicht nach, kann der Arbeitgeber gem. § 7 EFZG die Fortzahlung des Arbeitsentgelts bis zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verweigern. Es handelt sich hierbei um ein zeitweiliges Leistungsverweigerungsrecht.¹⁶⁶ Sobald der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nachreicht, ist der Arbeitgeber zur Fortzahlung der Vergütung verpflichtet und zwar vom Beginn der Arbeitsunfähigkeit an. Unklar ist, ob dieses Leistungsverweigerungsrecht auch für den Fall gilt, dass der Arbeitnehmer die fristgerechte Feststellung der Arbeitsunfähigkeit gem. § 5 Abs. 1a S. 2 EFZG unterlässt. Daran bestehen insoweit Zweifel, weil der Gesetzgeber § 7 EFZG im Zuge der Einführung der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht durch einen Verweis auf § 5 Abs. 1a EFZG ergänzt hat. Nach dem Wortlaut des Gesetzes scheidet eine entsprechende Einrede aus, wenn der Arbeitnehmer seiner Feststellungspflicht nach § 5 Abs. 1a EFZG nicht nachgekommen ist. Jedenfalls aber, wenn der Arzt oder die Krankenkasse die Arbeitsunfähigkeitsdaten nicht rechtzeitig übermittelt bzw. bereitgestellt haben oder der Arbeitgeber diese nicht abgerufen hat, kommt gem. § 7 Abs. 2 EFZG ein Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers nicht in Betracht. Den Arbeitnehmer trifft in diesem Fall kein Verschulden.

Da es sich bei der Anzeige-, Nachweis- bzw. Feststellungspflicht um eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht gem. § 241 Abs. 2 BGB handelt, muss der Arbeitnehmer bei einer pflichtwidrigen Verletzung mit einer Abmahnung bzw. Kündigung rechnen.

Die ärztliche Bescheinigung hat insbesondere im Prozess um die Entgeltfortzahlung Bedeutung. Die ordnungsgemäß¹⁶⁷ ausgestellte bzw. übermittelte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung hat einen hohen Beweiswert, so dass grundsätzlich von ihrer Richtigkeit und damit von der Arbeitsunfähigkeit auszugehen ist. Krankheitsdaten sind besonders geschützte Daten. Durch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erbringt der Arbeitnehmer, den Beweis, dass er tatsächlich arbeitsunfähig ist, ohne im Details darlegen zu müssen, infolge welcher Krankheit er arbeitsunfähig ist. Andererseits hat der Arbeitnehmer nur dann einen Anspruch auf Fortzahlung der Vergütung, wenn er tatsächlich arbeitsunfähig war. Der Arbeitgeber kann Umstände darlegen und beweisen,

¹⁶⁶ BAG 19.2.1997 – 5 AZR 83/96, BeckRS 1997, 40650.

¹⁶⁷ S. dazu Arbeitsunfähigkeits-Richtlinien in der Fassung v. 14.11.2013 BAnz. AT 27.1.2012 B4, zuletzt geändert am 17.11.2022 BAnz AT 16.12.2022 B2; s. auch BAG 28.6.2023 – 5 AZR 335/22, BeckRS 2023, 30811; ArbG Berlin 1.4.2021 – 42 Ca 16289/20, BeckRS 2021, 41128.