



15. Hans-Böckler-Forum 26./27.02.2026

Kritikwürdige Rechtsprechung im
Individualarbeitsrecht: Entgeltfortzahlung in der Krise

Angelika Kapeller

Gewerkschaftliches Centrum für Revision und Europäisches Recht

Völker, hört die Centrale
für Revision und Europäisches Recht



Entgeltfortzahlung in der Krise



- Entgeltfortzahlung bei Krankheit – ein hart erkämpfter sozialer Besitzstand
- AU entbindet AN von der Arbeitspflicht, ohne dass sie den Entgeltanspruch verlieren
 - für 6 Wochen
 - 4 Wochen Wartezeit
 - Anrechnung auf Sonderzahlungen kann vereinbart werden
 - *Begrenzung auf 80% der Vergütung*
 - *Karenztage*
 - *Eigenverschulden*
 - *Teil-Arbeitsunfähigkeit*
- Anstieg der Ausfallzeiten?
- Zunahme des Missbrauchs?
- Die andere Seite: Arbeit trotz Krankheit - Präsentismus

Entgeltfortzahlung in der Krise



- ▶ AG verweigert die Zahlung – AN muss klagen, hat Darlegungs- und Beweislast für den Anspruch nach § 3 Abs.1 Satz 1 EFZG
- ▶ „In der Regel“ wird der Beweis durch Vorlage einer ärztlichen AUB geführt, keine Diagnose
- ▶ Verschlechterung der AN-Position durch Rspr. des 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts
- ▶ Weichenstellung 1976: keine gesetzliche Vermutung i.S.d. § 292 ZPO, Beweis des Gegenteils würde vom Arbeitgeber Unmögliches verlangen, aber: Berücksichtigung der AUB auch wenn erschüttert
- ▶ LAG München 1990: AUB hat keinen Beweiswert, einfaches Bestreiten des AG reicht aus
- ▶ BAG 1992: hoher Beweiswert, AUB gesetzlich vorgesehenes Beweismittel, AG muss durch „tatsächliche Umstände“ erschüttern, keine Beschränkung auf Regelbeispiele in 275 SGB V

Entgeltfortzahlung in der Krise



- ▶ Umstände aus der eigenen Wahrnehmung des AG (z.B. Ankündigung der AU)
- ▶ Umstände aus Beobachtung des arbeitsunfähigen AN
 - datenschutzrechtlich nur zulässig wenn AUB bereits erschüttert und Klärung durch MD nicht möglich, sonst Schadenersatz nach DSGVO –Verwertbarkeit?
- ▶ Umstände aus Vortrag des AN, insbesondere aus der AUB : AU-Richtlinie
 - Keine Bindung der Arbeitsvertragsparteien an die AURL, daher Formalien unerheblich
 - Vorgaben der §§ 4 und 5 als Zusammenfassung medizinischer Erfahrungsregeln, Grundregeln zur validen Feststellung
 - Feststellung aufgrund persönlicher Untersuchung, Dauer, nach 7 Tagen Austausch von Symptomen gegen (Verdachts-)Diagnose
 - Verstoß kann Beweiswert der AUB erschüttern
- ▶ Fehler des attestierenden Arztes zu Lasten des AN? Streitverkündung?
- ▶ Auch anderweitiger Nachweis möglich, vgl. BAG 20.03.2024 – 5 AZR 235/23 zu COVID

Entgeltfortzahlung in der Krise



- ▶ Erschütterung des Beweiswerts bei zeitlicher Koinzidenz AUB – Beendigung des AV
- ▶ Grundsatz BAG 08.09.2021 – 5 AZR 149/21: Eigenkündigung, gleichzeitige Übergabe einer AUB für die gesamte Kündigungsfrist von 2 Wochen; AUB bei der Gesamtwürdigung aller Umstände nicht zu berücksichtigen; umfassender Vortrag des AN erforderlich nebst Schweigepflichtentbindung – davon soll der AN durch die gesetzliche Regel gerade entlastet werden!
- ▶ EuGH Paletta I und II: AG ist an ärztl. AU-Bescheinigung aus einem anderen Mitgliedstaat rechtlich und tatsächlich gebunden, hat nur die Möglichkeit, Missbrauch zu nachzuweisen; Schutz des AN vor Beweisschwierigkeiten
- ▶ BAG: Beweislastverteilung nicht auf Inlandsfälle übertragbar

Entgeltfortzahlung in der Krise



- ▶ BAG 13.12.2023 – 5 AZR 137/23 Erweiterung: Kdg durch AG geht nach Vorlage der ErstAUB zu, Erschütterung der Folgebescheinigungen, sobald der AN von der Kdg erfährt oder damit rechnen musste, gilt auch für Befristung; Mehrzahl von AUB unerheblich; unzureichende Sachaufklärung, wie der Arzt die Erkrankung diagnostiziert hat – womöglich telefonisch? Dann laut BSG kein KrG?
- ▶ LAG: keine ausreichend Schilderung, Parteivernahme § 447 ZPO scheitert an fehlender Zustimmung des Gegners, Voraussetzungen des § 448 ZPO nicht gegeben; Aussage des Arztes weicht von Schilderung des KI ab == beweisfällig!
- ▶ BAG 21.08.2024 – 5 AZR 248/23 Erweiterung: unerheblich, wenn Eigenkündigung nach AUB zugeht, es kommt auf den Zeitpunkt des Kündigungsentschlusses an; eine oder wechselnde Diagnosen unerheblich
- ▶ BAG 18.09.2024 – 5 AZR 29/24 Erweiterung: Koinzidenz auch, wenn Eigenkündigung und AUB nicht zeitgleich, enger zeitlicher Zusammenhang genügt

Entgeltfortzahlung in der Krise



- ▶ LAG MV wehrt sich, Hinweis: keine Bindungswirkung an die Revisionsentscheidung gem. 563 Abs.2 ZPO, wenn sich der für die Zurückverweisung maßgebliche Sachverhalt ändert (BGH); Beweis durch Zeugnis der Ärztin erbracht; NZB der Bekl. noch nicht entschieden
- ▶ BAG 15.01.2025 – 5 AZR 284/24 Erweiterung: alle Grundsätze auch auf ärztliche Bescheinigungen aus dem Nicht-EU-Ausland anwendbar, einschließlich §§ 4 und 5 AURL, insbes. mögliche Dauer der Krankschreibung
- ▶ Folgen: Aushöhlung des Anspruchs auf EFZ durch Darlegungslast und Beweisschwierigkeiten
- ▶ Waffengleichheit wiederherstellen! Widerlegliche Vermutung durch AUB! Anerkennung der Beweisnot i.S.d. § 448 ZPO!

Entgeltfortzahlung in der Krise



- AU mehr als 42 Tage : AG behauptet Fortsetzungserkrankung, Pflicht zur EFZ soll entfallen
- BAG 18.01.2023 – 5 AZR 93/22 bestätigt abgestufte Darlegungs- und Beweislast (seit 2005); einfaches Bestreiten des AG löst Darlegungslast des AN aus, Vortrag nicht nur zur streitigen AU, sondern zu sämtlichen AU im entscheidenden Zeitraum
- Mitteilung der Krankenkasse reicht nicht aus, da sie eigene finanzielle Interessen hat, gerichtliche Überprüfung im EFZ-Prozess notwendig, kein Beweiswert wie AUB
- Eingriff in das informationelle Selbstbestimmungsrecht des AN gerechtfertigt, legitimer Zweck aus dem Rechtsstaatsprinzip, materiellrechtlich richtige Entscheidung anzustreben; rechtl. Gehör der Gegenseite
- Sachvortrag nur gegenüber dem Gericht oder einem SV verstößt gegen das Rechtsstaatsprinzip

Entgeltfortzahlung in der Krise



- ▶ Auch unionsrechtlich keine DSGVO-Bedenken, Information für gerichtliche Entscheidungsfindung notwendig
- ▶ Öffentlichkeit kann in der mündlichen Verhandlung ggfs ausgeschlossen werden
- ▶ BVerfG hat VB nicht zur Entscheidung angenommen, Beschluss enthält keine Begründung.
- ▶ Neuer Versuch? Übertragbarkeit auf Fälle, in denen die AU als solche streitig ist?

Entgeltfortzahlung in der Krise



- Verschiebung der Darlegungs- und Beweislast durch die Rechtsprechung des BAG, Abweichen vom gesetzlichen Modell, Beweiskraft geht verloren
- Nach Einführung der elektronischen AUB ist der AN nicht mehr nachweispflichtig, aber erhält weiterhin eine Papierbescheinigung zum Nachweis gegenüber dem AG, also weiterhin gesetzlich vorgesehenes Beweismittel!
- Schutz der Gesundheitsdaten gerät ins Abseits
- Einzelfallentscheidungen, meist keine Revisionszulassung
- Ausweg über Stärkung des MD?

Vielen Dank für die Aufmerksamkeit!