

## Mandanteninfo Oktober 2021

### Arbeitsunfähigkeit nach Kündigung – Gefahr für die Entgeltfortzahlung!

*Kündigt ein Arbeitnehmer sein Arbeitsverhältnis und wird er am Tag der Kündigung arbeitsunfähig krankgeschrieben, kann dies den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere dann erschüttern, wenn die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit passgenau die Dauer der Kündigungsfrist umfasst.*

*Pressemitteilung des Bundesarbeitsgerichts vom 08.09.2021- 25/21  
BAG, Urteil vom 08.09.2021–5 AZR 149/21*

Gerade bei Eigenkündigungen durch Beschäftigte gehen der Entscheidung, das Arbeitsverhältnis zu beenden, oftmals gesundheitlich belastende Zeiten voraus. Ist der Entschluss zur Kündigung umgesetzt, führt dies häufig dazu, dass der physisch oder psychisch ohnehin labile Zustand in eine Arbeitsunfähigkeit mündet.

**Aber Vorsicht:** wer sich allein auf die Bescheinigung seines Arztes zur Arbeitsunfähigkeit verlässt, **riskiert seinen Entgeltfortzahlungsanspruch.**

Die betroffene Klägerin war bei der Arbeitgeberin seit knapp sechs Monaten als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Sie kündigte das Arbeitsverhältnis fristgerecht. Noch am Tag des Ausspruchs der Kündigung suchte sie eine Ärztin auf, die ihr für den Zeitraum bis zum Ende der Kündigungsfrist eine Arbeitsunfähigkeit bescheinigte. Die Arbeitgeberin verweigerte die Entgeltfortzahlung für diesen Zeitraum mit der Begründung, der **Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei erschüttert**, weil diese **genau die Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses nach der Eigenkündigung der Klägerin abdecke**. Die Klägerin hat demgegenüber geltend gemacht, sie sei ordnungsgemäß krankgeschrieben gewesen und habe vor einem Burn-Out gestanden.

Nachdem die Vorinstanzen der Klägerin die Entgeltfortzahlung zugesprochen haben, hat das BAG jetzt die Klage abgewiesen.

Die Begründung muss genauer betrachtet werden, da sie **wichtige Hinweise zum Umgang mit Arbeitsunfähigkeitszeiten** gibt:

Wer arbeitsunfähig ist, hat einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für die Dauer von bis zu **sechs Wochen** gegen seinen Arbeitgeber (§ 3 Entgeltfortzahlungsgesetz). Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als 3

Regine Windirsch  
Fachwältin für Arbeitsrecht  
Fachwältin für Sozialrecht

Sigrid Britschgi  
Fachwältin für Arbeitsrecht  
Fachwältin für Familienrecht

Fabian Wilden  
Rechtsanwalt

Stefani Dach  
Fachwältin für Arbeitsrecht

Ingrid Heinlein  
Vorsitzende Richter  
am LAG a.D.

Marktstraße 16  
40213 Düsseldorf  
Tel. (02 11) 863 20 20  
Fax (02 11) 863 20 222  
info@fachanwaeltInnen.de

www.fachanwaeltInnen.de

Deutsche Bank, Ratingen  
BLZ 300 700 24  
Konto 477 455 005  
IBAN:  
DE27 300700240477455005  
BIC: DEUTDE333303333

St.-Nr. 5103/5013/0229

**Kooperation in  
Zivil- und Strafrecht**  
mit Kanzlei Tim Engels,  
Düsseldorf

Kalendertage, muss der Arbeitnehmer eine **ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und die voraussichtliche Dauer** vorlegen (§ 5 Entgeltfortzahlungsgesetz). Verweigert der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung und muss der Arbeitnehmer diese daher einklagen, ist die Vorlage dieser Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung der erste Schritt zum Beweis, dass man tatsächlich arbeitsunfähig war. Deren **Beweiswert kann der Arbeitgeber aber erschüttern**, wenn er Umstände darlegt und ggf. beweist, die **Anlass zu ernsthaften Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit** geben.

Wer zum Beispiel arbeitsunfähig geschrieben ist und während dieser Zeit ein Bild von sich tanzend in einem Club postet, kann damit dem Arbeitgeber ausreichend Material liefern, den Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zu erschüttern. In einem derartigen Fall **muss der Arbeitnehmer substantiiert darlegen und beweisen, dass er tatsächlich arbeitsunfähig war**.

Der Beweis kann insbesondere durch **Vernehmung des behandelnden Arztes** nach entsprechender Befreiung von der Schweigepflicht erfolgen. Das heißt, im zuvor geschilderten Beispiel müsste der betroffene Arbeitnehmer „die Karten auf den Tisch legen“: er sollte – soweit zutreffend - darlegen, dass er an einer depressiven Episode leidet und vortragen, dass das Tanzen seine seelische Verfassung verbessert und seinen Genesungsprozess beschleunigt. **Als Zeugen sollte er seinen Arzt benennen und diesen von der ärztlichen Schweigepflicht entbinden**.

Im nun vom BAG entschiedenen Fall hat die Klägerin diesen Schritt nicht getan.

#### **Fazit:**

Einmal mehr muss man leider sagen: „Bad cases make bad law.“ Die Entscheidung des BAG wäre möglicherweise anders ausgefallen, wenn die betroffene Klägerin dem Hinweis des Gerichts gefolgt wäre und nach konkreter Darlegung der Hintergründe für die Arbeitsunfähigkeit ihre Ärztin als Zeugin benannt hätte. Spätestens im Prozess über die Entgeltfortzahlung sollte man – juristisch beraten - prüfen, ob die Offenlegung von Gesundheitsinformationen erforderlich wird.

Darüber hinaus ist hier zu beachten, dass das BAG hinsichtlich der Erschütterung des Beweiswertes der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung insbesondere auf die Deckungsgleichheit von Arbeitsunfähigkeitszeit und Dauer der Kündigungsfrist abgestellt hat. Unser Vertrauen in die fachliche Integrität von Ärzten ist auch nach diesem Urteil ungebrochen. Das „Gefälligkeitsattest“ ist die Ausnahme, nicht die Regel. Dennoch sind Arzt und Patient gut beraten, wenn die Prognose über die voraussichtliche Arbeitsunfähigkeit in kleineren Intervallen, zum Beispiel wochenweise, aufgestellt wird und nicht von vornherein im Ganzen den Lauf der Kündigungsfrist umfasst.

**Sigrid Britschgi**  
**Fachanwältin für Arbeitsrecht**  
**Windirsch, Britschgi & Wilden**  
**Anwaltsbüro**