

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundtatbestand der Regelung
3. Rechtsfolgen und Reichweite der Regelung
4. Beendigungsgründe außerhalb des § 8 Abs. 1 EFZG
5. Rechtsprechungs-ABC
 - 5.1 Bevorstehende Arbeitsunfähigkeit
 - 5.2 Darlegungs- und Beweislast
 - 5.3 Kündigung = Maßregelung?
 - 5.4 Kündigungsanlass
 - 5.5 Vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit
 - 5.6 Wartezeit

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber hat viele Anlässe für die **Beendigung eines Arbeitsverhältnisses**. Die vom KSchG vorgezeichnete Palette reicht von betriebs- über personen- bis hin zu verhaltensbedingten Kündigungsgründen. Das auslösende **Motiv** kann - als personenbedingter Kündigungsgrund - natürlich auch eine **Krankheit** sein. Hier zieht § 8 EFZG allerdings Grenzen: Eine **Kündigung aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit** (Anlasskündigung) führt nicht dazu, dass der Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung verliert. Ansonsten ist der Anspruch auf Entgeltfortzahlung schon an den **Bestand des Arbeitsverhältnisses** geknüpft und entfällt mit dessen Beendigung ganz automatisch.

2. Grundtatbestand der Regelung

"Der Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts wird nicht dadurch berührt, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit kündigt (§ 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG)." Diese **Regelung** im EFZG **sichert** Arbeitnehmern den gesetzlichen **Entgeltfortzahlungsanspruch**.

§ 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG setzt zunächst voraus, dass der Arbeitnehmer überhaupt einen **Anspruch auf Entgeltfortzahlung** hat. Er muss die vierwöchige **Wartezeit** des § 3 Abs. 3 EFZG zurückgelegt haben (s. dazu das Stichwort Entgeltfortzahlung - Wartezeit) und **arbeitsunfähig** i. S. des § 3 EFZG sein oder an einer **Maßnahme** der medizinischen Vorsorge und Rehabilitation i. S. des § 9 EFZG teilnehmen.

Beispiel:

Arbeitnehmer N1 beginnt seine Beschäftigung bei Arbeitgeber A am 01.04. mit der Probezeit. Er wird am 04.04. arbeitsunfähig krank. A kündigt am 05.04. innerhalb der Probezeit mit 2-wöchiger Kündigungsfrist zum 19.04. Arbeitnehmer N2 fährt am 05.06. volltrunken bei rot über eine Kreuzung. Er prallt vor eine Hauswand und wird schwer verletzt. A kündigt sein Arbeitsverhältnis zum 15.07. Arbeitnehmer N3 ist seit drei Jahren bei A tätig. Er fällt häufig wegen unterschiedlicher Kurzerkrankungen aus. Am 06.08. wird N3 wieder krank und ist erneut für mehrere Wochen arbeitsunfähig. A kündigt daraufhin mit 4-wöchiger Kündigungsfrist zum 15.09.

Arbeitnehmer N1 hat keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG , weil er die Wartezeit nach § 3 Abs. 3 EFZG noch nicht hinter sich hat. Arbeitnehmer N2 hat keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG , weil er seine Arbeitsunfähigkeit selbst verschuldet hat. Arbeitnehmer N3 hat einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG : Er ist arbeitsunfähig

krank.

Soll § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG greifen, muss der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis **aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit** kündigen.

Beispiel:

Arbeitgeber A ärgert sich darüber, dass Arbeitnehmer N1 Arbeitsverhinderungen immer viel zu spät anzeigt. Am 03.09. wird N1 arbeitsunfähig krank, meldet sich allerdings erst gegen Abend. Wichtige Aufträge blieben am 03.09. liegen, weil A den Arbeitsausfall von N1 nicht durch andere Maßnahme kompensieren konnte. Da N1 wegen dieser arbeitsvertraglichen Pflichtverletzungen bereits 2mal abgemahnt worden ist, kündigt A das Arbeitsverhältnis. Arbeitnehmer N2 arbeitet als Kurierfahrer im Ortsverkehr. Er wird am 27.10. krank und fällt für sechs Wochen aus. As Steuerberater führt am 29.10. ein ernstes Strategiegespräch mit A und weist ihn darauf hin, dass es betriebswirtschaftlich günstiger wäre, den firmeneigenen Transporter zu verkaufen und die Tätigkeiten outzusourcen. Arbeitgeber A entschließt sich, die Stelle von N2 einzusparen und einen in seiner Stadt ansässigen Kurierdienst mit den Auslieferungen zu beauftragen.

A hat in diesen Fällen weder N1 noch N2 *"aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit"* gekündigt. Die Kündigung von N1 geschah aus verhaltensbedingten Gründen, N2 verliert seinen Arbeitsplatz wegen dringender betrieblicher Erfordernisse, die seiner Weiterbeschäftigung in As Betrieb entgegenstehen.

Bei Anwendung des § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG sind **Anlass und Motiv** der Kündigung zu unterscheiden. Motiv ist **der innere Beweggrund**, Anlass **der äußere Anstoß**. Der Begriff wird - so verlangt es der Schutzzweck der Norm - weit ausgelegt. Hier genügt es, wenn die Kündigung ihre **objektive Ursache** und wesentliche Bedingung in der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers hat und sie den entscheidenden **Anstoß für den Kündigungsentschluss** gegeben hat. Es kommt auf die objektive Ursache, nicht auf das Motiv der Kündigung oder den Kündigungsgrund an (BAG, 17.04.2002 - 5 AZR 2/01). So ist § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG beispielsweise bei **Unkenntnis des Arbeitgebers** von der Arbeitsunfähigkeit gar nicht anzuwenden. Im Ergebnis reicht auch eine **zukünftige**, angekündigte **Arbeitsunfähigkeit**, z.B. ein feststehender OP-Termin. Die Arbeitsunfähigkeit ist auch dann Anlass der Kündigung, wenn der Arbeitgeber mit ihr "nur" mit der Arbeitsunfähigkeit verbunden betrieblichen **Störungen beheben** will (BAG, 26.10.1971 - 1 AZR 40/71 - hier: anderweitige Besetzung des verwaisten Arbeitsplatzes). Eine **unwirksame Kündigung** berührt den Entgeltfortzahlungsanspruch nicht. Hier besteht das Arbeitsverhältnis fort und der Entgeltfortzahlungsanspruch ergibt sich direkt aus § 3 Abs. 1 EFZG .

Der Arbeitnehmer hat die **Darlegungs- und Beweislast** für die anspruchsbegründenden Tatsachen. Er muss die Fakten vortragen und unter Beweis stellen, die die Annahme rechtfertigen, der Arbeitgeber habe aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit gekündigt. Dann ist es Sache des Arbeitgebers, substanziiert darauf zu erwidern. Gelingt dem Arbeitnehmer der **Nachweis** nicht, verliert er den Prozess.

3. Rechtsfolgen und Reichweite der Regelung

Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit, wird der **Entgeltfortzahlung** des Arbeitnehmers *"nicht dadurch berührt."*

Beispiel:

Arbeitnehmer N ist noch in der Probezeit. Er ist Amateur-Fußballer und trägt ein erhebliches Verletzungsrisiko. Am Sonntag ist wieder ein Fußballspiel, an dem N teilnimmt. Er scheitert an der gegnerischen Verteidigung und bricht sich bei der unsanften Landung vor dem Strafraum die rechte Schulter. N ist ab dem 21.09. arbeitsunfähig krank. Arbeitgeber A war der Sport von Anfang an ein Dorn im Auge. Er kündigt N am 22.09. mit 2-wöchiger Kündigungsfrist zum 06.10. N ist für mehr als sechs Wochen arbeitsunfähig. Sein Anspruch auf Entgeltfortzahlung wird durch die Kündigung nicht berührt.

§ 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG führt **nicht** zur **Unwirksamkeit der Kündigung**. § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG lässt allerdings den **Entgeltfortzahlungsanspruch** weiter bestehen. Er reicht dann **über das Arbeitsverhältnis hinaus** bis zu dem Zeitpunkt, in dem der Arbeitnehmer wieder gesund ist.

Beispiel:

N aus dem vorausgehenden Beispiel hat nach § 3 Abs. 1 EFZG einen Anspruch auf sechs Wochen Entgeltfortzahlung. As Kündigung wird sein Arbeitsverhältnis innerhalb der Probezeit pünktlich zum 06.10. beenden. N behält aber seinen sechswöchigen Entgeltfortzahlungsanspruch und A muss ihm bis zum 01.11. Krankenvergütung zahlen - und das, obwohl das Arbeitsverhältnis bereits beendet ist. Ein Kollege von N, K, wird am 13.10. arbeitsunfähig krank. Arbeitgeber A kündigt mit Zwei-Wochen-Frist innerhalb der Probezeit am 15.10. Am 18.10. wird K wieder arbeitsfähig. A schuldet bis dahin Entgeltfortzahlung. Ks Arbeitsverhältnis endet am 29.10. Wird K danach erneut arbeitsunfähig krank, braucht A für diese Arbeitsunfähigkeit keine Entgeltfortzahlung zu leisten.

Die **Reichweite** der Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers geht nicht weiter, als sie bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis gereicht hätte. Das heißt: spätestens **nach sechs Wochen** ist Schluss.

Die Rechtsfolgen des § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG greifen auch dann, *"wenn der Arbeitnehmer das Arbeitsverhältnis aus einem vom Arbeitgeber zu vertretenden Grunde kündigt, der den Arbeitnehmer aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt (§ 8 Abs. 1 Satz 2 EFZG)."*

Beispiel:

Arbeitgeber A ist seit längerem mit der Lohnzahlung in Verzug. Arbeitnehmer N wartet auf einen Betrag, der von der Höhe her drei Monatsvergütungen ausmacht und sich aus dem Lohn mehrerer Monate zusammensetzt. N hat A wiederholt zur Zahlung aufgefordert, ihn mehrere Male wegen der Lohnrückstände abgemahnt und ihm gleichzeitig mitgeteilt, dass er fristlos kündigen wird, wenn keine Zahlung erfolgt. A hat N immer wieder hingehalten. Zuletzt hat er ihm versprochen, die ersten 3.000,00 EUR am 30.11. zu zahlen. N wird am 24.11. arbeitsunfähig krank und soll für mindestens fünf Wochen ausfallen. A hält sein Versprechen wieder nicht. N kündigt daraufhin am 04.12. fristlos, ist aber noch bis zum 09.01. arbeitsunfähig krank. Das Beschäftigungsverhältnis endet hier wegen der fristlosen Kündigung am 04.12., A muss wegen § 8 Abs. 1 Satz 2 EFZG trotzdem bis zum 28.12. für N Entgelt fortzahlen.

Sinn und Zweck der Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 2 EFZG ist es, zu verhindern, dass der Arbeitgeber während einer Arbeitsunfähigkeit zu unlauteren Mitteln greift, die den Arbeitnehmer zur Aufgabe des Arbeitsverhältnisses veranlassen. Obwohl der Gesetzeswortlaut anderes vermuten lässt: Es ist **nicht notwendig**, dass die Kündigung des Arbeitnehmer **fristlos** erfolgt. Es muss nur ein wichtiger Grund vorliegen. Wäre es anders, wäre der Arbeitnehmer, der sich an die Kündigungsfrist hält, schlechter gestellt als der Arbeitnehmer, der seinen Arbeitsplatz von heute auf morgen verlässt.

4. Beendigungsgründe außerhalb des § 8 Abs. 1 EFZG

§ 8 Abs. 1 EFZG sanktioniert nur eine Kündigung *"aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit"*. *"Endet das Arbeitsverhältnis vor Ablauf der in § 3 Abs. 1 bezeichneten Zeit nach dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit, ohne dass es einer Kündigung bedarf, oder infolge einer Kündigung aus anderen als den in Absatz 1 bezeichneten Gründen, so endet der Anspruch mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses (§ 8 Abs. 2 EFZG)."* **Andere Beendigungsstatbestände** sind damit außen vor. In Betracht kommen:

- Ablauf eines befristeten Arbeitsvertrags
- Anfechtung
- Auflösung durch Urteil
- Bedingungseintritt (§ 21 TzBfG)
- Kündigungen aus anderen Anlässen
- Tod des Arbeitnehmers

- Zweckerreichung (§ 15 Abs. 2 TzBfG)

Bei einer **Beendigung** des Arbeitsverhältnisses **durch Aufhebungsvertrag** wird vielfach eingewandt, dass er nicht zu einer **Umgehung** des § 8 Abs. 1 EFZG führen soll.

Beispiel:

Arbeitnehmer N kündigt Arbeitgeber A am 03.11. an, dass er ab dem 05.01. eine dreiwöchige Reha-Maßnahme bewilligt bekommen habe, die möglicherweise - je nach Heilungserfolg - sogar ausgedehnt werde. A sieht ein großes Problem auf sich zukommen: "Das heißt im Klartext", sagt er zu N, "dass ich doppelt bezahlen muss. Du kriegst von mir das Arbeitsentgelt fortgezahlt und ich muss gleich am Jahresanfang jemanden haben, der Deine Arbeit macht. Ich kann das finanziell nicht verkraften. Das Beste wäre es, wenn wir Deinen Arbeitsvertrag zum 31.12. aufheben. Dann brauche ich nur für einen zu zahlen." N und A werden sich tatsächlich einig. N hört am 31.12. auf.

Stellt man allein auf den **Wortlaut** des § 8 Abs. 1 EFZG ab, können **nur Kündigungen** die vom Gesetz gewollten Rechtsfolgen auslösen. Es gibt im Schrifttum Meinungen, die diesen Standpunkt mit guten Argumenten vertreten. Auf der anderen Seite greift auch hier das **Umgehungsverbot**. Ein 2-seitiges Rechtsgeschäft wie ein Aufhebungsvertrag ist zwar keine Kündigung, sie soll das Arbeitsverhältnis aber einvernehmlich aus dem gleichen Anlass beenden. So wird man mit Blick auf die BAG-Entscheidungen vom 20.08.1980 - 5 AZR 589/79 - eher annehmen müssen: *"Der Anspruch des Arbeiters auf Lohnfortzahlung wird nicht dadurch berührt, dass der Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit des Arbeiters zum Anlass nimmt, mit diesem die einvernehmliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu vereinbaren"* (Leitsatz - hier noch zu § 6 LohnFG). So weit ist es nämlich mit der **Vertragsfreiheit** des Arbeitnehmers und seiner Privatautonomie nicht hin. In der Regel stimmt er der einvernehmlichen Beendigung seines Arbeitsverhältnisses ja nur zu, weil der Arbeitgeber ihn irgendwie **unter Druck** setzt.

5. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle sind einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Entgeltfortzahlung - Kündigung **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

5.1 Bevorstehende Arbeitsunfähigkeit

*"Kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus **Anlass** einer bevorstehenden Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers, lässt dies den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts unberührt, wenn der Arbeitgeber mit der bevorstehenden Arbeitsunfähigkeit **rechnen muss**"* (BAG, 17.04.2002 - 5 AZR 2/01 - Leitsatz).

5.2 Darlegungs- und Beweislast

Grundsätzlich hat der Arbeitnehmer die Anspruchsvoraussetzungen des § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG darzulegen und zu beweisen. Der **Beweis des ersten Anscheins** spricht für eine Kündigung aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit, wenn sie im zeitlichen Zusammenhang mit einer Krankmeldung oder einer Verlängerungsanzeige ausgesprochen wird. Diesen Beweis kann der Arbeitgeber **erschüttern**, indem er Tatsachen vorträgt und erforderlichenfalls beweist, aus denen sich andere Anlässe für seinen Kündigungsschluss ergeben (LAG Hamm, 12.01.2005 - 18 Sa 1661/04).

5.3 Kündigung = Maßregelung?

Dass ein Arbeitgeber in unmittelbarem Zusammenhang mit der **Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** (AUB) kündigt, ist nicht in jedem Fall eine verbotene Maßregelung i.S.d. § 612a BGB - wobei im Ergebnis offen bleiben kann, ob das Fernbleiben von der Arbeit unter Vorlage einer AUB überhaupt "Rechtsausübung" ist (s. dazu BAG, 20.05.2021 - 2 AZR 560/20). § 612a BGB kann ohnehin nur dann verletzt werden, wenn der Arbeitgeber mit der Kündigung gerade **das zulässige Fernbleiben** von der Arbeit **ahnden** will (s. dazu BAG, 20.05.2021 - 2 AZR 560/20). Das "bloße zeitliche Zusammentreffen von Arbeitsunfähigkeit und Kündigung" sagt "nichts über ein unzulässiges maßregelndes Motiv für die

Kündigung", "zumal Arbeitsunfähigkeit sogar ein Grund für die soziale Rechtfertigung einer Kündigung iSv § 1 Abs. 2 KSchG sein kann" (BAG, 18.11.2021 - 2 AZR 229/21) .

5.4 Kündigungsanlass

Die Rechtsfolge des § 8 Abs. 1 EFZG setzt voraus, "dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit kündigt." D. h. die **Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters** muss die wesentliche Bedingung der Kündigung sein. Bei der Beurteilung entscheidet weniger das Motiv des Arbeitgebers, es kommt vielmehr auf **die objektiven Umstände** bei Ausspruch der Kündigung an. Dafür ist der Begriff "aus Anlass" allerdings weit auszulegen. So reicht es schon, wenn die objektive Ursache und die **wesentliche Bedingung** der Kündigung in der Arbeitsunfähigkeit des Mitarbeiters liegt und sie den maßgeblichen Anstoß für den Kündigungsentschluss des Arbeitgebers gegeben hat (s. dazu BAG, 17.04.2002 - 5 AZR 2/01 – und LAG Rheinland-Pfalz, 20.05.2015 - 7 Sa 694/14). "Innerhalb der Ursachenkette muss sich die Arbeitsunfähigkeit allerdings als eine die Kündigung wesentlich mitbestimmende Bedingung darstellen; sie muss den entscheidenden Anstoß für den Entschluss des Arbeitgebers zum Ausspruch der Kündigung gegeben haben" (LAG Rheinland-Pfalz, 22.07.2021 – 5 Sa 93/21 – mit Hinweis auf BAG, 05.02.1998 - 2 AZR 270/97).

5.5 Vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit

Meldet sich ein Arbeitnehmer **nach einer Kündigung** des Arbeitgebers arbeitsunfähig krank und antwortet dieser Mitarbeiter auf ein telefonisches Arbeitsangebot eines vom Arbeitgeber zur **Überprüfung seiner Arbeitsunfähigkeit** eingeschalteten Detektivs, er könne sofort mit einer anderen Tätigkeit anfangen, weil er zurzeit krank sei, genügt das, den **Beweiswert einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung** zu erschüttern. Die nur vorgetäuschte Arbeitsunfähigkeit rechtfertigt sogar die vom Arbeitgeber ausgesprochene außerordentliche Kündigung. Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer zwar nach Beendigung des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums keinen Anspruch mehr auf Entgeltfortzahlung hat, sondern dem Vertragsarbeitgeber "nur" die Arbeitsleistung vorenthalten will (LAG Hessen, 01.04.2009 - 6 Sa 1593/08).

5.6 Wartezeit

*"Erkrankt ein Arbeitnehmer während der Wartezeit des § 3 Abs. 3 EFZG und dauert die Arbeitsunfähigkeit über den **Ablauf** der Wartezeit hinaus an, so entsteht der Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG für die Dauer von sechs Wochen. In die Wartezeit fallende Krankheitstage sind nicht anzurechnen. Das gilt wegen § 8 Abs. 1 Satz 1 EFZG auch dann, wenn das Arbeitsverhältnis durch eine **aus Anlass der Arbeitsunfähigkeit ausgesprochene Kündigung** noch innerhalb der Wartezeit beendet worden ist"* (BAG, 26.05.1999 - 5 AZR 476/98 - Leitsatz).