

# Landesarbeitsgericht Berlin

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

§ 3 EntgFG

- 1. Die Darlegungs- und Beweislast für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall trägt - nach allgemeinen Grundsätzen - der Arbeitnehmer. Ist unstreitig oder bringt der Arbeitgeber gewichtige Indizien dafür vor, dass die erneute Arbeitsunfähigkeit auf einer Krankheit beruht, die bereits vor dem attestierten Beginn der Arbeitsunfähigkeit bestanden hat, und zu einer Krankheit, wegen derer der Arbeitnehmer bereits durchgehend sechs Wochen arbeitsunfähig war, hinzugetreten ist, muss der Arbeitnehmer als Voraussetzung des Entgeltfortzahlungsanspruchs den von ihm behaupteten Beginn der "neuen" krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung beweisen. Dafür steht ihm das Zeugnis des behandelnden Arztes als Beweismittel zur Verfügung.**
- 2. Zwei selbständige Verhinderungsfälle liegen insoweit dann vor, wenn ein Arbeitnehmer zwischen zwei Krankheiten tatsächlich arbeitet oder wenn er zwischen den beiden Krankheiten zwar arbeitsfähig war, tatsächlich aber nicht arbeiten konnte, weil er - wie hier - nur für wenige, außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden arbeitsfähig war.**

LAG Berlin, Urteil vom 27.09.2018, Az.: 26 Sa 513/18

### **Tenor:**

1. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Potsdam vom 02.11.2017 - 2 Ca 569/17 - wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.
2. Die Revision wird nicht zugelassen.

### **Tatbestand:**

Die Parteien streiten darüber, ob es sich bei einer Erkrankung des Klägers um eine Fortsetzungserkrankung mit daraus resultierenden Entgeltfortzahlungsansprüchen gehandelt hat.

Der Kläger war ab November 2015 bei der Beklagten als Disponent beschäftigt. Am 25. Oktober 2016 erkrankte der Kläger an einem Bandscheibenvorfall. Ihm wurde in der Folgezeit bis zum 8. Januar 2017, einem Sonntag, Arbeitsunfähigkeit attestiert. Am 9. Januar 2017 stellte der Allgemeinmediziner Dr. K. dem Kläger eine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wegen einer Pansinusitis aus. Am 26. Januar 2017 einigten die Parteien sich auf eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 3. Februar

2017. Die Beklagte rechnete für den Monat Januar 2017 einen Nettobetrag in Höhe von 248,05 Euro ab.

Der Kläger hat die Ansicht vertreten, ihm stehe Entgeltfortzahlung über den 8. Januar 2017 hinaus für den gesamten Monat Januar zu. Entgegen der Auffassung der Beklagten komme es für den Entgeltfortzahlungsanspruch insoweit nicht auf den Krankheitsbeginn, sondern auf den Beginn der Arbeitsunfähigkeit an. Beschwerden (Unwohlsein, Husten, Fieber) habe er erst am Morgen des 9. Januar 2017 gegen 6:00 Uhr festgestellt.

Der Kläger hat beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 5.001,02 Euro brutto abzüglich bereits gezahlter 248,05 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die beiden Erkrankungen hätten sich überschritten. Da es sich bei einer Sinusitis um kein plötzlich eintretendes Ereignis handle, müsse die Erkrankung schon am Tag zuvor - jedenfalls vor 24:00 Uhr - vorgelegen haben. Der Kläger habe selbst eingeräumt, dass er am Morgen Schmerzen im Bereich der Nase verspürt habe, aufgrund derer er sich zur Arbeit außerstande gesehen habe. Der Kläger bestätige mit seinem Vortrag, dass er schon am Sonntag arbeitsunfähig gewesen ist. Wenn eine Nasennebenhöhlenentzündung so schwerwiegend sei, dass sie schon am Morgen des Montags zur Arbeitsunfähigkeit führe, habe die Arbeitsunfähigkeit bereits am Vortag begonnen.

Das Arbeitsgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des behandelnden Arztes Dr. K.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 12. November 2017.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen und das damit begründet, dass die Folgeerkrankung nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme erst am 9. Januar 2017 eingetreten sei, weswegen es sich nicht um eine Fortsetzungserkrankung gehandelt habe.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 31. März 2018 zugestellte Urteil am 13. April 2018 Berufung eingelegt und diese - nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 2. Juli 2018 - mit einem am 27. Juni 2018 bei Landesarbeitsgericht eingegangenen Schriftsatz begründet. Zur Begründung wiederholt sie im Wesentlichen unter Auseinandersetzung mit der angefochtenen Entscheidung ihren erstinstanzlichen Vortrag. Entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts habe der Kläger seinen Vortrag nicht ausschließlich auf die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und das Zeugnis des behandelnden Arztes stützen können. Dabei handle es sich nicht um ein ausreichendes Beweismittel. Zudem habe der Zeuge gerade nicht ausgeschlossen, dass der Kläger bereits vor 24:00 Uhr am Vortag erkrankt gewesen sei. Die Bekundungen des Zeugen beruhten im Übrigen auf Annahmen oder Überzeugungen. Bei der Angabe, dass es sich bei Sinusitis um eine akute Erkrankung handle, habe der Zeuge wiederum nur eine theoretische Möglichkeit aufgezeigt. Tatsächlich würden die unterschiedlichen Formen der Sinusitis unterschiedlich stark bemerkt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Potsdam vom 2. November 2017 - 2 Ca 569/17 - abzuändern und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Auch er wiederholt im Wesentlichen seinen erstinstanzlichen Vortrag. Einen für das praktische Leben brauchbaren Grad an Gewissheit habe das Arbeitsgericht ausreichen lassen dürfen.

Wegen der Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Schriftsätze der Parteien vom 27. Juni und vom 20. August 2018.

### **Entscheidungsgründe:**

I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

II. Die Berufung ist jedoch unbegründet, da die Klage begründet ist.

1) Dem Kläger steht der geltend gemachte Entgeltfortzahlungsanspruch zu.

a) Wird ein Arbeitnehmer infolge derselben Krankheit erneut arbeitsunfähig, verliert er nach § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG wegen der erneuten Arbeitsunfähigkeit den Entgeltfortzahlungsanspruch für einen weiteren Zeitraum von höchstens sechs Wochen nur dann nicht, wenn er vor der erneuten Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig war (Nr. 1) oder seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist (Nr. 2). Vor Ablauf dieser Frist entsteht ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für die Dauer von sechs Wochen daher nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einer anderen Krankheit beruht (vgl. BAG 10. September 2014 - 10 AZR 651/12, Rn. 25).

Ist der Arbeitnehmer innerhalb der Zeiträume des § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 EFZG länger als sechs Wochen an der Erbringung der Arbeitsleistung verhindert, gilt eine abgestufte Darlegungs- und Beweislast. Zunächst muss der Arbeitnehmer - soweit sich aus der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung dazu keine Angaben entnehmen lassen - darlegen, dass keine Fortsetzungserkrankung besteht. Hierzu kann er eine ärztliche Bescheinigung vorlegen. Bestreitet der Arbeitgeber, dass eine neue Erkrankung vorliegt, hat der Arbeitnehmer Tatsachen vorzutragen, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung bestanden. Dabei hat er den behandelnden Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden. Die Folgen der Nichterweislichkeit einer Fortsetzungserkrankung hat der Arbeitgeber zu tragen (ständ. Rspr., vgl. BAG 13. Juli 2005 - 5 AZR 389/04, zu I 6 der Gründe; 10. September 2014 - 10 AZR 651/12, Rn. 27; 26. Oktober 2016 - 5 AZR 167/16, Rn. 51).

Im Unterschied dazu betrifft der Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls nicht eine vom Arbeitgeber einzuwendende Ausnahme, sondern eine der Voraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Meldet sich der Arbeitnehmer in unmittelbarem Anschluss an den ausgeschöpften Sechs-Wochen-Zeitraum des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG erneut mit einer Erstbescheinigung arbeitsunfähig krank, bestreitet der Arbeitgeber mit der Berufung auf den Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalls, dass Arbeitsunfähigkeit infolge der „neuen“ Krankheit erst jetzt eingetreten sei. Die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG trägt - nach allgemeinen Grundsätzen - der Arbeitnehmer. Ebenso wie er für die Tatsache der Arbeitsunfähigkeit als solcher beweispflichtig ist, trifft ihn auch für deren Beginn und Ende die objektive Beweislast. Für Darlegung und Nachweis von Beginn und Ende einer auf einer bestimmten Krankheit beruhenden Arbeitsunfähigkeit kann sich der Arbeitnehmer zunächst auf die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stützen.

Ist jedoch unstreitig oder bringt der Arbeitgeber gewichtige Indizien dafür vor, dass die erneute Arbeitsunfähigkeit auf einer Krankheit beruht, die bereits vor dem attestierten Beginn der Arbeitsunfähigkeit bestanden hat, und zu einer Krankheit, wegen derer der Arbeitnehmer bereits durchgehend sechs Wochen arbeitsunfähig war, hinzugetreten ist, muss der Arbeitnehmer als Voraussetzung des Entgeltfortzahlungsanspruchs den von ihm behaupteten Beginn der „neuen“ krankheitsbedingten Arbeitsverhinderung beweisen. Dafür steht ihm das Zeugnis des behandelnden Arztes als Beweismittel zur Verfügung (vgl. BAG 25. Mai 2016 – 5 AZR 318/15, Rn. 19 f.). Zwei selbständige Verhinderungsfälle liegen insoweit dann vor, wenn ein Arbeitnehmer zwischen zwei Krankheiten tatsächlich arbeitet oder wenn er zwischen den beiden Krankheiten zwar arbeitsfähig war, tatsächlich aber nicht arbeiten konnte, weil er nur für wenige, außerhalb der Arbeitszeit liegende Stunden arbeitsfähig war (vgl. BAG 12. Juli 1989 – 5 AZR 377/88, Rn. 27).

b) Bei Zugrundelegung dieser Gesichtspunkte ist das Ergebnis des Arbeitsgerichts, wonach von einer Unterbrechung der Arbeitsunfähigkeit auszugehen ist, vertretbar. Der Kläger hat sich auf die am Vormittag des 9. Januar 2017 ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung berufen und dargelegt, dass ab dem 9. Januar 2017 eine neue Erkrankung vorgelegen habe, nämlich eine Sinusitis. Er hat zudem vorgetragen, dass die Krankheit erst am 9. Januar 2017 gegen 6:00 Uhr morgens ausgebrochen sei. Die Beklagte hat dies in Zweifel gezogen und das damit begründet, dass bei Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit wegen Sinusitis am Morgen des 9. Januar 2017 davon auszugehen sei, dass Arbeitsunfähigkeit bereits am Sonntag zuvor, vermutlich bereits am Samstag vorgelegen habe. Damit hat die Beklagte bereits keine gewichtigen Indizien dafür vorgetragen, dass die erneute Arbeitsunfähigkeit auf einer Krankheit beruht, die schon längere Zeit vor dem attestierten Beginn der Arbeitsunfähigkeit bestanden hat. Aus einer Arbeitsunfähigkeit als solcher wird regelmäßig kaum darauf geschlossen werden können, dass diese auch schon am Vortag vorgelegen hat. Das schliesse die Feststellung des Beginns einer Arbeitsunfähigkeit schon vom Ansatz her aus. Die Beklagte hat auch keine Gesichtspunkte nachvollziehbar vorgetragen, die diese Annahme aus medizinischer Sicht stützen könnten. Sie hat zudem keine sonstigen Umstände dargelegt, die gegen eine Unterbrechung der Arbeitsunfähigkeit sprechen könnten. Ließe man diesen Vortrag (aus der Arbeitsunfähigkeit am Folgetag lasse sich auf die Arbeitsunfähigkeit am Vortag schließen) ausreichen, wäre den Anforderungen der Rechtsprechung des BAG nicht genügt, die seitens der Beklagten den Vortrag „gewichtiger“ Indizien verlangt. Zudem hat der Zeuge hier nachvollziehbar bekundet, dass er angesichts des Zustandes des Klägers bei dessen Vorstellung am 9. Januar 2017 davon ausgehe, dass der Zeitpunkt der Erkrankung noch nicht lange zurückgelegen habe, er jedenfalls von einem Zeitpunkt nach 24:00 Uhr des Vortages ausgehe. Der Umstand, dass der Zeuge zum Schluss auf die Frage, ob er ausschließen könne, dass der Kläger bereits vor 24:00 Uhr arbeitsunfähig erkrankt war, mit „nein“ geantwortet hat, steht dem nicht entgegen. Vollkommen auszuschließen sein wir das regelmäßig nicht. Darauf kommt es aber auch nicht an. Der Zeuge hat hingegen darauf hingewiesen, dass es sich bei der beim Kläger diagnostizierten Sinusitis um eine aufsteigende Erkrankung gehandelt habe, was dafür spreche, dass die Erkrankung noch nicht lange vorgelegen haben könne. Auch dem ist die Beklagte nicht mit gewichtigen Argumenten entgegen getreten. Der Vortrag, dass unterschiedliche Formen der Sinusitis unterschiedlich bemerkt würden, ist insoweit jedenfalls nicht ausreichend. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass es nicht darauf ankommt, ob der Kläger sich am Vortag bereits angesteckt hatte, was im Zweifel nie auszuschließen wäre. Maßgeblich war, ob nach 24:00 Uhr Arbeitsfähigkeit vorgelegen hat. Vernünftigen Zweifeln war jedenfalls insoweit im Rahmen der Gesamtwürdigung Einhalt geboten.

c) Hinsichtlich der Höhe der Forderung besteht unter den Parteien kein Streit. Die Beklagte hat insoweit auch in der Berufungsinstanz keine Einwendungen erhoben.

2) Der Anspruch auf die geltend gemachten Zinsen ergibt sich aus § 286 Abs. 2, § 291, § 288 Abs. 1 Satz 2 BGB.

III. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

IV. Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.