

gütung für jeden krankheitsbedingten Fehltag auf der Grundlage einer einzel- bzw. kollektivvertraglichen Regelung um bis zu 25 Euro gekürzt werden (100 Euro geteilt durch 4 = 25 Euro).

Die **Kürzung** ist nur durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung<sup>1</sup> oder Einzelvertrag möglich, je nachdem, ob die Sondervergütung auf einzel- oder kollektivvertraglicher Regelung beruht. 153

Eine Kürzungsregelung könnte wie folgt formuliert werden: 154

#### Formulierungsbeispiel:

*Der Arbeitgeber ist berechtigt, das Urlaubs- und Weihnachtsgeld für jeden krankheitsbedingten Fehltag um ein Viertel des Arbeitsentgelts, das im Jahresdurchschnitt des vorangegangenen Kalenderjahres auf einen vergüteten Arbeitstag (einschließlich der Urlaubs- und Wochenfeiertage) entfiel, zu kürzen.*

Zu beachten ist, dass entsprechende Regelungen hinreichend genau und bestimmt sein müssen. Ferner darf durch eine Kürzungsvereinbarung nicht in **höherrangige Urlaubs- oder Weihnachtsgeldregelungen** eingegriffen werden. So kann bspw. durch Einzelvertrag oder Betriebsvereinbarung nicht die Kürzung eines tariflichen Weihnachts- oder Urlaubsgeldes vorgesehen werden. 155

## 6. Anzeige- und Nachweispflichten

### a) Anzeigepflicht

Die **Arbeitsunfähigkeit** und deren **voraussichtliche Dauer** ist dem Arbeitgeber gem. § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG **unverzüglich**, dh. ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 BGB), **anzuzeigen**. Der Arbeitgeber soll sich auf das Fehlen des Arbeitnehmers einstellen können. Die Anzeigepflicht besteht auch **während der vierwöchigen Wartezeit** nach § 3 Abs. 3 EFZG. Der Arbeitnehmer muss sicherstellen, dass der Arbeitgeber **am ersten Tag der Erkrankung** unterrichtet wird; das bloße Absenden einer brieflichen Mitteilung genügt nicht. Dabei hat der Arbeitnehmer die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen, es genügt eine Selbstdiagnose. Deshalb muss die Anzeige auch schon **vor** einem etwaigen Arztbesuch erfolgen<sup>2</sup>. Der Arbeitnehmer muss die Unterrichtung nicht selbst vornehmen<sup>3</sup>, **andere Personen** können also **Erklärungsbote** sein; das Übermittlungsrisiko trägt der Arbeitnehmer. Denkbar ist die digitale Übermittlung per **E-Mail**, was die Weiterleitung zum Abruf der **elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU)** bei der Krankenkasse ermöglicht<sup>4</sup>. Die Anzeige ist **gegenüber dem Arbeitgeber** abzugeben. Die Mitteilung über die Arbeitsunfähigkeit kann an einen vom Arbeitgeber zur Entgegennahme von derartigen Erklärungen autorisierten Mitarbeiter gerichtet werden. Hat der Arbeitgeber keine spezielle Stelle benannt, ist ein Vorgesetzter oder die Personalabteilung zu benachrichtigen<sup>5</sup>. Die Art der Erkrankung braucht nicht mitgeteilt zu werden<sup>6</sup>. 156

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als mitgeteilt, besteht eine **erneute Anzeigepflicht**<sup>7</sup>. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG ist grundsätzlich zu erwarten, dass ein Arbeitnehmer im Anschluss an die zuletzt bescheinigte Dauer der Arbeitsunfähigkeit seine vertraglich geschuldete Tätigkeit wieder aufnimmt<sup>8</sup>. Es gibt keinen anderslautenden Erfahrungssatz, nach dem es unwahrscheinlich ist, dass ein Mitarbeiter „ohne anderslautende Verlautbarung“ wieder in den Dienst tritt<sup>9</sup>. Eine schuldhafte Verletzung der sich

1 BAG v. 15.12.1999 – 10 AZR 626/98, NZA 2000, 1062.

2 *Kleinebrink*, ArbRB 2022, 364 (366).

3 BAG v. 31.8.1989 – 2 AZR 13/89, AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 – Verhaltensbedingte Kündigung.

4 *Kleinebrink*, ArbRB 2022, 364 (366).

5 BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 619/19, NZA 2020, 1022 (1023).

6 BAG v. 31.8.1989 – 2 AZR 13/89, AP Nr. 23 zu § 1 KSchG 1969 – Verhaltensbedingte Kündigung.

7 BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 619/19, NJW 2020, 2428; für das Recht nach der Einführung der eAU *Kleinebrink*, ArbRB 2022, 364 (366).

8 BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 619/19, NJW 2020, 2428 (2430).

9 BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 619/19, NJW 2020, 2428 (2430); aA LAG Baden-Württemberg v. 8.5.2019 – 10 Sa 52/18, ArbRAktuell 2019, 623.

aus § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG ergebenden Nebenpflicht kann – je nach den Umständen des Einzelfalls – eine verhaltensbedingte Kündigung des Arbeitnehmers iSv. § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG rechtfertigen<sup>1</sup>.

## b) Nachweis- und Feststellungspflicht

157 Die Arbeitsunfähigkeit ist nachzuweisen, wenn sie **länger als drei Kalendertage** dauert, § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG. Die ebenfalls vertretene Auffassung, dass die Nachweispflicht auch bereits für Erkrankungen unter drei Tagen gilt<sup>2</sup>, ist aufgrund des Gesetzeswortlauts abzulehnen<sup>3</sup>. Die Nachweispflicht besteht spätestens am darauf folgenden Arbeitstag, dies ist der **vierte Krankheitstag**<sup>4</sup>, auch wenn der Wortlaut der Bestimmung eine andere Auslegung zulässt. Die Fristberechnung ändert sich nicht, wenn die Erkrankung zwischen Arbeitsende und 24.00 Uhr eintritt<sup>5</sup>. Als Vorlagetag kommt nur ein Tag in Betracht, an dem im Betrieb gearbeitet wird<sup>6</sup>. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG regelt nicht nur den Zeitpunkt der Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, sondern auch den Gegenstand des Nachweises (Beginn und voraussichtliche Dauer der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit)<sup>7</sup>. Der Nachweis geschieht durch **Vorlage der Bescheinigung eines Arztes über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer**. Die Nachweispflicht besteht auch, wenn ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht oder nicht mehr besteht, also sowohl während der vierwöchigen Wartezeit des § 3 Abs. 3 EFZG<sup>8</sup> als auch nach Ablauf des Entgeltfortzahlungszeitraums<sup>9</sup>.

157a Ab **1.1.2023** kommt es zu einer maßgeblichen Änderung in Bezug auf die Nachweispflichten. Das Dritte Bürokratieentlastungs-Gesetz sieht die Einführung einer **elektronischen AU-Bescheinigung (eAU)** vor. § 295 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V verpflichtet die an der **vertragsärztlichen** Versorgung teilnehmenden Ärzte und Einrichtungen die von ihnen festgestellten Arbeitsunfähigkeitsdaten an die Krankenkassen zu übermitteln. Gem. § 295 Abs. 1 Satz 10 SGB V müssen die Daten unter Angabe der Diagnosen sowie unter Nutzung des sicheren Übermittlungsverfahrens nach § 311 Abs. 6 SGB V über die Telematikinfrastruktur unmittelbar elektronisch übermittelt werden. In § 109 Abs. 1 SGB IV nF wird die Meldung der Arbeitsunfähigkeits- und Vorerkrankungszeiten neu strukturiert.

Erhält die Krankenkasse Arbeitsunfähigkeitsdaten, erstellt sie eine **Meldung zum elektronischen Ab-ruf** durch den Arbeitgeber. Diese enthält

- Beschäftigtenname,
- Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit,
- das Datum der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsfeststellung
- die Kennzeichnung als Erst- oder Folgemeldung (§ 109 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 SGB IV)
- die Angabe, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Arbeitsunfähigkeit auf einem Arbeitsunfall oder sonstigen Unfall oder auf den Folgen eines Arbeitsunfalls oder sonstigen Unfall beruht<sup>10</sup>.

Stellt die Krankenkasse auf Grundlage der Angaben zur Diagnose in den Arbeitsunfähigkeitsdaten nach § 295 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V und auf Grundlage weiterer Daten fest, dass die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wegen anrechenbarer Vorerkrankungszeiten für einen Arbeitgeber ausläuft, so übermittelt sie dem Arbeitgeber eine Meldung mit den Angaben über die relevanten Vorerkrankungszeiten, § 109 Abs. 2 SGB IV.

1 BAG v. 7.5.2020 – 2 AZR 619/19, NJW 2020, 2428.

2 *Berenz*, DB 1995, 2166 (2170).

3 *Kramer*, BB 1996, 1662.

4 BAG v. 1.10.1997 – 5 AZR 726/96, NZA 1998, 369; *Hanau/Kramer*, DB 1995, 95.

5 *Kramer*, BB 1996, 1662 (1664).

6 *Kramer*, BB 1996, 1662 (1663).

7 BAG v. 1.10.1997 – 5 AZR 726/96, NZA 1998, 369.

8 *Vossen*, NZA 1998, 354; *Bauer/Lingemann*, BB Beilage 17/1996, 8 (9).

9 *Lepke*, NZA 1995, 1084 (1085) mwN.

10 BGBl. I 2019, 1750, dazu *Grimm*, ArbRB 2020, 1 f.; *Kleinebrink*, ArbRB 2022, 364 (365).