

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 18. Januar 2023
- 5 AZR 93/22 -
ECLI:DE:BAG:2023:180123.U.5AZR93.22.0

I. Arbeitsgericht Frankfurt am Main

Urteil vom 9. Juni 2021
- 14 Ca 9427/20 -

II. Hessisches Landesarbeitsgericht

Urteil vom 14. Januar 2022
- 10 Sa 898/21 -

Entscheidungsstichwort:

Darlegungslast bei Fortsetzungserkrankungen

Leitsatz:

Die Abstufung der Darlegungslast beim Streit über das Vorliegen einer neuen Erkrankung iSv. § 3 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 EFZG, wonach der Arbeitnehmer Tatsachen vorzutragen hat, die den Schluss erlauben, es habe keine Fortsetzungserkrankung bestanden, begegnet weder unions- noch verfassungsrechtlichen Bedenken. Dem steht nicht entgegen, dass der hiernach erforderliche Vortrag im Regelfall mit der Offenlegung der einzelnen zur Arbeitsunfähigkeit führenden Erkrankungen im maßgeblichen Zeitraum verbunden ist.

BUNDESGERICHTSHOF



5 AZR 93/22

10 Sa 898/21

Hessisches

Landesarbeitsgericht

Im Namen des Volkes!

Verkündet am

18. Januar 2023

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungsbeklagter und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 18. Januar 2023 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie den ehrenamtlichen Richter Raabe und die ehrenamtliche Richterin Dr. Störring für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts vom 14. Januar 2022 - 10 Sa 898/21 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. 1

Der Kläger arbeitete bei der Beklagten seit dem 27. Januar 2012 in der Gepäckabfertigung. Die Beklagte ist ein Unternehmen, das Bodendienstleistungen am Flughafen in F erbringt. Der Stundenlohn des Klägers betrug 12,56 Euro. Nach den nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen Feststellungen des Landesarbeitsgerichts war der Kläger im Jahr 2019 in der Zeit ab dem 24. August 2019 an 68 Kalendertagen arbeitsunfähig erkrankt und im Jahr 2020 bis zum 18. August 2020 an weiteren 42 Kalendertagen, wobei die Beklagte bis zum 13. August 2020 Entgeltfortzahlung nach § 3 Abs. 1 EFZG leistete. 2

Mit seiner Klage hat der Kläger Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für zehn Arbeitstage (71,2 Stunden) aus dem Zeitraum vom 18. August 2020 bis zum 23. September 2020 geltend gemacht. Er hat hierbei mehrere Erstbescheinigungen vorgelegt und vorgetragen, welche ICD-10-Codes mit welchen korrespondierenden Diagnosen oder Symptomen in den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen aufgeführt gewesen seien. Bezüglich etwaiger Vorerkrankungen hat er Angaben zu Arbeitsunfähigkeitszeiten gemacht, die nach seiner Einschätzung auf denselben ICD-10-Codes bzw. Diagnosen oder Symptomen beruhten. Der Kläger hat gemeint, aus Datenschutzgründen sei er nicht verpflichtet, sämtliche Erkrankungen aus der davorliegenden Zeit offenzulegen. Zu vorhergehenden Atemwegsinfekten müsse er sich nicht äußern, weil insoweit nicht „dieselbe Erkrankung“ iSd. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG vorliegen könne. Hiervon ausgehend sei 3

für keine der Erkrankungen aus dem streitgegenständlichen Zeitraum der Sechs-Wochen-Zeitraum nach § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG ausgeschöpft.

Der Kläger hat sinngemäß beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn 894,27 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. Oktober 2020 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt. Sie hat gemeint, sie sei ab dem 18. August 2020 nicht mehr verpflichtet, Entgeltfortzahlung zu leisten. Sie gehe davon aus, dass bezüglich der Erkrankungen im streitgegenständlichen Zeitraum anrechenbare Vorerkrankungen vorgelegen hätten, die eine Verpflichtung zur weiteren Entgeltfortzahlung ausschlossen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das Landesarbeitsgericht das Urteil des Arbeitsgerichts abgeändert und die Klage abgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils, während die Beklagte die Zurückweisung der Revision beantragt.

Entscheidungsgründe

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Das Landesarbeitsgericht hat das Urteil des Arbeitsgerichts zu Recht abgeändert und die Klage abgewiesen. Die zulässige Klage ist unbegründet.

I. Der Kläger hat für die streitgegenständlichen 71,2 Stunden aus dem Zeitraum vom 18. August 2020 bis zum 23. September 2020 keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall aus § 3 Abs. 1 EFZG.

1. Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, sieht § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG im Hinblick auf die sozioökonomische Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis (*vgl. Oberthür jM 2022, 65, 67*) einen Anspruch auf Entgeltfort-

zahlung vor. Dieser Anspruch, der von dem an sich nach den Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts iVm. § 614 BGB auch im Arbeitsverhältnis geltenden Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ (vgl. BAG 16. Mai 2012 - 5 AZR 347/11 - Rn. 26, BAGE 141, 330) abweicht, ist grundsätzlich auf die Dauer von sechs Wochen wegen einer Erkrankung begrenzt (vgl. BAG 11. Dezember 2019 - 5 AZR 505/18 - Rn. 13, BAGE 169, 117). 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 Fristen entsteht ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch für die Dauer von sechs Wochen daher nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit auf einer anderen Krankheit beruht. Diese Regelungen sollen die wirtschaftliche Belastung der Arbeitgeber durch die Entgeltfortzahlungspflicht begrenzen. Es handelt sich um eine Einschränkung der Rechte des wiederholt erkrankten Arbeitnehmers, die auf einer besonderen Zumutbarkeitsregelung des Gesetzgebers beruht (vgl. Jousen SAE 2006, 147, 148).

2. 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 Darlegungslast (vgl. grundlegend BAG 13. Juli 2005 - 5 AZR 389/04 - zu I 6 der Gründe, BAGE 115, 206; ebenso 31. März 2021 - 5 AZR 197/20 - Rn. 26; 10. September 2014 - 10 AZR 651/12 - Rn. 27, BAGE 149, 101). 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 (BAG 31. März 2021 - 5 AZR 197/20 - Rn. 26; 10. September 2014 - 10 AZR 651/12 - Rn. 27, aaO; ErfK/Reinhard 23. Aufl. EFZG § 3 Rn. 44; MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. EFZG § 3

Rn. 87; BeckOK ArbR/Ricken Stand 1. Dezember 2022 EFZG § 3 Rn. 73; Joussen SAE 2006, 147, 151 f.). Er muss laienhaft bezogen auf den gesamten maßgeblichen Zeitraum schildern, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Beschwerden mit welchen Auswirkungen auf seine Arbeitsfähigkeit bestanden und die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht entbinden. Denn erst ausgehend von diesem Vortrag ist regelmäßig dem Arbeitgeber substantiierter Sachvortrag möglich. Auf das Bestreiten des Arbeitgebers genügt die bloße Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung nicht mehr. Eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die von einem anderen Arzt ausgestellt ist, kann sich auch als Erstbescheinigung ohnehin nicht zum (Nicht-)Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung verhalten. Die Folgen der Nichterweislichkeit einer Fortsetzungserkrankung hat der Arbeitgeber zu tragen (*BAG 31. März 2021 - 5 AZR 197/20 - Rn. 26 mwN*).

3. Die Zuweisung der abgestuften Darlegungslast an den Arbeitnehmer nach Maßgabe der dargestellten Grundsätze begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. 11

a) Die grundrechtliche Prüfung der Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast ist auch unter Berücksichtigung der unionsrechtlich geprägten Regelungen zum Datenschutz primär am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes vorzunehmen (*vgl. BVerfG 6. November 2019 - 1 BvR 16/13 - [Recht auf Vergessen I] Rn. 42, BVerfGE 152, 152; zu § 38 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 iVm. § 6 Abs. 4 Satz 2 BDSG vgl. BAG 25. August 2022 - 2 AZR 225/20 - Rn. 20*). Beim Datenschutzrecht handelt es sich um unionsrechtlich nicht vollständig determiniertes innerstaatliches Recht. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union bestehen hinsichtlich datenschutzrechtlicher Regelungen und den diese ergänzenden arbeitsrechtlichen Regelungen „geteilte Zuständigkeiten“ der Union und der Mitgliedstaaten (*vgl. EuGH 22. Juni 2022 - C-534/20 - [Leistriz] Rn. 30 ff.*). Die DS-GVO enthält zahlreiche Öffnungsklauseln (*ua. Art. 88 DS-GVO*), mit denen sie die Normsetzungskompetenz ausdrücklich auf die Mitgliedstaaten überträgt, wodurch sie sich von einer klassischen Verordnung unterscheiden und in die Nähe einer Richtlinie rücken lässt (*so ausdrücklich die Schlussanträge des Generalanwalts de la Tour vom 27. Januar*

 12

2022 - C-534/20 - [Leistriz] Fn. 28). Für solche Regelungen bleibt es nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (*BVerfG 6. November 2019 - 1 BvR 16/13 - [Recht auf Vergessen I] aaO*) bei der Kontrolle primär am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes.

b) Aus der Notwendigkeit einer verfassungskonformen Auslegung des Prozessrechts, insbesondere von § 138 Abs. 3 ZPO, können sich abweichende Anforderungen an die Darlegungslast wegen einer Verletzung des gemäß Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts einer Partei ergeben (*BAG 27. Juli 2017 - 2 AZR 681/16 - Rn. 16, BAGE 159, 380; 29. Juni 2017 - 2 AZR 597/16 - Rn. 21, BAGE 159, 278*). Dieses ist hier in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (*vgl. dazu BVerfG 4. November 2022 - 2 BvR 2202/19 - Rn. 25; 29. Juli 2022 - 2 BvR 54/22 - Rn. 28*) betroffen. Wegen der nach Art. 1 Abs. 3 GG bestehenden Bindung an die insoweit maßgeblichen Grundrechte und der Verpflichtung zu einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung (*BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 93, BVerfGE 117, 202; 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 3 b der Gründe, BVerfGE 106, 28; zum Einfluss des Rechtsstaatsprinzips BVerfG 25. Juli 1979 - 2 BvR 878/74 - zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 52, 131*) müssen die Gerichte prüfen, ob einer Partei eine Darlegung abverlangt wird, die mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Betroffenen, hier in seiner Ausprägung als Recht auf informationelle Selbstbestimmung, nicht mehr vereinbar ist.

c) Soweit die abgestufte Darlegungs- und Beweislast bei Fortsetzungserkrankungen vom Arbeitnehmer die Offenlegung von Gesundheitsdaten verlangt, ist der damit verbundene Eingriff in sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG verhältnismäßig und damit gerechtfertigt.

aa) Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung schützt die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen (*BVerfG 4. November 2022 - 2 BvR 2202/19 - Rn. 25; 1. Dezember 2020 - 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 - Rn. 198 mwN, BVerfGE 156, 63*). Wenn der Arbeitnehmer zur Durchsetzung seines An-

spruchs auf Entgeltfortzahlung im gerichtlichen Verfahren die seinen Arbeitsunfähigkeitszeiten zugrunde liegenden Erkrankungen mitteilen muss, liegt ein Eingriff vor.

bb) Dieser Grundrechtseingriff ist jedoch gerechtfertigt. Er dient dem im 16
Rechtsstaatsprinzip verankerten legitimen Zweck, eine materiell richtige Entscheidung anzustreben (*vgl. BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 93, BVerfGE 117, 202; 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 4 a aa der Gründe, BVerfGE 106, 28*) und ist zur Erreichung dieses Zwecks geeignet sowie erforderlich. Nach Offenlegung der den Arbeitsunfähigkeitszeiten zugrunde liegenden Beschwerden und Erkrankungen ist durch eine sachverständige Überprüfung feststellbar, ob der Arbeitnehmer an Fortsetzungserkrankungen iSv. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG gelitten hat. Auf diese Art und Weise kann wirkungsvoller Rechtsschutz gewährt werden, wie es die Garantie effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG bzw. die Justizgewährungspflicht aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 20 Abs. 3 GG erfordern (*vgl. dazu BVerfG 8. November 2022 - 2 BvR 2480/10 - Rn. 134*). Zudem wird durch die Darlegung im Prozess das in Art. 103 Abs. 1 GG geschützte rechtliche Gehör der Gegenseite gesichert, die sich zu den dort mitgeteilten Tatsachen äußern kann.

cc) Der Eingriff ist erforderlich, weil keine gleich effektiven Mittel zur Verfü- 17
gung stehen, die weniger stark in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung eingreifen. Die vom Kläger aufgeführten Alternativen sind nicht in derselben Art und Weise geeignet, eine materiell richtige Entscheidung unter Erfüllung des Justizgewährungsanspruchs ohne Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör der Gegenseite zu erreichen.

(1) Die Mitteilung der Krankenkasse zum (Nicht-)Vorliegen von Fortset- 18
zungserkrankungen ermöglicht keine dem Justizgewährungsanspruch genügende Kontrolle (*vgl. BAG 10. September 2014 - 10 AZR 651/12 - Rn. 28, BAGE 149, 101; 13. Juli 2005 - 5 AZR 389/04 - zu I 5 der Gründe, BAGE 115, 206*). § 69 Abs. 4 Halbs. 1 SGB X erlaubt den Krankenkassen die Mitteilung ihrer Einschätzung an den Arbeitgeber, bindet aber weder diesen noch die Gerichte für Arbeitssachen. Die Regelung wurde im Interesse des Arbeitgebers geschaf-

fen, damit er ggf. schnell das Bestehen eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung feststellen kann (*BT-Drs. 12/5187 S. 39*). Anders als es § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG für die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorsieht, entzieht das Gesetz dem Arbeitgeber aber auf die Mitteilung gemäß § 69 Abs. 4 Halbs. 1 SGB X nicht sein Leistungsverweigerungsrecht. Vor diesem Hintergrund hat die Mitteilung der Krankenkasse keinen mit einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vergleichbaren Beweiswert (*aA LAG Baden-Württemberg 8. Juni 2016 - 4 Sa 70/15 - zu I 2 c aa der Gründe*). Dies gilt gerade mit Blick darauf, dass die Krankenkassen wegen ihrer unmittelbar betroffenen finanziellen Interessen nicht als unparteiische Dritte angesehen werden können. Muss der Arbeitgeber wegen des Nichtbestehens einer Fortsetzungserkrankung gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG Entgeltfortzahlung leisten, ist die Krankenkasse nicht zur Zahlung von Krankengeld verpflichtet, § 49 Abs. 1 Nr. 1 SGB V (*vgl. ErfK/Rolfs 23. Aufl. SGB V § 49 Rn. 3; BeckOK SozR/Tischler Stand 1. Dezember 2022 SGB V § 49 Rn. 5*). Da der Arbeitgeber die Beurteilung der Krankenkasse nicht auf anderem Wege gerichtlich überprüfen lassen kann (*BAG 13. Juli 2005 - 5 AZR 389/04 - zu I 5 der Gründe, BAGE 115, 206; MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. EFZG § 3 Rn. 87*), ist im arbeitsgerichtlichen Verfahren um Entgeltfortzahlung eine gerichtliche Kontrolle zu ermöglichen. Dies gilt erst recht, wenn Arbeitnehmer nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind. Hier hat der Arbeitgeber außerhalb des gerichtlichen Verfahrens keine Möglichkeit zu überprüfen, ob eine Fortsetzungserkrankung vorliegt. Eine Differenzierung der Anforderungen an die Darlegungs- und Beweislast nach der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht ist nicht sachlich zu rechtfertigen.

(2) Die weiteren vom Kläger erwogenen Möglichkeiten, ohne oder nur mit eingeschränkter Offenlegung der Ursachen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeitszeiten das Vorliegen einer Fortsetzungserkrankung zu beurteilen, stehen im Widerspruch zu elementaren rechtsstaatlichen Grundsätzen. Ein Sachvortrag nur gegenüber dem Gericht kommt ebenso wenig in Frage wie die vom Kläger in Betracht gezogene Variante, Krankheitsursachen nur einem Sachverständigen offenzulegen, der dem Gericht und der Gegenseite lediglich das - bindende - Ergebnis seiner Begutachtung mitteilt. Derart „geheime Verfahren“

19

verstoßen gegen das Rechtsstaatsprinzip (*Art. 20 Abs. 3 GG*) und entziehen dem Arbeitgeber sein Verfahrensgrundrecht auf rechtliches Gehör (*Art. 103 Abs. 1 GG*). Die grundgesetzliche Gewährleistung rechtlichen Gehörs konkretisiert das Rechtsstaatsprinzip. Der Einzelne soll nicht bloßes Objekt des Verfahrens sein, sondern vor Entscheidungen, die seine Rechte betreffen, zu Wort kommen, um Einfluss auf das Verfahren und dessen Ergebnis nehmen zu können. Die Parteien müssen sich zu dem Sachverhalt, der einer gerichtlichen Entscheidung zugrunde gelegt wird, vor Erlass der Entscheidung äußern dürfen. Eine *Art. 103 Abs. 1 GG* genügende Gewährung rechtlichen Gehörs setzt voraus, dass die Verfahrensbeteiligten erkennen können, auf welchen Tatsachenvortrag es für die Entscheidung ankommen kann (*BVerfG 8. Juni 1993 - 1 BvR 878/90 - zu C I der Gründe, BVerfGE 89, 28; BeckOK GG/Radtke Stand 15. August 2022 GG Art. 103 Rn. 8*). Der Arbeitgeber muss daher die vom Kläger behaupteten Krankheitsursachen kennen, um die Aussagekraft eines eingeholten Sachverständigengutachtens ggf. unter Hinzuziehung eines anderen Sachverständigen beurteilen und hierzu Stellung nehmen zu können.

dd) Die den Arbeitnehmer treffende Darlegungsobliegenheit ist angemessen und verhältnismäßig im engeren Sinne. Dies erfordert, dass der mit der Maßnahme verfolgte Zweck und die zu erwartende Zweckerreichung nicht außer Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen. Hierzu sind die hinter der Darlegungsobliegenheit stehenden Interessen und der Schutz der betroffenen Grundrechte miteinander abzuwägen (*vgl. BVerfG 13. Februar 2007 - 1 BvR 421/05 - Rn. 94, BVerfGE 117, 202; 9. Oktober 2002 - 1 BvR 1611/96, 1 BvR 805/98 - zu C II 4 a der Gründe, BVerfGE 106, 28; 25. Juli 1979 - 2 BvR 878/74 - zu B I 1 der Gründe, BVerfGE 52, 131*). Nach diesen Maßstäben muss das Recht des Klägers auf informationelle Selbstbestimmung hinter den Verfahrensgrundrechten und den Grundrechten aus *Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG* des Arbeitgebers zurücktreten. Am Schutz der den Gesundheitszustand betreffenden Informationen besteht zwar grundsätzlich ein hohes Interesse (*vgl. auch die Wertung in Art. 9 Abs. 1 DS-GVO und BAG 12. September 2006 - 9 AZR 271/06 - Rn. 29, BAGE 119, 238 zum Schutz von Gesundheitsdaten in der Personalakte*). Auf Seiten der Arbeitgeberin ist jedoch neben den Verfahrensgrundrechten die in § 3

20

Abs. 1 EFZG gesetzlich geregelte wirtschaftliche Zumutbarkeitsgrenze einer grundsätzlich auf sechs Wochen beschränkten Pflicht zur Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit zu berücksichtigen. Diese bewirkt eine Beschränkung der wirtschaftlichen Belastung des Arbeitgebers (*Art. 12 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 GG*) durch die in der Entgeltfortzahlungspflicht liegende Durchbrechung des im Arbeitsvertragsrecht geltenden Grundsatzes „Ohne Arbeit kein Lohn“. Ohne entsprechenden Vortrag des Arbeitnehmers wird ein Berufen des Arbeitgebers auf die gesetzlich vorgesehene Zumutbarkeitsregelung regelmäßig ins Leere laufen, weil er ohne Kenntnis der Ursachen der Arbeitsunfähigkeit nicht in der Lage ist, deren Voraussetzungen einzuwenden. Ob die Entgeltfortzahlungspflicht nach den gesetzlichen Regelungen wegen einer Fortsetzungserkrankung ausgeschlossen ist, muss zudem - wie ausgeführt - mit Blick auf den verfassungsrechtlich garantierten Justizgewährungsanspruch in einem rechtsstaatlichen Verfahren und unter Gewährleistung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (*Art. 103 GG*) nachprüfbar sein.

4. Die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast zum Nachweis einer Fortsetzungserkrankung iSv. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG steht im Einklang mit Unionsrecht. 21

a) Die Datenverarbeitung besonders geschützter personenbezogener Daten richtet sich in Gerichtsverfahren nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. f DS-GVO. Hiernach ist - entgegen Art. 9 Abs. 1 DS-GVO - die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, hier der Gesundheitsdaten einer natürlichen Person, zulässig, wenn sie zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen oder bei Handlungen der Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit erforderlich ist. Diese Norm dient der Sicherung des Justizgewährungsanspruchs: Das Datenschutzregime soll nicht so weit gehen, dass die legitime Durchsetzung von Rechten nicht mehr möglich ist (*Frenzel in Paal/Pauly 3. Aufl. DS-GVO Art. 9 Rn. 37*). Vor dem Hintergrund der Waffengleichheit und des effektiven Rechtsschutzes gilt entsprechendes auch für die Rechtsverteidigung bzw. die Abwehr von Ansprüchen (*vgl. VG Wiesbaden 19. Januar 2022 - 6 K 361/21.WI - Rn. 73*). 22

- b) Die Verarbeitung von Daten zu den Erkrankungen und gesundheitlichen Beschwerden, die in der Vergangenheit zu einer Arbeitsunfähigkeit des Klägers geführt haben, ist im gerichtlichen Verfahren über Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. f DS-GVO zulässig. Die Verarbeitung der entsprechenden sensiblen Daten ist für die justizielle Tätigkeit erforderlich, denn das Vorliegen von Fortsetzungserkrankungen iSv. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG im jeweils maßgeblichen Zeitraum kann - ggf. mittels eines Sachverständigengutachtens - nur nach entsprechendem Vortrag des Arbeitnehmers zu den seiner Arbeitsunfähigkeit zugrunde liegenden Erkrankungen ermittelt werden (*sh. auch Rn. 16*). Auch bei Abwägung der beiderseitigen Interessen (*vgl. Weichert in Kühling/Buchner 3. Aufl. DS-GVO Art. 9 Rn. 86; aA - keine Interessenabwägung notwendig - Gola/Heckmann/Schulz 3. Aufl. DS-GVO Art. 9 Rn. 34*) sind schutzwürdige Betroffeneninteressen nicht vorrangig, weil die Informationen für die gerichtliche Entscheidungsfindung notwendig und neben den Verfahrensgrundrechten auch materielle Rechte der Beklagten (*Art. 12, 14 GG*) für die Prüfung der gesetzlichen Zumutbarkeitsregelung des EFZG sprechen. In der mündlichen Verhandlung besteht zudem die Möglichkeit, erforderlichenfalls nach § 52 Satz 2 Halbs. 2 ArbGG iVm. § 171b Abs. 1 Satz 1 ZPO bei der Erörterung von Krankheitsursachen die Öffentlichkeit auszuschließen (*vgl. MüKoZPO/Pabst 6. Aufl. GVG § 171b Rn. 4 f.*). 23
- c) Ohne dass es vorliegend darauf ankam, ist ausgehend von obigen Grundsätzen auch eine vorprozessuale Datenverarbeitung beim Arbeitgeber gestützt auf § 26 Abs. 3 BDSG iVm. Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DS-GVO (*vgl. hierzu BAG 1. Juni 2022 - 5 AZR 28/22 - Rn. 56 ff. mwN*) grundsätzlich möglich. Eine entsprechende Datenverarbeitung erfolgt in Ausübung von Rechten und zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis iSv. § 26 Abs. 3 BDSG, nämlich bei der Durchführung der in § 3 Abs. 1 EFZG geregelten Entgeltfortzahlungspflicht im Rahmen dessen, was zur Prüfung ihrer Voraussetzungen arbeitgeberseits erforderlich ist. 24
5. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Zeiten der Arbeitsunfähigkeit des Klägers im streitgegenständlichen 25

Zeitraum hätten keine weiteren Entgeltfortzahlungsansprüche begründet, rechtsfehlerfrei. Mangels substantiierten Vortrags des Klägers ist vom Vorliegen von Fortsetzungserkrankungen auszugehen, so dass ihm wegen des Überschreitens des Entgeltfortzahlungszeitraums von sechs Wochen kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach § 3 Abs. 1 EFZG mehr zustand.

a) Der Kläger, der 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 war, ist der ihn nach den oben dargestellten Grundsätzen treffenden abgestuften Darlegungslast (*sh. Rn. 10*) nicht nachgekommen. 26

aa) Nachdem die Beklagte, die in dem Jahr vor dem streitgegenständlichen Zeitraum für (deutlich) mehr als sechs Wochen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geleistet hatte, das Vorliegen jeweils „neuer“ Erkrankungen iSd. § 3 Abs. 1 Satz 1 iVm. Satz 2 EFZG bestritten hat, hätte der Kläger zum Nichtvorliegen von Fortsetzungserkrankungen umfassend vortragen müssen. Hierfür genügt - unabhängig von der von ihm getroffenen zeitlichen und inhaltlichen „Vorauswahl“ - ein bloßer Verweis auf Diagnoseschlüssel nach der ICD-10 Klassifikation nicht. Die Revision lässt außer Acht, dass eine Fortsetzungserkrankung nicht nur bei einem identischen Krankheitsbild vorliegt, sondern ebenso, wenn die Krankheitssymptome auf demselben Grundleiden beruhen (*BAG 26. Oktober 2016 - 5 AZR 167/16 - Rn. 52 mwN, BAGE 157, 102; vgl. auch BeckOK ArbR/Ricken Stand 1. Dezember 2022 EFZG § 3 Rn. 73; MüKoBGB/Müller-Glöge 9. Aufl. EFZG § 3 Rn. 61 f.*). Das Vorliegen „derselben Krankheit“ iSv. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG ist auch bei ggf. immer wiederkehrenden (chronischen) Erkrankungen der Atemwege im maßgeblichen Zeitraum nicht von vornherein ausgeschlossen. Ohne einen konkreten Vortrag dazu, welche gesundheitlichen Einschränkungen und Beschwerden bestanden, lässt sich nicht beurteilen, ob eine Fortsetzungserkrankung in Betracht kommt. Nur nach entsprechenden Darlegungen des Arbeitnehmers ist dem beweisbelasteten Arbeitgeber ein weiterer Vortrag möglich. Der Vortrag des Klägers, der - für einzelne Zeiträume - lediglich die Diagnoseschlüssel nach der ICD-10 Klassifikation bzw. deren „Übersetzung“ in Krankheiten oder Symptome aufführt, genügt diesen Anforderungen nicht. 27

- bb) Darüber hinaus müssen sich die Darlegungen des Arbeitnehmers zum Nichtvorliegen von Fortsetzungserkrankungen umfassend auf die Arbeitsunfähigkeitszeiten im maßgeblichen Vorzeitraum beziehen. Auch daran fehlte es hier aufgrund der vom Kläger getroffenen, für das Gericht und die Beklagte nicht nachprüfbaren „Vorauswahl“ der aus seiner Sicht maßgeblichen Erkrankungen. Für etliche Arbeitsunfähigkeitszeiträume im jeweiligen zeitlichen Rahmen von § 3 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 EFZG fehlt jeglicher Vortrag. 28
- b) Dem Senat ist eine Endentscheidung möglich, ohne dass dem Kläger Gelegenheit zu ergänzendem Sachvortrag zu geben war. Einen etwaigen Verstoß des Berufungsgerichts gegen Hinweispflichten (*vgl. dazu BAG 23. März 2016 - 5 AZR 758/13 - Rn. 41, BAGE 154, 337*) hinsichtlich der Erforderlichkeit weiteren Sachvortrags zu seinen Vorerkrankungen hat der Kläger nicht gerügt. Ein etwaiger derartiger Verstoß hätte innerhalb der Revisionsbegründungsfrist zum Gegenstand der Revision gemacht werden können und müssen, was nicht geschehen ist. 29
- II. Mangels Hauptforderung besteht auch kein Anspruch des Klägers auf Zinsen. 30
- III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. 31

Linck

Biebl

Bubach

Raabe

Störing