

Entgeltfortzahlungsgesetz und Aufwendungsausgleichsgesetz: EFZG AAG

Kommentar

Bearbeitet von

Begündet von Prof. Dr. Jochem Schmitt, Fortgeführt von Prof. Dr. Irmgard Kufner-Schmitt, und Dr. Laura Schmitt

8. Auflage 2018. Buch. XXVIII, 424 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 69614 5

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsvertrag, Kündigungsschutz, Mutterschutz,
Personalwesen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'i' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

eine Gleichstellung mit dem erkrankten Arbeitnehmer vorgenommen (BT-Drs. 17/9073, 35; BeckOK ArbR/*Ricken* EFZG § 3a Rn. 10).

Hinsichtlich der Behandlung einer **mehrfachen Arbeitsunfähigkeit** verweist § 3a Abs. 1 S. 2 EFZG ausdrücklich auf § 3 Abs. 1 S. 2 EFZG. Dies bedeutet, dass ein Arbeitnehmer, der infolge einer nicht komplikationslos verlaufenen Spende von Organen, Geweben oder Blut wiederholt arbeitsunfähig wird, ebenso zu behandeln ist wie ein Arbeitnehmer der wegen einer fortgesetzten Krankheit mehrfach an der Erbringung seiner Arbeitsleistung gehindert ist (ErfK/*Reinhard* EFZG § 3a Rn. 4; zu den Einzelheiten ausführlich → § 3 Rn. 254 ff.) **31**

c) Mitteilungs- und Nachweispflichten

§ 3a Abs. 1 S. 1 EFZG enthält keine Regelung zu Mitteilungs- und Nachweispflichten. Maßgeblich ist insoweit § 5 EFZG (Staudinger/*Oetker* BGB § 616 Rn. 328). Die Mitteilungs- und Nachweispflichten nach § 5 EFZG beziehen sich auf den Eintritt und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit (→ § 5 Rn. 27 ff.), sodass die Vorschrift unabhängig von der Ursache der Arbeitsunfähigkeit anwendbar ist (Staudinger/*Oetker* BGB § 616 Rn. 328; allgemein BeckOK ArbR/*Ricken* EFZG § 5 Rn. 1). Wegen der Einzelheiten vgl. Kommentierung zu § 5 EFZG. **32**

III. Erstattungsanspruch

§ 3a Abs. 2 EFZG statuiert einen **Erstattungsanspruch des Arbeitgebers**, der nach § 3a Abs. 1 S. 1 EFZG Entgeltfortzahlung leisten musste, **gegen den Versicherer des Empfängers** der Organ- bzw. Gewebe- oder Blutspende. Das Gesetz trägt hierdurch dem Umstand Rechnung, dass die Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers infolge einer Organspende von diesem bewusst in Kauf genommen wird und damit nicht Ausdruck des vom Arbeitgeber zu tragenden allgemeinen Krankheitsrisikos des Arbeitnehmers ist (BT-Drs. 17/9773, 34; Staudinger/*Oetker* BGB § 616 Rn. 498; ErfK/*Reinhard* EFZG § 3a Rn. 5; kritisch dazu BeckOK ArbR/*Ricken* EFZG § 3a Rn. 11). Gleichzeitig hoffte der Gesetzgeber so die Akzeptanz für Organspenden des Arbeitnehmers auf Arbeitgeberseite zu fördern und dadurch die soziale Absicherung von Lebendspender von Organen und Geweben insgesamt zu verbessern (BT-Drs. 17/9773, 34; ErfK/*Reinhard* EFZG § 3a Rn. 5; kritisch *Linkvan Dorp* AuA 2013, 284 f.). **33**

1. Anspruch auf Erstattung der Entgeltfortzahlungskosten

a) Anspruchsvoraussetzungen

§ 3a Abs. 2 EFZG begründet einen **originären Anspruch** des Arbeitgebers gegen den zuständigen Kostenträger (Staudinger/*Oetker* BGB § 616 Rn. 498; BeckOK ArbR/*Ricken* EFZG § 3a Rn. 12). Tatbestandlich setzt der Anspruch voraus, dass der Arbeitgeber **tatsächlich Entgeltfortzahlungsleistungen nach § 3a Abs. 1 S. 1 EFZG erbracht** hat (Staudinger/*Oetker* BGB § 616 Rn. 498) und ihre Erstattung beim zuständigen Versicherungsträger **beantragt** (MüKoBGB/*Müller-Glöge* EFZG § 3a Rn. 7; ErfK/*Reinhard* EFZG § 3a Rn. 8; zum Verfahren *Marburger DöD* 2016, 49 ff.). **34**

Der Erstattungsanspruch besteht auch, wenn die bezweckte Transplantation tatsächlich nicht durchgeführt werden konnte (Staudinger/*Oetker* BGB § 616 Rn. 500). Der Arbeitgeber bleibt in diesem Fall zur Entgeltfortzahlung verpflichtet (→ Rn. 12, 22) mit der Folge, dass ihm nach der Systematik des Gesetzes auch ein Erstattungsanspruch zustehen muss. § 3a Abs. 1 EFZG dient der Absicherung desjenigen, der beabsichtigt **35**

EFZG § 3a Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Spende von Organen, Geweben oder Blut

Organe, Gewebe oder Blut zu spenden und sich zu diesem Zweck in ärztliche Behandlung begibt; auf den Erfolg kommt es nicht an (*Greiner NZS 2013, 241 [243]*); diese Wertung ist auch bei der Auslegung Absatz 2 zu berücksichtigen.

b) Anspruchsinhalt

- 36 Der Anspruch nach § 3a Abs. 2 EFZG richtet sich auf Erstattung des an den Arbeitnehmer nach Absatz 1 fortgezählten **Bruttoarbeitsentgelts** sowie die hierauf entfallenden **Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung**, dh die Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- sowie Arbeitslosenversicherung (BT-Drs. 17/9773, 34), und **Beiträge zur betrieblichen Alters- und Hinterbliebenenversorgung** (MüKoBGB/*Müller-Glöge EFZG § 3a Rn. 5*; ErfK/*Reinhard EFZG § 3a Rn. 7*; BeckOK ArbR/*Ricken EFZG § 3a Rn. 15*). Die Bestimmung des maßgeblichen Arbeitsentgelts erfolgt nach § 4 EFZG (Staudinger/*Oetker BGB § 616 Rn. 499*; ErfK/*Reinhard EFZG § 3a Rn. 7*). Nicht erstattungsfähig sind zusätzliche Leistungen des Arbeitgebers, wie zB Treueprämien (Staudinger/*Oetker BGB § 616 Rn. 499*; ErfK/*Reinhard EFZG § 3a Rn. 7*; ausführlich vgl. → § 4 Rn. 86).

c) Kostenträger

- 37 Erstattungspflichtig ist der **Versicherungsträger, der die Kosten der Krankenbehandlung des Empfängers der Organ-, Gewebe- oder Blutspende zu tragen hat** (MüKoBGB/*Müller-Glöge EFZG § 3a Rn. 6*; Staudinger/*Oetker BGB § 616 Rn. 500*; ErfK/*Reinhard EFZG § 3a Rn. 6*; BeckOK ArbR/*Ricken EFZG § 3a Rn. 13*). Als Anspruchsgegner kommen insbesondere eine gesetzliche Krankenkasse (§ 3a Abs. 2 S. 1 EFZG), ein privates Krankenversicherungsunternehmen (§ 3a Abs. 2 S. 2 EFZG) oder die zuständige Beihilfestelle (§ 3a Abs. 2 S. 3 EFZG) in Betracht.
- 38 Nach § 3a Abs. 2 S. 2 EFZG erstatten **private Krankenversicherungsunternehmen** das fortgezählte Arbeitsentgelt **nur in Höhe des tariflichen Erstattungssatzes** (Staudinger/*Oetker BGB § 616 Rn. 500*; ErfK/*Reinhard EFZG § 3a Rn. 6*). **Selbstvorbehalte**, die der Organempfänger mit seiner Krankenversicherung vereinbart, sind hierbei ausweislich der Gesetzesbegründung nicht zu berücksichtigen (BT-Drs. 17/9773, 34; *Greiner NZS 2013, 241 [244]*; *Knorr NZA 2012, 1132 [1135]*; MüKoBGB/*Müller-Glöge EFZG § 3a Rn. 6*; Staudinger/*Oetker BGB § 616 Rn. 500*; ErfK/*Reinhard EFZG § 3a Rn. 6*; BeckOK ArbR/*Ricken EFZG § 3a Rn. 13*). Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit verweist hierfür auf eine entsprechende Selbstverpflichtung des Verbands der Privaten Krankenversicherung e. V. (vgl. BT-Drs. 17/9773, 38), die aber keinen Niederschlag im Gesetzestext gefunden hat (BeckOK ArbR/*Ricken EFZG § 3a Rn. 13*). Die hieraus – und aus der Begrenzung des Anspruchs den tariflichen Erstattungssatz – resultierenden Unsicherheiten gehen ggf. zulasten der Arbeitgeber (kritisch hierzu BeckOK ArbR/*Ricken EFZG § 3a Rn. 13*).
- 39 Im Fall eines beihilfeberechtigten oder sonstigen Stellen gegenüber anspruchsberechtigten Spendenempfängers erstattet die PKV die Entgeltfortzahlungskosten nur bis zur Höhe des Versichertenprozentsatzes; die weiteren Kosten werden von der zuständigen Beihilfestelle oder sonstigen Stelle erstattet (BT-Drs. 17/9773, 34; ErfK/*Reinhard EFZG § 3a Rn. 6*; BeckOK ArbR/*Ricken EFZG § 3a Rn. 13*). Für den Arbeitgeber bedeutet dies, dass er sich an mindestens zwei Gläubiger halten muss (ArbR/*Ricken EFZG § 3a Rn. 13*).

2. Mitteilungspflichten des Arbeitnehmers

- 40 Nach § 3a Abs. 2 S. 6 EFZG ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber **unverzüglich** die zur Geltendmachung des Erstattungsanspruches **erforderlichen Informationen**, insbesondere zur Identität des Erstattungsschuldners, **mitzuteilen** (MüKoBGB/*Müller-Glöge EFZG § 3a Rn. 7*; ErfK/*Reinhard EFZG § 3a Rn. 8*). Zur inhalt-

lichen Konkretisierung dieser Mitteilungsobliegenheit können – angesichts des weitgehend identischen Gesetzeswortlauts – die zu § 6 Abs. 2 EFZG entwickelten Grundsätze herangezogen werden (Staudinger/Oetker BGB § 616 Rn. 501). Insoweit kann auf die Ausführungen dort Bezug genommen werden (vgl. → § 6 Rn. 66 ff.).

Konfliktpotential ergibt sich, wenn der Arbeitgeber auf **Informationen aus der Sphäre des Spendenempfängers** angewiesen ist. Mangels tragfähiger Rechtsgrundlage hat der Arbeitgeber keinen eigenen Auskunftsanspruch; stattdessen ist er darauf angewiesen, dass der Arbeitnehmer die erforderlichen Informationen beschafft (Greiner NZS 2013, 241 [244]; Staudinger/Oetker BGB § 616 Rn. 501). Dies dürfte dem Arbeitnehmer oftmals wegen des nach § 8 Abs. 1 S. 2 TPG erforderlichen Näheverhältnisses zwischen Spender und Empfänger ohne weiteres möglich sein (Greiner NZS 2013, 241 [244]). Andernfalls stellt sich die Frage, ob sich aus dem zwischen Spender und Empfänger bestehenden Rechtsverhältnis im Einzelfall ein entsprechender **Auskunftsanspruch** ergibt (dafür Greiner NZS 2013, 241 [244]). Sollte dies der Fall sein, läge es nahe, aus der arbeitsvertraglichen Interessenwahrungspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB eine Verpflichtung des Arbeitnehmers herzuleiten, die notwendigen Informationen zu beschaffen und an den Arbeitgeber weiterzuleiten oder den Auskunftsanspruch an den Arbeitgeber abzutreten (Staudinger/Oetker BGB § 616 Rn. 501). Dogmatisch ist die Konstruktion eines Auskunftsanspruchs aber nicht unproblematisch; zumal der Arbeitnehmer regelmäßig kein eigenes, rechtlich schützenswertes Interesse an der Auskunft hat. Insbesondere wird man einen Arbeitnehmer, der anonym Knochenmark bzw. Blutstammzellen oder sonstige Blutbestandteile gespendet hat, kaum verpflichten können, den Empfänger ausfindig zu machen (BeckOK ArbR/Ricken EFZG § 3a Rn. 16).

§ 3a Abs. 2 S. 6 EFZG enthält keine Regelung zu den **Rechtsfolgen** eines Verstoßes gegen die Informationsobliegenheit. Die Situation ist aber vergleichbar mit derjenigen, die entsteht, wenn der Arbeitnehmer die Pflichten aus § 6 Abs. 2 EFZG nicht bzw. nicht rechtzeitig erfüllt. Es besteht eine vergleichbare Regelungslücke wie bei Verstößen gegen § 6 Abs. 2 EFZG (Staudinger/Oetker BGB § 616 Rn. 502, zu den Folgen eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 EFZG → § 6 Rn. 71). Daher liegt es aufgrund der parallelen Ausgestaltung der Mitteilungsobliegenheit nahe, dem Arbeitgeber bei Verstößen gegen § 3a Abs. 2 S. 6 analog § 7 Abs. 1 Nr. 1, 2 EFZG ein vorübergehendes bzw. dauerndes **Leistungsverweigerungsrecht** einzuräumen (so Staudinger/Oetker BGB § 616 Rn. 502; aA BeckOK ArbR/Ricken EFZG § 3a Rn. 16).

§ 4 Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts

(1) Für den in § 3 Abs. 1 oder in § 3a Abs. 1 bezeichneten Zeitraum ist dem Arbeitnehmer das ihm bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt fortzuzahlen.

(1a) Zum Arbeitsentgelt nach Absatz 1 gehören nicht das zusätzlich für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt und Leistungen für Aufwendungen des Arbeitnehmers, soweit der Anspruch auf sie im Falle der Arbeitsfähigkeit davon abhängig ist, daß dem Arbeitnehmer entsprechende Aufwendungen tatsächlich entstanden sind, und dem Arbeitnehmer solche Aufwendungen während der Arbeitsunfähigkeit nicht entstehen. Erhält der Arbeitnehmer eine auf das Ergebnis der Arbeit abgestellte Vergütung, so ist der von dem Arbeitnehmer in der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit erzielbare Durchschnittsverdienst der Berechnung zugrunde zu legen.

(2) Ist der Arbeitgeber für Arbeitszeit, die gleichzeitig infolge eines gesetzlichen Feiertages ausgefallen ist, zur Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach § 3 oder nach § 3a verpflichtet, bemißt sich die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts für diesen Feiertag nach § 2.

(3) Wird in dem Betrieb verkürzt gearbeitet und würde deshalb das Arbeitsentgelt des Arbeitnehmers im Falle seiner Arbeitsfähigkeit gemindert, so ist die verkürzte Arbeitszeit für ihre Dauer als die für den Arbeitnehmer maßgebende regelmäßige Arbeitszeit im Sinne des Absatzes 1 anzusehen. Dies gilt nicht im Falle des § 2 Abs. 2.

(4) Durch Tarifvertrag kann eine von den Absätzen 1, 1a und 3 abweichende Bemessungsgrundlage des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festgelegt werden. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages kann zwischen nichttarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Anwendung der tarifvertraglichen Regelung über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle vereinbart werden.

Übersicht

	Rn.
I. Allgemeines	1
II. Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts – Grundsatz – (§ 4 Abs. 1 EFZG)	27
1. Regelmäßige Arbeitszeit	31
a) Allgemeines	31
b) Einzelfälle	38
2. Arbeitsentgelt	68
a) Allgemeines	69
b) Einzelfälle	76
III. Arbeitsentgelt für Überstunden; Leistungen mit Aufwendungsersatzcharakter; Leistungsentgelt (§ 4 Abs. 1a EFZG)	125
1. Arbeitsentgelt für Überstunden	126
2. Leistungen mit Aufwendungsersatzcharakter	138
a) Allgemeines	138
b) Einzelfälle	140
3. Leistungsentgelt	151
a) Allgemeines	152
b) Einzelfälle	157
IV. Zusammentreffen von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und gesetzlichen Feiertagen (§ 4 Abs. 2 EFZG)	169
V. Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts bei Kurzarbeit (§ 4 Abs. 3 EFZG)	172
1. Absatz 3 Satz 1	175
2. Absatz 3 Satz 2	181
VI. Abweichungen durch Tarifvertrag (§ 4 Abs. 4 EFZG)	184
1. Tariföffnungsklausel (§ 4 Abs. 4 S. 1 EFZG)	186
a) Tarifdispositive Regelungen	186
b) Nicht tarifdispositive Regelungen	199
2. Einzelvertragliche Einbeziehung von Tarifverträgen (§ 4 Abs. 4 S. 2 EFZG) ...	201

I. Allgemeines

- 1 § 4 EFZG regelt die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts.
- 2 Das Entgeltfortzahlungsgesetz geht insoweit ebenso wie die früheren Regelungen (zB § 2 LFZG *Schmitt* LFZG § 2 Rn. 8; zu § 63 HGB *Schlegelberger* HGB § 63 Rn. 7; zu § 616 BGB MüKoBGB/*Schaub*, 2. Aufl., BGB § 616 Rn. 103 f) vom sog **Entgeltausfallprinzip** aus.
- 3 **Berechnungsgrundlage** für den Entgeltfortzahlungsanspruch, der sich dem Grunde nach aus § 3 Abs. 1 EFZG ergibt, ist dementsprechend grundsätzlich das dem Arbeitnehmer für den Entgeltfortzahlungszeitraum bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehende Arbeitsentgelt (§ 4 Abs. 1 EFZG). Die Berechnung erfolgt damit nach einem Zeitfaktor und einem Geldfaktor.
- 4 **Nicht** bei der Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs **berücksichtigt** werden lediglich das für Überstunden gezahlte Arbeitsentgelt und Leistungen, die der Arbeitnehmer im Falle seiner Arbeitsfähigkeit zum Ausgleich von Aufwendungen erhält, die ihm während der Arbeitsunfähigkeit nicht entstehen. **Modifiziert** wird das Entgeltausfall-

prinzip aus Gründen der Praktikabilität außerdem für den Fall, dass der Arbeitnehmer Leistungslohn erhält; die Berechnung des Entgeltfortzahlungsanspruchs orientiert sich unter diesen Voraussetzungen an dem von dem Arbeitnehmer erzielbaren Durchschnittsverdienst (Absatz 1a; → Rn. 125).

Die Absätze 2 und 3 des § 4 EFZG enthalten „Kollisionsregeln“ für das **Zusammen-** **5**
treffen von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit mit gesetzlichen Feiertagen sowie das
Zusammentreffen von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit und **Kurzarbeit**
(→ Rn. 169 ff., 172 ff.).

Die Regelungen über die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts sind insgesamt **6**
tarifdispositiv. Im Geltungsbereich eines solchen Tarifvertrages kann auch zwischen
nicht tarifgebundenen Arbeitgebern und Arbeitnehmern die Anwendung der tarifvertrag-
lichen Regelungen über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall vereinbart
werden (Absatz 4; → Rn. 201 ff.).

Vorläufer des § 4 EFZG waren § 2 des Lohnfortzahlungsgesetzes (zur Geschichte **7**
dieser Regelung vgl. *Schmitt* LFZG § 2 Rn. 2 f.) v. 27.7.1969 (BGBl. I S. 946) idF des
Haushaltsstrukturgesetzes v. 18.12.1975 (BGBl. I S. 3091) sowie § 115b des Arbeits-
gesetzbuches der DDR v. 16.7.1977 idF v. 22.6.1990 (BGBl. I S. 371) und des Einig-
ungsvertrages v. 31.8.1990 (BGBl. II S. 889), die die Höhe des fortzuzahlenden Ar-
beitsentgelts für Arbeiter in den alten Bundesländern und für Arbeitnehmer in den neuen
Bundesländern regelten.

Für Angestellte in den alten Bundesländern fehlten vergleichbar präzise Bestimmungen **8**
hinsichtlich der Anspruchshöhe, statt dessen war den Vorschriften über die Entgeltfort-
zahlung nur zu entnehmen, dass die Angestellten ihren Anspruch auf „die vertrags-
mäßigen Leistungen“ (§ 133c S. 1 GewO), auf „Gehalt und Unterhalt“ (§ 63 Abs. 1 S. 1
HGB) oder auf „Vergütung“ (§ 616 Abs. 2 S. 1 BGB) für die Dauer von 6 Wochen
behielten. Unklarheiten bzw. Ungleichbehandlungen resultierten hieraus jedoch nicht, da
Einigkeit darüber bestand, dass die Leistungen, die fortzuzahlen waren, nach dem sog
modifizierten Entgeltausfallprinzip (→ Rn. 27 ff.) zu bemessen waren (MüKoBGB/
Schaub, 2. Aufl., BGB § 616 Rn. 103 f.) und dass das modifizierte Entgeltausfallprinzip
seinen Niederschlag in § 2 LFZG gefunden hatte, der im Wesentlichen eine Kodifikation
der früheren Rechtsprechung zur Entgeltfortzahlung auch für Angestellte darstellte. In
Zweifelsfällen hinsichtlich der Höhe der Entgeltfortzahlungsansprüche von Angestellten
wurde daher – nicht nur aus Gründen der Gleichbehandlung – auf § 2 LFZG und die
dazu ergangene Rechtsprechung zurückgegriffen (vgl. *Erman/Hanau*, 9. Aufl., § 616
Rn. 67).

Ungleichbehandlungen zwischen Arbeitern und Angestellten in den alten Bundeslän- **9**
dern bzw. zwischen Angestellten in den alten und den neuen Bundesländern ergaben
sich allerdings insoweit, als § 2 Abs. 3 S. 1 LFZG und § 115b Abs. 3 S. 1 AGB die
Möglichkeit eröffneten, tarifliche Regelungen über die Höhe des fortzuzahlenden Ar-
beitsentgelts zu treffen, während eine entsprechende Tariföffnungsklausel für die Ange-
stellten in den alten Bundesländern nicht bestand (vgl. *Hanau*, Festschrift der Rechts-
wissenschaftlichen Fakultät, S. 186 zur unterschiedlichen Regelung in § 2 LFZG einer-
seits und § 616 Abs. 2 BGB andererseits: „blanke Willkür“). Die damit bestehende
Ungleichbehandlung war einer der Gründe dafür, dass eine gesetzliche Neuregelung
notwendig wurde.

Der von den Fraktionen der CDU/CSU und der FDP im Jahre 1993 vorgelegte Entwurf **10**
eines **Entgeltfortzahlungsgesetzes** (BT-Drs. 12/5263) enthielt in seinem § 4 eine Rege-
lung, die sich noch sehr eng an § 2 LFZG bzw. § 115b AGB anlehnte. Ändern sollte sich
lediglich die Formulierung des Absatz 1 Satz 2. Dieser sah nach altem Recht vor, dass
von der Entgeltfortzahlung ausgenommen waren „Auslösungen, Schmutzzulagen und
ähnliche Leistungen, soweit der Anspruch auf sie im Falle der Arbeitsfähigkeit davon
abhängig (war), ob und in welchem Umfang dem Arbeiter Aufwendungen ... tatsächlich
entstanden (waren) ...“. Diese Formulierung sollte durch jene Umschreibung der von

der Entgeltfortzahlung ausgenommenen Leistungen ersetzt werden, die später auch Gesetz geworden ist, und sich heute in Absatz 1a findet. Eine inhaltliche Änderung war damit jedoch nicht beabsichtigt, vielmehr handelt es sich bei dem Verzicht auf die Nennung einzelner Fallbeispiele lediglich um eine „sprachliche Neugestaltung“ (BT-Drs. 12/5263, 13).

- 11 Im Rahmen der Beratungen im Ausschuss für Arbeit und Sozialordnung wurden dann zwei Änderungen vorgenommen:
- 12 Nachdem man von der Einführung von Karenztagen Abstand genommen (→ Einleitung A Rn. 78 ff.) und statt dessen beschlossen hatte, die Kompensation der Kosten der Pflegeversicherung durch eine Kürzung der Entgeltfortzahlung an Feiertagen zu erreichen, was zu einer Integration des bisherigen Gesetzes über die Lohnzahlung an Feiertagen in das Entgeltfortzahlungsgesetz führte, wurde der heutige § 4 Abs. 2 EFZG eingefügt, dessen Vorläufer die inhaltsgleiche Regelung im früheren § 1 Abs. 2 des Gesetzes zur Regelung der Lohnzahlung an Feiertagen v. 2.8.1951 (BGBl. I S. 479) idF v. 18.12.1975 (BGBl. I S. 3091) war. Infolge der Einfügung des neuen Absatz 2 wurden die Absätze 2 und 3 des Fraktionsentwurfs zu den heutigen Absätzen 3 und 4.
- 13 Die Formulierung des Absatz 3 des Fraktionsentwurfs bzw. des heutigen Absatz 4 wurde dahingehend ergänzt, dass die Tarifvertragsparteien eine abweichende **Bemessungsgrundlage** des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts festlegen können. Damit reagierte der Gesetzgeber auf eine während der Diskussionen um das Entgeltfortzahlungsgesetz ergangene Entscheidung des BAG.
- 14 Im Schrifttum war unter der Geltung des § 2 Abs. 3 LFZG umstritten, ob man tarifvertraglich die Berechnung des Arbeitsentgelts nur insoweit ändern konnte, als man eine andere Bemessungsmethode vereinbarte (zB Referenzprinzip anstelle des Entgeltausfallprinzips), oder ob man die Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts auch insoweit modifizieren konnte, als man eine andere Bemessungsgrundlage vereinbarte, das heißt zum Beispiel Anwesenheitsprämien bei der Bemessung des fortzuzahlenden Entgelts außer Betracht ließ. Während das wohl überwiegende Schrifttum in der Vergangenheit die Auffassung vertreten hatte, es sei auch möglich, eine andere Bemessungsgrundlage zu vereinbaren (vgl. *Kebrmann/Pelikan* LFZG § 2 Rn. 28; *Marienhagen/Künzl* LFZG § 2 Rn. 39; *Schmatz/Fischwasser/Geyer/Knorr* LFZG § 2 Rn. 51; *Schmitt* LFZG § 2 Rn. 92), gelangte das BAG zu dem Ergebnis, die Tarifvertragsparteien könnten nur hinsichtlich der Berechnungsmethode, nicht aber der Berechnungsgrundlage von den gesetzlichen Regelungen abweichen (BAG v. 3.3.1993 – 5 AZR 132/92, AP LFZG § 2 Nr. 25).
- 15 Dieser Rechtsprechung des BAG sollte durch die geänderte Formulierung des Gesetzes der Boden entzogen werden (BT-Drs. 12/5798, 26).
- 16 Während die Absätze 2–4 seit dem Inkrafttreten des Entgeltfortzahlungsgesetzes am 1.6.1994 unverändert geblieben sind, ist **Absatz 1** viermal, davon zweimal grundlegend, geändert worden.
- 17 Durch das **Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz v. 25.9.1996** (BGBl. I S. 1476) wurde § 4 Abs. 1 EFZG zunächst dahingehend geändert, dass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall von 100 % auf 80 % des regelmäßigen Arbeitsentgelts reduziert wurde, sofern die Arbeitsunfähigkeit nicht ausnahmsweise auf einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit zurückzuführen war (kritisch zur damaligen Absenkung der Entgeltfortzahlung auf 80 vom Hundert ua *Birk* AuR 1996, 294; *Engels/Schlenker* AuR 1996, 291). Gleichzeitig wurde § 4a EFZG eingefügt, der in seiner damaligen Fassung die Anrechnung von Urlaubstagen zur Aufrechterhaltung der vollen Entgeltfortzahlung zum Gegenstand hatte.
- 18 Durch Art. 12 des „**Gesetzes zur sozialversicherungsrechtlichen Behandlung von einmalig gezahltem Arbeitsentgelt**“ v. 12.12.1996 (BGBl. I S. 1859) wurde die Regelung des § 4 Abs. 1 S. 2 EFZG dann geringfügig dahingehend geändert, dass an die Stelle der ursprünglichen Verweisungen auf die unfallversicherungsrechtlichen Bestimmungen der

Reichsversicherungsordnung Bezugnahmen auf die ab dem 1.1.1997 geltenden Bestimmungen des SGB VII traten.

Als Ergebnis dieser Entwicklung hatte § 4 Abs. 1 EFZG bis zum 31.12.1998 folgenden 19 Wortlaut:

(1) Die Höhe der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für den in § 3 Abs. 1 bezeichneten Zeitraum beträgt 80 vom Hundert des dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zustehenden Arbeitsentgelts. Erleidet ein Arbeitnehmer infolge einer den Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 oder 3 des Siebten Buches Sozialgesetzbuch begründenden Tätigkeit einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit im Sinne des Siebten Buches Sozialgesetzbuch, so bemißt sich die Höhe der Entgeltfortzahlung abweichend von Satz 1 nach dem Arbeitsentgelt, das dem Arbeitnehmer bei der für ihn maßgebenden regelmäßigen Arbeitszeit zusteht; dies gilt bei Arbeitsunfällen nur in dem Arbeitsverhältnis, in dem der Arbeitsunfall eingetreten ist, und bei Versicherungsschutz nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 des Siebten Buches Sozialgesetzbuch nur in den Fällen, in denen Maßnahmen auf Grund von Arbeitsschutz- oder Unfallverhütungsvorschriften veranlaßt worden sind.

Der **Gesetzentwurf** der Fraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 20 17.11.1998 (BT-Drs. 14/45) zu einem „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“ sah dann bereits vor, die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Maßnahmen der medizinischen Vorsorge oder Rehabilitation durch eine entsprechende Änderung des § 4 Abs. 1 EFZG wieder auf 100 % **anzuheben**.

Maßgeblich hierfür waren ausweislich der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf 21 folgende Überlegungen: Die **Absenkung der gesetzlichen Entgeltfortzahlung** im Krankheitsfall habe zu einer sozialpolitisch problematischen Ungleichbehandlung der Arbeitnehmer geführt. Für etwa 80 % der Beschäftigten gelte eine Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 % aufgrund bestehender oder neu abgeschlossener Tarifverträge. Unmittelbar von der gesetzlichen Absenkung der Entgeltfortzahlung betroffen würden nur diejenigen Beschäftigten, für die keine Tarifverträge bestünden oder für die Tarif- oder Arbeitsverträge keine volle Entgeltfortzahlung gewährleisteten. Dabei handele es sich häufig um Arbeitnehmer, die ohnehin niedrige Arbeitsentgelte und ungünstige Arbeitsbedingungen hätten. Die Gleichbehandlung aller Arbeitnehmer werde durch die Neuregelung wiederhergestellt.

Die vorläufig letzte Änderung hat § 4 durch die Aufnahme des § 3a EFZG in Abs. 1 22 erfahren. § 3a EFZG wurde durch **Art. 1a des Gesetzes zur Änderung des Transplantationsgesetzes** v. 21.7.2012 (BGBl I 1601) in das Entgeltfortzahlungsgesetz eingefügt und ist zum 1.8.2012 in Kraft getreten. In § 4 Abs. 1 war deshalb eine Folgeänderung erforderlich.

Teilweise parallel verlief die Entwicklung von **Absatz 1a**. Eingefügt wurde die Rege- 23 lung durch das **Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz** v. 25.9.1996 (BGBl. I S. 1476). Im Gegensatz zur aktuellen Regelung betraf sie in ihrer damaligen Fassung jedoch nur Leistungen mit Aufwendungsersatzcharakter (Satz 1) sowie Leistungsentgelte (Satz 2).

Die aktuelle Fassung des Absatz 1a geht ebenfalls zurück auf den **Gesetzentwurf** der 24 Fraktionen von SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN v. 17.11.1998 (BT-Drs. 14/45) zu einem „Gesetz zu Korrekturen in der Sozialversicherung und zur Sicherung der Arbeitnehmerrechte“. Dieser Entwurf sah bereits vor, § 4 Abs. 1a EFZG dahingehend zu ändern, dass bei der Bemessung der Entgeltfortzahlung Überstundenvergütungen nicht mehr zu berücksichtigen sind.

Maßgeblich hierfür war ausweislich der amtlichen Begründung zum Gesetzentwurf die 25 Überlegung, dass in den meisten Tarifbereichen, in denen eine Entgeltfortzahlung in Höhe von 100 % vereinbart war, die Tarifvertragsparteien die Überstundenvergütung aus der Bemessung der Entgeltfortzahlung ausgenommen hätten, sodass die gesetzliche Beschränkung sich deshalb entlastend vor allem für die nicht tarifgebundenen Arbeitgeber auswirke, die auch von der gesetzlichen Anhebung der Entgeltfortzahlung unmittelbar betroffen würden.

- 26 Im Rahmen des weiteren Gesetzgebungsverfahrens (vgl. dazu → Einleitung A Rn. 111 ff.) blieben sowohl § 4 Abs. 1 EFZG als auch § 4 Abs. 1a EFZG unverändert, sodass die Regelungen am 1.1.1999 in der Fassung des ursprünglichen Gesetzentwurfs in Kraft treten konnten.

II. Berechnung des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts – Grundsatz – (§ 4 Abs. 1 EFZG)

- 27 § 4 Abs. 1 EFZG regelt die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts im „Normalfall“, dh für jene Fälle, in denen der Arbeitsausfall durch die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nicht auf einen gesetzlichen Feiertag fällt (vgl. dazu Absatz 2; → Rn. 169 ff.), der Betrieb nicht verkürzt arbeitet (vgl. dazu Absatz 3; → Rn. 172 ff.) und keine abweichenden tarifvertraglichen Regelungen bestehen (Absatz 4; → Rn. 184 ff.).
- 28 Wie schon das Lohnfortzahlungsgesetz geht das Entgeltfortzahlungsgesetz grundsätzlich davon aus, dass sich die Höhe des fortzuzahlenden Arbeitsentgelts nach dem **modifizierten Entgeltausfallprinzip** bestimmt (BeckOK ArbR/Ricken EFZG § 4 Rn. 1; *Helml* EFZG § 4 Rn. 3; *Kunz/Wedde* EFZG § 4 Rn. 5 f., 38; *Reinhard/Neumann-Redlin* EFZG § 4 Rn. 7; *Treber* EFZG § 4 Rn. 1). Daran haben auch die Änderungen durch das Arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz und das Arbeitsrechtliche Korrekturgesetz nichts geändert (vgl. *Lorenz* DB 1996, 1973 [1975]).
- 29 **Entgeltausfallprinzip** bedeutet dabei im Gegensatz zum Referenzprinzip, dass zB dem Bundesurlaubsrecht (vgl. § 11 Abs. 1 BUrlG) oder dem Mutterschutzrecht (vgl. § 11 Abs. 1 S. 1 MuSchG, bzw. ab 1.1.2018 § 17 MuSchG) und dem Krankenversicherungsrecht beim Krankengeld (vgl. § 47 Abs. 2 SGB V) zugrunde liegt, dass das Gesetz den Arbeitnehmer fiktiv so stellen will, als hätte er gearbeitet. **Modifiziert** wird dieses Prinzip insoweit, als auf die „regelmäßige“ Arbeitszeit abgestellt wird und bei der Arbeit nach Leistungslohn aus Gründen der Praktikabilität der von dem Arbeitnehmer in der für ihn maßgeblichen regelmäßigen Arbeitszeit erzielbare Durchschnittsverdienst zugrunde zu legen ist (BAG v. 27.4.2016 – 5 AZR 229/15, AP EFZG § 4 Nr. 75 Rn. 22; BeckOK ArbR/Ricken EFZG § 4 Rn. 1 f.; *Brecht* EFZG § 4 Rn. 4; *DFL/Vossen* EFZG § 4 Rn. 23; *Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge* EFZG § 4 Rn. 8; *Worzalla/Süllwald* EFZG § 4 Rn. 4 f.). Durch die Modifizierung werden zugleich Zufälligkeiten und Ungerechtigkeiten, die sich bei einer konsequenten Handhabung des Entgeltausfallprinzips ergeben können, abgemildert (so BeckOK ArbR/Ricken EFZG § 4 Rn. 1; ähnl. *Brecht* § 4 Rn. 1).
- 30 Da der Arbeitnehmer so zu stellen ist, als hätte er gearbeitet, ist grundsätzlich das Arbeitsentgelt zu ermitteln und fortzuzahlen, das während der Arbeitsunfähigkeit sonst an den Arbeitnehmer zu zahlen gewesen wäre. **Berechnungsgrundlagen** für das vom Arbeitgeber fortzuzahlende Arbeitsentgelt sind demgemäß die für den Arbeitnehmer maßgebliche **regelmäßige Arbeitszeit** (→ Rn. 31 ff.) und – sofern er keinen Leistungslohn erhält (vgl. dazu → Rn. 151 ff.) – das ihm für diese Arbeitszeit zustehende **Arbeitsentgelt** (→ Rn. 68 ff.; BAG v. 27.4.2016 – 5 AZR 229/15, AP EFZG § 4 Nr. 75 Rn. 22; v. 16.7.2014 – 10 AZR 242/13, AP EFZG § 3 Nr. 72; v. 14.1.2009 – 5 AZR 89/08, DB 2009,909; v. 24.3.2004 – 5 AZR 346/03, AP EFZG § 4 Nr. 66; v. 21.11.2001 – 5 AZR 296/00, AP EFZG § 4 Nr. 56).

1. Regelmäßige Arbeitszeit

a) Allgemeines

- 31 Dem Arbeitnehmer ist das Bruttoarbeitsentgelt fortzuzahlen, das ihm für seine **individuelle regelmäßige Arbeitszeit** gezahlt worden wäre. Nicht die im Betrieb übliche Ar-