

---

**Datum:** 18.08.2023  
**Gericht:** Landesarbeitsgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 1. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 1 Sa 127/23  
**ECLI:** ECLI:DE:LAGHAM:2023:0818.1SA127.23.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Herne, 5 Ca 1406-22  
**Schlagworte:** Fortsetzungserkrankung, Entgeltfortzahlung, Arbeitsunfähigkeit, Darlegungs- und Beweislast  
**Normen:** § 3 Entgeltfortzahlungsgesetz; § 138 ZPO, § 67 ArbGG  
**Leitsätze:**  
Einzelfallentscheidung zur Darlegungs- und Beweislast bei  
Tatsachenvortrag zu Fortsetzungserkrankungen i.S.d. § 3 Abs. 1  
S. 2 Entgeltfortzahlungsgesetz

---

**Tenor:**  
Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Arbeitsgerichts  
Herne vom 11.01.2023 – 5 Ca 1406/22 – wird auf Kosten des  
Klägers zurückgewiesen.  
Die Revision wird nicht zugelassen.

---

**Tatbestand** 1  
Die Parteien streiten um Entgeltfortzahlungsansprüche für den Monat März 2022, die der 2  
Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 01.04.2022 geltend machen ließ.  
Zwischen den auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages vom 24.09.2020 seit 3  
dem 01.10.2020 bis zum 31.07.2022 arbeitsvertraglich verbundenen Parteien war für den  
Monat März 2022 eine Bruttovergütung in Höhe von 2.050,00 € nebst  
Kontoführungsgebühren in Höhe von 1,28 € vereinbart. Der Kläger war bei der Beklagten als  
Lagerarbeiter tätig.

Die Beklagte rechnete in der Annahme, der Kläger habe sich vom 1. bis zum 30. März 2022 einschließlich nicht mehr im Entgeltfortzahlungsbezug befunden, für den Monat März (lediglich) 67,41 € brutto – Kontoführungsgebühren in Höhe von 1,28 € eingeschlossen – ab und zahlte den sich ergebenden Nettobetrag aus.

4

Der Kläger war, soweit für die Berufung von Interesse, an folgenden Tagen arbeitsunfähig erkrankt:

5

<b>Zeitraum</b>	<b>Anzahl Kalendertage</b>
25.06.2021	1
28.06.2021 bis 29.06.2021	2
27.07.2021 bis 31.07.2021:	5
02.08.2021	1
30.08.2021 bis 10.09.2021	12
08.11.2021 bis 18.11.2021	11
04.12.2021 bis 08.12.2021	5
06.01.2022 bis 04.02.2022	30
05.02.2022 bis 07.02.2022	3
07.02.2022 bis 14.02.2022	7
19.02.2022	1
21.02.2022 bis 30.03.2022	38
01.04.2022 bis 15.07.2022	106
18.07.2022 bis 31.07.2022	13

6

Der Kläger ist bei der Knappschaft gesetzlich krankenversichert. Die Knappschaft teilte der Beklagten zunächst mit, dass auf den Krankheitszeitraum vom 21.02.2022 bis zum 30.03.2022 die Krankheitszeiträume vom 06.01.2022 bis zum 14.02.2022 anzurechnen seien. Die Beklagte lehnte unter Bezugnahme auf diese Mitteilung Entgeltfortzahlungen für den Zeitraum vom 23.02.2022 bis zum 30.03.2022 ab.

7

Auf eine Anfrage des Klägers teilte diesem die Knappschaft mit Schreiben vom 30.06.2022 Folgendes mit:

8

„(...)“

9

wir beziehen uns auf Ihr Schreiben und teilen Ihnen mit, dass uns für das Jahr 2021 keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorliegen. Für diese Zeiten kann der Anspruch auf Krankengeld aktuell nicht geprüft werden.	10
Für die Zeit vom 06.01.2022 bis 14.02.2022 hat durchlaufend Arbeitsunfähigkeit bestanden.	11
Für die Zeit vom 21.02.2022 bis 30.03.2022 hat ebenfalls durchlaufend Arbeitsunfähigkeit bestanden. Nach erneuter Prüfung besteht für diesen Zeitraum ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber. Der Arbeitgeber erhält mit Schreiben vom heutigen Tag eine Korrekturmeldung. Wir hatten zunächst Vorerkrankungen angerechnet. (...)“	12
Die Beklagte teilte dem Prozessbevollmächtigten des Klägers am 11.08.2022 mit, dem Schreiben der Knappschaft vom 30.06.2022 keine Bedeutung beimessen zu wollen, weil es keine Aussagekraft habe. Der Kläger möge die Krankheitsursachen für die verschiedenen Krankheitszeiträume angeben und das Bestehen von Fortsetzungserkrankungen im Einzelnen darlegen.	13
Der Kläger hat behauptet, bis zum 06.01.2022 habe er an einer Bronchitis gelitten. Am 10.01.2022 sei eine Neurasthenie hinzugetreten. Diese Erkrankungen hätten bis zum 04.02.2022 bestanden und wären ab diesem Tag ausgeheilt. Am 04.02.2022 sei eine Radikulopathie im Lumbalbereich hinzugetreten. Diese Erkrankung habe die Arbeitsunfähigkeit ab dem 05.02.2022 alleine bedingt. Die Erkrankungen des Jahres 2022 habe ihm seine Krankenkasse in einem Schreiben vom 17.11.2022 – insoweit unstreitig – bestätigt.	14
Am 07.02.2022 seien eine Kolitis und eine Diarrhoe hinzugetreten. Beide Erkrankungen hätten bis zum 08.02.2022 alleine bestanden und seien danach ausgeheilt gewesen. Ab dem 21.02.2022 sei er wiederum wegen einer Neurasthenie arbeitsunfähig gewesen. Diese Erkrankung sei am 30.03.2022 ausgeheilt gewesen. Am 01.04.2022 habe er sich eine Verstauchung des linken Sprunggelenks zugezogen, die die Arbeitsunfähigkeit neben anderen Erkrankungen ab dem 07.04.2022 ausgelöst habe.	15
Die Neurasthenie sei im Januar 2022 der bereits bestehenden Bronchitis hinzugetreten. Da sie zu keinem Tag alleine die damalige Arbeitsunfähigkeit bedingt habe, könne – so seine Auffassung – eine Anrechnung auf die Krankheitstage im Februar und März 2022 nicht erfolgen.	16
Der Kläger beantragt,	17
die Beklagte zu verurteilen, an ihn 2.051,28 € brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2022 abzüglich gezahlter 53,84 € netto zu zahlen.	18
Die Beklagte beantragt,	19
die Klage abzuweisen.	20
Die Beklagte hat behauptet, das Arbeitsverhältnis habe sich durch vielfältige Krankheitszeiten ausgezeichnet. Der Kläger habe in der Zeit vom 21.02.2022 bis zum 30.03.2022 an derselben Erkrankung gelitten, die die Arbeitsunfähigkeit vom 06.01.2022 bis zum 14.02.2022 verursacht habe, wie ursprünglich von der Knappschaft bestätigt. Die vom Kläger vorgetragene Krankheitsursachen sowie deren Beginn und Ende seien zu bestreiten. Der Kläger möge eine ärztliche Behandlungsdokumentation des ihn behandelnden und von ihm	21

von der ärztlichen Schweigepflicht entbundenen Arztes A. für die Zeit vom 06.01.2022 bis zum 30.04.2022 vorlegen.

Mit Urteil vom 11.01.2023, dem Kläger am 16.01.2023 zugestellt, hat das Arbeitsgericht die Klage abgewiesen, im Wesentlichen mit folgender Begründung: 22

Die Beklagte habe den Vergütungsanspruch für den Monat März 2022 erfüllt, indem sie dem Kläger für den Arbeitstag des 31.03.2022 den ihm darauf entfallenden Lohn nebst Kontoführungsgebühr gezahlt habe. Dem Kläger stünde ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung für den Zeitraum vom 1. bis zum 30. März 2022 nicht zu. Zwar sei der Kläger arbeitsunfähig erkrankt gewesen. Doch sei der sechswöchige Entgeltfortzahlungsanspruch bereits vor dem 01.03.2022 ausgeschöpft gewesen. Sofern dieselbe Krankheit Ursache für die erneute Arbeitsunfähigkeit sei, liege eine Fortsetzungserkrankung im Sinne des § 3 Abs. 1 S. 2 EntgFG vor. Dies stehe einem Anspruch des Klägers entgegen. 23

So sei ein klagender Arbeitnehmer gehalten darzulegen, dass keine Fortsetzungserkrankung vorliege. Dazu könne er eine ärztliche Bescheinigung vorlegen. Bestreite der Arbeitgeber, dass eine neue Krankheit vorliege, obliege es dem Arbeitnehmer, die Tatsachen darzulegen, die den Schluss erlaubten, es habe keine Fortsetzungserkrankung vorgelegen. Der Arbeitnehmer habe den Arzt von der Schweigepflicht zu entbinden. Der Kläger sei seiner Vortragslast nicht ausreichend nachgekommen. So habe die Beklagte unstreitig im Zeitraum vom 25.06.2021 bis zum 08.12.2021 für insgesamt 35 Kalendertage Entgeltfortzahlung geleistet. Sämtliche Arbeitsunfähigkeitszeiten lägen noch im Rahmen des in § 3 Abs. 1 S. 2 EntgFG genannten Zeitraums. Sie kämen deshalb als anrechenbare Vorerkrankungen in Betracht. Der Kläger habe trotz eines gerichtlichen Hinweises nicht zu den zugrundeliegenden Erkrankungen vorgetragen. Das Gericht müsse daher annehmen, dass die ab dem 21.02.2022 zur Arbeitsunfähigkeit führende Erkrankung auf demselben Grundleiden beruhten, welches im Kalenderjahr 2021 die Arbeitsunfähigkeitszeiten bedingt hätten. 24

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers vom 13.02.2023, die er innerhalb der bis zum 17.04.2023 verlängerten Frist an diesem Tag wie folgt begründet: 25

Die Beklagte habe sich erstinstanzlich nicht darauf berufen, dass die Erkrankungen im März 2022 mit einem Grundleiden aus dem Jahr 2021 zusammenhingen. Sie habe sich lediglich auf den Standpunkt gestellt, dass es sich um eine Erkrankung gehandelt habe, die bereits im Januar 2022 bestanden habe. Das Arbeitsgericht habe damit einen Sachverhalt angenommen, der so nicht vorgetragen worden sei. Zwischen den Parteien sei unstreitig gewesen, dass die Erkrankungen im Jahr 2021 nichts mit denjenigen im Jahr 2022 zu tun gehabt hätten. Er – der Kläger – sei deshalb nur zur Darlegung des nicht bestehenden Zusammenhangs zwischen den beiden Erkrankungen aus dem Jahr 2022 verpflichtet. Diesen Vortrag habe er erbracht. Die Beklagte – so seine Auffassung – müsse den Beweis des Gegenteils erbringen. 26

Der Kläger beantragt, 27

unter teilweiser Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Herne vom 11.01.2023 – 5 Ca 1406/22 – die Beklagte zu verurteilen, an ihn 1.983,87 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.04.2022 zu zahlen. 28

Die Beklagte beantragt, 29

30

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das arbeitsgerichtliche Urteil und führt ergänzend aus, es sei unzutreffend, nehme der Kläger an, es sei unstreitig, dass die Erkrankungen des Jahres 2021 andere gewesen seien als die Erkrankungen, unter denen er ab dem 21.02.2022 gelitten habe. Der Kläger habe die Tatsachen darstellen müssen, die gegen eine Fortsetzungserkrankung gesprochen hätten. Einen solchen Vortrag habe der Kläger weder erstinstanzlich noch in der Berufung geleistet. So habe der Kläger mit keinem Wort vorgetragen, welche Krankheitsursachen seine Arbeitsunfähigkeit in der Zeit vom 25.06.2021 bis zum 08.12.2021 begründet hätten. Er habe auch nicht mitgeteilt, welche Ärzte ihn in diesem Zeitraum behandelt hätten. Damit fehle es an einem einlassungsfähigen Sachvortrag hinsichtlich des Ausnahmetatbestands des § 3 Abs. 1 S. 2 EntgFG. Der Entgeltfortzahlungszeitraum sei jedenfalls bis zum Ablauf des Monats Februar 2022 ausgeschöpft gewesen. 31

Der Kläger hat der Knappschaft mit erstinstanzlichem Schriftsatz vom 06.12.2022 den Streit verkündet. Dieser Schriftsatz ist einschließlich des weiteren Akteninhalts der Knappschaft in der Berufungsinstanz am 06.06.2023 zugestellt worden. Die Knappschaft hat mit einem nicht von einem Prozessbevollmächtigten i.S.d. § 11 Abs. 4 ArbGG eingereichten Schriftsatz vom 03.08.2023 den Betritt auf Seiten des Klägers erklärt. 32

Wegen des weiteren Sach- und Rechtsvortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf den Inhalt der Protokolle der öffentlichen Sitzungen Bezug genommen. 33

## **Entscheidungsgründe** 34

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet. 35

I. Die Berufung des Klägers ist nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes statthaft, § 64 Abs. 2 lit. b) ArbGG. Sie wurde nach den §§ 519 ZPO, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG am 13.02.2023 gegen das am 16.01.2023 zugestellte Urteil vom 11.01.2023 innerhalb der Monatsfrist form- und fristgerecht eingelegt sowie innerhalb der verlängerten Frist gem. § 66 Abs. 1 S. 1, 5 ArbGG ordnungsgemäß im Sinne der §§ 520 Abs. 3, 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG am 17.04.2023 begründet. Die Berufung ist damit insgesamt zulässig. 36

II. Die Berufung ist unbegründet. Das Arbeitsgericht hat die auf Entgeltfortzahlung für die Zeit vom 01.03.2022 bis zum 30.03.2022 gerichtete Klage zu Recht abgewiesen. 37

1. Dem Kläger steht gegen die Beklagte kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung gem. § 3 Abs. 1 S. 1 EntgFG i.V.m. dem zwischen den Parteien bestehenden Arbeitsvertrag zu. Danach behält ein Arbeitnehmer, der durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, den Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber für die Dauer von sechs Wochen. 38

a) Der Kläger war im streitgegenständlichen Zeitraum an der Arbeitsleistung infolge Krankheit verschuldenslos verhindert. 39

b) Allerdings steht dem Entgeltfortzahlungsanspruch der Ausschlussstatbestand des § 3 Abs. 1 S. 2 EntgFG entgegen. Denn ein Arbeitnehmer verliert den Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn er nach Entgeltfortzahlung für sechs Wochen infolge derselben Krankheit erneut arbeitsunfähig wird. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung wegen einer 40

Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Erkrankung steht ihm nur dann zu, wenn er vor erneuter Arbeitsunfähigkeit mindestens sechs Monate nicht infolge derselben Krankheit arbeitsunfähig war (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EntgFG) oder seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit infolge derselben Krankheit eine Frist von zwölf Monaten abgelaufen ist (§ 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EntgFG).

Der Kläger hat nicht ausreichend vorgetragen, dass einer der beiden Fälle greift, in denen der Anspruchsausschluss nicht gegeben ist. 41

aa) Der Kläger war sowohl innerhalb des Zeitraums nach § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EntgFG von sechs Monaten als auch innerhalb des Zeitraums nach § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EntgFG von 12 Monaten vor dem letzten Tag des streitrelevanten Arbeitsunfähigkeitszeitraums, der am 21.02.2022 begann und am 30.03.2022 endete, für mehr als sechs Wochen erkrankt. 42

Der Zwölf-Monats-Zeitraum des § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EntgFG beginnt im Wege der Vorausberechnung mit dem Eintritt der ersten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit (*ErfKom-Reinhard*, 23. Aufl. 2023, § 3 EntgFG Rn. 40). Die Arbeitsunfähigkeit, die aus der Sicht des Klägers Entgeltfortzahlung für März 2022 ausgelöst haben soll, wurde am 21.02.2022 mit einer Erstbescheinigung ärztlich als gegeben attestiert. Im Jahreszeitraum vor dieser Erkrankung lagen 78 Arbeitsunfähigkeitstage. Im Sechs-Monats-Zeitraum des § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EntgFG, der vor dem 21.02.2022 lag, wurden für den Kläger eine Arbeitsunfähigkeit für 57 Tage attestiert. In beiden Zeiträumen ist der Sechs-Wochen-Zeitraum von 42 Tagen damit (deutlich) überschritten. 43

bb) Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast ist arbeitsgerichtlich entschieden, dass den Arbeitnehmer eine abgestufte Darlegungslast trifft (*BAG 18.01.2023 – 5 AZR 93/22; 31.03.2021 – 5 AZR 197/20; 11.12.2019 - 5 AZR 505/18; 25.05.2016 – 5 AZR 318/15; 10.09.2014 – 10 AZR 651/12; ErfKom-Reinhard*, 23. Aufl. 2023, § 3 EntgFG Rn. 44). So hat der Arbeitnehmer, sofern sich dazu der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung keine Angabe entnehmen lässt, darzulegen, dass keine Fortsetzungserkrankung besteht. Seiner Darlegungslast kommt er nach, wenn er dazu ärztliche Bescheinigungen vorlegt. Bestreitet der beklagte Arbeitgeber, dass eine neue Erkrankung vorliegt, muss der Arbeitnehmer Tatsachen vortragen, die den Rückschluss zulassen, es habe keine Fortsetzungserkrankung bestanden. Dies überspannt die Vortragslast des Arbeitnehmers nicht – und ist weder verfassungsrechtlich noch europarechtlich problematisch (*BAG 18.01.2023 – 5 AZR 93/22*). Ausreichend ist es, dass der klagende Arbeitnehmer – bezogen auf den gesamten maßgeblichen Zeitraum – laienhaft schildert, welche gesundheitlichen Beeinträchtigungen und Beschwerden er hatte und wie sie sich auf seine Arbeitsfähigkeit ausgewirkt haben. Ferner muss der Arbeitnehmer die behandelnden Ärzte von deren Schweigepflicht entbinden (*BAG 18.01.2023 – 5 AZR 93/22; 31.03.2021 – 5 AZR 197/20; 10.09.2014 – 10 AZR 651/12*). Erst dann ist es dem Arbeitgeber möglich, substantiiert zu erwidern. Jedenfalls reicht die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht mehr aus, sofern der Arbeitgeber die Behauptungen des Arbeitnehmers bestritten hat (*BAG 18.01.2023 – 5 AZR 93/22*). 44

Der Kläger ist dieser Darlegungslast nicht nachgekommen. 45

Zwar hat der Kläger zutreffend darauf hingewiesen, dass sich die Parteien erstinstanzlich im Wesentlichen darüber gestritten haben, ob ein Fortsetzungszusammenhang zwischen der ab dem 06.01.2022 vorliegenden Bronchitis und Neurasthenie sowie der ab dem 21.02.2022 erneut eingetretenen und bis zum 30.03.2022 fortdauernden Neurasthenie bestanden habe. Doch ist das für den Ausgang des Berufungsverfahrens unerheblich und entbindet dem 46

Kläger nicht davon, zu den klagebegründenden Tatsachen des fehlenden Fortsetzungszusammenhangs zwischen diesen Erkrankungen und denen in den in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 EntgFG vorzutragen.

(1) Entgegen der Auffassung des Klägers ist nicht anzunehmen, dass das Nichtbestehen von Fortsetzungserkrankungen vor dem 06.01.2022 in den Zeiträumen des § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 EntgFG nach § 138 Abs. 3 ZPO in rechtlicher Hinsicht als zugestanden galt. 47

Es können nur solche Tatsachen als zugestanden gelten, die – ausdrücklich oder konkludent - auch vorgetragen wurden. Der Kläger hat sich zu Erkrankungen vor dem 06.01.2022 selbst nicht ausdrücklich erklärt, sondern sich im Wesentlichen auf Schreiben der Knappschaft vom 30.06.2022 und 17.11.2022 berufen. Ein Schreiben der Krankenkasse zum Nichtvorliegen einer Fortsetzungserkrankung bindet weder den Arbeitgeber noch die Arbeitsgerichte. § 69 Abs. 4 Hs. 1 SGB X ermöglicht es der Krankenkasse lediglich, dem betroffenen Arbeitgeber ihre Einschätzung wiederzugeben (*BAG 18.01.2023 – 5 AZR 92/22; 10.09.2014 – 10 AZR 651/12*). Eine solche Mitteilung hat auch keinen einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beizumessenden Beweiswert (*BAG 18.01.2023 – 5 AZR 92/22*). Sie ersetzt keinen eigenen Tatsachenvortrag, sondern kann diesen allenfalls ergänzen. 48

In der Bezugnahme des Klägers auf die Schreiben der Krankenkasse vermag die Kammer nicht die konkludente Behauptung zu erkennen, eine Fortsetzungserkrankung in den nach § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 2 EntgFG relevanten Bezugszeiträumen sei nicht gegeben. So hat sich das Schreiben der Knappschaft vom 17.11.2022 ausschließlich mit den Erkrankungen des Klägers vom 06.01.2022 bis zum 07.04.2022 auseinandergesetzt. Dem Schreiben der Knappschaft vom 30.06.2022 lässt sich entnehmen, dass diese sich zu Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers für das Jahr 2021 „aktuell“ nicht habe erklären können, weil ihr für dieses Jahr keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegen hätten. Diesen Schreiben lässt sich damit nicht entnehmen, dass sich die Knappschaft mit den Arbeitsunfähigkeitszeiten des Jahres 2021 auseinandergesetzt hat. Die Bezugnahme auf diese Schreiben lässt sich demgemäß auch nicht dahingehend begreifen, der Kläger habe sich Tatsachenangaben in diesem Schreiben zu fehlenden Ersterkrankungen im Jahr 2021 zu eigen machen wollen. Fehlt es aber am Vortrag von Tatsachen, die den Fortsetzungszusammenhang betreffen, mussten solche auch nicht von der Beklagten bestritten werden. 49

(2) Im Übrigen ist aber auch die Absicht der Beklagten, das Vorliegen sämtlicher Tatbestandsvoraussetzungen i.S.d. § 138 Abs. 2 ZPO zu bestreiten, aus den übrigen Erklärungen der Beklagten zu entnehmen. Vorgerichtlich hat die Beklagte anwaltlich mit Schreiben vom 20.04.2022 vortragen lassen, die geltend gemachten Ansprüche bestünden nicht. Zugleich hat sie die Arbeitsunfähigkeitszeiten des Klägers über den Zeitraum vom 25.06.2021 bis zum 30.03.2022 aufgezählt und damit nicht nur die ab dem 06.01.2022 bestehenden Arbeitsunfähigkeitszeiträume in ihre Überlegungen einbezogen. Ferner hat sie den Kläger mit weiterem Schreiben vom 11.08.2022 auffordern lassen, die jeweiligen Krankheitsursachen für die verschiedenen Krankheitszeiträume mitzuteilen, damit ihr mit diesem Sachvortrag eine Auseinandersetzung möglich ist. Sie hat deutlich gemacht, sich mit dem Vorbringen des Klägers umfassend auseinandersetzen und es – soweit nötig – streitig stellen zu wollen. 50

(3) Wollte man annehmen, die Beklagte hätte sich bereits erstinstanzlich zum Fortsetzungszusammenhang der Erkrankungen des Klägers aus 2021 und 2022 durch Bestreiten erklären müssen, wäre sie jedenfalls nicht gehindert, nun – wie geschehen – in der 51

Berufungsbeantwortung erstmals ausdrücklich zu bestreiten, dass keine Fortsetzungserkrankung vorlag. § 67 Abs. 3 ArbGG stünde dem nicht entgegen.

In der Berufung können nach § 67 Abs. 3 ArbGG neue Angriffs- und Verteidigungsmittel, die im ersten Rechtszug entgegen § 282 Abs. 1 ZPO nicht rechtzeitig vorgebracht oder entgegen § 282 Abs. 2 ZPO nicht rechtzeitig mitgeteilt worden sind, nur zugelassen werden, wenn ihre Zulassung nach freier Überzeugung des Landesarbeitsgerichts die Erledigung des Rechtsstreits nicht verzögern würde oder wenn die Partei das Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hatte. 52

Das erstmalige Bestreiten in der Berufungsbeantwortung ist neues Verteidigungsmittel im Sinne von § 282 Abs. 1 ZPO (*LAG Berlin-Brandenburg 10.02.2017, 6 Sa 1758/16*). Für die Beklagte gilt jedenfalls, dass sie es nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hat, dieses Verteidigungsmittel bereits im ersten Rechtszug vorzubringen. Dabei musste die Beklagte weder darlegen noch glaubhaft machen, dass Tatsachen gegeben sind, aus denen zu folgern ist, dass sie Vorbringen im ersten Rechtszug nicht aus grober Nachlässigkeit unterlassen hat. Vielmehr hat das Berufungsgericht positiv festzustellen, ob „grobe Nachlässigkeit“ gegeben ist (*BAG 21.05.2019 - 2 AZR 574/18*). 53

Grobe Nachlässigkeit liegt dann vor, wenn eine Partei ihre Pflicht zur erstinstanzlichen Prozessführung in besonders gravierender Weise vernachlässigt, wenn sie also dasjenige unterlässt, was nach dem Stand des Verfahrens jeder Partei als notwendig hätte einleuchten müssen (*BAG 11.06.2020 – 2 AZR 400/19; Germelmann/Matthes/Prütting-Schleusener, ArbGG, 10. Aufl. 2022, § 67Rn. 15*). Eine grobe Nachlässigkeit scheidet aus, wenn die Verspätung durch Fehler seitens des Gerichts verursacht worden ist, etwa deshalb, weil das Gericht seinen Hinweispflichten aus § 139 ZPO nicht entsprochen hat (*Germelmann/Matthes/Prütting-Schleusener, ArbGG, 10. Aufl. 2022, § 67Rn. 15*). 54

Hier wäre ein Hinweis des Arbeitsgerichts gem. § 139 Abs. 2 ZPO zu erwarten gewesen, dass der Kläger nach Auffassung des entscheidenden Arbeitsgerichts nicht ausreichend zu fehlenden Fortsetzungserkrankungen in den Zeiträumen des § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 EntgFG vorgetragen habe und die Klage deshalb letztlich unschlüssig ist. Zwar hat das Gericht am 14.10.2022 ausweislich des Protokolls der mündlichen Verhandlung einen rechtlichen Hinweis zur Darlegungslast erteilt. Allerdings befasst sich dieser Hinweis nicht damit, dass der Kläger zum Fortsetzungszusammenhang der Erkrankungen aus dem Jahr 2021 hätte vortragen müssen. 55

Wäre ein solcher Hinweis erteilt worden, hätte der Kläger ergänzend vortragen, die Beklagte entsprechend bestreiten können. Entscheidet das Arbeitsgericht auf dieser Grundlage, scheidet die Annahme einer groben Nachlässigkeit mit den Zurückweisungsfolgen des § 67 Abs. 3 ArbGG aus, wenn sich die obsiegende Partei mit ihrem Vorbringen an der Rechtsauffassung des Gerichts orientiert und ihr weiteres prozessuales Vorbringen darauf einstellt (*vgl. Germelmann/Matthes/Prütting-Schleusener, ArbGG, 10. Aufl. 2022, § 67Rn. 15*). Deshalb ist die Beklagte nicht gehindert, der Auffassung des Arbeitsgerichts im angefochtenen Urteil folgend nun in der Berufungsinstanz – erstmals ausdrücklich – das Fehlen von Fortsetzungserkrankungen in den nach § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 und 2 EntgFG relevanten Zeiträumen zu bestreiten. 56

(4) Trotz dieses bestrittenen Vortrags hat sich der Kläger wiederum in seiner Berufung nur darauf beschränkt, angesichts des fehlenden rechtlichen Hinweises des Arbeitsgerichts einen Verstoß gegen den Grundsatz rechtlichen Gehörs nach Art. 103 Abs. 1 GG zu rügen und in diesem Zusammenhang die Auffassung zu äußern, er habe seine 57

Darlegungen ausreichend erbracht. Weiterer Sachvortrag des Klägers zu den Tatbestandsvoraussetzungen in § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 u. 2 EntgFG erfolgte nicht, auch nicht nach dem Hinweis der Beklagten in deren Berufungsbeantwortung, dass sich der Kläger mit den tragenden Erwägungen des Arbeitsgerichts zu der in dessen Urteil zutreffend angenommenen Verteilung der Darlegungs- und Beweislast und zu Fortsetzungserkrankungen nicht auseinandergesetzt habe.

Auch für das Berufungsgericht ist deshalb nicht erkennbar, dass es sich bei den entgeltrelevanten Zeiträumen im März 2022 nicht um solche gehandelt hat, in denen die Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht durch eine bereits in den relevanten Zeiträumen des § 3 Abs. 1 S. 2 EntgFG aufgetretene Ersterkrankung ausgelöst worden ist. 58

2. Mangels bestehender Hauptforderung ist der geltend gemachte Zinsanspruch nicht zur Entscheidung angefallen. 59

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO. Gründe für die Zulassung der Revision i. S. d. § 72 Abs. 2 ArbGG sind nicht gegeben. Keine der entscheidungserheblichen Rechtsfragen hat grundsätzliche Bedeutung i. S. d. § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG. Die tatsächlichen Auswirkungen der Rechtsfragen berühren auch nicht die Interessen der Allgemeinheit oder eines größeren Teils der Allgemeinheit. Auch weicht diese Entscheidung von keiner Entscheidung der in § 72 Abs. 2 Nr. 2 ArbGG genannten Gerichte ab. 60

**RECHTSMITTELBELEHRUNG** 61

Gegen dieses Urteil ist ein Rechtsmittel nicht gegeben. 62

Wegen der Möglichkeit der Nichtzulassungsbeschwerde wird auf § 72a ArbGG verwiesen. 63