

---

**Datum:** 16.01.2025  
**Gericht:** Arbeitsgericht Köln  
**Spruchkörper:** 8. Kammer  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** 8 Ca 4803/24  
**ECLI:** ECLI:DE:ARBGK:2025:0116.8CA4803.24.00

---

**Vorinstanz:** Arbeitsgericht Köln, 8 Ca 4803/24  
**Schlagworte:** Darlegungslast für Rückforderung überzahlter Entgeltfortzahlung; Darlegungslast für Kündigung wegen „Entgeltfortzahlungs-Betrug“  
**Normen:** § 626 BGB, § 812 BGB, § 3 EFZG  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**

1. Die erhöhten Anforderungen an die Darlegungslast des Arbeitnehmers zur Geltendmachung eines Entgeltfortzahlungsanspruchs nach der neueren Rechtsprechung des 5. Senats des BAG (5 AZR 137/23 vom 13.12.2023, 5 AZR 93/22 vom 18.01.2023, 5 AZR 505/18 vom 11.12.2019) wirken sich nicht zugunsten des Arbeitgebers aus im umgekehrten Fall der Geltendmachung eines Rückforderungsanspruchs des Arbeitgebers nach § 812 BGB wegen vermeintlich in der Vergangenheit zu Unrecht erfolgter Entgeltfortzahlung. Hier verbleibt es dabei, dass der Arbeitgeber darlegungsbelastet ist bezüglich des fehlenden Rechtsgrundes der Leistung.

2. Ebenso ergeben sich aus der Rechtsprechung zum Entgeltfortzahlungsrecht keine Darlegungserleichterungen für den Arbeitgeber beim Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung. Stützt der Arbeitgeber seine Kündigung darauf, der Arbeitnehmer habe die behandelnden Ärzte bzw. den Arbeitgeber getäuscht, um zu Unrecht Entgeltfortzahlung zu erlangen (sogenannter „Entgeltfortzahlungs-Betrug“), muss der Arbeitgeber diejenigen Tatsachen, welche die Täuschung begründen sollen, konkret vortragen und kann nicht umgekehrt zunächst vom Arbeitnehmer verlangen, dass dieser konkret zu seinen Krankheitsursachen vorträgt.

---

**Tenor:**

1. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche und fristlose Kündigung der Beklagten vom 31.07.2024 nicht aufgelöst ist.
2. Es wird festgestellt, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die weitere außerordentliche und fristlose Kündigung der Beklagten vom 31.07.2024 nicht aufgelöst ist.
3. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbesteht.
4. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin als „Sachbearbeiterin Betriebliche Gesundheitsförderung (GFB Markt)“ bis zur rechtskräftigen Beendigung des Rechtsstreits weiter zu beschäftigen.
5. Die Widerklage wird abgewiesen.
6. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
7. Der Streitwert wird festgesetzt auf 118.581,93 Euro.
8. Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

---

**Tatbestand:**

Die Parteien streiten über die Rechtswirksamkeit einer verhaltensbedingt begründeten Kündigung ihres Arbeitsverhältnisses sowie im Wege der Widerklage über Vergütungsrückforderungsansprüche der Beklagten. 1 2

Die Beklagte betreibt eine Krankenkasse mit bundesweit über 7000 Beschäftigten. 3

Die am 1966 geborene Klägerin war seit dem 01.07.1994 zunächst bei der „I“ in G beschäftigt. Im ursprünglichen Arbeitsvertrag war eine Tätigkeit im Bereich der Finanzbuchhaltung vorgesehen. 4

Im Jahr 2014 gab es eine arbeitsrechtliche Auseinandersetzung zwischen der Klägerin und ihrer damaligen Arbeitgeberin, der „I“, die vor dem Arbeitsgericht Köln unter Aktenzeichen 11 Ca 5220/13 geführt wurde. Vor dem LAG Köln zu Aktenzeichen 7 Sa 770/24 (Bl. 24 d. A.) vereinbarten die Parteien mit Vergleich vom 22.10.2014 – dem die hiesige Beklagte beigetreten ist - einen Arbeitgeber-Wechsel der Klägerin von der „I“ in G zur hiesigen Beklagten in deren Geschäftsstelle in B, unter Anrechnung der Vorbeschäftigungszeit. 5

In der Geschäftsstelle der Beklagten in B ist die Klägerin seitdem für die Beklagte tätig. 6

Mit Schreiben vom 09.10.2023 (Anlage K21, Bl. 165 d. A.) teilte der Personalleiter der Beklagten S M der Klägerin mit, dass diese bisher als „AO Sachbearbeiter/In PaG am Standort B der IK beschäftigt“ sei und diese Stelle ab dem 01.11.2023 eine neue Bezeichnung erhalte, nunmehr als „SB Betriebliche Gesundheitsförderung (GFB Markt)“.

Das durchschnittliche Bruttomonatsgehalt der Klägerin betrug zuletzt unter Einbeziehung anteiligen Urlaubsgeldes pp. 5.100,77 Euro. Insofern war die Klägerin seit Mai 2021 wieder in einem Vollzeit-Arbeitsverhältnis, nachdem die Parteien zuvor seit dem Jahr 2015 bis April 2021 ein Teilzeit-Arbeitsverhältnis mit 20 Wochenstunden vereinbart hatten. 8

Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien finden die Haus-Tarifverträge der I Anwendung. Aufgrund ihres Lebensalters und ihrer Betriebszugehörigkeit ist die Klägerin hiernach ordentlich tarifvertraglich unkündbar. 9

Die Klägerin ist mit einem Grad der Behinderung von 50 schwerbehindert. 10

Die Klägerin ist verheiratet, ihr Ehemann ist ebenfalls schwerbehindert. 11

Der auf das Arbeitsverhältnis anwendbare „Innungskrankenkassen-Tarifvertrag“ (Anlage K4, Bl. 36 ff. d. A.) enthält u. a. folgende Regelung: 12

*„§ 70 – Ausschlussfrist“* 13

*Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verfallen, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist von sechs Monaten nach Fälligkeit von den Beschäftigten oder vom Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden, soweit tarifvertraglich nichts anderes bestimmt ist. Für denselben Sachverhalt reicht die einmalige Geltendmachung des Anspruchs aus, um die Ausschlussfrist auch für später fällig werdende Leistungen unwirksam zu machen.“* 14

Der Tarifvertrag sieht darüber hinaus einen Anspruch auf Krankengeldzuschuss vor. 15

Seit April 2020 ist das Arbeitsverhältnis der Parteien durch erhebliche Ausfallzeiten der Klägerin belastet. Für den Zeitraum zwischen April 2020 und April 2023 liegen 75 Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen betreffend die Klägerin vor, davon wurden 37 als „Erstbescheinigung“ ausgestellt. Für die Zeiträume genehmigten Urlaubs bzw. für Gleitzeittage legte die Klägerin keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. Wegen der Einzelheiten wird auf die beklagtenseitig schriftsätzlich erfolgte Aufstellung der Arbeitsunfähigkeitszeiträume (Bl. 188 – 190 d. A. sowie Bl. 193 – 197 d. A.) Bezug genommen. 16

Die Klägerin erbrachte im Zeitraum seit dem 23.06.2020 bis 28.04.2023 soweit ersichtlich keine Arbeitsleistung für die Beklagte. Dennoch zahlte die Beklagte in erheblichem Umfang Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall an die Klägerin. Hierbei ließ sie die Rechtsprechung des 5. Senats des BAG zur Einheit des Verhinderungsfalls unberücksichtigt zahlte auch nach Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums entgegen den vom 5. Senat in der Entscheidung vom 18.01.2023 (5 AZR 93/22) aufgestellten Grundsätzen allein aufgrund des Vorliegens einer neuen „Erstbescheinigung“ regelmäßig neue Entgeltfortzahlung aus. Insgesamt zahlte die Beklagte so im Kalenderjahr 2021 ca. 21.000 Euro und im Kalenderjahr 2022 ca. 32.000 Euro sowie im ersten Halbjahr 2023 weitere ca. 13.000 Euro Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall an die Klägerin. Darüberhinausgehend zahlte die Beklagte an die Klägerin Urlaubsentgelt für die Zeiträume des genehmigten Urlaubs, für die jeweils keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt wurden. 17

Nach Vorliegen der Entscheidungsgründe der Entscheidung des 5. Senats des BAG vom 18.01.2023 zu 5 AZR 93/22 reichte die Klägerin unter dem 17.04.2023 eine weitere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein.	18
Daraufhin entschied die Beklagte, das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin außerordentlich kündigen zu wollen.	19
Sie hörte insofern ihren Personalrat sowie die Schwerbehindertenvertretung zur Kündigungsabsicht an.	20
Darüber hinaus beantragte sie beim Inklusionsamt des Landschaftsverbandes Rheinland die Zustimmung zur außerordentlichen Kündigung der schwerbehinderten Klägerin.	21
Mit Bescheid vom 26.06.2023 (Bl. 126 d. A.) entschied das Inklusionsamt, die beantragte Zustimmung nicht zu erteilen. Zur Begründung führte das Inklusionsamt aus, die beabsichtigte Kündigung sei offensichtlich arbeitsrechtlich rechtswidrig.	22
Gegen diese Entscheidung legte die Beklagte Widerspruch ein. Auch der Widerspruch wurde mit Bescheid vom 13.12.2023 (Anlage K 16, Bl. 131 d. A.) zurückgewiesen.	23
Hiergegen erhob die Beklagte Klage beim Verwaltungsgericht Köln. Mit Urteil vom 25.06.2024 zu Aktenzeichen 7 K 223/24 (Anlage K 17, Bl. 143 ff. d. A.) verpflichtete das VG Köln den dortigen Beklagten (= L ) unter Aufhebung des Bescheides vom 06.06.2023 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.12.2023 die Zustimmung zu der außerordentlichen fristlosen Kündigung der Beigeladenen (= hiesige Klägerin) zu erteilen.	24
Daraufhin erteilte der L nunmehr mit Bescheid vom 24.07.2024 (Anlage K 18, Bl. 158 d. A.) die von der Beklagten beantragte Zustimmung zur beabsichtigten außerordentlichen Kündigung der Klägerin.	25
Mit zwei Kündigungsschreiben jeweils datierend vom 31.07.2024, zugegangen sowohl der Klägerin persönlich als auch ihren prozessbevollmächtigten Rechtsanwälten, erklärte die Beklagte die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien.	26
In der Zwischenzeit nach April 2023 hatte die Klägerin bis Jahresende 2023 weiterhin Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt und in dieser Zeit keine Arbeitsleistung für die Beklagte erbracht; nunmehr ab dem zweiten Halbjahr 2023 zahlte die Beklagte allerdings auch keine Entgeltfortzahlung mehr an die Klägerin.	27
Seit Jahresbeginn 2024 erbrachte die Klägerin wiederum ihre Arbeitsleistung für die Beklagte und war im ersten Halbjahr 2024 nicht an einem einzigen Arbeitstag arbeitsunfähig erkrankt.	28
Erst ab dem 25.07.2024 zeigte die Klägerin wiederum erstmals im Kalenderjahr 2024 Arbeitsunfähigkeit bei der Beklagten an und erbrachte vom 25.07.2024 bis 01.08.2024 keine Arbeitsleistung für die Beklagte. Die Arbeitsunfähigkeit in diesem Zeitraum wurde der Klägerin auch ärztlich bescheinigt; die Beklagte zahlte an die Klägerin für diesen Zeitraum wiederum Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.	29
Die Klägerin hat am 16.08.2024 die vorliegende Kündigungsschutzklage erhoben. Diese hat sie mit Schriftsatz vom 03.12.2024 um einen Weiterbeschäftigungsantrag erweitert. Die Beklagte hat am 30.08.2024 (Bl. 186 d. A.) Widerklage erhoben und hiermit die Rückforderung der in den Jahren 2021 bis 2023 erbrachten Entgeltfortzahlung sowie der Urlaubsentgeltzahlung geltend gemacht. Mit Schriftsatz vom 28.10.2024 (Bl. 422 d. A.) hat	30

sie ihre Widerklage hinsichtlich der nunmehr weiter geltend gemachten Rückforderung der für Juli 2024 geleisteten Entgeltfortzahlung erweitert.

Die Klägerin hält die Kündigung für ungerechtfertigt. Sie sei in den ärztlich bescheinigten Zeiträumen tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt gewesen. U. a. habe sie an Tinnitus, Schwindel und Sehstörungen gelitten. Die Darlegungslast für einen etwaigen Kündigungsgrund treffe die kündigende beklagte Arbeitgeberin; diese Darlegungslast habe die Beklagte vorliegend evident nicht erfüllt. Die Klägerin rügt darüber hinaus die ordnungsgemäße Anhörung von Personalrat und Schwerbehindertenvertretung, die Einhaltung der zweiwöchigen Ausschlussfrist des § 626 Abs. 2 BGB sowie die Schriftform der Kündigung im Hinblick auf die dortige Unterschrift. Sie ist darüber hinaus der Ansicht, einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung in der durch den Personalleiter zuletzt benannten Tätigkeitsbezeichnung zu haben. 31

Die Klägerin beantragt, 32

- 1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die außerordentliche und fristlose Kündigung der Beklagten vom 31.07.2024 nicht aufgelöst ist, 334
- 2. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis durch die weitere außerordentliche und fristlose Kündigung der Beklagten vom 31.07.2024 nicht aufgelöst ist, 336
- 3. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern zu unveränderten Bedingungen fortbesteht. 338

Weiter beantragt die Klägerin hilfsweise für den Fall des Obsiegens mit den Anträgen zu 1.), 2.) oder 3.), 39

- 4. die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin als „Sachbearbeiterin Betriebliche Gesundheitsförderung (GFB Markt)“ bis zur rechtskräftigen Beendigung des Rechtsstreits weiter zu beschäftigen. 401

Die Beklagte beantragt, 42

die Klage abzuweisen. 43

Darüberhinausgehend beantragt die Beklagte widerklagend, 44

- 1. die Klägerin und Widerbeklagte zu verurteilen, an die Beklagte und Widerklägerin 85.786,03 Euro netto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen, 446

- 448

2. hilfsweise die Klägerin / Widerbeklagte zu verurteilen, an die Beklagte / Widerklägerin 6.258,85 Euro netto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen,

- 3. die Klägerin / Widerbeklagte zu verurteilen, an die Beklagte / Widerklägerin 1.033,10 Euro netto zuzüglich Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen. ~~490~~

Die Klägerin beantragt, 51

die Widerklage abzuweisen. 52

Die Beklagte hält ihre Kündigung als verhaltensbedingte Kündigung bzw. 53

Verdachtskündigung für berechtigt. Sie gehe davon aus, dass die Klägerin ihre behandelnden Ärzte getäuscht habe und diese hierdurch veranlasst habe, neue Erstbescheinigungen auszustellen. Konkrete Anhaltspunkte für etwaige Täuschungshandlungen der Klägerin habe sie über die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen hinausgehend zwar nicht, sie sei jedoch der Ansicht, die neuere Rechtsprechung des 5. Senats des BAG zur Darlegungslast beim Entgeltfortzahlungsanspruch – insbesondere nach der Entscheidung vom 18.01.2023 zu 5 AZR 93/22 – sei auf das Kündigungsrecht übertragbar und führe auch hier zu einer abgestuften Darlegungslast dahingehend, dass die Klägerin vorliegend zunächst substantiiert darlegen müsste, dass ein Kündigungsgrund nicht bestehe und sie insofern substantiiert zu ihren Krankheitsursachen vortragen müsste.

Jedenfalls habe nach Ansicht der Beklagten die Klägerin eine Täuschung begangen, indem sie in den Urlaubs-Zeiträumen vorgespiegelt habe, in diesen Zeiträumen gerade nicht arbeitsunfähig erkrankt gewesen zu sein. 54

Mit der Widerklage begehrt die Beklagte Rückzahlung der geleisteten Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall sowie der geleisteten Urlaubsvergütung. Die Beklagte vertritt insofern die Ansicht, die vom 5. Senat in der Entscheidung vom 18.01.2023 zu 5 AZR 93/22 aufgestellten Grundsätze zur Darlegungslast bei der Entgeltklage des Arbeitnehmers seien auch auf den umgekehrten Fall der Widerklage des Arbeitgebers auf Rückzahlung bereits geleisteter Entgeltfortzahlung übertragbar, auch hier müsse der Arbeitnehmer substantiiert darlegen, dass die Widerklageforderung nicht besteht, indem er substantiiert zu seinen Krankheitsursachen vorträgt. 55

Die Beklagte ist weiter der Ansicht, die tarifvertragliche Ausschlussfrist sei vorliegend nicht anwendbar. Sie behauptet hierzu, die Klägerin habe „vorsätzlich“ gehandelt und sie ist der Ansicht, bei vorsätzlichen Handlungen fände die tarifvertragliche Ausschlussfrist keine Anwendung. 56

Hinsichtlich der im Sommer 2024 geleisteten Entgeltfortzahlung für knapp eine Woche verweist die Beklagte darauf, die Arbeitsunfähigkeit sei „passgenau“ bis zum Zugang der außerordentlichen Kündigung – die nach Darstellung der Beklagten am 01.08.2024 erfolgt sei – bescheinigt worden. Der Beweiswert der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei deswegen erschüttert. Diese Erschütterung des Beweiswerts der AUB müsse sich auch auf den umgekehrten Fall der arbeitgeberseitigen Rückforderung geleisteter Entgeltfortzahlung auswirken. 57

Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den umfangreichen Akteninhalt und insbesondere die ausführlichen wechselseitigen Schriftsätze der Parteien und deren umfangreiche Anlagen sowie die Sitzungsprotokolle Bezug genommen.

**Entscheidungsgründe:** 59

Die zulässige Klage war begründet; die zulässige Widerklage war unbegründet. 60

I. 61

Die Klage war mit den Kündigungsschutzanträgen begründet. 62

Die beiden streitgegenständlichen, aus denselben Gründen ausgesprochenen Kündigungen vom 31.07.2024 haben das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht rechtswirksam beendet. Sie sind rechtsunwirksam, da es an einem wichtigen Grund zur außerordentlichen Kündigung des Arbeitsverhältnisses fehlt. 63

Nach § 626 BGB kann ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis von jedem Vertragsteil aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses bis Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung des Dienst- oder Arbeitsverhältnisses nicht zugemutet werden kann (§ 626 Abs. 1 BGB). Die Kündigung kann nach § 626 Abs. 2 BGB nur innerhalb von zwei Wochen nach Kenntnis des Kündigungsberechtigten von den für die Kündigung maßgeblichen Tatsachen erfolgen. 64

Vorliegend fehlt es bereits an einem wichtigen Grund. Die für den wichtigen Grund gemäß § 626 BGB darlegungsbelastete Beklagte hat ein etwaiges kündigungsrelevantes Fehlverhalten der Klägerin nicht substantiiert dargelegt. 65

Ein konkretes Fehlverhalten der Klägerin im Zusammenhang mit den von ihr umfangreich angezeigten Arbeitsunfähigkeitszeiten ist nicht ersichtlich. 66

Die Beklagte weist in diesem Zusammenhang zwar zutreffend darauf hin, dass sich die Rechtsprechung des für den Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers nach § 3 EFZG zuständigen 5. Senats des BAG in der jüngeren Vergangenheit geändert hat. 67

Der gesetzliche Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG ist grundsätzlich auf einen Zeitraum von sechs Wochen beschränkt. Eine über diesen Zeitraum von sechs Wochen hinausgehende Entgeltfortzahlung stellt einen Ausnahmefall dar, der einer besonderen Begründung bedarf, die regelmäßig vom den Entgeltfortzahlungsanspruch geltend machenden anspruchstellenden Arbeitnehmer darzulegen ist. Insbesondere die Vorlage einer erneuten „Erstbescheinigung“ ist zur Begründung eines erneuten Entgeltfortzahlungsanspruchs regelmäßig gerade nicht ausreichend. Der anspruchstellende Arbeitnehmer hat jedoch regelmäßig die Möglichkeit, zur Konkretisierung seines Anspruchs aus seiner medizinischen Laiensphäre seine Krankheitsursachen zu schildern und insofern darzulegen, weshalb es sich aus seiner medizinischen Laiensicht um eine „neue“ Erkrankung handeln sollte, die einen erneuten weiteren Entgeltfortzahlungsanspruch auslösen sollte, und insofern seine behandelnden Ärzte als Zeugen zu benennen und diese von der ärztlichen Schweigepflicht zu entbinden (BAG, Urteil vom 18.01.2023, 5 AZR 93/22). 68

Beim Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG ist der anspruchstellende Arbeitnehmer primär darlegungsbelastet hinsichtlich aller anspruchsbegründenden Tatsachen. Zu den anspruchsbegründenden Tatsachen zählt auch Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit. Macht ein Arbeitnehmer einen erneuten Entgeltfortzahlungsanspruch geltend, hat er daher – jedenfalls dann, wenn Indizien für das Vorliegen eines sogenannten „einheitlichen Verhinderungsfalls vorliegen“ – auch darzulegen, dass er zwischenzeitlich – jedenfalls für eine gewisse arbeitsfreie Zeit – wieder arbeitsfähig gewesen ist (so bereits BAG, Urteil vom 25.05.2016, 5 AZR 318/15, z. B. NZA 2016, S. 1076; unter Verweis auf die früheren Entscheidungen vom 10.09.2014, 10 AZR 651/12 und 13.07.2005, 5 AZR 389/04; im Nachgang ebenso z. B. LAG Köln, Urteil vom 15.11.2016, 12 Sa 453/16, ZTR 2017, S. 313 f.; ebenso auch BAG, Urteil vom 11.12.2019, 5 AZR 505/18).

Diese Rechtsprechungsgrundsätze zum Entgeltfortzahlungsrecht lassen sich jedoch nicht auf das Kündigungsrecht übertragen. Denn im Kündigungsrecht ist die Ausgangslage genau umgekehrt. Während im Entgeltfortzahlungsrecht der Arbeitnehmer primär darlegungsbelastet ist für die anspruchsbegründenden Tatsachen des von ihm geltend gemachten Zahlungsanspruchs, ist umgekehrt der Arbeitgeber, der eine Kündigung aussprechen möchte, primär darlegungsbelastet für das Vorliegen der Kündigungsgrund begründenden Tatsachen. Erst dann, wenn ein Arbeitgeber kündigungsrelevante Tatsachen substantiiert vorgetragen hat, ist auf der zweiten Stufe ein Arbeitnehmer gehalten, sich zu diesen substantiiert vorgetragenen kündigungsrelevanten Tatsachen durch eigenen konkreten Tatsachenvortrag substantiiert einzulassen. Es ist demgegenüber dem Kündigungsrecht völlig wesensfremd, dass sich ein Arbeitnehmer – wie vorliegend von der hiesigen Beklagten verlangt – bereits in einem ersten Schritt substantiiert dahingehend einlassen müsste, dass keine Kündigungsgründe gegeben sind, er also quasi primär „seine Unschuld darlegen“ müsste. 70

Die beklagtenseitig zitierte Rechtsprechung des 5. Senats betrifft Darlegungsfragen zum Entgeltfortzahlungsrecht. Im Entgeltfortzahlungsrecht gilt der allgemeine Grundsatz, dass derjenige, der zivilrechtlich einen Zahlungsanspruch geltend machen möchte, grundsätzlich auch das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen darzulegen und im Bestreitensfall ggf. zu beweisen hat. Im Kündigungsrecht gilt umgekehrt der allgemeine kündigungsrechtliche Grundsatz, dass derjenige, der eine Kündigung aussprechen möchte, bei Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes den eine soziale Rechtfertigung nach § 1 KSchG begründenden Kündigungsgrund bzw. entsprechend für eine außerordentliche Kündigung nach § 626 BGB die den wichtigen Grund begründenden Tatsachen darzulegen und im Bestreitensfall ggf. zu beweisen hat. 71

Schon aufgrund dieser grundsätzlich diametralen Ausgangslage sind etwaige Darlegungs- und Beweiserleichterungen zugunsten des kündigenden Arbeitgebers gegenüber Arbeitnehmern, die entgegen den aufgezeigten Grundsätzen der neueren Rechtsprechung des 5. Senats des BAG Entgeltfortzahlung über einen längeren Zeitraum erhalten haben, nicht veranlasst. Dies muss sogar erst recht gelten, weil ja gerade dem Arbeitgeber durch die geänderte Rechtsprechung des 5. Senats des BAG zum Entgeltfortzahlungsrecht die Möglichkeit gegeben wird, Entgeltfortzahlung zu verweigern. Wenn ein Arbeitgeber entgegen dieser Rechtsprechung dennoch – ggf. zu Unrecht – Entgeltfortzahlungsleistungen erbringt, hat er diese Situation selbst verursacht und ist nicht in besonderem Maße schutzwürdig. 72

Hiervon ausgehend sind vorliegend nicht ansatzweise im Verhalten der Klägerin begründete Kündigungsgründe für die vorliegend in Anbetracht des Sonderkündigungsschutzes der Klägerin allein ausgesprochene außerordentliche Kündigung ersichtlich. 73

Die Klägerin hat in den vergangenen Jahren seit Beginn der Pandemie unstreitig häufig Ärzte aufgesucht und ihr ist hierbei regelmäßig Arbeitsunfähigkeit attestiert worden. Hierbei handelt es sich um grundsätzlich zulässiges Arbeitnehmerverhalten, das keinen Arbeitspflichtenverstoß darstellt und daher nicht geeignet ist zum Ausspruch einer Kündigung. Dass die Klägerin hierbei in irgendeiner Form ihre behandelnden Ärzte „getäuscht“ haben sollte, wird von der Beklagten zwar völlig pauschal in den Raum gestellt, aber nicht ansatzweise konkretisiert mit Tatsachenvortrag begründet. 74

Dass offenbar in der Vergangenheit teilweise neue „Erstbescheinigungen“ seitens der behandelnden Ärzte für die Klägerin ausgestellt wurden, ist ebenfalls nicht als Beleg oder auch nur Indiz für ein etwaiges Fehlverhalten der Klägerin zu bewerten. In der ärztlichen Praxis dürfte es vielfach von Zufällen – und insbesondere dem jeweils individuellen Kenntnisstand des konkreten behandelnden Arztes – abhängen, ob eine „Erstbescheinigung“ oder eine „Folgebescheinigung“ ausgestellt. Der Umstand, ob eine „Erstbescheinigung“ oder eine „Folgebescheinigung“ ausgestellt wird, ist jedoch für die Anspruchsvoraussetzungen des Anspruchs auf Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG ohne jegliche Relevanz (BAG 18.01.2023, 5 AZR 93/22, zuvor bereits z. B. Hengstberger, NZA-RR 2022, S. 68 f.). 75

Die Beklagte kann der Kläger auch nicht vorwerfen, ein „Ärzte-Hopping“ betrieben zu haben. Abgesehen davon, dass der Wechsel des behandelnden Arztes auf Wunsch des Patienten sowohl sozialrechtlich grundsätzlich zulässig ist als auch insbesondere arbeitsrechtlich keinen Pflichtenverstoß darstellt, hat die Klägerin – soweit aus dem hiesigen Akteninhalt ersichtlich – wohl lediglich einmal ihren behandelnden Hausarzt gewechselt, so dass fortan die Arbeitsunfähigkeiten nunmehr durch diesen „neuen Hausarzt“ attestiert wurden. Hierin kann nicht ansatzweise ein kündigungsrelevantes Fehlverhalten der Klägerin gesehen werden. 76

Zutreffend dürfte nach Einschätzung der hiesigen Aktenlage im Kündigungsprozess sein, dass die Beklagte in Anbetracht der Rechtsprechung des 5. Senats des BAG in den letzten Jahren zu viel Entgeltfortzahlung an die Klägerin geleistet haben dürfte. Dies liegt jedoch letztlich in der Sphäre der Beklagten begründet, die diese Zahlungen veranlasst hat. Bei zutreffender Rechtsanwendung hätte die Beklagte nach Ablauf von sechs Wochen Entgeltfortzahlung jedenfalls bis zu näherer Darlegung seitens der Klägerin weitere Entgeltfortzahlung jedenfalls zunächst nicht mehr geleistet. Insofern ist dies auch entgegen der Darstellung der Beklagten gar nicht so „neu“. Zwar mag ggf. erst das Bekanntwerden der Entscheidungsgründe zu BAG 18.01.2023, 5 AZR 93/22, Anlass für die Beklagte zum Ausspruch der hiesigen Kündigung gewesen sein. Dass ein erneuter Entgeltfortzahlungsanspruch nach Ablauf von sechs Wochen ohne zwischenzeitliche Wiederherstellung der Arbeitsunfähigkeit unter dem Gesichtspunkt der „Einheit des Verhinderungsfalls“ nicht besteht und dass den Arbeitnehmer die diesbezügliche Darlegungslast bezüglich der zwischenzeitlichen Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit als anspruchsbegründende Tatsache trifft, hatte das BAG bereits jedenfalls mit der Entscheidung vom 25.05.2016 (5 AZR 318/15, z. B. NZA 2016, S. 1076) sowie spätestens der weit beachteten weiteren Entscheidung vom 11.12.2019 (5 AZR 505/18, z. B. NZA 2020, S. 446) entsprechend entschieden – also zeitlich noch vor den hier streitgegenständlichen Sachverhalten der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ab Mitte des Jahres 2020. Es hätte mithin aus Sicht der Beklagten nahegelegen, an die Klägerin keine weitergehende Entgeltfortzahlung zu leisten und die Klägerin stattdessen auf etwaige Krankengeldansprüche gegenüber ihrer Krankenkasse zu verweisen. Insofern ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zur Einheit des Verhinderungsfalls in den Entscheidungen vom 25.05.2016 und 11.12.2019 der Beklagten zum damaligen Zeitpunkt 77

auch bereits bekannt gewesen sein sollte – bei der Beklagten handelt es sich um eine große bundesweit agierende gesetzliche Krankenkasse, die von den Auswirkungen dieser Entscheidungen unmittelbar nicht unerheblich betroffen ist.

Davon, dass es insofern hier offenbar Versäumnisse in der Personalabteilung der Beklagten gegeben hat und die Beklagte der Klägerin ohne jegliche gesetzliche Grundlage nach eigenem nunmehrigen Vortrag über Jahre hinweg Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall auch noch nach Ablauf des sechswöchigen Entgeltfortzahlungszeitraums geleistet hat, kann die Beklagte nicht dadurch ablenken, indem sie nunmehr die Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit der Klägerin versucht zu erklären. Für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses hätte es vielmehr eines über die bloße Entgegennahme unberechtigter Leistungen hinausgehenden Fehlverhaltens der Klägerin bedurft – etwa dergestalt, dass sich die Klägerin die Leistungen vorsätzlich durch fehlerhafte Angaben / „Täuschungen“ erschlichen hätte. Hierzu fehlt jedoch jeglicher konkreter Sachvortrag der Beklagten. 78

Mithin erweist sich die streitgegenständliche Kündigung – wie zutreffend bereits vom Inklusionsamt im Rahmen des beklagtenseitig eingeleiteten Zustimmungsverfahrens nach dem SGB IX erkannt – als offensichtlich arbeitsrechtlich rechtsunwirksam. 79

Insofern kann die Kündigung insbesondere auch nicht auf den Gesichtspunkt einer Verdachtskündigung gestützt werden. Das Rechtsinstitut der Verdachtskündigung stellt insofern gerade keinen Hilfstatbestand dar zur Rechtfertigung einer Kündigung, in dem es an substantiiertem Tatsachenvortrag des darlegungsbelasteten Arbeitgebers für eine Tat Kündigung wie vorliegend fehlt. Geht der arbeitgeberseitigen Tatsachenvortrag über eine Pauschalbehauptung „ins Blaue hinein“ – wie vorliegend hinsichtlich des pauschalen Täuschungsvorwurfs geschehen – nicht hinaus, reicht dies weder für eine Tat- noch für eine Verdachtskündigung. 80

Eine nähere Konkretisierung erhält der Täuschungsvorwurf vorliegend auch nicht dahingehend, dass sich die Klägerin in Zeiten ihres Urlaubs nicht arbeitsunfähig krank gemeldet hat. Zwar erscheint es in der Tat medizinisch wenig lebensnah, dass die Klägerin gerade in den langfristig geplanten Urlaubszeiträumen arbeitsfähig gewesen sein sollte, wohingegen sie in den Zeiträumen ohne Urlaub arbeitsunfähig gewesen sein sollte. Allerdings trägt die Beklagte nicht einmal konkret vor, dass die Klägerin überhaupt konkret behauptet hätte, in den Urlaubszeiträumen arbeitsfähig gewesen zu sein. Offenbar ist die Klägerin für ihre Urlaubszeiträume lediglich nicht mehr zum Arzt gegangen und hat sich für diese Zeiträume keine Arbeitsunfähigkeit bescheinigen lassen und – in der Zeit bis zur Einführung der verpflichtenden elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am 01.01.2023 – für diese Urlaubszeiträume keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen eingereicht. Dies ist jedoch etwas anderes als die positive Behauptung, wieder „gesundet“ zu sein. Vielmehr hätte es auch insofern – gerade aufgrund der Auffälligkeit des Sachverhalts – aus Sicht der Beklagten nahe gelegen, eine Zahlung jedenfalls bis zur Klärung durch nähere Substantiierung seitens der Klägerin zunächst abzulehnen. 81

Insgesamt bietet die neuere Rechtsprechung zum Entgeltfortzahlungsrecht dem Arbeitgeber hinreichende Möglichkeiten, die im vorliegenden Sachverhalt praktizierte Übung einer gesetzlich nicht vorgesehenen „Dauer-Entgeltfortzahlung“ zu vermeiden – wenn denn der Arbeitgeber sie richtig anwendet. Einer zusätzlichen - dem Kündigungsrecht systemfremden - Erleichterung der Kündigungsmöglichkeit durch eine Umkehr der Darlegungslast in derartigen Sachverhalten, wie vorliegend von der Beklagten gefordert, bedarf es nicht. 82

Stützt der Arbeitgeber seine Kündigung darauf, der Arbeitnehmer habe die behandelnden Ärzte bzw. den Arbeitgeber getäuscht, um zu Unrecht Entgeltfortzahlung zu erlangen (sogenannter „Entgeltfortzahlungs-Betrug“), muss der Arbeitgeber diejenigen Tatsachen, welche die Täuschung begründen sollen, konkret vortragen und kann nicht umgekehrt zunächst vom Arbeitnehmer verlangen, dass dieser konkret zu seinen Krankheitsursachen vorträgt.

**II.** 84

Da sich die Beklagte für die zweite Kündigung nicht auf andere Gründe als diejenigen der ersten Kündigung beruft, hatte auch der Kündigungsschutzantrag gegen die zweite Kündigung Erfolg. 85

**III.** 86

Auch der allgemeine Feststellungsantrag hatte Erfolg. 87

Er war ebenfalls zulässig und begründet. 88

Neben dem punktuellen Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG kann ein Arbeitnehmer zusätzlich auch einen allgemeinen Feststellungsantrag hinsichtlich des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses unabhängig von einem konkreten Beendigungstatbestand nach § 256 ZPO stellen, um so gerade den Eintritt der Präklusion nach den §§ 4, 7 KSchG durch etwaige sonstige Beendigungstatbestände zu verhindern, auf die sich die beklagte Arbeitgeberin noch im weiteren Verlauf des Rechtsstreits stützen könnte. 89

Das für die Zulässigkeit eines solchen allgemeinen Feststellungsantrags nach § 256 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse war vorliegend gegeben. 90

Auf Nachfrage des Klägervertreters im Kammertermin, ob die Beklagte eine Erklärung abgibt, sich nicht auf andere Beendigungstatbestände außer den hier streitgegenständlichen Kündigungen berufen zu wollen, hat die Beklagtenvertreterin dies ausdrücklich verneint. Dies begründet das gemäß § 256 ZPO erforderliche besondere Feststellungsinteresse, da insbesondere aufgrund dieser Erklärung nicht auszuschließen ist, dass sich die Beklagte zu einem späteren Zeitpunkt noch auf andere, bereits zum jetzigen Zeitpunkt begründete Beendigungstatbestände berufen könnte. 91

Der Antrag war auch begründet, da andere Beendigungstatbestände nicht ersichtlich sind, aufgrund derer das Arbeitsverhältnis beendet werden könnte. 92

**IV.** 93

Auch der Weiterbeschäftigungsantrag war zulässig und begründet. 94

Nach der Rechtsprechung des Großen Senats des Bundesarbeitsgerichts (GS 1/84 vom 27.02.1985) hat der im Kündigungsschutzprozess obsiegende Arbeitnehmer ab dem Zeitpunkt des erstinstanzlichen Obsiegens regelmäßig auch einen Anspruch auf tatsächliche Weiterbeschäftigung, wenn dem nicht ausnahmsweise besondere Umstände des Einzelfalls entgegen stehen, aufgrund derer im konkreten Einzelfall das Nichtbeschäftigungsinteresse des Arbeitgebers überwiegt. 95

Der Antrag war vorliegend entgegen der Rechtsansicht der Beklagten mit der zur Entscheidung des Gerichts gestellten Formulierung zulässig. 96

Zur Zulässigkeit des Weiterbeschäftigungsantrags genügt – ebenso wie zur Zulässigkeit des Beschäftigungsantrags im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis – die Angabe einer konkreten Berufsbezeichnung. Nicht erforderlich ist die Angabe einer detaillierten Stellenbeschreibung, die Angabe des Berufsbildes ist zur hinreichenden Bestimmtheit des Antrags zwar einerseits notwendig, andererseits aber auch ausreichend (BAG, Beschluss vom 05.02.2020, 10 AZB 31/19). 97

Hiervon ausgehend war der auf Weiterbeschäftigung der Klägerin als „Sachbearbeiterin Betriebliche Gesundheitsförderung (GFB Markt)“ gerichtete Antrag hinreichend bestimmt und damit zulässig. Es handelt sich um die letzte Tätigkeitsbezeichnung der Klägerin, welche der Personalleiter der Beklagten selbst in seiner E-Mail an die Klägerin verwendet hat. 98

Unzutreffend wäre es vielmehr gewesen, wenn die Klägerin entsprechend der von der Beklagten geäußerten Rechtsauffassung die – unstreitig veraltete – Tätigkeitsbezeichnung aus dem Arbeitsvertrag übernommen hätte. 99

Auf Befragen im Kammertermin haben die Parteien unstreitig gestellt, dass die Klägerin in dieser Tätigkeit aus dem Arbeitsvertrag zuletzt gerade nicht mehr tätig wurde. Weiter hat die Beklagte auch auf ausdrückliches Befragen im Kammertermin nicht darlegen können, dass es nach der Zuweisung der Tätigkeit „Sachbearbeiterin Betriebliche Gesundheitsförderung (GFB Markt)“ durch den Personalleiter der Beklagten an die Klägerin noch eine weitere, zeitlich spätere Tätigkeitsänderung durch rechtswirksame Ausübung des Direktionsrechts seitens der Beklagten gegeben hätte. 100

**V.** 101

Die Widerklage hatte demgegenüber mit allen Anträgen keinen Erfolg. 102

1.) 103

Soweit die Beklagte mit dem Widerklageantrag zu 1) die Rückzahlung geleisteter Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für Zeiträume seit dem Jahr 2020 bis einschließlich Juni 2023 verlangt, steht dem jedenfalls die tarifvertragliche Ausschlussfrist nach § 70 des auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbaren Innungskassen-Tarifvertrages entgegen. 104

Nach § 70 des Innungskassen-Tarifvertrages hätte ein etwaiger Anspruch der Beklagten jedenfalls binnen sechs Monaten ab Fälligkeit schriftlich gegenüber der Klägerin geltend gemacht werden müssen. 105

Fällig geworden ist ein etwaiger Anspruch auf Rückzahlung zu viel geleisteter Entgeltfortzahlung jedenfalls mit Kenntnis der Tatsachen, welche die Beklagte bereits im April 2023 für ihren Kündigungswunsch angeführt hat. Eine schriftliche Geltendmachung gegenüber der Klägerin ist jedoch nicht binnen sechs Monaten nach diesem Zeitpunkt, sondern erst mit der Widerklageerhebung im August 2024 deutlich später erfolgt. 106

Der Zustimmung des Inklusionsamtes bedarf lediglich die Kündigung eines schwerbehinderten Mitarbeiters, nicht aber auch die Geltendmachung von Zahlungsansprüchen gegenüber einem schwerbehinderten Mitarbeiter. Vor diesem Hintergrund bestand auch in Anbetracht des laufenden Verfahrens vor dem Inklusionsamt bzw. im Nachgang vor dem Verwaltungsgericht kein Hindernis bzgl. einer rechtzeitigen Geltendmachung innerhalb der tariflichen Ausschlussfrist. 107

108

Soweit sich die Beklagte und Widerklägerin darauf beruft, die Ausschlussfrist sei vorliegend nicht anwendbar, weil die Klägerin „vorsätzlich“ gehandelt habe, kann dahin stehen, ob ein etwaiges vorsätzliches Handeln der Arbeitnehmerin zur Nichtanwendbarkeit der Ausschlussfrist geführt hätte. Denn jedenfalls trägt die darlegungsbelastete Beklagte in keiner Weise substantiiert eine vorsätzliche Täuschungshandlung der Klägerin vor. Insofern kann auf die vorstehenden Ausführungen zum Kündigungsschutzantrag verwiesen werden.

2.) 109

Aus gleichen Gründen konnte auch der Antrag zu 2.) der Widerklage (vermeintlicher Hilfsantrag) keinen Erfolg haben. Auch bezüglich der an die Klägerin geleisteten Zahlungen auf Urlaubsvergütung nach den §§ 1, 3, 11 BUrlG ist ein vermeintlicher Rückzahlungsanspruch jedenfalls im April 2023 fällig geworden, so dass bei erstmaliger Geltendmachung mit der Widerklage im August 2024 die Ausschlussfrist bereits abgelaufen war. 110

3.) 111

Auch der Widerklageantrag zu 3.) hatte keinen Erfolg. 112

Soweit hiermit ein Rückzahlungsanspruch wegen vermeintlicher Überzahlung von Entgeltfortzahlung im Juli 2024 geltend gemacht wird, ist zwar nunmehr die Ausschlussfrist des § 70 Innungskassen-Tarifvertrag gewahrt. Allerdings besteht materiell kein Rückzahlungsanspruch. 113

Für einen bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch nach § 812 BGB wegen vermeintlicher Gehaltsüberzahlung muss der den Anspruch geltend machende Arbeitgeber – als anspruchsbegründende Tatsache des bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs nach § 812 BGB – substantiiert darlegen, dass die zurückgeforderte Leistung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer „ohne Rechtsgrund“ erfolgt ist. Hieran fehlt es vorliegend. 114

Insofern kommt der Widerklägerin auch in Anbetracht der neueren Rechtsprechung des 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts wiederum keine Darlegungserleichterung zu. Entscheidend ist wiederum, dass die erhöhte Darlegungslast des Arbeitnehmers nur dann gerechtfertigt ist, wenn dieser selbst einen Anspruch geltend macht und der Arbeitnehmer selbst die anspruchsbegründenden Tatsachen für einen von ihm geltend gemachten Zahlungsanspruch darlegen muss. Im umgekehrten Fall, in dem ein Arbeitgeber bereits eine Zahlung erbracht hat, diese aber im Nachhinein zurück verlangen möchte, verbleibt es dabei, dass der den bereicherungsrechtlichen Anspruch aus § 812 BGB geltend machende Arbeitgeber dessen Voraussetzungen darlegen muss. Hier ist weder eine Verschärfung noch eine Erleichterung der Darlegungslast veranlasst, es verbleibt bei der Darlegungslast nach allgemeinen Grundsätzen. 115

Den allgemeinen Grundsätzen der Darlegungs- und Beweislast folgend, nach denen derjenige, der einen Bereicherungsanspruch aus Leistungskondition geltend macht, auch für das Nichtbestehen eines Rechtsgrundes der erbrachten Leistung darlegungs- und beweisbelastet ist (BGH, Urteil vom 11. März 2014 - X ZR 150/11 -, Rn. 11, juris;), hat auch der Arbeitgeber, der bereits Entgeltfortzahlung gewährt hat und im Nachhinein meint, dass der Arbeitnehmer im Bezugszeitraum nicht arbeitsunfähig gewesen sei, einen Sachverhalt schlüssig darzulegen und ggf. zu beweisen, aus dem sich ergibt, dass eine Arbeitsunfähigkeit nicht vorgelegen und der Arbeitnehmer die Entgeltfortzahlung demzufolge ohne Rechtsgrund 116

erhalten hat (so ausdrücklich LAG Köln, Urteil vom 11.01.2024, 8 Sa 300/23, juris, Rn 26). Bloße Mutmaßungen des Arbeitgebers ohne konkreten Tatsachenvortrag reichen insofern gerade nicht aus (LAG Köln 11.01.2024, a. a. O., Rn 25).

Hiervon ausgehend ist der im vorliegenden Rechtsstreit erfolgte Vortrag der widerklagenden Arbeitgeberin nicht geeignet, einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch nach § 812 BGB zu begründen. 117

Dass für die Woche im Juli 2024, für die die Beklagte ab dem 25.07.2024 an die Klägerin wiederum Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall geleistet hat, ein Entgeltfortzahlungsanspruch tatsächlich gar nicht bestanden hätte, legt die Beklagte und Widerklägerin nicht substantiiert dar. 118

Die Klägerin hat im halben Jahr zuvor gearbeitet und war nicht erkrankt, so dass ein Anspruchsausschluss wegen einer „Einheit des Verhinderungsfalls“ ersichtlich ausscheidet. 119

Auch die – ohnehin nur den umgekehrten Fall der Darlegungslast zur Fortsetzungserkrankung bei einem arbeitnehmerseitig geltend gemachten Entgeltfortzahlungsanspruch betreffende – Entscheidung des 5. Senats vom 18.01.2023 zu 5 AZR 93/22 hilft der Widerklägerin vorliegend nicht weiter. Da die Klägerin im halben Jahr zuvor gearbeitet hat, ist eine Fortsetzungserkrankung nicht ersichtlich. 120

Die Beklagte und Widerklägerin beruft sich darauf, der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei in Anbetracht der später erfolgten Kündigungen vom 31.07.2024 erschüttert. Auch hier geht die Beklagte zunächst bereits im Ansatz rechtsirrig davon aus, dass sich die Arbeitgeberin bei einer Widerklage auf Rückforderung geleisteter Entgeltfortzahlung allein auf die Erschütterung des Beweiswertes einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung berufen könnte. Ist der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert, ist nach der ständigen und zutreffenden Rechtsprechung des 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung allein nicht mehr ausreichend für den Arbeitnehmer, der einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung geltend machen möchte, sondern der Arbeitnehmer muss seinen Anspruch anderweitig darlegen, wenn er ihn weiterhin durchsetzen möchte (z. B. durch Darlegung der Krankheitsursachen in medizinischer Laiensicht, Benennung der behandelnden Ärzte und Entbindung von der ärztlichen Schweigepflicht, vgl. BAG, Urteil vom 13.12.2023, 5 AZR 137/23). Auf den umgekehrten Fall einer bereicherungsrechtlichen Rückforderung seitens des hierfür darlegungsbelasteten Arbeitgebers ist dies nicht übertragbar. Will der Arbeitgeber einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch geltend machen, genügt hierfür die bloße etwaige Erschütterung eines Beweiswertes von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht. Der Arbeitgeber kann sich ohnehin nicht auf eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch stützen, er kann auch keine Ärzte, die ihn untersucht haben, benennen und von der Schweigepflicht entbinden. Der Arbeitgeber ist vielmehr gehalten, einen etwaigen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch nach allgemeinen Grundsätzen darzulegen und hierbei insbesondere substantiiert vorzutragen, aufgrund welcher konkreter Tatsachen ein Entgeltfortzahlungsanspruch nicht bestanden haben sollte und die Leistung rechtsgrundlos erfolgt sein sollte. 121

Würde man demgegenüber bereits auf die bloße Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung konkreten Tatsachenvortrag des Arbeitnehmers zu seinen Krankheitsursachen auch bei der bereicherungsrechtlichen Rückforderungsklage des Arbeitgebers verlangen (in diese Richtung gehend LAG Berlin-Brandenburg, Urt.v. 122

05.07.2024, 12 Sa 1266/23, wobei allerdings auch in dieser Entscheidung betont wird, dass zunächst konkreter arbeitgeberseitiger Tatsachenvortrag erforderlich ist, um überhaupt eine Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung annehmen zu können), würde man hierbei die allgemeinen Grundsätze der Darlegungslast missachten. Denn macht ein Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung geltend, ist der Arbeitnehmer für die für ihn günstigen anspruchsbegründenden Tatsachen darlegungsbelastet (wozu er ggf. zur Darlegung auf eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zurückgreifen kann und ohne eine solche bzw. bei Erschütterung des Beweiswerts dieser anderweitig darlegen kann). Macht demgegenüber der Arbeitgeber einen bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch geltend, ist der Arbeitgeber darlegungsbelastet für die anspruchsbegründenden Tatsachen des Rückforderungsanspruchs. Diese im Ausgangspunkt diametral entgegengesetzte Darlegungslast würde verkannt, wenn man bei Erschütterung des Beweiswerts einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in beiden Fällen zum selben Ergebnis gelangen würde.

Darüber hinaus ist im konkreten vorliegenden Sachverhalt im Übrigen auch fernliegend, eine Erschütterung des Beweiswertes ärztlicher Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei anzunehmen, weil die Beklagte später – am 31.07.2024 – die Kündigung des Arbeitsverhältnisses erklärt hat. Zum Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit am 25.07.2024 war der Arbeitnehmerin noch gar nicht bekannt, dass die Arbeitgeberin später – am 31.07.2024 - die Kündigung erklären würde. Ein derartiger Zeitablauf schließt eine Erschütterung des Beweiswerts von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Zusammenhang mit Kündigungsprozessen regelmäßig aus (vgl. BAG, Urteil vom 13.12.2023, 5 AZR 137/23, hier wird exakt differenziert zwischen der Arbeitsunfähigkeit vor und nach Zugangszeitpunkt der Kündigung). Von einem „Gleichlauf“ zwischen Kündigungsfrist und Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit kann im vorliegenden Sachverhalt keine Rede sein. Soweit nach der Rechtsprechung des 5. Senats (Urt.v. 13.12.2023, 5 AZR 137/23), auch bei einer Kündigung durch den Arbeitgeber der Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttert sein kann, wenn der Arbeitnehmer unmittelbar nach dem Zugang der Kündigung erkrankt und nach den Gesamtumständen des zu würdigenden Einzelfalls Indizien vorliegen, die Zweifel am Bestehen der Arbeitsunfähigkeit begründen, ist diese Fallkonstellation hier ersichtlich nicht gegeben. Zum einen ist die Arbeitsunfähigkeit bereits vor Zugang der Kündigung eingetreten und zum anderen sind auch kein zusätzlichen Indizien des Einzelfalls ersichtlich, die bei einer Gesamtwürdigung für eine Erschütterung des Beweiswertes der ärztlich diagnostizierten Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ab dem 25.07.2024 sprechen würden.

Im Übrigen legt der vorliegende Sachverhalt auch nahe, dass ein bereicherungsrechtlicher Anspruch ohnehin nach § 814 BGB ausgeschlossen wäre, weil in Kenntnis der Nichtschuld geleistet wurde. Auch mit der Vorschrift des § 814 BGB setzt sich der Sachvortrag der Beklagten nicht auseinander; auch hierzu fehlen vorliegend jegliche Darlegungen.

**VI.** 125

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1 ZPO i. V. m. § 46 Abs. 2 ArbGG. Hiernach hatte die Beklagte und Widerklägerin als vollständig unterlegene Partei des Rechtsstreits die gesamten Kosten zu tragen. 126

Der gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG im Urteil festzusetzende Streitwert wurde auf insgesamt fünf Bruttomonatsgehälter für die Anträge der Klage festgesetzt. Hierbei entfielen entsprechend § 42 Abs. 2 Satz 1 GKG drei Bruttomonatsgehälter auf den Kündigungsschutzantrag gegen die erste Kündigung, hinzu kam jeweils ein weiteres Gehalt für den Kündigungsschutzantrag gegen die Folgekündigung und den Weiterbeschäftigungsantrag, über den vorliegend streitig 127

entschieden wurde. Der allgemeine Feststellungsantrag blieb ohne eigenen Streitwert.

Hinzu kam der Streitwert der Widerklage entsprechend der Summe der bezifferten Werte der Zahlungsanträge. 128

Gründe, die Berufung gemäß § 64 Abs. 3, Abs. 3 a ArbGG gesondert zuzulassen, waren nicht gegeben. 129