

An die Geschäftsleitungen  
und die Personalabteilungen  
unserer Mitgliedsfirmen

Am Sparrenberg 8  
33602 Bielefeld  
☎ (0521) 964870  
Fax (0521) 9648788  
[info@unternehmerverband.de](mailto:info@unternehmerverband.de)

Nr. 4/23  
20. April 2023  
hö-we

## Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit diesem Schreiben möchten wir Sie über neue Entwicklungen rund um die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall informieren.

### I. Grundsatz

Ein Arbeitnehmer behält seinen Anspruch auf Arbeitsvergütung für eine Dauer von bis zu 6 Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft.

### II. Nachweis der Arbeitsunfähigkeit

1. Grundsätzlich muss der Arbeitgeber auf die Richtigkeit der ärztlich erstellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vertrauen. Diese hat einen hohen Beweiswert. Wenn aber berechtigte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit bestehen, kann die Entgeltfortzahlung verweigert werden. Ist der Beweiswert erschüttert, so muss der Arbeitnehmer auf andere Weise erklären und beweisen, dass er tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt war.

Berechtigte Zweifel an der ärztlich erstellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung können sich aus den tatsächlichen Umständen ihres Zustandekommens, der Bescheinigung selbst oder aus dem Verhalten des Arbeitnehmers ergeben.

So hatte das Bundesarbeitsgericht z. B. mit Urteil vom 08.09.2021 entschieden, dass Arbeitgeber ein ärztliches Attest anzweifeln dürfen, wenn dieses direkt nach einer Eigenkündigung vom Arbeitnehmer vorgelegt wird und die Dauer der Krankschreibung passgenau zum Fristablauf der Kündigung datiert ist. Auch

- die Fortsetzung einer Nebentätigkeit während einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit,
- das Nichterscheinen zu einer Untersuchung durch den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung,
- ein anonymer Hinweis mit konkreten Anhaltspunkten, dass sich der Arbeitnehmer während der Arbeitsunfähigkeit auf einer Auslandsreise befindet,
- genesungswidriges Verhalten, die ganztägige Mitarbeit beim Bau des eigenen Hauses oder
- häufige arbeitsunfähige Erkrankungen am Ende eines Urlaubs oder im Anschluss an einen Urlaub

können den Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erschüttern.

Wenn der Arbeitnehmer auffällig häufig bzw. nur für kurze Dauer arbeitsunfähig ist, der Beginn der Arbeitsunfähigkeit häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende einer Woche fällt

oder wenn die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über eine Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist, bestehen evtl. ebenfalls begründete Verdachtsmomente.

Im Falle der Erteilung einer elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann der Arbeitgeber allerdings den feststellenden Arzt nicht mehr erkennen. Ihm sind insoweit die Hände gebunden, die Missbrauchsgefahr zu Lasten der Unternehmen ist groß.

Ein noch relatives neues Feld für einen zweifelhaften Beweiswert hat sich mit der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per Ferndiagnose aufgetan.

2. a) Nachdem die bundesweite Musterberufsordnung für Ärzte und die Landesberufsordnungen der Ärzte im Zuge der Digitalisierung des Gesundheitswesens bereits 2018 eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien im Einzelfall gestattet haben, wenn dies **ärztlich vertretbar** ist und die **erforderliche ärztliche Sorgfalt** gewahrt wird, hat der von den vier großen Selbstverwaltungsorganisationen im deutschen Gesundheitssystem zusammengesetzte Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) seit Oktober 2020 mit der **Videosprechstunde** in der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie eine generelle Ausnahme von dem persönlich-physischen Kontakt zwischen Arzt und Patient zugelassen, **sofern das Krankheitsbild dieses zulässt**.

Hiernach können in der Arztpraxis bekannte Patienten bis zu sieben Kalendertage krankgeschrieben werden, unbekannte Versicherte hingegen für bis zu drei Kalendertage. Die Richtlinien haben normative Wirkung, d. h. sie gelten unmittelbar zwischen Vertragsarzt und gesetzlich Versicherten und konkretisieren den ärztlichen Maßstab zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit. Sie wirken somit mittelbar auch im Arbeitsverhältnis.

Ärzte ohne kassenärztliche Zulassung sind nicht an die Vorgaben des gemeinsamen Bundesausschusses gebunden. Auch diese können jedoch Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für gesetzlich Versicherte - der übliche Status eines Arbeitnehmers - ausstellen. Aussteller muss einzig ein approbierter Arzt, nicht aber unbedingt ein Kassenarzt sein. Es gilt der Grundsatz der freien Arztwahl.

Unter anderem das OLG Hamburg entschied im Jahr 2021 dass die Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie mittelbar auch für Privatärzte gilt. Das scheint uns richtig, weil nicht ersichtlich ist, weshalb für Privatärzte ein anderer Maßstab als für Kassenärzte gelten sollte. Die Richtlinien des GBA sollen einen allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse widerspiegeln (§ 92 Abs. 1 SGB V). Nicht verschwiegen werden soll aber, dass es dazu auch andere Rechtsmeinungen gibt.

- b) Bereits während der Pandemie machte ein Anbieter auf sich aufmerksam, über den neben Covid-Test- und Impfunfähigkeitsbescheinigungen - Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ohne persönlichen Kontakt als PDF-Download vermittelt wurden.

Patienten konnten Symptome auf einer Website oder in einer App in einen Fragebogen eingeben und sich eine eigene Diagnose erstellen lassen. Aufgrund dieser Selbstdiagnose wurde von einem mit dem Anbieter vermeintlich verbundenen Arzt eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erstellt.

Einige Gerichte urteilten inzwischen, dass die Anwendung eines solchen Online-Verfahrens, bei dem auf der Grundlage von online angeklickten, vorbezeichneten Antwortmöglichkeiten automatisiert erstellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ohne individuellen Austausch zwischen Arzt und Patient erstellt werden, keine Behandlung im Sinne der Berufsordnungen der Ärztekammern darstellt.

Das Bundesarbeitsgericht entschied bereits 1976, dass der Beweiswert einer Bescheinigung erschüttert sein kann, wenn die Krankenschreibung ohne persönlichen Kontakt erfolgt ist.

Auch die im Rahmen der Nachweispflicht des 5 Abs. 1 Satz 2 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) erforderliche Schriftform der „Papier-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung“ sahen einige Gerichte durch das allein vorgelegte eingescannte PDF-Dokument nicht als gewahrt.

**aa)** Mit der „**AU per Videochat**“ hat der Anbieter sein Angebot inzwischen weitestgehend der Rechtsprechung und Gesetzeslage angepasst. Die vermittelten Privatärzte erfüllen mit der Videosprechstunde sowohl die Anforderungen der Berufsordnungen als auch die der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie.

Gegen einen Aufpreis wird jetzt eine Papierbescheinigung per Post im Original zugeschickt, um dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, seiner Nachweispflicht nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG nachzukommen.

Darüber hinaus werden auch Behandlungsverträge mit Kassenärzten vermittelt.

Sogar eine Lohnübernahme und Klagen gegen die Entgeltfortzahlung einstellende Arbeitgeber werden garantiert.

**bb)** Gleichwohl wird mit der dort sog. „5-min. AU“ nach wie vor ein Angebot ohne Gespräch auf Basis eines Fragebogens geboten. Voraussetzung für die Nutzung des Services ist ein Wohnsitz in Deutschland. Alle Privatärzte für die „5 Min. AU“ sollen international tätig und nur im Ausland registriert sein. Vornehmlich treten zwei Ärzte aus Pakistan in Erscheinung. Für „misstrauische Arbeitgeber“ kann jedoch vom Kunden auch eine Arzt-Adresse in einer von mehreren großen deutschen Städten ausgewählt werden, die sodann auch auf der Bescheinigung steht.

**cc)** 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG fordert eine „ärztliche Bescheinigung“. Eine Beschränkung auf den Ort der Arztzulassung enthält die Vorschrift nicht.

Einer von einem ausländischen Arzt im Ausland ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung soll nach der Rechtsprechung im Allgemeinen der gleiche Beweiswert zukommen, wie einer von einem deutschen Arzt ausgestellten Bescheinigung. **Aber:** Die Bescheinigung muss laut BAG erkennen lassen, dass der ausländische Arzt zwischen einer bloßen Erkrankung und einer mit Arbeitsunfähigkeit verbundenen Krankheit unterscheidet und damit eine den Begriffen des Arbeits- und Sozialversicherungsrechtes entsprechende Beurteilung vorgenommen hat.

An deutsche Berufsordnungen sind diese Privatärzte jedoch grundsätzlich nicht gebunden. Die Geltung der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie ist bereits für Privatärzte mit Sitz in Deutschland fraglich.

Zweifel bestehen aber unserer Ansicht nach auch an dieser Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung. Gerade der fehlende persönliche Kontakt kann in diesen Fällen dazu führen, dass der ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nur noch ein geringer oder kein Beweiswert mehr zukommt.

Der hohe Beweiswert einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beruht auf der Überzeugung, dass der Mediziner aufgrund des persönlichen Kontakts die Auswirkungen der Krankheit auf die Arbeitsfähigkeit am besten einschätzen kann.

Es spricht mithin vieles dafür, dass Angebote, die sich einer ärztlichen Legitimation rühmen, aber vollkommen ohne ärztlichen Kontakt auskommen, die Anforderungen an eine ordnungsgemäß erstellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht erfüllen.

**dd)** Einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung lässt sich nicht entnehmen, ob diese nach einer persönlichen Untersuchung, einer telemedizinischen Untersuchung oder gänzlich ohne ärztlichen Kontakt ausgestellt wurde. Zur Wachsamkeit raten wir immer dann,

- wenn der ausstellende Mediziner im Ausland (insbesondere Pakistan) ansässig ist oder viele Kilometer weit vom Wohnort des betroffenen Arbeitnehmers entfernt in einer großen Stadt und
- eingescannte Papier-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen mit eingescannten Unterschriften/Stempel eingereicht werden und

- auf der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung „Privatarzt“ vermerkt ist.

Der Beweiswert kann dann zweifelhaft sein.

Dieses gilt erst recht, wenn der Privatarzt aus Pakistan eine Arbeitsunfähigkeit für einen Zeitraum von 5 Tagen oder mehr festgestellt hat (s. oben zur Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie).

**Bitte kontaktieren Sie uns in solchen Fällen.** Wir klären dann mit ihnen ab, ob die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall eingestellt und evt. eine arbeitsrechtliche Maßnahme (wegen unentschuldigtem Fehlen bzw. vorgetäuschter Erkrankung) ergriffen werden soll.

Bei angemeldeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit obliegt es sodann dem Arbeitnehmer, mit anderen Mitteln seine Arbeitsunfähigkeit zu beweisen.

Ebenfalls empfehlenswert ist es unserer Meinung nach, im Vorfeld gegenüber den Arbeitnehmern klarzustellen, dass solche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht akzeptiert werden. Eine offene Kommunikation ist – wie oft - sachdienlich.

Die Anforderungen an Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Personalwesen werden also auch gerade nach Einführung der eAU-Bescheinigung nicht weniger.

Mit freundlichen Grüßen



Hölterhoff