

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp

Auswirkungen der Aufhebung des Fernbehandlungsverbots auf die Erteilung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

Rechtsanwalt Dr. Benjamin Heider, LL. M. (Stellenbosch) *

Aufgrund der Änderung der (Muster-)Berufsordnung für Ärzte und der Aufhebung des Fernbehandlungsverbots erlauben einzelne (Landes-)Berufsordnungen nunmehr auch die ausschließliche Behandlung oder Beratung über Kommunikationsmedien. In diesem Zusammenhang tritt ein Dienstleister auf den Markt, der die Erteilung einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung gegen Entgelt, digital und ohne das Erfordernis der persönlichen Untersuchung anbietet.

I. Einleitung

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (im Folgenden „AUB“) birgt immer wieder Konfliktpotenzial. Mal gibt es Streit über den Zeitpunkt, wann diese vorzulegen ist, mal geht es um deren Rückdatierung oder Ausstellung im Ausland. Arbeitgebervertreter kritisieren, dass es im Zusammenhang mit der Krankschreibung Missbrauchspotenzial gibt, Arbeitnehmervertreter verweisen dagegen auf angeblichen Präsentismus, wonach Arbeitnehmer zur Arbeit erschienen, obwohl sie krank seien, gegebenenfalls sogar gegen den Rat der Ärzte. Neu ist nun das Angebot einer AUB online gegen Entgelt und ohne persönliche Untersuchung. Dieser Beitrag untersucht, ob es sich dabei um eine rechtswirksame AUB handelt und falls nicht, wie Arbeitgeber gegen die „virtuelle“ AUB vorgehen können.

II. Aufhebung des Fernbehandlungsverbots

Zu den bewährten ärztlichen Behandlungsgrundsätzen und Verhaltensregeln zählt der Grundsatz, dass Beratung und Behandlung im persönlichen Kontakt zu erfolgen haben. Damit ist die physische Präsenz der Ärztin oder des Arztes bei der Behandlung gemeint.

1. (Muster-)Berufsordnung für Ärzte

Dieser Grundsatz besteht fort, ist aber mit der letzten Novelle der (Muster-)Berufsordnung¹ aufgeweicht worden. Nunmehr heißt es in § 7 IV:

„§ 7. (4) Ärztinnen und Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt.

Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen.

Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird.“

In der von der Bundesärztekammer dazu herausgegebenen Synopse² heißt es, dass die persönliche Behandlung weiterhin „Goldstandard“ ärztlichen Handelns in Beziehung zu den Patienten und Patientinnen sei. Damit werde die Bedeutung des persönlichen Kontakts im Sinne einer guten Arzt-Patienten-Kommunikation auch im digitalen Zeitalter in den Vordergrund gestellt. „Digitale Techniken können und sollen die ärztliche Tätigkeit unterstützen, sie dürfen aber die notwendige persönliche Zuwendung von Ärztinnen und Ärzten nicht ersetzen.“ Ziel sei es, eine dem anerkannten Stand medizinischer Erkenntnisse entsprechende ärztliche Versorgung anbieten zu können. „*Telemedizinische Primärarztmodelle sind dabei zu vermeiden.* ... Ob eine Beratung oder Behandlung ausschließlich aus der Ferne über Kommunikationsmedien möglich ist, entscheidet die Ärztin oder der Arzt *durch eine jeweilige Prüfung des Einzelfalls.*“³

2. (Landes-)Berufsordnungen für Ärzte

Die mit der Änderung der (Muster-)Berufsordnung verbundenen neuen Freiheiten sind in verschiedenen (Landes-)Berufsordnungen umgesetzt worden. So regelt zB Schleswig-Holstein:⁴

„(4) Ärzte beraten und behandeln Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt. Sie dürfen dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen. Vorbehaltlich anderweitiger gesetzlicher Regelungen ist eine Beratung oder Behandlung ausschließlich über Kommunikationsmedien erlaubt, wenn diese ärztlich vertretbar und ein

persönlicher Kontakt mit der Patientin oder dem Patienten nicht erforderlich ist.“

In der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns⁵ heißt es:

„(4) Ärzte beraten und behandeln Patienten im persönlichen Kontakt. Sie können dabei Kommunikationsmedien unterstützend einsetzen. Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird.“

III. Dienstleistungsangebot Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per Ferndiagnose

Offensichtlich motiviert durch diese Änderungen ist ein Dienstleister auf den Markt getreten, dessen Geschäftsmodell darin besteht, ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen gegen Entgelt anzubieten. Laut Eigenwerbung⁶ werden die Bescheinigungen von approbierten Ärzten ausgestellt und würden von Arbeitgeber und Krankenkasse anerkannt. Man könne maximal drei Tage lang krankgeschrieben werden und erhalte den AU-Schein „bis abends in der Version für den Arbeitgeber über WhatsApp und bis übermorgen per

Heider: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp (NZA 2019, 288)

289 ▲▼

Post zusammen mit der Version für die Krankenkasse“. Der Service gelte nur bei Erkältungskrankheiten, nicht dagegen bei „Kater“ und für „Blaumacher“.

Arbeitgeber fragen sich vor diesem Hintergrund, ob sie verpflichtet sind, diese virtuelle AU-Bescheinigung zu akzeptieren. Es wird befürchtet, dass dadurch der missbräuchlichen Krankmeldung Vorschub geleistet wird.

IV. Beweiswert und Erschütterung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

1. Formelle Voraussetzungen und Beweiswert der AUB

Die Anzeige- und Nachweispflichten bei Krankheit ergeben sich aus dem Entgeltfortzahlungsgesetz. Gemäß § 5 I 2 EFZG hat der Arbeitnehmer spätestens am vierten Tag der Krankheit dem Arbeitgeber eine so genannte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Der Arbeitgeber kann diese auch früher verlangen, § 5 I 3 EFZG. Oftmals enthalten auch Betriebsvereinbarungen hierzu konkretisierende Regelungen. Sobald die Pflicht zur Vorlage einer AUB einsetzt, muss der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung vorlegen. Die Bescheinigung muss zwingend von einem approbierten Arzt stammen. In der Bescheinigung müssen der Name des Arbeitnehmers genannt und Bestehen und Dauer der Arbeitsunfähigkeit testiert werden. Fehlt eine dieser zwingenden Angaben, kann die AUB zurückgewiesen werden.

Es ist davon auszugehen, dass der Dienstleister eine formal wirksame AUB produzieren wird. Es stellt sich weiter die Frage, ob eine solchermaßen zustande gekommene AUB auch materiell wirksam ist und arbeitsrechtlichen, datenschutzrechtlichen und berufsrechtlichen Anforderungen entspricht. Die ärztliche AUB ist das gesetzlich vorgesehene Nachweismittel, mit dem der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer nachweist.⁷ Liegen diese formalen Voraussetzungen vor, kommt nach einhelliger Rechtsprechung einer solchen (inländischen) AUB ein hoher Beweiswert zu. Der Beweiswert kommt einer tatsächlichen Vermutung von Arbeitsunfähigkeit nahe.

2. Erschütterung des Beweiswerts einer AUB im Allgemeinen

Allerdings kann der Arbeitgeber versuchen, den Beweiswert der AUB zu erschüttern. Es gelten die Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast. Er muss dafür beim Gericht ernsthafte Zweifel an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit hervorrufen. Dafür hat sich nach der Rechtsprechung eine umfangreiche Kasuistik herausgebildet. Von der Rechtsprechung anerkannte Fälle sind zB:

- Arbeitnehmer kündigt sein Fernbleiben und Vorlage des „gelben Scheins“ nach Streit mit Arbeitgeber an;⁸
- Urlaub wurde nicht gewährt;
- häufige Krankheit vor oder nach Urlaub, Brücken- oder Feiertagen;
- genesungswidriges Verhalten oder Arbeit bei anderem Arbeitgeber während der Krankheit;⁹
- Rückdatierung der AUB;¹⁰
- äußeres Krankheitsbild lässt offensichtlich Arbeit zu (Fingerverletzung Callcenter-Mitarbeiter).

Zu den anerkannten Erschütterungsfällen zählt auch die ärztliche Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit *ohne* vorhergehende Untersuchung.¹¹

Davon wird man im Fall der Ferndiagnose mittels Kommunikationsmedien aber kaum sprechen können. Jedenfalls dann nicht, wenn die Untersuchung sorgfältig und lege artis erfolgt. Hier wirbt der Dienstleister damit, dass die Fernuntersuchung anhand eines umfangreichen Fragenkatalogs, nur durch approbierte Ärzte und auf Erkältungskrankheiten beschränkt, erfolge.¹² Er geht sogar noch einen Schritt weiter und behauptet, die Untersuchung sei genauer und führe zu weniger Fehldiagnosen als beim „Praxis-Arzt“.

Unter den vorgenannten Voraussetzungen wird man das Tatbestandmerkmal der ärztlichen Untersuchung als erfüllt ansehen müssen. Dass eine Diagnose möglich ist, ohne dass der Patient persönlich in Augenschein genommen wird, legen gerade auch die Änderungen der ärztlichen Berufsordnungen, die nunmehr auch die Behandlung über Kommunikationsmedien erlauben, nahe.

3. Erschütterung des Beweiswerts der „Online-AUB“

a) Argument § 275 I a SGB V

In § 275 SGB V ist das Recht zum Einsatz des Medizinischen Dienstes der Krankenkassen geregelt, ua wenn die AUB von einem Arzt stammt, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten AUB auffällig geworden ist. Hier kann man argumentieren, dass die Dienstleistung dieses Arztes *ausschließlich* darin besteht, AUB zu erteilen. Das dürfte ein starkes Erschütterungsargument sein und auch den Einsatz des Medizinischen Dienstes begründen.

b) Rückdatierung

Außerdem bietet der Dienstleister auch ausdrücklich die Rückdatierung von bis zu drei Tagen an. Nach § 5 III der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie¹³ ist eine Rückdatierung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit auf einen vor dem Behandlungsbeginn liegenden Tag ebenso wie eine rückwirkende Bescheinigung über das Fortbestehen der Arbeitsunfähigkeit nur ausnahmsweise und nur nach gewissenhafter Prüfung und in der Regel nur bis zu drei Tagen zulässig. Vorliegend wird aber offensichtlich mit der systematischen Rückdatierung geworben. Die Rückdatierung von AUB begründet bereits jetzt nach ständiger Rechtsprechung Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit, jedenfalls dann, wenn der Arbeitnehmer sich nicht in kontinuierlicher Behandlung bei dem die AUB ausstellenden Arzt befand.¹⁴ Es ist daher vorliegend in der Regel von der Erschütterung des Beweiswerts des Attestes, insbesondere bei Rückdatierung, auszugehen.

c) Werbung mit nahezu 100 %iger Erfolgswahrscheinlichkeit

Der Dienstleister wirbt weiter damit, dass die Wahrscheinlichkeit der Krankschreibung statistisch nahezu 100 % betrage. Auch das dürfte wettbewerbs- und sittenwidrig sein und gegen ethische ärztliche Grundsätze verstoßen und müsste auch die Ärztekammern auf den Plan rufen. Ein Arzt, der mit 100 %iger Krankschreibungsquote wirbt, ist aber in

Heider: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung per WhatsApp (NZA 2019, 288)

290 ▲
▼

jedem Fall genau der Arzt, den der Gesetzgeber in § 275 I a b) SGB V¹⁵ im Sinn gehabt haben dürfte.

d) Auch geänderte Berufsordnungen erlauben „virtuelle AUB“ nicht

Ebenfalls kann argumentiert werden, dass die erlaubte Behandlung und Beratung per Ferndiagnose etwas anderes ist als die Ausstellung einer AUB und diese insoweit von den neuerdings zugelassenen Behandlungsmethoden in den Berufsordnungen auch weiterhin nicht erfasst ist. So heißt es in § 1 I Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie, dass die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit und die Bescheinigung über ihre voraussichtliche Dauer ... wegen ihrer Tragweite für Versicherte und ihrer arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen sowie wirtschaftlichen Bedeutung *besondere*¹⁶ Sorgfalt erfordert. Anders als eine möglicherweise im Einzelfall zulässige Behandlung/Beratung per Kommunikationsmedien sind demnach die Anforderungen an die Ausstellung der Urkunde Krankenschein deutlich höher. Nicht nur stellt die Manipulation einer ärztlichen AUB durch den Arbeitnehmer eine Urkundenfälschung (§ 267 StGB) dar und rechtfertigt eine fristlose Kündigung,¹⁷ auch für den Arzt ist das Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse gem. § 278 StGB strafbewehrt. Insofern ist die Ausstellung einer AUB „light“ nach zutreffender Auffassung auch weiterhin nicht durch die Berufsordnungen für Ärzte gedeckt.¹⁸

V. Reaktionsmöglichkeiten des Arbeitgebers

Für Arbeitgeber stellt sich die Frage nach der richtigen Antwort auf etwaig vorgelegte virtuelle AUB. Es kommen folgende Reaktionsmöglichkeiten in Betracht:

1. Medizinischer Dienst der Krankenversicherung

Der Arbeitgeber kann die Krankenkasse des Arbeitnehmers gem. § 275 SGB V verpflichten, eine gutachtliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (MDK) einzuholen mit den vorgenannten Argumenten, dass dieser ärztliche Dienstleister *ausschließlich* Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ausstellt.¹⁹

2. Untersagung der Nutzung der virtuellen AUB

Ein pauschales Verbot der Nutzung entsprechender Angebote ist vor dem Hintergrund der freien Arztwahl (§ 76 SGB V) nicht zu empfehlen. Das gilt jedenfalls bis es behördliche oder gerichtliche Entscheidungen gibt, welche das Angebot für unzulässig erklären. Allenfalls könnte bis dahin an die Belegschaft kommuniziert werden, dass diese Angebote als rechtlich fragwürdig angesehen werden und bis zu einer gerichtlichen oder behördlichen Klärung darum gebeten wird, nur konventionelle AUB vorzulegen. Um diese Klärung herbeizuführen, steht es dem Arbeitgeber natürlich frei, die zuständige Gewerbeaufsicht oder Datenschutzaufsicht anzurufen.

3. Arbeitsrechtliche Sanktionen

Denkbar ist es auch, dass der Arbeitgeber die virtuelle AUB einfach nicht anerkennt und unterstellt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich nicht krank ist und deshalb unentschuldig der Arbeit fern bleibt. Er könnte dann zunächst den Lohn kürzen für die Zeit der (nur) durch virtuelle AUB bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und weitergehend abmahnen und gegebenenfalls kündigen. Dadurch wird faktisch die Beweislast umgekehrt und der Arbeitnehmer müsste den Lohn einklagen und/oder sich gegebenenfalls gegen Abmahnung/Kündigung wehren mit dem Argument, er habe nicht unentschuldig gefehlt und eine ordnungsgemäße AUB vorgelegt. In dem arbeitsgerichtlichen Verfahren wäre dann diese Frage aufzuklären und das Gericht müsste prüfen, ob der Beweiswert der virtuellen AUB erschüttert ist.

Wenngleich dieses Vorgehen taktisch sinnvoll sein kann, ist es doch umstritten und sollte nur bei begründeten Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit erwogen werden.²⁰

VI. Fazit

1. Mit der Aufhebung des Fernbehandlungsverbots vollzieht sich in einigen Bundesländern eine Liberalisierung der ärztlichen Behandlungsgrundsätze, was dem digitalen Zeitgeist und dem in bestimmten Regionen vorherrschenden Ärztemangel geschuldet sein dürfte. Inwieweit sich dies auf die gerichtliche Praxis zur Anerkennung von AUB auswirken wird, bleibt abzuwarten. Aufgrund der Tatsache, dass diese Änderungen erst seit kurzem wirksam sind und das Dienstleistungsangebot einer Online-AUB erst kurz auf dem Markt ist, gibt es – soweit ersichtlich – noch keine einschlägige Rechtsprechung. Man wird abwarten müssen, wie Behörden, Kammern und Gerichte dieses Dienstleistungsangebot bewerten. Zudem bestehen erhebliche datenschutzrechtliche Bedenken, welchen die Landesdatenschutzaufsicht Hamburg derzeit nachgeht und welche jedenfalls die Ausgestaltung der Dienstleistung per WhatsApp kurzfristig zunichtemachen dürften.

2. Die Hürden zur Erschütterung und Widerlegung eines ärztlichen inländischen Attestes sind sehr hoch und müssen in jedem Einzelfall genommen werden. Das ist für Arbeitgeber aufwändig und oftmals frustrierend, auch weil Gerichte äußerst zurückhaltend sind, eine durch einen Arzt attestierte Arbeitsunfähigkeit infrage zu stellen.

3. Einstweilen bleibt festzuhalten, dass offensichtlich auch der Dienstleister seiner Sache nicht ganz sicher ist, weil er in seinen FAQ nur eine begrenzte Krankschreibung von maximal fünf Tagen anbietet und der Service nur zweimal im Jahr genutzt werden darf und er offensichtlich mit Kunden rechnet, welche die Dienstleistung missbräuchlich nutzen wollen („ich habe einen Kater“). Sicher rechtfertigt die angebotene Dienstleistung keinen Generalverdacht, dass jeder Nutzer ein „Blaumacher“ ist. Man wird aber auch kaum leugnen können, dass das Missbrauchspotenzial steigt. Die Hemmschwelle zur Beantragung einer AUB, obwohl der Arbeitnehmer in Wahrheit nicht arbeitsunfähig krank ist, sinkt, wenn man den Arzt nicht mehr persönlich aufsuchen und dies im persönlichen Gespräch vertreten muss. Es ist schlicht viel bequemer, die AUB von Zuhause aus per WhatsApp zu beantragen. Im Internet lassen sich ohne viel Aufwand Tutorials finden, was man sagen muss, um erfolgreich bestimmte Krankheiten zu simulieren. Das dürfte am Telefon oder per Online-Fragebogen noch viel leichter fallen als bei persönlicher Vorstellung beim Arzt.

* Der Autor ist Syndikusrechtsanwalt beim Arbeitgeberverband der Versicherungsunternehmen in Deutschland, München und Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht bei rugekrömer Arbeitsrecht, Hamburg sowie ehrenamtlicher Richter beim ArbG München.

1 (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte idF d. Beschl. d. 121. Deutschen Ärztetages 2018 in Erfurt.

2 Synopse zur Änderung § 7 IV MBO-Ä (Fernbehandlung) Berlin, 21.3.2018.

3 Hervorhebungen durch den Verf.

4 Berufsordnung der Ärztekammer SchIH v. 3.2.1999 idF v. 14.5.2018, § 7.

5 V. 9.1.2012 idF v. 28.10.2018, § 7.

- 6 <https://au-schein.de/faq>, aufgerufen zuletzt am 13.2.2019.
- 7 *BAGE* 86, 357 = NZA 1998, 369 = AP EntgeltFG § 5 Nr. 5.
- 8 Vgl. *LAG Köln*, NZA-RR 2004, 242 Ls. = BeckRS 2003, 40529, wo der Arbeitnehmer seine Drohung auch wahr machte und das *LAG* die daraufhin erklärte fristlose Kündigung für wirksam erklärt hat.
- 9 *BAGE* 74, 127 = NZA 1994, 63 = AP BGB § 626 Nr. 112.
- 10 Entgegen der Vorgabe des § 5 III der AU-RL v. 14.11.2013 idF v. 20.10.2016.
- 11 *BAG*, NJW 1977, 350 = AP LohnFG § 3 Nr. 2.
- 12 Was aus Arbeitgebersicht jedenfalls den Vorteil beinhaltet, dass der Arbeitgeber in diesem Fall weiß, um welche Krankheit es geht und dies bei der Beurteilung von gegebenenfalls genesungswidrigem Verhalten während der AU berücksichtigen kann.
- 13 Arbeitsunfähigkeits-RL des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit ... zuletzt geändert am 20.10.2016.
- 14 *LAG Rheinland-Pfalz*, NZA-RR 2016, 10.
- 15 „... in denen b) die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über Arbeitsunfähigkeit auffällig geworden ist.“
- 16 Hervorhebung durch den Verf.
- 17 *LAG Hessen*, Urt. v. 23.3.2015 – 16 Sa 646/14, ArbRAktuell 2015, 323 = BeckRS 2015, 68706.
- 18 So sehen es wohl auch versch. Ärztekammern, vgl. <https://www.br.de/nachrichten/netzwelt/zweifel-an-krankschreibung-per-whatsapp>, REHZJbC, wonach eine Sprecherin der Bayerischen Landesärztekammer davor gewarnt habe, die Änderungen als Einladung zum leichtfertigen Umgang mit Krankschreibungen zu verstehen und der Hauptgeschäftsführer der Vereinigung der Bayerischen Wirtschaft *Bertram Brossardt* durch das Angebot dem Missbrauch „Tür und Tor geöffnet“ sehe.
- 19 § 275 I a b) SGB V.
- 20 Vgl. *Heider*, NJW 2015, 1051 (1056).