



Newsletter März 2024

## Die digitale Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung- Fluch oder Segen?

Der Fall scheint obskur und doch fand er genauso statt:

Ein Arbeitnehmer lässt sich online krankschreiben. Die Krankschreibung erfolgt nicht etwa für eine Woche, sondern fast einen Monat. Von einem Arzt, der kein Arzt ist, aber ohne Kenntnis des Sachverhalts. Eigentlich sollte das Leben durch die digitale AU leichter und nicht schwerer werden.

Einen dringlichen Hinweis und eine Bitte vorab: Ignorieren Sie Angebote für die **Ausstellung einer AUB (bspw.: „au-schein.de“ o.Ä.). Krankschreibungen die über etwaige im Internet befindliche Angebote für die Ausstellung einer AUB (bspw.: „au-schein.de“ o.Ä.) ausgestellt wurden, beinhalten keinen Beweiswert und lösen keine Entgeltfortzahlungspflicht aus.**

In unserem Newsletter März 2024 erläutern wir auf was Sie achten müssen und zeigen auf, welche Fallstricke auf Arbeitnehmer und Arbeitgeber lauern können:

### A. Der neuen Prozesse hinter der digitalen Krankmeldung

*Vorab: Schon immer hat der Arbeitnehmer die Verpflichtung sich unverzüglich beim Arbeitgeber zu melden, wenn er seine Arbeitsleistung auf Grund einer akuten Erkrankung nicht erbringen kann. Diese Verpflichtung besteht zusätzlich zu der Pflicht bei einem Arzt vorstellig zu werden und die Arbeitsunfähigkeit feststellen zu lassen. **Alleine auf die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch den Arzt beziehen sich die folgenden Ausführungen.***

Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, so muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer ärztlich feststellen lassen. Der feststellende Arzt übermittelt die Daten dann elektronisch an die jeweilige Krankenkasse des Patienten (§ 295 I 1 Nr. 1 SGB V). Die Krankenkasse erstellt ihrerseits zeitnah eine Meldung, die der Arbeitgeber dann elektronisch abrufen kann (§ 109 SGB IV). Der Arbeitnehmer erhält seinerseits weiterhin eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AUB) in Papierform für seine Unterlagen, um im Streitfall die Erfüllung seiner Feststellungspflicht nachweisen zu können.

Dass es im Rahmen dieser digitalisierten Prozesse zu Störungen kommen kann, hat auch der Gesetzgeber erkannt: Ist die digitale Verbindung zwischen Arzt und Krankenkasse erkennbar gestört, ist die AUB dem Arbeitnehmer in Papierform auszustellen und vom Arbeitnehmer an die Krankenkasse und den Arbeitgeber zu übermitteln. Bei kurzfristigen und/oder unerkannten Störungen kann der Arzt die eAUB aber auch nachträglich, z.B. am Folgetag, an die zuständige Krankenkasse versenden oder die Bescheinigung als

sogenanntes Stylesheet per Post an diese schicken. Dass der Gesetzgeber die Möglichkeit von Störungen gesehen, aber keine näheren rechtsverbindlichen „Segelanweisungen“ formuliert hat, ist insoweit hinzunehmen.

Probleme, die arbeitsrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen (können), entstehen dann, wenn der Arbeitnehmer die für den Arbeitgeber bestimmte AUB in Papierform nicht an diesen weiterleitet, z.B. weil der Arbeitnehmer es schlichtweg vergisst oder die Bescheinigung postwendend im Altpapier landet.

Die eAUB führt derzeit nicht zu einer Vereinfachung der Verfahren, sondern zu einer Verkomplizierung. Arbeitgeber müssen bei der Bearbeitung der Arbeitsunfähigkeit nun zwei Prozesse parallel laufen lassen: Neben dem neuen digitalen Abrufverfahren bleibt das bisherige analoge Verfahren bestehen. Unklarheiten über die ordnungsgemäße Erfüllung der Feststellungspflicht müssen gegebenenfalls durch Rückfragen des Arbeitgebers geklärt werden. Das verursacht nicht nur zusätzlichen Kosten- und Zeitaufwand, sondern ist vor dem Hintergrund der langen und verlängerten Anlaufphase der eAUB vor allem eines: bedauerlich.

Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit ohne physischen Arztkontakt

Schon Mitte 2020 ebnete der sog Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) durch Anpassung der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie (AU-Richtlinie) den Weg, Untersuchungen erstmals auch ohne ärztlichen Kontakt vor Ort zu ermöglichen und zugleich die Arbeitsunfähigkeit feststellen zu lassen. Während zunächst Voraussetzung hierfür war, dass die betreffende Person der Arztpraxis wegen früherer Behandlung bereits bekannt war (auch um Missbrauchsmöglichkeiten zu verhindern), sieht die jüngste Anpassung in § 4 V der AU-Richtlinie solche Einschränkungen nicht mehr vor.

Seit dem 19. Januar 2022 gilt:

- Die Krankschreibung unbekannter Patientinnen und Patienten ist grundsätzlich möglich, allerdings „soll“ sie über einen Zeitraum von maximal drei (anstelle der bisherigen sieben) Tagen nicht hinausgehen.
- Sind Versicherte der Vertragsärztin oder dem Vertragsarzt aufgrund früherer Behandlung hingegen persönlich bekannt, kann eine erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Wege einer Videosprechstunde für einen Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen erfolgen.
- Voraussetzung für die Krankschreibung per Videosprechstunde bleibt selbstverständlich weiterhin, dass die Erkrankung eine Untersuchung per Videosprechstunde zulässt. Zudem besteht kein Anspruch auf AUB im Wege der Videosprechstunde und Ärztinnen und Ärzte sollen darüber aufklären, dass ohnehin nur eine eingeschränkte Befunderhebung zum Zwecke der Feststellung der AUB besteht.

Geklärt ist, dass die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit allein durch die Nutzung einer Website oder App (durch das Anwählen vorgefertigter Antworten) ohne direkten Kontakt per (Mobil-)Telefon oder Video zwischen Ärztin oder Arzt und Patientin oder Patient, nicht zulässig ist. Eine so erlangte AUB ist mit der AU-Richtlinie nicht zu vereinbaren; ihr kommt

zudem kein Beweiswert zu und die Anbieter solcher Geschäftsmodelle handeln gleichzeitig wettbewerbswidrig.

## **B. Richtig krank melden- vor und nach der digitalen Krankmeldung**

Sind Sie erkrankt, müssen Sie, wie bisher auch, Ihrem Arbeitgeber unverzüglich Bescheid sagen, dass Sie wegen einer Erkrankung ausfallen.

Beachten Sie hier auch weiterhin die Regelungen, die in Ihrem Betrieb für die Krankmeldung vorgesehen sind.

Arbeitnehmer:innen sind grundsätzlich ab dem 4. Tag ihrer Arbeitsunfähigkeit verpflichtet, dem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen (§ 5 EZFG). Der Arbeitgeber darf aber sogar am 1. Tag ein Attest fordern.

Auch mit der eAU haben Arbeitnehmer:innen weiterhin die Pflicht, dem Arbeitgeber ihre Arbeitsunfähigkeit zu melden und diese, wenn erforderlich, ärztlich feststellen zu lassen. Teilen Sie Ihrem Arbeitgeber daher rechtzeitig mit, dass Sie von Ihrem Arzt krankgeschrieben worden sind.

Sind Sie ärztlich krankgeschrieben worden, ruft Ihr Arbeitgeber dann die Krankmeldung elektronisch bei Ihrer Krankenkasse ab.

Die Krankenkasse übermittelt dem Arbeitgeber folgende Informationen:

- den Namen der versicherten Person
- den Beginn und das Ende der Arbeitsunfähigkeit
- die Kennzeichnung als Erst- oder Folgemeldung

Der Arbeitgeber erfährt nicht, welche Ärztin oder welcher Arzt krankgeschrieben hat und welche Diagnosen gestellt wurden.

Die Daten sind generell immer erst ab dem Folgetag nach der Krankschreibung verfügbar. Sie werden über abgesicherte Kommunikationsserver der gesetzlichen Krankenversicherung den Arbeitgebern zur Verfügung gestellt. Auf Seiten der Arbeitgeber sind auch bestimmte technische Voraussetzungen für einen Abruf bei der Krankenkasse erforderlich.

### *§ 4 V AU- Richtlinie:*

*(5) 1Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit darf nur auf Grund einer ärztlichen Untersuchung erfolgen. 2Diese erfolgt unmittelbar persönlich oder mittelbar persönlich im Rahmen einer Videosprechstunde oder nach telefonischer Anamnese nach Maßgabe von Absatz 5a. 3Eine Feststellung der Arbeitsunfähigkeit auf Grund einer mittelbar persönlichen Untersuchung im Rahmen einer Videosprechstunde kann nur erfolgen, wenn die Erkrankung dies nicht ausschließt. 4Im Fall einer Videosprechstunde soll die erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit für Versicherte, die der Vertragsärztin oder dem Vertragsarzt oder einer anderen Vertragsärztin oder einem anderen Vertragsarzt derselben Berufsausübungsgemeinschaft aufgrund früherer Behandlung nicht unmittelbar persönlich bekannt sind, über einen Zeitraum von bis zu drei Kalendertagen nicht hinausgehen. 5Sind Versicherte der Vertragsärztin oder dem Vertragsarzt oder einer anderen Vertragsärztin oder 6 einem anderen Vertragsarzt derselben Berufsausübungsgemeinschaft aufgrund früherer Behandlung hingegen unmittelbar persönlich bekannt, kann eine erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen*

einer Videosprechstunde für einen Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen erfolgen. 6Die Feststellung des Fortbestehens der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde soll nur erfolgen, wenn bei der oder dem Versicherten bereits zuvor aufgrund unmittelbar persönlicher Untersuchung durch die Vertragsärztin oder den Vertragsarzt Arbeitsunfähigkeit wegen derselben Krankheit festgestellt worden ist. 7Sofern der Vertragsärztin oder dem Vertragsarzt eine hinreichend sichere Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde nicht möglich ist, ist von einer Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde abzusehen und auf die Erforderlichkeit einer unmittelbar persönlichen Untersuchung durch eine Vertragsärztin oder einen Vertragsarzt zu verweisen. 8Die oder der Versicherte ist im Vorfeld der Videosprechstunde über die eingeschränkten Möglichkeiten der Befunderhebung zum Zweck der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde aufzuklären. 9Ein Anspruch auf die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen der Videosprechstunde besteht nicht. 10Die Vertragsärztin oder der Vertragsarzt hat dabei die Authentifizierung der oder des Versicherten sicherzustellen. (5a) 1Sofern die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen einer Videosprechstunde nicht möglich ist, kann diese bei Versicherten mit Erkrankungen, die keine schwere Symptomatik vorweisen, entsprechend der Vorgaben nach Absatz 5 auch nach telefonischer Anamnese mit der Maßgabe erfolgen, dass die erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit über einen Zeitraum von bis zu fünf Kalendertagen nicht hinausgehen soll. 2Dies gilt nicht für Versicherte nach Absatz 5 Satz 4.

### C. Die wichtigsten Fragen im Überblick

#### Wie lange darf sich ein Arbeitnehmer digital krankmelden?

- Bei fehlendem unmittelbar persönlichem Bekanntsein des Patienten beim Arzt, darf der Arzt maximal drei Tage digital Krankschreiben
- Bei unmittelbar persönlichem Bekanntsein darf der Arzt maximal 7 Tage digital krankschreiben
- Bei einer fehlenden schweren Symptomatik und der Unmöglichkeit einer Videosprechstunde darf der Arzt den Patienten auch bis zu fünf Tage digital telefonisch krankschreiben
- Es besteht kein Anspruch auf eine Videosprechstunde, bzw. die Feststellung der Krankheit in dieser
- AN muss immer auch die Krankheit beim AG anzeigen und spätestens eine AUB am vierten Tag nach Krankmeldung nachreichen

#### Bedeutet digitale Krankmeldung, dass ein Arbeitnehmer gar nicht mehr vorstellig werden muss? Oder muss er sich telefonisch oder per Video-Konferenz melden?

Es gibt verschiedene Optionen der digitalen Krankschreibung und -meldung.

Die Video-Sprechstunde könnte dabei die mit dem höchsten Beweiswert und „sicherste“ sein, da sie mit dem Patienten den unmittelbarsten Kontakt herstellt. Jedoch ist zu beachten, dass es auch viele Symptomatiken gibt, die nicht über einen Video-Call festgestellt werden können, sondern nur allein auf die Aussagen der Patienten vertraut werden muss, was den Beweiswert der AUB erneut erschüttert.

Bei „keinen schweren Symptomatiken“ ist auch eine Krankschreibung via Telefonsprechstunde möglich.

Eine AUB für welche der Arbeitnehmer gar nicht mehr vorstellig werden musste, begründet keinen Beweiswert (*LG Hamburg v. 3.9.2019 – 406 HKO 56/19, GRUR-RS 2019, 26642.*), keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung und muss vom Arbeitgeber nicht akzeptiert werden. (Hoffmann in: *öAT 2022, 51 mwN*)

### **Beweiswert der Online AUB**

Beweiswert der Online AUB könnte erschüttert sein, da jeglicher persönlicher Kontakt zwischen Patient und Arzt nicht existiert. (*BAG NJW 1977, 350; Hoffmann in: öAT 2022, 51 mwN*)

Das ArbG Berlin ist zu dem Ergebnis gekommen, dass eine Online-AUB, die ohne jegliche persönliche Untersuchung erfolgt ist, keinen Beweiswert innehat. (*ArbG Berlin v 1.4.2021 – 42 Ca 16289/20*).

Eine AUB mit geringerem persönlichen Kontakt als dem telefonischen könne kein Beweiswert zukommen. (Hoffmann in: *öAT 2022, 51 mwN*)

### **Leitfaden bei digitaler Krankmeldung**

Bei Krankheit ist bei der Krankmeldung folgendes zu beachten:

1. Ab dem vierten Tag der Krankheit sind Sie gem. § 5 EFZG verpflichtet, eine AU Bescheinigung vorzulegen
2. Eine Krankschreibung durch den Arzt kann folgendermaßen passieren:
  - a. Sie suchen Ihren Arzt persönlich auf und dieser stellt Ihnen eine AUB aus.
  - b. Sie vereinbaren mit Ihrem Arzt eine Videosprechstunde. Bei dieser ist es Ihrem Arzt möglich Ihnen eine AUB auszustellen, sofern er die Symptomatik über die Ferne beurteilen kann. Diese AUB gilt im Falle Ihrer Bekanntheit beim Arzt für maximal sieben, im Falle einer erstmaligen Vorstellung für maximal drei Tage.
  - c. Bei leichteren Symptomen, beispielsweise einer leichten Erkältung oder einer leichten Magen-Darm-Grippe, können Sie durch Ihren Arzt auch telefonisch krankgeschrieben werden. Diese telefonische Krankschreibung ist für maximal fünf Tage gültig.
3. Zu beachten ist: Krankschreibungen die über etwaige im Internet befindliche Angebote für die Ausstellung einer AUB (bspw.: „au-schein.de“ o.Ä.) ausgestellt wurden, beinhalten keinen Beweiswert und lösen keine Entgeltfortzahlungspflicht aus.