

BGHP Betriebsrats-Update: Info für Arbeitnehmer*innenrechte (7/2022)

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus dem Internet und telefonische Krankschreibung

Ein Beitrag von Rechtsanwalt Christian Lunow
Fachanwalt für Arbeitsrecht



und Rechtsreferendarin Marie Bruns

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung aus dem Internet und telefonische Krankschreibung?

Wir klären auf!

Arbeitnehmer*innen, die an leichten Atemwegserkrankungen leiden, können seit dem 4. August 2022 wieder telefonisch bis zu sieben Tage krankgeschrieben werden. Der Gemeinsame Bundesausschuss hat angesichts steigender Infektionszahlen die Corona-Sonderregelung wieder aktiviert (vgl. <https://www.bundesregierung.de/breg-de/themen/coronavirus/telefonische-krankschreibung-1800026>).

Wie läuft eine solche telefonische Krankmeldung ab?

Im Falle des Verdachts auf eine Atemwegserkrankung können Arbeitnehmer*innen telefonischen Kontakt zu niedergelassenen Ärztinnen und Ärzten suchen, welche sich sodann in einem persönlichen Telefonat vom Zustand der Patientin oder des Patienten durch eine eingehende telefonische Befragung überzeugen können. Eine einmalige Verlängerung der Krankschreibung kann telefonisch für weitere sieben Kalendertage ausgestellt werden. Die Sonderregelung gilt vorerst befristet bis zum 30. November 2022. Ob diese weiter verlängert wird, entscheidet die Situation in den kommenden Monaten.

Wie bekommt man eine „Online-AU“?

Im Internet wird zudem vermehrt (z. B. vom Anbieter „Dr. Ansay“) die Ausstellung von „Online-AUs“ beworben, und zwar dergestalt, dass der/die Patient*in nicht in persönlichen Kontakt mit Ärzt*innen treten muss. Stattdessen wird hierbei online ein Formular ausgefüllt, in dem die vermutete Erkrankung (z.B. eine Erkältung) und die bestehenden Krankheitssymptome angegeben werden. Nach wenigen Klicks und einer Bezahlung von (derzeit) 29,- EUR wird man dann krankgeschrieben und erhält die AU nach kurzer Zeit per WhatsApp (auf Wunsch auch per Post). Laut Anbieter werden die Angaben über die bestehenden Krankheitssymptome von approbierten Ärzten analysiert und entsprechend geprüft, ob eine Erkrankung vorliegt oder nicht. Ein persönlicher Kontakt zwischen Patient*in und Ärzt*in bleibt aus, nicht einmal ein Telefonat erfolgt.

Sind „Online-AUs“ ebenfalls unproblematisch?

Einige Arbeitgeber weisen derartige AUs zurück und stellen deren Beweiswert in Frage. Als Folge dessen kann es passieren, dass der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verweigert wird.

Kann im Falle einer „Online-AU“ der Beweiswert angezweifelt werden?

Grundsätzlich muss zunächst der/die Arbeitnehmer*in bei Arbeitsunfähigkeit beweisen, dass er*sie arbeitsunfähig ist, um den Entgeltfortzahlungsanspruch gem. [§ 3 EFZG](#) durchsetzen zu können. Dafür wird für gewöhnlich eine AU vorgelegt. Die AU hat einen hohen Beweiswert, denn sie stellt das gesetzlich vorgesehene Beweismittel der Arbeitsunfähigkeit dar, was sich aus der Lebenserfahrung ergibt (vgl. BAG, Urteil vom 19.02.1997 – 5 AZR 83/96): Das Gericht darf bei Vorlage einer AU davon ausgehen, dass der Beweis einer Erkrankung damit erbracht wurde. Deshalb ist bei Vorlage die Arbeitsunfähigkeit erst einmal bewiesen – vorausgesetzt, die AU wurde „ordnungsgemäß ausgestellt“.

Gerade hier ist jedoch bei der „Online-AU“ der Haken: Zuletzt hat das Arbeitsgericht Berlin in seinem Urteil vom 01.04.2021 (Az. 42 Ca 16289/20) entschieden, dass bei einer über das Internet („[www.au-schein.de](#)“) ausgestellten AU nicht mehr von einer ordnungsgemäßen Ausstellung gesprochen werden kann. Voraussetzung dafür wäre nämlich, dass der Ausstellung eine Untersuchung vorangegangen ist oder, bei besonderer Patientenbeziehung, ausnahmsweise eine Ferndiagnose in Frage kommt. Eine „Untersuchung“ liegt im Fall der „Online-AU“ jedoch gerade nicht vor.

Der Arbeitgeber kann also den Beweiswert der AU in Frage stellen, jene also „zurückweisen“ und der/die Beschäftigte müsste dann, um eine Entgeltfortzahlung zu erhalten, seine/ihre Arbeitsunfähigkeit anders beweisen. Denn wenn der/die Beschäftigte seiner/ihrer Pflicht zur Vorlage einer AU nicht nachkommt, ergibt sich daraus kein endgültiges Leistungsverweigerungsrecht, sondern nur ein Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich der Entgeltfortzahlung. Weist der/die Arbeitnehmer*in die Arbeitsunfähigkeit auf andere Weise nach (hierzu sind alle anderen Beweismittel, wie Zeugen oder Parteivernehmung) zulässig (vgl. BAG, Urteil vom 01.10.1997 – 5 AZR 726/69), wird das Zurückbehaltungsrecht beendet.

Wir raten von der Einholung einer AU über Internetanbieter ab. Hier sollte vielmehr die Möglichkeit einer telefonischen Besprechung mit seinem Hausarzt in Anspruch genommen werden. In diesen Fällen findet die von der Rechtsprechung geforderte Untersuchung statt und man muss sich, in aller Regel, nicht um den Anspruch auf Entgeltfortzahlung streiten.

Ist eine Kündigung wegen des Vorwurfs des Entgeltfortzahlungsbetruges denkbar?

Täuscht ein*e Arbeitnehmer*in eine tatsächlich nicht bestehende Arbeitsunfähigkeit nur vor, verletzt er*sie seine arbeitsvertraglichen Pflichten in erheblichen Maße. In diesem Falle ist eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung gerechtfertigt. Unter Umständen kann sogar eine außerordentliche Kündigung wirksam sein.

Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat hierzu bereits in verschiedenen Entscheidungen umrissen, wann eine Kündigung in Fällen des Vorwurfs des Entgeltfortzahlungsbetruges Erfolg haben kann. So hatte das BAG zum einen (mit Urteil vom 26.08.1993 - 2 AZR 154/93) darüber zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen einem Arbeitnehmer ohne vorherige Abmahnung fristlos wirksam gekündigt werden kann, wenn dieser schichtweise einer Nebenbeschäftigung während der Krankschreibung in der Hauptbeschäftigung nachgeht. In diesem Fall hatte die Arbeitgeberin dem Beschäftigten trotz Vorlage einer AU fristlos ohne vorherige Abmahnung gekündigt. Der Arbeitnehmer hatte trotz und während attestierter Krankheit in der Hauptbeschäftigung Schichten im Rahmen seiner Nebentätigkeit übernommen. Das Gericht hatte deswegen Bedenken, im Hinblick auf den Beweiswert der AU und wies den Rechtsstreit an das LAG zurück.

Besteht ein Entschädigungsanspruch im Falle einer rechtswidrigen Observation?

In einem anderen Fall (BAG v. 19.02.2015 – 8 AZR 1007/13), über den das BAG zu entscheiden hatte, war eine Arbeitnehmerin infolge ihrer Arbeitsunfähigkeit von der Beklagten durch einen Privatdetektiv überwacht und anschließend gekündigt worden, da die Arbeitgeberin die Arbeitsunfähigkeit der Beschäftigten anzweifelte.

Die Klägerin gewann zunächst das Kündigungsschutzverfahren, verklagte sodann die Arbeitgeberin auf Entschädigung wegen der zutiefst einschneidenden Observation während ihrer AU. Diese erfolgte von Mitte bis Ende Februar 2012 an vier Tagen. Beobachtet wurden u.a. ihr Wohnhaus, sie und ihr Mann mit Hund vor dem Haus und der Besuch der Klägerin in einem Waschsalon. Dabei wurden auch Videoaufnahmen erstellt. Der abschließende

Observationsbericht, der der Beklagten übergeben worden ist, enthält elf Bilder, neun davon aus Videosequenzen.

Für das Bestehen eines Entschädigungsanspruchs gegen die Arbeitnehmerin kam es maßgeblich darauf an, ob die Arbeitgeberin im konkreten Fall einen Privatdetektiv beauftragen durfte, mithin, ob ausreichende Indizien für einen Entgeltfortzahlungsbetrug vorlagen. Zwar waren für die Beurteilung eines Entschädigungsanspruchs [§ 32 Bundesdatenschutzgesetz](#) (BDSG) bzw. [Art. 2 Grundgesetz](#) (GG) maßgeblich. Um insoweit jedoch einen Anspruch zu begründen, wurde insbesondere das Interesse der Arbeitgeberin an der Observation betrachtet. So musste zunächst festgestellt werden, ob überhaupt begründete Zweifel am Beweiswert der von der Arbeitnehmerin vorgelegten AU bestehen. Der Arbeitgeberin gelang ein solcher Nachweis nicht, weshalb kein berechtigtes Interesse an der Observation und der damit einhergehenden Erhebung personenbezogener Daten bestand. Es blieb bei der Verurteilung der Arbeitgeberin auf Entschädigung in Höhe von 1.000,- EUR.

Ist eine Kündigung aufgrund eines Verdachts des Vortäuschens einer AU denkbar, insbesondere wg. des Einholens einer „Online-AU“?

Ja, grundsätzlich ist auch eine rechtswirksame Kündigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund eines Verdachts möglich. Nach der Rechtsprechung des BAG (vgl. u.a. BAG, Urteil vom 14.09.1994 - 2 AZR 164/94) sind allerdings strenge Voraussetzungen einzuhalten, nämlich

1. ein Verdacht des Vorliegens eines erheblichen Fehlverhaltens des/der Beschäftigten besteht,
2. der Verdacht ist dringend, objektiv auf konkrete Tatsachen gestützt und besteht im Zeitpunkt der Kündigung,
3. dadurch ist das für die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses erforderliche Vertrauen zerstört und
4. der Arbeitgeber muss umfassende Anstrengungen unternommen haben, um den Sachverhalt aufzuklären, insbesondere dem/der Arbeitnehmer*in Gelegenheit zur Stellungnahme geben.

Der Verdacht muss also auf objektiv nachweisbare Tatsachen gestützt werden – auf die subjektive Wertung des Arbeitgebers kommt es nicht an. Bei den aktuellen Anbietern, wie z.B. Dr. Ansay, ist die AU an sich zwar von approbierten Ärzt*innen ausgestellt.

Dennoch kann es vorkommen, dass Arbeitgeber die Rechtmäßigkeit der AU bestreiten oder gar das Bestehen der darin diagnostizierten Arbeitsunfähigkeit „an sich“.

Letztendlich trägt aber immer noch der Arbeitgeber die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsache, dass der Betroffene die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich vorgetäuscht hat. Das online Angebot macht, jedenfalls aus Sicht eines Laien, einen sehr seriösen Eindruck, so existiert zum Beispiel ein ausführliches Impressum, die Internetseite ist auf Deutsch verfasst und benutzerfreundlich und strukturiert aufgebaut. Zudem wird transparent über die Kosten der Angebote aufgeklärt. Konkret wird mit der Echtheit und Rechtmäßigkeit geworben, sodass Arbeitnehmer*innen nicht davon ausgehen müssen, dass die AU vom Arbeitgeber nicht akzeptiert wird. Auch, dass der Anbieter bei Google sehr viele (weit mehr als 3.000) Rezensionen mit durchschnittlich 4,9 von 5 möglichen Sternen hat, spricht für die Seriosität und Zuverlässigkeit des angebotenen Services. Das Thema der möglichen Ablehnung einer AU durch den Arbeitgeber wird in der Fragenrubrik zu dem Unternehmen bei Google angesprochen. Dort finden sich etliche Berichte von Nutzer*innen darüber, dass bei ihnen die ausgestellte AU vom jeweiligen Arbeitgeber anstandslos akzeptiert wurde.

Allein das Einholen einer „Online-AU“ kann eine Kündigung nicht rechtfertigen. Nur, wenn nachweislich über das Bestehen einer Krankheit getäuscht wird, indem z.B. bewusst falsche Angaben getätigt werden, wäre ein arbeitsvertraglicher Pflichtverstoß zu bejahen. In der Praxis wollen die allermeisten Arbeitnehmer*innen gerade nicht eine Krankheit vortäuschen, sondern vielmehr dem Risiko einer Ansteckung beim Arztbesuch vorbeugen. Eine, ohne weitere Verdachtsmomente, ausgesprochene Kündigung wird einer rechtlichen Überprüfung deshalb regelmäßig nicht standhalten.

Wie soll sich ein/e Betroffene*r verhalten, wenn der Arbeitgeber eine „Online-AU“ ablehnt oder sogar eine Kündigung androht oder ausspricht?

Der/Die Arbeitnehmer*in ist vor Ausspruch der Kündigung zu dem Verdacht anzuhören. Ansonsten ist eine Verdachtskündigung in der Regel sozial nicht gerechtfertigt und unwirksam (vgl. BAG, Urteil vom 25.04.2018, 2 AZR 611/17). Die Anhörung soll es dem Beschäftigten ermöglichen, den gegen ihn bestehenden Verdacht zu entkräften. Das setzt voraus, dass der Arbeitgeber die Anhörung nicht nur als eine Art lästigen „Programmpunkt“ ansieht, sondern dem Beschäftigten eine echte Chance einräumt, den Verdacht aus der Welt zu räumen.

Für die Anfertigung einer schriftlichen Stellungnahme an den Arbeitgeber oder für die Vorbereitung eines persönlichen Gesprächs, in welchem der Verdacht thematisiert werden soll, sollte unbedingt rechtsberatender Beistand herangezogen werden. Es kommt auf die einzelfallbezogenen Umstände an, wie eine Stellungnahme formuliert werden sollte und welche Argumente konkret sinnvoll und erfolgversprechend sein können.

Da die Kündigung das einschneidendste und schwerste Mittel (ultima ratio) des Arbeitgebers gegenüber dem/der Arbeitnehmer*in darstellt, ist bei dieser Beurteilung ein hohes Maß an Überzeugung erforderlich: Es müssen mithin erdrückende Verdachtsmomente vorliegen. Bloße Unsicherheiten des Arbeitgebers reichen bei Weitem nicht aus.

Um das Gericht in diesen Fällen davon zu überzeugen, dass gerade keine ausreichend schweren Verdachtsmomente vorliegen, bedarf es unbedingt der Expertise eines/einer auf das Arbeitsrecht spezialisierten Rechtsanwält*in.

Beim Vorgehen gegen eine (Verdachts-)Kündigung ist schnelles Handeln geboten: Die Frist zur Klageerhebung beträgt lediglich drei Wochen!

Wie können Betriebsräte ihre Beschäftigten bestmöglich unterstützen?

1. Kenntnis vor Anhörung nach § 102 BetrVG

Wenn Betriebsräte von der Anhörung nach [§ 102 BetrVG](#) von etwaigen Vorwürfen „Wind bekommen“, sollten sie die betroffenen Beschäftigten unbedingt auf die Unwägbarkeiten bei Verdachtsmomenten hinweisen. Nicht selten verzetteln unvorbereitete Betroffene sich in Anhörungsgesprächen und erhärten womöglich einen Verdacht und/oder schaffen gar einen neuen.

2. Kenntnis durch Anhörung nach § 102 BetrVG

Sollten Betriebsräte erst durch ein Anhörungsschreiben des Arbeitgebers Kenntnis von etwaigen Vorwürfen erlangen, haben Sie die Möglichkeit (und auch die Pflicht), den Betroffenen dazu anzuhören (§ 102 Abs. 2 Satz 4 BetrVG).

Bei Fragen und Unsicherheiten sollten sich Betriebsräte zudem rechtlichen Rat einholen. Hierbei sind Fristen zu beachten. Hat der Betriebsrat gegen eine ordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese nach § 102 Abs. 2 Satz 1 BetrVG unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber spätestens innerhalb einer Woche schriftlich mitzuteilen. Äußert er sich innerhalb dieser Frist nicht, gilt seine Zustimmung zur Kündigung als erteilt. Hat der Betriebsrat gegen eine außerordentliche Kündigung Bedenken, so hat er diese unter Angabe der Gründe dem Arbeitgeber nach § 102 Abs. 2 Satz 3 BetrVG unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von drei Tagen, schriftlich mitzuteilen.

Fazit:

Betriebsräte haben beim Thema Kündigung, insbesondere im Rahmen einer Anhörung nach § 102 BetrVG, eine hohe Verantwortung. Eine Zustimmung zu einer Kündigung kann für Betroffene in einem gerichtlichen Verfahren weitere Probleme bedeuten. Arbeitsgerichte schauen häufig genau hin, wie sich die Betriebsräte als Interessenvertreter der Beschäftigten positionieren.

Rechtsanwalt Christian Lunow
Fachanwalt für Arbeitsrecht

und Rechtsreferendarin Marie Bruns

BGHP - Berger Groß Höhmann Partnerschaft von Rechtsanwält*innen mbB

Danziger Straße 56

Telefon: 030-440 330-13

10435 Berlin / Prenzlauer Berg

Telefax: 030-440 330-22

E-Mail: lunow@bg hp.de

www.bg hp.de

Unsere Beratungsseiten im Internet:

www.betriebsratsberater-berlin.de

www.pflegerechtsberater.de

www.erbrechtsberater-berlin.de