



1

## Übersicht

michels.pmks

- Bedeutung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AUB)
- Formelle und inhaltliche Anforderungen
- Beweiswert und Erschütterung
- Haftungsrisiken des Arztes / der Ärztin

©michels.pmks

2

## Bedeutung der AUB

michels.pmks

- Definition: Ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer ( § 5 I EFZG; § 46 S. 1 Nr. 2 SGB V)
- Rechtsgrundlagen:
  - Arbeitsrecht: § 5 I EFZG
  - Sozialrecht: § 46 S. 1 Nr. 2 SGB V
  - Ärztliches Berufsrecht / Vertragsarztrecht: § 25 MBO; § 31 BMV-Ä i.V.m. Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie des G-BA

©michels.pmks

3

## Bedeutung der AUB

michels.pmks

- Arbeitsrecht: Nachweis der Arbeitsunfähigkeit
  - Entgeltfortzahlungsanspruch Arbeitnehmer → Arbeitgeber
  - Forderungsübergang bei Drittschädigung Arbeitgeber → Schädiger
  - Gesetzlich vorgesehene Beweismittel zum Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit
- Sozialrecht: Krankengeldanspruch
  - Krankengeldanspruch Beschäftigter → Krankenkasse
  - Materiell-rechtliche Anspruchsvoraussetzung, § 46 S. 1 Nr. 2 SGB V

©michels.pmks

4

## Anforderungen an eine AUB

michels.pmks

- Wer darf ausstellen:

- nur approbierte Ärztinnen und Ärzte
- nicht: Heilpraktiker /-innen

- Persönliche Untersuchung

- Nicht zwingend körperliche Untersuchung, Videosprechstunde genügt ( § 4 AU-RiLi).
- Unzulässig: AUB „per WhatsApp“ auf Basis der Beantwortung vorformulierter Fragen über einen Internet-Dialog (OLG Hamburg vom 5.11.2020 – 5 U 175/19)
- Bis zum 31.05.2022 befristete Sonderregeln zur COVID-19-Pandemie ( § 8 AU-RiLi):  
Telefonische Feststellung der AU bei leichten Atemwegserkrankungen für max. 7 Tage

©michels.pmks

5

## Anforderungen an eine AUB

michels.pmks

- Form

- Arbeitsrecht: Schriftform (hM)
- Sozialrecht: „Beweissichere Dokumentation“ (BSG vom 11.5.2017 – B 3 KR 22/15 R),  
Schriftform nicht erforderlich (eAUB)
- Verwendung des Vordrucks gem. Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des G-BA ist nicht zwingend  
(BSG vom 30.09.2015 - B 3 KR 40/15 B)

©michels.pmks

6

## Anforderungen an eine AUB

michels.pmks

### • Inhalt

- Feststellung der Arbeitsunfähigkeit → der Arbeitnehmer kann seine vertraglich geschuldete Tätigkeit infolge seiner Krankheit nicht erbringen
- Voraussichtliche Dauer
- Angabe der Diagnose(n): nur für Krankenkasse, nicht für Arbeitgeber
- Angabe, ob es sich um eine Erst- oder Folgebescheinigung handelt

©michels.pmks

7

## Anforderungen an eine AUB

michels.pmks

### • Rückwirkende Bescheinigung?

- § 5 III AU-RiLi: *„Eine Rückdatierung des Beginns der Arbeitsunfähigkeit auf einen vor dem Behandlungsbeginn liegenden Tag ist 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.“*
- Arbeitsrechtlich idR unproblematisch, kann aber ggf. mit anderen Indizien den Beweiswert erschüttern (LAG Hamm v. 15.8.1978 – 6 Sa 206/78; LAG Köln v. 21.11.2003 – 4 Sa 588/03)
- Sozialrechtlich aber unzulässig! AUB ist Anspruchsvoraussetzung für den Krankengeldanspruch. Krankengeldanspruch setzt erst am Tag der Ausstellung der AUB ein (BSG, Urteil vom 11.5.2017 – B 3 KR 22/15 R)
  - ➔ Bedeutsam v. a. bei Folgebescheinigungen; diese müssen spätestens am Tag des Ablaufs der vorausgegangenen AUB erteilt werden.

©michels.pmks

8

## Beweiswert

michels.pmks

### • Beweislastverteilung für den Anspruch auf EFZ

- Für das Vorliegen der Voraussetzungen des Entgeltfortzahlungsanspruch ist der Arbeitnehmer / die Arbeitnehmerin nach allgemeinen Regeln darlegungs- und beweispflichtig
  - *„Die ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist das gesetzlich ausdrücklich vorgesehene und insoweit wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Ihr kommt ein hoher Beweiswert zu.“*
- BAG, Ur. v. 26.10.2016 – 5 AZR 167/16
- AUB begründet die tatsächliche Vermutung („Anscheinsbeweis“) der Arbeitsunfähigkeit. Diese Vermutung kann aber widerlegt werden.

©michels.pmks

9

## Beweiswert

michels.pmks

### • Erschütterung des Beweiswerts

- Art und Weise des Zustandekommens der AUB
  - AUB wurde ohne persönliche Untersuchung allein aufgrund der Angaben des Arbeitnehmers / der Arbeitnehmerin ausgestellt (ArbG Berlin vom 01.04.2021 – 42 Ca 16289/20).
  - Rückwirkende Ausstellung >3 Tage
  - Häufiger Arztwechsel, ggf. verbunden mit ständig neuen Erstbescheinigungen.
- Verhalten des Arbeitnehmers vor der Erkrankung
  - Anündigung der Arbeitsunfähigkeit (LAG Hamm vom 27.05.1982 - 8 Sa 44/82)
  - Arbeitsunfähigkeit nach verweigertem Kurzurlaub und Anündigung «durch die Blume», man werde sich krankschreiben lassen. (BAG vom 17.06.2003 - 2 AZR 123/02)

©michels.pmks

10

## Beweiswert

michels.pmks

- Erschütterung des Beweiswerts

- Verhalten des Arbeitnehmers während der Erkrankung
  - Arbeitnehmer geht während der Erkrankung Tätigkeiten nach, die mit der bescheinigten AU nicht zu vereinbaren sind (z. B. Vollschtige, gleich schwere Tätigkeit, siehe BAG vom 26.08.1993 - 2 AZR 154/93)
- MDK stellt Arbeitsfähigkeit fest gem. § 275 I 1 Nr. 3 b SGB V

©michels.pmks

11

## Beweiswert

michels.pmks

- Konsequenz

- Ist der Beweiswert der AUB erschüttert, trägt wiederum der Arbeitnehmer die volle Darlegungs- und Beweislast für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit
- Er kann seiner Darlegungs- und Beweislast auf andere Weise nachkommen:
  - Laienhafte, aber substantiierte Darlegung der Erkrankung und Beschwerden, die AU begründet haben sollen.
  - Beweis durch Zeugenvernehmung des Arztes / der Ärztin (setzt naturgemäß die Entbindung von der Schweigepflicht voraus).

©michels.pmks

12

## Beweiswert

michels.pmks

### • Beispiele zur Erschütterung des Beweiswerts

Urteil des BAG vom 08.09.2021 – 5 AZR 149/21

#### – Sachverhalt

- Arbeitnehmerin kündigt am 08.02.2019 in der Probezeit mit Wirkung zum 22.02.2019.
- Gleichzeitig mit der Kündigung reicht sie eine AUB ein für den Zeitraum 08.02-22.02.2019.
- Arbeitgeber verweigert EFZ.
- Im Prozess offenbart die AN die Diagnose „Sonstige und nicht näher bezeichnete Bauchschmerzen“

#### – Entscheidung

- Allein die zeitliche Koinzidenz zwischen bescheinigter AU und Beginn und Ende der Kündigungsfrist erschüttert den Beweiswert der AUB.
- Arbeitnehmerin hat trotz gerichtlichem Hinweis nicht näher zu den gesundheitlichen Beschwerden vorgetragen, so dass die Klage abgewiesen wurde.

©michels.pmks

13

## Beweiswert

michels.pmks

### • Beispiele zur Erschütterung des Beweiswerts

LAG Nürnberg, Urteil vom 27.7.2021 – 7 Sa 359/20

#### – Sachverhalt

- Arbeitgeber (niedergelassener Arzt) ordnet Betriebsferien im Zeitraum vom 3.4.-13.4.2020 an.
- Wegen einer Quarantäneanordnung für sämtliche Praxismitarbeitenden im Vorfeld der Betriebsferien möchte er an den Betriebsferien nicht mehr festhalten.
- Die vier Arzthelferinnen waren hiermit nicht einverstanden. Sie schickten dem Arzt ein Foto per WhatsApp mit einem Foto des Aushangs „Wir machen Urlaub – Ihr Praxisteam“.
- 3 der 4 Arzthelferinnen reichten eine AUB für den Zeitraum 3.4.-10.4. (Gründonnerstag) ein.

#### – Entscheidung

- Die zeitliche Koinzidenz zwischen widerrufenem Urlaub und bescheinigter Arbeitsunfähigkeit lässt sich nicht mit „den Launen des Zufalls“ erklären; Beweiswert ist erschüttert.
- Im Rahmen der Vernehmung der Ärztin ergab sich, dass nur eine telefonische „Untersuchung“ stattfand. Klägerin blieb in der Konsequenz beweisfällig.

©michels.pmks

14

## Haftungsrisiken

michels.pmks

### • Sorgfaltsmaßstab

- Werden die Anforderungen eingehalten – persönliche Untersuchung, keine Rückwirkung über § 5 AU-RiLi hinaus – besteht ein großer Beurteilungsspielraum, Bescheinigung muss nur auf einer nachvollziehbaren, vertretbaren Bewertung beruhen
- Bewertung darf nicht ausschließlich aufgrund subjektiver Schilderungen des Patienten erfolgen, auch wenn je nach Krankheitsbild der Arzt auf subjektive Schilderungen des Patienten angewiesen ist (z. B. bei HWS-Distorsion).
- *„Zu beachten ist, dass es für den Begriff der Arbeitsunfähigkeit keine festen Definitionen gibt, an die sich ein Arzt halten könnte. Vielmehr entspricht es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ein und derselbe Patient von dem einen Arzt wegen einer Erkrankung und der geklagten Beschwerden für arbeitsfähig gehalten wird, während der andere Arzt von einer Arbeitsunfähigkeit ausgeht“ (OLG Hamm v. 11. 2. 2019 – I-3 U 77/18)*

©michels.pmks

15

## Haftungsrisiken

michels.pmks

### • Strafrechtlich: § 278 StGB, Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse

- Gilt seit 24.11.2021 auch für Bescheinigungen, die nicht einer Behörde oder Versicherung vorgelegt werden sollen.
- BGH, Urteil vom 8. 11. 2006 - 2 StR 384/06: Massenhafte Ausstellung von AUB für nicht existente Arbeitnehmer zur Erschleichung von Leistungen nach Aufwendungsausgleichsgesetz

### • Verstöße gegen Berufsrecht / Vertragsarztrecht

- § 25 MBO; BMV-Ä
- z. B. keine persönliche Untersuchung, Bescheinigung ausschließlich auf Basis subjektiver Angaben des Patienten (LBerufsGH Heilberufe Hamburg v. 4.11.2020 – 15 Bf 63/20.HBG)

©michels.pmks

16

## Haftungsrisiken

michels.pmks

### • Zivilrechtlich

- OLG Hamm v. 11. 2. 2019 – I-3 U 77/18
  - Patient sucht wegen „Rückenschmerzen“ Arzt auf, dieser stellt AUB aus.
  - KK lehnt trotz AUB den Krankengeldanspruch nach MDK-Untersuchung ab.
  - Patient unterliegt vor dem Sozialgericht gegen KK
  - Klage vor dem Zivilgericht gegen Arzt, da dieser nicht sorgfältig die AU festgestellt und dokumentiert habe (§ 630f BGB).
  - OLG Hamm verneint Haftung des Arztes:
    - § 630f BGB diene therapeutischem Interesse, nicht der Durchsetzung von Ansprüchen gegen Dritte
    - Es ist nicht ungewöhnlich, wenn unterschiedliche Ärzte die AU unterschiedlich beurteilen

©michels.pmks

17

## Haftungsrisiken

michels.pmks

### • Zivilrechtlich

- OLG Köln, Beschl. v. 23. 10. 2017 – 5 W 23/17
  - Patient hatte zwischen Erstbescheinigung und Folgebescheinigung seinen Arbeitsplatz verloren
  - Arzt hatte Folgebescheinigung wenige Tage rückwirkend erteilt.
  - § 192 I Nr. 2 SGB V: Mitgliedschaft in KK besteht auch nach Ende des Beschäftigungsverhältnis bis Ende des Krankengeldbezugs fort
  - Jede Unterbrechung ist schädlich! Als Alg-II-Bezieher oder Familienversicherter kein Anspruch auf Krankengeld
  - Patient verlor seinen Krankengeldanspruch mit Ablauf der Erstbescheinigung, da keine nahtlose AUB und die Rückwirkung sozialrechtlich unbedeutend ist

©michels.pmks

18

## Haftungsrisiken

michels.pmks

- Zivilrechtlich

- OLG Köln, Beschl. v. 23. 10. 2017 – 5 W 23/17
  - Entscheidung des OLG Köln:
    - Arzt haftet nicht, da keine Aufklärungspflichten über sozialrechtliche Voraussetzungen und Zweifelsfragen des Krankengeldanspruchs
    - Eine solche Pflicht folgt insbesondere nicht aus § 630c BGB

©michels.pmks

19

## Haftungsrisiken

michels.pmks

- Zivilrechtlich

- Siehe auch BSG vom 11.5.2017 – B 3 KR 22/15 R
  - BSG nahm in einem Ausnahmefall an, dass die Krankenkasse sich nicht auf die fehlende Nahtlosigkeit der AUB berufen könne
  - Harsche Kritik des BSG an § 6 II AURL, die die KK mitverantworten habe. Es sei treuwidrig, wenn die KK sich darauf berufe, dass der Arzt Fehlvorstellung über sozialrechtliche Folgen einer rückwirkenden AUB habe
  - Obiter Dictum: zivilrechtliche Haftung des Arztes mangels Verschulden „unwahrscheinlich“

©michels.pmks

20

Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!

**Ulrich Kortmann**  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Partner

[kortmann@michelspmks.de](mailto:kortmann@michelspmks.de)  
[www.michelspmks.de](http://www.michelspmks.de)

