

# Krankheit im Arbeitsverhältnis

Erschütterung des Beweiswerts einer AU-Bescheinigung

# Agenda

- I. Welche Pflichten haben Arbeitnehmer?
- II. eAU – Besteht ein Leistungsverweigerungsrecht?
- III. Aktuelle Entwicklung in der Rechtsprechung
- IV. Bedeutung für das Kündigungsrecht
- V. Tesla – Darf der AG beim kranken AN klingeln?

# Welche Pflichten haben Arbeitnehmer?

## ■ § 5 EntgFG – Anzeige- und Nachweispflichten

### **Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz)**

#### **§ 5 Anzeige- und Nachweispflichten**

(1) Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Bescheinigung angegeben, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, eine neue ärztliche Bescheinigung vorzulegen. Ist der Arbeitnehmer Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse, muß die ärztliche Bescheinigung einen Vermerk des behandelnden Arztes darüber enthalten, daß der Krankenkasse unverzüglich eine Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit mit Angaben über den Befund und die voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit übersandt wird.

(1a) Absatz 1 Satz 2 bis 5 gilt nicht für Arbeitnehmer, die Versicherte einer gesetzlichen Krankenkasse sind. Diese sind verpflichtet, zu den in Absatz 1 Satz 2 bis 4 genannten Zeitpunkten das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer feststellen und sich eine ärztliche Bescheinigung nach Absatz 1 Satz 2 oder 4 aushändigen zu lassen. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht

1. für Personen, die eine geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten ausüben (§ 8a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch), und
2. in Fällen der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt, der nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt.

(2) Hält sich der Arbeitnehmer bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland auf, so ist er verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit, deren voraussichtliche Dauer und die Adresse am Aufenthaltsort in der schnellstmöglichen Art der Übermittlung mitzuteilen. Die durch die Mitteilung entstehenden Kosten hat der Arbeitgeber zu tragen. Darüber hinaus ist der Arbeitnehmer, wenn er Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse ist, verpflichtet, auch dieser die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als angezeigt, so ist der Arbeitnehmer verpflichtet, der gesetzlichen Krankenkasse die voraussichtliche Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen. Die gesetzlichen Krankenkassen können festlegen, daß der Arbeitnehmer Anzeige- und Mitteilungspflichten nach den Sätzen 3 und 4 auch gegenüber einem ausländischen Sozialversicherungsträger erfüllen kann. Absatz 1 Satz 5 gilt nicht. Kehrt ein arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer in das Inland zurück, so ist er verpflichtet, dem Arbeitgeber und der Krankenkasse seine Rückkehr unverzüglich anzuzeigen.

# Welche Pflichten haben Arbeitnehmer?

- Einführung der eAU – seit 01.01.2023 verbindlich
- Abruf der AU-Bescheinigung über elektronisches Abrufverfahren durch AG
- Ärztliche Papierbescheinigung über die AU als gesetzlich vorgesehenes Beweismittel (Störfälle)
- Übermittlungspflicht der Vertragsärzte (§ 295 I 1 Nr. 1 SGB V)
- Krankenkasse erstellt Meldung zum Abruf durch den AG (§ 109 I SGB IV)
- Pauschaler Abruf nicht möglich
- AU-Bescheinigungen können nur individuell für den jeweiligen AN angefordert werden.

# Welche Pflichten haben Arbeitnehmer?

- AN erfüllt seine Verpflichtung, wenn er gem. § 5 EntgFG den Arzt aufsucht und die AU-Bescheinigung in Papierform entgegen nimmt.
- Nachweispflicht → Feststellungspflicht
- AU-Meldung beim AG unverzüglich
- Datenabruf bei der Krankenkasse obliegt dem AG
- AN muss AU-Bescheinigung in Papierform nicht beim AG vorlegen (Diagnoseschlüssel). Abweichende Vereinbarungen sind nach § 12 EntgFG nicht möglich.
- Ausnahmen für AN die privat versichert sind oder eine geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten ausüben oder die AU von einem Arzt feststellen lassen, der nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt.

# Besteht ein Leistungsverweigerungsrecht?

## **Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz) § 7 Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers**

(1) Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern,

1. solange der Arbeitnehmer die von ihm nach § 5 Abs. 1 vorzulegende ärztliche Bescheinigung nicht vorlegt oder den ihm nach § 5 Abs. 2 obliegenden Verpflichtungen nicht nachkommt;
2. wenn der Arbeitnehmer den Übergang eines Schadensersatzanspruchs gegen einen Dritten auf den Arbeitgeber (§ 6) verhindert.

(2) Absatz 1 gilt nicht, wenn der Arbeitnehmer die Verletzung dieser ihm obliegenden Verpflichtungen nicht zu vertreten hat.

- Nicht an Regelungen zur eAU angepasst worden
- Analogie möglich?
- Es muss zwischen der Anzeigepflicht und der Nachweispflicht unterschieden werden.
- Feststellung unterlassen (Analogie wohl zu bejahen)
- Nichtmeldung einer AU lässt Anspruch auf Entgeltfortzahlung nicht entfallen.
- Bisher durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden

# Aktuelle Entwicklung

- Der 5. Senat des Bundesarbeitsgerichts scheint den Indizienbeweis während der Kündigungsfrist als geschwächt anzusehen
- Weitere Umstände können während einer laufenden Kündigungsfrist schädlich wirken
- Zwei wichtige Entscheidungen des BAG:

BAG Urteil vom 08.09.2021 – 5 AZR 149/21

BAG Urteil vom 13.12.2023 – 5 AZR 137/23

# BAG Urteil vom 8.09.2021 – 5 AZR 149/21

- Bekl. betrieb Personalvermittlung und beschäftigte die Kl.
- Arbeitsverhältnis bestand vom 28.08.2018 bis zum 22.02.2019.
- Eigenkündigung der Kl. am 08.02.2019 unter Vorlage einer AU-Bescheinigung. Bekl. leistete für den Zeitraum vom 08.02 – 22.02.2019 keine Entgeltfortzahlung.



Kündigungsfrist 2 Wochen

AU-Bescheinigung



# BAG Urteil vom 8.09.2021 – 5 AZR 149/21

- Ausgestellte AU ist das gesetzl. ausdrücklich vorgesehene und wichtigste Beweismittel für das Vorliegen krankheitsbedingter AU (vgl. § 7 I Nr. 1 EntgFG)

➡ Hoher Beweiswert

➡ Gilt das auch für die eAU?

# BAG Urteil vom 8.09.2021 – 5 AZR 149/21

- Bloßes Bestreiten der AU mit Nichtwissen durch den AG reicht nicht aus.
- AG kann den Beweiswert nur erschüttern, wenn er tatsächliche Umstände darlegt und im Bestreitensfall beweist, welche ernsthafte Zweifel an der Erkrankung ergeben.
- AG ist nicht auf die in § 275 Abs. 1a SGB V aufgeführten Regelbeispiele beschränkt.

# BAG Urteil vom 08.09.2021 – 5 AZR 149/21

Was kann Indizienwirkung der AU-Bescheinigung erschüttern?

- Zeitgleichheit AN-Kündigung und AU-Bescheinigung
- Völlige Deckungsgleichheit
- Verstoß des Arztes gegen Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des gemeinsamen Bundesausschusses, wenn für Feststellung bedeutsam
- AN hatte sich vor Kündigung bei Kollegen verabschiedet
- Im Ergebnis: Kl. hatte wieder die Darlegungs- und Beweislast > ein entsprechender Vortrag des Kl. erfolgte nicht (§ 138 III ZPO); keine Entgeltfortzahlung zu leisten

# BAG Urteil vom 13.12.2023 – 5 AZR 137/23

- Kl. war als Produktionshelfer im Rahmen der Arbeitnehmerüberlassung bei der Bekl. beschäftigt.
- AU des Kl. mit Erstbescheinigung (02.05.2022 – 06.05.2022).
- Bekl. kündigte mit Schreiben vom 02.05.2022 (Zugang 03.05.2022) ordentlich fristgemäß zum 31.05.2022.
- Folge-AU des Kl. (06.05. - 20.05.2022 und 20.05. – 31.05.2022)
- Am 01.06.2022 nahm der Kl. eine neue Beschäftigung auf
- Keine Entgeltfortzahlung (02.05. – 31.05.2022)

# BAG Urteil vom 13.12.2023 – 5 AZR 137/23

- Beweiswert von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen (hier: Folgebescheinigungen) kann ebenfalls erschüttert sein, wenn eine Arbeitgeberkündigung vorliegt.
- AU-Bescheinigung umfasst die genaue Dauer der Kündigungsfrist (Koinzidenz).
- Beweiswert der AU-Bescheinigung ebenfalls dadurch erschüttert, dass der AN nahtlos eine neue Beschäftigung aufgenommen hat und genesen war.
- Im Ergebnis: Der Kl. trägt für die Zeit vom 7. - 31.5.2022 die volle Darlegungs- und Beweislast für das Bestehen krankheitsbedingter AU als Voraussetzung für den Anspruch nach § 3 I EntgFG. Da das LAG hierzu keine Feststellungen getroffen hatte, war die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das LAG zurückzuverweisen.

# LAG Berlin-Brandenburg

## (Urteil vom 5.07.2024 – 12 Sa 1266/23)

- Parteien streiten u.a. über die Rückzahlung bereits gewährter Entgeltfortzahlung.
- Kl. war bei der Bekl. als Produktionsleiter beschäftigt.
- Am 26.10.2022 kündigte der Kl. mündlich und meldete sich am Folgetag krank.
- Bekl. kündigte dem Kl. mit Schreiben vom 28.10.2022 ordentlich zum 30.11.2022.
- Kl. war lückenlos bis zum 30.11.2022 arbeitsunfähig erkrankt (mehrere AU-Bescheinigungen).
- Kl. nahm während der AU als Schiedsrichter an einem Handballspiel teil.

# LAG Berlin-Brandenburg (Urteil vom 5.07.2024 – 12 Sa 1266/23)

- Kläger erhob Kündigungsschutzklage
- Beklagte erhob Widerklage
- ArbG wies Klage ab



- Beweiswert der AU ist nicht erschüttert. Es habe nicht festgestanden, dass der Kl. an einem Leiden erkrankt sei, bei dem die sportliche Aktivität mindestens zu einer Verschlechterung führen könnte. Auch die Freizeitaktivität eines Schiedsrichters sei im vorliegenden Fall nicht zwingend hinderlich. Es sei nicht klar, an welcher Erkrankung der Kläger gelitten habe und ob die Schiedsrichtertätigkeit der Krankheit zuwiderlaufe.
- Ihr Klagebegehren verfolgte die Bekl. mit der Berufung weiter.

# LAG Berlin-Brandenburg

## (Urteil vom 5.07.2024 – 12 Sa 1266/23)

- Passgenaue Krankschreibung
- Dem Kl. wurde nach der Folgebescheinigung vom 09.11.22 eine AU für 20 Tage attestiert > Verstoß gegen die Maximalvorgabe der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie.
- Teilnahme am Handball bekräftigte die Zweifel am Nichtvorliegen einer AU. Das wettkampfmäßige Betreiben des Handballsports setzt eine robuste körperliche Verfassung voraus und der Kläger hat keine Erläuterungen abgegeben, weshalb seine Aktivitäten mit einer AU vereinbar gewesen sein sollen.
- Kl. hatte wieder die Darlegungs- und Beweislast > ein entsprechender Vortrag des Kl. erfolgte nicht (§ 138 III ZPO).
- Im Ergebnis: AN muss Nettovergütung zurückzahlen zzgl. der abgeführten Lohnsteuer und die Erstattungsansprüche für die Sozialversicherung abtreten.



# Auffälliges Freizeitverhalten

- Einer AU entgegenstehende Freizeitgestaltung (z.B. hohes Anstrengungsniveau)
- Teilnahme an Festen oder Veranstaltungen (z.B. Silvesterläufe)
- Ausübung von Nebenjobs
- Eine Erschütterung führt nur dazu, dass der AN wieder eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast trägt.

# Praxisfall

- AG beschäftigt seit 8 Monaten einen AN. AG kündigt diesem mit Schreiben vom 03.01.2024 (Zugang am 04.01.2024) ordentlich fristgemäß zum 15.02.2024.
- Der AN reicht für den Zeitraum vom 22.01.2024 bis zum Ablauf der Kündigungsfrist mehrere AU-Bescheinigungen ein.
- Ein Niederlassungsleiter des AG sieht den AN während der laufenden Arbeitsunfähigkeit auf einem Stadtfest. Dort betreut dieser seine zwei Enkel und spielt mit ihnen Fangen.
- Kann der Beweiswert erschüttert sein?

# Wie sollte man die Abwesenheit belegen, wenn ernsthafte Zweifel an der AU bestehen?

- Zeiten nicht als „entschuldigtes Fehlen“ belegen
- Es sollte immer ersichtlich sein, dass man bereits bei der systemseitigen Belegung Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit hatte.

Kann die BA die nicht geleistete  
Entgeltfortzahlung beanstanden?

# Bedeutung für das Kündigungsrecht

- Maßstab im Kündigungsrecht ist nicht die Erschütterung eines Anscheins
- Volle Darlegungslast beim AG
- Verdachtskündigung möglich?
- Wohl allein durch Vorlage einer zeitsynchronen AU-Bescheinigung nicht erreicht
- Anhörung des Arbeitnehmers erforderlich
- Geschäftsverteilung BAG 5. Senat – Arbeitsentgeltansprüche einschließlich Zuschläge für Mehrarbeit, Naturalvergütungen und Arbeitszeitkonten, Entgeltfortzahlung, Mindestentgelte, Arbeitspflicht, Beschäftigungspflicht

# Tesla – Darf der Chef beim kranken AN klingeln?

- Tesla beklagt phasenweise einen Krankenstand zwischen 15–17 Prozent.
- Führungskräfte des Tesla-Werks in Grünheide haben häufig krankgeschriebene AN zuhause aufgesucht.
- Kontrollbesuche durch den AG sind unter bestimmten Voraussetzungen möglich.
- Der Erkenntnisgewinn in der Praxis wird jedoch oftmals eher gering sein > Mitarbeiter sind nicht verpflichtet, sich in der Wohnung aufzuhalten. Zudem müssen AN ihren AG keinen Zutritt zur Wohnung gewähren.

# Fazit

- Konkrete Umstände sind erforderlich, um den Beweiswert einer AU zu erschüttern (Risikoabwägung!)
- Erschütterung bedeutet nur eine erweiterte Darlegungs- und Beweislast für den AN
- Eine AU innerhalb einer laufenden Kündigungsfrist kann vorkommen
- Gute Dokumentation erforderlich
- Keine Belegung als „entschuldigtes Fehlen“

Mandy Ostermeier  
Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin)  
GVP – Fachbereich Recht & Tarif

Telefon: +49 30 206098-50  
Mail: [recht@personaldienstleister.de](mailto:recht@personaldienstleister.de)  
Web: [www.personaldienstleister.de](http://www.personaldienstleister.de)