

The background of the entire page is a teal-tinted photograph of an industrial manufacturing environment. In the foreground on the right, a large, metallic gear is suspended from above by a metal hanger. Below it, another similar gear is partially visible, resting on a surface. The background is filled with various pieces of industrial machinery, including what appears to be a conveyor belt system and other complex structures, all slightly out of focus. The overall lighting is bright, typical of a factory setting.

**LOSCHELDER**

**Newsletter Arbeitsrecht  
Januar 2022**

## **Inhalt**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**BAG: Urlaubsanspruch kann bei Kurzarbeit Null gekürzt werden**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Kein Anspruch auf Versetzung oder Annahmeverzugslohn bei Befreiung von der Maskenpflicht**

### **Neues aus der Rechtsprechung**

**Wann verfallen Urlaubsansprüche von Langzeiterkrankten?**

### **Loschelder Praxistipp**

**Umgang mit Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und Online-Corona-Tests**

## Neues aus der Rechtsprechung

### **BAG: Urlaubsanspruch kann bei Kurzarbeit Null gekürzt werden**

*Nachdem bereits das LAG Düsseldorf im März 2021 entschied, dass der Urlaubsanspruch bei Kurzarbeit Null gekürzt werden kann, hat nunmehr auch das Bundesarbeitsgericht mit Urteil vom 30. November 2021 dieses Ergebnis bestätigt (Az. 9 AZR 225/21 – liegt bisher nur als Pressemitteilung vor).*

Die klagende Arbeitnehmerin war bei der Beklagten mit einer Drei-Tage-Woche als Verkaufshilfe beschäftigt, womit ihr grundsätzlich ein jährlicher Urlaubsanspruch von 14 Arbeitstagen zustand. Die Corona-Pandemie löste bei der Beklagten einen Arbeitsausfall aus, weswegen diese Kurzarbeit einführte. Hierzu traf sie unter anderem mit der Klägerin eine **Kurzarbeitsvereinbarung**, die auf dieser Grundlage in den Monaten April, Mai und Oktober 2020 vollständig von der Arbeitspflicht befreit war und in den Monaten November und Dezember 2020 insgesamt nur an fünf Tagen arbeitete.

Aufgrund der kurzarbeitsbedingten Arbeitsausfälle berechnete die Beklagte den Urlaub neu und bezifferte den Jahresurlaub der Klägerin für das Jahr 2020 auf 11,5 Arbeitstage. Hiergegen ist die Arbeitnehmerin gerichtlich vorgegangen. Sie hat den Standpunkt eingenommen, kurzarbeitsbedingt ausgefallene Arbeitstage müssten **urlaubsrechtlich wie Arbeitstage** gewertet werden. Zu einer Kürzung des Urlaubs sei die Beklagte daher nicht berechtigt gewesen. Ihr stünden für das Jahr 2020 noch weitere 2,5 Urlaubstage zu.

Die Vorinstanzen wiesen die Klage ab (über das entsprechende Urteil das LAG Düsseldorf berichteten wir in unserem [Newsletter vom April 2021](#)). Auch die Revision der Klägerin hatte keinen Erfolg. Das BAG stellt zunächst klar, dass die Anzahl der Urlaubstage nach § 3 Abs. 1 BUrlG bei einer arbeitsvertraglichen Verteilung der Arbeitszeit eines Arbeitnehmers auf weniger als sechs Arbeitstage in der Kalenderwoche anzupassen ist. Dies gelte entsprechend auch für den vertraglichen Mehrurlaub, wenn die Arbeitsvertragsparteien – wie im vorliegenden Fall – für die Berechnung des Urlaubsanspruchs keine von § 3 Abs. 1 BUrlG abweichende Vereinbarung getroffen haben.

Bei der vertraglichen Drei-Tage-Woche der Klägerin errechnete sich daher zunächst ein Jahresurlaub von 14 Urlaubstagen. Weiter führt das BAG aus, dass der kurzarbeitsbedingte Ausfall ganzer Arbeitstage eine **unterjährige Neuberechnung des Urlaubsanspruchs rechtfertigt**. Aufgrund einzelvertraglich vereinbarter Kurzarbeit seien ausgefallene Arbeitstage **weder nach nationalem Recht noch nach Unionsrecht regulären Arbeitstagen gleichzustellen**. Daher stand der Klägerin für das Kalenderjahr 2020 kein über der ihr gewährten 11,5 Urlaubstage hinausgehender Urlaubsanspruch zu.

In einer weiteren Sache entschied das BAG außerdem, dass diese Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn die **Kurzarbeit wirksam aufgrund einer Betriebsvereinbarung** eingeführt worden ist.

Es ist zu begrüßen, dass diese relevante Frage nunmehr höchstrichterlich entschieden ist. Aufgrund der Argumentation des BAG dürfte eine explizite Vereinbarung zur Kürzung des Urlaubs im Rahmen der Einführung von Kurzarbeit nicht erforderlich sein, sondern die Kürzung ohne Weiteres eintreten. Um Streitigkeiten zu vermeiden, ist eine solche ausdrückliche Abrede jedoch nach wie vor ratsam.

Gerne unterstützen wir Sie bei allen Aspekten rund um die Einführung und Durchführung von Kurzarbeit.



## Neues aus der Rechtsprechung

### **Kein Anspruch auf Versetzung oder Annahmeverzugslohn bei Befreiung von der Maskenpflicht**

*„Maskenbefreiungsatteste“ führen in der Praxis immer wieder zu Konflikten. So auch in einem Sachverhalt, über den kürzlich das Landesarbeitsgericht Hamburg zu entscheiden hatte (Urteil vom 13. Oktober 2021, Az. 7 Sa 23/21). Ein Bankmitarbeiter war durch ärztliches Attest von der Maskenpflicht befreit worden und konnte somit nicht mehr als Kundenberater in seiner Stammfiliale beschäftigt werden. Als das Geldinstitut ihm keinen alternativen Arbeitsplatz in einer anderen Filiale zuwies, machte er Annahmeverzugslohnansprüche geltend.*

Der klagende Arbeitnehmer war als Finanzberater beschäftigt. Am 19.10.2020 – zu Hochzeiten der Pandemie – forderte sein Vorgesetzter ihn auf, anstelle eines sog. Face Shields eine Mund-Nasen-Bedeckung anzulegen. Der Kläger verweigerte dies unter Hinweis auf gesundheitliche Gründe. Der Vorgesetzte wies ihn daraufhin an, die Filiale zu verlassen und ihm ein entsprechendes Befreiungsattest vorzulegen. Ein Facharzt für Allgemeinmedizin stellte dem Kläger daraufhin ein „Ärztliches Attest zur Maskenbefreiung“ aus, weil das Tragen einer „mechanischen Mund-Nasen-Bedeckung“ für ihn aufgrund eines Psychotraumas aus der Kindheit „kontraindiziert“ sei. Die Maske führe bei ihm zu Retraumatisierungen.

Die beklagte Arbeitgeberin beschäftigte den Kläger daher nicht weiter. Dem Vorschlag des Klägers, ihn in einer anderen Filiale in der Nähe seines Wohnorts einzusetzen, folgte die Arbeitgeberin nicht. Der Kläger hatte argumentiert, dort könne er von einem Einzelbüro aus arbeiten, das er ohne Kontakt zu Kollegen und Kunden über einen Nebeneingang erreichen könne, und im Bedarfsfall anstelle der betrieblichen Sanitär- und Sozialräume mit wenig Zeitaufwand seine eigenen Räumlichkeiten zu Hause nutzen.

Daraufhin machte der Kläger beim ArbG Hamburg Annahmeverzugslohnansprüche geltend; die Beklagte habe es schuldhaft unterlassen, ihm einen für ihn geeigneten Arbeitsplatz zuzuweisen.

Nachdem das ArbG Hamburg der Klage stattgegeben hatte, hat das LAG Hamburg einen **Anspruch auf Annahmeverzugslohn abgelehnt**. Der Kläger habe seine **Arbeitsleistung an dem ihm zugewiesenen Arbeitsplatz** als Finanzberater **nicht angeboten**. Die **Anordnung der Maskenpflicht sei vom Direktionsrecht umfasst und auch im Einzelfall angemessen** gewesen. Das Tragen der Maske diene dem **Infektionsschutz in beide Richtungen**. Sowohl andere **Mitarbeiter und Kunden** sollten **vor Aerosolen geschützt** werden, die der Kläger ausstoßen könnte und die **potentiell tödlich** sein könnten. Gleichermäßen schütze die **Maske auch den Kläger selbst** vor Infektionen durch das Einatmen von krankmachenden oder potentiell tödlichen Aerosolen. Auch das beim Kläger ausweislich der ärztlichen Bescheinigung vorhandene **Psychotrauma stehe der Verhältnismäßigkeit der Anordnung nicht entgegen**.

Der Umstand, dass die Beklagte auf den **Vorschlag des Klägers**, ihm eine Tätigkeit in einer anderen Filiale zuzuweisen, nicht eingegangen war, war nach Auffassung des LAG für einen Annahmeverzugslohnanspruch **unbeachtlich**. Könne ein Arbeitnehmer die von seinem Arbeitgeber aufgrund des Direktionsrechts wirksam näher bestimmte Tätigkeit aus in seiner Person liegenden Gründen nicht mehr ausüben, sei das Angebot einer anderen Tätigkeit ohne Belang, solange der Arbeitgeber diese nicht durch eine neue Ausübung seines Direktionsrechts zu der im Sinne von § 294 BGB zu bewirkenden Arbeitsleistung bestimmt habe. Andernfalls könnte der Arbeitnehmer den Inhalt der arbeitsvertraglich umschriebenen Arbeitsleistung selbst konkretisieren, was § 106 Satz 1 GewO widerspräche. Die **Konkretisierung der Arbeitspflicht sei Sache des Arbeitgebers**.

Das LAG hat allerdings auch darauf hingewiesen, dass das **schuldhafte Unterlassen der Zuweisung eines leidensgerechten und vertragsgemäßen Arbeitsplatzes** zu **Schadensersatzansprüchen** des Arbeitnehmers führen könne. Dies hatte das Gericht jedoch nicht zu entscheiden, da der Kläger seinen Anspruch ausdrücklich nur auf § 615 BGB gestützt hatte.

Die Entscheidung ist erfreulich, da sie für die betriebliche Praxis Klarheit schafft. Das LAG Köln hatte mit Urteil vom 12.04.2021 (Az. 2 SaGa 1/21) ähnlich entschieden und den im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes geltend gemachten Beschäftigungsanspruch eines Rathausmitarbeiters, der aus ähnlichen Gründen (Kindheitstrauma im Alter von 13 Jahren) ohne Maske beschäftigt werden wollte, zurückgewiesen.

Zu beachten ist allerdings, dass Arbeitgeber sich gleichwohl Gedanken darüber machen müssen, ob der von der Maskenpflicht befreite **Arbeitnehmer anderweitig – leidensgerecht – eingesetzt** werden kann. Dies folgt aus § 241 Abs. 2 BGB. Kommt der Arbeitgeber dem **schuldhaft** nicht nach, könnte der Arbeitnehmer **Schadensersatzansprüche**, gerichtet auf die **entgangene Vergütung**, geltend machen. Die **Darlegungs- und Beweislast** für einen solchen Anspruch liegt allerdings zunächst beim **Arbeitnehmer**.

Arbeitgebern ist zu raten, nach der Konfrontation mit einem Befreiungsattest zu **prüfen**, ob der Arbeitnehmer auf einem anderen Arbeitsplatz ohne Maske eingesetzt werden kann. Sollte dies nicht der Fall sein, sollten die Gründe möglichst detailliert **dokumentiert** werden, um in einem etwaigen Schadensersatzprozess substantiiert vortragen zu können.



## Neues aus der Rechtsprechung

### Wann verfallen Urlaubsansprüche von Langzeiterkrankten?

*Die Rechtsprechung betrachtet den etwaigen Verfall von Urlaubsansprüchen zunehmend restriktiver. In diesem Zusammenhang hat der EuGH bereits im Jahr 2018 entschieden, dass den Arbeitgeber eine Mitwirkungsobliegenheit trifft. Er muss den Arbeitnehmer rechtzeitig und klar dazu auffordern, den Urlaub zu nehmen. Andernfalls verfällt der Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nicht. Ob dies auch für langzeiterkrankte Arbeitnehmer gilt, ist höchstrichterlich ungeklärt. Das Bundesarbeitsgericht hat diese Frage dem EuGH vorgelegt. Das Arbeitsgericht Köln lehnt eine entsprechende Obliegenheitspflicht ab (Urteil vom 30.09.2021, Az. 8 Ca 2545/21).*

Dem klagenden Arbeitnehmer standen laut Arbeitsvertrag 30 Tage Urlaub zu. Eine Unterscheidung zwischen gesetzlichem und übergesetzlichem Urlaubsanspruch war nicht vorgesehen. Seit dem 24.07.2017 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 28.02.2021 war der Arbeitnehmer durchgehend arbeitsunfähig krank. Die Parteien stritten über die Urlaubsabgeltungsansprüche für die Kalenderjahre 2017 und 2018. Der Arbeitgeber lehnte entsprechende Abgeltungsansprüche mit der Begründung ab, für die Kalenderjahre 2017 und 2018 sei in Anbetracht der Rechtsprechung zur Begrenzung der Übertragbarkeit des Urlaubs auf 15 Monate bei Langzeiterkrankungen Verfall eingetreten.

Das Arbeitsgericht Köln gab dem Arbeitgeber Recht. Die Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers gelte nicht gegenüber langzeiterkrankten Arbeitnehmern. Denn eine Urlaubsgewährung sei in diesem Fall schlicht nicht möglich. Auch nach einer etwaigen Mitteilung des Arbeitgebers könne der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber tatsächlich nicht in die Lage versetzt werden, den Urlaub rechtzeitig vor dem Verfallsdatum zu nehmen. Denn Krankheit und Urlaubs schlössen sich aus. Die Belehrung des Arbeitgebers könne damit dem von der Rechtsprechung vorgesehenen Zweck nicht gerecht werden. Da in der Regel zum Zeitpunkt einer etwaigen Mitteilung für den Arbeitgeber auch gar nicht absehbar sein könne, wann der Arbeitnehmer durch Genesung seinen Urlaub wieder nehmen könnte, ist auch eine „richtige“ Belehrung gar nicht möglich. Die Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers gelte daher erst dann wieder, wenn der Arbeitnehmer arbeitsfähig sei. Denn erst dann könne der Urlaub wieder in Anspruch genommen und gewährt werden. Sobald also ein langzeiterkrankter Arbeitnehmer wieder arbeitsfähig werde, lebe die Mitwirkungsobliegenheit wieder auf.

Die Begründung des Arbeitsgerichts Köln ist schlüssig, da es sich jedoch um eine erstinstanzliche Entscheidung handelt, bleibt abzuwarten, ob sie sich durchsetzt. Rechtssicherheit wird wohl erst die Beantwortung der Fragen des BAG im Vorlageverfahren beim EuGH bringen.

Wir beraten Sie gerne bei der Implementierung von Prozessen zur Sicherstellung eines effektiven Urlaubsmanagements.



## Loschelder Praxistipp

### Umgang mit Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen und Online-Corona-Tests

*Inhaltlich zweifelhafte oder falsche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sind schon seit Jahren ein Ärgernis für Arbeitgeber. Verschärft wird dieses Problem nun dadurch, dass zahlreiche Anbieter im Internet Online-Krankschreibungen auf Grundlage einer Selbstdiagnose des Arbeitnehmers in einen Fragebogen anbieten. Die gleichen Anbieter offerieren zudem auch Online-Corona-Tests zur Vorlage beim Arbeitgeber gemäß § 28 b Abs. 1 Satz 1 Infektionsschutzgesetz (IfSG).*

Wir möchten in diesem Artikel Hilfestellungen für den Umgang mit diesen Bescheinigungen geben.

#### 1. Zulässigkeit von Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen

Die rechtlichen Vorgaben für die Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ergeben sich aus der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des gemeinsamen Bundesausschusses. Diese sieht in § 4 Abs. 1 grundsätzlich die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit „nur aufgrund einer unmittelbar persönlichen ärztlichen Untersuchung“ vor.

Eine wichtige Ausnahme hiervon macht derzeit, zeitlich befristet bis 31.03.2022, § 8 Abs. 1 der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie: Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bei Patienten mit Erkrankungen der oberen Atemwege, die keine schwere Symptomatik vorweisen, darf für einen Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen auch aufgrund telefonischer Anamnese „im Wege der persönlichen ärztlichen Überzeugung vom Zustand des Versicherten durch eingehende telefonische Befragung“ erfolgen. Eine Verlängerung ist einmalig für einen weiteren Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen möglich. Jedenfalls für leichte Erkältungskrankheiten erlauben die Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien damit eine reine Online-Krankschreibung.

Unter strengen Voraussetzungen – wenn der Patient dem Arzt unmittelbar persönlich bekannt ist und die Erkrankung dies nicht ausschließt – kann Arbeitsunfähigkeit auch im Rahmen

einer Videosprechstunde gemäß § 4 Abs. 5 Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie festgestellt werden.

## **2. Zulässigkeit von Online-Corona-Tests**

In seinen FAQ weist das Bundesgesundheitsministerium darauf hin, dass Testnachweise nicht auf einer bloßen videoüberwachten Selbsttestung beruhen dürften. Die einschlägigen bundesrechtlichen Rechtsgrundlagen in § 2 Nr. 7 a SchAusnahmVO und § 6 Abs. 1 TestVO sind in dieser Hinsicht allerdings wenig eindeutig; nur unwesentlich klarer ist die CoronaTestQuarantäne VO NW:

„Über die Ergebnisse der PCR-Tests und der Coronaschnelltests, die durch Leistungserbringer im Sinne der Coronavirus-Testverordnung erfolgen, ist den Betroffenen ein aussagekräftiger schriftlicher oder digitaler Testnachweis auszuhändigen. Über einen Coronaselbsttest, der unter Aufsicht einer hierzu unterwiesenen oder zur Vornahme eines Coronaschnelltests befugten Person vorgenommen wurde (begleiteter Selbsttest), kann ebenfalls ein Testnachweis erteilt werden.“

Eine klare Regelung dazu, dass die Aufsicht bei einem begleiteten Schnelltest in Präsenz erfolgen muss – und nicht per Video erfolgen kann –, gibt es nicht.

In einem Wettbewerbsverfahren gegen einen entsprechenden Anbieter ist das LG Hamburg (Urteil vom 07.12.2021, Az. 406 HKO 129/21) allerdings vom Erfordernis eines tatsächlichen Arztkontaktes ausgegangen.

## **3. Zur Bewertung gängiger Anbieter**

Die juristische Diskussion drehte sich zuletzt um einen Hamburger Anbieter, der unter den Homepages „[www.auschein.de](http://www.auschein.de)“ bzw. „[www.dransay.com](http://www.dransay.com)“ seine Leistungen anbietet.

Die dort angebotenen Leistungen erfüllen die rechtlichen Voraussetzungen nicht. Online-Corona-Tests werden aufgrund eines bloßen Fragebogens und zwei Fotos eines Selbsttests ausgestellt – die erforderliche Überwachung der

Testdurchführung durch einen Leistungsanbieter liegt damit schon nicht vor. Auch die ohnehin schon niedrigen Anforderungen an eine Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung werden im Regelfall nicht erfüllt, da die Bescheinigungen nicht auf Grundlage einer telefonischen Anamnese erbracht werden, sondern auf Grundlage eines reinen, vom Patienten selbst ausgefüllten Fragebogens, und nicht auf Erkrankungen der oberen Atemwege beschränkt sind.

Trotz des oben genannten Urteils des LG Hamburg, das dem Anbieter durch eine einstweilige Verfügung (ohne mündliche Verhandlung) untersagt, für die Ausstellung von Corona-Selbsttest-Zertifikate zu werben oder Corona-Testzertifikate auszustellen (LG Hamburg, Beschluss vom 14.12.2021, Az. 406 HKO 129/21), ist die Homepage ist jedoch weiterhin erreichbar.

Auf der Homepage wird recht aggressiv die Rechtmäßigkeit des Angebots behauptet, unter anderem mit einem rechtlich nicht überzeugenden Rechtsgutachten. Bereitgehalten werden auch mehrere Musterschreiben, die von den betroffenen Arbeitnehmern an Arbeitgeber versandt werden sollen, die die Bescheinigungen nicht akzeptieren. Das Unternehmen sagt zudem zu, für den Fall, dass der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung verweigere, für max. 7 Tage und 1.000,00 € die Entgeltfortzahlungskosten zu übernehmen und den Arbeitgeber zu verklagen.

Deutlich defensiver sind die Ratschläge auf der Homepage für nicht akzeptierte Online-Corona-Tests. Die Akzeptanz des Tests solle „am besten unauffällig“ und „ohne DrAnsay.com zu erwähnen“ ausgetestet werden.

Tatsächlich gehen Arbeitnehmer, die sich auf solche Tests verlassen, ein hohes Risiko ein. Ein Verstoß gegen § 28 b Abs. 1 S. 1 IfSG kann als Ordnungswidrigkeit nach dem Infektionsschutzgesetz mit einem Bußgeld von bis zu 25.000,00 EUR geahndet werden.

#### **4. Zum Umgang mit online-Corona-Tests**

Der Arbeitgeber ist bei seiner Kontrolle nach § 28 b Abs. 3 S. 1 IfSG nicht verpflichtet, nicht den rechtlichen Anforderungen entsprechende Bescheinigungen zu akzeptieren. Angesichts des unklaren Wortlauts der rechtlichen Regelungen besteht zumindest ein Restrisiko, dass Online-Corona-Tests, zumindest, wenn sie auf einer videoüberwachten Selbsttestung beruhen, wirksam sein können; in diesem Falle würde ein Arbeitgeber, der die Tests nicht akzeptierte und die Arbeitnehmer von der Arbeitsleistung ausschloss, in Annahmeverzug gemäß § 615 BGB geraten; er müsste das Arbeitsentgelt nachzahlen.

Man wird vom Arbeitgeber bei einer Kontrolle nach § 28 b Abs. 3 S. 1 IfSG nicht mehr verlangen können, als zu überprüfen, ob die Bescheinigungen offensichtlich den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechen, gerade, wenn der Arbeitgeber nicht sicher erkennen kann, dass er es mit einem Online-Test zu tun hat. Bis zu einer möglichen gesetzlichen Klarstellung sollte der Arbeitgeber daher sorgfältig überlegen, ob er Online-Tests generell nicht akzeptiert.

Für eine harte Linie in dieser Hinsicht können sicherlich Gründe des Gesundheitsschutzes im Betrieb sprechen. In diesem Falle sollten die Arbeitnehmer vorab durch einen Aushang oder eine Rundmail darüber informiert werden, dass solche Tests nicht akzeptiert werden. Die Mitarbeiter sollten auf jeden Fall auch auf das Bußgeldrisiko aus einer Verletzung von § 28 b Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 73 Abs. 1 a Nr. 11 b IfSG hingewiesen werden.

#### **5. Zum Umgang mit Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen**

Bislang wurden ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen von den Arbeitsgerichten fast unbesehen akzeptiert: Diesen kam, aus Sicht der Gerichte, stets ein hoher Beweiswert zu. Lediglich wenn der Arbeitgeber Tatsachen darlegen konnte, die den Beweiswert erschütterten, musste der Arbeitnehmer seine tatsächliche Arbeitsunfähigkeit mit anderen Mitteln beweisen.

In Bezug auf Online-Krankschreibungen hat allerdings das ArbG Berlin (Urteil vom 01.04.2021, Az. 42 Ca 16289/20) bei einer Bescheinigung, die auf einem Fragebogen beruhte, den Beweiswert als erschüttert angesehen. Auch das BAG hatte zuletzt, bei Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen im Zusammenhang mit einer Kündigung, die Voraussetzungen für eine Erschütterung des Beweiswerts gesenkt (BAG, Urteil vom 08.09.2021, Az. 5 AZR 149/21). Schon zuvor hatte das BAG den hohen Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung an die persönliche Untersuchung durch einen Arzt gebunden (BAG, Urteil vom 11.08.1976, Az. 5 AZR 422/75).

Das spricht dafür, dass der Arbeitgeber Entgeltfortzahlung auf Grundlage bloßer Online-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht leisten muss. Praktisch ergibt sich allerdings das Problem, dass der Arbeitgeber nicht erkennen kann, ob die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auf Grundlage eines persönlichen Kontaktes mit dem Arzt ausgestellt wurde, eine der Ausnahmen der Arbeitsunfähigkeitsrichtlinien gegeben ist - oder ob eine den rechtlichen Anforderungen nicht genügende Fragebogen-Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorliegt.

Hier reicht es für den Arbeitgeber im Streitfall daher richtigerweise aus, vor Gericht zu bestreiten, dass die Bescheinigung ordnungsgemäß, durch eine persönliche Konsultation, zustande kam (Kleinebrink, ArbRB 1019, S. 147 (149)). In diesem Falle muss der Arbeitnehmer den Beweis antreten, etwa durch eine Zeugenaussage des Arztes, dass eine den rechtlichen Anforderungen genügende Untersuchung vorlag.

Die neue Situation mit den unter Verstoß gegen die rechtlichen Vorgaben ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen entwertet diese aus Sicht des Arbeitgebers zusätzlich. Dennoch wäre es wohl nicht zielführend, künftig keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen mehr zu akzeptieren und die Arbeitnehmer für die Entgeltfortzahlung grundsätzlich auf den Klageweg zu verweisen. Jedenfalls bei verdächtigen Umständen, die auf das Vorliegen einer bloßen Online-Bescheinigung hinweisen, etwa einer Bescheinigung durch einen räumlich weit vom Wohnsitz des Arbeitnehmers

entfernt ansässigen Arzt, sollte die Entgeltfortzahlung jedoch verweigert werden.



## Unser Team Arbeitsrecht



Dr. Detlef Grimm  
+49 (0) 221 650 65-129  
detlef.grimm@loschelder.de



Dr. Martin Brock  
+49 (0) 221 650 65-233  
martin.brock@loschelder.de



Dr. Sebastian Pelzer  
+49 (0) 221 650 65-263  
sebastian.pelzer@loschelder.de



Arne Gehrke, LL.M.  
+49 (0) 221 650 65-263  
arne.gehrke@loschelder.de



Dr. Stefan Freh  
+49 (0) 221 650 65-129  
stefan.freh@loschelder.de



Farzan Daneshian, LL.M.  
+49 (0) 221 65065-263  
farzan.daneshian@loschelder.de

## Impressum

LOSCHELDER RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Konrad-Adenauer-Ufer 11

50668 Köln

Tel. +49 (0)221 65065-0, Fax +49 (0)221 65065-110

info@loschelder.de

www.loschelder.de