

# Krankschreibung via WhatsApp – geht das?

## Im Prinzip ja, aber: Eine Krankschreibung ohne persönliche Untersuchung des Arbeitnehmers ist arbeitsrechtlich problematisch

*Gastbeitrag von Jan Peter Schiller*

Krankenscheine besitzen einen hohen Beweiswert für die Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers. Denn: Ein Arzt untersucht den Arbeitnehmer und beurteilt, ob dieser arbeitsunfähig ist oder nicht. Wie aber ist eine Krankschreibung zu bewerten, die der Arbeitnehmer online beantragt – ohne persönliche Untersuchung durch einen Arzt? Genau dieses Modell bietet das Hamburger Start-up AU-Schein an. Ärztevertreter äußerten bereits medizin- und datenschutzrechtliche Bedenken. Auch Arbeitgeber haben sie.

### Vorlage des Krankenscheins: digital oder im Original?

Nachdem der Arbeitnehmer die Krankschreibung beantragt und seine Symptome angegeben hat, wird ihm von einem Arzt die Bescheinigung zunächst per WhatsApp und anschließend im Original per Post zugesandt. Im gesetzlichen Regelfall muss die Bescheinigung erst ab dem dritten Kalendertag der Arbeitsunfähigkeit vorgelegt werden. In diesem Fall dürfte die Vorlage des Originals für den Arbeitnehmer kein Problem darstellen. Der Arbeitgeber kann aber eine frühere Vorlage verlangen. Dies ist ab dem ersten Tag, formlos und nach der Rechtsprechung ohne materielle Voraussetzungen möglich. Unter Umständen besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats. Dem Arbeitnehmer wird es nicht möglich

sein, das Original bereits am ersten Tag vorzulegen. Auch wenn die überwiegende Ansicht in der juristischen Literatur aufgrund der Formulierung im Gesetz – dort heißt es: die Bescheinigung ist „vorzulegen“ – oder angesichts der besonderen Nachweisfunktion der Bescheinigung eine Schriftform verlangt, muss in diesem Fall eine Ausnahme gemacht werden.

### Vorsicht: Datenschutzrecht beachten!

Arbeitnehmern ist es oftmals aus praktischen Gründen nicht möglich, bereits am ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit die Originalbescheinigung vorzulegen. Es reicht daher aus, wenn die Bescheinigung zunächst eingescannt oder abfotografiert und dem Arbeitgeber per E-Mail geschickt wird. Aus datenschutzrechtlichen Gründen ►



Eine Krankschreibung ohne persönliche Untersuchung des Arbeitnehmers ist arbeitsrechtlich problematisch.

sollte die Übermittlung per E-Mail oder Fax und nicht per WhatsApp erfolgen. Der Messenger-Dienst greift auf Namen und Telefonnummern der beim Empfänger gespeicherten Kontakte zu und übermittelt diese in die USA. Nutzt der Arbeitgeber WhatsApp, benötigt er die ausdrückliche Einwilligung seiner Kontakte für diese Übermittlung. Liegt diese nicht vor – und haben die jeweiligen Kontakte auch nicht durch die eigene Nutzung von WhatsApp der Datenübermittlung zugestimmt –, so verstößt der Arbeitgeber gegen geltendes Datenschutzrecht. Damit setzt er sich der Gefahr empfindlicher Sanktionen aus. Aus diesem Grund sollten Arbeitgeber auf die Nutzung solcher Dienste bei der Übermittlung von Krankenscheinen verzichten. Neben der digitalen Version sollten sich Unternehmen nachträglich das Original vorlegen lassen, allein um überprüfen zu können, ob es echt ist.

### Zweifel an der Beweiskraft der Bescheinigung

In formeller Hinsicht werden Arbeitgeber einen „gelben Schein“, der per App ausgestellt wurde, nicht zurückweisen können. Aber: Wie ist zu bewerten, dass keine persönliche Untersuchung stattfindet? Die hohe Beweiskraft von Krankschreibungen resultiert daraus, dass der Arbeitnehmer vor deren Ausstellung persönlich von dem behandelnden Arzt untersucht wird und dieser sich ein eigenes Urteil über die Arbeitsfähigkeit bildet. So sieht es auch die gängige Rechtsprechung. Das Bundesarbeitsgericht (BAG) hat sich bereits mit dem Thema beschäftigt. 1976 verhandelte es einen Fall, bei dem ein Krankenschein ausgestellt wurde, obwohl die Ehefrau des Arbeitnehmers diesen nur fernmündlich krankgemeldet hatte. Das Gericht sah bei einer fehlenden vor-

angegangenen Untersuchung des Arbeitnehmers den Beweiswert der Bescheinigung beeinträchtigt. Es verlangte vom Tatrichter, dass sich dieser – auf Basis der weiteren von den Parteien vorgetragenen Tatsachen – selbst ein Bild von der Arbeitsfähigkeit machen müsse (BAG, Urteil vom 11.08.1976 – 5 AZR 422/75). Kann der Arbeitgeber also nachweisen, dass der Arbeitnehmer nicht persönlich untersucht wurde, muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit mit anderen Beweismitteln nachweisen.

Ein Problem wird oftmals darin liegen, dass der Arbeitgeber keine Kenntnis davon hat, dass ein Krankenschein ohne persönliche Untersuchung ausgestellt wurde. Erfährt er jedoch davon oder hat er aus anderen Gründen Zweifel an dem Bestehen der Arbeitsunfähigkeit, kann er eine Begutachtung seines Mitarbeiters durch den Medizinischen Dienst verlangen. Dazu muss er sich an die zuständige Krankenkasse wenden. Die Krankenkasse kann das Gutachten nur ablehnen, wenn sich die medizinischen Voraussetzungen der Arbeitsunfähigkeit eindeutig aus ärztlichen Unterlagen ergeben, die der Krankenkasse vorliegen. Dies dürfte bei einer fehlenden persönlichen Untersuchung zweifelhaft sein. Auch die Krankenkasse kann von sich aus bei Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit eines Versicherten eine entsprechende Untersuchung einleiten. Zweifel sind schon dann anzunehmen, wenn die Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden ist, der auffällig wurde, weil er so häufig Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ausstellt. Wird für das Hamburger Start-up also nur eine kleine Zahl von Ärzten tätig, die quasi ausschließlich Krankenscheine wegen zum Beispiel Erkältungssymptomen ausstellen, dürften die Krankenkassen von sich aus

auf die Fragwürdigkeit der festgestellten Arbeitsunfähigkeit stoßen.

### Auf Nummer Sicher gehen: Krankschreibung mit ärztlicher Untersuchung

Eine Krankschreibung ohne persönliche Untersuchung des Arbeitnehmers ist arbeitsrechtlich problematisch. Auch Arbeitnehmern ist grundsätzlich davon abzuraten, einen solchen Service zu nutzen. Zudem stellt sich die Frage, ob eine entsprechende Tätigkeit der behandelnden Ärzte den rechtlichen Vorgaben entspricht. Zwar haben sich die Teilnehmer des 121. Deutschen Ärztetages im Mai 2018 – nach durchaus kontroversen Debatten – für die Lockerung des sogenannten Fernbehandlungsverbots ausgesprochen, so dass die regionalen Ärztekammern nunmehr entsprechende Vorschriften erlassen können. Es ist aber anzunehmen, dass dabei eher an die Nutzung von Telekommunikationsmitteln wie der Videotelefonie gedacht wurde und nicht daran, dass Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen online und ohne Konsultation eines Arztes beantragt werden können. ◀



**Jan Peter Schiller,**  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,  
Counsel, CMS Hasche Sigle, Köln

Jan.schiller@cms-hs.com  
www.cms.law