

RAe Keller & Kollegen GbR | Kernerplatz 2 | 70182 Stuttgart

Managementgesellschaft des Deutschen  
Zentralvereins homöopathischer Ärzte mbH  
Frau Geschäftsführerin Kösters-Menzel  
georgia.menzel@dzhae.de

Gesellschaft Anthroposophischer Ärzte  
in Deutschland e.V. - GAÄD  
Frau Dr. Gabriela Stammer  
g.stammer@gaed.de

Register-Nr.: 198-1585/14

12. Mai 2016 he/ba

**Nikolai Keller**  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Steuerrecht

**Anna Fuchs-Keller**  
Rechtsanwältin

**Jan Matthias Hesse**  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Medizinrecht

**Bernhard Ludwig**  
Rechtsanwalt

Kernerplatz 2  
70182 Stuttgart  
info@anwaltskanzlei-keller.de

Fon 0711-22 02 16 90  
Fax 0711-22 02 16 91  
www.anwaltskanzlei-keller.de

## **Rechtliche Stellungnahme: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung für GKV-Versicherte durch Privatärzte (Stand: Mai 2016)**

Sehr geehrte Frau Kösters-Menzel, sehr geehrte Frau Dr. Stammer,  
seitens der Managementgesellschaft des Deutschen Zentralvereins  
homöopathischer Ärzte mbH sowie der Gesellschaft Anthroposophi-  
scher Ärzte in Deutschland e.V. (GAÄD) hatten Sie uns mit einer juristi-  
schen Stellungnahme zum Thema: **Arbeitsunfähigkeitsbescheini-  
gung für GKV-Versicherte durch Privatärzte** beauftragt. Die Prüfung  
erfolgte auf Basis der **neuen Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des  
GBA**, in Kraft getreten am 04.03.2016.

Die zusammenfassende Beantwortung der Fragen stellen wir voran.  
Anschließend folgt auf S. 4 ff die Langfassung der Stellungnahme.

### **Zusammenfassende Beantwortung der Fragen:**

**1. Frage:** Anspruch eines GKV-Versicherten auf **Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall**: Muss ein GKV-Versicherter/Arbeitnehmer im Rah-  
men seiner **Anzeige- und Nachweispflichten nach § 5 Entgeltfort-  
zahlungsgesetz (EFZG)** und als Voraussetzung für den Bezug der  
**Entgeltfortzahlung** im Krankheitsfall gegenüber seinem Arbeitgeber  
zwingend eine AU-Bescheinigung eines Vertragsarztes/Kassenarztes  
vorlegen (Vordruck 1 der KBV-Formularsammlung) oder ist auch die

Bankverbindung  
GLS Gemeinschaftsbank  
Konto 103344500  
BLZ 430 609 67

Steuer-Nr. 95131/17066

Kooperationspartner  
Barkhoff & Partner GbR  
Rechtsanwälte  
Husemannplatz 3  
44787 Bochum

Hohage, May & Partner  
Rechtsanwälte • Steuerberater  
Mittelweg 147  
20148 Hamburg

Kanzlei Keller & Hesse  
Rechtsanwälte  
Tannhäuserring 60  
68199 Mannheim

Siebeck und Tietgen GbR  
Wirtschaftsprüfer • Steuerberater  
Kernerplatz 2  
70182 Stuttgart

Vorlage einer Bescheinigung eines Privatarztes ausreichend? Welche Voraussetzungen muss ggf. eine solche Bescheinigung eines Privatarztes im Rahmen des § 5 EFZG erfüllen?

Zusammenfassung: Die Anzeige- und Nachweispflichten nach § 5 EFZG betreffen zunächst nur die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber. Nach dem klaren Wortlaut des § 5 EFZG ist in diesem Zusammenhang jede ärztliche Bescheinigung mit dem Mindestinhalt des § 5 EFZG ausreichend, es muss sich hierbei nicht um eine vertrags- bzw. kassenärztliche Bescheinigung gemäß dem Vordruck 1 der Mustersammlung der KBV handeln. Es ist auch eine Bescheinigung eines Privatarztes geeignet, sofern diese die gesetzlichen Mindestinhalte gemäß § 5 EFZG aufweist. Ein Unterschied ergibt sich lediglich in Bezug auf die Kosten: bei gesetzlich Versicherten trägt die Krankenkasse nur die Kosten für die Ausstellung der AU-Bescheinigung durch Kassenärzte, während die Versicherten die Ausstellung einer AU-Bescheinigung durch einen Privatarzt – von medizinischen Notfällen abgesehen - selbst tragen müssen. Zur Darstellung der Voraussetzungen einer solchen Bescheinigung eines Privatarztes im einzelnen siehe S. 4 ff (Langfassung der Stellungnahme).

**2. Frage:** Anspruch eines Arbeitgebers auf Erstattung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Rahmen des U1-Umlageverfahrens: Ist im Rahmen des **Umlage- und Erstattungsverfahrens U1** bei Kleinbetrieben (§ 1 AAG) der Nachweis der AU eines Arbeitnehmers mittels AU-Bescheinigung eines Vertragsarztes/Kassenarztes notwendig oder ist auch die Vorlage und der Nachweis der AU eines seiner Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber mittels einer Bescheinigung eines Privatarztes ausreichend?

Zusammenfassung: Im Rahmen des Umlage- und Erstattungsverfahrens U1 bei Kleinbetrieben ist das Vorliegen einer vertragsärztlichen AU-Bescheinigung keine Voraussetzung für den Erstattungsanspruch des Arbeitgebers.

**3. Frage:** Anspruch eines GKV-Versicherten auf **Krankengeld**: Muss ein GKV-Versicherter mit Anspruch auf Krankengeld zum Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit und als Voraussetzung des **Bezuges von Krankengeld** nach §§ 44 ff SGB V zwingend eine "AU-Bescheinigung" (Vordruck 1 der KBV-Mustersammlung) eines Vertragsarztes/Kassenarztes vorlegen oder ist auch die Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung eines Privatarztes ausreichend? Welche Voraussetzungen muss ggf. eine solche entsprechende Bescheinigung eines Privatarztes erfüllen?

Zusammenfassung: § 46 S. 1 Ziff. 2 SGB V verlangt für das Entstehen des Anspruches auf Krankengeld lediglich eine „ärztliche Feststellung der AU“. Das Gesetz verlangt keine vertragsärztliche Bescheinigung. Auch mehrere Sozialgerichte haben mittlerweile klargestellt, dass die Feststellung nicht zwingend durch einen Vertragsarzt erfolgen muss (Bundessozialgericht, Urteil vom 10.05.2012 – B 1 KR 20/11 R – juris – Rdnr. 13; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.10.2015 – L 5 KR 5084/14 – Rdnr. 32; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 02.03.2016 – L 6 KR 192/15 B). Die AU-Richtlinien sind als im Rang unter dem Gesetz stehende Rechtsnormen nicht in der Lage, die gesetzlichen Voraussetzungen des Krankengeldanspruches zu modifizieren.

**4. Frage:** Sprechen rechtliche Bedenken gegen die Verwendung des Formulars "AU-Bescheinigung" aus dem Jüngling-Verlag durch Privatärzte?

Zusammenfassung: Zwar ist laut Ziffer 3 der Vorbemerkungen „Allgemeines“ der Erläuterungen zur Vereinbarung über die Vordrucke für die vertragsärztliche Versorgung (Stand: Januar 2016) die Weitergabe von Vordrucken der KBV-Mustersammlung an Nichtvertragsärzte u.a. Personen sowie die Verwendung in der Privatpraxis unstatthaft. Der Vordruck aus dem Jüngling-Verlag ist jedoch mit dem Vordruck der KBV-Mustersammlung (Vordruck 1) nicht identisch. Es ist Privatarzten nach unserer Auffassung somit nicht verboten und nicht unstatthaft, das Formular aus dem Jüngling-Verlag zu verwenden.

**5. Frage:** Welche (besonderen) **Aufklärungspflichten** gegenüber den Patienten treffen einen Privatarzt ggf. bei Ausstellung einer "AU-Bescheinigung" ?

Zusammenfassung: Nach der Rechtsprechung obliegt dem Arzt als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag bzw. aus seiner Fürsorgepflicht seinen Patienten gegenüber auch eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht. Ggf. ist der Privatarzt dazu verpflichtet, den Patienten auf den Umstand hinzuweisen, dass im Falle einer privatärztlichen AU-Bescheinigung eine höhere Wahrscheinlichkeit einer MDK-Überprüfung besteht. Dieser Verzögerung könnte der Patient durch Einholung einer kassenärztlichen AU-Bescheinigung eines Kassen- bzw. Vertragsarztes eventuell entgehen.

### **Langfassung der Stellungnahme:**

Die im Gutachtensauftrag aufgeworfenen Fragen betreffen Schnittstellen des Arbeitsrechtes, des Sozialrechtes und des Medizinrechtes. Nach erfolgter Prüfung nehmen wir zu den genannten Fragen auf Basis der **neuen Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie des GBA**, in Kraft getreten am 04.03.2016 gerne wie folgt Stellung:

**Frage 1.: Anspruch eines GKV-Versicherten auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall:**  
**Muss ein GKV-Versicherter und Arbeitnehmer im Rahmen seiner Anzeige- und Nachweispflichten nach § 5 EFZG und als Voraussetzung für den Bezug der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall gegenüber seinem Arbeitgeber zwingend eine AU-Bescheinigung eines Vertragsarztes/Kassenarztes vorlegen (Muster 1 der KBV-Formularsammlung) oder ist auch die Vorlage einer Bescheinigung eines Privatarztes ausreichend? Welche Voraussetzungen muss ggf. eine solche Bescheinigung eines Privatarztes im Rahmen des § 5 EFZG erfüllen?**

§ 5 Abs. 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) regelt die Pflichten des erkrankten Arbeitnehmers, bei Erkrankungen dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit (AU) und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich *mitzuteilen* und bei länger andauernder AU bzw. auf Verlangen des Arbeitgebers eine *ärztliche Bescheinigung* vorzulegen, aus der sich die Tatsache der AU und deren voraussichtliche Dauer ergeben.

§ 5 Abs. 1 EFZG statuiert somit sowohl eine *Anzeige*- als auch eine *Nachweispflicht* für den Arbeitnehmer.

In *personeller* Hinsicht erstrecken sich die Mitteilungs- und Nachweispflichten des § 5 EFZG auf alle Arbeitnehmer, also auch auf solche, die keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung haben.

In *sachlicher* Hinsicht erstrecken sie die Mitteilungs- und Nachweispflichten des § 5 EFZG nur auf die krankheitsbedingte AU.

Der Arbeitnehmer ist zunächst verpflichtet, dem Arbeitgeber die AU und deren voraussichtliche Dauer mitzuteilen. Sinn dieser *Mitteilungspflicht* ist es, den Arbeitgeber sobald als möglich über die AU zu informieren, damit er die notwendigen Vorkehrungen treffen, d.h. soweit erforderlich z.B. für eine Vertretung sorgen kann.

Unabhängig von der Mitteilung der AU ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung über die AU sowie deren voraussichtliche Dauer nachzureichen (*Nachweispflicht*). Diese Bescheinigung hat überwiegend Nachweisfunktion, sie dient aber

auch der zuverlässigen Information des Arbeitgebers über das voraussichtliche Ende der AU.

Diese „ärztliche Bescheinigung“ – sog. „AU-Bescheinigung“ - muss den Namen des erkrankten Arbeitnehmers sowie die Feststellung enthalten, dass der Arbeitnehmer arbeitsunfähig ist und seine vertraglich geschuldete Tätigkeit infolge seiner Erkrankung nicht erbringen kann; die Feststellung, der Arbeitnehmer sei krank, genügt nicht. Ferner muss sich aus der AU-Bescheinigung die voraussichtliche Dauer der AU ergeben. Die Dauer der AU kann sich dabei entweder aus der Angabe zweier Zeitpunkte („*arbeitsunfähig von ... bis ....*“) oder eines berechenbaren Zeitraumes („*14 Tage vom Datum der Bescheinigung an*“) ergeben.

Nicht Gegenstand der ärztlichen AU-Bescheinigung für den Arbeitgeber ist dagegen die Ursache der Erkrankung oder der Krankheitsbefund.

Hinsichtlich der *Form* der AU-Bescheinigung schreibt § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG lediglich vor, dass die Bescheinigung von einem *Arzt* herrühren muss. Nimmt man § 5 Abs. 1 S. 5 EFZG hinzu, so muss sie von dem *behandelnden Arzt* stammen. Nicht ausreichend ist hingegen die Bescheinigung eines Heilpraktikers oder von ärztlichem Hilfspersonal.

Welchen Arzt der Arbeitnehmer konsultiert, steht grundsätzlich in seiner freien Entscheidung, sofern es sich um einen approbierten Arzt handelt. Dieser *Grundsatz der freien Arztwahl*, der in Art. 1 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG wurzelt, findet seinen Niederschlag in § 76 SGB V („*freie Arztwahl*“) (Feichtinger, in: Feichtinger/ Malkmus: Entgeltfortzahlungsrecht, 2. Aufl., § 5 EFZG, Rdnr. 89).

Die AU-Bescheinigung muss nicht von einem Kassenarzt/ Vertragsarzt stammen. „Ärztliche Bescheinigungen“ im Sinne des § 5 Abs. 1 EFZG können auch von Ärzten ausgestellt werden, die nicht zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen sind (Bundessozialgericht, Urteil vom 10.05.2012 – B 1 KR 20/ 11 R, Rdnr. 13; herrschende Meinung in der Literatur, z.B.: Schmitt, EFZG, § 5 Rdnr. 98; Anwaltskommentar-Arbeitsrecht/Sievers § 5 EFZG, Rd.-Nr. 35; Kaiser-Dunkl/Hold/Kleinsorge § 5 EFZG, Rd.-Nr. 29; Vossen, Entgeltfortzahlung, Rd.-Nr. 283; Feichtinger, in: Feichtinger/ Malkmus: Entgeltfortzahlungsrecht, 2. Aufl., § 5 EFZG, Rdnr. 89).

Soweit § 5 Abs. 1 AU-Richtlinien (in der Fassung vom 17.12.2015 – in Kraft getreten am 04.03.2016) bestimmt, dass AU-Bescheinigungen auf dem dafür vorgesehenen Vordruck (Muster Nr. 1) nur von Vertragsärzten oder deren persönlichen Vertretung ausgestellt werden dürfen, regelt diese Bestimmung lediglich, dass Privatärzte eben nicht das vertragsärztliche Formular (Muster 1) verwenden dürfen. Daraus folgt jedoch nicht, dass Privatärzte nicht auf einem anderen Formular oder formfrei die AU bescheinigen dürfen. Das folgt auch schon daraus, dass die AU-Richtlinie nur die Vertragsärzte bindet, nicht jedoch Privatärzte.

Die AU-Richtlinie kann deshalb für Privatärzte gar keine verbindliche Regelung treffen. Konsequent spricht denn auch § 4 Abs. 2 AU-Richtlinie davon, dass die „ärztlich festgestellte AU“ Voraussetzung für den Anspruch auf Entgeltfortzahlung (und für den Anspruch auf Krankengeld, dazu unten) sei. Anders als sonst spricht die AU-Richtlinie hier also nicht deziert von „vertragsärztlich festgestellter“, sondern allgemein von „ärztlich festgestellter AU“.

Der Arbeitnehmer kann den ihm nach § 5 Abs. 1 EFZG obliegenden Nachweis der AU also durch Vorlage einer vertragsärztlichen wie auch einer privatärztlichen AU-Bescheinigung erbringen.

Erst recht darf der Arbeitgeber seinem Arbeitnehmer grundsätzlich nicht vorschreiben, einen bestimmten Arzt aufzusuchen (z.B. Werks-, Betriebs- oder Amtsarzt) (vgl. LAG Hamm, 30.10.1984 – 7 Sa 1054/84; LAG Berlin, 27.11.1989 – 9 Sa 82/89; Feichtinger, in: Feichtinger/ Malkmus: Entgeltfortzahlungsrecht, 2. Aufl., § 5 EFZG, Rdnr. 89).

Wenn es sich bei dem behandelnden Arzt um einen Vertragsarzt handelt, wird dieser in aller Regel den Vordruck für AU-Bescheinigungen nach § 31 des Bundesmantelvertrags Ärzte (BMV-Ä) verwenden. Von Vertragsärzten/ Kassenärzten ist demnach der dafür vorgesehene Muster-Vordruck zu verwenden (§ 5 Abs. 1 AU-Richtlinien). Dies ist jedoch nicht zwingend. Das Gesetz verlangt lediglich - wie sich aus dem Terminus „ärztliche Bescheinigung“ in § 5 EFZG ergibt - dass es sich um eine schriftliche Erklärung des behandelnden Arztes handelt, die von diesem auch eigenhändig unterschrieben worden ist (Schmitt: EFZG, § 5 EFZG, Rdnr. 100). Davon abgesehen besteht Formfreiheit, soweit die Erklärung den gesetzlichen Mindestinhalt (Name des Arbeitnehmers, Tatsache der AU, voraussichtliche Dauer der AU, bei Mitgliedern der gesetzlichen Krankenkassen den Vermerk über Mitteilung an die Krankenkasse) aufweist. Ist der Arbeitnehmer Mitglied einer gesetzlichen Krankenkassen, muss die Bescheinigung den 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 AU übersandt wird (§ 5 Abs. 1 S. 5 EFZG). Hierdurch soll der Arbeitgeber davon Kenntnis erlangen, dass die Krankenkasse über die AU unterrichtet ist, um ggf. eine Begutachtung durch den MDK veranlassen zu können. Der entsprechende Vermerk auf der AU-Bescheinigung entfällt naturgemäß, wenn der Arbeitnehmer – z.B. im Hinblick auf den geringen Umfang der Tätigkeit, § 7 SGB V – nicht Mitglied der gesetzlichen Krankenversicherung ist.

Meldet der behandelnde Arzt die AU nicht innerhalb einer Woche nach deren Beginn der Krankenkasse, ruht der Anspruch auf Krankengeld (§ 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V). Auf die Entgeltfortzahlung durch den Arbeitgeber hat die nicht rechtzeitige Unterrichtung der gesetzlichen Krankenkasse keinen Einfluss (Feichtinger, in: Feichtinger/ Malkmus: Entgeltfortzah-

lungsrecht, 2. Aufl., § 5 EFZG Rdnr. 77). Ob der behandelnde Arzt tatsächlich unverzüglich eine entsprechende Bescheinigung übersendet, ist unter dem Blickwinkel der Erfüllung der Pflichten des Arbeitnehmers aus § 5 EFZG ohne Bedeutung (Schmitt, EFZG, § 5 EFZG, Rdnr. 96).

Die Verletzung der Vorschrift des § 5 AU-Richtlinien über die Verwendung des Mustervordruckes der KBV durch den Arzt hat auch sonst keinen Einfluss auf den Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers, wenn die vom Mustervordruck abweichende Bescheinigung den Anforderungen des § 5 Abs. 1 EFZG entspricht (Feichtinger, in: Feichtinger/ Malkmus: Entgeltfortzahlungsrecht, 2. Aufl., § 5 EFZG, Rdnr. 74).

Ein Unterschied zwischen vertragsärztlicher und privatärztlicher Ausstellung der AU-Bescheinigung ergibt sich jedoch hinsichtlich der *Kostentragung*: Gemäß § 73 Abs. 2 Nr. 9 SGB V gehört die Ausstellung von Bescheinigungen, die die Versicherten für den Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgeltes benötigen, zur vertragsärztlichen Versorgung. Daraus folgt, dass dem Arbeitnehmer keine Kosten entstehen, soweit er Versicherter der gesetzlichen Krankenversicherung ist und ein Vertragsarzt/ Kassenarzt konsultiert wird; dies gilt für Pflichtversicherte und freiwillig gesetzlich Versicherte gleichermaßen. Nimmt ein gesetzlich Versicherter hingegen einen nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Privatarzt in Anspruch, trägt die Krankenkasse die Kosten für die AU-Bescheinigung im Regelfall nicht, sondern nur, wenn es sich um einen Notfall handelt (vgl. § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V). In diesen Fällen hat – sofern keine abweichende Vereinbarung besteht – nicht der Arbeitgeber, sondern der Arbeitnehmer die Kosten für die AU-Bescheinigung zu tragen, da § 5 EFZG ihm die Pflicht auferlegt, eine entsprechende Bescheinigung beizubringen (Feichtinger, in: Feichtinger/ Malkmus: Entgeltfortzahlungsrecht, 2. Aufl., § 5 EFZG, Rdnr. 88; Schmitt, EFZG, § 5 Rdnr. 102 ff)

Von erheblicher praktischer und rechtlicher Bedeutung ist die Frage des *Beweiswertes* der ärztlichen AU-Bescheinigung. Nach den allgemeinen arbeitsrechtlichen Beweislastregeln muss der Arbeitnehmer, der einen Entgeltfortzahlungsanspruch erhebt, beweisen, dass er arbeitsunfähig ist. Diesen Beweis wird er in der Regel dadurch führen, dass er dem Arbeitgeber die ärztliche AU-Bescheinigung nach § 5 Abs. 1 EFZG vorlegt. Dazu sind – wie dargestellt – kassenärztliche wie privatärztliche AU-Bescheinigung gleichermaßen geeignet. Der Arbeitnehmer kann diesen Beweis jedoch auch mit anderen zulässigen Beweismitteln führen.

Problematisch ist die Behandlung von Fällen, in denen der Arbeitgeber trotz Vorliegens einer ärztlichen AU-Bescheinigung daran zweifelt, dass der Arbeitnehmer tatsächlich arbeitsunfähig erkrankt ist.

Will der Arbeitgeber nun unter Hinweis auf die Umstände die Entgeltfortzahlung verweigern, so stellt sich die Frage, wie hoch der Beweiswert der ärztlichen AU-Bescheinigung ist bzw. ob der Beweiswert der Bescheinigung durch sonstige Umstände erschüttert ist.

Soweit der Arbeitnehmer im Geltungsbereich des deutschen Entgeltfortzahlungsrechts erkrankt und ein im Inland niedergelassener Arzt (Vertragsarzt oder Privatarzt) die AU-Bescheinigung ausgestellt hat, geht das Bundesarbeitsgericht seit langem davon aus, dass einer ordnungsgemäß ausgestellten AU-Bescheinigung ein hoher Beweiswert zukommt und dass sie den vom Gesetz vorgesehenen und gewichtigsten Beweis für die Tatsache einer krankheitsbedingten AU darstellt (BAGE 28, 144, 146; 48, 115, 119).

Es ist daher mit der ständigen Rechtsprechung davon auszugehen, dass eine ärztliche AU-Bescheinigung (durch einen Vertragsarzt oder Privatarzt gleichermaßen) die Vermutung der Richtigkeit für sich hat. Es handelt sich zwar nicht um eine gesetzliche Vermutung im Sinne des § 292 ZPO, aber doch um eine tatsächliche Vermutung im Sinne eines Anscheinsbeweises (Schmitt, EFZG, § 5 EFZG, Rdnr. 111).

Will der Arbeitgeber dennoch die Entgeltfortzahlung verweigern, so muss er zunächst den Beweiswert der ärztlichen Bescheinigung erschüttern; erst wenn ihm dies gelungen ist, ist es Sache des Arbeitnehmers, seine AU auf andere Weise als durch die Vorlage der AU-Bescheinigung nachzuweisen.

Beachtung verdienen in diesem Zusammenhang § 31 BMV-Ärzte, wonach die AU nur aufgrund einer ärztlichen Untersuchung bescheinigt werden darf, sowie die (ergänzende) „Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie“ des GBA, die eine Rückdatierung der AU nur ausnahmsweise und nach gewissenhafter Prüfung für in der Regel nicht mehr als drei Tage zulässt (§ 5 Abs. 3 AU-RL). Umstände, die die Richtigkeitsvermutung erschüttern können, können daher auch dann bejaht werden, wenn der Arzt den Beginn der Arbeitsunfähigkeit rückwirkend festsetzt, soweit die Rückwirkung drei Tage übersteigt (Schmitt, EFZG, § 5 Rdnr. 116).

Auch wenn § 31 BMV-Ä und die AU-Richtlinie nur die Kassenärzte/ Vertragsärzte binden, dürften diese Vorgaben zur Erforderlichkeit einer ärztlichen Untersuchung und zur Rückdatierung in Bezug auf den Beweiswert einer privatärztlichen AU-Bescheinigung ähnlich auch bei Privatärzten Anwendung finden.

Die Krankenkassen sind verpflichtet, eine Begutachtung der AU durch den MDK zu veranlassen, wenn dies zur Beseitigung von Zweifeln an der AU erforderlich ist (§ 275 Abs. 1 Nr. 3b SGB V). Nach § 275 Abs. 1 a S. 3 SGB V kann der Arbeitgeber verlangen, dass die Krankenkasse eine gutachterliche Stellungnahme des MDK einholt.

„Zweifel“ an der AU sind gemäß § 275 Abs. 1a Satz 1 SGB V insbesondere – keine abschließende Aufzählung – anzunehmen, wenn der Versicherte auffällig häufig oder auffällig häufig nur für kurze Dauer arbeitsunfähig ist oder der Beginn der AU häufig auf einen Arbeitstag am Beginn oder am Ende der Woche fällt oder die AU von einem Arzt festgestellt worden ist, der durch die Häufigkeit der von ihm ausgestellten Bescheinigungen über AU auffällig geworden ist.

Darüber hinaus sind Zweifel an der AU nach den von den Spitzenverbänden der Krankenkassen erlassenen, auf § 282 Abs. 2 S. 3 SGB V beruhenden und nach § 210 Abs. 2 SGB V verbindlichen „*Richtlinien über die Zusammenarbeit der Krankenkassen mit den Medizinischen Diensten der Krankenversicherung*“ vom 27.08.1990 (Ziffer 3.1.3.2) insbesondere aus folgenden Gründen angezeigt:

- Attestierung von AU außerhalb des Fachgebietes des Arztes
- Das Vorliegen einer Krankheit im versicherungsrechtlichen Sinn ist fraglich
- Häufige AU wegen wechselnder leichter Befindlichkeitsstörungen
- Häufiger Arztwechsel
- Erneute Bescheinigung von AU durch einen anderen Arzt nach Feststellung von Arbeitsfähigkeit durch den bisher behandelnden Arzt

Die Stellungnahme des MDK zur AU ist im Verhältnis zum Arbeitgeber nicht rechtsverbindlich. Über die unbestimmten Rechtsbegriffe einer AU und Krankheit haben im Rechtsstreit dagegen allein die Gerichte zu entscheiden, ggf. unter Einschaltung neutraler gerichtlich beauftragter Sachverständiger. Die Gutachten des MDK zur Feststellung der AU sind für die Gerichte nicht bindend.

Dagegen ist die gutachterliche Stellungnahme des MDK für den behandelnden Vertragsarzt grundsätzlich verbindlich (§ 6 Abs. 2 S. 1 AU-Richtlinien). Ist der Vertragsarzt/ Kassenarzt mit dem MDK-Gutachten nicht einverstanden, kann er bei der Kasse ein Obergutachten (Zweitgutachten) beantragen (§ 6 Abs. 2 S. 2 AU-Richtlinien). Unternimmt er nichts, ist das Gutachten des MDK verbindlich.

Anders ist die Situation des Privatarztes: Mangels Einbindung in das vertragsärztliche System kann dem Privatarzt gegenüber nicht die Verbindlichkeit des MDK-Gutachtens rechtsverbindlich angeordnet werden; andererseits hat der Privatarzt auch keinen Anspruch auf Einholung eines Obergutachtens. Es obliegt in diesem Fall der Krankenkasse, ob sie aufgrund der begründeten Einwendungen des Privatarztes ein weiteres MDK-Gutachten beauftragt oder der MDK selbst eine erneute Überprüfung durchführt.

**Frage 2.: Anspruch eines Arbeitgebers auf Erstattung der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im Rahmen des U1-Umlageverfahrens:** Ist im Rahmen des Umlage- und Erstattungsverfahrens U1 bei Kleinbetrieben (§ 1 AAG) der Nachweis der AU eines Arbeitnehmers mittels AU-Bescheinigung eines Vertragsarztes/Kassenarztes notwendig oder ist auch die Vorlage und der Nachweis der AU eines seiner Arbeitnehmer durch den Arbeitgeber mittels einer Bescheinigung eines Privatarztes ausreichend?

Nach dem Aufwendungsausgleichsgesetz - AAG (Gesetz über den Ausgleich der Arbeitgeberaufwendungen für Entgeltfortzahlung) können Arbeitgeber, die in der Regel ausschließlich der zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigten nicht mehr als 30 Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen beschäftigen, 80% ihres im Rahmen der Entgeltfortzahlung fortgezahlten Arbeitsentgelts von der betroffenen Krankenkasse erstattet verlangen.

Voraussetzung des Erstattungsanspruchs des Arbeitgebers nach § 2 AAG ist lediglich, dass der Arbeitgeber entsprechende Entgeltfortzahlungsleistungen tatsächlich geleistet hat. Keine Voraussetzung für das Entstehen und die Fälligkeit des Erstattungsanspruchs ist, dass der Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung über die AU des erkrankten Beschäftigten bzw. Auszubildenden vorlegt (Feichtinger, Malkmus: Entgeltfortzahlungsrecht, Kommentar zu § 2 AAG, Rd.-Nr. 11).

Erst recht ist es keine Voraussetzung des Erstattungsanspruchs, dass die AU durch eine kassenärztliche bzw. vertragsärztliche Bescheinigung dargelegt wird. Auch in Bezug auf den Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach dem AAG ist es also unproblematisch, wenn der Arbeitnehmer die AU-Bescheinigung eines Privatarztes vorlegt.

**Frage 3.: Anspruch eines GKV-Versicherten auf Krankengeld:** Muss ein GKV-Versicherter mit Anspruch auf Krankengeld zum Nachweis seiner Arbeitsunfähigkeit und als Voraussetzung des Bezuges von Krankengeld nach §§ 44 ff SGB V zwingend eine "AU-Bescheinigung" (Vordruck 1 der KBV-Formularsammlung) eines Vertragsarztes/Kassenarztes vorlegen oder ist auch die Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung eines Privatarztes ausreichend? Welche Voraussetzungen muss ggf. eine solche entsprechende Bescheinigung eines Privatarztes erfüllen?

GKV-Versicherte haben nach § 44 SGB V einen Anspruch auf Krankengeld bei AU infolge Krankheit. Der Anspruch entsteht gemäß § 46 S. 1 Nr. 2 SGB V von dem Tag der ärztlichen Feststellung der AU an (bei Krankenhausbehandlung oder Behandlung in einer Vorsorge- oder Rehaeinrichtung von ihrem Beginn an, § 46 S. 1 Nr. 1 SGB V). Die ärztliche Feststellung der AU ist eine Entstehungsvoraussetzung des ersten Anspruchs auf Krankengeld.

Das Erfordernis vorgeschalteter ärztlich festzustellender AU soll Missbrauch und praktische Schwierigkeiten bei der Feststellung des Anspruchs auf Krankengeld begegnen. Daher lässt eine rückwirkende Feststellung der AU grundsätzlich den Krankengeldanspruch nicht entstehen.

Gemäß § 44 Abs. 1 Nr. 1 SGB V ruht der Anspruch auf Krankengeld, wenn und soweit der Versicherte beitragspflichtiges Arbeitsentgelt tatsächlich erhält; die umfasst auch Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, so dass Krankengeld regelmäßig erst ab der siebten Woche der AU gezahlt wird.

Der Krankengeldanspruch unterliegt gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 SGB V keiner zeitlichen Begrenzung. Für den Fall der AU wegen derselben Krankheit wird gemäß § 48 Abs. 1 S. 1 SGB V der Krankengeldanspruch nur für längstens 78 Wochen innerhalb von je drei Jahren gerechnet vom Tag des Beginns der AU an gewährt.

Versicherungsschutz mit Anspruch auf Krankengeld haben pflichtversicherte Mitglieder, d.h. insbesondere gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, aber auch Empfänger von Arbeitslosengeld oder Unterhaltsgeld gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 2 SGB V. Hauptberuflich selbstständig Erwerbstätige haben ab 1.1.2009 keinen Anspruch auf Krankengeld, es sei denn, sie haben einen entsprechenden Wahltarif abgeschlossen.

Voraussetzung für den Anspruch auf Krankengeld ist neben der AU ihre *ärztliche Feststellung*. Auch hier gilt nach der Rechtsprechung und der ganz überwiegende Auffassung in der Literatur, dass die Feststellung nicht zwingend durch einen Vertragsarzt erfolgen muss (vgl. BSG-Urteil vom 10.5.2012 - B1 KR 20/11 R – juris – Rdnr. 13; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21.10.2015 – L 5 KR 5084/14 – Rdnr. 32; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 02.03.2016 – L 6 KR 192/15 B; ebenso herrschende Meinung in der Literatur: Hauck, in: Plagemann: Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht, § 18, Rd.-Nr. 100; Kasseler Kommentar/Brandt, Stand 1.12.2011, § 46 SGB V, Rd.-Nr. 10 - 12; Hauck/Noftz/Gerlach, SGB V, Stand September 2011, § 44, Rd.-Nr. 12; H. Peters/Schmidt: Handbuch der KV, Stand 1.9.2011, Band 2, § 46 SGB V, Rd.-Nr. 127 ff; Fecker, in: Heidelberger Kommentar: Arztrecht – Krankenhausrecht – Medizinrecht, Stichwort „Arbeitsunfähigkeit/ AU-Bescheinigung (200), Rdnr. 16; Eichenhofer/ Wenner: Kommentar zum SGB V, § 46 Rdnr. 8; A.A. Knittel in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung Pflegeversicherung, Stand November 2011, § 44 SGB V, Rd.-Nr. 16: nur bei einem Notfall im Sinne von § 76 Abs. 1 S. 2 SGB V).

Mit der Notwendigkeit einer ärztlichen, nicht unbedingt vertragsärztlichen Feststellung korreliert, dass die Regelungen in der AU-Richtlinie über den Zeitpunkt der AU-Feststellung und ihren retro- und prospektiven Feststellungszeitraum den leistungsrechtlichen Krankengeld-Tatbestand nicht ausgestalten (vgl. BSG SozR 4-2500, § 44 Nr. 7, Rd.-Nr. 25 m.w.N.).

Eine Rückdatierung des Beginns der AU ist gemäß § 5 Abs. 3 AU-Richtlinie nur ausnahmsweise und nur nach gewissenhafter Prüfung und in der Regel nur bis zu drei Tagen zulässig. Etwaige Rückdatierungen sind allerdings für die Entstehung des Anspruchs auf Krankengeld nach § 44 SGB V ohne Belang.

Entsprechendes gilt für die Art und Weise der ärztlichen AU-Feststellung und ihre Dokumentation. Sie erfüllt auch dann die Voraussetzungen des § 46 S. 1 Nr. 2 SGB V, wenn sie nicht auf dem durch § 5 Abs. 1 AU-RL vorgesehenen Vordruck (Muster Nr. 1) erfolgt (vgl. Plagemann: Münchener Anwaltshandbuch SozR, § 18, Rd.-Nr. 100 - Hauck; vgl. auch BSG-Urteile vom 10.5.2012 - B1 KR 20/11 R und vom 12.03.2013 – B 1 KR 7/12 R; Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 21.10.2015 – L 5 KR 5084/14).

Der Krankengeldanspruch ruht ohne die rechtzeitige Meldung der AU an die Krankenkasse (Frist eine Woche gemäß § 49 Abs. 1 Nr. 5 SGB V). Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Zugangs bei der Krankenkasse. Die - jeweils zeitgerecht ärztlich festgestellte - AU muss der Krankenkasse vor jeder erneuten Inanspruchnahme des Krankengeldes auch dann angezeigt werden, wenn sie seit ihrem Beginn ununterbrochen bestanden hat.

Zu berücksichtigen ist allerdings auch hier, dass die ärztliche Bescheinigung nach § 46 S. 1 Ziff. 2 SGB V die Krankenkasse nicht bindet, auch nicht wenn diese durch einen Vertragsarzt erfolgte. Das Attest mit der ärztlichen Feststellung der AU hat lediglich die Bedeutung einer gutachterlichen Stellungnahme, welche die Grundlage für den über den Krankengeldbezug zu erteilenden Verwaltungsakt der Krankenkasse bildet (Bundessozialgericht, Beschluss vom 31.03.1998 – B 1 KR 56/96 B; Eichenhofer/ Wenner, Kommentar zum SGB V, § 46 Rdnr. 9)

Die Krankenkassen sind nach § 275 Abs. 1 Nr. 3 lit. b) SGB V verpflichtet, bei Zweifeln zur Überprüfung des Vorliegens der AU den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK) zwecks einer Begutachtung einzuschalten. Auch kann der Arbeitgeber die Überprüfung durch den MDK verlangen (§ 275 Abs. 1a S. 3 SGB V), wenn der Arbeitnehmer Mitglied in einer gesetzlichen Krankenversicherung ist.

Die gutachterliche Stellungnahme des MDK ist auch in Bezug auf die Frage des Krankengeldes für den behandelnden Vertragsarzt grundsätzlich verbindlich (§ 6 Abs. 2 S. 1 AU-Richtlinien). Ist der Vertragsarzt/ Kassenarzt mit dem MDK-Gutachten nicht einverstanden, muss er bei der Kasse ein Obergutachten (Zweitgutachten) beantragen (§ 6 Abs. 2 S. 2 AU-Richtlinien). Unternimmt er nichts, ist das Gutachten des MDK verbindlich. Bezüglich der Situation bei Privatärzten ist auf das insoweit oben unter Frage 1. Ausgeführt zu verweisen.

Entgegen der herrschenden Auffassung sowohl der Rechtsprechung wie auch der ganz überwiegenden Literaturansicht (s.o.), wonach der Nachweis der AU nicht zwingend durch

eine kassenärztliche Bescheinigung erfolgen muss, ist aus der Praxis bekannt und wird durch entsprechende Rechercheergebnisse im Internet bestätigt, dass gesetzliche Krankenkassen immer wieder das Vorliegen gerade einer kassenärztlichen Bescheinigung fordern. Dies erfolgt zum Teil mit dem Argument und mit dem Hinweis, dass die Überprüfung und Bescheinigung der AU nach einheitlichen Kriterien sicher zu stellen sei und die Kasse deshalb die Vorlage einer vertragsärztlichen AU-Bescheinigung verlange.

In der Praxis kann deshalb nicht ausgeschlossen werden, dass gesetzliche Krankenkassen bei Vorlage einer (lediglich) privatärztlichen Bescheinigung mit einer höheren Wahrscheinlichkeit den MDK anrufen zur Überprüfung des Vorliegens der Voraussetzungen der AU.

Dies kann rechtlich insofern nur schwerlich verhindert werden, als den Krankenkassen gesetzlich ausdrücklich die Möglichkeit eröffnet ist, das Vorliegen der AU durch den MDK überprüfen zu lassen.

Unzulässig wäre es jedoch angesichts der o.g. Rechtsprechung und der ganz überwiegenden Meinung in der Kommentarliteratur, wenn die Kasse die Anrufung des MDK allein mit dem Hinweis auf das Fehlen einer *kassenärztlichen* AU-Bescheinigung rechtfertigen bzw. begründen würde.

Abschließend ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass ein Arzt, der eine unrichtige AU-Bescheinigung ausstellt, dafür strafrechtlich und zivilrechtlich einzustehen hat. Strafrechtlich kann z.B. auch die Ausstellung einer AU ohne vorherige Untersuchung den Straftatbestand des § 278 StGB („Ausstellen unrichtiger Gesundheitszeugnisse“) erfüllen (LG Darmstadt, Urt. v. 19.09.1990, Az: 9 O 21/89, NJW 1991, 757), wie auch allgemein die Ausstellung eines Zeugnisses über einen Befund, ohne dass eine Untersuchung stattgefunden hat (BGHSt, 6, 90; OLG Frankfurt, NJW 1977, 2128).

#### **Frage 4.: Sprechen rechtliche Bedenken gegen die Verwendung des Formulars "AU-Bescheinigung" aus dem Jüngling-Verlag durch Privatärzte?**

Seitens des DZVhÄ wurde den Unterzeichnern ein vom Jüngling-Verlag herausgegebener Formularvordruck „Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung“ vorgelegt, der der vertragsärztlichen Bescheinigung (Vordruck Nr. 1 der KBV) sehr ähnlich ist. Gegenüber dem vertragsärztlichen Vordruck fehlt lediglich die Zeile mit der KV-Nr. des Versicherten, der Kassen-Nr. und des Versichertenstatus.

Laut Ziffer 3 der Vorbemerkungen „Allgemeines“ der Erläuterungen zur Vereinbarung über die Vordrucke für die vertragsärztliche Versorgung (Stand: Januar 2016) ist die Weitergabe von Vordrucken an Nichtvertragsärzte u.a. Personen sowie die Verwendung in der Privatpraxis unstatthaft.

Dies bedeutet, dass die verbindlichen vertragsärztlichen Vordrucke der KBV-Mustersammlung nicht von Privatärzten verwendet werden dürfen.

Allerdings handelt es sich bei dem vom Jüngling-Verlag herausgegebenen Formular eben nicht um ein KBV-Formular, sondern um einen - wenn auch nur geringfügig - abgeänderten eigenen Vordruck.

Solche Vordrucke dürfen sehr wohl von Privatärzten ausgefüllt und verwendet werden, zumal anhand der fehlenden KV-Zeile erkennbar ist, dass es sich nicht um einen vertragsärztlichen Vordruck handelt. Auch durch den Arztstempel wird deutlich, dass es sich bei dem ausstellenden Arzt nicht um einen Kassenarzt, sondern um einen Privatarzt ohne KV-Zulassungs-Nr. handelt.

Es ist demnach den gesetzlichen Krankenkassen erkennbar, dass es sich bei dem die ärztliche Bescheinigung ausstellenden Arzt nicht um einen Kassen/Vertragsarzt handelt und dass es sich nicht um ein offizielles KBV-Formular handelt zur Ausstellung der AU-Bescheinigung.

Es ist Privatärzten nach unserer Auffassung somit nicht verboten und nicht unstatthaft, das Formular aus dem Jüngling-Verlag zu verwenden.

Dieses Ergebnis wird auch dadurch unterstrichen, dass nach der oben dargestellten Gesetzeslage eben auch AU-Bescheinigungen von Privatärzten zulässig sind.

**Frage 5.: Welche (besonderen) Aufklärungspflichten gegenüber den Patienten treffen einen Privatarzt ggf. bei Ausstellung einer "AU-Bescheinigung" ?**

Insbesondere Privatärzte sollten GKV-Versicherte darauf hinweisen, dass die ärztlichen Bescheinigungen (weder die kassenärztliche noch die privatärztliche) für die gesetzlichen Krankenkassen nicht bindend sind und eine Überprüfung des Vorliegens der AU durch den MDK möglich und nicht ausgeschlossen ist.

Nach der Rechtsprechung obliegt dem Arzt als Nebenpflicht aus dem Behandlungsvertrag bzw. aus seiner Fürsorgepflicht seinen Patienten gegenüber auch eine wirtschaftliche Aufklärungspflicht (BGH, 01.02.1983, NJW 1983, 2630 f; BGH, 27.10.1987, NJW 1988, 759ff; Ratzel/ Luxemburger: Handbuch Medizinrecht, 2008, § 12 Rdnr. 225 ff). Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass den Arzt als Nebenpflicht des Behandlungsvertrages die Rechtspflicht trifft, den Patienten nach Treu und Glauben vor vermeidbaren Vermögensnachteilen zu schützen. Ein solcher Vermögensnachteil kann auch bereits in einer – durch Einleitung einer MDK-Prüfung – verzögerten oder vorläufig in Frage gestellten Auszahlung des Krankengeldes gesehen werden.

Sollte den Privatärzten aus der Verwaltungspraxis der Kassen bekannt werden oder bereits bekannt sein, dass bei privatärztlichen Bescheinigungen bei GKV-Versicherten erhöhte Quoten von MDK-Prüfaufträgen seitens der gesetzlichen Krankenkassen zu verzeichnen sind, sind die GKV-Versicherten auch auf diesen Umstand hinzuweisen.

Werden dem Arzt also Umstände bekannt, wonach es dem Patienten erschwert wird, seinen Leistungsanspruch realisiert zu bekommen (hier: Auszahlung des Krankengeldes), ist der Arzt verpflichtet, seine Patienten darauf hinzuweisen. Ggf. ist der Privatarzt also dazu verpflichtet, den Patienten auf den Umstand hinzuweisen, dass im Falle einer privatärztlichen AU-Bescheinigung eine höhere Wahrscheinlichkeit einer MDK-Überprüfung besteht. Dieser Verzögerung könnte der Patient durch Einholung einer kassenärztlichen AU-Bescheinigung eines Kassen- bzw. Vertragsarztes eventuell entgehen.

Es ist dann im Einzelfall abzuwägen und ggf. mit dem Patienten zu besprechen, ob dieser - um einen reibungslosen Ablauf der Prüfung und der Gewährung von Krankengeld sicher zu stellen - entsprechende kassenärztliche Bescheinigungen einholen will.

Für eventuelle Rückfragen oder weitere Auskünfte stehen die Unterzeichner gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

gez. A. Fuchs-Keller  
Rechtsanwältin  
TSP: Arbeitsrecht

gez. J. M. Hesse  
Rechtsanwalt und  
Fachanwalt für Medizinrecht