

Arbeitsgericht Berlin
Geschäftszeichen (bitte immer angeben)
42 Ca 16289/20



Verkündet

am 01.04.2021

Gerichtsbeschäftigte
r als
Urkundsbeamter der
Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes

Urteil

In Sachen

◀ Mdt. Z. K. Rücksprache	Wiedervorlage ▶	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Berlin		
18. MAI 2021		
Erledigt	Fristen + Termine	Bearbeitet

- Kläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtssekretäre Johann Gerhard Boers, Gabriela Janner, Sabine König, Uwe Lüder, Bärbel Christoph-Tojek, Ulrike Birzer, Annelie Jaschinski, Thomas Jung, Michael Wittich, Heike Niederhausen, Anna Münzner, Dr. Hanns Pauli, Kristian Kunz, Florian Schwarz, Curt Dunse, David Pidde, Sven Alisch, Mirko Jachmann, Janina Herrmann

**DGB Rechtsschutz GmbH, Büro Berlin, Genthiner Str. 35,
10785 Berlin**

gegen

- Beklagte -

hat das Arbeitsgericht Berlin, 42. Kammer, auf die mündliche Verhandlung vom 01.04.2021 durch die Richterin Dr. ... als Vorsitzende sowie die ehrenamtliche Richterin Frau ...und den ehrenamtlichen Richter Herrn ...für Recht erkannt:

I.

Die Beklagte wird verurteilt, an den Kläger 176,15 € (in Worten: einhundertsechundsiebzig 15/100 Euro) brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über den Basiszinssatz seit dem 12.01.2021 zu zahlen.

II.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

III.

Von den Kosten des Rechtsstreits tragen der Kläger 81 % und die Beklagte 19 %.

IV.

Die Berufung wird für die Beklagte nicht zugelassen.

V.

Der Wert des Streitgegenstandes wird festgesetzt auf 911,99 € bei einem Gebührenstreitwert in Höhe von 926,56 €.

Tatbestand

Die Parteien streiten über Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall.

Der Kläger war vom 01.04.2018 bis 30.09.2020 als Sicherheitsmitarbeiter bei der Beklagten beschäftigt.

Für den Zeitraum vom 26.08. – 30.08.2020 sowie vom 05.09. – 09.09.2020 übermittelte der Kläger der Beklagten von der in Hamburg ansässigen Gynäkologin Dr. med. A. ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen.

Dr. A. stellte die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen anhand der vom Kläger online auf der Seite „www.au-schein.de“ getätigten Angaben aus; es fand weder ein persönlicher noch telefonischer Kontakt zwischen ihr und dem Kläger statt. Die Website ermöglicht gegen Zahlung einer Gebühr in Höhe von 14 EUR den Erhalt einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung als PDF ausschließlich im Wege der Fernbehandlung. Entsprechend dem Angebot der Website „www.au-schein.de“ gelangt man „in 3 Schritten zur AU“; dort heißt es wörtlich:

„1. Fragebogen beantworten

jederzeit, ohne Registrierung & datengeschützt. Du bestimmst Beginn & Dauer der AU für bis zu 7 Tage

2. Arzt erstellt PDF

Mo-Fr von 8:00 - 9:30 Uhr & 13:00 - 14:30 Uhr vom Privatarzt in Hamburg ohne Arztgespräch. Bei bestimmten Erkrankungen wählst Du im Fragebogen einen Kassenarzt, der Dich dann zu seinen dort angezeigten Zeiten anruft oder per SMS zum Videochat einlädt.

3. PDF runterladen

Sofort danach erhältst Du eine Email + SMS-Code, um alle Versionen Deiner AU als PDF-Dateien runterzuladen. Optional erhältst Du die AUs auch sofort per Post.“

(<https://www.au-schein.de/>)

Nutzer der Website werden aufgefordert, zunächst eine von zwölf Grunderkrankungen auszuwählen und anschließend verschiedene vorformulierte Fragen, insbesondere zu

Symptomen, zu beantworten. Dem Nutzer werden dazu vorgegebene Antwortmöglichkeiten und Symptome zur Auswahl angeboten. Die ärztliche Anamnese beruht im Regelfall ausschließlich auf den Antworten des Nutzers auf die vorformulierten Fragen. Führen die Antworten des Nutzers nicht zu einer plausiblen Diagnose, wird der Nutzer mittels einer automatisch generierten Erklärung darauf hingewiesen, dass er den Dienst nicht nutzen kann. Im Anschluss kann der Dienst erneut in Anspruch genommen werden, ohne dass die zuvor gegebenen Antworten dabei berücksichtigt werden. Der Vorgang kann beliebige Male wiederholt werden.

Mit Schreiben vom 09.09.2020 machte der Kläger einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung für den Zeitraum vom 26.08. – 30.08.2020 in Höhe von 374,04 EUR brutto für vier Tage der Arbeitsunfähigkeit zu je 93,51 EUR geltend (Blatt 7 der Akten). Die Beklagte lehnte die Zahlung mit Schreiben vom 17.09.2020 mit der Begründung ab, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen seien nur durch einen Online-Arzt erfolgt und sie zweifle daher an der Arbeitsunfähigkeit (Blatt 10 der Akten).

Am 09.09.2020 bot der Kläger seine Arbeit für den 10.09.2020 an, die Beklagte setzte ihn gleichwohl nicht ein, da sie die Dienste bereits an andere Mitarbeiter vergeben hatte.

Mit Schreiben vom 18.12.2020 machte der Kläger unter Fristsetzung bis zum 11.01.2021 auch Ansprüche auf Entgeltfortzahlung für den Zeitraum vom 05.09. – 09.09.2020 für vier Tage à 90,38 EUR in Höhe von insgesamt 361,52 EUR sowie Annahmeverzug für den 10.09.2020 in Höhe von 191,00 EUR brutto geltend (Blatt 19 - 20 der Akten), die die Beklagte mit Schreiben vom 06.01.2021 mit gleicher Begründung zurückwies (Blatt 21 der Akten).

Mit seiner am 15.12.2020 bei Gericht eingegangenen Klage verfolgt der Kläger seine Ansprüche auf Entgeltfortzahlung für August und September sowie Annahmeverzugslohn weiter.

Der Kläger behauptet, im Zeitraum vom 26.08. – 30.08.2020 sowie vom 05.09. – 09.09.2020 arbeitsunfähig erkrankt zu sein. Er habe unter starkem Schnupfen und Kopfschmerzen gelitten, sich schwach gefühlt. Da er sich jedoch keiner Ansteckungsgefahr durch das Corona-Virus habe aussetzen wollen und weil er seine Symptome auf eine normale Erkältung zurückgeführt habe, habe er auf einen Arztbesuch verzichtet.

Der Kläger beantragt unter Rücknahme im Übrigen,

1. die Beklagte zu verurteilen, an ihn 374,04 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen,
2. die Beklagte zu verurteilen, an ihn weitere 537,95 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 12.01.2021 zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte meint, der Beweiswert der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen sei erschüttert, da sie online ausgestellt wurde und keine ärztliche Untersuchung des Klägers vorausging. Dass der Kläger einen Arztbesuch aufgrund der Infektionsgefahr habe vermeiden wollen, bezweifle sie, da der Kläger drei Tage zuvor aufgrund eines Arbeitsunfalls vom 01.09. – 04.09.2020 arbeitsunfähig war, was nach einer persönlichen ärztlichen Untersuchung am 02.09.2020 festgestellt wurde.

Für den weiteren Inhalt wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Sitzungsprotokoll verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist überwiegend unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegen die Beklagte.

I.

Die Klage ist überwiegend unbegründet.

1.

Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entgeltfortzahlung gegen die Beklagte aus § 3 Absatz 1 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) für die Zeiträume vom 26.08. – 30.08.2020 sowie vom 05.09. – 09.09.2020.

Nach § 3 Absatz 1 EFZG hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall durch den Arbeitgeber, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist.

a.

Der Arbeitnehmer trägt die Darlegungs- und Beweislast für die Anspruchsvoraussetzungen (BAG, Urteil vom 13. Juli 2005 – 5 AZR 389/04 –, BAGE 115, 206-215; ErfK/Reinhard, 21. Aufl. 2021 Rn. 22a, EFZG § 3 Rn. 22a). Diesen Beweis führt der Arbeitnehmer in der Regel durch Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (MüKoBGB/Müller-Glöge, 8. Aufl. 2020, EFZG § 3 Rn. 79, BAG, Urteil vom 1. 10. 1997 - 5 AZR 726/96). Er kann diesen Beweis aber auch mit jedem anderen zulässigen Beweismittel führen (BAG, Urteil vom 1. 10. 1997 - 5 AZR 726/96).

Einer „ordnungsgemäß ausgestellten“ Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kommt im Rahmen der Beweiswürdigung gemäß § 286 Absatz 1 ZPO ein hoher Beweiswert zu (BAG, Urteil vom 15. Juli 1992 – 5 AZR 312/91 –, juris, BAGE 71, 9-13; BAG, Urteil vom 19. Februar 2015 – 8 AZR 1007/13 –, Rn. 25, juris, NZA 2015, 994-997). Mit ihr besteht die Vermutung, dass der Arbeitnehmer infolge Krankheit arbeitsunfähig war (BAG, Urteil vom 15. Juli 1992 – 5 AZR 312/91 –, juris, BAGE 71, 9-13). Von einer ordnungsgemäß ausgestellten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann nach einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts aus dem Jahr 1976 nicht mehr ausgegangen werden, wenn der Ausstellung keine

Untersuchung vorausgegangen ist und mangels Patientenbeziehung auch eine Ferndiagnose ausscheidet (BAG, Urteil vom 11. August 1976 – 5 AZR 422/75 –, BAGE 28, 144-151).

b.

Danach sind die vom Kläger vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nach Auffassung der Kammer nicht für den Beweis seiner Arbeitsunfähigkeit geeignet. Es handelt sich dabei nicht um „ordnungsgemäß ausgestellte Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, da Dr. med. A. unstreitig keine Untersuchung des Klägers vorgenommen hat (so auch ErfK/Reinhard, 21. Aufl. 2021, EFZG § 5 Rn. 14). Sie hat den Kläger weder persönlich untersucht noch ein persönliches oder telefonisches Gespräch mit ihm geführt. Der Kläger hat auch nicht vorgetragen, eine bestehende Patientenbeziehung bei Dr. med. A. zu haben.

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht vor dem Hintergrund der derzeitigen COVID-19-Pandemie. Nach § 4 Absatz 1 Satz 2 Arbeitsunfähigkeitsrichtlinie (AU-RL) darf die Feststellung von Arbeitsunfähigkeit nur auf Grund einer unmittelbar persönlichen ärztlichen Untersuchung erfolgen. Zur Eindämmung der Pandemie bestand ein öffentliches Interesse daran, Arztbesuche möglichst zu vermeiden. Daher wurde § 8 Absatz 1 der AU-RL geschaffen. Danach kann der Gemeinsame Bundesausschuss (im Folgenden: G-BA) eine räumlich begrenzte und zeitlich befristete Ausnahme von den Regelungen der Richtlinie zulassen, wenn sie in Abhängigkeit von der Art des Ausbruchgeschehens zur Eindämmung und Bewältigung der Infektionen oder zum Schutz der Einrichtungen der Krankenversorgung vor Überlastung notwendig und erforderlich sind. Diese Ausnahme besteht darin, dass die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit bei Versicherten mit Erkrankungen der oberen Atemwege, die keine schwere Symptomatik vorweisen, für einen Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen auch nach telefonischer Anamnese und zwar im Wege der persönlichen ärztlichen Überzeugung vom Zustand der oder des Versicherten durch eingehende telefonische Befragung erfolgen darf. Das Fortdauern der Arbeitsunfähigkeit kann im Wege der telefonischen Anamnese einmalig für einen weiteren Zeitraum von bis zu sieben Kalendertagen festgestellt werden. Von diesen Möglichkeiten hat der G-BA im März 2020 befristet Gebrauch gemacht (vgl. dazu auch Düwell, BB 2020, 891, 893). Nach § 7 Absatz 4 Satz 1 Musterberufsordnung der Ärzte (MBO-Ä) sollen Ärzte Patientinnen und Patienten im persönlichen Kontakt beraten und behandeln. Gemäß Satz 3 ist eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung,

Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird. Die Regelung in § 7 Absatz 4 Satz 3 MBO-Ä legt den Ärztinnen und Ärzten die Pflicht auf, im konkreten Einzelfall zu entscheiden, ob eine Fernbehandlung mit dem anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse vereinbar ist (OLG Hamburg, Urteil vom 05. November 2020 – 5 U 175/19 –, Rn. 55, juris).

Die Möglichkeit der telefonischen Anamnese ist mithin eine Maßnahme der Risikominimierung in einer Ausnahmesituation während der COVID-19-Pandemie. Dadurch wird deutlich, dass nicht einmal in dieser Ausnahmesituation ein geringerer persönlicher Kontakt als ein Telefonat zulässig sein soll (OLG Hamburg, Urteil vom 05. November 2020 – 5 U 175/19 –, Rn. 61 - 62, juris). Innerhalb des Aufbaus der Website kommt es voraussehbar zu keinem Zeitpunkt zu einem (telefonischen) Kontakt zwischen Arzt und Patient. Der Arzt erhält lediglich die vorformulierten Antworten auf vorformulierte Fragen übermittelt, die die Annahme einer bestimmten Diagnose nahelegen. Dass die Fragen unter Umständen bereits mehrfach beantwortet wurden, bevor eine Übermittlung erfolgte, kann er nicht erkennen (OLG Hamburg, Urteil vom 05. November 2020 – 5 U 175/19 –, Rn. 61 - 62, juris). Anlass zu telefonischen Rückfragen ist unter diesen Umständen nicht zu erwarten.

Den vom Kläger vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen kommt daher kein Beweiswert zu (vgl. dazu Möller/Flöter, ArbRAktuell 2019, 501; für Beweiswert wohl Heider, NZA 2019, 288).

c.

Der Kläger hat seine bestrittene Arbeitsunfähigkeit mithin nicht nachgewiesen. Die klagende Partei kann den Beweis zwar auch mit jedem anderen zulässigen Beweismittel führen (BAG, Urteil vom 1. 10. 1997 - 5 AZR 726/96). Eine Vernehmung der vom Kläger angebotenen Zeugen, seiner Lebensgefährtin sowie seines Arbeitskollegen, kam jedoch nicht in Betracht.

Ein Beweisantritt muss zulässig sein. Gemäß § 373 ZPO muss die beweispflichtige Partei diejenigen Tatsachen bezeichnen, zu denen der Zeuge vernommen werden soll. Tatsachen sind konkrete, nach Zeit und Raum bestimmte, der Vergangenheit oder der Gegenwart angehörige Geschehnisse oder Zustände. Wird ein Beweis angetreten, bei dem es an der Bestimmtheit der zu beweisenden Tatsachen fehlt und sollen durch die beabsichtigte Beweiserhebung erst die Grundlagen für substantiierte Tatsachenbehauptungen gewonnen

werden, ist dieser Beweisantritt unzulässig und unbeachtlich. Es handelt sich dann um einen sogenannten Ausforschungsbeweis. Entsprechen die unter Beweis gestellten Tatsachenbehauptungen nicht den Anforderungen, hat die Beweiserhebung auf Grund dieses unzulässigen Ausforschungsbeweisantritts zu unterbleiben (vgl. BAG, Urteil vom 15. Dezember 1999 – 5 AZR 566/98 –, Rn. 28, juris; BAG, Urteil vom 12. Juli 2007 – 2 AZR 722/05 –, Rn. 16, juris; BAG, Urteil vom 25. März 2015 – 5 AZR 368/13 –, BAGE 151, 170-179, Rn. 23).

Das ist hier der Fall. Der Kläger hat die Zeugen zum Beweis dafür genannt, dass er in den beiden Zeiträumen „erkrankt“ war. Unklar bleibt, welche Symptome die Zeugen wann wahrgenommen haben und entsprechend bekunden können. Zudem ergibt sich aus einer Erkrankung keineswegs zugleich eine Arbeitsunfähigkeit. Es bleibt daher auch fraglich, wie die benannten Zeugen – etwa aufgrund ihrer Sachkunde oder anderer Tatsachen – aus der gesundheitlichen Verfassung des Klägers Aussagen zu dessen Arbeitsunfähigkeit treffen können (vgl. dazu ArbG Berlin, Urteil vom 14. Februar 2014 – 28 Ca 18429/13 –, juris, Rn. 59).

2.

Der Kläger hat für den 10.09.2020 gegen die Beklagte einen Anspruch gemäß §§ 611 Absatz 1, 615 Sätze 1 und 3 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) auf Annahmeverzugslohn in Höhe von 176,15 EUR.

Kommt der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug, kann der Arbeitnehmer für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein (§ 615 Satz 1 BGB); gleiches gilt in Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt (§ 615 Satz 3 BGB). Ein Annahmeverzug des Arbeitgebers ist nach § 297 BGB ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer nicht leistungswillig und leistungsfähig ist (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 29.10.2014 – 17 Sa 285/14, juris).

Der Kläger hat der Beklagten seine Arbeitsleistung für den 10.09.2020 unstreitig angeboten. Indem diese die Arbeitsleistung nicht angenommen hat, kam sie in Verzug.

3.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus §§ 286, 288 BGB.

Die Beklagte kam am 12.01.2021 in Verzug, nachdem sie innerhalb der bis zum 11.01.2021 gesetzten Frist nicht an den Kläger geleistet hat.

II.

Die Kostenentscheidung ergibt sich aus §§ 46 Absatz 2 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG), §§ 91a, 92, 269 Absatz 3 Zivilprozessordnung (ZPO).

III.

Der Wert des Streitgegenstandes wurde gemäß §§ 61 Absatz 1, 46 Absatz 2 ArbGG in Verbindung mit § 3, 5 ZPO im Urteil festgesetzt