



## Aktuelles

### Änderungen der Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie

#### „Tele- AU“ und „telefonische AU“

Der Gemeinsame Bundesausschuss hat die Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie mit Wirkung zum 15.10.2020 neuerlich angepasst. In § 4 Absatz 5 der Richtlinie ist nun die Möglichkeit der sogenannten „Tele – AU“ geregelt: Die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch eine Videosprechstunde ist möglich, wenn der Patient dem Vertragsarzt\* oder einem Vertragsarzt aus derselben Berufsausübungsgemeinschaft unmittelbar persönlich bekannt ist und das Krankheitsbild dies nicht ausschließt. Die erstmalige Feststellung der AU ist nur für 7 Tage möglich. Es ist auch die Feststellung des Fortbestehens der AU für 7 Tage mittels Videosprechstunde möglich. Allerdings ist zu beachten, dass die Feststellung des Fortbestehens der Arbeitsunfähigkeit im Rahmen einer Videosprechstunde nicht möglich ist, wenn bereits die erstmalige Feststellung der Arbeitsunfähigkeit nur mittelbar persönlich im Rahmen einer Videosprechstunde erfolgte. Eine Krankschreibung aufgrund eines einfachen Telefonats, einer Chat-Befragung oder eines Online- Fragebogens ist nicht zulässig nach § 4 Absatz 5. Dies wird insbesondere auch aus den tragenden Gründen des Gemeinsamen Bundesausschusses deutlich.

Daneben tritt nunmehr, zeitlich begrenzt zunächst bis 31.12.2020, die Möglichkeit der „telefonischen AU“, die in § 8 der Richtlinie geregelt ist und bundesweit gilt. Diese bundesweite Möglichkeit hatte es bereits im Frühjahr 2020 gegeben und dient - wie auch damals - der Bekämpfung der Herausforderungen durch die

SARS-CoV2-Pandemie. Der Arzt kann bei Erkrankungen der oberen Atemwege, die keine schwere Symptomatik vorweisen, durch eingehende telefonische Befragung seine Beurteilung einer Arbeitsunfähigkeit (für sieben Tage) treffen. Er kann die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung auch einmalig um weitere sieben Tage verlängern. Es wird allgemein erwartet, dass die Regelung bei gleichbleibendem Infektionsgeschehen in Deutschland auch für die ersten Monate des neuen Jahres verlängert wird.

Nach Ansicht des Gemeinsamen Bundesausschusses ist auch die Videotelefonie begrifflich als Telefonie von § 8 der Richtlinie erfasst. Die strengen Voraussetzungen der Tele- AU sind daher zeitweilig durch die Regelungen der telefonischen AU (soweit diese gelten) verdrängt. Die weitergehenden Möglichkeiten einer Tele- AU richten sich folglich aber weiterhin nach den strengen Voraussetzungen der Tele- AU.

Beiden Neuregelungen haben gemeinsam, dass ein Anspruch auf eine Feststellung der Arbeitsunfähigkeit auf den neuen Wegen nicht besteht. Es bleibt daher dem Arzt überlassen, auf ein persönliches Erscheinen zu verweisen, wenn er eine sichere Feststellung der AU nicht treffen kann.

Nach Ansicht des Gemeinsamen Bundesausschusses sollte der Patient außerdem vor der Videosprechstunde (entsprechendes sollte aber auch für die telefonische AU- Feststellung gelten) auf die eingeschränkten Möglichkeiten der Befunderhebung auf diesem Wege hingewiesen werden.

### Feststellung einer stufenweisen Wiedereingliederung

Bereits im Februar 2020 ist die Notwendigkeit einer Feststellung, ob eine stufenweise Wiedereingliederung empfohlen werden kann, nach mehr als sechswöchiger Arbeitsunfähigkeit in die Arbeitsunfähigkeits- Richtlinie in § 7 aufgenommen worden. Den Arzt treffen insoweit folgende Pflichten:

- Die Feststellung, ob eine stufenweise Wiedereinstellung empfohlen wird, ist spätestens ab einer Dauer der Arbeitsunfähigkeit von sechs Wochen zu treffen.
- Die Feststellung darf nur aufgrund ärztlicher Untersuchung erfolgen.
- Die Feststellung ist im Zusammenhang mit der Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit zu treffen
- Die Feststellung muss die Empfehlungen zur Umsetzung der stufenweisen Wiedereingliederung in der Anlage der Richtlinie beachten
- können aus der Wiedereingliederung für den Genesungsprozess nachteilige gesundheitliche Folgen erwachsen oder lehnt der Versicherte die stufenweise Wiederaufnahme seiner Tätigkeit ab, ist von einer (empfehlenden) Feststellung abzusehen.

Die Pflicht zur Feststellung trifft den Arzt dabei sowohl bei nicht schwerbehinderten wie auch bei schwerbehinderten Arbeitnehmern.

Zumindest bezüglich Letzteren hat der Gemeinsame Bundesausschuss seine Regelungskompetenzen

insoweit überschritten, als er in Nr. 6 der aktuellen Empfehlungen zur Umsetzung der stufenweise Wiedereingliederung regelt: „Erklärt die Arbeitgeberin oder der Arbeitgeber, dass es nicht möglich ist, die Versicherte oder den Versicherten zu beschäftigen, ist die stufenweise Wiedereingliederung nicht durchführbar.“ Nach Ansicht des Vors. Richter am BAG a. D. Professor Franz Josef Düwell (NZA 2020, 767 ff.) ist diese Einschränkung unwirksam, weil sie gegen das höherrangige Recht des § 164 Abs. 4 S. 1 und 3 SGB IX verstößt, in dem strengere Anforderungen an das Entfallen der Pflichten des Arbeitgebers zur Beschäftigung schwerbehinderter Menschen vorgesehen sind. Es ist daher eine Änderung dieser Empfehlung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss zu erwarten.

Ärzte haben bei der Erstellung eines Stufenplans im Übrigen zu beachten, dass sie einem Haftungsrisiko ausgesetzt sind: 2018 verurteilte das Landgericht Koblenz einen Arzt zur Zahlung von Schmerzensgeld, weil der Wiedereingliederungsplan des Arztes wegen eines Diagnosefehlers für den Patienten nach einer Hüftoperation behandlungsfehlerhaft gewesen war und der Patient infolgedessen bei der Arbeit unter zunehmenden Schmerzen gelitten hatte, statt – wie es behandlungsfehlerfrei notwendig gewesen wäre – sofort wieder ins Krankenhaus zurückverwiesen zu werden. (LG Koblenz, Urteil vom 25.01.2018 – Az.: 1 O 359/16)

## Neues aus der Rechtsprechung

### Befreiung von Alltagsmaskenpflicht erfordert ein einzelfallbezogenes Attest

OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 24.09.2020 - 13 B 1368/20

Die Befreiung von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung (sog. Maskenpflicht) kann nur aufgrund einer ärztlichen Bescheinigung erfolgen, die eine sachgerechte Entscheidung der Verwaltung über die Befreiung ermöglicht. „Aus dem Attest muss sich

*regelmäßig jedenfalls nachvollziehbar ergeben, welche konkret zu benennenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen auf Grund der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in der Schule alsbald zu erwarten sind und woraus diese im Einzelnen resultieren. Soweit relevante Vorerkrankungen vorliegen, sind diese konkret zu bezeichnen. Darüber hinaus muss im Regelfall erkennbar werden, auf welcher Grundlage der attestierende Arzt zu seiner Einschätzung gelangt ist.“ (aus dem Beschluss zitiert).*

Die antragsstellenden beiden Schüler bekamen vom gleichen Kinder- und Jugendarzt ein Attest, in dem dieser angab, das ganztägige Tragen eines Mund-Nase-Schutzes im Unterricht sei aus gesundheitlicher Sicht nicht zu befürworten, weil dadurch Konzentration, Aufmerksamkeit und Lernerfolg der Antragsteller negativ beeinflusst würden. Im weiteren Verlauf legten die Antragsteller dann noch Atteste eines anderen Arztes vor, in denen dieser feststellte, die Antragsteller seien aus gesundheitlichen Gründen von der Maskenpflicht befreit.

Dies reicht für eine Befreiung von der Maskenpflicht nicht aus. Das OVG NRW stellte klar, dass die Entscheidung über die Befreiung von der sog. Maskenpflicht nicht mit einer Bescheinigung einer Arbeitsunfähigkeit für den Arbeitgeber vergleichbar sei. Im Falle der Befreiung der Maskenpflicht müsse die Verwaltung (hier die Schulleitung) durch das Attest in die Lage versetzt werden, selbstständig das Vorliegen der Voraussetzungen einer Befreiung zu prüfen. Daher müssten aus dem Attest konkret hervorgehen, welche gesundheitlichen Folgen wegen des Tragens der Maske zu erwarten seien und woraus diese resultieren sollten. Etwaige Vorerkrankungen müssten konkret benannt werden. Der Arzt müsse in der Regel auch die Grundlage seiner Einschätzung erkennbar machen.

Die allgemeinen Ausführungen des Kinderarztes reichten dem OVG dazu nicht, wobei es darauf hinwies, dass die in dessen Attest angegebenen negativen Folgen letztlich jeden Schüler treffen könnten und daher nicht über die allgemeinen Beeinträchtigungen (aller) Schüler hinausgingen.

Der Bescheinigung konkreter gesundheitlicher Umstände stehen dabei nach Ansicht des OVG auch datenschutzrechtliche Aspekte grundsätzlich nicht entgegen.

### **Kein Anspruch auf Löschung aus vollständiger Ärztelistung und von kritischen Kommentaren auf einem Arztbewertungsportal**

*OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 09.04.2020 - 16 U 218/18*

Es besteht kein Anspruch auf Löschung der eigenen „Basisdaten“ von einer Listung der Fachärzte auf einem Arztbewertungsportal (jameda). Es besteht außerdem

grundsätzlich kein Anspruch auf Löschung einer negativen (Freikommentar-) Bewertung, solange sich diese im Rahmen der Meinungsäußerung bewegt, keine Schmähkritik darstellt und nicht jeder Tatsachengrundlage entbehrt.

Eine Augenärztin hatte sich an die Arztbewertungsplattform gewendet. Grund war ein Kommentar einer Patientin, der die Augenärztin als „arrogant, unfreundlich, unprofessionell“ bezeichnete. Die Ärztin wollte (später klageweise) zum einen, dass ihre Basisdaten von der Plattform (Vor- und Nachname, Adresse ect.) gelöscht werden und hilfsweise zumindest die Löschung des Kommentars der Patientin. Das Landgericht Hanau gab dem ersten Antrag statt, das OLG Frankfurt hat in der zweiten Instanz hingegen die Klage abgewiesen.

Das Gericht entschied zum einen, dass ein Löschungsanspruch der Basisdaten nicht aus der DSGVO wegen unrechtmäßiger Verarbeitung personenbezogener Daten folge: Es bestehe eine rechtmäßige Datenverarbeitung, weil sie den berechtigten und überwiegenden Interessen Dritter diene. Dabei verweist das Gericht auf die Rechtsprechung des BGH, der in mehreren Fällen bereits dargestellt habe, dass das Ärztebewertungsportal eine von der Rechtsordnung gebilligte und gesellschaftlich erwünschte Funktion erfülle, sofern die Betreiberin des Bewertungsportals als neutraler Informationsmittler auftrete. In diesem Zuge lehnte das OLG Frankfurt die Auffassung der Ärztin ab, dass die Premiumkunden der Bewertungsplattform (zahlende Ärzte) verdeckte Vorteile von der Plattform erhielten. Die Vorteile (farbliche Unterlegung, eigenes Profilbild ect.) seien vielmehr offen für jeden Benutzer erkennbar.

Der Hilfsantrag der Klägerin auf Löschung des Kommentars der Patientin wurde ebenfalls abgewiesen. Das Gericht führte dazu aus, das Bewertungsportal habe sich an das notwendige Verfahren gehalten. Es habe die Stellungnahme der Patientin eingeholt und diese an die Klägerin weitergeleitet. Die Bezeichnung „arrogant, unfreundlich, unprofessionell“ sah das Gericht nicht als Verletzung des Persönlichkeitsrechts an. Es handele sich hierbei vielmehr noch um eine Meinungsäußerung, die keine Schmähkritik darstelle und nicht jeder

Tatsachengrundlage entbehre, weil die Patientin tatsächlich die Ärztin besucht habe. Die Patientin habe sich von der Ärztin wohl nicht ernstgenommen gefühlt. Die Bezeichnung als unprofessionell stelle in diesem Fall (durch die Patientin in der Stellungnahme präzisiert) nicht auf die ärztliche Kunst der Ärztin sondern auf ihren menschlichen Umgang ab. Eine solche Meinungsäußerung habe die Ärztin hinzunehmen.

### **Warnhinweise vor möglicherweise gekauften Bewertungen auf Ärztebewertungsplattform zeitweilig zulässig**

*OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 19.11.2020 -16 W 37/20*

Warnhinweise einer Ärztebewertungsplattform, in der diese darauf hinweist, dass ein Verdacht wegen „gekaufter Bewertungen“ bestehe und nicht ausgeschlossen werden dass das betroffene Profil auch aktuell und weiterhin manipulierte Bewertungen enthalte, sind zumindest für eine gewisse Zeit zulässig.

Im Wege einstweiligen Rechtsschutzes hatte ein Arzt die Löschung eines solchen Warnhinweises auf seinem Profil begehrt. Er trug vor, er habe mit gekauften Bewertungen nichts zu tun. Der Hinweis der Bewertungsplattform würde dies aber dem Leser suggerieren. Außerdem handele es sich bei dem Hinweis um eine unwahre Tatsachenbehauptung, die sich außerhalb der Verdachtsberichterstattung bewegen würde.

Die Ärztebewertungsplattform begründete den Hinweis damit, dass einzelne bewertende Nutzer festgestellt worden waren, die auch bei anderen Ärzten „gekaufte“ Bewertungen hinterlassen hatten. Dies hatten die anderen Ärzte auch zum Teil zugegeben. Im Übrigen legte sie dar, dass Bewertungen von mehreren Nutzern für Ärzte aus verschiedenen Städten in der gleichen Reihenfolge erfolgt waren, sodass sich der Verdacht ergebe, diese Nutzer hätten „Bewertungslisten“ abgearbeitet.

Das OLG Frankfurt stellte fest, dass der Hinweis der Bewertungsplattform zulässig sei. Für den Verdacht der gekauften Bewertungen bestünden ausreichende Anknüpfungspunkte bei der Ärztebewertungsplattform.

Diese dürfe einen solchen Hinweis auch anbringen. Sie komme dabei ihrer Aufgabe nach, möglichst Missbräuche der Plattform zu verhindern, um dem öffentlichen Informationsinteresse angemessen nachzukommen. Der Hinweis selbst sei im öffentlichen Interesse.

Der Hinweis müsse sich aber im Rahmen der Verdachtsberichterstattung bewegen, dürfe insbesondere nicht vorverurteilend sein. Dies sei im Falle des streitigen Hinweises aber nicht der Fall.

Das OLG stellte dabei heraus, dass es keinen Unterschied mache, ob der Profilinehaber, wie hier, ein Premiummitglied sei und damit ein zahlender Kunde, oder eine Nicht-zahlender Kunde.

Im Übrigen wies das OLG darauf hin, dass ein solcher Hinweis zwar eine Zeit lang auf dem Profil erkennbar sein dürfe (im hiesigen Fall erachtete es sechs Monate noch fürzulässig), ließ damit aber auch erkennen, dass es bei längerer Dauer einer ausführlichen, konkreten Rechtsfertigung der Angemessenheit des Fortbestandes des Hinweises bedürfe.

### **Kein Verbot des Mitführens eines Blindenhundes in Arztpraxen**

*Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 30. Januar 2020 -2 BvR 1005/18*

Das Verbot des Mitführens eines Blindenführerhundes in eine Arztpraxis stellt eine unangemessene Ungleichbehandlung sehbehinderter Menschen dar und ist daher rechtswidrig.

In dem zugrundeliegenden Rechtsstreit war eine sehbehinderte Frau in Behandlung bei einer Physiotherapiepraxis. Um diese zu erreichen konnten die Patienten entweder über den Hof eine Stahlgittertreppe nehmen oder ebenerdig durch den Wartebereich der im gleichen Gebäude befindlichen Orthopädischen Gemeinschaftspraxis gehen. Ein Schild wies beide Wege aus. Die Frau hatte den Weg durch die andere Praxis bereits mehrfach benutzt. Die Ärzte der Gemeinschaftspraxis untersagten der blinden Frau die Praxisräume mit ihrem Hund zu betreten und verwiesen sie auf den Zugang über die Stahlgittertreppe. Als die Frau ein weiteres Mal mit ihrem Hund durch den

Wartebereich der Orthopädischen Gemeinschaftspraxis gehen wollte, verweigerten die Ärzte der Frau den Durchgang. Sie verwiesen auf ein generelles Tiermitnahmeverbot in ihren Räumlichkeiten. Die blinde Frau klagte daher gegen die Ärzte der Gemeinschaftspraxis und beantragte, diese zur Duldung des Durchgangs mit Blindenhund zu verurteilen. Sie trug dazu vor, dass ihre Hündin den Zugang über die Stahlgittertreppe scheue, weil sich die Hündin dort bereits einmal verletzt habe.

Über diese Frage entschied letztendlich das Bundesverfassungsgericht. Dieses wies in seinem Beschluss darauf hin, dass das Verbot rechtswidrig sei. Das Verbot verstoße (mittelbar, durch § 19 Abs. 2 AGG) gegen das Grundrecht aus Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG, dass regelt, dass niemand wegen seiner Behinderung benachteiligt werden darf. Aus diesem folgt, dass eine Schlechterstellung von Menschen mit Behinderung nur zulässig ist, wenn dafür zwingende Gründe vorliegen. In dem auf den ersten Blick neutral erscheinenden Verbot des Mitbringens von Tieren läge eine mittelbare Benachteiligung der blinden Frau. Es werde von ihr erwartet, ihren Hund anzuleinen und sich helfen zu lassen und sich damit von Anderen abhängig zu machen. Die Frau müsse sich so unbekanntem Personen anvertrauen ohne dies zu wünschen, sich anfassen und führen lassen. Dies käme einer Bevormundung gleich, weil es eine Aufgabe der Kontrolle über die persönliche Sphäre voraussetze.

Diese Einschränkung sei sachlich nicht gerechtfertigt. Weder das Robert-Koch-Institut noch die Deutsche Krankenhausgesellschaft gingen davon aus, dass es hygienische Einwände gegen die Mitnahme von Blindenführerhunden in Praxen oder Krankenhäusern gäbe.

Hygienische Gründe bestünden im Übrigen auch nicht, weil die Frau nur durch einen Wartebereich gehen wollen, der auch von anderen Patienten mit Straßenschuhen und Straßenkleidung betreten würde. Das Problem einen „Makel“ beim Eindruck der Praxis zu verursachen, weil die Patienten den Eindruck nicht uneingeschränkter Reinlichkeit gewinnen könnten, sieht das Gericht nicht. Ein solcher Makel könne ein generelles Tiermitnahmeverbot gegebenenfalls begründen, bei einem Blindenhund auf den die Frau erkennbar angewiesen sei, wäre aber bereits nicht nachvollziehbar, wie ein Verdacht unreinlicher Verhältnisse beim Durchgang entstehen könne.

Ein generelles Tiermitnahmeverbot ist damit in Arztpraxen aber nicht rechtswidrig. Es müssen aber Ausnahmen gemacht werden, wenn der Fall wie hier oder ähnlich hier liegt.

Die Q+-Redaktion wünscht ihren Lesern und Familien frohe Weihnachten und ein frohes, gesundes neues Jahr 2021.

\* Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

Der Q+-report. ist ein Kooperationsprojekt der Kanzlei HLB Schumacher Hallermann GmbH  
Rechtsanwaltsgesellschaft, 48143 Münster und der Q plus GmbH, 59510 Lippetal.

Bei Fragen rund um das Arzt- und Medizinrecht steht Ihnen bundesweit

RECHTSANWÄLTIN BETTINA VON BUCHHOLZ

☎ 02 51 / 28 08 255

✉ [bvb@schumacher-partner.de](mailto:bvb@schumacher-partner.de)

gerne zur Verfügung.

[Impressum:](#)

HLB Schumacher Hallermann GmbH  
Rechtsanwaltsgesellschaft  
An der Apostelkirche 4  
48143 Münster

Tel.: 02 51 -28 08 0

Fax: 02 51 - 28 08 280

[www.schumacher-hallermann.de](http://www.schumacher-hallermann.de)