



Merkblatt

Stand: Dezember 2022

Die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

- 1. Bisherige Rechtslage**
- 2. Neue Rechtslage ab dem 01.01.2023**
- 3. Gesetzgeberische Intention**
- 4. Was bedeutet die eAU in der Praxis?**
- 5. Sind Änderungen in Arbeitsverträgen erforderlich?**

Zum 01.01.2023 führt der Gesetzgeber die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ein. Ziel ist die Entbürokratisierung der Vorgänge im Hinblick auf die Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen durch gesetzliche krankenversicherte Arbeitnehmer. Hierzu wurde unter anderem das Entgeltfortzahlungsgesetz sowie das SGB IV ergänzt.

1. Bisherige Rechtslage

Die bisherige Rechtslage im Hinblick auf die Verpflichtung der Arbeitnehmer bei Vorliegen von Arbeitsunfähigkeiten stellt sich wie folgt dar:

a) **Mitteilungspflicht:**

Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) ist der Arbeitnehmer verpflichtet, dem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen (Mitteilungspflicht).

b) **Nachweispflicht:**

Hinsichtlich des Nachweises der Arbeitsunfähigkeit bestand für den Arbeitnehmer gemäß § 5 Abs. 1 EFZG über die bloße Mitteilung hinaus folgende Verpflichtung:

- Dauerte die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hatte der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG).
- Der Arbeitgeber war berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung für kürzere Arbeitsunfähigkeitszeiten als 4 Kalendertage zu verlangen (§ 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG). Dies war und ist in Arbeitsverträgen und Tarifverträgen bzw. Betriebsvereinbarungen im Einzelhandel häufig ausdrücklich vorgesehen.
- Dauerte die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Bescheinigung angegeben, war der Arbeitnehmer verpflichtet, eine neue ärztliche Bescheinigung vorzulegen (§ 5 Abs. 1 Satz 4 EFZG), wobei diese Pflicht auch dann besteht, wenn der Arbeitnehmer keine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall mehr erhält.

2. Neue Rechtslage ab dem 01.01.2023

a) **Mitteilungspflicht:**

Die Pflicht aus § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG zur Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber bleibt unverändert bestehen.

b) **Nachweispflicht:**

Die Pflichten des Arbeitnehmers nach § 5 Abs. 1 EFZG bleiben auch nach der ab dem 01.01.2023 geltenden Rechtslage im Grundsatz bestehen. Der Gesetzgeber hat

aber § 5 EFZG um einen neuen **Abs. 1a** ergänzt, der Ausnahmen zu den in § 5 Abs. 1 Sätze 2 bis 4 EFZG normierten Grundsätzen wie folgt regelt:

„Absatz 1 Satz 2 bis 5 gilt nicht für Arbeitnehmer, die Versicherte einer gesetzlichen Krankenkasse sind. Diese sind verpflichtet, zu den in Absatz 1 Satz 2 bis 4 genannten Zeitpunkten das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer feststellen und sich eine ärztliche Bescheinigung nach Absatz 1 Satz 2 oder 4 aushändigen zu lassen. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht

1. für Personen, die eine geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten ausüben (§ 8a des Vierten Buches Sozialgesetzbuch), und

2. in Fällen der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt, der nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt.“

Diese Ergänzung des § 5 EFZG wird durch verschiedene sozialversicherungsrechtliche Regelungen flankiert:

- § 295 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB V:
Aufzeichnungs- und Übermittlungspflicht der Vertragsärzte an die KK über die festgestellten Arbeitsunfähigkeiten
- § 109 des SGB IV:
Pflicht der KK zur Erstellung einer Meldung zum Abruf für die Arbeitgeber;
Inhalt:
 - den Namen des Beschäftigten
 - den Beginn und das Ende der Arbeitsunfähigkeit
 - das Datum der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit
 - die Kennzeichnung als Erst- oder Folgemeldung
 - Angabe, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Arbeitsunfähigkeit auf einem Arbeitsunfall oder sonstigen Unfall oder auf den Folgen eines Arbeitsunfalls oder sonstigen Unfalls beruht (§ 109 Abs. 1 SGB IV n. F.).
- § 109 Abs. 2 SGB IV:
Vorerkrankungszeiten:
Stellt die Krankenkasse auf Grundlage der Angaben zur Diagnose in den Arbeitsunfähigkeitsdaten und auf Grundlage von weiteren ihr vorliegenden Daten fest, dass die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wegen anrechenbarer Vorerkrankungszeiten für einen Arbeitgeber ausläuft, so **übermittelt sie dem betroffenen Arbeitgeber eine Meldung mit den Angaben über die für ihn relevanten Vorerkrankungszeiten.**

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die neuen Regelungen zur elektronischen Übermittlung der Arbeitsunfähigkeitsdaten vom Arzt über die Krankenkasse an den Arbeitgeber nur dann gelten, wenn

- ein Arbeitnehmer Versicherter einer gesetzlichen Krankenkasse ist,
- die Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt festgestellt wird, der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt, und
- der Arbeitnehmer keine Entgeltfortzahlung im Rahmen einer geringfügigen Beschäftigung in einem Privathaushalt geltend machen will.

Für alle anderen Fälle bleibt es hingegen insgesamt bei der bisherigen Rechtslage, also:

- Pflicht zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Papierform nach § 5 Abs. 1 Satz 2 bis 5 EFZG.
- Dies umfasst insbesondere Arbeitnehmer, die privat krankenversichert sind, die eine geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten ausüben oder deren AU durch einen Privatarzt (der nicht an der kassenärztlichen Versorgung teilnimmt) festgestellt wird.
- **Unberührt von der gesetzlichen Neuregelung bleibt auch die Mitteilungspflicht des Arbeitnehmers** nach § 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer auch zukünftig bereits am ersten Tag einer Arbeitsunfähigkeit verpflichtet ist, selbst aktiv zu werden und dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer mitzuteilen.
- Im Fall der **Erkrankung von Kindern** bleibt es bei dem Anspruch des Arbeitnehmers auf Freistellung von der Arbeit im gesetzlichen Umfang des § 45 SGB V. Die Erkrankung des Kindes hat der Arbeitnehmer in Papierform nachzuweisen. Hierfür ist das Verfahren der eAU nicht vorgesehen.

3. Gesetzgeberische Intention

Durch die Digitalisierung der Nachweispflichten im Hinblick auf eine Arbeitsunfähigkeit sollen nach der gesetzgeberischen Intention sowohl die **Arbeitgeber als auch die Arbeitnehmer** erheblich **entlastet** werden.

Nach den Regelungen in § 109 SGB IV soll die Krankenkasse bei gesetzlich krankenversicherten Arbeitnehmern nach Eingang einer Arbeitsunfähigkeitsmeldung durch den Arzt dem Arbeitgeber die bislang in der physischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung wiedergegebenen Daten bereitstellen, damit dieser sie abrufen kann. In der Folge dieses elektronischen Verfahrens soll für gesetzlich krankenversicherte Arbeitnehmer die Pflicht zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entfallen.

Anstelle der bisherigen Vorlagepflicht ist es nach § 5 Abs. 1a Satz 2 EFZG – soweit dieser einschlägig ist – in Zukunft ausreichend, sich zu den in § 5 Abs. 1 Satz 2 bis 4 EFZG genannten Zeitpunkten einem Arzt vorzustellen, von diesem das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer feststellen und eine ordnungsgemäß ausgestellte, d. h. insbesondere schriftliche, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nach § 5 Abs. 1 Satz 2 und 4 EFZG aushändigen zu lassen.

Damit bleibt dem Arbeitnehmer die Papierbescheinigung als gesetzlich vorgesehenes Beweismittel mit dem ihr von der Rechtsprechung zugebilligten hohen Beweiswert erhalten, um insbesondere in Störfällen (etwa einer fehlgeschlagenen Übermittlung im elektronischen Verfahren) das Vorliegen der Arbeitsunfähigkeit als Voraussetzung für die Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG nachzuweisen.

An dieser Papierbescheinigung möchte der Gesetzgeber ausdrücklich festhalten, bis ein für den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber geeignetes elektronisches Äquivalent dazu mit gleich hohem Beweiswert zur Verfügung steht. Dabei soll das Vorliegen der Voraussetzungen, unter denen die vertragsärztliche Verpflichtung zur Aushändigung der Papierbescheinigung abgelöst werden kann, in regelmäßigen Zeitabständen überprüft werden.

4. Was bedeutet die eAU in der Praxis?

Für die tägliche Praxis bedeutet dies also nach der gesetzlichen Neuregelung Folgendes:

1. Abruf der Arbeitsunfähigkeitsdaten durch den Arbeitgeber

Nachdem ein Arbeitnehmer, der

- Versicherter einer gesetzlichen Krankenkasse ist,
- bei seinem – an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden – Arzt vorstellig geworden ist
- und dieser eine Arbeitsunfähigkeit festgestellt hat,

seinen Arbeitgeber über die Arbeitsunfähigkeit informiert, kann der Arbeitgeber im Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1a EFZG die Arbeitsunfähigkeitsdaten bei **der Krankenkasse** abrufen können, bei der der Arbeitnehmer versichert ist.

Sofern der Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits für den ersten Tag der Erkrankung einfordert (§ 5 Abs. 1 Satz 3, § 5 Abs. 1a), muss der Arbeitnehmer dieser Verpflichtung dadurch nachkommen, dass er seine Arbeitsunfähigkeit bereits am ersten Tag der Erkrankung durch einen Arzt feststellen lässt. Der Abruf erfolgt anschließend durch den Arbeitgeber über die zuständige Krankenkasse.

Vor diesem Hintergrund sollten sich insbesondere Personal- und Lohnabteilungen mit den technischen Voraussetzungen für den Abruf der Arbeitsunfähigkeitsdaten vertraut machen.

Bei der Anpassung bestehender IT-Systeme zum Abruf der Arbeitsunfähigkeitsdaten können unter Umständen datenschutz- und mitbestimmungsrechtliche Regelungen zu beachten sein.

2. Störfall

Ein Störfall liegt vor, wenn der Arbeitnehmer eine Arbeitsunfähigkeit mitgeteilt hat und hierbei auch erklärt hat, dass diese Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt festgestellt worden ist, eine solche aber nicht bei der zuständigen Krankenkasse abrufbar ist.

In diesem Fall kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer mit der ihm vom Arzt ausgehändigten Papierbescheinigung nachweisen. Hierzu kann er durch Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag für den Störfall verpflichtet werden. Da es hierbei um ein Ordnungsverhalten des Arbeitnehmers im Betrieb geht und sämtliche Arbeitnehmer betroffen sind, handelt es sich um eine mitbestimmungspflichtige Angelegenheit.

3. Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers

Nach der bisherigen Rechtslage war der Arbeitgeber berechtigt, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern, solange der Arbeitnehmer die von ihm nach § 5 Abs. 1 EFZG vorzulegende ärztliche Bescheinigung nicht vorgelegt hat (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 EFZG).

Trotz der Neueinführung des § 5 Abs. 1a EFZG hat der Gesetzgeber dieses Leistungsverweigerungsrecht nicht dahingehend erweitert, dass der Arbeitgeber auch berechtigt ist, die Fortzahlung des Arbeitsentgelts zu verweigern, solange der Arbeitnehmer nicht den Pflichten des § 5 Abs. 1a EFZG nachkommt – also die Arbeitsunfähigkeit nicht von einem Arzt feststellen lässt. Damit hat der Gesetzgeber den **Bedeutungsgehalt von § 7 EFZG zu Lasten von Arbeitgebern geschwächt**. Ob ein entsprechendes Leistungsverweigerungsrecht – trotz fehlender gesetzlicher Grundlage – arbeitsvertraglich oder in einem Tarifvertrag bzw. einer Betriebsvereinbarung vereinbart werden kann, erscheint zweifelhaft. § 12 EFZG verbietet zum Nachteil des Arbeitnehmers, von den Vorschriften des EFZG und damit auch von § 7 Abs. 1 EFZG abzuweichen.

Im Ergebnis trägt damit zunächst der Arbeitgeber das Risiko, dass der Arbeitnehmer seinen Pflichten nicht nachkommt – auch wenn dem Arbeitgeber andere Reaktionsmöglichkeiten erhalten bleiben. Insbesondere kann der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, der seinen Pflichten aus § 5 Abs. 1a EFZG nicht nachkommt, **abmahn**en. Hat der Arbeitgeber überdies (berechtigte) **Zweifel an dem Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit** als solcher, wird er die Entgeltfortzahlung mit Verweis auf das Nichtvorliegen der Anspruchsvoraussetzungen des § 3 Abs. 1 EFZG zunächst verweigern. Dies ist aber alles eine Frage des Einzelfalls.

5. Sind Änderungen in Arbeitsverträgen erforderlich?

1. Bereits bestehende Regelungen in Arbeitsverträgen oder Tarifverträgen bzw. Betriebsvereinbarungen

Der Arbeitnehmer ist im Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1a EFZG nicht mehr von sich aus verpflichtet, dem Arbeitgeber die physische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Dies gilt auch dann, wenn ein Arbeitsvertrag oder ein anwendbarer Tarifvertrag bzw. eine anwendbare Betriebsvereinbarung noch Bezug auf die bisherige Rechtslage nimmt und die Vorlage einer physischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erfordert:

- Im Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1a EFZG widerspricht eine vereinbarte unaufgeforderte Vorlagepflicht des Arbeitnehmers wohl der gesetzgeberischen Intention. **Nur in Störfällen**, und **nur nach Aufforderung durch den Arbeitgeber**, hat der Arbeitnehmer eine Vorlagepflicht.
- Eine entsprechende arbeitsvertragliche Regelung – oder Regelung in einem Tarifvertrag oder einer Betriebsvereinbarung – steht damit ab dem 1. Januar 2023 im Widerspruch zum Gesetz.
- Entsprechende Regelungen in Arbeitsverträgen oder Tarifverträgen bzw. Betriebsvereinbarungen dürften wegen dieses zum 1. Januar 2023 entstehenden Widerspruchs daher neu auszulegen sein. Aus unserer Sicht sprechen gute Gründe dafür, dass entsprechende Regelungen dahingehend auszulegen sind, dass der Arbeitnehmer im Anwendungsbereich des § 5 Abs. 1a EFZG dazu verpflichtet ist, **spätestens an dem Tag einen Arzt aufzusuchen** und seine Arbeitsunfähigkeit feststellen zu lassen, an dem nach der arbeitsvertraglichen oder tarifvertraglichen Vereinbarung bzw. Regelung in der Betriebsvereinbarung, die sich auf die bisherige Rechtslage bezog, eine Pflicht zur Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung beim Arbeitgeber bestand.
- Durch dieses Auslegungsergebnis wird der Arbeitnehmer auch nicht benachteiligt, weil er nun „weniger“ machen muss als vorher: Musste er bislang – erstens – zum Arzt gehen, von diesem seine Arbeitsunfähigkeit feststellen und sich diese bescheinigen lassen, um die Bescheinigung dann – zweitens – dem Arbeitgeber vorzulegen, muss er jetzt nur noch den ersten Schritt machen: Er muss von einem Arzt seine Arbeitsunfähigkeit feststellen und sich bescheinigen lassen.

Gleiches gilt für den Fall, dass ein Arbeitsvertrag oder ein Tarifvertrag bzw. eine Betriebsvereinbarung vorsieht, dass ein Arbeitnehmer bereits ab dem ersten, zweiten oder dritten Tag einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit eine AU vorlegen muss. Denn § 5 Abs. 1a EFZG ändert nichts an dem Recht des Arbeitgebers, auch vor dem vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit einen Nachweis über die Arbeitsunfähigkeit zu verlangen. Ob derartige vertragliche Klauseln hingegen sinnvoll sind, ist in der Praxis immer eine Frage des

Einzelfalls. Dabei sollte immer auch die Erfahrung berücksichtigt werden, dass Arbeitnehmer im Falle der Vorlagepflicht ab dem ersten Tag häufig länger ausfallen als Arbeitnehmer, die auch ohne ärztlichen Nachweis der Arbeitsunfähigkeit ein, zwei oder drei Tage krankheitsbedingt von der Arbeit fernbleiben dürfen.

2. Abschluss neuer Arbeitsverträge ab dem 01.01.2023

Im Hinblick auf die Änderungen der gesetzlichen Verpflichtungen sollten Arbeitsvertrags-Muster für die Zukunft jedoch an die neue Rechtslage angepasst werden. Entsprechende Regelungen insbesondere Betriebsvereinbarungen können bei nächster Gelegenheit mitangepasst werden, um Klarheit bei allen Beteiligten zu schaffen. Im Rahmen der Anpassung sollte in der jeweiligen Klausel abgebildet werden, dass die Neuregelung insbesondere nicht für Arbeitnehmer gilt, die privat krankenversichert sind. Arbeitsvertragsmuster sind hierzu auf der Homepage des Handelsverbandes Nord hinterlegt.

Unabhängig von der vertraglichen Situation sollten Arbeitgeber ihre Arbeitnehmer aber in jedem Fall rechtzeitig über die neue Rechtslage bei der Entgeltfortzahlung informieren. Auch dies schafft Klarheit und vermeidet Missverständnisse.

Für weitere Informationen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung. Ihre Ansprechpartner in den Geschäftsstellen des Handelsverbandes Nord finden Sie unter www.hvnord.de.