

Die Einführung der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) in Unternehmen

Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU) ist die Bestätigung des Arztes über eine festgestellte Erkrankung eines Arbeitnehmers³, die ihn an der Erbringung seiner Arbeitsleistung hindert. Sie dient dem Nachweis gegenüber der Krankenversicherung als auch gegenüber dem Arbeitgeber.

Im Zuge der Digitalisierung des Gesundheitswesens wurde 2019 der Wegfall des sog. „gelben Scheins“ und die Einführung der elektronischen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (eAU) beschlossen. Die für Arbeitgeber relevanten Änderungen traten am 1. Januar 2023 in Kraft. Der nachfolgende Beitrag fasst die neue Rechtslage zusammen, stellt die Änderungen aus arbeitsrechtlicher Sicht dar und möchte praktische Hinweise für die Umsetzung geben.⁴

1. Gesetzliche Grundlagen

1. Ausgangssituation
2. Gesetzesänderung ab 01.01.2023

II. Praktische Folgen der Gesetzesänderung

1. Neue Feststellungs- und Entgegnahmepflicht
2. Wegfall der Nachweispflicht
3. Aktiver Abruf der Arbeitsunfähigkeitsdaten durch den Arbeitgeber
4. Unveränderte Regelung

III. Erfasster Personenkreis

1. Gesetzlich krankenversicherte Beschäftigte
2. Privat krankenversicherte Beschäftigte
3. Feststellung durch Nicht-Vertragsärzte

IV. Handlungsempfehlungen

1. Information der Beschäftigten
2. Anpassung der Arbeitsverträge
3. Anpassung interner Prozesse
4. Umgang mit Störfällen
5. Fragerecht und Mitteilungspflicht

V. Muster zur Information der Mitarbeiter

1. Gesetzliche Grundlagen

1. Ausgangssituation

Die ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung (AU) dient dem Nachweis der Arbeitsunfähigkeit und ist maßgeblich für die Fortzahlung des Entgelts. Nach § 5 Abs. 1 Satz 2 des Entgeltfortzahlungsgesetzes (EFZG) haben Beschäftigte, deren Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage dauert, am darauffolgenden Arbeitstag dem Arbeitgeber eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen sowie deren voraussichtliche Dauer vorzulegen. Der Arbeitgeber darf die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung auch zu einem früheren Zeitpunkt verlangen (§ 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG). So lange die Beschäftigten ihrer Nachweispflicht durch Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht nachkommen, darf der Arbeitgeber gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG die Fortzahlung des Arbeitsentgelts verweigern.

Darüber hinaus enthält die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung Daten, wie Beginn und Ende der Arbeitsunfähigkeit, das Datum der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit, die Kennzeichnung als Erst- oder Folgebescheinigung sowie etwaige Angaben darüber, ob Hintergrund der Arbeitsunfähigkeit ein Arbeitsunfall ist. Auch Name und Sitz des ausstellenden Arztes ist der Bescheinigung zu entnehmen. Aktuell stellt der behandelnde Arzt nach Feststellung der Arbeitsunfähigkeit den Beschäftigten die Bescheinigung in dreifacher Ausfertigung aus: ein Exemplar zum Verbleib bei den Beschäftigten, ein Exemplar zur Einreichung bei der Krankenkasse und ein Exemplar zur Vorlage beim Arbeitgeber.

Insbesondere das Prozedere der Vorlage beim Arbeitgeber ist störanfällig. In der Praxis kommt es häufig zu Unregelmäßigkeiten, wenn die ärztliche Bescheinigung auf unerklärliche Weise auf dem Postweg verloren ging, als unleserliches Foto per E-Mail oder Messengerdienst übermittelt wurde oder deutlich verspätet das Personalbüro erreicht.

2. Gesetzesänderung ab 01.01.2023

Ab dem 01.01.2023 sollen die Beschäftigten im Inland keinen „gelben Schein“ mehr vorlegen. Die Arbeitgeber haben vielmehr die Arbeitsunfähigkeitsdaten Kenntnis von der Arbeitsunfähigkeit bei der individuellen gesetzlichen Krankenkasse des jeweiligen Beschäftigten elektronisch abzurufen. Voraussetzung dafür ist die neue Verpflichtung der Beschäftigten, eine Arbeitsunfähigkeit zu einem bestimmten Zeitpunkt ärztlich feststellen zu lassen.

Mit dem „Bürokratieentlastungsgesetz III“ 2019 und dem „Siebten Gesetz zur Änderung des SGB IV“ 2020 wurde die gesetzliche Grundlage für den elektronischen Abruf der Arbeitsunfähigkeitsdaten durch die Arbeitgeber bei den Krankenkassen durch Ergänzung des § 5 EFZG sowie durch Neufassung des § 109 SGB IV geschaffen. Die ursprünglich zum 1. Januar 2022 geplante Umsetzung wurde aufgrund von technischen Schwierigkeiten auf den 1. Januar 2023 verschoben.

a) § 5 EFZG

§ 5 EFZG wird um einen neuen Abs. 1a ergänzt. Die Absätze 1 und 2 EFZG bleiben unverändert.

- Aktuell lautet der Wortlaut des § 5 Abs. 1 EFZG wie folgt:

„Der Arbeitnehmer ist verpflichtet, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Der Arbeitgeber ist berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als in der Bescheinigung angegeben, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, eine neue ärztliche Bescheinigung vorzulegen. Ist der Arbeitnehmer Mitglied einer gesetzlichen Krankenkasse, muss die ärztliche Bescheinigung einen 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 Arbeitsunfähigkeit übersandt wird.“

3 Gemeint sind Arbeitnehmer jeder Geschlechtsidentität. Ausschließlich aus Gründen der Lesbarkeit wird bei allen Bezeichnungen nur die grammatikalische männliche Form verwendet.

4 Die Darstellungen konzentrieren sich auf den Regelfall einer Arbeitsunfähigkeit im Inland und lassen die Situation, dass sich Beschäftigte zu Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Ausland aufhalten, unberücksichtigt.

- Wirkung zum 01.01.2023 gilt als neuer Abs. 1a die folgende Regelung:

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

1. für Personen, die eine geringfügige Beschäftigung in Privathaushalten ausüben (§ Ba des Vierten Buches Sozialgesetzbuch), und
2. in Fällen der Feststellung der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt, der nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt.“

Was genau nun der Gesetzgeber verändern wollte, erschließt sich nicht auf den ersten Blick. Etwas verständlicher lässt sich die Gesetzesänderung auch wie folgt zusammenfassen:

- Der gesetzlich krankenversicherte Beschäftigte ist verpflichtet, dem Arbeitgeber seine Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen.
- Dauer die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der gesetzlich krankenversicherte Beschäftigte das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag ärztlich feststellen zu lassen.
- Der Beschäftigte erhält eine ärztliche Bescheinigung auf Papier (pAU).
- Der Arbeitgeber ist berechtigt, die ärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit früher zu verlangen.
- Dauert die Arbeitsunfähigkeit länger als ursprünglich festgestellt, ist der gesetzlich krankenversicherte Beschäftigte verpflichtet, eine neue ärztliche Feststellung durchführen zu lassen.
- Ausnahmsweise bleibt es auch bei gesetzlich krankenversicherten Beschäftigten beim altbekannten Verfahren und der Vorlage einer AU auf Papier, wenn der Beschäftigte eine geringfügige Beschäftigung in einem Privathaushalt ausübt oder die Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt festgestellt wird, der nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnimmt.

b) § 109 SGB IV

Mit der Ergänzung des § 5 EFZG einhergeht in neuer § 109 SGB IV. Danach werden die gesetzlichen Krankenkassen verpflichtet, nach Erhalt der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeitsdaten eine entsprechende Meldung zum Abruf für den Arbeitgeber zu erstellen.

- § 109 Abs. 1 SGB IV wird im hier interessierenden Umfang wie folgt lauten:

„Die Krankenkasse hat nach Eingang der Arbeitsunfähigkeitsdaten nach § 295 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Fünften Buches eine Meldung zum Abruf für den Arbeitgeber zu erstellen, die insbesondere die folgenden Daten enthält:

1. den Namen des Beschäftigten,
2. den Beginn und das Ende der Arbeitsunfähigkeit,
3. das Datum der ärztlichen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit,
4. die Kennzeichnung als Erst- oder Folgemeldung und
5. die Angabe, ob Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Arbeitsunfähigkeit auf einem Arbeitsunfall oder sonstigen Unfall oder auf den Folgen eines Arbeitsunfalls oder sonstigen Unfalls beruht.

[...]

Beauftragt der Arbeitgeber einen Dritten mit dem Abruf, darf dieser die Daten verarbeiten. Unberührt bleibt die Verpflichtung des behandelnden Arztes, dem Versicherten eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit nach § 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 9 des Fünften Buches in Verbindung mit § 5 Abs. 1a Satz 2 EFZG auszuhändigen.“

- § 109 Abs. 2 SGB IV enthält aktuell eine weitere Neuerung:

„stellt die Krankenkasse auf Grundlage der Angaben zur Diagnose in den Arbeitsunfähigkeitsdaten nach § 295 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 des Fünften Buches 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. Satz 1 gilt nicht für geringfügig Beschäftigte.“

zusammengefasst bedeutet dies,

- Die gesetzliche Krankenkasse stellt die von den Ärzten elektronisch übermittelten Daten zu einer Meldung zusammen.
- Die Meldung mit den Arbeitsunfähigkeitsdaten muss der Arbeitgeber aktiv bei der Krankenkasse des betroffenen Beschäftigten elektronisch abrufen.
- Den Abruf darf auch ein damit beauftragter Dritter durchführen (z. B. Steuerberater).
- Die Krankenkasse soll den Arbeitgeber eigenständig darüber informieren, ob der sechswöchige Entgeltfortzahlungszeitraum des § 3 EFZG ausgeschöpft ist.

II. Praktische Folgen der Gesetzesänderung

1. Neue Feststellungs- und Entgegennahmepflicht

Beschäftigte müssen ab dem 01.01.2023 weiterhin das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer ärztlich feststellen lassen. Bereits entfallen ist die Informationspflicht des Arbeitnehmers gegenüber der Krankenkasse. Schon seit 1. Oktober 2021 erfolgt die Mitteilung über die Arbeitsunfähigkeit an die Krankenkassen grundsätzlich digital durch die Ärzte. Aufgrund von technischen Problemen bei der Nutzung der Telematikinfrastruktur wurde jedoch eine Übergangsregelung bis 31. Dezember 2021 für die Ausstellung des Krankenscheins in Papierform vereinbart.

Ab dem 01.01.2023 können die Arbeitgeber die Daten über die Krankenschreibung elektronisch von den Krankenkassen ihrer Versicherten abrufen. Der Arbeitnehmer erhält von seinem Arzt nur noch einen vereinfachten Papierausdruck für die eigenen Unterlagen.

Hinweis:

Vorsicht ist bei nicht gesetzlich krankenversicherten Arbeitnehmern geboten. Diese müssen bis auf weiteres ihre Krankenkasse und auch ihren Arbeitgeber nach dem alten Verfahren selbst informieren.

2. Wegfall der Nachweispflicht

Die ärztlich festgestellte Arbeitsunfähigkeit müssen die Beschäftigten gegenüber dem Arbeitgeber nicht mehr durch Vorlage des „gelben Scheins“ nachweisen.

3. Aktiver Abruf der Arbeitsunfähigkeitsdaten durch den Arbeitgeber

Um die maßgeblichen Arbeitsunfähigkeitsdaten und dabei Beginn und voraussichtliche Dauer der Arbeitsunfähigkeit zu erfahren, muss der Arbeitgeber diese Informationen aktiv bei der Krankenkasse des Beschäftigten abrufen und erhält dann auf elektronischem Wege diese Daten per eAU. Die Initiative wird also auf den Arbeitgeber verlagert.

Im Gegenzug soll er sich nicht mehr um Informationen über relevante Vorerkrankungszeiträume bemühen müssen. Bei wiederholter Arbeitsunfähigkeit eines Beschäftigten soll zukünftig die Krankenkasse prüfen, ob auf Grundlage der Diagnose in den Arbeitsunfähigkeitsdaten die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall wegen anrechenbarer Vorerkrankungszeiten für den Arbeitgeber ausläuft und stellen diese Informationen dem Arbeitgeber im Datenaustausch Entgeltfortzahlungszeiten (DTAEEL) zur Verfügung. Allerdings ist zwischenzeitlich klargestellt worden, dass das bisherige Verfahren nach § 107 Abs. 2 SGB IV, bei dem der Arbeitgeber relevante Vorerkrankungszeiten aktiv abfragen muss, weiterhin als Regelprozess genutzt und nicht in ein Verfahren im Sinne des § 109 Abs. 2 SGB IV überführt werden soll. Dies bedeutet, dass alle Anfragen der Arbeitgeber im Zusammenhang mit der Prüfung von anrechenbaren Vorerkrankungen ab dem 01.01.2023 weiterhin ausschließlich im Rahmen des DTAEEL zu stellen sind.

Exkurs „Datenschutz“

Achtung:

Der Arbeitgeber darf die eAU nur abfragen, wenn der Arbeitnehmer die abzurufende Arbeitsunfähigkeit angezeigt hat und für den angefragten Zeitraum ein Arbeitsverhältnis mit dem Arbeitgeber bestand.

Die Berechtigung ist zu bejahen, wenn der Arbeitnehmer bei dem Arbeitgeber beschäftigt ist und er dem Arbeitgeber eine Arbeitsunfähigkeit und ihre voraussichtliche Dauer mitgeteilt hat. Unzulässig ist eine pauschale Abfrage von etwaigen Arbeitsunfähigkeitsdaten. In zeitlicher Hinsicht kann die Abfrage bei der jeweiligen Krankenkasse erfolgen, wenn der Arbeitnehmer zur Feststellung der Arbeitsunfähigkeit verpflichtet war und die Arbeitsunfähigkeitsdaten vom Arzt an die Krankenkasse übermittelt wurden. Erst dann liegt eine abrufbereite eAU vor.

Technisch hat die Datenabfrage durch eine gesicherte und verschlüsselte Datenübertragung zu erfolgen. Weitere hilfreiche Informationen zu den Einzelheiten des Abrufs enthält Ziff. 3 der Verfahrensbeschreibung GKV Datenaustausch in der ab 01.01.2022 geltenden Fassung, Version 1.2, Stand 05.07.2022, abrufbar unter <https://www.gkv-datenaustausch.de/arbeitgeber/eau/eau.jsp>.

Hinweis:

Für den Abruf der Arbeitsunfähigkeitsdaten bei der Krankenkasse benötigt der Arbeitgeber unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten keine gesonderte Einwilligung des Beschäftigten.

Darüber hinaus erlaubt Art. 6 Abs. 1 lit. c DSGVO die Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn dies eine rechtliche Verpflichtung für den Arbeitgeber darstellt. Die Verpflichtung zum Abruf der eAU

mit den darin enthaltenen Arbeitsunfähigkeitsdaten wird in § 109 Abs. 1 SGB IV geregelt. Im Übrigen erwähnt § 109 Abs. 1 Satz 4 SGB IV auch ausdrücklich einen mit dem Abruf beauftragten Dritten, wie etwa einen Abrechnungsdienstleister. Dieser darf also den Abruf bei der Krankenkasse vornehmen. Die Verpflichtung des Arbeitgebers, die Daten aus der abgerufenen eAU zum Zwecke der Entgeltfortzahlung zu verarbeiten, ergibt sich aus §§ 3, 5 EFZG.

4. Unveränderte Regelung

Drei wichtige Aspekte bleiben auch nach dem 01.01.2023 unverändert:

- Beschäftigte müssen auch zukünftig dem Arbeitgeber ihre Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer **unverzüglich melden** (§ 5 Abs. 1 Satz 1 EFZG). Die Mitteilung muss so schnell wie möglich erfolgen, d.h. im Regelfall zu Beginn des Arbeitstages. Die bestehenden betrieblichen Strukturen und Anweisungen zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit können also unverändert fortbestehen.
- Die **zeitlichen Vorgaben des § 5 EFZG bleiben im Ergebnis gleich**. Statt der Vorlage der AU in Papierform muss zukünftig zum gleichen Zeitpunkt die ärztliche Feststellung der Arbeitsunfähigkeit erfolgen. Dauert die Arbeitsunfähigkeit mehr als drei Kalendertage, so ist nach § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG bislang eine AU spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Unter „darauffolgendem Arbeitstag“ wird grundsätzlich der vierte Krankheitstag verstanden, es sei denn, dass an diesem Tag im Betrieb nicht gearbeitet wird (z. B. ein Sonntag). Dann ist der nächste betriebliche Arbeitstag maßgeblich. Ab dem 01.01.2023 haben die Beschäftigten am vierten Krankheitstag einen Arzt aufzusuchen, um die Arbeitsunfähigkeit feststellen und die relevanten Daten an die Krankenkasse übermittelt zu lassen. Unverändert bleibt die Möglichkeit des Arbeitgebers, eine ärztliche Bestätigung der Arbeitsunfähigkeit zu einem früheren Zeitpunkt zu verlangen.
- An der AU in Papierform wollte der Gesetzgeber ausdrücklich noch festhalten. Auch nach dem 01.01.2023 müssen sich die Beschäftigten ein Exemplar aushändigen lassen. Nach der Gesetzesbegründung des BEG III soll den Beschäftigten damit in Störfällen der Nachweis der Arbeitsunfähigkeit als Voraussetzung der Entgeltfortzahlung weiterhin möglich bleiben, etwa bei einer fehlgeschlagenen Übermittlung der Daten im elektronischen Verfahren. An diesem Exemplar einer Papier-AU soll solange festgehalten werden, bis ein für den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit gegen- über dem Arbeitgeber geeignetes elektronisches Äquivalent mit gleich hohem Beweiswert zur Verfügung steht.

III. Erfasster Personenkreis

Die Neuregelung des § 5 Abs. 1a EFZG gilt nicht für alle Beschäftigten in gleicher Weise.

1. Gesetzlich krankenversicherte Beschäftigte

Alle gesetzlich krankenversicherten Beschäftigten als zahlenmäßig größte Gruppe der Beschäftigten sind von der gesetzlichen Neuregelung erfasst. Unerheblich ist, ob die Mitgliedschaft in der gesetzlichen Krankenkasse aufgrund Versicherungspflicht (vgl. § 5 SGB V) oder aufgrund freiwilliger Versicherung (vgl. § 9 SGB V) besteht. Entscheidend ist, dass nur die gesetzlichen Krankenkassen in die Telematikinfrastruktur eingebunden sind, die für den Datenaustausch zwischen Ärzten und Krankenkassen erforderlich ist. Die Neuregelung gilt auch für geringfügig Beschäftigte. Der Arbeitgeber muss also zukünftig die Krankenkasse auch dieser Beschäftigten erfragen.

2. Privat krankenversicherte Beschäftigte

Keine Anwendung findet der neue § 5 Abs. 1a EFZG auf privat krankenversicherte Beschäftigte. Für diese Gruppe gilt auch nach dem 1.1.2023 unverändert § 5 Abs. 1 EFZG, d.h. sie müssen eine Arbeitsunfähigkeit weiterhin durch Vorlage einer AU in Papierform nachweisen.

3. Feststellung durch Nicht-Vertragsärzte

Schließlich müssen Beschäftigte dem Arbeitgeber weiterhin eine AU-Bescheinigung vorlegen, wenn die Arbeitsunfähigkeit durch Ärzte festgestellt wird, die nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen. D. h. dass auch gesetzlich krankenversicherte Beschäftigte eine AU nach den bisherigen Regelungen nachweisen müssen, wenn sie einen Privatarzt aufsuchen oder die Arbeitsunfähigkeit im Ausland ärztlich festgestellt wird.

IV. Handlungsempfehlungen

Nachfolgende Vorbereitungen und Änderungen bisheriger Prozesse können sich empfehlen:

1. Information der Beschäftigten

Die anstehenden Veränderungen können eine Herausforderung für Arbeitgeber und Beschäftigte sein, die jahrzehntelang eingetübten

Abläufe müssen neugestaltet werden. Daher ist die Information der Beschäftigten über die neue Gesetzeslage und die daraus folgenden Pflichten unerlässlich. Der Arbeitgeber ist zwar zu einer Information über die neue Gesetzeslage gesetzlich nicht verpflichtet. Jedoch dürfte dies im eigenen Interesse liegen.

Hinweis:

Es empfiehlt sich, den Beschäftigten die ab dem nächsten Jahr zu beachtenden Verpflichtungen vorzustellen und in den betrieblichen Kontext einzubetten. Die Information kann in geeigneter und betriebsüblicher Weise erfolgen. Ob dies digital, durch Hand-outs oder in sonstiger Weise nachvollziehbar erfolgt, richtet sich nach den im Betrieb auch sonst genutzten Informationswegen.

2. Anpassung der Arbeitsverträge

Erfahrungsgemäß finden sich in Muster- bzw. Standardarbeitsverträgen zu den Themen Arbeitsunfähigkeit und Entgeltfortzahlung Regelungen, die die bisherige Rechtslage zum Teil wörtlich wiedergeben und daher die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit fordern.

• Verbot ungünstiger Vereinbarungen

§ 12 EFZG verbietet Abweichungen von den Vorschriften des EFZG zugunsten der Beschäftigten.

Arbeitsvertragliche Abweichungen von der Neuregelung lassen sich als solche zuungunsten der Beschäftigten verstehen. Für ab dem 01.01.2023 neu abzuschließende Arbeitsverträge sollte daher eine entsprechend geänderte Klausel aufgenommen werden. Für bereits bestehende Arbeitsverträge wäre der Aufwand der Anpassung ungleich größer. Die Wiedergabe des bisherigen Gesetzestextes wird man wohl im Regelfall als rein deklaratorische Regelung verstehen müssen, die lediglich die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Rechtslage wiedergeben sollte. In etwaigen Streitfällen wird der Arbeitgeber mit einer gesetzeskonformen Auslegung unveränderter Klauseln argumentieren können (und müssen). Vor diesem Hintergrund dürfte eine Information der Beschäftigten über die neue Rechtslage zusätzliche Bedeutung erlangen.

• Keine Vereinbarung zur Vorlage der pAUB

Nicht empfehlenswert ist der Abschluss einer neuen Vereinbarung, die die Vorlage einer AU in Papierform vorsieht, da eine solche Klausel wegen § 12 EFZG unwirksam wäre. Zum anderen wird das Exemplar der AU für die Beschäftigten auch Diagnosen in Gestalt der ICD-Diagnoseschlüssel enthalten. Diese Informationen sind nicht für den Arbeitgeber bestimmt.

3. Anpassung interner Prozesse

Für gesetzlich krankenversicherte Beschäftigte einerseits und für privat krankenversicherte Beschäftigte andererseits sind zukünftig zwei nicht deckungsgleiche Abläufe vorzuhalten.

• Interner Informationsfluss über Arbeitsunfähigkeit

Da ein Abruf der Arbeitsunfähigkeitsdaten von gesetzlich krankenversicherten Beschäftigten erst zulässig ist, wenn der Arbeitgeber eine Mitteilung des Beschäftigten über das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit gemäß § 5 Abs. 1 5. 1 EFZG erhalten hat, ist sicherzustellen, dass die für die Entgeltabrechnung zuständige betriebliche Stelle zeitnah von der Krankmeldung erfährt.

• Anweisung zur vorzeitigen Feststellung der Arbeitsunfähigkeit

Während bei den privat krankenversicherten Beschäftigten die bisher eingeübten Prozesse weiter genutzt werden können und der Arbeitgeber spätestens am vierten Arbeitsunfähigkeitstag eine AU mit den relevanten Arbeitsunfähigkeitsdaten erhält, wird dies bei den Mitgliedern der gesetzlichen Krankenkassen nicht mehr der Fall sein.

Wird eine Arbeitsunfähigkeit erst am vierten Arbeitsunfähigkeitstag ärztlich festgestellt, wird der Abruf der Daten frühestens am fünften Arbeitsunfähigkeitstag möglich sein. Denn durch die vorgesehenen technischen Abläufe, insbesondere durch die notwendige Datenübermittlung zwischen Arzt und Krankenkasse und die zeitversetzte Bereitstellung einer entsprechenden Abrufmeldung durch die Krankenkasse kommt es zu einer Verzögerung von mindestens einem Tag.

Hinweis:

Ein Abruf der eAU ist nur dann sinnvoll, wenn der Arbeitnehmer zu diesem Zeitpunkt bereits verpflichtet ist, eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch den Arzt feststellen zu lassen und diese bereits vom Arzt an die Krankenkasse übermittelt werden konnte.

Um hier wieder einen Gleichlauf der Kenntnisnahme der Arbeitsunfähigkeitsdaten der Privatversicherten und der gesetzlich krankenversicherten Beschäftigten beim Arbeitgeber herzustellen, kann der Arbeitgeber von seinem auch weiterhin bestehenden Recht Gebrauch machen, die Feststellung einer Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt bei gesetzlich krankenversichertem Beschäftigten zu einem früheren Zeitpunkt zu verlangen, vgl. § 5 Abs. 1a Satz 2 EFZG. Gesetzlich krankenversicherte Beschäftigte könnten zu diesem Zwecke beispielsweise angewiesen werden, bereits am dritten Arbeitsunfähigkeitstag (oder noch früher) die ärztliche Feststellung zu veranlassen. Die durch die Datenübermittlung bei der eAU anderenfalls eintretende verzögerte Kenntnisnahme der Ar-

beitsunfähigkeitsdaten durch den Arbeitgeber dürfte einen sachlichen Grund für diese Differenzierung darstellen.

Hinweis:

Stellt der Arbeitgeber dazu entsprechende Regelungen auf, sollte auch der Fall der erneuten Feststellung bei fortdauernder Arbeitsunfähigkeit erfasst sein. Hierzu empfiehlt sich die Klarstellung, dass bei Fortdauer der Arbeitsunfähigkeit eine erneute ärztliche Feststellung direkt am Folgetag und damit „naht los“ zu erfolgen hat. Macht der Arbeitgeber von dieser Möglichkeit nicht nur in Einzelfällen Gebrauch, wird das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu beachten sein.

4. Umgang mit Störfällen

a) pflichtverletzungen durch Beschäftigte

Auch zukünftig regelt § 5 EFZG zwei zentrale Verpflichtungen der Beschäftigten, deren Missachtung mit den bekannten Disziplinarmaßnahmen (Abmahnungen und ordentliche verhaltensbedingte Kündigung) zu begegnen ist:

- Gleich ob privat oder gesetzlich krankenversichert, müssen Beschäftigte auch nach dem 01.01.2023 dem Arbeitgeber unverzüglich ihre Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer nach eigener Einschätzung mitteilen.
- Die Verpflichtungen, eine ärztliche Einschätzung über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer einzuholen, differenzieren dann ab dem 01.01.2023 nach dem Krankenversicherungsstatus der Mitarbeitenden:
Für die privat krankenversicherten Beschäftigte bleibt es wie bislang bei der Verpflichtung, am vierten Arbeitsunfähigkeitstag dem Arbeitgeber eine AU in Papierform vorzulegen. Die gesetzlich krankenversicherten Beschäftigten haben am vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Feststellung über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer vornehmen zu lassen, um die Erstellung einer eAU durch die Krankenkasse zu ermöglichen.

b) Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen haben bekanntlich einen hohen Beweiswert im Falle einer arbeitsgerichtlichen Auseinandersetzung. Liegt eine AU vor, wird zunächst eine tatsächlich bestehende Arbeitsunfähigkeit zugunsten des Mitarbeitenden vermutet. Der Arbeitgeber muss diesen hohen Beweiswert durch ernsthafte Zweifel erschüttern (vgl. BAG, Urteil vom 08.09.2021 - 5 AZR 149/21). Dies kann er z. B. durch die Schilderung eigener Beobachtungen tun, etwa, weil Beschäftigte während ihrer Arbeitsunfähigkeit bei der Erbringung von Arbeitsleistung an anderer Stelle beobachtet wurden.

Er kann aber auch Zweifel anhand der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung begründen. Ist die Arbeitsunfähigkeit bspw. von einem Arzt festgestellt worden, der durch die Häufigkeit der ausgestellten AU auffällt, sind Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit anzunehmen. Die eAU wird die Information des ausstellenden Arztes nicht mehr beinhalten. Daraus folgt zunächst, dass es dem Arbeitgeber zukünftig erschwert wird, etwaige Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit der Beschäftigten unter Hinweis auf § 275 Abs. 1a Satz 1 lit. b SGB V zu begründen.

5. Fragerecht und Mitteilungspflicht

- Aus dem Vorgesagten resultiert nun die Frage, ob zukünftig der Arbeitgeber nicht berechtigt sein soll, von Beschäftigten **Auskunft über Name und Sitz des ausstellenden Arztes** zu verlangen. Diese Informationen waren dem Arbeitgeber bislang anhand der AU leicht zugänglich und § 275 Abs. 1a Satz 1 lit. b SGB V sieht diese Möglichkeit, solche Information zur Begründung von Zweifeln heranzuziehen, ausdrücklich vor. Zudem wird bei privat krankenversicherten Beschäftigten auch weiterhin eine AU in Papierform vorgelegt, die diese Informationen enthält. Es gibt daher gute Gründe für die Bejahung einer Berechtigung des Arbeitgebers.
- Ist am fünften Tag der Arbeitsunfähigkeit (bei vorzeitiger Feststellungspflicht auch vorher), der Abruf der eAU nicht erfolgreich, kann dies unterschiedliche Ursachen haben, wie die verzögerte oder fehlerhafte Übermittlung der Daten durch den Arzt an die Krankenkasse oder technische Probleme bei Bereitstellung dieser Daten durch die Krankenkasse. Möglich bleibt auch, dass die Beschäftigten ihrer neuen **Feststellungspflicht der AU** nicht ordnungsgemäß

nachgekommen sind. Diesbezüglich besteht ein Fragerecht des Arbeitgebers.

- Seit 2021 gibt es bereits keine Mitgliedsbescheinigungen aus Papier mehr, die durch die gesetzlichen Krankenkassen ausgestellt werden. Grundsätzlich reicht die formlose Mitteilung der Beschäftigten über ihre Krankenkasse bzw. über einen **Wechsel der Krankenkasse** an den Arbeitgeber aus. Daher ist eine Verpflichtung der Beschäftigten zu bejahen, dem Arbeitgeber Auskunft über die zuständige Krankenkasse und einen Wechsel der Krankenkasse zu geben, letzteres auch ungefragt.

V. Muster zur Information der Mitarbeiter ³

Information zur Umstellung des Verfahrens Zur Meldung von Arbeitsunfähigkeiten

Sehr geehrter Mitarbeiter,

die Umstellung auf die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, die so genannte eAU, hat begonnen. Schon seit dem 1. Juli 2022 bekommen Sie beim Arzt keinen Durchschlag mehr für Ihre Krankenkasse, sondern dieser schickt Ihre Krankmeldung in digitaler Form über eine technische Schnittstelle direkt zur Krankenkasse. Für Sie bedeutet das: Sie müssen sich nicht mehr darum kümmern, die Bescheinigung des Arztes an die Krankenkasse weiterzuleiten.

Sie erhalten weiterhin eine Ausfertigung für Ihre eigenen Unterlagen. Diese dient Ihnen als Nachweis bei Nachfragen. Die elektronische Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung entbindet nicht von der Pflicht zur Anzeige der Arbeitsunfähigkeit gegenüber dem Arbeitgeber.

Ab dem 01.01.2023 ändert sich der Weiterleitungsprozess der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung an den Arbeitgeber. In Zukunft übermittelt die Krankenkasse die Daten über die Arbeitsunfähigkeit an den Arbeitgeber. Bis dahin werden die technischen Voraussetzungen zur sicheren Übermittlung aller relevanten Daten der Arbeitsunfähigkeit von der Krankenkasse an den Arbeitgeber geschaffen.

Ab diesem Zeitpunkt ist bei uns folgendes Verfahren für die Meldung Ihrer Arbeitsunfähigkeit vorgesehen:

- **Schritt 1** [z. B. Melden Sie sich bei Ihrem Vorgesetzten/Personalabteilung/xxx, um Ihre Arbeitsunfähigkeit anzuzeigen]
- **Schritt 2** [z. B. lassen Sie ab dem xten Tag Ihrer Arbeitsunfähigkeit diese ärztlich feststellen]
- **Schritt 3** [z. B. teilen Sie den genauen Zeitraum der von Ihrem Arzt bestätigten Arbeitsunfähigkeit mit]
- **Schritt 4**

Falls die digitale Übermittlung einmal nicht möglich sein sollte, was insbesondere am Anfang noch öfter vorkommen kann, erhalten Sie die unterschriebenen Exemplare für die Krankenkasse und den Arbeitgeber weiterhin auf Papier (sog. Papierausdrucke mittels „Stylesheet“). Diese sehen etwas anders aus als die alten Bescheinigungen, der Weg ist aber der gleiche: In diesem Ausnahmefall müssen Sie die Krankenschreibung selbst – wie bisher auch – an Ihre Krankenkasse und den Arbeitgeber weiterleiten.

Ausnahme: Bei privat versicherten Beschäftigten, AU-Bescheinigungen aus dem Ausland, sonstige AU-Bescheinigungen (keine „gelben Zettel/Krankmeldung“) bleibt es auch nach dem 01.01.2023 beim bisherigen Verfahren und bei der Vorlagepflicht der Beschäftigten.

³ **Hinweis:** Mit dieser Vorlage möchten wir Anhaltspunkte für das praktische Vorgehen bei der Umstellung auf die eAU geben. Es handelt sich um ein Muster, das je nach Bedarf an die betrieblichen Gegebenheiten angepasst werden muss.