

Aktenzeichen: 1 ABR 3/99
Bundesarbeitsgericht 1. Senat

Beschluß vom 25. Januar 2000
- 1 ABR 3/99 -

I. Arbeitsgericht
München

Beschluß vom 22. Oktober 1997
- 4 BV 303/96 -

II. Landesarbeitsgericht
München

Beschluß vom 17. Dezember 1998
- 4 TaBV 22/98 -

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja
Für das Bundesarchiv: Nein

Entscheidungsstichwort:

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung und Mitbestimmung des Betriebsrats

Gesetz:

BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 1; EFZG § 5 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3, § 12

Leitsätze:

1. Die nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG zulässige Anweisung des Arbeitgebers, Zeiten der Arbeitsunfähigkeit unabhängig von deren Dauer generell durch eine vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit vorzulegende Bescheinigung nachzuweisen, betrifft eine Frage der betrieblichen Ordnung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.
2. Das danach bestehende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist nicht durch das Entgeltfortzahlungsgesetz ausgeschlossen. § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eröffnet dem Arbeitgeber einen Regelungsspielraum hinsichtlich der Frage, ob und wann die Arbeitsunfähigkeit vor dem vierten Tag nachzuweisen ist. Bei dieser Regelung hat der Betriebsrat mitzubestimmen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

BUNDESARBEITSGERICHT



1 ABR 3/99
4 TaBV 22/98
Landesarbeitsgericht
München

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
25. Januar 2000

BESCHLUSS

Klapp, Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

In dem Beschlußverfahren

mit den Beteiligten

Antragsteller und Rechtsbeschwerdeführer,

Beschwerdeführerin,

hat der Erste Senat des Bundesarbeitsgerichts auf Grund der mündlichen Anhörung vom 25. Januar 2000 durch den Präsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Wißmann, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Rost und Hauck sowie die ehrenamtlichen Richter Schneider und Wisskirchen beschlossen:

- 2 -



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats wird der Beschluß des Landesarbeitsgerichts München vom 17. Dezember 1998 - 4 TaBV 22/98 - aufgehoben. Die Sache wird zur anderweiten Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen!

Gründe

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob der Betriebsrat mitzubestimmen hat, wenn der Arbeitgeber für alle Fälle einer Arbeitsunfähigkeit die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung anordnet.

Die Arbeitgeberin führt ein Unternehmen, welches Zeitungen und Zeitschriften verlegt und herstellt, allerdings nicht mehr selbst druckt. Sie beschäftigt ca. 300 Arbeitnehmer. Die Arbeitgeberin ist tarifgebunden. Für 50 gewerbliche Arbeitnehmer gelten die Tarifverträge für die gewerblichen Arbeitnehmer der Druckindustrie, für 180 Angestellte und 10 gewerbliche Arbeitnehmer die Tarifverträge im Zeitungsverlags- und Vertriebsgewerbe in Bayern und für 60 Redakteure die Tarifverträge für Redakteure und Redakteurinnen an Tageszeitungen.

Durch Aushang vom 2. Januar 1995 gab die Arbeitgeberin folgendes bekannt:

„Der guten Ordnung halber weisen wir darauf hin, daß auch nach Inkrafttreten des neuen Entgeltfortzahlungsgesetzes Mitarbeiter verpflichtet sind, dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich anzuzeigen und vor Ablauf des dritten Kalendertages nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer nachzureichen, auch wenn die Arbeitsunfähigkeit selbst nur einen Tag besteht. Entsprechende Mitteilungen bzw. Unterlagen sind an den jeweiligen Fachvorgesetzten zu richten.

Wir bitten um Beachtung.“

Der Betriebsrat machte mit Schreiben vom selben Tage ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG geltend. Er forderte die Arbeitgeberin auf, den



Aushang zurückzuziehen und in Verhandlungen über eine Betriebsvereinbarung einzutreten. Die Arbeitgeberin lehnte dies ab.

Daraufhin leitete der Betriebsrat am 25. Januar 1995 das vorliegende Beschlußverfahren ein. Er hat die Auffassung vertreten, ihm stehe hinsichtlich der streitigen Anordnung ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zu. Die Anordnung betreffe die betriebliche Ordnung. Das Mitbestimmungsrecht sei nicht nach § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG durch gesetzliche Regelung ausgeschlossen. § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG enthalte keine abschließende Regelung. Die dem Arbeitgeber dort eröffnete Möglichkeit, eine Vorlage der ärztlichen Bescheinigung vor dem vierten Tag zu verlangen, schaffe einen Regelungsspielraum, bei dessen Ausfüllung der Betriebsrat mitzubestimmen habe. Die angewandten Tarifverträge enthielten gleichfalls keine abschließende Regelung hierüber. Teils ließen sie die Frage ganz offen.

Der Betriebsrat hat beantragt,

der Arbeitgeberin aufzugeben, es zu unterlassen, von ihren Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor Ablauf des dritten Kalendertags und auch für Fälle zu verlangen, in denen die Arbeitsunfähigkeit nicht länger als drei Kalendertage dauert, ohne daß die Zustimmung des Betriebsrats vorliegt oder durch eine Entscheidung einer Einigungsstelle ersetzt ist.

Die Arbeitgeberin hat beantragt,

1. den Antrag abzuweisen sowie zweitinstanzlich zuletzt
2. festzustellen, daß die Arbeitgeberin berechtigt ist, ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats oder eines diese ersetzenden Spruches einer Einigungsstelle von allen Arbeitnehmern, die infolge von Krankheit arbeitsunfähig sind, die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vom ersten Tage der Arbeitsunfähigkeit an zu verlangen,
3. hilfsweise festzustellen, daß die Arbeitgeberin berechtigt ist, ohne vorherige Zustimmung des Betriebsrats oder eines diese ersetzenden Spruches einer Einigungsstelle von Arbeitnehmern, die infolge von Krankheit arbeitsunfähig sind, die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung früher als nach Ablauf von drei Kalendertagen zu verlangen und es der Zustimmung des Betriebsrats oder eines Spruches einer Einigungsstelle nur bedarf, wenn die Arbeitgeberin nicht von allen Arbeitnehmern



diese Vorlage oder nicht für den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit verlangt.

Sie hat die Auffassung vertreten, die Maßnahme betreffe keine Frage der betrieblichen Ordnung. Es gehe nur um den Nachweis der Unmöglichkeit, die geschuldeten Arbeitsleistung zu erbringen, also um eine Frage des mitbestimmungsfreien Arbeitsverhaltens. Jedenfalls entfalle ein etwaiges Mitbestimmungsrecht deshalb, weil § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eine abschließende gesetzliche Regelung iSd. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG enthalte. Der Gesetzgeber habe dem Arbeitgeber ausdrücklich das Recht eingeräumt, einen Nachweis durch ärztliche Bescheinigung vom ersten Tage der Arbeitsunfähigkeit zu verlangen. Dieses erweiterte Direktionsrecht könne nicht durch eine Beteiligung des Betriebsrats wieder eingeschränkt werden. Unabhängig davon sei die Vorlagepflicht auch durch die einschlägigen Tarifverträge abschließend geregelt.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag des Betriebsrats stattgegeben und die - erstinstanzlich nur hilfsweise gestellten - Gegenanträge der Arbeitgeberin abgewiesen. Auf die Beschwerde der Arbeitgeberin hat das Landesarbeitsgericht den Antrag des Betriebsrats abgewiesen und dem (Haupt-)Feststellungsantrag der Arbeitgeberin stattgegeben.

Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde bittet der Betriebsrat um die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Beschlusses. Die Arbeitgeberin bittet um Zurückweisung der Rechtsbeschwerde.

B. Auf die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats war der angefochtene Beschluß aufzuheben und die Sache zur anderweiten Anhörung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen.

Das vom Betriebsrat geltend gemachte Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG läßt sich mit der vom Landesarbeitsgericht angenommenen Begründung nicht verneinen. § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG schließt das hier grundsätzlich zu bejahende Mitbestimmungsrecht nicht aus (I.). Die Entscheidung über die Anträge der Arbeitgeberin ist dementsprechend gleichfalls aufzuheben (II.). Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat jedoch nicht möglich, da weiter zu prüfen ist, ob eine das Mitbestimmungsrecht verdrängende tarifliche Regelung Anwendung findet (III.).

I. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist zum einen begründet, soweit sie sich gegen die Abweisung des von ihm gestellten Unterlassungsantrages richtet.

1. Der Antrag ist zulässig.

Der besonderen Prüfung eines Rechtsschutzinteresses bedarf es nicht, da es sich im weiteren Sinne um einen Leistungsantrag handelt, für den ein Rechtsschutzbedürfnis regelmäßig gegeben ist. Die 1995 erlassene Weisung wird von der Arbeitgeberin aufrechterhalten. Sie verlangt nach wie vor deren Befolgung durch die Beschäftigten.

Der Antrag bedarf allerdings der Auslegung. Seinem Wortlaut nach erfaßt er jedes Begehren der Arbeitgeberin auf Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor Ablauf des dritten Kalendertags. Darunter könnten auch Anordnungen der Arbeitgeberin gegenüber einzelnen Arbeitnehmern fallen, denen keine kollektive Regelung zugrunde liegt. Dem Betriebsrat geht es aber ersichtlich nur um eine generelle Anordnung, wie sie streitauslösend von der Arbeitgeberin am 2. Januar 1995 erlassen wurde. Er macht in der Sache geltend, daß die Arbeitgeberin es zu unterlassen hat, diese Anordnung ohne seine Zustimmung bzw. deren Ersetzung durch die Einigungsstelle zu vollziehen. Darüber besteht zwischen den Beteiligten auch kein Streit. Mit diesem Inhalt ist der Antrag auch bestimmt genug.

2. Der Antrag kann nicht aus den vom Landesarbeitsgericht angestellten Erwägungen als unbegründet abgewiesen werden.

Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, es handele sich bei der streitbefangenen Regelung zwar um eine Frage der betrieblichen Ordnung. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG werde jedoch verdrängt durch § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG. Danach stehe dem Arbeitgeber ein Bestimmungsrecht zu, einen früheren Nachweis der Arbeitsunfähigkeit in jedem Fall und nach freiem Ermessen zu verlangen. Diese Regelung schließe eine Mitbestimmung aus.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht stand.

a) Das Landesarbeitsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, daß die Anweisung der Arbeitgeberin, generell hätten die Arbeitnehmer vor Ablauf des dritten Kalendertages eine ärztliche Bescheinigung für jegliche krankheitsbedingte Ausfallzeit vorzulegen, auch wenn die Arbeitsunfähigkeit nur einen Tag dauert, eine an sich mitbestimmungspflichtige Frage der betrieblichen Ordnung betrifft.

aa) Gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb. Nach



ständiger Rechtsprechung ist dabei zu unterscheiden zwischen mitbestimmungspflichtigem Ordnungsverhalten und mitbestimmungsfreiem Arbeitsverhalten. Das Arbeitsverhalten ist berührt, wenn der Arbeitgeber kraft seiner Organisations- und Leitungsmacht näher bestimmt, welche Arbeiten auszuführen sind und in welcher Weise das geschehen soll. Mitbestimmungsfrei sind danach nur Anordnungen, mit denen die Arbeitspflicht unmittelbar konkretisiert wird. Hingegen betreffen Anordnungen, die dazu dienen, das sonstige Verhalten der Arbeitnehmer zu koordinieren, die Ordnung des Betriebes iSv. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (vgl. zuletzt *Senatsurteil 19. Januar 1999 - 1 AZR 499/98 - AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 28 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 24*).

bb) Die streitbefangene Maßnahme richtet sich auf das betriebliche Ordnungsverhalten in diesem Sinne. Sie enthält keine Konkretisierung der Arbeitspflicht. Die Arbeitgeberin verlangt unabhängig von einer Arbeitsleistung den Nachweis jeglicher Arbeitsunfähigkeit in einer bestimmten Form, nämlich durch ärztliche Bescheinigung, und in einer bestimmten Frist, nämlich durch Vorlage spätestens am dritten Kalendertage nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit. Sie stellt damit unter Berufung auf § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eine Regel auf, die von allen Arbeitnehmern unabhängig von der Arbeitsleistung zu beachten sein soll. Es geht also nicht um eine individuelle Fragestellung, sondern um ein allgemeines Ordnungsproblem.

Derartige allgemeine Anordnungen des Arbeitgebers gegenüber den Arbeitnehmern, im Falle einer Erkrankung ein ärztliches Attest vorzulegen, betreffen grundsätzlich eine gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtige Frage der betrieblichen Ordnung (so schon *BAG 27. Juni 1990 - 5 AZR 314/89 - BAGE 65, 244; Senatsbeschuß 21. Januar 1997 - 1 ABR 53/96 - AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 27 = EzA BetrVG 1972 § 87 Betriebliche Ordnung Nr. 23, zu B I 2 der Gründe für die Anordnung der Bestätigung eines Arztbesuches mwN*). Daran hat die Neuregelung in § 5 EFZG nichts geändert, denn sie bestimmt nicht den Begriff der betrieblichen Ordnung (insoweit zustimmend auch *Worzalla NZA 1996, 61, 65; anderer Auffassung aber etwa Diller NJW 1994, 1690*).

b) Das danach grundsätzlich zu bejahende Mitbestimmungsrecht ist entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts nicht durch eine abschließende gesetzliche Regelung iSd. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ausgeschlossen. § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG stellt keine solche Regelung dar. Der Vorschrift ist auch nicht zu entnehmen, daß der Gesetzgeber das Mitbestimmungsrecht hätte einschränken wollen.



aa) Dauert eine Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer gem. § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit sowie deren voraussichtliche Dauer spätestens an dem darauffolgenden Arbeitstag vorzulegen. Nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ist der Arbeitgeber berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Die Regelung eröffnet dem Arbeitgeber nicht nur das Recht der zeitlich früheren Anforderung, sondern - insoweit im Wortlaut nicht deutlich zum Ausdruck kommend - daneben das Recht, den Nachweis der Arbeitsunfähigkeit durch Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung auch für Zeiten zu verlangen, die nicht länger als drei Tage andauern - zB auch für eine nur eintägige Arbeitsunfähigkeit (*jetzt allgemeine Meinung, siehe nur BAG 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - BAGE 86, 357 = AP EntgeltFG § 5 Nr. 4 mit Anmerkung Schmitt*).

bb) Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG sei dahin zu verstehen, daß der Arbeitgeber in jeden Fall und nach freiem Ermessen von der ihm eingeräumten Möglichkeit solle Gebrauch machen können; dieses freie Bestimmungsrecht lasse keinen Regelungsspielraum für eine Mitbestimmung, da jede Beteiligung des Betriebsrates zu seiner Einschränkung führe. Damit folgt das Landesarbeitsgericht einer auch in der Literatur vertretenen Auffassung (*ErfK/Dörner § 5 EntgeltfortzG Rn. 22; Wiese in GK-BetrVG 6. Aufl. § 87 Rn. 227; Hess/Schlochauer/Glaubitz BetrVG 5. Aufl. § 87 Rn. 114; Kasseler Handbuch/Vossen 2.2 Rn. 198 ff.; Schmitt EFZG 4. Aufl. § 5 Rn. 54; Staudinger/Oetker BGB 13. Aufl. § 616 Rn. 316; Worzalla/Süllwald EFZG 2. Aufl. § 5 Rn. 64 ff.; Kramer BB 1996, 1662, 1667; Worzalla NZA 1996, 61, 66*).

cc) Dem kann sich der Senat nicht anschließen. Zwar eröffnet § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG dem Arbeitgeber einen Regelungsspielraum. Dieser ist aber gerade Voraussetzung für das Bestehen von Mitbestimmungsrechten, seine Ausfüllung verlangt eine Beteiligung des Betriebsrats (*so im Ergebnis auch Klebe im Däubler/Kittner/Klebe BetrVG 6. Aufl. § 87 Rn. 25; Feichtinger AR-Blattei SD 1000.2 Rn. 27 f.; Kaiser/Dunkl/Hold/Kleinsorge EFZG 4. Aufl. § 5 Rn. 22; Schaub Arbeitsrechts-Handbuch 8. Aufl. § 98 V 6; derselbe, BB 1994, 1629, 1630; wohl auch Gola EFZG 2. Aufl. § 5 Anm. 11.5.4 - siehe aber auch derselbe, BB 1995, 2318, 2325; vgl. auch LAG Hamm 19. September 1995 - 13 TaBV 101/95 - LAGE ArbGG 1979 § 98 Nr. 28*).



(1) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist es Sinn des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten, das einseitige Bestimmungsrecht des Arbeitgebers durch eine gleichberechtigte Teilhabe des Betriebsrats an der Entscheidung zu ersetzen (*siehe nur BAG Großer Senat 3. Dezember 1991 - GS 2/90 - BAGE 69, 134, 146 f., zu C I 1 der Gründe*). Für einen derartigen Schutz durch Mitbestimmung besteht allerdings dann kein Raum mehr, wenn der Mitbestimmungsgegenstand durch eine gesetzliche (oder tarifliche) Regelung inhaltlich und abschließend geregelt ist (§ 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG). Den berechtigten Interessen der Arbeitnehmer ist dann bereits durch die entsprechende Regelung Rechnung getragen. Hat der Arbeitgeber selbst keine Gestaltungsmöglichkeit, fehlt es generell auch an einem Ansatz für eine eigenständige Regelung durch die Betriebspartner. Mitbestimmung und Regelungsmöglichkeit sind nicht voneinander zu trennen.

(2) § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG enthält keine in diesem Sinne abschließende Regelung in der Sache. Die Bestimmung eröffnet dem Arbeitgeber die Möglichkeit, abweichend von der gesetzlichen Grundnorm auch bei kurzzeitiger Erkrankung von bis zu drei Tagen einen Nachweis durch ärztliche Bescheinigung zu verlangen, sie gestattet ihm außerdem, die Frist für die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung gegenüber der gesetzlichen Regelfrist abzukürzen. Der insoweit bestehende Spielraum umfaßt sowohl die Frage, ob überhaupt eine frühere Vorlage verlangt werden soll, als auch die Frage, in welchem Umfang von § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG abgewichen werden soll - etwa generell oder abteilungsbezogen, nur Verkürzung der Vorlagefrist oder auch Erweiterung der Nachweispflicht (*vgl. zu den möglichen Varianten nur Schmitt aaO § 5 Rn. 56 f.*). In der Sache selbst enthält sich das Gesetz damit gerade einer abschließenden Regelung. § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG räumt dem Arbeitgeber vielmehr ein - gegenüber den Arbeitnehmern - einseitiges Bestimmungsrecht ein. An der Ausübung eines solchen Bestimmungsrechts soll aber der Betriebsrat - soweit es um mitbestimmungspflichtige Tatbestände geht -, nach dem Schutzzweck des § 87 BetrVG gerade gleichberechtigt beteiligt werden.

dd) Da keine aus sich heraus ohne Spielraum anzuwendende Regelung vorliegt, liefe ein dennoch anzunehmendes Alleinentscheidungsrecht des Arbeitgebers auf eine partielle Einschränkung der Mitbestimmungsrechte nach § 87 BetrVG hinaus (*vgl. auch Senatsbeschluß 6. November 1990 - 1 ABR 88/89 - BAGE 66, 202*). Zwar wäre dem Gesetzgeber eine solche Regelung möglich. Sie könnte aber nur angenommen werden, wenn der Wille zu einem solchen Eingriff in Grundregeln der Betriebsverfassung



im Entgeltfortzahlungsgesetz einen deutlichen Ausdruck gefunden hätte. Das ist nicht der Fall.

(1) § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ist dem Wortlaut nach nur zu entnehmen, daß der Arbeitgeber berechtigt ist, eine frühere Vorlage zu verlangen. Die ausdrückliche Zuweisung dieses Bestimmungsrechts besagt jedoch nichts darüber, ob der Arbeitgeber bei dessen **A u s ü b u n g** von den allgemeinen Beschränkungen befreit sein sollte, die sich aus der Mitbestimmung in sozialen Fragen ergeben.

(2) Dem kann nicht entgegengehalten werden, § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG habe dem Arbeitgeber „in jedem Fall“ und „nach freiem Ermessen“ das Recht einräumen wollen, eine frühere Vorlage zu verlangen; dieses freie Bestimmungsrecht werde in unzulässiger Weise verkürzt, wenn es an die Zustimmung des Betriebsrats gebunden werde. Diese Argumentation stützt sich lediglich auf das von ihr für richtig gehaltene Ergebnis. Für sie läßt sich entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts auch den Gesetzesmaterialien nichts entnehmen. § 5 Abs. 1 Satz 2 und 3 EFZG gehen zurück auf eine Empfehlung des Bundestags-Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, wohingegen der Regierungsentwurf insoweit noch eine generelle Nachweispflicht vorsah (*vgl. BT-Drucks. 12/5798 S 8, 9*). Während der Ausschußberatungen hatten die Fraktionen der Regierungsparteien einen entsprechenden Änderungsvorschlag eingebracht, nach dem es dem freien Ermessen des Arbeitgebers überlassen bleiben sollte, ob eine solche Bescheinigung schon früher vorzulegen ist (*BT-Drucks. 12/5798 S 24*). In der Begründung des Ausschusses für die Gesetz gewordene geänderte Fassung wird darauf verwiesen, daß der Arbeitgeber in jedem Fall die Möglichkeit hat, eine Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Tag zu verlangen (*BT-Drucks. 12/5798 S 26*).

Auch aus dieser Entstehungsgeschichte läßt sich nur ableiten, daß der Arbeitgeber nicht auf den gesetzlichen „Regelnachweis“ beschränkt werden sollte. Den Interessen der Arbeitgeber an der Bekämpfung von Mißbräuchen einerseits und den Interessen der Krankenkassen an einer Kostenersparnis andererseits sollte gleichrangig Rechnung getragen werden (*so auch BAG 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - BAGE 86, 357, 362, zu II 2 d der Gründe*). Deshalb sollte dem Arbeitgeber „in jedem Fall“ die Möglichkeit bleiben, entgegen der Grundregel des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG nach „freiem Ermessen“ eine frühere Vorlage zu verlangen. Damit ist dem Arbeitgeber ein individualrechtlicher Handlungsspielraum gegenüber den Arbeitnehmern eröffnet. Daß er weitergehend auch von etwaigen Beschränkungen durch Mitbestimmungsrechte befreit sein sollte, ist daraus jedoch nicht ersichtlich.



ee) § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG begründet somit nur ein Bestimmungsrecht, und zwar einseitig hinsichtlich der Ausübung gegenüber den Arbeitnehmern, nicht aber gegenüber dem mitbestimmungsberechtigten Betriebsrat. Wie bei allen anderen Bestimmungsrechten bleibt es für die Ausübung bei der durch § 87 BetrVG vorgeschriebenen Beteiligung des Betriebsrats. Das Mitbestimmungsrecht kann nicht mit der Begründung abgelehnt werden, der Arbeitgeber übe nur eine ihm vom Gesetz geschaffene vertragliche Rechtsposition aus, er nehme durch das Verlangen seine Gläubigerstellung wahr (*so etwa Staudinger/Oetker aaO § 616 Rn. 319*). Dies gilt letztlich für jedes Leistungsbestimmungsrecht. Das Bestehen einer Gläubigerstellung ist Voraussetzung dafür, daß überhaupt eine Regelung und damit eine Mitbestimmung in Betracht kommt. Entscheidend ist, ob die Gläubigerstellung einen Spielraum für verschiedene Regelungsmöglichkeiten offenläßt. Dies ist bei § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG der Fall.

II. Die Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist auch begründet, soweit das Landesarbeitsgericht dem Gegenantrag der Arbeitgeberin stattgegeben hat. Der Antrag ist zwar zulässig. Die Begründung, mit der das Landesarbeitsgericht ihm stattgegeben hat, hält der rechtlichen Prüfung jedoch aus den Erwägungen nicht stand, die zur Aufhebung der Entscheidung über den Unterlassungsanspruch geführt haben.

1. Das Landesarbeitsgericht hat den Antrag der Arbeitgeberin im Ergebnis zu Recht als zulässig angesehen. Nach ständiger Senatsrechtsprechung kann der Streit zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat über Bestand und Inhalt von Mitbestimmungsrechten im Wege eines allgemeinen Feststellungsverfahrens geklärt werden (*vgl. zuletzt etwa Senatsbeschluß 23. März 1999 - 1 ABR 33/98 - AP BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 80 = EzA BetrVG 1972 § 87 Arbeitszeit Nr. 60*).

Dem Antrag steht auch nicht etwa das Prozeßhindernis der Rechtshängigkeit entgegen (*zur Anwendung der Grundsätze der Rechtshängigkeit auch im Beschlußverfahren vgl. nur Germelmann/Matthes/Prütting ArbGG 3. Aufl. § 80 Rn. 43 und § 81 Rn. 39*), weil der Betriebsrat zuvor mit dem Unterlassungsantrag seinerseits das streitbefangene Mitbestimmungsrecht geltend gemacht hat. Eine entsprechende Sperrwirkung käme allenfalls dann in Betracht, wenn der Feststellungsantrag als schlichtes Leugnen des Unterlassungsantrages anzusehen wäre (*siehe zu dieser Problematik allgemein etwa Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann ZPO 58. Aufl. § 261 Rn. 19 mit Nachweisen zum Meinungsstand*). Das ist jedoch nicht der Fall. Der Feststellungsantrag der Arbeitgeberin richtet sich auf eine allgemeine Entscheidung über das Bestehen oder Nichtbestehen des Mitbestimmungsrechts bei Anordnungen gem. § 5



Abs. 1 Satz 3 EFZG. Insoweit tritt er nicht schlicht dem Unterlassungsantrag entgegen, sondern geht weiter. Mit der bloßen Abweisung des Unterlassungsantrages wäre das Nichtbestehen des Mitbestimmungsrechts nicht zwingend geklärt, denn der Antrag könnte auch aus anderen Gründen abgewiesen werden.

2. Dem Feststellungsantrag kann aber nicht mit der Begründung des Landesarbeitsgerichts stattgegeben werden, § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG stelle eine das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausschließende Regelung dar. Insoweit gelten die Erwägungen, die zur Aufhebung der Entscheidung über den Unterlassungsantrag führen.

III. Der Beschluß des Landesarbeitsgerichts ist also insgesamt aufzuheben. Eine abschließende eigene Entscheidung ist dem Senat nicht möglich. Die Sache ist vielmehr an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, da es weiterer Feststellungen bedarf und den Beteiligten vor allem noch rechtliches Gehör zu gewähren ist. Zu prüfen ist nämlich, ob das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats durch eine tarifliche Regelung iSd. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG ausgeschlossen ist, wie die Arbeitgeberin geltend macht. Das Landesarbeitsgericht hat diese Frage aus seiner Sicht konsequent nicht behandelt.

1. Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts finden für den streitbefangenen Betrieb der Arbeitgeberin die folgenden Tarifverträge Anwendung:

MTV für die gewerblichen Arbeitnehmer der Druckindustrie vom 6. Februar 1997;

MTV für die Angestellten im Zeitungsverlagsgewerbe in Bayern vom 26. Februar 1997;

MTV für gewerbliche Arbeitnehmer im Zeitungsverlagsgewerbe in Bayern vom 26. Februar 1997;

MTV für Redakteure und Redakteurinnen an Tageszeitungen vom 15. Dezember 1997.

Nach ständiger Senatsrechtsprechung setzt die Sperrwirkung des § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG voraus, daß der Arbeitgeber kraft Verbandszugehörigkeit (oder Allgemeinverbindlichkeit) tarifgebunden ist. Unerheblich ist demgegenüber, ob und wieviele Arbeitnehmer ihrerseits tarifgebunden sind (*s. nur Senatsbeschluß 10. August 1993 - 1 ABR 21/93 - AP BetrVG 1972 § 87 Auszahlung Nr. 12 = EzA BetrVG 1972 § 87 Lohn und Arbeitsentgelt Nr. 16, zu B III 2 der Gründe; vgl. allgemein Fitting/Kaiser/Heither/Engels BetrVG 19. Aufl. § 87 Rn. 42*). Diese Voraussetzungen lie-



gen hier vor. Die Beteiligten haben in der Anhörung vor dem Senat übereinstimmend erklärt, daß die Arbeitgeberin Mitglied der tarifschließenden Arbeitgeberverbände ist.

2. Nicht abschließend geklärt ist aber, inwieweit die benannten Tarifverträge nach ihrem Geltungsbereich tatsächlich den Betrieb erfassen, und ob die in ihnen zum Nachweis der Arbeitsunfähigkeit enthaltenen Regelungen zu einem Ausschluß des Mitbestimmungsrechts hinsichtlich der streitigen Maßnahme führen.

a) Das Landesarbeitsgericht hat keine näheren Feststellungen dazu getroffen, ob der Betrieb unter den sachlichen Geltungsbereich aller vier genannten Tarifverträge fällt. Dies ist zwischen den Beteiligten auch nicht näher erörtert worden. Der Betriebsrat ist der erstmals zweitinstanzlich vorgebrachten Behauptung, die benannten Tarifverträge würden angewandt, allerdings nicht entgegengetreten. Dies spricht dafür, daß alle Tarifverträge nach ihrem Geltungsbereich an sich anwendbar sind. Zweifelhaft könnte dies hinsichtlich des MTV der Druckindustrie erscheinen, da nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts die Arbeitgeberin die hergestellten Zeitungen und Zeitschriften nicht mehr selbst druckt; insoweit bedürfte es ggf. weiterer Aufklärung.

b) Eine abschließende Entscheidung ist auch nicht etwa deshalb möglich, weil eine tarifliche Regelung, die über § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG hinaus generell einen früheren Nachweis iSd. § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG anordnete, in jedem Fall unwirksam wäre. Eine solche Regelung stellt keine nach § 12 EFZG unzulässige Abweichung von den Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes zuungunsten der Arbeitnehmer dar (*ErfK/Dörner § 12 EntgeltfortzG Rn. 6; Marienhagen/Künzl EFZG Stand März 1999 § 5 Rn. 11; anderer Auffassung etwa Schliemann AuR 1994, 317, 324; Kasseler Handbuch/Vossen 2.2 Anm. 213 f.; siehe aber auch BAG 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - BAGE 86, 357, wonach die generelle arbeitsvertragliche Vereinbarung einer früheren Vorlage als zulässig angesehen wird*). Wie der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts im Urteil vom 1. Oktober 1997 (aaO) im einzelnen dargelegt hat, ergibt sich weder aus dem Wortlaut von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG noch aus Systematik sowie Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung, daß ein „früheres“ Vorlageverlangen nicht generell und pauschal erhoben werden dürfte und daß eine vertragliche Vereinbarung einer Vorlagepflicht schon für den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit unzulässig wäre. Diese Grundsätze, denen der Senat sich anschließt, gelten in gleicher Weise für eine tarifliche Regelung. Es ist nicht ersichtlich, warum eine generelle tarifliche Regelung, durch die auch nur der Inhalt der Arbeitsverhältnisse gestaltet wird, anders als eine entspre-



chende generelle arbeitsvertragliche Vereinbarung als ein Abweichen von den Bestimmungen des Entgeltfortzahlungsgesetzes zuungunsten der Arbeitnehmer anzusehen sein soll.

c) Die Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 BetrVG wird nur dann ausgeschlossen, wenn eine inhaltliche und abschließende tarifliche Regelung über den Mitbestimmungsgegenstand besteht (*siehe nur BAG Großer Senat 3. Dezember 1991 - GS 2/90 - BAGE 69, 134, zu C II 1 der Gründe*). Nur dann ist dem Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts Genüge getan, den Arbeitnehmern die gleichberechtigte Teilhabe an den sie betreffenden Entscheidungen zu sichern. Insoweit gilt nichts anderes als hinsichtlich der inhaltlichen Anforderungen an ein das Mitbestimmungsrecht verdrängendes Gesetz.

Ob die hier anzuwendenden tariflichen Regelungen - alle vier oder zumindestens einzelne von ihnen - solche abschließende Regelungen enthalten, ist vom Landesarbeitsgericht nicht geprüft und von den Parteien, soweit sie sich dazu geäußert haben, unterschiedlich bewertet worden. Der Senat hält es daher schon aus Gründen des rechtlichen Gehörs für geboten, die Sache an das Landesarbeitsgericht zurückzuverweisen, um den Beteiligten Gelegenheit zu geben, zu dieser Frage im einzelnen - bezogen auf die unterschiedlichen Regelungen - Stellung zu nehmen. Außerdem wird das Landesarbeitsgericht auf den Einwand des Betriebsrats hin, jedenfalls seien außertarifliche Angestellte ausgeschlossen, zu prüfen haben, ob die entsprechenden Tarifverträge überhaupt Raum für „außertarifliche“ Angestellte lassen und ob solche tatsächlich im Betrieb der Arbeitgeberin beschäftigt werden.

Wißmann

Hauck

Rost

Schneider

Wisskirchen



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

(mobile App)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)