Bundesarbeitsgericht 5. Senat	Urteil vom 14. November 2012 - 5 AZR 886/11 -
I. Arbeitsgericht Köln	Urteil vom 3. Mai 2011 - 8 Ca 2519/11 -
II. Landesarbeitsgericht Köln	Urteil vom 14. September 2011 - 3 Sa 597/11 -

---

Für die Amtliche Sammlung: Ja

Entscheidungsstichwort:

Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung

Gesetze:

EFZG § 5 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3; Manteltarifvertrag des Westdeutschen Rundfunks Köln vom 8. August 1979 idF vom 15. September 2006 § 9 Abs. 2 Satz 1

Leitsatz:

Die Ausübung des dem Arbeitgeber nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eingeräumten Rechts, von dem Arbeitnehmer die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer schon vom ersten Tag der Erkrankung an zu verlangen, steht im nicht gebundenen Ermessen des Arbeitgebers.

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

BUNDESARBEITSGERICHT

5 AZR 886/11
3 Sa 597/11
Landesarbeitsgericht
Köln

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
14. November 2012

URTEIL

Radtke, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Klägerin, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 14. November 2012 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Müller-Glöge, die Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl und Klose sowie den ehrenamtlichen Richter Feldmeier und die ehrenamtliche Richterin Reinders für Recht erkannt:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

1. Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 14. September 2011 - 3 Sa 597/11 - wird zurückgewiesen.

2. Die Klägerin hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Berechtigung der Beklagten, von der Klägerin die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer schon von dem ersten Tag der Erkrankung an zu verlangen. 1

Die Klägerin ist bei der beklagten Rundfunkanstalt als Redakteurin beschäftigt. Auf das Arbeitsverhältnis der Parteien findet der Manteltarifvertrag des Westdeutschen Rundfunks Köln vom 8. August 1979 idF vom 15. September 2006 *(fortan: MTV)* Anwendung, der in § 9 Abs. 2 bestimmt: 2

> „Erkrankt ein Arbeitnehmer, so muss spätestens am vierten Tag ein ärztliches Attest beigebracht werden. Der WDR ist berechtigt, ein Attest des medizinischen Dienstes der Krankenversicherung zu verlangen; die hierdurch entstehenden Kosten trägt der WDR."

Die Klägerin hatte für den 30. November 2010 einen Dienstreiseantrag gestellt, dem ihr Vorgesetzter nicht entsprach. Eine nochmalige Anfrage der Klägerin wegen der Dienstreisegenehmigung am 29. November 2010 wurde abschlägig beschieden. Am 30. November 2010 meldete sich die Klägerin krank und erschien am Folgetag wieder zur Arbeit. Daraufhin forderte die Beklagte die Klägerin mit Schreiben vom 10. Dezember 2010 auf, „bei zukünftigen Krankheitsfällen schon am ersten Tag der Krankmeldung einen Arzt aufzusuchen und ein entsprechendes Attest zu liefern". 3

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Mit der am 30. März 2011 beim Arbeitsgericht eingereichten Klage hat sich die Klägerin gegen diese Anweisung gewandt und die Auffassung vertreten, das Verlangen der Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung bereits ab dem ersten Tag der Erkrankung bedürfe einer sachlichen Rechtfertigung. Zudem stehe § 9 Abs. 2 MTV einem derartigen Verlangen entgegen. Überdies würde im Hause der Beklagten von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG nur Gebrauch gemacht, wenn auffällige Fehlzeiten vorlägen (wie zB jede zweite Woche, immer am Montag oder Freitag, immer an Brückentagen, immer zu bestimmten disponierten Diensten oder sonstigen disponierten Terminen, bei Suchtkranken). 4

Die Klägerin hat zuletzt beantragt, 5

> die Beklagte zu verurteilen, ihre gegen die Klägerin gerichtete Anweisung vom 10. Dezember 2010, im Falle einer Erkrankung bereits ab dem ersten Tag ein ärztliches Attest einzuholen und vorzulegen, zu widerrufen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, das Verlangen nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG bedürfe weder einer Begründung noch eines Missbrauchsverdachts. Unabhängig davon hätten hinreichende Zweifel an einer Arbeitsunfähigkeit der Klägerin am 30. November 2010 bestanden. Eine abschließende Regelung zur Handhabung des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG bestehe ebenso wenig wie eine betriebliche Übung. 6

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. 7

Entscheidungsgründe

Die Revision der Klägerin ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Klage zu Recht abgewiesen. 8

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

I. Ob und unter welchen Voraussetzungen der Arbeitnehmer über die Feststellung hinaus, nicht zur Befolgung einer Weisung des Arbeitgebers verpflichtet zu sein, den Widerruf einer Weisung des Arbeitgebers im Sinne einer - wie die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat klargestellt hat - Aufhebung der Maßnahme für die Zukunft verlangen kann, bedarf keiner abschließenden Entscheidung des Senats *(zum Widerruf unzutreffender oder abwertender Äußerungen, vgl. BAG 27. November 1985 - 5 AZR 101/84 - BAGE 50, 202)*. Denn das in dem Schreiben der Beklagten vom 10. Dezember 2010 geäußerte Verlangen nach Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon für und ab dem ersten Tag einer Erkrankung ist von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG gedeckt und verstößt weder gegen § 9 Abs. 2 MTV noch gegen eine betriebliche Übung. 9

1. Dauert eine Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage, hat der Arbeitnehmer gemäß § 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 jedoch berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Die Regelung eröffnet dem Arbeitgeber nicht nur das Recht der zeitlich früheren Anforderung, sondern 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 eintägige Arbeitsunfähigkeit *(allgemeine Ansicht, vgl. nur BAG 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - zu II 2 e aa der Gründe, BAGE 86, 357; 25. Januar 2000 - 1 ABR 3/99 - zu B I 2 b aa der Gründe, BAGE 93, 276; ErfK/Dörner/Reinhard 13. Aufl. § 5 EFZG Rn. 12; HWK/Schliemann 5. Aufl. § 5 EFZG Rn. 36 - jeweils mwN)*. 10

a) Das Verlangen nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG bedarf weder einer Begründung noch eines sachlichen Grundes oder gar besonderer Verdachtsmomente auf Vortäuschung einer Erkrankung in der Vergangenheit *(so auch die ganz überwiegende Meinung im Schrifttum, vgl. etwa ErfK/Dörner/Reinhard 13. Aufl. § 5 EFZG Rn. 12; HWK/Schliemann 5. Aufl. § 5 EFZG Rn. 36;* 11

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Schaub/Linck Arbeitsrechts-Handbuch 14. Aufl. § 98 Rn. 121; Schmitt EFZG 7. Aufl. § 5 Rn. 72 - jeweils mwN). Das ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG, der keinerlei einschränkende Voraussetzungen nennt, und wird bestätigt durch die Entstehungsgeschichte der Norm. Während im ursprünglichen Entwurf der Vorschrift noch vorgesehen war, dass alle Arbeitnehmer ein ärztliches Attest bereits vom ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit an vorzulegen hätten *(vgl. BT-Drucks. 12/5263 S. 4 und S. 13 f.)*, geht die Gesetz gewordene Fassung auf eine Beschlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung zurück. Die Änderung sollte einer möglichen Kostensteigerung bei den Krankenkassen entgegenwirken, zugleich aber der Arbeitgeber „in jedem Fall“ die Möglichkeit haben, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Tag zu verlangen *(BT-Drucks. 12/5798 S. 26)*.

Entgegen der Auffassung der Revision ist § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG auch keine Ausnahmevorschrift zu Satz 2. Dass letzterer anzuwenden ist, wenn der Arbeitgeber von seinem Recht aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG keinen Gebrauch gemacht hat, lässt weder rechtlich noch tatsächlich den Schluss auf ein Regel-Ausnahmeverhältnis zu *(vgl. BAG 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - zu II 2 c bb der Gründe, BAGE 86, 357)*. 12

Die Voraussetzungslosigkeit des Verlangens nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG bestätigt auch § 275 Abs. 1 Nr. 3 Buchst. b iVm. Abs. 1a SGB V. Danach kann der Arbeitgeber verlangen, dass die Krankenkasse eine gutachterliche Stellungnahme des medizinischen Dienstes zur Überprüfung der Arbeitsunfähigkeit einholt, allerdings nur „zur Beseitigung von Zweifeln an der Arbeitsunfähigkeit“. Eine derartige einschränkende Voraussetzung fehlt in § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG *(vgl. HWK/Schliemann 5. Aufl. § 5 EFZG Rn. 36)*. 13

b) Die Ausübung des dem Arbeitgeber nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eingeräumten Rechts steht im nicht gebundenen Ermessen des Arbeitgebers. Das ergibt sich aus dem Fehlen von Ausübungsvoraussetzungen in der Norm selbst und wird wiederum bestätigt durch die Entstehungsgeschichte. Soll der Arbeitgeber „in jedem Fall“ die Möglichkeit haben, eine Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit ab dem ersten Tag der Erkrankung zu verlangen *(Be-* 14

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

schlussempfehlung des Ausschusses für Arbeit und Sozialordnung, BT-Drucks. 12/5798 S. 26; vgl. dazu auch BAG 25. Januar 2000 - 1 ABR 3/99 - zu B I 2 b dd (2) der Gründe, BAGE 93, 276; 1. Oktober 1997 - 5 AZR 726/96 - zu II 2 d der Gründe, BAGE 86, 357), verbietet es sich, das Verlangen des Arbeitgebers einer Billigkeitskontrolle zu unterwerfen *(so aber HWK/Schliemann 5. Aufl. § 5 EFZG Rn. 36; Treber EFZG 2. Aufl. § 5 Rn. 36; Staudinger/Oetker BGB Bearbeitung 2002 § 616 Rn. 316; P. Feichtinger in Feichtinger/Malkmus 2. Aufl. § 5 EFZG Rn. 43, 45; Vogelsang EFZG Rn. 300; DFL/Vossen 5. Aufl. § 5 EFZG Rn. 13; Schoof in Kittner/Zwanziger/Deinert Arbeitsrecht 6. Aufl. § 39 Rn. 236; im Ergebnis wie hier ErfK/Dörner/Reinhard 13. Aufl. § 5 EFZG Rn. 12; Schaub/Linck Arbeitsrechts-Handbuch 14. Aufl. § 98 Rn. 121; AnwK-ArbR/Sievers 2. Aufl. § 5 EFZG Rn. 27)*. Anderenfalls wäre der Arbeitgeber für seine Maßnahme entgegen § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG einem Begründungszwang ausgesetzt.

c) Ihre Grenze findet das Verlangen nach einer Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon ab dem ersten Tag einer Erkrankung an den allgemeinen Schranken jeder Rechtsausübung, insbesondere darf das Verlangen nicht schikanös oder willkürlich sein und weder gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen Diskriminierungsverbote verstoßen *(vgl. Schmitt EFZG 7. Aufl. § 5 Rn. 87 mwN).* 15

aa) Die Anweisung der Beklagten vom 10. Dezember 2010 erfolgte nicht ohne jeden Anlass. Der enge zeitliche Zusammenhang zwischen der (nochmaligen) Ablehnung einer Dienstreise für den 30. November 2010 und der plötzlichen Erkrankung der Klägerin just an diesem Tag schließt Schikane oder Willkür aus, zumal die Klägerin die näheren Umstände der eintägigen Erkrankung nicht erläutert hat. 16

bb) Der Vortrag der Klägerin rechtfertigt nicht die Annahme, die Beklagte habe gegen den gewohnheitsrechtlich anerkannten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage verbietet, verstoßen. Die Klägerin hat keinen dem ihren vergleichbaren „Fall“ benannt, den die Beklagte anders als bei der 17

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Klägerin nicht zum Anlass genommen habe, von ihrem Recht aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG Gebrauch zu machen. Anhaltspunkte für eine Diskriminierung etwa wegen ihres Geschlechts oder ihres Alters hat die Klägerin nicht vorgebracht.

2. § 9 Abs. 2 MTV schließt das Recht der Beklagten aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG nicht aus. 18

a) Durch Tarifvertrag kann zugunsten des Arbeitnehmers eine von § 5 EFZG abweichende Regelung der Anzeige- und Nachweispflichten bei Arbeitsunfähigkeit getroffen werden, § 12 EFZG. Eine solche Abweichung bedarf aber einer klaren Regelung *(vgl. BAG 20. Januar 2010 - 5 AZR 53/09 - Rn. 12, BAGE 133, 101)*. 19

b) Dieser Anforderung genügt § 9 Abs. 2 MTV nicht. 20

§ 9 Abs. 2 Satz 1 MTV entspricht in der Fassung vom 15. September 2006 der Ursprungsfassung vom 8. August 1979, die identisch ist mit der Fassung vom 15. Dezember 1969, die wiederum wörtlich zurückgeht auf § 20 Abs. 1 Satz 1 des Manteltarifvertrags des Nordwestdeutschen Rundfunks - dem Rechtsvorgänger der Beklagten - vom 9. Oktober 1954. Die Regelung zur Beibringung eines ärztlichen Attests besteht bei der Beklagten mithin seit diesem Zeitpunkt inhaltlich unverändert. Hätte durch Tarifvertrag eine abweichende Regelung zum Recht des Arbeitgebers aus dem weitaus später in Kraft getretenen § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG getroffen werden sollen, hätten die Tarifvertragsparteien auf die veränderte Gesetzeslage reagieren und eine ausdrückliche, das Verlangen des Arbeitgebers auf eine frühere Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausschließende Regelung treffen müssen. Das bloße „Schweigen“ des Tarifvertrags genügt hierfür nicht. 21

3. Die Beklagte hat sich bei der Ausübung ihres Rechts aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG nicht durch eine betriebliche Übung gebunden. 22

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

a) Unter einer betrieblichen Übung ist die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden. Aus diesem als Vertragsangebot zu wertenden Verhalten des Arbeitgebers, dass von den Arbeitnehmern in der Regel stillschweigend angenommen wird *(§ 151 BGB)*, erwachsen vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Leistungen. Entscheidend für die Entstehung eines Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille, sondern wie der Erklärungsempfänger die Erklärung über das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung aller Begleitumstände *(§§ 133, 157 BGB)* verstehen musste und durfte *(BAG 17. März 2010 - 5 AZR 317/09 - Rn. 20 mwN, BAGE 133, 337)*. 23

b) Es kann dahingestellt bleiben, ob eine Selbstbeschränkung des Arbeitgebers bei der Ausübung des Rechts aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG überhaupt einer betrieblichen Übung dergestalt zugänglich ist, dass sich der Arbeitgeber auf Dauer bindet und den Arbeitnehmern ein Anspruch erwächst, nicht bzw. nur in bestimmten Fallkonstellationen einer Verpflichtung nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG unterworfen zu werden. Denn die für das Bestehen einer ihr günstigen betrieblichen Übung darlegungspflichtige Klägerin *(vgl. zur Darlegungslast BAG 29. August 2012 - 10 AZR 571/11 - Rn. 20, NZA 2013, 40)* hat keine Mitteilung oder sonstige Verhaltensweise der Beklagten an bzw. gegenüber der Belegschaft vorgetragen, aus der die Beschäftigten nach Treu und Glauben schließen durften, die Beklagte wolle von dem Recht aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG nur unter bestimmten Voraussetzungen Gebrauch machen. Aus den vom Betriebsarzt der Klägerin beispielhaft mitgeteilten „Anlassfällen“ ergibt sich eine entsprechende Verlautbarung der Beklagten an die Belegschaft jedenfalls nicht. 24

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

Matthias Prinz
Rechtsanwalt www.prinz.law

II. Die Klägerin hat gemäß § 97 Abs. 1 ZPO die Kosten der Revision zu tragen. 25

Müller-Glöge Biebl Klose

Feldmeier Reinders

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

JLaw – für Android

JLaw – für iOS