
Datum: 14.09.2011
Gericht: Landesarbeitsgericht Köln
Spruchkörper: 3.Kammer
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 3 Sa 597/11
ECLI: ECLI:DE:LAGK:2011:0914.3SA597.11.00

Vorinstanz: Arbeitsgericht Köln, 8 Ca 2519/11
Schlagworte: Entgeltfortzahlung, Vorlage ärztlicher Bescheinigung
Normen: § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG, § 106 GewO, §§ 611, 242, 1004 BGB
Sachgebiet: Arbeitsrecht
Leitsätze:

Die Aufforderung des Arbeitgebers nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG bedarf weder einer Begründung des Arbeitgebers noch eines Sachverhalts, der Anlass für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Arbeitnehmers gibt.

Tenor:

- 1) Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Köln vom 03.05.2011 – 8 Ca 2519/11 – wird zurückgewiesen.
 - 2) Die Klägerin hat die Kosten der Berufung zu tragen.
 - 3) Die Revision wird zugelassen.
-

Tatbestand

Die Parteien streiten über die Berechtigung einer arbeitgeberseitigen Anweisung.	1
Die 1953 geborene Klägerin ist seit März 1982 bei der Beklagten, einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt, beschäftigt. Sie ist zuletzt als erste Redakteurin in der Programmgruppe	2
	3

"Gesellschaft und Dokumentation" tätig. Ihr monatlicher Bruttoverdienst beträgt ca. 6.300 €. Auf das Arbeitsverhältnis findet der Manteltarifvertrag des W K (MTV) Anwendung.

Die Klägerin stellte für den 30.11.2010 bei dem Leiter ihres Programmbereichs einen Dienstreiseantrag. Diesem Antrag wurde nicht entsprochen. Nachdem auch eine nochmalige Nachfrage der Klägerin wegen der Dienstreisegenehmigung am 29.11.2010 abschlägig beschieden wurde, meldete sich die Klägerin am Tag der beabsichtigten Dienstreise, dem 30.11.2010, krank. Die Beklagte forderte daraufhin die Klägerin mit Schreiben vom 10.12.2010 auf, künftig am ersten Tag der Krankmeldung ein ärztliches Attest einzuholen und vorzulegen. Das vorgenannte Schreiben hat folgenden Wortlaut:

"Krankschreibungen 5

Liebe S , 6

ich möchte kurz die Vorgänge der zurück liegenden Woche rekapitulieren. 7

Für Mittwoch, den 30. November 2010 hattest du einen Dienstreiseantrag gestellt, dem ich nicht entsprochen habe. Dies wurde dir vertretungsweise von S Ende der Vorwoche schriftlich mitgeteilt. Noch am Montag, den 29. November ließest du erneut nachfragen, ob die Reise für den Folgetag nicht doch genehmigt werden könne (was ich nicht getan habe). Am 30. November nun meldetest du dich krank. Ich bat um unverzügliche Lieferung eines ärztlichen Attestes. Dieses Attest, ausgestellt am 1. Dezember, ging mir am Folgetag zu, an dem du dich allerdings auch bereits wieder gesund meldetest. 8

Diese Abläufe erschüttern mein Vertrauen in diese Krankmeldung. 9

Ich bitte dich daher, bei zukünftigen Krankheitsfällen schon am ersten Tag der Krankmeldung einen Arzt aufzusuchen und ein entsprechendes Attest zu liefern." 10

Mit Schreiben ihres späteren Prozessbevollmächtigten teilte die Klägerin der beklagten Rundfunkanstalt mit, dass keinerlei Anhaltspunkte für einen Missbrauchsverdacht gegeben seien und insbesondere kein Zusammenhang zwischen der Erkrankung und dem abgelehnten Dienstreiseantrag bestünde. Gleichzeitig forderte sie die Beklagte auf, das im Schreiben vom 10.12.2010 geäußerte Verlangen nachvollziehbar zu begründen oder dieses ausdrücklich zurückzunehmen. Die Beklagte wies ihrerseits mit Schreiben ihres späteren Prozessbevollmächtigten darauf hin, dass die Aufforderung zur Vorlage der ärztlichen Bescheinigung ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit nach ihrer Auffassung keiner Begründung bedürfe. Die Klägerin erkundigte sich daraufhin beim Betriebsarzt der Beklagten per E-Mail danach, wie viele Mitarbeiter des Beklagten verpflichtet seien, am ersten Tag ihrer Erkrankung ein ärztliches Attest vorzulegen und ob er das in ihrem Fall für berechtigt halte. Erläuternd heißt es in dieser vom Prozessbevollmächtigten der Klägerin vorgelegten E-Mail weiter: 11

"... Ich bin einmal ein halbes Jahr wegen einer OP, war aber ansonsten in den ersten 30 Jahren meines W -Lebens so gut wie nie krank. Erst jetzt fange ich an, auf Signale meines Körpers intensiver zu hören und entziehe mich hin und wieder den Anfeindungen durch Auszeiten. Ich habe mich früher oft in den W geschleppt, obwohl ich mich anders gefühlt habe. ..." 12

Mit ihrer am 30.03.2011 beim Arbeitsgericht Köln eingegangenen Klage wendet sich die Klägerin gegen die vorgenannte Anweisung der Beklagten vom 10.12.2010. 13

Sie hat die Auffassung vertreten, sofern der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer im Fall der Erkrankung früher als am vierten Tag die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung verlange, bedürfe er hierfür einer sachlichen Rechtfertigung, wie beispielsweise eines aus dem Vorverhalten des Arbeitnehmers oder aus Vorerkrankungen herzuleitenden Missbrauchsverdachts. Als Maßstab könne insoweit § 275 Abs.1a SGB V herangezogen werden. Eine solche sachliche Rechtfertigung sei bezüglich der streitgegenständlichen Anweisung der Beklagten nicht gegeben. Das Verhalten gegenüber der Klägerin stelle sich daher als willkürlich dar und verletze das allgemeine arbeitsrechtliche Schikaneverbot. 14

Die Klägerin hat beantragt, 15

die Beklagte zu verurteilen, ihre Anweisung vom 10.12.2010, im Falle einer Erkrankung bereits am ersten Tag ein ärztliches Attest einzuholen und vorzulegen, zu widerrufen. 16

Die Beklagte hat beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Sie hat sich auf ihre bereits vorprozessual dargelegte Rechtsauffassung berufen. 19

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 03.05.2011 die Klage abgewiesen und hat zur Begründung im wesentlichen ausgeführt, dass der Arbeitgeber nach der gesetzlichen Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG auch ohne weitere Begründung vom Arbeitnehmer die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung vor dem vierten Tag der Arbeitsunfähigkeit verlangen könne. Wegen der Begründung im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe des vorgenannten Urteils (Bl. 64 ff. d. A.) Bezug genommen. 20

Gegen dieses ihr am 12.05.2011 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 31.05.2011 Berufung eingelegt und hat diese am 27.06.2011 begründet. 21

Die Klägerin ist weiterhin der Auffassung, dass nach dem Gesetzeszweck das vorzeitige Verlangen der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung immer dann greife, wenn vorangegangene Erkrankungen einen Missbrauchsverdacht begründeten. Außerdem müsse sich die streitgegenständliche Anweisung der Beklagten als arbeitgeberseitige Einzelmaßnahme an der ansonsten bestehenden betrieblichen Übung, an dem anzuwendenden Tarifvertrag sowie an allgemeinen Grundsätzen des Arbeitsrechts messen lassen. Schließlich könne eine derart gravierende Maßnahme wie die streitgegenständliche Anweisung der Beklagten, die tiefes Misstrauen gegenüber der Klägerin zum Ausdruck bringe, nur gerechtfertigt sein, wenn das Verhalten der Klägerin in der Vergangenheit die Vermutung nahelege, dass "Kurzerkrankungen" zur Nichtleistung von Arbeit missbraucht würden, oder wenn die Klägerin einer Mitarbeitergruppe angehörte, bei der nach allgemeiner betrieblicher Übung aus naheliegenden Gründen ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ab dem ersten Tag verlangt würden. Beides sei nicht der Fall. 22

Ferner behauptet die Klägerin, es gebe bei der Beklagten eine betriebliche Übung, die festlege, unter welchen Voraussetzungen von einem Verlangen nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG Gebrauch gemacht werde. Dies sei immer dann der Fall, wenn deutliche unter Dreitagesfehlzeiten aufträten (z. B. jede zweite Woche, immer Montags, immer Freitags, immer an Brückentagen, immer zu bestimmten disponierten Diensten oder sonstigen disponierten Terminen, bei Suchtkranken, wobei die Aufzählung sicher nicht vollzählig sei). 23

Insgesamt sei in der Person der Klägerin nicht die nach dem Gesetzeszweck verfolgte Intention für die Schaffung eines vom Arbeitgeber zu veranlassenden Ausnahmetatbestandes im Sinne von § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG gegeben. Die Anweisung sei daher letztlich willkürlich, diskriminierend und schikanös.

Die Klägerin beantragt,

25

unter Abänderung des Urteils des Arbeitsgerichts Köln vom 03.05.2011 – 8 Ca 2519/11 ~~26~~ die Beklagte zu verurteilen, die der Klägerin erteilte Anweisung vom 10.12.2010, im Falle einer Erkrankung bereits ab dem ersten Tag ein ärztliches Attest einzuholen und vorzulegen, zu widerrufen.

Die Beklagte beantragt,

27

die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

28

Die Beklagte tritt der erstinstanzlichen Entscheidung bei. Die Aufforderung nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG bedürfe weder einer Begründung noch eines Sachverhalts, der in der Vergangenheit Zweifel an einer bestehenden Arbeitsunfähigkeit begründet hätte. Unabhängig davon hätten im vorliegenden Fall aber auch hinreichende Zweifel an dem Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit am 30.11.2010 bestanden.

29

Ergänzend trägt die Beklagte vor, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien in der Vergangenheit nicht völlig unbelastet gewesen sei. So sei der Klägerin im Juli 2010 eine Abmahnung erteilt worden, die im Rahmen eines gerichtlichen Vergleichs zum 01.07.2011 aus der Personalakte der Klägerin entfernt worden sei. Wegen einer weiteren Ermahnung vom 29.04.2011 sei ein arbeitsgerichtliches Verfahren anhängig. Im Übrigen bestreitet die Beklagte die von der Klägerin behauptete betriebliche Übung. Es existiere gerade keine abschließende Regelung zur Handhabung des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG. Nichts anderes habe auch der Betriebsarzt N gegenüber der Klägerin zum Ausdruck gebracht.

30

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

31

Entscheidungsgründe

32

I. Die Berufung der Klägerin zulässig, weil sie statthaft (§ 64 Abs. 1 und 2 ArbGG) sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden ist (§§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, 519, 520 ZPO).

33

II. Das Rechtsmittel hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Widerruf der streitgegenständlichen Anweisung vom 10.12.2010. Sowohl für einen schuldrechtlichen Anspruch aus §§ 611, 242 BGB als auch einen quasinegatorischen Anspruch aus analoger Anwendung des § 1004 BGB fehlt es an der erforderlichen fortdauernden Rechtsbeeinträchtigung. Denn die Beklagte war zur Erteilung der streitgegenständlichen Anweisung berechtigt.

34

1. Die Rechtmäßigkeit der Anweisung vom 10.12.2010 folgt aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG. Nach dieser Vorschrift ist der Arbeitgeber berechtigt, vom Arbeitnehmer die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung früher als nach drei Kalendertagen (§ 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG) zu verlangen. Der MTV enthält insofern keine abweichende Regelung, sondern wiederholt lediglich in § 9 Abs. 2 MTV die Grundregelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG.

35

a. Die Aufforderung des Arbeitgebers nach § 5 Abs. 1 EFZG bedarf weder einer Begründung noch eines Sachverhalts, der Anlass für ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Arbeitnehmers gibt (LAG Schleswig-Holstein, Urteil vom 13.10.2009 – 2 Sa 130/09, BeckRS 2011, 66401; ErfK/Dörner, 11. Aufl., § 5 EFZG Rn. 12; Handbuch, 13. Aufl., § 98 Rn. 120 f.; Ricken, in: BeckOK EFZG, § 5 Rn. 21; Feichtinger/Malkmus, EFZG, 2. Aufl., § 5 Rn. 21; Lepke, Kündigung bei Krankheit, 13. Aufl., Rn. 540 f.). Das folgt aus dem insoweit eindeutigen Normwortlaut und der Gesetzessystematik. 36

Einer im Schrifttum ähnlich stark vertretenen differenzierenden Meinung ist daher nicht zu folgen. Nach dieser Auffassung ist das Verlangen des Arbeitgebers auf billiges Ermessen zu überprüfen (so z. B. HWK/Schliemann, 4. Aufl., § 5 EFZG Rn. 36; Boecken, NZA 1999, 679; Schlachter, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., § 75 Rn. 20; Treber, EFZG, 2. Aufl., § 5 Rn. 36; Vossen, in: Dornbusch/Fischermeier/Löwisch, Arbeitsrecht, 3. Aufl., § 5 EFZG Rn. 13; DLW/Dörner, Arbeitsrecht, 8. Aufl., B Rn. 1989; wohl auch Küttner/Griese, Personalbuch, 18. Aufl., Arbeitsunfähigkeit Rn. 11). 37

Die Vertreter dieser Auffassung stellen wesentlich auf den Weisungscharakter der Anweisung nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ab und unterwerfen diese daher den rechtlichen Grenzen des § 106 GewO. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass § 5 EFZG insoweit eine speziellere Regelung für den Bereich der Nachweispflicht in der Entgeltfortzahlung darstellt, die unter Spezialitätsgesichtspunkten den allgemeinen Bestimmungen zum Weisungsrecht in § 106 GewO vorgeht. Eine Überprüfung auf allgemeine Billigkeit hat daher bei § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG gerade nicht zu erfolgen. Es bleibt allein bei den allgemeinen gesetzlichen Schranken der Willkür und des Verbots diskriminierenden Verhaltens. 38

b. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Anweisung der Beklagten vom 10.12.2010 aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Anhaltspunkte für ein willkürliches oder ansonsten gesetzeswidriges Verhalten der Beklagten sind nicht ersichtlich. Die Beklagte hat in der kurzfristig nach Ablehnung des Dienstreiseantrags der Klägerin aufgetretenen Erkrankung einen hinreichenden Anlass für die Anweisung gesehen. Bestätigung hat sie sodann zusätzlich in der klägerseits vorgelegten E-Mail-Korrespondenz der Klägerin mit dem Betriebsarzt N, in der die Klägerin davon berichtet, sie fange an, auf Signale ihres Körpers intensiver zu hören und entziehe sich hin und wieder den Anfeindungen durch Auszeiten. In einer solchen Situation handelt die Beklagte jedenfalls nicht willkürlich oder rechtsmissbräuchlich, wenn sie die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung ab dem ersten Krankheitstag verlangt. 39

2. Die Rechtmäßigkeit der Anweisung scheitert auch nicht am Vorliegen einer gegenteiligen betrieblichen Übung der Beklagten. Für das Bestehen einer solchen betrieblichen Übung fehlt es bereits an hinreichendem Sachvortrag der Klägerin. 40

Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich eine solche Übung nämlich nicht aus der Stellungnahme des Betriebsarztes in dem von ihr vorgelegten E-Mail-Schriftwechsel. Dort hat der Betriebsarzt N lediglich erklärt, dass "das Instrument immer dann eingesetzt werde, wenn deutliche Unter-Dreitagesfehlzeiten aufträten, also z.B. bei einem Fehlen jede zweite Woche, immer montags, immer freitags, immer an Brückentagen, immer zu bestimmten disponierten Diensten oder sonstigen disponierten Terminen sowie bei Suchtkranken". Gleichzeitig hat er aber darauf hingewiesen, dass diese Aufzählung nicht vollzählig sei, er keine Informationen über die Anzahl der Mitarbeiter habe, die eine Aufforderung der Beklagten nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG erhalten hätten und er über die arbeitsrechtliche Seite keine Auskunft geben könne. Betrachtet man diese Erklärung in ihrer Gesamtheit und unter Berücksichtigung der weiteren Umstände, so ist diese für die Darlegung einer betrieblichen Übung dahin, dass die 41

Beklagte immer nur in den vom Betriebsarzt beispielhaft genannten Fällen von ihrem Recht nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG Gebrauch mache, offensichtlich unergiebig und unzureichend. Hierfür hätte es vielmehr konkreten Vortrags der Klägerin bedurft, wie viele Arbeitnehmer in der Vergangenheit aufgrund welcher Umstände von der Beklagten aufgefordert wurden, ab dem ersten Krankheitstag eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen. Hierzu fehlt aber jeglicher Vortrag.	
III. Als unterliegende Partei ist die Klägerin gemäß §§ 64 Abs. 6 ArbGG, 97 Abs. 1 ZPO verpflichtet, die Kosten der Berufung zu tragen.	42
Die Revisionszulassung beruht auf § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG.	43
<u>RECHTSMITTELBELEHRUNG</u>	44
Gegen dieses Urteil kann von	45
R E V I S I O N	46
eingelegt werden.	47
Für die beklagte Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	48
Die Revision muss <u>innerhalb einer Notfrist* von einem Monat</u> schriftlich beim	49
Bundesarbeitsgericht	50
Hugo-Preuß-Platz 1	51
99084 Erfurt	52
Fax: 0361 2636 2000	53
eingelegt werden.	54
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.	55
Die Revisionsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	56
1. Rechtsanwälte,	57
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,	
3. Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.	
In den Fällen der Ziffern 2 und 3 müssen die Personen, die die Revisionsschrift unterzeichnen, die Befähigung zum Richteramt haben.	58

Eine Partei die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	59
* eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	60
Dr. Kreitner Staschik Roll-Tholfus	61
