



Mandanteninfo 11/2012: Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung am ersten Tag

Bundesarbeitsgericht

[Urteil vom 14.11.2012 – 5 AZR 886/11](#) (Pressemitteilung)

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung kann ohne besonderen Grund schon ab dem ersten Tag der Erkrankung gefordert werden: Interessanter Handlungsspielraum und wichtige Beratungsaufgabe für wachsame Betriebsräte

Die Entscheidung des 5. Senats des Bundesarbeitsgerichts hat in der Presse überraschend große Aufmerksamkeit gefunden. Nach [§ 5 Abs. 1 EntgFG](#) treffen den Arbeitnehmer im Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit zwei Pflichten: Er hat (erstens) dem Arbeitgeber die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer unverzüglich mitzuteilen und er hat (zweitens), wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Kalendertage dauert, eine ärztliche Bescheinigung über das Bestehen der Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer spätestens am darauffolgenden, also dem vierten Arbeitstag vorzulegen. Nach Satz 3 der Vorschrift ist der Arbeitgeber allerdings berechtigt, die Vorlage der ärztlichen Bescheinigung früher zu verlangen. Insoweit wiederholt und bestätigt das Bundesarbeitsgericht lediglich die gesetzliche Bestimmung, die schon vor Inkrafttreten des Entgeltfortzahlungsgesetzes (01.06.1994), jedenfalls für Arbeiter genauso auch im zuvor geltenden Lohnfortzahlungsgesetz enthalten war. Nicht abschließend geklärt war bislang lediglich, ob der Arbeitgeber die vorherige Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nur unter besonderen Voraussetzungen verlangen kann (also etwa bei einem Verdacht auf „Blaumachen“). Diese Frage wurde vom BAG jetzt so entschieden, dass auch ohne einen solchen Anlass der Arbeitgeber die vorherige Vorlage der AU-Bescheinigung verlangen kann. Das Bundesarbeitsgericht hat damit eine Entscheidung des Landesarbeitsgerichts Köln vom 14.09.2011 bestätigt, (*die auf der Homepage des LAG Köln im vollen Wortlaut veröffentlicht ist – [3 Sa 597/11](#)*). Die Grenze dürfte auch hier allerdings dann zu ziehen sein, wenn der Arbeitgeber willkürlich oder gar in diskriminierender Absicht von bestimmten Arbeitnehmern die vorherige Vorlage der Bescheinigung verlangt, von anderen aber nicht.

Interessanter ist allerdings die Frage, inwieweit dieses den Arbeitgebern von Gesetzes wegen eingeräumte Recht durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder den Einzelarbeitsvertrag eingeschränkt werden kann. In der vom Bundesarbeitsgericht veröffentlichten Pressemitteilung wird darauf hingewiesen, dass jedenfalls durch eine **tarifliche Regelung** dieses Recht des Arbeitgebers eingeschränkt sein kann. Das gleiche muss dann allerdings auch für eine entsprechende **Betriebsvereinbarung** gelten. Die Anzeige- und Nachweispflichten nach § 5 EFZG sind zwar gesetzliche Regelungen i.S.v. [§ 87 Abs. 1 S. 1 BetrVG](#) und damit grundsätzlich mitbestimmungsfrei, weil das Gesetz die Mitbestimmung des Betriebsrats nur vorsieht, soweit eine gesetzliche oder tarifliche Regelung nicht besteht. Wegen des dem Arbeitgeber verbleibenden Regelungsspielraums hinsichtlich der Frage, ob und wann die Arbeitsunfähigkeit vor dem vierten Tag nachzuweisen ist, geht aber das Bundesarbeitsgericht davon aus, dass den Betriebsräten hier ein Mitbestimmungsrecht eröffnet ist (*Beschluss vom 25.01.2001 – 1 ABR 3/99, nicht im Internet veröffentlicht*). Damit steht aber den Betriebsräten auch ein Initiativrecht zur Verabschiedung entsprechender Betriebsvereinbarungen zu. Soweit also abschließende tarifliche Regelungen nicht existieren, kann durch Betriebsvereinbarung eine einheitliche Regelung für den gesamten Betrieb getroffen werden und etwa das Verlangen des Arbeitgebers auf vorzeitige Vorlage der AU-Bescheinigung gänzlich ausgeschlossen oder von der Zustimmung des Betriebsrats im Einzelfall abhängig gemacht werden. Betriebsräte sollten also sorgfältig prüfen, das ihnen bei den Mitbestimmungstatbeständen des [§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG](#) („Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer“) eingeräumte Initiativrecht in dem Sinne zu nutzen, dass durch eine Betriebsvereinbarung (notfalls durchsetzbar durch Anrufung der Einigungsstelle) Willkür gegenüber einzelnen Arbeitnehmern ausgeschlossen werden kann. Eine solche Betriebsvereinbarung würde dann auch eine (ansonsten jederzeit zulässige) einzelvertragliche Bestimmung verdrängen, die den Arbeitnehmer generell verpflichtet, bereits am dem ersten Krankheitstag den „gelben Schein“ vorzulegen („Günstigkeitsprinzip“).

Umgekehrt gilt: ist in einem **Arbeitsvertrag** nur die gesetzliche Verpflichtung aufgenommen die AU-Bescheinigung nach dem dritten Krankheitstag vorzulegen (ohne zugleich auf die gesetzliche Ermächtigung nach [§ 5 Abs. 1 Satz 3 EntgFG](#) zu verweisen, die Bescheinigung auch früher verlangen zu können) dürfte das Verlangen des Arbeitgebers, die Bescheinigung früher vorzulegen, die durch den Arbeitsvertrag abgesteckten Grenzen des Direktionsrechts überschreiten und ist gegenüber dem Arbeitnehmer unwirksam.

Gründliche Beratung auf Basis sorgfältiger Prüfung der möglicherweise geltenden Tarifregelungen und der üblichen Arbeitsverträge im Betrieb ist also in diesem Regelungsbereich eine wichtige Aufgabe wachsender Betriebsräte.