



## **BAG, vom 21.01.1997, 1 ABR 53/96**

*BGB § 616; BetrVG § 87 Abs. 1 Nr. 1*

### **Leitsätze:**

**Führt der Arbeitgeber ein Formular ein, auf dem die Arbeitnehmer die Notwendigkeit eines Arztbesuchs während der Arbeitszeit vom Arzt bescheinigen lassen sollen, so trifft er damit eine Regelung der betrieblichen Ordnung, bei der der Betriebsrat mitzubestimmen hat (§ 87 Abs. 1 BetrVG).**

### **Gründe:**

A. Die Beteiligten streiten darüber, ob der Betriebsrat mitzubestimmen hat, wenn der Arbeitgeber ein Formular einführt, auf dem die Arbeitnehmer die Notwendigkeit eines Arztbesuches während der Arbeitszeit ärztlich bescheinigen lassen sollen.

Die Arbeitgeberin unterhält ein Unternehmen der metallverarbeitenden Industrie mit ca. 65 Arbeitnehmern. Sie ist nicht Mitglied eines Arbeitgeberverbandes. Die Tarifverträge der Metallindustrie finden in ihrem Betrieb keine Anwendung.

Mit Aushang vom 24. März 1995 gab die Arbeitgeberin bekannt, Arbeitnehmer, die während der Arbeitszeit einen Arzt aufsuchten, müßten künftig die Notwendigkeit dieses Besuchs auf einem Formular vom Arzt bescheinigen lassen. Die Vorlage dieser Bescheinigung sei Voraussetzung für die Fortzahlung des Lohns trotz Abwesenheit. Die Mitarbeiter sollten stets einige Exemplare des Formblatts bereithalten, um dieses bei einem anstehenden Arztbesuch ausfüllen lassen zu können.

Das Formblatt hat folgenden Wortlaut:

Bescheinigung des behandelnden Arztes zur Vorlage beim Arbeitgeber

Name des Mitarbeiters/der Mitarbeiterin: \_\_\_\_\_

Der/die Mitarbeiter/in war heute in der Zeit von \_\_\_\_\_ Uhr bis \_\_\_\_\_ Uhr bei uns zur Behandlung.

Sofern die Behandlungszeit innerhalb der Arbeitszeit lag, mußte die Behandlung aus folgendem wichtigen Grund zu dieser Tageszeit ausgeführt werden.

ambulante Behandlung aufgrund eines während der Arbeitszeit erlittenen Arbeitsunfalls

Arztbesuch anlässlich einer während der Arbeitszeit aufgetretenen akuten Erkrankung, wobei hiermit die Notwendigkeit des sofortigen Arztbesuchs bescheinigt wird

amtsärztlich angeordnete Untersuchung oder Vorsorgeuntersuchung

Spezialuntersuchung, deren notwendige Durchführung während der Arbeitszeit hiermit durch den Arzt bescheinigt wird

Ort, Datum:



## Praxis-Stempel/Unterschrift

Die vier vorgesehenen Begründungen sind angelehnt an tarifliche Regelungen der Metallindustrie Nordrhein-Westfalen über die Fortzahlung des Arbeitsentgelts bei unvermeidbarer Verhinderung während der Arbeitszeit. Der Betriebsrat wurde von der Arbeitgeberin nicht beteiligt. Er hat der Einführung des Formulars widersprochen und verlangt, den entsprechenden Aushang zu entfernen.

Die Arbeitgeberin ist dem nicht nachgekommen. Daraufhin hat der Betriebsrat das vorliegende Beschlußverfahren eingeleitet.

Der Betriebsrat verlangt von der Arbeitgeberin, die Verwendung des Formulars zu unterlassen. Er sieht in dessen Einführung eine mitbestimmungspflichtige Regelung der betrieblichen Ordnung. Die Pflicht zur Verwendung des Formulars habe den Zweck, das Verhalten der Arbeitnehmer zu reglementieren. Es gehe nicht nur um die Berechtigung, den Arzt während der Arbeitszeit aufzusuchen. Durch die vorgesehene Zeiterfassung seien die Arbeitnehmer gezwungen, den Weg von der Arbeitsstelle zum Arzt und zurück so schnell wie möglich zurückzulegen, um Sanktionen zu vermeiden. Sie müßten ferner durch Selbstdiagnose vorab einschätzen, ob der sofortige Arztbesuch notwendig sei. Diese Zwänge bewirkten, daß der Arztbesuch während der Arbeitszeit im Zweifel unterbleibe.

### **Der Betriebsrat hat beantragt,**

1. der Arbeitgeberin aufzugeben, es zu unterlassen, die "Bescheinigung des behandelnden Arztes zur Vorlage beim Arbeitgeber" ohne Zustimmung des Betriebsrats zu verwenden,
2. der Arbeitgeberin für den Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld anzudrohen, dessen Höhe in das Ermessen des Gerichts gestellt werde.

### **Die Arbeitgeberin hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen.**

Sie ist der Auffassung, das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer werde durch die Verwendung des Formulars nicht berührt. Die Anordnung regle nicht die betriebliche Ordnung. Sie diene allein dem Nachweis einer unvermeidbaren Arbeitsverhinderung. Dieser sei Voraussetzung für die Fortzahlung des Arbeitsentgelts und obliege den Arbeitnehmern ohnehin. Als Arbeitgeberin müsse sie die anspruchsbegründenden Voraussetzungen überprüfen können.

### **Hilfsweise hat die Arbeitgeberin in der Beschwerdeinstanz beantragt**

festzustellen, daß die Bescheinigung des behandelnden Arztes zur Vorlage beim Arbeitgeber mit dem Inhalt "Name des Mitarbeiters/der Mitarbeiterin ... Der/die Mitarbeiter/in war heute in der Zeit von ... Uhr bis ... Uhr bei uns zur Behandlung. Die Behandlung während der Arbeitszeit des/der Mitarbeiters/in war aus dringenden gesundheitlichen Gründen unvermeidbar" keiner Mitbestimmung des Antragstellers unterliegt.

Die Arbeitgeberin hat dazu vorgetragen, für den Fall, daß das zur Zeit verwendete Formular wegen zu detaillierten Inhalts als mitbestimmungspflichtig angesehen werde, beabsichtige sie, ein Formular zu verwenden, das nur die im Hilfsantrag genannten Angaben verlange. Auch insoweit habe der Betriebsrat bereits sein Mitbestimmungsrecht geltend gemacht, so daß ein entsprechendes Klärungsbedürfnis bestehe.



Der Antragsteller hat Zurückweisung des Hilfsantrags beantragt. Für diesen bestehe kein Rechtsschutzbedürfnis. Im übrigen sei er gleichfalls unbegründet, da das Formular auch in seiner verkürzten Fassung geeignet sei, das Verhalten der Arbeitnehmer zu beeinflussen.

Das Arbeitsgericht hat dem Antrag des Betriebsrats stattgegeben, das Landesarbeitsgericht hat ihn auf die Beschwerde der Arbeitgeberin abgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Betriebsrat die Wiederherstellung der erstinstanzlichen Entscheidung. Die Arbeitgeberin begehrt die Zurückweisung der Rechtsbeschwerde und hält ihren Hilfsantrag aufrecht.

## Entscheidung

B. Der Rechtsbeschwerde des Betriebsrats ist stattzugeben, da sein Antrag entgegen der Auffassung des Landesarbeitsgerichts begründet ist (I). Der Hilfsantrag der Arbeitgeberin ist hingegen unbegründet (III).

I. Die Einführung des Formulars, dessen Verwendung mit Aushang vom 24. März 1995 gefordert wurde, ist entgegen der Auffassung des angefochtenen Beschlusses eine Regelung der betrieblichen Ordnung und daher gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Der Betriebsrat kann von der Arbeitgeberin verlangen, das Formular nicht weiter zu verwenden, bis er dem zugestimmt oder - was die Antragsfassung einschließt - die Einigungsstelle seine Zustimmung ersetzt hat.

1. 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 Senatsrechtsprechung ist dabei zu unterscheiden zwischen mitbestimmungspflichtigem Ordnungsverhalten und mitbestimmungsfreiem Arbeitsverhalten. Letzteres betrifft alle Weisungen, die bei der Erbringung der Arbeitsleistung selbst zu beachten sind. 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 im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG (vgl. zuletzt Beschluß vom 8. November 1994 - 1 ABR 22/94 - AP Nr. 24 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes; Urteil vom 1. Dezember 1992 - 1 AZR 260/92 - BAGE 72, 40 = AP Nr. 20 zu § 87 BetrVG 1972 Ordnung des Betriebes).

2. Von diesen Grundsätzen ist das Landesarbeitsgericht ausgegangen. Es hat jedoch angenommen, die Einführung des Formulars regle nicht das Ordnungsverhalten. Vielmehr gehe es allein um den Nachweis der Voraussetzungen einer Entgeltzahlungspflicht in Fällen unverschuldeter Arbeitsverhinderung gem. § 616 BGB. Damit sei ausschließlich das Vertragsverhältnis der Arbeitgeberin zu den Arbeitnehmern betroffen; ein Ordnungsverhalten im Betrieb werde nicht, auch nicht mittelbar, geregelt. Das überzeugt nicht.

Ordnet der Arbeitgeber generell und verbindlich an, die Notwendigkeit eines Arztbesuchs während der Arbeitszeit müsse durch ein von ihm vorgegebenes Formular belegt werden, schafft er damit eine betriebliche Regelung und verlangt er ein ordnungsmäßiges Verhalten der Arbeitnehmer, das dieser entspricht. Die Maßnahme betrifft nicht die Art und Weise der Arbeitsleistung. Nur hinsichtlich dieser soll der Arbeitgeber sein Direktionsrecht ohne Beteiligung des Betriebsrats ausüben können.

Dem kann nicht mit dem Landesarbeitsgericht entgegengehalten werden, die Begründung einer Pflicht zur Verwendung des umstrittenen Formulars betreffe ausschließlich das individuelle Vertragsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, da es nur um den Nachweis einer



unvermeidbaren Arbeitsverhinderung gehe. Entscheidend ist, daß der Arbeitgeber den Nachweis einheitlich von allen Arbeitnehmern in einer bestimmten Form verlangt und damit eine Regel aufstellt, die für alle - unabhängig von der konkreten Arbeitsleistung - zu beachten ist. Er will damit kraft seines Direktionsrechts ein regelgerechtes Verhalten erzwingen. Dabei begnügt er sich gerade nicht mit der schuldrechtlichen Lage, wonach es den einzelnen Arbeitnehmern freisteht, in welcher Weise sie den ihnen obliegenden Nachweis führen. Die vom Arbeitgeber als notwendig erachtete Aufstellung allgemeiner Verfahrensregeln verdeutlicht, daß es ihm um eine Frage geht, die nicht individuell zu lösen ist, also um ein Ordnungsproblem. Die Regelung berührt damit die Interessen aller Arbeitnehmer.

Allgemeine Vorschriften über den Nachweis der Notwendigkeit eines Arztbesuchs sind daher als mitbestimmungspflichtige Regelung der betrieblichen Ordnung im Sinne von § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG anzusehen (BAG Urteil vom 27. Juni 1990 - 5 AZR 314/89 - EzA § 3 LohnFG Nr. 12, zu II 1 der Gründe; s. auch Senatsbeschuß vom 5. Mai 1992 - 1 ABR 69/91 - EzA § 87 BetrVG 1972 Betriebliche Ordnung Nr. 19, zu B 1 a der Gründe; LAG Düsseldorf Beschuß vom 27. April 1981 - 20 TaBV 12/81 - DB 1981, 1677; Klebe in Däubler/ Kittner/Klebe, BetrVG, 5. Aufl., § 87 Rdn 52; Fitting/Kaiser/Heither/Engels, BetrVG, 18. Aufl., § 87 Rdn 61; Galperin/Löwisch, BetrVG, 6. Aufl., § 87 Rdn 62; Wiese, GK-BetrVG, 5. Aufl., § 87 Rdn 193, 184; wohl auch Dietz/Richardi, BetrVG, 6. Aufl., § 87 Rdn 147; von einer Regelung der betrieblichen Ordnung geht - bezogen auf die Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit - im Grundsatz auch Worzalla aus, NZA 1996, 61, 65 f. - der allerdings meint, das Mitbestimmungsrecht sei nach § 87 Abs. 1 Satz 1 Eingangssatz BetrVG ausgeschlossen; ähnlich Fenge, BB 1981, 1577; eine Regelung der betrieblichen Ordnung verneinen Hess/Schlochauer/Glaubitz, BetrVG, 4. Aufl., § 87 Rdn 114).

3. Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist nicht ausgeschlossen gem. § 87 Abs. 1 Eingangssatz BetrVG.

a) Der Ausschluß durch eine tarifliche Regelung kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Arbeitgeberin nicht tarifgebunden ist. Dies ist aber Voraussetzung für die Beschränkung des erzwingbaren Mitbestimmungsrechts nach § 87 Abs. 1 BetrVG.

b) Das Mitbestimmungsrecht ist auch nicht durch eine gesetzliche Regelung ausgeschlossen. Die Nachweisregelung gemäß § 5 EFZG ist nicht einschlägig. Es kann daher offenbleiben, ob und inwieweit § 5 EFZG überhaupt Raum für eine betriebliche Regelung der Nachweispflicht läßt (vgl. dazu etwa Schaub, BB 1994, 1629, 1630; Schliemann, AuR 1994, 317, 324; Worzalla, NZA 1996, 61, 65). Der Arbeitgeberin geht es mit dem Formular nicht um den Nachweis einer Arbeitsunfähigkeit im Sinne des Entgeltfortzahlungsgesetzes. Ein Arztbesuch während der Arbeitszeit ist auch dann, wenn er aus medizinischen Gründen notwendig ist, nicht zwingend mit einer Arbeitsunfähigkeit verbunden (vgl. etwa BAG Urteil vom 9. Januar 1985 - 5 AZR 415/82 - BAGE 48, 1 = AP Nr. 62 zu § 1 LohnFG; Reinecke, AuA 1996, 339, 340). Der Arbeitnehmer kann aber dennoch einen Anspruch auf Fortzahlung des Arbeitsentgelts haben, wenn die Verhinderung im Sinne des § 616 Satz 1 BGB unvermeidbar war (vgl. Brill, NZA 1984, 281; Reinecke, AuA 1996, 339; Schmatz/Fischwasser/Geyer/Knorr/Krasney, EFZG, Stand April 1996, § 3 Rdn 52; Schmitt, EFZG, 2. Aufl., § 616 BGB Rdn 14 ff., alle m.w.N.). Nur um den Nachweis dieser Voraussetzungen geht es der Arbeitgeberin mit dem Formular.

§ 616 BGB sieht eine besondere Nachweispflicht nicht vor. Die grundsätzlich sogar ganz abdingbare Regelung schließt allerdings auch nicht aus, daß der Arbeitgeber einen Nachweis verlangt (vgl. etwa Schmitt, aaO., § 616 BGB Rdn 16; Lepke, Kündigung bei Krankheit, 8. Aufl., S. 181). Insoweit besteht Spielraum für eine kollektive Regelung. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Frage, ob überhaupt ein



formalisierter Nachweis verlangt werden soll, als auch hinsichtlich der näheren Modalitäten. Die Interessen der Arbeitnehmer werden dabei durch die Beteiligung des Betriebsrats gewahrt.

4. Die Arbeitgeberin hat das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats verletzt, indem sie das Formular ohne seine Beteiligung eingeführt hat und dessen Verwendung verlangt. Dem Betriebsrat steht bei Verletzung seiner Mitbestimmungsrechte aus § 87 BetrVG ein Anspruch auf Unterlassung der mitbestimmungswidrigen Maßnahme zu (vgl. grundlegend Senatsbeschuß vom 3. Mai 1994 - 1 ABR 24/93 - BAGE 76, 364 = AP Nr. 23 zu § 23 BetrVG 1972; bestätigt durch Senatsbeschuß vom 23. Juli 1996 - 1 ABR 13/96 -, zur Veröffentlichung in der Fachpresse bestimmt). Der Antragsteller kann daher von der Arbeitgeberin verlangen, daß diese das Formular nicht mehr verwendet.

II. Der hilfsweise von der Arbeitgeberin für den Fall des Unterliegens gestellte Antrag festzustellen, daß sie ein Formular in verkürzter Form mitbestimmungsfrei verwenden kann, ist unbegründet.

Der Antrag ist allerdings zulässig.

1. Die Stellung eines Eventualantrags ist auch im Beschlußverfahren möglich, soweit das Eventualverhältnis von dem Schicksal eines weiteren (Haupt-)Antrags abhängig gemacht wird. Unerheblich ist, daß der Hauptantrag hier nicht von der Arbeitgeberin selbst, sondern vom Betriebsrat gestellt worden ist. Die prozessuale Situation ist vergleichbar mit einer Eventualwiderklage im Urteilsverfahren, die allgemein als zulässig angesehen wird (vgl. nur Thomas/Putzo, ZPO, 19. Aufl., § 33 Rdn 14).

Der Zulässigkeit steht auch nicht entgegen, daß der Hilfsantrag erst zweitinstanzlich gestellt wurde. Allerdings handelt es sich um eine Antragsenerweiterung. Deshalb ist zu verlangen, daß die Erweiterung entweder sachdienlich ist oder die sonstigen Beteiligten sich auf den Antrag einlassen (vgl. Germelmann/Matthes/ Prütting, ArbGG, 2. Aufl., § 89 Rdn 28). Diese Voraussetzungen sind aber erfüllt. Der Betriebsrat hat sich in der Beschwerdeinstanz auf den Hilfsantrag eingelassen, indem er dessen Zurückweisung als unbegründet beantragt hat. Die Einführung des Antrags war auch sachdienlich, da die von ihm erfaßte Streitfrage in unmittelbarem sachlichem und rechtlichem Zusammenhang mit dem Gegenstand des Hauptantrags steht und erst durch die Begründung des arbeitsgerichtlichen Beschlusses ausgelöst wurde; das Arbeitsgericht hatte nämlich erwogen, daß die Verwendung eines verkürzten Formulars mitbestimmungsfrei sein könnte.

2. Die Arbeitgeberin hat an der begehrten Feststellung das erforderliche rechtliche Interesse. Der Streit über den Bestand oder den Umfang eines Mitbestimmungsrechts kann im Wege eines Feststellungsverfahrens geklärt werden, wenn die Streitfrage noch von aktueller Bedeutung ist. Das ist hier der Fall. Die Arbeitgeberin möchte hilfsweise eine Nachweisregelung in der abgeänderten Form einführen, der Betriebsrat nimmt aber auch insoweit schon jetzt ein Mitbestimmungsrecht in Anspruch. Die Frage ist auch durch die Entscheidung des Hauptantrags noch nicht endgültig geklärt.

III. Der Hilfsantrag ist aber unbegründet. Diese Entscheidung kann der Senat selbst treffen, obwohl der Antrag vom Landesarbeitsgericht noch nicht beschieden worden war. Die entscheidungserheblichen Tatsachen stehen fest.

Die Arbeitgeberin trifft auch dann eine Regelung der betrieblichen Ordnung, wenn sie das Formular in der abgekürzten Form verwendet. Der mitbestimmungspflichtige Tatbestand liegt bereits in der an alle Arbeitnehmer gerichteten verbindlichen Anordnung, bei Arztbesuchen eine von ihr vorgegebene Bescheinigung zu benutzen, die bestimmte Angaben verlangt. Nicht entscheidend ist, wie detailliert diese Angaben sind. Im übrigen besteht zwischen beiden umstrittenen Formularen kein qualitativer,



sondern nur ein gradueller Unterschied. Das dem Hilfsantrag zugrunde liegende Formular verlangt die verallgemeinernde Feststellung des aus "dringenden gesundheitlichen Gründen" unvermeidbaren Arztbesuchs, während das derzeit verwendete Formular einzelne Tatbestände nennt. In der Sache geht es aber bei beiden Formularen um eine ärztliche Bescheinigung, daß der Arztbesuch während der Arbeitszeit unvermeidbar war. Im einzelnen kann daher auf die Ausführungen zu I. der Gründe verwiesen werden.