

4 Sa 514/18
31 Ca 1313/18
(ArbG München)

Verkündet am: 13.12.2018

Birkhold
Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle



Landesarbeitsgericht München

Im Namen des Volkes

URTEIL

In dem Rechtsstreit

A.
A-Straße, A-Stadt

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtsanwälte B.
B-Straße, B-Stadt

gegen

Firma C.

C-Straße, C-Stadt

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte/r:

D.
D-Straße, B-Stadt

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts München auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 13. Dezember 2018 durch die Richterin am Arbeitsgericht Neubert-Vardon sowie den ehrenamtlichen Richter Holzapfel und die ehrenamtliche Richterin Obeser

für Recht erkannt:

- 1. Die Berufung des Klägers gegen das Endurteil des Arbeitsgerichts München vom 28.06.2018, Az. 31 Ca 1313/18, wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.**
- 2. Die Revision wird nicht zugelassen.**

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Entfernung einer Ermahnung und einer Abmahnung aus der Personalakte des Klägers sowie darüber, ob der Kläger verpflichtet ist, bereits ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen.

Der Kläger ist seit 01.09.2011 bei der Beklagten als Mitarbeiter im Lager beschäftigt. Sein derzeitiges durchschnittliches Monatsbruttoeinkommen beträgt € 2.858,00.

In dem zwischen den Parteien am 19.08.2013 geschlossenen Arbeitsvertrag wurde unter § 8 b) u.a. geregelt (vgl. Anlage K 1, Bl. 5 ff. d.A.):

„Dauert eine Arbeitsunfähigkeit länger als drei Arbeitstage, so hat der Arbeitnehmer vor Ablauf des dritten Arbeitstages eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit vorzulegen, aus der die voraussichtliche Dauer der Verhinderung hervorgeht.“

Der Kläger meldete sich u.a. am 08.02.2016, am 08.03.2016, am 08.04.2016, vom 17.05. bis 20.05.2016 und vom 07.07. bis 15.07.2016 arbeitsunfähig krank (vgl. Anlage B 1, Bl. 44 d.A.). Für den 08.02.2016, den 08.03.2016, den 08.04.2016 und den 17.05.2016 legte der Kläger der Beklagten keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vor. Im Jahr 2015 war der Kläger im Mai, Juli, August und September jeweils einen Tag ohne Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung arbeitsunfähig krank (vgl. Anlage B 2, Bl. 45 d.A.).

Mit Schreiben vom 18.07.2016 (vgl. Anlage K 2, Bl. 11 d.A.) forderte die Beklagte den Kläger auf, seine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zukünftig bereits ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit vorzulegen, wobei sich das ärztliche Attest auch auf den ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit beziehen muss.

Nachdem sich der Kläger mit Schreiben vom 09.08.2016 (vgl. Anlage K 3, Bl. 12 f. d.A.) gegen diese Anordnung gewandt hatte, wies die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 10.08.2016 (vgl. Anlage K 14, Bl. 14 d.A.) darauf hin, dass sie an ihrer Meinung festhalte und forderte ihn nochmals auf, bereits am ersten Tag seiner Arbeitsunfähigkeit diese ärztlich feststellen zu lassen und der Beklagten die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unverzüglich vorzulegen. Der bei der Beklagten bestehende Betriebsrat wurde diesbezüglich nicht eingebunden.

Am 31.03.2017, am 29.05.2017, am 21.08.2017 und am 02.10.2017 meldete der Kläger sich arbeitsunfähig krank, ohne der Beklagten jeweils eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen.

Dem Kläger wurde mit Schreiben vom 17.11.2017 von der Beklagten eine Ermahnung erteilt, in der es u.a. heißt (vgl. Anlage K 6, Bl. 17 f. d.A.):

„[...]“

Sie sind laut Schreiben vom 10.08.2016 verpflichtet, eine Arbeitsunfähigkeit bereits für den ersten Tag Ihrer Arbeitsunfähigkeit ärztlich feststellen zu lassen und uns die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unverzüglich vorzulegen.

Ihr nachfolgend dargestelltes Verhalten gibt uns Veranlassung, Sie zu ermahnen:

Sie haben sich am 31.03.2017, 29.05.2017 und 21.08.2017 im Laufe des jeweiligen Arbeitstages arbeitsunfähig krank abgemeldet und sind an diesen Tagen nach Hause gegangen.

Jeweils am darauffolgenden Tag sind Sie wieder zur Arbeit erschienen. Sie haben uns jedoch für die Tage 31.03.2017, 29.05.2017 und 21.08.2017 keine Bescheinigung vorgelegt, aus der sich die ärztliche Feststellung Ihrer Arbeitsunfähigkeit an diesen Tagen ergibt. Damit haben Sie gegen die eingangs ausgeführten Pflichten verstoßen.

Wir sind nicht bereit diese Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis beanstandungslos hinzunehmen und ermahnen Sie daher. Wir fordern Sie hiermit ausdrücklich auf, sich zukünftig an Ihre o.g. Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu halten und eine Arbeitsunfähigkeit bereits für den ersten Tag Ihrer Arbeitsunfähigkeit ärztlich feststellen zu lassen und uns die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unverzüglich vorzulegen.“

Mit weiterem Schreiben vom 24.11.2017 (vgl. Anlage K 7, Bl. 19 f. d. A.) wurde dem Kläger von der Beklagten eine Abmahnung erteilt, in der es u.a. heißt:

„[...]

Sie sind laut Schreiben vom 10.08.2016 verpflichtet, eine Arbeitsunfähigkeit bereits für den ersten Tag Ihrer Arbeitsunfähigkeit ärztlich feststellen zu lassen und uns die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unverzüglich vorzulegen.

Ihr nachfolgend dargestelltes Verhalten gibt uns Veranlassung, Sie abzumahnern:

Sie haben sich am 02.10.2017 gegen 14:38 Uhr bei Ihrem Teamleiter, Herrn E., gemeldet und mitgeteilt, dass es Ihnen nicht gut gehe und Sie daher nicht zur Arbeit erscheinen werden. Tatsächlich sind Sie am 02.10.2017 auch nicht zur Arbeit erschienen. Eine Bescheinigung, aus der sich die ärztliche Feststellung Ihrer Arbeitsunfähigkeit für den 02.10.2017 ergibt, haben Sie jedoch nicht vorgelegt. Damit haben Sie gegen die eingangs ausgeführten Pflichten verstoßen.

Wir sind nicht bereit diese Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis beanstandungslos hinzunehmen und mahnen Sie daher ab. Wir fordern Sie hiermit ausdrücklich auf, sich zukünftig an Ihre o.g. Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis zu halten und eine Arbeitsunfähigkeit bereits für den ersten Tag Ihrer Arbeitsunfähigkeit ärztlich feststellen zu lassen und uns die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unverzüglich vorzulegen.

Sollten Sie nochmals o.g. Pflichten verletzen, haben Sie mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen.“

Die Abmahnung vom 24.11.2017 weist auf ihrer zweiten Seite in der Fußzeile die Bezeichnung „Seite 2 der Ermahnung von F. vom 31.07.2017“ auf.

Die Ermahnung vom 17.11.2017 und die Abmahnung vom 24.11.2017 wurden dem Kläger am 30.11.2017 von seinem Supervisor Herrn G. in Anwesenheit des Teamleaders E. und des Betriebsratsmitglieds H. übergeben.

Der Kläger hat vor dem Arbeitsgericht ausgeführt, dass er in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB die Entfernung der zu Unrecht erteilten Ermahnung und Abmahnung aus seiner Personalakte verlange. Die Anordnung zur Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ab dem ersten Krankheitstag sei erstmals mit Schreiben vom 18.07.2016 getroffen worden, dies in unmittelbar zeitlicher Folge zu der Erkrankung des Klägers in der Zeit vom 07.07. bis 15.07.2016. Die in § 8 des Arbeitsvertrags vereinbarte Regelung, gemäß der bei einer länger als drei Arbeitstage andauernden Arbeitsunfähigkeit bereits vor Ablauf des dritten Arbeitstages eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit vorgelegt werden müsse, weiche von der gesetzlichen Regelung ab. Gemäß dieser müsse die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung erst nach Ablauf von drei Arbeitstagen vorgelegt werden. Damit handele es sich bei der zwischen den Parteien getroffenen Regelung um eine konstitutive Vereinbarung im Arbeitsvertrag. Diese könne die Beklagte zu ihren Gunsten nicht im Wege des Direktionsrechts durch einfache Weisung ändern, sondern ausschließlich durch Änderungskündigung.

Der objektive Wortlaut der geschlossenen Vereinbarung definiere den wirklichen Willen der Parteien. Dieser weiche von der gesetzlichen Regelung ab. Die Beklagte hätte sich eine Regelung analog § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG jederzeit ausbedingen können, habe dies jedoch nicht getan. Des Weiteren werde ausdrücklich bestritten, dass die Beklagte den Betriebsrat bezüglich der getroffenen Regelung nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG eingebunden habe. Das Bundesarbeitsgericht habe klargestellt, dass der Betriebsrat sowohl über das Ob als auch über das Wie der Frage mitzubestimmen habe, ob der Arbeitgeber die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über das Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit und deren Dauer abweichend von § 5 Abs. 2 Satz 2 EFZG zu einem früheren Zeitpunkt verlangen könne. Dieses Mitbestimmungsrecht habe die Beklagte offensichtlich umgangen. Soweit die Beklagte vortrage, dass sie im Hinblick auf Häufigkeit, häufige Kurzerkrankung, Krankmeldung ohne

Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sowie zeitliche Lage von Arbeitsunfähigkeiten entscheide, lege sie das entsprechende Muster bereits offen, so dass offensichtlich eine Struktur erkennbar sei, die die Ordnung des Betriebes betreffe und damit unter § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG falle. Zudem stelle sich das Verlangen des Arbeitgebers vorliegend offensichtlich als schikanös und willkürlich dar, weil zwischen der letzten eintägigen Erkrankung des Klägers und der Anweisung der Beklagten mehr als ein Vierteljahr liege, sie also offensichtlich ohne jeden konkreten Anlass erfolgt sei. Hier sei zu berücksichtigen, dass der letzte Einzelkrankheitstag vor Erteilung der Anweisung der 08.04.2016 gewesen sei. Hinsichtlich des 17.05.2016 sei der Vortrag der Beklagten augenscheinlich tendenziös, weil der Kläger letztlich vom 17.05. bis 20.05.2016 arbeitsunfähig erkrankt gewesen sei.

Die Anordnung der Beklagten habe des Weiteren offensichtlich der Maßregelung des Klägers gedient und gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB verstoßen. Sie sei im unmittelbaren zeitlichen und kausalen Zusammenhang mit der Erkrankung des Klägers ergangen. Ferner verstoße die Anordnung vom 18.07.2016 gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Sie sei nur gegen den Kläger oder eine kleine Gruppe von Mitarbeitern ergriffen worden und nicht insgesamt im Unternehmen.

Die dem Kläger erteilte Abmahnung vom 24.11.2017 trage auf ihrer zweiten Seite unten die Bezeichnung „Seite 2 der Ermahnung von F. vom 31.07.2017“. Damit sei zumindest die zweite Seite der Abmahnung nicht gegen den Kläger gerichtet, sondern gegen eine andere Mitarbeiterin. Dokumente, die einen anderen Arbeitnehmer als den Kläger betreffen, könnten jedoch kein Bestandteil der Personalakte des Klägers sein.

Ermahnung und Abmahnung seien zudem offensichtlich willkürlich. Selbst wenn man von einer Rechtmäßigkeit der Anweisung der Beklagten ausgehe, wäre die Ermahnung vom 17.11.2017 schikanös, weil sie mehr als ein Quartal nach der letzten Erkrankung im August 2017 erfolgt sei. Betrachte man dann, dass die am selben Tag übergebene Abmahnung vom 24.11.2017 einen Vorfall vom Oktober 2017 abmahnen solle, sei festzustellen, dass sowohl Ermahnung als auch Abmahnung verwirkt seien.

Der Feststellungsantrag sei zulässig, weil die Beklagte auf ihrer Rechtsansicht beharre und weiter die Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ab dem ersten Krankheitstag verlange.

Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, die dem Kläger mit Schreiben vom 17.11.2017 erteilte Ermahnung und die mit Schreiben vom 24.11.2017 erteilte Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen.
2. Es wird festgestellt, dass der Kläger erst verpflichtet ist eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit vorzulegen, aus der auch die voraussichtliche Dauer der Verhinderung hervorgeht, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Arbeitstage andauert. Die ärztliche Bescheinigung ist vor Ablauf des dritten Arbeitstages vorzulegen.

Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat vor dem Arbeitsgericht die Auffassung vertreten, dass der Kläger keinen Anspruch auf Entfernung der Ermahnung und der Abmahnung aus seiner Personalakte habe und der Feststellungsantrag unbegründet sei. Hintergrund der Anweisung vom 18.07.2016 sei insbesondere gewesen, dass der Kläger in den Monaten zuvor jeweils am 08.02.2016, 08.03.2016, 08.04.2016 und 17.05.2016 arbeitsunfähig krank gewesen sei und für diese Tage keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt habe. Auch im Jahr 2015 sei der Kläger im Mai, Juli, August und September jeweils einen Tag ohne Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung arbeitsunfähig krank gewesen. Eine konstitutive Vereinbarung zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei nicht getroffen worden. Es bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass nach der arbeitsvertraglichen Regelung in § 8 b) ein Verlangen nach einer (weiteren) vorzeitigen Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ausgeschlossen worden sein solle. Die Parteien hätten - gemessen an den von der Rechtsprechung aufgestellten hohen Anforderungen an eine konstitutive Regelung - ein Verlangen der Beklagten nach einer (weiteren) Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht ausschließen wollen. Die Beklagte habe mit der Regelung in § 8 b) des Arbeitsvertrages ihr Recht, eine frühere Vorlage der ärztlichen Bescheinigung zu verlangen,

nicht abbedingen wollen. Dafür enthalte diese Regelung keine Anhaltspunkte. Der Kläger habe die Erklärung der Beklagten daher auch nicht dahingehend verstehen dürfen, dass die Beklagte von ihrem Recht nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG keinen Gebrauch machen werde. Die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG seien im Übrigen auch erfüllt. Das Verlangen des Arbeitgebers zur vorzeitigen Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei nicht von weiteren Voraussetzungen abhängig, stehe nicht im gebundenen Ermessen des Arbeitgebers und unterliege keiner Billigkeitskontrolle.

Das Verlangen der Beklagten sei weder schikanös noch willkürlich. Die Anweisung verstoße auch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Auch ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB liege nicht vor, da die Anweisung ergangen sei, weil der Kläger in den Monaten zuvor jeweils einen Tag arbeitsunfähig krank gewesen sei. Es sei unschädlich, dass in der Fußzeile der zweiten Seite der Abmahnung vom 24.11.2017 von „Seite 2 der Ermahnung von F. vom 31.07.2017“ die Rede sei. Dabei handele es sich offensichtlich um ein redaktionelles Versehen. Es seien auch keine Umstände gegeben, die darauf schließen ließen, dass die Beklagte ihr Recht, etwaige Pflichtverletzungen zu rügen, nicht mehr wahrnehmen werde. Ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG habe hinsichtlich der Anweisung vom 18.07.2016 mangels eines kollektiven Tatbestands nicht bestanden. Die Beklagte habe zwar von ihrem Recht nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG Gebrauch gemacht, hierfür jedoch weder eine Regelung aufgestellt, noch sei sie abstrakt-generellen Kriterien gefolgt, noch handele es sich um ein planvolles, nach abstrakten Merkmalen bestimmtes Vorgehen. Vielmehr verlange die Beklagte die vorzeitige Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung stets unter Berücksichtigung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls.

Unter Berücksichtigung der jeweiligen besonderen Umstände des Einzelfalls sei in der Vergangenheit bei einzelnen Mitarbeitern die Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorzeitig verlangt worden, z.B. aufgrund der Häufigkeit von Arbeitsunfähigkeitsmeldungen, bei häufigen Kurzerkrankungen, bei Krankmeldungen ohne Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, aufgrund der zeitlichen Lage von Arbeitsunfähigkeitszeiten oder aber der Ausgestaltung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen. Treffe der Arbeitgeber jedoch für jeden Einzelfall gesondert Anordnungen nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG, ohne hierbei nach einer bestimmten Regel vorzugehen, sei lediglich das Verhältnis des einzelnen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber betroffen.

Das Arbeitsgericht hat die Klage mit Endurteil vom 28.06.2018 abgewiesen (Bl. 83 ff. d.A.). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass für die begehrte Feststellung zwar ein gegenwärtiges, berechtigtes Interesse des Klägers bestehe, der Feststellungsantrag sei aber unbegründet. Der Kläger habe in entsprechender Anwendung der §§ 242, 1004 BGB weder einen Anspruch auf Entfernung der Ermahnung vom 17.11.2017 aus seiner Personalakte noch der Abmahnung vom 24.11.2017. Das dem Kläger in der Ermahnung und der Abmahnung vorgeworfene (Fehl-)Verhalten sei hinreichend konkret bezeichnet und in tatsächlicher Hinsicht unstreitig. Zwischen den Parteien sei unstreitig, dass der Kläger sich am 31.03.2017, 29.05.2017, 21.08.2017 und 02.10.2017 arbeitsunfähig krankgemeldet habe, ohne der Beklagten für diese Tage eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen. Die Beklagte habe das in der Ermahnung und der Abmahnung beanstandete Verhalten des Klägers rechtlich zutreffend als Verletzung seiner arbeitsvertraglichen Pflichten bewertet. Der Kläger sei aufgrund der Anweisung der Beklagten vom 18.07.2016 bzw. 10.08.2016 verpflichtet gewesen, eine Arbeitsunfähigkeit bereits für den ersten Tag einer Arbeitsunfähigkeit ärztlich feststellen zu lassen und der Beklagten die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung unverzüglich vorzulegen. Entgegen der Auffassung des Klägers sei die Anweisung vom 18.07.2016 bzw. 10.08.2016 wirksam.

Der Anweisung der Beklagten stehe die Regelung in § 8 b) des Arbeitsvertrages nicht entgegen. Die Regelung in § 8 b) des Arbeitsvertrages weiche zwar von der gesetzlichen Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG dahingehend ab, als bei einer länger als drei Arbeitstage dauernden Arbeitsunfähigkeit bereits vor Ablauf des dritten Arbeitstages und nicht erst nach Ablauf von drei Arbeitstagen die Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit gefordert werde. Eine abschließende konstitutive Regelung zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung sei hierdurch jedoch nicht getroffen worden. Verträge seien nach § 157 BGB so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Dabei sei nach § 133 BGB ausgehend vom objektiven Wortlaut der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften. Bei der Auslegung seien alle tatsächlichen Begleitumstände der Erklärung zu berücksichtigen, die für die Frage von Bedeutung sein könnten, welchen Willen der Erklärende bei seiner Erklärung gehabt habe und wie die Erklärung von ihrem Empfänger zu verstehen gewesen sei (vgl. nur BAG, Urteil vom 15.09.2009 – 9 AZR 757/08). Gemessen an diesen Grundsätzen bestünden keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass nach der Regelung

in § 8 b) des Arbeitsvertrages ein Verlangen einer (weiteren) vorzeitigen Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung durch die Beklagte ausgeschlossen worden sein solle. § 8 b) des Arbeitsvertrages modifiziere die Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG zwar leicht, erwähne jedoch das EFZG und dessen Regelungen nicht ausdrücklich. Von einer Abbedingung, insbesondere der Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG, könne daher nicht ausgegangen werden.

Die Anweisung der Beklagten verstoße auch nicht gegen § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG. Das Bundesarbeitsgericht unterscheide im Rahmen des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG in ständiger Rechtsprechung zwischen mitbestimmungspflichtigen Maßnahmen, die sich auf das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer, d.h. die Sicherung des ungestörten Arbeitsablaufs und die Gestaltung des Zusammenlebens und Zusammenwirkens der Arbeitnehmer im Betrieb, beziehen, und mitbestimmungsfreien Maßnahmen, die das Verhalten des Arbeitnehmers ohne Bezug zur betrieblichen Ordnung betreffen, weil es sich entweder auf die Arbeitsleistung, d.h. das Arbeits- und Leistungsverhalten des Arbeitnehmers beziehe oder in sonstiger Weise lediglich das Verhältnis Arbeitnehmer/Arbeitgeber betreffe. Hieraus folge eine zweistufige Prüfung: Zunächst sei festzustellen, dass nicht lediglich das Verhältnis des einzelnen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber betroffen sei (kollektiver Bezug); erst wenn dieser kollektive Bezug bejaht werde, sei in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob eine hierauf bezogene Maßnahme sich auf das Arbeits- und Leistungsverhalten oder das Ordnungsverhalten beziehe (LAG Nürnberg, Beschluss vom 07.03.2012 – 2 TaBV 60/10). Vorliegend sei davon auszugehen, dass die Beklagte für jeden Fall gesondert Anordnungen nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG treffe, ohne hierbei nach einer bestimmten Regelung vorzugehen, so dass lediglich das Verhältnis des einzelnen Arbeitnehmers zum Arbeitgeber berührt sei. Es fehle somit an dem für § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG erforderlichen kollektiven Bezug. Der Kläger sei den Ausführungen der Beklagten, dass unter Berücksichtigung der jeweiligen besonderen Umstände des Einzelfalls in der Vergangenheit bei einzelnen Mitarbeitern die Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorzeitig verlangt worden sei, z.B. aufgrund der Häufigkeit von Arbeitsunfähigkeitsmeldungen, bei häufigen Kurzerkrankungen, bei Krankmeldungen ohne Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, aufgrund der zeitlichen Lage von Arbeitsunfähigkeitszeiten oder aber der Ausgestaltung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, letztlich nicht entgegengetreten. Der von der Beklagten geschilderten Vorgehensweise fehle es jedoch entgegen der Auffassung des Klägers an dem erforderlichen kollektiven Bezug. Den Ausführungen der Beklagten lasse sich gerade nicht entnehmen, dass sie eine

abstrakte Regelung aufgestellt habe, die für alle Arbeitnehmer Geltung beanspruche (vgl. BAG, Urteil vom 23.08.2016 – 1 ABR 43/14). Dass in Einzelfällen aufgrund bestimmter Umstände die vorzeitige Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangt werde, lasse noch kein hinreichend planvolles, nach abstrakten Merkmalen bestimmtes Vorgehen der Beklagten erkennen.

Die getroffene Anweisung erfülle die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG. Mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts sei davon auszugehen, dass das Verlangen nach § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG weder einer Begründung noch eines sachlichen Grundes oder besonderer Verdachtsmomente auf Vortäuschen einer Erkrankung in der Vergangenheit bedürfe. Es stehe im nicht gebundenen Ermessen des Arbeitgebers und unterliege keiner Billigkeitskontrolle. Grenzen ergäben sich lediglich aus dem Schikane- und Willkürverbot, aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und aus den Diskriminierungsverboten (BAG, Urteil vom 14.11.2012 – 5 AZR 886/11). Vorliegend sei die Anweisung der Beklagten vom 18.07.2016 nicht ohne jeden Anlass erfolgt. Hintergrund der Anweisung sei vielmehr gewesen, dass der Kläger in den Monaten zuvor – wie auch bereits im Jahr 2015 – mehrere eintägige Erkrankungen aufgewiesen und für diese keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt habe. Keine Rolle spiele insoweit, dass sich die Erkrankung des Klägers am 17.05.2016 letztlich nicht als eintägige Erkrankung dargestellt habe, weil der Kläger bis zum 20.05.2016 erkrankt gewesen sei. Da der Kläger erst ab dem 18.05.2016 eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt habe, handele es sich nämlich unstreitig auch bei dem 17.05.2016 um einen einzelnen Krankheitstag, für den der Beklagten keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des Klägers vorgelegt worden sei. Ohne Bedeutung sei in diesem Zusammenhang auch, dass die Anweisung nicht unmittelbar nach der letzten eintägigen Erkrankung des Klägers am 08.04.2016 bzw. 17.05.2016 erfolgt sei. Aufgrund des weiten Ermessens des Arbeitgebers im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG dürften die Anforderungen an den Arbeitgeber hier vielmehr nicht zu hoch gesetzt werden.

Die Anweisung der Beklagten verstoße auch nicht gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB. Dem Kläger sei zwar zuzugeben, dass die Anweisung zeitnah nach der Erkrankung des Klägers vom 07.07. bis 15.07.2016 erfolgt sei. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte den Kläger hierdurch habe maßregeln wollen, seien jedoch nicht ersichtlich. Dies gelte insbesondere insofern, als der Gesetzgeber dem Arbeitgeber – wie

ausgeführt – im Rahmen des § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG einen weiten Ermessensspielraum einräume, der vorliegend gewahrt sei.

Der Vortrag des Klägers rechtfertige auch nicht die Annahme, die Beklagte habe gegen den gewohnheitsrechtlich anerkannten arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz, der die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer in vergleichbarer Lage verbiete, verstoßen. Der Kläger habe keinen dem seinen vergleichbaren „Fall“ benannt, den die Beklagte anders als bei dem Kläger nicht zum Anlass genommen habe, von ihrem Recht aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG Gebrauch zu machen. Anhaltspunkte für eine Diskriminierung etwa wegen seines Geschlechts oder seines Alters habe der Kläger nicht vorgebracht.

Ermahnung und Abmahnung würden auch nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstoßen. Bei den Vorfällen handele es sich nicht um nur ganz geringfügige Pflichtverletzungen, bei denen die Erteilung einer Ermahnung bzw. Abmahnung aufgrund des Übermaßverbotes ausgeschlossen sei. Die Abmahnung erfülle auch die erforderliche Warnfunktion, da der Kläger für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten aufgefordert worden sei und arbeitsrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung angekündigt worden seien.

Ermahnung und Abmahnung würden sich auch nicht als willkürlich und schikanös erweisen. Insbesondere sei keine Verwirkung eingetreten. Mit dem Bundesarbeitsgericht sei davon auszugehen, dass es keine „Regelausschlussfrist“ gebe, innerhalb derer eine Pflichtverletzung abgemahnt werden müsse (BAG, Urteil vom 14.12.1994 – 5 AZR 137/94). Eine Verwirkung sei zwar möglich, für eine solche fehle es vorliegend jedoch bereits an dem erforderlichen Zeitmoment. So lägen zwischen der Übergabe der Ermahnung am 30.11.2017 und der letzten gerügten Pflichtverletzung vom 21.08.2017 lediglich etwas über drei Monate und zwischen der Übergabe der Abmahnung am 30.11.2017 und der gerügten Pflichtverletzung am 02.10.2017 lediglich knapp zwei Monate. Mit der Ermahnung habe die Beklagte dabei eine seit März 2017 mehrfach aufgetretene Pflichtverletzung und nicht einen lediglich einmaligen Vorfall gerügt (vgl. BAG, a.a.O.). Auch fehle es am hinreichendem Vortrag des Klägers bezüglich des weiter erforderlichen Umstandsmoments. Allein aus dem Umstand, dass die Beklagte die Pflichtverletzungen vom 31.03.2017 und 29.05.2017 nicht umgehend gerügt habe, habe der Kläger nicht folgern können, die Beklagte werde ihr Recht, etwaige

Pflichtverletzungen zu rügen, nicht mehr wahrnehmen. Ohne Bedeutung sei in diesem Zusammenhang auch, dass dem Kläger Ermahnung und Abmahnung zusammen am 30.11.2017 übergeben worden seien. Dem Kläger sei zwar einzuräumen, dass ihm durch dieses Vorgehen der Beklagten nicht ermöglicht worden sei, durch eine Verhaltensänderung auf die Ermahnung zu reagieren. Dies spiele jedoch bei der Frage der Rechtmäßigkeit der Ermahnung bzw. Abmahnung keine Rolle, sondern könne allenfalls in der Zukunft, z.B. bei der Frage der Verhältnismäßigkeit einer etwaigen Kündigung, von Bedeutung sein. Hinsichtlich der Abmahnung sei es letztlich auch ohne Bedeutung, dass sie auf ihrer zweiten Seite in der Fußzeile die Bezeichnung „Seite 2 der Ermahnung von F. vom 31.07.2017“ aufweise. Da die Abmahnung entsprechend ihrer Adressierung auf der ersten Seite und auch hinsichtlich ihres Inhalts klar an den Kläger gerichtet sei, habe dieses offensichtlich redaktionelle Versehen der Beklagten keine weiteren Auswirkungen.

Da die Anweisung der Beklagten vom 18.07.2016 bzw. 10.08.2016 wirksam sei, sei auch der Feststellungsantrag des Klägers unbegründet.

Gegen das dem Kläger am 05.07.2018 zugestellte Urteil hat dieser mit Schriftsatz vom 24.07.2018, der am selben Tag per Telefax beim Landesarbeitsgericht München eingegangen war, Berufung eingelegt, die er mit dem per Telefax am 20.08.2018 eingegangenen Schriftsatz vom selben Tag innerhalb der zweimonatigen Frist begründet hat.

Der Kläger ist der Auffassung, dass das Gericht erster Instanz rechtsirrig davon ausgehe, dass die Anweisungen der Beklagten vom 18.07.2016 bzw. 10.08.2016, mit denen die Beklagte den Kläger auffordere, Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zukünftig bereits ab dem 1. Tag vorzulegen, wirksam seien.

Der Kläger betrachte die in § 8 b) des Arbeitsvertrages vereinbarte Regelung zur Vorlage von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen als vertragliche Vereinbarung, die von der gesetzlichen Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG abweiche und damit eine neue Regelung treffe. Dem Gericht erster Instanz sei nicht dahingehend zu folgen, dass aus dem Text des § 8 b) des Arbeitsvertrages nicht der Wille der Beklagten erkennbar sei, die Vorlagefrist abweichend von der gesetzlichen Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG zu regeln. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Regelung stark, weniger stark oder nur leicht von der Grundregel des EFZG abweiche, sondern darauf, dass es die Beklagte als Verwender der

AGB „Arbeitsvertrag“ den Gesetzestext im Vertrag abwandle. Die Beklagte hätte es auch in der Hand, durch eine Regelung entsprechend dem § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG als Öffnungsklausel in ihrem Arbeitsvertrag zu konstituieren. Die Beklagte als Verwenderin der AGB „Arbeitsvertrag“ hätte es auch völlig unterlassen können, eine vom EFZG abweichende Regelung in den Arbeitsvertrag zu schreiben, so dass es bei der gesetzlichen Regelung geblieben wäre.

Der Kläger teile auch nicht die Auffassung des Gerichts erster Instanz, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Thema nicht um eine Maßnahme handele, die nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zustimmungspflichtig sei, da sie eine Frage der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer betreffe. Da das Vorgehen der Beklagten nicht nur einen, sondern eine ganze Reihe von Arbeitnehmern betroffen habe, die weitgehend zeitgleich die Aufforderung erhalten hätten, sei auch der kollektive Bezug gegeben. Die Behauptung der Beklagten, hier keine abstrakte Regelung aufgestellt zu haben, scheitere aus Sicht des Klägers schon an ihrer eigenen Aufzählung der Kriterien nach denen die Mitarbeiter ausgewählt werden, denen die Personalabteilung das streitgegenständliche Schreiben habe zukommen lassen. Es handele sich offensichtlich um planvolles Handeln der Beklagten nach abstrakten Merkmalen, wenn sie nach den Kriterien Häufigkeit, häufige Kurzerkrankung, Krankmeldung ohne Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, sowie zeitliche Lage von Arbeitsunfähigkeiten entscheide.

Die Ausführungen des Gerichts erster Instanz zum auf der Hand liegenden Maßregelungsverstoß der Beklagten würden nicht überzeugen. Die Aufforderung, die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung in Zukunft bereits ab dem 1. Tag vorzulegen, sei zeitnah nach einer Erkrankung vom 07.07.2016 – 15.07.2016 erfolgt, so dass der entsprechende zeitliche Zusammenhang auf der Hand liege.

Schließlich habe die Beklagte sowohl Ermahnung als auch Abmahnung erst am 30.11.2017 um 20:30 Uhr übergeben und dem Kläger somit zwischen der auf 17.11.2017 datierten Ermahnung und der Abmahnung vom 24.11.2017 überhaupt keine Möglichkeit gegeben, sein Verhalten zu überprüfen.

Der Kläger beantragt:

Unter Abänderung des am 28.06.2018 verkündeten Endurteils des Arbeitsgerichts München, Az. 31 Ca 1313/18, wird die Beklagte verurteilt, die dem Kläger mit Schreiben vom 17.11.2017 erteilte Ermahnung und die mit Schreiben vom 24.11.2017 erteilte Abmahnung aus der Personalakte zu entfernen.

Es wird weiter festgestellt, dass der Kläger erst verpflichtet ist, eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit vorzulegen, aus der sich auch die voraussichtliche Dauer der Verhinderung hervorgeht, wenn die Arbeitsunfähigkeit länger als drei Arbeitstage andauert. Die ärztliche Bescheinigung ist vor Ablauf des 3. Arbeitstages vorzulegen.

Die Beklagte beantragt,

Zurückweisung der Berufung.

Die Beklagte ist der Auffassung, dass die Berufung des Klägers in ihrer Begründung nicht den gesetzlichen Anforderungen der § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO genüge und daher unzulässig sei. Die Berufungsbegründung begnüge sich damit, die rechtliche Würdigung durch das Arbeitsgericht lediglich formelhaft zu rügen.

Die arbeitsvertragliche Regelung in § 8 b) stehe einer Anweisung der Beklagten zur vorzeitigen Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung nicht entgegen. Voraussetzung dafür wäre, dass die Parteien eine konstitutive Vereinbarung zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung getroffen hätten. Nach der Rechtsprechung müssten besondere Anhaltspunkte vorliegen, wenn die Vertragsparteien das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch eine konstitutive Regelung einschränken wollten (BAG, Urteil vom 15.09.2009 – 9 AZR 757/08). Die Beklagte habe mit der Regelung in § 8 b) des Arbeitsvertrages, ihr Recht eine frühere Vorlage der ärztlichen Bescheinigung zu verlangen, nicht abbedungen. Dafür enthalte der Wortlaut des § 8 b) keine Anhaltspunkte. Zudem ließen sich auch aus den Begleitumständen keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass ein weiteres Verlangen

nach einer vorzeitigen Vorlage der ärztlichen Bescheinigung abbedungen werden soll. Zudem modifiziere die arbeitsvertragliche Regelung allenfalls § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG. Hiervon unberührt bleibe allerdings § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG.

Das Verlangen der Beklagten nach einer vorzeitigen Vorlage der Arbeitsbescheinigung stehe nicht im gebundenen Ermessen des Arbeitgebers und unterliege keiner Billigkeitskontrolle. Es bedürfe deshalb weder einer Begründung noch eines sachlichen Grundes. Grenzen ergäben sich lediglich aus dem Schikane- und Willkürverbot, aus dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz und aus den Diskriminierungsverboten. Hintergrund der Anweisung der Beklagten vom 17.07.2016 bzw. 10.08.2016 sei gewesen, dass der Kläger in den Monaten zuvor jeweils an einem Tag arbeitsunfähig krank gewesen sei.

Ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot liege nicht vor. Allein die zeitliche Nähe zwischen der letzten eintägigen Erkrankung des Klägers und der Aufforderung der Beklagten zur vorzeitigen Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung würden keinen Anhaltspunkt für eine Maßregelung begründen.

Es fehle an einem für das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG erforderlichen kollektiven Bezug. Im Betrieb der Beklagten werde nicht nach einem formalisierten Verfahren oder nach einem bestimmten schematischen Muster die vorzeitige Vorlage einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangt. Vielmehr habe dies von den Umständen des jeweiligen Einzelfalles abgehangen, die exemplarisch dargelegt worden seien.

Wegen des Sachvortrags der Parteien im Einzelnen wird Bezug genommen auf die erstinstanzlich gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen vom 06.02.2018 (Bl. 1 ff. d.A.), 22.03.2018 (Bl. 37 ff. d.A.), 12.04.2018 (Bl. 50 ff. d.A.), 19.04.2018 (Bl. 54 d.A.), 17.05.2018 (Bl. 63 ff. d.A.), 08.06.2018 (Bl. 73 f. d.A.), die zweitinstanzlich gewechselten Schriftsätze vom 24.07.2018 (Bl. 105 f. d.A.), 20.08.2018 (Bl. 131 ff. d.A.), 24.08.2018 (Bl. 143 d.A.), 24.10.2018 (Bl. 161 ff. d.A.), 12.11.2018 (Bl. 178 ff. d.A.), 05.12.2018 (Bl. 185 ff. d.A.) sowie den Inhalt der Sitzungsniederschriften vom 22.02.2018 (Bl. 25 f. d.A.), 14.06.2018 (Bl. 78 f. d.A.) und 13.12.2018 (Bl. 189 ff. d.A.).

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat die die Klage zu Recht abgewiesen.

I.

Die Berufung ist zulässig. Sie ist nach § 64 Abs. 1, 2 Buchst. c ArbGG statthaft und form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 66 Abs. 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. §§ 519 Abs. 2, 520 Abs. 3, 222 ZPO. Der Kläger setzt sich in der Begründung seiner Berufung in noch ausreichender Weise mit den Gründen des Ersturteils auseinander.

1. Eine Berufung kann nur darauf gestützt werden, die angegriffene Entscheidung enthalte eine Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) oder rechtfertige nach den nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung. Nach § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG i.V.m. § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 ZPO muss die Berufungsbegründung die Umstände bezeichnen, aus denen sich die Rechtsverletzung durch das angefochtene Urteil und deren Erheblichkeit für das Ergebnis der Entscheidung ergibt. Für die erforderliche Auseinandersetzung mit den Urteilsgründen der angefochtenen Entscheidung reicht es nicht aus, die tatsächliche oder rechtliche Würdigung durch das Arbeitsgericht mit formelhaften Wendungen zu rügen und lediglich auf das erstinstanzliche Vorbringen zu verweisen oder dieses zu wiederholen (BAG, Urteil vom 18.05.2011 – 4 AZR 552/09, NZA 2012, 231, m.w.N.).

2. Vorstehenden Anforderungen wird die Berufungsbegründung des Klägers noch gerecht. So trägt er vor, welche Gründe, die erstinstanzlich vorgetragen wurden, die arbeitsgerichtliche Entscheidung aus seiner Sicht nicht oder nicht ausreichend bei der Prüfung, ob es sich bei § 8 b) des Arbeitsvertrages um eine konstitutive Regelung gehandelt habe, berücksichtige. Auch setzt er sich mit den Ausführungen des Arbeitsgerichts auseinander, wonach der § 8 b) des Arbeitsvertrages zwar leicht von der gesetzlichen Regelung in § 5

Abs. 1 Satz 2 EFZG abweiche, eine konstitutive Regelung dadurch aber nicht geschlossen worden sei. Er ist der Auffassung, dass dem Gericht erster Instanz nicht dahingehend zu folgen sei, dass aus dem Text des § 8 b) des Arbeitsvertrages nicht der Wille der Beklagten erkennbar sei, die Vorlagefrist abweichend von der gesetzlichen Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG zu regeln. Dabei komme es nicht darauf an, ob die Regelung stark, weniger stark oder nur leicht von der Grundregel des EFZG abweiche, sondern darauf, dass die Beklagte als Verwender der AGB „Arbeitsvertrag“ den Gesetzestext im Vertrag abwandle. Außerdem trägt er hinsichtlich der Frage des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats vor, dass ein kollektiver Bezug gegeben sei, da das Vorgehen der Beklagten nicht nur einen, sondern eine ganze Reihe von Arbeitnehmern betroffen habe. Zur Begründung verweist er darauf, dass es sich bei den Aufzählungen der Beklagten offensichtlich um planvolles Handeln der Beklagten nach abstrakten Merkmalen handele.

II.

Die Berufung hat in der Sache keinen Erfolg. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht und mit zutreffender Begründung abgewiesen. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Entfernung der Ermahnung und der Abmahnung aus seiner Personalakte. Die Anweisung der Beklagten vom 17.07.2016 bzw. 10.08.2016 an den Kläger, bereits vom ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit an eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, ist wirksam. Zur Vermeidung von Wiederholungen schließt sich die Kammer ausdrücklich den ausführlichen und zutreffenden Gründen des Ersturteils an und folgt diesen (§ 69 Abs. 2 ArbGG). Von der Darstellung eigener Entscheidungsgründe wird deshalb abgesehen. Im Hinblick auf die Ausführungen des Klägers im Berufungsverfahren ist Folgendes zu ergänzen:

1. Dem Verlangen der Beklagten im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG nach einer vorzeitigen Vorlage der Arbeitsbescheinigung ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit steht die arbeitsvertragliche Regelung in § 8 b) nicht entgegen. Dies wäre nur der Fall, wenn die Parteien arbeitsvertraglich in § 8 b) eine konstitutive Vereinbarung zur Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung getroffen hätten. Dies ist jedoch nicht der Fall.

a) Wollen die Vertragsparteien das Weisungsrecht des Arbeitgebers durch eine konstitutive Regelung einschränken, müssen hierfür konkrete Anhaltspunkte bestehen (vgl. BAG, Urteil vom 15.09.2009 – 9 AZR 757/08, NZA 2009, 1333). Die vorliegende arbeitsvertragliche Regelung, die eine Attestvorlage bei länger als drei Tage andauernder Arbeitsunfähigkeit für den dritten Tag vorsieht, stellt keine konstitutive besserstellende Bestimmung dar, die gemäß § 12 EFZG das Recht des Arbeitgebers aus § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ausschließt. Der Kläger hat solche besonderen Umstände, die ihn berechtigt hätten, darauf zu vertrauen, dass die Beklagte die Vorlage des Attestes nicht bereits vor dem dritten Tag verlangen kann, nicht behauptet. Sie sind auch nicht ersichtlich. Die Regelung in § 8 b) des Arbeitsvertrages modifiziert die Attestvorlage insoweit, als der Arbeitgeber die Vorlage bereits am dritten Tag, also einen Tag früher als die gesetzliche Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG verlangt. Dass dadurch das Recht des Arbeitgebers gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG, die ärztliche Bescheinigung (noch) früher zu verlangen, tangiert, insbesondere nunmehr ausgeschlossen sein soll, ist weder dem Wortlaut der vertraglichen Regelung noch im Wege der Auslegung (§§ 133, 157 BGB) dieser Regelung zu entnehmen.

b) Nach §§ 133, 157 BGB sind Verträge so auszulegen, wie die Parteien sie nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen mussten. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Zur Ermittlung des wirklichen Willens der Parteien sind jedoch auch die außerhalb der Vereinbarung liegenden Umstände einzubeziehen, soweit sie einen Schluss auf den Sinngehalt der Erklärung zulassen. Ebenso sind die bestehende Interessenlage und der mit dem Rechtsgeschäft verfolgte Zweck zu berücksichtigen (st. Rspr., vgl. etwa BAG, Urteil vom 10.12.2014 – 10 AZR 63/14, NZA 2015, 483). Wird für die Erklärung ein Formular des Arbeitgebers verwendet, ist analog § 305 c Abs. 2 BGB darauf abzustellen, wie der Arbeitnehmer das Formular verstehen durfte (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 77. Aufl., § 133, Rn. 10). Der Regelungsgehalt des § 8 b) des Arbeitsvertrags ist weder überraschend i.S.v. § 305c Abs. 1 BGB, noch unklar i.S.v. § 307 Abs. 3 Satz 2, Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 BGB. Vertragsbestimmungen, die ausdrücklich nur einen Teil des Sachverhalts regeln – hier die Attestvorlage bereits am dritten Tag – und im Übrigen konkludent auf das Gesetzesrecht verweisen, entsprechen einer nicht nur im Arbeitsrecht gebräuchlichen und durchschaubaren Regelungstechnik (vgl. BAG, Urteil vom 14. März 2007 – 5 AZR 630/06, Rn. 28 f., NZA 2008, 45). Sinn des Transparenzgebotes ist es, der Gefahr vorzubeugen, dass der Arbeitnehmer von der Durchsetzung bestehender Rechte

abgehalten wird. Bei der streitgegenständlichen Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 2 EFZG ist aber nicht ein Recht des Arbeitnehmers geregelt, sondern eine Pflicht. Dass besondere Umstände den Kläger berechtigt hätten, darauf zu vertrauen, dass die Beklagte die Vorlage des Attestes wegen der vertraglichen Regelung nicht wie gesetzlich vorgesehen bereits vor dem dritten Tag verlangen kann, ist nicht ersichtlich und kann auch nicht aus – hier nicht vorgetragenen – Begleitumständen entnommen werden. Aufgrund der arbeitgeberseitig bestehenden Interessenlage, das gesetzlich eingeräumte Recht ausüben und die Attestvorlage im Einzelfall auch früher verlangen zu können, kann von einer konstitutiven, eigenständigen Regelung, die die Anwendung des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG ausschließt, nicht ausgegangen werden. Auch bietet der Wortlaut der Regelung keinerlei Anhaltspunkte für die Annahme eines Ausschlusses der Regelung in § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG. Vielmehr ist der vom Klägervertreter geforderte ausdrückliche Hinweis auf die Geltung der gesetzlichen Regelung des § 5 Abs. 1 Satz 3 EFZG wegen des hier anzunehmenden konkludenten Verweises entbehrlich.

2. Bei der Anweisung der Beklagten vom 17.07.2016 bzw. 10.08.2016 an den Kläger, bereits vom ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit an eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorzulegen, handelt sich auch nicht um eine gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG zustimmungspflichtige Maßnahme.

Ein kollektiver Bezug der arbeitgeberseitigen Anordnung, der für die Anwendbarkeit des § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG hier erforderlich wäre, ist nicht ersichtlich. Die Ausführungen des Klägers, dass das Vorgehen der Beklagten eine ganze Reihe von Arbeitnehmern betroffen habe, die weitgehend zeitgleich die Aufforderung erhalten hätten, ist völlig unsubstantiiert und deshalb nicht berücksichtigungsfähig. Wenn die Beklagte vorträgt, dass sie nach den Kriterien Häufigkeit, häufige Kurzerkrankung, Krankmeldung ohne Arbeitsunfähigkeit sowie zeitliche Lage von Arbeitsunfähigkeitszeiten entscheide, dann bestätigt das ihren Vortrag, wonach gerade kein abstrakt generelles Vorgehen der Beklagten vorgelegen habe, sondern sie jeweils eine Entscheidung im Einzelfall trifft. Eine solche Maßnahme ist nicht mitbestimmungspflichtig und unterliegt nur den allgemeinen Schranken jeder Rechtsausübung.

3. Das Verlangen der Beklagten nach einer vorzeitigen Vorlage der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung steht im nicht gebundenen Ermessen des Arbeitgebers und unterliegt keiner Billigkeitskontrolle. Ihre Grenze findet das Verlangen nach einer Vorlage der ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung schon ab dem ersten Tag einer Erkrankung in den allgemeinen Schranken jeder Rechtsausübung, insbesondere darf das Verlangen nicht schikanös oder willkürlich sein und weder gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz noch gegen Diskriminierungsverbote verstoßen (BAG, Urteil vom 14. November 2012 – 5 AZR 886/11, NZA 2013, 322, Rn. 15). Die Anweisung der Beklagten vom 17.07.2016 bzw. 10.08.2016 erfolgte nicht ohne jeglichen Anlass. Es ist unstreitig, dass der Kläger in den Monaten zuvor wiederholt an einem Tag arbeitsunfähig gewesen ist, nämlich am 08.02.2016, 08.03.2016 und 08.04.2016. Für diese Tage hat der Kläger der Beklagten – entsprechend der zuvor geltenden vertraglichen Regelung – keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen vorgelegt. Dass die Maßnahme in einem engen zeitlichen Zusammenhang mit der letzten Erkrankung des Klägers vom 07.07. bis 15.07.2016 lag, für die er eine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vorgelegt hatte, macht sie weder schikanös noch willkürlich. Denn das vorherige wiederholte Erkranken des Klägers gab der Beklagten einen berechtigten Anlass, die Attestvorlage künftig früher zu verlangen. Die Tatsache, dass zwischen dem letzten Einzelkrankheitstag und der Anordnung etwas mehr als drei Monate lagen macht sie – angesichts des berechtigten Anlasses – weder schikanös noch willkürlich.

4. Ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot liegt nicht vor. Die Beklagte hat ihr Recht gemäß § 5 Abs. 1 Satz 3 BGB ausgeübt. Die rechtmäßige Ausübung arbeitgeberseitiger Rechte schließt einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB aus.

III.

Der Kläger hat die Kosten seiner erfolglosen Berufung zu tragen, § 97 Abs. 1 ZPO.

IV.

Für die Zulassung der Revision bestand kein Grund i.S.d. § 72 Abs. 2 ArbGG, da dem Rechtsstreit über die Klärung der konkreten Rechtsbeziehung der Parteien hinaus keine grundsätzliche Bedeutung zukommt.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diese Entscheidung ist ein Rechtsmittel nicht gegeben; auf § 72 a ArbGG wird hingewiesen.

Neubert-Vardon

Holzapfel

Obeser