

Arbeitsgericht Offenbach am Main

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

§§ 935, 940 ZPO, § 618 BGB

- 1. Macht der Arbeitnehmer geltend, dass er im Eilrechtsschutz seinen Beschäftigungsanspruch im nicht beendeten Arbeitsverhältnis durchsetzen möchte, so wird der hierzu erforderliche Eilrechtsgrund in aller Regel bejaht. Er besteht darin, dass der Beschäftigungsanspruch als Fixschuld mit jedem Tag der Nichtbeschäftigung unmöglich wird und der Rechtsverlust daher irreversibel ist.**
- 2. Macht der Arbeitnehmer seinen Beschäftigungsanspruch im Eilrechtsschutz hingegen nach einer umstrittenen Ausübung des Direktionsrechts geltend, so ist die Situation eine andere. Dem Arbeitnehmer wird hier nicht das Recht genommen, überhaupt beschäftigt zu werden. Der Arbeitgeber bietet regelmäßig die Beschäftigung des Arbeitnehmers zu geänderten Bedingungen an. Da eine Beschäftigung in diesen Fällen stets möglich ist, ist das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht folgende ideelle Interesse an einer Beschäftigung weniger beeinträchtigt als in den Fällen, in denen der Arbeitgeber eine Beschäftigung des Arbeitnehmers gänzlich ablehnt.**
- 3. In einem solchen Fall ist es dem Arbeitnehmer in der Regel nicht unzumutbar, der Anweisung zunächst Folge zu leisten und deren Rechtmäßigkeit sodann im Hauptsacheverfahren überprüfen zu lassen.**

ArbG Offenbach, Urteil vom 03.02.2021, Az.: 4 Ga 1/21

Tenor:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurück gewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits hat der Verfügungskläger zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird festgesetzt auf Euro 3881,26.

Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen. Die Statthaftigkeit der Berufung nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes bleibt hiervon unberührt.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Berechtigung der Verfügungsbeklagten (im Folgenden Beklagte), den Zutritt zum Werksgelände davon abhängig zu machen, dass der Verfügungskläger (im Folgenden Kläger) einen negativen Covid-19-Test vorweist.

Der am 1959 geborene Kläger steht bei der Beklagten seit dem 4. April 1986 im Arbeitsverhältnis. Er ist als Staplerfahrer tätig und erhält eine monatliche Vergütung in Höhe von Euro 3.881,26 brutto. Die Beklagte unterhält in A eine Gießerei mit 32

Mitarbeitern sowie bis zu 7 weiteren Aushilfen. Es handelt sich um eine Produktionshalle. Alle Mitarbeiter sind angewiesen, den Sicherheitsabstand von 1,5 Meter einzuhalten. Sofern dies nicht möglich ist besteht eine Verpflichtung zum Tragen von medizinischen Mund-Nasen-Schutz. Über mehrere Tage gesehen ist es so, dass jeder Mitarbeiter mit jedem anderen Kollegen Kontakt hat.

Mit E-Mail vom 6. Januar 2021 (BI. 8 d.A.) teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass Mitarbeiter sowie Externe nur mit einem negativen Covid-Test Zutritt auf das Firmengelände erhalten. Am 13. Januar 2021 schloss die Beklagte mit dem Betriebsrat eine Betriebsvereinbarung über die Einführung von Corona Schnelltests (im Folgenden BV). Diese enthält folgende Regelung:

2. Corona-Schnelltests

2.1 Besteht ein begründeter Verdacht, dass sich Mitarbeiter mit dem Sars-CoV-2-Virus in dem Betrieb angesteckt haben oder ist das Risiko, dass sich Mitarbeiter mit dem Sars-CoV-2-Virus im Betrieb anstecken könnten deutlich erhöht, kann die Gesellschaft verlangen, dass sich alle oder einzelnen Mitarbeiter vor Arbeitsbeginn einem Corona-Schnelltest unterziehen. Ein erhöhtes Risiko liegt beispielsweise vor, wenn in dem Landkreis, in dem der Betrieb liegt, nach den Veröffentlichungen des RKI im Durchschnitt von sieben Kalendertagen mehr als 200 Personen je 100.000 Einwohner dieses Landkreises mit dem SARS-CoV-2-Virus infiziert wurden. Man kann ebenfalls davon ausgehen, dass aufgrund erhöhter Kontaktfrequenzen während der Weihnachtsfeiertage und Silvester ein erhöhtes Risiko vorliegt. Um ausschließen zu können, dass infizierte Kollegen die Arbeit nach den Weihnachtsfeiertagen aufnehmen und andere Kollegen infizieren haben wir uns entschieden Schnelltests anzubieten. Aufgrund des Risikos wird eine doppelte Testung durchgeführt: der erste Test am ersten Tag der Arbeitsaufnahme nach den Feiertagen und der zweite Test 5 Tage später. Gleiches gilt für Mitarbeiter, die in 2021 aus Urlaub oder Krankenstand (ab 14 Tagen), Elternzeit etc. in den Betrieb zurückkehren.

Wegen der weiteren Einzelheiten der BV wird auf BI. 20 ff d.A. verwiesen.

Mit Schreiben vom 20. und 29. Januar 2021 erteilte die Beklagte dem Kläger eine Abmahnung wegen unentschuldigtem Fernbleibens von der Arbeit am 18. Januar 2021 und 25. Januar 2021. Die Beklagte zahlt für den Zeitraum ab 18. Januar 2021 kein Entgelt.

Der Kläger behauptet, es seien mildere Mittel möglich; die Einhaltung der Maskenpflicht und die Abstandsregelungen seien ausreichend geeignet, erforderlich und angemessen, um einen Schutz vor Ansteckung mit Covid-19 zu gewährleisten; die Annahme, ein erhöhtes Risiko liege aufgrund erhöhter Kontaktfrequenz während der Weihnachtsfeiertage und Silvester vor, sei nicht bewiesen; die asymptomatische Übertragung des Virus sei nicht bewiesen; der PCR-Test sei nicht (alleine) geeignet, um das Vorhandensein eines Virus oder das Vorliegen einer Infektion festzustellen.

Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte sei verpflichtet, dem Kläger einen vertragsgemäßen Arbeitsplatz anzubieten; sie sei nicht berechtigt, den Zutritt zum Werksgelände von einem negativen Covid-Test abhängig zu machen; die Anweisung verstoße gegen das Recht auf Selbstbestimmung; die vorläufige Durchsetzung des Beschäftigungsanspruchs im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes erfordere beim Verfügungsgrund weder ein gesteigertes Beschäftigungsinteresse noch eine Abwägung der Interessen beider Vertragsparteien; einer besonderen Dringlichkeitssituation bedürfe es nicht, weil sich die Dringlichkeit der vorläufigen Regelung bereits aus der besonderen Rechtsnatur des Beschäftigungsanspruchs ergäbe und daraus, den endgültigen Verlust des festgestellten Rechts durch die lange Dauer eines entsprechenden Hauptsachverfahrens zu vermeiden.

Der Kläger beantragt,

Die Beklagte wird verurteilt, bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache dem Kläger zum Zwecke der Erbringung seiner vertraglich geschuldeten Arbeitsleistung den Zutritt zu ihrem Werksgelände in der xxx in A zu gestatten, ohne dass der Kläger zuvor an einem Covid-19-Test teilnehmen muss oder einen Test mit negativem Ergebnis vorlegen muss.

Die Beklagte beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Zur Ergänzung des Tatbestandes wird auf die jeweils gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie auf die Sitzungsniederschrift vorn 3. Februar 2021 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist unbegründet. Es besteht kein Verfügungsgrund.

Der Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt voraus, dass Tatsachen vorgetragen und glaubhaft gemacht werden, aus denen sich herleiten lässt, dass eine Entscheidung im Eilverfahren zur Abwehr wesentlicher Nachteile erforderlich ist (§§ 935, 940 ZPO). Geht es der Sache nach um eine Vorwegnahme der Hauptsache, so sind an eine solche Befriedigungsverfügung grundsätzlich strenge Anforderungen zu stellen. Allerdings muss stets auch der so genannte Justizgewährungsanspruch, der seine Grundlage im Rechtsstaatsprinzip hat (Art. 20 Abs. 3 GG), ausreichend beachtet werden. Eine Befriedigungsverfügung kann demnach erforderlich sein, wenn sie das praktisch einzige Mittel ist, das Recht des Gläubigers zu schützen. Auf der anderen Seite muss beachtet werden, dass das rechtsstaatliche Gebot des effektiven Rechtsschutzes nicht nur für den Gläubiger, sondern auch für den Schuldner gilt. Entscheidend ist daher eine an dem "Gebot der Ausgewogenheit des einstweiligen Rechtsschutzes" ausgerichtete prozessrechtliche Abwägung der Interessen beider Parteien im jeweils gegebenen Einzelfall (vgl. LAG München vom 18. September 2002, 5 Sa 619/02, zitiert nach juris).

Macht der Arbeitnehmer geltend, dass er im Eilrechtsschutz seinen Beschäftigungsanspruch im nicht beendeten Arbeitsverhältnis durchsetzen möchte, so wird der hierzu erforderliche Eilrechtsgrund in aller Regel bejaht (vgl. Hess. LAG 10. Mai 2010, 16 SaGa 341/10, zitiert nach juris). Er besteht darin, dass der Beschäftigungsanspruch als Fixschuld mit jedem Tag der Nichtbeschäftigung unmöglich wird (§ 275 Abs. 1 BGB) und der Rechtsverlust daher irreversibel ist.

Macht der Arbeitnehmer seinen Beschäftigungsanspruch im Eilrechtsschutz hingegen nach einer umstrittenen Ausübung des Direktionsrechts geltend, so ist die Situation eine andere. Dem Arbeitnehmer wird hier nicht das Recht genommen, überhaupt beschäftigt zu werden. Der Arbeitgeber bietet regelmäßig die Beschäftigung des Arbeitnehmers zu geänderten Bedingungen an. Da eine Beschäftigung in diesen Fällen stets möglich ist, ist das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 1, 2 Abs. 1 GG) folgende ideelle Interesse an einer Beschäftigung weniger beeinträchtigt als in den Fällen, in denen der Arbeitgeber eine Beschäftigung des Arbeitnehmers gänzlich ablehnt. Der Arbeitnehmer ist nicht zur Untätigkeit gezwungen. Er kann sich weiterhin durch die Annahme der angebotenen Arbeit im Arbeitsleben verwirklichen und seine soziale Stellung nach außen halten. Es geht in diesen Fällen zumeist um die zwischen den Parteien strittige Frage, ob die Ausübung des Direktionsrechts durch den Arbeitgeber wirksam war oder nicht. Der Verlust des Beschäftigungsanspruchs im Allgemeinen steht aber nicht zur Debatte.

In einem solchen Fall ist es dem Arbeitnehmer in der Regel nicht unzumutbar, der Anweisung zunächst Folge zu leisten und deren Rechtmäßigkeit sodann im Hauptsacheverfahren überprüfen zu lassen (vgl. LAG Hessen vom 15. Februar 2011, 13 SaGa 1934/10, zitiert nach juris). Der Arbeitnehmer kann sich aber auch unter Inkaufnahme der Risiken weigern, der Anweisung Folge zu leisten. Unter Umständen kann er auch befugt sein, die Arbeitsleistung vollständig einzustellen. Zu seiner Absicherung kann er dabei aber keine einstweilige Verfügung erwirken, da eine solche lediglich eine gutachterliche Stellungnahme zur Berechtigung der Arbeitsverweigerung darstellt.

Nur ausnahmsweise können die entsprechenden Anträge im Einstweiligen Verfügungsverfahren nach diesen Grundsätzen Erfolg haben. Angesichts der Herleitung des Beschäftigungsanspruchs und des komplementären Unterlassungsanspruchs auf vertragswidrige Beschäftigung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht erscheint es sachgerecht, nur solchen Begehren zu folgen, die das allgemeine Persönlichkeitsrecht berühren. Dies ist zunächst der Fall, wenn die Rechtswidrigkeit der Arbeitgeberweisung offenkundig ist. Von den Fällen einer offenkundigen Rechtswidrigkeit abgesehen erfordert die Bejahung eines Verfügungsgrundes für eine entsprechende Einstweilige Verfügung ein gesteigertes Abwehrinteresse des Arbeitnehmers, wie es bei erheblichen Gesundheitsgefahren, einer drohenden irreparablen Schädigung des beruflichen Ansehens des Arbeitnehmers oder bei schweren Gewissenkonflikten bestehen kann. In derart gelagerten Fällen ist dann das Interesse des Arbeitnehmers an einer gerichtlich beschiedenen Unverbindlichkeit der Leistungsbestimmung gegen das Interesse des Arbeitgebers an der Durchsetzung der erteilten Weisung abzuwägen. Je mehr für den Verfügungsanspruch des Arbeitnehmers spricht, desto weniger schutzbedürftig sind die Interessen des Arbeitgebers an der Realisierung der angeordneten Maßnahme (vgl. HLAG vom 15. Februar 2011, 13 SaGa 1934/10, zitiert nach juris).

Die Anordnung, vor Zutritt zum Werksgelände einen negativen Corona-Test vorzulegen, ist nicht offenkundig rechtswidrig.

Der Arbeitgeber hat gemäß § 618 Abs. 1 BGB sicherzustellen, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahren für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet. Die entsprechende öffentlich-rechtliche Pflicht des Arbeitgebers ergibt sich aus § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG. Nach dieser Vorschrift muss der Arbeitgeber unter Berücksichtigung der Umstände, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes treffen.

Die Anordnung der Beklagten dient dem Schutz der Gesundheit der Arbeitnehmer. Mit ihr soll vermieden werden, dass sich Mitarbeiter mit dem SARS-CoV-2 Virus im Betrieb anstecken.

Das gemäß § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG bestehende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ist gewahrt. Die Betriebsparteien haben am 13. Januar 2021 eine Betriebsvereinbarung geschlossen, welche regelt, unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber einen Corona-Schnelltest verlangen kann. Die Voraussetzungen liegen vor. Nach der Betriebsvereinbarung besteht die Berechtigung der Beklagten, am ersten Tag der Arbeitsaufnahme nach den Feiertagen einen Corona-Schnelltest zu verlangen.

Die maßgebliche Regelung ist nicht offensichtlich unverhältnismäßig.

Anhaltspunkte dafür, dass gerade von dem Kläger kein Risiko ausgeht, sind nicht dargetan. Dabei kann dahinstehen, ob asymptomatisch Infizierte das Virus übertragen können. Nach Angaben des Robert Koch-Instituts steckt sich ein relevanter Anteil von

Personen bei infektiösen Personen innerhalb von 1-2 Tagen vor deren Synptombeginn an.

Die Durchführung eines Corona-Schnelltests ist geeignet, um den Nachweis von SARS-CoV- 2 zu erbringen. Dies ergibt sich aus der Empfehlung des Robert Koch-Instituts, wonach bei Verdacht auf das Vorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 Untersuchung aus den oberen Atemwegen entnommen werden sollen.

Die Testung ist auch nicht offensichtlich unangemessen. Das Übermaßverbot ist gewahrt, wenn die Regelung bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe für den Betroffenen noch zumutbar ist. Erforderlich ist dabei eine umfassende Abwägung der betroffenen Belange. Das Ergebnis hängt im vorliegenden Zusammenhang weitgehend von den Gegebenheiten des Betriebes und seiner Belegschaft ab. Diese zu beurteilen und zu gestalten, ist in erster Linie Sache von Arbeitgeber und Betriebsrat. Die Mitwirkung des Betriebsrats sichert die gleichberechtigte Teilhabe der von ihm repräsentierten Arbeitnehmer an einer Entscheidung und damit grundsätzlich auch eine angemessene Vertretung ihrer Interessen. Den Betriebspartnern steht bei der Bewertung und beim Ausgleich der zu berücksichtigenden betrieblichen Belange und der einander widerstreitenden Interessen ein breiter Gestaltungsspielraum zu (vgl. BAG vom 19. Januar 1999, 1 ABR 499/98, zitiert nach juris). Die für die Testung angeführten Gründe des Gesundheitsschutzes sind beachtlich. Die weltweite Ausbreitung von CO-VID-19 wurde am 11. März 2020 von der WHO zu einer Pandemie erklärt. Nach der Bewertung des Robert Koch-Instituts handelt es sich weltweit, in Europa und in Deutschland um eine sehr dynamische und ernst zu nehmende Situation. Dagegen ist die Beeinträchtigung des Getesteten von kurzer Dauer und niedrigschwelliger Intensität. Mit einem Abstrich wird der Körper lediglich berührt, ohne die Substanz zu beeinträchtigen. Es ist nicht eindeutig feststellbar, dass andere Maßnahmen gleich geeignet sind. Die vorliegende epidemische Lage ist durch erhebliche Ungewissheiten und sich ständig weiterentwickelnden fachlichen Erkenntnissen geprägt.

Ein gesteigertes Abwehrinteresse ist nicht dargetan.

Schließlich geht auch die gebotene Folgenabwägung zu Lasten des Klägers aus. Ergeht die begehrte einstweilige Verfügung nicht, kann der Kläger gleichwohl seine Arbeitsleistung erbringen, wenn er sich testen lässt. Dies stellt zwar eine Beeinträchtigung der körperlichen Integrität dar. Sie ist jedoch, wie bereits dargelegt, von kurzer Dauer und niederschwelliger Intensität. Erginge die einstweilige Verfügung, könnten durch den dadurch ermöglichten Zutritt des Klägers ohne negativen Covid-19 Test auf das Werksgelände hochrangige Rechtsgüter wie Leib und Leben der dort tätigen Personen gefährdet werden. Auch von einzelnen nicht getesteten Personen kann ein Ansteckungsrisiko ausgehen. Es ist nicht dargetan, dass gerade von dem Kläger ein zu vernachlässigendes Risiko ausgehen soll. Bei Gegenüberstellung dieser jeweils zu erwartenden Folgen muss das Interesse des Klägers, sich keinem Test unterziehen zu müssen, gegenüber dem Interesse der Beklagten an der Eindämmung und Kontrolle des Infektionsgeschehens mit dem SARS-CoV-2-Virus zurücktreten. Die Nachteile, die für den Kläger mit einer Testung verbunden sind, überwiegen in Ausmaß und Schwere nicht die Nachteile, die im Fall seiner Ausnahme aus der Testpflicht potentiell für hohe Rechtsgüter andere Personen eintreten könnten (vgl. BVerfG vom 25. August 2020, 1 BA 1981/20 zur Testpflicht von Einreisenden aus Risikogebieten).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG. Der Kläger hat als unterliegende Partei die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes ergibt sich aus dem Bruttomonatsgehalt des Klägers.

Gründe, die die Zulassung der Berufung gemäß § 64 Abs. 3 ArbGG begründen könnten, sind nicht ersichtlich.