



Im Namen des Volkes Urteil

In der Rechtssache

[REDACTED]

[REDACTED]

- Klägerin -

[REDACTED]

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

[REDACTED]

[REDACTED]

- Beklagte -

hat das Arbeitsgericht Freiburg – 2. Kammer –
durch die Richterin am Arbeitsgericht (sV) Dr. Schmiegel,
die ehrenamtliche [REDACTED] und den ehrenamtlichen [REDACTED]
auf die mündliche Verhandlung vom 29.06.2022

für Recht erkannt:

1. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin zu den bisherigen Bedingungen als Kinderkrankenschwester zu beschäftigen.
2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin zu bezahlen
 - Lohn für Januar 2022 in Höhe von 1.129,20 EUR brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 01.02.2022,
 - Lohn für Februar 2022 in Höhe von 1.129,20 EUR brutto abzüglich 198,99 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 01.03.2022,

- Lohn für die Zeit vom 01. bis 25. März 2022 in Höhe von 910,65 EUR brutto abzüglich 184,25 EUR netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 01.03.2022.
- 3. Von den Kosten des Rechtsstreits hat die Klägerin 90 % und die Beklagte 10 % zu tragen.
- 4. Der für die Beschwer maßgebliche Streitwert wird auf 3.915,01 EUR festgesetzt.
- 5. Die – ohnehin statthafte – Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

Tatbestand

Die Parteien streiten um einen Beschäftigungsanspruch sowie um Vergütungsansprüche aus einem Arbeitsverhältnis.

Die Beklagte betreibt unter anderem das [REDACTED]. Die 42-jährige Klägerin ist dort seit 01.03.2001 bei der Beklagten bzw. bei deren Rechtsvorgängerin als Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin angestellt. Sie arbeitete im Herbst 2021 auf der neonatologischen Station und stand bei der Ausübung ihrer Tätigkeit in unmittelbarem Kontakt zu den vulnerablen Patienten. Ihre aktuelle Vergütung beläuft sich bei einem 25 %-Deputat aktuell auf monatlich durchschnittlich 1.129,20 EUR brutto. Gemäß X (a) S. 1 der Anlage 1 zu den in Bezug genommenen AVR Caritas sind die monatlichen Festbezüge so rechtzeitig zu zahlen, dass die Klägerin am letzten Werktag des Kalendermonats darüber verfügen kann.

Die Beklagte muss so weit wie möglich verhindern, dass die Patienten während ihres Aufenthalts im Krankenhaus – zum Beispiel durch eine Infektion mit dem SARS-CoV-2-Virus – geschädigt werden. Angesichts der Systemrelevanz von Krankenhäusern liegt ihr auch daran zu vermeiden, dass Beschäftigte sich während der Arbeit anstecken und in der Folge zeitweise nicht arbeiten können.

Institutionen wie die Bundesregierung, das Bundesgesundheitsministerium (z.B. in der Veröffentlichung vom 11.02.2022, Anlage B1, ABl. 46 ff), die Ständige Impfkommision, die EMA und das BVerfG (Beschluss vom 10.02.2022 – 1 BvR 2649/21) sehen eine vollständige Impfung als bestmöglichen Schutz gegen COVID-19 bzw. als wesentlichen und wichtigen Baustein des Schutzes an. Die Impfung kann allerdings im Einzelfall schwerwiegende Nebenwirkungen auslösen.

Die Bundesländer beschlossen auf der Bund-Länder-Konferenz vom 18.11.2021, dass eine einrichtungsbezogene Impfpflicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 für alle Beschäftigten in Krankenhäusern bei Kontakt zu vulnerablen Personen eingeführt werden soll. In der Folge trat am 12.12.2021 § 20a IfSG in Kraft (mit Änderungen ab 19.03.2022). Es heißt dort, soweit hier von Interesse:

(1) Folgende Personen müssen ab dem 15. März 2022 entweder geimpfte oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nummer 2 oder Nummer 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sein:

1. Personen, die in folgenden Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind:

a) Krankenhäuser, ...

Satz 1 gilt nicht für Personen, die auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden können.

(2) Personen, die in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, haben der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens bis zum Ablauf des 15. März 2022 folgenden Nachweis vorzulegen:

1. einen Impfnachweis im Sinne des § 2 Nummer 3 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung,
2. einen Genesenennachweis im Sinne des § 2 Nummer 5 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung oder
3. ein ärztliches Zeugnis darüber, dass sie auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden können.

Wenn der Nachweis nach Satz 1 nicht bis zum Ablauf des 15. März 2022 vorgelegt wird oder wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten zu übermitteln. Die oberste Landesgesundheitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann bestimmen, dass

1. der Nachweis nach Satz 1 nicht der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens, sondern dem Gesundheitsamt oder einer anderen staatlichen Stelle gegenüber zu erbringen ist,
2. die Benachrichtigung nach Satz 2 nicht durch die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens, sondern durch die nach Nummer 1 bestimmte Stelle zu erfolgen hat,
3. die Benachrichtigung nach Satz 2 nicht gegenüber dem Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, sondern gegenüber einer anderen staatlichen Stelle zu erfolgen hat.

(3) Personen, die in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen ab dem 16. März 2022 tätig werden sollen, haben der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens vor Beginn ihrer Tätigkeit einen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 vorzulegen. Wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten zu übermitteln. Absatz 2 Satz 3 gilt entsprechend. Eine Person nach Satz 1, die keinen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 vorlegt, darf nicht in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen beschäftigt werden. Eine Person nach Satz 1, die über keinen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 verfügt oder diesen nicht vorlegt, darf nicht in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig werden. Die oberste Landesgesundheitsbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle kann allgemeine Ausnahmen von den Sätzen 4 und 5 zulassen, wenn das Paul-Ehrlich-Institut auf seiner Internetseite einen Lieferengpass zu allen Impfstoffen mit einer Komponente gegen das Coronavirus SARS-CoV-2, die für das Inverkehrbringen in Deutschland zugelassen oder genehmigt sind, bekannt gemacht hat; parallel importierte und parallel vertriebene Impfstoffe mit einer Komponente gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 bleiben unberücksichtigt.

(4) Soweit ein Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 ab dem 16. März 2022 seine Gültigkeit auf Grund Zeitablaufs verliert, haben Personen, die in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig sind, der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens einen neuen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 innerhalb eines Monats nach Ablauf der Gültigkeit des bisherigen Nachweises vorzulegen. Wenn der neue Nachweis nach Satz 1 nicht innerhalb dieses Monats vorgelegt wird oder wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten zu übermitteln. Absatz 2 Satz 3 gilt entsprechend.

(5) Die in Absatz 1 Satz 1 genannten Personen haben dem Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, auf Anforderung einen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 vorzulegen. Bestehen Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises, so kann das Gesundheitsamt eine ärztliche Untersuchung dazu anordnen, ob die betroffene Person auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 geimpft werden kann. Das Gesundheitsamt kann einer Person, die trotz der Anforderung nach Satz 1 keinen Nachweis innerhalb einer angemessenen Frist vorlegt oder der Anordnung einer ärztlichen Untersuchung nach Satz 2 nicht Folge leistet, untersagen, dass sie die dem Betrieb einer in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtung oder eines in Absatz 1 Satz 1 genannten Unternehmens dienenden Räume betritt oder in einer solchen Einrichtung oder einem solchen Unternehmen tätig wird. Widerspruch und Anfechtungsklage gegen eine vom Gesundheitsamt nach Satz 2 erlassene Anordnung oder ein von ihm nach Satz 3 erteiltes Verbot haben keine aufschiebende Wirkung.

(6) Die Absätze 1 bis 5 gelten nicht für die in den Einrichtungen oder von den Unternehmen behandelten, betreuten, gepflegten oder untergebrachten Personen.

(7) Durch die Absätze 1 bis 5 wird das Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit (Artikel 2 Absatz 2 Satz 1 des Grundgesetzes) eingeschränkt.

Angesichts drastisch zunehmender COVID-19-Infektionen traf die Beklagte ebenso wie die anderen Unternehmen der Krankenhausgruppe Ende November 2021 die Entscheidung, zum Schutz ihrer Patienten und Mitarbeiter und zur Erhaltung der für die medizinische Versorgung systemrelevanten Betriebsbereitschaft von sich aus einen 2G-Betrieb einzuführen und den 2G-Standard zur Voraussetzung der Leistungserbringung zu machen. So beschloss die Beklagte, bereits ab 01.01.2022 nur noch solche Beschäftigten in den Dienstplänen einzuteilen, die nachweislich entweder geimpft oder genesen sind. Eine Ausnahme sollte zum einen für diejenigen gelten, denen ein Arzt bescheinigt und der Betriebsarzt bestätigt hat, dass sie nicht geimpft werden können, zum anderen für diejenigen, die keinen Kontakt zu Patienten haben und auch die zur Behandlung von Patienten vorgesehenen Räumlichkeiten nicht betreten (vgl. Rundschreiben vom November 2021, Anlage K3, ABl. 11). Wie schon zuvor, informierte die Beklagte ihre Mitarbeiter nochmals über die Schutzimpfung gegen COVID-19 und unterbreitete Impfangebote (vgl. Anlagen B3 bis B13, ABl. 91 ff).

Die Beklagte schlug dem im Betrieb gewählten Betriebsrat im Zusammenhang mit der Einführung des 2G-Standards den Abschluss einer Betriebsvereinbarung vor. Der Betriebsrat lehnte dies letztlich ab.

Mit Schreiben vom 12.12.2021 (Anlage K4, ABl. 13) erklärte die Klägerin gegenüber der Beklagten, dass sie sich mit den seinerzeit verfügbaren Impfstoffen nicht gegen das Coronavirus impfen lassen wolle. Sie werde ihre Arbeitskraft wie im Dienstplan 2022 eingeplant pflichtgetreu wahrnehmen. Zudem erklärte die Klägerin am 07.12.2021 gegenüber dem Pflegedienstleiter [REDACTED] sowie am 13.12.2021 gegenüber ihrer Stationsleiterin Frau [REDACTED] mündlich, dass sie im Januar 2022 und darüber hinaus für die Beklagte arbeiten möchte und nicht damit einverstanden sei, wenn sie aus dem Dienstplan gestrichen wird.

Mit Schreiben vom 16.12.2021 (Anlage K5, ABl. 14) erteilte die Beklagte der Klägerin sowie der übrigen Belegschaft folgende Weisung gemäß § 106 GewO:

Sämtliche Mitarbeiter sind ab 01.01.2022 verpflichtet, ihre Arbeitsleistung im Zustand „2G behördlich anerkannt vollständig geimpft oder genesen“ zu erbringen. Voraussetzung für die Erbringung der Arbeitsleistung ist zudem, dass die Mitarbeiter im Besitz eines diesbezüglich behördlich anerkannten Nachweises sind (derzeit: Eintragung im Impfpass oder digitaler Impfnachweis, letzte Impfung mindestens 15 Kalendertage zurückliegend; Dokumentation eines positiven PCR-Testergebnisses, maximal sechs Monate alt und mindestens 28 Kalendertage zurückliegend).

Diese neuen Grundvoraussetzungen für die Erbringung der Arbeitsleistung (behördlich anerkannte vollständige Impfung bzw. Genesung sowie entsprechende Nachweise) müssen zum Zeitpunkt des jeweiligen Dienstes gegeben und dem Arbeitgeber bekannt sein.

Die Weisung sieht Ausnahmeregelungen vor, die für die Klägerin nicht relevant sind.

Die Beklagte kann die Klägerin nicht auf einem Arbeitsplatz beschäftigen, auf dem weder direkter oder indirekter Patientenkontakt bzw. Kontakt zu anderen Mitarbeitern besteht. Sie teilte die Klägerin für die Zeit ab 01.01.2022 nicht mehr zum Dienst ein und stellte die Entgeltzahlung ein. Mit Schreiben vom 21.12.2021 (Anlage K6, ABl. 15 f) erteilte die Beklagte der Klägerin ein Hausverbot. Die Klägerin meldete sich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend (vgl. den Bescheid über die Bewilligung von Arbeitslosengeld ABl. 161ff). Nachdem die Klägerin von einer COVID-19-Infektion genesen war, beschäftigt die Beklagte sie seit 26.03.2022 wieder.

Trotz des 2-G-Standards kam es in den Freiburger Kliniken der Beklagten wiederholt zu COVID-19-Infektionen bei Personal und Patienten; (auch) deswegen mussten mehrere Stationen im Februar und März 2022 zeitweise geschlossen werden.

Mit der Begründung, dass ungeimpfte Mitarbeiter derzeit ohnehin nicht in den Einrichtungen der Unternehmensgruppe der Beklagten beschäftigt werden, sprechen die Gesundheitsämter für den Betrieb der Beklagten aktuell keine Beschäftigungsverbote gemäß § 20a Abs. 5 IfSG aus.

Mit der vorliegenden Klage verlangt die Klägerin die Beschäftigung sowie die Vergütung für die Zeit vom 01.01.2022 bis 25.03.2022 abzüglich gezahlten Arbeitslosengeldes in zuletzt rechnerisch unstreitiger Höhe.

Die Klägerin behauptet, sie habe gegenüber der Beklagten im Dezember 2021 in mehreren Gesprächen ihre Arbeitsbereitschaft erklärt. Sie habe andere Verdienstmöglichkeiten gesucht, aber kein zumutbares Arbeitsangebot erhalten.

Vor dem Hintergrund der zahlreichen Impfdurchbrüche aufgrund der seit Monaten vorherrschenden SARS-CoV-2-Variante Omikron erscheine ein lückenloses Testregime erheblich sinnvoller als eine Impfpflicht und sei – auch nach Ansicht des Gesetzgebers – ausreichend, um die Sicherheit der Patienten zu gewährleisten. Die Freistellung ungeimpfter Mitarbeiter sei

kein geeignetes Mittel, um Patienten vor Ansteckung zu schützen. Durch die Impfung werde ein relevanter Drittschutz gerade nicht erreicht. Vielmehr sei der Schutz der Impfung seit Vorherrschen der SARS-CoV-2-Variante Omikron auf einen reinen Eigenschutz gegen schwere Verläufe und Hospitalisierung beschränkt. Die Aussagekraft der Entscheidung des BVerfG vom 10.02.2022 (1 BvR 2649/21) über die Wirksamkeit der Impfstoffe sei angesichts der späteren Ausbreitung der SARS-CoV-2-Variante Omikron deutlich eingeschränkt.

Die Klägerin meint, die Beklagte sei nicht berechtigt, sie ab 01.01.2022 ohne Bezüge von der Arbeitsleistung freizustellen. Die Wirkungen des § 20a IfSG träten erst am 15.03.2022 ein. Bis dahin genügten nach der Wertung des Gesetzgebers die täglichen Testungen der Beschäftigten (vgl. § 23b Abs. 3 S. 1 IfSG) zur Sicherstellung der Patientensicherheit. Die Beklagte sei nicht berechtigt, zu Lasten der Klägerin über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende Voraussetzungen zur Berufsausübung einseitig in das Arbeitsverhältnis einzuführen. Mit der Weisung vom 16.12.2021 habe die Beklagte die Grenzen des Weisungsrechts missachtet, zumal seinerzeit nur bedingt zugelassene Impfstoffe verfügbar gewesen waren.

Die Weisung vom 16.12.2021 sei auch deshalb unwirksam, weil der Betriebsrat entgegen § 87 Nr. 1, 2, 4, 7 und 10 BetrVG nicht beteiligt worden sei.

§ 20a IfSG verpflichte Mitarbeiter, die wie die Klägerin schon vor dem 15.03.2022 in einer bestimmten Einrichtung tätig waren, auch für die Zeit ab 16.03.2022 lediglich zur Vorlage eines Nachweises über ihren Status als geimpft / genesen oder impfunfähig. Werde kein solcher Nachweis vorgelegt, müsse der Arbeitgeber das Gesundheitsamt darüber informieren (§ 20a Abs. 2 S. 2 IfSG). Bis zu einer Entscheidung des Gesundheitsamts gemäß § 20a Abs. 5 S. 3 IfSG gelte kein Beschäftigungs- oder Tätigkeitsverbot (vgl. die Handreichung des Bundesministeriums für Gesundheit zur Impfprävention in Bezug auf einrichtungsbezogene Tätigkeiten, Stand 22.03.2022, dort Frage 27) und könne dieses vom Arbeitgeber auch nicht eigenmächtig verhängt werden. Die Entscheidung über ein Tätigkeits- oder Betretungsverbot für ungeimpfte, nicht genesene oder impfunfähige Mitarbeiter treffe ausschließlich das Gesundheitsamt – und zwar unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten.

Die Beklagte sei nach den Grundsätzen des Annahmeverzugs zur Fortzahlung des Entgelts verpflichtet. Angesichts des ausgesprochenen Hausverbots sei ein ausdrückliches Arbeitsangebot zur Begründung des Annahmeverzugs entbehrlich. Es obliege der Klägerin nicht, eine andere Arbeit anzunehmen und sich gegenüber einem anderen Arbeitgeber zu binden, da sie jederzeit damit rechnen müsse – etwa aufgrund eines Genesenenstatus –, von der Beklagten wieder beschäftigt zu werden.

Die Klägerin beantragt zuletzt:

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin zu den bisherigen Bedingungen als Kinderkrankenschwester zu beschäftigen.**
- 2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin zu bezahlen:**
 - a) Lohn für Januar 2022 in Höhe von 1.129,20 € brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 01.02.2022,**
 - b) Lohn für Februar 2022 in Höhe von 1.129,20 € brutto abzüglich 198,99 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 01.03.2022,**
 - c) Lohn für die Zeit vom 01. bis 25. März 2022 in Höhe von 910,65 € brutto abzüglich 184,25 € netto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz hieraus seit 01.03.2022.**

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet, Menschen könnten am besten durch eine Impfung (ergänzt um Testungen und weitere Hygienemaßnahmen) gegen das Corona-Virus geschützt werden. Soweit die Klägerin weder geimpft noch genesen ist, stelle sie eine Gefährdung der Patienten hinsichtlich des Corona-Virus dar. Zwar könnten sich auch geimpfte Personen mit SARS-CoV-2 infizieren; die Ansteckungswahrscheinlichkeit durch geimpfte Infizierte sei jedoch wesentlich geringer, da diese eine geringere Virenlast aufwiesen und die Virenlast nach eigener Infektion wesentlich schneller sinke. Ungeimpfte Personen hätten zudem ein höheres Risiko, an schwerwiegenden bzw. langwierigeren Symptomen zu leiden: sie seien länger und intensiver ansteckend als geimpfte Personen. Der sehr geringen Wahrscheinlichkeit von gravierenden Folgen einer Impfung steht im Ergebnis die deutlich höhere Wahrscheinlichkeit einer Beschädigung von Leib und Leben vulnerabler Menschen gegenüber (vgl. die Pressemitteilung zum Beschluss des BVerfG vom 27.04.2022 – 1 BvR 2649/21).

Die Beklagte meint, durch die Weisung vom 16.12.2022 sei der Inhalt der von der Klägerin geschuldeten Arbeitsleistung geändert worden. Angesichts unverantwortlicher, langwieriger politischer Vorgänge einerseits und dem dringend benötigten Schutz ihrer Patienten andererseits habe die Beklagte bereits zum 01.01.2022 einen 2G-Standard zur Voraussetzung der Leistungserbringung für Mitarbeiter, die in direkten oder indirekten Kontakt mit vulnerablen Patienten kommen, gemacht. Mitarbeiter, die diesen Standard nicht erfüllen, böten ab 01.01.2022 nicht mehr die ab dann geschuldete Arbeitsleistung an mit der Folge, dass kein Fall

des Annahmeverzugs vorliege. Der bisherige Arbeitsplatz der Klägerin, auf dem sie auch ohne Impfung gegen COVID-19 als Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin arbeiten konnte, sei weggefallen. Die Beschäftigung der Klägerin sei der Beklagten daher aktuell nicht möglich.

Bei Abwägung des geringen Eingriffs durch eine Impfung gegen den Schutz menschlichen Lebens durch die positive Wirkung der Impfung sei die Weisung verhältnismäßig. Die Klägerin sei aus der vertragsimmanenten Treuepflicht, jedenfalls aber aufgrund der Weisung vom 16.12.2021 verpflichtet, den 2G-Standard zu erfüllen oder eine Befreiungsbestätigung zu beantragen.

Das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats sei aufgrund einer Regelungsabrede gewahrt.

§ 20a Abs. 3 IfSG gelte nicht nur für neu eingestellte Mitarbeiter, sondern auch für „Bestandsmitarbeiter“. Wenn Krankenhausmitarbeiter gemäß § 20a Abs. 1 IfSG ab 15.03.2022 über einen Impf- oder Genesenenstatus verfügen müssen, sei ein Arbeitgeber unabhängig von einer Entscheidung des Gesundheitsamts jedenfalls nicht verpflichtet, diese Personen ab 15.03.2022 weiter tätig werden zu lassen. Aufgrund der Gefährdungslage und der daraus folgenden Unzumutbarkeit der Beschäftigung gerate der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug.

Die Klägerin habe es böswillig unterlassen, durch anderweitige Verwendung ihrer Dienste Vergütung zu erzielen.

Zumindest überwiege das Interesse der Beklagten, die Klägerin nicht zu beschäftigen, deren Beschäftigungsinteresse.

Die Klägerin hatte ursprünglich die Feststellung verlangt, dass die Beklagte mit der Annahme der Arbeitsleistungen der Klägerin in Verzug ist und dass sie verpflichtet ist, der Klägerin für die Dauer der Freistellung ab 10.10.2022 Arbeitslohn in Höhe von 1.129,20 EUR brutto monatlich zu bezahlen. Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivortrags wird auf die Schriftsätze der Parteien samt Anlagen und die Protokolle der mündlichen Verhandlungen vom 01.02.2022, 17.05.2022 und 29.06.2022 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klage ist im zuletzt gestellten Umfang zulässig und vollumfänglich begründet.

1. Die Beklagte ist gemäß § 615 S. 1 i.V.m. § 611a Abs. 2 BGB verpflichtet, an die Klägerin die Vergütung für die Zeit vom 01.01.2022 bis 25.03.2022 zu bezahlen.

a) Die Parteien verband im streitgegenständlichen Zeitraum ein Arbeitsverhältnis.

b) Die Klägerin war leistungsfähig und bereit, die geschuldete Arbeit als Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin zu erbringen.

aa) Nach § 1 des Dienstvertrags vom 19.03.2001 (Anlage K1, ABl. 7) wurde die Klägerin als Kinderkrankenschwester – heute: Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin – eingestellt.

Der Inhalt der Arbeitsleistung der Klägerin wurde durch die Weisung der Beklagten vom 16.12.2021 nicht verändert.

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäß § 106 GewO bezieht sich auf Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung sowie auf Ordnung und Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb; es findet seine Grenzen im Arbeitsvertrag sowie in Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder gesetzlichen Vorschriften.

Der Dienstvertrag der Parteien sah weder eine Verpflichtung der Klägerin, sich der Schutzimpfung gegen COVID-19 zu unterziehen, vor noch regelte er, dass die Klägerin nur „im Zustand 2G oder mit Befreiungsbestätigung“ arbeiten durfte. Freilich wurde das gesetzliche Weisungsrecht durch den Dienstvertrag auch nicht in besonderer Weise beschränkt.

Der Inhalt der Arbeitsleistung im Sinne der Arbeitsabläufe oder der Art der Tätigkeit war nicht Gegenstand der Weisung vom 16.12.2021. Auch wurden keine Anforderungen an die Ordnung oder das Verhalten der Mitarbeiter im Betrieb gestellt, wie dies beispielsweise bei der Weisung, eine Mund-Nase-Bedeckung zu tragen oder an Schnelltests teilzunehmen (vgl. dazu LAG Köln 12.04.2021 – 2 SaGa 1/21; LAG Berlin-Brandenburg 26.04.2022 – 7 Sa 106/22; ArbG Villingen-Schwenningen 22.10.2021 – 2 Ca 52/21; ArbG Hamburg 24.11.2021 – 27 Ca 208/21), der Fall ist.

Vielmehr betraf die Weisung Ansprüche an die Person der Mitarbeiter. Dabei wies die Beklagte die Mitarbeiter nicht an, sich impfen zu lassen. Vielmehr wurden die

Mitarbeiter aufgefordert ihre Arbeitsleistung im Zustand „2G – behördlich anerkannt vollständig geimpft oder genesen“ sowie im Besitz eines entsprechenden behördlichen Nachweises zu erbringen. Strukturell handelt es sich um eine Änderung der Anforderungen, die die Beklagte an ihre Mitarbeiter stellt.

Zwar unterliegt es unternehmerischem Ermessen, das Anforderungsprofil für einen Arbeitsplatz festzulegen. So ist das Bestreben des Arbeitgebers, bestimmte Tätigkeiten nur von Arbeitnehmern mit bestimmten Qualifikationen ausführen zu lassen, grundsätzlich hinzunehmen. Schafft der Arbeitgeber neu zugeschnittene Arbeitsplätze, ist dies jedenfalls dann zu respektieren, wenn die neuen Anforderungen in einer nachvollziehbaren Weise auf der Neuorganisation der auszuführenden Arbeiten beruhen (vgl. BAG 20.06.2013 – 2 AZR 295/12; BAG 10.07.2008 - 2 AZR 1111/06, Rn. 25).

Es kann dahinstehen, ob die Beklagte in gleicher Weise die unternehmerische Entscheidung treffen durfte, in Zukunft nur noch geimpfte und genesene Mitarbeiter zu beschäftigen – das heißt das „2G-Modell“ als allgemeingültiges Anforderungsprofil für alle Arbeitsplätze im Betrieb durchzusetzen – oder ob das Persönlichkeitsrecht der Mitarbeiter einer solchen Entscheidung entgegensteht. Jedenfalls konnte die Beklagte ihre Entscheidung nicht im Rahmen des bestehenden Arbeitsvertrags umsetzen, sondern hätte dafür – sei es einvernehmlich, sei es mittels Änderungskündigung – eine Vertragsänderung herbeiführen müssen (a.A. *Thüsing/Bleckmann/Rombey*, Impfpflicht des Arbeitnehmers?, COVuR 2021, 66, 67). Der bisherige Dienstvertrag der Parteien sieht die Tätigkeit der Klägerin als Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin und nicht als „Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin im Zustand 2G oder mit Befreiungsbestätigung“ vor.

Die Beklagte ist an den Dienstvertrag gebunden. Wenn sie eine unternehmerische Entscheidung trifft, die zum Wegfall von Arbeitsplätzen im bisherigen Zuschnitt führt, entbindet sie dies nicht von der Einhaltung des Vertrags, sondern berechtigt sie unter Umständen zum Ausspruch einer betriebsbedingten (Änderungs-) Kündigung. Selbst wenn ein Arbeitgeber die unternehmerische Entscheidung trifft, den Betrieb kurzfristig zu schließen, kann er diese Entscheidung nicht sofort realisieren, sondern gerät – sofern er die Mitarbeiter nicht beschäftigt – während der Kündigungsfrist in Annahmeverzug.

bb) Die Klägerin war in der Zeit ab 15.03.2022 nicht aufgrund § 20a IfSG gehindert, ihre Tätigkeit als Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin bei der Beklagten zu erbringen.

Zwar mussten nach § 20a Abs. 1 Nr. 1 lit. a IfSG Personen, die wie die Klägerin in einem Krankenhaus tätig sind, ab dem 15. März 2022 entweder geimpfte oder genesene Personen im Sinne des § 2 Nr. 2 oder Nr. 4 der COVID-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sein. Die Klägerin erfüllte diese Voraussetzung nicht.

Nach der Systematik des § 20a IfSG führt das Fehlen dieser Voraussetzung jedoch nicht dazu, dass die Leistungsfähigkeit der Klägerin entfielen. Vielmehr unterscheidet § 20a IfSG zwischen Bestandsmitarbeitern und neu eingestellten Mitarbeitern: Während ab 16.03.2022 neu eingestellte Personen ohne Nachweis nach § 20a Abs. 2 S. 1 IfSG (Impfnachweis, Genesenennachweis oder ärztliches Zeugnis über eine medizinische Kontraindikation) in Krankenhäusern nicht beschäftigt werden dürfen (§ 20a Abs. 3 S. 4 und 5 IfSG), regelt § 20a Abs. 2 S. 2 IfSG für Bestandsmitarbeiter lediglich, dass die Leitung des Krankenhauses das Gesundheitsamt informieren muss (vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 20/188 vom 06.12.2021, S. 39 f, die zwischen Mitarbeitern, die „bereits tätig sind“, und solchen, die „ab dem 16. März 2022 neu tätig werden wollen“ unterscheidet).

Zwar könnte der Wortlaut des § 20a Abs. 3 IfSG auch so verstanden werden, dass Bestandsmitarbeiter gleichfalls „ab dem 16.03.2022 tätig werden“ mit der Folge, dass die Regelung des § 20a Abs. 3 IfSG auch für Bestandsmitarbeiter gelten würde. Bei dieser Auslegung wäre jedoch die Regelung des Absatzes 2 überflüssig und bliebe im Grunde kein Anwendungsbereich für behördliche Beschäftigungsverbote gemäß § 20a Abs. 5 S. 3 IfSG. Das Gesetz ist daher aus systematischen Gründen so zu verstehen, dass die Regelung des § 20a Abs. 3 auf Bestandsmitarbeiter keine Anwendung findet (ebenso ArbG Bonn 18.05.2022 – 2 Ca 2082/21; *Christ/Jeck*, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht im Gesundheitswesen und in der Pflegebranche, DStR 2022, 944, 945; *Harländer/Otte*: Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, 160, 163; Handreichung des Bundesministeriums für Gesundheit zur Impfprävention in Bezug auf einrichtungsbezogene Tätigkeiten, Stand 22.03.2022; a.A. ArbG Gießen 12.04.2022 – 5 Ga 2/22; *Weigert*, Der Anwendungsbereich der neuen Impfpflicht im Gesundheitswesen nach § 20a IfSG, NZA 2022, 167, 169 aufgrund einer teleologischen Argumentation; *Müller*, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht im Arbeitsrecht, ArbRAktuell 2022, 55, 58; *Bonitz/Schleiff*, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht – Risiken und Nebenwirkungen, NZA 2022, 233, 237; die Rechts-

unsicherheit beklagend *Schmidt/ Schneider*, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht – Gesetzliches Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot auch für Bestandspersonal?, NZA-RR 2022, 121, 122).

Nach der hier vertretenen Gesetzesauslegung gilt das gesetzliche Beschäftigungsverbot des § 20a Abs. 3 S. 4 und 5 IfSG für Bestandsmitarbeiter nicht. Dass das Ziel der einrichtungsbezogenen Impfpflicht, vulnerable Personengruppen zu schützen, auf diese Weise nicht optimal erreicht werden kann, hat der Gesetzgeber in Kauf genommen, um eine erhebliche Zuspitzung des Pflegekräftemangels zu vermeiden.

Vielmehr gilt für Bestandsmitarbeiter wie die Klägerin allein § 20a Abs. 5 IfSG, wonach das Gesundheitsamt den betroffenen Personen untersagen kann, ein Krankenhaus zu betreten oder dort tätig zu werden. Solange es an einer solchen Untersagungsverfügung fehlt, steht § 20a IfSG einer Beschäftigung der Klägerin im Krankenhaus der Beklagten nicht entgegen.

- c) Mit ihrer Erklärung vom 12.12.2021 (Anlage K4, ABl. 13), sie werde ihre „Arbeitskraft wie im Dienstplan 2022 eingeplant pflichtgetreu wahrnehmen“, hat die Klägerin ihre geschuldete Arbeitsleistung als Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin für die Zeit ab 01.01.2022 wörtlich angeboten. Hinzu kommt das mündliche Arbeitsangebot gegenüber dem Pflegedienstleiter.

Gemäß § 295 BGB war ein tatsächliches Arbeitsangebot entbehrlich; es genügte das wörtliche Angebot. Die Beklagte hatte nämlich bereits im Rundschreiben vom November 2021 (Anlage K3, ABl. 11 f) bekannt gemacht, dass sie ab Januar 2022 nur solche Mitarbeiter in die Dienstpläne einteilen werde, die geimpft oder genesen sind. Damit hatte die Beklagte bereits angekündigt, dass sie die Arbeitsleistung der Klägerin, soweit diese diese Voraussetzung nicht erfüllt, ab 01.01.2021 nicht annehmen werde.

- d) Die Beklagte nahm die Arbeitsleistung der Klägerin nicht an, § 293 BGB. Es liegen auch keine Umstände vor, die es der Beklagten erlauben würden, die Annahme der Arbeitsleistung zu verweigern.

Ein Arbeitgeber kommt trotz Nichtannahme der Arbeitsleistung ausnahmsweise nicht in Annahmeverzug, wenn sich der Arbeitnehmer so verhält, dass der Arbeitgeber nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens die Annahme der Leistung zu Recht ablehnt. Dies kann der Fall sein, wenn bei Annahme der angebotenen Dienste strafrechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers, seiner Angehörigen oder anderer Betriebsangehöriger unmittelbar und nachhaltig so gefährdet werden, dass die Abwehr dieser Gefährdung Vorrang vor dem Interesse des

Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Verdienstes haben muss. Es ist auf die objektive Rechtswidrigkeit des Verhaltens des Arbeitnehmers abzustellen; Verschulden ist nicht erforderlich. Wann ein solcher Fall vorliegt, hängt von den jeweiligen konkreten Umständen ab. Dabei sind die Gepflogenheiten des Arbeitslebens zu berücksichtigen. Es muss ein ungewöhnlich schwerer Verstoß gegen allgemeine Verhaltenspflichten vorliegen, der den Arbeitgeber schlechterdings berechtigt, die Dienste abzulehnen (BAG 16.04.2014 – 5 AZR 739/11, Rn. 17).

Eine solche Situation ist vorliegend nicht gegeben. Die Klägerin handelte nicht rechtswidrig. Auch gibt die von der Beklagten geltend gemachte unternehmerische Entscheidung der Beklagten nicht das Recht, die Arbeitsleistung der Klägerin abzulehnen. Zwar mag je nach regionaler Infektionslage einem Arbeitgeber im Einzelfall die Annahme der Leistung eines ungeimpften Mitarbeiters im Hinblick auf den Schutz der Patienten unzumutbar sein (*Thüsing/Bleckmann/Rombey*, COVuR 2021, 66, 70; *Christ/Jeck*, DStR 2022, 944, 947). Eine solch zugespitzte Lage bestand in der hiesigen Region im fraglichen Zeitraum jedoch nicht – dies vor allem, wenn man berücksichtigt, dass die Beklagte die Arbeitsleistung geimpfter Mitarbeiter, die das Virus ebenfalls übertragen konnten, zur selben Zeit in Anspruch nahm.

Für die Zeit ab 15.03.2022 erlaubt auch die aus der Statuierung der Nachweispflicht gemäß § 20a Abs. 1 IfSG folgende gesetzgeberische Wertung keine unbezahlte Freistellung (zur Gegenauffassung neigend *Gundel/Höllwarth*, Die „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ und ihre Folgen, ZAT 2022, 16, 23). Das Gesundheitsamt erhielt nämlich zur selben Zeit die Befugnis, der Klägerin ihre Tätigkeit zu untersagen (§ 20a Abs. 5 S. 3 IfSG); in diesem Fall würde die Vergütungspflicht der Beklagten entfallen. Das Gesetz überträgt die Entscheidung über die Freistellung somit nicht dem Arbeitgeber, sondern dem Gesundheitsamt, das bei seiner Entscheidung das Grundrecht der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) zu berücksichtigen hat (BT-Drucks. 20/188 vom 06.12.2021, S. 42). Daher besteht weder Anlass noch kein Bedarf, der Beklagten unter Berufung auf vorrangige Interessen zuzugestehen, die Annahme der Arbeitsleistung zu verweigern (*Harländer/Otte*, NZA 2022, 160, 163; *Chama/Noll*, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht, MDR 2022, 406, 407).

Die Möglichkeit, dass die Klägerin das SARS-CoV-2-Virus auf Kollegen oder Patienten überträgt, berechtigt die Beklagte daher nicht, die Arbeitsleistung der Klägerin abzulehnen.

e) Die Annahmeverzugsvergütung entspricht der Höhe nach der vereinbarten Vergütung. Sie beläuft sich für die vollen Monate Januar und Februar 2022 auf je 1.129,20 € brutto und für die Zeit vom 01. bis 25.03.2022 anteilig auf 910,65 € brutto. Soweit die Klägerin Arbeitslosengeld erhalten hat, kann die Klägerin die Vergütung nicht mehr von der Beklagten verlangen, sondern ist der Anspruch auf die Arbeitsagentur übergegangen.

Es ist kein – tatsächlicher oder fiktiver – Verdienst gemäß § 615 S. 2 BGB anzurechnen. Die Klägerin hat ihre Arbeitskraft weder anderweitig verwandt noch dies böswillig unterlassen.

Ein Arbeitnehmer unterlässt böswillig anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme der Arbeit bewusst verhindert. Maßgebend sind dabei die gesamten Umstände des Einzelfalls. Die Unzumutbarkeit der anderweitigen Arbeit kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten ergeben, sie kann etwa ihren Grund in der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen haben. Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen (BAG 08.09.2021 – 5 AZR 205/21, Rn. 13).

Die Klägerin meldete sich bei der Agentur für Arbeit arbeitssuchend und bewarb sich zumindest bei einem ambulanten Pflegedienst. Selbst wenn man davon ausgehen möchte, dass die Klägerin angesichts des Fachkräftemangels in der Pflege vor dem 15.03.2022 die Möglichkeit gehabt hätte, einen ihrer Ausbildung entsprechenden dauerhaften Arbeitsplatz zu finden, kann ihr nicht vorgeworfen werden, dass sie in ihren Bewerbungen auf ihre fehlende Impfung gegen das SARS-CoV-2-Virus und auf ihr Interesse, die Arbeit bei der Beklagten ggf. kurzfristig wieder aufnehmen zu können, hinwies. Insbesondere handelt ein Arbeitnehmer im Allgemeinen nicht böswillig im Sinne des § 615 S. 2 BGB, wenn er während des Annahmeverzuges kein anderweites Dauerarbeitsverhältnis eingeht, das ihm die Rückkehr an den bisherigen Arbeitsplatz erschweren könnte (BAG 18.06.1965 – 5 AZR 351/64).

Die Klägerin kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass sie auf das Angebot der Beklagten, sich impfen zu lassen und so wieder im [REDACTED] arbeiten zu können, nicht eingegangen ist. Zwar kommt eine Anrechnung gemäß § 615 S. 2 BGB im Grundsatz auch dann in Betracht, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit bei dem Arbeitgeber besteht, der sich mit der Annahme der geschuldeten Dienste des

Arbeitnehmers im Verzug befindet (BAG 23.02.2021 – 5 AZR 213/20, Rn. 13). Angesichts der gesetzgeberischen Wertung, – trotz entsprechender längerer politischer Diskussion – keine Impfpflicht einzuführen, kann das Verhalten der Klägerin bei Beachtung ihres allgemeinen Persönlichkeitsrechts jedoch nicht als treuwidrig und damit böswillig angesehen werden.

Die Beklagte kann ihre Auffassung nicht auf den von ihr zitierten Aufsatz von *Müller* (ArbRAktuell 2022, 55, 59) stützen. *Müller* geht davon aus, dass ein gesetzliches Beschäftigungsverbot gilt, solange eine nachweispflichtige Person nicht als geimpft, genesen oder als Person i. S. v. § 20a Abs. 1 S. 2 IfSG gilt. Seine Äußerung zum Vorliegen des Annahmeverzugs bezieht sich auf den Fall, dass ein Arbeitnehmer geimpft oder genesen ist und lediglich den entsprechenden Nachweis nicht erbringt. Diese Konstellation ist hier nicht gegeben.

Der Zinsanspruch folgt aus §§ 288 Abs. 1, 286 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

2. Die Beklagte ist verpflichtet, die Klägerin als Gesundheits- und Kinderkrankenpflegerin zu beschäftigen.

a) Der Klagantrag ist zulässig. Auch wenn die Beklagte die Klägerin derzeit beschäftigt, hat diese ein Rechtsschutzbedürfnis an der Titulierung des Beschäftigungsanspruchs. Die Beklagte ist nämlich nur aufgrund des aktuellen Genesenenstatus der Klägerin bereit, diese zu beschäftigen. Der Genesenenstatus gilt aber maximal bis drei Monate nach der Infektion (§ 22a Abs. 2 Nr. 2 IfSG) und endet bei der Klägerin zeitnah.

b) Der Antrag ist auch begründet.

Ein Arbeitnehmer hat im bestehenden Arbeitsverhältnis grundsätzlich einen Anspruch auf vertragsgemäße tatsächliche Beschäftigung. Rechtsgrundlage des im Wege der Rechtsfortbildung entwickelten allgemeinen Beschäftigungsanspruchs sind die §§ 611a, 613 BGB in Verbindung mit der Generalklausel des § 242 BGB, die durch die Wertentscheidungen der Art. 1 und Art. 2 GG zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht ausgefüllt wird. Der Arbeitnehmer soll – als Ausdruck und in Achtung seiner Persönlichkeit und seines Entfaltungsrechts – tatsächlich arbeiten können. Korrespondierend mit dem Beschäftigungsanspruch ist der Arbeitgeber zur vertragsgemäßen Beschäftigung verpflichtet, wenn der Arbeitnehmer diese verlangt.

Der allgemeine Beschäftigungsanspruch ist allerdings Begrenzungen unterworfen. Er setzt neben einer arbeitsvertraglichen Verbindung der Parteien voraus, dass das Interesse des Arbeitnehmers an seiner Beschäftigung das des Arbeitgebers an der Nichtbeschäftigung überwiegt. Treu und Glauben verpflichten den Arbeitgeber nicht, die Interessen des

Arbeitnehmers ohne Rücksicht auf eigene überwiegende und schutzwerte Interessen zu fördern. Andererseits kann aufseiten des Arbeitnehmers das allgemeine ideelle Beschäftigungsinteresse im Einzelfalle noch durch besondere Interessen ideeller und/oder materieller Art verstärkt werden. Lehnt der Arbeitgeber wegen entgegenstehender eigener Interessen die Beschäftigung des Arbeitnehmers ab, bedarf es einer Interessenabwägung, in die alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen sind: Bestehen danach keine überwiegenden schutzwürdigen Interessen des Arbeitgebers, kann der Arbeitnehmer grundsätzlich eine vertragsgemäße Beschäftigung verlangen. Stehen überwiegende schutzwerte Interessen der Beschäftigung entgegen, ist der Arbeitgeber hingegen nicht zur Beschäftigung des Arbeitnehmers verpflichtet (BAG 15.06.2021 – 9 AZR 217/20; grundlegend BAG 27.02.1985 – GS 1/84).

Der Klagantrag auf Beschäftigung ist auf die Zukunft gerichtet. Bei der Interessenabwägung ist insbesondere auf die Pandemielage, wie sie sich im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung darstellt, abzustellen.

Bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen ist auf Seiten der Beklagten der Schutz der Patienten sowie deren mögliche Gefährdung durch die Klägerin zu berücksichtigen. Die Gewichtung dieses Interesses hängt allerdings sehr stark von der regionalen Betroffenheit und damit den regionalen Infektionszahlen sowie vom Auftreten von Infektionen im [REDACTED] ab (vgl. *Christ/Jeck*, DStR 2022, 944, 947).

Aktuell bieten die in Deutschland gebräuchlichen COVID-19-Impfstoffe eine sehr hohe Wirksamkeit gegen eine schwere COVID-19-Erkrankung und eine gute Wirksamkeit gegen eine symptomatische SARS-CoV-2-Infektion. Hingegen ist die Wirksamkeit der COVID-19-Impfstoffe gegen jegliche Infektion mit der derzeit vorherrschenden Omikron-Variante gering. Die Ausführungen des BVerfG im Beschluss vom 10.02.2022 beziehen sich nicht auf die aktuelle Lage und sind für die Interessenabwägung daher nicht maßgeblich.

Wenn sich auch geimpfte Mitarbeiter in nicht unerheblichem Umfang mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infizieren können und in der Folge auch Kollegen oder Patienten anstecken können, ist das Interesse der Beklagten, nur geimpfte Mitarbeiter zu beschäftigen, – anders als von der Beklagten im Herbst 2021 erwartet – nicht sehr schützenswert. Es ist nicht in ausreichendem Maße geeignet, das Ziel der Beklagten, die Patienten zu schützen und die medizinische Versorgung aufrechtzuerhalten, zu realisieren. Daher ist das Interesse der Beklagten nicht höher zu bewerten als das Interesse der Klägerin an der tatsächlichen Beschäftigung.

II.

Die Parteien haben die Kosten des Rechtsstreits im Verhältnis ihres Obsiegens und Unterliegens zu tragen, § 91 Abs. 1 S. 1 ZPO. Dabei werden nicht nur die Klaganträge berücksichtigt, die Gegenstand dieses Urteils sind. Bei den Gerichtsgebühren und damit auch bei der Kostenquote sind vielmehr auch diejenigen Klaganträge einzubeziehen, die ursprünglich erhoben und im Laufe des Verfahrens zurückgenommen wurden (vgl. hier die Streitwertanhörung vom 17.05.2022).

Der für die Beschwer maßgebende Streitwert wird gemäß § 61 Abs. 1 ArbGG auf den Wert der Klaganträge festgesetzt, über die durch dieses Urteil entschieden wird. Dabei wird der Beschäftigungsantrag mit einem Monatseinkommen der Klägerin bewertet und der Zahlungsantrag wie beziffert.

Die Statthaftigkeit der Berufung folgt aus § 64 Abs. 2 lit. b ArbGG. Es besteht kein Anlass, die Berufung zu dem nach § 64 Abs. 3 ArbGG zuzulassen.

Rechtsmittelbelehrung

1. Gegen dieses Urteil kann die Beklagte Berufung einlegen.

Die Einlegung der Berufung hat binnen eines Monats nach Zustellung dieses Urteils schriftlich oder mittels elektronischen Dokuments nach § 46c ArbGG beim Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg - Kammern Freiburg -, Habsburgerstr. 103, 79104 Freiburg i. Br. zu erfolgen. Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde, enthalten. Die Berufung ist, sofern nicht bereits in der Berufungsschrift erfolgt, binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich gegenüber dem Landesarbeitsgericht zu begründen.

Der Berufungskläger muss sich vor dem Landesarbeitsgericht durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt vertreten lassen, insbesondere muss die Berufungsschrift von einem solchen unterzeichnet oder bei Einreichung mittels elektronischen Dokuments nach § 46c ArbGG autorisiert sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen.

Schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen, die durch einen Rechtsanwalt, durch eine Behörde oder durch eine juristische Person des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse eingereicht werden, sind als elektronisches Dokument zu übermitteln. Ist dies aus technischen Gründen vorübergehend nicht möglich, bleibt die Übermittlung nach den allgemeinen Vorschriften zulässig. Die vorübergehende Unmöglichkeit ist bei der Ersatzeinreichung oder unverzüglich danach glaubhaft zu machen; auf Anforderung ist ein elektronisches Dokument nachzureichen. Gleiches gilt für die nach dem ArbGG vertretungsberechtigten Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 46g Satz 2 ArbGG zur Verfügung steht.

Mit der Berufungsschrift soll das bei elektronischer Übermittlung erhaltene Original, ansonsten eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden. Die Geschäftsstelle des Landesarbeitsgerichts bittet, Schriftsätze in fünffacher Fertigung einzureichen. Dies gilt nicht bei Einreichung der Schriftsätze als elektronisches Dokument gemäß § 46c ArbGG.

2. Für die Klägerin ist gegen dieses Urteil ein Rechtsmittel nicht gegeben.

Die Vorsitzende:

Dr. Schmiegel