

3 Ca 529/22



ARBEITSGERICHT PADERBORN

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

Klägerin

Prozessbevollmächtigte

Rechtsanwältin Ellen Rohring Gut Warthe, Salzkottener Str. 56, 33106 Paderborn

g e g e n

Beklagte

Prozessbevollmächtigter

hat die 3. Kammer des Arbeitsgerichts Paderborn
auf die mündliche Verhandlung vom 28.10.2022
durch die Richterin am Arbeitsgericht Rakow als Vorsitzende
sowie den ehrenamtlichen Richter Klaes
und den ehrenamtlichen Richter Isermann
für Recht erkannt:

- 1. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin als Mitarbeiterin der
in ihrem Betrieb zu den vereinbarten Bedingungen tatsächlich
zu beschäftigen.**

...

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 2.669,28 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 160,80 Euro ab dem 01.05.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.06.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.07.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.08.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.09.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.10.2022 sowie aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.11.2022 zu zahlen.
3. Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Beklagte.
4. Der Streitwert wird auf 3.087,36 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Parteien streiten über einen Anspruch auf Beschäftigung sowie Annahmeverzugslohnvergütung nach Einführung der „einrichtungsbezogenen Impfpflicht“ in § 20 a Infektionsschutzgesetz (im Folgenden: IfSG) seit März 2022.

Bei der Beklagten handelt es sich um

Die Beklagte betreibt in eine Pflegeeinrichtung mit Pflegeplätzen und betreuten Wohnungen. Die am geborene Klägerin ist seit dem 16.10.2002 bei der Beklagten als Mitarbeiterin in der Küche beschäftigt. Unter dem 27.09.2002 (vgl. Bl. 10 ff d. A.) vereinbarten die Parteien einen schriftlichen Arbeitsvertrag. Die Klägerin erzielt einen Bruttostundenlohn in Höhe von 10,72 € und arbeitet 39 Stunden im Monat; sie verfügt nicht über einen vollständigen Corona-Impfschutz.

Mit Schreiben vom 28.01.2022 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie ab dem 16.03.2022 die Einrichtung nicht mehr betreten dürfe, ihre Beschäftigung nicht mehr

...

ausüben könne und kein Entgelt mehr erhalte (vgl. Bl 16 d. A.). Zuvor hatte die Klägerin auf einem Vordruck der Beklagten vom 05.01.2022 am 11.01.2022 mitgeteilt, dass sie sich nicht gegen Covid-19 impfen lassen werde (vgl. Bl. 71 d. A.). Mit Schreiben vom 03.03.2022 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass diese zur Freistellung nicht berechtigt sei, bevor das Gesundheitsamt ein Verbot ausgesprochen habe (vgl. Bl. 72 f. d. A.). Mit Schreiben vom 01.03.2022 wandte sich zudem die Prozessbevollmächtigte der Klägerin an die Beklagte (vgl. Bl. 74 ff. d. A.). Mit Schreiben vom 14.03.2022 (vgl. Bl. 77 ff. d. A.) teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass es bei den Anordnungen bleibe.

Seit dem 16.03.2022 verweigert die Beklagte der Klägerin den Zutritt zum Betrieb. Seit diesem Zeitpunkt zahlt die Beklagte der Klägerin auch kein Entgelt mehr.

Mit Schreiben vom 21.03.2022 teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass die Freistellung nicht rechtmäßig sei und sie weiterhin ihre Arbeitskraft anbiete (vgl. Bl. 80 d. A.). Mit Schreiben vom 08.04.2022 wandte sich auch die Prozessbevollmächtigte der Klägerin noch einmal an die Beklagte (vgl. Bl. 81 ff. d. A.). Mit Schreiben vom 13.04.2022 antwortete der Prozessbevollmächtigte der Beklagten und teilte mit, dass die Anordnungen der Beklagten zu Recht erteilt worden seien (vgl. Bl. 85 ff. d. A.).

Mit der beim Arbeitsgericht Paderborn am 20.06.2022 eingegangenen Klage macht die Klägerin ihren Beschäftigungsanspruch gegen die Beklagte sowie die Annahmeverzugslohnansprüche für die Monate März, April und Mai gerichtlich geltend. Im Kammertermin am 21.10.2022 hat die Klägerin zudem die Zahlungsansprüche um die bis zu diesem Zeitpunkt weiteren fälligen Entgeltansprüche erweitert.

Die Klägerin hält die arbeitgeberseitige, unbezahlte Freistellung für rechtswidrig. Sie beruft sich auf die gesetzliche Regelung des § 20 a IfSG. Die Vorschrift sei eindeutig formuliert und dahin zu verstehen, dass unterschiedliche Regelungen für Bestandsarbeitsverhältnisse und für neu begründete Arbeitsverhältnisse getroffen worden seien, die zur Folge hätten, dass bei Bestandsarbeitsverhältnissen der Arbeitgeber verpflichtet sei, zunächst die Entscheidung des Gesundheitsamtes abzuwarten, welches allein ein Tätigkeits- und Betretungsverbot aussprechen könne. Eine vorherige Freistellung durch den Arbeitgeber sei durch die Gesetzessystematik ausgeschlossen, sodass die Beklagte neben der Beschäftigung der Klägerin auch zur Zahlung der Vergütung ab

dem 16.03.2022 unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges verpflichtet sei. Zur Begründung ihrer Rechtsauffassung beruft sich die Klägerin auf die Ausführungen des Ministeriums für Gesundheit zu Bestandsarbeitsverhältnissen sowie auf die Entscheidung des Arbeitsgerichts Bonn vom 18.05.2022 (AZ: 2 Ca 2082/21). Zu berücksichtigen sei nach Auffassung der Klägerin im Übrigen, dass sie ausschließlich in der Küche tätig sei und nur entfernt Kontakt zu vulnerablen Gruppen habe. Erst seit letztem Jahr bringe sie den Bewohnern das Essen, zuvor habe sie 19 Jahre lang ausschließlich in der Küche gearbeitet ohne Kontakt zu den Bewohnern zu haben. Der Beklagten sei es ein Leichtes, diese Organisationsentscheidung rückgängig zu machen und die Klägerin wieder ohne Kontakt zu den vulnerablen Gruppen ausschließlich in der Küche zu beschäftigen. Zudem könne der Lebens- und Gesundheitsschutz der Bewohner durch die nach wie vor bestehende Testpflicht des nicht geimpften Personals gewährleistet werden. Unabhängig davon stünde mittlerweile fest, dass die bisherigen Impfstoffe nicht vor der Omikron-Ansteckung wirksam geschützt hätten. Insoweit sei die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 27.04.2022 (1BvR 2649/21) überholt als dort noch von einem relevanten Fremdschutz zwischen 40 % und 70 % ausgegangen worden sei.

Die Klägerin beantragt,

- 1. die Beklagte zu verpflichten, die Klägerin als Mitarbeiterin der Stiftung Westphalenhof in ihrem Betrieb zu den vereinbarten Bedingungen tatsächlich zu beschäftigen;**
- 2. die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 2.669,28 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz aus einem Betrag in Höhe von 160,80 Euro ab dem 01.05.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.06.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.07.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.08.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.09.2022, aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.10.2022 sowie aus einem weiteren Betrag in Höhe von 418,08 Euro ab dem 01.11.2022 zu zahlen.**

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hält ihre Freistellungsanordnung für rechtmäßig. Der gesetzlichen Regelung in § 20 a Abs. 1 IfSG sei ein zwingendes gesetzliches Tätigkeitsverbot zu entnehmen, wonach die Beklagte nach dem 15.03.2022 niemanden mehr ohne Vorlage eines Impf- oder Genesenennachweises beschäftigen dürfe. Der Wortlaut in § 22 a Abs. 1 IfSG sei eindeutig. Da die Klägerin zur Gruppe der klaren Impfverweigerer gehöre, dürfe die Beklagte sie nicht weiter beschäftigen. Aufgrund ihrer Impfweigerung falle die Klägerin auch nicht unter die Regelung in § 20 a IfSG, da dort lediglich solche Fälle geregelt worden seien, bei denen der Impfnachweis zweifelhaft sei oder der Genesenenstatus seine Wirkung verloren habe. Da die Vorschriften des § 20 a IfSG in erster Linie ordnungsrechtlicher Natur sei, könne sie keine unmittelbare Auswirkung auf die Frage des Annahmeverzuges haben. Maßgeblich für die Regelung des § 20 a IfSG sei der Schutz vulnerabler Personen. Dies habe das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 27.04.2022 ausdrücklich so entschieden. Aus Sicht des zu schützenden Menschenlebens mache es keinen Unterschied, ob es sich um einen Bestandsmitarbeiter oder um einen neuen Mitarbeiter handele. Insoweit könne es auch keinen Unterschied hinsichtlich des Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbotes betreffend Bestandsmitarbeiter und neu eingestellte Mitarbeiter geben. § 20 a Abs. 1 IfSG schreibe ausdrücklich vor, dass die Mitarbeiter geimpft sein „müssen“. Für die ordnungsrechtliche Differenzierung, die für die Sicherstellung der Versorgung von Krankenhäusern gelte, werde zwar zwischen neuen Mitarbeitern und Bestandsmitarbeitern differenziert, nicht aber sollen Impfverweigerer geschützt werden. Insoweit könnten die Absätze 2 ff. des § 20 a IfSG nur vor dem Hintergrund der Versorgungssicherheit gesehen werden. Diese würden sich auch nur mit der Frage beschäftigen, unter welchen Umständen ein Arbeitgeber auch ohne Impfnachweis seiner Mitarbeiter gleichwohl berechtigt sein könne, Mitarbeiter zur Versorgungssicherheit weiter zu beschäftigen. Da ohnehin nach der Vorschrift des § 20a IfSG nur in bestimmten Fällen vom Tätigkeits- und Beschäftigungsverbot abgesehen werden könne, gebe es im Umkehrschluss in den Fällen von Impfverweigerung eine gebundene Entscheidung des Gesundheitsamtes, die nur darin liegen könne, ein Tätigkeits- bzw. Betretungsverbot auszusprechen. Beim Schutz der vulnerablen Personen könne nicht unterschieden werden, ob es sich um einen Altmitarbeiter oder um einen Neumitarbeiter handele. Das Risiko, Covid-19 zu

übertragen, bestünde bei beiden Gruppen gleich, daher überwiegt das Freistellungsinteresse des Arbeitgebers das Interesse der Arbeitnehmerin auf Beschäftigung.

Da die Vorschriften des § 20 a IfSG ordnungsrechtlicher Natur sei, könne sie keine unmittelbare Auswirkung auf die Frage des Annahmeverzuges haben.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Klage ist begründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte sowohl einen Anspruch auf Beschäftigung als auch auf Zahlung des seit dem 16.03.2022 bis zum Kammertermin fällig gewordenen Entgelts unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzuges.

I.

Die Klägerin hat einen Anspruch auf tatsächliche Beschäftigung.

1.

Der Antrag auf tatsächliche Beschäftigung ist zulässig.

Als Ausfluss des verfassungsrechtlich geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 Abs. 1 GG) kann ein Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis regelmäßig neben der arbeitsvertraglich vereinbarten Vergütung auch tatsächliche Beschäftigung verlangen (vgl. BAG, Großer Senat, Beschluss vom 27.02.1985, GS 1/84).

Insofern sind die auf tatsächliche Beschäftigung im bestehenden Arbeitsverhältnis gerichtete Klagen grundsätzlich zulässig. So auch die Klage der Klägerin.

2.

Der Antrag auf tatsächliche Beschäftigung ist auch begründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Beschäftigung als Mitarbeiterin in der Küche im unstreitig ungekündigten Arbeitsverhältnis.

a)

Ein Arbeitnehmer hat im bestehenden, ungekündigten Arbeitsverhältnis regelmäßig einen Anspruch auf tatsächliche vertragsgemäße Beschäftigung (vgl. BAG, Großer Senat, Beschluss vom 27.02.1985, GS 1/84). Dieser Anspruch besteht jedoch ausnahmsweise nicht, wenn hinsichtlich der geschuldeten Tätigkeit ein gesetzliches Verbot besteht oder wenn sich ein Arbeitgeber bei der vorzunehmenden Interessenabwägung auf ein überwiegendes Interesse an einer Nichtbeschäftigung berufen kann.

b)

Ein solcher Ausnahmetatbestand liegt hier nicht vor. Weder ergibt sich für den streitgegenständlichen Zeitraum ein gesetzliches Beschäftigungsverbot aus § 20 a Abs. 1 IfSG noch überwiegt das Nichtbeschäftigungsinteresse der Beklagten in Anbetracht der gesetzlichen Wertung des § 20 a IfSG ohne entsprechende Anordnung durch das Gesundheitsamt das Beschäftigungsinteresse der Klägerin.

aa)

Aus § 20 a Abs. 1 IfSG ergibt sich kein gesetzliches Beschäftigungsverbot.

(1)

Nach § 20 a Abs. 1 Satz 1 IfSG müssen unter anderem Personen, die in voll- oder teilstationären Einrichtungen zur Betreuung und Unterbringung älterer, behinderter oder pflegebedürftiger Menschen oder in vergleichbaren Einrichtungen tätig sind, ab dem 15.03.2022 über einen Impf- oder Genesenennachweis nach § 22 a Abs. 1 oder Abs. 2 verfügen. Nach § 20 a Abs. 1 Satz 2 IfSG gilt die Verpflichtung aus Satz 1 lediglich nicht für Personen, die aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus Sars-COV 2 geimpft werden können.

Diese am 12.12.2021 in § 20 a IfSG in Kraft getretene sogenannte „einrichtungsbezogene Impfpflicht“ soll Personal mit besonderer Verantwortung gegenüber vulnerablen Gruppen zur Covid 19-Schutzimpfung anhalten, um das Risiko von Virusausbrüchen in entsprechenden Einrichtungen zu minimieren.

Bei der Regelung des § 20a IfSG handelt es sich um eine originär öffentlich-rechtliche Vorschrift, die ausschließlich das Rechtsverhältnis zwischen Bürger und Staat, nicht jedoch das Rechtsverhältnis zwischen Privatpersonen regelt. Eine Aussage über arbeitsrechtliche Rechte und Pflichten wird in dieser Regelung nicht getroffen.

(2)

Aus § 20 a Abs. 5 IfSG ergibt sich, dass allein dem Gesundheitsamt die Autorität zukommen soll, eine Entscheidung zu treffen, welche Auswirkungen ein fehlender Immunitätsnachweis haben soll. Der Arbeitgeber hat die Aufgabe, das Gesundheitsamt über fehlende bzw. zweifelhafte Nachweise zu informieren. Sofern der Arbeitgeber seiner entsprechenden Informationspflicht nachgekommen ist, obliegt es allein dem Gesundheitsamt, das Fehlen dieser Immunisierung bzw. des Immunitätsnachweises zu „sanktionieren“. Wäre der Arbeitgeber zu vergleichbaren arbeitsrechtlichen Maßnahmen berechtigt, wäre das in § 20 a Abs. 5 IfSG beschriebene Verwaltungsverfahren überflüssig. Nur für „Neuarbeitnehmer“ hat der Gesetzgeber in § 20 a Abs. 3 S. 4 IfSG ein gesetzliches Beschäftigungsverbot ausdrücklich normiert. Hätte er solches auch für die Bestandsarbeitsverhältnisse gewollt, hätte er dies entsprechend zum Ausdruck gebracht, was er jedoch nicht passiert ist.

Der Gesetzgeber hat mithin bewusst eine Unterscheidung zwischen sogenannten Bestandsbeschäftigten und den neu eintretenden Beschäftigten vorgenommen. Dem Arbeitgeber ist es lediglich verwehrt, ab dem 16.03.2020 neu eintretende Mitarbeiter zu beschäftigen, wenn diese keinen Impf- oder Genesenennachweis vorlegen (können). Für Bestandsbeschäftigte gilt dies nicht. Diese Unterscheidung zwischen Bestandsbeschäftigten und neu eintretenden Beschäftigten ist im Hinblick auf den erhöhten Rechtsschutz dieser Beschäftigungsgruppe gemäß Art. 12 Abs. 1 GG auch nachvollziehbar. Zutreffend ist zwar, dass es für die zu schützende vulnerable Gruppe unerheblich ist, ob ein ungeimpfter Arbeitnehmer bereits vor dem 16.03.2022 beim Arbeitgeber tätig war oder erst seit dem 16.03.2022 neu eingestellt wurde, allerdings gilt im Hinblick auf den Grundrechtsschutz nach Art. 12 Abs. 1 GG, dass die Bestandsmitarbeiter bei ihrer Tätigkeitsaufnahme keine Berufsausübungsbeschränkung durch ein Immunisierungserfordernis erfahren mussten. Da diese Berufsausübungsbeschränkung mithin erst nach Arbeitsaufnahme eingeführt wurde, sind die Anforderungen an ihre Rechtfertigung höher. Es muss mithin der erworbene Vertrauensschutz in Abwä-

...

gung mit den gegenläufigen Schutzinteressen vulnerabler Gruppen im Einzelfall und unter Einbeziehung der konkreten Tätigkeit berücksichtigt werden. Diese Abwägungsentscheidung hat der Gesetzgeber aber nicht dem Arbeitgeber überantwortet, sondern gemäß § 20 a Abs. 5 IfSG dem Gesundheitsamt.

Wenn man nun dem Arbeitgeber vor der Entscheidung des Gesundheitsamtes erlauben würde, die fehlende Immunisierung bei den Bestandsmitarbeitern als überwiegendes entgegenstehendes Interesse einer Weiterbeschäftigung zu berücksichtigen, so würde die gesetzliche Konzeption des § 20 a IfSG umgangen.

(3)

Daraus ergibt sich, dass der Arbeitgeber nicht wegen § 20 a Abs. 1 IfSG dazu berechtigt ist, vor Bekanntgabe eines Tätigkeits- oder Betretungsverbotes durch das Gesundheitsamt den betroffenen Arbeitnehmer einseitig freizustellen, abzumahnen oder gar zu kündigen. Eine einseitige Freistellung wegen des fehlenden Immunitätsnachweises würde daher zu Annahmeverzugslohnansprüchen des Arbeitnehmers nach § 615 Satz. 1 BGB führen. Der Arbeitgeber hat daher vor einer Entscheidung des Gesundheitsamtes, den ungeimpften Arbeitnehmer weiter zu beschäftigen. Entsprechend hat auch das Bundesministerium für Gesundheit in seinen FAQ zu § 20 a IfSG ausgeführt, dass eine Weiterbeschäftigung der betroffenen Person möglich ist, bis das Gesundheitsamt über den Fall entschieden hat und gegebenenfalls ein Betretungs- bzw. Tätigkeitsverbot ausgesprochen hat. Die öffentlich-rechtliche Vorschrift des § 20 a IfSG soll auch nach dem Bundesministerium für Gesundheit kein Recht des Arbeitgebers zur Freistellung begründen.

(4)

Auch wenn die Auswirkungen der Nichtvorlage eines Impf- oder Genesenennachweises eines Bestandsmitarbeiters bzw. die daraus resultierenden Auswirkungen in der Literatur umstritten sind (für ein automatisches Tätigkeitsverbot: Müller, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht im Arbeitsrecht, ArbR aktuell 2022 S. 55 ff.; gegen ein automatisches Tätigkeitsverbot: Havelländer/Otte: Arbeitsrechtliche Konflikte im Rahmen der Pandemiebekämpfung, NZA 2022, S 160 ff.) lässt sich nach den o. g. Erwägungen feststellen, dass der Wortlaut von § 20 a Abs. 2 Satz 1 IfSG das Eintreten eines Tätigkeitsverbots eines Bestandsmitarbeiters offen lässt. Zuzugeben ist der Beklagten zwar, dass in § 20 a Abs. 1 und auch in Abs. 2 IfSG davon die Rede ist, dass die

Personen einen Impf- oder Genesenennachweis vorlegen (müssen). Tatsächlich ist als Folge jedoch in § 20 a Abs. 2 Satz 2 IfSG eine Benachrichtigungs- und Übermittlungspflicht der Einrichtungsleitung an das zuständige Gesundheitsamt normiert. Hier ist die Regelung eindeutig anders formuliert als es in 20 a Abs. 3 Satz 4, 5 IfSG für neueingestellte Arbeitnehmer der Fall ist, wo ein Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot ausdrücklich gesetzlich vorgesehen ist. Diese gesetzliche Systematik ist nach Auffassung der Kammer maßgeblich zu beachten und ergibt, dass ein automatisches Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot für Bestandsmitarbeiter in § 20 a IfSG gerade nicht vorgesehen ist. Auch das Arbeitsgericht Bonn hat in seiner Entscheidung vom 18.05.2022 (2 Ca 2082/21) diese Auffassung vertreten und völlig zutreffend auch unter Bezugnahme auf das Bundesverfassungsgericht wie folgt ausgeführt:

„Für ein automatisches Beschäftigungsverbot auch für die bereits vor dem 15.03.2022 beschäftigte Arbeitnehmer spricht der Zweck der gesetzlichen Regelung. Ausweislich der Gesetzesbegründung zu § 20 a IfSG ist Ziel der gesetzlichen Regelung, für Einrichtungen und Unternehmen, in denen sich typischerweise eine Vielzahl von besonders vulnerablen Gruppen aufhalten, dass dort tätige Personen geimpft oder genesen seien müssen, um die besonders gefährdeten Personengruppen zu schützen (vgl. BT-Drucksache 20/188, Seite 37). Diesem gesetzlichen Schutzzweck wäre mit einem möglichst weitgehenden Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot für nicht Geimpfte bzw. nicht Genesene Arbeitnehmer am ehesten gedient (vgl. hierzu auch Grunde/Höllwarth, Die einrichtungsbezogene Impfpflicht und ihre Folgen, ZAT 2022, Seite 16 ff., 21).

Jedoch ergibt sich auch aus der Gesetzesbegründung nicht ausdrücklich, dass mit einem Verstoß gegen die Regelungen nach § 20 a Abs. 2 IfSG automatisch ein Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot einhergeht. Zwar heißt es in der Gesetzesbegründung zu § 20 a Abs. 2 IfSG unter den Ausführungen zum Datenschutzrecht, dass es sich bei der Pflicht, in den in Abs. 1 genannten Einrichtungen nur mit Impf- oder Genesenennachweis tätig zu sein, um eine gesetzliche Tätigkeitsvoraussetzung und damit eine rechtliche Pflicht aus dem Arbeitsrecht im Sinne des § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG handele (vgl. BT-Drucksache 20/188, Seite 40). Auch an dieser Stelle findet sich in der Gesetzesbegründung ebenfalls kein ausdrückliches Beschäftigungsverbot nichtgeimpfter bzw. nichtgenesener Arbeitnehmer für den Arbeitgeber. Erstmals bei der Gesetzesbegründung

zu dem behördlichen Betretungs- und Tätigkeitsverbot nach § 20 a Abs. 5 IfSG findet sich der Hinweis des Gesetzgebers, dass für diesen Personenkreis die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers entfällt (vgl. BT-Drucksache 20/188, Seite 42).

Letztlich ist der Annahme eines gesetzlichen Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbotes für bereits vor dem 15.03.2022 beschäftigte Arbeitnehmer, die ihrem Arbeitgeber bis zum 15.03.2022 keinen Impf- oder Genesenennachweis nach § 20 a Abs. 2 Satz 1 IfSG vorgelegt haben, aus systematischen Gründen nicht zu folgen. Denn die gesetzliche Regelung differenziert in den Absätzen 2 und 3 deutlich zwischen den Rechtsfolgen für bereits vor dem 15.03.2022 beschäftigte und ab dem 16.03.2022 neu eintretende Arbeitnehmer. Der Gesetzgeber hat für nicht geimpfte bzw. genesene Personen, die ab dem 16.03.2022 neu in ein Unternehmen eintreten, in § 20 a Abs. 3 Satz 4 IfSG ausdrücklich geregelt, dass diese Personen nicht beschäftigt bzw. nach Satz 5 nicht tätig werden dürfen. Eine solche Regelung findet sich für bereits vor dem 15.03.2022 beschäftigte Personen gerade nicht. In diesem Fall ist lediglich eine Benachrichtigungs- und Übermittlungspflicht für den Arbeitgeber nach § 20 a Abs. 2 Satz 2 IfSG vorgesehen. Die gesetzlich vorgegebene Differenzierung zwischen den beiden Personengruppen kann aber nur dann Auswirkungen entfalten, wenn für die bereits vor dem 15.03.2022 beschäftigten Arbeitnehmer kein gesetzliches Beschäftigungs- bzw. Tätigkeitsverbot bei Nichtvorlage eines Impf- und Genesenenenausweises angenommen wird. Für diese Personengruppe besteht vielmehr nur dann ein Betretungs- und Tätigkeitsverbot, wenn ein solches gemäß § 20 a Abs. 5 Satz 3 IfSG von dem zuständigen Gesundheitsamt eine solche Untersagungsverfügung erlassen wird.

Auch das Bundesverfassungsgericht geht entsprechend davon aus, dass sich für die bereits vor dem 15.03.2022 beschäftigten Arbeitnehmer aus der gesetzlichen Regelung des § 20 a Abs. 2 Satz 1 IfSG unmittelbar kraft Gesetzes kein Betretungs- oder Tätigkeitsverbot ergebe, sondern dessen Anordnung von einer ermessensgeleiteten Einzelfallentscheidung des Gesundheitsamtes abhängig gemacht worden sei (BVerfG, Urteil vom 27.04.2022 - 1 BvR 2649/21, juris, Rn. 215; 253). Der Gesetzgeber lasse die Anordnung eines Betretungs- und

Tätigkeitsverbots nur als ermessensgeleitete Einzelfallentscheidung zu (BVerfG, Urteil vom 27.04.2022 - 1 BvR 2649/21, juris, Rn. 220).

Aufgrund der differenzierenden gesetzlichen Regelungssystematik des § 20 a IfSG und der ausdrücklichen Regelung eines Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbots für erstmals ab dem 16.03.2022 beschäftigte Arbeitnehmer in § 20 a Abs. 3 Satz 4 und 5 IfSG und einer fehlenden entsprechenden Regelung für bereits zuvor beschäftigte Arbeitnehmer ergibt sich aus § 20 a Abs. 2 Satz 1 IfSG kein gesetzliches Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot für den Kläger.“

Diesen umfassenden und zutreffenden Erwägungen schließt sich die entscheidende Kammer vollumfänglich an. Auch für die Klägerin ergibt sich mithin aus § 20 a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 IfSG kein gesetzlichen Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot. Da auch unstreitig eine Untersagungsverfügung des zuständigen Gesundheitsamtes nach § 20 a Abs. 5 Satz 3 IfSG, nach welcher der Klägerin untersagt wird, die Einrichtung der Beklagten zu betreten bzw. in dieser tätig zu werden, nicht vorliegt, besteht auch kein behördliches Tätigkeitsverbot der Klägerin nach § 297 BGB i. V. m. § 20 a Abs. 5 Satz 3 IfSG.

bb)

Der Anspruch der Klägerin auf Beschäftigung im ungekündigten Arbeitsverhältnis ist auch nicht wegen eines überwiegenden Nichtbeschäftigungsinteresses der Beklagten in Anbetracht der gesetzlichen Wertung des § 20 a IfSG ausgeschlossen. Ein überwiegendes Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung der Klägerin in Anbetracht der gesetzlichen Wertung des § 20 a IfSG besteht nicht.

(1)

Auch wenn im bestehenden und ungekündigten Arbeitsverhältnis dem Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers regelmäßig ein hohes Gewicht zukommt, kann sich ein Arbeitgeber bei berechtigter Erstellung eines entsprechenden Hygienekonzeptes unter Umständen im Einzelfall auch ohne die Anordnung eines entsprechenden behördlichen Tätigkeits- und Betretungsverbots unter Bezugnahme die gesetzliche Wertung des § 20 a IfSG auf überwiegende Interessen an einer Nichtbeschäftigung berufen. Dem Arbeitgeber steht es grundsätzlich frei, im Rahmen der Pandemiebekämpfung auch über die gesetzlichen Vorgaben hinausgehende eigene Regelungen zu tref-

fen, soweit sich diese bei der vorzunehmenden Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Interessen aller Beteiligten als verhältnismäßig und interessengerecht erweisen (vgl. BAG vom 01.06.2022, 5 AZR 28/22, zitiert nach Juris; Arbeitsgericht Köln vom 21.07.2022, 8 Ca 1779/22, zitiert nach Juris).

(2)

Unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechungsgrundsätze ergibt sich hier jedoch, dass die Beklagte schon nicht zu einem eigenen Hygienekonzept und mithin einer unternehmenseinheitlichen Regelung vorgetragen hat. Die Beklagte hat sich lediglich darauf berufen, dass sich ein gesetzliches Tätigkeitsverbot aus § 20 a Abs. 1 IfSG ergebe. Zu einem in Betrieb der Beklagten bestehenden eigenen Hygienekonzept hat die Beklagte nicht vorgetragen.

Unabhängig davon ergibt sich hier aber auch vor dem Hintergrund, dass die Klägerin ausschließlich als Mitarbeiterin in der Küche beschäftigt wird, dass ein solch überwiegendes Interesse der Beklagten an einer Nichtbeschäftigung der Klägerin nicht nachvollzogen werden kann. Unstreitig ist die Klägerin bis zum letzten Jahr ausschließlich in der Küche tätig gewesen, ohne irgendeinen Kontakt zu den vulnerablen Gruppen zu haben. Erst seit dem letzten Jahr ist ihr auch die Aufgabe übertragen worden, dass Essen den zu betreuenden Personen zu bringen. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, warum es ihr nicht möglich bzw. nicht zumutbar sein soll, die Abläufe im Betrieb der Beklagten wieder so zu organisieren, dass die Klägerin keinen Kontakt zu den vulnerablen Gruppen hat. Bei einer ausschließlich in der Küche zu erbringenden Tätigkeit ohne jeglichen Kontakt mit den vulnerablen Personengruppen und der weiterhin unstreitig bestehenden Testpflicht, ist nicht nachvollziehbar, warum die Beklagte ein überwiegendes Interesse an einer Nichtbeschäftigung der Klägerin haben sollte. Insofern ist gerade auch zu berücksichtigen, dass die Klägerin bereits seit dem 16.10.2002 bei der Beklagten tätig ist und über einen hohen Bestandsschutz verfügt.

Hinzu kommt, dass die Beklagte auch lediglich pauschal vorträgt, den Lebens- und Gesundheitsschutz der Bewohner in den Vordergrund zu stellen, ohne jedoch nachzuweisen, dass von der Klägerin eine erhöhte Infektionsgefahr ausgeht. Die Klägerin hat bestritten, dass durch sie als ungeimpfte Person ein erhöhtes Infektionsrisiko ausgeht. Sie hat zutreffend darauf hingewiesen, dass selbst vom RKI mittlerweile eingeräumt wird, dass auch von geimpften Personen das Coronavirus weitergetragen wird. Zudem

können sich auch diese Personen trotz Impfung mit Corona infizieren. Warum insofern vor dem Hintergrund der langen Beschäftigung, der Tätigkeit in der Küche und der nicht festzustellenden erhöhten Gefährdung durch die Klägerin von einem überwiegenden Interesse der Beklagten an einer Nichtbeschäftigung auszugehen sein sollte, erschließt sich der Kammer nicht.

Dem Beschäftigungsantrag der Klägerin war mithin stattzugeben.

II.

Die Klägerin hat darüber hinaus gegen die Beklagte einen Anspruch auf Zahlung des Annahmeverzugslohnes für den Zeitraum vom 16.03.2022 bis einschließlich September 2022 aus § 615 Satz 1, 293 ff. BGB. Der geltend gemachte Klagebetrag ist zwischen den Parteien unstreitig, nachdem die Klägerin die zunächst zusätzlich geltend gemachten Beträge auf Zahlung einer Pauschale zurückgenommen hat.

1.

Die Klägerin wird seit dem 16.03.2022 von der Beklagten nicht mehr beschäftigt. Mehrfach hat sie der Beklagten gegenüber ihre Arbeitsleistung angeboten, so dass sich die Beklagte gemäß § 615 S. 1 BGB in Annahmeverzug befindet. Aufgrund der Anordnung der Beklagten vom 28.01.2022 hätte es zudem keines Arbeitsangebotes seitens der Klägerin bedurft. Die Beklagte hat der Klägerin gegenüber deutlich gemacht, dass sie diese ab dem 16.03.2022 nicht weiter beschäftigen werde. Ein Annahmeverzug lag mithin unstreitig vor.

2.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Anspruch der Klägerin auch nicht gemäß § 297 BGB i.V.m. § 20 a Abs.1, Abs. 2 Satz 1 IfSG wegen Unvermögens ab dem 16.03.2022 untergegangen.

Gemäß § 297 BGB kommt ein Gläubiger nicht in Annahmeverzug, wenn der Schuldner außerstande ist, die von ihm geschuldete Leistung zu bewirken. Hierbei kann das Unvermögen auch auf rechtlichen Gründen, wie etwa einem gesetzlichen Beschäftigungsverbot oder dem Fehlen der erforderlichen Erlaubnis für die Ausübung der Tätigkeit beruhen (vgl. LAG Nürnberg, Urteil vom 03.03.2021, 2 Sa 323/20, zitiert nach Juris; BAG, Urteil vom 21.10.2015, 5 AZR 843/14, zitiert nach Juris).

Wie oben bereits ausgeführt, ergibt sich aus der gesetzlichen Regelung des § 20 Abs. 1, Abs. 2 IfSG gerade kein gesetzliches Beschäftigungs- oder Tätigkeitsverbot der Klägerin. Auch ein behördliches Beschäftigungs- oder Tätigkeitsverbot nach § 20 a Abs. 5 Satz 3 IfSG liegt – bislang – nicht vor. Da ein solches Beschäftigungsverbot nicht vorliegt und auch kein überwiegendes Interesse der Beklagten an der Nichtbeschäftigung der Klägerin besteht, kann sich die Beklagte nicht auf § 297 BGB berufen.

Der Zinsanspruch ergibt sich aus § 286, 288 BGB i.V.m. den Regelungen im Arbeitsvertrag.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 46 Abs. 2 ArbGG, 91 Abs. 1 ZPO.

Den Streitwert hat das Gericht gemäß § 61 ArbGG im Urteil festgesetzt. Er wurde für den Beschäftigungsantrag mit einem Bruttomonatsentgelt berücksichtigt. Zudem wurden die Zahlungsansprüche betragsmäßig berücksichtigt.

RECHTSMITTELBELEHRUNG

Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei **Berufung** eingelegt werden. Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.

Die Berufung muss **innerhalb einer Notfrist* von einem Monat** schriftlich oder in elektronischer Form beim

Landesarbeitsgericht Hamm
Marker Allee 94
59071 Hamm
Fax: 02381 891-283

eingegangen sein.

Für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse besteht ab dem 01.01.2022 gem. §§ 46g Satz 1, 64 Abs. 7 ArbGG grund-

sätzlich die Pflicht, die Berufung ausschließlich als elektronisches Dokument einzureichen. Gleiches gilt für vertretungsberechtigte Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 46c Abs. 4 Nr. 2 ArbGG zur Verfügung steht.

Die elektronische Form wird durch ein elektronisches Dokument gewahrt. Das elektronische Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet und mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gemäß § 46c ArbGG nach näherer Maßgabe der Verordnung über die technischen Rahmenbedingungen des elektronischen Rechtsverkehrs und über das besondere elektronische Behördenpostfach (ERVV) v. 24. November 2017 in der jeweils geltenden Fassung eingereicht werden. Nähere Hinweise zum elektronischen Rechtsverkehr finden Sie auf der Internetseite www.justiz.de.

Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.

Die Berufungsschrift **muss** von einem **Bevollmächtigten** unterzeichnet sein. Als **Bevollmächtigte** sind nur zugelassen:

1. Rechtsanwälte,
2. Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,
3. juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nummer 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung dieser Organisation und ihrer Mitglieder oder anderer Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder entsprechend deren Satzung durchführt, und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.

Eine Partei, die als Bevollmächtigte zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.

* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.