


Gericht:	ArbG Hamburg 27. Kammer
Entscheidungsdatum:	24.11.2021
Rechtskraft:	ja
Aktenzeichen:	27 Ca 208/21
ECLI:	ECLI:DE:ARBGHH:2021:1124.27CA208.21.00
Dokumenttyp:	Urteil
Quelle:	
Normen:	§ 1 Abs 2 S 1 KSchG, § 1 Abs 1 KSchG, § 106 GewO, Art 2 Abs 2 S 1 GG, Art 2 Abs 1 GG ... mehr
Zitiervorschlag:	ArbG Hamburg, Urteil vom 24. November 2021 - 27 Ca 208/21 -, juris

Ordentliche verhaltensbedingte Kündigung - Verweigerung der Durchführung von bereitgestellten Schnelltests - Corona-Pandemie

Orientierungssatz

1. Die Anordnung eines Arbeitgebers im Bereich der Personenbeförderung gegenüber seinen beschäftigten Fahrern vor Fahrtantritt auf dem Betriebsgelände erstmalig einen vom Arbeitgeber bereitgestellten Corona-Schnelltest unter Aufsicht durchzuführen, ist vom Weisungsrecht des Arbeitgebers gemäß §106 GewO gedeckt und bewegt sich in den Grenzen billigen Ermessens.(Rn.59)
2. Der Arbeitgeber im Bereich der Personenbeförderung hat im Rahmen seiner Fürsorgepflicht nach § 618 BGB iVm § 3 Abs 1 ArbSchG ein berechtigtes Interesse - welches die Interessen seiner Arbeitnehmer deutlich überwiegt - den beschäftigten Fahrern die regelmäßige Durchführung von Corona-Schnelltests anzuweisen.(Rn.71)
3. Die Weigerung des Arbeitnehmers entsprechend bereitgestellte Corona-Schnelltests durchzuführen verstößt gegen arbeitsvertragliche Pflichten und kann eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung rechtfertigen.(Rn.74)

Fundstellen

NZA-RR 2022, 19-24 (red. Leitsatz und Gründe)

Diese Entscheidung wird zitiert

Literaturnachweise

Ariane Mandalka, ArbR 2021, 695 (Anmerkung)

Cornelia Marquardt, ArbRB 2022, 10 (Anmerkung)

Tenor

Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 08.06.2021 nicht aufgelöst worden ist.

Die Beklagte wird verurteilt, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Fahrer weiterzubeschäftigen.

Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Der Wert des Streitgegenstandes wird auf EUR 8.352,00 festgesetzt.

Die Berufung wird nicht gesondert zugelassen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten über die Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses durch eine ordentliche verhaltensbedingte Kündigung der Beklagten wegen der Verweigerung des Klägers, vor dem Hintergrund der aktuellen Corona-Pandemie (Coronavirus SARS-CoV-2) bereitgestellte Schnelltests durchzuführen.
- 2 Die Beklagte ist als Anbieter eines vollelektronischen „Ride-Sharing“ Dienstleister im Bereich der Personenbeförderung. Sie beschäftigt im Betrieb, in dem der Kläger angestellt war, regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer in Vollzeit. Ein Betriebsrat besteht bei ihr erst seit dem 15.07.2021.
- 3 Mit den von der Beklagten zur Verfügung gestellten Fahrzeugen können ihre Fahrer bis zu sechs Fahrgäste pro Fahrt gleichzeitig befördern. Im Durchschnitt dauert eine Fahrt am Standort der Beklagten in Hamburg 21,1 Minuten (Stand August 2021).
- 4 Der am XX.XX.XXX geborene, ledige und keinem Kind zum Unterhalt verpflichtete Kläger war bei der Beklagten seit dem 15.06.2019 auf Grundlage eines Arbeitsvertrages vom 04.03.2019, geändert am 24.01./17.02.2020 (Anlage K 1, Bl. 10 d.A.), mit einem regelmäßigen Bruttomonatsgehalt von zuletzt EUR 2.088,00 als Fahrer in Hamburg beschäftigt.
- 5 Der Kläger hatte gem. § 3 Abs. 1 seines Arbeitsvertrages u.a. die Vorgaben des sog. Fahrer-Handbuchs der Beklagten „strengstens“ zu befolgen.
- 6 Während der Corona-Pandemie hatte die Beklagte zeitweise ihren regulären Fahrbetrieb eingestellt. Der Kläger befand sich bis zum 31.05.2021 in Kurzarbeit Null, d.h. war nicht aktiv für die Beklagte tätig.
- 7 Ab dem 07.04.2021 übernahm die Beklagte in Hamburg Nachtfahrten des öffentlichen Personennahverkehrs (XXX) und gab per Pressemitteilung u.a. bekannt, dass neben anderen Infektionsschutzmaßnahmen „[...] Die Fahrer [...] regelmäßig auf Corona-Infektionen getestet [werden]“ (vgl. Anlage B 3, Bl. 61 d.A.).
- 8 In der Kalenderwoche 16/2021 ergänzte die Beklagte im Hinblick auf eine regelmäßige Testpflicht ihrer Fahrer auf das Coronavirus SARS-CoV-2 das Fahrer-Handbuch wie folgt (Anlage B 4, Bl. 66 d.A.):
- 9 *Wir führen bereits für alle Mitarbeiter*innen bei Z. regelmäßige Coronatests durch. Schon vor Erweiterung der gesetzlichen Vorgaben beginnen wir jetzt damit, die Testfrequenz auf zwei Mal in der Woche zu erhöhen.*

- 10 *Auch mit Tests ist es aber weiterhin erforderlich, dass die anderen Schutzmaßnahmen wie Abstand, Hygiene, Maske und Lüften beachtet werden.“*
- 11 Diese Ergänzung des Fahrer-Handbuchs wurde allen Fahrern per eMail am 23.04.2021 mitgeteilt (vgl. Anlage B 5, Bl. 67 d.A.).
- 12 Mit Schreiben vom 05.05.2021 informierte die Beklagte ihre Fahrer (u.a. den Kläger) zudem darüber, dass ab dem 01.06.2021 der reguläre Fahrtbetrieb wieder aufgenommen werde und ab dem 01.06.2021 somit die Fahrer, die sich in Kurzarbeit befanden, wieder ihrer Tätigkeit nachgehen könnten. In diesem Schreiben teilte die Beklagte ferner mit, dass sie ab Juni Corona-Selbsttest „für dich zu Hause“ anbiete. Insoweit lautet das Schreiben (vgl. Anlage B 6, Bl. 68 d.A.) auszugsweise wie folgt:
- 13 *„[...]*
- In der Vorbereitung auf den Restart bekommst du eine Online-Schulung für die korrekte Durchführung des Selbsttests
- 14 *- An deinem ersten Arbeitstag hast du die Möglichkeit, den Selbsttest zur Probe am Hub zu machen. Im Anschluss erhältst du dein persönliches Testkit für Zuhause, mit dem du dich zweimal in der Woche testest*
- 15 *- Damit bieten wir dir die Sicherheit, dass du, wie auch das ganze anwesende Team von Z., regelmäßig getestet werden [...]“.*
- 16 Entsprechend wurde das Fahrer-Handbuch der Beklagten in dem Abschnitt „Durchführung betrieblicher Corona-Schnelltests“ zur Testpflicht ab dem 01.06.2021 wie folgt ergänzt (vgl. Anlage B 8, Bl. 70 d.A.):
- 17 *„An deinem ersten Arbeitstag wird vor Schichtbeginn ein Test vor Ort unter Aufsicht durchgeführt.*
- 18 *Wenn dieser „Probelauf“ problemfrei und korrekt absolviert wurde, bekommst Du von Z. einen Satz neue Tests mit nach Hause. [...]*
- 19 *Wenn Du vollständig geimpft bist [...] musst du keine Corona Schnelltests machen. [...]*
- 20 *Bestätige deine/n Negativtest/Impfung in deiner Operations App im Rahmen der Abfahrtskontrolle“.*
- 21 Bei den von der Beklagten angebotenen Schnelltests handelte es sich um den „Coronavirus (2019-nCoV)-Antigentest“ vom Hersteller Beijing Hotgen Biotech Co. Ltd.. Dieser Antigen-Selbsttest erfordert lediglich einen Abstrich im vorderen Nasenbereich und ist vom Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte anerkannt.
- 22 Am 01.06.2021, dem ersten Arbeitstag des Klägers nach der Kurzarbeit, lehnte der Kläger es ab, vor Fahrtbeginn den bereitgestellten Corona-Schnelltest vor Ort durchzuführen. Darüber hinaus verweigerte er auch die Mitnahme von Testkits, um sich regelmäßig zu Hause selbst zu testen. Der Kläger wurde jedenfalls durch Frau A. F., Driver Managerin bei der Beklagten, nochmal mündlich auf die Verpflichtung zur Durchführung der Tests hingewiesen. Nachdem dieser dennoch weiterhin deren Durchführung ablehnte

- te, wurde er für den Tag unbezahlt freigestellt. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Kläger bereits am 01.06.2021 angeboten hat, einen weniger invasiven Schnelltest durchzuführen.
- 23 Am 02.06.2021 erschien der Kläger erneut zur Arbeit. Ein weiteres Mal lehnte er es ab, den von der Beklagten angebotenen Test vor Ort durchzuführen und die bereitgestellten Testkits zur Durchführung nach Hause mitzunehmen. Der Kläger wurde erneut unbezahlt freigestellt.
- 24 Am 03.06.2021 wiederholte sich das Geschehen, d.h. der Kläger erschien erneut zur Arbeit, bot seine Arbeitskraft an und verweigerte weiterhin die Durchführung und Mitnahme der von der Beklagten zur Verfügung gestellten Schnelltests. Einen alternativen Test hatte der Kläger am 03.06.2021 nicht mitgebracht. Die Beklagte erteilte dem Kläger ein Hausverbot und verwies ihn vom Betriebsgelände.
- 25 Die Beklagte kündigte sodann das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 08.06.2021, dem Kläger am 09.06.2021 zugegangen, zum 15.07.2021 (Anlage K 2, Bl. 22 d.A.). Mit dem Kündigungsschreiben wurde der Kläger bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses unwiderruflich von der Erbringung der Arbeitsleistung freigestellt.
- 26 Mit der streitgegenständlichen Kündigungsschutzklage wendet sich der Kläger gegen diese Kündigung.
- 27 **Der Kläger geht davon aus**, dass weder eine gesetzliche noch eine kollektivrechtliche Verpflichtung für Arbeitnehmer zur Teilnahme an Corona-Tests ohne Rücksicht auf das Vorhandensein etwaiger Symptome bestanden habe und die Anordnung der Testpflicht durch die Beklagte auch nicht von ihrem Weisungsrecht gedeckt sei. Ohnehin sei unklar, ob die Beklagte die Tests als Pflichtmaßnahme oder Empfehlung gestalten wollte. Nach der Mitteilung vom 05.05.2021 sollte es sich bei den Tests lediglich um ein Angebot der Beklagten handeln, d.h. sollten die Mitarbeiter lediglich eine Möglichkeit bekommen, sich am ersten Arbeitstag beaufsichtigt testen zu lassen.
- 28 Der Kläger habe die Durchführung der Tests nicht grundlos verweigert. Die Anordnung einer verdachtsunabhängigen Testpflicht sei unrechtmäßig, da hierbei die Rechte des Klägers, insbesondere sein Recht auf körperliche Unversehrtheit und sein allgemeines Persönlichkeitsrecht, übermäßig verletzt würden. Die von der Beklagten bereitgestellten Tests würden u.a. zu einer Reizung der Nasenschleimhaut führen und eine erhebliche Verletzungsgefahr mit sich bringen. Die Beklagte habe daher, wenn überhaupt, nur ein Testverfahren mit weniger invasiven Tests etablieren dürfen.
- 29 Insoweit hätte die Beklagte vorab auch eine Gefährdungsbeurteilung durchführen müssen. Eine regelmäßige Testung sei nicht im Sinne des Infektionsschutzes erforderlich gewesen, da die Fahrerkabine der Fahrzeuge der Beklagten mit einer Trennwand von der Fahrgastkabine getrennt sei und so schon kein direkter oder indirekter Kontakt zwischen dem Kläger und etwaigen Fahrgästen bestünde. Ferner sei ein etwaiges Infektionsrisiko schon dadurch gesenkt, dass für die Fahrgäste während der Fahrt auch die Pflicht bestünde, eine Mund-Nasen-Schutzmaske zu tragen, und die Belüftung im Fahrzeug von oben nach unten gerichtet sei.
- 30 Der Kläger habe die Beklagte bereits am 01.06.2021 unmittelbar nachdem er freigestellt wurde gefragt, ob es einen weniger invasiven Test gäbe, zu dem er bereit gewesen wä-

re. Das sei verneint worden. Am Abend habe der Kläger dann einen Anruf bekommen, wonach er am Folgetag wieder anfangen solle.

- 31 Am 02.06.2021 sei dem Kläger dann mitgeteilt worden, dass sein Fahrzeug erst freigeschaltet werde, wenn er sich testen lasse, und der Kläger, wenn er einen anderen Test haben wolle, diesen auf eigene Kosten besorgen müsse. Der Kläger habe darauf bestanden, dass ein weniger invasiver Test durch die Beklagte zur Verfügung gestellt werde.
- 32 Dabei sei der Kläger weder am 01.06.2021 noch am 02.06.2021 durch die Beklagten abgemahnt worden. Insbesondere seien ihm für den Fall einer wiederholten Verweigerung der Durchführung der von der Beklagten bereitgestellten Schnelltests keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen angedroht worden.
- 33 Am 03.06.2021 sei der Kläger lediglich gefragt worden, ob er sich mit den bereitgestellten Tests testen möchte oder einen eigenen Test dabei hätte.
- 34 Am 04.06.2021 sei der Kläger von einem anderen Driver Manager angerufen worden und habe erneut gefragt, wie der Test ausgewertet werde.
- 35 Mit der am 15.06.2021 beim Arbeitsgericht Hamburg eingegangenen und zuletzt in der Sitzung vom 01.09.2021 (Bl. 94 d.A.) geänderten Klage beantragt der Kläger,

36 **1. festzustellen, dass das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 8.6.2021, dem Kläger zugegangen am 9.6.2021, aufgelöst worden ist;**

37 **2. für den Fall des Obsiegens mit dem Antrag zu 1.), die Beklagte zu verurteilen, den Kläger bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu den bisherigen Arbeitsbedingungen als Fahrer weiter zu beschäftigen.**

38 Die Beklagte beantragt,

39 **die Klage abzuweisen.**

40 **Die Beklagte ist der Ansicht,** dass die streitgegenständliche Kündigung das Arbeitsverhältnis der Parteien beendet, zumal wegen der beharrlichen Weigerung des Klägers sogar eine fristlose Kündigung gerechtfertigt gewesen wäre.

41 Der Kläger sei persönlich am 01.06., 02.06. und 03.06.2021 auf dem Betriebsgelände der Beklagten aufgefordert worden, den bereitgestellten Corona-Schnelltest durchzuführen. Es habe sich dabei nicht lediglich um ein Angebot der Beklagten gehandelt. Auch nach den vorangegangenen Ergänzungen des Fahrerhandbuchs bzw. Schreiben der Beklagten habe im Übrigen kein ernsthafter Zweifel an einer Anordnung der Testpflicht bestehen können. Vielmehr sei die Durchführung der Tests Voraussetzung für die Wiederaufnahme der Tätigkeit aller Fahrer gewesen. Der Kläger habe sich grundlos geweigert und sei vor Ausspruch der Kündigung zweimal abgemahnt worden.

42 Der Kläger sei konkret am 01.06.2021 sowohl von Frau F. als auch von Herrn G., stellvertretender Betriebsleiter der Beklagten, auf dem Betriebsgelände auf die Verpflichtung zur Durchführung der Corona-Tests hingewiesen worden. Er sei dann auch bereits am 01.06.2021 darüber informiert worden, dass im Fall einer wiederholten Verweigerung ar-

beitsrechtliche Konsequenzen folgen können (vgl. Gesprächsprotokoll vom 01.06.2021 als Anlage B 9, Bl. 71 d.A.). Auch am 02.06.2021 sei der Kläger ein weiteres Mal darauf hingewiesen worden, dass im Wiederholungsfall arbeitsrechtliche Konsequenzen folgen können (vgl. Gesprächsprotokoll vom 02.06.2021 als Anlage B 10, Bl. 72 d.A.). Der Kläger habe dann am 02.06.2021 Frau F. mitgeteilt, dass er am darauffolgenden Tag einen eigenen Test mitbringen werde, wogegen seitens der Beklagten keine Einwände erhoben worden seien. Erst am 03.06.2021 habe der Kläger, der einen eigenen Test nicht dabei hatte, von der Beklagten verlangt, dass diese ihm einen „Spuck- oder Gurgeltest“ zur Verfügung stelle. Sodann sei der Kläger darüber informiert worden, dass arbeitsrechtliche Konsequenzen folgen werden.

- 43 Die angeordnete Testpflicht, insbesondere auch die Anordnung der einmaligen Durchführung des bereitgestellten Selbsttests unter Aufsicht auf dem Betriebshof der Beklagten, um deren korrekte Anwendung zuhause zu gewährleisten, sei schließlich rechtswirksam und verhältnismäßig gewesen. Es habe zu diesem Zeitpunkt der Corona-Pandemie mit stark steigenden Infektionszahlen eine entsprechende Fürsorgepflicht der Beklagten zum Gesundheitsschutz von Kunden und anderen Mitarbeitern der Beklagten bestanden, mit denen der Kläger jedenfalls zu Beginn seiner Schicht und auch während der Pausen in Kontakt kommen kann. Bei dem Corona-Selbsttest, bei dem allein ein Abstrich aus dem vorderen Nasenbereich genommen wird, handele es sich zudem um einen derart marginalen Eingriff in die Rechte des Klägers, dass noch nicht einmal der objektive Tatbestand einer Körperverletzung erfüllt werde. Es werde weder das körperliche Wohlbefinden noch die körperliche Unversehrtheit mehr als nur unerheblich beeinträchtigt.
- 44 Der marginalen Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts des Klägers stünden dagegen überaus gewichtige Interessen des Arbeitgebers und der anderen Mitarbeiter entgegen. Auch der Schutz der zu befördernden Kunden sei in die Abwägung einzubeziehen. Denn bei den Fahrzeugen der Beklagten handele es sich um geschlossene Räume, in denen durch Aerosole – insbesondere unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Fahrzeiten der Kunden – eine besonders hohe Ansteckungsgefahr bestehe. Eine Schutzfolie als Trennwand zwischen Fahrgastraum und Fahrerkabine könne eine Krankheitsübertragung insoweit nicht ausschließen, zumal Fahrer trotzdem mit Fahrgästen direkt in Kontakt kommen könnten. Zusätzliche Schutzmaßnahmen wie das Maskentragen und die regelmäßigen Tests der Fahrer seien weiter erforderlich. Das gelte erst recht, als die Fahrer im Rahmen der Personenbeförderung mit vollkommen zufälligen Kunden in Kontakt kämen, bei denen jederzeit mit einschlägigen Vorerkrankungen gerechnet werden müsse. Schließlich habe auch die Beklagte ein berechtigtes Interesse daran, in der Öffentlichkeit als ein Unternehmen wahrgenommen zu werden, das sich seiner gesundheitlichen Verantwortung während einer Pandemie bewusst ist und entsprechende Infektionsschutzmaßnahmen implementiert.
- 45 Durch die mehrfache Weigerung des Klägers, den Corona-Tests durchzuführen, sei das Vertrauensverhältnis der Arbeitsvertragsparteien nachhaltig erheblich gestört worden. Der Kläger habe gezeigt, dass er den Corona-Schutzmaßnahmen nicht mit der erforderlichen Ernsthaftigkeit gegenüberstehe. Da die Beklagte berechtigt sogar damit werbe, dass ihre Fahrer getestet seien, könne sie es in keinem Fall hinnehmen, wenn Fahrer grundlos und wiederholt den Test verweigern. Sie habe mit einem fortgesetzten Fehlverhalten des Klägers rechnen müssen, nachdem sich dieser an drei Tagen in Folge grund-

los geweigert habe. Das gelte erst recht, als der Kläger nach dem ersten und zweiten Vorfall am 01.06. bzw. 02.06.2021 einschlägig abgemahnt worden sei.

- 46 Der Kläger sei ohne einen entsprechenden Negativtest nicht als Fahrer einsetzbar gewesen. Auch anderweitige Weiterbeschäftigungsmöglichkeiten hätten nicht bestanden.
- 47 Die vor Ausspruch der Kündigung durchgeführte Interessenabwägung sei unter Berücksichtigung des jungen Alters und der kurzen Betriebszugehörigkeit zu Lasten des Klägers ausgefallen.
- 48 Auf den Tatsachenvortrag der Parteien in ihren Schriftsätzen und Anlagen sowie in ihren protokollierten Erklärungen wird ergänzend Bezug genommen.
- 49 Im Termin zur mündlichen Verhandlung vor der Kammer am 27.10.2021 wurden Frau A. F. und M. G. als Zeugen vernommen. Auf den protokollierten Inhalt der Zeugenaussagen (Bl. 106 d.A.) wird ebenfalls Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

- 50 Die zulässige Klage ist begründet.
- 51 1. Die streitgegenständliche Kündigung vom 08.06.2021 ist nicht sozial gerechtfertigt und daher nicht geeignet, das Arbeitsverhältnis der Parteien i.S.d. § 1 Abs. 2 KSchG zu beenden.
- 52 a. Das Kündigungsschutzgesetz ist auf das Arbeitsverhältnis der Parteien anwendbar. Das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger hat im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung seit dem 15.06.2019 und damit ununterbrochen länger als sechs Monate bestanden (§ 1 Abs. 1 KSchG). Die Beklagte beschäftigt in dem Betrieb, in dem der Kläger tätig ist, regelmäßig mehr als zehn Arbeitnehmer mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von mehr als 30 Stunden ohne die zu ihrer Berufsbildung Beschäftigten (§ 23 Abs. 1 S. 2 und 3 KSchG).
- 53 b. Die Kündigung gilt nicht als von Anfang gem. §§ 7, 4 S. 1 KSchG als rechtswirksam, da die dreiwöchige Klagefrist eingehalten ist. Die Klage gegen die dem Kläger am 09.06.2021 zugegangene Kündigung ging innerhalb der Frist des § 4 KSchG, nämlich am 15.06.2021, bei Gericht ein und wurde der Beklagten auch innerhalb dieser Frist, nämlich am 23.06.2021, zugestellt.
- 54 c. Die streitgegenständliche Kündigung ist nicht als verhaltensbedingte Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt.
- 55 aa. Eine verhaltensbedingte Kündigung ist in zwei Stufen zu prüfen. Zunächst ist festzustellen, ob ein Verstoß gegen arbeitsvertragliche Pflichten vorliegt, der grundsätzlich geeignet ist, einen verhaltensbedingten Kündigungsgrund darzustellen. Alsdann ist zu prüfen, ob das auch im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen so ist (vgl. Hessisches LAG, Urte. v. 09.01.00, Az: 9 Sa 901/99, m.w.N.).
- 56 Dabei ist im Sinne der ersten Stufe eine Kündigung durch Gründe im Verhalten des Arbeitnehmers bedingt und damit sozial gerechtfertigt, wenn dieser seine vertraglichen

Haupt- oder Nebenpflichten erheblich und in der Regel schuldhaft verletzt hat und eine dauerhaft störungsfreie Vertragserfüllung in Zukunft nicht mehr zu erwarten steht. Auch eine erhebliche Verletzung der den Arbeitnehmer gem. § 241 Abs. 2 BGB treffenden Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Interessen des Arbeitgebers kann eine Kündigung rechtfertigen (BAG, Urt. v. 19.11.2015, Az: 2 AZR 217/15, m.w.N.).

- 57 Eine Kündigung scheidet dagegen aus, wenn schon mildere Mittel und Reaktionen von Seiten des Arbeitgebers – wie etwa eine Abmahnung – geeignet gewesen wären, beim Arbeitnehmer künftige Vertragstreue zu bewirken (BAG, Urt. v. 31.07.2014, Az: 2 AZR 434/13). Einer Abmahnung bedarf es nach Maßgabe des auch in § 314 Abs. 2 bzw. § 323 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur dann nicht, wenn bereits ex ante erkennbar ist, dass eine Verhaltensänderung auch nach Ausspruch einer Abmahnung nicht zu erwarten ist, oder die Pflichtverletzung so schwerwiegend ist, dass selbst deren erstmalige Hinnahme durch den Arbeitgeber nach objektiven Maßstäben unzumutbar und offensichtlich (auch für den Arbeitnehmer erkennbar) ausgeschlossen ist (BAG, Urt. v. 20.11.2014, Az: 2 AZR 651/13; Urt. v. 19.11.2015, a.a.O., m.w.N.).
- 58 bb. Danach ist die streitgegenständliche Kündigung nicht als verhaltensbedingte Kündigung i.S.v. § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Zwar war die Anordnung der Beklagten gegenüber ihren Fahrern rechtmäßig, die von ihr bereitgestellten Corona-Schnelltests (auch erstmalig vor Ort auf dem Betriebsgelände der Beklagten) durchzuführen (dazu nachfolgend unter (1)), und hat der Kläger entsprechend durch die Ablehnung dieser Tests am 01.06., 02.06. und 03.06.2021 schuldhaft gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen (dazu nachfolgend unter (2)). Nach Auffassung der Kammer wäre allerdings vor Ausspruch einer Kündigung der Ausspruch einer Abmahnung als milderes Mittel geeignet und ausreichend gewesen, beim Kläger künftige Vertragstreue zu bewirken. Im Ergebnis der durchgeführten Beweisaufnahme ließ sich für die Kammer dagegen – auch und gerade unter Berücksichtigung der abweichenden Sachverhaltsdarstellung der Beklagten – eine vorherige Abmahnung des Klägers nicht mit Sicherheit feststellen („non liquet“, dazu nachfolgend unter (3)). Die Beklagte, die insoweit die Beweislast trägt, war somit nicht berechtigt, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist sogleich zu kündigen.
- 59 (1) Auch wenn es letztlich für die Entscheidung nicht darauf ankommt, geht die Kammer davon aus, dass die Beklagte – obgleich eine gesetzliche Verpflichtung für Arbeitnehmer nicht existierte – berechtigt war, Anfang Juni 2021 gegenüber ihren Fahrern die Durchführung der bereitgestellten Corona-Schnelltests anzuordnen. Insbesondere auch die Anordnung der Beklagten, einen solchen Test erstmalig vor Ort auf dem Betriebsgelände durchzuführen, war rechtmäßig und von dem in den Grenzen billigen Ermessens bestehenden Weisungsrecht der Beklagten gem. § 106 GewO gedeckt. Es wurden insoweit auch keine Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates übergangen, da es zu diesem Zeitpunkt noch keinen Betriebsrat bei der Beklagten gab.
- 60 (a) Die Wahrung billigen Ermessens setzt voraus, dass die wesentlichen Umstände des Falles miteinander abgewogen und in ein angemessenes Verhältnis gebracht werden (vgl. BAG, Urt. v. 24.04.1996, Az: 5 AZR 1031/94). Die Abwägung der wechselseitigen Interessen erfolgt dabei nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. Zu den Umständen des Einzelfalls gehören auch die Vorteile aus einer Regelung, die Risikoverteilung zwischen den Vertrags-

parteien, die beiderseitigen Bedürfnisse sowie außervertragliche Vor- und Nachteile (vgl. BAG, Urt. v. 28.08.2013, Az: 10 AZR 569/12, m.w.N.).

- 61 (b) Die Beklagte hat nach Abwägung dieser Umstände des Einzelfalls in den Grenzen ihres billigen Ermessens gehandelt, insbesondere unter Beachtung der gegenseitigen Interessen das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt.
- 62 (aa) Hierfür spricht zunächst, dass die Intensität des Eingriffs in die körperliche Integrität des Testanwenders (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) im von der Beklagten gewählten Verfahren äußerst gering ist. Es handelt sich bei den von der Beklagten bereitgestellten Tests um Schnelltests, die vom Anwender selbst durchgeführt werden können und nur einen Abstrich im vorderen Nasenbereich erfordern. Diese sind hinsichtlich ihrer Eingriffsintensität streng von anderen Testverfahren, insbesondere von Tests zu unterscheiden, die einen Abstrich im hinteren Nasen- und/oder Rachenbereich erfordern. Sofern der Anwender nicht eine besondere Empfindlichkeit – die der Kläger hier nicht substantiiert vorträgt und von der die Beklagte auch nicht ohne Weiteres ausgehen musste – aufweist, sind die Tests im vorderen Nasenbereich im Regelfall lediglich mit einem leicht unangenehmen Gefühl verbunden. Dies gilt umso mehr, wenn, wie im konkreten Fall, der Test ein Selbsttest ist. Denn der Anwender kann hier selbst so vorgehen, dass das Prozedere komplett schmerzfrei abläuft. Die Forderung des Klägers nach einem weniger invasiven Test geht insofern fehl, als dass der von der Beklagten gewählte Test bereits auf der Stufe der am wenigsten invasiven Tests steht. Der wenige Sekunden dauernde Abstrich im vorderen Nasenbereich ist nach Überzeugung des Gerichts abstrakt-generell genauso wenig invasiv wie etwa ein Gurgel- bzw. Spucktest; all diese Tests erfordern eine unnatürliche körperliche Handlung, die jedoch äußerst schnell vergeht und auf ihre jeweilige Art ein minimal unangenehmes Empfinden hervorrufen kann. Die Beeinträchtigung des Getesteten ist somit in beiden Fällen von kurzer Dauer und niedrigschwelliger Intensität (vgl. auch ArbG Offenbach, Urt. v. 03.02.2021, Az: 4 Ga 1/21). Persönliche, subjektive Präferenzen des Klägers führen dagegen nicht dazu, dass auf diese im Wege der Ermessensentscheidung nach § 106 GewO Rücksicht genommen werden muss. Sofern der Kläger Entscheidungen anderer Gerichte anführt, die zu einem Testverfahren im hinteren Nasenbereich ergangen sind (vgl. AG Meinigen, Beschl. v. 18.01.2021, Az: 3 XVII 234/19), sind diese Testverfahren nicht vergleichbar. Mögen Abstriche im hinteren Nasenbereich unangenehmer, schmerzhafter und bei fehlerhafter Durchführung sogar gefährlich sein, kann davon bei Selbsttests im vorderen Nasenbereich nicht ausgegangen werden.
- 63 (bb) Auch in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (vgl. Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und das sich hieraus ergebende Recht auf informationelle Selbstbestimmung des Klägers wird durch die Anordnung der Beklagten nicht übermäßig eingegriffen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht schützt grundsätzlich vor der Erhebung und Weitergabe von Befunden über den Gesundheitszustand, die seelische Verfassung und den Charakter des Arbeitnehmers. Der Schutz ist umso intensiver, je näher die Daten der Intimsphäre des Betroffenen stehen (BAG, Urt. v. 12.08.1999, Az: 2 AZR 55/99, m.w.N.).
- 64 Insoweit ist im konkreten Fall zu unterscheiden zwischen dem ersten Test, den der Kläger unter Aufsicht auf dem Betriebsgelände durchführen sollte, und den darauffolgenden Tests, die der Kläger regelmäßig zu Hause durchführen und sein negatives Ergebnis sodann auf Vertrauensbasis in der sog. Operations App bestätigen sollte.
- 65 (i) (Mittelbare) Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers durch die Tests zu Hause waren von ausgesprochen niedriger Intensität. Sie waren zwar auf Dau-

er angelegt und per App sollte der Teststatus abgefragt werden. Es ist jedoch isoliert betrachtet hinsichtlich der informationellen Selbstbestimmung des Klägers unbedenklich, zu Hause einen Selbsttest durchzuführen. Der Kläger sollte zu jeder Zeit des Testablaufs allein Zugriff auf alle entstehenden Daten und Proben haben und hätte die Entsorgung im Privaten derart organisieren können, dass niemand Zugriff auf seine gebrauchten Tests und die Ergebnisse bekommt. Die Abfrage des Ergebnisses in der sog. Operations App stellt ebenfalls keinen starken Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar. Sie erfolgte allein auf Vertrauensbasis. Die Beklagte wollte und konnte bei dem vorgesehen Verfahren zu keinem Zeitpunkt tatsächlich kontrollieren, ob die Tests durchgeführt wurden und was ihr Ergebnis war. Die geplante Abfrage per App war mithin weniger Datenabfrage als eher eine Erinnerung verbunden mit der Hoffnung, dass der Kläger die Tests tatsächlich durchgeführt hat und das wahre Ergebnis mitteilt.

- 66 (ii) Aber auch der vor Ort bei der Beklagten durchzuführende Test vermag keine durchgreifenden, grundsätzlichen Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des Klägers zu begründen. Zum einen handelt es sich hierbei um ein einmaliges Vorkommnis. Zum anderen ist die Datenmenge zwar nicht gänzlich unerheblich, doch überschaubar. Die Beklagte käme so namentlich zuordenbar an das Ergebnis eines überwiegend verlässlichen Tests, der eine kurze Momentaufnahme wiedergibt. Für den Fall eines positiven Ergebnisses kann die Beklagte zwar aus den ihr zur Verfügung stehenden Daten unmittelbar annehmen, dass der Testanwender sich mit dem Corona-Virus infiziert hat, jedoch nichts darüber hinaus. Möglicherweise intimere Hintergründe wie etwa die Frage, ob sich der Testanwender hat impfen lassen, wo er sich angesteckt hat und ob ein später durchzuführender präziserer PCR-Test ebenfalls positiv ausfällt, erfährt sie hierdurch nicht. Gleiches gilt für ein negatives Ergebnis. Auch hier erlangt die Beklagte lediglich die Information, dass im Moment der Testdurchführung wahrscheinlich keine Infektion vorlag. Diese Information hat jedoch zum einen einen äußerst überschaubaren Gehalt und verliert zum anderen innerhalb kürzester Zeit auch diesen überschaubaren Aussagewert, da es sich auch bei dem negativen Test lediglich um eine ablaufende Momentaufnahme handelt.
- 67 Sofern teilweise in der Literatur ins Feld geführt wird, dass ein Test vor Ort beim Arbeitgeber bedenklich sei, da die hierbei entstehende Probe DNA der getesteten Person enthalte (vgl. Bayer in GWR 2021, 255 (257) m.w.N.), ist dies zwar richtig, gewinnt im Abwägungsprozess jedoch lediglich eine untergeordnete Rolle. Die bloße Zugriffsmöglichkeit auf körperliche Proben, die die DNA eines Arbeitnehmers enthalten, ist fester Bestandteil nicht nur des Arbeitslebens, sondern allen gesellschaftlichen Zusammenkommens. Auch abseits einer Testpflicht während einer Pandemie besteht die Möglichkeit, dass Arbeitgeber oder andere Menschen Zugriff auf z.B. entfallene Haare oder abgefallene Haut bekommen könnten und diese „Proben“ eindeutig einer Person zuordnen könnten. Erst wenn weitere Gründe die Annahme bestärken, dass diese Zugriffsmöglichkeit auf DNA-Material auch genutzt wird, bestünde Anlass zur Sorge mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht. Dies entspricht jedoch regelmäßig im Arbeitsverhältnis und insbesondere im konkreten Fall nicht der Sachlage.
- 68 (cc) Diesen wenig intensiven Eingriffen in die Rechte des Klägers stehen schließlich gewichtige(re) Interessen der Beklagten, insbesondere der Schutz ihrer Kunden und ihrer Mitarbeiter vor dem Infektionsrisiko mit ggf. schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen entgegen. Die Weisung der Beklagten war damit auch nicht unverhältnismäßig.

- 69 Dabei steht die Gefährdungslage durch die Corona-Pandemie für die Kammer außer Frage. Es handelt sich bei der angeordneten Testpflicht somit um eine grundsätzlich an einen legitimen Zweck gekoppelte und nicht willkürliche sowie geeignete Maßnahme. Während einer Pandemie kumulativ Maßnahmen einzuführen, die unabhängig von ihrer relativen Wirksamkeit im Vergleich zu und parallel mit anderen Maßnahmen jedenfalls auch zum Infektionsschutz beitragen, ist eine plausible Grunderwägung und hinreichend legitimer Anlass, um überhaupt eine Entscheidung i.S.d. § 106 GewO zu treffen.
- 70 Das Primärziel einer Testpflicht – nämlich Personen, die potenziell ansteckend sind, zu identifizieren und rechtzeitig daran zu hindern, dass diese unbemerkt andere anstecken – hat eine bei alledem hohe Relevanz. Denn das Corona-Virus führt bei einigen Menschen zu einer erheblichen Gesundheitsschädigung, teilweise verbunden mit tödlichem Ausgang oder mit besonders unangenehmen Spät- und Langzeitfolgen. Diese Folgen einer Infektion sind selbst in mildereren Fällen um ein Vielfaches unangenehmer und insbesondere abstrakt gefährlicher als ein Selbsttest mit einem Wattestäbchen im vorderen Nasenbereich.
- 71 Ausgehend davon hatte die Beklagte ein berechtigtes, die Interessen des Klägers deutlich überwiegendes Interesse, die regelmäßige Durchführung von Corona-Schnelltests gegenüber ihren Fahrern anzuweisen. Denn sie war bereits im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht gem. § 618 BGB i.V.m. § 3 Abs. 1 ArbSchG verpflichtet sicherzustellen, dass andere Mitarbeiter, mit denen auch der Kläger denotwendig z.B. schon auf dem Betriebsgelände Kontakt haben konnte, einem nur geringen bis gar keinem Infektionsrisiko ausgesetzt werden. Die Anordnung der Beklagten diene daher berechtigt dem Schutz der Gesundheit ihrer Mitarbeiter (vgl. ArbG Offenbach, a.a.O.; Bayer, a.a.O., m.w.N.). Im gleichen Maße diene die Anordnung der Beklagten dem Gesundheitsschutz ihrer Kunden, die der Kläger befördern sollte. Insoweit hat die Beklagte auch das wirtschaftliche und durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Interesse, sich in einer Zeit, in der strenge Infektionsschutzmaßnahmen für Fahrgäste wichtig sind, als möglichst maßnahmenintensives Unternehmen am Markt zu positionieren.
- 72 Letztlich überwiegt nach Auffassung der Kammer aber bereits der Schutz von Leben und Gesundheit i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG im Hinblick auf Arbeitnehmer und Fahrgäste deutlich den Interessen des Klägers und rechtfertigt dieser entsprechend die geringen Eingriffe in seine grundrechtlich geschützten Positionen durch die angeordnete Testpflicht.
- 73 Denn auch die konkret vorgebrachten Zweifel des Klägers daran, ob neben der Maskenpflicht und den Trennwänden in den Fahrzeugen der Beklagten eine weitere Schutzmaßnahme überhaupt erforderlich war, sind nicht berechtigt. Zwar haben Masken und Trennwände bereits einen relevanten Schutzeffekt. Keine Maßnahme zur Bekämpfung der Pandemie ist jedoch lückenlos. So kann insbesondere bei einer Fahrtdauer von ca. 21 Minuten entweder das Material – z.B. einer Schutzmaske – von unzureichender Qualität sein oder es zu nicht vorgesehenen Situationen – z.B. einem Erste-Hilfe-Fall – kommen, in denen dann eine Trennwand keinen Schutz mehr bietet. Hinzu kommt, dass sich neben den Fahrern auf engem Raum, d.h. in einem einzigen Fahrzeug, bis zu sechs, regelmäßig wechselnde Fahrgäste gleichzeitig aufhalten, d.h. ein sehr enger Kontakt zu einer unbestimmten Anzahl von Personen unbestimmter Herkunft (verbunden mit unterschiedlichen Infektionsrisiken) besteht. Mehr kumulative Maßnahmen bedeuten vor diesem Hintergrund im Regelfall ein höheres Schutzniveau. Eine solche Bewertung könnte zwar anders ausfallen, sobald das abstrakte Risiko von gefährlichen Krankheitsverläufen mittels

einer flächendeckenden Immunisierung stark verringert ist. Im Juni 2021 war das indes noch nicht der Fall.

- 74 (2) Der Kläger hat sich geweigert, die von der Beklagten bereitgestellten Schnelltests durchzuführen. Damit hat er schuldhaft gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Insbesondere war das vorgesehene Testverfahren nicht nur abstrakt rechtmäßig (vgl. o.), sondern wurde es entgegen den Zweifel des Klägers auch verpflichtend angeordnet. Ob bereits die Mitteilung vom 05.05.2021 insoweit bereits eine entsprechende Pflicht begründete oder lediglich über eine Testmöglichkeit informierte, kann dahinstehen. Jedenfalls wurde der Kläger am 01.06., 02.06. und 03.06.2021 angewiesen, vor Ort auf dem Betriebsgelände einen Schnelltest durchzuführen wie auch weitere Testkits mit nach Hause zu nehmen. Das bestreitet letztlich auch der Kläger nicht.
- 75 (3) Im Ergebnis ist die streitgegenständliche Kündigung nach Auffassung der Kammer unwirksam, weil sie trotz mehrfacher Weigerung des Klägers, die von der Beklagten bereitgestellten Corona-Schnelltests durchzuführen, nicht als letztes Mittel erforderlich war, um den Kläger zur Vertragstreue zu bewirken. Nach der durchgeführten Beweisaufnahme ließ sich für die Kammer dagegen eine vorherige Abmahnung des Klägers nicht mit Sicherheit feststellen („non liquet“). Die Beklagte, die insoweit die Beweislast trägt, war somit nicht berechtigt, das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist sogleich zu kündigen.
- 76 (aa) Eine Kündigung kommt unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes auch bei Störungen im Leistungs- und Verhaltensbereich nur in Betracht, wenn es keinen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Dabei ist als mildere Reaktion insbesondere die Abmahnung anzusehen, die dann als alternative Gestaltungsmittel anzusehen ist, wenn schon sie geeignet ist, den mit der Kündigung verfolgten Zweck – die Vermeidung des Risikos künftiger Störungen – zu erreichen (vgl. BAG, Urt. v. 10.06.2010, Az: 2 AZR 541/09). Dementsprechend ist nach ständiger Rechtsprechung des BAG bei Vertragspflichtverletzungen, die auf einem steuerbaren Verhalten beruhen, generell davon auszugehen, dass bereits die Androhung von Folgen für den Bestand des Arbeitsverhältnisses das künftige Verhalten des Arbeitnehmers positiv beeinflussen wird. Ordentliche und außerordentliche Vertragspflichtverletzungen setzen daher regelmäßig eine vergebliche Abmahnung mit entsprechender Warnfunktion voraus, die zudem der Objektivierung einer negativen Prognose dient (vgl. BAG, a.a.O., m.w.N.).
- 77 (bb) Im konkreten Fall war eine Abmahnung des Klägers nicht von vornherein entbehrlich. Das gilt schon deswegen, weil auch die Beklagte grundsätzlich nicht ausschließen konnte, dass der Kläger für den Fall der Androhung von Konsequenzen für den Bestand seines Arbeitsverhältnisses seine Verweigerungshaltung überdacht und die bereitgestellten Corona-Schnelltests zukünftig durchgeführt hätte.
- 78 (i) Entbehrlich ist eine Abmahnung nur dann, wenn im Einzelfall besondere Umstände vorgelegen haben, aufgrund derer eine Abmahnung als nicht erfolversprechend angesehen werden durfte. Das ist besonders dann anzunehmen, wenn erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer gar nicht gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten. Kannte der Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens, setzt er aber trotzdem hartnäckig und uneinsichtig seine Pflichtverletzungen fort, dann läuft die Warnfunktion der Abmahnung leer. Da der Arbeitnehmer erkennbar nicht gewillt ist, sein Verhalten zu ändern, müsste der Arbeitgeber auch bei Ausspruch einer Abmahnung mit weiteren erheblichen Pflicht-

verletzungen rechnen (BAG, Urt. v. 18.05.1994, Az: 2 AZR 626/93, m.w.N.). Ferner ist bei einer Kündigung aus verhaltensbedingten Gründen eine Abmahnung auch dann entbehrlich, wenn es um schwere Pflichtverletzungen geht, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar ist und bei denen eine Hinnahe des Verhaltens durch den Arbeitgeber offensichtlich ausgeschlossen ist. Das BAG stellt in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf ab, in derartigen Fällen müsse es dem Arbeitnehmer bewusst sein, dass er seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setze (BAG, Urt. v. 10.02.99, Az: 2 ABR 31/98, m.w.N.).

- 79 (ii) Auch nach diesen Grundsätzen war die Abmahnung im vorliegenden Einzelfall nicht entbehrlich. Zwar hat der Kläger sich wiederholt geweigert, die von der Beklagten bereitgestellten Schnelltests vor Ort auf dem Betriebsgelände der Beklagten durchzuführen. Dabei ging er selbst allerdings davon aus, dass dieses Verhalten rechtmäßig war und er gegenüber der Beklagten auf die Bereitstellung eines – aus seiner Sicht – minimal invasiveren Testverfahrens bestehen konnte. Darüber hinaus war er – insoweit unstrittig – bereit, einen anderen Schnelltest durchzuführen, um den Interessen der Beklagten nachzukommen. Vor diesem Hintergrund kann auch und gerade unter Berücksichtigung einer (in Ermangelung höchstrichterlicher Rechtsprechung) unklaren Rechtslage zur Testpflicht von Arbeitnehmern und jedenfalls einer (im Juni 2021 noch) fehlenden gesetzlichen Verpflichtung, weder davon ausgegangen werden, dass dem Kläger bewusst war, dass er seinen Arbeitsplatz aufs Spiel setzte, noch dass er die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens kannte und trotzdem die bereitgestellten Testverfahren ablehnte. Das gilt erst recht, als es für die Beklagte nach der Aussage des Zeugen ... nicht entscheidend auf die Durchführung der von der Beklagten bereitgestellten Corona-Schnelltests ankam, sondern der Kläger auch einen anderen Selbsttest (Spuck- bzw. Gurgel-Test) hätte durchführen können. Darauf habe man sich nach der Aussage des Zeugen sogar am 02.06.2021 verständigt (vgl. Bl. 109 d.A.). Ausgehend davon hätte dem Kläger vor Ausspruch einer Kündigung durch eine Abmahnung noch einmal deutlich die Gefahr für den Bestand seines Arbeitsverhältnisses vor Augen geführt werden müssen, sollte dieser die Durchführung eines Schnelltests (gleich welcher) weiterhin verweigern.
- 80 (cc) Bei der Abmahnung handelt es sich um die Ausübung eines arbeitsvertraglichen Gläubigerrechts durch den Arbeitgeber. Als Gläubiger der Arbeitsleistung hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer als seinen Schuldner auf dessen vertragliche Pflichten hinzuweisen und ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam zu machen (Rüge- bzw. Dokumentationsfunktion, vgl. BAG, Urt. v. 26.01.95, Az: 2 AZR 649/94). Zugleich hat er ihn für die Zukunft zu einem vertragsgetreuen Verhalten aufzufordern und, wenn ihm dies angebracht erscheint, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung anzukündigen (Warnfunktion, vgl. BAG, Urt. v. 10.11.93, Az: 7 AZR 682/92). Von einer Abmahnung kann nur gesprochen werden, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer deutlich und ernsthaft ermahnt und ihn auffordert, ein genau bezeichnetes Fehlverhalten zu ändern bzw. aufzugeben und damit den Hinweis verbindet, dass im Wiederholungsfall der Inhalt oder der Bestand des Arbeitsverhältnisses gefährdet sei (BAG, Urt. v. 25.06.81, Az: 2 AZR 220/79). Dabei unterliegen Abmahnungen keinem Formerfordernis, d.h. können durchaus auch mündlich erfolgen (Niemann ErfK-BGB, 21. Aufl. 2021, § 626, Rn. 30). Die Darlegungs- und Beweislast für eine vorherige Abmahnung trägt indes nach allgemeinen Grundsätzen der Arbeitgeber.
- 81 (i) Entgegen der Sachverhaltsdarstellung der Beklagten wurde der Kläger weder am 01.06. noch am 02.06.2021 (noch sonst zu irgendeinem Zeitpunkt) durch die vor Ort zu-

ständige Driver Managerin, die Zeugin F., abgemahnt. Insbesondere hat die Zeugin dem Kläger für den Fall einer wiederholten Verweigerung des bereitgestellten Schnelltests keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen angedroht. An der Glaubwürdigkeit der von der Beklagten benannten Zeugin bestanden insoweit keine Zweifel. Sie trat während ihrer Vernehmung ruhig und strukturiert auf und konnte den streitgegenständlichen Sachverhalt detailliert aus eigener Wahrnehmung wiedergeben. Dabei hat sie dann ohne zu Zögern auf Nachfrage des Gerichts erklärt, dass sie dem Kläger nicht angedroht habe, dass dieser im Wiederholungsfall mit einer Kündigung seines Arbeitsverhältnisses rechnen müsse, sondern diesem lediglich gesagt habe, dass er ohne die Durchführung des Selbsttests nicht fahren werde (vgl. Bl. 107 f. d.A.).

- 82 (ii) In diesem Lichte wirkte die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten zu den behaupteten – zwei – Abmahnungen des Klägers am 01.06. und 02.06.2021 für die Kammer bereits etwas konstruiert. Nach den übereinstimmenden Zeugenaussagen war zum einen davon auszugehen, dass die Zeugen F. und G. im relevanten Zeitraum nie zusammen mit dem Kläger das Gespräch geführt haben, ja sogar der Zeuge G. am 01.06.2021 entgegen der Darstellung der Beklagten überhaupt nicht selbst mit dem Kläger gesprochen hat. Zum anderen erwiesen sich die von der Beklagten als Anlagen B 9 (Bl. 71 d.A.) und B 10 (Bl. 72 d.A.) zum Beweis der Abmahnungen des Klägers vorgelegten Gesprächsprotokolle vom 01.06. und 02.06.2021 jedenfalls insoweit als unzutreffend, als die Zeugin F., die darin jeweils als Gesprächsführer ausgewiesen wird, den Kläger eben gerade nicht über arbeitsrechtliche Konsequenzen informiert hat. Zu Gunsten der Beklagten ließe sich allenfalls unterstellen, dass nach den Gesprächsprotokollen lediglich eine Abmahnung des Klägers noch beabsichtigt war („*wird* darüber informiert“). Allerdings geht die Kammer davon aus, dass die Zeugin aufgrund der für sie durchaus nicht alltäglichen Situation sowohl eine (noch beabsichtigte) Abmahnung des Klägers ebenso wie eine von ihrem Vorgesetzten, dem Zeugen G., behauptete Anweisung, den Kläger für sein Verhalten bereits am 01.06.2021 abzumahnern, erinnert und von sich aus angesprochen hätte. Es ist jedenfalls für die Kammer wenig nachvollziehbar, dass die Zeugin F., die bereits am 01.06.2021 den Rat des stellvertretenden Betriebsleiters gesucht hat und von diesem aufgegeben bekommen haben soll, dem Kläger über arbeitsrechtliche Konsequenzen zu belehren, das vergessen bzw. hiervon abgesehen haben soll – und den Kläger nach eigener Aussage an diesem Tag lediglich freigestellt hat.
- 83 (iii) Davon ausgehend, ist die Kammer auch nach der Vernehmung des Zeugen G. nicht überzeugt, dass dieser den Kläger – wenn überhaupt ja nur in seinem einzigen persönlichen Gespräch mit dem Kläger am 02.06.2021 – wirksam mündlich abgemahnt hat. Die Kammer ist weder überzeugt davon, dass der Zeuge G. die Zeugin F. am 01.06.2021 angewiesen hat, den Kläger abzumahnern (vgl. o.), noch dass dieser selbst dem Kläger am 02.06.2021 gesagt habe, dass das Arbeitsverhältnis gekündigt werde, wenn der Kläger auch einen Spuck- bzw. Gurgeltest, auf dessen Durchführung er sich zuvor mit dem Kläger verständigt habe, nicht am nächsten Tag durchführe (vgl. Bl. 109 d.A.). Das gilt schon deswegen, weil der Zeuge sich selbst auf mehrfache Nachfrage nicht an den genauen Wortlaut des Gesprächs mit dem Kläger am 02.06.2021 erinnern (vgl. Bl. 109 d.A.) und auf dieser Basis nicht mit Sicherheit festgestellt werden konnte, ob eine mündliche Abmahnung mit der erforderlichen Rüge- und Warnfunktion ausgesprochen wurde. Hinzu kommen die bereits dargestellten Widersprüche zum Sachvortrag der Beklagten, die darüber hinaus schriftsätzlich lediglich von einer Androhung „arbeitsrechtlicher Konsequenzen“ (durch die Zeugen F. und G.) und nicht konkret von einer Kündigungsandrohung ausging. Der Zeuge G. schien jedenfalls für die Kammer vor dem Hintergrund

einer erforderlichen Abmahnung instruiert und wenig glaubhaft, wenn er einerseits konkret eine Kündigungsandrohung ausgesprochen haben will, sich andererseits insoweit aber den genauen Wortlaut nicht erinnern konnte.

84 2. Der Kläger hat auch einen Anspruch auf Weiterbeschäftigung zu unveränderten Bedingungen bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsrechtsstreits.

85 Der gekündigte Arbeitnehmer hat einen Anspruch auf vertragsgemäße Beschäftigung über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzprozesses. Rechtsgrundlage dieses Beschäftigungsanspruches sind die §§ 611, 613 BGB in Verbindung mit dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (vgl. BAG, Großer Senat, Beschl. v. 27.02.1985, Az: GS 1/84). Er besteht, wenn ein die Unwirksamkeit der Kündigung feststellendes Instanzurteil ergeht und keine besonderen Umstände vorliegen, die ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers begründen, den Arbeitnehmer nicht weiter zu beschäftigen. Solche besonderen Umstände wurden vorliegend weder vorgetragen noch sind sie sonst ersichtlich.

II.

86 1. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen, weil sie unterlegen ist (§ 91 Abs. 1 ZPO i.V.m. § 46 Abs. 2 ArbGG).

87 2. Der gemäß § 61 ArbGG festgesetzte Wert des Streitgegenstandes, dessen maßgeblicher Zeitpunkt der Schluss der mündlichen Verhandlung ist (vgl. Germelmann/Matthes/Prütting/ Müller-Glöge, ArbGG, 8. Aufl., § 61 Rn. 18), ergibt sich aus Folgendem: Der Gegenstandswert für den Kündigungsschutzantrag entspricht dem Betrag des für die Dauer eines Vierteljahres zu leistenden Arbeitsentgelts (§ 42 Abs. 3 GKG), d.h. drei Bruttomonatsgehältern von jeweils EUR 2.088,00. Der Gegenstandswert des Weiterbeschäftigungsantrags beläuft sich auf ein Bruttomonatsgehalt (Streitwertkatalog für die Arbeitsgerichtsbarkeit i.d.F. 05.04.2016, Abschn. I Nr. 12). Daraus ergibt sich insgesamt ein Gegenstandswert in der tenorierten Höhe.

88 3. Hinsichtlich des Feststellungsantrags war eine gesonderte Feststellung über die Zulassung der Berufung nicht erforderlich, weil sie bereits kraft Gesetzes zulässig ist (§ 64 Abs. 2 Buchst. c) ArbGG). Im Übrigen lagen die Voraussetzungen für die Zulassung der Berufung gemäß §§ 64 Abs. 2 Buchst. a) ArbGG, 64 Abs. 3 ArbGG nicht vor.