LArbG Nürnberg, Urteil v. 13.12.2022 – 7 Sa 6/22

Titel:

Weigerung des Tragens einer Mund-Nase-Bedeckung einer pädagogischen Fachkraft in der Kleinkinderbetreuung aus gesundheitlichen Gründen

Normenketten:

GG Art. 2
BGB § 297, § 615
GewO § 106
ArbSchG § 4 Nr. 3
SARS-Cov-2 Arbeitsschutzregel
SARS-CoV-2 Arbeitsschutzstandard

Leitsätze:

1. Der Arbeitgeber kann in Umsetzung der ihn treffenden arbeitsschutzrechtlichen Verpflichtungen nach §§ 3, 4 ArbSchG berechtigt sein, im Rahmen seines Direktionsrechtes das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung anzuordnen. (Rn. 54 und 58 – 59)
2. Einer pädagogischen Fachkraft in der Kleinkinderbetreuung, die aus gesundheitlichen Gründen eine Mund-Nase-Bedeckung nicht tragen kann, kann das Leistungsvermögen nach § 297 BGB fehlen. (Rn. 51)
1. Nach § 297 BGB gerät der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außer Stande ist, die geschuldete Arbeitsleistung aus in seiner Person liegenden Gründen zu bewirken. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer nicht willens ist, die Voraussetzungen für die Aufnahme der vertraglich geschuldeten Tätigkeit zu erfüllen. Die Darlegungs- und Beweislast für fehlende Leistungsfähigkeit oder fehlende Leistungswilligkeit als Einwendung gegen den Anspruch auf Annahmeverzugslohn liegt beim Arbeitgeber. (Rn. 49 – 50) (redaktioneller Leitsatz)
2. Ist der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, seine Arbeit ganz oder teilweise zu verrichten, so ist für den Vorhalt vertragswidrigen Verhaltens in Form einer Abmahnung kein Raum, auch wenn der Vorhalt nicht mit dem Vorwurf eines schuldhaften vertragswidrigen Verhaltens verbunden sein muss. Der Arbeitnehmer kann in diesem Fall die Entfernung der zu Unrecht erteilten Abmahnung aus seiner Personalakte verlangen. (Rn. 77) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Coronavirus, Arbeitsleistung, Kleinkinderbetreuung, Annahmeverzug, Arbeitgeber, Pädagogische Fachkraft, Attest, Medizinische Indikation, Mund-Nase-Bedeckung

Vorinstanz:

ArbG Nürnberg, Endurteil vom 29.10.2021 – 6 Ca 454/21

Fundstelle:

BeckRS 2022, 46328

Tenor

I. Auf die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des Arbeitsgerichtes Nürnberg vom 29.10.2021 – 6 Ca 454/21 – wird dieses abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, die Abmahnung vom 03.02.2021 aus der Personalakte der Klägerin zu entfernen.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagte zu 1/6 und die Klägerin zu 5/6.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand

1
Die Parteien streiten zuletzt noch um die Entfernung einer Abmahnung aus der Personalakte und Annahmeverzugsansprüche.

2
Die 1961 geborene Klägerin war seit 03.09.1985 bei der Beklagten als Angestellte im Sozial- und Erziehungsdienst beschäftigt zu im Übrigen den Bedingungen des Arbeitsvertrages vom 02.09.1985 (Bl. 65 der Akte). Danach ist das Arbeitsverhältnis an die Tarifverträge des öffentlichen Dienstes gebunden. Zuletzt arbeitete sie in Teilzeit mit 30 Stunden pro Woche als Ersatzbetreuung im Fachdienst Kindertagespflege im Jugendamt zu den Bedingungen des Änderungsvertrages vom 14.10.2017 (Bl. 66 der Akte) und bezog in der EG 8, Stufe 6 TV Sozial- und Erziehungsdienst ein Grundgehalt von 2.965,53 € brutto zuzüglich Tarifstrukturausgleich. Als Ersatzbetreuungskraft betreute sie Tagespflegekinder, deren Tagespflegeperson verhindert ist und die deshalb in die Betreuungseinrichtung gebracht werden.

3
Nach der Aufteilung der Gesamtarbeitsarbeitszeit der Klägerin als pädagogische Fachkraft nach BayKiBiG im Schreiben der Beklagten vom 27.01.2021 (Bl. 70 f. der Akte) umfasst die pädagogische Arbeit am Kind einen Anteil von ca. 70% der Gesamtarbeitszeit der Klägerin und die Zusammenarbeit mit Eltern, insbesondere durch Tür- und Angelgespräche, einen Anteil von ca. 9%.

4
Am 20.04.2020 hatte das Bundesministerium für Arbeit und Soziales (BAMS) den SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard veröffentlicht. Dieser sah in Ziffer II.4. bereits ein Abstandsgebot von 1,5 m und in Ziffer II.15. das Tragen von Mund-Nase-Bedeckungen bei nicht einhaltbaren Schutzabständen vor.

5
Nach § 36 Abs. 1 IfSG waren Kindertageseinrichtungen grundsätzlich verpflichtet, in Hygieneplänen innerbetriebliche Verfahrensanweisungen zur Erhaltung der Infektionshygiene festzulegen.

6
Der Rahmenhygieneplan für die Kindertagesbetreuung des Bay. Landeamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit, Stand 06.08.2020 und in Kraft seit 01.09.2020, sah in Ziffer 1.1 ein 3-Stufen-Modell von Zugangs-Hygienemaßnahmen zur Wahrnehmung von Angeboten der Kindertagesbetreuung in Abhängigkeit vom Infektionsgeschehen vor. In Ziffer 1.2 Abs. 4 wird dazu ausgeführt:

7
Kinder müssen in der Kindertageseinrichtung/Kindertagespflege/HPT keine Mund-Nasen-Bedeckung tragen. Es besteht das Risiko eines unsachgemäßen Umgangs damit. Personal kann in Stufe 1 jederzeit eine geeignete Mund-Nasen-Bedeckung tragen, beispielsweise, wenn das Abstandsgebot (mindestens 1,5 Meter) vorhersehbar und planbar nicht eingehalten werden kann. In Stufe 2 und 3 muss durchgängig eine Mund-Nasen-Bedeckung getragen werden.

8
Der fortgeschriebene Rahmenhygieneplan Kindertagesbetreuung und HPT mit Stand vom 13.09.2021 sah insoweit ohne Stufenmodell in Ziffer 1.3. vor:

9
Die Beschäftigten und Trägervertreterinnen und Trägervertreter haben die Pflicht, mindestens eine MNB auf den Begegnungs- und Verkehrsflächen (zum Beispiel Flure, Personalräume) der Arbeitsstätte zu tragen. Auch am Arbeitsplatz ist mindestens eine MNB zu tragen, soweit der Mindestabstand von 1,5 Metern nicht zuverlässig eingehalten werden kann.

10
Nach Ziffer 4.2.13 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel der beratenden Arbeitsschutzausschüsse beim BAMS und der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin, Stand 10.08.2020 und in Kraft seit 20.08.2020, war zum Schutz der Beschäftigten im Hinblick auf SARS-CoV 2 vorgesehen:

(1) Sofern technische und organisatorische Schutzmaßnahmen die Gefährdung einer Infektion bei der Arbeit nicht minimieren können, sind individuelle Schutzmaßnahmen, die auch die Anwendung von MNB, medizinischen Gesichtsmasken, filtrierenden Halbmasken und Gesichtsschutzschilden umfassen können,

durchzuführen. Dabei sind die jeweiligen produktbezogenen Anweisungen zum Anlegen, Ablegen sowie zur Reinigung anzuwenden und die betroffenen Personen darin zu unterweisen.

(2) …

(3) Die Verwendung von MNB, medizinischen Gesichtsmasken und filtrierenden Halbmasken führt zu höheren Belastungen (zum Beispiel höherer Atemwiderstand aufgrund des Filterwiderstandes der Filtermaterialien oder Wärmebelastung durch höhere Wärmeisolation der Schutzausrüstungen). Es ist insoweit zu prüfen, inwieweit die Tragezeiten durch andere Tätigkeiten oder regelmäßige Pausen reduziert werden müssen. MNB, medizinische Gesichtsmasken und filtrierende Halbmasken sollen spätestens dann gewechselt werden, wenn sie durchfeuchtet sind.

11
Die Beklagte ordnete eine Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung an. Daraufhin legte die Klägerin ein ärztliches Attest vor, dass sie keine Mund-Nasen-Bedeckung tragen könne. Die Beklagte teilte der Klägerin daraufhin mit Schreiben vom 03.11.2020 (Bl. 13 f. der Akte) mit, dass sie sich hieran halten müsse, solange sie kein Attest entsprechend § 2 Nr. 2 der 9. BayIfSMV vorgelegt habe.

12
Die Klägerin legte ein weiteres ärztliches Attest vom 17.11.2020 (Bl. 11 der Akte) vor, in dem ausgeführt wird:

„… Der Eigentümer dieses Attestes ist aufgrund einer medizinischen Indikation von der Maskenpflicht befreit…“

13
Daraufhin stellte sich die Klägerin am 10.12.2020 bei der Betriebsärztin vor. Diese führte in ihrer betriebsärztlichen Stellungnahme vom 22.12.2020 aus:

„…

Die im vorgelegten Attest geführten Diagnosen reichen aus arbeitsmedizinischer Sicht nicht zu einer dauerhaften Befreiung von der Tragepflicht einer Mund-Nasen-Bedeckung aus. Zudem fand am 16.12.2020 eine telefonische Beratung von Frau K…zu § 1 Abs. 2 Nr. 2 11. BayIfSMV (Elfte Bayerische Infektionsschutzmaßnahmenverordnung) statt.

Ausnahmegenehmigungen können im Einzelfall auf Antrag von der zuständigen Kreisverwaltungsbehörde erteilt werden, soweit dies aus infektionsschutzrechtlicher Sicht vertretbar ist.“

14
Der Beklagten übersandte die Klägerin mit Schreiben vom 18.12.2020 ein weiteres ärztliches Attest vom 15.12.2020 (Bl. 110 der Akte), in dem ausgeführt wird:

„Aus gesundheitlichen Gründen darf der o.g. Mensch keine atembehindernde Gesichtsmaskierung tragen. Insbesondere durch die Rückatmung des exspirierten CO^2 werden zahlreiche Beschwerden verstärkt und Körperfunktionen behindert.

Diagnose: R42, R51, R53, R00.0 unter der Mund-Nase-Bedeckung mit Gefahr von F41.0“

15
Mit Schreiben vom 23.12.2020 (Bl. 15 f. der Akte) teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass sie bei ihrer Rückkehr in den Dienstbetrieb am 28.12.2020 eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen habe, da sie eine Befreiung von der Verpflichtung zum Tragen einer Maske nicht glaubhaft gemacht habe. Sollte die Klägerin dieser Verpflichtung nicht nachkommen, werde sie deren Arbeitsleistung ablehnen und die Lohnfortzahlung mit sofortiger Wirkung einstellen.

16
Die Klägerin arbeitete bis 27.12.2020 krankheits- bzw. urlaubsbedingt nicht. Am 28.12.2020 erschien die Klägerin zur Arbeit. Sie weigerte sich, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen. Daraufhin wurde sie nach Hause geschickt. Mit Schreiben vom 07.01.2021 (Bl. 18 der Akte) kündigte die Beklagte die Einstellung der Gehaltszahlung zum 28.12.2020 an.

17

Am 20.01.2021 erhob die Klägerin Beschäftigungsklage und begehrte mit Schreiben vom gleichen Tag (Bl. 68 f. der Akte) gleichzeitig Zuweisung von Arbeit im Home-Office. Daraufhin bot die Beklagte mit Schreiben vom 27.01.2021 (Bl. 70 f der Akte) entsprechende Tätigkeit ohne Arbeit am Kind im Umfang von 6 Stunden wöchentlich an. Dies lehnte die Klägerin mit E-Mail vom 29.01.2021 (Bl. 72 der Akte) ab.

18
Mit Schreiben vom 03.02.2021 (Bl. 73 f. der Akte) erteilte die Beklagte der Klägerin eine Abmahnung.

19
In der Folgezeit erweiterte die Klägerin die Klage und begehrte deren Entfernung aus der Personalakte und Annahmeverzugsvergütung für die Zeit ab 28.12.2020.

20
Die Klägerin machte erstinstanzlich geltend, sie sei aus medizinischen Gründen vom Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung befreit. Die Betriebsärztin habe dies ohne körperliche Untersuchung negiert. Eine Tragepflicht habe die Beklagte angeordnet. Es sei jedoch nicht ersichtlich, dass eine Gefährdungsbeurteilung durchgeführt worden wäre und der Personalrat daran beteiligt worden wäre. Die Suspendierung stelle eine Versetzung dar, bei der der Personalrat nicht beteiligt worden sei. Die Befreiung von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung sei glaubhaft gemacht worden. Das entsprechende Attest genüge den Anforderungen der 11. BayIfSMV. Im Übrigen sei diese verfassungswidrig. Sie habe die Arbeitsleistung auch angeboten und die Beklagte habe sie abgelehnt. Die Beklagte schulde deshalb Annahmeverzugslohn. Die Abmahnung sei aus der Akte zu entfernen und die Beklagte zur Beschäftigung zu verurteilen.

21
Die Klägerin beantragte erstinstanzlich:

1. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin auf Basis des Arbeitsvertrages vom 02.09.1985 in der Fassung des Änderungsvertrages vom 14.10.2017 als Angestellte im Sozial- und Erziehungsdienst, Dienstort Fachabteilung Kindertagespflege, Vertretung für Tagesmütter, M…-Straße xx, E… – hilfsweise an einem anderen Dienstort – zu beschäftigen, ohne dass sie zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung (MNB) verpflichtet ist.

2. Die Beklagte wird verurteilt, die Abmahnung vom 03.02.2021 aus der Personalakte der Klägerin zu entfernen.

3. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 394,56 € brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 04.01.2021 zu bezahlen (Restgehalt Dezember 2020).

4. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 1.676,88 € brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.02.2021 zu bezahlen (Restgehalt Januar 2021).

5. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.04.2021 zu bezahlen (Gehalt März 2021).

6. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 03.05.2021 zu bezahlen (Gehalt April 2021).

7. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.276,58 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.06.2021 zu bezahlen (Gehalt Mai 2021).

8. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.07.2021 zu bezahlen (Gehalt Juni 2021).

9. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 02.08.2021 zu bezahlen (Gehalt Juli 2021).

10. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.09.2021 zu bezahlen (Gehalt August 2021).

11. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.10.2021 zu bezahlen (Gehalt September 2021).

22
Das Erstgericht wies die Klage insgesamt mit Urteil vom 29.10.2021 ab. Es führte zur Begründung aus:

23
Dem Beschäftigungsanspruch der Klägerin stünden überwiegende schutzwerte Interessen der Beklagten gegenüber. § 28a IfSG sowie die 14. BayIfSMV seien verfassungsgemäß. Die dort geregelte Maskenpflicht sei nicht zu beanstanden. Sowohl die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung wie auch der Rahmenhygieneplan Kindertagesbetreuung sähen diese vor, wenn andere technische und organisatorische Maßnahmen nicht ausreichend seien und insbesondere in Innenräumen ein Mindestabstand von 1,5 m nicht eingehalten werden könne. Die Klägerin habe auch nicht glaubhaft machen können, dass ihr das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich sei. Dies könne aber dahingestellt bleiben, da dem Beschäftigungsanspruch der Klägerin das überwiegende Interesse der Beklagten an der Sicherstellung des Gesundheitsschutzes der anderen Mitarbeiter und der betreuten Kinder entgegenstünde. Auf § 618 BGB sei hinzuweisen. Ein anderer Dienstort sei keine Alternative, da in anderen Kindertagesstätten die gleiche Problematik bestünde. Die von der Klägerin geschuldete Kinderbetreuung könne auch nicht vom Home-Office aus geleistet werden. Die Klägerin habe daher keinen Beschäftigungsanspruch. Die Abmahnung sei ebenfalls berechtigt. Mit der Weigerung, eine Mund-Nase-Bedeckung zu tragen, habe die Klägerin auch die Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß angeboten. Jedenfalls sei der Beklagten die Annahme der Arbeitsleistung unzumutbar gewesen im Hinblick auf den gebotenen Schutz der der Beklagten zur Betreuung überlassenen Kinder.

24
Das Ersturteil wurde der Klägerin am 06.12.2021 zugestellt. Sie legte am 04.01.2022 Berufung ein und begründete diese nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis 07.03.2022 am gleichen Tag.

25
Die Klägerin trägt in der Berufung vor:

26
Das Arztattest vom 15.12.2020 erfülle mit der Nennung von Namen und Geburtstag der Klägerin und den Diagnosen mit ICD 10 Nummer und konkreten Gründen zur Maskenbefreiung die Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 der 14. BayIfSMV. Damit sei hinreichend glaubhaft gemacht, dass ihr das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung aus gesundheitlichen Gründen nicht zumutbar sei. Dies ergebe sich auch aus dem fachärztlichen Befund vom 01.02.2022 (Bl. 213 der Akte) mit folgender Zusammenfassung:

„… Bei Frau K… liegt eine hochgradige Nasenscheidewandverkrümmung nach rechts mit einer Leiste vor, die rechte Nasenseite ist fast vollständig verlegt. Es ist aus HNO Sicht vollständig nachvollziehbar, dass bei längerem Maskentragen Atembeschwerden und Zeichen einer Hypoventilation auftreten.

…“

27
Dies werde bestätigt durch das Attest des Allgemeinmediziners vom 07.02.2022 (Bl. 214 der Akte):

„…

Aus gesundheitlichen Gründen darf der o.g. Mensch keine atembehindernde Gesichtsmaskierung tragen. Insbesondere durch die Rückatmung des exspirierten CO□ werden zahlreiche Beschwerden verstärkt und Körperfunktionen behindert.

Diagnose: J34.2R, J34.3R, R06.88R, Rezidivierende Cephalgien mit Vertigo unter der Mund-Nase-Bedeckung, Dyspnoe in Folge der Hyperkapnie Das obige Attest ist kein „Gefälligkeitsattest“ sondern beruht auf Tatsachen, die das Tragen einer Maske unmöglich machen bzw. zu etwaigen Folgeschäden führen

können. Die Patienten, die so ein Attest erhalten, wurden gründlich von mir untersucht. Ferner wurde eine ausführliche Anamnese erhoben. Dieses wurde in meiner Arztpraxis dokumentiert.

Bei Missachtung dieses Attestes trägt die jeweilige Person bzw. die jeweilige Institution aus meiner ärztlichen Sicht die Haftung für etwaige Folgeschäden…“

28
Auch sei § 2 Abs. 1 der 14. BayIfSVM rechtswidrig und verfassungswidrig. § 28a IfSG lege Schwellenwerte fest für Grundrechtseingriffe und knüpfe dabei an Infektionen an. Dies setze nach der Definition der Infektion nach § 2 Nr. 2 IfSG voraus, dass ein vermehrungsfähiges Virus vorliege. Dies könne ein PCR-Test aber nicht feststellen. Dieser differenziere nicht zwischen einem vermehrungsfähigen und einem nicht vermehrungsfähigen Virus. Damit seien die Grundrechtseingriffe, die von mittels PCR-Testungen ermittelten Inzidenzen abhingen, unverhältnismäßig und verfassungswidrig.

29
Die Abmahnung sei aus der Akte zu entfernen, da der Klägerin zu Unrecht vorgeworfen werde, das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung zu verweigern ohne glaubhafte medizinische Indikation dazu. Die Abmahnung sei auch im Übrigen unbestimmt hinsichtlich des vorgeworfenen Fehlverhaltens.

30
Auch Annahmeverzugslohn stehe zu. Hier könne im Ergebnis sogar die Anweisung der Beklagten, die Klägerin solle bei Verrichtung ihrer Arbeit eine Mund-Nase-Bedeckung tragen, als rechtmäßig bewertet werden. Zugunsten der Klägerin sei aber davon auszugehen, dass sie sich zu Recht auf einen Befreiungstatbestand berufen könne. Die Beklagte habe aber die Annahme der Arbeitsleistung verweigert „bis zur Vorlage entsprechender Nachweise, die dem gesetzlichen Erfordernis gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 der 11. BayIfSMV entsprechen“. Diese Voraussetzung habe die Klägerin erfüllt.

31
Der Beklagten sei auch die Annahme der Arbeitsleistung nicht unzumutbar gewesen. Hier sei ein Verschulden des Arbeitnehmers an der Unzumutbarkeit erforderlich. Die Klägerin sei aber schlicht aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage zur Erbringung der Arbeitsleistung. Es gehe dabei um die Frage des Betriebsrisikos. Mit den grundsätzlichen Erwägungen des BAG, Urteil vom 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 – trage dieses Betriebsrisiko im vorliegenden Fall aber die Beklagte.

32
Die Klägerin und Berufungsklägerin stellt folgende Anträge:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Endurteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 13.10.2021 -Az. 13 Ca 6473/20- abgeändert und

1.1. die Beklagte verurteilt, die Abmahnung vom 03.02.2021 aus der Personalakte der Klägerin zu entfernen,

1.2. die Beklagte verurteilt, an die Klägerin

394,56 € brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 04.01.2021 (Restgehalt Dezember 2020)

1.676,88 € brutto nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.02.2021 (Restgehalt Januar 2021)

3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.04.2021 (Gehalt März 2021)

3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 03.05.2021 (Gehalt April 2021)

3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.276,58 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.06.2021 (Gehalt Mai 2021)

3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.07.2021 (Gehalt Juni 2021)

3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 02.08.2021 (Gehalt Juli 2021)

3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.09.2021 (Gehalt August 2021)

3.057,84 € brutto abzüglich bezogenen Arbeitslosengeldes i.H.v. 1.320,60 € nebst Zinsen i.H.v. 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 01.10.2021 (Gehalt September 2021)

zu bezahlen.

33
2. Die Kosten des Rechtstreits trägt die Beklagte.

34
Hilfsweise wird b e a n t r a g t,

die Revision zuzulassen.

35
Die Beklagte und Berufungsbeklagte beantragt,

I. Die Berufung vom 04.01.2022 – Az. 7 Sa 6/22 – gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Nürnberg vom 29.10.2021 – Az. 6 Ca 454/21 – wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Rechtsstreits – beider Rechtszüge – trägt die Klägerin.

36
Die Beklagte trägt in der Berufung vor:

37
Die betriebsärztliche Stellungnahme vom 22.12.2020 erschüttere die Glaubwürdigkeit des Attestes des Allgemeinmediziners vom 15.12.2020. Es sei zu bestreiten, dass die Betriebsärztin die Klägerin körperlich nicht untersucht habe. Die in der Berufung vorgelegten Atteste von Facharzt und Allgemeinarzt aus dem Jahr 2022 könnten keine Aussage für Dezember 2020 und Folgemonate treffen.

38
Die Abmahnung sei rechtmäßig, der geltend gemachte Anspruch auf Entfernung unbegründet.

39
Annahmeverzugslohn sei nicht geschuldet, die Klägerin habe die Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß angeboten. Die Klägerin sei angewiesen gewesen, als Betreuungskraft für Tagespflegekinder zu arbeiten und dabei eine Mund-Nase-Bedeckung zu tragen. Dies sei vom Direktionsrecht gedeckt gewesen. Die Klägerin habe ihre Arbeitsleistung nur ohne Mund-Nase-Bedeckung angeboten.

40
Jedenfalls sei es der Beklagten nicht zumutbar gewesen, die Arbeitsleistung wie angeboten ohne Mund-Nase-Bedeckung anzunehmen. Auf die Frage eines Verschuldens komme es hierbei nicht an. Es gehe nicht um die Frage des Betriebsrisikos.

41
In der mündlichen Verhandlung vom 15.11.2022 teilten die Parteien auf Befragen des Gerichtes noch mit, dass drei Betreuerinnen für eine Kindergruppe mit bis zu fünf Kindern im Alter von 1 bis 3 Jahren zur Verfügung stünden für die Betreuungszeit zuzüglich Bring- und Abholzeit der Kinder von 07:00 Uhr bis 18:00 Uhr und die einzelne Arbeitsschicht der Betreuerin 4 Stunden dauere.

42
Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die tatbestandlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils Bezug genommen. Ferner wird Bezug genommen auf die Berufungsbegründung der Klägerin vom 07.03.2022 und die Berufungserwiderung vom 07.04.2022.

Entscheidungsgründe

43

I. Die Berufung ist zulässig.

44
Sie ist statthaft nach §§ 8 Abs. 2, 64 Abs. 2b ArbGG, § 511 Abs. 1 ZPO. Sie ist auch form- und fristgerecht eingelegt und ausreichend begründet worden nach § 66 Abs. 1 ArbGG,§§ 519, 520 ZPO.

45
II. Die Berufung ist nur teilweise begründet hinsichtlich des Anspruches auf Entfernung der erteilten Abmahnung aus der Personalakte der Klägerin. Sie ist nicht begründet hinsichtlich der geltend gemachten Ansprüche auf Annahmeverzugslohn.

46
1. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Vergütung nach § 615 BGB. Die Beklagte war nicht in Annahmeverzug.

47
Das Erstgericht ist insoweit mit sorgfältiger und zutreffender Begründung zum zutreffenden Ergebnis gelangt. Das Gericht nimmt daher Bezug auf die sorgfältigen und richtigen Ausführungen in den Entscheidungsgründen des Erstgerichtes und macht sich diese zu eigen, § 69 Abs. 2 ArbGG.

48
Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen führt das Gericht noch aus:

49
a. Nach § 615 Satz 1 BGB hat der Arbeitgeber die nach § 611 BGB vereinbarte Vergütung fortzuzahlen, wenn er mit der Annahme der Dienste in Verzug gerät. Nach § 293 BGB kommt er in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Dabei muss die Leistung dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, auch tatsächlich nach § 294 BGB angeboten werden. Ein Angebot in diesem Sinne liegt nur vor, wenn die Arbeitsleistung am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Art und Weise entsprechend dem Inhalt des Arbeitsvertrages angeboten wird. Dies ist der Fall, wenn die Leistung entsprechend der vom Arbeitgeber kraft Weisungsrecht nach § 106 GewO erfolgten Konkretisierung angeboten wird. Weitere Voraussetzung neben dem ordnungsgemäßen Angebot der Arbeitsleistung ist in objektiver Hinsicht die Leistungsfähigkeit und in subjektiver Hinsicht die Leistungswilligkeit des Arbeitnehmers nach § 297 BGB. Denn nach § 297 BGB gerät der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außer Stande ist, die geschuldete Arbeitsleistung aus in seiner Person liegenden Gründen zu bewirken, BAG, Urteil vom 21.07.2021 – 5 AZR 543/20 –, Rn. 9. Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer nicht willens ist, die Voraussetzungen für die Aufnahme der vertraglich geschuldeten Tätigkeit zu erfüllen, BAG, Urteil vom 01.06.2022 – 5 AZR 28/22 –, Rn. 18 zum PCR-Test als Voraussetzung für die Aufnahme der Tätigkeit.

50
Die Darlegungs- und Beweislast für fehlende Leistungsfähigkeit oder fehlende Leistungswilligkeit als Einwendung gegen den Anspruch auf Annahmeverzugslohn liegt beim Arbeitgeber.

51
b. Nach diesen Maßstäben war die Klägerin nicht leistungsfähig i.S.d. § 297 BGB, weil sie nach dem vorgerichtlich bei der Beklagten vorgelegten Attest vom 15.12.2020 wie auch nach den in der Berufung vorgelegten Attesten ihre Arbeitsleistung als Kinderbetreuung für Kleinkinder nicht mit einer Mund-Nase-Bedeckung erbringen konnte. Dies war der Entscheidungsfindung zugrunde zu legen, da die Beklagte erstinstanzlich nur die Glaubhaftigkeit der verschiedenen Atteste der Klägerin bestritten hat und in der Berufungsinstanz den erst hier vorgelegten Attesten inhaltlich nicht entgegentritt.

52
aa) Im Arztattest vom 15.12.2020 wird bereits ausgeführt, dass die Klägerin keine atembehindernde Gesichtsmaskierung tragen kann wegen der Verstärkung zahlreicher Beschwerden und Behinderung von Körperfunktionen durch die Rückatmung des exspirierten CO□. Die körperlichen Beeinträchtigungen der Klägerin werden mit dem ICD 10 Schlüssel aufgelistet. Es handelt sich dabei um die Diagnosen R42 (Schwindel, Taumel), R51 (Kopfschmerzen, Schmerzen im Gesicht), R53 (Unwohlsein, Ermüdung) und R00.0 (Tachykardie). Die Ursache für diese Beschwerden benennt das Facharztattest vom 01.02.2022 mit einer hochgradigen Nasenscheidewandverkrümmung nach rechts mit einer Leiste, die die rechte Nasenseite fast vollständig verlegt. Dieser Zustand liegt aus Sicht des Gerichtes bei der Klägerin schon

länger vor, sodass der Hinweis der Beklagten auf einerseits den Zeitpunkt der Weigerung der Klägerin, Mund-Nase-Bedeckung zu tragen, und andererseits den Zeitpunkt des Facharztattests unbeachtlich ist.

53
bb) Die Anordnung der Beklagten, eine Mund-Nase-Bedeckung in der Arbeit zu tragen, war von deren Weisungsrecht gedeckt.

54
(1) Nach § 618 Abs. 1 BGB hat der Arbeitgeber Dienstleistungen, die unter seiner Anordnung oder seiner Leitung vorzunehmen sind, so zu regeln, dass der Arbeitnehmer gegen Gefahr für Leben und Gesundheit soweit geschützt ist, als die Natur der Dienstleistung es gestattet, BAG, Urteil vom 06.05.2014 – 9 AZR 575/12 –, Rn. 14. Konkretisiert wird diese Pflicht durch die Rahmenvorschriften des ArbSchG. Dabei ist der Arbeitgeber nicht nur verpflichtet, gegen konkret drohende Gefahren entsprechende Maßnahmen zu treffen. Nach § 4 Ziffer 1 ArbSchG ist der Arbeitgeber verpflichtet, die Arbeit so zu gestalten, dass eine Gefährdung für das Leben sowie die physische und die psychische Gesundheit möglichst vermieden und die verbleibende Gefährdung möglichst gering gehalten wird. Nach § 4 Ziffer 3 ArbSchG hat er bei den zu ergreifenden Maßnahmen den Stand der Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstige gesicherte arbeitswissenschaftliche Erkenntnisse zu berücksichtigen. Konkretisierungen der arbeitsschutzrechtlich erforderlichen Maßnahmen ergeben sich unter anderem aus den von der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA) publizierten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnissen und den Regeln der Ausschüsse nach § 18 Abs. 2 Nr. 5 ArbSchG. Zu diesen Regeln zählt auch die SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel und der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard (GMBl. 2020, S. 303 und S. 484). Beide Regelwerke gehen für die zeitlich befristeten zusätzlichen Maßnahmen zum Infektionsschutz von der Notwendigkeit eines Mindestabstandes von 1,5 m zwischen dem Arbeitnehmer und anderen Personen aus (Ziffer II. 1. Abs. 1 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard und Ziffer 2.8. SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel). Beide Regelwerke gehen auch davon aus, dass jedenfalls bei nicht einhaltbaren Schutzabständen Mund-Nase-Bedeckungen erforderlich sind (Ziffer II. 15 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzstandard und Ziffer 4.2.13 (1) SARS-CoV-2-Arbeitsschutzregel).

55
Dabei handelte es sich um ministerielle Empfehlungen für den Arbeitsschutz, nicht um unmittelbar verbindliche Handlungsvorgaben für den Arbeitgeber.

56
Der Arbeitsschutzstandard stellt sich dabei als Katalog der damals gültigen Expertenempfehlungen für den Arbeitsschutz am Arbeitsplatz dar bei Wiederaufnahme der Tätigkeit der Betriebe.

57
Die Arbeitsschutzregel stellt sich ebenfalls als Beschreibung des Standes von Technik, Arbeitsmedizin und Hygiene sowie sonstiger arbeitswissenschaftlicher Erkenntnisse dar, die der Arbeitgeber bei den Maßnahmen des Arbeitsschutzes nach § 4 Ziffer 3 ArbSchG zu beachten hat.

58
Es handelt sich bei beiden Regelwerken um die zu dieser Zeit bestehenden „gesicherten arbeitswissenschaftlichen Erkenntnisse“ nach § 4 Ziffer 3 ArbSchG, vergleiche Hohenstatt, Sittard, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, 2. Auflage 2021, Ziffer VIII. 2., jedenfalls aber um sachverständige Äußerungen, die bei der Auslegung von arbeitsschutzrechtlichen Normen zu berücksichtigen waren, BAG, Urteil vom 01.06.2022 – 5 AZR 28/22 –, Rn. 29. Dies wird bestätigt durch die damalige Einschätzung des Robert-Koch-Institutes, nach dessen Auffassung das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung das Infektionsrisiko verringern konnte, vergleiche Robert-Koch-Institut, Epidemiologisches Bulletin 19/2020 vom 07.05.2020; ferner RKI, FAQ: Was ist beim Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in der Öffentlichkeit zu beach…, www.rki.de/SharedDocs/FAQ/NCOV2019. Dabei kommt dem Tragen der Mund-Nase-Bedeckung nach der Einschätzung des BVerfG sogar eine höhere Schutzwirkung zu als dem Abstandsgebot. Nach BVerfG, Beschluss vom 28.09.2020 – 1 BvR 1948/20 –, Rn. 4 war zu dieser Zeit kein gleich geeignetes, milderes Mittel ersichtlich, da eine Mund- und Nasenbedeckung in geschlossenen Räumen einen höheren Schutz vor Infektionen bieten dürfte als das bloße Einhalten eines Abstands und das Belüften der Räumlichkeiten.

59

Die nach diesen Regelwerken gebotenen Maßnahmen zum Abstandsgebot und zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung waren von den Arbeitgebern bei den zu ergreifenden Maßnahmen des Arbeitsschutzes nach § 4 Ziffer 3 ArbSchG zu berücksichtigen.

60
Mit dem Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) vom 22.12.2020, in Kraft ab 01.01.2021, wurde § 18 Abs. 3 ArbSchG in das Gesetz eingefügt. Damit konnte der Verordnungsgeber bei epidemischen Lagen von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 IfSG auch noch spezielle Rechtsverordnungen für einen befristeten Zeitraum erlassen. In diesen Rechtsverordnungen konnte der Verordnungsgeber dem Arbeitgeber unmittelbar verbindliche Vorgaben machen zur Erfüllung seiner Verpflichtungen aus dem ArbSchG. Dies erfolgte mit der SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung vom 21.01.2021, in Kraft getreten ab 27.01.2021. Nach § 3 Abs. 1 Satz 2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung hatten Arbeitnehmer vom Arbeitgeber zur Verfügung gestellte Masken zu tragen.

61
Diese arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften waren mithin bei der Ausübung des Weisungsrechtes nach § 106 Satz 2 i.V.m. Satz 1 GewO zu beachten. Mit seinen Weisungen setzt der Arbeitgeber die öffentlich-rechtlichen Arbeitsschutzanforderungen um. Soweit diese Arbeitsschutzanforderungen klar definierte Maßnahmen zwingend vorgeben, sind sie im Rahmen der Weisungen nach § 106 GewO umzusetzen. Soweit diese Arbeitsschutzanforderungen dagegen keine klar definierten Maßnahmen zwingend vorgeben, hat die Umsetzung unter Beachtung des billigen Ermessens nach § 106 Satz 1 GewO zu erfolgen. Die aus den arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften abgeleiteten Anforderungen stellen dabei lediglich das Mindestmaß dessen dar, was zum Schutz der Gesundheit von Arbeitnehmern und Dritten getan werden muss. Dem Arbeitgeber steht es im Rahmen seines Ermessensspielraums frei, über dieses Mindestmaß hinauszugehen, BAG, Urteil vom 01.06.2022 – 5 AZR 28/22 –, Rn. 26.

62
Auf die Bedeutung der arbeitsschutzrechtlichen Vorschriften für die Entscheidung des Falles war seitens des Berufungsgerichtes nicht mehr hinzuweisen, nachdem sich die Klägerin selbst schon erstinstanzlich mit einschlägigen Vorschriften auseinandergesetzt hat und das Erstgericht dazu auch in seinem Urteil ausgeführt hat.

63
(2) Vor diesem Hintergrund handelte die Beklagte rechtmäßig mit der Weisung an die Klägerin, bei ihrer Tätigkeit in der Einrichtung an sich und ihrer pädagogischen Arbeit am Kind in der Kinderbetreuungseinrichtung eine Mund-Nase-Bedeckung zu tragen. Davon geht auch die Klägerin selbst aus im Zusammenhang mit ihren Ausführungen zum Annahmeverzugslohn und der Verteilung des Betriebsrisikos.

64
Die Beklagte konnte sich bei Ihrer Weisung zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung an den ministeriellen Empfehlungen zum Abstandsgebot und zur Mund-Nase-Bedeckung in SARS-CoV-2- Arbeitsschutzregel und SARS-CoV-2- Arbeitsschutzstandard in Fällen der Nichteinhaltung des Abstandsgebotes orientieren. Nach dem 27.01.2021 war die Beklagte nach § 3 Abs. 1 Satz 2 SARS-CoV-2-Arbeitsschutzverordnung ohnehin verpflichtet, das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung anzuordnen, wenn es nicht möglich war, durch andere organisatorische oder technische Maßnahmen die Wahrung des Sicherheitsabstandes von 1,5 m zu gewährleisten. Das Gericht geht dabei davon aus, dass die Arbeit in der Kleinkinderbetreuung in der Einrichtung der Beklagten nicht so organisiert werden konnte, dass die Einhaltung eines Abstandes von 1,5 m jederzeit gewährleistet war. Dies erscheint schon nicht möglich auf den Verkehrsflächen der Einrichtung am Morgen, wenn die Eltern die Kleinkinder zur Betreuung bringen und diese auch im Wortsinn „übergeben“ werden, soweit sie des sicheren Laufens noch nicht mächtig sind. Dies gilt weiter im täglichen Verlauf, wenn sich die in der Einrichtung beschäftigten Arbeitnehmer begegnen. Werden im Laufe des Tages die Kleinkinder wieder abgeholt, ist wieder ein Übergeben der Kleinkinder erforderlich, das die Einhaltung des Mindestabstandes schwierig bis unmöglich macht, wenn ein vorübergehendes Abstellen in einer Trageeinrichtung für das Kind nicht möglich ist. Insbesondere im Umgang mit den Kleinkindern erscheint die Wahrung eines kontinuierlichen Abstandes zwischen dem Betreuungspersonal und den kleinen Kindern nicht möglich, wenn diese anlassbezogen auf den Schoß genommen oder im Arm gehalten werden müssen. Bei bis zu fünf Kindern in der Betreuung lässt es sich auch nicht konsequent vermeiden,

dass ein oder mehrere Kinder den unmittelbaren körperlichen Kontakt zur Betreuungsperson suchen und herstellen auch gegen den kommunizierten Willen der Betreuungsperson. Dieser unmittelbare körperliche Kontakt führt notwendig zur Unterschreitung des Mindestabstandes von 1,5 m und führt zwingend zum Erfordernis, in der pädagogischen Arbeit am Kind einen geeigneten Mund-Nase-Schutz zu tragen. Die Parteien tragen im Verfahren auch nichts Gegenteiliges vor.

65
(3) Mit der Anordnung zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung während der Arbeit war ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit der betroffenen pädagogischen Fachkräfte nach Art. 2 Abs. 1 GG verbunden. Dieser Grundrechtseingriff war gerechtfertigt. Der Eingriff war geringfügig. Er diente einem legitimen Zweck und war zur Erreichung dieses Zweckes geeignet und erforderlich. Der Weiterbetrieb der Kindereinrichtung sollte damit ermöglicht werden unter gleichzeitigem Infektions- und Arbeitsschutz für die Arbeitnehmer der Beklagten, die betreuten Kleinkinder und die sonstigen Personen, die die Einrichtung aufsuchten. Die Belastung für die betroffenen Arbeitnehmer war geringfügig. Die Maßnahme war nach damaligem Erkenntnisstand auch geeignet, den Schutz vor Ansteckung in wenn auch nur geringem Maß zu erhöhen. Das Gericht verweist insoweit auf die Ausführungen des BAG, Urteil vom 01.06.2022 – 5 AZR 28/22 –, Rn. 36 ff. zum angeordneten PCR-Test vor Aufnahme der Arbeit. Dieser stellt sich danach als verhältnismäßiger und damit gerechtfertigter Eingriff in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit dar. Das Gericht schließt sich diesen Ausführungen an.

66
(4) Verstöße gegen einfaches Recht, Tarifvertragsrecht oder bestehende Dienstvereinbarungen wurden in der Berufung nicht geltend gemacht und sind nach Aktenlage auch nicht ersichtlich.

67
Die Berufung macht geltend, die Klägerin habe ein Attest vorgelegt, das den Anforderungen an die Glaubhaftmachung eines Befreiungstatbestandes nach § 2 Abs. 3 Ziffer 2 der 14. BayIfSMV genüge und im Übrigen sei diese Vorschrift wohl ebenso wie deren Grundlage in § 28a IfSG verfassungswidrig. Für die Entscheidungsfindung ist dies unbeachtlich, da es nicht um landesrechtlichen Infektionsschutz und dessen bundesrechtliche Ermächtigungsnorm geht, sondern um die Anwendung arbeitsschutzrechtlicher Vorschriften. Im Übrigen wird verwiesen auf die umfangreichen Ausführungen zu diesem Themenkomplex im Urteil des Erstgerichtes, die sich das erkennende Gericht nach Prüfung zu eigen macht.

68
Die Berufung weist darauf hin, dass Regelungen, die an ein festgestelltes Infektionsgeschehen anknüpfen, nicht verfassungsgemäß sein können, wenn der PCR-Test als Instrument zur Feststellung des Infektionsgeschehens ungeeignet sei mangels Differenzierung zwischen vermehrungsfähigen und nicht vermehrungsfähigen Viren. Dem folgt das Gericht nicht. Es stand kein anderes, genaueres und in großer Zahl verfügbares und relativ leicht anzuwendendes Testinstrumentarium zur Feststellung des Infektionsgeschehens zur Verfügung. Es spricht auch nicht gegen die Eignung dieses Testverfahrens zur Feststellung eines Infektionsgeschehens, dass es nicht nur in Fällen vermehrungsfähiger Viren anspricht, sondern auch in Fällen nicht vermehrungsfähiger Viren. Ohne die Aufdeckung vermehrungsfähiger Viren ließe sich das Infektionsgeschehen nicht frühzeitig erkennen. Die Ungenauigkeit des Testverfahrens ist dabei hinzunehmen. Es ist auch aus dem Vorbringen der Klägerin nichts dafür ersichtlich, dass das Testverfahren grundsätzlich nicht geeignet wäre, das Infektionsgeschehen jedenfalls tendenziell zutreffend zu erfassen.

69
Der Rahmenhygieneplan für die Kindertagesbetreuung des Bay. Landeamtes für Gesundheit und Lebensmittelsicherheit in der Fassung vom 12.08.2020 knüpft für die verpflichtende Anordnung zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung mit seinem Stufenmodell an ein bestimmtes Infektionsgeschehen an. In der ersten Stufe ist es dem Träger der Einrichtung noch freigestellt, das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung situationsbedingt für das Personal anzuordnen. In der zweiten und dritten Stufe ist der Träger der Einrichtung verpflichtet, das Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung für das Personal anzuordnen. Die zweite Stufe ist erreicht mit einem Infektionsgeschehen von 35 – 50 neuen Fällen, bezogen auf 100.000 Einwohner innerhalb der letzten 7 Tage in einem Landkreis/kreisfreien Stadt. Das Infektionsgeschehen lag im Dezember 2020 in der Stadt E… am 01.12.2020 bei 137, am 08.12.2020 bei 216, am 15.12.2020 bei 249, am 22.12.2020 bei 196 und am 29.12.2020 bei 134 neuen Fällen pro Woche, vergleiche

www.proplanta.de/karten/e… Vor dem Hintergrund dieser tatsächlichen Zahlen kommt es auf die geltend gemachte Ungenauigkeit des Testverfahrens nicht mehr an.

70
(5) Die Weisung entsprach auch dem billigen Ermessen, wenn man zugunsten der Klägerin davon ausgeht, dass die Anordnung des Tragens einer Mund-Nase-Bedeckung nicht schon zwingend geboten war, sondern der Beklagten insoweit noch ein eigener Entscheidungsspielraum zukam.

71
Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen i.S.d. § 106 S. 1 GewO und des § 315 BGB verlangt nach der Rechtsprechung des BAG eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit, BAG, Urteil vom 18.10.2017 – 10 AZR 330/16 –, Rn. 45. Abwägungserheblich sind in diesem Zusammenhang auch Grundrechtspositionen des weisungsbetroffenen Arbeitnehmers wie Grundrechtspositionen Dritter. Hier diente die Anweisung zum Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung dem Schutz der Arbeitnehmer in der Kinderbetreuungseinrichtung ebenso wie dem Schutz der zu betreuenden Kleinkinder und der Personen, die sie zur Einrichtung bringen und wieder abholen. Auch diese Personen sind Grundrechtsträger und haben das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Es entspricht billigem Ermessen, die allgemeine Handlungsfreiheit der Klägerin geringfügig einzuschränken zugunsten dieser Drittpersonen und deren Grundrechtes auf körperliche Unversehrtheit. Auf die Ausführungen unter II.1.b.(3) der Entscheidungsgründe wird verwiesen.

72
c. Vor diesem Hintergrund kommt es nicht mehr darauf an, ob die Klägerin ihre Arbeitsleistung ordnungsgemäß angeboten hat und die weitere Frage, ob der Beklagten die Annahme der Arbeitsleistung der Klägerin unzumutbar war.

73
Die Berufung macht hier geltend, ein ordnungsgemäßes Angebot läge vor. Eine Unzumutbarkeit der Beschäftigung läge dagegen nicht vor. Die Unzumutbarkeit setze jedenfalls ein Verschulden des Arbeitnehmers an den Umständen voraus, die zur Unzumutbarkeit der Annahme der Arbeitsleistung führten. Dies sei bei der Klägerin gerade nicht der Fall.

74
Dem folgt das Gericht nicht. Ein ordnungsgemäßes Angebot liegt nicht vor, wenn die Klägerin nur die Arbeitsleistung anbietet unter der Bedingung, keine Mund-Nase-Bedeckung zu tragen. Die Beklagte war nicht in der Lage, die Abläufe in der Einrichtung so zu organisieren, dass die Klägerin ihrer Hauptaufgabe der Kleinkinderbetreuung zu unbestritten 70% ihrer Arbeitszeit hätte nachkommen können unter Wahrung des Infektionsschutzes entweder durch Tragen einer Mund-Nase-Bedeckung oder durch Einhaltung des Abstandsgebotes. Aus Sicht des Gerichtes ist es ausgeschlossen, eine Kleingruppe von bis zu 5 Kindern über mehrere Stunden hinweg zu betreuen unter Wahrung des Abstandsgebotes von 1,5 m. Diese Art der Betreuung erfordert den körperlichen Kontakt zu den Kindern, den diese auch spontan und unter Missachtung etwaiger Abstandsgebote herstellen. Die Klägerin trägt auch selbst nicht dazu vor, wie sie sich diese Betreuung vorgestellt hat unter Wahrung des Abstandsgebotes. Eine alternative Beschäftigung dazu, insbesondere eine Beschäftigung im Home Office, hat sie in der Berufung auch nicht mehr geltend gemacht.

75
Die Berufung ist mithin hinsichtlich des geltend gemachten Anspruches auf Annahmeverzugslohn unbegründet.

76
2. Die Berufung ist begründet im Hinblick auf die Entfernung der Abmahnung. Die Klägerin hat einen Anspruch auf Entfernung der Abmahnung vom 03.02.2021 aus der Personalakte.

77
a. Nach ständiger Rechtsprechung des BAG können Arbeitnehmer in entsprechender Anwendung von §§ 242, 1004 Abs. 1 Satz 1 BGB die Entfernung einer zu Unrecht erteilten Abmahnung aus ihrer Personalakte verlangen. Der Anspruch besteht, wenn die Abmahnung inhaltlich unbestimmt ist, unrichtige

Tatsachenbehauptungen enthält, auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt, in jüngerer Zeit BAG, Urteil vom 15.06.2021 – 9 AZR 413/19 –, Rn. 17. Der Vorwurf vertragswidrigen Verhaltens kann aber nur dort erhoben werden, wo der Arbeitnehmer die Handlungsalternative hatte, sich vertragsgerecht zu verhalten und er diese Alternative schuldhaft oder schuldlos nicht gewählt hat. Ist der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, seine Arbeit ganz oder teilweise zu verrichten, so ist für den Vorhalt vertragswidrigen Verhaltens kein Raum, auch wenn der Vorhalt nicht mit dem Vorwurf eines schuldhaften vertragswidrigen Verhaltens verbunden sein muss.

78
b. Hier war die Klägerin nach den in der Berufung vorgelegten Arztattesten aus gesundheitlichen Gründen nicht in der Lage, bei der Arbeit eine Mund-Nase-Bedeckung zu tragen. Die Beklagte macht ihr aber zum Vorwurf, sie verhalte sich vertragswidrig mit der Weigerung, bei der Arbeit eine Mund-Nase-Bedeckung zu tragen ohne hinreichende Glaubhaftmachung einer Befreiung davon. Der darin liegende Vorwurf vertragswidrigen Verhaltens ist unbegründet. Die Beklagte war daher zur Entfernung aus der Personalakte zu verurteilen.

79
III. Die Kosten des Rechtsstreites waren nach § 92 Abs. 1 ZPO verhältnismäßig zu teilen.

80
IV. Die Revision war nicht zuzulassen nach § 72 Abs. 1 und 2 Nr. 1 ArbGG. Die Entscheidung befindet sich in Übereinstimmung mit der bestehenden Rechtsprechung.