

Fortgeschrittenenklausur Arbeitsrecht: Impfgegner im Pflegeheim*

Dr. Johannes Götz, Regensburg**

In der Klausur ist die Kündigung eines Impfverweigerers in einer medizinischen Einrichtung zu prüfen. Nach dem BVerfG ist ein Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot für Beschäftigte in medizinischen Einrichtungen gerechtfertigt. Doch ist auch eine Kündigung wegen der unterlassenen Impfung zulässig? Die Schwierigkeit der Klausur besteht vor allem darin, vor dem Hintergrund des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes den richtigen Kündigungsgrund sauber herauszuarbeiten. Als Zusatzfrage ist ein Wiedereinstellungsanspruch nach Wegfall des Kündigungsgrundes zu prüfen.

Sachverhalt

Im Winter 2022 bricht eine Coronawelle mit bis dahin nie dagewesenen Infektionszahlen über Deutschland herein. Der Bundestag beschließt deshalb ein ab dem 16.3.2022 bis auf Weiteres geltendes gesetzliches Beschäftigungs- und Tätigkeitsverbot für Beschäftigte in medizinischen Einrichtungen, die keinen Impf- oder Genesenennachweis vorlegen. Immungeschwächte Personen sollen geschützt und das Gesundheitswesen funktionsfähig gehalten werden. Die Impfung verringert – anders als andere Infektionsschutzmaßnahmen – zuverlässig das Übertragungsrisiko und die Schwere der zum Teil tödlichen Krankheit. Vereinzelt treten nach der Impfung grippeähnliche Symptome auf.

A betreibt ein Pflegeheim für ältere Menschen mit insgesamt 25 Arbeitnehmern – darunter seit 2019 der 40-jährige, ledige und kinderlose Rezeptionist R. A bittet ihre Beschäftigten, bis zum 16.3.2022 einen entsprechenden Nachweis vorzulegen. Obwohl einer Impfung keine medizinischen Gründe entgegenstehen, lässt sich R nicht impfen und legt keinen Nachweis vor. Als langjähriger Anhänger einer christlich-fundamentalen Glaubensgemeinschaft lehnt er Impfungen ab, da in der Impfforschung Zellen legal abgetriebener Föten eingesetzt werden. Von A am 10.3.2022 konfrontiert meint R, die Impfung sei nicht mit seinem Gewissen vereinbar. Zudem diene die Impfung nur dem Profit der Pharmaindustrie. Außerdem habe er Angst vor Nebenwirkungen. A meint, R gefährde die Gesundheit der Belegschaft und der Heimbewohner. A gibt R bis zum 31.3.2022 Zeit, einen Nachweis vorzulegen, sonst werde er kündigen. Bis dahin brauche R ab 16.3.2022 nicht mehr erscheinen. R entgegnet, er sehe auf keinen Fall ein, sich impfen zu lassen. Er werde keinen Nachweis vorlegen.

Bei einer Zusammenkunft mit seiner Glaubensgemeinde infiziert sich R mit dem Coronavirus. Er erkrankt am 26.3.2022 so schwer, dass er mit einer Lungenentzündung auf die Intensivstation eingeliefert und ins Koma versetzt wird. Seine Erkrankung konnte er A nicht mehr mitteilen. Als A am Morgen des 1.4.2022 immer noch keinen Nachweis von R hat, fährt sie sofort zu dessen Wohnung und wirft eine unterschriebene fristlose Kündigung in den Briefkasten. Es sei nicht absehbar, wann R wieder arbeiten könne. Erst als R am 20.4.2022 das Krankenhaus verlassen kann, findet er die beiden Schrei-

* Die Klausur wurde im Sommersemester 2022 in abgewandelter Form im Rahmen der Online-Vorlesung Virtuelles Individualarbeitsrecht der Virtuellen Hochschule Bayern als zweistündige Abschlussklausur an der Universität Regensburg gestellt; Bearbeitungszeit: 120 Minuten.

** Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht bei Prof. Dr. Frank Maschmann an der Universität Regensburg.

ben. Am 21.4.2022 erhebt R ordnungsgemäß beim Arbeitsgericht Regensburg Kündigungsschutzklage. Hilfsweise fordert er Wiedereinstellung zu unveränderten Bedingungen. A schickt er den Genesenennachweis mit Krankschreibung. Er wolle wieder arbeiten.

Fallfrage

In einem umfassenden Gutachten, das ggf. im Hilfsgutachten auf alle aufgeworfenen Rechtsfragen eingeht, ist zu prüfen, ob zwischen A und R noch ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis besteht und wenn nein, ob R Wiedereinstellung verlangen kann.

Das Infektionsschutzgesetz bleibt bei der Bearbeitung außer Betracht. Von der Verfassungsmäßigkeit der gesetzlich angeordneten Maßnahmen ist auszugehen.

Lösungsvorschlag

Frage 1: Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.....	544
I. Kündigungserklärung	544
II. Präklusion.....	544
III. Kündigungserklärungsfrist.....	545
IV. Allgemeine Nichtigkeitsgründe	545
V. Wichtiger Grund	546
1. Abstrakt wichtiger Grund	546
a) Personenbedingter Grund.....	546
aa) Beschäftigungsverbot	547
bb) Fehlende Immunisierung als Risiko	547
b) Verhaltensbedingter Grund.....	548
aa) Verletzte Nachweispflicht	548
bb) Beharrliche Leistungsverweigerung.....	549
cc) Nachweispflicht als mittelbare Impfpflicht.....	549
c) Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG	549
aa) Merkmal i.S.d. § 1 AGG	550
bb) Benachteiligung i.S.d. § 3 AGG.....	550
d) Zwischenergebnis.....	551
2. Konkret wichtiger Grund	551
a) Negative Prognose	551
b) Ultima Ratio	552
c) Interessenabwägung	553
d) Zwischenergebnis.....	554
3. Zwischenergebnis.....	554

VI. Ergebnis.....	554
Frage 2: Wiedereinstellungsanspruch	554

Lösungsvorschlag

Frage 1: Fortbestand des Arbeitsverhältnisses

Das zwischen A und R 2019 geschlossene Arbeitsverhältnis (§ 611a BGB) besteht nach wie vor, wenn es nicht zwischenzeitlich durch A wirksam gekündigt wurde.

I. Kündigungserklärung

Das Arbeitsverhältnis könnte durch die Kündigungserklärungen vom 1.4.2022 und vom 8.4.2022 gekündigt worden sein.

A hat am 1.4.2022 ein Schreiben in den Briefkasten geworfen, mit dem sie ausdrücklich die fristlose Kündigung erklärt. Der Wille zur sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses ohne Kündigungsfrist geht daraus hervor, §§ 133, 157 BGB. Die nach §§ 623, 126 Abs. 1 BGB erforderliche Schriftform ist eingehalten.

Die Erklärung müsste R auch zugegangen sein, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine empfangsbedürftige Willenserklärung geht dem abwesenden Empfänger zu, wenn sie so in dessen Machtbereich gelangt, dass er von ihr Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen mit Kenntnisnahme zu rechnen ist.¹ Hier hat A das Kündigungsschreiben in den Briefkasten des R am Morgen des 1.4.2022 geworfen. Der Briefkasten zählt als Empfangseinrichtung des R zu dessen Machtbereich. Für gewöhnlich ist bei einem privaten Briefkasten im Laufe des Tages mit einer Leerung nach den üblichen Zustellzeiten zu rechnen, sodass die Kenntnisnahme durch R bereits am 1.4.2022 möglich und aus Sicht der A zu erwarten ist. Dass R die Kündigungserklärung nicht an diesem Tag in seinem Briefkasten finden und keine Kenntnis davon erlangen konnte, ändert hieran nichts. Der Empfänger trägt nach der Empfangstheorie das Risiko, eine in seinen Machtbereich gelangte Erklärung nicht oder verspätet zur Kenntnis zu nehmen.² Der Empfänger kann Vorsorgemaßnahmen (Nachsendeauftrag, Empfangsboten) treffen. Der Absender kann dagegen keinen Einfluss auf den Zugang nehmen, da sich die Umstände beim Empfänger jederzeit ändern können.³ Hier kannte A als Absenderin nicht einmal die Verhinderung des R und wollte diese folglich auch nicht ausnutzen, sodass § 242 BGB nichts am Zugang ändert.⁴ Damit ist die Kündigung bereits am 1.4.2022 zugegangen. Auf die tatsächliche Kenntnisnahme des R, der das Schreiben erst am 20.4.2022 in seinem Briefkasten fand, kommt es daher nicht an.

Die Kündigung wurde daher mit Zugang am 1.4.2022 ordnungsgemäß erklärt.

II. Präklusion

Nach § 13 Abs. 1 S. 2 KSchG wird auch für die außerordentliche Kündigung die Rechtmäßigkeit unwi-

¹ BAG NZA 1988, 875; *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 17 ff.; allgemein zum Zugang *Wertenbruch*, JuS 2020, 481 (483 ff.).

² BAG NZA 2018, 1157 (1158 Rn. 15 f.); *Wendtland*, in: BeckOK BGB, Stand: 1.5.2023, § 130 Rn. 9 f.

³ *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 19.

⁴ Vgl. *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 19.

derlegbar vermutet, wenn der Arbeitnehmer nicht innerhalb von drei Wochen nach Zugang eine Kündigungsschutzklage beim Arbeitsgericht erhebt, §§ 7, 4 S. 1 KSchG. Die Kündigungserklärung ist R am 1.4.2022 zugegangen. Die materielle Klageerhebungsfrist beginnt damit als Ereignisfrist am 2.4.2022 zu laufen (§ 187 Abs. 1 BGB) und endet mit Ablauf des 22.4.2022 (§ 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB). Die am 21.4.2022 erhobene Klage wahrt diese Frist.

III. Kündigungserklärungsfrist

Nach § 626 Abs. 2 BGB kann die außerordentliche Kündigung nur innerhalb einer Ereignisfrist von zwei Wochen erklärt werden, nachdem der Kündigungsberechtigte von den für die Kündigung maßgebenden Tatsachen Kenntnis erlangt hat. Zur Kündigung ist A als Arbeitgeberin des R berechtigt. A erfährt von der beharrlichen Weigerung des R zum ersten Mal im direkten Gespräch am 10.3.2022. Hier entscheidet sie sich aber erst für eine Abmahnung und eine Frist bis zum 31.3.2022, um die Störung des Arbeitsverhältnisses zu beseitigen. Mit dem erfolglosen Verstreichen der durch A gesetzten Frist verletzt R seine Pflicht erneut. Geht man mithin von einem Fristbeginn am 1.4.2022 um 0 Uhr (§ 187 Abs. 1 BGB) aus, endet die Frist mit Ablauf des 14.4.2022 (§ 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB). Der Kündigungszugang am 1.4.2022 wahrt diese Frist. Es handelt sich im Übrigen um eine fortgesetzte Pflichtverletzung, die sich an jedem Tag, an dem R seine geschuldete Leistung nicht erbringt, wiederholt. Aufgrund des somit vorliegenden Dauertatbestandes wäre auch eine spätere Kündigung nicht verfristet.

IV. Allgemeine Nichtigkeitsgründe

Die Kündigung könnte bereits nach § 134 BGB wegen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG unwirksam sein. Dazu müsste das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf die Kündigung anwendbar sein.

In persönlicher Hinsicht ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 AGG auf R als Arbeitnehmer der A anwendbar. Sachlich ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz zumindest nach § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG auch auf Bedingungen zur „Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses“ anwendbar, worunter auch Kündigungen zu fassen sind.⁵ Dem könnte jedoch § 2 Abs. 4 AGG entgegenstehen, wonach für Kündigungen ausschließlich die Bestimmungen zum allgemeinen und besonderen Kündigungsschutz gelten. Nach dem Wortlaut und der Entstehungsgeschichte der Norm wären damit Kündigungen, die dem Kündigungsschutzgesetz oder anderen Kündigungsschutzvorschriften (auch § 626 BGB) unterfallen, vom Anwendungsbereich des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes ausgenommen,⁶ obwohl § 2 Abs. 1 Nr. 2 AGG diesen gerade noch auf Entlassungsbedingungen erstreckt.

Die dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zugrunde liegenden EU-Richtlinien fordern allerdings auch bei Kündigungen Schutz vor Diskriminierungen. Wäre § 2 Abs. 4 AGG so zu verstehen, dass das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz auf Kündigungen nicht anwendbar ist, würde dies insoweit gegen Unionsrecht verstoßen.⁷ Umstritten ist deshalb, wie der Ausschluss des § 2 Abs. 4 AGG zu verstehen ist.

Ein Teil der Lehre belässt es bei dem Ausschluss des § 2 Abs. 4 AGG, berücksichtigt die Wertungen

⁵ EuGH NZA 2006, 839.

⁶ Baumgärtner, in: BeckOGK AGG, Stand: 1.3.2023, § 2 Rn. 77, 82; Däubler, in: Däubler/Beck, Kommentar zum AGG, 5. Aufl. 2022, § 2 Rn. 288 ff.

⁷ Schlachter, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, AGG § 2 Rn. 17.

des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz jedoch im Rahmen der dann anwendbaren zivilrechtlichen Generalklauseln des §§ 242, 138 BGB.⁸ Andere halten § 2 Abs. 4 AGG wegen Verstoßes gegen das Unionsrecht generell für unanwendbar (Art. 4 Abs. 3 EUV, effet utile) und wenden das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz unmittelbar an.⁹

Besser ist es jedoch mit der Rechtsprechung § 2 Abs. 4 AGG richtlinienkonform teleologisch zu reduzieren, sodass die Wertungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz bei der Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe der Kündigungsschutzvorschriften zu berücksichtigen sind – etwa bei einer ordentlichen Kündigung bei der Auslegung des Begriffs der sozialen Rechtfertigung (§ 1 Abs. 1, Abs. 2 KSchG) oder bei einer außerordentlichen Kündigung bei der Auslegung des Begriffs des wichtigen Grundes (§ 626 Abs. 1 BGB).¹⁰ Nach dem Normzweck soll § 2 Abs. 4 AGG nicht die Anwendung des Diskriminierungsverbotes verhindern, sondern als Kollisionsregel einen Vorrang des Kündigungsschutzrechts sicherstellen.¹¹ Sind keine Kündigungsschutzvorschriften anwendbar (ordentliche Kündigung im Kleinbetrieb oder in der Wartezeit), ist eine Unwirksamkeit nach § 134 BGB i.V.m. § 7 Abs. 1 AGG möglich.¹²

Da es sich vorliegend jedoch um eine nach § 626 BGB zu beurteilende außerordentliche Kündigung handelt, ist das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz folglich im Rahmen der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs des wichtigen Grundes zu berücksichtigen.

V. Wichtiger Grund

Das Arbeitsverhältnis kann nach § 626 Abs. 1 BGB ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, auf Grund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist oder bis zu der vereinbarten Beendigung nicht zugemutet werden kann. Das Vorliegen des wichtigen Grundes ist zweistufig nach abstrakt und konkret wichtigem Grund zu prüfen.¹³

1. Abstrakt wichtiger Grund

Es müsste ein abstrakt wichtiger Grund vorliegen, der ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles „an sich“ eine Kündigung rechtfertigen würde. Der Kündigungsgrund kann sich hier aus Umständen in der Person des zu Kündigenden oder aus ihrem vorwerfbaren Verhalten ergeben.

a) Personenbedingter Grund

Für eine personenbedingte Kündigung müsste dem Arbeitnehmer eine persönliche Eigenschaft oder Fähigkeit fehlen, die zur Beschäftigung erforderlich ist. Auf ein vorwerfbares Verhalten oder gar ein Verschulden kommt es nicht an.

⁸ *Rupp*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, Kommentar zum Arbeitsrecht, 10. Aufl. 2022, AGG § 2 Rn. 13; *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 14. Aufl. 2014, AGG § 2 Rn. 18 (a.A. 23. Aufl. Rn. 18 f.); *Willemsen/Schweibert*, NJW 2006, 2583 (2583 f.).

⁹ *Sagan*, NZA 2006, 1257; *Thüsing*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, AGG § 2 Rn. 17 ff. m.w.N.

¹⁰ BAG NZA 2014, 372 (375 Rn. 32 ff.); *Baumgärtner*, in: BeckOGK AGG, Stand: 1.3.2023, § 2 Rn. 78 ff., 84.

¹¹ BAG NZA 2014, 372 (375 Rn. 30); *Baumgärtner*, in: BeckOGK AGG, Stand: 1.3.2023, § 2 Rn. 79.

¹² BAG NZA 2014, 372 (374 Rn. 14 ff.).

¹³ *Niemann*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Aufl. 2023, BGB § 626 Rn. 15; *Stoffels*, in: BeckOK Arbeitsrecht, Stand: 1.3.2023, BGB § 626 Rn. 45 ff. m.w.N.

aa) Beschäftigungsverbot

Neben der Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit ist ein personenbedingter Grund vor allem dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer eine zur Berufsausübung erforderliche Erlaubnis verliert und somit der Arbeitgeber den Arbeitnehmer wegen eines öffentlich-rechtlichen Beschäftigungsverbots nicht beschäftigen darf.¹⁴

Seine Tätigkeit als Rezeptionist ist grundsätzlich nicht erlaubnispflichtig. Mit dem ab dem 16.3.2022 geltenden Beschäftigungsverbot für nicht geimpfte oder genesene Arbeitnehmer besteht jedoch ein an den persönlichen Eigenschaften anknüpfendes Beschäftigungshindernis:¹⁵ Ohne den erforderlichen Nachweis ist es A rechtlich verboten, R zu beschäftigen. R darf nicht weiter für A tätig sein. Die Arbeitsleistung ist damit rechtlich unmöglich. R fehlt es an der persönlichen Eignung, sodass ein personenbedingter Kündigungsgrund an sich besteht.

bb) Fehlende Immunisierung als Risiko

Ein personenbedingter Kündigungsgrund könnte auch auf das mit der fehlenden Immunisierung des R einhergehende Gesundheitsrisiko für Patienten und Kollegen zu stützen sein. Dazu müsste aber mit der Beschäftigung des R ein konkretes Risiko einhergehen. Allgemeine Bedenken genügen diesen Anforderungen nicht. Vielmehr ist zu prüfen, ob und wie stark die Arbeitgeberinteressen belastet sind.¹⁶ Zwar wäre mit der Beschäftigung des R aufgrund seiner fehlenden Immunisierung ein erhöhtes Risiko gegeben, die Krankheit im Betrieb zu verbreiten. Im Kündigungszeitpunkt war aus Sicht der A jedoch eine konkrete Infektion und damit eine konkrete Gefährdung nicht absehbar. Zur Beurteilung der Kündigung ist auf die Kenntnis des Kündigenden im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung abzustellen. Da A noch nicht über die Infektion des R informiert war, ist auch das Risiko für den Betrieb nicht konkretisiert. Zudem gelten weitere Infektionsschutzmaßnahmen, die das Risiko verringern, sodass selbst bei einer Infektion nicht zwingend eine hinreichende Gefährdung anzunehmen ist. Die Arbeitgeberinteressen wären nur in geringem Maße belastet.

Allerdings ist nach der gesetzgeberischen Wertung des neu eingeführten Beschäftigungsverbot der Impf- oder Genesenenstatus für die Beschäftigung in Einrichtungen des Gesundheitswesens wesentlich. Deshalb kann auch unabhängig vom Beschäftigungsverbot der Arbeitgeber in medizinischen Einrichtungen den Nachweis für die weitere Beschäftigung voraussetzen.¹⁷ Hinzu kommt der Umgang mit vulnerablen Gruppen, der in medizinischen Einrichtungen anzunehmen ist. Der Schutz vor Infektionen durch eine Immunisierung ist hier eine sachliche Erwägung und kein zu missbilligendes Motiv.¹⁸ Dem könnte jedoch das Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, die Glaubens- und Gewissensfreiheit nach Art. 4 Abs. 1 GG und die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG entgegenstehen. Der Arbeitnehmer muss jedenfalls – solange er nicht bereits von einer Infektion genesen ist – einen nicht unerheblichen und ggf. mit seiner Religion unvereinbaren körperlichen Eingriff über sich ergehen lassen, um einen Impfnachweis erbringen zu können. Ohne Vorlage des Nachweises darf er nicht arbeiten.

¹⁴ BAG NZA 1991, 341; BAG NZA 1996, 819; *Christ/Jeck*, DStR 2022, 944 (948).

¹⁵ Nach dem Sachverhalt greift das Beschäftigungsverbot bereits mit der Nichtvorlage des Nachweises. Nach § 20a IfSG müsste das Beschäftigungsverbot allerdings erst durch das Gesundheitsamt ausgesprochen werden; vgl. *Fuhlrott*, GWR 2022, 22 (24); *Müller*, ArbRAktuell 2022, 55 (58).

¹⁶ BAG NJW 1990, 597 (598); *Vossen*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kommentar zum Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, BGB § 626 Rn. 314.

¹⁷ *Fuhlrott*, GWR 2022, 22 (24).

¹⁸ *Oltmanns*, NZA-RR 2022, 57 (58).

Die einrichtungsbezogene Impfpflicht im Gesundheitswesen und damit das Immunitätsfordernis als Eingriff sind allerdings zum Schutz vulnerabler Gruppen vor den erhöhten Gefahren durch die Pandemiesituation und zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens als legitimes Ziel gerechtfertigt.¹⁹ Mit einer durchgehenden Immunisierung der Belegschaft lässt sich zuverlässig das Infektionsrisiko minimieren. Die Nachweispflicht und das daran anknüpfende Beschäftigungsverbot sind geeignet, dieses Ziel zu verfolgen. Andere Infektionsschutzmaßnahmen verringern das Risiko zwar ebenfalls, aber deutlich weniger effektiv, sodass die Maßnahmen erforderlich sind. Die vereinzelt nach der Impfung auftretenden grippeähnliche Symptome sind angesichts des Nutzens der Impfung zumutbar. Der Schutz vulnerabler Gruppen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens sind gewichtige Gründe des Allgemeinwohls, die die Eingriffe beim Einzelnen Arbeitnehmer rechtfertigen können. Die ohne Immunisierung bestehende Gefährdung stört das Arbeitsverhältnis. Die Immunisierung wird damit zur nachträglichen Tätigkeitsanforderung.²⁰ Somit ist ein personenbedingter Kündigungsgrund auch schon aufgrund der fehlenden Immunisierung des R anzunehmen.

b) Verhaltensbedingter Grund

Mit seiner Weigerung, sich impfen zu lassen, könnte ein verhaltensbedingter Kündigungsgrund vorliegen. Dazu müsste R eine vertragliche Haupt- oder Nebenleistungspflicht nicht unerheblich schuldhaft oder zumindest vorwerfbar verletzt haben, sodass eine störungsfreie Vertragserfüllung nicht mehr zu erwarten ist.²¹ Jedenfalls ist die Pflicht zur Arbeitsleistung (§ 611a Abs. 1 S. 1 BGB) nicht unmittelbar verletzt. R arbeitet zwar aufgrund des Beschäftigungsverbot nicht mehr. Die Arbeitsleistung ist durch das Verbot jedoch nach § 275 Abs. 1 BGB rechtlich unmöglich, sodass die Leistungspflicht entfällt.²² Hieraus folgt lediglich der bereits geprüfte personenbedingte Kündigungsgrund.

aa) Verletzte Nachweispflicht

Allerdings haben Arbeitnehmer die Pflicht, gesetzliche Voraussetzungen zur Erhaltung ihrer Arbeitsfähigkeit zu erfüllen.²³ Die öffentlich-rechtliche Pflicht, einen Nachweis über den Impf- oder Genesenenstatus vorzulegen, wird deshalb durch die Rechtsfolge des Beschäftigungsverbot zu einer i.R.d. § 241 Abs. 2 BGB zu beachtenden Nebenpflicht des Arbeitnehmers.²⁴ Er hat die Rechte, Rechtsgüter und Interessen seines Vertragspartners zu berücksichtigen. Im Interesse des Arbeitgebers hat er demnach den Nachweis zu erbringen, um ein Beschäftigungsverbot und damit Arbeitsausfall zu vermeiden. Außerdem kann der Arbeitgeber so gewährleisten, dass seine Patienten keinem erhöhten Ansteckungsrisiko durch das Personal ausgesetzt sind. Im Gesundheitsbereich wirken die Pflichten der Klinik aus § 241 Abs. 2 BGB gegenüber ihren Kunden, Hygienestandards einzuhalten und Infektionen vorzubeugen, auch als Nebenpflichten der Arbeitnehmer.²⁵ Zudem kommt der Arbeitgeber so seiner Schutzpflicht gegenüber jedem seiner Beschäftigten aus § 618 Abs. 1 BGB i.V.m. § 3 ArbSchG nach,²⁶ indem durch eine hohe Immunisierungsquote unter den Mitarbeitern auch das Risiko eines Krankheitsausbruchs in der Belegschaft reduziert wird.

¹⁹ Vgl. BVerfG NJW 2022, 1308; BVerfG NJW 2022, 1999.

²⁰ Peisker/Bleckmann, BB 2022, 635 (638 f.).

²¹ Vgl. BAG NJW 2012, 3674.

²² Vgl. Gräf, NZS 2022, 175 (179).

²³ Harländer/Otte, NZA 2022, 160 (162).

²⁴ Eufinger, GesR 2022, 69 (74); Harländer/Otte, NZA 2022, 160 (162).

²⁵ Peisker/Bleckmann, BB 2022, 635 (636).

²⁶ Vgl. zur Corona-Testpflicht durch Arbeitgeberweisung BAG NZA 2022, 1387 (1389 Rn. 21 ff.).

Durch das Beschäftigungsverbot betrifft die Nachweispflicht den Kern der Hauptleistungspflichten.²⁷ Die Leistungspflicht entfällt also aufgrund des unterlassenen Nachweises. Der fehlende Nachweis folgt aus dem grundsätzlich steuerbaren und vorwerfbaren Verhalten des R, sich nicht impfen zu lassen.

bb) Beharrliche Leistungsverweigerung

Die einmalige Nichtvorlage eines Nachweises wäre grundsätzlich keine erhebliche Pflichtverletzung, die eine Kündigung an sich rechtfertigen könnte. Kommt das Verhalten des Arbeitnehmers allerdings einer beharrlichen Arbeitsverweigerung nahe, ist dem Arbeitgeber ein Festhalten am Vertrag nicht zumutbar.²⁸ Hier entgegnet R auf die Aufforderung zur Vorlage eines Nachweises, er sehe auf keinen Fall ein, sich impfen zu lassen und einen Nachweis vorzulegen. Tatsächlich erbringt er den Nachweis in der von A gesetzten Frist nicht. Damit verweigert R beharrlich seine Pflicht.

cc) Nachweispflicht als mittelbare Impfpflicht

Eine (Neben-)Pflicht, sich impfen zu lassen, ist weder durch die gesetzliche Nachweispflicht²⁹ noch durch eine Weisung der A angeordnet. Die gesetzliche Regelung erfordert nur den Nachweis einer Impfung oder Genesung. Mittelbar kommt dies für R aber einer Impfpflicht gleich. Wird dieser Nachweis nicht erbracht, ist hierin dennoch eine Pflichtverletzung zu sehen.³⁰ Diese mittelbare Impfpflicht ist wie bereits das Immunisierungserfordernis gerechtfertigt.

Zum Teil wird mit dem Schutz vulnerabler Gruppen bereits ohne ausdrückliche gesetzliche Grundlage eine Impfpflicht als vertragliche Nebenpflicht (§ 241 Abs. 2 BGB ggf. i.V.m. § 15 Abs. 1 S. 1 ArbSchG), aufgrund der Treuepflicht oder nach entsprechender Weisung (§ 611a Abs. 1 S. 2–4 BGB i.V.m. §§ 2, 106 GewO) anerkannt.³¹ Der Arbeitgeber, dessen Arbeitnehmer mit besonders schutzbedürftigen Gruppen in Kontakt kommen, hat ein gesteigertes Interesse daran, dass das Ansteckungsrisiko seiner Arbeitnehmer durch eine Impfung weitestmöglich reduziert ist.³² Soweit dem entgegengehalten wird, es fehle an einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage i.S.d. Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG, ist der Gesetzesvorbehalt nun mit dem Beschäftigungsverbot gewahrt.

c) Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG

Bei der Prüfung des abstrakt wichtigen Grundes wären die Wertungen des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes zu berücksichtigen, wenn R tatsächlich entgegen des Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt wird. Die Pflichtverletzung wäre ihm dann nicht als verhaltensbedingter Grund vorwerfbar. Dies könnte der Fall sein, wenn die von R vorgetragene Bedenken, die ihn an einer Impfung hindern, unter das verpönte Merkmal der Religion oder Weltanschauung (§ 1 AGG) zu fassen sind und er ohne Rechtfertigung objektiv eine ungünstigere Behandlung als andere erfährt, § 3 Abs. 1, 2 AGG. Durch die Kündigung wird R jedenfalls ungünstiger behandelt als eine (hypothetische) Vergleichsperson, die einen Impf- oder Genesenennachweis vorlegen kann.

²⁷ Harländer/Otte, NZA 2022, 160 (164).

²⁸ Weigert, ARP 2022, 102 (103).

²⁹ Christ/Jeck, DStR 2022, 944 (948).

³⁰ Harländer/Otte, NZA 2022, 160 (162); Müller, ArbRAktuell 2022, 55 (58); Oberthür, ArbRB 2022, 80 (82); Weigert, ARP 2022, 102 (105).

³¹ Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (659); Naber/Schulte, NZA 2021, 81 (83 f.); Peisker/Bleckmann, BB 2022, 635 (637); Stück, CCZ 2020, 205 (209).

³² Fuhlrott/Fischer, NJW 2021, 657 (659).

aa) Merkmal i.S.d. § 1 AGG

Umfasst sind vom Merkmal der Religion oder Weltanschauung gedankliche Systeme, die das Weltgeschehen in großen Zusammenhängen werten, wozu auch wissenschaftliche und philosophische Erklärungsmodelle zählen.³³ Im Gegensatz zur Religion beschränkt sich die Weltanschauung auf innerweltliche Bezüge.³⁴ Hier meint R, die Impfung diene nur dem Profit der Pharmaindustrie. Dies ist zwar ein Aspekt des gesellschaftlichen Zusammenlebens, aber eben nicht ein gesamtgesellschaftlicher Zusammenhang. Es handelt sich nur um einen kleinen Ausschnitt des Weltgeschehens.³⁵ Dagegen stellt der Religionsbegriff auf einen den Menschen überschreitenden Bezug auf Gott, das Jenseits oder überhaupt eine Transzendenz ab.³⁶ Darunter fällt die Zugehörigkeit des R zu seiner Glaubensgemeinschaft, nach deren Grundsätzen eine Impfung nicht mit seinem Gewissen vereinbar ist, sodass sich R auf einen entgegenstehenden, ernsthaften inneren Glaubenskonflikt berufen kann.

bb) Benachteiligung i.S.d. § 3 AGG

R wird nicht ausdrücklich wegen seiner Religion gekündigt, sondern weil er sich aus religiösen Gründen nicht impfen lassen konnte.³⁷ Die ungünstigere Behandlung knüpft demnach nicht am verpönten Merkmal an, sodass eine unmittelbare Benachteiligung i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG ausscheidet. Das Nachweiserfordernis ist jedoch eine dem Anschein nach zunächst neutrale Vorschrift, die auch von Nicht-Merkmalsträgern verletzt werden kann. Sie gilt zwar unterschiedslos für alle Beschäftigten, führt in Bezug auf R aber zu einer mittelbaren Benachteiligung, § 3 Abs. 2 AGG. Die Benachteiligung erfolgt auch in besonderer Weise: Es werden zwar nicht nur, aber dennoch insbesondere die Anhänger der Glaubensgemeinschaft benachteiligt, da für sie eine Impfung nicht mit ihrem Glauben vereinbar ist.³⁸

Eine mittelbare Benachteiligung ist nach § 3 Abs. 2 AGG a.E. jedoch schon ausgeschlossen, wenn die neutrale Vorschrift durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Es handelt sich dabei um ein negatives Tatbestandsmerkmal der mittelbaren Benachteiligung, neben der die allgemeinen Rechtfertigungsgründe der §§ 5, 8–10, 20 AGG – abgesehen von ihrer grundsätzlichen Wertung – nicht mehr zur Anwendung kommen.³⁹ Der Gesundheitsschutz der Heimbewohner und der Belegschaft sowie die Aufrechterhaltung des Gesundheitssystems ist ein von der Rechtsordnung anerkanntes (vgl. nur Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) objektives Ziel, das selbst nicht an die Diskriminierung anknüpft.⁴⁰

Das Nachweiserfordernis und die daran anknüpfende Kündigung sind geeignet, dieses Ziel zu erreichen, da eine Impfung und die Beendigung der Beschäftigung zuverlässig das Übertragungsrisiko verringert. Andere Schutzmaßnahmen sind nicht gleich effektiv. Im Vergleich zu den drohenden Schäden für die besonders zu schützenden Rechtsgüter Leben und Gesundheit der ohnehin schutzbedürftigen Heimbewohner ist die ergriffene Maßnahme auch gleichbehandlungsspezifisch angemessen.

³³ *Krainbring*, NZA 2021, 247 (250); *Schmidt*, in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 23. Aufl. 2023, GG Art. 4 Rn. 8; *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, Stand: 1.3.2023, AGG § 1 Rn. 6.

³⁴ BAG NZA 1995, 823 (827).

³⁵ *Krainbring*, NZA 2021, 247 (250).

³⁶ *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, Stand: 1.3.2023, AGG § 1 Rn. 6.

³⁷ Vgl. BAG NZA 2011, 1087 (1091 Rn. 45).

³⁸ A.A. *Sagan*, NZA-Beilage 2021, 21 (26); vgl. allgemein *Baumgärtner*, in: *BeckOGK AGG*, Stand: 1.9.2022, § 3 Rn. 77.

³⁹ *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, Stand: 1.3.2023, AGG § 1 Rn. 18.

⁴⁰ Vgl. *Roloff*, in: *BeckOK Arbeitsrecht*, Stand: 1.3.2023, AGG § 1 Rn. 19.

Nach der Wertung des § 8 Abs. 1 AGG wäre die Benachteiligung ohnehin gerechtfertigt, da im Erfordernis eines Immunitätsnachweises zum Schutz der besonders vulnerablen Heimbewohner auch eine wesentliche berufliche Anforderung zu sehen ist, die sogar mit dem Beschäftigungsverbot gesetzlich anerkannt ist.⁴¹

Folglich wird R nicht entgegen § 7 Abs. 1 AGG benachteiligt und die Wertung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes steht einer (verhaltensbedingten) Kündigung nicht entgegen.⁴²

d) Zwischenergebnis

Ein abstrakter Kündigungsgrund i.S.d. § 626 Abs. 1 BGB ergibt sich mit dem fehlenden Nachweis über die Immunisierung aus einem einheitlichen Lebenssachverhalt zugleich als personen- und als verhaltensbedingter Grund. Es handelt sich um einen echten Mischtatbestand, bei dem danach abzugrenzen ist, aus welcher Sphäre die Leistungsstörung stammt.⁴³ Da hier die fehlende Eignung als personenbedingter Grund auf ein Verhalten des Arbeitnehmers zurückzuführen ist, wäre grundsätzlich nach der gängigen Abgrenzung nach der Steuerbarkeit der Leistungsstörung der verhaltensbedingte Grund vorrangig. Erst die Weigerung, sich impfen zu lassen, und damit die vorwerfbare Pflichtverletzung führt zum Eignungsmangel (der fehlenden rechtlichen Möglichkeit, ohne Impfnachweis zu arbeiten).⁴⁴

2. Konkret wichtiger Grund

Der Kündigungsgrund müsste im Rahmen einer Interessenabwägung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles auch als konkret wichtiger Grund zu sehen sein.

a) Negative Prognose

Die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses muss nach § 626 Abs. 1 BGB unzumutbar sein. Der Kündigungsgrund ist demnach zukunftsbezogen daraufhin zu prüfen, ob er auch weiter das Arbeitsverhältnis stören wird. Diese negative Prognose ist anzunehmen, wenn aus dem konkreten Kündigungsgrund folgt, dass sich die Störung in gleicher oder ähnlicher Form fortsetzen wird. Für die negative Prognose ist der Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung beim Arbeitnehmer maßgeblich.⁴⁵ Abzustellen ist dabei auf die Kenntnis des Arbeitgebers, der darlegen und beweisen muss, dass seine Kündigungsentscheidung auf einer hinreichend gesicherten, objektiv nachvollziehbaren Tatsachengrundlage für die Prognose basiert.⁴⁶ Maßgeblich ist also, ob ein verständiger Arbeitgeber davon ausgehen durfte, dass sich die Störung fortsetzen wird. Es darf vorhersehbar auch unter Berücksichtigung milderer Mittel keine Beschäftigungsmöglichkeit mehr bestehen.

R ist noch vor Zugang der Kündigung erkrankt. Nach seiner Genesung wird er die erforderliche Immunisierung als Genesener nachweisen können. Seine Beschäftigung wäre wieder möglich.

⁴¹ Fuhlrott/Fischer, ArbRAktuell 2021, 489 (491).

⁴² Im Ergebnis ebenso Gräf, NZA 2021, 1361 (1366 f.); auf § 8 Abs. 1 AGG abstellend Fuhlrott/Fischer, ArbRAktuell 2021, 489 (491); vgl. Krainbring, NZA 2021, 247 (250), der zur Entgeltfortzahlung eine Benachteiligung annimmt, dabei aber nicht auf eine Rechtfertigung eingeht.

⁴³ Hergenröder, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, KSchG § 1 Rn. 99.

⁴⁴ Peisker/Bleckmann, BB 2022, 635 (639).

⁴⁵ Vgl. Hergenröder, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, KSchG § 1 Rn. 127; Schubert, in: NK-Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, KSchG § 1 Rn. 406.

⁴⁶ Vgl. Schubert, in: NK-Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, KSchG § 1 Rn. 406.

A wusste in dem für die negative Prognose maßgeblichen Zeitpunkt am 1.4.2022 allerdings nichts von der Corona-Erkrankung des R. R hatte ihr diese nicht mitgeteilt. Dies ändert aber nichts an der Wirksamkeit der Kündigung, da es nur auf die A im Zeitpunkt der Kündigung vorliegenden Tatsachen ankommt.⁴⁷ Ergeben sich für sie wie hier keinerlei Zweifel oder Anhaltspunkte, dass sich die Umstände geändert haben, geht dies nicht zu ihren Lasten. Die Erkrankung des R konnte A nicht erkennen.

A ging aufgrund des Gesprächs am 10.3.2022 und der verstrichenen Frist bis 31.3.2022 berechtigterweise davon aus, R werde sich nicht impfen lassen. In dem Gespräch hat A den R auf sein pflichtwidriges Verhalten hingewiesen (Hinweisfunktion), ihn zu pflichtgemäßem Verhalten aufgefordert (Ermahnfunktion) und ihm für den Fall der Nichtbeachtung die Kündigung angedroht (Warnfunktion). Da für Abmahnungen kein Schriftformerfordernis besteht, ist grundsätzlich auch bei dann nicht gewahrter Dokumentationsfunktion eine Abmahnung möglich. Aus dieser bereits erfolgten einschlägigen Abmahnung und dem nach wie vor nicht erbrachten Nachweis lässt sich für die Zukunft eine fortgesetzte Störung des Arbeitsverhältnisses folgern.⁴⁸ Tatsächlich hat R gegenüber A sogar deutlich klargestellt, er werde sich als „Impfgegner“ nicht impfen lassen.⁴⁹ Damit ist von einer ernsthaften und endgültigen Verweigerung auszugehen, sodass sich die negative Prognose auch ohne das durch die Abmahnung bestätigte wiederholte Fehlverhalten annehmen lässt.

Unabhängig davon wäre die negative Prognose dann nicht anzunehmen, wenn die Nachweispflicht und damit das Beschäftigungsverbot nur für einen absehbaren, befristeten Zeitraum gelten würde. Das Arbeitsverhältnis wäre womöglich nur für einen relativ kurzen Zeitraum von wenigen Monaten gestört und könnte danach wieder störungsfrei fortgesetzt werden. Eine Schädigung des Vertrauensverhältnisses durch die Eigenschaft des R als Impfgegner wäre wohl nicht ohne Weiteres anzunehmen. Hier gilt das Beschäftigungsverbot jedoch „bis auf Weiteres“,⁵⁰ sodass ein Ende der Störung des Arbeitsverhältnisses nicht absehbar ist. Damit ist für A nicht erkennbar, ob und ggf. wann R seine Leistung wieder erbringen kann. Zudem reicht für eine verhaltensbedingte Kündigung – anders als bei der personenbedingten – die begründete Erwartung, dass der Arbeitnehmer die Pflicht auch in Zukunft nicht erfüllen wird.⁵¹ Dies ist hier der Fall, da aus der maßgeblichen Sicht der A anzunehmen ist, dass R sich auch in naher Zukunft nicht impfen lassen, keinen Nachweis erbringen und somit seine Pflichten fortgesetzt verletzen wird. Das Arbeitsverhältnis ist auch zukünftig gestört.

Die negative Prognose besteht.

b) **Ultima Ratio**

A dürfte kein milderes Mittel zur Verfügung stehen, das gleich geeignet wäre, um die Störung sicher zu beseitigen und so den mit der Kündigung verfolgten Zweck zu erreichen (ultima ratio). Üblicherweise kommen Änderungskündigungen, Versetzungen oder bei verhaltensbedingten Kündigungen Abmahnungen in Betracht. Dass A auch noch Geschäftsbereichen nachgeht, in denen eine Tätigkeit nicht unter das Beschäftigungsverbot fallen würde, ist nicht ersichtlich. Insbesondere scheidet aufgrund der Tätigkeit des R als Rezeptionist eine Beschäftigung von zu Hause („Home-Office“) aus.⁵²

⁴⁷ Vgl. *Hergenröder*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, KSchG § 1 Rn. 125.

⁴⁸ Vgl. *Hergenröder*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2023, KSchG § 1 Rn. 126.

⁴⁹ Vgl. *Peisker/Bleckmann*, BB 2022, 635 (639 f.).

⁵⁰ Anders als im Sachverhalt galt die Nachweispflicht des § 20a IfSG tatsächlich nur bis zum 31.12.2022, Art. 23 Abs. 4, Art. 2 Nr. 1 Gesetz v. 11.12.2021, BGBl. I 2021, S. 5162; insoweit zur negativen Prognose vgl. *Peisker/Bleckmann*, BB 2022, 635 (636 f., 639 f.).

⁵¹ *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

⁵² Vgl. *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

Eine Versetzung des R ist nicht möglich.

Andere Infektionsschutzmaßnahmen verringern zwar das Infektionsrisiko, sind wohl aber nicht gleich wirksam wie eine Impfung. Außerdem lassen sie nicht das staatlich angeordnete Nachweiserfordernis entfallen und sind somit nicht geeignet, um die Störung zu beseitigen.

Die Abmahnung des A vom 10.3.2022 (siehe oben) hat die Störung des Arbeitsverhältnisses nicht beseitigt. Sie wäre aufgrund der ernsthaften Verweigerung des R als Impfgegner ohnehin entbehrlich, da sie so den bezweckten Erfolg nicht erreichen kann. Alternative Anreize wie eine Impfprämie sind deshalb ebenso wenig erfolgversprechend.

Als milderer Mittel kommt eine ordentliche Kündigung in Betracht. Diese beendet das Arbeitsverhältnis erst nach Ablauf einer Kündigungsfrist. Im Fall des seit 2019 und damit seit drei Jahren bei A beschäftigten R beträgt die Kündigungsfrist nach § 622 Abs. 2 Nr. 1 BGB einen Monat zum Monatsende. Der Kündigungsgrund ist dagegen konkret geeignet, eine fristlose Kündigung zu rechtfertigen, wenn es dem Arbeitgeber nicht zuzumuten ist, bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist abzuwarten, § 626 Abs. 1 BGB.⁵³ Bei personenbedingten Gründen ist davon nur ausnahmsweise auszugehen, weil für den Arbeitgeber angesichts der nur einmonatigen und damit recht kurzen Kündigungsfrist zum Monatsende kaum Nachteile mit dem Abwarten der Kündigungsfrist einhergehen. Der Lohn entfällt nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ aufgrund der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung nach § 326 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB i.V.m § 275 Abs. 1 BGB.⁵⁴ Dagegen führt die fristlose Kündigung für den Arbeitnehmer kurzfristig zum Verlust der Existenzgrundlage. Die Anforderungen an eine personenbedingte fristlose Kündigung sind grundsätzlich höher anzusetzen. Da es sich hier jedoch um eine verhaltensbedingte Kündigung handelt, ist zu berücksichtigen, dass die Pflichtverletzung von R in vorwerfbarer Weise zu verantworten ist. Aufgrund der vorwerfbaren pflichtwidrigen Verweigerung des R und dessen Uneinsichtigkeit ist demnach ein Abwarten der Kündigungsfrist nicht zumutbar.

Ein milderer Mittel zur fristlosen Kündigung besteht nicht.

c) Interessenabwägung

Schließlich ist unter Berücksichtigung aller konkreten Umstände des Einzelfalles das Beendigungsinteresse des Arbeitgebers gegen das Bestandsinteresse des Arbeitnehmers abzuwägen.

Zu Lasten des R ist dabei vor allem anzuführen, dass er in der Gesundheitsbranche mit Patientenkontakt mit gesteigerten gesundheitsbezogenen Anforderungen rechnen muss.⁵⁵ A kommt als Arbeitgeberin mit der Nachweisanforderung lediglich ihren gesetzlichen Pflichten und ihren Schutzpflichten gegenüber Belegschaft und Patienten nach.⁵⁶ Die vollständige Immunisierung ist zur Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens und zum Schutz der Patienten erforderlich, sodass eine einrichtungsbezogene Impfpflicht gerechtfertigt ist. R hat in der Klinik mit immungeschwächten Patienten zu tun, deren Schutz eine Immunisierung erfordert. Tatsächlich nimmt R eine Gesundheitsgefährdung der Patienten und seiner Kollegen billigend in Kauf.⁵⁷ Ihm wäre es möglich, sich impfen zu lassen und den Nachweis in der Folge zu erbringen. Medizinische Gründe stehen der Impfung nicht entgegen. Er verweigert diese aber ausdrücklich. Sein Verhalten ist ihm

⁵³ BAG NZA 2016, 417; *Harländer/Otte*, NZA 2022, 160 (161 f.).

⁵⁴ *Harländer/Otte*, NZA 2022, 160 (161 f.).

⁵⁵ Vgl. *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

⁵⁶ Vgl. *Eufinger*, GesR 2022, 69 (76).

⁵⁷ Vgl. *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

vorwerfbar.⁵⁸ Auf seine Religion oder Weltanschauung kann er sich nicht berufen und der mit der Impfung einhergehende Eingriff in seine körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ist ihm zuzumuten (siehe oben). A hat ein berechtigtes Interesse an einer ausnahmslos immunisierten Belegschaft, um das Risiko eines Krankheitsausbruchs mit all seinen gesundheitlichen und wirtschaftlichen Folgen zu vermeiden sowie um eine negative Vorbildwirkung eines nicht immunisierten Mitarbeiters auf andere zu verhindern. Ferner lässt sich der in der Gesundheitsbranche vorherrschende Fachkräftemangel anführen, der es A erschwert, für die Dauer der Verhinderung des R einen Vertreter zu beschäftigen.⁵⁹

Zugunsten des R ist dem kaum ein nennenswertes Bestandsschutzinteresse entgegenzusetzen. Die Beschäftigungsdauer ist mit drei Jahren noch relativ kurz. Die störungsfreie Beschäftigungszeit vor der Pflichtverletzung wiegt diese nicht auf. R ist ledig und kinderlos und somit nicht unterhaltsverpflichtet. Mit seinen 40 Jahren stehen die Chancen auf dem Arbeitsmarkt nicht schlecht. Nach dem Sachverhalt beschränken sich die Nebenwirkungen der Impfung auf vereinzelte grippeähnliche Symptome, die angesichts der durch die Krankheit bestehenden Gefahr von schweren Folgen als zumutbare Nebenwirkungen zurückstehen.

Das Beendigungsinteresse überwiegt im Ergebnis das Bestandsinteresse.

d) Zwischenergebnis

Ein konkreter Kündigungsgrund besteht.

3. Zwischenergebnis

Die fristlose Kündigung des R ist gerechtfertigt.

VI. Ergebnis

Die Kündigung ist wirksam. Das Arbeitsverhältnis zwischen A und R ist wirksam durch außerordentliche Kündigung vom 1.4.2022 aufgelöst. Es besteht nicht weiter fort.

Frage 2: Wiedereinstellungsanspruch

In Betracht kommt ein Wiedereinstellungsanspruch des R gegen A nach § 242 BGB.

Aufgrund der Corona-Erkrankung des R und dem nun vorgelegten Genesenennachweis entfällt der Kündigungsgrund nachträglich. Die Kündigung bleibt nach den im Zeitpunkt des Kündigungszugangs vorliegenden Voraussetzungen der fristlosen Kündigung wirksam, auch wenn der Kündigungsgrund tatsächlich kurz danach entfällt. Durch den Wiedereinstellungsanspruch wird die im Nachhinein unbillige Wirkung der Kündigung korrigiert. Die Wiedereinstellung ist eine Nebenpflicht des Arbeitgebers aus § 242 BGB, die die staatliche Schutzpflicht aus Art. 12 Abs. 1 GG konkretisiert.⁶⁰ Ein Wiedereinstellungsanspruch kann im Einzelfall auch bei personen- und verhaltensbedingten Kündigungen bestehen, wenn sich die Grundlage für die Prognoseentscheidung zwischen Zugang der Kündigung und ihrem Wirksamwerden durch Ablauf der Kündigungsfrist ändert und somit eine Kündigung nicht mehr gerechtfertigt wäre. Bei der fristlosen verhaltensbedingten Kündigung kommt

⁵⁸ Vgl. *Harländer/Otte*, NZA 2022, 160 (163); *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

⁵⁹ Vgl. *Weigert*, ARP 2022, 102 (103).

⁶⁰ *Bufalica*, in: NK-Arbeitsrecht, 5. Aufl. 2022, KSchG § 1 Rn. 669.

der Wiedereinstellungsanspruch allerdings nur in begründeten Ausnahmefällen in Betracht, da die verschuldete Pflichtverletzung meist schwerer wiegt und sich im Nachhinein nicht mehr ändert.⁶¹

Im Fall des R ist ihm die Pflichtverletzung als beharrliche Verweigerung seiner Pflicht vorzuwerfen. Im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung war allerdings bei Kenntnis der Erkrankung bereits absehbar, dass er in naher Zukunft einen Genesenennachweis vorlegen kann und somit das Beschäftigungshindernis entfällt. Für A bestand zwar im Kündigungszeitpunkt eine negative Prognose. Diese war jedoch tatsächlich falsch.

Der Wiedereinstellung des R stehen keine Arbeitgeberinteressen der A entgegen. Insbesondere ist die Wiedereinstellung zumutbar. Es ist nicht ersichtlich, dass A bereits im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Kündigung einen Nachfolger für R eingestellt hat. Zudem ist die Unkenntnis der A von der Erkrankung des R diesem nicht zurechenbar. R ist so schwer erkrankt, dass er auf die Intensivstation eingeliefert und ins Koma versetzt wird. Er hätte A also seine Erkrankung und damit die baldige Immunisierung nicht mitteilen können. Das Wiedereinstellungsinteresse des R überwiegt demnach ausnahmsweise, auch wenn es sich ursprünglich um eine verschuldete Pflichtverletzung handelte.

Den Wiedereinstellungsanspruch hat R mit seiner Klage und dem Hinweis, er wolle wieder arbeiten am 21.3.2022 – also einen Tag nach seiner Entlassung aus dem Krankenhaus und der Kenntnis von der Kündigung – unverzüglich und damit fristwährend geltend gemacht. Die hilfsweise Geltendmachung des Wiedereinstellungsanspruchs – abhängig von der Unwirksamkeit der Kündigung – ist als ausnahmsweise zulässige Rechtsbedingung möglich.

R kann damit von A Wiedereinstellung nach § 242 BGB verlangen.

⁶¹ Schiller, in: Stichwortkommentar Arbeitsrecht, 4. Aufl. 2023, Wiedereinstellungsanspruch Rn. 11 ff.