

## ● Kündigung wegen verweigerter Corona-Tests

### Leitsatz

Verweigert ein Arbeitnehmer in der Corona-Pandemie die Durchführung ihm durch den Arbeitgeber zur Verfügung gestellter Corona-Schnelltests, ist vor Ausspruch einer Kündigung eine Abmahnung erforderlich.

### Das Problem

Der Kläger war Fahrer bei der Beklagten, eines vollelektronischen „Ride-Sharing“-Anbieters.

Während der Corona-Pandemie war der Fahrbetrieb zeitweise komplett eingestellt und der Kläger in Kurzarbeit Null. Bei Wiederaufnahme der Geschäftstätigkeit gab die Beklagte per Pressemitteilung bekannt, dass ihre Fahrer regelmäßig auf Corona-Infektionen getestet

werden, und ergänzte die internen Anweisungen an die Fahrer dahingehend, dass ungeimpfte Fahrer zweimal pro Woche einen Schnelltest mit einem von der Beklagten zur Verfügung gestellten Test, der nur einen Abstrich im vorderen Nasenbereich erfordert, durchzuführen haben.

Am ersten, zweiten und dritten Arbeitstag nach der Kurzarbeit lehnte der Kläger es im Juni 2021 jeweils ab, bei der Beklagten vor Ort einen Test durchzuführen und für künftige Testungen Testkits mit nach Hause zu nehmen. Infolge dessen stellte die Beklagte ihn jeweils für den Tag und am dritten Tag bis auf weiteres unbezahlt frei. Sie kündigte sodann das Arbeitsverhältnis ordentlich.

### Die Entscheidung des Gerichts

Das Arbeitsgericht erklärt die (unter das KSchG fallende) Kündigung für unwirksam. Zwar sei die Anordnung der Beklagten, die von ihr bereitgestellten Corona Schnelltests durchzuführen, rechtmäßig gewesen und der Kläger habe durch deren Ablehnung schuldhaft gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Vor Ausspruch einer Kündigung wäre jedoch der Ausspruch einer Abmahnung als milderer Mittel geeignet und ausreichend gewesen, beim Kläger künftige Vertragstreue zu bewirken.

Die Weisung der Beklagten habe nach Abwägung der Umstände des Einzelfalls in den Grenzen ihres billigen Ermessens gelegen, da die Intensität des Eingriffs in die körperliche Integrität des Testanwenders in dem von der Beklagten gewählten Verfahren eines Schnelltests mit Abstrich nur im vorderen Nasenbereich äußerst gering sei. Die Beeinträchtigung des Getesteten sei nur von kurzer Dauer und niedrigschwelliger Intensität. Den wenig intensiven Eingriffen in die Rechte des Klägers stünden gewichtige(re) Interessen der Beklagten, insbesondere der Schutz ihrer Kunden und ihrer Mitarbeiter vor dem Infektionsrisiko mit ggf. schwerwiegenden gesundheitlichen Folgen entgegen. Das Primärziel einer Testpflicht, Personen, die

potentiell ansteckend seien, zu identifizieren und sie daran zu hindern, unbemerkt andere anzustecken, habe in Pandemiezeiten eine hohe Relevanz. Dabei müsse sich die Beklagte auch nicht auf die von ihr gewählten weiteren Hygienemaßnahmen (Maskenpflicht und Trennwände in den Fahrzeugen) beschränken; keine Maßnahme zur Pandemiebekämpfung sei lückenlos, so dass mehrere kumulative Maßnahmen im Regelfall ein höheres Schutzniveau bedeuten.

Durch seine Weigerung, die bereitgestellten Schnelltests durchzuführen, habe der Kläger damit gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen.

Vor einer Kündigung hätte die Beklagte jedoch eine Abmahnung aussprechen müssen, weil nicht auszuschließen sei, dass der Kläger im Fall der Androhung von Konsequenzen für den Bestand seines Arbeitsverhältnisses seine Verweigerungshaltung aufgegeben haben würde.

## **Konsequenzen für die Praxis**

Mit der Entscheidung stellt das Arbeitsgericht schon für die Zeit vor der durch § 28b IfSG eingeführten bundesweiten 3G-Regel für den Arbeitsplatz eine Verpflichtung von Arbeitnehmern fest, ihnen angebotene Schnelltests durchzuführen, wenn dies nach dem betrieblichen Hygienekonzept vorgesehen und unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände zumutbar ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn es sich dabei um Selbsttests handelt, die nur einen sehr gering invasiven Eingriff in Form eines Abstrichs im vorderen Nasenbereich erfordern.

## **Beraterhinweis**

Erst recht gilt eine solche Pflicht seit Einführung der 3G-Regel am Arbeitsplatz, nach der Arbeitnehmer nun ohnehin bundesweit verpflichtet sind, täglich ihren Status als Geimpfter, Genesener oder Getesteter nachzuweisen. Gleichwohl ist auch nach Einführung der 3G-Regel davon auszugehen, dass vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung wegen der Weigerung, Tests durchzuführen oder den 3G-Status nachzuweisen, wenigstens eine Abmahnung erforderlich ist.

Unberührt hiervon bleibt die Möglichkeit des Arbeitgebers, einen sich entsprechend weigernden Arbeitnehmer unbezahlt von der Arbeit freizustellen, wenn ihm mangels 3G-Nachweises eine Beschäftigung (z.B. im Homeoffice) nicht möglich ist.

■