

## Arbeitslohn, Annahmeverzug und Corona-Testpflicht-Verweigerung

Eines der Themen, das in jüngster Zeit das Arbeitgeber- und das Arbeitnehmerlager umgetrieben hat war die Frage, ob Arbeitgeber einen Arbeitnehmer, der eine Testpflicht verweigert, unbezahlt nach Hause schicken dürfen. Das Bundesarbeitsgericht hatte diese Frage nun in seinem Urteil vom 01.06.2022 (BAG 5 AZR 28/22) zu beantworten und hat dies recht eindeutig getan.

Die Klägerin des Falls, Flötistin einer Staatsoper, hatte sich geweigert, vor Beginn der Spielzeit einen PCR-Test durchzuführen und dessen negatives Ergebnis vorzuweisen. Grundlage dieser Testpflicht war ein von der Arbeitgeberin aufgestelltes Hygienekonzept, das kostenfreie PCR-Test bei der beklagten Arbeitgeberin vorsah. Zusätzlich durfte man sich auch extern, dann aber auf eigene Kosten, testen lassen. Anderenfalls war die Teilnahme an den Proben und Aufführungen des Orchesters nicht erlaubt. Die Klägerin weigerte sich und wurde daraufhin von der Beklagten weder beschäftigt, noch bezahlt. Die Flötistin klagte deshalb auf Beschäftigung ohne Testpflicht und auf Nachzahlung der Vergütung.

Das BAG hat die Revision der Klägerin zurückgewiesen.

Wie schon das LAG in der Vorinstanz festgestellt hatte, entsprach das Hygienekonzept der Arbeitgeberin billigem Ermessen und der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nach § 618 BGB, den Gesundheitsschutz der Orchestermusiker zu gewährleisten. Aufgrund der Besonderheiten des Orchesterbetriebs sei ein effektiver Gesundheitsschutz nur unter Zuhilfenahme von PCR-Tests möglich. Umfangreichere Abstandsmaßnahmen oder eine Umstrukturierung des Orchesters stellten nach dem Urteil keine Alternative dar, da sie die Qualität des Orchesters mit Weltrang hätten negativ beeinflussen können. Die Weisung zur Durchführung der PCR-Tests war deshalb rechtmäßig. Aufgrund der Weigerung der Klägerin, dieser rechtmäßigen Weisung ihres Arbeitgebers Folge zu leisten, kam die Staatsoper nicht in Annahmeverzug, da die hierzu erforderliche Leistungswilligkeit der Klägerin nicht vorlag.

Durch dieses recht eindeutige Urteil dürfte es in zukünftigen Inzidenzwellen für Arbeitgeber einfacher werden, ihr betriebliches Hygienekonzept durchzusetzen. Dennoch sollten Arbeitgeber in jedem Fall die Verhältnismäßigkeit im Auge behalten. Aus dem Strauß der zur Verfügung stehenden Maßnahmen darf auch weiterhin nur das mildeste Mittel ergriffen werden, das geeignet ist, die Ziele des Hygienekonzepts effektiv und mit vertretbarem Einsatz zu erreichen.