

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 21. August 2024
- 5 AZR 169/23 -
ECLI:DE:BAG:2024:210824.U.5AZR169.23.0

I. Arbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 4. Mai 2022
- 28 Ca 10/22 -

II. Landesarbeitsgericht Hamburg

Urteil vom 22. März 2023
- 2 Sa 30/22 -

Entscheidungsstichworte:

Annahmeverzugsvergütung - Verpflichtung zum Tragen einer
medizinischen Maske bei der Personenbeförderung

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 169/23
2 Sa 30/22
Landesarbeitsgericht
Hamburg

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
21. August 2024

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Kläger, Berufungskläger und Revisionskläger,

pp.

Beklagte, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. August 2024 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach, den Richter am Bundesarbeitsgericht Neumann sowie den ehrenamtlichen Richter Bormann und die ehrenamtliche Richterin Hoffmann für Recht erkannt:

1. Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Landesarbeitsgerichts Hamburg vom 22. März 2023 - 2 Sa 30/22 - wird zurückgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten der Revision zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten noch über Ansprüche auf Vergütung wegen Annahmeverzugs, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und Schadensersatz. 1

Der Kläger ist jedenfalls seit dem 1. Januar 2004 auf Grundlage des Arbeitsvertrags vom selben Tag als Taxifahrer bei der Beklagten beschäftigt. Die Beklagte ist Mitglied der Genossenschaft Hansa Funktaxi eG, welche ihren Mitgliedern per Funk Aufträge zur Durchführung von Taxifahrten vermittelt. Für die Personenbeförderung durch Taxen galten in Hamburg auf Grundlage der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung (im Folgenden HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF) verschiedene Regelungen, insbesondere hinsichtlich des Tragens eines Mund-Nasen-Schutzes. Gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF (*ivm. § 8 Abs. 1a HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF ab dem 12. Februar 2021 und dem im Wesentlichen inhaltsgleichen § 3 Abs. 3 Nr. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF ab dem 2. April 2022*) entfiel die nach der Verordnung vorgeschriebene Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung bzw. medizinischen Maske, wenn eine geeignete technische Vorrichtung vorhanden war, durch die die Ausbreitung von Tröpfchen gleichwirksam verhindert wurde. Zudem sah § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF (*bzw. § 3 Abs. 3 Nr. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF ab dem 2. April 2022*) für Personen, die vor Ort durch ein schriftliches Zeugnis im Original glaubhaft machen, dass ihnen das Tragen einer Maske aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist, die Befreiung von der Maskenpflicht vor. Nach § 12 2

Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO in der bis zum 30. November 2020 geltenden Fassung galt eine Maskenpflicht nach § 8 auch für das Fahrpersonal von Taxen, soweit im Fahrzeug keine anderen Vorrichtungen zur Verhinderung einer Tröpfcheninfektion vorhanden waren. Die Ausnahme wurde durch die 23. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 27. November 2020 (*HmbGVBl. 2020 S. 595*) ab dem 1. Dezember 2020 in § 12 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF gestrichen, der ab dem 22. Januar 2021 die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Maske vorsah. Ab dem 28. August 2021 galt die inhaltsgleiche Regelung gemäß § 12 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF. Zum 29. November 2021 wurde durch die 55. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 26. November 2021 (*HmbGVBl. 2021 S. 789*) in § 12 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF eingefügt, dass § 8 mit der Maßgabe gilt, dass § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 keine Anwendung findet. § 12 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF wurde ab dem 2. April 2022 durch den im Wesentlichen inhaltsgleichen § 5 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF und ab dem 1. Oktober 2022 durch § 4 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF ersetzt. Die Pflicht zum Tragen einer medizinischen Maske bei der Personenbeförderung im öffentlichen Personenverkehr mit Personenkraftwagen galt bis zum Auslaufen der Verordnung, die letztmalig mit der 80. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vom 12. Januar 2023 (*HmbGVBl. 2023 S. 34*) bis zum 31. Januar 2023 verlängert wurde.

Der Kläger, der gegenüber der Beklagten bereits 2020 erklärt hatte, aus gesundheitlichen Gründen keine Mund-Nasen-Bedeckung tragen zu können, arbeitete bis Ende 2020 ohne Maske. In den Taxen der Beklagten waren zwischen Fahrer und Fahrgästen Trennwände verbaut. Im Januar 2021 informierte die zuständige Hamburger Behörde für Verkehr und Mobilitätswende (BVM) die Taxibetriebe in Hamburg - so auch die Beklagte -, dass Fahrerinnen und Fahrer für den Taxen- und Mietwagenverkehr eine medizinische Maske tragen müssten, auch wenn eine Trennvorrichtung im Fahrzeug vorhanden sei. Verstöße gegen die Maskenpflicht könnten als Ordnungswidrigkeiten verfolgt und mit Bußgeld

3

von 80,00 Euro geahndet werden. Mit Schreiben vom 22. Januar 2021 wies auch die Hansa Funktaxi eG ihre Mitglieder auf die Ausführungen der BVM hin und bat um Beachtung der neuen rechtlichen Bestimmungen sowie um das Tragen einer Maske auch außerhalb des Taxis bei Personenkontakt.

Von Januar bis August 2021 befanden sich die Arbeitnehmer der Beklagten in Kurzarbeit. Der Kläger erhielt ein monatliches Kurzarbeitergeld iHv. 1.072,74 Euro netto, dem eine monatliche Vergütung von 1.474,93 Euro brutto zugrunde lag. 4

Ab September 2021 wurde der Fahrbetrieb bei der Beklagten - die den Kläger zuvor auf die Maskenpflicht hingewiesen hatte - wieder aufgenommen. Der Kläger lehnte das Tragen einer Maske aus gesundheitlichen Gründen unter Hinweis auf eine entsprechende ärztliche Bescheinigung vom 30. April 2020, deren Echtheit zwischen den Parteien im Streit steht, ab. Der Geschäftsführer der Beklagten verlangte vom Kläger mehrfach, ihm diese Bescheinigung im Original zur Prüfung vorzulegen und ihm zu ermöglichen, eine Kopie für sich und für die Hansa Funktaxi eG zu fertigen. Der Kläger verweigerte dies und teilte auch der Hansa Funktaxi eG mit, dass er aus medizinischen Gründen keine Maske tragen könne. Er nahm ab dem 1. September 2021 die Arbeit bei der Beklagten nicht wieder auf und legte der Beklagten mehrere Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen für die Zeit vom 27. September bis zum 24. Oktober 2021 und vom 4. bis zum 10. November 2021 vor. 5

Mit Schreiben vom 9. November 2021, dass dem Kläger am 15. November 2021 zugeing, kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristlos. Sie zahlte dem Kläger für die Zeit vom 1. September 2021 bis zum 31. Januar 2023 keine Vergütung. Der Kläger erhielt im Februar 2022 Arbeitslosengeld iHv. 342,90 Euro, von März bis Mai 2022 iHv. monatlich 394,80 Euro und im August 2022 iHv. 158,62 Euro. Nach Wegfall der Maskenpflicht zum 1. Februar 2023 beschäftigte die Beklagte ihn wieder als Taxifahrer. 6

Mit seiner Klage hat sich der Kläger gegen die Kündigung gewandt und zunächst für die Monate September bis Oktober 2021 Vergütung wegen Annahmeverzugs und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall in Höhe des bis August 2021 7

gewährten Kurzarbeitergeldes von monatlich 1.072,74 Euro netto verlangt. Nach mehrfacher Erweiterung der Klage hat er, nachdem das Arbeitsgericht der Kündigungsschutzklage rechtskräftig stattgegeben hat, vor dem Landesarbeitsgericht die Zahlung von Annahmeverzugsvergütung, Entgeltfortzahlung und Schadensersatz für die Zeit von September 2021 bis Januar 2023 iHv. monatlich 1.072,74 Euro netto abzüglich des gezahlten Arbeitslosengeldes verlangt. Er hat die Auffassung vertreten, die Anweisung der Beklagten, eine medizinische Maske während der Beförderung von Personen zu tragen, sei unwirksam gewesen. Für Taxifahrer habe im September 2021 noch keine Maskenpflicht bestanden, wenn im Fahrzeug eine Trennscheibe verbaut gewesen sei. Er sei jederzeit bereit gewesen, seiner Arbeitsverpflichtung ohne das Tragen einer Maske nachzukommen. Aus Gründen des Persönlichkeits- und Datenschutzes sei er nicht verpflichtet gewesen, der Beklagten die ärztliche Bescheinigung über die Maskenbefreiung auszuhändigen und Kopien für Dritte anfertigen zu lassen. Zu einer Vorlage sei er nur gegenüber hoheitlich handelnden Personen verpflichtet gewesen. Die Verweigerung des Annahmeverzugslohns stelle eine Diskriminierung wegen seiner gesundheitlichen Einschränkung dar. Daher habe er auch einen Anspruch auf Schadensersatz.

Der Kläger hat zuletzt nach Hinweis des Senats beantragt,

8

die Beklagte zu verurteilen, an den Kläger für die Zeit von September 2021 bis Januar 2023 jeweils 1.474,93 Euro brutto monatlich, insgesamt also 25.073,81 Euro brutto abzüglich erhaltenen Arbeitslosengeldes iHv. insgesamt 1.685,92 Euro zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und gemeint, der Kläger habe seine Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß angeboten. Die Weisung an den Kläger, mit Maske zu fahren, sei rechtmäßig. Das Vorliegen eines Ausnahmetatbestands habe er aufgrund der Weigerung, die ärztliche Bescheinigung vorzulegen und eine Kopie anzufertigen lassen, nicht nachgewiesen. Hierin liege ein Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot. Die Beklagte sei auch aus Gründen des Arbeitsschutzes gehalten gewesen, die Angaben des Klägers zur Befreiung von der Maskenpflicht zu überprüfen.

9

Das Arbeitsgericht hat die Klage - soweit für die Revision von Bedeutung - abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung des Klägers zurück- und die Klage im Übrigen abgewiesen. Mit seiner vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision begehrt der Kläger die Aufhebung des Urteils des Landesarbeitsgerichts und die Beklagte antragsgemäß zu verurteilen. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung der Revision. 10

Entscheidungsgründe

Die zulässige Revision des Klägers ist unbegründet. Die Vorinstanzen haben die Zahlungsanträge zu Recht abgewiesen. 11

I. Die Revision ist unbegründet. 12

1. Über die Zulässigkeit der mehrfachen Klageerweiterung in der Berufungsinstanz hat der Senat keine Entscheidung zu treffen. Das Landesarbeitsgericht hat über die Anträge in der Sache entschieden. Daher hat der Senat in entsprechender Anwendung von § 268 ZPO in der Revision nicht mehr zu prüfen, ob eine Klageänderung nach § 533 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG vorliegt und ob diese ggf. zulässig ist (*vgl. BAG 18. November 2020 - 5 AZR 57/20 - Rn. 15*). 13

2. Die zuletzt auf die Zahlung der Bruttovergütung gerichtete zulässige Klage ist unbegründet. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs gemäß § 615 Satz 1 iVm. § 611a Abs. 2 BGB, weil er im Streitzeitraum aus in seiner Person liegenden Gründen außerstande war, die geschuldete Arbeitsleistung zu erbringen. 14

a) Das Landesarbeitsgericht hat zwar nicht geprüft, ob der Kläger seine Arbeitsleistung vor der Wiederaufnahme der Fahrtätigkeit bei der Beklagten ordnungsgemäß angeboten hat. Vorliegend war ein Angebot aber entbehrlich (*vgl. zur ausnahmsweisen Entbehrlichkeit eines Angebots BAG 18. September 2019*) 15

- 5 AZR 240/18 - Rn. 19 mwN, BAGE 168, 25), weil die Beklagte bereits vor dem 1. September 2021 unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dass sie die Arbeitsleistung des Klägers nicht annehmen werde, solange er nicht bereit sei, bei der Tätigkeit eine medizinische Maske zu tragen oder einen Ausnahmetatbestand nachzuweisen.

b) Gemäß § 297 BGB gerät der Arbeitgeber unbeschadet der sonstigen 16
Anspruchsvoraussetzungen nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer außerstande ist, die geschuldete Arbeitsleistung aus in seiner Person liegenden Gründen zu bewirken. Leistungswille und Leistungsfähigkeit sind vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen (*st. Rspr., vgl. nur BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 14 mwN*).

aa) Leistungsfähigkeit setzt voraus, dass der Arbeitnehmer tatsächlich und 17
rechtlich zur geschuldeten Arbeitsleistung in der Lage ist (*BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 15 mwN*). Ob Leistungsfähigkeit besteht, bestimmt sich nach objektiven Kriterien. Grundsätzlich unerheblich ist die Ursache für eine Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Das Unvermögen kann auf tatsächlichen Umständen (wie zB Arbeitsunfähigkeit) beruhen oder seine Ursache im Rechtlichen haben, etwa wenn ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht oder eine erforderliche Erlaubnis für das Ausüben der geschuldeten Tätigkeit fehlt. In diesen Fällen steht der Erbringung der Arbeitsleistung ein objektives Leistungshindernis entgegen (*BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - aaO; 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 22 mwN, BAGE 178, 293*).

bb) Leistungswille setzt voraus, dass der Arbeitnehmer den ernstlichen Wil- 18
len hat, die Arbeitsleistung in dem geschuldeten Umfang zu erbringen. Dies ist nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer es selbst in der Hand hat, den Hinderungsgrund, welcher der Erbringung der Arbeitsleistung entgegensteht, zu beseitigen (*vgl. BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 16; 1. Juni 2022 - 5 AZR 28/22 - Rn. 20, BAGE 178, 150*).

- cc) Leistungsunfähigkeit und Leistungsunwillen schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern können nach den Umständen des Einzelfalls auch nebeneinander bestehen. Ein Arbeitnehmer kann zugleich zur Erbringung der Arbeitsleistung nicht bereit und nicht dazu in der Lage sein (*BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 17*). 19
- dd) Bei der Anwendung des § 297 BGB ist zwischen den Fällen abzugrenzen, in denen die Nichtannahme der Arbeit ausschließlich auf dem Willen des Arbeitgebers beruht, so dass er gemäß § 615 Satz 1 BGB zur Fortzahlung des Entgelts verpflichtet ist, und den Konstellationen, in denen mangels Leistungsbereitschaft oder Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers kein Vergütungsanspruch wegen Annahmeverzugs besteht (*BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 18; 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - Rn. 18 und 24 mwN, BAGE 178, 293*). Handelt es sich um Leistungshindernisse, die ihre Ursache in dem vom Arbeitgeber bereitzustellenden Sachsubstrat oder der von ihm zu regelnden Arbeitsorganisation haben, ist er deshalb grundsätzlich zur Zahlung der Annahmeverzugsvergütung verpflichtet (*vgl. Staudinger/Fischinger [2022] BGB § 615 Rn. 90*). 20
- ee) Berufet sich der Arbeitgeber gegenüber einem Anspruch des Arbeitnehmers auf Annahmeverzug auf dessen Leistungsunfähigkeit oder -unwilligkeit iSd. § 297 BGB, erhebt er eine Einwendung, für deren Voraussetzungen er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast trägt (*BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 19; 1. Juni 2022 - 5 AZR 28/22 - Rn. 19, BAGE 178, 150*). 21
- c) Dies zugrunde gelegt war der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum iSv. § 297 BGB außerstande, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken, weil er sich weigerte, der Anweisung der Beklagten nachzukommen, während der Erbringung seiner geschuldeten Tätigkeit eine medizinische Maske zu tragen. 22
- aa) Die Anordnung der Beklagten gegenüber dem Kläger, bei der Beförderung von Fahrgästen eine medizinische Maske zu tragen, war wirksam. Die Beklagte konnte ihre Weisung für die Zeit vom 1. September bis zum 28. November 2021 und vom 29. November 2021 bis zum 1. April 2022 auf § 12 Abs. 1 Satz 2 23

HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF in der jeweils geltenden Fassung, vom 2. April bis zum 30. September 2022 auf § 5 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF sowie vom 1. Oktober 2022 bis zum 31. Januar 2023 auf § 4 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF jeweils iVm. § 106 Satz 1 GewO stützen. Die Regelungen der HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO bilden vorliegend nach § 106 Satz 1 GewO die Grundlage des Weisungsrechts.

(1) Für den Zeitraum vom 29. November 2021 bis zum 31. Januar 2023 ergab sich die Verpflichtung zum Tragen einer medizinischen Maske für das Fahrpersonal im öffentlichen Personenverkehr mit Personenkraftwagen unmittelbar aus § 12 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF unabhängig davon, ob im Fahrzeug des Klägers eine geeignete technische Vorrichtung vorhanden war, durch die die Ausbreitung von Tröpfchen durch Husten, Niesen oder Sprechen gleichwirksam vermindert wurde (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF und § 3 Abs. 3 Nr. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF). 24

(2) Auch in der Zeit vom 1. September bis zum 28. November 2021 bestand für das Fahrpersonal im öffentlichen Personenverkehr mit Personenkraftwagen - unabhängig vom Vorhandensein einer geeigneten technischen Vorrichtung - die Verpflichtung zum Tragen einer medizinischen Maske. 25

(a) Mit der 23. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung wurde ab dem 1. Dezember 2020 in § 12 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF die Ausnahmeregelung gestrichen, nach der die Maskenpflicht gilt, soweit im Fahrzeug keine anderen Vorrichtungen zur Verhinderung einer Tröpfcheninfektion vorhanden sind. Soweit mit der Formulierung „gilt ... nach Maßgabe von § 8“ noch ein Verweis auf die Ausnahmeregelung nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF in Betracht kam, handelt es sich lediglich - wie das Landesarbeitsgericht zutreffend erkannt hat - um ein redaktionelles Versehen des Ordnungsgebers. Die 23. Änderungsverordnung hatte den Zweck, die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus in Hamburg einzudämmen, um hierdurch die Gesundheit und das Leben der Bürgerinnen und Bürger zu schützen und die Funktionsfähigkeit des Gesund- 26

heitswesens zu gewährleisten. So sollte § 12 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF ausweislich der Verordnungsbegründung für den öffentlichen Personenverkehr erforderliche Schutzmaßnahmen ausgestalten, die in allgemeiner Hinsicht die Infektionswahrscheinlichkeit reduzieren und dadurch die Kontrolle des Infektionsgeschehens unterstützen sollten (*vgl. HmbGVBl. 2020 S. 597, 614*). Bei der Streichung der Ausnahme für Vorrichtungen in § 12 Satz 2 und der gleichzeitigen Beibehaltung der Ausnahme für technische Vorrichtungen nach § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 hätte die Änderung des § 12 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF die Infektionswahrscheinlichkeit nicht reduzieren und die Kontrolle des Infektionsgeschehens nicht unterstützen können. Für ein Redaktionsversehen spricht auch, dass sich in der Begründung zur 55. Verordnung zur Änderung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung, mit der ab dem 29. November 2021 in § 12 Abs. 1 Satz 2 eingefügt wurde, dass „§ 8 mit der Maßgabe gilt, dass § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 keine Anwendung findet“, kein Hinweis auf eine Verschärfung des § 12 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF oder einen Wegfall einer etwaig noch bestehenden Ausnahmeregelung findet, sondern die Regelungen zu § 12 lediglich unter dem Aspekt der zwingenden Anwendung des zuvor eingeführten optionalen Zwei-G-Zugangsmodells erläutert werden (*sh. HmbGVBl. 2021 S. 800, 802 f.*).

(b) Für dieses Verständnis spricht zudem, dass die Hamburger Behörde für Verkehr und Mobilitätswende die Hamburger Taxiunternehmen im Januar 2021 darüber informierte, dass die Fahrerinnen und Fahrer im Taxiverkehr auch dann eine Maske tragen müssen, wenn eine Trennvorrichtung im Fahrzeug vorhanden ist. Auch hier gelte die medizinische Maskenpflicht und Verstöße gegen die Maskenpflicht könnten als Ordnungswidrigkeit verfolgt und mit einem Bußgeld von 80,00 Euro geahndet werden. Zwar ist die Hamburger Behörde für Verkehr und Mobilitätswende als Teil der Exekutive nicht zur verbindlichen Auslegung von Gesetzen und untergesetzlichen Normen berechtigt (*vgl. BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 30*), allerdings bestätigt die Information der insoweit für die Ausführung und Überwachung der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung zuständigen Behörde das bereits dargelegte und dem Sinn

27

und Zweck des § 12 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF entsprechende Verständnis eines Redaktionsversehens.

(3) Die von der Beklagten gestellte Anforderung an die Tätigkeit des Klägers als Taxifahrer genügt dem Erfordernis billigen Ermessens gemäß § 106 Satz 1 GewO, § 315 BGB. 28

(a) Die Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen verlangt eine Abwägung der wechselseitigen Interessen nach verfassungsrechtlichen und gesetzlichen Wertentscheidungen, den allgemeinen Wertungsgrundsätzen der Verhältnismäßigkeit und Angemessenheit sowie der Verkehrssitte und Zumutbarkeit. In die Abwägung sind alle Umstände des Einzelfalls einzubeziehen. Dem Inhaber des Bestimmungsrechts nach § 106 Satz 1 GewO, § 315 Abs. 1 BGB verbleibt für die rechtsgestaltende Leistungsbestimmung ein nach billigem Ermessen auszufüllender Spielraum. Die Darlegungs- und Beweislast für die Einhaltung dieser Grenzen trägt der Bestimmungsberechtigte. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ausübungskontrolle ist der Zeitpunkt, zu dem der Arbeitgeber als Bestimmungsberechtigter die Ermessensentscheidung zu treffen hatte (*st. Rspr., BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 38; 1. Juni 2022 - 5 AZR 28/22 - Rn. 27, BAGE 178, 150*). 29

(b) Unter Zugrundelegung dieses Maßstabs hat die Beklagte mit ihrer Weisung billiges Ermessen gewahrt. 30

(aa) Ob die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt worden sind, unterliegt der vollen gerichtlichen Kontrolle, wobei es nicht auf die vom Arbeitgeber angestellten Erwägungen, sondern darauf ankommt, ob das Ergebnis der getroffenen Entscheidung den gesetzlichen Anforderungen genügt. Eine solche Kontrolle der Ermessensausübung durch die Beklagte hat das Landesarbeitsgericht zwar nicht im Rahmen der Prüfung von § 12 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF iVm. § 106 Satz 1 GewO vorgenommen, sondern in einem anderen Zusammenhang, nämlich der Anordnung nach Maßgabe von § 618 Abs. 1 BGB iVm. § 106 Satz 2 GewO. Trotz des den Tatsacheninstanzen bei der Ausübungskontrolle zustehen- 31

den, vom Revisionsgericht nur beschränkt überprüfbar Beurteilungsspielraums (vgl. BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 39) ist dem Senat jedoch eine eigene Prüfung und Interessenabwägung möglich, weil die für eine Endentscheidung erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen sind (§ 559 Abs. 1 ZPO) und weiterer Sachvortrag der Parteien nicht zu erwarten ist.

(bb) Im Streitfall ergibt sich die Wahrung billigen Ermessens ausnahmsweise schon daraus, dass die Beklagte sich im Rahmen des von der Freien und Hansestadt Hamburg normativ Vorgesehenen bewegt hat. Sie hat lediglich den vom Ordnungsgeber mit § 12 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF verfolgten Zweck verwirklicht (vgl. dazu BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 216/23 - Rn. 40). Die Anordnung der Maskenpflicht diene der Eindämmung der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus, um hierdurch die Gesundheit der Bürgerinnen und Bürger zu schützen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens zu gewährleisten (vgl. § 1 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF). Dabei durfte die Beklagte davon ausgehen, dass der Ordnungsgeber bei seiner Normsetzung die Interessen der betroffenen Beschäftigten ausreichend abgewogen hat. Besondere Umstände, die dem vom Ordnungsgeber unterstellten und zumindest zeitweise bußgeldbewerten Regelfall des Tragens einer medizinischen Maske entgegenstünden, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. 32

(cc) Da maßgeblich für die Ausübungskontrolle der Zeitpunkt ist, zu dem der Arbeitgeber die Ermessensentscheidung zu treffen hatte, kommt es auf von der Revision vorgebrachte Zweifel an der Effektivität der mit § 12 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF umgesetzten Maßnahmen aufgrund des weiteren Pandemieverlaufs und fortschreitender Erkenntnisse der Wissenschaft nicht an. Solche späteren Entwicklungen stehen der Wirksamkeit der Weisung nicht entgegen. Im Zeitraum von September 2021 bis Januar 2023 entsprach es ganz überwiegender wissenschaftlicher und auch der vom Hamburger Senat und dem Robert-Koch-Institut vertretenen Auffassung, dass das Tragen einer medizinischen Maske die Gefahr einer Über- 33

tragung des SARS-CoV-2-Virus reduziert. Hiervon konnte auch die Beklagte ausgehen.

bb) Der Wirksamkeit der Weisung stand der Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 1a bzw. Abs. 2 und Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF für die Zeit vom 1. September 2021 bis zum 1. April 2022 und des § 3 Abs. 3 Nr. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF für die Zeit vom 2. April 2022 bis zum 31. Januar 2023, nicht entgegen. Der Kläger hat entgegen seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung ein entsprechendes ärztliches Zeugnis der Beklagten weder zur Einsichtnahme noch zur Prüfung oder Fertigung einer Kopie überlassen. 34

(1) Nach den Vorschriften der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung waren Personen, die vor Ort durch ein schriftliches ärztliches Zeugnis im Original glaubhaft machen können, dass ihnen das Tragen einer medizinischen Maske aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar ist, von der Tragepflicht befreit. 35

(2) Ob es sich bei der vom Kläger (nur) dem Gericht vorgelegten „Ärztlichen Bescheinigung“ vom 30. April 2020 um ein ärztliches Zeugnis nach diesen Vorschriften handelt, kann dahinstehen, weil der Kläger die Bescheinigung der Beklagten weder zur Einsichtnahme noch zur Prüfung oder Fertigung einer Kopie überlassen hat. Zutreffend hat das Landesarbeitsgericht angenommen, dass der Kläger dazu verpflichtet gewesen war und der Verpflichtung weder sein allgemeines Persönlichkeitsrecht noch Gründe des unionsrechtlichen und nationalen Datenschutzes entgegenstehen. 36

(a) Der Kläger war gemäß § 241 Abs. 2 BGB iVm. § 12 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 2 iVm. § 8 Abs. 1a bzw. Abs. 2 und § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 sowie § 3 Abs. 3 Nr. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF verpflichtet, der Beklagten das Original der ärztlichen Bescheinigung zur Einsicht, Prüfung und Fertigung einer Kopie zu überlassen. Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beklagte als Arbeitgeberin verpflichtet war, sich Kenntnisse und Nachweise zu verschaffen, die für eine ordnungs- 37

gemäße Beschäftigung erforderlich waren. Dazu gehörten auch Kenntnisse und Nachweise dafür, ob die bei ihr beschäftigten Arbeitnehmer im streitgegenständlichen Zeitraum ihre Arbeitsleistung entsprechend den Vorgaben der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung erbringen. Die Beklagte hatte als Arbeitgeberin daher ein berechtigtes Interesse daran, die ärztliche Bescheinigung zur Kenntnis zu nehmen, zu prüfen und auch eine Kopie für ihre Unterlagen zu erstellen, um gegenüber Behörden den Nachweis führen zu können, auf welcher Grundlage ggf. von der Weisung, eine medizinische Maske zu tragen, abgesehen wurde. Den Einwand des Klägers, das Dokument könne der Beklagten nicht überlassen werden, da es schon einmal vorgekommen sei, dass ein solches Original zerrissen worden sei, hat das Landesarbeitsgericht zutreffend als fernliegend bewertet. Der Kläger hat keine Tatsachen vorgetragen, weshalb seine Befürchtung in Bezug auf die Beklagte gerechtfertigt gewesen wäre.

(b) Das Landesarbeitsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Verpflichtung des Klägers auch Gründe des unionsrechtlichen und nationalen Datenschutzes nicht entgegenstehen. Die mit der Einsichtnahme, Überprüfung und Kopie der ärztlichen Bescheinigung verbundene Verarbeitung (*vgl. Art. 4 Nr. 2 DSGVO*) wäre nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DSGVO iVm. § 26 Abs. 3, § 22 Abs. 2 BDSG zulässig gewesen. Mit § 26 Abs. 3 Satz 1 und 3 BDSG hat der Gesetzgeber von der Öffnungsklausel in Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DSGVO in zulässiger Weise Gebrauch gemacht (*BAG 9. Mai 2023 - 1 ABR 14/22 - Rn. 49; 1. Juni 2022 - 5 AZR 28/22 - Rn. 58, BAGE 178, 150*). Die von der Beklagten beabsichtigte Datenverarbeitung im Zusammenhang mit der in der Hamburgischen SARS-CoV-2-Eindämmungsverordnung vorgesehenen Befreiung von der Maskenpflicht wäre nach Art. 9 Abs. 2 Buchst. b DSGVO iVm. § 26 Abs. 3, § 22 Abs. 2 BDSG zulässig. Die Datenerhebung wäre in Ausübung von Rechten und zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis iSv. § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG erfolgt. Sie wäre auch erforderlich iSv. § 26 Abs. 3 Satz 1 BDSG. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union sind zudem die Grundsätze für die rechtmäßige Verarbeitung personenbezogener Daten, insbesondere nach Art. 6 Abs. 1 und Art. 5. Abs. 1 DSGVO zu wahren (*vgl. EuGH 21. Dezember 2023 - C-667/21 - [Krankenversicherung Nordrhein] Rn. 76 ff.*

38

mwN). Dass die Beklagte diesen Anforderungen nicht nachgekommen wäre, ist weder vorgetragen noch ersichtlich.

(c) Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Klägers in Form des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 iVm. Art. 1 Abs. 1 GG (*vgl. BVerfG 1. Dezember 2020 - 2 BvR 916/11, 2 BvR 636/12 - Rn. 198 mwN, BVerfGE 156, 63; BAG 1. Juni 2022 - 5 AZR 28/22 - Rn. 49, BAGE 178, 150*) wird durch die Verpflichtung zur Vorlage der ärztlichen Bescheinigung, zur Gestattung der Prüfung und zur Fertigung einer Kopie nicht verletzt. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht wird nicht schrankenlos gewährt, sondern steht insbesondere unter dem Vorbehalt der unionsrechtlichen und nationalen datenschutzrechtlichen Gesetze, welche die Beklagte - wie dargestellt - beachtet hat. 39

cc) Schließlich war vorliegend kein Fall gegeben, in dem die Nichtannahme der Arbeit ausschließlich auf dem Willen des Arbeitgebers beruhte, so dass er gemäß § 615 Satz 1 BGB zur Fortzahlung des Entgelts verpflichtet bliebe (*anders im Verfahren BAG 10. August 2022 - 5 AZR 154/22 - BAGE 178, 293*). Die über die Weisung erfolgte Konkretisierung der geschuldeten Arbeitsleistung (§ 106 Satz 1 GewO) entsprach der sich aus § 12 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF ergebenden verbindlichen Vorgabe des Ordnungsgebers. 40

dd) Damit war der Kläger aufgrund der Weigerung, eine medizinische Maske während seiner Tätigkeit zu tragen und der Beklagten eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, dass ihm das Tragen einer medizinischen Maske aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich und zumutbar ist, außerstande, im Streitzeitraum die geschuldete Arbeitsleistung ordnungsgemäß zu bewirken. Trotz der unterbliebenen Beschäftigung des Klägers ist die Beklagte deshalb nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug geraten. 41

d) Das Landesarbeitsgericht ist auch zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass die Weisung der Beklagten nicht das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB verletzt und nicht gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz verstößt. 42

- aa) Gemäß § 612a BGB darf der Arbeitgeber einen Arbeitnehmer bei einer Vereinbarung oder einer Maßnahme nicht benachteiligen, weil der Arbeitnehmer in zulässiger Weise seine Rechte ausübt. Die Beklagte hat den Kläger nicht durch die Ausübung ihres Weisungsrechts benachteiligt, denn sie hat lediglich die rechtlichen Vorgaben nach § 12 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 und § 4 Abs. 1 Satz 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF umgesetzt. Dass die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestands nach § 8 Abs. 1a bzw. Abs. 2 und § 8 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und § 3 Abs. 3 Nr. 2 HmbSARS-CoV-2-EindämmungsVO aF vorliegen, hat der Kläger nicht nachgewiesen. 43
- bb) Ein Verstoß gegen das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz ist weder dargelegt noch ersichtlich, da eine Benachteiligung des Klägers aufgrund eines der in § 1 AGG genannten Merkmale nicht in Betracht kommt. Beim Kläger besteht insbesondere keine Behinderung iSd. § 1 AGG. 44
3. Dem Kläger steht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Zeiträume vom 27. September bis zum 24. Oktober 2021 und vom 4. bis zum 10. November 2021 gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 EFZG zu. 45
- a) Nach dieser Bestimmung hat ein Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Zeit der Arbeitsunfähigkeit bis zur Dauer von sechs Wochen, wenn er durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist, ohne dass ihn ein Verschulden trifft. 46
- b) Vorliegend kann dahingestellt bleiben, ob der Beweiswert der vom Kläger vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen erschüttert und ob der Kläger in diesem Zeitraum arbeitsunfähig erkrankt war, denn einem Anspruch auf Entgeltfortzahlung steht bereits der Grundsatz der Monokausalität entgegen. 47
- aa) Ein Entgeltfortzahlungsanspruch besteht grundsätzlich nur dann, wenn die Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache für den Ausfall der Arbeitsleistung ist. Der Anspruch auf Arbeitsentgelt darf nicht bereits aufgrund anderer Ursachen entfallen. Der Entgeltfortzahlungsanspruch setzt also voraus, dass der erkrankte Arbeitnehmer ohne die Arbeitsunfähigkeit einen Vergütungsanspruch gehabt 48

hätte (*st. Rspr., vgl. BAG 24. März 2004 - 5 AZR 355/03 - zu I 3 a der Gründe; zuletzt BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 241/23 - Rn. 15 mwN*). Angesichts dieses Kausalitätserfordernisses besteht damit grundsätzlich kein Entgeltfortzahlungsanspruch, wenn der Arbeitnehmer im Falle der Nichterkrankung aus anderen Gründen nicht gearbeitet und kein Entgelt erhalten hätte (*BAG 19. Juni 2024 - 5 AZR 241/23 - aaO, mwN*).

bb) Nach diesen Grundsätzen wäre eine Krankheit des Klägers vorliegend nicht die alleinige Ursache für den Arbeitsausfall gewesen. Auch ohne Erkrankung hätte er keinen Anspruch auf Vergütung gehabt, weil er aufgrund der Weigerung, eine medizinische Maske während seiner Tätigkeit zu tragen, und seiner Weigerung, der Beklagten eine ärztliche Bescheinigung vorzulegen, dass ihm das Tragen einer medizinischen Maske aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich und zumutbar ist, außerstande war, im Streitzeitraum die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken und die Beklagte deshalb trotz der Nichtbeschäftigung des Klägers nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug geraten konnte. 49

4. Dem Kläger steht ein Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 1 und § 826 BGB nicht zu. Das Landesarbeitsgericht ist zutreffend zu dem Ergebnis gekommen, dass aufgrund der Rechtmäßigkeit der Weisung es bereits an einer Pflichtverletzung der Beklagten fehlt. Dass sie es schuldhaft unterlassen habe, dem Kläger eine andere Beschäftigungsmöglichkeit als die des Taxifahrers zuzuweisen, ist weder ersichtlich noch vorgetragen. 50

II. Die Rügen des Klägers, das Landesarbeitsgericht habe das Verfahren verletzt, sind bereits unzulässig. 51

1. Soweit der Kläger sich gegen den Inhalt des vom Landesarbeitsgericht festgestellten Tatbestands wendet, ist die Rüge unzulässig, weil etwaige Unrichtigkeiten im Tatbestand nicht mit einer Verfahrensrüge nach § 551 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b ZPO, sondern nur im Berichtigungsverfahren nach § 320 ZPO behoben werden können (*BAG 5. August 2021 - 5 AZR 121/21 - Rn. 17 mwN*). Einen Antrag auf Tatbestandsberichtigung hat der Kläger, der lediglich die 52

Berichtigung des Protokolls der Sitzung des Landesarbeitsgerichts vom 22. März 2023 beantragt hat, jedoch nicht gestellt.

2. Auch die Rüge des Klägers, es hätte eine Beweiserhebung hinsichtlich der wissenschaftlichen Erkenntnisse im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie erfolgen müssen, ist unzulässig. Bei der Rüge einer unterlassenen Beweiserhebung muss bestimmt angegeben werden, über welches Thema Beweis hätte erhoben werden müssen, in welchem Schriftsatz das entsprechende Beweisangebot gemacht worden ist, welches Ergebnis die Beweisaufnahme voraussichtlich gehabt hätte und weshalb das angefochtene Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht (*BAG 21. Januar 2014 - 3 AZR 362/11 - Rn. 46*). Dies hat der Kläger nicht aufgezeigt. 53

III. Der Kläger hat die Kosten der Revision nach § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen. Die Kostenentscheidungen der Vorinstanzen sind nicht zu beanstanden. Der Kläger hat auch die Kosten seiner erfolglosen Berufung gemäß § 97 Abs. 1 ZPO zu tragen. Die Kostenentscheidung des Arbeitsgerichts beruhte zutreffend auf § 92 Abs. 1 Satz 1 und § 269 Abs. 3 Satz 2 ZPO. Der Kläger hat die vor dem Arbeitsgericht zurückgenommenen Anträge vor dem Landesarbeitsgericht nicht erneut gestellt. 54

Linck

Bubach

Neumann

Bormann

Hoffmann