

- Beglaubigte Abschrift -



← Mit. z. K. Rückspruch	Wiedervorlage →	
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Braunschweig		
24. NOV. 2021		
Erfledigt:	Fristen + Termine	Bearbeitet

Landesarbeitsgericht Niedersachsen

Im Namen des Volkes

Urteil

2 Sa 332/21
6 Ca 328/20 ArbG Braunschweig

In dem Rechtsstreit

Verkündet am: 29.09.2021

Gerichtsangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

– Kläger und Berufungsbeklagter –

Prozessbevollmächtigte:
DGB Rechtsschutz GmbH - Büro Braunschweig -, Wilhelmstraße 5, 38100 Braunschweig

gegen

– Beklagte und Berufungsklägerin –

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

hat die 2. Kammer des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 2021 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... sowie den ehrenamtlichen Richter Herrn ... und den ehrenamtlichen Richter Herrn ... als Bei-sitzer für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Braunschweig vom 18. März 2021 – 6 Ca 328/20 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 4.264,08 Euro festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten über den Bestand ihres Arbeitsverhältnisses sowie über einen Verzugslohnanspruch für den Monat August 2020.

Der am 28. Januar 1971 geborene Kläger ist seit dem 6. Februar 2004 bei der Beklagten bzw. deren Rechtsvorgängerin als Dialog Agent zu einer Bruttomonatsvergütung in Höhe von 1.082,50 € beschäftigt.

Die Beklagte betreibt in Braunschweig ein Callcenter, in dem über Telefonarbeitsplätze Service- und Vertriebsleistungen erbracht werden. Die Arbeitsplätze sind in mehreren sogenannten Open Space Räumen eingerichtet. Die Beklagte beschäftigt regelmäßig mehr als 10 Mitarbeiter. In dem Betrieb in Braunschweig ist ein Betriebsrat gebildet.

Für den Monat August 2020 zahlte die Beklagte an den Kläger keine Vergütung.

Mit Schreiben vom 29. Oktober 2020, dem Kläger zugegangen am 07. November 2020, erklärte die Beklagte gegenüber dem Kläger die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 30. April 2021. Mit Schreiben vom 21. Januar 2021 erklärte die Beklagte gegenüber dem Kläger die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses zum 31. Juli 2021.

Mit seinen am 16. November 2020 und 28. Januar 2021 erhobenen Klagen wehrt sich der Kläger gegen die Kündigungen und macht mit einer weiteren am 19. November 2020 erhobenen Klage Verzugslohnansprüche für den Monat August 2020 geltend.

Wegen des unstreitigen Sachverhaltes, der streitigen erstinstanzlichen Behauptungen, der konträren Rechtsauffassungen, der geltend gemachten Ansprüche sowie des gesamten erstinstanzlichen Sachverhaltes im Übrigen wird auf den Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, Seite 2 – 5 desselben (Bl. 120 – 123 d. A.), Bezug genommen.

Mit Urteil vom 18. März 2021 hat das Arbeitsgericht Braunschweig der Klage stattgegeben. Die Kündigung der Beklagten vom 29. Oktober 2010 sei rechtsunwirksam, weil die Beklagte den Betriebsrat nicht ordnungsgemäß zu der Kündigung angehört habe. Das Arbeitsverhältnis ende auch nicht aufgrund auf der ordentlichen Kündigung vom 21. Januar 2021 mit Ablauf des 31. Juli 2021. Die Kündigung sei nicht sozial gerechtfertigt gemäß § 1 Abs. 2 KSchG. Die Beklagte stütze die Kündigung auf die Weigerung des Klägers, ihrer Anordnung, sich verpflichtenden Körpertemperaturmessungen beim Betreten des Betriebsgebäudes zu unterziehen, nachzukommen. Die Anordnung entspreche nicht billigem Ermessen und sei deshalb unwirksam. Die Temperaturmessungen verletzen den Kläger in einer nicht gerechtfertigten Art und Weise

in seinem Persönlichkeitsrecht. Zudem widerspreche die Anordnung datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Die Maßnahme, den Zugang zum Arbeitsplatz von einer Temperaturmessung abhängig zu machen, müsse für den verfolgten Zweck geeignet und erforderlich sein, um die Datenverarbeitung rechtfertigen zu können. Temperaturmessungen seien nicht geeignet, Covid-19 Infektionen mit einer hohen Wahrscheinlichkeit erkennen zu können. Nach klinischen Informationen habe Anfang Mai 2020 der Anteil der an Covid-19 Erkrankten, die Fieber entwickelt hätten, nur bei 42 % gelegen. Auch das Robert Koch-Institut (RKI) habe Mitte Mai 2020 Temperaturmessungen als ein nicht wirksames Mittel bezeichnet, um Infektionsfälle zu erkennen. Die Beklagte habe keine Anhaltspunkte dafür vorgetragen, dass dieser Wert im Vorfeld der zweiten Kündigung signifikant höher gelegen habe. Mit den Temperaturmessungen und dem festgelegten Grenzwert von 37,5°C könne nicht mit einer hohen Wahrscheinlichkeit verhindert werden, dass infizierte Personen ihre Arbeit verrichteten. Eine erhöhte Temperatur könne auch andere Ursachen haben. Die Temperaturmessungen seien auch unverhältnismäßig. Sie würden in einem von außen einsehbaren Raum/Gebäudeteil durchgeführt, der Bereich sei videoüberwacht. Zudem erscheine es unter Berücksichtigung des § 22 Abs. 1 Nr. 1 b BDSG problematisch, dass die Messdaten gegenüber Personen offenbart werden müssten, die nicht der Schweigepflicht unterlägen. Auf Seiten der Beklagten seien keine besonderen Umstände zu berücksichtigen, die den Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Klägers rechtfertigen könnten. Bei einem Callcenter handele es sich nicht um einen besonders sensiblen Bereich, der zwingend (auch) durch Temperaturmessungen geschützt werden müsse. Soweit die Beklagte auf ein erhöhtes Infektionsrisiko hinweise, sei nicht ersichtlich, dass sie alle anderen zumutbaren und mildereren Mittel zur Reduzierung des Infektionsrisikos ergriffen habe. Der Kläger habe einen Anspruch auf Zahlung von 1.016,58 € brutto für den Monat August 2020, weil sich die Beklagte im Annahmeverzug befunden habe.

Das Urteil ist der Beklagten am 27. März 2021 zugestellt worden. Hiergegen hat sie mit einem am 21. April 2021 beim Landesarbeitsgericht Niedersachsen eingegangenen Schriftsatz Berufung eingelegt und diese mit einem am 3. Mai 2021 eingegangenen Schriftsatz begründet.

Mit ihrer Berufung verfolgt die Beklagte ihr erstinstanzliches Ziel der Klagabweisung bezüglich der Kündigung vom 21. Januar 2021 und des Zahlungsanspruches weiter. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen. Sie habe die Durchführung der Temperaturmessung rechtmäßig angeordnet und hierbei nicht die Grenzen des Direktionsrechtes überschritten. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes würden durch die Anordnung der Temperaturmessung keine datenschutzrechtlichen Bestimmungen verletzt. Art. 9 Abs. 1 i.V.m. Absatz 2 g DSGVO setze eine Verarbeitung personenbezogener Daten voraus. Zwar könne eine Verarbeitung im Sinne der Verordnung gemäß Art. 4 Nr. 2 DSGVO auch im Erheben sowie dem Erfassen von Daten lie-

gen. Vorliegend beschränke sich die Anordnung allerdings darauf, die Arbeitnehmer anzuhalten, mit eigens für sie angeschafften Thermometern eine Körpertemperaturmessung in Eigenregie durchzuführen. Das Ergebnis der Messung werde nicht notiert oder in anderer Form festgehalten. Selbst wenn eine Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO vorliegen sollte, wäre diese nach Art. 88 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 3 BDSG gerechtfertigt. Dabei habe sich das Arbeitsgericht in seinem Urteil nicht mit den für die Auslegung der DSGVO relevanten Erwägungsgründen auseinandergesetzt. Im Erwägungsgrund 46 werde die mögliche Erforderlichkeit einer Datenverarbeitung für Zwecke der Überwachung von Epidemien und deren Ausbreitung ausdrücklich hervorgehoben. Zu Unrecht habe das Arbeitsgericht auch das Vorliegen der Voraussetzungen des § 26 Abs. 3 BDSG unter Verweis auf die vermeintliche Ungeeignetheit und Unverhältnismäßigkeit abgelehnt. Bei einem höchst aggressiven und lebensgefährlichen Pandemiegeschehen seien Arbeitgeber verpflichtet, die größtmögliche Vorsicht walten zu lassen. Dies gelte insbesondere dann, wenn – wie dies bei der Coronapandemie der Fall sei – die Ansteckungsgefahr extrem hoch sei und die Infektionswege im Detail noch nicht abschließend ermittelt seien. Das Arbeitsgericht vertrete die Auffassung, dass Temperaturmessungen ungeeignet seien, weil hierdurch nicht mit einer hohen Wahrscheinlichkeit verhindert werden könne, dass infizierte Personen ihre Arbeit vor Ort aufnehmen. Diese Auffassung sei unrichtig. Der vom Arbeitsgericht für die Beurteilung der Geeignetheit angelegte Maßstab sei fehlerhaft. Das Erfordernis einer hohen Wahrscheinlichkeit lasse sich mit dem Sinn und Zweck der Regelungen in § 3 ArbSchG und § 618 BGB nicht vereinbaren. Im Zuge eines aggressiven Pandemiegeschehens, welches mit höchst konkreten Gefahren für Leib und Leben der gesamten Belegschaft verbunden sei, habe ein Arbeitgeber die größtmögliche Vorsicht walten zu lassen und dürfe sich nicht auf Mittel beschränken, die eine Infektion mit hoher Wahrscheinlichkeit aufdeckten. Er müsse im Rahmen der Verhältnismäßigkeit jede Maßnahme ergreifen, die im Grundsatz geeignet sei, auch nur einen einzigen Krankheits- oder Todesfall innerhalb der Belegschaft zu vermeiden. Bereits ein infizierter Arbeitnehmer stelle eine latente Gefahr für den gesamten Rest der Belegschaft dar. Auch wenn nicht jede erhöhte Körpertemperatur zwangsläufig auf einer Corona-Infektion beruhe, stehe fest, dass eine nicht unbeträchtliche Anzahl der Erkrankungen mit Fiebererscheinungen verbunden sei. Angesichts des hohen Risikos einer Weiterverbreitung der Infektion innerhalb der Belegschaft könne es nicht darauf ankommen, wieviel Prozent der Erkrankten eine erhöhte Körpertemperatur aufwiesen. Vielmehr reiche es aus, wenn die Chance bestehe, dass durch Temperaturmessungen auch nur ein geringer Anteil der tatsächlich erkrankten Arbeitnehmer identifiziert werde. Dass diese Chance bestehe, wenn 30 % oder mehr als 40 % Corona-Infizierten (auch) Fieber aufwiesen, könne nicht ernsthaft in Frage gestellt werden. Aufgrund der Arbeitsbedingungen in Großraumbüros sei eine erhöhte Ansteckungsgefahr gegeben, insbesondere aufgrund der häufigen Sprechkontakte. Im Verhältnis zu der mit der Risikoreduzierung verbundenen Schutzwirkung, seien die mit der Fiebermessung verbundenen Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Arbeitnehmer als gering anzusehen. Sie

müssten lediglich ihre aktuelle Körpertemperatur mitteilen, ohne dass die Daten notiert oder gespeichert würden. Niemand außer den zur Verschwiegenheit verpflichteten Mitarbeitern, denen die Messergebnisse zur Kontrolle kurz angezeigt oder mitgeteilt würden, erfahre die Höhe der Temperatur. Sofern bei einer ersten Temperaturmessung eine Temperatur über 37,5°C festgestellt werde, entscheide der Mitarbeiter selbstständig, wo er sich die nächsten 20 Minuten aufhalte. Er könne in seinem Privat-PKW eine zweite Messung durchführen. Liege diese dann immer noch über 37,5°C, könne der Mitarbeiter zum Eingang gehen und Bescheid sagen, er könne aber auch seine Führungskraft unterrichten. Sofern ein Mitarbeiter an diesem Tag nicht arbeite, werde von Seiten der Führungskraft vermerkt, dass er freigestellt sei. Weitere Angaben, aufgrund welcher Gründe der Arbeitnehmer freigestellt sei, erfolgten nicht. Sollte die gemessene Temperatur am nächsten Morgen normal sein, habe der Mitarbeiter wieder im Betrieb zu erscheinen und das Procedere beginne von vorn. Da Fiebermessungen bei der gesamten Belegschaft durchgeführt würden, sei der Vorgang als solcher nicht mit einer Stigmatisierung des einzelnen Arbeitnehmers verbunden. Die Messergebnisse seien auch für Dritte nicht einsehbar. Im Januar 2021 sei der Eingang zur Betriebsstätte im Erdgeschoss erfolgt. Wegen des auch im Januar 2021 noch vorhandenen Kubus im Eingangsraum habe die dort installierte Kamera den Eingang nicht aufzeichnen können. Unabhängig davon wäre das Ergebnis der Messungen aufgrund der geringen Größe des Displays des Fieberthermometers ohnehin nicht erkennbar.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Braunschweig vom 18. März 2021 - 6 Ca 328/20 - unter Klagabweisung im Übrigen teilweise abzuändern und aufzuheben, soweit festgestellt worden ist, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 21. Januar 2021 nicht beendet wird und die Beklagte verurteilt worden ist, den Kläger bis zum rechtskräftigen *Abschlusses des Kündigungsschutzverfahrens* weiter zu unveränderten *arbeitsvertraglichen Bedingungen als Dialog Agent* weiter zu beschäftigen und an den Kläger 1.016,58 Euro brutto nebst Zinsen in Höhe von 5 % Punkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 27. September 2020 zu zahlen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die angefochtene Entscheidung als zutreffend nach Maßgabe seiner Berufungserwiderung vom 7. Juli 2021 (Bl. 177 ff. d. A.) und seines Schriftsatzes vom 20. August 2021 (Bl. 210 ff. d. A.).

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst den zu den Akten gereichten Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 29. September 2021 Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

A.

Die gem. § 64 Abs. 2 ArbGG statthafte Berufung der Beklagten ist form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden und damit zulässig (§§ 66 Abs. 1 Satz 1, 64 Abs. 6 Satz 1 ArbGG, §§ 519, 520 ZPO). Die Berufungsbegründung genügt den Anforderungen des § 520 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 bis 4 ZPO. Sie lässt erkennen, in welchen Punkten tatsächlicher und rechtlicher Art das angefochtene Urteil nach Ansicht der Beklagten unrichtig ist und worauf dies im Einzelnen beruht.

B.

Die Berufung ist unbegründet.

I.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Arbeitsgericht Braunschweig festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien nicht durch die Kündigung der Beklagten vom 21. Januar 2021 beendet worden ist. Die Berufungskammer macht sich die zutreffenden Erwägungen des Arbeitsgerichts unter B. I. bis II. 2. d) cc) der Entscheidungsgründe zu Eigen, verweist auf diese und stellt dies fest, § 69 Abs. 2 ArbGG.

II.

Das Vorbringen der Beklagten in der Berufung rechtfertigt folgende weitere Ausführungen:

1.

Die Weisung der Beklagten an den Kläger, arbeitstäglich vor dem Betreten der Betriebsräume eine Körpertemperaturmessung durchzuführen, ist unwirksam. Sie ist nicht von dem arbeitgeberseitigen Direktionsrecht gemäß § 106 GewO gedeckt.

a.

Die Beklagte möchte die verpflichtende Körpertemperaturmessung als betriebliche Maßnahme des Arbeitsschutzes auf Art. 88 DSGVO iVm. § 26 Abs. 3 BDSG iVm. Art. 9 Abs. 2 DSGVO

stützen. Gemäß § 26 Abs. 3 BDSG ist die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten abweichend von Art. 9 Abs. 1 DSGVO für Zwecke der Beschäftigungsverhältnisse zulässig, wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis, dem Recht der sozialen Sicherheit und des Sozialschutzes erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse der betroffenen Personen an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt.

b.

Entgegen der Auffassung der Beklagten handelt es sich bei der Messung der Körpertemperatur des Klägers um eine Verarbeitung personenbezogener Daten iSd. Art. 4 Nr. 1 und Nr. 2 DSGVO. Da die Temperaturmessung im Ergebnis darauf gerichtet ist, Personen zu identifizieren, die mit möglicherweise mit Covid-19 infiziert sind, handelt es sich um eine Verarbeitung von Gesundheitsdaten iSd. Art. 4 Nr. 15 DSGVO.

Durch die Körpertemperaturmessung sind personenbezogene Daten der Arbeitnehmer betroffen. Zwar erfassen die Temperaturmessungen selbst noch keine eindeutigen identifizierenden Angaben wie Namen und Anschriften der Mitarbeiter, die sich der Messung unterziehen. Bei der Messung kann jedoch der Mitarbeiter identifiziert werden, etwa durch das Personal der Beklagten, das sich das Messergebnis zeigen lässt. Die durch das Fiebermessen gewonnenen Daten werden durch das Vorzeigen durch die Beklagte abgefragt und von den zuständigen Mitarbeitern für die Beurteilung verwendet, ob die Arbeitnehmer ihre Arbeit aufnehmen dürfen oder nicht. So entscheidet die Führungskraft des Mitarbeiters der Beklagten anhand der Mitteilung, dass auch die zweite Temperaturmessung den Grenzwert überschritten hat, darüber, dass der Mitarbeiter freigestellt wird.

c.

Die Verarbeitung von personenbezogenen Gesundheitsdaten ist grundsätzlich nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO verboten. Dieses grundsätzliche Verarbeitungsverbot gilt nur dann nicht, wenn die Verarbeitung einen Ausnahmetatbestand des Art. 9 Abs. 2 DSGVO erfüllt. Insoweit sieht Art. 9 Abs. 2 b. DSGVO unter den dort festgelegten Voraussetzungen unter anderem eine Ausnahme vom Verarbeitungsverbot des Art. 9 Abs. 1 DSGVO vor, soweit der Verantwortliche einer aus dem Arbeitsrecht folgenden Pflicht nachkommen muss.

aa.

Zutreffend weist die Beklagte insoweit daraufhin, dass sie gem. § 3 Abs. 1 ArbSchG verpflichtet ist, die erforderlichen Maßnahmen des Arbeitsschutzes unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen.

Gemäß § 618 BGB ist die Beklagte als Arbeitgeberin verpflichtet, Maßnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit ihrer Beschäftigten zu ergreifen. Dabei ist jedoch der Grundsatz der Erforderlichkeit zu berücksichtigen, anhand dessen zu prüfen ist, ob das verpflichtende Fiebermessen erforderlich und zielführend zur Erreichung des Zweckes ist.

bb.

Die Erforderlichkeit der von der Beklagten angeordneten Maßnahme der verpflichteten Körpertemperaturmessung vor dem Betreten der Betriebsräume hat das Arbeitsgericht zutreffend verneint.

Es ist nicht ersichtlich und wird von Seiten der Beklagten auch nicht dargelegt, dass es im Vorfeld der streitbefangenen Kündigung vom 21. Januar 2021 bereits Fälle nachweislich mit Corona infizierten Mitarbeiter im Betrieb in Braunschweig gab oder Mitarbeiter Kontakt zu Infizierten hatten. Die Anordnung der Beklagten erfolgte demzufolge anlasslos. Entgegen der Ansicht der Beklagten reicht es zur Rechtfertigung der Anordnung dann nicht aus, dass dabei (nur) eine Chance besteht, einen geringen Anteil der tatsächlich erkrankten Mitarbeiter zu identifizieren.

Eine erhöhte Körpertemperatur ist nicht zwangsläufig als symptomatisch für eine Covid-19-Infektion anzusehen. Sie kann auch durch zahlreiche anderen Ursachen, wie etwa durch eine Erkältung, durch Stoffwechsel- und Gefäßerkrankungen, durch Rheuma oder andere entzündliche Prozesse bedingt sein. Neben anderen Erkrankungen können auch körperliche Betätigungen (Sport, Eile) zu Messunterschieden und Abweichungen beitragen. Im Übrigen schwankt die Körpertemperatur im Verlauf des Tages und kann bei Erwachsenen auch unterschiedlich ausfallen. Zudem weisen nach Angaben des Robert Koch-Institutes (RKI) nur etwa 41 % der Infizierten einen Krankheitsverlauf mit Fieber auf; in der bis zu 14 Tage umfassenden Inkubationszeit weisen die infizierten Personen teilweise noch keine Symptome auf oder bleiben über den gesamten Infektionsverlaufes vollständig symptomfrei, sind aber aufgrund der Viruslast potentielle Überträger (vgl. https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Steckbrief.html#doc13776792bodyText2, Stand 12.06.2020). Symptomfreie Infektionsfälle können durch die Temperaturmessung somit nicht aufgedeckt werden. Ferner bestehen Bedenken hinsichtlich der Messgenauigkeit. Klassische kontaktlose Stirnthermometer haben häufig größere Abweichungen. Insgesamt besteht bei der Art und Weise der von der Beklagten angeordneten Messung die Gefahr einer Verfälschung. Es kann somit zu „falsch - positiven“ wie auch „falsch - negativen“ Messwerten kommen. Damit erreicht die Beklagte durch ihre anlasslose verpflichtende Körpertemperaturmessung letztlich nur eine Scheinsicherheit. Zudem ist nicht auszuschließen, dass sich bei der Art und Weise der von der Beklagten angeordneten Durchführung der Körpertemperaturmessungen Schlangen vor der Glastür bilden können und sich so

durch den nahen Kontakt der Mitarbeiter die Infektionsgefahr erhöhen kann. Im Übrigen berücksichtigt die Anordnung der anlasslosen verpflichtenden Körpertemperaturmessung auch nicht, dass davon ausgegangen werden kann, dass die Mehrzahl oder zumindest eine Vielzahl von Arbeitnehmer die Betriebsstätte nicht aufsuchen werden, die Krankheitssymptome aufweisen. Angesichts der geringen Eignung der Temperaturmessung zum Auffinden von Corona-Infektionen überwiegt das schutzwürdige Interesse der Mitarbeiter der Beklagten und damit auch des Klägers an dem Ausschluss der Verarbeitung der personenbezogenen Daten.

cc.

Nach der Anordnung der Beklagten führt die zweimalige Überschreitung des Grenzwertes von 37,5°C zur (bezahlten) Freistellung des Arbeitnehmers. Angesichts des Umstandes, dass eine erhöhte Körpertemperatur nicht zwingend auf eine Corona-Infektion oder auf einer anderen Krankheit beruhen muss, ist auch dieser Teil der Anordnung nicht zielführend und damit nicht-erforderlich.

dd.

Unabhängig von Vorstehendem ist tragend auszuführen, dass die Anordnung des anlasslosen Fiebermessens auch unverhältnismäßig in die Persönlichkeitsrechte des Klägers eingreift.

Die Temperaturmessung findet an einem Ort statt, der für jedermann zugänglich ist. Es handelt sich nicht um einen separaten Raum, in dem der Kläger unbeobachtet seine Fiebermessung vornehmen kann. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht substantiiert dargelegt, dass sie nicht über Möglichkeiten verfügt, dass die Fiebermessung unbeobachtet vorgenommen werden kann. Die Beklagte hat in ihrer Berufungsbegründung vorgetragen, dass die Zugangstür in einen Innenhof führt, indem ein Kubus mit Schulungsräumen platziert ist. Die Körpertemperaturmessung hätte somit auch in einem der Schulungsräume durchgeführt werden können.

Angesichts des Umstandes, dass (nur) 41 % der Infizierten Fieber aufweisen und Erkrankte in der Frühphase der Erkrankung zwar schon ansteckend, aber noch frei von Symptomen sind, ist bei einer Gesamtbetrachtung festzustellen, dass zumindest die Art und Weise der von der Beklagten angeordneten Fiebermessung und der gegebenenfalls sich anschließenden Freistellung zu einer Unverhältnismäßigkeit der Maßnahme und damit zu ihrer Rechtswidrigkeit führt.

2.

Unabhängig von Vorstehendem ist tragend auszuführen, dass die Beklagte auch nicht dargelegt hat, dass die gem. § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG bestehenden Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates gewahrt worden ist.

a.

Die von der Beklagten angeordnete Maßnahme der Körpertemperaturmessung betrifft Fragen der Ordnung des Betriebes und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG) sowie den Mitbestimmungstatbestand der Regelung über den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften oder der Unfallverhütungsvorschriften (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG).

b.

Anordnungen des Arbeitgebers in Bezug auf die betriebliche Ordnung und das Ordnungsverhalten bzw. in Bezug auf den Gesundheitsschutz im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften sind unwirksam, wenn der Betriebsrat nicht im Verfahren nach § 87 Abs. 1 BetrVG beteiligt worden ist.

Der Kläger hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der Beschluss des Betriebsrates vom 20. Mai 2020 betreffend die Temperaturmessung inhaltlich nicht mit der Richtlinie für die Arbeit in den Gebäuden der Beklagten vom 29. Mai 2020 (Bl. 85 f. d. A.) übereinstimmt. Die Beschlussfassung des Betriebsrates vom 20. Mai 2020 enthält unter Ziffer 1 Angaben, die in der Richtlinie unter dem Punkt „Einlass in das Gebäude“ so nicht enthalten sind. In dem Beschluss steht, dass die Temperaturmessung durch den HR Ersthelfer durchgeführt werde. In der Richtlinie der Beklagten ist ausgeführt, dass die Messung der Temperatur durch die Arbeitnehmer selbst durchgeführt werden soll und die Temperatur durch den Mitarbeiter der Beklagten abgelesen wird. In dem Beschluss heißt es auch, dass der Mitarbeiter in dem Fall, in dem bei einer zweiten Messung der gemessene Wert immer noch zu hoch ist, am ersten Tag bezahlt nach Hause geschickt werde. In der Richtlinie heißt es hierzu, dass bei dem Erfordernis einer zweiten Messung oder in einer endgültigen Überschreitung des Grenzwertes die Führungskraft informiert werde, damit diese mit dem Arbeitnehmer das weitere Vorgehen für den Tag bespreche. Hinsichtlich der Datenspeicherung enthält der Beschluss des Betriebsrates keine Angaben.

Angesichts der vom Kläger aufgezeigten Differenzen zwischen dem Inhalt des Beschlusses des Betriebsrates und der Richtlinie der Beklagten hätte die Beklagte konkret darlegen müssen, wann mit dem Betriebsrat welche konkrete Einigung im Form einer Betriebsvereinbarung oder eine Regelungsabrede über die Art und Weise der Temperaturmessungen gemäß der Richtlinie

vom 29. Mai 2020 getroffen worden ist. Dies ist nicht erfolgt. Soweit die Beklagte im Rahmen der Mitarbeiterinformation vom 22. Mai 2020 (Bl. 83 f. d. A.) darauf hinweist, dass mit dem Betriebsrat Vorsorgemaßnahmen besprochen seien, mag dies richtig sein. Zur Beteiligung nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG reicht das bloße Einverständnis des Betriebsrates nicht aus. Eine Betriebsvereinbarung betreffend die Covid-19-Risikovorsorge hat die Beklagte erstmals mit dem Betriebsrat am 19. April 2021 und damit nach der streitbefangenen Kündigung abgeschlossen.

Nach alledem ist die Anordnung der Beklagten zum Körpertemperaturmessen vor dem Betreten der Betriebsräume unwirksam. Damit fehlt es an einer kündigungsrelevanten Pflichtverletzung des Klägers.

3.

Der Weiterbeschäftigungsantrag des Klägers ist begründet.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts hat der Arbeitnehmer bei Ob-siegen mit dem Kündigungsschutzantrag regelmäßig einen Anspruch auf vorläufige Weiterbeschäftigung bis zum rechtskräftigen Abschlusses des Kündigungsschutzverfahrens. Liegt ein die Ungewissheit der Kündigung feststellendes Instanzurteil vor, so müssen zu der Ungewissheit des Prozessausganges zusätzlich Umstände hinzukommen, aus denen sich im Einzelfall ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergibt, den Arbeitnehmer nicht zu beschäftigen. Dies sind etwa Umstände, die auch im streitlos bestehenden Arbeitsverhältnis den Arbeitgeber^[SG1] zur vorläufigen Suspendierung des Arbeitnehmers berechtigen, wie z. Bsp. der Verdacht des Verrates von Betriebsgeheimnissen oder Fälle eines strafbaren oder schädigenden Verhaltens des Arbeitnehmers. Aus der Stellung des gekündigten Arbeitnehmers im Betrieb und der Art seines Arbeitsbereiches kann sich ein überwiegendes Interesse des Arbeitgebers ergeben, den betreffenden Arbeitnehmer wegen der Ungewissheit des Fortbestandes des Arbeitsverhältnisses von seinem Arbeitsplatz fernzuhalten (*BAG, 27. Februar 1985 - GS 1/84 - Rn. 96*).

Solche Umstände hat die Beklagte nicht dargelegt, sie sind auch nicht ersichtlich.

4.

Zutreffend hat das Arbeitsgericht unter C. der Entscheidungsgründe ausgeführt, dass dem Kläger gegen die Beklagte ein Anspruch auf Zahlung von 1.016,58 Euro brutto gem. § 615 Satz 1 BGB für den Monat August 2020 zusteht.

Die Kammer folgt den zutreffenden Erwägungen des Arbeitsgerichts, verweist auf diese und stellt dies fest (§ 69 Abs. 2 ArbGG).

III.

Auch das weitere Vorbringen der Beklagten, auf das in diesem Urteil nicht mehr besonders eingegangen wird, weil die Entscheidungsgründe gem. § 313 Abs. 2 ZPO lediglich eine kurze Zusammenfassung der tragenden Erwägungen enthalten sollen, führt nicht zu einem abweichenden Ergebnis.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Die Festsetzung des Streitwertes für das Berufungsverfahren beruht auf § 42 Abs. 2 GKG, § 3 ff. ZPO. Dabei ist der Kündigungsschutzantrag mit der dreifachen Bruttomonatsvergütung und der Weiterbeschäftigungsantrag mit einem weiteren Bruttomonatsgehalt bewertet worden.

Gründe, gem. § 72 ArbGG die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Nichtzulassung der Revision findet die Beschwerde statt.

Die Beschwerde kann nur darauf gestützt werden, dass

1. eine entscheidungserhebliche Rechtsfrage grundsätzliche Bedeutung hat,
2. das Urteil von einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von einer Entscheidung des Gemeinsamen Senats der obersten Gerichtshöfe des Bundes, von einer Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts oder, solange eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts in der Rechtsfrage nicht ergangen ist, von einer Entscheidung einer anderen Kammer desselben Landesarbeitsgerichts oder eines anderen Landesarbeitsgerichts abweicht und die Entscheidung auf dieser Abweichung beruht,

oder

3. ein absoluter Revisionsgrund gemäß § 547 Nr. 1 bis 5 der Zivilprozessordnung oder einer entscheidungserheblichen Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör geltend gemacht wird und vorliegt.

Die Beschwerde muss innen einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung dieses Urteils bei dem Bundesarbeitsgericht eingelegt werden.

Die Anschrift des Bundesarbeitsgerichts lautet:

Hugo-Preuß-Platz 1, 99084 Erfurt.

Telefax-Nr.: (0361) 26 36 – 20 00

Auf die Möglichkeit der Einreichung elektronischer Dokumente beim Bundesarbeitsgericht nach § 46 c ArbGG i. V. m. den besonderen Voraussetzungen nach der gemäß § 46 c ArbGG erlassenen Verordnung über den elektronischen Rechtsverkehr in der jeweils geltenden Fassung wird hingewiesen. Ab 1.1.2018 genügt bei Verwendung eines sicheren Übermittlungsweges i.S.d. § 46c Abs. 4 ArbGG durch die verantwortende Person eine einfache Signatur.

Die Beschwerde ist innerhalb einer Notfrist von zwei Monaten nach Zustellung des Urteils zu begründen. In der Beschwerdebegründung müssen die Voraussetzungen der obigen Nr. 2 dargelegt oder die Entscheidung bezeichnet werden, von der das Urteil abweicht.

Vor dem Bundesarbeitsgericht müssen sich die Parteien durch Prozessbevollmächtigte vertreten lassen. Als Bevollmächtigte sind außer Rechtsanwälten nur die in § 11 Absatz 2 Satz 2 Nr. 4 und 5 ArbGG bezeichneten Organisationen zugelassen. Diese müssen in Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht durch Personen mit Befähigung zum Richteramt handeln.

Die Beschwerdeschrift, die Beschwerdebegründungsschrift und die sonstigen wechselseitigen Schriftsätze, die in Papierform im Beschwerdeverfahren eingereicht werden, sollen 7-fach – für jeden weiteren Beteiligten ein Exemplar mehr – bei dem Bundesarbeitsgericht eingereicht werden.

, 22.11.2021

