

11.01.2022

1

Robert Schulte-Frohlinde
Telefon: 0176 - 80308277

Sorauer Straße 26 10997 Berlin

Arbeitsgericht Berlin
Magdeburger Platz 1
10785 Berlin

Geschäftsz: 60 Ca 11979/21

In dem Rechtsstreit

Schulte-Frohlinde ./. Bundesrepublik Deutschland,

danke ich für die Fristverlängerung und den Hinweis des Arbeitsgerichts Berlin.

Ich erhebe eine Zwischen-Feststellungsklage mit dem Antrag,

es wird festgestellt, die Beklagte ist auf Grund des § 28 b Abs. 1, 3, 4 u. 5 i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 11b u. 11d u. Abs. 2 IFSG in der Fassung durch das Gesetz zur Änderung des Infektions-Schutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.11.2021 in dem Anwendungsbereich der Norm in Bezug auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers in dem Arbeitsverhältnis des Klägers kraft Gesetzes sachlich Berechtigte.

Begründung:

I. Zwischen-Feststellungsklage

Gemäß § 256 Abs. 2 ZPO kann der Kläger bis zum Schluss derjenigen mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht, durch Erweiterung des Klageantrages beantragen, dass ein im Laufe des Prozesses streitig gewordenes Rechtsverhältnis, von dessen Bestehen oder Nichtbestehen die Entscheidung des Rechtsstreits ganz oder zum Teil abhängt, durch richterliche Entscheidung festgestellt werde.

Die Vorschrift ist gemäß § 46 ArbGG in dem Verfahren vor den Arbeitsgerichten entsprechend anzuwenden.

Der Kläger hatte mit der Klageschrift vorgetragen, die Beklagte sei kraft der gesetzlichen Regelung in § 28 b Abs. 1, 3, 4 u. 5 IFSG (i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 11b u. 11d u. Abs. 2 IFSG) in der Fassung durch das Gesetz zur Änderung des Infektions-Schutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.11.2021 in deren Anwendungsbereich im Sinne des § 3 ArbGG kraft Gesetzes an Stelle des Arbeitgebers in dem Arbeitsverhältnis sachlich befugt.

Das Gericht hatte demgegenüber darauf hingewiesen, es bestehe zwischen dem Kläger und der Beklagten kein Arbeitsvertrag und daher sei der Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht zu verweisen.

Damit hängt die Entscheidung des Rechtsstreits teilweise von einem streitigen Rechtsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten ab, da die Bestimmung des gesetzlichen Richters wesentlich für die Entscheidung ist.

Die Arbeitsgerichte sind im Urteilsverfahren gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3a ArbGG unter anderem zuständig für bürgerliche Rechtsstreitigkeiten zwischen Arbeitnehmern und Arbeitgebern aus dem Arbeitsverhältnis. Das gilt entsprechend für Ansprüche, die mit dem Arbeitsverhältnis in rechtlichem oder unmittelbarem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 4a ArbGG).

Gemäß § 3 ArbGG besteht die in § 2 begründete Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes auch in den Fällen, in denen der Rechtsstreit durch eine Person geführt wird, die kraft Gesetzes an Stelle des sachlich Berechtigten hierzu befugt ist. Gleichgültig ist, auf welcher Seite der Rechtsnachfolger oder die zur Prozessführung befugte Person den Rechtsstreit führt. Es ist auch nicht erforderlich, dass wenigstens auf einer Seite der ursprüngliche Berechtigte oder Verpflichtete Partei ist (Germelmann/Matthes/Prütting-Schlewing ArbGG 9. Aufl. 2017 zu § 3 Rn. 1).

Bürgerliche Rechtsstreitigkeit sind Rechtsstreite zwischen Bürgern, also zwischen Privaten auf der Ebene der Gleichordnung. Das bestimmt sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Das ist hier ein Arbeitsverhältnis.

Eine bürgerliche Rechtsstreitigkeit ist regelmäßig dann privatrechtlicher und nicht öffentlich-rechtlicher Natur, wenn sich die Beteiligten im Verhältnis der Gleichordnung gegenüberstehen. Das kann auch dann der Fall sein, wenn auf der einen Seite des Rechtsverhältnisses eine öffentlich-rechtliche Körperschaft steht, welche sich zur Erreichung ihrer hoheitlichen Ziele bürgerlich-rechtlicher Formen bedient, sofern das zugrunde liegende Rechtsverhältnis dem Privatrecht angehört. Dass das zugrunde liegende Rechtsverhältnis dem Privatrecht angehört, wird auch

nicht dadurch ausgeschlossen, dass die konkrete Anspruchsgrundlage dem öffentlichen Recht angehört oder öffentlich-rechtliche Vorfragen mit entschieden werden müssen. Entscheidend ist, durch welche Rechtssätze das Rechtsverhältnis maßgebend geprägt wird (Germelmann/Matthes/Prütting-Schlewing ArbGG 9. Aufl. 2017 zu § 2 Rn. 8).

Die Frage, ob sich die Beklagte des Arbeitsverhältnisses des Klägers bedienen durfte, um hoheitliche Ziele zu erreichen, ist eine Frage der Begründetheit, nicht eine Frage des zulässigen Rechtsweges.

II. Rechtsweg

Gemäß § 611a Abs. 1 BGB wird durch den Arbeitsvertrag der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönliche Abhängigkeit verpflichtet. Das Weisungsrecht kann Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit betreffen.

Durch die Regelung des § 28 b Abs. 1, 3, 4 u. 5 i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 11b u. 11d u. Abs. 2 IFSG in der Fassung vom 22.11.2021 besteht kraft Gesetzes in Bezug auf Durchführung sowie Zeit und Ort der von dem Kläger vertraglich geschuldeten Tätigkeit ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Dabei handelt es sich nicht um eine Maßnahme des Arbeitsschutzes, denn gemäß § 2 ArbSchG sind Maßnahmen des Arbeitsschutzes im Sinne des Gesetzes nur Maßnahmen zur Verhütung von Unfällen bei der Arbeit und arbeitsbedingten Gesundheitsgefahren (...). Dabei fragt sich bereits, ob das auf der Gesetzgebungskompetenz für Arbeitsrecht oder auf der Gesetzgebungskompetenz für einen solchen Gesundheitsschutz beruht.

Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen. Soweit eine andere Zuständigkeit nicht begründet ist, ist der ordentliche Rechtsweg gegeben (Art. 19 Abs. 4 GG).

Das bedeutet, im Zweifel ist der ordentliche Rechtsweg gegeben.

Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich, wenn eine ausdrückliche Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers fehlt, nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird. Dabei kommt es regelmäßig darauf an, ob die an der Streitigkeit Beteiligten zueinander in einem hoheitlichen Verhältnis der Über- und Unterordnung stehen und ob sich der Träger der hoheitlichen Gewalt der besonderen, ihm zugeordneten Rechtssätze des öffentlichen Rechts bedient, oder ob er sich den für jedermann geltenden zivilrechtlichen Regelungen unterstellt (Musielak/Voit-Wittschier ZPO 18. Aufl. 2021 zu § 13 GVG Rn. 5 m. w. N).

Die Beklagte zwingt durch Strafandrohung gegen den Arbeitgeber des Beklagten zu einer bestimmten Ausübung des Weisungsverhältnisses in dem Arbeitsverhältnis zu dem Kläger aus. Damit im Sachzusammenhang steht die Strafandrohung gegen den Kläger.

Das entspricht der Vorgehensweise der Beklagten gegenüber den Handelsunternehmen, die durch Strafandrohung zur Durchsetzung der hoheitlichen Maßnahmen der Beklagten gegen die Bürger verpflichtet werden, und schon in der Zeit vor der Pandemie der Vorgehensweise der Beklagten mit dem Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, durch das Unternehmen als lediglich technische Dienstleister zur Kontrolle der Inhalte gezwungen werden, zu deren Übermittlung ihre Vertragspartner diese Dienstleistung nutzen. Die Beklagte bringt also, statt direkt und verantwortlich ihre Verhaltensanforderungen gegen die einzelnen Bürger zu konkretisieren, diese gegeneinander in Stellung. So hat es eine Richterin des Verfassungsgerichtes des Landes Brandenburger bezogen auf die Durchsetzung der 2G-Regel durch die Handelsunternehmen gegenüber den Kunden in einem Gespräch formuliert: „Aber sehen Sie das Prinzip? Politik verlagert sich auf die Bürger-Bürger-Ebene. Dadurch entwickelt sich ein wahnsinniges Spannungsfeld“ (J. Zeh, Die Zeit v. 09.01.2022, Seite 10).

Es handelt sich dabei inzwischen um ein systematisch von den Prinzipien der Verfassung abweichendes Handeln der Beklagten.

Laut Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Staatsvolk aus.

Die Beklagte kann diese, ihr verliehene Staatsgewalt im Interesse des Staatsvolkes zur Erreichung der in der Verfassung formulierten Ziel einsetzen.

Die Ableitung der Staatsgewalt von dem Staatsvolk schließt aber aus, dass die Organe der Staatsgewalt im Sinne des Art. 20 GG sie dazu verwenden, Teile des Staatsvolkes gegeneinander in Stellung zu bringen.

Es kann sich also hier zulässiger Weise nicht um ein hoheitliches Handeln auf der Grundlage des Artikel 20 GG handeln.

Die Beklagte bedient sich hoheitlicher Gewalt gegen den Arbeitgeber des Arbeitsverhältnisses des Klägers, um diesen zu einem Handeln in dem Arbeitsverhältnis gegen den Kläger zu verpflichten, mit dem sie hoheitliche Gewalt ausübt.

Dabei entsteht kein Vollzugsakt (Verwaltungsakt), der eigentlich Ausdruck des Handelns der Verwaltung ist, weshalb auch kein Vorverfahren im Sinne der §§ 68 f. VwGO möglich ist.

Die Beklagte bewirkt lediglich Handlungsdruck durch die Androhung von Strafe, also mittelbaren Zwang in einem bürgerlichen Rechtsverhältnis (Handlungsdruck).

Auch unmittelbare Verwaltungsaufgaben können in der Form des Privatrechts erledigt werden. Allerdings ist das nur in begrenztem Umfang möglich und zulässig. Die gesamte Ordnungsverwaltung, die auf Zwangsmittel angewiesen ist, kann auf die hoheitlichen Befugnisse des öffentlichen Rechts nicht verzichten (Maurer Verwaltungsrecht 7. Aufl. 1990 § 3 Rn. 9).

Das Bundesverfassungsgericht hat mit Beschluss vom 19.11.2021 (1BvR 781/21 u. a.) den § 90 Abs. 2 Satz 1 u. 2 BVerfGG betreffend die Erschöpfung des Rechtsweges bei Randnummer 100 f. erweiternd dahingehend ausgelegt (neu gefasst), eine Verfassungsbeschwerde gegen eine gesetzliche Regelung könne ohne vorherige Ausschöpfung des Rechtsweges durch die Fachgerichte erhoben werden, falls allein über verfassungsrechtliche Fragen zu entscheiden sei.

Damit sei eine Anrufung der Fachgerichte durch eine Feststellungsklage aber nicht ausgeschlossen (BVerfG Beschl. v. 19.11.2021 - 1BvR 781/21 u. a., Rn. 149).

In dem vorliegenden Fall ist nach Behauptung des Klägers nicht allein über verfassungsrechtliche Fragen zu entscheiden. Die Klage ist im Wesentlichen auf die Prüfung der tatsächlichen Behauptungen gerichtet, welche die Beklagte zur Begründung ihrer Vorgehensweise darzulegen hat.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seiner Entscheidung vom 19.11.2021 (1 BvR 781/21) bei Randnummer 103 die fragliche gesetzliche Regelung als selbstvollziehendes Gesetz, das ohne weiteren Vollzugsakt wirkt, bestimmt. Die weitere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 19.11.2021 (1 BvR 971/21) nimmt darauf bei Randnummer 40 nur noch Bezug.

Damit wird der Gesetzgeber aber nicht zur vollziehenden Gewalt im Sinne des Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG. Die Klage ist daher gegen den Bundesstaat im Sinne des Art. 20 Abs. 1 GG zu richten, welche die Staatsgewalt gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG durch die vollziehende Gewalt repräsentiert, also hier die Bundesregierung.

An die Stelle des Vollzugsaktes tritt die Strafandrohung als bereits formal unzulässiger Zwang (Handlungsdruck) in einem bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnis. Ob die Beklagte so vorgehen durfte, ist eine Frage der Begründetheit. Die Natur des Rechtsverhältnisses, in welchem die Beklagte als Verwaltung handelt, ist bürgerlich-rechtlicher Natur.

Abschrift anbei.

Robert Schulte-Frohlinde