

21.02.2022

1

Robert Schulte-Frohlinde
Telefon: 0176 - 80308277

Sorauer Straße 26 10997 Berlin

Per beA

Arbeitsgericht Berlin
Magdeburger Platz 1
10785 Berlin

Geschäftsz: 60 Ca 11979/21

In Sachen

des Herrn Rechtsanwalt Robert Schulte-Frohlinde,
Sorauer Straße 26, 10997 Berlin,
- sich selbst vertretend -

- Beschwerdeführer -

g e g e n

die **Bundesrepublik Deutschland**,
vertreten durch das Ministerium für Arbeit und Soziales,
Wilhelmstraße 49, 10117 Berlin,
dieses vertreten durch den Minister,
ebenda,

- Beschwerdegegnerin -

erhebe ich gegen den Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom
02.02.2022 zu Geschäftszeichen 60 Ca 11979/21 eine sofortige Beschwer-
de mit dem Antrag,

**den Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 02.02.2022
(60 Ca 11979/21) abzuändern und für die Klage und die Zwischenfeststellungsklage die Zulässigkeit des Rechtswegs zu den
Arbeitsgerichten auszusprechen.**

Beschwerdewert: 892,50 Euro.

Es wird gebeten, dem Beschwerdeführer gegebenenfalls vor einer Entscheidung des Beschwerdegerichts Gelegenheit zu einer Stellungnahme zu der Entscheidung des Arbeitsgerichts zu geben, der Sache nicht abzuwehren.

Begründung:

I. Zulässigkeit

Der § 48 Abs. 1 ArbGG verweist auf § 17a GVG.

Gegen einen Beschluss, mit welchem ein Gericht gemäß § 17a Abs. 2 GVG die Unzulässigkeit des Rechtsweges ausspricht, soll gemäß § 17a Abs. 3 Satz 3 GVG eine sofortige Beschwerde nach den Vorschriften der jeweils anzuwendenden Verfahrensordnung gegeben sein.

Gemäß § 78 Abs. 1 Satz 1 ArbGG gelten hinsichtlich der Beschwerde gegen Entscheidungen der Arbeitsgerichte die für die Beschwerde gegen Entscheidungen der Amtsgerichte maßgebenden Vorschriften der Zivilprozessordnung entsprechend, also die § 567 f. ZPO. Damit gilt eine Notfrist von zwei Wochen gemäß § 596 Abs. 1 ZPO.

Der Beschluss des Arbeitsgerichts Berlin vom 02.02.2022 ist dem Beschwerdeführer am 08.01.2022 förmlich zugestellt worden. Die Frist ist gewahrt.

II. Verfahrensverlauf

Der Beschwerdeführer hatte mit Schriftsatz vom 28.11.2021 bei dem Arbeitsgericht Berlin eine Klage auf Feststellung erhoben, die durch Artikel I des ‚Gesetz zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite‘ vom 22.11.2021 in das Infektionsschutzgesetz eingefügten Regelungen des § 28b Abs. 1, 3, 4 u. 5 i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 11b u. 11d u. Abs. 2 IFSG seien in Bezug auf das Arbeitsverhältnis des Klägers rechtswidrig, soweit sie dem Kläger ein Betreten seiner Arbeitsstätte zur Erfüllung der Pflichten aus seinem Arbeitsvertrag nur bei Nachweis seiner Eigenschaft als getestete Person im Sinne des Gesetzes erlauben und den Arbeitgeber unter Androhung eines Bußgeldes von bis zu 25.000,00 Euro zur Überwachung anhalten.

Zur Begründung hat der Kläger vorgetragen, es handele sich bei § 28b Abs. 3 i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 11d IFSG um eine unzulässige öffentlich-rechtliche Ein-

griffsverwaltung durch ein bürgerlich-rechtliches Verhältnis und durch beide zur Überprüfung gestellte Normen werde ohne sachliche Rechtfertigung in einzelne, dort bezeichnete Grundrechte eingegriffen. Zudem verstosse die Regelung gegen die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG, da geimpfte Menschen ohne sachlichen Grund keiner Pflicht zur Vorlage eines negativen Test unterliegen, obwohl sie sich auch infizieren und andere Menschen anstecken können.

Mit einem Schriftsatz vom 07.12.2021 hatte der Kläger ergänzend zum Streitwert vorgetragen.

Mit Verfügung vom 06.12.2021 hat das Arbeitsgericht Berlin den Kläger darauf hingewiesen, die Parteien des Rechtsstreits stünden nicht in einem Arbeitsverhältnis zueinander, sondern die Regelungen des Infektionsschutzgesetzes würden auf die Durchführung eines Arbeitsverhältnisses des Klägers zu einer dritten Person einwirken. Daher scheine der Streitgegenstand öffentlich-rechtlicher Natur zu sein, weshalb der Rechtsweg in Bezug auf die streitgegenständlichen Regelungen nicht zu den Gerichten für Arbeitsachen, sondern zu der Verwaltungsgerichtsbarkeit führe.

Mit einem Schriftsatz vom 11.01.2022 hat der Kläger eine Zwischenfeststellungsklage auf die Feststellung erhoben, die Beklagte sei 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 Infektionsschutzgesetzes 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 sachliche Berechtigte.

Mit Verfügung vom 12.01.2022 hat das Arbeitsgericht Berlin einen Beratungstermin zur Frage des Rechtswegs auf den 02.02.2022 anberaumt, zu dem das Erscheinen der Parteien nicht erforderlich sei.

Mit Verfügung vom 12.01.2022 hat das Arbeitsgericht Berlin den Parteien eine Frist bis zum 31.01.2022 gesetzt, um sich abschließend zur Frage des betreffenden Rechtswegs zu äußern.

Mit Schriftsatz vom 12.01.2022 hat die Beklagte vorgetragen, die Klage sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Der Kläger stehe ersichtlich nicht in einem Arbeitsverhältnis zu der Beklagten, aus dem er Rechte und Pflichten gegenüber der Beklagten ableiten könne.

Mit Schriftsatz vom 26.01.2022 hat die Beklagte vorgetragen, die Zwischenfeststellungsklage des Klägers sei unzulässig, jedenfalls aber unbegründet. Eine Befugnis des Beklagten in Bezug auf ein Arbeitsverhältnis des Klägers an Stelle

des sachlich Berechtigten oder Verpflichteten sei nicht ersichtlich und somit auch keine Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes gemäß § 3 ArbGG.

Mit Beschluss ohne mündliche Verhandlung vom 02.02.2022 hat das Arbeitsgericht Berlin festgestellt, der Rechtsweg zu den Gerichten für Arbeitssachen sei unzulässig und hat den Rechtsstreit an das Verwaltungsgericht Berlin verwiesen. Eine Äußerung zu der Zwischenfeststellungsklage enthält der Beschluss nicht.

Zur Begründung führt das Arbeitsgericht Berlin darin aus, es liege keine Rechtsstreitigkeit zwischen einem Arbeitnehmer und einem Arbeitgeber im Sinne des § 2 Abs. 2 1 Nr. 3 ArbGG vor.

Auch eine Zuständigkeit gemäß § 3 ArbGG sei nicht gegeben. Diese Norm setze zwar kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten voraus. Die von dem Kläger behauptete Verdrängung des Arbeitgebers als sachlich Berechtigten in Bezug auf das Weisungsrecht kraft Gesetzes könnte also insoweit eine Zuständigkeit des Arbeitsgerichtes trotz des Fehlens eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Kläger und der Beklagten begründen.

Der § 3 ArbGG baue aber auf § 2 auf und setze daher in der Sache das Vorliegen eines bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreits voraus, der hier nicht gegeben sei. Nach der Argumentation des Klägers nehme die Beklagte durch hoheitliches Handeln im Punkte des Weisungsrechtes die Position des Arbeitgebers ein bzw. zwingt diesen zu einer bestimmten Ausübung des Weisungsrechtes innerhalb des Arbeitsverhältnisses. Dieses hoheitliche Handeln sei ebenso wie die grundrechtlichen Abwehrrechte, auf welche sich der Kläger beruft, öffentlich-rechtlicher Natur. In allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten sei aber gemäß § 40 VwGO die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bestimmt.

III. Begründetheit

1. Zwischenfeststellungsklage

Der Beschwerdeführer hatte mit Schriftsatz vom 07.12.2021 eine Zwischenfeststellungsklage erhoben.

Auf Grund des Schriftsatzes der Beschwerdegegnerin vom 12.01.2022 ist das behauptete Rechtsverhältnis, welches Gegenstand der Zwischenfeststellungsklage ist, streitig geworden. Eine Befugnis der Beschwerdegegnerin in Bezug auf das Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers anstelle des sachlich Berechtigten oder Verpflichteten sei nicht ersichtlich.

Bei der Entscheidung über die Zwischenfeststellungsklage handelt es sich um eine sogenannte sic-non Entscheidung, die jedenfalls durch das dafür zuständige

Arbeitsgericht getroffen werden muss, auch wenn die Zwischenfeststellungsklage im Ergebnis als unbegründet abgewiesen würde.

Die Feststellung der Unzulässigkeit des Rechtswegs und die Verweisung an das Verwaltungsgericht ist daher insoweit eine Rechtsverletzung.

Eine missbräuchliche Erhebung der Zwischenfeststellungsklage, also einen Missbrauch des Arbeitsprozessrechts zur Herbeiführen einer Zuständigkeit zur Entscheidung der Arbeitsgerichte über das hoheitliche Handeln der Beschwerdegegnerin in dem Arbeitsverhältnis, hat das Arbeitsgericht Berlin nicht festgestellt. Eine solche ist auch nicht gegeben. Ihre Feststellung würde zugleich einen missbräuchlichen Eingriff der Beschwerdegegnerin in das Arbeitsverhältnis bedeuten, der wiederum die Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für die Klage begründet.

2. Rechtsweg

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.

Die besondere Rechtswegzuweisung des § 68 IFSG ist nicht gegeben.

Bürgerliche Rechtsstreitigkeiten sind Rechtsstreite zwischen Bürgern, also zwischen Privaten auf der Ebene der Gleichordnung. Das bestimmt sich nach dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis.

Eine bürgerlich 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/Mathes/Prütting-Schlewing ArbGG 9. Aufl. 2017 zu § 2 Rn. 8).

Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich, wenn eine ausdrückliche Zuweisung des Rechtsweges durch den Gesetzgeber 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 Nr. 5 m. w. N).

Der Bundesgerichtshof hat mit Beschluss vom 06.10.2021 (XII AZR 35/21) in einem Verfahren zur Bestimmung der gerichtlichen Zuständigkeit entschieden, nicht das Familiengericht, sondern das Verwaltungsgericht sei für einen Unterlassungsanspruch gegen eine Schule wegen der von ihr durchgesetzten Corona-Maßnahmen zuständig, weil dieser Anspruch das Schulverhältnis als Rechtsverhältnis zwischen dem Schüler und einer öffentlichen, von einer Gebietskörperschaft getragenen Schule betreffe, deren Handeln der öffentlichen Gewalt zugeordnet wird (bei Rn. 7).

Im Umkehrschluss würde das bedeuten, falls eine Gebietskörperschaft (wie die Beschwerdegegnerin) durch hoheitliche Gewalt gegen eine Vertragspartei Maßnahmen mittelbar in einem privat-rechtlichen Verhältnis gegen die andere Vertragspartei durchsetzt, würde ein (behaupteter) Anspruch dieser anderen Vertragspartei auf Unterlassung oder Feststellung der Rechtswidrigkeit gegenüber der Gebietskörperschaft das Arbeitsverhältnis als Rechtsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und den Arbeitgeber betreffen, durch den die Gebietskörperschaft handelt, deren Handeln damit dem Privatrecht zuzuordnen ist, und damit den Rechtsweg bestimmen.

Das folgt nach Auffassung des Beschwerdeführers auch aus der Überlegung, welche rechtliche Folge die Nichtbeachtung der von der Beschwerdegegnerin gegen den Arbeitgeber gerichteten Strafandrohung durch den Beschwerdeführer haben würde, nämlich die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung mit Verlust der Erwerbsmöglichkeit und weiter die Nichterfüllung der zivilrechtlichen Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis und im Endeffekt die Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Der Beschwerdeführer will mit seiner Klage, entsprechend der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einem vorbeugendem Rechtsschutz gegen selbstvollziehende Gesetze, die Rechtswidrigkeit der Regelungen des § 28b Abs. 1 i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 11b IFSG sowie des § 28b Abs. 4 i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 11d IFSG feststellen lassen.

Unstreitig steht der Beschwerdeführer in einem Arbeitsverhältnis, auf welches diese gesetzlichen Regelungen Anwendung finden. Unstreitig handelt es sich dabei nicht um eine Regelung des Arbeitsschutzes im Sinne des § 2 Abs. 1 ArbSchG.

Die erste Regelung ist an den Beschwerdeführer gerichtet und enthält ein Verbot mit Strafandrohung und Erlaubnisvorbehalt.

Die zweite Regelung ist an den Arbeitgeber des Beschwerdeführers gerichtet, und enthält eine Strafandrohung gegen den Arbeitgeber, das an den Beschwerdeführer gerichtete Verbot mit seinem Direktionsrecht als Arbeitgeber gegen den Beschwerdeführer durchzusetzen.

Für einen effektiven Rechtsschutz muss der Beschwerdeführer also zugleich gegen die an seinen Arbeitgeber gerichtete Strafandrohung vorgehen.

Dazu müsste der Beschwerdeführer aus dem Arbeitsverhältnis gegen den Arbeitgeber vorgehen, um diesen zu zwingen, das an ihn gerichtete hoheitliche Gebot nicht zu beachten, in welchem Fall zwar die Zuständigkeit des Arbeitsgerichts im Urteilsverfahren gemäß § 2 Abs. 3 ArbGG ohne weiteres erkennbar vorläge, die Klage aber unzulässig wäre, weil auf einen Verstoss gegen ein Gesetz gerichtet.

Nach der vor dem Arbeitsgericht Berlin vertretenen Auffassung des Beschwerdeführers zeigt sich darin ein grundlegendes Problem des Vorgehens der Beschwerdegegnerin.

Gemäß Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG geht alle Staatsmacht vom Staatsvolk aus. Das heißt, die Beschwerdegegnerin kann die vollziehende Gewalt des Staatsvolkes im Sinne des Art. 1 Abs. 3 GG gegen einzelne Mitglieder des Staatsvolkes richten, aber nicht die ihm verliehene Macht durch Mitglieder des Staatsvolkes in zivilrechtlichen Beziehungen gegen andere Mitglieder des Staatsvolkes vollziehen, weil sie damit in die Grundlage der ihr verliehenen Macht eingreift und damit im Widerspruch Alu der Begründung der ihr verliehenen Macht handelt.

Dazu heißt es in Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG, die von dem Staatsvolk ausgehende Staatsgewalt werde in Wahlen und Abstimmung und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.

Das bedeutet, die Beschwerdegegnerin darf die ihr durch Wahl verliehene Gewalt nur durch besondere Organe der vollziehenden Gewalt ausüben. Dazu heißt es in Art. 33 Abs. 4 GG, die Ausübung hoheitlicher Gewalt sei als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen.

Das sagt die Beschwerdegegnerin in ihrer Internetseite zur Beamtenausbildung auch selbst: *„Nach dem Grundgesetz (Artikel 33 Abs. 4) ist die Ausübung hoheitlicher Befugnisse als ständige Aufgabe in der Regel (..) Beamten zu übertragen. Hintergrund dieser Regelung ist die besondere Pflichtenbindung dieser Personen. Sie wird vor allem dort verlangt, wo der Staat im Interesse der Allgemeinheit in Rechte und Pflichten des Einzelnen eingreifen muss, also bei der Ausübung des staatlichen Gewaltmonopols. Deshalb ist allgemein anerkannt, dass im Bereich der klassischen Eingriffsverwaltung (Polizei, Feuerwehr, Zoll- und Steuerverwaltung sowie Justizvollzug) grundsätzlich Beamte tätig sein müssen“.*

„Daraus wir - im Sinne eines entsprechenden Staatsvorbehaltes - gefolgert, dass öffentliche Gemeinwesen in der Bundesrepublik Verwaltungsprodukte mit hoheitlichem Charakter als ‚staatsspezifische Leistungen‘ regelmäßig selbst (und damit nicht in einer durch Private mediatisierten Form) zu erbringen haben“ (Wallerrath ‚Allgemeines Verwaltungsrecht‘ 2009, § 3 VI.1).

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).

„Die Unterscheidung zwischen den verschiedenen Erscheinungsformen des Verwaltungshandelns hat nicht nur beschreibende oder systematisierende Bedeutung, sondern entspricht einem durch unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen und Rechtsschutzformen vorgegebenen sachlichen Erfordernis. Die Form ist - ähnlich wie die Methodik - ‚Feind der Willkür‘. Sie liefert damit einen Ordnungsrahmen für die nähere rechtliche Beurteilung unterschiedlicher Ausprägungen des Verwaltungshandelns“ (Wallerrath ‚Allgemeines Verwaltungsrecht‘ 2009 § 3 I 1).

Das Arbeitsgericht Berlin ist der Auffassung, auch der § 3 ArbGG setze das Vorliegen eines bürgerlich-rechtlichen Rechtsstreits voraus, der hier aber nicht gegeben sei. Nach der Argumentation des Beschwerdeführers nehme die Beschwerdegegnerin durch hoheitliches Handeln im Punkte des Weisungsrechtes die Position des Arbeitgebers ein bzw. zwingt diesen zu einer bestimmten Ausübung des Weisungsrechtes innerhalb des Arbeitsverhältnisses. Dieses hoheitliche Handeln sei aber ebenso wie die grundrechtlichen Abwehrrechte, auf welche sich der Beschwerdeführer berufe, öffentlich-rechtlicher Natur. Und in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten sei gemäß § 40 VwGO die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte bestimmt.

Die Argumentation lautet also, weil die Beschwerdegegnerin hoheitlich handelt und der Beschwerdeführer sich auf grundrechtliche Abwehrrechte beruft, handele es sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit, auch wenn die Beschwerdegegnerin durch das bürgerlich-rechtliche Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers zu einem Dritten handelt. Entsprechend lautet das rechtliche Argument, welches die Beschwerdegegnerin in ihren Schriftsätzen vom 12. und vom 26.01.2022 vorträgt, sie stehe ersichtlich nicht in einem Arbeitsverhältnis zu dem Beschwerdeführer.

Die für den Rechtsweg entscheidende rechtliche Frage lautet dann aber, warum handelt die Beschwerdegegnerin durch Zwang gegen den Arbeitgeber und damit durch das Arbeitsverhältnis, wenn es sich um hoheitliches Handeln in Form der Eingriffsverwaltung gegen den Beschwerdeführer handeln soll und die Beschwerdegegnerin ersichtlich in keinem Arbeitsverhältnis zu dem Beschwerdeführer steht. Das hoheitliche Handeln der Beschwerdegegnerin gegen den Beschwerdeführer besteht bereits in Form der erstgenannten Regelung des § 28b Abs. 1 i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 11b IFSG, infolge dessen unter dem Gesichtspunkt hoheitlichen Handelns gar

keine Notwendigkeit für die Regelung des § 28b Abs. 4 i. V. m. § 73 Abs. 1a Nr. 11d IFSG besteht.

Der zusätzliche Effekt dieser Vorgehensweise ist die Erzeugung sozialen Drucks durch das bürgerlich-rechtliche Arbeitsverhältnis. Wie sich insbesondere aus § 9 KSchG ergibt, ist dieses Verhältnis nicht allein durch rechtliche Normen geprägt, sondern rechtlich anerkannt ein komplexes soziales Verhältnis von essentieller Bedeutung für die Lebensführung abhängig beschäftigter Personen.

Diese Wirkung ist dabei keine unbeabsichtigte Nebenfolge der Vorgehensweise der Beschwerdegegnerin, sondern deren erklärtes Ziel. Die Beschwerdegegnerin hat öffentlich erklärt, sie verfolge damit nicht nur die Durchsetzung der Testungen, sondern wolle den Beschwerdeführer (die nicht geimpften Personen) durch sozialen Druck mittels des Arbeitsverhältnisses dazu veranlassen, einer Impfung zuzustimmen. Das ist hier nicht streitgegenständlich, umfasst aber das streitgegenständliche Ziel, den Beschwerdeführer mittels Druck durch das Arbeitsverhältnis zu einem täglichen Test vor Betreten seiner Arbeitsstätte zu zwingen. Der Bundesminister für Arbeit und Soziales nur beispielsweise hat am 01.09.2021 auf der Internetseite des Ministerium öffentlich erklärt: *„Wir brauchen jetzt eine deutliche Steigerung der Impfquote. Die angelaufene vierte Welle kann nur durch mehr Impfungen gebrochen werden. Dazu müssen auch die Betriebe ihre Anstrengungen ausweiten, noch ungeimpfte Beschäftigte zu einer Schutzimpfung zu motivieren“*. Das wird vermutlich unstrittig bleiben. Dementsprechend ist geplant, diese Konstruktion auch zur Durchsetzung einer Impfpflicht zu verwenden, um diese nicht mittels des Verwaltungs-Vollstreckungsgesetzes gemäß § 11 VwVG mit einem einmaligen und verhältnismäßigem Zwangsgeld sowie anschließend mit unmittelbarem Zwang gemäß § 12 VwVG vollstrecken und damit nicht als Impfwang bezeichnen zu müssen.

Die Regelung ist also zum einen nicht notwendig und missbraucht zum anderen das bürgerlich-rechtliche Arbeitsverhältnis für die Eingriffsverwaltung gegen den Beschwerdeführer.

Die Vorstellung, weil die Beschwerdegegnerin durch das Arbeitsverhältnis hoheitlich handle, liege eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor, erfasst den Sachverhalt nicht vollständig.

Das Argument des Beschwerdeführers lautet, weil die Beschwerdegegnerin im Wege der Eingriffsverwaltung durch das Arbeitsverhältnis gegen den Beschwerdeführer handelt, handle es sich um eine bürgerlich-rechtliche Streitigkeit. Dem Arbeitsgericht obliegt die Entscheidung, ob die Beschwerdegegnerin in dem Arbeitsverhältnis des Beschwerdeführers mit einem Dritten so handeln darf.

Ich zitiere dazu noch einmal die eingangs wiederholte Kommentarliteratur.

Eine bürgerlich 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 (Germelmann/Mathes/Prütting-Schlewing ArbGG 9. Aufl. 2017 zu § 2 Rn. 8).

Nach Auffassung des Beschwerdeführers gilt das auch, wenn die Wirkung in dem Arbeitsverhältnis nicht lediglich ein Reflex einer allgemeinen Regelung ist, sondern gezielt (nur) gegen eine Seite eines bürgerlich-rechtlichen Vertragsverhältnis gerichtet wird, damit diese in dem Interesse der vollziehenden Gewalt in dem bürgerlich-rechtlichen Verhältnis den gewünschten Druck gegen die andere Seite des bürgerlich-rechtlichen Rechtsverhältnis ausüben muss. Damit bedient sich die Beschwerdegegnerin zur Erreichung ihrer hoheitlichen Ziele bürgerlich-rechtlicher Formen. Dass dies unzulässig ist, macht es nicht zu einem öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnis, sondern begründet im Gegenteil den Rechtsschutz vor den ordentlichen Gerichten.

Es handelt sich damit auch um eine Frage der Begründetheit der Klage vor den Arbeitsgerichten, die zugleich über den Rechtsweg entscheidet.

Mit freundlichen Grüßen,

Robert Schulte-Frohlinde
Rechtsanwalt