

Neunzehntes Göttinger Forum zum Arbeitsrecht: Pandemie und Arbeitsrecht – Was gilt, wenn nichts mehr geht?

von Wilke Buschmann

Übersicht

Tagungsbericht

Tagungsbericht

Mithilfe einer hybriden Umsetzung hieß der Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts e. V. in Kooperation mit dem Institut für Arbeitsrecht der Georg-August-Universität Göttingen anlässlich des neunzehnten Göttinger Forums zum Arbeitsrecht 83 Präsenz- und 20 Online-Gäste willkommen. Übergeordneter Gegenstand war die Frage nach dem Verhältnis zwischen »Pandemie und Arbeitsrecht – Was gilt, wenn nichts mehr geht?«. Mehrdimensional wurde dieser umfassenden Thematik durch einführende dogmatisch-juristische Vorträge, einer internationalen Vergleichsziehung mit Österreich und den Niederlanden sowie abschließend mit Erfahrungsberichten von Sozialpartnern und Vertretern der betrieblichen Praxis nachgegangen.

Begrüßt wurden die Gäste aus Wissenschaft, Wirtschaft und Justiz von Prof. Dr. Hansjörg Otto (Göttingen), der eingangs die kontrovers diskutierte BAG-Entscheidung¹ zum Lohnanspruch einer Minijobberin für die Zeit der behördlich angeordneten Schließungsverfügung skizzierte.

Einleitend steckte Prof. Dr. Thomas Mann (Göttingen) unter der Überschrift »Betrieb und Arbeitsverhältnis im Fokus der Gefahrenabwehr – Was ist verboten und was dürfen die zuständigen Behörden?« den rechtlichen Rahmen behördlichen Handelns in der Covid-19 Pandemie ab. Im Hinblick auf die Einschränkungen der Berufsfreiheit der Betroffenen nach Art. 12 GG müsse laut Mann konsequent das verfassungsrechtliche Korrektiv des Verhältnismäßigkeitsprinzips wirken, indem der Gesetzgeber seiner ständigen Beobachtungs- und Evaluationspflicht nachkomme. Im Rahmen der Entschädigungsmöglichkeiten der Betriebe erörterte Mann die primär einschlägigen Anspruchsnormen §§ 56, 65 IfSG, ehe er in seinen Schlussworten einen erneuten Lockdown als verfassungsrechtlich schwierig bezeichnete.

Anschließend lenkte Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, LL.M. (Harvard) (Mannheim) den Fokus auf »Die Reaktion des Arbeitsrechts auf pandemiebedingte Störungen«. Das bereits erwähnte BAG-Urteil hielt Fischinger für »untragbar« und prognostizierte zukünftige enorme Abgrenzungsprobleme, sofern das BAG auch bei sozialversi-

1 BAG v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21.

cherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnissen an dieser Risikoverteilung festhalte. Ferner ging er der Frage nach, ob ein gesunder Arbeitnehmer, der eine vierzehntägige Absonderungsanordnung erhalte, weiterhin Lohnansprüche gegen den Arbeitgeber habe. Als problematisch stufte *Fischinger* im Rahmen des § 616 BGB die Formulierung »verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit« ein, und umriss verschiedene Interpretationsmöglichkeiten. Offen ließ er am Ende seines Vortrags, ob der Arbeitgeber dem arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer den Vorwurf der Nichtimpfung machen dürfe und somit die Entgeltfortzahlung nach § 3 EFZG verweigern dürfe. Hierfür streite zwar die Berücksichtigung des Ausschlusses in § 56 Abs. 1 Satz 4 IfSG, wonach Entschädigungsansprüche bei Unterlassen einer gesundheitlich zumutbaren Schutzimpfung entfielen. Eine endgültige Positionierung wollte *Fischinger* in dieser Problematik indes nicht vornehmen.

In der anschließenden Diskussion unter Leitung von *Prof. Dr. Olaf Deinert* (Göttingen) argumentierte *Fischinger*, dass für den Zeitraum der pandemiebedingten Betriebschließung, in dem der Arbeitnehmer nicht arbeite und dennoch Kurzarbeitergeld erhalte, keine Urlaubsansprüche entstünden. Eine Analogie zu den fortlaufenden Urlaubsansprüchen während einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit verbiete sich, weil die Konstitution eines gesunden, aber in Kurzarbeit befindlichen Arbeitnehmers von der eines arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmers abweiche und somit keine vergleichbare Interessenlage einschlägig sei.

Nach einer einstündigen Mittagspause führte *Prof. Dr. Rüdiger Krause* (Göttingen) die gestärkten Teilnehmer und Referenten durch den zweiten Teil der Veranstaltung, der ganz im Sinne der nachbarschaftlichen Vergleichsziehung stand. Von *Krause* »mit einem Blick über die Alpen« vorgestellt, referierte *Dr. Wolfgang Kozak* (Arbeiterkammer Wien) – online zugeschaltet – zu den Wechselwirkungen von Pandemie und Arbeitsrecht in Österreich. Einleitend schilderte er den Fall einer pandemiebedingt vorzeitigen Beendigung eines »befristet auf das Saisonende der Wintersaison 2020« gültigen Arbeitsverhältnisses eines Seilbahnmitarbeiters, den der Oberste Gerichtshof zu entscheiden hatte.² Mangels genereller Umsetzung der Befristungsrichtlinie 1999/70/EG werde das Befristungsrecht in Österreich allein durch höchstrichterliche Judikatur geregelt, infolgedessen Schrifttum und Rechtsprechung bezüglich der einzelnen Voraussetzungen einer zulässigen Befristung durchaus divergieren würden. Entgegen der Literatur, die verlange, dass das zugrundeliegende Ereignis bereits bei Vertragsabschluss feststehe, ließ der OGH vorliegend eine objektive Feststellbarkeit des Ereignisses ausreichen. Die behördlich verfügte Betriebseinstellung sei mithin als Saisonende zu werten, demgemäß der Arbeitsvertrag durch Zeitablauf beendet sei. Kritikwürdig an dieser Entscheidung ist nach *Kozak* insbesondere die Überwälzung zusätzlicher Einsatzrisiken, die normalerweise durch den Arbeitgeber oder die Gemeinschaft zu tragen seien. Ein wesentlicher Unterschied der deutschen zur österreichischen Reaktion des Arbeitsrechts auf die Corona-Pandemie offenbare sich in § 1155 Abs. 3 ABGB, demzufolge der Arbeitgeber die

2 OGH v. 24.03.2021 – 9 OBA 118/20Y.

Arbeitnehmer bei angeordneter Betriebsschließung zum Pflichtverbrauch von Urlaubsansprüchen und Überstundenausgleich anweisen dürfe. Anders als in Deutschland gebe es in Österreich zudem keine Unterscheidung zwischen Quarantäne und Krankheit, sodass eine Positivtestung auf das Virus nicht zu einer Krankschreibung führe. Als große Unbekannte hat sich laut *Kozak* während der Pandemie das mobile Arbeiten präsentiert, das erst durch Sonderregelungen und Einzelvereinbarungen Einzug in den Arbeitsalltag der Österreicher erhalten habe. Zum Ausklang des Vortrags betonte *Kozak*, dass es in Österreich trotz der relativ geringen Impfquote von etwa 62 % noch keine Überlegungen hinsichtlich genereller oder branchenspezifischer Impfpflichten gebe.

Nach dem bergigen Ausflug in die österreichische Reaktion des Arbeitsrechts auf das Coronavirus widmete sich Rechtsanwältin *Friederike Juncker* (Arnsberg) dem eher »flacheren« Umgang der Niederlande mit der Pandemie. *Juncker* betonte, dass sich die niederländische Reaktion auf das Virus weniger durch Verbote als vielmehr durch Gebote auszeichne. Das niederländische Gesundheitsgesetz (»Wet publieke gezondheid«) kenne zudem für den Fall einer behördlich angeordneten Betriebsschließung keinen Anspruch auf Schadensersatz, weswegen vom 01.03.2020 bis zum 30.09.2021 die sog. »NOW«, eine unter bestimmten Voraussetzungen für die Arbeitgeber einschlägige staatliche Unterstützung für die Lohnkosten der Arbeitnehmer, Anwendung fand. Besondere Bedeutung komme in den Niederlanden neben dem Betriebsarzt, der etwaige Covid-19-Infektionen der Arbeitnehmer bestätigen müsse, auch dem »Arbodienst« zu. Dieser habe während der Pandemie den Arbeitgebern bei der Konkretisierung und Umsetzung der relativ unbestimmten rechtlichen Regelungen zu helfen. Anders als in Österreich sei das Home-Office in den Niederlanden bereits vor der Pandemie gängige Praxis und verbunden mit umfangreichen Arbeitsschutzverpflichtungen des Arbeitgebers, wie etwa dem Bereitstellen eines ergonomisch eingerichteten Arbeitsplatzes, gewesen. Aktuell sei zudem das »Arbeiten, wo ich will«-Gesetz in Vorbereitung, wodurch Arbeitnehmer ein Quasi-Recht auf Home-Office erhielten. Für Heiterkeit und aktive Mitarbeit sorgte ein von *Juncker* initiiertes Quiz mit praxisnahen Arbeitsrechtsfragen, die während der Pandemie in den Niederlanden eine Rolle spielten. Abschließend erörterte *Juncker* den aktuellen Standpunkt der niederländischen Datenschutzbehörde hinsichtlich der Verarbeitung von Testergebnissen sowie des Erfragens des Impfstatus. Als besondere persönliche Informationen unterlägen diese Sachverhalte dem Datenschutz. Der Arbeitgeber habe danach aktuell keine Handhabe zum Erlangen der Informationen.

Nach einer Kaffeepause stand der dritte und finale Abschnitt ganz im Zeichen der Praxis. Zunächst referierten *Petra Lindemann* (BAVC) und *Andreas Henniger* (IG BCE) zu den Regelungen der Sozialpartner der chemischen Industrie. Kennzeichnend für die Verhandlungen zwischen beiden Parteien sei ein von einem großen Vertrauensverhältnis geprägtes »offenes Visier« gewesen. Aus diesen Gesprächen hätten sich fortlaufend Corona-Vereinbarungen ergeben, die diverse Regelungen zum arbeitsrechtlichen Umgang mit der Pandemie enthielten. Im Fokus der Sozialpartner habe neben der akuten Liquiditätssicherung der Arbeitgeber die kurz- und mittelfristige Beschäftigungssicherung der Arbeitnehmer gestanden. Die Sozialpartner hätten diese Ziele unter anderem mit

verkürzten Ankündigungsfristen für Kurzarbeit, der Anordnungsmöglichkeit mobiler Arbeit sowie der Öffnung für das Vorziehen des Zukunftsbetrags verwirklicht.

Im Anschluss schilderte *Hermann Jens Ritzau* (Sartorius AG), Betriebsratsvorsitzender und Aufsichtsratsmitglied, unter dem Titel »Sartorius und die Pandemie« welche Gestaltungen auf betrieblicher Ebene erfolgten. Hier habe die Sartorius AG zeitnah eine unterschriftsreife Konzernbetriebsvereinbarung über Sofortmaßnahmen zur Begegnung der Corona-Pandemie erstellt. Aus diesem einheitlichen Rahmen heraus seien sodann die lokalen Betriebsvereinbarungen der Einzelgesellschaften des Konzerns entstanden. Elementarste Bestandteile der Konzernbetriebsvereinbarung seien Regelungen betreffend Kinderbetreuung, Schichtbetrieb, Arbeit im Home-Office, Quarantäne sowie Abbau von Gleitzeit und Urlaub gewesen, die *Ritzau* exemplarisch den Teilnehmenden präsentierte.

In der anschließenden von *Krause* geleiteten Fragerunde stellte *Ritzau* klar, dass aus der betrieblichen Perspektive ein flexibles Reagieren auf die Pandemie möglich und erforderlich gewesen sei. Mit den Worten *Hennigers* (»Not kennt kein Gebot.«) und *Lindemanns* (»Es muss auch mal unjuristisch gehen.«) zeigte sich der Konsens der drei Referenten, dass eine schnelle Lösung in der Pandemie höchstes Gebot gewesen sei.

Eindrucksvolle Schlussworte des neunzehnten Göttinger Forums zum Arbeitsrecht fand *Lindemann*, die nach einer kurzen Rekapitulation der Themenschwerpunkte betonte, dass die Corona-Pandemie nicht zu Ende sei und das Arbeitsrecht weiterhin beschäftigen werde, wenngleich sie der Hoffnung Ausdruck verlieh, dass der Höhepunkt des Pandemiegeschehens überschritten sei. Mit einem terminlichen Ausblick auf das zwanzigste Göttinger Forum zum Arbeitsrecht am 27.10.2022 wurde die Veranstaltung beendet.