

Begrüßungsrede (Auszug)

Prof. Dr. Hansjörg Otto

Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen und Vorsitzender des Fördervereins

Pandemie und Arbeitsrecht - Was gilt, wenn nichts mehr geht?

Sehr geehrte Damen und Herren!

Ich begrüße Sie von ganzem Herzen, und zwar als Vorsitzender des Fördervereins, zugleich im Namen von **Dr. Klaus-Peter Stiller**, Hauptgeschäftsführer des BAVC, sowie im Namen meiner Kollegen **Rüdiger Krause und Olaf Deinert vom Institut für Arbeitsrecht**. Herr Stiller, zugleich stellvertretender Vorsitzender des Fördervereins, ist heute leider verhindert und wird durch die Geschäftsführerin des BAVC **Petra Lindemann** vertreten.

I. Der Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts e. V. dankt als Veranstalter sehr herzlich den im Flyer genannten **Kooperationspartnern und Sponsoren** für die **Unterstützung des Forums**.

II. Erfreulicherweise ist in diesem Jahr die **Durchführung der Veranstaltung trotz Corona** leichter geworden. Wir sind froh darüber, dass wir im Vorjahr unsere Veranstaltung zum Thema Weiterbildung mit rund 70 Teilnehmern Ende Oktober noch durchgezogen haben. Wir hatten alles getan, um die Risiken zu minimieren. Wir waren in einen sehr viel größeren Raum als sonst umgezogen. Für mehrere Referenten hatten bereits seit Kurzem betriebliche Reiseverbote gegolten. Insoweit musste eine anspruchsvolle Übertragung per Internet gewährleistet sein. Das erforderte wiederum eine kostentreibende, qualitativ hochwertige Medientechnik, die den finanziellen Rahmen eigentlich sprengt. Dennoch war und ist der Vorstand des Fördervereins einmütig der Meinung gewesen, dass wir unseren persönlichen Kontakt zu den Teilnehmern nicht abbrechen sollten. Deshalb hatte unser Flyer den Aufkleber „**Wissenschaft trotz(t) CORONA**“ getragen. Auch in diesem Jahr trifft uns nun doch noch Corona. Am Montag hat unser Referent aus Wien, Herr **Dr. Wolfgang Kozak**, seine Anreise ausgeschlossen, weil seine Frau erkrankt sei. Dank unserer Vorbereitung bereitet seine Mitwirkung über das Internet keine Probleme.

III. Nun zu unserer heutigen Aufgabe. Wir, d.h. Verein und Institut für Arbeitsrecht, freuen uns sehr über Ihr Kommen. Angemeldet haben sich einschließlich der Hauptakteure rund **80 Teilnehmer**, zusätzlich 20 Personen für das Streaming.

Erschienen sind wieder Personen aus den unterschiedlichsten Arbeitsfeldern. Die Teilnehmer kommen aus dem ganzen Bundesgebiet. Insofern hat die Veranstaltung

erfreulicherweise überregionales Interesse gefunden, wobei die räumliche Nähe natürlich auch ins Gewicht fällt. Besonders auffällig ist in diesem Jahr wieder, dass die Teilnehmer aus ganz unterschiedlichen Branchen stammen, also nicht nur aus dem Bereich Chemie. Wir verdanken dies sicher auch der Bandbreite unserer Förderer.

IV. Mit der Themenwahl konnten wir kaum aktueller sein. Wir haben vor einem Jahr zwar darauf gehofft, dass die Pandemie wirksam bekämpft ist, aber damit gerechnet, dass die voraussehbaren rechtlichen Auseinandersetzungen auf dem Gebiet des Arbeitsrechts erst in diesem Jahr das BAG erreichen. Pünktlich zu unserer Veranstaltung hat das **BAG am 13.10.2021 (5 AZR 211/21)** geliefert. Eine Punktlandung der Veranstalter. In seinem ersten Corona-Urteil hat es entschieden, dass der Arbeitgeber entgegen der Einschätzung wohl auch des BAMS und des Nds. LAG nicht das Lohnrisiko pandemiebedingter behördlicher Betriebsschließungen trägt. Es ist sehr bemerkenswert, dass das BAG nicht an den Staatstrauerfall angeknüpft hat. Nach dem Urteil des 5. Senats vom 30.05.1963 (5 AZR 282/62), AP Nr. 15 zu § 615 BGB Betriebsrisiko), sollte der Arbeitgeber das Risiko des staatlichen Verbotes des Auftritts einer Tanzkapelle tragen. Man muss allerdings hinzufügen, dass davon nur wenige Arbeitnehmer des Arbeitgebers und nur für vier Tage betroffen waren. Maßgeblich ist jedenfalls nicht die staatliche Entscheidung gegen den Arbeitgeber, sondern deren Ursache. Jetzt hat das BAG zutreffend den Begriff „**Risiko des Arbeitsausfalls**“ i.S. des § 615 Satz 3 BGB eigenständig, man könnte auch sagen, klassisch dogmatisch, ausgelegt. Der **Verantwortungsbereich des Arbeitgebers** ist jedenfalls von einer solchen Pandemiedimension nicht mehr betroffen (zum Problem *Staudinger/Otto* ([2004] § 326 BGB Rn. C34 a.E.). Mit Verantwortung ist nicht gemeint, dass der Arbeitgeber die Ursache für den Arbeitsausfall gesetzt hat, sondern dass er ihm die nachteiligen Folgen für den Arbeitnehmer zugerechnet werden können.

Minijobber gehen daher mangels eines Anspruchs auf Kurzarbeitergeld leer aus. Das BAG hat keine ausfüllbare Gesetzeslücke gesehen, um dann mit dem Gedanken der Gleichbehandlung oder dem Sozialstaatsprinzip zu operieren. Ich habe allerdings noch die Frage, ob der Arbeitgeber nicht aufgrund von § 56 des Infektionsschutzgesetzes die Vergütung der Minijobber ersetzt verlangen könnte, falls er sie gezahlt hat. Vielleicht könnten die Minijobber den Anspruch auch eigenständig geltend machen, obwohl sie nicht unmittelbar Adressat des Verwaltungsaktes, des Lockdowns, sind. Dazu geben die folgenden Referate vielleicht eine klare Antwort.

V. Wenn wir die Rechtsfolgen der Pandemie für das Arbeitsleben auf den Prüfstand stellen, ist der Fokus zunächst auf den durch Art. 2 Abs. 2 GG geforderten Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit, auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete

Freiheit der Berufsausübung für Arbeitgeber und Arbeitnehmer sowie die **allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)** gerichtet. Sodann geht es um die **Verteilung der wirtschaftlichen Risiken zwischen Arbeitgeber, Arbeitnehmer und den sozialen Schutzsystemen**. Hier ist nicht nur an das **Sozialrecht** (Krankenversicherung und Kurzarbeitergeld) zu denken, sondern gerade auch an **Entschädigungen aufgrund von § 56 des Infektionsschutzgesetzes**.

Wir haben uns für unser Forum von Anfang an durch die im Flyer **formulierten Leitfragen um eine Konkretisierung bemüht**.

- Welche betrieblichen Tätigkeiten sind pandemiebedingt verboten? Dürfen die zuständigen Behörden die Fortführung des Betriebs untersagen? Welche Bedeutung haben die einschlägigen Grundrechte? Gibt es hierfür Entschädigungsansprüche? Unter welchen Voraussetzungen dürfen bestimmte Tätigkeitsverbote ausgesprochen werden? Welche Rechtsschutzmöglichkeiten bestehen?

Dazu eine Anmerkung:

Ich finde es schon erstaunlich, wie sehr die Große Koalition und damit der Bundestag nicht nur auf bundesgesetzliche Regelungen, sondern auch auf ein abgestimmtes einheitliches Regelungsprogramm verzichtet hat, obwohl es sich um eine **epidemische Lage von nationaler Tragweite** handelt. Hoffentlich endet deren trotz steigender Infektionszahlen überraschend angekündigte Aufhebung nicht wieder in einem nationalen Flickenteppich. Das Bundesverfassungsgericht und die höheren Instanzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit haben nach meinem Eindruck recht zögerlich auf die Freiheitseinschränkungen reagiert. So hatten die Verfassungsrichter einen Eilantrag gegen die bayerische Ausgangsbeschränkung abgelehnt. Der Antrag war aber der erste, der wenigstens die Hürden für die Zulässigkeit genommen hatte (Beschl. v. 07.04.2020, Az. 1 BvR 755/20). Am 04.10.2021 hat der Bayerische VGH nun die Verhängung einer "vorläufigen Ausgangssperre" in Bayern im März und April 2020 für nicht rechtmäßig und damit unwirksam erklärt (Beschl. Az. 20 N 20.767). Das Bundesverfassungsgericht hat inzwischen allerdings viel „Kleinkram“ beiseite geräumt und will voraussichtlich noch im Oktober oder November 2021 über mehrere ausgewählte Hauptsacheverfahren zur "Bundesnotbremse" entscheiden. Nach vorläufiger Einschätzung des Senats bedarf es hierzu keiner mündlichen Verhandlung, deren Durchführung eine Entscheidung verzögern würde. Zur Vorbereitung wurden Sachverständige verschiedener Fachgebiete um Stellungnahme ersucht. **Mehr als 10.000 Verfahren**, schätzt der Deutsche Richterbund, seien allein 2020 bei den Verfassungs- und Verwaltungsgerichten

aufgelaufen, in vielen Fällen stünden jetzt die Urteile in der Hauptsache an (LTO-Online, 18.10.2021).

- Behält der Arbeitnehmer bei einem Verdachtsfall oder einem Quarantänefall seinen Entgeltanspruch? Spielt es eine Rolle, ob und welchen Risiken sich der Beschäftigte selbst ausgesetzt hat? Wann gibt es eine Entschädigung nach dem Infektionsschutzgesetz? Wie verteilt sich das Entgeltisiko bei pandemiebedingten Betriebsstörungen? Kann der Arbeitnehmer zum Homeoffice verpflichtet werden? Wer trägt das Beschäftigungsrisiko, wenn der Arbeitnehmer hierzu nicht verpflichtet ist? Welche Regelungen gelten, wenn sich Beschäftigte um unversorgte Kinder kümmern müssen?
- Gibt es eine **Impfpflicht** oder eine Impfbliedigkeit?

Dazu eine weitere **Anmerkung**: Am 29.12.2020 hatte unser Ministerpräsident *Stephan Weil* verlautbart: **keine Sonderrechte für Geimpfte!** Er stand damit nicht allein. Mein Kommentar im Göttinger Tageblatt: Politik im Blindflug. Damals gab es nicht einmal ausreichend Impfstoff. Gleichwohl sollte festgelegt werden, dass Geimpfte unbedingt genauso schlecht gestellt werden müssten wie Geimpfte, um einen mittelbaren Impfwang zu vermeiden. Damit stellte man die Rechtslage auf den Kopf. Wer wundert sich eigentlich, dass es nach solchen Erklärungen fast der gesamten Politik so viele Menschen gibt, die von einem Impfwang sprechen. Im Grunde gibt es inzwischen genügend durchschlagende Gründe für eine Impfpflicht. Dass man damit nicht alle erreichen würde, gilt für andere Normen auch. Deshalb haben wir uns auch bei dieser Veranstaltung für 2G entschieden. Schaut man sich in der Welt um, sieht man wie rigoros andere Länder vorgehen, um die zu schützen, die noch nicht geimpft sind oder die sich nicht impfen lassen können. **Italien** verlangt ab dem 15.10.2021 für die vergütete Tätigkeit von Arbeitnehmern, Beamten und Selbstständigen den „Grünen Pass“ mit einer strengen 3G-Regel (Tagesschau 08.29 Uhr). In den **USA** verhängen immer mehr **Bundesstaaten und Unternehmen** Impfpflichten (RND 05.10.2021, 5:00 Uhr), die USA Gesamtstaat geht mit den Streitkräften voran (FAZ-Net 09.08.2021-21:47 Uhr). Der **französische Verfassungsgerichtshof** hat eine Impfpflicht für das Gesundheitspersonal und die Ausweitung der Nachweispflicht gebilligt (LTO 05.08.2021).

- Wie kann der Arbeitsschutz im Betrieb bei einer Pandemie organisiert werden? Ich ergänze: Wie steht es z.B. um den Nachweis von Test oder Impfung bzw. um die Maskenpflicht? Das LAG Berlin-Brandenburg bestätigte vor 14 Tagen die Wirksamkeit einer **außerordentlichen Kündigung** eines brandenburgischen Lehrers, der die Pflicht zum Tragen eines Mund-Nasen-Schutzes abgelehnt hatte, weil diese eine Nötigung,

Kindesmissbrauch, ja sogar vorsätzliche Körperverletzung darstelle (Urt. v. 07.10.2021, Az. 10 Sa 867/21; LTO v. 08.10.2021).

VI. Dem derart umschriebenen Problemkreis widmen wir uns jeweils durch einleitende Vorträge und hoffentlich ausreichend Zeit für klärende und kritische Fragen und Stellungnahmen aus Ihrer Mitte.

1. **Mein Kollege Olaf Deinert übernimmt die Moderation am Vormittag. Es beginnt** unser Kollege **Prof. Dr. Thomas Mann, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht**, mit dem Thema **„Betrieb und Arbeitsverhältnis im Fokus der Gefahrenabwehr – Was ist verboten und was dürfen die zuständigen Behörden?“** Uns war es wichtig, auf der Arbeitgeberseite mit der Frage zu beginnen, inwieweit im Pandemiefall der „Staat“, präziser der Gesetz- oder Verordnungsgeber bzw. die zuständige Behörde in die Berufsfreiheit des Arbeitgebers eingreifen darf.
2. Danach beschreibt **Prof. Dr. Philipp S. Fischinger**, Universität Mannheim, **„Die Reaktion des Arbeitsrechts auf pandemiebedingte Störungen“**. Das Lohnrisiko ist schon erwähnt. In diesem Zusammenhang wird auch über das Sozialrecht, also insbesondere über das Kurzarbeitergeld zu sprechen sein. Dazu gehört ferner die **Frage nach den verhältnismäßigen Mitteln gegenüber den Arbeitnehmern: von der Maskenpflicht, über die Vorlage von Test- oder Impfzeugnissen bis zur Anordnung von Homeoffice**.
3. Nach dem Mittagessen wenden wir uns dann unter der Leitung meines Kollegen **Rüdiger Krause** zunächst unter dem Motto **„Was können wir lernen?“** ausländischen Lösungen zu. Inwieweit diese sich als Vorbilder erweisen, wird sich zeigen. Zunächst hören und sehen wir für *Österreich* **Dr. Wolfgang Kozak** von der Arbeiterkammer Wien als Streaming. Danach erläutert **Advocaat Friederike Juncker** von der Zöllner&Zöllner Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in Arnberg die Rechtslage in den **Niederlanden**. Arnberg ist schwer von dem Hochwasser der Ruhr Mitte Juli getroffen. Wir werden beide Vorträge jeweils direkt im Anschluss diskutieren, weil es nahe liegt, dass sich etwaige Nachfragen auf die jeweilige Rechtsordnung beziehen. Die genannten Zeiten für die Vorträge schließen also die Diskussion ein.
4. Im letzten Komplex werden wir uns mit **„Einschätzungen und Erfahrungen aus der Praxis“** beschäftigen. Dabei geht es bei den **Regelungen der Sozialpartner** zum einen um „normale“ Tarifverträge, zum anderen um einverständliche Ad-hoc-

Maßnahmen, schließlich um Appelle an den Gesetzgeber. Es berichten und diskutieren **Petra Lindemann**, Geschäftsführerin, BAVC, und **Andreas Henniger**, Abteilungsleiter Tarifrecht/Tarifgestaltung, IG BCE. Die Sozialpartnerschaft findet ihren eindrucksvollen Niederschlag in einer gemeinsamen Power-Point-Präsentation, in der sich auch die verschiedenen Abschnitte der staatlichen Maßnahmen widerspiegeln.

5. Für **Gestaltungen auf der betrieblichen Ebene** hatten wir auf beiden Seiten besondere Schwierigkeiten, jemanden im Raum Göttingen zu finden. Gleichsam in letzter Minute ist es mir gelungen, Herrn **Hermann Jens Ritzau**, Betriebsratsvorsitzender der Sartorius Lab Instruments GmbH & Co. KG in Göttingen und Mitglied des Aufsichtsrats der Sartorius AG, dafür zu gewinnen, zum Abschluss eine Konzernbetriebsvereinbarung vorzustellen.
6. **Das Schlusswort r hält Petra Lindemann (BAVC) anstelle von Herrn Stiller.**