

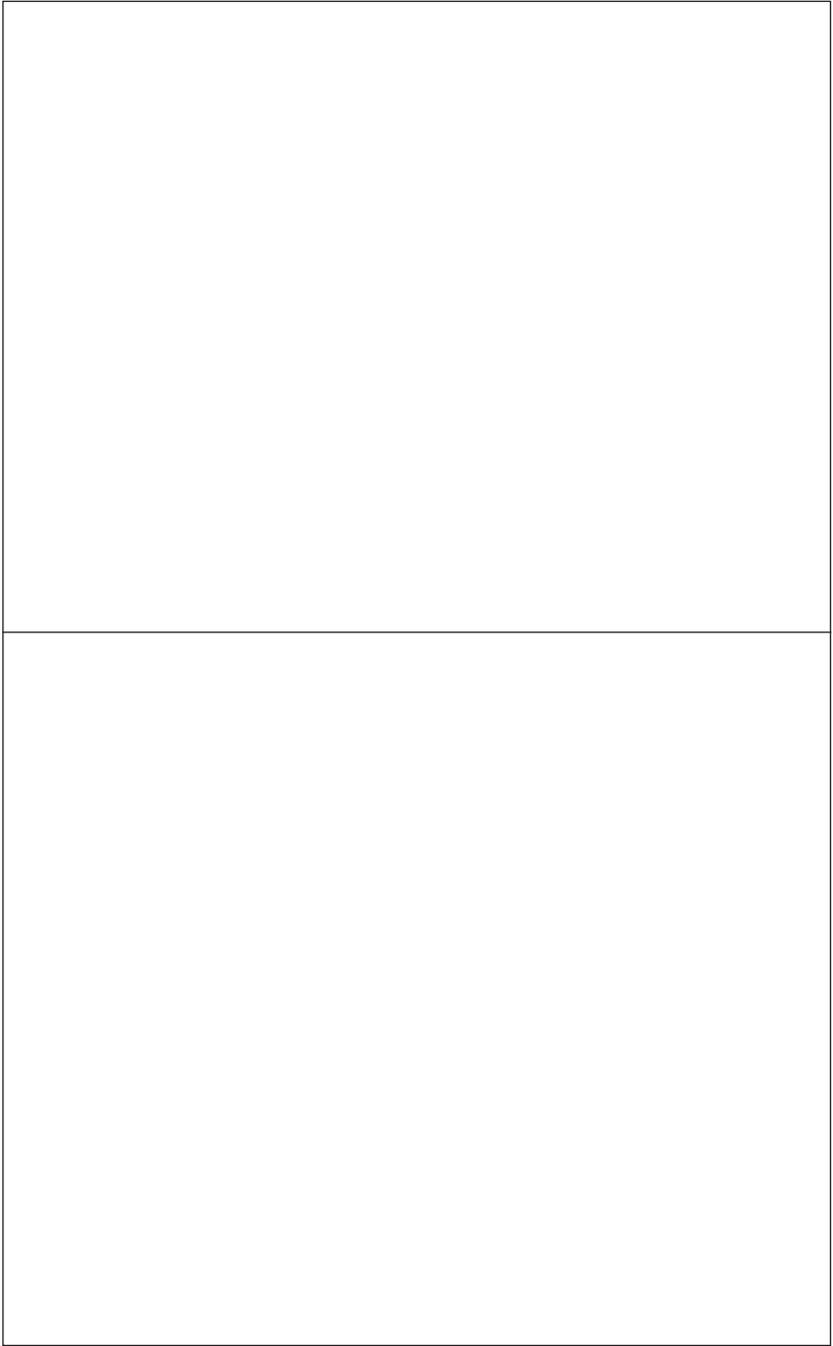
Nora Düwell | Inken Gallner
Karsten Haase | Martin Wolmerath (Hrsg.)

Auf dem Weg zu einem sozialen und inklusiven Rechtsstaat – Covid-19 als Herausforderung

Liber amicorum
Franz Josef Düwell



Nomos



Nora Düwell | Inken Gallner
Karsten Haase | Martin Wolmerath (Hrsg.)

Auf dem Weg zu einem sozialen und inklusiven Rechtsstaat – Covid-19 als Herausforderung

Liber amicorum
Franz Josef Düwell



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-7276-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-1284-2 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.



Vorwort

Vor zehn Jahren trat Prof. Franz Josef Düwell als Vorsitzender Richter des Neunten Senats des Bundesarbeitsgerichts in den Ruhestand. In dem Vorwort der anlässlich seines 65. Geburtstags veröffentlichten Festschrift wurde die Mutmaßung geäußert, er habe sicherlich zahlreiche Ideen für neue Projekte. Es erstaunt nicht, dass diese Annahme zutreffend war und ist. Bemerkenswert ist allerdings, in welchem Umfang der Jubilar weiterhin schreibt, kommentiert, lehrt, forscht und sich in vielerlei Hinsicht in die Gesellschaft einbringt. Eine bewundernswerte Mischung aus Disziplin, Konzentration, ein vielseitiges Interesse und vor allem eine stete Neugier, sich auch mit bislang unbekanntem Materien zu befassen, ermöglichen ihm seine Schaffenskraft. Woher er die Kraft nimmt, allein den körperlich anstrengenden Teil seines Pensums zu bewältigen, ist nicht zu ergründen. Beispielhaft sei erwähnt, dass er an einem Dienstagvormittag mit dem Zug von Weimar nach Travemünde fährt, während der Zugfahrt arbeitet, in Travemünde bis Mittwochmittag referiert, anschließend mit dem Zug zurückfährt, um bereits am nächsten Morgen wieder in Jena eine Einigungsstelle zu leiten. Es steht zu vermuten, dass ihm die Freude an der Materie, der Austausch mit Menschen, das Ringen um das richtige Ergebnis – sei es die Lösung eines (Rechts-)Problems oder die Vermittlung von Wissen – Kräfte verleiht, die anderen nicht gegeben sind.

Vielleicht hat es auch mit seiner Herkunft und seinem Werdegang zu tun. Franz Josef Düwell wurde am 28. Oktober 1946 als erster von zwei Söhnen in Dortmund geboren. Sein Vater war Bäckermeister, seine Mutter arbeitete in der Bäckerei als Verkäuferin. Es waren finanziell schwere Zeiten, man lebte beengt, es wurde viel gearbeitet. Franz Josef half bereits als kleiner Junge im Betrieb mit und behielt dies auch noch während des Studiums und Referendariats bei. Ihm, der bereits als Grundschüler bis nachts mit der Taschenlampe unter der Decke Karl May las, war früh klar, dass er nicht Bäcker werden wollte. Zunächst schwebte ihm ein Studium der Archäologie vor. Dass dies ein steiniger Weg werden sollte, merkte er, als er von der Grundschule auf das Staatliche Altsprachliche Gymnasium zu Dortmund wechselte. Waren bisher Kinder aus der Nachbarschaft der Hoesch-Werke seine Klassenkameraden gewesen, war er nun in einer Klasse mit Jungen aus akademischen Familien. Das war nicht leicht für ihn. Aber mit Beharrlichkeit setzte er sich durch und nahm nach zwei Jahren Dienst in der Bundeswehr schließlich 1968 ein Studium der Rechts- und

Staatswissenschaften sowie der Geschichte an der Westfälischen-Wilhelms-Universität Münster auf. Während seiner bis 1974 in Münster währenden Zeit engagierte Franz Josef Düwell sich in der Fachschaft und im Allgemeinen Studentenausschuss (AStA), dessen Vorsitzender er von 1971 bis 1972 war. In Münster vertiefte er sein Interesse an Politik und Geschichte. Hier trat er 1970 in die SPD ein. Motiviert durch seinen akademischen Lehrer Prof. Dr. Erich Küchenhoff engagierte er sich in der Sozialdemokratie. Noch heute nimmt er Anteil an den Aktivitäten der Arbeitsgemeinschaft der sozialdemokratischen Juristinnen und Juristen (ASJ).

Nach dem Referendariat, das Franz Josef Düwell u. a. auch an der Verwaltungshochschule Speyer absolvierte, wurde er 1977 zum Richter auf Probe ernannt. Nach Stationen bei den Arbeitsgerichten Bochum, Bielefeld, Gelsenkirchen wurde er zum Arbeitsgericht Herne versetzt. Dort wurde er 1980 zum Richter auf Lebenszeit ernannt. Von 1985 bis 1989 war er als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundesarbeitsgericht abgeordnet, 1991 erfolgte die Ernennung zum Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht Hamm. 1993 wurde Franz Josef Düwell zum Richter am Bundesarbeitsgericht gewählt. Er wurde als Beisitzer dem Fünften und dem Neunten Senat zugeteilt. Im Jahr 2001 erfolgte die Ernennung zum Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht. Durchgängig führte er im Neunten Senat den Vorsitz. Bis ins Jahr 2004 pendelte Franz Josef Düwell von Hamm, wo seine Ehefrau als Studienrätin arbeitete und seine Töchter zur Schule gingen, zunächst nach Kassel und ab 2000 nach Erfurt. Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang erneut seine Kräfte. Denn regelmäßiges Pendeln und zwei Wohnsitze zehren bekanntermaßen an den Kräften. Dennoch gelang es ihm, woher auch immer er diese Kraft nahm, trotz der Entfernung stets für seine Familie da zu sein. Egal, welches Problem bestand, er war erreichbar und kam, sollte es erforderlich sein, sofort nach Hause.

Der Stadt Hamm ist der Jubilar in besonderer Weise verbunden. Als er in der von dem Münsteraner Historiker Wilhelm Ribhegge verfassten Hammer Regionalgeschichte las, dass am Oberlandesgericht Hamm der in der Weimarer Republik prominente sozialdemokratische Schriftsteller Arnold Freymuth wirkte, suchte er den Kontakt zu dessen Biografen Otmar Jung und dem Verfasser der Hammer Regionalgeschichte. Mit beider Unterstützung und der reaktivierten Hammer ASJ gründete Franz Josef Düwell die „Arnold-Freymuth-Gesellschaft“. Die Gesellschaft erinnert an den von den Nazis in den Tod getriebenen Senatspräsidenten und widmet sich in ihren Veranstaltungen vor allem der Aufarbeitung der Justizgeschichte der Weimarer Republik und der nationalsozialistischen Gewaltherrschaft. Als sich in Mölln, Solingen und Hoyerswerda 1992 Brandstif-

tungen und fremdenfeindliche Straftaten ereigneten, zeigte sich, wie sehr Wegsehen moralisches Versagen ist und welche zerstörerischen Folgen es hervorruft. Dies erkannten auch viele Hammer Bürgerinnen und Bürger. Sie verstanden die Vereinsgründung als Aufruf zum zivilgesellschaftlichen Tätigwerden.

Franz Josef Düwell nahm auch aktiv am politischen Leben der Hammer Bürgerschaft teil. Zusammen mit der ehemaligen Oberbürgermeisterin Sabine Zech und dem Pfarrer Hans Gerd Nowoczin startete er 2011 ein Bürgerbegehren für den Erhalt des kommunalen Besitzes an den Stadtwerken. Das erfolgreiche Bürgerbegehren wurde vom Rat der Stadt abgelehnt. Der Jubilar ließ sich nicht entmutigen. Er initiierte einen Bürgerentscheid. Am 24. Juni 2011 stimmten 37.144 Stimmberechtigte ab, davon 29.465 für den Erhalt des kommunalen Besitzes. Das war der erste erfolgreiche Bürgerentscheid in Nordrhein-Westfalen.

Auch seiner Wahlheimat Thüringen ist Franz Josef Düwell schon lange rechtspolitisch verbunden. Hier gründete er 2005 in Erfurt - am Standort des Bundesarbeitsgerichts - zusammen mit Prof. Dr. Joachim Weyand und Michael Schultheiß, dem Thüringer Niederlassungsleiter der Friedrich-Ebert-Stiftung, das Erfurter Forum für Arbeits- und Sozialrecht (EFAS). Das Forum wendet sich an alle Bänke des Arbeits- und Sozialrechts. Daneben sind interessierte Laien eingeladen, sich zu informieren und mitzudiskutieren. Die Plattform sucht den rechtspolitischen Austausch zwischen Politik, Wissenschaft und Praxis. Sie will Meinungs- und Willensbildung durch Information und Argument erreichen.

Die vielfältigen Interessen von Franz Josef Düwell beschränken sich auch geografisch nicht alleine auf Deutschland. So entwickelte er schon früh eine Affinität für die Rechtsvergleichung zwischen dem japanischen und dem deutschen Arbeitsrecht. Es verwundert daher nicht, dass er „als Mann der ersten Stunde“ 1997 aktiv an der Gründung der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht e. V. (DJGA) mitwirkte. 2007 wurde er in deren Vorstand gewählt und 2016 zum Vorsitzenden. Es war und ist für Franz Josef Düwell selbstverständlich, sein rechtsvergleichendes Engagement auch mit praktischem Leben zu füllen, sei es 2009 als Gastprofessor an der Chuo Universität in Tokyo, sei es als Referent auf zahlreichen Vortragsreisen nach Japan (zuletzt 2019) oder im Rahmen regelmäßiger Veranstaltungen der DJGA. Dabei zeichnet es den Menschen Franz Josef Düwell aus, dass er in all den Jahren des steten Austausches mit japanischen Rechtswissenschaftlern auch enge Freundschaften schließen konnte.

Das rechtspolitische Engagement des Jubilars beschränkt sich nicht auf die Tätigkeit in der Arnold-Freymuth-Gesellschaft und im Erfurter Forum für Arbeits- und Sozialrecht. Das erkannte auch die Politik. Seit 20 Jah-

ren laden der Deutsche Bundestag und Landtage den Jubilar als Sachverständigen zu Anhörungen ein. Auf diese Weise konnte der Jubilar seine arbeitsrechtliche Expertise u.a. zu Fragen der Arbeitnehmerüberlassung, des Mindestlohns und des Behindertenrechts in die Gesetzgebung einbringen. Ein weiteres Tätigkeitsfeld des Jubilars ist die Herbeiführung des Ausgleichs widerstreitender Interessen durch die Übernahme des Vorsitzes in betriebsverfassungsrechtlichen und personalvertretungsrechtlichen Einigungsstellen. Zusätzlich wird er als Schlichter u. a. bei Arbeitskämpfen in Anspruch genommen. In Anerkennung dieses gesellschaftlichen Wirkens wurde Franz Josef Düwell 2017 das Bundesverdienstkreuz am Bande verliehen.

Die wissenschaftlichen Verdienste um das Arbeitsrecht lassen sich wegen seiner ausgeprägten Schaffenskraft nur im Überblick würdigen. Er wirkt an einer erheblichen Zahl von arbeitsrechtlichen Kommentaren mit und gibt sie heraus. Seine Monografien und Beiträge in Festschriften und Fachzeitschriften lassen sich für die Herausgeber nicht zählen. Besondere Schwerpunkte seines wissenschaftlichen Wirkens sind das Schwerbehindertenrecht, das Betriebsverfassungsrecht, das Mindestlohnrecht und das arbeitsgerichtliche Verfahren. Franz Josef Düwell gibt u. a. einen Großkommentar für das gesamte Arbeitsrecht und Kommentare zum SGB IX, zum Betriebsverfassungsgesetz, zum Mindestlohngesetz und zum Arbeitsgerichtsgesetz mit heraus. Er ist Mitherausgeber des *juris Praxisreports Arbeitsrecht (jurisPR-ArbR)* mit wöchentlichen Anmerkungen zu den wichtigsten aktuellen Entscheidungen und gesetzlichen Neuerungen zum Arbeitsrecht.

Das wissenschaftliche Werk von Franz Josef Düwell beschränkt sich nicht auf die Forschung. Die Lehre und der Kontakt mit Studierenden sind ihm wichtige Anliegen. Er ist seit 2010 Honorarprofessor an der Universität Konstanz. Seine Lehrtätigkeit umfasst nicht nur das Arbeitsrecht, sondern auch das Datenschutzrecht.

Neben all der fachlichen Kompetenz, die Franz Josef Düwell besitzt, zeichnet ihn aus, dass er in besonderem Maße begabt ist, Menschen zusammenzuführen. Er hat das Gespür, diejenigen zusammenzubringen, die gemeinsam einer Idee zur Umsetzung verhelfen. Er ist ehrlich in seinem Urteil, dabei stört es ihn auch nicht, wenn er bisweilen aneckt. Wenn man ihn etwas fragt, weiß man, dass die Antwort belastbar ist. Sein kritischer Geist macht ihn zu einer Bereicherung für jedes fachliche oder allgemeine Gespräch. Seine Warmherzigkeit und seine Empathie, die nicht nur seine Frau, seine zwei Töchter und seine Enkelkinder Paul, Sophie, Helene und „Fränzchen“ spüren, berühren.

Daher wünschen wir sowohl für das Arbeitsrecht und die Rechtspolitik als auch für die Familie und den Kreis seiner Freunde: „Ad multos annos, Franz Josef Düwell!“

Unser besonderer Dank gilt Dr. Martin Pohl, Werner Wirsing-Lüke, dem Seminarinstitut für Betriebsräte Qualitas, dem Institut für Weiterbildung Poko, Profis – Seminare für Betriebsräte, dem Interessenverband Deutscher Zeitarbeitsunternehmen e.V. (IGZ) und der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht e.V., die das Erscheinen dieses *Liber amicorum* durch ihre Unterstützung ermöglicht haben.

Die Herausgeber

Inhalt

Covid-19 als Herausforderung

Recht der Beschäftigung versus Pandemiebekämpfung oder
Der Corona-Virus kennt keinen Feierabend
– Gleichzeitig ein Beitrag zum Rechtsstaatsprinzip in Japan – 23
Heinrich Menkhaus

Absicherung der Beschäftigung und des Lebensunterhalts für
Beschäftigte, die ihre Familie betreuen
– Vereinbarkeit von Arbeit und Familie in der durch das
neuartige Corona-Virus verursachten Krise in Japan, Deutschland
und Südkorea – 45
Keiko Ogata

Der Lohnanspruch in Zeiten von COVID-19 69
Rolf Wank

Covid-19 und das BetrVG oder:
Wie ein Virus Online-Sitzungen von Betriebsräten möglich machte 93
Peter Wedde

Die Gesellschaft im Wandel

Characteristics of and Differences between the Way of Working in
Japan and Germany 113
Kobei Kiyono

Promotion of the Elderly's Employment in Japan:
Kashiwa-Model and the Subsequent Amendment of Laws 127
Naoki Matsumoto

Inhalt

Public Private Partnership: Segen oder Fluch – Rückblick und Konsequenzen <i>Ernst Mönnich</i>	141
Lieferketten-Compliance Neue Herausforderung für das Arbeitsrecht <i>Michael Johannes Pils</i>	161
„Society 5.0“ – Standort eines japanischen Gesellschaftsentwurfs <i>Martin Pobl</i>	187
Arbeitsrecht und Ökonomie – eine ziemlich enge, aber steigerungsfähige Verbindung <i>Hartmut Seifert</i>	207
Strukturelle Veränderungen in der japanischen Gesellschaft und im Arbeitsrecht <i>Hajime Wada</i>	217
Recht als Motor gesellschaftlicher Prozesse und Entwicklungen <i>Heinrich Weber-Grellet</i>	237
Franz Josef Düwell herzlich zum 75. Geburtstag und weiterhin "Gut Pfad!" <i>Erhard Roy Wiehn</i>	249
Eine Milieustudie: Vom Dortmunder Arbeiterkind zum Unternehmer, und wie mir die Rechtswissenschaft dabei half <i>Werner Wirsing-Lüke</i>	257
 <i>Digitalisierung der Arbeitswelt</i>	
Von der Telearbeit zum „digital workplace“ <i>Manfred Bobke-von Camen</i>	269

Die Auswirkungen von Digitalisierung und Globalisierung auf die Richtlinien 2002/14/EG (Informations- und Konsultation) und 2009/38/EG (Europäische Betriebsräte): 20 Thesen und rechtspolitische Forderungen <i>Thomas Klebe</i>	279
Digitalisierung der Arbeitswelt und arbeitsrechtliche Politik in Japan – Aktueller Stand und Herausforderungen <i>Yota Yamamoto</i>	285
 <i>Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz</i> 	
Der allgemeine verfassungsrechtliche Gleichheitssatz als Prüfungsmaßstab für Tarifverträge? <i>Tino Frieling und Matthias Jacobs</i>	305
Der diskriminierungsrechtliche Kündigungsschutz des (schwer-) behinderten oder einem solchen gleichgestellten Geschäftsführers einer GmbH nach dem AGG und dem SGB IX im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, des BGH und des BAG <i>Karsten Haase</i>	327
Der Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Vergütung in der reformierten Entsenderichtlinie 96/71/EG und seine Umsetzung in das AEntG <i>Wolfgang Hamann</i>	357
Mobbing am Arbeitsplatz in Deutschland und in der Schweiz – Bedarf es einer gesetzlichen Regelung zum Schutz vor Mobbing? <i>Clemens Höpfner</i>	379
Politische Diskriminierung und Privatrecht <i>Christian Picker</i>	409

Inhalt

Schwerbehinderung und Rehabilitation

Vom Arbeitskreis Automobil bis zum Bundesnetzwerk der Schwerbehindertenvertretungen. Ein Erfahrungsbericht <i>Alfons Adam</i>	439
Das Budget für Arbeit – Die Verkehrung von Regel und Ausnahme im SGB IX <i>Christoph Beyer</i>	449
Mitwirkungshandlungen im Disziplinarrecht bei schwerbehinderten Beamtinnen und Beamten <i>Nora Düwell</i>	457
Eingliederung von schwerbehinderten Menschen in der Polizei – Wie kann das gelingen? <i>Michael Karpf</i>	475
Stufenweise Wiedereingliederung zwischen Arbeitsrecht und Sozialrecht <i>Wolfhard Kohle</i>	493
Diskussionsstand zu angemessenen Vorkehrungen für Menschen mit Behinderungen in Japan <i>Hirofumi Konishi</i>	507
Der Anspruch der Schwerbehindertenvertretung auf Unterrichtung in Angelegenheiten der Schwerbehinderten <i>Wilhelm Mestwerdt</i>	535
Die Schwerbehindertenvertretung als Motor der Inklusion <i>Ute Neumann</i>	547
Der erfolglose schwerbehinderte oder diesem gleichgestellte behinderte Bewerber und der Anspruch auf Entschädigung nach § 15 Abs. 2 AGG <i>Anja Schlewing</i>	553

Arbeitszeit und Vergütung

Zum Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers bei wirksamer
Einführung von Kurzarbeit 595
Winfried Boecken

Ecken und Kanten des Arbeitszeitrechts 609
Inken Gallner

Betriebsrentenrecht und AGB-Recht 627
Gerhard Reinecke

Der lange Weg zu einer kurzen Arbeitszeit – Schutzlücken im
Teilzeitrecht und Möglichkeiten zu ihrer Beseitigung – 639
Jochen Sievers

Überstunden - trotz Arbeit kein Lohn? 659
Arno Tautphäus

Aspekte der Arbeitnehmerüberlassung

„Die Berechnung der 18-Monats-Frist nach § 1 Abs. 1b AÜG“ 679
Burkhard Boemke

Entwicklungen des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in Japan
– Vom Inkrafttreten im Jahre 1985 bis zur Einführung des „equal-
pay“-Grundsatzes im Jahre 2018 – 697
Yoko Hashimoto

Arbeitnehmerüberlassung in Japan
– Überblick und aktuelle Probleme 729
Kenji Takahashi

Arbeitnehmerüberlassung im gemeinnützigen Bereich 741
Gerhard Stiens

Inhalt

Qualitätssicherung von Arbeitnehmerüberlassung durch Ethik-Kodex sowie Kontakt- und Schlichtungsstelle 749

Werner Stolz

Kollektivrechtliche Fragestellungen

Tarifliche Schlichtung
– Zu den Anforderungen an einen guten Schlichter am Beispiel
Personalbemessung in Krankenhäusern 767

Nadine Absenger/Jens M. Schubert

Tarifpluralität im tarifdispositivem Recht? 793

Rudolf Buschmann

Zur Haftung des Betriebsrats 817

Hans Hanau

Betriebsratsarbeit auf Augenhöhe:
Hinweise *de lege lata*, Vorschläge *de lege ferenda* 833

Gregor Thüsing

Es ist an der Zeit
– Ansatzpunkte für eine Reform des Betriebsverfassungsgesetzes 845

Martin Wolmerath

Gerichte und ihre Akteure

Die Entwicklung der Fachanwaltsausbildung 865

Daniel von Bronewski

Bundesverfassungsgericht und Blindlings-Prinzip 871

Wulf Gravenhorst

Weimar, Weilheim, Wuppertal – Ein Lehrstück zur richterlichen Unabhängigkeit und Gesetzesbindung	877
<i>Hasso Lieber</i>	
Quo vadis, Arbeitsgerichtsbarkeit? Strukturfragen und anstehende Herausforderungen	907
<i>Holger Schrade</i>	
Der Vertrauensanwalt der Rechtsanwaltskammer Hamm	925
<i>Joachim Teubel</i>	
 <i>Politik und Gesetzgebung</i>	
Hass und Hetze im Internet. Das „Gesetz zur Bekämpfung des Rechtsextremismus und der Hasskriminalität“	933
<i>Volker Burgard</i>	
Arbeitsrecht in der 19. Legislaturperiode	941
<i>Anette Kramme</i>	
Auf dem Weg zu einer Aussöhnung mit Namibia	957
<i>Ruprecht Polenz</i>	
Der arbeitsrechtliche Konkurrenzschutz	965
<i>Torsten von Roetteken</i>	
Komplizierung durch Gesetzgebung im Arbeits- und Sozialrecht	981
<i>Raimund Waltermann</i>	
Arbeitsschutzkontrollgesetz – sachlich falsch und schwer zu rechtfertigen	999
<i>Roland Wolf</i>	

Inhalt

Deutschland und Europa

Die Revidierte Europäische Sozialcharta und ihre Auswirkungen auf
das deutsche Arbeitsrecht – Fortschritt unter Vorbehalt 1021

Claudia Schubert

Unionsrecht als Prüfungsmaßstab des Bundesverfassungsgerichts
nach den „Recht auf Vergessen“-Entscheidungen des Ersten Senats 1041

Eileen Deirdre Wolmerath

Die Zeit der Weimarer Republik

Warum „Weimarer“ Republik? 1069

Klaus Bepler

Die sozialen Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung 1095

Eberhard Eichenbofer

Die Arnold-Freymuth-Gesellschaft 1113

Klaus Engels und Philip Seel

Franz Kafka als Arbeits- und Sozialrechtler 1129

Ulrich Fischer

Zu guter Letzt

„DER Düwell?“ 1145

Reinhard Junge

Autorinnen und Autoren 1151

Covid-19 als Herausforderung

Recht der Beschäftigung versus Pandemiebekämpfung oder Der Corona-Virus kennt keinen Feierabend – Gleichzeitig ein Beitrag zum Rechtsstaatsprinzip in Japan –

Heinrich Menkhaus

I. Einleitung

Es ist dem Verfasser eine Ehre zur Festschrift von Franz-Josef Düwell beitragen zu können. Die Karriere des Jubilars gibt das Thema vor: Angesichts seiner Tätigkeit als Richter am Bundesarbeitsgericht, Kommentator des Arbeitsrechts, Berater in arbeitsrechtlichen Gesetzesvorhaben usw. kann es nur Arbeitsrecht sein. Es gilt aber auch seine langjährige Mitwirkung im Vorstand der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht, jetzt als Vorsitzender, zu würdigen. Damit gerät das japanische Arbeitsrecht ins Blickfeld. Sich mit dem Arbeitsrecht zu befassen, bedeutet, dass Recht des öffentlichen Dienstes mit im Auge zu behalten. Zusammengefasst wird das hier Recht der Beschäftigung genannt.

Angesichts der nunmehr seit mehr als einem Jahr andauernden Corona-Pandemie, soll das Recht der Beschäftigung in Japan mit diesem sehr aktuellen Vorgang verknüpft werden. Dabei geht es aber nicht um die oft behandelte Frage, wie der Arbeitnehmer oder der im öffentlichen Dienst Tätige vor den Folgen der Pandemie auf sein Beschäftigungsverhältnis geschützt werden kann, sondern genau umgekehrt um die, soweit ersichtlich, gar nicht behandelte Frage, ob nicht in Zeiten einer Pandemie verschärfte Anforderungen an Beschäftigte im Gesundheitswesen gestellt werden dürfen bzw. sogar müssen.

Für diese Frage sensibilisiert wurde der Verfasser durch die tägliche Statistik der Neuinfektionen in Japan. Diese weist keineswegs – abhängig von staatlichen Maßnahmen der Pandemiebekämpfung – linear steigende oder fallende Zahlen auf. Vielmehr fluktuieren die Zahlen der Neuinfektionen von Tag zu Tag. Auffällig ist, dass es jeweils ein Loch pro Woche in der Verlaufsstatistik gibt, in dem die Infektionszahlen erheblich niedriger liegen als an den anderen Tagen. Das ist der Sonntag und der Montag.

Der Grund ist das Wochenende, an dem nicht gearbeitet wird, und an dem folglich auch keine PCR¹-Tests durchgeführt, die Proben analysiert und die Ergebnisse der Analysen den Getesteten bzw. den für die Statistik verantwortlichen Stellen mitgeteilt werden und die Infizierten in die Quarantäne eingewiesen werden. Es wird also in Kauf genommen, dass Infizierte sich weiter in der Öffentlichkeit aufhalten und andere Personen anstecken.

Damit kollidiert das Recht der Beschäftigung mit dem verfassungsrechtlichen Erfordernis des Schutzes von Leben (Art. 13, 25 und 31) und körperlicher Unversehrtheit (Art. 25) der japanischen Verfassung². Das Problem ist, ob die Rechtsordnung das hinnehmen darf. Es stellen sich z.B. Fragen der Verlängerbarkeit der täglichen oder wöchentlichen Beschäftigungszeit, der Versagung oder Verschiebung von Urlaub, damit im Gesundheitswesen ein 24-Stunden Betrieb ohne Rücksicht auf Feierabend, Feiertage und Wochenende gewährleistet ist, der Unwirksamkeit von Kündigungen seitens der Beschäftigten, der Umsetzung bzw. Versetzung von Beschäftigten, des Zangeinsatzes bestimmter Berufsträger, die ihren Beruf gar nicht ausüben, obwohl sie es könnten, usw.

Hier soll nicht versucht werden, eine endgültige Antwort auf alle gestellten Fragen zu geben. Es sollen nur einige Überlegungen geboten werden, die bei einer Lösung der aufgeworfenen Problematik zu beachten sein dürften. Dabei stehen die sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden

1 Polymerase Chain Reaction.

2 日本国憲法 *nihonkoku kenpō*: Japanische Verfassung von 1946, auch MacArthur-Verfassung genannt. Die Anzahl der deutschsprachlichen Übersetzungen ist kaum noch zu übersehen, wobei oft unklar bleibt, von wem die Übersetzung stammt und ob sie direkt aus dem Japanischen gefertigt wurde, oder im Umweg über eine Drittsprache: Brorsen, Werner (Hg.): Die Verfassungen der Erde in deutscher Sprache nach dem jeweils neuesten Stande, 2. Lieferung. Mohr: Tübingen 1951 unter Japan; Tenbrock, Robert-Hermann (Hg.): Außerdeutsche Verfassungen, Band II. Ferdinand Schöningh: Paderborn 1962, S. 75-96; Röhl, Wilhelm: Die japanische Verfassung. Metzner: Köln 1963, S. 81-144; Zachert Herbert: Die japanische Verfassung vom 3. November 1946, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, Beilage zu Das Parlament, B 40-41 (1964), S. 13-23; Franz, Günther (Hg.): Staatsverfassungen. Eine Sammlung wichtiger Verfassungen der Vergangenheit und Gegenwart in Urtext und Übersetzung. 2. Aufl. Oldenbourg: München 1964, S. 542-557; Neumann, Reinhard: Änderung und Wandlung der japanischen Verfassung. Heymanns: Köln 1982, 185-204; Heuser, Robert/Yamazaki, Kazuaki: Verfassungsrecht (Kempō) von Miyazawa Toshiyoshi. Heymanns: Köln 1986, S. 297-312; Klein, Axel/Winkler, Chris: Analyse politischer Systeme. Japan. 2. Aufl. Wochenschauverlag: Schwalbach/Ts. 2012, S. 184-206.

Erfordernisse im Mittelpunkt der Überlegungen.³ Es wird zunächst auf die tatsächliche Corona-Situation in Japan eingegangen, um dann die bisherige rechtliche Bewältigung der Pandemie darzustellen. Auf dieser Basis kann die Ausgangsfrage behandelt werden.

II. Tatsachen

Im Zeitraum, in dem dieser Aufsatz verfasst wurde, im Frühjahr 2021, hielt die Pandemie in Japan schon mehr als ein Jahr an. Auch wenn die Zahl der Infizierten oder infolge der Infektion Verstorbenen – soweit man diesen Zahlen Vertrauen entgegenbringt – trotz größerer Bevölkerung erheblich geringer ist als in der Bundesrepublik Deutschland, kann keinesfalls von einer entspannten Situation die Rede sein. Vielmehr ist die Situation eher paradox. Die japanische Regierung hat trotz erneut steigender Infektionszahlen, die die vierte Welle zunehmender Erkrankungen kennzeichnen, das Ende der zweiten Notstandsphase, die vom 7. Januar bis zum 21. März 2021 andauerte, erklärt.

Der Staat hat im Verlauf der Pandemie Maßnahmen getroffen oder empfohlen, die das Zusammentreffen von Menschen unterbinden oder jedenfalls einschränken sollten. Dazu zählten die Schließung von Kindergärten, Schulen, Universitäten, Theatern, Kinos, Opernhäuser, Museen usw., eine nur begrenzte Öffnungszeit von Restaurants, die Absage von Veranstaltungen, die Beschäftigung von zuhause aus, das Tragen von Mund und Nase verdeckenden Masken, die Desinfektion von Gebrauchsgegenständen und Händen, die auf räumliche Trennung gerichtete Platzierung von Anwesenden in einem Raum, ihre Separierung durch Stellwände, die gute Durchlüftung von Räumen, die dem Aufenthalt von Personen dienen, das Führen von Anwesenheitslisten usw. Das gesamte Maßnahmenpaket kann hier nicht wiedergegeben werden, unterscheidet sich aber, soweit ersichtlich, kaum von Maßnahmen anderer Staaten.

3 Siehe zur Geltung des Rechtsstaatsprinzips in Japan, Menkhaus, Heinrich: Rechtsstaat Japan? Konstitutive Elemente und Gefährdungen, in: Yamaguchi, Karin/Wördemann, Raimund (Hg.): Länderbericht Japan. Bundeszentrale für politische Bildung; Bonn 2014, S. 221-236; ders.: Das japanische Rechtsstaatsverständnis, in: Rosenau, Henning/Kunig, Philip/Yildiz, Ali Kemal (Hg.): Rechtsstaat und Strafrecht. Deutsch-Japanisch-Türkisches Symposium zum Rechtsstaat. Mohr Siebeck: Tübingen 2020, S. 23-50.

Insgesamt wurde in Japan sehr schnell deutlich, dass die örtlich zuständigen Gesundheitsämter (保健所 *bokensho*)⁴ das Nadelöhr bildeten. Erst nachdem von Erkrankten aufgesuchte Hausärzte das Erfordernis eines PCR-Tests dem Gesundheitsamt signalisiert hatten, wurden diese Tests von den Gesundheitsämtern arrangiert und Infizierte wurden von dort in für die Aufnahme von Angesteckten ausgestatteten, d.h. über Quarantäne-Stationen verfügenden, und zur Aufnahme bereiten Krankenhäusern eingewiesen, oder in eigens für die Isolierung der Infizierten angemieteten Hotels untergebracht, oder der häuslichen Behandlung (自宅療養 *jitaku ryōyō*) anheimgegeben. Die Gesundheitsämter spielten auch eine zentrale Rolle innerhalb des eingerichteten Meldesystems, das durch eine elektronische Komponente namens HER-SYS⁵ verstärkt werden sollte, die aber erst nach Beginn der Pandemie zum Einsatz kam und die bei neuen Systemen üblichen Kinderkrankheiten aufwies und praktisch ohne Vorlauf und Schulung von den Betroffenen bedient werden sollte.

Die Schutzimpfung mit einem zugelassenen Serum hat gerade erst begonnen, nachdem die Zulassung im Februar 2021 ausgesprochen wurde. Weitere Impfstoffe sind bisher nicht zugelassen. Wieviele Dosen des Impfstoffs wann in Japan verfügbar sein werden und wann sie verabreicht werden können, ist bislang unklar. Ob die Impfstoffe die Wirkung einer weitgehenden Immunisierung haben, ab welchem Zeitpunkt nach der Impfung die Immunisierung gegebenenfalls eintritt, und wie lange sie vorhält, ist offen.

Ungeklärt ist nach wie vor auch die Frage, ob die Infektion selbst eine immunisierende Wirkung hervorruft. Es ist deshalb unklar, wie mit den Infizierten zu verfahren ist, die für eine Zeit Krankheitssymptome aufwiesen und behandelt wurden, dann aber wegen Abklingens der Symptome die Quarantäne verließen. Es fragt sich, ob nicht wiederholte PCR- oder Antikörper-Tests sowie eine Impfung mit dem zugelassenen Serum erfor-

4 Einrichtung und Aufgaben der Gesundheitsämter richten sich nach dem 地域保健法 *chiiki hoken hō*: Gesetz über die regionale Gesundheitspflege, Gesetz Nr. 101/1947, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 79/2018; eine deutschsprachige Übersetzung ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden. Im Jahre 2020 gab es 469 dieser Einrichtungen.

5 Health Center Real Time Information Sharing System on Covid 19, siehe dazu die internet HP des japanischen Ministeriums für Wohlfahrt und Arbeit 新型コロナウイルス感染者等情報把握・管理支援システム(HER-SYS) : Health Center Real-time information-sharing System on COVID-19 (新型コロナウイルス感染症) | 厚生労働省 (mhlw.go.jp).

derlich sind, bzw. ob diese Personen sich in der Öffentlichkeit bewegen dürfen.

Noch im Teststadium ist auch die Frage, ob und wenn ja, mit welchen Arzneimitteln die Symptome der Infektion wirksam behandelt werden können. Beatmungsgeräte und Herz-Lungen-Maschinen sind in den mit Quarantäne-Stationen ausgestatteten und aufnahmewilligen Krankenhäusern nur in beschränktem Umfang verfügbar. Verschärft wird die Situation durch auftretende Mutationen des ursprünglichen Virus. Sie sind mit dem normalen PCR-Test nicht zu erkennen und bedürfen mindestens eines weiteren Tests, dessen Analyse viel länger dauert.

Derweil wird der Mangel an Ärzten, Krankenpflegern, Apothekern und Personen mit anderen für ein funktionierendes Gesundheitswesen nötigen Qualifikationen, offen beklagt.

Insbesondere Krankenpfleger haben ihre Beschäftigungsverhältnisse aus Angst vor eigener Ansteckung und Weiterübertragung des Virus auf Familienangehörige gekündigt. Ihre Interessenvertretung, bei der nur ein Bruchteil der Berufsträger Mitglied ist, versucht die nicht im Einsatz Befindlichen zu ermitteln und sie um Aufnahme oder Wiederaufnahme ihrer Tätigkeit zu überreden. Da sich das bisher nicht als erfolgreich erwiesen hat, ist es zu weitreichenden Umsetzungen in Krankenhäusern gekommen. Routineuntersuchungen von Kleinkindern und Vorsorgeuntersuchungen, etwa für Krebs, sind reduziert oder verschoben worden, terminierte Operationen wurden abgesagt, weil die verfügbaren Beschäftigten bei der Pandemiebekämpfung zum Einsatz kommen.

Mehrfach sind die Sanitätsdienste der Selbstverteidigungsstreitkräfte (das japanische Militär) zum Einsatz in besonders betroffenen Gebieten abkommandiert worden. Die Beatmungsgeräte und Herz-Lungen-Maschinen können nur von geschultem Personal bedient werden. Dazu haben die Ärztevereinigungen Schulungskurse eingerichtet, die von Ärzten und Technikern mit entsprechender Fachkenntnis bestritten werden. Für die anstehenden Impfaktionen fehlen Ärzte und Krankenpfleger, weil nur diese Impfstoffe verabreichen dürfen.

Will der Staat in dieser Situation die Pandemie bekämpfen, ist sein Handlungsspielraum sehr beschränkt: Er muss Neuinfektionen verhindern. Das geht nur mit einem weitgespannten und schnell agierenden PCR-Test-Netzwerk, die sofortige Isolation der Infizierten und die Verhinderung des Zusammentreffens von Menschen.

III. Rechtliche Bewältigung

Die bisherige rechtliche Bewältigung der Pandemie ist am Besten anhand der juristischen Fachterminologie aus dem Polizei- und Ordnungsrecht zu erklären. Dabei beschränkt sich der Aufsatz auf die Analyse der spezialgesetzlichen Grundlagen für Virusepidemien. Eine Erörterung der Eingriffsmöglichkeiten im Allgemeinen Katastrophenrecht und im Allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht würde den hier zur Verfügung stehenden Raum sprengen.

1. Verhaltensstörer

Zum Schutz des Gefährdeten ist es relativ einfach nachvollziehbar, wenn der Staat gegen den Gefährdenden, also denjenigen vorgeht, der Träger des Virus ist und damit noch nicht Infizierte anzustecken vermag. Dazu kommt derjenige, der in Verdacht steht, Träger des Virus zu sein, weil er durch den Virus in der Regel hervorgerufene Symptome aufweist, oder mit Infizierten in Berührung kam (Störer in Form des Verhaltensstörers).

Äußern sich die Symptome der Infektion, wird aber in der Regel ein erhebliches Eigeninteresse des Infizierten an medizinischer Behandlung und Heilung bestehen. Man könnte deshalb meinen, auf Verpflichtungen verzichten zu können. Es darf aber nicht vergessen werden, dass sich die Infektion mitunter nicht durch Symptome bemerkbar macht, mit weniger schweren Erkrankungen vergleichbare Symptome auftreten, es Personen gibt, die ihre Infektion nicht ernst nehmen, usw.

Für die rechtliche Bewältigung der Störer ist das Gesetz zur Vorbeugung gegen Infektionen und zur medizinischen Behandlung von Infizierten⁶ im Einsatz. Art. 45 Abs. 1 des Gesetzes sieht eine Empfehlung (勧告 *kankoku*), sich untersuchen zu lassen, gegenüber Personen mit Symptomen oder Personen, die aus anderen Gründen im Verdacht stehen, sich infiziert zu haben, vor. Folgt die Person der Empfehlung nicht, kommt es zur Anwendung des Art. 45 Abs. 2 des genannten Gesetzes. Dessen Formulierung ist nicht klar. Dort ist nicht von einer Anordnung die Rede, der bei Nichtbefolgung der verwaltungsrechtliche Zwang folgt, etwa die Zwangs-

6 感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律 *kansenshō no yobō oyobi kansenshō no kanja ni tai suru iryō ni kan suru hōritsu*), Gesetz Nr. 114/1998, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 5/2021; eine deutschsprachige Übersetzung ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

vorführung verbunden mit der Verfügung, die Untersuchung zu dulden. Die unklare Formulierung geht wohl darauf zurück, dass in Japan kein abschließend normiertes Verwaltungsvollstreckungsrecht⁷ existiert, sondern die Nichtbefolgung eines behördlichen Gebotes eher andere Sanktionen zeitigt, die zum Teil gesetzlich nicht geregelt sind, wie etwa die Veröffentlichung der Namen der sich nicht konform Verhaltenden, die staatliche Einwirkung auf Unternehmensverbände, bestimmte Mitglieder zum richtigen Verhalten zu veranlassen oder zu benachteiligen, oder aber gesetzlich normiert sind, wie etwa das Bußgeld u.a..

In Art. 46 Abs. 1 folgt die Empfehlung gegenüber Infizierten, sich in Behandlung zu begeben. Dazu hat er grundsätzlich zehn Tage Zeit, eine Frist, die freilich verkürzt werden kann. Folgt der Infizierte dieser Empfehlung nicht, kann er gem. Art. 46 Abs. 2 zwangsweise ins Krankenhaus verbracht werden (入院させることができる *nyūin saseru koto ga dekiru*). Abgesehen davon, dass es nicht notwendig zu einer Einweisung ins Krankenhaus kommt, bleibt wieder offen, wie diese Maßnahme rechtlich abgewickelt wird. In Art. 80 des Gesetzes – das folgt aus der Änderung der Vorschrift im Februar 2021 – ist die Nichtbefolgung der Empfehlung, sich behandeln zu lassen, aber mit einer Sanktion, nämlich Bußgeld (過料 *karyō*) bewährt worden.

2. Nicht-Störer

Eine Rechtsgrundlage für ein Vorgehen gegen den Nicht-Infizierten (Nicht-Störer) ist nicht zu erkennen. Zum Schutz des Nicht-Infizierten sind Eingriffe in seinen persönlichen Freiheitsbereich vonnöten. Insoweit aber hält sich Japan zurück. Es werden nur öffentlich Appelle für ein bestimmtes Verhalten ausgesprochen, z.B. sich zu Hause aufzuhalten (自粛 *jishuku*). Ausgangssperren sind bisher nicht verhängt worden.

Auffällig ist, dass eine flächendeckende Verpflichtung einen PCR-Test durchführen zu lassen, nicht ausgesprochen wurde. Dabei wäre eine solche Maßnahme verfassungsrechtlich wohl unproblematisch, weil ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit nicht erfolgt und das Erfordernis sich zu einer Stelle zu begeben, wo ein PCR-Test durchgeführt werden kann, nicht zu unverhältnismäßigen Eingriffen in das Recht auf Freizügigkeit

7 Siehe aber 行政代執行法 (*gyōsei dai shikkō hō*), Gesetz über die Ersatzvornahme, Gesetz Nr. 43/1947; eine deutschsprachige Übersetzung ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

führt. Da die Kosten für den Test zudem den Getesteten nicht zu Last gelegt wurden, ist ein Eingriff in andere Freiheitsrechte auch nicht zu erkennen.

Hintergrund für diese Zurückhaltung dürfte einerseits gewesen sein, dass PCR-Tests in diesem Umfang gar nicht durchgeführt werden konnten, weil sowohl die für die Tests erforderlichen Instrumente, Chemikalien und Laboreinrichtungen nicht zur Verfügung standen. Auch die erforderlichen Testabnehmer und -analysten waren in der notwendigen Zahl nicht verfügbar. Der dritte Engpass liegt in dem Verwaltungsaufwand, dem sich die Gesundheitsämter personell nicht gewachsen zeigten. Nach einer Anfangsphase, in der PCR-Tests kaum verfügbar waren, baute die nationale japanische Ärztevereinigung⁸ einen zweiten Test- und Analyseweg auf, der öffentlich-rechtlich anerkannt ist, ohne freilich damit dem Bedarf gerecht werden zu können.

Schließlich dürfte ein weiterer Grund für die Zurückhaltung die mangelnde Halbwertzeit des Tests gewesen sein, denn wenn dieser nicht mit einer Quarantäne bis zum Bekanntwerden des Ergebnisses einhergeht, kann sich der Getestete unmittelbar nach Durchführung des Tests infizieren. Es fehlt nämlich eine gesetzliche Grundlage für die Verpflichtung sich zwischen einem amtlich durchgeführten PCR-Test und der Mitteilung des Ergebnisses seitens des Labors in Quarantäne zu geben.

Die Gesundheitsämter sind durch Verwaltungsvorschriften angehalten, mithilfe des Infizierten die Personen zu ermitteln, mit denen der Infizierte in den letzten zwei Wochen zusammengekommen ist, aber es fehlt eine Verpflichtung der Infizierten hierbei mitzuwirken und es fehlt eine Verpflichtung für die auf diese Weise ermittelten Personen sich einem PCR-Test zu unterziehen. Die Nutzung des elektronischen Systems der Erfassung von Begegnungen mit anderen Menschen COCOA⁹, das über die in Japan populäre internet-Plattform LINE, die auch auf mobilen Telefongeräten verfügbar gestellt werden kann, war ebenfalls freiwillig und ist kaum genutzt worden.

8 Die Parallelstruktur einer Kammer und einer privatrechtlichen Interessenvertretung gibt es in Japan nicht. Soweit es berufsständische Vereinigungen gibt, die auch öffentlich-rechtliche Funktionen wahrnehmen, sind sie als Beliehene anzusehen oder sie haben von Anfang an einen Rechtsträger *sui generis*.

9 Covid-19 Contact-Confirming Application, siehe dazu die HP des Kabinettssekretariats unter
新型コロナウイルス(COVID-19) スマートライフのために | 内閣官房新型コロナウイルス感染症対策推進室 (corona.go.jp).

Obwohl über die Wirkungen des Virus so gut wie nichts bekannt ist, sind Infizierte, bei denen die Symptome der Infektionen abgeklungen sind, aus der Quarantäne entlassen worden. Ob es eine Nachsorge gibt, und wie diese aussieht, ist unklar. Jedenfalls ist keine Rechtsgrundlage für die Verpflichtung erkennbar, sich neuerlichen, geschweige denn regelmäßigen PCR- oder Antikörpertests zu unterziehen.

Es fehlt schließlich eine Rechtsgrundlage für eine Verpflichtung, sich der Schutzimpfung zu unterziehen. Hier baut man offenbar auf die Gemeinschaftsimmunität (集団免疫 *shudan men'eki*), die auch dann erreicht wird, wenn nicht alle geimpft sind.

3. Zweckveranlasser

Statt dessen stehen die Zweckveranlasser, die die Begegnung von Menschen ermöglichen, also Kindergärten, Schulen, Universitäten, Restaurants, Veranstalter usw. als Adressaten von Maßnahmen im Vordergrund des Interesses. Die genannten Einrichtungen wurden während der Notstandsphasen – soweit es sich um staatliche Einrichtungen handelte – zeitweise gänzlich geschlossen, oder es wurden Vorschläge gemacht, sich auf bestimmte Öffnungszeiten zu beschränken, nur einer bestimmten Anzahl von Personen Einlass zu gewähren, usw.

Den Betreibern wird im übrigen vorgeschlagen, darauf zu achten, dass die Mitarbeiter und Besucher Nase und Mund bedeckende Masken tragen, Desinfektionsmittel zur Verfügung stehen und genutzt wurden, Thermometer für das Messen der Körpertemperatur bereitstehen und Personen, die eine bestimmte Körpertemperatur überschreiten, nicht hereingelassen werden. Weiter soll ein Mindestabstand zwischen den anwesenden Personen eingehalten werden.

Natürlich konnte man nicht alle Zweckveranlasser schließen. Behörden, Krankenhäuser, Arztpraxen, Banken, Geschäfte zur Befriedigung des täglichen Bedarfs usw. konnten auch im erklärten Notstand nicht geschlossen und öffentliche Transportmittel nicht stillgelegt werden. Für diese Gruppe von Zweckveranlassern wurden die beschriebenen anderen Vorschläge um so wichtiger.

Die Rechtsgrundlagen für das Vorgehen gegen Zweckveranlasser finden sich im Gesetz für besondere Maßnahmen gegen neue Formen von Influenza.

enza u.a.¹⁰. Im Hinblick auf Restaurationsbetriebe normierte der einschlägige Art. 45 bis zum Februar 2021 nur Vorschläge. Wurden diese eingehalten, was allerdings nur stichprobenartig überprüft werden konnte, erhielt der Betrieb etwa in Tokyo ein aushängbares Zertifikat mit dem Inhalt, dass die administrativen Vorschläge eingehalten sind. Erst mit der Änderung dieses Gesetzes im Februar 2021 sind Gebote (命令 *meirei*) möglich geworden, z.B. die Öffnung des Betriebes auf einen bestimmten Tageszeitraum zu beschränken. Für den Fall der Zuwiderhandlung kann jetzt ein Bußgeldbescheid ergehen.

4. Zustandsstörer

Die Rechtsgrundlagen für ein Vorgehen gegen Zustandsstörer, bei denen die Gefahr von einer Sache ausgeht, für die der Störer die Verantwortung hat, sind lückenhaft. Die Arztpraxen, Testlabore, Quarantäne-Stationen der Krankenhäuser, oder andere Einrichtungen, die der Quarantäne dienen, sind durch Artt. 26-3 ff. des Gesetzes zur Vorbeugung gegen Infektionen und zur medizinischen Behandlung von Infizierten als Zustandsstörer identifiziert, weil sie mit Infizierten in Berührung stehen. Art. 26-3 Abs. 1 des Gesetzes sieht unter dem Begriff „命ずる *meizuru*“ die Möglichkeit vor, den Betreibern gegenüber anzuordnen, Desinfektionen durchzuführen.

Die Zweckveranlasser, die ja auch mit Infizierten in Berührung kommen, sind dort indes ebenso wenig erfasst wie andere Zustandsstörer, etwa die Betreiber von Entwässerungssystemem und Kläranlagen. Allerdings muss hier berücksichtigt werden, dass die Betreiber aus gewerblichen Gründen ein erhebliches Eigeninteresse an der Einhaltung der Vorschläge haben, weil – wie schon ausgeführt – als gesetzlich nicht geregelte Sanktion in Japan oft auf das Möglichkeit der Veröffentlichung der Namen der sich nicht konform verhaltenden Personen zurückgegriffen wird.

10 新型インフルエンザ等対策特別措置法 (*shingata infuruenza tō taisaku tokubetsu sochi hō*) Gesetz Nr. 31/2012, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 5/2021, eine deutschsprachige Übersetzung, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

5. Notstand

Abschließend stellt sich die Frage, ob sich die geschilderte rechtliche Bewältigung dadurch ändert, dass der Notstand ausgerufen wird.

Japan kennt keine Notstandsverfassung¹¹, das heißt, es ist verfassungsrechtlich nicht vorgegeben, für was ein Notstand verkündet werden kann, welche Maßnahmen im erklärten Notstand getroffen werden können und welche Grundrechte dabei eingeschränkt werden dürfen. Das heißt aber nicht, dass die Verkündung des Notstands nicht möglich ist.

Notstände sind in Japan auf einfachgesetzlicher Grundlage geregelt.¹² So für einen Notstand im Gesundheitswesen z.B. im schon zitierten Gesetz für besondere Maßnahmen gegen neue Formen von Influenza u.a.. Hier wird sogar zwischen zwei Stufen von Notstand unterschieden. In Art. 32 ist die Erklärung des Notstandes (緊急事態宣言 *kinkyū jitai sengen*) geregelt, der in Japan bisher im Rahmen der Corona-Pandemie zweimal für Teile des Staatsgebietes bzw. für das gesamte Staatsgebiet erklärt wurde. Zunächst vom 7. April bis zum 22. Mai 2020 und erneut vom 7. Januar bis zum 21. März 2021. Von diesem Notstand ist eine andere Phase zu unterscheiden, die in kritischen Zeitspannen vor der Erklärung des Notstandes oder nach der Beendigung des Notstandes verkündet werden kann, nämlich die in Art. 31-4 des Gesetzes geregelten „Wichtigen Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung u.a. der neuen Form der Influenza u.a.“ (新型コロナウイルス等まん延防止重点措置 *shingata infuruenza tō man'en bōshi jūten sochi*). Obwohl diese Form des Notstandes erst mit der Gesetzesänderung im Februar 2021 eingeführt wurde, ist sie schon zum 5. April 2021 für die Präfekturen *Ōsaka*, *Hyōgo* und *Miyagi* zum Einsatz gekommen.

Mit der Erklärung des Notstandes in beiden Formen sind aber keine über das Dargestellte hinausgehende Eingriffsmöglichkeiten des Staates zur Bewältigung der Pandemie verbunden. Es ist deshalb davon auszuge-

-
- 11 Eine Regelung, die man als Notstand (*kuni ni kinkyū na hitsuyo ga aru*) auffassen kann, ist lediglich in Art. 54 der japanischen Verfassung geregelt. Danach kann das Oberhaus während der Zeit der Auflösung des Unterhauses einen vorläufigen Beschluss fassen, falls das Kabinett einen Notstand annimmt. Diese vorläufige Entscheidung bedarf zu ihren fortwirkenden Wirksamkeit allerdings der Zustimmung des Unterhauses, nach dem ein solches wieder gebildet wurde.
 - 12 Zu den Rechtsgrundlagen anderer Notstandserklärungen bei militärischen Notständen vgl. Olberg, Susanne: Die japanische Notstandsgesetzgebung, in: Zeitschrift für japanisches Recht 13 (2008), S. 117-138. Dem Aufsatz liegt eine in Marburg vom Verfasser betreute Magisterarbeit zugrunde.

hen, dass die Erklärung des Notstandes in seinen beiden Formen eher die Absicht verfolgt, der Bevölkerung den Ernst der Situation vor Augen zu führen.

6. Ergebnis

Der rechtliche Rahmen für die Pandemie-Bekämpfung in Japan weist Lücken auf. Besonders auffällig sind die Schutz-Lücken im Hinblick auf Nicht-Infizierte oder angeblich Nicht-Mehr-Infizierte (Nicht-Störer). Das Befund entspricht nach weit verbreiteter Meinung einer angeblichen japanischen Rechtstradition. Danach finden auch rechtlich unverbindliche Vorschläge von Behörden Beachtung. Es ist allerdings fraglich – unterstellt man den Bestand der Rechtstradition – , ob dem heute noch so ist. Zum anderen werden Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von weitergehenden Eingriffen in die Freiheitsrechte geltend gemacht. Denen fehlt aber, soweit sie überhaupt konkretisiert sind, die Überzeugungskraft, und sie sind vor dem Hintergrund der hier vertretenen Meinung – dazu zugleich – nicht vertretbar. Weiter dürfte die Schließung der Schutz-Lücken aus kapazitären, finanziellen und personellen Gründen schwierig sein. Schließlich sollen sie politisch andere Prioritäten ermöglichen.¹³

IV. Ermächtigungsgrundlage für den Zwangseinsatz von Angehörigen des Gesundheitswesens

Vor diesem tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund ist es nun möglich, die Ausgangsfrage nach dem Zwangseinsatz von Angehörigen des Gesundheitswesens aufzuwerfen. Als Ermächtigungsgrundlage kommt insoweit Art. 31 des Gesetzes für besondere Maßnahmen gegen neue Formen von Influenza u.a. in Betracht. Die Vorschrift wird hier (fast vollständig) übersetzt.

13 Der für die Bekämpfung der Pandemie zuständige Minister im Kabinettsamt hat offiziell folgende Zuständigkeiten: Wirtschaft und öffentliche Finanzen, Wiederbelebung der Wirtschaft und Reform eines allen Generationen gerecht werden den Sozialversicherungssystems.

- Art. 31 Verlangen u.a. der Sicherstellung der medizinischen Behandlung u.a.
- Abs. 1 Die Präfekten können für mit dem neuen Influenza-Virus u.a. infizierte Patienten bzw. Personen, bei denen der dringende Verdacht besteht, dass sie mit dem Influenza-Virus u.a. infiziert sind (im folgenden Patienten genannt), sofern eine medizinische Behandlung für nötig erachtet wird, von Ärzten und Krankenpflegern, sowie anderen durch Kabinettsverordnung zu bestimmende Angehörige des Gesundheitswesens (im folgenden Angehörige des Gesundheitswesens), Ort, Zeit, und andere nötige Umstände bezeichnend, verlangen, den betreffenden Patienten u.a. medizinische Behandlung zuteil werden zu lassen.
- Abs. 2 Der Minister für Wohlfahrt und Arbeit und die Präfekten können, falls es für die Durchführung der besonderen Schutzimpfung für erforderlich erachtet wird, von Angehörigen des Gesundheitswesens, Ort, Zeit, und andere nötige Umstände bezeichnend, für die Durchführung der in Rede stehenden besonderen Schutzimpfung die nötige Untersützung verlangen.
- Abs. 3 Für den Fall, dass die Angehörigen des Gesundheitswesens ohne ausreichenden Grund dem Verlangen in den beiden vorstehenden Absätzen nicht nachkommen, können der Minister für Wohlfahrt und Arbeit und die Präfekten, nur für den Fall, dass die Behandlung der Patienten bzw. die besondere Schutzimpfung (im folgenden ... : medizinische Behandlung von Patienten u.a.) als unbedingt nötig zu beurteilen sind, den Angehörigen des Gesundheitswesens gegenüber die medizinische Behandlung als nötig anordnen. In diesem Fall sind die nötigen Umstände der vorgehenden zwei Absätze in Schriftform festzulegen.
- Abs. 4 Im Fall des Abs. 3 haben der Minister für Wohlfahrt und Arbeit und die Präfekten, falls sie gegenüber Angehörigen des Gesundheitswesens die Behandlung von Patienten u.a. verlangen, bzw. die Behandlung von Patienten anordnen, den Schutz des Lebens und der Gesundheit der Angehörigen des Gesundheitswesens ausreichend zu beachten, und die nötigen Maßnahmen zu ergreifen, um den Eintritt einer Gefahr vorzubeugen.
- Abs. 5 Die Leiter von Gemeinden und Städten können, falls sie es für die Durchführung der besonderen Schutzimpfung erforderlich halten, von den Präfekten fordern, das diese das in den Abs. 2 und 3 normierte Verlangen oder Anordnen verwirklichen.

Die Vorschrift stellt nicht darauf ab, ob tatsächlich einer Beschäftigung im Gesundheitswesen nachgegangen wird. Der Begriff Angehörige des Gesundheitswesens (医療関係者 *iryō kankei sha*) rekurriert vielmehr auf eine bestimmte berufliche Qualifikation. Die in Rede stehenden Qualifikationen sind in Art. 5 Abs. 1 der zugehörigen Kabinettsverordnung¹⁴ aufgezählt. Es sind Ärzte 医師 *ishi*, Zahnärzte 歯科医師 *shika ishi*, Apotheker 薬剤師 *yakuzaiishi*, Gesundheitsberater 保健師 *hokenshi*, Geburtshelfer 助産師 *josanshi*, Krankenpfleger 看護師 *kangoshi*, Krankenpflegeranwärter 准看護師 *junkangoshi*, Radiologietechniker 診療放射線技師 *shinryō hōshasen gishi*, Medizinischer Untersuchungstechniker 臨床検査技師 *rinshō kensa gishi*, Medizin-Techniker 臨床工学技士 *rinshō kōgaku gishi*, Rettungssanitäter 救急救命士 *kyūkyū kyūmeishi*, und Dentalhygieniker 歯科衛生士 *shika eiseishi*. Art. 5 Abs. 2 der Kabinettsverordnung erweitert den Personenkreis um die Mitarbeiter (職員 *shokuin*) dieser Personen, die nicht die genannte Qualifikation haben. Damit sind auch die Mitarbeiter der Gesundheitsämter erfasst, die sich aus Gesundheitsberatern und deren Mitarbeiter zusammensetzen.

Für den Fall, dass die in Rede stehenden Personen einer Beschäftigung nachgehen, wird nicht danach unterschieden, ob dies in selbstständiger Funktion oder in Form einer abhängigen Beschäftigung erfolgt.

Für den Fall der abhängigen Beschäftigung wird nicht danach unterschieden, ob der Rechtsträger des Arbeitgebers ein Rechtsträger des öffentlichen Rechts oder ein solcher des Privatrechts ist.

Entscheidende Bedeutung kommt den hier mit Verlangen und Anordnung übersetzten Begriffen zu. Dem Begriff Verlangen liegt der japanische Ausdruck 要請する *yōsei suru* zugrunde. Das Verlangen ist als eine Vorform der Anordnung zu verstehen. Nur wenn dem Verlangen nicht freiwillig entsprochen wird, kommt die Anordnung zum Zuge, die an dieser Stelle auf japanisch 指示 *shiji* genannt wird. Da diese schriftlich abzufassen ist, ist hier von einer konkret individuellen Regelung mit Außenwirkung auszugehen, die gerichtlich auf ihre Rechtmäßigkeit überprüft werden kann.

14 新型インフルエンザ等対策特別措置法施行令 *shingata infuruenza to taisaku tokubetsu sochi hō shikkō rei*, Kabinettsverordnung Nr. 122/2013, zuletzt geändert durch Kabinettsverordnung Nr. 28/2021; eine deutschsprachige Übersetzung ist, soweit ersichtlich, nicht vorhanden.

V. Verfassungsrechtliche Prüfung

Im Rahmen der verfassungsrechtlichen Prüfung sind zwei Phasen, nämlich die Verfassungsmäßigkeit der Ermächtigungsgrundlage selbst und dann die Verfassungsmäßigkeit der verwaltungsrechtlichen Ausführung der Ermächtigungsgrundlage zu unterscheiden.

1. Ermächtigungsgrundlage

a) Freiwilligkeit

Japan legt großen Wert darauf, als Rechtsstaat angesehen zu werden, obwohl dieses Staatsformmerkmal in der Verfassung keine Erwähnung findet. Zwar gibt es erdweit keine Einigkeit darüber, welche Punkte zu den zwingenden Merkmalen eines Rechtsstaats zu zählen sind. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns dazu gehört. Gesetzmäßigkeit äußert sich im Bereich der den Bürger belastenden staatlichen Maßnahmen als Vorbehalt des Gesetzes. D.h. jeder Eingriff des Staates in den durch Grundrechte geschützten Freiheitsbereich der Bürger bedarf einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Diese muss nicht nur den Inhalt des Eingriffs, die Frage nach dem Was, sondern auch die Form des Eingriffs, die Frage nach dem Wie, enthalten.

Japan begnügt sich oft mit der gesetzlichen Festlegung des Bemühens (努める *tsutomeru*) der Betroffenen zur Erreichung des Ziels. So ist es auch in Art. 1 des – hier einschlägigen – Gesetzes für besondere Maßnahmen gegen neue Formen der Influenza u.a. und Art. 5 des Gesetzes zur Vorbeugung gegen Infektionen und zur medizinischen Behandlung von Infizierten, wo insbesondere das Bemühen der Ärzte und der Angehörigen des Gesundheitswesens gefordert wird. Folge der Normierung lediglich eines Bemühens ist es, dass nur Vorschläge seitens der zuständigen Behörden ausgesprochen werden. Ein solcher ist in Art. 31 Abs. 1 für die Angehörigen des Gesundheitswesens konkretisiert.

Noch weiter reicht die viel diskutierte sog. Verwaltungsanleitung (行政指導 *gyōsei shidō*)¹⁵, die in Art. 32 des Verwaltungsverfahrensgesetzes¹⁶ neben anderen Instrumenten des Verwaltungshandels geregelt ist. Für die Verwaltungsanleitung ist nicht einmal eine Ermächtigungsgrundlage nötig, sondern die Regelung der Zuständigkeit der Behörde reicht für den Vorschlag aus.

Der Vorteil dieser Vorgehensweise liegt darin, dass diese Vorschläge schwer oder gar nicht justiziabel sind, und sich damit die Legislative und die Exekutive in Japan nicht der Gefahr aussetzen von der Judikative eines Fehlers bezichtigt und mittels Staatshaftung zur Verantwortung gezogen zu werden. Der Nachteil besteht darin, dass der rechtliche Rahmen bei diesem Vorgehen nicht hinreichend klar ist. Selbst wenn sich mit Vorschlägen Probleme lösen lassen, bestehen Bedenken gegen ihre Handhabung aus dem Blickwinkel des Gesetzmäßigkeitsgrundsatzes und damit des Rechtsstaatsprinzips.

b) Funktion der Grundrechte: Schutzpflicht des Staates

Die japanische Verfassung verfügt über einen ansehnlichen Katalog von Grundrechten. Zu diesen zählt das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Der Staat darf diese Rechte grundsätzlich nicht verletzen. Diese Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber dem Staat ist anerkannt.

Diese Rechte sind aber nicht schrankenlos gewährleistet. In den Artt. 12 und 13 der japanischen Verfassung ist eine Schranke formuliert, die als allgemeine Schranke auf alle Grundrechte angewandt wird: das öffentliche

15 Siehe dazu auf Deutsch: Pape, Wolfgang: *Gyoseishido und das Anti-Monopol-Gesetz in Japan: eine Untersuchung über Praxis, Hintergrund und rechtliche Problematik von "Administrative Guidance"*, Carl Heymanns: Köln 1980; Elben, Bettina: *Staatshaftung in Japan. Eine rechtsvergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung von gyōsei shidō*. Deutsch-Japanische Juristenvereinigung: Hamburg 2001; Takada, Atsushi: *Die „Verwaltungsreform“ in Japan – Abkehr vom „System des informellen Verwaltungshandelns“?*, in: *Die Öffentliche Verwaltung* 2002, S. 265-275; Walkling, Julia: *Informelles Verwaltungshandeln in Deutschland und Japan*. Peter Lang: Frankfurt 2005.

16 *行政手続法 gyōsei tetsuzuki hō*: Gesetz Nr. 88/1993, zuletzt geändert durch Gesetz Nr. 4/2017; deutschsprachige Übersetzung in der Ursprungsfassung bei Sakurada, Yoshiaki/Bölicke, Thoralf: *Deutsche Übersetzung des neuen japanischen Gesetzes über das Verwaltungsverfahren*, in: *Zeitschrift für japanisches Recht* 5 (1998) S. 169-188.

Wohl (公共の福祉 *kōkyō no fukushi*). Der Staat kann damit in diese Rechte recht- und damit verfassungsmäßig eingreifen. So ist die Todesstrafe nicht verboten, sondern sie wird ausgesprochen und vollstreckt. Auch zwangsweise Eingriffe in die körperliche Unversehrtheit sind unter bestimmten Umständen möglich. Hierher gehört die Blutentnahme bei Verdacht auf alkoholisiertes Führen eines Kraftfahrzeugs.

Die Frage ist, ob neben der Abwehrfunktion in Japan noch andere Funktionen der Grundrechte, wie etwa die in der Bundesrepublik Deutschland befürwortete Schutzpflicht des Staates, anerkannt sind. Hier geht es um die Schutzpflicht des Staates gegenüber Personen, in deren Rechtsgüter nicht durch den Staat, sondern durch Dritte eingegriffen wird. Infizierte von ansteckenden Krankheiten können, wenn sie nicht von den (noch) Nicht-Infizierten getrennt werden (Quarantäne), in deren Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit eingreifen.

Der deutschrechtliche Ansatz einer sich aus den Grundrechten ergebenden Schutzpflicht des Staates wird in der japanischen wissenschaftlichen Verfassungsdiskussion breit und ganz überwiegend befürwortend diskutiert¹⁷, ist aber von den drei japanischen Staatsgewalten bisher, soweit ersichtlich, nicht offiziell anerkannt worden.

Überprüft man indes die rechtliche Situation in Japan, gewinnt man durchweg den Eindruck, dass der Schutz des Einzelnen gegenüber rechtswidrigen oder jedenfalls gefährdenden Eingriffen Dritter Beachtung findet. Die Existenz des hier einschlägigen Gesetzes für besondere Maßnahmen gegen neue Formen von Influenza u.a., legt die Auslegung nahe, dass es um den Schutz der Rechtsträger geht und der Schutz seines Lebens und der körperlichen Unversehrtheit wird *expressis verbis* in Art. 1 des Gesetzes

17 Koyama, Go: Der Doppelcharakter der Grundrechte aus japanischer Sicht: in: Burmeister, Joachim (Hg.): Verfassungsstaatlichkeit. Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag. C.H.Beck: München 1997, 875-886; Nishihara, Hiroshi: Funktionen der sozialen Grundrechte im japanischen Verfassungssystem, in: Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 1997, 837-867; Kuriki, Hisao: Über die Tätigkeit der Japanischen Forschungsgesellschaft für deutsches Verfassungsrecht, in: Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart 50 (2002), 599-608; Inoue, Noriyuki: Die Verfassung und die Grundrechte für die japanischen Bürger: eine Eigentümlichkeit der Verfassungskultur in der japanischen Gesellschaft, in: Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart 52 (2004) 103-113; ders.: Eine Seite der japanischen Verfassungskultur: Einfluss der deutschen Theorie auf das japanische Grundrechtsverständnis, in: Blankenagel, Alexander/Prencice, Ingolf/Schulze-Fielitz, Helmuth (Hg.): Verfassung im Diskurs der Welt. Liber Amicorum für Peter Häberle zum siebzigsten Geburtstag. Mohr Siebeck: Tübingen 2004, 501-515.

mit den Begriffen (国民の生命及び健康を保護 *kokumin no seimei oyobi kenkō wo hogo*): Schutz des Lebens und der Gesundheit der Staatsbürger angesprochen.

Es gibt noch ein anderes schönes Beispiel für die Anerkennung des Gedanken der staatlichen Schutzpflicht. Dass ist die Evakuierung der Bevölkerung aus den radioaktiv verseuchten Gebieten um die Kernkraftwerke *Fukushima*, die in Folge Erdbebens und eines dadurch ausgelösten *Tsunami* im Jahre 2011 eine Kernschmelze erlebten, deren Folgen bis heute nicht beseitigt sind. Der Evakuierung erfolgte zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit der Betroffenen und griff in ihre Rechte auf Eigentum und Freizügigkeit ein, ohne das Zweifel an der Recht- und damit Verfassungsmäßigkeit der Rechtsgrundlage für die Evakuierung geltend gemacht wurden.

Es ist deshalb berechtigt zu fragen, ob die in Art. 31 Abs. 3 ausgesprochene Anordnung gegenüber Mitarbeitern des Gesundheitswesens eine gelungene Konkretisierung der Schutzpflicht des Staates gegenüber den Grundrechten auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Nicht-Infizierten durch Eingriff in den Freiheitsbereich der Angehörigen des Gesundheitswesens ist.

Die zu schützenden Grundrechte Leben und körperliche Unversehrtheit wiegen schwer. Dem stehen Eingriffe in die Berufswahlfreiheit (hier freiwillige Beendigung der Tätigkeit aus Angst um die eigene Gesundheit und die der Familie; Ausscheiden aus der beruflichen Tätigkeit aus anderen Gründen) und Berufsausübungsfreiheit (längere und andere Arbeitszeiten, anderer Arbeitsort sowohl in räumlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht, usw.) entgegen.

Im Rahmen des Übermaßverbots könnte man diskutieren, ob dieser Eingriff wirklich erforderlich ist, weil eine große Anzahl von Krankenhäusern, die einen privatrechtlichen Rechtsträger haben, bisher nicht bereit sind, Corona-Patienten aufzunehmen und die Rechtsgrundlage fehlt, diese Krankenhäuser zur Aufnahme von Corona-Patienten zu verpflichten.¹⁸ Es könnte also daran gedacht werden, zunächst das Potential aller Krankenhäuser auszuschöpfen, bevor man individuelle Angehörige des Gesundheitswesens verpflichtet. Aber es ist zweifelhaft, ob die Erforderlichkeit schon dadurch entfällt, dass eine Rechtsgrundlage für die Verpflichtung

18 民間病院、コロナ対応遅れ。4割が受け入れず *Minkan byōin, korona taiō okure. 4 wari ga ukeirezu* (Private Krankenhäuser bei Aufnahme von Corona-Patienten verspätet. 40% nehmen keine auf), Morgenausgabe der *Nikkei* Tageszeitung vom 3.4.2021, S. 1.

dieser Krankenhäuser geschaffen werden kann und diese Verpflichtung dann exekutiert wird. Denn das kostet Zeit. Mit demselben Argument wird man auch die Schaffung der diskutierten Rechtsgrundlage¹⁹ für die Erweiterung der Impfberechtigten über Ärzte und Krankenpfleger hinaus für die Schutzimpfung begegnen können.

Schließlich darf in der Diskussion nicht vergessen werden, dass die japanische Verfassung in Art. 27 Abs. 1 eine Arbeitspflicht kennt²⁰, deren Konkretisierung in Art. 31 gesehen werden könnte.

Ob die Schutzpflicht des Staates gegenüber den Nicht-Infizierten auch dann den hier diskutierten Eingriff deckt, wenn die Nicht-Infizierten sich fahrlässig der Infektion aussetzen, ist ebenfalls anzusprechen. Das Vorgehen gegen Nicht-Störer ist nämlich in Japan – wie schon hervorgehoben – sehr zurückhaltend. Verpflichtende Ausgangssperren hat es bisher nicht gegeben. Aber diesem Einwand wird man dadurch begegnen müssen, dass die fahrlässige Infektion in den wenigsten Fällen nachweisbar sein dürfte und der Wegfall des Schutzes der Nicht-Infizierten durch mangelnde Isolation der Infizierten infolge Personalmangels erhebliche Folgen haben dürfte.

Entscheidend ins Gewicht fällt das Fachwissen, über das die jeweiligen Berufsträger verfügen. Es wird durch Prüfungen und Weiterbildungsverpflichtungen abgesichert. Die ethischen Grundlagen der Berufsausübung sind in aller Regel in den Berufsgesetzen geregelt. Die Angehörigen des Gesundheitswesens sind gerade auf das Leben und die Gesundheit der Bürger verpflichtet.

Insgesamt läßt sich sagen, dass der Art. 31 als Ermächtigungsgrundlage für Eingriffe in die Freiheitsphäre der im Gesundheitswesen tätigen Personen durchaus die Schutzpflicht des Staates gegenüber Personen zu konkretisieren vermag, in deren Grundrechte durch Dritte eingegriffen wird.

c) Funktion der Grundrechte: Teilhaberecht

Es kommt eine weitere Fallkonstellation hinzu. Die Isolierten selbst bedürfen der medizinischen Betreuung. Hier geht um den Schutz der Infizierten

19 ワクチン州注射，織種拡大 *wakuchin chūsha, shokushu kakudai* (Schutzimpfung: Erweiterung der Berufe der Impfberechtigten), Morgenausgabe der *Nikkei* Tageszeitung vom 4.4.2021 S. 1.

20 Zur Diskussion der Arbeitspflicht in der japanischen Verfassung siehe Nenninger, Bernd: *Das Recht auf Arbeit in Japan und Deutschland*. Duncker & Humblot: Berlin 1994, S. 98 f.

selbst. Die in Rede stehenden Grundrechte sind wiederum Leben und körperliche Unversehrtheit. Es kann vorkommen, dass das Gesundheitswesen so überlastet ist, dass die Infizierten zwar isoliert, also der Schutz der Nicht-Infizierten gesichert ist, aber die Infizierten selbst nicht behandelt werden können. Hier stellt sich erneut die Frage, ob der Art. 31 Abs. 3 mit der Anordnung gegenüber den Berufsträgern einen verfassungsrechtlich gebotenen Eingriff darstellt.

Argumentiert werden kann hier wiederum mit der Funktion der Grundrechte. Dazu ist in der Bundesrepublik Deutschland die Funktion der Grundrechte als Teilhaberechte entwickelt worden. Es bedeutet, dass der Staat verpflichtet ist, eine Infrastruktur zu schaffen, in der die Träger der Grundrechte diese Grundrechte auch wahrnehmen können. Das wäre hier die Sicherung der medizinischen Behandlung. Natürlich geht dieser Ansatz weit über die personelle Komponente hinaus, indem er nicht nur die Verfügbarkeit der Berufsträger sondern eine umfassende Infrastruktur in Form von Kliniken, medizinischen Geräten, Arzneimitteln usw. erfordert.

Das Verständnis der Grundrechte als Teilhaberechte wird in Japan von der Wissenschaft auch breit diskutiert²¹, wobei sich die Diskussion aber noch nicht vom Grundsatz Freiheit vom Staat als dem Ausschließlichen zum Grundsatz Freiheit durch den Staat als dem Komplementären entwickelt hat. Das ist vor dem Hintergrund der Existenz sozialer Grundrechte in Japan, die vom Staat ein Existenzminimum fordern (Untermaßverbot), nicht so leicht nachzuvollziehen. Der Art. 25 Abs. 1 der japanischen Verfassung normiert ausdrücklich: „Jeder Bürger hat das Recht, ein Leben auf einem gesundheitlichen und kulturellen Mindeststandard zu führen.“ Im Ergebnis aber lehnt selbst die Rechtswissenschaft die Idee des Teilhaberechts ab mit der Folge, dass der Art. 31 Abs. 3 in der Fallkonstellation Schutz des Infizierten wohl nicht als Ausdruck einer verfassungsrechtlichen Verpflichtung des Staates angesehen wird.

Wiederum vermittelt ein Blick auf die Rechtswirklichkeit ein anderes Bild. Der Staat hat sich dafür eingesetzt, dass die Anzahl der aufnahmewilligen Krankenhäuser mit Quarantäne-Stationen erweitert wird, dass diese Krankenhäuser mit den notwendigen medizinischen Geräten ausgestattet werden, usw.

Vor diesem Hintergrund bleibt auch die Frage zu erörtern, ob zwischen selbstständigen Angehörigen des Gesundheitswesens und solchen, die bei öffentlich-rechtlichen Rechtsträgern oder privatrechtlichen Rechtsträgern

21 Siehe Fn. 18.

beschäftigt sind, unterschieden werden darf. In einem Staat, der sich vom Gedanken des „besonderen Gewaltverhältnisses“ noch nicht endgültig verabschiedet hat, dürfte das nicht so leicht sein.

2. Verwaltungsebene

Bisher ist auf der Basis des Art. 31 Abs. 1 bis 3 unter dem Gesichtspunkt des Verlangens und der Anordnung, soweit ersichtlich, noch keine Maßnahme ergriffen worden. Statt dessen nimmt man in Kauf, dass an Wochenenden, Feiertagen usw. mangels angebotenen PCR-Tests Infizierte die Nicht-Infizierten gefährden und die bevorstehenden Schutzimpfungen mit dem zugelassenen Serum mangels Personal sich in die Länge ziehen und wiederum Nicht-Infizierte gefährden. Dasselbe gilt für die Behandlung der Infizierten. Vor dem Hintergrund der aus den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflicht des Staates und des Teilhaberechts ist das nicht zu rechtfertigen.

Da die Darlegungen aber gezeigt haben, dass der Gedanke der Schutzpflicht des Staates und des Teilhaberechts Japan nicht fremd sind, muss es einen anderen Grund für die bisher unterbliebene offizielle Anerkennung dieser Grundrechtsfunktionen geben. Hier setzt sich fort, was schon in der bewussten Erschwerung oder Vermeidung der Justiziabilität von Entscheidungen der Gesetzgebung und Verwaltung zutage tritt: Die Repräsentanten des Staates wollen nicht von der Judikative eines Fehlverhaltens bezichtigt werden. Die Fortsetzung des Gedankens ist, dass sie auch nicht durch die Verfassung zu bestimmten Maßnahmen verpflichtet sein wollen. Ob das dem Rechtsstaatsprinzip gerecht wird, ist zweifelhaft.

VI. Ergebnis

Der Gesetzmäßigkeitsgrundsatz als Ausdruck des Rechtsstaatsprinzips ist im Grundsatz verwirklicht. Für Eingriffe in den grundrechtlichen geschützten Freiheitsbereich gilt der Vorbehalt des Gesetzes. Allerdings ist noch nicht abschließend geklärt, ob neben der Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte deren Funktion als Schutzpflicht des Staates oder als Teilhaberecht den Staat zu einem Handeln verpflichten. Die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips aber dürfte diese Anforderungen stellen. Auf die Pandemiebekämpfung übertragen bedeutet das, dass diese nicht durch das Recht der Beschäftigung behindert werden darf, weil das Leben

Heinrich Menkhaus

kostet und die Gesundheit vieler aufs Spiel setzt. Der erhöhte Einsatz von Fachpersonal sollte als Verpflichtung des Staates betrachtet werden.

Absicherung der Beschäftigung und des Lebensunterhalts für
Beschäftigte, die ihre Familie betreuen
– Vereinbarkeit von Arbeit und Familie in der durch
das neuartige Corona-Virus verursachten Krise in Japan,
Deutschland und Südkorea –

Keiko Ogata

I. Einleitung

Das neuartige Corona-Virus (im Folgenden kurz: Covid19) verbreitet sich unabhängig von gesellschaftlichen Schichten. Menschen in gesellschaftlich schwachen Positionen sind jedoch besonders stark von durch die Corona-Krise verursachter Not und wirtschaftlichen Schäden betroffen. Beschäftigte mit Kindern oder anderen fürsorgebedürftigen Angehörigen sehen sich durch die Corona-Krise mit dem großen Problem der Vereinbarkeit von Beruf und Familie konfrontiert. Häufig sind es beschäftigte Frauen, welche die Betreuung von Familienmitgliedern übernehmen. Es finden sich aber auch Männer in derselben Situation, zum Beispiel unverheiratete Männer, die mit den Eltern zusammenleben, oder alleinerziehende Väter.

Sollten diese Menschen versuchen, das Problem zu lösen, indem sie aus dem Arbeitsverhältnis ausscheiden, wird sich das sowohl sofort wie auch in der Zukunft zu ihren Ungunsten auswirken. Neben der Unterbrechung der beruflichen Karriere entstehen weitere Nachteile: Schwierigkeiten bei der erneuten Jobsuche, wenn die Betreuung der Familienangehörigen nicht mehr notwendig ist, Bedürftigkeit aufgrund von vermindertem Einkommen, Armut im Alter aufgrund geringerer von der Altersrentenversicherung gezahlter Leistungen. Wenn diese Menschen in die Lage der Bedürftigkeit geraten, führt das zu höherer Belastung der Sozialversicherungen und wird somit auch zu einem Problem des Staates.

Auf diese Weise treibt die Corona-Krise Beschäftigte, die für Familienangehörige sorgen, in eine schwierige Lage. Fragt man jedoch, ob diese Probleme neu sind und erst von der Corona-Krise verursacht wurden, muss die Antwort "nein" lauten.

In jüngerer Zeit wird über das Verhältnis von familiärer Pflege und Gesellschaft diskutiert. Besonders bezüglich der von Beschäftigten übernom-

menen Familienfürsorge wurden Programme zur Förderung der Work-Life-Balance wie Erziehungs- oder Pflegeurlaub geschaffen. Allerdings waren diese bisher unzureichend. Aber was hat wo nicht gereicht?

Unbestritten ist es sowohl für Beschäftigte, die ganz real fürsorgebedürftige Familienangehörige haben, als auch für die Struktur der zukünftigen Gesellschaft wichtig, die Betreuung in der Gesellschaft zu verankern.

Unter diesem Aspekt untersucht die vorliegende Arbeit, wie Japan, Deutschland und Südkorea das Problem der familiären Betreuung durch Beschäftigte in der Corona-Krise angehen.

II. Vereinbarkeit von Arbeit und familiärer Betreuung für Beschäftigte in Südkorea

1. Die Situation von Familien in Südkorea und das Auftreten der Corona-Krise

Diejenigen, die von der Corona-Krise von Anfang an am stärksten getroffen wurden, waren wohl Familien mit Kindern.¹ Am 24. Februar 2020 forderten die Zentrale Kommission für Katastrophenschutz und Sicherheit der südkoreanischen Regierung und das Ministerium für Gesundheit und Soziales, das neue Schuljahr für Kindergärten, Grund-, Mittel- und Oberschulen landesweit nicht am 2. März, sondern eine Woche später beginnen zu lassen. Auch die Schließungsmaßnahmen von Kitas und Schulen wurden fortgesetzt. Erst drei Monate später, am 1. Juni, wurde für Einrichtungen, die Vorschulkinder betreuen, die Vorgehensweise geändert. Die vom Ministerium für Gesundheit und Soziales für das ganze Land angeordneten Schließungen wurden aufgehoben und den Kommunen wurde ermöglicht, je nach dem Infektionsgeschehen in der Region selbst zu entscheiden, ob Kitas geöffnet bzw. geschlossen bleiben sollten.²

Mit dem Andauern der Corona-Krise erhob sich damit für Familien mit Kindern im Vorschulalter und in den unteren Grundschuljahrgängen das Problem der Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Laut den vom südkoreanische Amt für Statistik (National Statistic Office) im Juni 2020

1 통계청, '2019년 하반기 지역별고용조사 맞벌이 가구 및 1인 가구 고용 현황' (2020.6.23) http://kostat.go.kr/portal/korea/kor_nw/1/1/index.board?bmode=read&aSeq=383260.

2 Pressemitteilung des Ministeriums für Gesundheit und Wohlfahrt vom 29. Mai 2020 "Zur geplanten Aufhebung von Kita-Schließungen" (보건복지부2020.5.29 보도자료, 어린이집 휴원해제계획 http://www.mohw.go.kr/react/al/sal0301vw.jsp?PAR_MENU_ID=04&MENU_ID=0403&CONT_SEQ=354792).

veröffentlichen Zahlen zur "Beschäftigungssituation von doppelverdienenden Haushalten und Eine-Person-Haushalten 2019" gab es in Südkorea 12.305.000 Haushalte von Verheirateten, von denen in 5.662.000 Haushalten (46%) beide Ehegatten arbeiteten. In 44,7% der Haushalte Verheirateter mit Kindern im Vorschulalter arbeiteten beide Eltern, bei den Haushalten Verheirateter mit Kindern im Grundschulalter waren es 54,7%. Familien, die mit Großeltern zusammenleben, sind insofern im Vorteil, als die Großeltern sich um die Kinder kümmern können. Ebenso wie in anderen Industrieländern geht jedoch auch in Südkorea die Tendenz hin zur Kernfamilie. Da außerdem alte Menschen zu den Risikogruppen gehören, zögert man häufig, die Großeltern um die Betreuung der Kinder zu bitten. Somit ist davon auszugehen, dass in der Corona-Krise für nicht wenige Familien die Betreuung der Kinder zu einem großen Problem wurde.

In dieser Situation rief die südkoreanische Regierung dazu auf, das auf dem Gesetz über die Gleichbehandlung von Frauen und Männern in der Beschäftigung und Unterstützung für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie (Gleichbehandlungsgesetz in der Beschäftigung, GBGB) basierende System mit Pflegeurlaub für Familienangehörige (§ 22-2 GBGB), verkürzten Arbeitszeiten (§ 22-3 GBGB) sowie Notbetreuung für Kinder³ zu nutzen und so dem Problem zu begegnen.

Werfen wir im Folgenden einen kurzen Blick auf die Regelungen zum Pflegeurlaub für Familienangehörige und zur Forderung verkürzter Arbeitszeiten.

2. Die Durchsetzung des Systems des Pflegeurlaubs für Familienangehörige und Nothilfegelder für die Kosten von familiärer Pflege

a) Umriss der Regelungen zur Pflege von Familienangehörigen

Die Regelungen zur Pflege von Familienangehörigen wurden mit der Änderung des Gesetzes über die Gleichberechtigung in der Beschäftigung von 2019 neu geschaffen. Sie traten am 1. Januar 2020 in Kraft. Das heißt, die

3 Die Notbetreuung war eine vom Ministerium für Gesundheit und Soziales angebotene Dienstleistung der Kinderbetreuung für Familien, die während der Schließung von Kitas gezwungen waren, ihre Kinder unterzubringen. Unabhängig vom Grund erfolgte die Betreuung tagsüber (von 7:30 bis 19:30 Uhr) und die Kinder wurden wie normalerweise auch mit Mittagessen und Zwischenmahlzeiten versorgt. Die Nutzungsrate der Notbetreuung war Ende Februar etwa 10%, stieg dann aber auf 28,4% (23. März), 55,1% (23. April) und 72,7% (29. Mai).

Gesetzesänderung wurde direkt vor dem Ausbruch der ersten Welle der Corona-Pandemie wirksam.

In Südkorea wurde 2012 bei der Änderung dieses Gesetzes ein System geschaffen, mit dem maximal 90 Tage pro Jahr Urlaub für die Pflege von Familienangehörigen möglich waren. Auch die teilweise Nutzung war möglich, allerdings mussten dazu mindestens 30 zusammenhängende Tage Urlaub genommen werden (§ 22-2 Abs. 4 Nr. 1 GBGB). Es konnte nicht für kurzzeitige Pflege genutzt werden. Um auch tageweise Urlaub zu ermöglichen, wurde nun auch kurzzeitiger Urlaub zur Pflege von Familienangehörigen eingerichtet.⁴

Damit können zehn Tage im Jahr Urlaub zur Pflege von Familienangehörigen genommen werden, wobei die Anzahl solcher Urlaubstage getrennt vom langzeitigen Pflegeurlaub gerechnet wird.

Gleichzeitig mit den Regelungen für freie Tage für die Pflege von Familienangehörigen wurde auch der Rahmen der zu pflegenden Personen erweitert. Bisher zählten dazu Eltern, Ehegatten, Kinder und Eltern des Ehegatten. Mit der Gesetzesänderung kamen nun auch Großeltern und Enkel hinzu (§ 22-2 Abs. 2 GBGB)

b) Besondere finanzielle Unterstützung in der Corona-Krise und Sondermaßnahmen zur Sicherstellung der Wirksamkeit

Die Regelungen für die freien Tage zur Pflege von Familienangehörigen wurden unabhängig von der Corona-Krise eingeführt. Im System selbst ist keine finanzielle Garantie vorgesehen. Das Ministerium für Beschäftigung und Arbeit gab jedoch am 28. Februar 2020 bekannt, dass für Beschäftigte, die aufgrund der Corona-Krise freie Tage zur Pflege von Familienangehörigen nahmen, "Nothilfegeld für die Kosten der Pflege von Familienangehörigen im Zusammenhang mit Covid 19" gezahlt wird. Der Zeitraum der Zahlung wurde vom 20. Januar 2020, an dem zum ersten Mal mit Corona infizierte Personen innerhalb Südkoreas festgestellt wurden, bis zum Ende des Notstands festgelegt.

Die Leistung wurde an Beschäftigte gezahlt, die unbezahlte freie Tage nahmen, um Großeltern, Eltern, Ehegatten, Eltern des Ehegatten, Kinder

4 Siehe "Erläuterungsmaterial zur Änderung des Gesetzes über die Gleichberechtigung in der Beschäftigung (27. August 2019)" des Ministeriums für Beschäftigung und Arbeit (고용노동부, 남녀고용평등법 개정(19.8.27) 설명자료 http://www.moe.go.kr/policy/policydata/view.do?bbs_seq=20190900331) .

oder Enkel zu betreuen, wenn die Betreuung plötzlich notwendig wurde, weil die Personen mit dem Coronavirus infiziert waren, oder um Schulkinder bis zum zweiten Schuljahr bzw. bis zum Alter von acht Jahren oder behinderte Menschen bis 18 Jahre zu betreuen, wenn Kitas, Schulen usw. aufgrund der Corona-Krise geschlossen wurden.

Gezahlt wird ein Betrag von 50.000 Won pro Tag (etwa 38 Euro; wenn auch der Ehegatte die Zahlung erhält, gemeinsam bis maximal 500.000 Won (etwa 380 Euro)). Wenn die betreffende Person kurzzeitig beschäftigt ist, wird der gezahlte Betrag entsprechend der Anzahl der Arbeitsstunden berechnet (maximal gezahlter Betrag 25.000 Won (etwa 19 Euro)).⁵

Für Beschäftigte, die Familienangehörige zu betreuen haben, sind die freien Tage zur Pflege von Familienangehörigen attraktiv und entsprechend stieg die Nachfrage schnell. Allerdings kam es vor allem in kleinen und mittelgroßen Unternehmen zu Problemen, weil z.B. der reibungslose Betriebsablauf behindert oder das Personal zusätzlich belastet wurde. Deshalb bot das Ministerium für Beschäftigung und Arbeit an, während des gesamten Monats März 2020 auch anonyme Anträge anzunehmen, wenn zum Beispiel freie Tage zur Pflege von Familienangehörigen nicht genehmigt wurden, oder wenn die Betriebsatmosphäre Urlaub schwierig machte, oder wenn eine Person befürchten musste, dass sie vom Arbeitgeber benachteiligt wird, wenn sie kurzzeitig Pflegeurlaub nimmt. Wenn solch ein Antrag angenommen wurde, wurden die betreffenden Arbeitsstellen von Beamten der Arbeitsaufsicht direkt angewiesen, Verbesserungen vorzunehmen. Falls sich nichts änderte und der Antragsteller einverstanden war, wurde der Vorfall zu einem offiziellen Fall gemacht; eine Wiedergutmachungsgebühr zu 5 Mio. Won (etwa 3.800 Euro) musste gezahlt werden.

Dieses Vorgehen war offenbar recht effektiv. Am 1. April 2020 veröffentlichte das Ministerium für Beschäftigung und Arbeit die Ergebnisse einer "Untersuchung der Nutzung von freien Tagen zur Pflege von Familienangehörigen",⁶ die zeigte, dass das System der freien Tage zur Pflege von

5 "Über Nothilfegelder für die Kosten familiärer Pflege im Zusammenhang mit Corona 19" des Ministeriums für Beschäftigung und Arbeit vom 28. Februar 2020 (고용노동부,가족돌봄비용 긴급지원 (2020.2.28) http://www.moel.go.kr/news/cardinfo/view.do?bbs_seq=20200201491).

6 Pressemitteilung des Ministeriums für Beschäftigung und Arbeit vom 1. April 2020 "Über die Umfrageuntersuchung zur Nutzung der freien Tage zur Pflege von Familienangehörigen" (고용노동부, '가족돌봄휴가 활용 설문조사'(2020.4.1) http://www.moel.go.kr/news/enews/report/enewsView.do?news_seq=10843). Dem Untersuchungsergebnis zufolge kannten 79,3% der Arbeitgeber und 61,6% der Beschäftigten die freien Tage zur Pflege von Familienangehörigen. Je größer das Unternehmen, desto höher war der Bekanntheitsgrad. Beschäftigte, die Ange-

Familienangehörigen einen recht hohen Bekanntheitsgrad hat und häufig genutzt wird.

Anträgen auf Nothilfegeld für Pflegekosten von Familienangehörigen wurden ab dem 16. März 2020 angenommen und schon in den knapp 2 Wochen bis zum 30. März hatten mehr als 37.000 Personen den Antrag gestellt. Das entspricht etwa 41% der vom Ministerium für Beschäftigung und Arbeit geschätzten Anzahl von Personen, für die diese Hilfgelder infrage kommen.

c) Verlängerung der freien Tage für die Pflege von Familienangehörigen aufgrund der Corona-Krise

Am 9. September 2020 wurde das GBGB erneut geändert und trat sofort in Kraft. Mit der Änderung wurde dem Gesetz hinzugefügt, dass unter der Voraussetzung, dass zur Corona-Infektionslage die Warnstufe "ernst" gegeben wurde, zusätzlich zu den Tagen (bisher 10 Tage), die zur Betreuung genommen werden konnten, wenn Familienangehörige infiziert sind oder wenn Kitas, Schulen und andere Einrichtungen für Kinder und Jugendliche bis 18 Jahre geschlossen sind, nun weitere 10 Tage für die Betreuung von Familienangehörigen möglich sind (15 Tage für alleinerziehende Eltern) (§ 22-2 Abs. 4 Nr. 3 und Abs. 5 GBGB).

Damit konnten auch Beschäftigte, die bereits alle freien Tage zur Pflege von Familienangehörigen für das erste Halbjahr 2020 ausgeschöpft hatten, weitere Urlaubstage nutzen. Die Zahlung von Nothilfegeldern für Pflegekosten von Familienangehörigen läuft auch weiterhin.

hörige betreuen, baten die eigenen Eltern darum, nahmen bezahlten Jahresurlaub, nutzten verkürzte Arbeitszeiten oder tageweisen Urlaub zur Pflege von Familienangehörigen. Besonders von den Beschäftigten mit Kindern bis 8 Jahre nutzten viele tageweisen Urlaub zur Betreuung von Familienangehörigen. Dies dürfte ein Effekt der Hilfszahlungen sein.

3. Das System der Forderung von verkürzten Arbeitszeiten und Hilfgelder zur Unterstützung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie

a) Erweiterung des Nutzungszwecks mit der Änderung von 2019

Das Recht zur Forderung von verkürzten Arbeitszeiten wurde gleichzeitig mit den oben genannten Regelungen für die freien Tage zur Pflege von Familienangehörigen bei der Änderung des Gesetzes über die Gleichberechtigung in der Beschäftigung von 2019 neu eingerichtet.

Bisher konnte in Südkorea zur Geburt und zum Aufziehen von Kindern verkürzte Arbeitszeit (vgl. § 19-2 GBGB) genutzt werden. Mit der Gesetzesänderung von 2019 wurde zusätzlich zu den Regelungen zur verkürzten Arbeitszeit als weiteres Mittel zur Betreuung von Kindern das "System der verkürzten Arbeitszeit für die Betreuung der Familie" mit stark erweitertem Nutzungszweck neu eingerichtet.

Mit dem "System der verkürzten Arbeitszeiten für die Betreuung der Familie" können Beschäftigte vom Arbeitgeber die Verkürzung der Arbeitszeit verlangen,

1. wenn sie Familienangehörige aufgrund von Krankheit, Unfall oder Alter der Familienangehörigen betreuen,
2. wenn sie aufgrund von Krankheit oder Verletzung durch Unfall oder ähnliches für ihre eigene Gesundheit sorgen müssen,
3. wenn sie sich ab dem Alter von 55 Jahren auf das Ausscheiden aus dem Berufsleben vorbereiten oder
4. wenn sie sich aus- oder weiterbilden.

Es zeigte sich, dass von diesen Nutzungszwecken diejenigen, die für die Beschäftigten selbst und für ihre Familie gedacht sind (Punkte ① und ②), ein großer Pluspunkt in den Maßnahmen zur Bewältigung der Corona-Krise waren. Beschäftigte, die eine kürzere Arbeitszeit benötigen, verlangen vom Arbeitgeber die Nutzung des Systems, und die Arbeitgeber müssen dies bewilligen, sofern nicht einer der im Präsidialdekret genannten Umstände vorliegt, zum Beispiel dass kein Ersatzpersonal zu finden ist oder dass der normale Betrieb gravierend beeinträchtigt wird (§ 22-3 Abs. 1 GBGB). Wenn Arbeitgeber nicht auf die Forderung eingehen können, müssen sie den betreffenden Beschäftigten die Gründe dafür schriftlich mitteilen und sind verpflichtet, mit den Beschäftigten zu beraten, ob Urlaubstage oder andere Maßnahmen zur Unterstützung genutzt werden können (§ 22-3 Abs. 2 GBGB)

Die Nutzung des Systems muss 30 Tage vor dem geplanten Beginn beantragt werden. Falls dem Beschäftigten nicht genug Zeit für diese Frist

bleibt, kann der Arbeitgeber einen beliebigen Tag innerhalb von 30 Tagen nach der Antragstellung als Tag des Nutzungsbegins festlegen. Wenn andererseits der Beschäftigte ausreichend Zeit von mehr als 30 Tagen hat und den Beginn der Nutzung entsprechend festlegt, darf der Arbeitgeber den Tag des Beginns nicht ohne Zustimmung des Betroffenen ändern.

Beim Antrag auf Nutzung kann der Arbeitgeber vom Beschäftigten verlangen, dass schriftliche Belege zur Begründung vorgelegt werden. Ob die Vorlage solcher Dokumente notwendig ist oder nicht, ist jedoch dem Urteil des Arbeitgebers überlassen und keine Bedingung für den Nutzungsantrag.

b) Festlegung von Maximal- und Minimalzeiten und Garantie des Rückkehrrechts sowie Arbeitsbedingungen

Im System der verkürzten Arbeitszeiten sind Maximal- und Minimalzeiten festgelegt. Die verkürzte Arbeitszeit muss demnach pro Woche mindestens 15 Stunden betragen und darf 30 Stunden nicht überschreiten (§ 22-3 Abs. 3 GBGB).

Weiterhin wird nach dem Ende der Arbeitszeitverkürzung auch das Recht zur Rückkehr garantiert. Wenn die Zeit vorbei ist, für welche die verkürzte Arbeitszeit genutzt wurde, müssen Arbeitgeber den betreffenden Beschäftigten die Möglichkeit geben, zur selben Arbeitszeit wie vor der Nutzung zurückzukehren, oder sie müssen eine gleiche Arbeit oder eine andere Arbeit mit Entgelt auf derselben Stufe anbieten (§ 22-3 Abs. 5 GBGB).

Verkürzte Arbeitszeit kann ein Jahr lang genutzt werden. Bei triftigen Gründen kann die Nutzungszeit bis auf weitere zwei Jahre verlängert werden (§ 22-3 Abs. 4 GBGB).

Arbeitgeber dürfen Beschäftigten, die verkürzte Arbeitszeit nutzen, nicht aus diesem Grund kündigen und sie dürfen ihnen keine sonstigen Nachteile daraus entstehen lassen (§ 22-3 Abs. 5 GBGB). Bezüglich der Arbeitsbedingungen gilt, dass während des Zeitraums der verkürzten Arbeit die Arbeitsbedingungen zwar entsprechend der Arbeitszeit geändert werden können. Mit der Begründung, dass jemand verkürzt arbeitet, um für die Familie zu sorgen, dürfen diese Änderungen jedoch nicht nachteilig sein (§ 22-3 Abs. 4 GBGB). Die Arbeitsbedingungen während des Zeitraums der verkürzten Arbeit müssen außerdem schriftlich festgelegt werden (§ 22-3 Abs. 2 GBGB).

c) Unterstützung durch "Subventionen für Beschäftigung und Work-Life-Balance"

aa) Das grundsätzliche Vorgehen

Um die Nutzung des Systems der verkürzten Arbeitszeit zu fördern, hat die südkoreanische Regierung " Subventionen für Beschäftigung und Work-Life-Balance" eingerichtet und zahlt Unterstützung, wenn Beschäftigte ihre reguläre Arbeitszeit auf 15 – 35 Stunden pro Woche verkürzen. Diese Subventionen können zur Ergänzung des Entgelts, für zusätzliche Kosten von Ersatzpersonal oder für indirekte Arbeiten genutzt werden und werden für maximal 1 Jahr (für Ersatzpersonal 1 Jahr 2 Monate) an den Unternehmer gezahlt.

Das heißt, wenn Arbeitgeber an Beschäftigte mit verkürzter Arbeitszeit ein Entgelt zahlen, das höher ist als das der verkürzten Zeit eigentlich entsprechende Entgelt, können 80% dieser zusätzlichen Kosten subventioniert werden. Ein Beispiel: Ein Beschäftigter arbeitete bisher 40 Stunden pro Woche und verkürzt die Arbeitszeit nun auf 20 Stunden pro Woche. Das Entgelt war vor der Verkürzung 2 Mio. Won (etwa 1.500 Euro) und beträgt und nach der Verkürzung 1,5 Mio. Won (etwa 1.130 Euro). In diesem Fall entsteht dem Arbeitgeber eine Belastung von 500.000 Won (etwa 380 Euro). 80% von diesen 500.000 Won, also 400.000 Won (etwa 304 Euro) werden dann als Subvention gezahlt.

Wenn der Arbeitgeber außerdem Personal einstellt, das die Arbeit des verkürzt arbeitenden Beschäftigten übernimmt, wird eine Subvention von maximal 80% des Gehalts des betreffenden Arbeitnehmers für maximal ein Jahr und zwei Monate gezahlt.

Beschäftigte, für die Beschäftigungssubventionen gezahlt werden, müssen für mindestens sechs Monate vor Beginn der Arbeitszeitverkürzung beschäftigt gewesen sein und die Arbeitszeitverkürzung muss mindestens zwei Wochen lang dauern.

bb) Sonderrichtlinie für die Corona-Krise

Angesichts der Corona-Krise erließ die südkoreanische Regierung zu den "Subventionen für Beschäftigung und Work-Life-Balance" eine "Sonderrichtlinie für die Corona-Krise". Mit dieser Sonderrichtlinie wird an Arbeitgeber eine Subvention gezahlt, wenn Beschäftigte eine verkürzte Arbeitszeit mit der Begründung verlangen, dass sie plötzlich Kinder betreuen müssen.

Mit der Sonderrichtlinie wurde die Regelung, dass die betreffenden Beschäftigten "mindestens sechs Monate" oder mehr beschäftigt gewesen sein müssen, auf "mindestens ein Monat" verkürzt, und auch die Bedingung des Mindestzeitraums verkürzter Arbeitszeit wurde ausgesetzt.⁷ Die Sonderrichtlinie gilt nach aktuellem Stand bis zum 31. Dezember 2020.

Ein Blick auf die bis Juli 2020 tatsächlich gezahlten Beträge der Subventionen für Beschäftigung und Work-Life-Balance zeigt, dass die Möglichkeit verkürzter Arbeitszeiten mit der Vertiefung der Corona-Krise ab März 2020 verstärkt genutzt wurde. Im Vergleich zum jeweils selben Monat des Vorjahres wurden sie im Mai mehr als doppelt so häufig genutzt (222%), im Juni mehr als dreimal so viel (317.5%) und im Juli mehr als viermal so viel (436,9%). Die Nutzung stieg also rapide an.⁸

III. Beschäftigung und familiäre Betreuung in der Corona-Krise in Deutschland

1. Das grundsätzliche Herangehen an die Vereinbarkeit von Beruf und Familie in Deutschland

In Deutschland ist die gesetzliche Struktur zur Garantie der Vereinbarkeit von Beruf und Familie von Beschäftigten so gestaltet, dass die Festlegungen von § 275 Abs. 3 und § 616 BGB zuerst die grundlegende Auffassung vorgeben. Davon ausgehend, regeln Sondergesetze die rechtliche Absicherung von Beschäftigten wie das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG), das Sozialgesetzbuch V (SGB V), das Pflegezeitgesetz (PfZG) oder das Familienpflegezeitgesetz (FPfZG).

a) Die aus dem BGB hergeleitete Vorrangstellung der Familie

§ 275 Abs. 3 BGB besagt, dass Schuldner, bei denen die Pflicht zur Erfüllung mehrerer Leistungen kollidiert, garantiert wird, dass die Ausführung einer bestimmten Pflicht den Vorrang hat. Das Gesetz lautet: "Der

7 http://www.worklife.kr/website/index/m3/support_child.asp.

8 Pressemitteilung des Ministeriums für Beschäftigung und Arbeit vom 31. August 2020: "Verstärkter Nutzen der Beschäftigungsförderungssubventionen für Vereinbarkeit von Beruf und Familie für die Notbetreuung von Kindern in Reaktion auf Corona" 19" (고용노동부2020.8.31보도자료, 워라벨일자리장려금, 코로나19대응 긴급자녀돌봄에 활용효과 특특 http://www.moel.go.kr/news/eneews/report/eneewsView.do?news_seq=11324) . .

Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann." Wendet man dies auf die familiäre Betreuung an, bedeutet das: Wenn Beschäftigte die Pflicht zur Arbeitsleistung und die Pflicht der Familienfürsorge nicht gleichzeitig erfüllen können, dabei der Familienfürsorge den Vorrang geben und deshalb nicht zur Arbeit kommen, dann ist dies gesetzlich zulässig.

Weiterhin regelt § 616 BGB, dass ein Beschäftigter das Recht auf Entgelt nicht verliert, wenn er für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit und egal ob absichtlich oder unabsichtlich aus einem in seiner Person liegenden Grund die Arbeitsleistung nicht erbringen kann. Da die Betreuung der Familie als ein in der Person liegender Grund verstanden wird, ist es möglich, sich um die Familie zu kümmern und gleichzeitig vom Arbeitgeber ein Entgelt bezahlt zu bekommen.⁹

b) Sondergesetz zur Kindererziehung von Beschäftigten

Von den Gesetzesrechten, die auf den im BGB festgelegten Prinzipien basierend geschaffen wurden, regelt das BEEG die Fürsorge für Kinder. Bezüglich sonstiger Sorge für die Familie gibt es im Sozialgesetzbuch V Regelungen zum Krankengeld, Pflegegeld (PfZG) und Familienzeitgeld (FPfZG).

Das BEEG garantiert Elternzeit (also Urlaub für das Aufziehen von Kindern) grundsätzlich, bis das Kind drei Jahre (36 Monate) alt ist. Die Regelung besagt, dass von den 36 Monaten Elternzeiturlaub bis zu 24 Monate auf einen anderen Zeitraum verschoben werden können, bis das Kind acht Jahre alt ist (§ 15 Abs. 1 und 2 BEEG). Beschäftigte können während der Elternzeit mit verkürzter Arbeitszeit arbeiten. Die verkürzte Arbeitszeit muss zwischen 15 und 30 Stunden pro Woche betragen und diese Arbeitsweise muss mindestens zwei Monate lang beibehalten werden (§ 15 Abs. 7 BEEG).

Wenn Urlaub genommen wird, um Elternzeit zu nehmen, oder wenn verkürzt gearbeitet wird, muss dies bis sieben Wochen vor Beginn des Urlaubs (wenn das Kind zwischen drei und acht Jahre alt ist, 13 Wochen

⁹ Wie die „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“ zu bestimmen war, blieb umstritten; die Meinungen reichten von drei Tagen bis zu sechs Wochen (BUND VERLAG EXTRA Corona & Arbeitsrecht, 2020, S. 42).

vorher) schriftlich beim Arbeitgeber beantragt werden. Der Teil des Einkommens, der durch die Elternzeit oder die verkürzte Arbeitszeit verloren geht, wird als "Elterngeld" gezahlt und beträgt 67% des Einkommens vor der Geburt des Kindes. Die Zahlung erfolgt grundsätzlich ab der Geburt des Kindes über 12 Monate.

Wenn weiterhin Beschäftigte Urlaub nehmen, um ein krankes Kind unter 12 Jahren zu pflegen, wird von der Krankenversicherung Krankengeld gezahlt (§ 45 Abs. 1 SGB V). Dieses Krankengeld (70% des durchschnittlichen Entgelts) wird gezahlt, wenn ein ärztliches Attest bestätigt, dass zur Kranken- und sonstigen Pflege des Kindes die betreffende Person von der Arbeit fernbleiben muss und wenn keine andere Person, die zur Familie gehört und im selben Haushalt lebt, die Pflege des Kindes übernehmen kann (§ 45 und § 47 SGB V).

Der Zeitraum, für den Krankengeld gezahlt wird, ist pro Kind maximal 10 Tage pro Jahr (für Alleinerziehende 20 Tage), die Obergrenze der Tage, die ein Elternteil pro Jahr nehmen kann, ist 25 Tage (50 Tage für Alleinerziehende).

c) Sondergesetze zur Pflege von Familienangehörigen

Die gesetzlichen Garantien für die Betreuung von Familienmitgliedern, die nicht unter das BEEG fallen, sind im PfZG und im FPfZG festgelegt.

Das PfZG garantiert Arbeitnehmern das Recht, pro pflegebedürftigen Familienangehörigen maximal zehn Tage Kurzurlaub (§ 2) sowie gegenüber Unternehmern, die mehr als 15 Angestellte beschäftigen, langfristig bis sechs Monate vollständige oder teilweise Freistellung von der Arbeit zu verlangen (§ 3 und § 4). Kurzurlaub bis zu zehn Tage muss dem Unternehmer nicht vorher angekündigt werden, langfristiger Urlaub bis zu sechs Monate muss zehn Tage vorher angekündigt werden.

Von Unternehmern, die mehr als 25 Angestellte beschäftigen, können Arbeitnehmer nach dem FPfZG eine verkürzte Arbeitszeit über maximal 24 Monate (15 Stunden oder mehr pro Woche) verlangen. Diese Forderung muss der Beschäftigte dem Unternehmer grundsätzlich 8 Wochen vorher ankündigen.

Wenn sowohl Pflegeurlaub aufgrund des PfZG als auch verkürzte Arbeit aufgrund des FPfZG genutzt werden kann, kann der Urlaub in Kombination pro Beschäftigten bis zu 24 Monate lang sein.

Im Fall von Kurzurlaub aufgrund des PfZG wird von der Pflegekasse, also dem Träger der Pflegeversicherung, 90% des vorherigen Verdienstes als Pflegeunterstützungsgeld gezahlt (§ 2). Bei Pflegezeit von maximal

sechs Monaten oder Familienpflegezeit von maximal 24 Monaten kann ein kostenloser Kredit des Familienamtes für Familie und zivilgesellschaftliche Aufgaben (BAFzA) genutzt werden.

d) Rückkehr zu den im BGB festgelegten Prinzipien

In Deutschland, wo wie oben beschrieben vorgegangen wird, waren die Maßnahmen zwar im Einzelnen abhängig von der konkreten Situation der Familien, für welche die Beschäftigten sorgten, als die Corona-Krise ausbrach, allgemein konnten jedoch lediglich die zehn Tage Kurzarbeit in Notfällen nach dem PfZG sofort genutzt werden. Alle anderen Systeme waren nicht so ausgelegt, dass sie nun bei plötzlichen Schließungen von Kitas und Schulen angewendet werden konnten, selbst wenn die Betroffenen zur Nutzung berechtigt gewesen wären.

In diesen Fällen greift man im Prinzip wieder auf die Regeln zurück, die im § 275 Abs. 3 und § 616 BGB festgelegt sind.¹⁰

2. Vorgehen zur Betreuung der Familie (Sorge für Kinder) durch Beschäftigte in der Corona-Krise

a) Hintergrund

In Deutschland begannen sich die Auswirkungen von Covid 19 im März 2020 deutlich zu zeigen. Angesichts der Ausbreitung der Infektionen wurden in Deutschland verstärkte Einschränkungen und verschiedene Arten von Unterstützungsmaßnahmen beschlossen, um die Ausbreitung der Infektion zu verhindern. Am 27. März 2020 wurden insgesamt sechs Bundesgesetze¹¹ auf den Weg gebracht.

10 Vgl. Bundesministerium für Arbeit und Soziales auf seiner Website >Information zu Corona >Fragen und Antworten> Antworten auf arbeitsrechtliche Fragen; *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, S. 1114; *Fuhrott/ Fischer*, NZA 2020, S. 411; *Hohenstatt/Krois*, NZA 2020, S. 414; *Kleinebrink*, DB 2020, S. 952 f; BUND VERLAG EXTRA Corona / Arbeitsrecht, S. 42.

11 Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Wirtschaftsstabilisierungsfondsgesetz - WStFG) (BGBl. I S. 543), Gesetz über die Feststellung eines Nachtrags zum Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 2020 (Nachtragshaushaltsgesetz 2020) (BGBl. I S. 556), Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (BGBl. I S. 569),

Die Maßnahmen bezüglich der familiären Betreuung durch Beschäftigte sind in §§ 56 ff. des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) festgelegt, dem mit dem Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite eine Änderung hinzugefügt wurde.

§ 56 IfSG besagte ursprünglich, dass Personen, deren Arbeitstätigkeit aufgrund des Verdachts der Verbreitung einer Krankheit untersagt wurde und die dadurch wirtschaftliche Verluste erleiden, finanziell unterstützt werden. Um auf die Corona-Krise zu reagieren, wurde in § 56 IfSG ein neuer Absatz 1a eingefügt.

Er legt fest, dass Erziehende von Kindern finanzielle Unterstützung erhalten, wenn sich ihr Einkommen verringert, weil sie Kinder betreuen, deren Kitas oder Schulen auf Anordnung des zuständigen Amtes vorübergehend geschlossen oder deren Betreten untersagt wurde.

Nach der Änderung vom 27. März 2020 wurde derselbe Paragraph noch einmal am 19. Juni¹² und dann erneut am 18. November¹³ desselben Jahres teilweise geändert.

b) Ausgleich von verringertem Einkommen infolge der Schließung von Kitas und Schulen

aa) Leistungsberechtigte

§ 56 IfSG legt fest, dass erwerbstätige Personen eine finanzielle Entschädigung erhalten, wenn sie alle folgenden Bedingungen erfüllen: „wenn

1. Einrichtungen zur Betreuung von Kindern, Schulen oder Einrichtungen für Menschen mit Behinderungen von der zuständigen Behörde zur Verhinderung der Verbreitung von Infektionen oder übertragbaren Krankheiten auf Grund dieses Gesetzes vorübergehend geschlossen werden oder deren Betreten, auch aufgrund einer Absonderung, untersagt wird [...],

Gesetz für den erleichterten Zugang zu sozialer Sicherung und zum Einsatz und zur Absicherung sozialer Dienstleister aufgrund des Coronavirus SARS-CoV-2 (Sozialschutz-Paket) (BGBl. I S. 575), Gesetz zum Ausgleich COVID-19 bedingter finanzieller Belastungen der Krankenhäuser und weiterer Gesundheitseinrichtungen (COVID- 19-Krankenhausentlastungsgesetz) (BGBl. I S. 580), Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BGBl. I S. 587).

12 Vom 19.06.2020 BGBl. I, S. 1385.

13 Vom 18.11.2020 BGBl. I, S. 2397.

2. die erwerbstätige Person ihr Kind, das das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat oder behindert und auf Hilfe angewiesen ist, in diesem Zeitraum selbst beaufsichtigt, betreut oder pflegt, weil sie keine anderweitige zumutbare Betreuungsmöglichkeit sicherstellen kann, und
3. die erwerbstätige Person dadurch einen Verdienstausschlag erleidet."

Unter Punkt ① war "wenn... deren Betreten, auch aufgrund einer Absonderung, untersagt wird" im Gesetz vom 27. März nicht enthalten und wurde am 18. November neu aufgenommen. Leistungsberechtigte müssen, wenn das zuständige Amt und der Arbeitgeber dies verlangen, gegenüber dem betreffenden Arbeitgeber nachweisen, dass es für den betreffenden Zeitraum keine andere zumutbare Alternative für die Betreuung des Kindes gibt.¹⁴ Außerdem besteht kein Leistungsanspruch, wenn die Schule oder Einrichtung z.B. während des Sommers oder während der Schulferien sowieso geschlossen ist.

Ein Ausgleich für verringertes Einkommen ist nach dem Infektionsschutzgesetz nur für die Betreuung von Kindern möglich. Falls andere Familienmitglieder an Covid 19 erkrankt sind und betreut werden müssen, oder wenn die Betreuungseinrichtung geschlossen oder das Betreten aus Gründen des Infektionsschutzes untersagt ist und deshalb die Betreuung zu Hause erfolgen muss, gibt es keinen Ausgleich für Beschäftigte, die die betreffende Familie betreuen.

bb) Möglicher Leistungszeitraum und Leistungsbetrag

Der Zeitraum, über den Entschädigungsleistungen bezogen werden können, war nach dem Gesetz vom 27. März maximal sechs Wochen und der Maximalbetrag war 2016 Euro pro Monat. Mit dem Gesetz vom 19. Juni

14 Diese Bedingungen sind ziemlich streng. Das heißt, wenn von Kitas oder Schulen eine sogenannte Notbetreuung verlangt werden kann, wenn der anderer Elternteil herangezogen werden kann, wenn andere Familienangehörige oder Verwandte das Kind betreuen können, wenn sich ältere um jüngere Geschwister kümmern können, dann gelten die Bedingungen als nicht erfüllt (vgl. BT-Drs. 19/18111, S. 25, zu Nummer 7 zu Buchstabe a); s. auch: Akemi Yokota, Kazufumi Abe: "Gesetzliche Reaktion auf COVID-19 (Infektion mit dem neuartigen Corona-Virus) in Deutschland – unter dem Blickwinkel der Verteilung der Zuständigkeit von Bund und Ländern sowie dem Gesetz über Verwaltungsinformation" JILIS Report Vol. 3 No. 2 (2020) S. 11 ff.

wurde der Zeitraum auf zehn Wochen, für Alleinerziehende auf 20 Wochen geändert. Der Maximalbetrag blieb unverändert (§ 56 Abs. 2 S. 4).

IV. Unterstützung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in der Corona-Krise in Japan

1. Die Schwachstellen im System der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in Japan

a) Überblick über das System

In Japan umfasst die Unterstützung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, was die Sorge für Kindern betrifft, Urlaub bei Krankheit des Kindes und verkürzte reguläre Arbeitszeiten. Außerdem gibt es wahlweise mögliche Maßnahmen (Begrenzung der regulären Arbeitszeit, Nutzung flexibler Arbeitszeiten, Änderung der Zeiten von Arbeitsbeginn und Arbeitsende usw.) sowie Begrenzung von Überstunden und Nacharbeit. Auch für die Pflege von Familienangehörigen ist ein ähnliches System vorgesehen, zu dem neben kurz- und langfristigem Pflegeurlaub auch wahlweise mögliche Maßnahmen (Begrenzung von Überstunden, Nutzung flexibler Arbeitszeiten, Änderung der Zeiten von Arbeitsbeginn und Arbeitsende, Unterstützung für die Kosten von Pflegediensten usw.), Begrenzung von Mehrarbeit und Nacharbeit gehören. Diese Regelungen sind im Gesetz über Erziehungs- und Pflegeurlaub festgelegt.

Man kann jedoch nicht behaupten, dass dieses System zur Begegnung der gegenwärtigen Corona-Krise funktioniert hätte.

Zunächst kann Erziehungsurlaub nur für Kinder im ersten Lebensjahr genommen werden. Freistellung zur Pflege kranker Kinder ist nur für Kinder bis zum Schuleintritt möglich und auf eine Anzahl von lediglich fünf Tagen pro Jahr begrenzt. Verkürzte reguläre Arbeitszeiten können nur für die Betreuung von Kindern bis zu drei Jahren genutzt werden. Auch die wahlweise möglichen Maßnahmen können nur von Beschäftigten genutzt werden, die für Kinder vor dem Schuleintritt sorgen.

Das heißt, die Regelungen für die Vereinbarkeit von Kindererziehung und Arbeit sind so ausgelegt, dass sie nur genutzt werden können, solange die Kinder noch klein sind, und nicht mehr, nachdem die Kinder ins Schulalter gekommen sind. Verkürzte reguläre Arbeitszeiten sind nur für Beschäftigte mit Kindern unter drei Jahren möglich. Zwar kann Urlaub zur Pflege kranker Kinder auch genommen werden, wenn Kitas geschlossen sind, fünf Tage pro Jahr sind jedoch vollkommen unzureichend. Hin-

zu kommt, dass es vom Arbeitsvertrag abhängt, ob für eine verkürzte reguläre Arbeitszeit oder für Urlaub wegen Krankheit des Kindes ein finanzieller Ausgleich gezahlt wird. Im Fall von Erziehungsurlaub zahlt die Arbeitslosenversicherung eine Versicherungsleistung ("Erziehungsurlaubsleistung", 67% des vorherigen Einkommens), für verkürzte reguläre Arbeitszeit oder Urlaub zur Pflege eines kranken Kindes gibt es jedoch keine solche Regelungen.

Die Regelungen für die Vereinbarkeit bezüglich Pflege können von vornherein nur genutzt werden, wenn in der betreffenden Familie eine Person aufgrund von Verletzung, Krankheit oder körperlicher oder geistiger Behinderung ständig gepflegt werden muss. Für Familien, in denen nur zeitweise jemand krank ist, wie es bei Covid 19 der Fall sein kann, ist die Nutzung von vornherein nicht vorgesehen. Folglich ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass das System zur Vereinbarkeit von Pflege und Arbeit nicht zur Betreuung von Familien in der Corona-Krise genutzt werden kann.

Selbst wenn die konkrete Situation die Nutzung zulässt, kann nur eine Person den Pflegeurlaub nehmen, und zwar bis maximal 93 Tage und in maximal drei Abschnitten. Es ist kein System, dass je nach der aktuellen Lage der Infektionen mit dem neuartigen Coronavirus schnell und flexibel genutzt werden könnte. Darüber hinaus werden lediglich fünf Tage im Jahr als Pflegeurlaub anerkannt.

Ebenso wie beim Urlaub zur Betreuung kranker Kinder hängt es auch beim Pflegeurlaub vom Arbeitsvertrag ab, ob für Urlaubstage eine finanzielle Entschädigung erfolgt oder nicht. Bei längerem Pflegeurlaub erfolgt die Zahlung aus der Arbeitslosenversicherung (Pflegeurlaubsleistung, 67% des vorherigen Entgelts), auf tageweisen oder kurzzeitigen Pflegeurlaub trifft dies jedoch nicht zu.

b) Die Schwächen der "Unterstützung der Vereinbarkeit" in Japan

Die Corona-Krise zeigte erneut, dass das bestehende System für Familien mit Kindern in Japan davon ausgeht, dass Kinder in Kitas, Grundschulen und Schulhorten betreut werden, und dass auch im Fall von Pflege die Unterstützung erst greift, wenn die Situation in einer Familie so weit ist, dass ständige Pflege notwendig ist.

Das bestehende System in Japan ist als solches schwach in Situationen, in denen die Familie plötzlich und vorübergehend betreut werden muss. Gerade wenn, wie in der jetzigen Corona-Krise, Kitas und Bildungseinrichtungen geschlossen werden, funktioniert das Unterstützungssystem für die Vereinbarkeit als solches nicht mehr. Auch für Familien, in denen zwar

eine bestimmte Unterstützung, jedoch keine ständige Pflege erforderlich ist, ist Unterstützung nicht von vornherein gesetzlich garantiert.

So kommt es zu dem Paradox, dass die Betroffenen nur dann an den Arbeitsplatz zurückkehren und damit Unterstützung (wie z.B. verkürzte Arbeitszeit) nutzen können, wenn sie die Kinder in der Kita unterbringen. Hinzu kommt das Problem der fehlenden Kita-Plätze vor allem in den Großstädten Japans (das Problem der "wartenden Kinder"), welches die Situation noch zusätzlich verschärft.

Personen mit Familienangehörigen, die zwar nicht ständige Pflege, aber zeitweise Unterstützung benötigen, können am Arbeitsplatz keine Unterstützung für die Vereinbarkeit erhalten. Das ist der Grund dafür, dass solche Personen letztendlich gezwungen sind, mit der Arbeit aufzuhören, und sich dann nur um die Familie kümmern.

Vor diesem Hintergrund führte Japan das folgende System für familiäre Betreuung durch Beschäftigte in der Corona-Krise ein:

2. Bereitstellung von Hilfgeldern als Reaktion bei Schließung von Schulen usw.

Das Ministerium für Gesundheit und Arbeit entschied, dass ab dem 27. Februar 2020 an Unternehmer Subventionen gezahlt werden, wenn sie Beschäftigten (in voller Höhe des normalen Entgelts) bezahlten Urlaub gewähren und wenn diese Beschäftigten als Erziehende Kinder betreuen, die bestimmte Bedingungen erfüllen.

Diese Bedingungen für die Kinder sind:

1. sie besuchen Schulen usw., welche in Reaktion auf Infektionen mit dem neuartigen Coronavirus vorübergehend geschlossen wurden, oder
2. sie sind mit dem neuartigen Coronavirus infiziert und können deshalb nicht zur Schule usw. gehen.

Mit "Schule usw." sind Grundschulen, Förderschulen für Kinder und Jugendliche mit Behinderung und Kitas gemeint. Altersmäßig betrifft dies Kinder bis 12 Jahre und Kinder und Jugendliche mit Behinderung bis 18 Jahre. Als "Erziehende" gelten neben den Sorgeberechtigten auch Vormünder, Adoptiveltern, Großeltern usw., also Personen, die tatsächlich das Kind beaufsichtigen.

Wenn Unternehmer zusätzlich zum bezahlten Jahresurlaub laut Arbeitsnormengesetz bezahlten Urlaub bieten und Beschäftigte diesen Urlaub nutzen, kann der Unternehmer eine Subvention von 100% des Entgelts für die betreffenden Beschäftigten, die den bezahlten Urlaub nehmen,

erhalten. Allerdings wurde eine Obergrenze festgelegt, die vom 27. Februar bis 31. März 2020 8.300 Yen und nach dem 1. April 15.000 Yen betrug.

3. Einrichtung des Subventionsprogramms "Sonderregelungen in Reaktion auf Infektionen mit dem neuartigen Coronavirus", um zu verhindern, dass Beschäftigte ihre Stelle verlieren, weil sie Familienangehörige pflegen

Das Ministerium für Gesundheit und Arbeit erließ Sonderregelungen, wenn Personen in der Familie gepflegt werden. Konkret bedeutet das, dass kleine und mittlere Betriebe Subventionen erhalten, wenn sie in Reaktion auf die Corona-Pandemie Urlaub gewähren. Dieser Urlaub gilt für Beschäftigte, die durch den Einfluss der Corona-Krise nicht zur Arbeit gehen können, weil Familienangehörige gepflegt werden müssen, er umfasst fünf Tage und gilt in der Zeit vom 1. April 2020 bis 31. März 2021.

Dieser Urlaub muss ein Sonderurlaub sein, der vom gesetzlichen kurz- und langzeitigen Pflegeurlaub und vom Jahresurlaub getrennt ist. Der Unternehmer erhält eine Subvention, wenn Beschäftigte diesen bezahlten Urlaub nehmen und eine der folgenden Bedingungen zutrifft:

1. wenn die Pflegeeinrichtung, die von dem pflegebedürftigen Familienmitglied genutzt wird, wegen Corona schließt, oder
2. wenn als Reaktion auf Corona die betreffende Person die genutzte Pflegeeinrichtung von sich aus nicht nutzt, oder
3. wenn die Person, die normalerweise das zu pflegende Familienmitglied betreut, aufgrund von Corona die familiäre Pflege nicht durchführen kann.

Subventionen werden in Höhe von 200.000 Yen (etwa 1.600 Euro) gezahlt, wenn die betreffenden Beschäftigten zwischen fünf und zehn Tagen Urlaub nehmen, und 350.000 Yen (etwa 2.800 Euro) bei Urlaub von insgesamt zehn Tagen oder mehr. Dabei gibt es eine Maximalgrenze für die Anzahl der Personen, für welche die Subvention beantragt werden kann. Für kleine und mittlere Unternehmen sind das fünf Personen. Das heißt, ein Unternehmer kann maximal 1.750.000 Yen (350.000 Yen x 5 Personen, etwa 14.000 Euro,) an Subvention erhalten.

4. Subvention für Urlaub von schwangeren Beschäftigten

Weiterhin wurden neben den oben genannten Subventionen für Urlaub aufgrund von Schulschließungen und den Sonderregelungen in Reaktion

auf Infektion mit dem neuartigen Coronavirus neue Subventionen für Unternehmer eingerichtet, die Voraussetzungen bieten, unter denen schwangere Beschäftigte leichter Urlaub nehmen können.

Diese Subventionen waren möglich für Unternehmen, die zwischen dem 7. Mai und 30. September 2020 eine Urlaubsmöglichkeit eingerichtet haben, nach der schwangere Beschäftigte Urlaub nehmen können, wenn der Arzt oder die Hebamme dies als Maßnahme zur Gesunderhaltung der Mutter hinsichtlich einer Infektion mit dem neuartigen Coronavirus für notwendig erachten. Unternehmer, die zwischen dem 7. Mai 2020 und dem 31. Januar 2021 insgesamt fünf Tage dieses Urlaubs gewähren, erhalten 250.000 Yen (Urlaub von mindestens fünf und weniger als 20 Tagen) sowie danach für jeweils 20 Tage zusätzlich 150.000 Yen (bis zum Maximalbetrag 1 Mio. Yen) als Subvention.

Bei dieser Art des bezahlten Urlaubs brauchen Unternehmer an die Beschäftigten nicht den vollen Betrag des normalen Entgelts zu zahlen, sondern 60% sind ausreichend. Ein Betrieb kann diese Unterstützung für maximal 20 Personen erhalten.

V. Einige Überlegungen

1. Die Besonderheiten des Systems in Südkorea

Die Besonderheiten der Unterstützung für die Vereinbarkeit von Arbeit und Familie in der Corona-Krise in Südkorea lassen sich grob in 3 Punkten zusammenfassen:

Erstens: Das System der Unterstützung für Vereinbarkeit in Südkorea war von vornherein so ausgelegt, dass es relativ flexibel genutzt werden konnte, wenn sich im Privatleben von Beschäftigten die Notwendigkeit ergab, Familienangehörige zu betreuen.

Zunächst ist der Rahmen des Begriffs "Familie", in dem die Unterstützung genutzt werden kann, weit gesteckt. Natürlich muss sowohl im Fall von Familienpflegeurlaub als auch von Arbeitszeitverkürzung gegenüber dem Unternehmer begründet werden, warum Unterstützung genutzt werden soll. Wenn der Unternehmer dies verlangt, müssen schriftliche Dokumente vorgelegt werden, um nachzuweisen, dass tatsächlich z.B. ein Familienmitglied krank ist und betreut werden muss (GBGB Präsidialdekret Nr. 31169 § 16-2). Dabei gelten jedoch keine mechanischen Kriterien wie z.B. das Alter des Familienmitglieds, aufgrund welcher Unterstützung möglich ist oder nicht.

Außerdem muss die Nutzung dem Unternehmer nicht zuvor angekündigt werden. Da weiterhin im System der Arbeitszeitverkürzung die Mindestarbeitszeit auf 15 Stunden pro Woche festgelegt ist, ist es sowohl möglich, mehrere Tage wenige Stunden (z.B. täglich drei Stunden) als auch wenige Tage mehr Stunden (z.B. zwei Tage in der Woche acht Stunden) zu arbeiten.

Am wichtigsten ist jedoch, dass dieses System als Gesetz eingerichtet wurde. Da das Gesetz über die Gleichberechtigung in der Beschäftigung den Beschäftigten das Recht auf Pflegeurlaub usw. garantiert, kann der Arbeitgeber es grundsätzlich nicht ablehnen, wenn ein Beschäftigter die Nutzung des Systems für die Betreuung der Familie verlangt. Wenn ein Beschäftigter beim Arbeitgeber die Nutzung beantragt und der betreffende Urlaub oder die verkürzte Arbeitszeit den normalen Betrieb des Unternehmens beeinträchtigt, muss der Arbeitgeber mit dem Beschäftigten beraten, ob die Zeit geändert wird (§ 22-2 GBGB im Fall von Pflegeurlaub für Familienangehörige), oder er muss andere Maßnahmen zur Unterstützung anbieten (§ 22-3 Abs. 2 GBGB).

Zweitens: Mit der Verschärfung der Corona-Krise und je länger sie andauert, werden die Gesetze schrittweise angepasst und die Regelungen so geändert, dass sie immer breiter anwendbar werden. Deshalb ist anzunehmen, dass das System zur Unterstützung der Vereinbarkeit als solches auch nach dem Ende der Corona-Krise gute Möglichkeiten hat, in der Gesellschaft verankert zu werden.

Drittens: Auch das Vorgehen zur finanziellen Entschädigung sowohl von Beschäftigten als auch von Unternehmern kann als beispielhaft gelten. Zunächst einmal können Beschäftigte, die Urlaub zur Pflege von Familienangehörigen nehmen und keine Bezahlung erhalten, pro Tag 50.000 Won bekommen. Ob dieser Betrag ausreichend bemessen ist, sei dahingestellt. Auf jeden Fall ist das Geld eine direkte finanzielle Hilfe für den Lebensunterhalt der Beschäftigten.

Weiterhin war bezüglich der Forderung nach Arbeitszeitverkürzung von Anfang an eine finanzielle Unterstützung für Unternehmer vorgesehen, die solche Arbeitszeiten ermöglichten, wobei Ausnahmeregelungen hinzugefügt wurden, um der Corona-Krise zu begegnen. Da Unternehmer mit den Hilfszahlungen Entschädigung für mittelbare Arbeitskosten oder Personalkosten für Ersatzpersonal usw. erhalten, wird die finanzielle Belastung der Unternehmer gemildert und es ist zu erwarten, dass es auch in der Corona-Krise mehr und mehr genutzt wird.

2. Die Besonderheiten in Deutschland

Die größte Besonderheit in Deutschland ist, dass Arbeitsverträge entsprechend dem BGB verstanden werden und damit die Priorität der Betreuung der Familie sowie das Recht auf Forderung nach Bezahlung während dieser Zeit in einem bestimmten Umfang gesetzlich garantiert ist.

In Deutschland wird in der Corona-Krise bei Urlaub im Zusammenhang mit Schulschließungen Unterstützung gezahlt. Voraussetzung hierfür ist, dass es Beschäftigten möglich ist, mit der Begründung der Betreuung der Familie vom Arbeitgeber Urlaub zu verlangen. Selbst wenn kurz- und langzeitiger Urlaub nach BEEG, PfZG und FPfZG nicht möglich ist, kann der Urlaub mit der Auslegung des Arbeitsvertrags bewilligt werden, was in diesem Fall große Bedeutung hat.

Eben weil diese grundlegende Struktur vorhanden ist, funktioniert die finanzielle Unterstützung mit Ausnahmeregelungen wie Urlaubsunterstützungsgeld offenbar auch effektiv.

Abgesehen von den Maßnahmen, die Erziehende von Kindern bei Schulschließungen als Urlaubsunterstützungsgeld erhalten können, sind offenbar keine weiteren Maßnahmen für die Betreuung weiterer Familienangehöriger vorgesehen. Wenn z.B. durch die Corona-Krise eine Pflegeeinrichtung schließt, in der bis dahin die pflegebedürftigen Eltern betreut wurden, oder wenn es zu Personalmangel kommt, weil Pflegepersonal nicht mehr arbeitet, müssen Familienangehörige die Betreuung übernehmen. Es ist davon auszugehen, dass auch in solchen Fällen für Beschäftigte, die Familienangehörige betreuen, konkrete finanzielle Hilfsmaßnahmen notwendig sind. Es stellt sich die Frage nach einem plausiblen Grund, aus dem diese nicht vorhanden sind.

3. Vorschläge für die japanische Gesetzgebung

Im Vergleich zu Südkorea und Deutschland stellen sich die folgenden beiden Punkte als besonders wichtig heraus:

Der erste Punkt ist, dass in Japan die Vereinbarkeit von Arbeit und Familie nicht zu den Rechten gehört, die allgemein als Rechte von Beschäftigten verankert sind. Natürlich wird das Nutzungsrecht für diejenigen Personen garantiert, auf die die Nutzungsbedingungen nach dem Gesetz über den Erziehungs- und Pflegeurlaub zutreffen. Das gilt jedoch nur innerhalb dieses Rahmens, der alles andere als weit gesteckt ist. Deshalb ist ein angemessenes Vorgehen schwierig, wenn die Betreuung aufgrund

der Schließung von Kitas, Schulen oder Pflegeeinrichtungen nicht mehr möglich ist.

§ 3 Abs. 3 des Arbeitsvertragsgesetzes verlangt, dass beim Abschluss oder bei der Änderung von Arbeitsverträgen die Balance zwischen der Arbeit und dem Privatleben des Beschäftigten berücksichtigt wird. Es ist zu überlegen, ob anhand dieser Regelung in Auslegung des Arbeitsvertrages Urlaub oder Beurlaubung für die Betreuung der Familie verlangt werden kann.

Zweitens ist es in Japan erforderlich, dass in Reaktion auf die Corona-Krise ein System von Hilfgeldern für den Fall von Urlaub aufgrund von Schulschließungen geschaffen wird, mit dem Unternehmen bezahlten Urlaub geben und den Beschäftigten dabei weiterhin 100% des vorherigen Entgelts garantieren können, um so die Nutzung zu fördern. In Südkorea werden im Fall des Familienpflegeurlaubs pro Tag 50.000 Won gezahlt. Im Vergleich dazu ist die Leistung in Japan relativ hoch (die Obergrenze für Hilfgelder ist seit 1. April 2020 15.000 Yen pro Tag).

Im Unterschied zu Deutschland wurde das Subventionsprogramm mit den Sonderregelungen eingerichtet, mit dem Hilfszahlungen zur Unterstützung der Vereinbarkeit möglich sind, um zu verhindern, dass Personen ihre Arbeit aufgeben, um Familienangehörige zu pflegen. Auf diese Weise soll auf das Problem der familiären Pflege in der Corona-Krise eingegangen werden.

Da allerdings, wie im ersten Punkt ausgeführt, für Beschäftigte die Vereinbarkeit von Beruf und Familie nicht als Recht garantiert ist, bringt es für Unternehmer keinerlei juristische Probleme, wenn sie kein System für bezahlten Sonderurlaub einrichten und Beschäftigten keinen bezahlten Urlaub zur Pflege von Familienangehörigen gewähren.

Hinzu kommt, dass mit dem System der Subventionen bei Schulschließungen die Zahlungen an die Unternehmer erfolgen und nicht individuell an die Beschäftigten selbst. Sofern der Unternehmer nicht entsprechend reagiert, besteht die große Gefahr, dass Urlaubsmaßnahmen und finanzielle Unterstützung während dieser Zeit nicht tatsächlich bei den Beschäftigten ankommen. Und tatsächlich werden diese Systeme nur zu einem geringen Grad genutzt.

Damit wird deutlich, dass das System so geändert werden muss, dass Subventionen nicht an Unternehmer gezahlt werden, sondern die Beschäftigten selbst Leistungen beantragen, die dann auch direkt gezahlt werden.

VI. Zusammenfassung

Die Corona-Krise hat erneut die Frage aufgeworfen, was "Unterstützung von Vereinbarkeit" für die Vereinbarkeit von Beruf und Familie für Beschäftigte eigentlich bedeutet.

Das Wichtigste bei der Unterstützung der Vereinbarkeit ist es, dass niemand gezwungen wird, den Weg des Ausscheidens aus dem Arbeitsverhältnis zu wählen, weil Familienangehörige betreut werden müssen. Unterstützung der Vereinbarkeit bedeutet Mittel bereitzustellen, mit denen Beschäftigte, die sich vor die Wahl zwischen Beruf und Betreuung der Familie gestellt sehen, die Möglichkeit haben, beides mit einander zu vereinbaren, so dass sie nicht gegen ihren eigentlichen Willen aus dem Arbeitsmarkt ausscheiden müssen.

Betrachtet man das Problem aus diesem Blickwinkel, dann besteht die große Gefahr, dass in der Unterstützung der Vereinbarkeit, wie sie im japanischen Gesetz über Erziehungs- und Pflegeurlaub vorgesehen ist, „tote Winkel“ entstehen, weil der Nutzungsrahmen begrenzt ist und weil vorausgesetzt wird, dass für die Betreuung und Bildung bzw. für die Pflege von vornherein Einrichtungen außerhalb der Familie genutzt werden. Ob familiäre Betreuung notwendig ist oder nicht, hängt nicht vom Alter des Kindes oder dem Grad der Pflegebedürftigkeit einer Person ab. Hinzu kommt das Problem der mangelnden Kitas und Pflegeeinrichtungen. Es ist notwendig, entweder nach dem Vorbild Südkoreas das System der familiären Betreuung flexibler umzugestalten, oder so wie in Deutschland die "Priorität der Familienbetreuung" mit der vertraglichen Auslegung festzulegen.

Der Lohnanspruch in Zeiten von COVID-19

Rolf Wank

I. Problematik

Mit dem Jubilar bin ich durch unsere gemeinsame Mitgliedschaft in der Deutsch-Japanischen Gesellschaft für Arbeitsrecht, deren Vorsitzender er ist, verbunden. Im Folgenden soll daher auch ein kurzer Blick auf das japanische Arbeitsrecht geworfen werden.

Im Einzelnen zeigt sich, dass für das heutige Verständnis von Vorschriften sowohl ein Blick auf die Entstehungsgeschichte und die Entwicklungsgeschichte als auch eine systematische Betrachtung erforderlich sind. Auch wenn die COVID-19-Krise irgendwann einmal abflaut – grundsätzliche Überlegungen zur Systematik des Lohnfortzahlungsrechts und zur Lohnfortzahlung in Pandemie-Zeiten werden weiterhin von Bedeutung sein.

Die Erkenntnis des geltenden Rechts bezüglich des Lohnanspruchs bei Leistungshindernissen aufgrund der Pandemie wird durch mehrere Umstände erschwert:

- Den zahlreichen Lohnfortzahlungsvorschriften liegt kein geschlossenes Konzept zugrunde. Das führt dazu, dass einzelne Vorschriften nicht aufeinander abgestimmt sind und dass sie manchmal ohne Blick auf den Systemzusammenhang interpretiert werden.
- Der Inhalt einzelner Vorschriften kann sich bei gleichbleibendem Wortlaut im Zeitablauf verändern.
- Auslegungsergebnisse, die für Schönwetterzeiten richtig sein mögen, brauchen nicht auch für eine Pandemiesituation passend zu sein, erst recht nicht für eine „epidemische Lage von nationaler Tragweite“ nach § 5 IfSG.
- Beim Lohnanspruch sind stets zwei Seiten in den Blick zu nehmen: welches Risiko dem Arbeitnehmer zuzumuten ist und welches Risiko der Arbeitgeber nach dem Sinn des Gesetzes tragen soll. Der zweite Aspekt wird manchmal ausgeblendet.

Deshalb soll das besondere Augenmerk folgenden Fragen gelten: Wie verhalten sich die verschiedenen Vorschriften des Arbeitsrechts zu einander,

und wie das Arbeitsrecht zum Sozialrecht? Welche Abweichung vom Normalfall folgt aus der Pandemie?

Im Hinblick auf den Lohnanspruch muss jeweils unterschieden werden zwischen der Freistellung von der Arbeit und der Lohnfortzahlung bei Nichtarbeit.¹ Ausgangspunkte sind § 275 I BGB (Freistellung) und § 326 BGB (Verlust des Lohnanspruchs aus § 611 a II BGB): Ohne Arbeit keine Lohn.² Im Arbeitsrecht lautet dagegen die Regel: In bestimmten Fällen Lohn ohne Arbeitsleistung; dabei sind dann jeweils die Tatbestandsmerkmale für die Freistellung und die Tatbestandsmerkmale für die Lohnfortzahlung gesondert zu prüfen.

Allein für die *Freistellung* kommen in Betracht: § 616 BGB, § 615 Satz 1 BGB, § 615 Satz 3 BGB, § 275 Abs. 3 BGB, § 273 BGB; § 45 SGB V; § 3 EFZG; § 3 PflegeZG. Man kann nicht behaupten, dieser Sammlung verschiedener Gesetze liege eine klare Systematik zu Grunde. Angesichts dessen ist es aber eine Aufgabe der Rechtswissenschaft, einen systematischen Zusammenhang herzustellen.³ Bei den einzelnen Vorschriften ist darüber hinaus zu beachten, dass sie seit der Schaffung des BGB eine lange Geschichte aufzuweisen haben, die sich auf das Auslegungsergebnis auswirkt.

Bei der Freistellung (und bei der Lohnfortzahlungspflicht) kann zwischen der Risikosphäre des Arbeitnehmers und der Sphäre des Arbeitgebers unterschieden werden. Sodann sind die Spezialvorschriften gegenüber § 326 BGB gestuft nach Sachnähe zu überprüfen. Da es um eine Krankheit geht, ist zunächst § 3 EFZG einschlägig.

1 Henssler in MüKoBGB, 8. Aufl., München 2020, § 616 Rn. 27.

2 Spinner in MüKoBGB, 8. Aufl., München 2020, § 611 a Rn. 7.

3 Zur systematischen Auslegung Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl., München 2018, Rn. 139 ff., 276 ff., 744 ff.; Rütbers/Fischer/Birk, Rechtstheorie, 10. Aufl., München 2018, Rn. 139 ff., 276 ff.; 744 ff.; Wank, Juristische Methodenlehre, München 2020, § 9; ders., Festschrift für Heinz Josef Willemsen, 2018, 595 ff.

II. Freistellung und Lohnfortzahlung aus Gründen in der Sphäre des Arbeitnehmers⁴

1. § 3 EFZG

a) Freistellung

§ 3 EFZG regelt die Freistellung nicht explizit, sondern hat zur Tatbestandsvoraussetzung, dass ein Arbeitnehmer “durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert ist“. Die Freistellung erfolgt damit kraft Gesetzes, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens vier Wochen ununterbrochen gedauert hat, § 3 III EFZG. Der Arbeitnehmer ist zwar nach § 5 EFZG zur Anzeige verpflichtet; aber diese ist nicht Tatbestandsvoraussetzung.⁵

aa) Krankheit und Arbeitsunfähigkeit

Der Anspruch entsteht nicht bereits bei Krankheit⁶, sondern nur, wenn diese Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führt.⁷ Insofern sind die ärztlichen Krankschreibungen durchweg nicht gesetzeskonform, wenn sie zwar eine Krankheit attestieren, aber nicht angeben, zu welcher Arbeit der Arbeitnehmer aufgrund dessen nicht fähig ist: Nicht jede Krankheit führt in jedem Beruf zur Arbeitsunfähigkeit.⁸

bb) Symptomfreier Verlauf

Fraglich ist, ob der Arbeitnehmer auch dann iSd. § 3 EFZG krank ist, wenn er zwar infiziert ist, aber die Krankheit bei ihm symptomfrei ver-

4 Zur Trennung nach Sphären s. auch *Grimm* DB 2020, 1177 ff.

5 Zu den Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Obliegenheit *Reinhard* in *ErfK*, 21. Aufl., München 2021, § 5 EFZG Rn. 18.

6 Zum Krankheitsbegriff in § 3 EFZG und in § 44 I SGB V *Düwell* BB 2020, 891 (892).

7 § 2 I Arbeitsunfähigkeits-Richtlinie, dazu *Düwell* BB 2020, 891 (892).

8 Zutr. *Linck* in *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, 18. Aufl., München 2019, § 98 Rn. 11; *ErfK/Reinhard* (Fn. 5), § 3 EFZG Rn. 9, 11; *Sievers* in *NK-GA*, Baden-Baden 2016, § 3 EFZG Rn. 20 ff.

läuft.⁹ Teilweise wird vertreten, es sei dem Arbeitnehmer nicht zuzumuten, zur Arbeit zu kommen, wenn er eventuell andere Arbeitnehmer ansteckt.¹⁰ Aber auch wenn er gem. § 241 II BGB der vertraglichen Nebenpflicht unterliegt, andere Arbeitnehmer nicht zu infizieren, ist er nicht selbst arbeitsunfähig. Eine Berufung auf § 275 III BGB hilft dem Arbeitnehmer nicht, weil diese Vorschrift nur die Freistellung normiert, aber keinen Lohnanspruch gewährt.¹¹ Der Lohnanspruch aus § 3 EFZG ergibt sich nur dann, wenn man den Krankheitsbegriff nach Entgeltfortzahlungsrecht¹² und Krankenversicherungsrecht¹³ ausweitet und auf eine aus dem Arbeitsverhältnis herrührende weit verstandene Arbeitsunfähigkeit erstreckt.

cc) Quarantäne

Befindet sich ein Arbeitnehmer in Quarantäne – etwa weil er aus einem Risikogebiet einreist, ohne dass er selbst infiziert ist –, kann das Argument, er sei als Vireenträger “krank“ iSd. § 3 EFZG, nicht gelten. Die Freistellung folgt aus der behördlichen Anordnung.

b) Lohnfortzahlung

Im Falle des § 3 EFZG enthält die Vorschrift selbst den Anspruch auf Lohnfortzahlung durch den Arbeitgeber, während §§ 615 und 616 BGB an den ursprünglichen Lohnanspruch anknüpfen.

c) Verhältnis zu § 56 Infektionsschutzgesetz

Für die *Freistellung* spielt es keine Rolle, wer das finanzielle Risiko des Arbeitsausfalls trägt – der Arbeitgeber, der Staat oder der Arbeitnehmer.

9 Verneint von *Düwell* BB 2020, 891 (892); *Eufinger* BB 2021, 504 (505); aA *Müller-Glöge* in *MüKoBGB*, 8. Aufl., München 2020, § 3 EFZG Rn. 10.

10 *ErfK/Reinhard* (Fn. 5), § 3 EFZG Rn. 10; *Sievers* in *NK/GA* (Fn. 8), § 3 EFZG Rn. 36; *Vogelsang*, *Entgeltfortzahlung*, München 2003, Rn. 81; differenzierend im Hinblick auf § 15 I 2 *ArbSchG* *Kleinebrink*, *NZA* 2020, 1361 (1362).

11 *MüKoBGB/Hensler* (Fn. 1), § 616 Rn. 10 f.

12 *ErfK/Reinhard* (Fn. 5), § 3 EFZG Rn. 5 ff.

13 *ErfK/Rolls* (Fn. 5), § 44 *SGb V* Rn. 8.

Im Hinblick auf den *Lohnanspruch* in Quarantänefällen kommt § 56 IfSG in Betracht. Zugrunde kann ein behördliches Tätigkeitsverbot nach § 31 Satz 2 IfSG liegen. Greift die Vorschrift ein, zahlt der Arbeitgeber zwar zunächst den Nettolohn für sechs Wochen weiter, aber er kann später Erstattung bei der zuständigen Behörde beantragen, sodass im Ergebnis der Staat die Lohnkosten für sechs Wochen trägt.

§ 56 IfSG gewährt einen Anspruch aber nur, wenn der Arbeitnehmer einen Verdienstausschlag erleidet; das wäre nicht der Fall, wenn der Arbeitnehmer einen Anspruch auf Lohnfortzahlung hätte, sei es aus § 3 EFZG, sei es aus § 616 BGB. Da der Gesetzgeber die Konkurrenz nicht geregelt hat, besteht ein *circulus vitiosus*: Die Lohnfortzahlungsvorschriften könnten auf das IfSG verweisen, das IfSG auf das BGB. Insofern muss unterschieden werden:

Wenn der Arbeitnehmer *selbst infiziert* ist, besteht bei Arbeitsunfähigkeit ein Anspruch nach § 3 EFZG. In diesem Fall gibt es keine Entschädigung nach dem IfSG. Auch wenn die Quarantäneanordnung nur einzelne Arbeitnehmer betrifft, verbleibt es bei § 3 EFZG. Der Landesgesetzgeber kann aber die Kosten des Beschäftigungsverbots übernehmen.¹⁴ Erfasst die Quarantäneanordnung dagegen den gesamten Betrieb und damit die überwiegend gesunden Mitarbeiter, so ist die behördliche Maßnahme (und nicht das Virus) die vorwiegende Ursache der Arbeitsunfähigkeit, § 56 IfSG greift ein.¹⁵ Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass die staatliche Ersatzleistung nur eine Billigkeitsregelung ist, die Fälle erfassen soll, die außerhalb des § 3 EFZG liegen.¹⁶

d) Ergebnis zu § 3 EFZG

Der an COVID-19 erkrankte Arbeitnehmer ist bei daraus folgender Arbeitsunfähigkeit kraft Gesetzes von der Arbeit *freigestellt*.

Im Ergebnis trägt der Arbeitgeber die *Lohnfortzahlungskosten* für erkrankte Arbeitnehmer, wie bei jeder anderen Krankheit. Das gilt auch bei symptomfreiem Verlauf, da der infizierte Arbeitnehmer andere Arbeitnehmer gefährdet. Für die genannten Arbeitnehmer muss der Arbeitgeber

14 *Düwell* BB 2020, 891 (893).

15 *Dehmel/Hartmann* BB 2020, 885 (891); *Greiner* in *MHdB ArbR*, 4. Aufl., München 2018, § 80 Rn. 41; *Müller-Glöge* in *MüKoBGB* (Fn. 1), § 3 EFZG Rn. 10; *Sagan/Brockfeld* NJW 2020, 1112 (1113); *Sievers* jM 2020, 189 (198); *Weller/Lieberknecht/Habrich* NJW 2020, 1017 (1018).

16 *Preis/Mazurek/Schmid* NZA 2020, 1137 (1139).

zwar den Lohn vorstrecken, er erhält ihn aber vom Staat erstattet. Im Falle der Betriebsschließung gilt § 56 IfSG.

2. § 616 BGB

a) Freistellung

Der Freistellungsanspruch ergibt sich mittelbar aus § 616 BGB.

aa) In seiner Person liegender Grund

(1) Infizierte und von Quarantäne Betroffene

§ 616 BGB gewährt einen Anspruch, wenn der Arbeitnehmer „durch einen in seiner Person liegenden Grund.... an der Dienstleistung verhindert wird“. Man könnte versucht sein, dies iSd. § 275 BGB zu verstehen. Dann müsste die Arbeit tatsächlich oder rechtlich unmöglich sein. Die Vorschrift bezieht sich aber nicht auf eine „Unmöglichkeit“, sondern auf einen „in der Person liegenden Grund“. ¹⁷ Was darunter fällt, ergibt sich nicht aus § 275 I BGB, sondern aus der Entstehungsgeschichte und dem Zweck dieser Vorschrift. Typische Fälle sind danach Arztbesuch, Hochzeit und Todesfall. ¹⁸ Die Risikoverteilung lässt sich dadurch rechtfertigen, dass nur ein einzelner Arbeitnehmer betroffen ist und dass der Arbeitgeber es verkraften kann, insoweit als Versicherer zu agieren. ¹⁹

Muss ein Arbeitnehmer kraft behördlicher Vorgaben (Rechtsverordnung, Verwaltungsakt) in Quarantäne gehen, so wird auf eine Ansteckungsgefahr Bezug genommen. Der Arbeitnehmer kann krank sein, muss es aber nicht. Ein durch Allgemeinverfügung verordnetes Tätigkeitsverbot ist betriebsbezogen und nicht personenbezogen. ²⁰

Teilweise wird demgegenüber angenommen, dass ein personenbezogener Gefahrenverdacht bestehe und dass damit immer die persönlichen Ver-

¹⁷ Vgl. *Tillmanns* in MHdB ArbR (Fn. 15), § 77 Rn. 6 ff.

¹⁸ *ErfK/Preis* (Fn. 5), § 616 BGB Rn. 4; *Henssler* in MüKoBGB (Fn. 1), § 616 Rn. 9, 44 ff.

¹⁹ *Grimm*, DB 2020, 1177.

²⁰ *Hohenstatt/Krois* NZA 2020, 413 (415).

hältnisse eine Rolle spielen.²¹ Dabei wird jedoch einseitig auf die Auswirkung eines Risikos abgestellt statt auf den Sinn des Gesetzes, persönliche und damit vereinzelt und für den Arbeitgeber tragbare Fälle abzudecken. Deshalb liegt in Pandemiefällen kein persönlicher Verhinderungsgrund vor.²²

Auch wird bezüglich der Gesetzessystematik verkannt, dass seit langem der Aspekt der Lohnfortzahlung wegen Krankheit aus § 616 BGB ausgegliedert und in das Entgeltfortzahlungsrecht übertragen wurde.²³ Dann ist es unzulässig, das was nach dem EFZG gerade nicht abgesichert ist, über § 616 BGB zu gewähren.²⁴

(2) Kinderbetreuung

Wenn Eltern zur Betreuung ihrer erkrankten Kinder von der Arbeit fernbleiben, haben sie in jedem Kalenderjahr für zehn Tage gegenüber ihrem Arbeitgeber einen Freistellungsanspruch,²⁵ aber keinen Lohnanspruch, sondern stattdessen einen Anspruch auf Krankengeld gegen die Krankenkasse, § 45 II SGB V. Ist ein Kind krank, ohne dass die Voraussetzungen des § 45 SGB V erfüllt sind, zB bei einem älteren Kind, soll nach einer Ansicht in der Literatur im Falle der Betreuung § 616 BGB anwendbar sein.²⁶

Wenn Eltern ein Kind betreuen müssen, obwohl es gesund ist, weil Schule oder Kindergarten aus Pandemiegründen geschlossen bleiben, ist zweifelhaft, ob ein persönlicher Grund auf Seiten der Eltern vorliegt.²⁷ Zwar liegt auch bei einem Trauerfall (anerkannter Fall von § 616 BGB) und bei der Betreuung eines kranken Kindes (§ 45 SGB V) der Verhinderungsgrund in einer anderen Person. Für den Krankheitsbegriff und auch für die persönliche Verhinderung ist entscheidend, ob der Arbeitnehmer selbst arbeitsfähig ist; die Krankheit bei einer anderen Person bedeutet

21 *Hohenstatt/Krois* NZA 2020, 413 (415); *Preis/Mazurek/Schmid* NZA 2020, 1137 (1140).

22 *Sievers* jM 2020, 189 (191); *Weller/Lieberknecht/Habrich* NJW 2020, 1017 (1019).

23 *Müller-Glöge* MüKoBGB (Fn. 15), § 1 EFZG Rn. 2; *MüKoBGB/Henssler* (Fn. 1), § 616 Rn. 5 ff.

24 S. auch *Schaub/Linck* (Fn. 8), § 97 Rn. 2.

25 *Schaub/Linck* (Fn. 8), § 97 Rn. 11.

26 *BeckOK ArbR/Joussen*, München, 57. Ed. 1.9.2020, § 616 BGB Rn. 31.

27 Nach *MüKoBGB/Henssler* (Fn. 1), § 616 Rn. 42: Betreuungsbedarf der Eltern; ebenso *Dzida* NJW-aktuell 12/2020 S. 15; *Hohenstatt/Krois* NZA 2020, 413 (415); *Stöß/Putzer* NJW 2020, 1465 (1460); *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017 (1019); offengelassen bei *Kleinebrink*, DB 2020, 952 (954 mwN).

nicht, dass der Arbeitnehmer krank ist.²⁸ Die Schließung eines Kindergartens betrifft aber nicht das Kind als Person (das Kind ist nicht krank), sondern die Betreuungseinrichtung.²⁹ Es liegt ein „objektives Leistungshindernis“ vor und kein persönlicher Verhinderungsgrund.³⁰ Die Tatsache, dass Eltern ihrer Personensorgepflicht nachkommen und ihr Kind betreuen müssen, führt jedenfalls bei einer allgemeinen Schließung von Kitas oder Schulen nicht zu einem persönlichen Verhinderungsgrund bei den Eltern. Man kann nicht in § 616 BGB für den Fall der Schließung des Kindergartens § 45 SGB V analog hineinlesen, wenn es hier um evtl. gesunde Kinder und um die Schließung der Einrichtung geht.³¹ Es handelt sich zwar teilweise um eine Lücke im Rechtsschutz³² (s. aber § 56 Abs. 1a IfSG), aber es ist eine rechtspolitische Lücke und keine Regelungslücke.³³ Diese Fälle werden bei entstehungsgeschichtlicher und systematischer Sicht von § 616 BGB nicht erfasst. Entgegen einer Literaturansicht³⁴ gibt es in diesen Fällen keinen Anspruch aus § 616 iVm § 611 a II BGB; zum Spezialitätsverhältnis gilt dasselbe wie im Verhältnis zum EFZG: § 616 BGB kann nicht das gewähren, was das Lohnfortzahlungsrecht versagt.³⁵ Deshalb gibt es seit Inkrafttreten des § 45 SGB V auch keinen Anspruch aus § 616 BGB für die ersten fünf Tage.³⁶

So ist beispielsweise ein Anspruch aus § 616, 611a II BGB auch während der Wartezeit nach § 3 III EFZG ausgeschlossen.³⁷ Auch soll die Absicherung des Arbeitnehmers während der Pflegezeit nach dem Willen des Gesetzgebers nicht durch den Arbeitgeber erfolgen.³⁸ Warum sollte der Ge-

28 *Preis/Mazurek/Schmid* NZA 2020, 1137 (1138); *Düwell* BB 2020, 891 (892).

29 § 616 BGB ist nicht anwendbar, *Oehme* in Kroiß, Rechtsprobleme der COVID-19 in der anwaltlichen Praxis, Baden-Baden 2020, § 1 Rn. 8.

30 *Dehmel/Hartmann* BB 2020, 885 (887); *Grimm* BB 2020, 1177 (1179); NK-GA/Boecken (Fn. 8), § 616 BGB Rn. 9; aA *Schaub/Linck* (Fn. 8), § 97 Rn. 13.

31 AA *Diller/Krieger*, Festschrift für Wolfgang Leinemann, Neuwied 2006, 65; *Hohenstatt/Krois* NZA 2020, 413, 415; *Kolbe*, BB 2009, 1414 (1415); *Treichel* RdA 2017, 379 (380).

32 *Hohenstatt/Krois* NZA 2020, 413.

33 Zur Unterscheidung *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin usw. 1991, 370 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre (Fn. 3), Rn. 827; *Wank*, Methodenlehre (Fn. 3), § 15 Rn. 56 f.

34 *Brose* NZA 2011, 719 (720 ff.); *Krause* in HWK, 9. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 24; *Schaub/Linck* (Fn. 8), § 97 Rn. 12 f.; *Müller/Becker* COVuR 2020, 126 (127).

35 Zum Verhältnis von § 45 SGB V zu § 275 III BGB *MüKoBGB/Henssler* (Fn. 1), § 616 Rn. 33 ff.

36 AA *Diller/Steffen*, FS Leinemann (Fn. 31), 65, 67.

37 Zutr. NK-GA/Boecken (Fn. 8), § 616 BGB Rn. 5.

38 NK-GA/Boecken (Fn. 8), § 616 BGB Rn. 21.

setzgeber Spezialgesetze schaffen mit detaillierten Tatbestandsvoraussetzungen, wenn man meint, dass § 616 BGB für die tatbestandlich ausgeschlossenen Fälle in ebendiesem Lebensbereich ohnehin einen Lohnanspruch vorsieht, ohne jede (normierte) tatbestandliche Einschränkung³⁹

Unabhängig davon, ob man hier einen in der Person des Elternteils liegenden Grund überhaupt bejaht, wird in jedem Fall bei der mehrwöchigen Schließung der gesetzlich vorgesehene Zeitraum überschritten (s. im Folgenden b)).

bb) Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit

Weitere Voraussetzung ist die Verhinderung für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“. Darüber, wie das Merkmal auszulegen ist, besteht Streit. Im Hinblick auf den Zeitraum für die *Betreuung von Kindern* sehen manche Autoren zehn Tage als „nicht erheblich“ an (vgl. § 45 Abs. 2 SGB V nF),⁴⁰ manche fünf Tage (vgl. § 45 SGB V aF),⁴¹ manche zwei Wochen.⁴² Teilweise wird sogar ein Zeitraum bis zu sechs Wochen anerkannt.⁴³ Der BGH will die Dauer von den Umständen des Einzelfalles abhängig machen⁴⁴ – damit wird die Aufgabe der Rechtsordnung, Rechtssicherheit zu schaffen, verfehlt. Nach der Rechtsprechung ist auf das Verhältnis der Verhinderung zur Gesamtdauer des Arbeitsverhältnisses und auf die Eigenart der Verhinderung abzustellen.⁴⁵ Richtig wäre, an die Art der Verhinderung und deren typische Dauer anzuknüpfen und als Höchstgrenze – entsprechend den typischen vom Gesetz gedachten Fällen – eine Höchstgrenze von wenigen Tagen anzunehmen.⁴⁶

39 Zur Spezialität *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie (Fn. 3), Rn. 771; *Wank*, Methodenlehre (Fn. 3), § 16 Rn. 182 ff.

40 BAG 19.4.1978 BAGE 30, 240, 245 f.; NK-GA/*Boecken* (Fn. 8), § 616 BGB Rn. 21; *Schaub/Linck* (Fn. 8), § 97 Rn. 18.

41 BAG 19.4.1978 AP BGB § 616 Nr. 48; BeckOK ArbR/*Joussen*, 57. Ed. 1.9.2020 § 616 BGB Rn. 48.

42 *Oehme* in *Kroiß* (Fn. 29), § 1 Rn. 5.

43 Zum Bundesseuchengesetz BGH NJW 1979, 422; ebenso MüKoBGB/*Henssler* (Fn. 1), § 616 Rn. 68 f.; für Krankheitsfälle *ErfK/Preis* (Fn. 5), § 616 BGB Rn. 10a; ablehnend *Schaub/Linck* (Fn. 8), § 97 Rn. 18.

44 BGH 30.11.1978 BGHZ 73, 16; so auch NK-GA/*Boecken* (Fn. 8), § 616 BGB Rn. 19; *Preis/Mazurek/Schmid* NZA 2020, 1137 (1140).

45 BGH 30. 11.1978 BGHZ 73, 16 (29).

46 Zutr. *Hohenstatt/Krois* in *Hohenstatt/Sittard*, Arbeitsrecht in Zeiten von Corona, 2020 unter II 2 b; BeckOK ArbR-*Joussen*, BGB § 616 Rn. 48; *Maties* demn. FS Uni-

Man könnte daran denken, sich bei der Auslegung an anderen Vorschriften zu orientieren, die an einen kurzen Zeitraum anknüpfen. Man könnte deshalb die Zehntagesfrist des § 45 SGB V auf § 616 BGB übertragen. Entstehungsgeschichte und System sprechen aber dagegen. Der BGH hatte 1978 bei einem Salmonellen-Ausscheider sechs Wochen als nicht erheblich iSd. § 616 BGB angesehen.⁴⁷ Es geht jedoch nicht an, die besondere gesetzgeberische Entscheidung für den Krankheitsfall auf die allgemeine Regelung in § 616 BGB zu übertragen.⁴⁸ In den Zeiten, als es noch keine Lohnfortzahlungsvorschriften gab, hatte § 616 BGB die Funktion eines Lohnfortzahlungsanspruchs. Dieser Anspruch galt für sechs Wochen. Inzwischen gibt es aber das EFZG als *lex specialis* für die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall. Seitdem verbietet es sich, weiterhin auf diese Sondervorschrift und damit auch auf die Sechswochenfrist zurückzugreifen.⁴⁹ Ähnlich wie mit dem Verhältnis zu § 3 EFZG steht es mit dem Verhältnis zu § 45 SGB V⁵⁰ und § 2 PflegeZG⁵¹. Diese Regelungen wurden aus dem Anwendungsbereich des § 616 BGB herausgenommen, und sie enthalten spezielle Anspruchsvoraussetzungen für Krankheit und Betreuung.⁵² Es ist unzulässig, Spezialregelungen über ihren eigentlichen Anwendungsbereich auf andere Fälle im Bereich von Krankheit und Pflege zu übertragen.

b) Lohnfortzahlung

Die sozialversicherungsrechtlichen Normen betreffen zudem nur die Freistellung und nicht die Entgeltfrage.⁵³ Selbst wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin danach von der Arbeit freistellen müsste, wäre damit noch nichts zu der arbeitsrechtlichen Frage der Lohnfortzahlung gesagt. § 616 BGB kann nach alledem heute nur noch Fälle erfassen, die entweder nichts mit Krankheit oder Pflege zu tun haben oder

versität Augsburg, Tübingen 2021, unter IV 2 b) (3); iE auch *Preis/Mazurek/Schmid* NZA 2020, 1137 (1140).

47 BGH 30.11.1978 BGHZ 73, 16; ebenso *Müller/Becker* COVuR 2020, 126 (127).

48 Ebenso BAG 20.7.1977 AP BGB § 616 Nr. 47; *Hohenstatt/Krois* NZA 2020, 413 (416); *ErfK/Preis* (Fn. 5), § 616 BGB Rn. 42; *Preis/Mazurek/Schmid* NZA 2020, 1137 (1140); *Schaub/Linck* (Fn. 8), § 97 Rn. 18; aA *Stöß/Putzer* NJW 2020, 1465 (1468).

49 Vgl. *MüKoBGB/Henssler* (Fn. 1), § 616 BGB Rn. 22.

50 Übernahme der Frist bei *Schaub/Linck* (Fn. 8), 97 Rn. 18.

51 Für die Übertragung der Frist aus § 2 PflegeZG *Preis/Mazurek/Schmid* NZA 2020, 1137 (1141).

52 Zum Zusammenspiel *MüKoBGB/Henssler* (Fn. 1), § 616 BGB Rn. 27.

53 *MüKoBGB/Henssler* (Fn. 1), § 616 BGB Rn. 68.

die der Art nach den weiterhin anerkannten Fällen wie Hochzeit, Trauerfall oder Arztbesuch⁵⁴ entsprechen.⁵⁵ Entwicklungsgeschichtlich⁵⁶ ist dabei zu berücksichtigen, dass in Rechtsprechung und Literatur der Anwendungsbereich des § 616 BGB durch die genannten Gesetzesänderungen auf die eingangs genannten alltäglichen Fälle reduziert wurde. Danach ist § 616 BGB nicht anwendbar, wenn ein Kind Corona-bedingt zehn Tage oder länger zuhause bleiben muss.⁵⁷ Der Arztbesuch zum Corona-Test wird zwar erfasst, aber die 10-tägige oder die 14-tägige Quarantäne nicht, da der gesetzliche Zeitraum überschritten ist.

Fällt somit § 616 BGB entweder mangels persönlichen Grundes oder wegen Überschreitung des Zeitrahmens aus, so ist Raum für die Gewährung von Urlaub an die Eltern oder für § 275 Abs. 3 BGB.⁵⁸ Die Vorschrift wurde bei der Schuldrechtsreform als Auffangnorm für die Fälle geschaffen, in denen ansonsten kein Freistellungsanspruch besteht. Allerdings ergibt sich daraus kein Lohnanspruch.

c) Entschädigung nach dem IfSG

Im Hinblick auf § 616 BGB hatte der BGH zu § 49 BSeuchG, der Vorgängernorm zu § 56 IfSG, entschieden, dass eine öffentlich-rechtliche Entschädigung wegen § 616 BGB entfällt. Dem kann nicht zugestimmt werden, da, wie gezeigt, § 616 BGB nicht einschlägig ist.⁵⁹

Wenn die Maßnahme der Behörde auf § 31 S. 2 IfSG gestützt ist, hat der Arbeitgeber einen Anspruch nach § 56 I IfSG. Anders steht es, wenn die Maßnahme auf § 28 I IfSG gestützt wird.⁶⁰ Dann kommt nur ein Anspruch nach landesrechtlichen Entschädigungsvorschriften in Betracht.⁶¹ Da bei Schulschließungen in aller Regel jedenfalls der Zeitraum nach § 616 BGB überschritten wird, kann eine Entschädigung nach § 56 I a IfSG gezahlt werden.⁶²

54 ErfK/Preis (Fn. 5), § 616 BGB Rn. 4; MHdB ArbR/Tillmanns (Fn. 15), § 77 Rn. 23.

55 AA MüKoBGB/Henssler (Fn. 1), § 616 BGB Rn. 33; Gesetzeskonkurrenz.

56 Zum Unterschied zwischen Entstehungsgeschichte und Entwicklungsgeschichte Wank, Methodenlehre (Fn. 3), § 10 Rn. 217 ff.

57 AA Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112 (1114).

58 Dehmel/Hartmann BB 2020, 885 (886); Hohenstatt/Krois, NZA 2020, 413 (414); Kleinebrink DB 2020, 952 (953); Oehme in Kroiß (Fn. 29), § 1 Rn. 8.

59 ErfK/Preis (Fn. 5), § 616 BGB Rn. 10b.

60 Dazu Rinze/Schwab NJW 2020, 1905 (1906); Stöjß/Putzer NJW 2020, 1465 (1466).

61 Koebel in Kroiß (Fn. 29), § 13 Rn. 51 ff.; Rinze/Schwab NJW 2020, 1905 (1906).

62 Müller/Becker COVuR 2020, 126 (127).

Das japanische „Infektionsschutzgesetz“ enthält keine Regelungen über Ausgehbeschränkungen oder Zugangsbeschränkungen. Für COVID-19 gilt das im März 2020 insofern geänderte „Gesetz über spezielle Maßnahmen gegen die Neue Grippe“. Nach § 45 I und II kann die Bevölkerung gebeten werden, das Haus nicht ohne triftigen Grund zu verlassen.

d) Ergebnis zu § 616 BGB

§ 616 BGB hat in den COVID-19-Fällen keinen Anwendungsbereich, sowohl mangels eines persönlichen Grundes als auch wegen Zeitüberschreitung.

Die Lösung über § 616 BGB bietet zudem zwei Nachteile: Zum einen entfällt der Anspruch insgesamt, wenn der zulässige Zeitraum überschritten wird.⁶³ Die Eltern profitieren somit bei einer Kita-Schließung von zwei Wochen nicht einmal von den sonst nach dieser Vorschrift gewährten wenigen Tagen. Zudem ist die Vorschrift dispositiv, sodass sie je nach Ausgestaltung von Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Arbeitsvertrag von vornherein nicht eingreift. Die Dispositivität der Vorschrift spricht klar dagegen, sie zum „ordre public“ in Krankheitsfällen zu rechnen (s. demgegenüber § 12 EFZG, § 45 III 3 SGB V). Der Gesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass EFZG, SGB V und PflegeZG sowie das IfSG das Problem abdecken. Gerade im Hinblick darauf wurde der Anspruch der Eltern in § 56 Abs. 1a IfSG geschaffen.

3. Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers, § 273 BGB

Wie steht es, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer zur Arbeit anweist, § 106 GewO, der Arbeitnehmer diese aber wegen des Corona-Risikos ablehnt? Lehnt der Arbeitnehmer die Arbeit zu Unrecht ab, verliert er für die entgangenen Stunden seinen Arbeitslohn. Verweigert ein Arbeitnehmer unabhängig von einer Weisung seine Leistung aus Furcht vor einer Ansteckung und ist diese Furcht unbegründet, entfällt der Lohnanspruch.⁶⁴

Lehnt der Arbeitnehmer die Arbeit mit Recht ab, so ist er nach der neueren Rechtsprechung des BAG berechtigt, die Arbeit zu verweigern,

63 MHD B ArbR/Tillmanns (Fn. 15), § 77 Rn. 28.

64 Müller/Becker, COVuR 2020, 126 (129).

§ 273 BGB.⁶⁵ Das führt zum Annahmeverzug des Arbeitgebers, der nach §§ 611 a Abs. 2, 615 BGB den Lohn fortzahlen muss. Der Arbeitnehmer muss nicht etwa arbeiten und gerichtlich klären lassen, ob er Recht hatte. Allerdings trägt er das finanzielle Risiko, ob er das Gesundheitsrisiko zutreffend eingeschätzt hat.

§ 275 Abs. 3 BGB, auf den für solche Fälle teilweise verwiesen wird, ist nicht einschlägig. Er betrifft nur den Fall, dass der Arbeitgeber eine berechnete Weisung erteilt, die der Arbeitnehmer aber allein aus in seiner Person liegenden Zumutbarkeitsgründen nicht zu erfüllen braucht,⁶⁶ mit der Folge allerdings, dass ihn auch das Lohnrisiko trifft.⁶⁷ Das Konkurrenzverhältnis zwischen §§ 611 a Abs. 2, 615 BGB einerseits und dem Lohnfortzahlungsanspruch und § 275 Abs. 3, § 326 BGB andererseits beruht auf dem Unterschied zwischen rechtswidrigen und unbilligen Weisungen einerseits und unzumutbaren Weisungen andererseits.

4. Eigenständiger Freistellungsanspruch

Was hier am Beispiel von § 616 BGB und § 45 SGB V aufgezeigt wurde – der Freistellungsanspruch ist aus den genannten Vorschriften heraus zu verstehen, nicht aus der Bezugnahme auf andere Vorschriften – gilt auch für die anderen Bestimmungen.⁶⁸

So sagt § 615 Satz 1 BGB selbst, der Arbeitnehmer „ist nicht zur Nachleistung verpflichtet“. Daraus ergibt sich implizit der Freistellungsanspruch. § 45 Abs. 1 Satz 1 SGB V erlaubt dem Arbeitnehmer, „von der Arbeit fernzubleiben“. Von daher ist es verfehlt, im Falle der Betreuung eines kranken Kindes zusätzlich auf § 275 Abs. 3 BGB zurückzugreifen.⁶⁹ Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 PflegeZG „sind Beschäftigte von der Arbeitsleistung ... freizustellen“. In allen diesen Fällen kann § 275 Abs. 3 BGB jedenfalls nicht zur Ausfüllung der genannten Bestimmungen zum Zuge kommen. Die genannten Vorschriften konkretisieren selbst die Unzumutbarkeit.

Eine Freistellung nach § 45 SGB V greift nur ein, wenn das Kind erkrankt ist. Wenn *Schule* oder Kindergarten Corona-bedingt *geschlossen* sind, hat das nichts mit der Krankheit eines einzelnen Kindes zu tun. Hier kann

65 BAG 18.10.2017 NZA 2018, 162; dazu *Wank* in Ennuschat/Wank/Winkler, GewO, 9. Aufl., München 2020, § 106 Rn. 9.

66 Schaub/Linck (Fn. 8), § 45 Rn. 41.

67 *Henssler*, RdA 2002, 129 (131 f.); aA MHdB ArbR/Tillmanns (Fn. 15), 77 Rn. 20.

68 S. demgegenüber *Kleinebrink*, DB 2020, 952 (954); *Sievers*, jM 2020, 189 (190).

69 AA *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112 (1113).

aber ein Anspruch auf Grund eines Tarifvertrages bestehen.⁷⁰ Ansonsten kann hier auf § 275 Abs. 3 BGB zurückgegriffen werden.⁷¹ § 616 BGB ist, wie dargelegt, nicht einschlägig.⁷² Der Gesetzgeber hat die schwierige Situation der Eltern in diesen Fällen anerkannt. Er hat statt des Weges über § 616 BGB den Weg über eine staatliche Entschädigung gewählt. Die Eltern können nach § 56 Abs. 1a Satz 1 IfSG einen Anspruch auf Entschädigung haben.⁷³

III. Freistellung aus Gründen in der Sphäre des Arbeitgebers

Im Hinblick auf Gründe in der Arbeitgebersphäre kommen in Betracht § 615 Satz 1 BGB, § 615 Satz 3 BGB, § 313 BGB.

1. Annahmeverzug

Annahmeverzug des Arbeitgebers liegt vor, wenn der Arbeitnehmer die Leistung erbringen könnte (§ 297 BGB) und der Arbeitgeber sie annehmen könnte, aber nicht annimmt; beispielsweise wenn der Arbeitgeber den Arbeitsplatz für den neuen Arbeitnehmer noch nicht eingerichtet hat und ihn wieder nach Hause schickt. Der Lohnanspruch ergibt sich aus §§ 615 Satz 1, 611 a Abs. 2 BGB.

2. Annahmearbeit

a) Verzug und Unmöglichkeit

Vom Annahmeverzug ist die Annahmearbeit zu unterscheiden.⁷⁴ Der Arbeitnehmer kann die Leistung erbringen, aber dem Arbeitgeber ist es unmöglich, sie anzunehmen. Die Lösung wäre einfach, wenn man § 615 Satz 1 BGB auf Annahmeverzug und Annahmearbeit in gleicher

70 *Kleinebrink*, DB 2020, 952; *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465.

71 *Hohenstatt/Krois* in *Hohenstatt/Sittard* (Fn. 46), II 2 a; *Kolbe* BB 2009, 1414 (1415).

72 *AA Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112 (1114) (die nur wegen der Zeitspanne § 616 BGB ablehnen); *Sievers*, jM 2020, 189 (190).

73 *Kleinebrink*, DB 2020, 952 (953); *Fuhlrott/Fischer*, NZA 2020, 409 (410).

74 *MüKoBGB/Henssler* (Fn. 1), § 615 BGB Rn. 3 ff., 8 („Annahmearbeit“); *ErfK/Preis* (Fn. 5), § 615 BGB Rn. 7.

Weise beziehen würde. Entstehungsgeschichtlich gesehen war das die Absicht des BGB-Gesetzgebers. Es sollte weder darauf ankommen, aus welchem Grund der Arbeitgeber die Leistung des Arbeitnehmers nicht annimmt, noch ob er die Nichtannahme zu vertreten hat, noch ob es sich um einen Grund handelt, der nur bei diesem konkreten Arbeitgeber auftritt.⁷⁵ Folgt man diesem ursprünglichen Ansatz, so haftet der Arbeitgeber in jedem Fall der Nichtannahme der Arbeitsleistung auf Lohnfortzahlung, wobei es gleichgültig ist, ob er den Betrieb aus wirtschaftlichen Gründen schließt oder wegen einer behördlichen Anordnung. In den Corona-Fällen würde danach bei einer Betriebsschließung immer § 615 Satz 1 BGB eingreifen.

b) Die Betriebsrisikolehre

Von diesem ursprünglichen Ansatz hat sich die Rechtsprechung allerdings wegbewegt. Ursprünglich ging es um die Frage, ob ein Arbeitgeber auch dann zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist, wenn er wegen eines Streiks keine Arbeit zur Verfügung stellen kann.⁷⁶ Individualrechtlich lässt sich das Problem nicht angemessen lösen: § 297 BGB betrifft nur die Ablehnung der Zahlung für streikende Arbeitnehmer, nicht aber für die arbeitswilligen. Aus heutiger Sicht muss das Problem allerdings aus dem Individualarbeitsrecht ausgegliedert und in eine Arbeitskampsrisikolehre übertragen werden.⁷⁷ Für die weitere Betrachtung soll das Arbeitskampsrecht außer Betracht bleiben.

Individualrechtlich war aber damit der Weg bereitet für eine Einschränkung der Arbeitgeberhaftung durch die so genannte Betriebsrisikolehre.⁷⁸ Lässt man die Fragen des Arbeitskampsrechts außen vor, bleibt es im Grunde bei der uneingeschränkten Haftung des Arbeitgebers. Ausnahmen

75 Dazu *Canaris* in Festschrift für Jürgen Prölls, München 2009, 21, 32 f.; *Fischinger/Hengstberger* NZA 2020, 559; *E. Picker*, JZ 1979, 285 (292 f.); *Richardi*, NJW 1987, 1231 (1234 f.).

76 RG 6.2.1923 RGZ 106, 272.

77 *Otto*, Arbeitskampsrecht, München 2002, § 33 Rn. 8 ff.; *Kissel*, Arbeitskamps- und Schlichtungsrecht, München 2006, § 16 Rn. 12 ff.; *MüKoBGB/Henssler* (Fn. 1), § 615 Rn. 99 ff., 104, 109 ff.

78 *Canaris* FS Prölls (Fn. 75), 21, 31 ff.; *MüKoBGB/Henssler* (Fn. 1), § 615 Rn. 96 ff.; *E. Picker* Festschrift für Ulrich Huber, Tübingen 2006, 497 ff.; *ErfK/Preis* (Fn. 5), § 615 BGB Rn. 120 ff.

werden aber in der Rechtsprechung angesprochen in Fällen eines fehlenden Betriebsbezugs und bei einer Existenzgefährdung.

c) § 615 Satz 3 BGB

Fraglich ist, ob sich an diesem Befund durch die Einfügung des § 615 Satz 3 BGB etwas geändert hat. § 615 Satz 3 BGB besagt nicht, wie man auf Anheiß meinen könnte: „Der Arbeitgeber trägt das Betriebs- und Wirtschaftsrisiko. Ein solches liegt vor, wenn....“. Vielmehr besagt die Vorschrift nur: „Wenn der Arbeitgeber (nach der Rechtsprechung) haftet, dann haftet er.“⁷⁹ Damit hat der Gesetzgeber implizit auf die bisherige Rechtsprechung zur Betriebsrisikolehre verwiesen.⁸⁰ Das betrifft sowohl die von der Rechtsprechung aufgestellten Tatbestandsvoraussetzungen als auch damit nach der Rechtsprechung verbundene Einschränkungen und schließlich eine von der Rechtsprechung vorgenommene Weiterentwicklung.⁸¹ Würde man es anders sehen, wäre Satz 3 überflüssig, da sich ja ohnehin alles aus Satz 1 ergibt. Deshalb ist es auch nicht zulässig, heute für Betriebsrisiko-Fälle auf § 615 S. 1 BGB in seiner ursprünglichen Auslegung zurückzugreifen.⁸² Ein „Zurücksetzen auf Null“, also eine schlichte Anknüpfung an den Rechtszustand von 1900 – also zu einer Zeit, als es noch gar kein eigenständiges Arbeitsrecht gab - kann es nicht geben.

Eine Rechtsordnung entwickelt sich fort. Nach der sogenannten objektiven Auslegungstheorie ist das ohnehin zu berücksichtigen (wobei die Absicht des historischen Gesetzgebers zu Unrecht vernachlässigt wird). Nach der geltungszeitlich-subjektiven Theorie ist zwar vom historischen Gesetzgeber auszugehen; zu berücksichtigen ist aber auch die Absicht des heutigen Gesetzgebers, die sich in einschlägigen heutigen Gesetzen zeigt.⁸³ Von

79 Däubler NZA 2001, 1329, 1331; MüKoBGB/Henssler (Fn. 1), § 615 Rn. 97; E. Picker (Fn. 78), 497, 534; MHdB ArbR/Tillmanns (Fn. 15), § 76 Rn. 5 „völlig nichtssa-gend“.

80 BT-Drs. 14/6857; BT-Drs. 14/7052, 204; NK-GA/Boemke (Fn. 8), § 615 BGB Rn. 136; E. Picker (Fn. 78), 497, 534.

81 Vgl. MHdB ArbR/Tillmanns (Fn. 15), § 76 Rn. 81: „bleibt der Rechtsprechung überlassen“; allgemein zur Übernahme der Rechtsprechung durch den Gesetzgeber Pagendarm, Festschrift für Otto Riese, Karlsruhe 1964, 355 ff.; Wank, AuR 2017, 140.

82 So aber Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559 (560).

83 Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie (Fn. 3), Rn. 788; Wank, Methodenlehre (Fn. 3), § 10 Rn. 39 ff.

daher ist zu prüfen, wie § 615 BGB angesichts von § 615 Satz 3 BGB und der Betriebsrisikolehre heute zu verstehen ist.

Zwar ist der Grundsatz, dass der Arbeitgeber auch für von ihm nicht beherrschte Risiken haftet, in Rechtsprechung und Literatur allgemein anerkannt; aber bezüglich von Ausnahmen besteht keine Einigkeit.

d) Risikosphären

aa) Art des Risikos

In Rechtsprechung und Literatur wird unterschieden zwischen dem Betriebsrisiko und dem Wirtschaftsrisiko.⁸⁴ Das dem Arbeitnehmer zugewiesene Wegerisiko greift auch dann ein, wenn der Arbeitnehmer aus Angst vor Ansteckung nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln zur Arbeit kommt und keine andere Beförderungsmöglichkeit hat.⁸⁵

Im Übrigen ist zwischen drei Sphären zu unterscheiden. Kommt das Risiko der Nichtarbeit aus der *Arbeitnehmersphäre*, braucht der Arbeitgeber keinen Lohn zu zahlen, wenn nicht eine der genannten Ausnahmen eingreift. Kommt das Risiko aus der *Sphäre des Arbeitgebers*, weil er schuldhaft beispielsweise nicht genügend Arbeitsmaterial besorgt hat,⁸⁶ muss er den Lohn fortzahlen, § 326 Abs. 2 BGB.⁸⁷ Ein Verschulden des Arbeitgebers kann auch darin bestehen, dass er den geltenden Arbeitsschutzstandard nicht einhält.⁸⁸ Zu den allgemeinen arbeitsschutzrechtlichen Anforderungen aus § 618 BGB, § 3 Abs. 1 Satz 1 ArbSchG treten die infektionsschutzrechtlichen hinzu.⁸⁹ Allerdings haftet der Arbeitgeber, sofern ein Arbeitsunfall vorliegt,⁹⁰ nur bei Vorsatz;⁹¹ ansonsten bestehen Ansprüche gegen den Träger der Unfallversicherung.⁹²

84 BAG 11.7.1990 NZA 1991, 67.

85 *Dehmel/Hartmann* BB 2020, 885; *Grimm*, DB 2020, 1177.

86 Zum Arbeitsschutz in der Pandemie *Reifelsberger* COVuR 2020, 357; *Sagan/Brockfeld* NZA Beil. 2/2020, 127 ff.

87 *ErfK/Preis* (Fn. 5), § 615 BGB Rn. 55 ff.; *Preis/Mazurek/Schmid* NZA 2020, 1137 (1143 f.); *MüKoBGB/Spinner* (Fn. 2), § 611 a BGB Rn. 9.

88 *Müller-Bonanni/Bertke* NJW 2020, 1617; *von Steinau-Steinrück*, NJW-Spezial 2020, 370.

89 *Seiwert/Witschen*, NZA 2020, 825.

90 Das Vorliegen eines Arbeitsunfalls ablehnend die Deutsche Gesetzliche Unfallversicherung (DGUV); aA *Seiwert/Witschen*, NZA 2020, 825, 827.

91 Zum Ganzen *Seiwert/Witschen*, NZA 2020, 825 ff.

92 *ErfK/Wank*, 21. Aufl. 2021, § 618 BGB Rn. 30.

Kritisch ist der Zwischenbereich, die *neutrale Sphäre*. Grundsätzlich haftet der Arbeitgeber auch für Fälle, in denen ihn kein Verschulden trifft;⁹³ so zum Beispiel bei Brand- oder Wasserschäden (Prinzip der Substratsgefahrtragung⁹⁴). Die bisher in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fälle sind aber meist nur solche, die einen Bezug zum Betrieb aufweisen. Insoweit kann man argumentieren: Wer aus dem Betrieb seinen Gewinn erzielt und den Arbeitnehmern Weisungen erteilt, trägt auch das Risiko, dass der Betrieb in Schwierigkeiten gerät.⁹⁵ Kann ein Waffenhersteller keine Aufträge mehr abwickeln, weil die Bundesregierung ein Exportverbot für Lieferungen in das Land des Hauptabnehmers ausgesprochen hat, liegt zwar ein überbetriebliches Risiko vor, aber nur für Waffenhersteller, sodass ein Zusammenhang mit der betrieblichen Tätigkeit und dem Risiko besteht. Sind einzelne Mitarbeiter eines Betriebes am Coronavirus erkrankt und müssen deshalb alle Mitarbeiter zu Hause bleiben, kann man das Risiko noch mit dem Betrieb in Verbindung bringen.

In allen diesen Fällen besteht in Rechtsprechung und Literatur Einigkeit. Muss der Betrieb aber schließen, weil eine *allgemeine Betriebsschließung* für diese Art von Betrieben wegen erhöhter Ansteckungsgefahr verfügt wird, wie zB bei allen Restaurants und Bars, so verwirklicht sich nicht ein typisches Betriebsrisiko, sondern ein allgemeines Risiko.⁹⁶ In diesem Zusammenhang spielen die Topoi „Beschäftigungsrisiko“, „Betriebsbezug“ und „Existenzgefährdung“ eine Rolle.

bb) Beschäftigungsrisiko

Im Hinblick auf das Beschäftigungsrisiko wird zum Teil danach unterschieden, ob der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldeten Dienste sonst anderweitig erbringen könnte – dann sei dem Arbeitgeber das Risiko aufzuerlegen.⁹⁷ Der Ansatz ist weder systemkonform (es geht darum, was dem Arbeitgeber an Sonderopfer zuzumuten ist) noch realistisch: Wer als

93 Nach § 536 I jap. BGB gibt es keine Haftung ohne Verschulden.

94 MHdB ArbR/Tillmanns (Fn. 15), § 76 Rn. 4; MüKoBGB/Henssler (Fn. 1), § 616 BGB Rn. 108.

95 *Fischinger/Hengstberger* NZA 2020, 559 (560).

96 *Kleinebrink* DB 2020, 1457 (1459); *Sagan/Brockfeld* NJW 2020, 1112 (1116); anders *Dzida*, NJW-aktuell 12/2020, S. 15, der allgemein § 615 S. 3 BGB anwenden will; ebenso LAG Düsseldorf 30.3.2021 NZA aktuell 7/2021 VIII.

97 *Canaris*, FS Prölls (Fn. 75), 34f. mwN; ebenso *Hohenstatt/Krois* in *Hohenstatt/Sittard* (Fn. 46), unter II 1 c.

Kellner nicht arbeiten kann, weil für alle Kellner ein Beschäftigungsverbot vorliegt, kann nicht darauf verwiesen werden, dass er ja andere Arbeit leisten könnte. Ein Angestellter, der zwei Wochen lang in seinem Betrieb nicht arbeiten kann, wird kaum auf die Schnelle eine adäquate Beschäftigung für zwei Wochen in einem anderen Betrieb finden.

cc) Betriebsbezug

Der Betriebsbezug kann in mehreren Varianten eine Rolle spielen. Zum einen kann man argumentieren, der Arbeitgeber sei nur dann zur Lohnfortzahlung verpflichtet, wenn sich ein spezielles Risiko für seinen Betrieb oder für diese Art von Betrieb verwirkliche, nicht dagegen bei einem allgemeinen Lebensrisiko.⁹⁸

- (1) Soweit eine Zahlungspflicht des Arbeitgebers auch im Falle eines *allgemeinen Verbots* der Geschäftstätigkeit, beispielsweise bei Landestrauer, in der Vergangenheit anerkannt wurde,⁹⁹ handelte es sich um kurzfristige Verbote, nicht um wochenlange. Für mehrwöchige behördliche Betriebsschließungen kann nicht auf Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden. Außerdem kann eine für Einzelfälle geeignete Lösung nicht unbesehen auf eine "epidemische Lage von nationaler Tragweite" übertragen werden. Drei Tage Landestrauer sind etwas anderes als drei Monate Betriebsschließung wegen einer COVID-19-Gefahr.
- (2) Man könnte daran denken, bei den Betriebsschließungen zwischen lebensnotwendigen, *systemrelevanten Betrieben* einerseits (die offenbleiben dürfen) und anderen, die zu schließen sind, zu unterscheiden. Bei den nicht systemrelevanten Unternehmen wäre dann die Risikotragung berechtigt, da sich die Betriebsschließung aus der Art des Betriebes ergebe.
- (3) Nach einem weiteren Ansatz ist zwischen *publikumsaffinen Betrieben* und anderen zu unterscheiden.¹⁰⁰ Dagegen ist derselbe Einwand zu erheben: Nicht ein einzelner Betrieb wird wegen seiner Eigenart ge-

⁹⁸ Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112 (1116).

⁹⁹ MHD B ArbR/Tillmanns (Fn. 15), § 76 Rn. 82; NK-GA/Boecken (Fn. 8), § 616 BGB Rn. 146; anders zu Covid-19 Maties (Fn. 46) unter IV 5 c.

¹⁰⁰ So Grimm DB 2020, 1177 (1182); Preis/Mazurek/Schmid NZA 2020, 1137 (1143); ErfK/Preis (Fn. 5), § 615 BGB Rn. 132 g.

schlossen, sondern die Anordnung betrifft alle vergleichbaren Betriebe.

- (4) Alle angebotenen Differenzierungen vermögen nicht zu überzeugen. Die eigentliche Trennlinie liegt zwischen einer Risikotragung, die dem Arbeitgeber als Unternehmer zumutbar ist und einer Risikotragung in einem Extremfall, nämlich der, wie es in § 5 IfSG heißt, „epidemischen Lage von nationaler Tragweite“.

dd) Existenzgefährdung

Das BAG hat in einem früheren Urteil angesprochen, dass eine Haftung des Arbeitgebers im Falle einer Existenzgefährdung des Betriebes entfallen könnte.¹⁰¹ Tatsächlich hat es auf diese Aussage bisher nicht zurückgegriffen. In der Literatur ist diese Rechtsprechung weitgehend auf Ablehnung gestoßen.¹⁰²

Verfehlt ist das Argument, eine solche Einschränkung sei mangels gesetzlicher Grundlage abzulehnen.¹⁰³ Da § 615 Satz 3 BGB ohnehin auf die von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisikolehre verweist, die ihrerseits nicht gesetzlich geregelt ist, ist sie in ihrer jeweiligen Entwicklung durch die Rechtsprechung in Bezug genommen. Es handelt sich nicht etwa um eine statische Verweisung auf den Vor-Corona-Zustand.

e) Wegfall der Geschäftsgrundlage

Da das Risiko einer Pandemie weder zur Risikosphäre des Arbeitnehmers gehört noch zu der des Arbeitgebers, könnte man an einen Wegfall der Geschäftsgrundlage denken, § 313 BGB.¹⁰⁴ So wird in anderen Bereichen des Schuldrechts, zB im Mietrecht, durchaus die Anwendung des § 313 BGB

101 BAG 28.9.1972 NJW 1973, 342; BAG AP BGB § 615 Betriebsrisiko 8.2.1957 Nr. 2, 4.7.1958 Nr. 5, 28.9.1972 Nr. 28.

102 ErfK/Preis (Fn. 5), § 615 BGB Rn. 125 f. mwN; s. auch *Fischinger/Hengstberger* NZA 2020, 559 (564); dem BAG zust. *Sagan/Brockfeld* NJW 2020, 1112 (1116).

103 NK-GA/Boecken (Fn. 8), § 616 BGB Rn. 147 mwN; MHdB ArbR/Tillmanns (Fn. 15), § 76 Rn. 87.

104 Zu COVID-19 und Wegfall der Geschäftsgrundlage *Weller/Lieberknecht/Habrich*, NJW 2020, 1017 (1021 ff.).

diskutiert.¹⁰⁵ Im Arbeitsrecht gelten jedoch einige Sonderregeln, die der Vorschrift den Anwendungsbereich entziehen. Ist der Arbeitgeber zu einer Beendigung des Arbeitsverhältnisses gezwungen, so kann er sich nicht auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, sondern er kann (nur) betriebsbedingt kündigen. Auch sonst gibt es einige Besonderheiten im Arbeitsrecht, die die Berufung auf § 313 BGB ausschließen.

Bei der Erfassung der Risikosphären lassen sich mehrere Stufen auf Arbeitgeberseite unterscheiden. Am engsten ist die Haftung im japanischen Recht. Nach § 536 Abs. 1 jap. Bürgerliches Gesetzbuch haftet der Arbeitgeber für eine Annahme-Unmöglichkeit nur dann, wenn ihn ein Verschulden trifft.

Viel weitergehend knüpft die deutsche Lehre von Betriebsrisiko und Wirtschaftsrisiko unabhängig vom Verschulden daran an, dass der Arbeitgeber als Unternehmer Gewinnchancen hat und daher auch bestimmte Risiken tragen muss. Diese Überlegung muss aber ihre Grenze finden, wenn der Arbeitgeber nicht als einzelner Unternehmer von einem Risiko betroffen ist, sondern wenn das Risiko die gesamte Bevölkerung erfasst. Insofern sind die beiden maßgeblichen Gesichtspunkte Pandemie als Risiko der Allgemeinheit und Existenzgefährdung des Betriebes.

3. Risikoverteilung heute

Die Grundfrage bleibt bei alledem, ob es bei der Absicht des Gesetzgebers von 1900 bleiben muss oder ob heute im Anschluss an die Betriebsrisikolehre Differenzierungen zu überdenken sind.

Für eine Haftung des Arbeitgebers ohne Verschulden ist ein *Zurechnungsgrund* erforderlich. Da das Betreiben eines Unternehmens keine besondere Gefahrenquelle darstellt, scheidet eine Gefährdungshaftung aus. Es bleibt allein die Gegenüberstellung vom guten und vom bösen Tropfen. Das genügt für typische Risiken, aber auch für atypische Risiken, die den einzelnen Betrieb treffen oder die zum spezifischen Risiko derartiger Betriebe gehören. Die Bezugnahme auf nicht systemrelevante Betriebe oder auf publikumsaffine Betriebe trifft nicht den Kern. Zu entscheiden ist vielmehr, wo die Opfergrenze liegt, wo also ein *allgemeines Lebensrisiko*,

105 OLG Dresden 15.2.2021 NJW 2021, 953; Scholz NJW 2020, 2209 ff.; Warmuth, COVuR 2020, 16 ff.

das die Gesellschaft als ganze angeht,¹⁰⁶ zu Unrecht auf den Arbeitgeber verlagert wird.

Hier könnte eine *Folgenbetrachtung* helfen. Verpflichtet man den Arbeitgeber auch bei Existenzgefährdung seines Betriebes, die Löhne fortzuzahlen, obwohl nicht gearbeitet werden kann, so kann man dadurch ein möglicherweise überlebensfähiges Unternehmen in die Insolvenz treiben. Fraglich ist, ob das nach dem Gesamtgefüge der Arbeitsrechtsordnung gewollt sein kann. Insoweit ist der Blick auf das Kündigungsschutzrecht zu richten.¹⁰⁷ Auch im Falle der Existenzgefährdung des Betriebes ist zwar eine betriebsbedingte ordentliche Kündigung möglich, aber nach allgemeiner Ansicht keine außerordentliche, fristlose Kündigung.¹⁰⁸ Der Arbeitgeber muss – sei es bis zum Wiedererstarken, sei es bis zur Insolvenz – die Löhne fortzahlen. Wenn das aber allgemein gilt, dann ist zweifelhaft, ob man im Rahmen des § 615 BGB bei behördlichen Betriebsschließungen eine andere Sicht zu Grunde legen kann.

Die Lohnfortzahlungspflicht braucht aber nicht zum Ruin zu führen. Die Rechtsordnung sieht für betriebliche Krisen, die voraussichtlich nur vorübergehend sind, die Möglichkeit der *Kurzarbeit* vor. Sie wird gerade in den Zeiten der Pandemie in besonderem Maße, auch in anderen Ländern, genutzt.¹⁰⁹ An die Stelle der Lohnzahlung des Arbeitgebers tritt im Umfang der ausgefallenen Arbeitsstunden das Kurzarbeitergeld. Auch das japanische Arbeitsrecht sieht in § 26 Arbeitsstandardgesetz ein Arbeitsausfallgeld vor, das 60% des Durchschnittslohns beträgt. Der Arbeitgeber muss sich aber bemüht haben, Arbeitsausfälle zu vermeiden.

Auch kommen verschiedene Erleichterungen für Arbeitgeber in Betracht. Im Falle einer Pandemie kommen staatliche Zahlungen aufgrund des Infektionsschutzgesetzes zum Zuge. Wenn also die Insolvenz nicht zwangsläufig mit der Lohnfortzahlungspflicht verbunden ist, kann einerseits an der unbedingten Einstandspflicht des Arbeitgebers festgehalten werden, andererseits muss sie aber durch die Möglichkeit von Kurzarbeit und Staatszuschüssen flankiert werden.

106 *Sagan/Brockfeld* NJW 2020, 1112 (1116).

107 *Fischinger/Hengstberger*, NZA 2020, 559 (561); *Preis/Mazurek/Schmid* NZA 2020, 1137 (1143); *ErfK/Preis* (Fn. 5), § 615 BGB Rn. 132 j.

108 Zur beabsichtigten Betriebsschließung *Kiel* in *Ascheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 5. Aufl. 2017, § 1 KSchG Rn. 482; zur außerordentlichen Kündigung *Vossen/Kiel*, APS, § 626 BGB Rn. 318a ff.

109 *S. IAB-Forum* 4/220, Kurzarbeit in Europa.

Nach der *ökonomischen Analyse des Rechts*¹¹⁰ sollte eine Rechtsordnung auch unter finanziellen Aspekten prüfen, ob und wann eine Gefahrtragung Sache des einzelnen ist oder die Angelegenheit einer Gruppe (zB Umlagen nach dem Mutterschutzgesetz, Beiträge an die Berufsgenossenschaft) oder, bei einem alle treffenden Risiko, der Gesamtgesellschaft (Leistungen nach dem IfSG), sodass es in diesem Fall weder volkswirtschaftlich sinnvoll noch gerecht ist, dem einzelnen ein Sonderopfer aufzuerlegen.¹¹¹

Wenn allerdings Kurzarbeit, Änderung der Arbeitsbedingungen und staatliche Zuschüsse keine Existenzgefährdung abwenden können, wird dem Arbeitgeber ein unzumutbares Sonderopfer auferlegt. Allerdings würde man, wenn man für diesen Extremfall einen Lohnanspruch ablehnt, die kündigungsrechtliche Regelung – keine fristlose Kündigung selbst bei Existenzgefährdung des Betriebs – konterkarieren. Man mag eine unbedingte Einstandspflicht des Arbeitgebers im Interesse eines in sich stimmigen Systems richtig finden.¹¹² Es kann aber bedeuten, dass zwar eine Arbeitslosigkeit für die Zeit der Kündigungsfristen verhindert wird, aber anschließend die Kündigung durch den Insolvenzverwalter droht, obwohl der Betrieb ansonsten überlebt hätte. Sinnvoll erscheint daher die Lösung, bei Existenzgefährdung für den Arbeitgeber – nach Ausschöpfung der Möglichkeit von Kurzarbeit und betriebsbedingten Kündigungen – jedenfalls bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite eine Gefährdungshaftung des Arbeitgebers zu verneinen.

IV. Arbeitsrecht, Sozialversicherungsrecht oder staatliche Leistungen?

Die Coronakrise hat gezeigt, dass das vorhandene Inventarium des Arbeitsrechts mit seiner weitgehenden Inanspruchnahme des Arbeitgebers für Pandemie-Fälle nicht geeignet ist. Die Lösung muss daher umschwenken auf ein Eingreifen der Solidargemeinschaft. Das kann entweder durch Vorschriften des Sozialversicherungsrechts geschehen (zB durch vorübergehende Sondervorschriften beim Kurzarbeitergeld) oder durch staatliche Zuschüsse an Arbeitgeber, Selbständige, betreuende Eltern usw.

110 Wank, Methodenlehre (Fn. 3), § 11 Rn. 59 ff. mwN.

111 S. auch Rinze/Schwab, NJW 2020, 1905.

112 So ErfK/Preis (Fn. 5), § 615 BGB Rn. 132k: Das Risiko trägt stets und in allen Fällen der Arbeitgeber.

V. Unterschiede in der Rechtskultur

Vergleicht man den juristischen Umgang mit der Coronakrise in Deutschland und Japan, fällt zweierlei auf. Zum einen tragen Japaner seit den Tagen der Spanischen Grippe vor etwa hundert Jahren vielfach bei Erkältungen eine Gesichtsmaske, sodass die Pflicht zur Maskentragung auf breitere Akzeptanz trifft.¹¹³

Zum anderen: Sowohl Deutschland als auch Japan sind, im Vergleich zu anderen Ländern, in der Bekämpfung von Coronafolgen verhältnismäßig gut gefahren. Während das in Deutschland durch zahlreiche Regelungen des Bundes und der Länder und mit Sanktionsdrohungen erfolgte,¹¹⁴ setzte Japan überwiegend auf soft law¹¹⁵, auf das derzeit viel zitierte jishuku yosei und im Übrigen auf Vorschriften nach allgemeinem Polizeirecht und Gewerberecht.¹¹⁶ Das funktioniert deshalb, weil in Japan ein starker sozialer Druck in Fällen abweichenden Verhaltens besteht, der auch zu Einschüchterungen führt.¹¹⁷ Einem Demokratieverständnis scheint daher eher der Erlass von zwingendem Recht zu entsprechen, das allerdings seinerseits auf die Akzeptanz durch die Bevölkerung angewiesen ist.

113 Zur japanischen Reaktion auf die Corona-Pandemie s. die Vorträge von *Kuwamura* und *Kurishima* auf der virtuellen Konferenz „Reaktion auf Corona im japanischen und im deutschen Recht“, Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg, 19./20. August 2020.

114 Die Regeln über die häusliche Zusammenkunft sind allerdings mangels Kontrolle und Sanktion dem soft law zuzurechnen.

115 Das entsprechende Vorgehen in Schweden war nicht erfolgreich, Kölner Stadt-Anzeiger vom 25.11.2020, S. 6.

116 Zur unterschiedlichen Rechtskultur in Deutschland und Japan *Wank*, RdA 2015, 294 (296 ff. mwN).

117 Zur weiteren Entwicklung in Japan FAZ vom 26.11.2020 Nr. 276 S. 9; FAZ vom 5.1.2021 Nr. 3 S. 17.

Covid-19 und das BetrVG oder: Wie ein Virus Online-Sitzungen von Betriebsräten möglich machte

Peter Wedde

I. Einleitung

Über die Sinnhaftigkeit, Notwendigkeit und Zulässigkeit, Sitzungen der Betriebsräte, der Jugend- und Auszubildendenvertretungen und der von diesen gewählten Gremien auf Betriebs-, Unternehmens- oder Konzernebene in Form von Audio- und Videokonferenzen durchführen zu können, wurde in den letzten Jahren mit zunehmender Intensität diskutiert. Zu Beginn des Jahres 2020 reichten die Meinungen von der strikten Ablehnung von Online-Sitzungen über die Zulässigkeit in Einzelfällen bis hin zur Notwendigkeit der generellen Ermöglichung.¹ Diskutiert wurden auch Fragen nach der Gewährleistung der Vertraulichkeit und einschlägigen datenschutzrechtlichen Vorgaben bei der Durchführung von Online-Sitzung. In diesem Zusammenhang wurde auch das Bestehen einer eigenständigen datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit von Betriebsräten unabhängig von der des Arbeitgebers diskutiert. Der zentrale kollektivrechtliche Anknüpfungspunkt dieser Diskussion war § 33 Abs. 1 BetrVG, nach dem Beschlüsse des Betriebsrats mit der Mehrheit der in der Sitzung anwesenden Mitglieder gefasst werden müssen.

Im politischen Raum gab es zum Thema „Online-Betriebsratssitzungen“ keine nennenswerte Bewegung. Im „Weißbuch Arbeiten 4.0“ des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales wurden Online-Sitzungen beispielsweise nur als Ausnahme diskutiert:

„Gleichwohl könnte die Zulässigkeit von Videokonferenzen für Betriebsratssitzungen in Ausnahmefällen erwogen werden. Voraussetzung sollten aller-

1 Vgl. zu den unterschiedlichen Positionen Wolmerath in: Düwell (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 5. Auflage Baden-Baden 2018, § 33 Rn. 4 BetrVG; Fitting, Betriebsverfassungsgesetz, 30. Auflage München 2020, § 33 BetrVG, Rn. 21b; Wedde in: Däubler/Klebe/Wedde (Hrsg.), Betriebsverfassungsgesetz, 17. Auflage Frankfurt 2020, § 33 BetrVG, Rn. 11.

dings die Initiative und die einstimmige Entscheidung des Betriebsrats in eng definierten Ausnahmefällen sein, in denen die Durchführung einer persönlichen Sitzung wegen besonderer Dringlichkeit erheblich erschwert würde. Der Arbeitgeber müsste zudem durch technische Maßnahmen sicherstellen, dass Dritte die Sitzung nicht mitverfolgen können.“²

Die bestehende „gesetzgeberische Ruhephase“ wurde Anfang 2020 plötzlich und unerwartet durch die sich weltweit schnell ausbreitende Corona-Pandemie unterbrochen. Die ungestüme Verbreitung des Covid-19-Virus und die hieraus resultierenden Beschränkungen und Lockdown-Maßnahmen veränderten die Lebens- und Arbeitssituation der Menschen schlagartig. In der Arbeitswelt mussten Arbeitgeber, Beschäftigte, aber auch Betriebs- und Personalräte angesichts dieser Situation völlig neue Wege suchen, um mit temporären Betriebsschließungen oder der hieraus folgenden spontanen Verlagerung der Arbeit in die privaten Wohnungen umgehen zu können.

Aus heutiger Sicht³ hat diese Situation im kollektivrechtlichen Bereich zu einer juristischen Klärung des angesprochenen Themas „Online-Sitzungen“ geführt, die vor der Corona-Pandemie so nicht zu erwarten war. Welche Lösungsmöglichkeiten Betriebsräte und Arbeitgeber gefunden haben und welche juristischen Entwicklungsschritte es auf dem Weg zu einer dauerhaften gesetzlichen Regelung gab, stellt dieser Beitrag dar. Ausgehend von einer Beschreibung der kollektiv- und datenschutzrechtlichen Situation zu Beginn des Jahres 2020 skizziert er zunächst die Entwicklung ab März 2020. Hieran schließt sich eine Darstellung und Bewertung der gesetzgeberischen Lösung an, die auch ein unmittelbares Ergebnis aus den Erfahrungen aus der Pandemiesituation ist.

Alle vorgestellten kollektiv- und datenschutzrechtlichen Themen hat Franz Josef Düwell wort- und schriftgewaltig begleitet⁴ - und er wird dies sicher auch noch lange weiter tun.

2 Vgl. Weissbuch Arbeit 4.0, Bundesministerium für Arbeit und Soziales, Berlin 2017, Seite 161.

3 Das Manuskript dieses Beitrags wurde Ende Mai 2021 fertiggestellt.

4 Vgl. aus jüngster Zeit etwa BT-Ausschussdrucksache 19(11) 1134 vom 12.5.2021 zum Betriebsrätemodernisierungsgesetz oder Düwell/Nielebock, Betriebsrätestärkungsgesetz, jurisPR-ArbR 2/2021 Anm. 1.

II. Ausgangspunkt

1. Organisation der Betriebsratsarbeit

Das Handeln von Betriebsräten wird nicht nur durch das berufliche Umfeld geprägt, in dem sie tätig sind, sondern auch durch die Arbeitsmöglichkeiten beeinflusst, die ihnen dort zur Verfügung steht. Betriebsarbeit in einem kleineren Produktionsbetrieb läuft „bodenständiger“ ab als in einem gleich großen Planungs- oder Vertriebsunternehmen. Aus Tätigkeiten an Maschinen und an Fließbändern leiten sich für die Betriebsratsarbeit andere Themen ab als aus der Arbeit an Büroschreibtischen.

Die Art und Weise ihrer Arbeitserledigung legen Betriebsräte im Rahmen der einschlägigen gesetzlichen Vorgaben selbst fest. Dabei müssen sie nicht nur gesetzliche Fristen beachten, die das Betriebsverfassungsgesetz enthält, sondern auch formale Vorgaben, die es insbesondere für die Durchführung von Betriebsratssitzungen und für dort stattfindenden Beschlussfassungen gibt.

Betriebsratssitzungen sind nach § 30 Satz 3 BetrVG nicht öffentlich. Für diese „Abschottung“ gibt es unterschiedliche Gründe. Zunächst einmal wird so ein geschützter Raum geschaffen, in dem Betriebsräten eine ungestörte interne Diskussion aller einschlägigen Themen möglich ist, ohne dass Außenstehende hiervon unmittelbar Kenntnis erlangen. Die Nichtöffentlichkeit schützt Betriebsratsmitglieder vor einer direkten Beeinflussung ihrer individuellen Meinungsbildung. Sie unterstützt aber auch die freie Meinungsfindung, weil für alle Betriebsratsmitglieder sichtbar ist, welche Personen im Sitzungssaal anwesend sind, wie diese auf vorgetragene Argumente und Vorschläge reagieren, welche Meinungen sie zu den einzelnen haben und wie sie abstimmen. In der Sitzung getroffenen Entscheidungen sind intern für alle Mitglieder nachvollziehbarer.

Beschlüsse mussten Betriebsräte nach der 2020 noch geltenden Regelung in § 33 Abs. 1 BetrVG stets mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder fassen. Die in der Vorschrift genannte „Anwesenheit“ setzte die persönliche Teilnahme voraus. Eine andere Form der Beschlussfassungen wie etwa ein Umlaufverfahren war unzulässig. Ein Verstoß gegen diese gesetzliche Vorgabe führte zur Unwirksamkeit gefasster Beschlüsse.

Um allen Betriebsratsmitgliedern einen identischen Informationsstand zu allen im Gremium bearbeiteten Angelegenheiten zu ermöglichen, haben sie nach § 34 Abs. 3 BetrVG das Recht, die Unterlagen des Betriebsrats und seiner Ausschüsse jederzeit einzusehen. Dieses weit gefasste Informationsrecht gilt unterschiedslos für die konventionell in Papierakten vorhandenen Daten und für elektronisch gespeicherte Daten.

Bezogen auf den Inhalt von Betriebsratssitzungen gibt es für die Mitglieder keine generelle Verpflichtung zum Stillschweigen über die dort verhandelten Inhalte. Spezielle Vertraulichkeitsanforderungen können sich aber aus allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben ableiten, wenn etwa in Sitzungen personenbezogene Themen behandelt werden oder wenn es sich um nach § 79 Abs. 1 BetrVG geschützte Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse geht. Weitergehende datenschutzrechtlichen Vorgaben bestehen, wenn es sich um sensible Informationen zur Gesundheit oder zu bestehenden körperlichen Einschränkungen von Beschäftigten handelt, die in einem Gremium bezogen auf Maßnahmen des Arbeits- und Gesundheitsschutzes diskutiert werden müssen. Bezogen auf Gesundheitsdaten sind insbesondere die Vorgaben des Art. 9 DSGVO i.V.m. § 26 Abs. 3 BDSG zur Zulässigkeit der Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten zu beachten.

2. Gründe für Online-Sitzungen

Die technischen und organisatorischen Voraussetzungen für die Durchführung von Video- und Audiokonferenzen haben sich in den letzten Jahren grundlegend verändert: Es werden hierfür keine aufwändigen Videokonferenzstudios mit spezieller Hard- und Software mehr benötigt, sondern es reicht, wenn alle teilnehmenden Personen über ein Notebook nebst Kamera und Mikrofon, die notwendige Software sowie eine Internetverbindung verfügen. Diese Entwicklung hat dazu geführt, dass viele Beschäftigte inzwischen einen großen Teil ihrer täglichen Arbeitszeit in Online-Besprechungen oder Online-Sitzungen verbringen. Ohne Rücksicht auf räumliche Entfernungen können sich dabei alle Beteiligten auf den Bildschirmen sehen und gemeinsam Präsentationen, Unterlagen oder Dateien betrachten und bearbeiten. Ein Nebeneffekt dieser Art der Zusammenarbeit ist der Wegfall von individuellen Reisezeiten und der hiermit zusammenhängenden Kosten.

Das sich trotz dieser technischen Möglichkeiten Forderungen von Betriebsräten nach Online-Sitzungen vielfach in Grenzen hielten, lag insbesondere daran, dass viele Betriebsratsmitglieder nicht über die für eine reibungslose Durchführung von Video- und Audiokonferenzen erforderliche technische Ausstattung verfügten. Videokonferenzen konnten beispielsweise oft schon deshalb nicht durchgeführt werden, weil digitale Netze nicht zur Verfügung standen und weil leistungsfähige Notebooks, Headsets oder Kameras fehlten. Der Mangel demotivierte Interessierte: Wer in einer Videokonferenz zumeist damit beschäftigt war, abgebrochene

Verbindungen wieder herzustellen oder andere Teilnehmerinnen darauf hinzuweisen, dass ihr Mikrofon gerade auf „Mute“ stand, der verlor an diesem Format schnell die Lust.

Vor diesem technischen Hintergrund hielten sich Online-Aktivitäten von Betriebsräten in Grenzen, zumal die Durchführung von Betriebsratssitzungen und von Beschlussfassungen auf diesem Weg mit Blick auf nach § 33 Abs. 1 BetrVG bestehende Präsenzpflcht nicht möglich waren. Befürwortern von Online-Sitzungen unter den Betriebsräten blieb damit nur die Möglichkeit, Video- und Audiobesprechungen auf Themen außerhalb von Betriebsratssitzungen zu beschränken. Eine Veränderung dieser gesetzlichen Vorgabe im Bereich des BetrVG wurde – anders als bezogen auf das Bundespersonalvertretungsgesetz – im politischen Raum Anfang 2020 nicht intensiv diskutiert. Das hat sich mit Beginn der Corona-Pandemie allerdings ziemlich schnell geändert.

III. Plötzlich war alles anders

Mitte März 2020 traf die erste Welle der Corona-Pandemie mit großer Wucht auf die auf solche Situation nicht vorbereitete Bundesrepublik Deutschland. Ihr Aufprall führte zu einschneidenden Veränderungen: Am 16. März 2020, einem Montag, machten beispielsweise viele Schulen und KITAS gar nicht erst auf und blieben in der Folge für längere Zeit geschlossen. Am selben Tag informierten Arbeitgeber die Beschäftigten darüber, dass die Betriebstätten ab Dienstag geschlossen bleiben würden. Wo es möglich war, sollte zu Hause gearbeitet werden. Und schon am folgenden Sonntag, dem 22. März 2020, einigten sich Bund und Länder in einer Krisenkonferenz darauf, flächendeckend strenge Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen zu verhängen. Deutschland wurde innerhalb von einer Woche in den ersten „Corona-Lockdown“ geschickt.

Der Lockdown machte konventionelle Betriebsratssitzungen und damit auch gesetzeskonforme Beschlussfassungen in Präsenzsitzungen unmöglich. Besonders problematisch war das für fristgebundenen Beschlüsse wie etwa für Widersprüche gegen personelle Einzelmaßnahmen, die nach § 99 Abs. 3 BetrVG innerhalb einer Woche ab der Unterrichtung durch den Arbeitgeber erfolgen müssen. Auch der Abschluss von Betriebsvereinbarungen war ohne Präsenzsitzung nicht möglich. Probleme wie diese diskutierten Betriebsräte in improvisierter Video- und Audiokonferenzen und suchten nach Möglichkeiten, wie sie für die Dauer der Einschränkungen Sitzungen durchführen und Beschlüsse fassen konnten, auch wenn persön-

liche Treffen nicht möglich waren. Glücklicherweise war diese Suche vielfach erfolgreich, wie das folgende Beispiel aus der Praxis zeigt.

1. Lösung

Als mögliche Lösung der durch die Corona-Pandemie entstandenen Probleme wurde auf eine Anfrage aus dem Konzernbetriebsrat eines großen Konzernunternehmens am 16. März 2020 in kurzer Zeit eine Idee dazu entwickelt, wie angesichts der bekannten gesetzlichen Situation Online-Sitzungen und Online-Beschlussfassungen der Betriebsräte für die Dauer der pandemiebedingten Einschränkungen ermöglicht werden sollten. Kernbestandteil dieser Idee war die Abgabe einer einseitigen, rechtsverbindlichen und unwiderruflichen Erklärung des Arbeitgebers, durch die er für die Dauer der durch das Corona-Virus bedingten Krisensituation darauf verzichten sollte, die Rechtmäßigkeit der im Rahmen von Telefon- oder Videokonferenzen durchgeführten Sitzungen und der dort gefassten Betriebsratsbeschlüsse aufgrund eines möglicherweise bestehenden Verstoßes gegen gesetzliche Formvorschriften inhaltlich zu bestreiten oder gerichtlich anzufechten. Entsprechend sollte der Arbeitgeber erklären, dass er auch das Fehlen schriftlicher Anwesenheitslisten der Betriebsratsmitglieder arbeitsrechtlich ebenso wenig monieren wird wie durchgeführte nachträgliche Beschlussfassungen von Betriebsräten bzw. nachträgliche Bestätigung von während der Dauer der Corona-Pandemie gefassten Beschlüssen durch Gremien.

Der Arbeitgeber sollte durch seine Erklärung insgesamt zusichern, dass er sich in keinem dieser Fälle auf die Unzulässigkeit eines Betriebsratsbeschlusses berufen wird.

Weiterhin sollte die Erklärung die Aussage enthalten, dass der Arbeitgeber in dieser Zeit alle Mitteilungen von Betriebsratsvorsitzenden zur aktuellen Entscheidungs- bzw. Beschlussituation der jeweiligen Betriebsratsgremien akzeptiert und dass er diesen nicht das Argument entgegenhalten wird, dass aufgrund der durch die Corona-Pandemie bedingten Einschränkungen tatsächlich kein rechtlich wirksamer Beschluss gefasst wurde bzw. gefasst werden konnte.

Schließlich sollte der Arbeitgeber erklären, dass er Betriebsratsvorsitzende und alle anderen Betriebsratsmitglieder wegen einer während der Corona-Krisensituation begangener Verletzungen gesetzlicher Formvorschriften arbeitsrechtlich nicht belangen wird und dass diese Personen insoweit von möglichen Haftungspflichten befreit, soweit dies rechtlich möglich ist.

Betriebsratsintern sollte festgelegt werden, dass Vorsitzende Beschlussfassungen aus Online-Sitzungen dem Arbeitgeber mitteilen sollten. Weiterhin sollte betriebsratsintern vereinbart werden, dass das Gremium während der Corona-Situation in Online-Sitzungen gefasste Beschlüsse nach Ende der Einschränkungen in regulären Sitzungen in erneuten Abstimmungen bestätigt sollte. Die Betriebsratsmitglieder sollten intern aufgefordert werden, ihr Abstimmungsverhalten aus Onlinesitzung dort zu wiederholen. Beschlussfassung aus der Online-Sitzung sollten dem Arbeitgeber vom Vorsitzenden mitgeteilt werden.

Die für den Konzernbetriebsrat entwickelte Lösungsidee wurde dem Arbeitgeber im Verlauf des 16. Mai 2020 vorgestellt und von ihm als gangbare Lösung akzeptiert. Eine entsprechende Erklärung wurde auf Konzernebene kurzfristig abgegeben und in den Konzernunternehmen und -betrieben ebenfalls umgesetzt. Über nennenswerte Probleme im Umgang mit dieser Lösung wurden in der Folge nicht bekannt.

Textmuster der von Arbeitgebern abgegebenen Erklärungen wurden ebenso im Internet zur Verfügung gestellt wie der Entwurf einer alternativ angedachten Regelungsabrede.⁵ Auf dieser Grundlage gelang es auch in vielen Betrieben, die Betriebsratsarbeit trotz des Lockdowns fortzuführen.⁶

2. Reaktion des Gesetzgebers

Auch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales suchte in der Woche ab dem 16. März 2020 angesichts stattfindender Betriebsschließungen nach Möglichkeiten, Betriebsräte weiter funktionsfähig zu halten. In einer Onlinekonferenz mit Betriebsratsvorsitzenden aus großen Unternehmen wurde Hubertus Heil als Bundesminister für Arbeit und Soziales auch über die vorstehend skizzierte Lösung informiert.

5 Vgl. das Muster einer Arbeitgebererklärung der Gewerkschaft ver.di vom 23.3.2020 unter https://hamburg.verdi.de/++file++5e7b7222fcd4c95d4cc24321/download/200325-Mustertext-Arbeitgebererklarung_Corona_Krise.pdf sowie das Muster für eine entsprechende Regelungsabrede unter https://hamburg.verdi.de/infos-zur-coronakrise-im-arbeitsleben_1/++co++f606011e-6d03-11ea-95a9-001a4a160100; kritisch zu diesem Konzept Weller, Digitalisierung der Betriebsratsarbeit. Die Neuregelung und deren Umsetzung in die Praxis, Expertenforum Arbeitsrecht (#EFAR), <https://efarbeitsrecht.net/digitalisierung-der-betriebsratsarbeit-die-neuregelungen-und-dere-n-umsetzung-in-der-praxis/>.

6 Vgl. zu den Rahmenbedingungen Wedde, 7 Fragen zur Betriebsratsarbeit während der Corona-Krise, 8.5.2020, <https://www.bund-verlag.de/aktuelles-7-Fragen-zur-Betriebsratsarbeit-waehrend-der-Corona-Krise-.html>.

Mit Datum vom 20. März 2020 wandte sich Bundesminister Heil sich mit einer „Erklärung zur Sicherung der Arbeitsfähigkeit der Betriebsräte mit Blick auf Covid 19“ an Arbeitgeber und Betriebsräte.⁷ In dieser „Ministererklärung“ forderte er die Betriebsparteien auf, mit höchster Priorität schnelle und pragmatische Lösungen zu finden, um die Rechte der Betriebsräte zu sichern.

Etwas überraschend war eine Aussage in dieser Erklärung zur Zulässigkeit von Online-Betriebsratssitzungen und von Beschlussfassungen, mit der festgestellt wurde

„dass in der aktuellen Lage, wenn beispielsweise die Teilnahme an einer Präsenzsitzung zu Gefahren für das Leben oder die Gesundheit der Betriebsratsmitglieder führt oder wegen behördlicher Anordnungen nicht möglich ist, auch die Teilnahme an einer Betriebsratssitzung mittels Video- oder Telefonkonferenz einschließlich online gestützter Anwendungen wie WebEx Meetings oder Skype, zulässig ist. Dies gilt sowohl für die Zuschaltung einzelner Betriebsratsmitglieder als auch eine virtuelle Betriebsratssitzung. Die Beschlüsse, die in einer solchen Sitzung gefasst werden, sind nach unserer Auffassung wirksam. Weil es eine handschriftlich unterzeichnete Anwesenheitsliste in solch einem Fall nicht geben kann, sollte die Teilnahme gegenüber dem Betriebsratsvorsitzenden in Textform, also zum Beispiel per E-Mail bestätigt werden.“

Die Auswirkungen dieser Erklärung wurden in der juristischen Diskussion unterschiedlich bewertet. Ihr wurde insbesondere entgegengehalten, dass eine „Ministererklärung“ die nach ihrem Wortlaut eindeutige gesetzliche Regelung in § 33 Abs. 1 BetrVG nicht außer Kraft setzen kann.⁸ Gelöst wurde die unklare Situation kurze Zeit später durch die zeitliche befristete Einfügung einer speziellen Vorschrift in das BetrVG.

3. Sonderregelung zu Video- und Telefonkonferenzen aus Anlass der Covid-19-Pandemie

Rückwirkend zum 1. März 2021 trat die am 20. Mai 2021 im Deutsche Bundestag beschlossene und zeitlich zunächst bis zum 31. Dezember 2020 befristete Sonderregelung in § 129 BetrVG zur Zulässigkeit von Betriebs-

7 Vgl. die Dokumentation unter <https://hamburg.verdi.de/++file++5e7a3fcc5194ec986a9c2430/download/ministererklaerung-arbeit-der-betriebsraete-unterstuetzen.pdf>.

8 Vgl. Düwell, BB vom 15.4.2020, Seite I; Weller, a.a.O. (Fn. 5).

ratssitzungen und Beschlussfassungen in Form von Video- und Telefonkonferenzen im Kraft.⁹ Die Geltung der Vorschrift wurde im Dezember 2020 bis zum 30. Juni 2021 verlängert.¹⁰

§ 129 BetrVG bezog sich auf alle Betriebsräte sowie auf alle Jugend- und Auszubildendenvertretungen auf Betriebs-, Unternehmens- und Konzernebene einschließlich der von diesen gebildeten Gremien. Voraussetzung für die Durchführung von Sitzungen und Beschlussfassungen in Video- und Telefonkonferenzen war, dass Dritte von den dort verhandelten Inhalten keine Kenntnis nehmen konnten. Durch die Rückwirkung zum 1. März 2020 wurden im Widerspruch zu § 33 Abs. 1 BetrVG durchgeführte Sitzungen und Beschlussfassungen formal legitimiert.

Durch § 129 Abs. 2 BetrVG wurde auch für Einigungsstellen die Möglichkeit der Sitzungsdurchführung per Video- und Telefonkonferenz eröffnet. Abs. 3 der Vorschrift ebnete den Weg für die Durchführung der in den §§ 42, 53 und 71 BetrVG genannten Versammlung mittels audiovisueller Einrichtungen. Für alle diese Fälle wurden Aufzeichnungen ausdrücklich verboten.

4. Erfahrungen

Zu den Erfahrungen von Betriebsräten, JAV-Mitgliedern oder Einigungsstellenmitgliedern mit den auf Basis von § 129 BetrVG durchgeführten Video- und Telefonkonferenzen gibt es noch keine umfassenden empirischen Untersuchungen. Zum Zeitpunkt der Fertigstellung dieses Manuskripts Ende Mai 2021 liegen aber insbesondere Praxisberichte aus Betriebsräten vor, die seit März 2020 durchgängig online getagt und beschlossen haben. Übereinstimmend verweisen diese Aussagen darauf, dass die Durchführung von Online-Sitzungen und hier mögliche Beschlussfassungen eine grundlegende Voraussetzung dafür waren, dass die kollektive Vertretung von Beschäftigteninteressen während der Corona-Pandemie funktioniert hat. Gleiches gilt für Einigungsstellen, die auf dieser Grundlage stattgefunden haben.

9 Vgl. Art. 5 des Gesetzes zur Förderung der beruflichen Weiterbildung im Strukturwandel und zur Weiterentwicklung der Ausbildungsförderung vom 20.5.2020, BGBl. I, Seite 1044.

10 Vgl. Art. 4 des Gesetzes zur Beschäftigungssicherung infolge der COVID-19-Pandemie (Beschäftigungssicherungsgesetz – BeschSiG) vom 3.12.2020, BGBl. I, S. 2691.

Betriebsrats- und JAV-Mitglieder berichten allerdings ebenso wie Mitglieder von Einigungsstellen, dass diese Form der Sitzungsdurchführung zwar als Notlösung richtig und zielführend war, dass sie aber als Regelform ungeeignet ist. Begründet wird diese Aussage insbesondere mit der unpersönlichen Art der Online-Durchführung, mit dem Fehlen eines direkten Feedbacks, mit der Unmöglichkeit der unmittelbaren Wahrnehmung von Reaktionen anderer Sitzungsteilnehmerinnen sowie mit den sehr hohen Anforderungen an die persönliche Konzentration. Zudem wird die oft unzureichende technische Qualität von Geräten, Kameras oder Mikrofonen, Schwierigkeiten im Umgang mit der verwendeten Software sowie Probleme mit der Netzverbindung als Argument gegen diese Sitzungsform angeführt. Und eine Reihe von Betriebsratsmitgliedern hat Zweifel daran, ob die notwendige und gesetzlich vorgeschriebene Vertraulichkeit der Sitzungen immer und überall gewahrt werden kann.

Ergebnis dieser Erfahrungen sind unterschiedliche Auffassungen dazu, ob Video- und Telefonkonferenzen auch nach dem Ende der Corona-Pandemie möglich sein sollten. Deutschlandweit aufgestellte Gremien befürworten vielfach eine Fortsetzung von Online-Sitzungen, während insbesondere lokale Betriebsräte zurück zu Präsenzsitzungen wollen. Diese Debatte ist allerdings durch einschlägige Regelungen zu diesem Thema beendet worden, die das mit Wirkung zum 15. Juni 2021 in Kraft getretene „Beschäftigungsmodernisierungsgesetzes“¹¹ enthält.

IV. Video- und Telefonkonferenzen als Dauerlösung

Mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz sind Video- und Telefonkonferenzen als Möglichkeit der Online-Sitzungsdurchführung im Betriebsverfassungsgesetz verankert worden. Die hierzu neu in das Gesetz eingefügten Regelungen gelten auf Betriebs-, Unternehmens- und Konzernebene für alle dort bestehenden Betriebsratsgremien sowie für die Jugend- und Auszubildendenvertretungen. Video- und Telefonkonferenzen sind aber kein Regelfall, sondern sollen eine Ausnahme bleiben. Hierzu gibt die neue Regelung in § 30 Abs. 1 Satz 5 BetrVG vor, dass Betriebsratssitzungen weiterhin vorrangig als Präsenzsitzung durchgeführt werden sollen, bei denen alle

11 Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz), BGBl. I vom 14.6.2021, Seite 1762 ff.

Teilnehmer persönlich anwesend sind.¹² Begründet wird dieser Vorrang damit, dass nur in einer Präsenzsitzung Körpersprache, Mimik oder Gestik der anderen Betriebsratsmitglieder uneingeschränkt wahrgenommen werden können. Hinzu kommt der für die Meinungsbildung wichtige vertrauliche Einzelaustausch einzelner Betriebsratsmitglieder, der in Online-Sitzungen so nicht möglich ist.¹³

Abweichend können Betriebsratssitzungen und notwendige Beschlussfassungen unter den in § 30 Abs. 2 BetrVG genannten Voraussetzungen ausnahmsweise als Video- und Telefonkonferenzen durchgeführt werden. Es soll in diesem Rahmen sowohl möglich sein, einzelne Mitglieder online zuzuschalten oder aber, auch ganze Sitzungen ausschließlich als Video- und Telefonkonferenz durchzuführen.¹⁴

Voraussetzung für Betriebsratssitzungen per Video- und Telefonkonferenz und für die Wirksamkeit der dort gefassten Beschlüsse ist nach § 30 Abs. 2 Nr. 1 BetrVG die Festlegungen der hierfür geltenden Voraussetzungen in der Geschäftsordnung des Betriebsrats. In diesem Rahmen kann der Vorrang der Präsenzsitzungen beispielsweise dadurch sichergestellt werden, dass eine Begrenzung der Anzahl jährlich zulässiger Online-Sitzungen erfolgt. Auch eine inhaltliche Beschränkung auf die Beratung bestimmter Themen oder auch auf Sachverhalte, die eine schnelle Befassung erfordern (etwa Sondersitzungen) ist möglich. Zulässig kann auch eine Regelung in der Geschäftsordnung sein, nach der eine Online-Teilnahme möglich ist, um die Gesundheit von Betriebsratsmitgliedern zu schützen.¹⁵

Bei der Durchführung von Sitzungen mittels Video- und Telefonkonferenz muss nach § 30 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG sichergestellt sein, dass Dritte von deren Inhalt keine Kenntnis nehmen können. Dazu sind auch technische Maßnahmen wie zum Beispiel eine Verschlüsselung der Verbindung notwendig. Die Kosten erforderlicher technischer und organisatorischer Maßnahmen sind nach § 40 Abs. 2 BetrVG vom Arbeitgeber zu tragen.¹⁶

Die Möglichkeit von Video- und Telefonkonferenz entfällt nach § 30 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG, wenn mindestens ein Viertel der Mitglieder des Betriebsrats dieser Variante innerhalb einer von den Vorsitzenden festzusetzenden Frist widerspricht.

Wird eine Betriebsratssitzung in „hybrider“ Form durchgeführt, in der den Betriebsratsmitgliedern parallel sowohl eine Präsenzsitzung angeboten

12 Vgl. BT-Drs. 19/28899 vom 22.4.2021, Seite 19.

13 Vgl. a.a.O.

14 Vgl. a.a.O.

15 Vgl. a.a.O.

16 Vgl. a.a.O., Seite 20.

wird als auch die Möglichkeit einer Online-Teilnahme, gilt nach der Regelung in § 30 Abs. 3 BetrVG die Teilnahme von Ort als erforderlich. Diese normative Klarstellung verdeutlicht, dass beim Bestehen von Wahlmöglichkeiten die einzelnen Betriebsratsmitglieder eigenständig darüber entscheiden, in welcher Form sie teilnehmen. Arbeitgeber dürfen diese Entscheidungsfindung nicht beeinflussen.

Auf der formalen Ebene wird durch die Einfügung eines neuen Satz 2 in § 33 Abs. 1 BetrVG klargestellt, dass Betriebsratsmitglieder bei einer Teilnahme per Video- und Telefonkonferenz als anwesend gelten. Die Bestätigung der Teilnahme muss in diesen Fällen nach der in § 34 Abs. 1 BetrVG eingefügten Regelung gegenüber dem Vorsitzenden in Textform erfolgen. Diese Bestätigung ist der Sitzungsniederschrift beizufügen.

V. Betriebsratsarbeit online

Welche praktischen Auswirkungen die nunmehr möglichen Video- und Telefonkonferenzen auf die Betriebsratsarbeit hat, wird sich zeigen. Für Betriebsräte, die in einer gemeinsamen Betriebsstätte tätig sind, wird sich vermutlich nicht viel ändern und sie werden nach Ende der Corona-Pandemie wieder zu regelmäßigen Präsenzsitzungen zurückkehren. Genutzt werden könnten die Online-Möglichkeiten hier allerdings, wenn einzelne Mitglieder ansonsten für kurze Sitzungen oder für Sondersitzungen aus dem Homeoffice extra in den Betrieb kommen müssten. Häufiger werden Video- und Telefonkonferenzen vermutlich in überregional zusammengesetzten Gremien wie insbesondere in Gesamt- oder Konzernbetriebsräten stattfinden, wenn etwa notwendige Reisezeiten der einzelnen Betriebsratsmitglieder die jeweilige Sitzungsdauer deutlich überschreiten.

Allerdings nehmen Gremien, die vermehrt auf Video- und Telefonkonferenzen setzen, den Wegfall informeller Kontakte und direkter Absprachemöglichkeiten in Kauf. Hinzu kommt, dass die Online-Kommunikation sich schon in ihrer formalen Struktur grundlegend von der direkten unterscheidet. Wem beispielsweise individuelle Chat-Funktionen nicht ausreichend vertraut sind, dem werden spontane Abstimmungen mit anderen Mitgliedern auf diesem Weg möglicherweise nicht gut gelingen. Und wer sich in Sitzungen durch Beobachtung der anderen Betriebsratsmitglieder ein direktes Bild von Stimmungen und Meinungen verschafft, der wird mit Online-Formaten nur schlecht zurechtkommen. Dies gilt insbesondere, wenn die Übertragungsqualität so schlecht ist, dass die Teilnehmenden notgedrungen ihre Kameras abschalten, um eine ausreichende Sprachqualität zu gewährleisten. Insgesamt kann dies dazu führen, dass

sich im Rahmen von Video- und Telefonkonferenzen die Kommunikations- und Diskursstrukturen zugunsten oder zulasten einzelner Betriebsratsmitglieder oder Betriebsratsfraktionen verschieben.

Dies alles mag relativ unproblematisch sein, wenn es innerhalb einer Sondersitzung um Beschlussfassungen zu Themen gibt, zu denen es in Gremien keine großen Kontroversen gibt wie etwa die Verhinderung von Überstunden, über die ein Betriebsrat vom Arbeitgeber nicht vorab informiert wurde. Anders stellt sich die Situation dar, wenn Betriebsratsmitglieder feststellen, dass es in einer anberaumten Video- und Telefonkonferenz keine Möglichkeit mehr für einen umfassenden Meinungsaustausch mehr gibt. Dann könnte es vermehrt passieren, dass das nach § 30 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG notwendige Viertel der Mitglieder des Betriebsrats der Durchführung von Online-Sitzungen widerspricht.

Wichtig ist in diesem Zusammenhang die Feststellung, dass es der Betriebsrat als Gremium in der Hand hat, über die Durchführung von Sitzungen und Beschlussfassungen per Video- und Telefonkonferenz zu entscheiden. Die gesetzliche Neuregelung begründet keinen individuellen Rechtsanspruch auf eine Online-Teilnahme einzelner Betriebsratsmitglieder, weil sie beispielsweise gerade außerhalb des Betriebs bei einem Kunden tätig sind oder weil sie am Sitzungstag im Homeoffice arbeiten wollen. Auch der Wunsch, aus dem Urlaub an Sitzungen teilzunehmen, begründet keinen individuellen Online-Anspruch.

1. Online setzt technische Ausstattung voraus

Nicht zu unterschätzen ist das technische Ausstattungsniveau, das für die Teilnahme an Video- und Telefonkonferenzen und für deren reibungslose Durchführung benötigt wird. Alle Beschäftigten, die in den letzten Monaten einen Großteil ihres Berufslebens mit veralteten Notebooks und Tablets gearbeitet haben und dabei an schwankende Übertragungsleistungen verzweifelt sind, wissen ein Lied davon zu singen, wie wichtig ein gutes Ausstattungsniveau ist. Deshalb müssen Betriebsräte vor der standardmäßigen Einführung von Video- und Telefonkonferenzen sicherstellen, dass alle Betriebsratsmitglieder über eine vom Arbeitgeber gestellte Ausstattung auf gleichem Niveau verfügen und dass sie für den Umgang mit Kommunikationssoftware ausreichend qualifiziert sind.

Da Arbeitgeber die Kosten für die erforderliche Ausstattung und für einschlägige Aus- und Weiterbildungsmaßnahmen § 40 Abs. 2 BetrVG zu tragen haben, sind bezüglich der Herstellung eines solchen einheitlichen Standards Debatten um Kosten und vermutlich auch Rechtsstreitigkeiten

absehbar. Dabei müssen Betriebsräte vermeiden, dass sie sich erforderliche Ausstattung beispielsweise dadurch „erkaufen“, dass sie Arbeitgebern Zugeständnis bezüglich der von diesem zu erstattenden Reisekosten von Betriebsratsmitgliedern machen – etwa durch die „Garantie“ einer Mindestzahl von Video- und Telefonkonferenzen. Derartige Zugeständnisse wären schon mit Blick darauf verfehlt, dass nach § 30 Abs. 2 Nr. 2 BetrVG schon ein Viertel der Stimmen eines Betriebsrats ausreicht, um Präsenzsitzungen zu erzwingen.

Mit Blick auf die nach § 30 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG herzustellen Vertraulichkeit der Sitzung müssen Betriebsräte prüfen, ob die im Betrieb standardmäßig verwendeten Video- und Telefonkonferenzsysteme diese tatsächlich gewährleisten. Diesbezüglich ist zu bedenken, dass auf im Normalfall die für die im Betrieb genutzten Systeme die IT-Administratoren weitgehende Zugriffsrechte haben. Sie können deshalb beispielsweise dort gezeigte oder abgelegte Daten und Dokumente lesen, wenn diese nicht verschlüsselt sind. Sie können sehen, wer wann und wie lange in Video- und Telefonkonferenzen eingeloggt war. Und sie können verfolgen, wer welche Informationen in einem Chat ausgetauscht hat. Derartige Zugriffe sind im Regelfall zwar schon datenschutzrechtlich unzulässig. Aber allein, dass sie erfolgen können, stellt die gesetzlich vorgegebene Vertraulichkeit und Frage und gefährdet die zu wahrende Unabhängigkeit des Betriebsrats vom Arbeitgeber.

Wollen Betriebsräte sich vor der Möglichkeit von Ausforschungen schützen, müssen sie technische und organisatorische Maßnahmen zum Datenschutz treffen, die im Extremfall im Rückgriff auf ein Video- und Telefonkonferenzsystem bestehen können, auf das Mitarbeiter des Arbeitgebers oder von ihm beauftragte externe Administratoren keinen Zugriff haben. Die Aufwendungen für sichere Systeme sind nach § 40 Abs. 2 BetrVG im erforderlichen Umfang vom Arbeitgeber zu tragen.

2. Sicherung der Vertraulichkeit im individuellen Bereich

Um die durch § 30 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG gesetzlich vorgegebene Vertraulichkeit sicherzustellen, müssen Betriebsratsmitglieder, die von ihren betrieblichen Arbeitsplätzen aus an Video- und Telefonkonferenzen des Betriebsrats teilnehmen, gewährleisten, dass sie dort ungestört sind und dass Unbefugte von dem in der Sitzung Gesagten oder Gezeigten keine Kenntnis nehmen können. Das schließt die Teilnahme aus Großraum- oder Gruppenbüros in der Regel ebenso aus wie aus anderen „offenen“ Arbeitsumgebungen. Dies gilt erst recht, wenn Betriebsratsmitglieder während

der Sitzungsteilnahme auf persönliche Akten in Papierform zugreifen müssen.

Praktisch bedeutet das, dass den online an Sitzungen teilnehmenden Betriebsratsmitglieder vom Arbeitgeber optisch und akustisch abgeschirmte Arbeitsplätze zur Verfügung gestellt werden müssen. Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, steht dieses Fehlen der Durchführung von Video- und Telefonkonferenzen schon mit Blick auf die zu wahrende Gleichbehandlung aller Betriebsratsmitglieder entgegen. Will ein Gremium in einer solchen Situation dennoch Online-Sitzungen durchführen, muss es durch organisatorische und technische Maßnahmen (etwa durch die Einrichtung von Arbeitsplätzen in einem Betriebsratsbüro) sicherstellen, dass alle Betriebsratsmitglieder unter gleichen Bedingungen rechtskonform teilnehmen können.

Wollen Beschäftigte von zu Hause aus an Betriebsratssitzungen und Beschlussfassung per Video- und Telefonkonferenz teilnehmen, muss die notwendige Vertraulichkeit ebenfalls gesichert sein. Betriebsratsmitglieder müssen deshalb auch im privaten Umfeld sicherstellen, dass Betriebsratsangelegenheiten dort anderen Personen nicht zur Kenntnis gelangen. Dies setzt eine räumliche Arbeitssituation voraus, die optisch und akustisch gegenüber anderen Personen abgeschirmt ist. Können Betriebsratsmitglieder diese Voraussetzungen zu Hause nicht erfüllen und zeigen sie dies ihrem Gremium an, muss dieses für Alternativen sorgen.

Eine solche Alternative kann darin bestehen, dass Betriebsratsmitgliedern die Teilnahme an einer Video- und Telefonkonferenz von einem betrieblichen Arbeitsplatz aus ermöglicht wird. Denkbar ist auch die temporäre Anmietung von Räumen in Wohnraumnähe für die Sitzungsdauer, etwa in einem Business-Center oder in einem Hotel. Hierfür erforderliche Kosten sind nach den Regeln des § 40 Abs. 2 BetrVG vom Arbeitgeber zu übernehmen.

VI. Onlinesitzungen und Datenschutz

Die Betriebsräte durch einschlägige kollektivrechtliche Vorschriften zugewiesenen Aufgaben verbinden sich regelmäßig mit der Verarbeitung personenbezogener Daten. Teilweise müssen Betriebsräte auch mit Gesundheitsdaten umgehen, die durch Art. 9 DSGVO als besondere Kategorien personenbezogener Daten herausragend geschützt sind.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht unterfallen Betriebsräte der allgemeinen datenschutzrechtlichen Verantwortung, die Arbeitgeber als „Verantwortliche“ im Sinne der Begriffsbestimmung in Art. 4 Nr. 7 DSGVO ha-

ben. Diese hat das Betriebsrätemodernisierungsgesetz durch die neue Regelung in § 97a BetrVG festgelegt. Durch Abs. 2 dieser Vorschrift wird klargestellt, dass der Arbeitgeber auch dann der für die Verarbeitung Verantwortliche im Sinne der datenschutzrechtlichen Vorschriften und der Begriffsbestimmung in Art. 4 Nr. 7 DSGVO ist, wenn Betriebsräte zur Erfüllung der in ihrer Zuständigkeit liegenden Aufgaben personenbezogene Daten verarbeiten.

Zugleich wird durch § 97a Satz 1 BetrVG festgelegt, dass Betriebsräte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten die Vorschriften über den Datenschutz einzuhalten haben. Nach Satz 3 der Vorschrift besteht eine gegenseitige Unterstützungspflicht von Arbeitgeber und Betriebsrat bei der Einhaltung der datenschutzrechtlichen Vorschriften.

Die gesetzliche Verpflichtung von Betriebsräten zur eigenständigen Einhaltung des gesetzlichen Datenschutzes nimmt Vorgaben aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auf¹⁷ und sichert im Ergebnis die Unabhängigkeit der Gremien gegenüber datenschutzrechtlich begründeten Aktivitäten von Arbeitgebern. Bezogen auf Video- und Telefonkonferenzen und die hier nach § 30 Abs. 2 Nr. 3 BetrVG von Betriebsräten zu wahrende Vertraulichkeit begründet diese Verpflichtung Handlungsnotwendigkeiten im Bereich des technischen und organisatorischen Datenschutzes.

Hierzu gehört beispielsweise die in Art. 25 DSGVO verankerte Sicherstellung des Datenschutzes durch Technikgestaltung und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen. Nach Abs. 1 dieser Vorschrift müssen Betriebsräte im Rahmen ihrer datenschutzrechtlichen Zuständigkeit beispielsweise schon bei der Festlegung der Mittel der Verarbeitung geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zum Datenschutz zu treffen wie eine standardmäßige Pseudonymisierung. Nach Art. 25 Abs. 2 DSGVO sollen datenschutzfreundliche Voreinstellungen getroffen werden, durch die insbesondere die Menge erhobener personenbezogener Daten und der Umfang ihrer Verarbeitung begrenzt wird. Hinzukommen soll etwa die Festlegung von Speicherfrist.

Umfassende Vorgaben zur Sicherheit der Verarbeitung, die von Betriebsräten bei der Durchführung von Video- und Telefonkonferenzen aus datenschutzrechtlicher Sicht gegeben sein müssen, enthält Art. 32 DSGVO. Zu den hier genannten technischen und organisatorischen Maßnahmen, die von den für die Sicherstellung des Datenschutzes verantwortlichen Personen oder Stellen im Ergebnis einer Risikoabwägung im Ein-

17 Vgl. BAG 18.7.2012 – 7 ABR 23/11, NZA 2013, 49 zum BDSG a.F.

zufall getroffen werden müssen, kann neben der Pseudonymisierung und Verschlüsselung personenbezogener Daten beispielsweise die Sicherung der Vertraulichkeit, Integrität, Verfügbarkeit und Belastbarkeit der verwendeten Systeme und Dienste gehören.

Bezogen auf Video- und Telefonkonferenzen leitet sich aus den vorstehend angesprochenen Vorgaben zum technischen und organisatorischen Datenschutz beispielsweise die Notwendigkeit ab, dass im hierfür verwendeten technischen System eine über das Sitzungsende hinausgehende Speicherung der dort besprochenen Unterlagen oder geführten Chats nicht stattfinden darf. Gerade wenn Betriebsräte die verwendeten Systeme nicht selbst technisch administrieren, müssen sie vom Betreiber (in der Regel also vom Arbeitgeber) verlangen, dass bezogen auf Online-Sitzungen der Betriebsratsgremien mögliche Einstellungen so gesetzt werden, dass die Vertraulichkeit der Betriebsratsarbeit vollumfänglich gewahrt wird. Hierfür sind beispielsweise kurze Löschfristen ebenso erforderlich wie geeignete Verschlüsselungsverfahren. Auf der organisatorischen Ebene können Berechtigungskonzepte so gestaltet werden, dass etwa IT-Administratoren, die zur Behebung technischer Probleme auf Betriebsratsdaten zugreifen müssen, dies nur einer Autorisierung durch ein Betriebsratsmitglied und unter dessen Aufsicht tun können.

Um Betriebsratsmitgliedern für Video- und Telefonkonferenzen die erforderlichen Unterlagen zur Verfügung stellen können, bietet sich mit Blick auf notwendige technische und organisatorische Datenschutzmaßnahmen neben der (verschlüsselten) elektronischen Versendung auch das Konzept eines digitalen Betriebsratsarchivs an, in dem den einzelnen Betriebsratsmitgliedern alle notwendigen Unterlagen elektronisch zur Verfügung stehen. Erfolgt die individuelle Bearbeitung in derartigen Konzepten ausschließlich elektronisch, reduziert dies das Risiko von Datenschutzverstößen und entbindet die einzelnen Mitglieder von individuellen Datenschutzverpflichtungen. Der Umgang mit derartigen elektronischen Archiven und ausschließlich digital vorliegenden Dokumenten und Unterlagen ist zwar gewöhnungsbedürftig, funktioniert aber nach kurzer Zeit recht gut. Und natürlich hat jedes Mitglied in derartigen elektronischen Betriebsratsarchiven nur für ihn zugängliche Bereiche, in denen Sitzungsunterlagen individuell gespeichert und gegebenenfalls mit Anmerkungen oder Notizen versehen werden können.

VII. Fazit

Dass eine Pandemie zum vorschnellen Ende der juristischen und politischen Diskussion um die Sinnhaftigkeit und Zulässigkeit von Betriebsrats-sitzungen mittels Video- und Telefonkonferenzen führt und die Verankerung entsprechender Vorschriften im Betriebsverfassungsgesetz befördert, hätte vor zwei Jahren niemand erwartet. Jetzt müssen Betriebsräte lernen, mit dieser neuen Möglichkeit umzugehen. Allerdings beschränken sich die nunmehr bestehenden Handlungsnotwendigkeiten nicht auf Ergänzungen der Geschäftsordnungen. Sollen Video- und Telefonkonferenzen effektiv sein, muss den Betriebsratsmitgliedern auch das dafür erforderliche „Handwerkszeug“ zur Verfügung gestellt werden. Neben notwendigen Endgeräten und Internetanbindungen gehören hierzu auch angemessene Qualifikationsmaßnahmen zum Umgang mit den neuen digitalen Möglichkeiten für alle Betriebsratsmitglieder. Hinzukommen muss ein guter Datenschutz sowie notwendige Maßnahmen aus dem Bereich der technischen und organisatorischen Datensicherheit.

Allerdings könnte es passieren, dass Betriebsräte in einer Reihe von Fällen die erforderlichen erforderlicher Ressourcen und Möglichkeiten gegen Arbeitgeber durchsetzen müssen, denen der notwendige Aufwand zu kostspielig ist und die das Alles nicht für erforderlich halten. Aber Digitalisierung gibt es eigentlich nirgends zum Nulltarif. Warum sollte das im kollektivrechtlichen Rahmen anders sein.

Betriebsräte sollten aber bei so vielen digitalen Möglichkeiten nicht vergessen, dass ein persönliches Wort im Betrieb oder im Gremium oft mehr bewirken kann als lange Video- und Telefonkonferenzen. Das gilt nach Ende der Corona-Pandemie mehr denn je.

Die Gesellschaft im Wandel

Characteristics of and Differences between the Way of Working in Japan and Germany

Kobei Kiyono

I. Prologue

I am truly honored to contribute to the commemorative publication (Festschrift) for honoring Professor Franz Josef Düwell on his 75th birthday.

I first met Prof. Düwell, as Vorstandsvorsitzender of Deutsch-Japanische Gesellschaft für Arbeitsrecht e. V. (DJGA), at the symposium “DIGITALISIERUNG DER ARBEITSWELT IN DEUTSCHLAND UND JAPAN-Herausforderungen für das Arbeitsrecht” in May 2017, which commemorated the DJGA’s 20th anniversary. I had been transferred to the Embassy of Japan in Germany from the Ministry of Health, Labour and Welfare (MHLW) in July 2015 for three years, during which time I was involved in research on Germany’s labour situations, policies, and systems. In the fall of 2016, I had accompanied the delegation of researchers from the Japan Institute for Labour Policy and Training (JILPT), who studied the impact of the new system of minimum wage in Germany at that time. During their time there, they met with Rechtsanwalt Karsten Haase, one of the editors of this commemorative publication. After their discussion, as Geschäftsführer of the DJGA, he had suddenly asked me about the possibility of the Japanese embassy contributing to the DJGA’s commemorative symposium the following year in Berlin. The embassy and I were already keen on supporting exchange in the field of labour law and policies between Japan and Germany, and hence, we willingly accepted it. This led to a reception at the embassy, to which the German and Japanese members of the DJGA and other professional members attending the symposium were invited, as well as the attendance of the deputy director-general from the MHLW to the symposium, who discussed “ARBEITEN 4.0 IN JAPAN UND DEUTSCHLAND” with Abteilungsleiterin, Bundesministerium für Arbeit und Soziales. Thanks to Prof. Düwell and Rechtsanwalt Haase, my involvement in the DJGA’s activity was one of my most valuable experiences during my tenure in Germany. Even after the symposium, I was happy to continue our association, inviting both of them to the Emperor’s

birthday reception at the embassy and participating in other events of the DJGA

Currently (as of January 2021), I am Director of the Diet Liaison Office, General Affairs Division, Minister's Secretariat, MHLW. My duty is to coordinate and deal with issues related to the Diet, political parties, and lawmakers in the field of health, labour, and welfare. Due to the nature of my current position, I am rarely involved in matters related to Germany or other foreign countries. Therefore, the opportunity to participate in this project is valuable to me, a way to remember and reorganize what I studied and experienced in Germany.

In this contribution, I would like to discuss the “characteristics of and differences between the way of working in Japan and Germany.” This is because it was the DJGA that gave me the chance to meet Prof. Düwell, and its aim is to study German-Japanese labour law and policy and promote bilateral exchanges. Also, I had conducted research on these topics during my three-year stay in Germany. In fact, some business travelers from Japanese companies, research institutions, and governments had expressed keen interest in the differences between the way of working in the two countries. One of the reasons for this was that in Japan, at that time, a bill called the “Work Style Reform Law” was discussed in the Diet—it was aimed at setting a legal upper limit on overtime work and establishing the rule of “Equal Pay for Equal Work,” especially for non-regular workers; it was passed in the Diet in 2018. At that time, compared with other advanced countries, including Germany, reducing long working hours in Japan was one of the critical issues. In addition, from the perspective of labour management, Japanese companies that were contemplating starting their own business in Germany were highly interested in the work style differences between Japanese and German employees.

Therefore, based on materials at Japanese and German labour research institutions, as well as interviews with several Japanese companies in Germany (that could compare the two countries' ways of working), I summarized what I had studied into papers. Concerning this theme, I also had opportunities to give lectures at the Japanese chambers of commerce in Berlin, Frankfurt, Munich, Düsseldorf, and Hamburg.

As part of the process of organizing my paper, please note that the following contents are not necessarily generalized in terms of line of business, company size, characteristics of each industry, etc.

The contents are roughly divided into 4 chapters: “Recruitment and Setting of Working Conditions,” “Working Conditions,” “Dismissal,” and “Others.”

II. Recruitment and Setting of Working Conditions

1. Recruitment

When hiring, many companies in Japan recruit new graduates at a certain time (usually April). In Germany, on the other hand, most companies hire throughout the year on an as-needed basis. Therefore, for Japanese companies trying to expand their business into Germany and needing skilled workers on site as soon as possible, it is easier for them to adopt the German way.

Japanese students usually start their job search by attending job fairs when they are juniors, between winter and spring (school year in Japan starts in April and ends in March). Then, companies start their job interviews or tests, and most make informal job offers to students till October when they become seniors. After those similar and collective processes, new graduates join companies the following April. On the other hand, Germany differs from Japan in that most of its college students need to find employment more independently through the Internet, job advertisements, internships, or by developing connections through acquaintances, throughout the year.

The trial period (probation) to determine employees' competences is often seen in both Japan and Germany. In Germany, the Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)) stipulates a maximum 6-month probation, and termination during this period is possible by giving an advance notice of two weeks. After 6 months, the Protection against Dismissal Act (Kündigungsschutzgesetz) comes into the picture if the business office has more than 10 employees, which makes it difficult for companies to dismiss employees. On the other hand, there is no legal provision regarding the duration of probation in Japan. However, if it is too long, a court may term it as a violation of public order and moralities (unjustified in the conventional wisdom). The average probation period is 3 months, and it usually ranges between 1 and 6 months¹.

2. Setting of Working Conditions

In Japan, working conditions are often set in a unified manner, termed as "work rules." According to the Labour Standards Act, Article 89, busi-

1 *Sugeno*, Labour Law, 10th edition, 2012, 201.

ness offices with 10 or more employees are required to establish work rules, which include “start and end of working hours,” “leave,” calculation and determination of “wage,” “retirement,” etc. Furthermore, based on the Labour Contracts Act, Article 7, if an employee and employer conclude a labour contract, and the latter has informed the former of the work rules that provide for reasonable working conditions, the contents of their contract should be based on the working conditions provided by such work rules².

On the other hand, in Germany, there is a lot of emphasis on individual labour contracts with each employee, which mention the job description and clarification of working conditions. During my interviews with Japanese companies in Germany, there were many references to the necessity and importance of individual labour contracts in Germany, in contrast to the Japanese system in which working conditions are mostly set uniformly under the work rules. Of course, even in Germany, some templates are used for common working conditions, such as welfare benefits; however, there is a strong awareness that the relationship between employers and employees is based on individual labour contracts. On this point, I received an interesting comment from one of the Japanese companies I interviewed. The executive said that asking an employee to do a task can be done based on the job description in his/her labour contract. Therefore, it might be difficult to ask the employee to perform a task that is not explicit in the labour contract (the employee might insist, “It is not my job!”).

Additionally, the existence of industrial collective agreements is characteristic of Germany regarding the setting of working conditions. In Japan, company unions are the mainstay, and a collective agreement concluded between a company and its labour union applies only to the company and the union members who have signed the agreement. In Germany, however, collective agreements are concluded between industrial unions (which are members of *Deutscher Gewerkschaftsbund* (DGB)) and employers’ organizations (which are members of *Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände* (BDA)) in each industrial field. These then become

2 It is of course possible for an employee and employer to set individualized working conditions, different from the contents of the work rules, with their specific labour contract; the contract, however, is invalid if it does not meet the standard set under the work rules of the business office. In that case, the work rules should be applied to their individual labour contract (the Labour Contracts Act, Article 12).