

Arbeitsrecht Kirche

ZEITSCHRIFT FÜR
MITARBEITERVERTRETUNGEN

4 > 2021

124

›Partielle‹
Impfpflicht

134

Quarantäne
und Urlaub

140

Kündigung von
Maskenmuffel

ZWEI
JAHRE
E-STELLE

S E I T E 1 1 4

KANN Gewerkschaft
Sünde sein?



Unsere Ansprechpartner*innen in den Bundesländern

Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern

Christian Wölm
Tel. 0451 / 81 00 716
christian.woelm@verdi.de

Hamburg

Dr. Arnold Rekitke
Tel. 040 / 89 06 15-736
arnold.rekitke@verdi.de

Niedersachsen und Bremen

Annette Klausing
Tel. 0 511 / 12 400-256
annette.klausing@verdi.de

Hessen

Saskia Jensch
Tel. 069 / 25 69-1323
saskia.jensch@verdi.de

Nordrhein-Westfalen

Harald Meyer
Tel. 0211 / 61 824-164
harald.meyer@verdi.de

ver.di Bundesverwaltung

Mario Gembus
Tel. 030 / 69 56 10 49
mario.gembus@verdi.de

Berlin und Brandenburg

Ivo Garbe
Tel. 030 / 88 66 52 61
ivo.garbe@verdi.de

Sachsen, Sachsen- Anhalt, Thüringen

Thomas Mühlenberg
Tel. 0341 / 52 90 11 11
thomas.muehlenberg@verdi.de

Rheinland-Pfalz und Saarland

Frank Hutmacher
Tel. 06131 / 97 26 130
frank.hutmacher@verdi.de

Bayern

Kathrin Weidenfelder
Tel. 089 / 59 97 710 33
kathrin.weidenfelder@verdi.de

Baden-Württemberg

Irene Gölz
Tel. 0711 / 88 788-03 30
irene.goelz@verdi.de

ver.di

Gesundheit, Soziale Dienste,
Wohlfahrt und Kirchen

Vereinte
Dienstleistungsgewerkschaft

ver.di b+b

Bildung + Beratung
LOW-zertifizierte Qualität

Aktuelle Seminare zu Spezialthemen ver.di Fachbereich Gesundheit, Soziale Dienste, Wohlfahrt und Kirchen

Ausfallkonzepte und verlässliche Arbeitszeiten in Kran- kenhäusern, Reha-Kliniken und Pflegeeinrichtungen

Handlungsmöglichkeiten der MAV bei kurzfristiger
Änderung von Dienstplänen und ungeplanten Einsätzen
02.05.–03.05.2022 in Gladenbach

Arbeitszeiten und Dienstplanung im Rettungsdienst

02.05.–04.05.2022 in Walsrode

Gefährdungsanzeigen im Sozial- und Gesundheitswesen

Warum es so wichtig ist, Gefährdungs- und Überlastungs-
situationen zu melden und zu dokumentieren
04.05.–06.05.2022 in Bad Neuenahr-Ahrweiler – Hotel Krupp

Geteilte Dienste in der Behindertenhilfe

Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der betriebli-
chen Interessenvertretung
12.05.–13.05.2022 in Bielefeld-Sennestadt

Arbeits- und Gesundheitsschutz für Beschäftigte in Kindertageseinrichtungen

Beteiligungsrechte der Interessenvertretung für die Ge-
sundheit der Beschäftigten nutzen
23.05.–25.05.2022 in Berlin-Wannsee

Rettungsdienst aktuell: Änderung des Notfallsanitä- tergesetzes (Heilkundeausübung)

Auswirkung auf die Beschäftigten und Beteiligungsrechte
der betrieblichen Interessenvertretung
16.05.–18.05.2022 in Saalfeld

Wirksam mitbestimmen bei der Dienstplanung (Teil 3)

Rechtliche und betriebliche Durchsetzung der Mitbestimmung
01.06.–03.06.2022 in Berlin-Wannsee

Die Umsetzung des Pflegeberufgesetzes (PflBG) im Betrieb

Rechtliche Rahmenbedingungen und deren Anwendung
in der praktischen Ausbildung
20.06.–22.06.2022 in Bielefeld-Sennestadt

Gefährdungen erkennen – Gefährdungen beseitigen

Gefährdungsbeurteilung (Grundlagen)
04.07.–06.07.2022 in Saalfeld

Frauen (nicht nur) als Vorsitzende der gesetzlichen Interessenvertretung

18.07.–20.07.2022 in Gladenbach

Wirksam mitbestimmen bei der Dienstplanung (Teil 4)

Workshop: Gute Arbeitszeit- und Dienstpläne unter
Beteiligung der Belegschaft durchsetzen
18.07.–20.07.2022 in Berlin-Wannsee

Wirksam mitbestimmen bei der Dienstplanung (Teil 1)

Arbeitszeitrecht und Grundlagen der Arbeitszeitgestaltung
31.08.–02.09.2022 in Mosbach

Weitere Infos bei Gabriele Hetkamp
hetkamp@hs.verdi-bub.de
Telefon 069 25 78 24 26

verdi-bub.de/geso

Liebe Leserinnen und Leser,

ab Mitte März 2022 sollen alle in Krankenhäusern, Pflege- und Betreuungseinrichtungen Tätigen geimpft sein. Die Aufregung über die sogenannte bereichsbezogene Impfpflicht ist groß. Die einen regen sich auf, weil der Staat eine Impfung verlangt, die anderen schimpfen über die unklaren Regelungen, und andere wiederum befürchten den Zusammenbruch der pflegerischen Versorgung. Die Aufregung ist emotional verständlich, denn den einen geht es um die freie Entscheidung darüber, ob sie sich impfen lassen, die anderen fühlen sich (und die Patient*innen) durch die Ungeimpften bedroht.

Aber bei allem Verständnis: Wir bitten um Gelassenheit. Beide Seiten werden die Haltung der jeweils anderen aushalten müssen. Gerade in schwierigen Zeiten gibt es nicht die eine richtige Lösung. Aber in einer demokratischen Gesellschaft gibt es den öffentlichen Diskurs, an dessen Ende eine Entscheidung steht. Und für diese trägt das Parlament mit seiner Mehrheit die Verantwortung. Wenn wir das nicht akzeptieren und auch nicht respektieren, dann geben wir viel mehr auf, als es den Streit um eine Impfpflicht wert ist: Dann geben wir den demokratischen Grundkonsens unserer Gesellschaft auf. Und welcher Verlust das ist, das sehen wir in autoritären Staaten. Wir haben viel zu verlieren.

Wir möchten gerne mit Ihnen zusammen für die demokratische Entwicklung dieser Gesellschaft arbeiten – auch in den Betrieben.

Mit freundlichen Grüßen

Henrike Busse

Bernhard Baumann-Czichon

Inhalt

114 Zwei Jahre verbindliche Einigungsstelle:

Erste Erfahrungen

123 Abschaffung kirchlicher Privilegien

124 Die ›partielle‹ Impfpflicht –
der neue § 20a

114

Themen

133

Leserfragen

134

Rechtsprechung

149

Seminare

Zwei Jahre verbindliche Einigungsstelle: Erste Erfahrungen

B E R N H A R D B A U M A N N - C Z I C H O N U N D S V E N F E U E R H A H N

Nach zwei Jahren verbindlicher Einigungsstelle ist es Zeit für eine erste Zwischenbilanz. Die Autoren resümieren aufgrund umfangreicher Erfahrungen – auch im Bereich des BetrVG.

Ihr Fazit: Auf die aktive Wahrnehmung der MAVen kommt es an!

Eine schwere Geburt

Während das Betriebsverfassungsgesetz, das Bundespersonalvertretungsgesetz und alle 16 Landespersonalvertretungsgesetze (und seit einiger Zeit auch die katholische Mitarbeitervertretungsordnung) zur Konfliktlösung in mitbestimmungspflichtigen Angelegenheiten Einigungsstellen vorsehen, haben sich die evangelischen Gesetzgeber mit einer solchen Regelung schwergetan. Zunächst sah das Mitarbeitervertretungsgesetz der Konföderation evangelischer Kirchen in Niedersachsen immerhin die Möglichkeit vor, durch Dienstvereinbarung Einigungsstellen zu errichten. Einige Zeit später folgte dann die EKD. Davon haben jedoch nur sehr wenige Mitarbeitervertretungen und Einrichtungen Gebrauch gemacht. Der Grund ist einfach: Arbeitgeber*innen, denen die Mitbestimmung ohnehin ein Dorn im Auge ist, haben solche Vereinbarungen nicht abgeschlossen. Und diejenigen, die die Rolle der Mitarbeitervertretung in den Einrichtungen respektieren, haben in der Regel die Einigungsstelle für Konfliktlösungen nicht benötigt, weil der jeweils gepflegte Umgang auch ohne Einigungsstelle dazu beigetragen hat, dass sich beide Seiten in der Sache im Wege der Kompromissbildung verständigen.

Erst auf der Würzburger Herbst-Synode der EKD im Jahre 2018 wurde der heutige § 36a MVG-EKD eingeführt, der dann mit Wirkung zum 1. Januar 2020 in Kraft getreten ist.

Die Beschlussfassung auf der Synode hat am Ende alle überrascht. Denn von den vorher diskutierten (Referenten-) Entwürfen ist fast nichts übriggeblieben. Die am Ende beschlossene Textfassung ist das Ergebnis von Verhandlungen während der Synode. Wer weiß, wie schwierig es ist, Gesetzestexte zu formulieren, der ist nicht überrascht, dass das Ergebnis der Synode erhebliche handwerkliche Mängel aufweist.

Das Gesetz sieht nun seit zwei Jahren die verbindliche Einigungsstelle vor – Grund genug für eine erste Zwischenbilanz.

Worum geht es?

Im Anwendungsbereich des evangelischen Mitarbeitervertretungsrechts ist die Einigungsstelle neu, und mancher fragt sich, wofür die Einigungsstelle gut sein soll. Und weil die Einigungsstelle für viele ein unbekanntes Wesen ist, orientiert sich der eine oder die andere an dem, was man schon kennt, nämlich den Kirchengengerichten. Es tut daher not, das Instrument der Einigungsstelle (richtig) einzuordnen.

Das Arbeitsverhältnis ist dadurch geprägt, dass der oder die Arbeitnehmer*in weisungsgebundene, fremdbestimmte Arbeit in persönlicher Abhängigkeit leistet (§ 611a BGB). Zwar ist das dem oder der Arbeitgeber*in zustehende Direktionsrecht den durch Gesetze, Tarifverträge und den Arbeitsvertrag gezogenen Grenzen unterworfen, und der oder die Arbeitgeber*in muss das Direktionsrecht auch nach billigem Ermessen ausüben. Diese schwachen Schranken genügen jedoch nicht, um einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den betrieblichen Belangen und den sozialen und sonstigen Belangen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter zu garantieren. Jeder, der nach einem wechselnden Dienstplan arbeiten muss, weiß, wie Dienstpläne aussehen oder aussehen können, wenn sich die Mitarbeitervertretung nicht darum kümmert. Die Möglichkeit dazu hat sie. Denn nach § 40 lit. d MVG-EKD unterliegt die Festlegung von Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit dem Mitbestimmungsrecht der Mitarbeitervertretung. Und nach § 38 Abs. 1 S. 2 ist eine mitbestimmungspflichtige Maßnahme schlicht unwirksam, wenn die Mitarbeitervertretung nicht zuvor zugestimmt hat.

Und hier liegt der Hase im Pfeffer: Wenn die Mitarbeitervertretung ihr Mitbestimmungsrecht nicht wahrnimmt und auch nicht bereit ist, im Mitbestimmungsverfahren ihre Position zu vertreten, dann läuft das Mitbestimmungsrecht im Ergebnis leer. Wir lernen:

Ohne aktive Mitarbeitervertretung, die bereit ist, für die Belange der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter einzutreten, und auch in der Lage ist, Konflikte einzugehen und durchzustehen, bleibt das Mitbestimmungsrecht ein Muster ohne Wert.

Daran ändert auch die Einrichtung der verbindlichen Einigungsstellen nichts. Denn die Bedeutung der Einigungsstelle liegt nicht darin, der Mitarbeitervertretung

das Eintreten für die Belange der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter abzunehmen.

Erst dann, wenn die Mitarbeitervertretung ihr Mitbestimmungsrecht aktiv wahrgenommen hat und es dann nicht zu einer Einigung zwischen Arbeitgeber*in und Mitarbeitervertretung darüber kommt, wie zum Beispiel Dienstpläne aussehen, wie Gesundheitsschutz durchgeführt wird, wie die Ordnung im Betrieb ausgestaltet wird usw., dann ist es Aufgabe der Einigungsstelle, diesen Konflikt durch Verhandlungen zwischen beiden Seiten aufzulösen und einem Kompromiss zuzuführen. Die wesentliche Funktion der Einigungsstelle besteht darin, dass sie anders als das Kirchengengericht grundsätzlich nicht anstelle der Betriebspartner*innen entscheiden soll. Die Aufgabe des oder der Vorsitzenden der Einigungsstelle und damit der Einigungsstelle insgesamt besteht darin, in den gemeinsamen Verhandlungen beiden Seiten gleichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung zu ermöglichen, um so zu einem die Belange beider Seiten berücksichtigenden Ergebnis zu kommen. Das wesentliche – einigende – Element der Einigungsstelle ist in der Fortsetzung der Verhandlungen zwischen den Betriebspartner*innen zu sehen. Einigungsstellenvorsitzende sind deshalb stets bemüht, eine Einigung herbeizuführen und so einen (Mehrheits-) Beschluss zu vermeiden. Sie machen das nicht, weil sie die Mühe scheuen, einen Beschluss abzusetzen. Das Recht des oder der Vorsitzenden, zur Auflösung einer Pattsituation mit der einen oder der anderen Seite zu stimmen, ist nicht Zweck der Einigungsstelle, sondern nur das letzte Mittel, wenn es am Ende mal nicht gelingt, eine Einigung herbeizuführen.

Und weil der Zweck der Einigungsstelle in der Verwirklichung der Mitbestimmung auf betrieblicher Ebene liegt, verbieten sich alle Überlegungen in Richtung überbetriebliche Einigungsstelle. Einer solchen bedarf es nicht. Denn nur dann, wenn eine Mitarbeitervertretung so schwach ist, dass sie schon ihr Mitbestimmungsrecht nicht wahrnimmt oder nicht in der Lage ist, zu widersprechen, wird sie Probleme mit einem Einigungsstellenverfahren haben. Aber Mitarbeitervertretungen, die in einer solchen Situation sind, werden – siehe oben – nie in ein Einigungsstellenverfahren kommen. Denen hilft auch eine überbetriebliche Einigungsstelle nicht.

Wofür ist die Einigungsstelle zuständig?

Die Frage nach der Zuständigkeit war in der Vergangenheit einfach zu beantworten: Jeglicher Streit zwischen Mitarbeitervertretung und Arbeitgeber*in war vor den Kirchengerichten auszutragen. In der Praxis begegnen wir oft dem Missverständnis, dass die Einigungsstelle die Kirchengerichte ersetzt. Nein, die Einigungsstelle ist nicht die Fortsetzung des Kirchengerichts unter neuem Namen.

Kirchengerichte und Einigungsstellen haben unterschiedliche Funktionen, sind unterschiedlich besetzt und arbeiten nach unterschiedlichen Regeln.

Wer sich in seinen Rechten verletzt fühlt, der muss weiterhin – ausschließlich – das Kirchengericht bemühen. Das gilt für die Mitarbeitervertretungen, denen die Teilnahme an einer Schulung verweigert wird, die feststellt, dass ihr Mitbestimmungsrecht bei Einstellungen, der Festlegung von Arbeitszeiten oder bei Maßnahmen zum Gesundheitsschutz verletzt wird. Gerade wenn es darum geht, einem Arbeitgeber oder einer Arbeitgeberin die mitbestimmungswidrige Durchführung einer Maßnahme durch Erlass einer einstweiligen Verfügung zu untersagen, ist allein das Kirchengericht zuständig. Wir sprechen hier von Rechtsstreitigkeiten.

Kirchengerichte sind – von außen – vorgegebene Institutionen. Es gilt der Grundsatz des gesetzlichen Richters. Es muss im Voraus feststehen, welche Vorsitzende*n und Beisitzer*innen für einen Fall zuständig sind. Dafür gibt es Geschäftsverteilungspläne. Niemand kann sich seinen Richter oder seine Richterin aussuchen. (Kirchen-)Gerichte sind zuständig, wenn es darum geht, eine Rechtsfrage zu entscheiden. Gerichte entscheiden, indem sie einem Antrag stattgeben oder ihn abweisen – also mit ja oder nein. Das gilt auch in den Fällen des § 42 (personelle Einzelmaßnahmen). Denn nach § 60 Abs. 5 MVG-EKD haben die Kirchengerichte nur zu entscheiden, ob der MAV ein Grund zur Verweigerung der Zustimmung zusteht. Auch diese Frage kann mit ja oder mit nein beantwortet werden. Und die Kirchengerichte haben ganz strikt die gesetzlichen Verfahrensvorschriften (MVG-EKD, Arbeitsgerichtsgesetz und ergänzend Zivilprozessordnung) zu beachten.

Was bleibt für die Einigungsstelle? Die Einigungsstelle ist im Kernbereich der Mitbestimmung, nämlich den organisatorischen und sozialen Angelegenheiten nach § 40 MVG-EKD, zuständig, wenn sich Mitarbeitervertretung und Arbeitgeber*in nicht darüber verständigen können, ob und vor allem wie eine Maßnahme durchgeführt werden soll. In der Praxis bedeutet dies vor allem Mitbestimmung bei der Festlegung der Arbeitszeit. Solche Streitigkeiten bezeichnen wir als Regelungsstreitigkeiten.

Die Einigungsstelle wird – anders als das Kirchengericht – von den Betriebspartner*innen (Dienststellenleitung und Mitarbeitervertretung) gebildet: Sie bestimmen gemeinsam die oder den Vorsitzende*n, und sie entsenden jeweils zwei Personen als Beisitzer*innen. Damit ist die Mitarbeitervertretung selbst (durch ihre Vertreter*innen) Teil der Einigungsstelle. Niemand sitzt über die MAV zu Gericht – die MAV führt die Verhandlungen im Rahmen von § 38 MVG-EKD fort. Die Aufgabe des oder der Vorsitzenden ist es vorrangig, die Verhandlungen zwischen den Betriebspartner*innen so zu leiten, dass diese sich zu einer Lösung zusammenraufen können. Und damit das möglich ist, gibt es keine besonderen Verfahrensvorschriften. Der oder die Vorsitzende bestimmt den Ablauf nach billigem Ermessen. Er/sie muss lediglich darauf achten, dass allgemeine rechtsstaatliche Grundsätze eingehalten werden. Diese Befreiung von formalen Zwängen (z. B. Fristen, enge zeitliche Taktung aufgrund des Terminzettels usw.) gibt der Einigungsstelle den Spielraum, den sie braucht, um lösungsorientierte Verhandlungen zu ermöglichen. Und vor allem: Das Ergebnis einer Einigungsstellenverhandlung ist kein Ja oder ein Nein. Die Einigungsstelle legt fest, WIE etwas geregelt werden soll. Und es sind die Betriebspartner*innen und nicht betriebsfremde Personen, die sinnvolle Regelungen entwickeln können. Wenn dazu externer Sachverstand erforderlich ist, dann kann die Einigungsstelle Sachverständige beratend hinzuziehen.

Wann ist die Einigungsstelle zuständig?

Der oder die Jurist*in wird über diese Frage staunen. Denn aus der sachlichen Zuständigkeit (keine Einigung in Regelungsfragen) folgt, dass die Einigungsstelle

Die Einigungsstelle ist in Regelungsstreitigkeiten nach § 40 MVG-EKD immer zuständig.

immer dann zuständig ist, wenn es um die Auflösung eines Regelungsstreits geht. Aber der kirchliche Gesetzgeber hat es geschafft, diese juristische Gewissheit vorübergehend ins Wanken zu bringen. Denn in § 38 Abs. 4 S. 2 MVG-EKD heißt es:

Die Anrufung des Kirchengerichts ist für Regelungsstreitigkeiten bei Angelegenheiten nach § 40 ausgeschlossen, wenn eine Einigungsstelle nach § 36a Abs. 1 besteht.

Manche Arbeitgeber*innen und ihre Anwält*innen haben dieses handwerkliche Missgeschick argumentativ aufgegriffen und zunächst die ›Bildung‹ der Einigungsstelle verweigert, um dann doch wie bisher das Kirchengericht mit dem Antrag auf Ersetzung der Zustimmung (z. B. zu einem Dienstplan) anzurufen. Dieser Auslegung des Gesetzes ist schon Stelljes¹ entgegengetreten. Er hat nachgewiesen, dass der Gesetzeszweck nur erreicht werden kann, wenn die nach einer Bedingung aussehende Formulierung ›wenn eine E-Stelle besteht‹ weggedacht wird. Das ist eine bei der Gesetzesauslegung anerkannte Methode. Wir nennen sie die teleologische Reduktion. Der Kirchengerichtshof der EKD hat dem im Ergebnis zugestimmt.² Nun ist klar: Die Einigungsstelle ist in Regelungsstreitigkeiten nach § 40 MVG-EKD immer zuständig. Es ist nicht erforderlich, erst eine Einigungsstelle (z. B. durch Dienstvereinbarung) zu bilden, um sie dann anrufen zu können. Man kann sich das so vorstellen: Die Einigungsstelle ist bereits durch die gesetzliche Regelung ›gebildet‹ worden. Sie muss von den Betriebspartner*innen im Bedarfsfall nur personell besetzt werden.

Wie findet man eine Vorsitzende oder einen Vorsitzenden?

Mitarbeitervertretungen, die vor ihrem ersten Einigungsstellenverfahren stehen, fragen häufig ganz besorgt: Wie finde ich bloß eine Vorsitzende oder einen Vorsitzenden? Und was ist, wenn der oder die Arbeitgeber*in unseren Vorschlag nicht akzeptiert?

In der Praxis ist diese Frage meist schnell zu beantworten. Den oder der Arbeitgeber*in und Mitarbeitervertretung streiten sich in der Regel dann um die Person des/der Vorsitzenden, wenn eine Seite die Einigungsstelle gar nicht möchte oder zumindest deren Entscheidung so lange wie möglich hinauszögern

will. Beispiel: Der Tarifvertrag Diakonie Niedersachsen (TV DN) sieht vor, dass Mitarbeitervertretung und Arbeitgeber*in Erschwerniszulagen vereinbaren können. Der TV DN sieht ferner vor, dass im Streitfall eine Einigungsstelle entscheidet. Es überrascht nicht, wenn Arbeitgeber*innen in einer solchen Situation nicht nur die Zuständigkeit der Einigungsstelle bestreiten, sondern auch den oder die von der Mitarbeitervertretung vorgelegte*n Vorsitzende*n der Einigungsstelle ablehnen.

Wenn aber beide Seiten ein Interesse daran haben, dass eine Regelung zustande kommt, können sie sich schnell auf die Person der oder des Vorsitzenden verständigen. Denn letztlich erwarten beide Seiten von dem oder der Vorsitzenden das Gleiche: Fachkompetenz, Verhandlungsfähigkeit, Neutralität, die Fähigkeit, die Beteiligten bei der Entwicklung einer für beide Seiten akzeptablen Lösung zu unterstützen.

Etwas schwieriger ist es allerdings, geeignete Personen zu finden, die innerhalb angemessener Frist zur Verfügung stehen. Denn gerade diejenigen, die wegen ihrer Kompetenz für diese Aufgabe gerne herangezogen werden, sind stark beansprucht. Aber das soll nicht schrecken. In der Praxis gelingt es meist, dass die von der Mitarbeitervertretung und dem oder der Arbeitgeber*in hinzugezogenen Rechtsanwält*innen sich schnell auf eine oder einen Vorsitzende*n verständigen können.

Dem von vielen Mitarbeitervertretungen geäußerten Wunsch, Listen mit geeigneten Vorsitzenden zu erstellen und zu verteilen, erteilen wir eine deutliche Absage. Denn die Gefahr, dass Vorsitzende, die so gelistet werden, bereits durch die Aufnahme in die Liste einer Seite ›verbrannt‹ sind, ist erheblich. Würde die Mitarbeitervertretung eine Person als Vorsitzende*n akzeptieren, die auf einer Arbeitgeber*innen-Liste steht?

Wir verstehen, dass gerade die Mitarbeitervertretungen, die noch keine Erfahrung mit Einigungsstellen haben, sich Sorgen machen, wie sie mit diesem ungewohnten Verfahren umgehen und welche Hindernisse auf sie zukommen können. Wir raten hier zu großer Gelassenheit. Es hilft überhaupt nichts, sich Gedanken über eine oder einen mögliche*n Vorsitzende*n zu machen, solange kein konkreter Streitfall vorliegt. Denn die Auswahl des oder der Vorsitzenden sollte auch unter

¹ Stelljes, Verfahrensrechtliche Aspekte der Anrufung der Einigungsstelle nach § 36a MAVG-EKD, AuK 2020, 2 ff.
² KGH.EKD, Beschluss vom 07.12.2020, II-0124/30-2020 AuK.

Berücksichtigung des Streitgegenstandes erfolgen. Wer als Arbeitsrichter*in besondere Kompetenz in Arbeitszeitfragen hat und deshalb die ideale Besetzung für die Einigungsstelle zur Dienstplanung ist, muss nicht unbedingt ein Spezialist oder eine Spezialistin in EDV-Fragen sein. Und hinzu kommt, dass im konkreten Fall die Frage im Vordergrund steht, wer denn kurzfristig zur Verfügung steht. Und wenn die Mitarbeitervertretung für die Begleitung im Einigungsstellenverfahren einen Anwalt oder eine Anwältin hinzuzieht, dann braucht sie sich um diese mehr formalen Fragen keine Gedanken zu machen. Dann kann sie sich auf ihre originäre Aufgabe konzentrieren und ihre Position in der Sachfrage klären: Wie sollen die Arbeitszeiten geregelt werden? Wie soll der betriebliche Gesundheitsschutz ausgestaltet werden? Wie soll der Einsatz von EDV geregelt werden? Wie soll ein Sozialplan zur Vermeidung sozialer Härten bei Betriebseinschränkungen ausgestaltet sein? Und die Mitarbeitervertretung kann sich dann auch darum bemühen, ihre Position in die Belegschaft zu tragen. Denn die nach Ansicht der Mitarbeitervertretung beste Arbeitszeitregelung taugt nichts, wenn sie nicht von den Kolleginnen und Kollegen im Betrieb akzeptiert wird. Und auch in der Einigungsstellenverhandlung ist die Mitarbeitervertretung wenig durchsetzungsfähig, wenn ihr entgegengehalten werden kann, dass die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter die Regelung gar nicht wollen.

Und wenn es Streit um die Person der oder des Vorsitzenden gibt?

Für diesen Fall hat der Gesetzgeber vorgesorgt. Das Gesetz sieht in § 36a Abs. 3 MVG-EKD vor, dass der oder die Vorsitzende von Mitarbeitervertretung und Dienststellenleitung gemeinsam bestellt wird. In Satz 3 heißt es dann:

Kommt eine einvernehmliche Bestellung nicht zustande, entscheidet auf Antrag das Kirchengericht über die Bestellung.

Und weil der Gesetzgeber weiß, dass der Streit um die Person der oder des Vorsitzenden meist dann entsteht, wenn eine Seite die Einigungsstelle verhindern oder zumindest verzögern will, ist das Verfahren extrem beschleunigt. Es richtet sich nach § 100 ArbGG. Danach wird die Entscheidung allein durch den oder

die Vorsitzende*n des Gerichtes getroffen. Die mühsame Suche nach einem Termin, an dem auch die Beisitzer*innen zur Verfügung stehen, entfällt. Und die Fristen zur Stellungnahme und zur Ladung sind auf 48 Stunden verkürzt. Und dies gilt auch dann, wenn die andere Seite zwar keine Einwände gegen die vorgeschlagene Person erhebt, aber die Einigungsstelle für nicht zuständig hält.

Und das Verfahren zur Besetzung der Einigungsstelle führt auch nicht dazu, dass eine Seite ›ihren Vorsitzenden‹ durchdrücken kann. Zwar gibt es im weltlichen Bereich Entscheidungen, nach denen die ablehnende Seite nachvollziehbare Gründe für die Ablehnung vortragen muss. Inzwischen setzt sich jedoch die Auffassung durch³, dass die Ablehnung keiner Begründung bedarf. Denn der oder die Vorsitzende kann diese Aufgabe kaum angemessen wahrnehmen, wenn eine Seite schon bei der Frage der Besetzung gewonnen hat. Lehnt eine Seite den Vorschlag der anderen ab und kommt auch in der Verhandlung eine Einigung über die Person der oder des Vorsitzenden nicht zustande, muss das Gericht nach eigenem Ermessen eine*n Vorsitzende*n bestimmen.

Kosten der Einigungsstelle

Die Kosten der Einigungsstelle trägt der oder die Arbeitgeber*in. Es ist nachvollziehbar, dass Arbeitgeber*innen diese Kosten gering halten wollen. Aber niemand sollte sich von der Anrufung der Einigungsstelle wegen der dadurch entstehenden Kosten abhalten lassen. Einigungsstellen regeln Fragen, die für das Funktionieren des Betriebes und die Berücksichtigung der Belange der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter wichtig sind. Kommt es zu einer sinnvollen Regelung, werden die Kosten der Einigungsstelle durch den daraus abzuleitenden Nutzen bei weitem aufgewogen. Und es gibt natürlich eine Möglichkeit, die Kosten einer Einigungsstelle vollständig zu vermeiden: Wenn ein oder eine Arbeitgeber*in kompromissbereit auf die Mitarbeitervertretung zugeht, wird in der Regel eine für beide Seiten sachlich angemessene Regelung auch ohne Einigungsstelle erzielt werden können. Wir zitieren an dieser Stelle einen Bremer Krankenhaus-Geschäftsführer: ›Ich habe überhaupt kein Geld, um mich mit der Mitarbeitervertretung nicht einigen zu können.‹

³ LAG München, Beschluss vom 13.12.201 – 3 TaBV 59/21.

Erfreulicherweise spielt die Entschädigungsordnung in der Praxis so gut wie keine Rolle.

In dem Bemühen, die Kosten der Einigungsstelle gering zu halten, hat der Rat der EKD im Juni 2020 eine ›Entschädigungsordnung‹ erlassen. Die dort vorgesehenen Entschädigungssätze sind schlicht weltfremd. Danach kann der oder die Vorsitzende für ein Verfahren in der Einigungsstelle maximal 2.500 Euro abrechnen. Externe Beisitzer*innen (z. B. Anwälte) bekommen maximal drei Zehntel des für den oder die Vorsitzende*n vereinbarten Betrages. Eine solche Regelung ist schlicht Unsinn. Die Vergütung für die Tätigkeit in der Einigungsstelle muss sich nach dem zeitlichen Aufwand richten. Denn sonst hat es der oder die Arbeitgeber*in in der Hand, durch Verweigerung in der Verhandlung die Dauer der Einigungsstelle so auszudehnen, dass der Arbeitnehmerinnenanwalt oder die Arbeitnehmeranwältin aus finanziellen Gründen eine Tätigkeit in der Einigungsstelle ablehnen muss. Man stelle sich das vor: Ein Einigungsstellenverfahren zieht sich über drei Tage hin. Dann bekäme nach der Entschädigungsordnung der oder die anwaltliche Beisitzer*in maximal 750 Euro. Dafür kann ein Anwalt unter Berücksichtigung der davon zu deckenden Kosten (Personal, Büro, Versicherungen usw.) gerade drei Stunden arbeiten. Diese Entschädigungsordnung ist nicht vorrangig ein Angriff auf die Anwaltschaft, sondern ein Angriff auf die angemessene Vertretung der Mitarbeitervertretung. Denn die oder der Arbeitgeber*in werden ihre Anwält*innen angemessen bezahlen. An der Stelle spielt Geld schlicht keine Rolle. Die völlig unzureichende Honorierung der externen Beisitzer*innen verhindert, dass die Mitarbeitervertretung die gleichen Vertretungschancen wie die Dienststellenleitung hat.

Erfreulicherweise spielt die Entschädigungsordnung in der Praxis so gut wie keine Rolle. Schon die Vorsitzenden sind kaum bereit, diese Aufgabe für einen solch lächerlichen Betrag zu übernehmen. Sie stellen – wie im Bereich des Betriebsverfassungsgesetzes üblich – am Markt orientierte Honorarforderungen, also mindestens 2.500 Euro pro Verhandlungstag. Und selbst die meisten Arbeitgeberanwälte erkennen, dass die Kolleg*innen auf Arbeitnehmer*innenseite ihren Job nur gut machen können, wenn sie angemessen vergütet werden. Dieses am Markt orientierte Arrangement funktioniert gut.

Diese Praxis entspricht derjenigen im Anwendungsbereich des Betriebsverfassungsgesetzes. In § 77 Abs. 4

BetrVG findet sich eine § 36a Abs. 5 MVG-EKD entsprechende Ermächtigung des Bundesarbeitsministeriums zum Erlass einer Vergütungsordnung. Aus gutem Grund hat noch keine Bundesregierung – gleich welcher Ausrichtung – hiervon Gebrauch gemacht.

Deshalb sollte die Entschädigungsordnung nicht nachgebessert werden. Sie sollte schlicht verschwinden.

Wie wird die Einigungsstelle angerufen?

Mitarbeitervertretungen wissen in der Regel, wie man das Kirchengeschicht anruft: durch schriftlichen Antrag an die Geschäftsstelle des jeweiligen Kirchengeschichtes. So funktioniert das bei der Einigungsstelle nicht, weil es eine solche Geschäftsstelle nicht geben kann. Denn die Einigungsstelle ist eine innerbetriebliche Einigungsstelle und nicht eine externe Instanz. Und besser wäre es, man würde nicht von ›Einigungsstelle‹, sondern vom Einigungsstellenverfahren sprechen. Dann kann man sich gedanklich von der Vorstellung einer gerichtsähnlichen Organisation trennen. Und dann stellt man fest, dass die Anrufung der Einigungsstelle sehr viel einfacher ist. Es genügt die schlichte Erklärung gegenüber der Dienststellenleitung: Wir rufen die Einigungsstelle hiermit an.

Sinnvoll ist es, diese Erklärung mit einem Vorschlag für die Person der oder des Vorsitzenden zu verknüpfen. Dann kommt man schneller zur Besetzung der Einigungsstelle. Es ist aber auch unschädlich, wenn die Einigung auf die Person der oder des Vorsitzenden erst nach der Anrufung der Einigungsstelle erfolgt.

Zu welchem Zeitpunkt und innerhalb welcher Fristen ist die Einigungsstelle anzurufen?

Der Anrufung der Einigungsstelle ist fristgebunden. Dies gilt sowohl für Regelungsbegehren der Dienststellenleitung als auch solche, die die Mitarbeitervertretung im Wege des Initiativrechtes auf den Weg gebracht hat. Die Einigungsstelle ist jeweils binnen 14 Tagen nach schriftlicher Zustimmungsverweigerung durch die Mitarbeitervertretung (ggf. gemäß § 38 Abs. 3 S. 6 MVG-EKD) beziehungsweise nach Ablauf der Stellungnahmefrist der Dienststellenleitung oder nach Abschluss der mündlichen Erörterung bei Initiativanträgen anzurufen.

Wichtig ist, dass die Einigungsstelle bei Regelungsbegehren nach § 40 auch von der Mitarbeitervertretung angerufen werden kann. Dies ist insbesondere bei Arbeitszeitregelungen von großer Bedeutung. Denn die Praxis zeigt, dass Arbeitszeitregelungen unabhängig davon, ob die Mitarbeitervertretung zugestimmt oder die Einigungsstelle die Einigung ersetzt hat, umgesetzt werden. Der betriebliche Druck ist so groß, dass häufig auch die davon betroffenen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter und sogar die Mitarbeitervertretung diese ›Notwendigkeit‹ akzeptieren. Und wenn die Beteiligten um einen konkreten Dienstplan und nicht um allgemeine Regelungen zur Dienstplanung streiten, wird nach Ausschöpfen aller Fristen die Einigungsstelle erst dann tagen (können), wenn der Regelungsgegenstand bereits Vergangenheit ist. Deshalb macht es aus Sicht der Mitarbeitervertretung gerade bei Angelegenheiten, bei denen eine schnelle Regelung notwendig ist, Sinn, dass diese nicht abwartet, bis der oder die Arbeitgeber*in die Einigungsstelle anruft. Die Mitarbeitervertretung kann die Einigungsstelle zusammen mit ihrer Zustimmungsverweigerung oder der Erklärung nach § 38 Abs. 3 S. 6 MVG-EKD anrufen.

Dienstvereinbarung zur Bildung einer ständigen Einigungsstelle?

Nach § 36a Abs. 1 MVG-EKD kann durch Dienstvereinbarung eine ständige Einigungsstelle gebildet werden. Wir beobachten, dass mancherorts schnell eine solche Dienstvereinbarung zusammengeschrieben und abgeschlossen wird. Es scheint das Bedürfnis zu geben, schon mal etwas zu regeln. Wir raten davon ab.

Wir haben oben beschrieben, dass die Anrufung der Einigungsstelle und auch die personelle Besetzung kein großes Hindernis darstellen. Die Befassung mit einer Dienstvereinbarung zur Einrichtung einer ständigen Einigungsstelle ist nicht nur nicht erforderlich, sondern lenkt von der eigentlichen Aufgabe der Mitarbeitervertretung ab: Mitbestimmung aktiv ausüben!

Und was soll die Dienstvereinbarung zur Bildung einer ständigen Einigungsstelle bringen? Der einzig mögliche Regelungsinhalt ist die Festlegung auf eine oder mehrere Personen als Vorsitzende*n der Einigungsstelle. Das aber hat mehr Nach- als Vorteile. Was

ist, wenn man mal schlechte Erfahrungen mit einer vereinbarten Person gemacht hat?

Es gibt ein großes Bedürfnis, alles und jedes für immer und ewig festzuschreiben. Das aber entspricht nicht den praktischen Erfordernissen. Es genügt, wenn man die Probleme dann löst, wenn sie konkret auftauchen. Der vom Gesetzgeber geschaffene Rahmen reicht völlig aus.

Von der Zustimmungsverweigerung zur Einigungsstelle

Es wäre sinnvoll gewesen, das Mitbestimmungsverfahren nach § 38 und die darin enthaltene fristgebundene Begründungspflicht für die Mitarbeitervertretung in Regelungsfragen, die der Einigungsstelle überantwortet werden können, schlicht zu streichen. Das Betriebsverfassungsgesetz kommt ohne ein solches Fristenregime und ohne Begründungszwang aus. Aber zu einer stringenten Lösung konnte sich der Gesetzgeber nicht durchringen. Vielleicht kommt das ja noch.

Für die Mitarbeitervertretung bedeutet dies, dass sie wie in der Vergangenheit ihre Zustimmungsverweigerung begründen muss – schriftlich. Ob auch hier der Grundsatz gilt, dass die MAV später nur mit dem Vortrag gehört werden kann, der Inhalt ihrer Zustimmungsverweigerung war, ist eher nicht anzunehmen. Denn dies würde der Funktion der Einigungsstelle widersprechen. Aber Rechtsprechung hierzu liegt noch nicht vor. Da es aber üblich ist, dass die Beteiligten einer Einigungsstelle vorab Gelegenheit zur (schriftlichen) Stellungnahme bekommen, führt eine ausführliche Zustimmungsverweigerung nicht zu Doppelarbeit, sondern erledigt eine ohnehin auf die MAV zukommende Aufgabe.

Praktische Erfahrungen

Die in den vergangenen zwei Jahren gewonnenen Erfahrungen belegen, was zu erwarten war: Einigungsstellenverfahren gibt es (nur) in den Einrichtungen, in denen die Mitarbeitervertretung ihre Beteiligungsrechte aktiv wahrnimmt.

Grundsätzliche Probleme bei der Auswahl des oder der Vorsitzenden gibt es nicht. Allerdings kann es regional Probleme geben, überhaupt zur Übernahme

Bevor es eine verschlechternde Änderung gibt, sollte lieber alles so bleiben – damit können wir umgehen.



dieser Aufgabe bereite Personen zu finden. Manche Arbeitgeber*innen müssen sich noch daran gewöhnen, dass die Aufgabe der oder des Vorsitzenden vorrangig in der Vermittlung zwischen den Parteien besteht. Und das ist eine vor allem ›handwerkliche‹ Aufgabe, die zum Alltagsgeschäft eines jeden Arbeitsrichters gehört. Manche Arbeitgeber*innen setzen lieber auf große Namen oder Titel. Dann muss es mindestens ein LAG-Präsident sein, wenn man schon keinen Richter vom BAG bekommt. Auch das wird sich einrenken.

Mitarbeitervertretungen, die sich schon im Vorfeld des Einigungsstellenverfahrens anwaltliche Unterstützung suchen, haben weder mit den wenigen Verfahrensfragen noch mit der inhaltlichen Vorbereitung Schwierigkeiten. Und Anwält*innen mit betrieblicher Erfahrung können der Mitarbeitervertretung helfen, ihre eigene Position zu klären: Was will die MAV? Denn genau darauf kommt es im Mitbestimmungsverfahren und daher auch in dessen Fortsetzung im Einigungsstellenverfahren an.

Bedarf an ständigen Einigungsstellen besteht nicht. Auch in Einrichtungen, die eine solche eingerichtet haben, kommt es nicht zu mehr Einigungsstellenverfahren. Das belegt einmal mehr, dass mehr Mitbestimmung nicht durch mehr Regelungen und Institutionen ermöglicht wird, sondern nur durch die aktive Wahrnehmung von Rechten durch die Mitarbeitervertretung.

Ebenso wenig gibt es Bedarf an sogenannten gemeinsamen Einigungsstellen. Und dort, wo es sie gibt, setzen sich die Betriebspartner*innen darüber hinweg und bilden ihre eigene – betriebliche – Einigungsstelle. So sieht das MVG-Ausführungsgesetz der Bremischen Evangelischen Kirche⁴ vor, dass sowohl im Bereich der verfassten Kirche (Gemeinden und gesamt-kirchliche Einrichtungen) als auch der Diakonie dann die gemeinsame Einigungsstelle zuständig ist, wenn in der Einrichtung keine ständige Einigungsstelle gebildet ist. Diese gemeinsamen Einigungsstellen sind nicht angerufen worden. Hingegen hat es in (diakonischen) Einrichtungen betriebliche Einigungsstellenverfahren gegeben, obwohl zuvor keine ständige Einigungsstelle gebildet wurde. Die Betriebspartner*innen sind klüger als der Gesetzgeber und tun das, was der Lösung betrieblicher Aufgaben zuträglich ist: Sie setzen die Verhandlungen der Betriebspartner*innen fort und übernehmen ihre Aufgabe nicht Dritten.

Und noch eine Erfahrung ist interessant: Das Gesetz schreibt vor, dass jede Seite (nur) zwei Beisitzer*innen benennt. Für eine Vielzahl von Verfahren ist das angemessen, aber nicht immer. Auch hier stellen wir fest, dass sich die Betriebspartner*innen über diese Festschreibung hinwegsetzen und je nach Bedarf auch eine andere Besetzung vereinbaren.

Die Ergebnisse der Einigungsstellenverfahren werden nach unserer Beobachtung akzeptiert und nicht den Kirchengerichten vorgelegt, damit diese prüfen, ob die Entscheidung der Einigungsstelle rechtmäßig ist. Dies liegt auch daran, dass die Einigungsstellenverfahren meistens durch eine Einigung in Form einer Dienstvereinbarung enden und nicht in einem (Mehrheits-)Beschluss.

Reformbedarf

Von verschiedenen Seiten werden Vorschläge zur Reform des Gesetzes gemacht. Viele resultieren aus sehr persönlichen Erfahrungen. So verständlich dann der Ruf nach Veränderung ist, so ist doch größte Vorsicht geboten. Denn viele dieser erlebten Probleme lösen sich bei sachkundiger Betrachtung auf und lassen sich unter ›Fehlbedienung‹ abheften. Inzwischen ist das Instrument der Einigungsstelle im Mitarbeitervertretungsgesetz erprobt, so dass es auch Sicherheit im Umgang gibt. Eilig vorgenommene ›Korrekturen‹ führen zur Verunsicherung. Und kaum jemand kann vorhersehen, wie die Gerichte auf solche ›Schrauberei‹ reagieren. Denn der oder die Richter*in muss nach jeder Gesetzesänderung fragen: Der Gesetzgeber hat den Text geändert – soll das nur eine Klarstellung sein oder eine inhaltliche Änderung?

Bevor es eine verschlechternde Änderung gibt, sollte lieber alles so bleiben – damit können wir umgehen.

Wirklich sinnvoll wäre es, wenn das Mitbestimmungsverfahren in § 38 Abs. 2 MVG-EKD gestrafft würde. Dazu könnte in § 38 Abs. 2 MVG-EKD folgender Satz angefügt werden:

Kommt in den Fällen des § 40 keine Einigung zustanden, so ersetzt auf Antrag der Dienststellenleitung oder der Mitarbeitervertretung die Einigungsstelle die Einigung.

⁴ Vgl. Kirchengesetz über Mitarbeitervertretungen in der Evangelischen Kirche in Deutschland (MVG-EKD) in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Januar 2019 (ABl. EKD 2019 S. 2) mit Ausführungsbestimmungen der Bremischen Evangelischen Kirche – Kirchengesetz, zuletzt geändert am 11.9.2020.

Das Fristen- und Begründungsregime des § 38 Abs. 3 MVG-EKD wird dann auf die Angelegenheiten nach §§ 39, 42 beschränkt.

Dann könnte die Einigungsstelle in eiligen Fragen (z. B. Arbeitszeit) schon vor Ablauf der Stellungnahmefristen der Mitarbeitervertretung eingesetzt werden. Und warum die Einigungsstelle nicht auch später als 14 Tage nach Zustimmungsverweigerung angerufen werden kann, erschließt sich nicht.

Und wenn man dann schon beim Vereinfachen ist, dann kann die Entschädigungsordnung ersatzlos aufgehoben werden. Und die Entscheidung, wie viele Beisitzer*innen in die Einigungsstelle entsandt werden, legen die Betriebspartner*innen einvernehmlich fest, ersatzweise trifft das Kirchengenicht eine einzelfallbezogene Entscheidung.



B E R N H A R D
B A U M A N N -
C Z I C H O N

Der Autor ist Rechtsanwalt
und Fachanwalt für
Arbeitsrecht in Bremen.
arbeitsrecht@bremen.de



S V E N
F E U E R H A H N

Der Autor ist Rechtsanwalt
und Fachanwalt für
Arbeitsrecht, Göttingen
feuerhahn@feuerhahn-
rechtsanwaelte.de

Fortbildungen 2022

Der Seminarbetrieb geht weiter:
in kleineren Gruppen und mit Corona-Schutz-Konzept

für Mitarbeitervertreterinnen
und Mitarbeitervertreter

09. – 13.05.2022	Gefahr erkannt – Gefahr gebannt > Bramsche
09. – 13.05.2022	Mobbing > Bramsche
16. – 20.05.2022	Arbeitszeit 1 > Langeoog
16. – 20.05.2022	Teilzeitarbeit, befr. Beschäftigte > Langeoog
16. – 20.05.2022	Stressprävention > Langeoog
30.05. – 03.06.2022	MVG 1 > Bad Bevensen
30.05. – 03.06.2022	Einf. SBV 1 > Bad Bevensen
30.05. – 03.06.2022	Beratungskompetenz > Bad Bevensen
05. – 09.09.2022	Öffentlichkeitsarbeit > Bad Bevensen
12. – 16.09.2022	Beratungskompetenz > Langeoog
26. – 30.09.2022	Agiles Unternehmen > Bad Zwischenahn
	Und folgende Tagesveranstaltungen:
25.05.2022	Bereitschaftsdienst > Hannover
21.06.2022	Kündigung > Hannover
04.07.2022	Macht der Stimme > Hannover



Diakonische
ArbeitnehmerInnen
Initiative e.V.

KOSTEN WOCHENSEMINAR:

630,- Euro Kursgebühr
525,- Euro Übernachtung/
Verpflegung

TAGESVERANSTALTUNGEN:

190,- Euro

ANMELDUNG UND WEITERE INFORMATIONEN:

Diakonische ArbeitnehmerInnen
Initiative e.V. (dia e.V.)
Vogelsang 6, 30 459 Hannover
Tel. 0511/41 08 97 50
Fax. 0511/2 34 40 61
verwaltung@mav-seminare.de
www.mav-seminare.de



Abschaffung kirchlicher Privilegien

Arbeitnehmer*innenrechte ausnahmslos stärken! Arbeitnehmer*innen beteiligen!

In den vergangenen 70 Jahren hat sich die kirchliche Nebenrechtsordnung im Arbeitsrecht mit staatlicher Gewähr zu Ungunsten der kirchlich Beschäftigten verselbstständigt. Die Gewerkschaft ver.di und der DGB zeigen seit Jahrzehnten die arbeitsrechtlichen Verwerfungen bei kirchlichen Arbeitgeber*innen auf und fordern die Stärkung der Arbeitnehmer*innenrechte. Erstmals seit Gründung der Bundesrepublik Deutschland findet in einem Koalitionsvertrag das kirchliche Arbeitsrecht Erwähnung. Wir bewerten es als einen wichtigen Fortschritt, dass die Regierungskoalition die kirchlichen Privilegien im Arbeitsrecht auf den Prüfstand stellen will.

Die Ampelparteien haben in ihrem Koalitionsvertrag formuliert, gemeinsam mit den Kirchen prüfen zu wollen, inwieweit das kirchliche an das staatliche Arbeitsrecht angeglichen werden kann. Verkündigungsnahe Tätigkeiten sollen ausgenommen bleiben. Leider handelt es sich lediglich um eine Prüfabsicht, doch wir fordern echten Veränderungswillen. »Die Kirchen« sind selbst Arbeitgeber*in, ebenso wie ihre Wohlfahrtsverbände Diakonie und Caritas und die Zehntausenden Betriebe und Unternehmen unter ihrem Dach. Sie selbst haben den heutigen Sonderstatus im Arbeitsrecht in den vergangenen Jahrzehnten befördert, profitieren von ihm und haben kein Interesse an seiner Einschränkung. Demzufolge sind ein entschiedenes politisches Vorgehen und ein säkularer Veränderungswille erforderlich. Das Arbeitsrecht ist vor allem ein Arbeitnehmerschutzrecht. Es ist also zwingend erforderlich, dass diejenigen beteiligt werden, deren Rechte es zu stärken gilt: unsere rund 1,8 Millionen Kolleg*innen in kirchlichen Betrieben. Sie werden durch ihre Gewerkschaft ver.di und ihre betrieblichen Interessenvertretungen repräsentiert.

Wir fordern von der Regierungskoalition:

- Die Rechte der kirchlich Beschäftigten müssen gestärkt werden, indem die kirchliche Nebenrechtsordnung im Arbeitsrecht eingeschränkt beziehungsweise bisherige gesetzliche Ausnahmen abgeschafft werden.
- Es ist unverzüglich ein transparenter Roadmap-Prozess zur Angleichung des kirchlichen Sonderstatus an das staatliche Arbeitsrecht zu starten.
- Die Gewerkschaft ver.di sowie die betrieblichen Interessenvertretungen sind in den Prozess einzubeziehen.

Rund 1,3 Mio. der insgesamt rund 1,8 Mio. Beschäftigten arbeiten in Wirtschaftsbetrieben und -unternehmen unter dem Dach von Diakonie und Caritas. Diese Einrichtungen erbringen Leistungen, die weit überwiegend nicht aus Kirchensteuermit-

teln, sondern allgemeinen Steuer- und Sozialversicherungsbeiträgen finanziert werden. Das betrifft Krankenhäuser, Einrichtungen der Altenhilfe, Kinder- und Jugendhilfe, Eingliederungs- und Behindertenhilfe, Kindertagesstätten u. a. m. Sie befinden sich im politisch gewollten Wettbewerb mit den Anbietern in öffentlicher, kommerzieller oder freier Trägerschaft. Sie stehen unter dem gleichen betriebswirtschaftlichen Kostendruck, fusionieren und bilden Gesundheits- und Sozialkonzerne mit Tausenden von Beschäftigten und Milliardenumsätzen und agieren personalwirtschaftlich wie ihre nichtkonfessionellen Wettbewerber*innen. Doch gleichzeitig profitieren kirchliche Arbeitgeber*innen von einer schwächeren betrieblichen Mitbestimmung, der Abwesenheit von Unternehmensmitbestimmung, konfessionell begründeter Kündigungsmöglichkeiten auf Grundlage besonderer Loyalitätspflichten zu Lasten der Beschäftigten und der Einschränkung von Grundrechten, indem sie ein Streikverbot kirchlich verordnen.

Aus diesem Grund fordern wir:

- Die kirchlichen Privilegien im Arbeitsrecht sind durch den staatlichen Gesetzgeber ersatzlos abzuschaffen.
 - Die verfassungsrechtlichen Schranken für die eigenen Angelegenheiten der Kirchen sind durch den staatlichen Gesetzgeber eng zu fassen. Einer einseitigen Ausdehnung durch die Kirchen wie in den vergangenen 70 Jahren ist entschieden entgegenzuwirken.
- Der staatliche Gesetzgeber muss in diesem Rahmen insbesondere folgende Schritte in Angriff nehmen:
- Stärkung der betrieblichen und der Unternehmensmitbestimmung durch Abschaffung der Ausnahmen aus dem staatlichen Mitbestimmungsrecht.
 - Stärkung der individuellen Rechte der Beschäftigten in kirchlichen Einrichtungen, zum Beispiel durch Abschaffung kirchlicher Diskriminierungsprivilegien im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz.
 - Abschaffung gesetzlicher Sonderregelungen zu Gunsten der kirchlichen Arbeitsrechtssetzung, wie zum Beispiel im Arbeitnehmerentendegesetz, mit deren Hilfe die kirchlichen Arbeitgeber*innen die Erstreckung eines Tarifvertrags auf die ganze Altenpflegebranche verhindert haben.
 - Stärkung der ausnahmslosen Tarifpartnerschaft mit den Gewerkschaften und die Abschaffung der kirchlichen Arbeitsrechtssetzung, die Beschäftigtengrundrechte einschränkt, zum Beispiel durch ein kirchliches Streikverbot.

KIRCHENFACHRAT, FEBRUAR 2022

ver.di – Vereinte Dienstleistungsgewerkschaft
Bundesverwaltung, Ressort 9
Bereich Gesundheitswesen/Gesundheitspolitik
Paula-Thiede-Ufer 10, 10179 Berlin

Die ›partielle‹ Impfpflicht – der neue § 20a Infektionsschutzgesetz

VICTORIA LÜBEKE

Ab Mitte März 2022 sollen alle in der Pflege und Betreuung tätigen Personen geimpft sein. Damit soll vor allem der Schutz besonders vulnerabler Personen bei dem zu erwartenden Anschwellen der Corona-Infektionen ab Herbst 2022 verbessert werden. Die Autorin erläutert die Regelung und zeigt arbeitsrechtliche Folgen und Handlungsmöglichkeiten für Mitarbeitervertretungen auf.

I. Einleitung

Kaum eine Situation hatte so gravierende Auswirkungen auf unsere Gesellschaft wie die aktuell noch anhaltende Corona-Pandemie. Das gilt nicht zuletzt für das Arbeitsecht. Nie zuvor hat sich die Arbeitsrechtslage in einem derartigen Wandel befunden.

Am 10.12.2021 hat der Bundestag u. a. die Einführung einer neuen Vorschrift in das Infektionsschutzgesetz (IfSG) beschlossen. Noch am selben Tag hat die Regelung den Bundesrat passiert. Nun gilt der neue § 20a IfSG.

Er ist überschrieben mit ›Immunitätsnachweis gegen Covid 19‹ und wird auch in der Gesetzesbegründung (Drucksache 20/188) als ›einrichtungsbezogene Impfpflicht‹ bezeichnet.

Die Vorschrift ist lang. Um sie zu verstehen, müssen auch weitere Vorschriften aus dem Infektionsschutzgesetz herangezogen werden. Gleichwohl wirft die Vorschrift eine Reihe von (arbeits-) rechtlichen, aber auch praktischen Fragen auf, ohne Antworten zu liefern.

Der folgende Beitrag erhebt keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Es sollen jedoch diejenigen Fragen aufgegriffen werden, die sich jedenfalls auf den ersten Blick dringend für MAVen und Mitarbeiter*innen stellen.

II. Regelungsinhalt allgemein und etwaige Folgen

Zusammengefasst lässt sich zunächst einmal sagen, dass der 15. März 2022 einen Stichtag markiert.

Bis zum Ablauf dieses Tages muss den zuständigen Gesundheitsämtern mitgeteilt sein, wenn in den in § 20a Abs. 1 Satz 1 IfSG bezeichneten Einrichtungen (hierzu sogleich) Personen tätig sind, die weder einen gültigen Genesenennachweis in Bezug auf Covid-19, einen vollständigen Impfnachweis für die Impfung gegen Covid-19 noch einen Nachweis über eine medizinische Kontraindikation im Hinblick auf die Impfung gegen Covid-19 – also die ärztliche Bestätigung, dass sich eine Impfung der jeweiligen Person aus gesundheitlichen beziehungsweise medizinischen Gründen verbietet – vorlegen können.

1. Personen

Die Vorschrift spricht von Personen, die tätig sind. Damit dürfte das dem Tätigwerden zugrundeliegende Rechtsverhältnis ohne Belang sein.

Erfasst sind Mitarbeiter*innen im Arbeitsverhältnis mit der jeweiligen Einrichtung, aber auch Leiharbeiter*innen und Mitarbeiter*innen eines externen Reinigungsunternehmens, welches in die Einrichtung kommt und dort Reinigungstätigkeiten erbringt.

Vor dem Hintergrund des Gesetzes beziehungsweise der Vorschrift ergibt dies auch Sinn. Die Vorschrift bezweckt den Schutz vulnerabler Personengruppen. Diese sind bei Begegnungen mit anderen Personen einem besonderen Risiko ausgesetzt. Dieses Risiko lässt sich nicht am zugrundeliegenden Rechtsverhältnis, sondern allein an den Kontaktmöglichkeiten messen.

Das bedeutet, dass von einer gewissen Regelmäßigkeit und Dauer des Tätigwerdens auszugehen ist. Die Lieferantin, die ein Päckchen bringt, unterfällt daher der Regelung nicht.

2. Neue Mitarbeiter*innen, die ab dem 16. März 2022 in Einrichtungen tätig werden sollen

Das Infektionsschutzgesetz differenziert zwischen Personen (Mitarbeiter*innen), die bereits tätig sind, und denen, die ab dem 16. März 2022 in der Einrichtung tätig werden sollen. Diese darf der Arbeitgeber ohne die oben genannten Nachweise überhaupt nicht beschäftigen, und sie selbst dürfen nicht tätig werden, § 20a Abs.3 Satz 1–6 IfSG.

(Personen, die in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen ab dem 16. März 2022 tätig werden sollen, haben der Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens vor Beginn ihrer Tätigkeit einen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 vorzulegen. Wenn Zweifel an der Echtheit oder inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises bestehen, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt, in dessen Bezirk sich die jeweilige Einrichtung oder das jeweilige Unternehmen befindet, darüber zu benachrichtigen und dem Gesundheitsamt personenbezogene Daten zu übermitteln. Absatz 2 Satz 3 gilt entsprechend. Eine Person nach Satz 1, die keinen Nachweis nach Absatz 2 Satz

1 vorlegt, darf nicht in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen beschäftigt werden. Eine Person nach Satz 1, die über keinen Nachweis nach Absatz 2 Satz 1 verfügt oder diesen nicht vorlegt, darf nicht in den in Absatz 1 Satz 1 genannten Einrichtungen oder Unternehmen tätig werden.)

3. Bestandsmitarbeiter*innen

Der Arbeitgeber ist gesetzlich verpflichtet, Daten zu erheben. Ergibt sich aus der Datenerhebung, dass Mitarbeiter*innen nicht die erforderlichen Nachweise besitzen, ist er zunächst bis zum Stichtag verpflichtet, diese zu melden.

Die Vorschrift spricht von der Übermittlung *personenbezogener Daten*.

Problematisch ist, dass das IfSG selbst eine Definition in § 2 Nr.16 zu *personenbezogenen Angaben* bereithält (Name und Vorname, Geschlecht, Geburtsdatum, Anschrift der Hauptwohnung oder des gewöhnlichen Aufenthaltsortes und, falls abweichend, Anschrift des derzeitigen Aufenthaltsortes der betroffenen Person sowie, soweit vorliegend, Telefonnummer und E-Mail-Adresse), aber nicht zu *personenbezogenen Daten*.

Das wirft die Frage auf, ob es sich lediglich um ein Redaktionsversehen handelt, oder ob sich der Gesetzgeber bewusst für eine andere Formulierung entschieden hat, weil für die Erfüllung der Verpflichtung des Arbeitgebers nicht alle der in § 2 Nr. 16 genannten Angaben erforderlich sind.

Sinnvoll dürfte eine Auslegung dahingehend sein, dass es sich schlichtweg um eine Definition handelt, was alles unter personenbezogenen Angaben zu verstehen ist. Schließlich stellt § 2 IfSG nicht allein auf § 20a IfSG ab, sondern gilt für das gesamte Gesetz.

Denn für das Gesundheitsamt ist es erforderlich, dass es weiß, wer die Person ist und wo es diese erreichen kann. Meines Erachtens reichen Name und meldefähige Anschrift. Warum ein Geschlecht genannt werden sollte, erschließt sich nicht.

Teilt der Arbeitgeber dem zuständigen Gesundheitsamt beziehungsweise der zuständigen Behörde mit, dass Personen ohne Nachweise in der Einrichtung tätig sind, trifft das Gesundheitsamt eine Entscheidung. Das Gesundheitsamt kann nach § 20a Abs. 5 S. 3 untersagen, dass die Person die Räume der Einrichtung betritt oder künftig im Unternehmen tätig werden darf.

Das Gesundheitsamt wird den Nachweis von der betroffenen Person anfordern. Es kann auch bei Zweifeln an der Echtheit oder der inhaltlichen Richtigkeit des vorgelegten Nachweises eine ärztliche Untersuchung dazu anordnen, ob die betroffene Person aufgrund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen das Coronavirus geimpft werden kann.

Soweit das Gesundheitsamt das Vorliegen der Nachweise nicht feststellen konnte, weil kein geeigneter Nachweis vorlag oder Zweifel an der Richtigkeit bestehen, kommen die eben genannten Tätigkeits- beziehungsweise Betretungsverbote in Betracht.

Der Behörde ist hinsichtlich der angeordneten Maßnahme ein Ermessen eingeräumt (›kann‹). Dieses Ermessen muss ordnungsgemäß ausgeübt werden.

Dabei hat sie sich am Gesetzeszweck (Schutz vulnerabler Gruppen) zu orientieren. Es wurden bereits Stimmen laut, die die Auffassung vertreten haben, die Behörde müsse auch berücksichtigen, ob der Versorgungs- oder Betreuungsauftrag im Falle von etwaigen Verboten noch sichergestellt werden könne. Hier könne sie dann gegebenenfalls von Verboten absehen.

Das würde zunächst voraussetzen, dass der oder die Arbeitgeber*in die entsprechenden Informationen mitteilt. Sind mehrere Mitarbeiter*innen von den Verboten bedroht, stellt sich dann wiederum die Frage, wie und durch wen die Auswahl erfolgen soll. Zudem setzte es ferner voraus, dass die Mitarbeiter*innen in den Behörden beurteilen können, ob und wie die Versorgungs- oder Betreuungslage gefährdet ist.

In diesem Zusammenhang sei auch angemerkt, dass bisher unklar ist, ob der oder die Arbeitgeber*in durch die Weitergabe von Informationen an die Behörden darauf einwirken kann, dass die Verbote nicht ausgesprochen werden, zum Beispiel wenn er oder sie versichert, der oder die Arbeitnehmer*in erbringe die Tätigkeit ausschließlich im Homeoffice und es komme nicht zu einem Kontakt mit anderen Mitarbeiter*innen beziehungsweise den vulnerablen Gruppen. Denkbar wäre in solchen Fällen, dass lediglich ein Betretungsverbot ausgesprochen würde.

Dann stellt sich aber auch schon die Frage, ob der Arbeitgeber über eine Person, die ausschließlich im Homeoffice tätig oder in einem Bereich, bei dem ein Kontakt zu den vulnerablen Gruppen ausgeschlossen

werden kann, überhaupt Daten zu übermitteln hat, hierzu sogleich.

4. Ablauf der Gültigkeit

Verliert ein Nachweis ab dem 16. März 2022 seine Gültigkeit (vgl. hierzu § 20a Abs. 4 IfSG), ist ein neuer gültiger Nachweis vorzulegen und zwar innerhalb eines Monats nach Ablauf des bisherigen Nachweises.

Wird dieser nicht vorgelegt oder bestehen Zweifel an der Echtheit oder der inhaltlichen Richtigkeit, hat die Leitung der jeweiligen Einrichtung oder des jeweiligen Unternehmens unverzüglich das Gesundheitsamt zu benachrichtigen und die Daten zu übermitteln. Auch hier können die Gesundheitsämter wieder entsprechend reagieren und verlangen, dass der Nachweis anderen Stellen gegenüber zu erfolgen hat.

5. Verbote

Spricht die zuständige Behörde ein Verbot aus, dürfte es sich dabei um einen belastenden Verwaltungsakt als Form hoheitlichen Tätigwerdens handeln. Dies ist keine Entscheidung des oder der Arbeitgeber*in, da die Vorschrift die Umsetzung des Infektionsschutzes gerade nicht in die Hände des oder der Arbeitgeber*in legt.

Verwaltungsakte können, soweit vorgesehen, zunächst durch Widerspruch bei der Behörde und sodann mittels Anfechtungsklage bei den zuständigen Verwaltungsgerichten angefochten werden. Die Rechtsmittel haben keine aufschiebende Wirkung, das heißt, die Entscheidung der Behörde bleibt bis zu einer gerichtlichen Entscheidung oder im Falle eines Widerspruchs bis zur Aufhebung des Verwaltungsaktes durch die Widerspruchsbehörde bestehen.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass § 73 IfSG auch diverse Bußgeldtatbestände regelt, die im Zusammenhang mit § 20a IfSG stehen. § 73 Abs. 1a Nr. 7e–7h beziehen sich explizit auf § 20a IfSG. Dabei kann nicht nur der Arbeitgeber eine Ordnungswidrigkeit begehen, die mit einem Bußgeld geahndet werden kann, sondern auch der Mitarbeiter beziehungsweise die Mitarbeiterin, etwa wenn er oder sie entgegen eines Verbots der Behörde in der Einrichtung tätig wird, § 73 Abs. 1a Nr. 7g IfSG.

Es bedarf also einer umfassenden Abwägung der Interessen des oder der Arbeitgeber*in mit den Interessen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin.



6. Folgen für das Arbeitsverhältnis nach Tätigkeits- oder Betretungsverbot

Es stellt sich also die Frage, was ab dem 16. März 2022 mit dem betroffenen Arbeitsverhältnis geschieht.

Zunächst lässt sich festhalten, dass es sich weiterhin um ein ungekündigtes Arbeitsverhältnis handelt.

Das bedeutet, das Arbeitsverhältnis besteht fort. Klar dürfte sein, dass ab Ausspruch eines Betretungsbeziehungsweise Tätigkeitsverbotes der Anspruch auf Vergütung entfällt. Der Mitarbeiter beziehungsweise die Mitarbeiterin ohne entsprechenden Nachweis kann die Arbeitsleistung nicht wirksam anbieten, jedenfalls gerät der oder die Arbeitgeber*in nicht in Annahmeverzug mit der angebotenen Arbeitsleistung, da er oder sie diese nicht entgegennehmen darf, was auch § 73 IfSG Abs. 1a Nr. 7g bestätigt.

Damit fallen auch Leistungen weg, die im Zusammenhang mit dem Anspruch auf Entgelt stehen, wie etwa Leistungen zur betrieblichen Altersversorgung. Auch eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, die nach dem Verbot auftritt, dürfte erfasst sein.

Das Entgeltfortzahlungsgesetz will – jedenfalls für einen gewissen Zeitraum – die Mitarbeiter*innen so stellen, wie sie stehen würden, wenn sie gearbeitet hätten. Im Falle eines Verbots haben sie jedoch nicht gearbeitet und besitzen auch keinen Entgeltanspruch.

Fraglich ist, ob ein mit einem Verbot belegter Mitarbeiter oder eine Mitarbeiterin weiterhin krankenversichert ist.

Hier kommt es auf die Dauer der Beschäftigungslosigkeit an. Nach § 19 Abs. 5 gibt es einen nachgehenden Leistungsanspruch, wenn die Beschäftigungslosigkeit nicht länger als einen Monat andauert.

Zu wäre, ob eine Familienversicherung weiterhilft. Ein Anruf bei der Krankenkasse ist zu empfehlen.

Fraglich ist, ob Urlaubsansprüche für die Zeit des Verbots erworben werden. Das BAG hat kürzlich zum Fall von ›Kurzarbeit Null‹ (Bundesarbeitsgericht, Urteil vom 30. November 2021, Az: 9 AZR 225/21) entschieden, dass Arbeitgeber*innen berechtigt sind, den Urlaubsanspruch anteilig zu kürzen. Es liegt nahe, diese Möglichkeit auch in den Fällen der Verbote anzunehmen.

7. Folgen ab dem 16. März 2022 bis zur Entscheidung der Behörde

Ungeklärt ist die Frage, was bis zum Ausspruch eines Verbots durch die Behörde geschieht.

Betrachtet man § 20a Abs. 1 S. 1 IfSG isoliert (›Folgende Personen müssen ab dem 15.03.2022 entweder geimpft oder genesene Person im Sinne des §§ 2 Nr. 2 oder Nr. 4 der Covid-19-Schutzmaßnahmen-Ausnahmenverordnung in der jeweils geltenden Fassung sein [...] [Anm.: Es folgt dann die Aufzählung der Einrichtungen.]), so könnte man annehmen, dass der/die Arbeitgeber*in die Mitarbeiter*innen ohne Nachweise unmittelbar nicht mehr beschäftigen dürfte.

Eine isolierte Betrachtung verbietet sich aber. Denn es ergibt keinen Sinn, wenn die Behörde nach der Datenübermittlung und dem unmittelbaren Eintritt der unterstellten Rechtsfolge dann selbst noch die Entscheidung zu treffen hätte, die aber ja bereits feststünde. Zudem geht es um die Umsetzung des Infektionsschutzes, für die die Behörden, nicht die Arbeitgeber*innen, zuständig sind. Auch die Differenzierung zwischen Personen, die bereits tätig sind, und solchen, die es erst werden sollen, würde keinen Sinn ergeben.

Die Berechtigung zur Freistellung durch den oder die Arbeitgeberin im Rahmen des Direktionsrechtes (§ 106 GewO) könnte hier gleichwohl gegeben sein. Der oder die Arbeitgeber*in muss das Direktionsrecht aber pflichtgemäß ausüben. Die Ausübung muss im Rahmen billigen Ermessens erfolgen. Es bedarf also einer umfassenden Abwägung der Interessen des oder der Arbeitgeber*in mit den Interessen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin.

Hier wird der oder die Arbeitgeber*in den Schutz vulnerabler Personengruppen, die ihm oder ihr anvertraut sind, ins Feld führen können.

Das Interesse der Mitarbeiter*innen auf tatsächliche Beschäftigung, welches der Arbeitsvertrag an sich beinhaltet, dürfte dahinter gegebenenfalls zurücktreten.

Vor dem Hintergrund der auszusprechenden Tätigkeitsverbote oder Betretungsverbote, welche im Ermessen der Behörde stehen (›können‹), spricht einiges dafür, dass der Entgeltanspruch bei einer arbeitgeberseitigen Freistellung vor der Entscheidung der Behörde weiterhin besteht.

Eine gesetzliche Verpflichtung, Mitarbeiter*innen ohne Nachweis bis zum behördlichen Verbot nicht zu beschäftigen, dürfte nicht bestehen.

2. Einrichtungen

§ 20a IfSG spricht von Einrichtungen oder Unternehmen. Hier liefert die Legaldefinition des § 2 Nr. 15 IfSG Aufschluss und zeigt, dass es sich also nicht um eine tätigkeitsbezogene Pflicht handelt, sondern eine einrichtungsbezogene:

Einrichtung oder Unternehmen

eine juristische Person, eine Personengesellschaft oder eine natürliche Person, in deren unmittelbarem Verantwortungsbereich natürliche Personen behandelt, betreut, gepflegt oder untergebracht werden,

Das bedeutet, dass der Rechtsträger (gGmbH eingetragener Verein, Stiftung, AG), unabhängig von den Standorten ihrer beziehungsweise seiner Betriebe oder Dienststellen, umfassend von § 20a IfSG betroffen wäre.

Der Einrichtungsbegriff wird an zwei Stellen besonders relevant, nämlich bei der Datenerhebung (Darf der oder die Arbeitgeber*in bei der Übermittlung der Daten schon differenzieren, also nur die Daten ›seiner‹ oder ›ihrer‹ Krankenhausmitarbeiter*innen übermitteln, nicht aber die der Kita-Mitarbeiter*innen?) und bei der behördlichen Entscheidung zum Tätigkeits- beziehungsweise Betretungsverbot.

Den Gesundheitsämtern ist in § 20a Abs. 5 IfSG ein behördliches Ermessen eingeräumt.

Sie müssen entscheiden, ob Tätigkeits- oder Betretungsverbote ausgesprochen werden.

Das Ermessen muss fehlerfrei ausgeübt werden, das heißt, die Behörde darf ihr Ermessen nicht über- oder unterschreiten oder fehlgebrauchen. Sie darf keine sachfremden Erwägungen in ihre Entscheidung einstellen, und sie muss sich am Gesetzeszweck orientieren.

Bei einer klaren räumlichen Trennung, durch die sichergestellt ist, dass ein Kontakt zu den vulnerablen Personengruppen auszuschließen ist und damit das Risiko einer Coronainfektion minimiert wird, dürfte ein etwaiges Betretungs- oder Tätigkeitsverbot nicht erfolgen.

Das dürfte bei sogenannten Mischeinrichtungen der Fall sein, zum Beispiel wenn eine gGmbH ein Kranken-

haus und einen Kindergarten betreibt und keine Kontaktmöglichkeiten zwischen den dort tätigen Personen bestehen oder wenn in einer der genannten Einrichtungen ein strikt abgrenzbares Verwaltungsgebäude besteht und ein Kontakt ausgeschlossen werden kann.

Bereits aufgeworfen wurde die Frage, ob der oder die Arbeitgeber*in dem Gesundheitsamt auch solche Daten von Mitarbeiter*innen zu übermitteln verpflichtet ist, die aufgrund einer räumlichen Trennung keine Kontaktmöglichkeiten haben.

Betrachtet man den Wortlaut der Vorschrift und den Einrichtungsbegriff, so ist das anzunehmen.

Die Vorschrift könnte aber auch teleologisch zu reduzieren sein. Diese juristische Auslegungsmethode wird dann angewendet, wenn eine Vorschrift nach ihrem Sinn und Zweck ausgelegt werden muss, weil eine Auslegung dem Wortlaut nach das eigentliche Ziel verfehlt oder darüber hinausgeht und dadurch ein Eingriff in das Recht Dritter nicht zu rechtfertigen ist.

Dieses Recht könnte hier das Persönlichkeitsrecht sein, da schließlich personenbezogene (Gesundheits-) Daten übermittelt werden, die besonders schützenswert sind.

In Einrichtungsteilen, in denen kein Kontakt mit vulnerablen Personengruppen i. S. d. § 20a IfSG bestehen kann, wird das Gesundheitsamt auch kein Tätigkeits- oder Betretungsverbot zu prüfen haben. Die Übersendung könnte sich daher von vornherein als überflüssig darstellen. Dies wiederum würde dem Grundsatz der Datenvermeidung und Datensparsamkeit, der das gesamte Datenschutzrecht überlagert, widersprechen.

Aus meiner Sicht spricht daher viel dafür, eine teleologische Reduktion anzunehmen.

Es empfiehlt sich sicherlich, wenn sich Arbeitgeber*innen und Mitarbeitervertretungen bei den zuständigen Gesundheitsämtern erkundigen, wie diese die Vorschrift auslegen.

3. Abmilderungen für Mitarbeiter*innen?

Aufgrund des gegebenenfalls bevorstehenden Entgeltwegfalls fragen sich viele Mitarbeiter*innen, die den Nachweis nicht erbringen wollen, welche Möglichkeiten sie haben, um ihre Existenz zu sichern.

Wichtig zu wissen ist, dass ohne die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen kein Anspruch auf Versicherungsleistungen besteht.



Hier ist zunächst die Nebentätigkeit zu nennen. Diese muss in der Regel lediglich beim Arbeitgeber oder bei der Arbeitgeberin angezeigt werden, wobei festzuhalten ist, dass eine Nebentätigkeit im ursprünglichen Beruf wohl eher nicht in Betracht kommen dürfte.

Der oder die Arbeitgeber*in hat die Möglichkeit, eine Nebentätigkeit zu untersagen, wenn etwa die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes nicht gesichert ist oder der oder die Mitarbeiter*in einer Konkurrenztaetigkeit nachgehen würde. Beides kommt nicht in Betracht. Die Einhaltung des Arbeitszeitgesetzes dürfte wegen der Freistellung beziehungsweise des Tätigkeits- oder Betretungsverbots nicht berührt sein. Nebentätigkeiten sind grundgesetzlich nach Art. 12 GG (Berufswahl und Berufsausübungsfreiheit) streng geschützt.

Eine Versagung oder ein Widerruf der Nebentätigkeit ist zudem eingeschränkt mitbestimmungspflichtig durch die MAV, § 42 lit. j. MVG. Ohne Zustimmung der MAV darf die Nebentätigkeit somit nicht untersagt werden.

Eine weitere Möglichkeit wäre Homeoffice oder die Zuweisung einer Tätigkeit in einem nicht betroffenen Bereich. Aktuell müssen Arbeitgeber*innen Homeoffice anbieten, wenn dringende betriebliche Gründe nicht entgegenstehen.

Arbeitgeber*innen haben eine Fürsorgepflicht gegenüber den Mitarbeiter*innen. Insoweit kommt die Frage auf, ob der/die Arbeitgeber*in verpflichtet ist, Tätigkeiten (z. B. an einem anderen Ort) zuzuweisen, die ein Tätigkeitsverbot entbehrlich machen. Das dürfte aber nur dann gelten, wenn tatsächlich ein Bedarf im betreffenden Bereich besteht und die Tätigkeit auch vom Arbeitsvertrag umfasst ist. Der oder die Arbeitgeber*in ist nicht verpflichtet, diesen Bedarf erst zu schaffen.

Einvernehmliche Änderungen sind natürlich immer möglich.

Da Mitarbeiter*innen aufgrund eines Tätigkeitsverbots nicht mehr beschäftigt werden, stellt sich die Frage nach dem Anspruch auf Arbeitslosengeld I.

Für einen Anspruch auf Arbeitslosengeld muss der Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin zunächst beschäftigungslos – nicht zwingend arbeitslos in dem Sinne, dass kein Arbeitsverhältnis besteht – sein. Dies ist der Fall, da die Tätigkeit nicht ausgeübt werden kann. Des Weiteren muss er oder sie dem allgemeinen Arbeits-

markt zur Verfügung stehen. Dies dürfte wohl auch davon abhängen, welche Tätigkeiten die betroffene Person jeweils ausüben in der Lage und bereit ist.

Eine sich anschließende Frage ist die Frage nach der Sperrzeit von bis zu zwölf Wochen, die die Agentur für Arbeit verhängen kann, wenn der oder die Mitarbeiter*in an der Beschäftigungslosigkeit mitgewirkt hat. Hier kommt als Mitwirkungshandlung das Nicht-Vorlegen des Nachweises in Betracht.

Eine Sperrzeit wird dann nicht verhängt, wenn für den Mitarbeiter oder die Mitarbeiterin ein wichtiger Grund im Hinblick auf die Herbeiführung der Beschäftigungslosigkeit vorliegt. Dieser könnte in dem Recht der körperlichen Unversehrtheit beziehungsweise dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht liegen, das im konkreten Fall dann dadurch ausgeübt wird, dass ein Nachweis nicht vorgelegt wird.

Bisher gibt es keine validen Aussagen.

Wichtig zu wissen ist, dass ohne die Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen kein Anspruch auf Versicherungsleistungen (Krankenversicherung etc.) besteht. In Betracht käme der nachgehende Leistungsanspruch oder auch die Vereinbarung von Sonderurlaub für einen Monat, was jedenfalls einen gewissen Zeitraum überbrücken könnte.

Gegebenenfalls denkbar wäre auch, zur Überbrückung Urlaub zu nehmen oder Mehrarbeit abzubauen.

4. Kündigung?

Einige Arbeitgeber*innen haben bereits in Aussicht gestellt, keine Mitarbeiter*innen kündigen zu wollen. Ein anderer Teil droht auch Kündigungen an, wenn die Tätigkeitsverbote verhängt werden.

Zu beachten ist, dass die Grundsätze, die sich im Bereich des Kündigungsschutzrechts etabliert haben, auch weiterhin gelten. Insbesondere gilt auch das Kündigungsschutzgesetz.

Eine Kündigung muss danach sozial gerechtfertigt sein. Es müssten verhaltens-, personen- oder betriebsbedingte Gründe vorliegen, um eine Kündigung zu rechtfertigen.

Betriebsbedingte Gründe kommen hier nicht in Betracht.

Kündigungen müssen immer das letzte Mittel darstellen (Ultima-ratio-Prinzip). Sie dürfen auch keine

Bestrafungen sein, sondern die Kündigungsentscheidung muss auf einer Prognose dahingehend beruhen, dass das Arbeitsverhältnis auch zukünftig nicht fortgesetzt werden kann.

Fraglich ist, ob eine personenbezogene oder eine verhaltensbedingte Kündigung ausgesprochen werden kann.

Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt bei steuerbaren Pflichtverletzungen des Arbeitnehmers beziehungsweise der Arbeitnehmerin, also auf Verhaltensweisen, auf die der Arbeitnehmer beziehungsweise die Arbeitnehmerin Einfluss hat, in Betracht.

Bei einer personenbedingten Kündigung stützt sich der oder die Arbeitgeber*in auf Gründe, die in der Person (Arbeitnehmer*in) liegen, aber durch diese nicht steuerbar sind.

Hier kann man trefflich diskutieren.

Es ist steuerbar, ob man den Nachweis erbringt, insbesondere ob man sich impfen lässt und so ein Verbot durch die Behörde abwendet.

Auf der anderen Seite liegt das Tätigkeitsverbot in der Person begründet, und es wird durch die Behörde verhängt.

Da Kündigungen nur das allerletzte Mittel sind, müssen sie verhältnismäßig sein. Vor Ausspruch einer verhaltensbedingten Kündigung ist grundsätzlich eine Abmahnung erforderlich. Durch sie soll der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin auf das Fehlverhalten hingewiesen und gewarnt werden. Er oder sie soll das Verhalten ändern. Eine Aufforderung zur Verhaltensänderung kommt aber grundsätzlich nur dann in Betracht, wenn es sich um steuerbares Verhalten handelt.

Bei personenbedingten Kündigungen gibt es dieses Institut nicht. Doch auch diese müssen verhältnismäßig sein.

So wird im Rahmen krankheitsbedingter Kündigungen geprüft, ob ein ordnungsgemäßes betriebliches Eingliederungsmanagement (BEM) stattgefunden hat.

Soweit hier das Vorliegen von personenbedingten Gründen anzunehmen ist, dürfte sicherlich auch eine Aufforderung durch den Arbeitgeber angezeigt sein, um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu wahren.

Gleichwohl muss die Störung des Arbeitsverhältnisses von einiger Dauer sein, damit die entsprechende Prognoseentscheidung des oder der Arbeitgeber*in auch getroffen werden kann. Denn es geht darum, dass

das Arbeitsverhältnis auch in Zukunft nicht störungsfrei fortgesetzt werden kann.

Das Gesetz ist aktuell lediglich bis zum 31. Dezember 2022 befristet, und es besteht auch die Hoffnung, dass die Pandemie bald endet.

Es sprechen gute Gründe dafür, eine Kündigungsmöglichkeit zu verneinen, zumal der/die Arbeitgeber*in im Falle der Verbote auch das Entgelt nicht zu zahlen hat.

Es wird abzuwarten sein, wie die Gerichte entscheiden.

5. Mitarbeitervertretung

Mitarbeitervertretungen werden in dieser Situation häufig mit Fragen überrollt.

Was kann die Mitarbeitervertretung also im Zusammenhang mit dem neuen § 20a IfSG tun?

Kann sie überhaupt etwas tun?

Rechte wahrnehmen!

Im Zusammenhang mit § 20a IfSG sind eine Vielzahl von Beteiligungsrechten gegeben. So ist zum Beispiel das Informationsrecht der Mitarbeitervertretung nach § 34 MVG zu nennen. Die Mitarbeitervertretung hat Anspruch darauf zu erfahren, wie der oder die Arbeitgeber*in den § 20a IfSG umzusetzen gedenkt, denn sie ist rechtzeitig und umfassend zur Durchführung ihrer Aufgaben zu unterrichten. Dazu dürfte auch gehören, dass die MAV Anzahl, Stundenumfang und Arbeitsbereich derjenigen Mitarbeiter*innen erfährt, die von einem Verbot betroffen sein könnten, mindestens aber, die davon betroffen sind. Schließlich kann es aufgrund von Ausfällen zu Arbeitsverdichtungen kommen, und diese Ausfälle werden Einfluss auf die Dienstplanung haben. Es ist wichtig zu wissen, ob und wie dies in der Dienststelle kompensiert werden soll, um gegebenenfalls Einflussmöglichkeiten wahrzunehmen.

Des Weiteren ist das ›Wie‹ der Datenerhebung mitbestimmungspflichtig (§ 39 lit. a MVG, § 40 lit. b MVG).

Insbesondere § 40 lit. b MVG (Mitbestimmung bei Arbeits- und Gesundheitsschutz) ist weit auszulegen. Dies galt schon im Vorfeld von § 20a IfSG im Zusammenhang mit der 3G-Regelung.

Das ›Ob‹ der Datenerhebung ist nicht mitbestimmungspflichtig, da der oder die Arbeitgeber*in hier

lediglich eine ihn verpflichtende gesetzliche Regelung vollzieht, aber die Ausgestaltung ist es.

Das Anfertigen von Kopien der Impfausweise oder sonstigen Gesundheitszeugnisse sind mit den datenschutzrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar. bei diesen Daten handelt es sich um besondere Kategorien von Daten nach Art. 9 DSGVO, die besonders geschützt werden müssen.

Hier kann die Mitarbeitervertretung mildere und datenschutzrechtlich unbedenklichere Mittel verlangen beziehungsweise diese vorschlagen (z. B. ein Vier-Augen-Prinzip und ein Abhaken in einer Tabelle).

Auch bei der bereits erwähnten Nebentätigkeit ist die Mitarbeitervertretung nicht außen vor, sondern sie hat eine eingeschränkte Mitbestimmungspflicht bei der Versagung beziehungsweise der Ablehnung einer Nebentätigkeit nach § 42 lit. f MVG.

Bei ordentlichen Kündigungen besteht das eingeschränkte Mitbestimmungsrecht nach § 42 lit. b MVG. Kündigungen innerhalb der Probezeit und außerordentliche Kündigungen unterliegen der Mitberaterung, § 46 lit. b und lit c. MVG.

Die Mitarbeitervertretung hat diese Prüfung stets im Sinne des § 35 Abs. 1 MVG auszulegen und sich an dem oder der betroffenen Mitarbeiter*in zu orientieren. Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 hat die Mitarbeitervertretung die wirtschaftlichen, sozialen und beruflichen Belange zu fördern.

Hierbei handelt es sich nicht um eine Ermessensvorschrift, sondern um eine strikte Anweisung.

Es geht nicht darum, ob es die MAV selbst für gut befindet, dass sich jemand nicht impfen lässt. Eigene moralische Maßstäbe haben außer Betracht zu bleiben.

Manche Mitarbeiter*innen lassen sich von teilweise sehr unseriösen Internetseiten und Medien beeinflussen.

Die Mitarbeitervertretung könnte hier selbst eine Initiative nach § 47 MVG (Initiativrecht) ergreifen und aus Gründen des Gesundheitsschutzes (§ 40 lit. b MVG) eine Aufklärungskampagne vorschlagen. Hier können Fachkräfte für Arbeitssicherheit oder Betriebsärzt*innen, aber auch andere Sach- und Fachkundige hinzugezogen werden, die helfen können, Verunsicherungen zu beseitigen, gegebenenfalls auch mit Impfmythen aufzuräumen und erkennen zu lassen, was

Bildung für Arbeit und Leben.

Unsere Seminare

29.05. – 03.06.

Die betriebliche Interessenvertretung als Konfliktmoderator

30.05. – 03.06.

Mitarbeitervertretungsrecht Aufbau

20.06.

Hitzefrei?
Arbeitsschutz im Klimawandel

20. – 24.06.

Mitarbeitervertretungsrecht
Einführung

23.06.

Die Umsetzung des Bundesteilhabegesetzes in der Behindertenhilfe in NRW

27. – 29.06.

»Zwischen den Stühlen«
Interessenvertretung im Spagat zwischen Belegschaft und Arbeitgeber

Anmeldung &
weitere Seminare:
aul-herford.de

Arbeit und Leben

HERFORD DGB/VHS e.V.

seriöse Quellen sind, die auf validen wissenschaftlichen Daten beruhen, und welche dies nicht sind.

Führt ein solches Angebot dazu, dass weitere Mitarbeiter*innen bereit sind, sich impfen zu lassen, wäre damit nicht nur ihre wirtschaftliche Existenzgrundlage geschützt und gesichert, sondern auch ein wertvoller Beitrag zur Eindämmung der Pandemie und dem Schutz von Kolleg*innen, Teilnehmer*innen und Klient*innen, aber auch sich selbst geleistet.

6. Zusammenfassung

Die neue Regelung des § 20a IfSG wirft eine Reihe von Fragen auf, die noch nicht geklärt sind.

Bereits jetzt werden Rufe laut, nachzubessern. Aktuell ist nicht klar, wie die Gesundheitsämter auf den zusätzlichen nicht unerheblichen Arbeitsanfall reagieren werden.

Sinn und Zweck des Gesetzes ist es, die Menschen, die in den genannten Einrichtungen behandelt, betreut, gepflegt oder untergebracht werden, zu schützen. Für sie gelten die oben genannten Nachweispflichten also nicht.

Dies ist deswegen interessengerecht, weil es sich bei ihnen gerade um schutzbedürftige Menschen handelt, die auf die Behandlung, Betreuung, Pflege oder die Unterbringung angewiesen sind. Sie können sich dem nicht entziehen.

Auch wenn das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit der Mitarbeiter*innen hier ohne Frage betroffen ist, fällt eine Abwägung der hier aufeinandertreffenden Grundrechte zugunsten der vulnerablen Gruppen aus.

Denn: Eine Verpflichtung der vulnerablen Gruppen, ebenfalls entsprechende Nachweise zu erbringen und dies zur Voraussetzung einer medizinischen Heilbehandlung zu machen oder einem behinderten Menschen Teilhabe und Unterstützung deswegen zu untersagen, auf die er oder sie dringend angewiesen ist, wäre spätestens mit Art. 1 GG (Die Würde des Menschen ist unantastbar.) nicht vereinbar.

Hinzu kommt, dass diese Menschen sich dem Einflussbereich der sie Betreuenden und Pflegenden (örtlich) nicht entziehen können. Auch ihre körperliche Unversehrtheit ist daher betroffen, zumal es sich schließlich um vulnerable Gruppen von Menschen handelt.

Dagegen scheint die Verpflichtung zur Impfung vergleichsweise gering, zumal auch die medizinische Kontraindikation berücksichtigt wird und zu beachten ist.

Gleichwohl ist das Gesetz an vielen Stellen nicht gut durchdacht und unklar.

Es bleibt abzuwarten, wie und ob der Gesetzgeber hier noch nachbessert und insbesondere, wie die Gerichte zukünftig etwa über Entgeltansprüche bei Freistellungen ab dem 15. März 2022 bis hin zum Betretungs- und Tätigkeitsverbot entscheiden werden.



VICTORIA
LÜBEKE

Die Autorin ist
Rechtsanwältin für
Arbeitsrecht in Göttingen
Luebeke@feuerhahn-
rechtsanwaelte.de

Bei dem 8. ICMA International Creative Media Award wurde ›Arbeitsrecht und Kirche‹ für Typografie und Layout mit dem Award of Excellence ausgezeichnet.

Impressum

Arbeitsrecht und Kirche + Zeitschrift für Mitarbeitervertretungen

Redaktion: Bernhard Baumann-Czichon (verantwortlich), Henrike Busse (Redaktionsleitung), Dr. Herbert Deppisch, Manuel Dotzauer, Annette Klausung, Mario Gembus, Erich Sczepanski, Nora Wöfl

+ Redaktionsanschrift: Am Hulsberg 8, 28205 Bremen, Telefon: 0421-4393344, Telefax: 0421-4393333 + E-Mail: arbeitsrecht@bremen.de

+ Verlagsanschrift und Anzeigenverwaltung: KellnerVerlag, St.-Pauli-Deich 3, 28199 Bremen, Telefon: 0421-77866

+ E-Mail: arbeitsrechtundkirche@kellnerverlag.de, www.kellnerverlag.de + Herstellung: Manuel Dotzauer + Grafische Gestaltung:

Designbüro Möhlenkamp & Schuldt, Bremen + Bezugspreis: Einzelheft Euro 24,-, Abonnement: pro Jahr Euro 80,- inkl. A+K-Schnelldienst

+ Kündigungsmöglichkeit: je zum Jahresende. + Nachdruck nur mit Erlaubnis des Verlags. Die Verwendung für Zwecke einzelner Mitarbeitervertretungen oder deren Zusammenschlüsse (zum Beispiel für Schulungen) ist bei Quellenangabe gestattet. Bitte Belegexemplare an den Verlag senden. Für unverlangt eingesandte Manuskripte kann keine Gewähr übernommen werden. + Druckerei: Girzig & Gottschalk GmbH, Hannoversche Straße 64, 28309 Bremen Dieses Magazin wurde auf einem säure- und chlorfreien Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft gedruckt.

Wir beantworten + **Leserfragen**

Leseranfrage – Hunde am Arbeitsplatz

Ich bin aus gesundheitlichen Gründen auf die Begleitung durch einen Assistenzhund angewiesen. Darf mir der Arbeitgeber die Begleitung durch diesen Hund verbieten?

Wir wollen die Antwort auf die Frage in zwei Schritten beantworten, nämlich zunächst, ob ein Arbeitnehmer oder eine Arbeitnehmerin einen Hund mit zur Arbeit bringen darf, und dann, welche Besonderheiten es bei Assistenzhunden gibt.

Solange der oder die Arbeitgeber*in das ›Okay‹ für das Mitbringen des Hundes gibt, darf der Vierbeiner Sie gern zum Arbeitsplatz begleiten. Allerdings haben Arbeitnehmer*innen grundsätzlich keinen Anspruch darauf, einen Hund mit zur Arbeit mitzubringen. Der oder die Arbeitgeber*in hat das Hausrecht. Und daher entscheidet er oder sie, ob Hunde (oder andere Tiere) im Betrieb geduldet sind. Und er/sie kann auch eine einmal erteilte Genehmigung widerrufen. Er/sie kann auch einzelne Hunde dulden und andere ausschließen (je nach Größe, Wildheit usw.), und der oder die Arbeitgeber*in kann für unterschiedliche Arbeitsplätze unterschiedliche Regelungen treffen.

Der Widerruf einer zuvor erteilten Genehmigung kommt auch dann in Betracht, wenn der Hund zuvor mehrere Jahre am Arbeitsplatz geduldet wurde. Hieraus ist auch kein Anspruch aus betrieblicher Übung erwachsen, da in der Regel davon auszugehen ist, dass sich der oder die Arbeitgeber*in durch die Genehmigung nicht dauerhaft binden wollte. Das gilt selbst dann, wenn es anderen Kolleg*innen weiterhin gestattet ist, den Hund mitzubringen.

Regelt der oder die Arbeitgeber*in die Mitnahme von Hunden, so liegt darin eine Regelung der Ordnung im Betrieb nach § 40 lit. k MVG-EKD. Eine Regelung kann nur mit Zustimmung der Mitarbeitervertretung aufgestellt werden. Kommt eine Einigung nicht

zustande, entscheidet auf Antrag einer Seite die Einigungsstelle. Möglicherweise werden Regelungen über das Mitbringen von Hunden auch aus Gründen des Gesundheitsschutzes aufgestellt. Dann ergibt sich das Mitbestimmungsrecht auch aus § 40 lit. b MVG-EKD. Wird eine Regelung (insbesondere ein Hunde-Verbot) ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung aufgestellt, so ist diese Regelung nach § 38 Abs. 1 Satz 2 MVG-EKD unwirksam.

Arbeitnehmer*innen, die aus gesundheitlichen Gründen beziehungsweise aufgrund einer Behinderung (z. B. Sehbehinderung) auf die Begleitung durch einen Assistenzhund angewiesen sind, haben grundsätzlich einen Anspruch darauf, dass sie diesen (keinen anderen) Hund mitbringen können. Allerdings gibt es Arbeitsplätze, an denen sich auch ein Assistenzhund nicht aufhalten darf, zum Beispiel im Operationsaal. Das Mitführen eines Assistenzhundes muss der oder die Arbeitgeber*in nicht dulden, soweit dies aus objektiven Gründen nicht möglich ist. Wenn jedoch keine objektiven Hindernisse bestehen, darf ein Assistenzhund mitgeführt werden.

An Arbeitsplätzen, an denen zum Beispiel aus medizinischen Gründen (Assistenz-)Hunde nicht mitgeführt werden dürfen, besteht auch dann kein Anspruch auf Begleitung durch einen solchen Hund, wenn der oder die Arbeitnehmer*in ohne Hundebegleitung nicht ausüben kann. In einem solchen Fall ist zu prüfen, ob eine andere Form der Assistenz ermöglicht werden kann. Erforderliche Mittel hierfür können über die Integrationsämter und die Agentur für Arbeit (Mittel zur Beschäftigungssicherung) eingeworben werden.

+ Rechtsprechung

Nachgewährung von Urlaub bei Quarantäne-Anordnung während des Urlaubs

LEITSAZ

1. Die Zeiten der Quarantäne sind analog § 9 BUrlG nicht auf den Jahresurlaub anzurechnen. Diese sind dem Kläger zu einem späteren Zeitpunkt nachzugewähren.
2. Die Anordnung einer Quarantäne steht damit einer freien, selbstbestimmten Gestaltung des Urlaubszeitraumes diametral gegenüber, unabhängig davon, wie der einzelne Betroffene diese persönlich empfindet.

LAG Hamm, Urteil vom 27.01.2022, 5 Sa 1030/21

Sachverhalt:

Die Parteien streiten über die Gutschrift von acht Urlaubstagen für das Jahr 2020.

In der Zeit vom 12.10.2020 bis 21.10.2020 gewährte die Beklagte dem Kläger antragsgemäß Urlaub im Umfang von acht Tagen.

Unter dem 14.10.2020 erließ die Stadt H eine Ordnungsverfügung, mit welcher sie die Absonderung des Klägers in häusliche Quarantäne für die Zeit vom 09.10.2020 bis 21.10.2020 anordnete, da er zuvor mit einem bestätigten COVID-19-Fall in Kontakt gekommen war. In der Quarantäneanordnung heißt es unter anderem: »Es ist in dieser Zeit untersagt, ihre Wohnung ohne ausdrückliche Zustimmung des Gesundheitsamtes zu verlassen. Ferner ist es ihnen in dieser Zeit untersagt, Besuch von Personen zu empfangen, die nicht Ihrem Haushalt angehören.«

Der Kläger informierte die Beklagte unverzüglich über die Quarantäne.

Das Zeitkonto des Klägers wurde nach dem 21.10.2020 mit acht Urlaubstagen belastet.

Der Kläger begehrt die Gutschrift von acht Urlaubstagen auf seinem Urlaubskonto.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Hiergegen hat der Kläger Berufung zum Landesarbeitsgericht eingelegt.

Aus den Gründen:

I. Die Berufung ist an sich statthaft (§ 64 Abs. 1 ArbGG), nach dem Wert des Beschwerdegegenstandes zulässig (§ 64 Abs. 2 Buchst. b ArbGG) sowie in gesetzlicher Form und Frist eingelegt (§ 519 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG, § 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und innerhalb der Frist (§ 66 Abs. 1 S. 1 ArbGG) und auch ordnungsgemäß (§ 520 Abs. 3 ZPO i. V. m. § 64 Abs. 6 S. 1 ArbGG) begründet worden.

II. Die Berufung ist auch begründet. Entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichtes ist § 9 BUrlG jedenfalls analog auf den Fall einer angeordneten Quarantäne anzuwenden. Die Zeiten der Quarantäne sind analog § 9 BUrlG nicht auf den Jahresurlaub anzurechnen. Diese sind dem Kläger zu einem späteren Zeitpunkt nachzugewähren. Zu diesem Zweck sind diese dem Urlaubskonto gutzuschreiben.

1. Die Frage, ob eine analoge Anwendung von § 9 BUrlG im Fall einer angeordneten Quarantäne möglich ist, wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.

Analoge Gesetzesanwendung setzt voraus, dass der gesetzlich unregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt wie die erfassten Fälle. Es muss allerdings eine positiv festzustellende Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes vorliegen (BAG, Beschluss vom 5.6.2014, 6 AZN 267/14, NJW 2015, 269 (272) Rz. 37 m. w. N.).

Nach Auffassung der Kammer ist diese in Bezug auf das Zusammentreffen einer Urlaubsgewährung mit einer nachträglichen Anordnung einer Quarantäne geboten, auch wenn der Gesetzgeber das BUrlG mehrfach geändert hat, ohne eine solche Ergänzung des § 9 BUrlG vorzunehmen oder eine ausdrückliche Regelung im Infektionsschutzgesetz vorzunehmen.

a) Das BAG hat in einer Entscheidung aus dem Jahr 2020 unter Hinweis auf frühere Rechtsprechung zu anderen urlaubsstörenden Vorfällen

ausgeführt, der Arbeitgeber schulde auch bei richtlinienkonformem Verständnis von § 7 Abs. 1 S. 1 BUrlG nur die Freistellung von der Arbeitspflicht und die Zahlung des Urlaubsentgeltes zur Erfüllung, einen darüber hinausgehenden ›Urlaubserfolg‹ schulde er nicht. Mit der Festlegung des Urlaubszeitraums (und der vorbehaltlosen Zusage des Urlaubsentgeltes) habe der Arbeitgeber als Schuldner das nach § 7 Abs. 1 BUrlG Erforderliche getan (§ 243 Abs. 2 BGB). Alle danach eintretenden urlaubsstörenden Ereignisse fielen entsprechend § 275 Abs. 1 BGB als Teil des persönlichen Lebensschicksals grundsätzlich in den Risikobereich des einzelnen Arbeitnehmers. Nur soweit der Gesetzgeber oder die Tarifvertragsparteien – wie in §§ 9, 10 BUrlG – besondere Regelungen zur Nichtanrechnung von Urlaub trafen, finde eine Umverteilung des Risikos zugunsten des Arbeitnehmers statt. Die Bestimmungen der §§ 9, 10 BUrlG seien nicht verallgemeinerungsfähig. Ihre entsprechende Anwendung auf andere urlaubsstörende Ereignisse oder Tatbestände, aus denen sich eine Beseitigung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ergebe, komme grundsätzlich nicht in Betracht. Somit trage regelmäßig der Arbeitnehmer das Risiko, dass sich der Urlaubszweck nach der Urlaubsgewährung durch den Arbeitgeber nicht (vollständig) realisiert. Dieses Risiko werde regelmäßig durch innere und äußere Umstände beeinflusst, die dem persönlichen Lebensbereich des Arbeitnehmers zuzuordnen seien (BAG, Urteil vom 25.08.2020, 9 AZR 612/19, Rn. 28 – 33, juris unter Hinweis auf BAG 18. März 2014, 9 AZR 669/12, Rn. 23; 10. Mai 2005, 9 AZR 251/04, Rn. 30, BAGE 114, 313; 9. August 1994, 9 AZR 384/92 zu 2 c der Gründe, BAGE 77, 296). Mit dieser Begründung wurde die Verpflichtung zur Nachgewährung von Urlaub bei vorliegenden Handlungsobliegenheiten des Arbeitnehmers gegenüber der Agentur für Arbeit, die den Bezug von Arbeitslosengeld gewährleisten sollten während des Urlaubszeitraumes (BAG, Urteil vom 25.08.2020, 9 AZR 612/19, a. a. O.) oder aufgrund eines erteilten Beschäftigungsverbotens aufgrund Schwangerschaft vor deren ausdrücklicher gesetzlicher Regelung (9 AZR 384/92, a. a. O.) abgelehnt.

b) Mit der Entscheidung vom 09. August 1994 (9 AZR 384/92, BAGE 77, 296) ist es von der eigenen früheren Rechtsprechung (BAG, Urteil vom 01. August 1963, 5 AZR 59/63, juris; BAG Urteil vom 01. August 1963, 5 AZR 74/63, juris) abgerückt, die jedenfalls in den Fällen, in denen für den Arbeitgeber für den Verhinderungsfall (hier die Musterrung) eine unabdingbare Entgeltzahlungspflicht

vorgesehen ist (hier § 12 ArbPISchG), eine Anrechnung als gegeben ansah. In der Entscheidung 5 AZR 74/63 hatte das BAG die Unterscheidung der Fälle, in denen eine Anrechnung möglich war insoweit verdeutlicht, als es mit Rücksicht auf den vom Gesetz verfolgten Zweck zwischen solchen Fällen unterschieden hat, in denen der Lohn für den auf Grund bestimmter Ereignisse eintretenden Arbeitsausfall abbedungen werden kann und den Fällen, in denen das nicht zulässig ist. Ein solcher Wertungsmaßstab führe zu einem sinnvollen Ausgangspunkt für die zu entscheidende Rechtsfrage. In den Fällen der Krankheit, der gesetzlichen Wochenfeiertage und des Musterungstages sei eine Abbedingung der Lohnfortzahlung unzulässig. In allen übrigen Fällen des § 616 Abs. 1 BGB sei sie dagegen möglich. Durch diese Regelung sei zugleich abgegrenzt, welche Ereignisse als so wichtig anzusehen seien, dass sie grundsätzlich zu Lasten des Arbeitgebers gingen (a. a. O., Rz. 18).

c) In der Begründung hatte das BAG in der Entscheidung vom 09.08.1994 (9 AZR 384/92, a. a. O.) darauf verwiesen, dass es bereits in einer weiteren Entscheidung (BAG, Urteil vom 11. Januar 1966, 5 AZR 383/65, juris) hieran nicht mehr angeknüpft habe. Dafür bestand allerdings nach der Konstellation der Entscheidung im Jahr 1966 auch kein Grund, wie das BAG dort selbst ausgeführt hat, da es sich um einen Fall der abdingbaren Entgeltfortzahlung aufgrund eines Ereignisses im rein persönlichen Umfeld (Teilnahme an der Beerdigung des Vaters) handelte, weshalb das BAG ausdrücklich keine Veranlassung sah, sich mit der Kritik an den Entscheidungen aus dem Jahr 1963 weiter auseinanderzusetzen (BAG, Urteil vom 11. Januar 1966, 5 AZR 383/65, juris, Rz. 24). Insoweit war das BAG gerade nicht von der älteren Rechtsprechung abgerückt, sondern hatte lediglich im Hinblick auf die in der Literatur geäußerte Kritik an der Rechtsprechung in den Raum gestellt, dass für den vorliegenden Fall offen bleiben könne, ob an diesem Wertungsmaßstab gegenüber den erwähnten Literaturstimmen unter allen Umständen festzuhalten sei.

In der konkreten Entscheidung aus dem Jahr 1994 (Rz. 34) hat es darauf verwiesen, dass eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG wie bei jedem Fall der analogen Gesetzesanwendung nur in Betracht käme, wenn eine typische Vergleichbarkeit gegeben sei und nicht der im Einzelfall festzustellende Grad der Beeinträchtigung ausschlaggebend sein könne. Aus diesem Grund könne eine analoge Anwendung nur dann in

Betracht kommen, wenn typischerweise bei jedem schwangerschaftsbedingten Beschäftigungsverbot eine mit der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit vergleichbare Beeinträchtigung vorliege, was nicht der Fall sei. Weshalb dieses nicht der Fall sei, hat es allerdings nicht ausgeführt, da es nicht vorab definiert hat, was die Voraussetzung für die Vergleichbarkeit wäre.

Zu berücksichtigen ist hierbei, dass der Gesetzgeber einen vergleichbaren Sachverhalt offensichtlich gesehen hat, weshalb in § 17 MuSchG a. F. (jetzt § 24 MuSchG) ab dem Jahr 2002 (Vorschrift eingefügt durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Mutterschutzrechts vom 16.06.2002 (BGBl. I S. 1812), in Kraft getreten am 20.06.2002) ausdrücklich geregelt wurde, dass Ausfallzeiten aufgrund mutterschutzrechtlicher Beschäftigungsverbote als Beschäftigungszeiten gelten, weshalb das BAG auch in einer Folgeentscheidung zu dieser Frage ausgeführt hat, dass nach der gesetzgeberischen Wertung Urlaub während der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote nicht erlöschen könne (BAG, Urteil vom 09. August 2016, 9 AZR 575/15, juris, Rz.15), da § 17 MuSchG eine dem § 9 BUrlG entsprechende Ausnahme von den Rechtsfolgen des § 275 BGB enthalte, eine vom Arbeitgeber nicht zu vertretende Unmöglichkeit damit qua gesetzlicher Ausnahmeregelung nicht gegeben sei. Dieses gelte auch im Fall des Eintretens des Beschäftigungsverbot zu einem Zeitpunkt, zu dem der Urlaub bereits bewilligt war, denn die ›Arbeitnehmerin erhält‹ ihren Urlaub, wenn die mit der Festlegung des Urlaubszeitraums bezweckte Erfüllungswirkung eintritt. Damit die Verpflichtung zur Urlaubserteilung nach § 362 Abs. 1 BGB erlischt, genügt nicht allein die Vornahme der erforderlichen Leistungshandlung, sondern es muss auch der Leistungserfolg eintreten. Kann die Arbeitnehmerin nach dem Wortlaut des §17 Satz 2 MuSchG den vor den Beschäftigungsverboten nicht erhaltenen Urlaub danach ungekürzt in Anspruch nehmen, folgt daraus die gesetzgeberische Wertung, dass Urlaub während der mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbote nicht erlöschen kann.‹ (BAG, a.a.O., Rz. 15).

aa) Die Kammer ist der Ansicht, dass auch im Hinblick auf die vorliegende Rechtsprechung, die eine analoge Anwendung von § 9 BUrlG nur grundsätzlich ausschließt und im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 7 der Richtlinie 2003/88/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. November 2003 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. 2003, L 299, S. 9; im Folgenden Richtlinie 2003/88/EG) im Fall einer Anordnung einer Quarantäne während eines bewilligten Urlaubs, die in die Zeit der Quarantäne fallenden

Tage auf den Urlaub anzurechnen und in der Folge entfallene Urlaubstage nachzugewähren sind.

bb) Bereits in seiner grundlegenden Entscheidung bezüglich des Erhaltes von Urlaubsansprüchen im Fall einer langandauernden Erkrankung (EuGH, Urteil vom 20. Januar 2009, C-350/06 und C-520/06 Schultz-Hoff) hat der EuGH ausgeführt, dass der Anspruch jedes Arbeitnehmers auf bezahlten Jahresurlaub als ein besonders bedeutsamer Grundsatz des Sozialrechts der Gemeinschaft anzusehen ist, von dem nicht abgewichen werden darf und den die zuständigen nationalen Stellen nur in den in der Richtlinie 93/104/EG des Rates vom 23. November 1993 über bestimmte Aspekte der Arbeitszeitgestaltung (ABl. L 307, S. 18) selbst ausdrücklich gezogenen Grenzen umsetzen dürfen (ebenda, Rz. 22). Der Arbeitnehmer müsse normalerweise über eine tatsächliche Ruhezeit verfügen können, damit ein wirksamer Schutz seiner Sicherheit und seiner Gesundheit sichergestellt ist, denn nur für den Fall, dass das Arbeitsverhältnis beendet wird, lasse Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 2003/88 zu, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub durch eine finanzielle Vergütung ersetzt wird (ebenda, Rz. 23).

cc) Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs geht auch hervor, dass der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub es dem Arbeitnehmer ermöglichen soll, sich zu erholen und über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen (EuGH, Urteil vom 30. Juni 2016, C-178/15, juris, Rz. 23, ebenso Urteil vom 20. Januar 2009, Schultz – Hoff u. a., C-350/06 und C-520/06, juris, Rz. 25). Insbesondere hat er festgestellt, dass dem Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub als Grundsatz des Sozialrechts der Union nicht nur besondere Bedeutung zukommt, sondern dass er auch in Art. 31 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, der von Art. 6 Abs. 1 EUV der gleiche rechtliche Rang wie den Verträgen zuerkannt wird, ausdrücklich verankert ist (EuGH, Urteil vom 30. Juni 2016, C-178/15, juris, Rz. 20, m. w. N.); dieses ist bei der Anwendung der nationalen Regelungen im Lichte der europarechtlichen Vorgaben zu beachten.

d) So hatte der EuGH zwar die Gleichbehandlung von Zeiten der Kurzarbeit aufgrund eines vereinbarten Sozialplans mit Krankheitszeiten bei der Einflussnahme auf Urlaubsansprüche verneint mit der Begründung, der betroffene Arbeitnehmer könne während der Kurzarbeit, die sich aus dem genannten Sozialplan ergibt und für ihn folglich vorhersehbar ist, sich entweder ausruhen oder Freizeittätigkeiten nachgehen. Da er unter keinen durch eine Erkrankung hervorgerufenen physischen oder psychischen Beschwerden leide, befinde er sich daher in einer anderen Lage, als wenn er

aufgrund seines Gesundheitszustands arbeitsunfähig wäre (EuGH, Urteil vom 08.11.2012, C- 229/11 und C-230/11, juris, Heimann und Toltschin, Rz. 29).

aa) Im Fall einer angeordneten Quarantäne ist aber eine Vergleichbarkeit mit der Situation eines arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmers entgegen der Auffassung des LAG Düsseldorf (Urteil vom 15.10.2021, 7 Sa 857/21, juris) sowie LAG Köln (13.12.2021, 2 Sa 488/21, bisher nur als PM) sowie weiterer Instanzgerichte (ArbG Neumünster, Urt. v. 03.08.2021, 3 Ca 362b/21; ArbG Halle, Urt. v. 23.06.2021, 4 Ca 285/21; ArbG Bremen-Bremerhaven, Urt. v. 08.06.2021, 6 Ca 6035/21 jeweils zitiert nach juris) gegeben.

Dieser Annahme steht im Übrigen insoweit auch nicht die Entscheidung des BAG vom 09.08.1994 (9 AZR 384/92, a. a. O.) entgegen, da dort ausdrücklich die analoge Anwendbarkeit des § 9 BUrlG lediglich mangels typischer Vergleichbarkeit mit der Beeinträchtigung im Fall einer Arbeitsunfähigkeit bei Vorliegen eines Beschäftigungsverbotes aufgrund der ansonsten gegebenen Erforderlichkeit einer Einzelfallbetrachtung verneint wurde.

Dieses ist vorliegend nicht erforderlich, da es im Fall einer Quarantäne-Anordnung nach Auffassung der Kammer im Gegensatz zur Auffassung der o.g. anderweitigen Entscheidungen nicht darauf ankommt, wie der einzelne betroffene Arbeitnehmer die Quarantäne empfindet oder ob er in der Lage ist, dieser positive Aspekte abzugewinnen und welche Beeinträchtigung sich für den konkreten Arbeitnehmer angesichts der bei ihm bestehenden Vorstellungen der ›Erholung‹ bestehen. Vielmehr steht eine Quarantäne-Anordnung immer einem wesentlichen Aspekt der Urlaubsgewährung entgegen, die darin besteht, die Urlaubsgestaltung frei zu bestimmen bzw. selbstbestimmt zu gestalten (BAG 9 AZR 384/92, a. a. O., Rz. 34).

bb) Zwar schuldet der Arbeitgeber tatsächlich keinen ›Urlaubserfolg‹. Der Arbeitnehmer soll aber nach § 1 BUrlG zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt werden, um ihm die uneingeschränkte Möglichkeit selbstbestimmter Nutzung seiner Freizeit zu geben (BAG, Urteil vom 25.08.2020, 9 AZR 612/19, a. a. O., Rz. 26 unter Verweis auf BAG 10.5.2005, 9 AZR 251/04, Rn. 33, BAGE 114, 313 [ZTR 2006, 149]).

Die Quarantäne-Bestimmungen verhindern dieses abstrakt gesehen generell, da sie bestimmen, wo sich eine Person aufzuhalten hat, mit wem sie Kontakt haben darf, ob sie sich gegebenenfalls Untersuchungen unterziehen muss (äußerliche Untersuchungen, Abstriche von Haut und Schleimhäuten), mit der Folge, dass sie für diese Untersuchungen auch zur Verfügung stehen muss (siehe Quarantäne-Anordnungen bezüglich des Klägers

vom 14.10.2020, Bl. 26 d.A.). Nicht zu vernachlässigen ist dabei, dass dieser Zeitraum auch mit der Belastung verbunden ist, einen jederzeitigen schweren Ausbruch der Erkrankung erfahren zu können, unabhängig davon, ob die Quarantäne wegen eines positiven Testergebnisses des Betroffenen oder – wie bei dem Kläger – aufgrund eines Kontaktes zu einem bestätigten Covid-19-Fall ausgesprochen wurde. Die Anordnung einer Quarantäne steht damit einer freien, selbstbestimmten Gestaltung des Urlaubszeitraumes diametral gegenüber, unabhängig davon, wie der einzelne Betroffene diese persönlich empfindet.

So hat bereits der Bundesgerichtshof zum damaligen § 48 Bundesseuchengesetz entschieden, ein Ausscheider im Sinne des § 2d BSeuchG sei zwar grundsätzlich nicht krank im Sinne des BUrlG. Die Grenzen zu einer Krankheit im sozialversicherungsrechtlichen Sinne seien indes fließend. Hierzu hat er sich auf die amtliche Begründung zu § 48 des Regierungsentwurfs eines Bundesseuchengesetzes (BT-Drucks 111/1888 vom 27. Mai 1960, S. 27 = § 49 BSeuchG; der zum Zeitpunkt der Entscheidung gültig war) bezogen, in der ausgeführt wurde, der betroffene Personenkreis, somit Ausscheider, Ausscheidungsverdächtige und Ansteckungsverdächtige, denn dieser Personenkreis wurde von § 48 BSeuchG umfasst, seien ›vom Schicksal in ähnlicher Weise betroffen wie Kranke‹ (ähnlich schriftlicher Bericht des Ausschusses für Gesundheitswesen vom 17. April 1961 – BT-Drucks III/2662: Der Betroffene Personenkreis könne ›in etwa den Kranken gleichgestellt werden‹) (BGH, Urteil vom 30. November 1978, IIIZR 43/77, juris, Rz. 15).

cc) Diese Rechtsprechung hat nach Auffassung der Kammer auch weiterhin Bestand und Bedeutung. Soweit sie auf die ältere Rechtsprechung des BAG verwiesen hatte, geschah dies gerade insoweit, als es auch nach dieser keinen allgemeinen Rechtssatz gebe, dass der Arbeitgeber in den Fällen, in denen der Erholungsurlaub durch andere, nicht auf Krankheit des Arbeitnehmers beruhende Umstände beeinträchtigt oder vereitelt wird, zur Nachgewährung von Urlaub verpflichtet sei (BGH, a. a. O., Rz. 13).

Gerade im Fall der ›seuchenrechtlich‹ bedingten Absonderung hat aber der damalige Gesetzgeber diese Analogie insoweit selbst gezogen. Eben dieses wurde durch die Entscheidung des BGH zugrunde gelegt. Diese Überlegungen haben auch weiterhin Gültigkeit.

Der Rechtsgedanke ist auch auf § 56 IfSG übertragbar. So wird in den Informationen des Bundesministerium für Gesundheit unter der Rubrik ›Ansprüche auf Ersatz des Verdienstausfalls für

Arbeitnehmer und Selbständige« Stand 01.10.2021 unter Verweis auf die Entscheidung des BGH ausgeführt, dass eine Anrechnung auf den Jahresurlaub grundsätzlich dann unterbleibt, wenn die betroffene Person aufgrund ihrer Absonderung krankheitsähnlich an der Wahrnehmung ihres Erholungsurlaubs verhindert ist, etwa weil sie strengen Hygieneauflagen unterliegt und deshalb ihre Urlaubszeit nicht frei und selbstgewählt gestalten kann (in diesem Sinne auch Eulinger, § 56 IfSG – Coronavirus SARS-CoV-2 und die Entdeckung einer Norm, DB 2020,1121 (1122));

Hohenstatt/Krois, Lohnrisiko und Entgeltfortzahlung während der Corona-Pandemie, NZA 2020, 413 (416); a. A. Hein/Tophof, Folgen einer Quarantäneanordnung während des bewilligten Urlaubs, NZA 2021, 601 (602). Zwar ist dieser Hinweis mittlerweile um die oben zitierte Instanzrechtsprechung ergänzt worden, die eine Anrechnung der Quarantänezeiten ablehnt (Stand 28.12.2021, S. 34). Eben hieraus ergibt sich aber, dass der Gesetzgeber die Anwendung der Norm im konkreten Fall der Rechtsprechung anheimgestellt hat.

Allein, dass der Gesetzgeber diese Folge nicht entsprechend § 17 MuSchG (jetzt § 24 MuSchG) trotz mehrerer Änderungen des Gesetzestextes ausdrücklich aufgenommen hat, steht im Hinblick auf dieses Verständnis von der Normanwendung damit einer analogen Gesetzesanwendung nicht entgegen, da der Gesetzgeber entgegen der Auffassung von Hein/Tophof (Folgen einer Quarantäneanordnung, a. a. O., S. 602) erkennbar davon ausgegangen ist, dass eine entsprechende Anwendung von § 9 BUrlG durch die Rechtsprechung erfolgt.

e) Nach Auffassung der Kammer ist diese Rechtsfrage jedenfalls bezogen auf eine angeordnete Quarantäne auch durch den EuGH in der Entscheidung Fetico u.a. (EuGH, Urteil vom 04. Juni 2020, C-588/18, juris) nicht, auch nicht implizit, entschieden worden.

Grundlage der Entscheidung war eine Vorlage des Audiencia Nacional (Nationaler Gerichtshof, Spanien) zu innerstaatlichen gesetzlichen und tariflichen Regelungen, die Sonderurlaubsansprüche für bestimmte Sachverhalte wie die eigene Heirat oder die naher Verwandter, chirurgische Eingriffe, Geburt eines Kindes, Gewerkschaftstätigkeit, die Ausübung ehrenamtlicher Tätigkeit und ähnliches vorsahen. Fraglich war, ob den Beschäftigten in dem Fall, wenn diese zum Sonderurlaub berechtigenden Bedürfnissen und Verpflichtungen in Zeiten des Jahresurlaubs fallen, der Sonderurlaub nachzugewähren wäre. Das vorliegende Gericht hatte insoweit ausgeführt:

Wenn im vorliegenden Fall eines der von der nationalen Regelung erfassten Ereignisse während

der wöchentlichen Ruhezeiten oder des bezahlten Jahresurlaubs eintrete, trafen unterschiedliche Anliegen zusammen, und zwar die Erholung, die den Arbeitnehmern durch diese Zeiträume insbesondere verschafft werden solle, und Bedürfnisse oder Verpflichtungen, für die nach der nationalen Regelung bezahlter Sonderurlaub gewährt werde. Wäre es in diesem Fall nicht möglich, die Inanspruchnahme des bezahlten Sonderurlaubs auf einen Zeitpunkt außerhalb der genannten Zeiträume zu verschieben, würde ihr Nutzen zunichte gemacht, da die Arbeitnehmer diese Zeiträume opfern müssten, um den Bedürfnissen und Pflichten nachzukommen, für die der bezahlte Sonderurlaub vorgesehen sei (Rz. 22).

Folgerichtig hat es die Frage gestellt: Ist Art. 1 der Richtlinie 2003/88 dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, die gestattet, dass der Jahresurlaub mit bezahlten Freistellungen, die anderen Zwecken als der Erholung, Entspannung und Freizeit dienen, zusammenfällt? (Rz. 24)

aa) Diese Frage ist durch die Entscheidung jedenfalls bezogen auf einen Sachverhalt wie den einer Quarantäneanordnung nicht abschließend beantwortet, da das Gericht hierzu ausgeführt hat, die streitgegenständlichen Sonderurlaubstage, die dazu dienen, bestimmten Bedürfnissen und Verpflichtungen nachzukommen, fielen nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/88, sondern unterlägen der Ausübung der eigenen Befugnisse durch einen Mitgliedstaat. Zwar dürfe die Ausübung solcher eigener Befugnisse nicht dazu führen, dass der den Arbeitnehmern durch die Richtlinie gewährleistete Mindestschutz und insbesondere die tatsächliche Inanspruchnahme der wöchentlichen Mindestruhezeiten und des bezahlten Jahresurlaubs im Sinne ihrer Art. 5 und 7 beeinträchtigt würden. Eine solche Beeinträchtigung hat der Gerichtshof bei einem Zusammentreffen zwischen dem Jahresurlaub und einem Krankheitsurlaub aufgrund der unterschiedlichen Zwecksetzung gesehen. Da der im Ausgangsverfahren vorgesehene bezahlte Sonderurlaub es den Arbeitnehmern nur ermöglichen solle, der Arbeit fernzubleiben, um ganz bestimmten Bedürfnissen oder Verpflichtungen nachzukommen, die ihre persönliche Anwesenheit erforderten, sei er untrennbar mit der Arbeitszeit als solcher verbunden, so dass sich die Arbeitnehmer während der wöchentlichen Ruhezeit oder des bezahlten Jahresurlaubs nicht auf ihn berufen könnten. Daher könne ein solcher Sonderurlaub dem Krankheitsurlaub nicht gleichgestellt werden (Rz. 36).

bb) Diese Gedanken sind auf eine angeordnete Quarantäne nicht übertragbar. Zwar handelt es sich auch hierbei um eine Verpflichtung der

Arbeitnehmer, der sie nach-kommen müssen, diese knüpft aber gerade nur mittelbar an das Arbeitsverhältnis und die Arbeitspflicht an, soweit diese als Folge der Quarantäne die Erfüllung der Arbeitspflicht unmöglich macht. Die Zeit der Quarantäne dient auch einem anderen Zweck als der Zeitraum des Jahresurlaubs, der der Entspannung und Erholung dienen soll. Die Quarantäne ist dagegen eine zeitlich befristete Absonderung von ansteckungsverdächtigen Personen oder von Personen, die möglicherweise das Virus ausscheiden (siehe Definition RKI Stand: 19.1.2022).

Eine mögliche Nachgewährungspflicht hat der EuGH folgerichtig auch nur im Hinblick auf den Sonderurlaub geprüft, wenn der Grund für die Gewährung eines solchen Sonderurlaubs während des Jahresurlaubs auftritt und dieses mit der Begründung verneint, dass der Sonderurlaub und die für ihn geltende Regelung nicht unter die mit der Richtlinie 2003/88 eingeführte Regelung fallen.

Auch sei der Grundsatz, wonach ein unionsrechtlich gewährter Urlaub nicht das Recht beeinträchtigen dürfe, einen anderen unionsrechtlich gewährten Urlaub zu nehmen, nicht betroffen, da der im Streitfall fragliche Sonderurlaub zwar teilweise unter die Richtlinie 2010/18 zu fallen scheine, die dort geregelten Freistellungsfallgestaltungen aber einem Urlaub im Sinne eines unionsrechtlich geregelten Urlaubs nicht gleichgestellt werden könnten, da diese lediglich vorsähen, dass die Arbeitnehmer berechtigt seien, im Fall höherer Gewalt wegen dringender familiärer Gründe bei Krankheiten oder Unfällen, die die sofortige Anwesenheit des Arbeitnehmers erfordern, der Arbeit fernzubleiben (Rz. 40, 41).

2) Die dem Kläger im Zeitraum der Quarantäne im Zeitraum des bewilligten Urlaubs vom 12.10.2020 bis 21.10.2020 anfallenden acht Urlaubstage sind danach analog § 9 BUrlG weiterhin dem Urlaubskonto des Klägers gutzuschreiben.

Ein Verfall der Ansprüche kommt nicht in Betracht. Der Kläger hat die restlichen Urlaubsansprüche für das Jahr 2020 bereits im Kalenderjahr 2020 geltend gemacht, so dass diese unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mit dem 31.12.2020 untergegangen sind, nachdem die Beklagte die Erfüllung der Urlaubsansprüche ausdrücklich verweigert hat.

Praxishinweis

Nicht wenige Arbeitnehmer*innen haben für Zeiten ihres Urlaubs eine Quarantäne-Anordnung durch das zuständige Gesundheitsamt erhalten. Manche haben das gelassen genommen, weil sie – vor allem während der Lockdown-Zeiten – ohnehin keinen richtigen Urlaub machen konnten. Für alle stellte sich aber die Frage, ob sie wie bei bescheinigter Arbeitsunfähigkeit den Urlaub nachgewährt bekommen. Manche Arbeitgeber*innen haben beim Gesundheitsamt Ansprüche nach § 56 IfSG geltend gemacht und bei entsprechender Zahlung den Urlaub gutgeschrieben. Andere wieder haben ihre Arbeitnehmer*innen abblitzen lassen. Dies hat zu einer Reihe von Klagen geführt, die von den Arbeitsgerichten meistens abgewiesen wurden. Das Landesarbeitsgericht Hamm hat mit der vorliegenden Entscheidung eine andere Richtung gewiesen und erkannt, dass unabhängig davon, wie die jeweils von der Quarantäne Betroffenen diese erleben, die mit der Urlaubsgewährung zu ermöglichende freie Entfaltung weitgehend ausgeschlossen ist. Daher kann der Urlaubszweck aus Gründen, die nichts mit der Person zu tun haben, nicht erreicht werden. Der Urlaub muss nachgewährt werden.

Das LAG Hamm hat notwendigerweise die Revision zum Bundesarbeitsgericht zugelassen, denn der Entscheidung liegt eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zugrunde. Die Entscheidung ist daher noch nicht rechtskräftig. Es bleibt letztlich die Entscheidung des BAG abzuwarten. Aber nur abzuwarten, ist auch zu wenig. Denn der Anspruch auf Nachgewährung von durch Quarantäne vereitelten Urlaubszeiten unterliegt der jeweiligen Ausschlussfrist. Es ist deshalb erforderlich, dass Betroffene ihren Anspruch mindestens geltend machen. Auch wenn die Textform die Regel ist (z. B. Telefax, Brief ohne Unterschrift oder E-Mail), ist dringend anzuraten, dies in schriftlicher Form zu machen, also ganz klassisch: ein Brief mit Original-Unterschrift. Und zugleich sollte der Arbeitgeber aufgefordert werden, einen entsprechenden Entschädigungsantrag an das Gesundheitsamt gemäß § 56 IfSG zu richten.

Und die Mitarbeitervertretung sollte die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter über diese Entscheidung unterrichten. Und dabei durchaus auch darauf hinweisen, dass der Kläger diese Entscheidung mithilfe des DGB-Rechtsschutzes erstritten hat.

Nora Wölfl,

Fachanwältin für Arbeitsrecht, Bremen

Außerordentliche Kündigung von Masken-Muffeln

LEITSAZ

1. Die beharrliche Weigerung, entgegen gesetzlicher Anordnung bzw. berechtigter arbeitgeberseitiger Weisung eine Mund-Nasen-Bedeckung zum Schutz anderer Menschen vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu tragen, ist typischerweise geeignet, auch die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen.
2. Meint ein Arbeitnehmer, vom Masken-Tragen wegen Unzumutbarkeit oder Unfähigkeit aus gesundheitlichen Gründen befreit zu sein, hat er dies im Einzelnen darzulegen und die behandelnden Ärztinnen oder Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden.
3. Die Verpflichtung eine medizinische Maske zu tragen, kann sich aus der Weisung des Arbeitgebers ergeben..

Arbeitsgericht Bremen-Bremerhaven, Urteil vom 04.11.2021,
3 Ca 3052/21

Sachverhalt:

Die Parteien streiten u. a. über die Wirksamkeit einer außerordentlichen und fristlosen, hilfsweise ordentlichen Kündigung der Beklagten.

Die Beklagte betreibt die X-Bibliothek in Bremen, in der die Klägerin arbeitet. Die Klägerin arbeitet in der Signaturenstelle der X-Bibliothek. Ihre Aufgabe besteht darin, Bücher mit Signaturetiketten und Bruchsicherungen auszustatten. Auf diese Art und Weise werden von der Klägerin täglich mehrere Meter Bücher bearbeitet. Die Ausübung dieser Tätigkeit setzt dabei stationär in der Bibliothek vorhandene technische Ausstattung – unter anderem Transportwagen für die Bücher sowie einen großen Drucker, der die Signaturetiketten bedruckt – voraus. Es handelt sich bei der Tätigkeit nicht um einen Büroarbeitsplatz.

Am 7. Juli 2020 erstellte die Beklagte nach den Empfehlungen einer Fachkraft für Arbeitssicherheit eine Mustergefährdungsbeurteilung vor dem Hintergrund der SARS-CoV-2-Pandemie. Auf dieser

Grundlage erstellte die Beklagte im September 2020 sodann das 1. Hygienekonzept, das sie im weiteren Verlauf überarbeitete.

Unter dem 13. Oktober 2020 erteilte ein Arzt der Klägerin als ärztliches Attest überschriebenes Dokument mit dem folgenden Text:

›Frau Y. ist von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung BEFREIT! Grund: Einschränkung der vitalen Atemfunktion.«

Bereits seit Anfang Februar 2021 standen die Parteien in Auseinandersetzung, ob die Klägerin verpflichtet sei, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen. Mit Mail vom 10. Februar 2021 wandte sich der Prozessbevollmächtigte der Klägerin an die Beklagte und vertrat hierbei die Auffassung, dass aufgrund der Bescheinigung vom 13. Oktober 2020 der Befreiungstatbestand aus § 3 Abs. 3 Ziff. 3 der ›Corona VO Bremen‹ greife, so dass die Klägerin von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung befreit sei. Die Klägerin sei bereits aufgrund des Tragens einer Mund-Nasen-Bedeckung ohnmächtig geworden.

Unter dem 12. Februar 2021 erteilte die Beklagte der Klägerin eine Ermahnung wegen einer Dienstpflichtverletzung unter Hinweis auf die Entscheidung des OVG Münster vom 24. September 2020 – 13 B 1368/20 –. Hierbei vertrat die Beklagte die Auffassung, sie könne verlangen, dass ein begründetes Attest vorgelegt werde, das die Beklagte selbst die Lage versetze, eine Prüfung der Befreiung von der Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung vorzunehmen.

Am 18. Februar 2021 informierte die Beklagte alle Beschäftigten, einschließlich der Klägerin, darüber, dass auf den gemeinschaftlich mit anderen Mitarbeitern genutzten Flächen nunmehr eine medizinische Maske getragen werden müsse. Diese Weisung gegenüber den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern basiert auf dem Hygienekonzept der Beklagten mit Stand 18. Februar 2021.

Am 1. März 2021 betrat die Klägerin den Flurbereich der Ebene o der Bibliothek, ohne eine medizinische Maske zu tragen.

Unter dem Ausstellungsdatum 3. März 2021 erteilte die Beklagte der Klägerin eine Abmahnung wegen des Vorfalls vom 1. März 2021, wobei sie hierbei wiederum die Auffassung vertrat, die Klägerin müsse ein ›qualifiziertes Attest‹ vorlegen, um eine Befreiung von der Maskenpflicht zu erhalten. Darüber hinaus formulierte die Beklagte in der Abmahnung wie folgt:

›Trotz der weiterhin bestehenden Verpflichtung, eine medizinische Maske zu tragen, wurden Sie am 01.03.2021 in der Mittagszeit beim Betreten des Flurbereiches auf der Ebene 0 erneut ohne Maske angetroffen.

Damit haben sie ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt. Aufgrund des vorliegenden Verstoßes sehe ich mich veranlasst, Sie abzumahnern und fordere Sie auf, ab sofort eine medizinische Maske auf allen gemeinschaftlich genutzten Verkehrsflächen der X zu tragen.

Sollten Sie sich zukünftig erneut pflichtwidrig verhalten, werden weitere arbeitsrechtliche Maßnahmen geprüft (Kündigung des Arbeitsverhältnisses).‹

Nachdem die Klägerin am 3. Mai 2021 erneut ohne eine medizinische Maske oder sonst eine Mund-Nasen-Bedeckung auf dem gemeinschaftlich mit anderen Beschäftigten genutzten Flur auf Ebene 0 angetroffen wurde, erteilte die Beklagte der Klägerin unter dem 04. Mai 2021 erneute eine als ›2. und letzte Abmahnung‹ überschriebene Abmahnung.

Auch in dieser Abmahnung nahm die Beklagte Bezug auf die von ihr angenommene Verpflichtung zur Vorlage eines ›qualifizierten Attests‹ und formulierte im Weiteren:

›Trotz der weiterhin bestehenden o.g. Verpflichtung, eine medizinische Gesichtsmaske zu tragen, wurden Sie am 03.05.2021 gegen 08:00 Uhr morgens auf dem Flur auf Ebene 0 erneut ohne Maske angetroffen.

Damit haben Sie Ihre Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis ein weiteres Mal verletzt. Aufgrund des vorliegenden Verstoßes sehe ich mich veranlasst, Sie ein letztes Mal abzumahnern. Gleichzeitig fordere ich Sie erneut auf, ab sofort eine medizinische Gesichtsmaske auf allen gemeinschaftlich genutzten Verkehrsflächen (insbes. Treppenhäuser, Flure, Gänge und Sanitärräume) der X zu tragen.

Sollten Sie dieser Forderung nicht Folge leisten, müssen Sie mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen bis hin zur Kündigung rechnen.‹

Am 17. Mai 2021 betrat die Klägerin gegen 8:00 Uhr die Bibliothek der Beklagten erneut ohne eine

Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen. Sie nutzte – ohne medizinische Maske – gegen 8:00 Uhr morgens den gemeinschaftlich genutzten Flur auf Ebene 0 und den Aufzug zur Ebene 1 und betrat daraufhin den gemeinschaftlich genutzten Flur auf Ebene 1 sowie den Büroflur der Personalstelle.

Am 29. Mai 2021 ging der Klägerin das Kündigungsschreiben der Beklagten vom 28. Mai 2021 zu, mit dem diese die außerordentliche und fristlose, hilfsweise ordentliche und fristgemäße Kündigung des Arbeitsverhältnisses der Parteien zum 31. Dezember 2021 erklärte.

Die Klägerin erhob Kündigungsschutzklage. Sie ist der Auffassung, sie habe keine Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis verletzt. Eine Pflicht zum Tragen einer medizinischen Maske bzw. Mund-Nasen-Bedeckung habe nicht bestanden. Aus diesem Grunde sei die Beklagte weder zum Ausspruch der Kündigung noch der Abmahnung berechtigt gewesen. Die Klägerin sei von der betreffenden Pflicht aufgrund des Attests vom 13. Oktober 2020 befreit. Die Klägerin ist der Auffassung, dass dieses Attest genüge. Die Beklagte sei nicht berechtigt, ein Attest zu verlangen, aus dem sich ergebe, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen auf Grund der Verpflichtung zum Tragen einer Maske zu befürchten seien und woraus diese im Einzelnen resultierten. Die Klägerin führt zu dieser Rechtsmeinung ausführlich und detailliert aus und meint, die Beklagte sei mangels Fachwissen ohnehin nicht in der Lage, den Inhalt des geforderten ›qualifizierten‹ Attests zu beurteilen. Sie ist der Auffassung, in Bremen fehle es schon an einer Nachweispflicht im Rahmen der bestehenden Verordnung. Jedenfalls enthalte das vorgelegte Attest vom 13. Oktober 2020 eine hinreichende Diagnose, da eine Bezugnahme auf den ICD-10-Code R06 vorliege, der Symptome, die das Kreislaufsystem und das Atmungssystem betreffen, erfasse, wie etwa Hypoventilation, Hyperventilation oder Dyspnoe. Das Attest sei auch im Übrigen nicht zu beanstanden. Es sei unwahrscheinlich, dass ein approbierter Arzt ein unwahres Attest ausstelle.

Die Beklagte ist der Auffassung, die Klägerin sei zum Tragen einer medizinischen Maske verpflichtet gewesen. Diese Verpflichtung folge bereits aus der betreffenden Weisung der Beklagten, die gem. § 618 BGB und § 3 Abs. 1 S. 1 ArbSchG dazu verpflichtet gewesen sei, ihre Beschäftigten zum Tragen einer Maske anzuhalten. Dieselbe Verpflichtung der Klägerin folge auch aus § 3 Abs. 1 Ziff. 3 der ›Bremischen Coronaverordnung‹. Sie ist der Auffassung, dass die Klägerin gehalten sei,

das Eingreifen der Befreiung von der Verpflichtung zum Tragen einer medizinischen Maske durch Vorlage eines entsprechenden Attests nachzuweisen. Hierfür genüge aber kein einfaches Attest, sondern es bedürfe eines ›qualifizierten Attests‹. Dieses müsse erkennen lassen, welche konkreten gesundheitlichen Beeinträchtigungen auf Grund der Verpflichtung zum Tragen einer Maske zu befürchten seien und woraus diese im Einzelnen resultierten. Die Beklagte führt zur Begründung dieser Rechtsmeinung ausführlich und detailliert aus. Das vorgelegte Attest genüge inhaltlich diesen Anforderungen nicht. Auch sei der Beweiswert des Attests erschüttert. Es handele sich um ein Gefälligkeitsattest. Die Beklagte behauptet hierzu, der attestierende Arzt praktiziere nicht mehr und sei im Ärzteverzeichnis der Landesärztekammer nicht mehr als zugelassener Arzt verzeichnet. Er sei in der Vergangenheit als Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin tätig gewesen und nunmehr als bekennender Impfgegner in der Öffentlichkeit bekannt. Die Beklagte bestreitet, dass die Klägerin zu ihm nach Z gefahren sei um sich dort untersuchen und ein Attest ausstellen zu lassen.

Die Kündigung sei wegen der beharrlichen Weigerung der Klägerin, eine medizinische Maske zu tragen, gerechtfertigt. Eine Versetzung ins Home-Office habe als milderes Mittel nicht zur Verfügung gestanden, da die Arbeit der Klägerin mangels technischer Ausstattung im Home-Office nicht verrichtet werden könne.

analoge Anwendung des § 9 BUrlG wie bei jedem Fall der analogen Gesetzesanwendung nur in Betracht käme, wenn eine typische Vergleichbarkeit gegeben sei und nicht der im Einzelfall festzustellende Grad der Beeinträchtigung ausschlaggebend sein könne.

Aus den Gründen:

A

Die zulässige Klage ist unbegründet. Sie war daher abzuweisen. Die Kündigung der Beklagten vom 28. Mai 2021 ist wirksam und hat das Arbeitsverhältnis außerordentlich und fristlos beendet. (...)

I.

Die Kündigung der Beklagten vom 28. Mai 2021 ist wirksam und hat das Arbeitsverhältnis der Parteien außerordentlich und fristlos beendet. (...)

4.

Ein wichtiger Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, § 626 Abs. 1 BGB ist gegeben.

a) Gemäß § 626 Abs. 1 BGB kann das Arbeitsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist gekündigt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und

unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses selbst bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. In diesem Rahmen ist zunächst zu prüfen, ob Tatsachen vorliegen, die ohne Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls an sich und damit typischerweise geeignet sind, einen wichtigen Grund darzustellen. Auf einer zweiten Stufe bedarf es sodann der Prüfung, ob dem Kündigenden die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses auch unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Einzelfalls und unter Abwägung der beiderseitigen Vertragsinteressen jedenfalls bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist oder nicht. Auf dieser zweiten Prüfungsstufe ist eine Abwägung vorzunehmen, ob das Interesse des Arbeitgebers an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses das Interesse des Arbeitnehmers an dessen Fortbestand überwiegt. Die Kündigung des Arbeitsverhältnisses wegen einer Vertragspflichtverletzung, die auf steuerbarem Verhalten des Arbeitnehmers beruht, bedarf deshalb regelmäßig der Abmahnung, die ihrerseits der Objektivierung einer negativen Prognose dient. Ist nämlich der Arbeitnehmer ordnungsgemäß abgemahnt worden und verletzt er gleichwohl seine arbeitsvertraglichen Pflichten erneut, kann regelmäßig davon ausgegangen werden, dass es auch zukünftig zu weiteren Vertragsstörungen kommen wird. Eine Abmahnung bedarf es in Ansehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes deshalb nur dann nicht, wenn eine Verhaltensänderung in Zukunft selbst nach einer Abmahnung nicht zu erwarten ist oder es sich aber um eine so schwere Pflichtverletzung handelt, dass eine Hinnahme durch den Arbeitgeber offensichtlich – und auch für den Arbeitnehmer erkennbar – ausgeschlossen ist (BAG, Urteil vom 10.6.2010 – 2 AZR 541 / 09 – Rn. 36f, zitiert nach juris).

b) In Anwendung der vorbezeichneten Grundsätze liegt ein wichtiger Grund für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses vor.

aa) Die beharrliche Weigerung, entgegen gesetzlicher Anordnung bzw. berechtigter arbeitgeberseitiger Weisung eine Mund-Nasen-Bedeckung zum Schutz anderer Menschen vor einer Infektion mit SARS-CoV-2 zu tragen, ist typischerweise geeignet, auch die außerordentliche Kündigung eines Arbeitsverhältnisses zu rechtfertigen. Hält ein Arbeitnehmer trotz Abmahnungen Vorschriften, die dem Schutz anderer Arbeitnehmer dienen nicht ein, kann dies abhängig vom Gefahrenpotential auch die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen (vgl. zu Arbeitsschutz- und Sicherheitsvorschriften allgemein etwa LAG Rheinland-Pfalz, Urt. V. 14.04.2005 – 11 Sa 810/04 –,

Rn 79, LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 14.08.2007 – 5 Sa 150/07 –, Rn 47, beide zit. n. juris)

bb) Auch im vorliegenden Fall rechtfertigt der Verstoß der Klägerin gegen ihre Verpflichtung, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen, die außerordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Die Klägerin hat in beharrlicher Art und Weise gegen ihre Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis, während der Arbeitszeit auf den gemeinschaftlich genutzten Flächen im Betrieb der Beklagten eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen, in beharrlicher Art und Weise verletzt.

(1) Grundsätzlich bestand eine Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung.

Diese folgt für den 17. Mai 2021 zunächst aus der Weisung der Beklagten, eine medizinische Maske zu tragen gem. § 15 Abs. 1 ArbSchG. Die Beklagte ist mit der Erstellung des Hygienekonzeptes und der darin enthaltenen Weisung, auf gemeinschaftlich genutzten Flächen eine medizinische Maske zu tragen, ihrer Verpflichtung aus §§ 3 Abs. 1, 4 ArbSchG, § 3 Corona-ArbSchV a. F. nachgekommen. In inhaltlicher Hinsicht war die Weisung zum Tragen einer medizinischen Maske auf den gemeinschaftlich genutzten Verkehrsflächen nicht zu beanstanden. Dies folgt einerseits aus der zum damaligen Zeitpunkt bestehenden Pandemie-Situation. Darüber hinaus hat die Beklagte hiermit die aus § 3 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2 23. BremCOVVO und deren gleichlautenden Nachfolgeregelungen für Arbeitnehmer grundsätzlich bestehende Verpflichtung, eine medizinische Maske in den betreffenden Räumlichkeiten in Arbeits- und Betriebsstätten zu tragen, umgesetzt.

Für den Zeitpunkt des Kündigungssachverhalts bestand eine grundsätzliche Pflicht zum Tragen medizinischer Masken aufgrund der (gleichlautenden) Regelung aus § 3 Abs. 1 Ziff. 3, Abs. 2 25. BremCOVVO. Nach dieser Vorschrift bestand – wie auch bei den gleichlautenden Regelungen der 23. BremCOVVO und der 24. BremCOVVO – eine Pflicht zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung in Arbeit- und Betriebsstätten sowie innerhalb von Gebäuden von Einrichtungen des öffentlichen Dienstes und Behörden beim Betreten von Verkehrsflächen, wie etwa Eingangsbereich, Treppenhäuser, Flure und Aufzüge sowie beim Aufenthalt in Sanitärbereich und in Warteräumen. Gemäß § 3 Abs. 2 Satz 1 25. BremCOVVO erfüllten Personen ab 16 Jahre diese Pflicht durch Tragen einer medizinischen Gesichtsmaske, also einer OP-Maske, einer Maske der Standards ›KN95/N95‹, ›FFP2‹ oder eines gleichwertigen Schutzniveaus.

(2) Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin von der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung befreit war.

Gemäß § 3 Abs. 3 Ziff. 3 25. BremCOVVO galt die Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung nicht für solche Personen, denen die Verwendung einer Mund-Nasen-Bedeckung u. a. aus gesundheitlichen Gründen nicht möglich oder nicht zumutbar war.

Das von der Klägerin vorgelegte Attest ist nicht geeignet, die Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung zu beweisen oder auch nur darzulegen. Insoweit bedarf es keiner näheren Betrachtung mehr, ob der Beweiswert des Attests als solcher erschüttert ist. Dem Attest kann jedenfalls nicht entnommen werden, dass die Voraussetzungen für eine Befreiung von der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung vorlagen. Der Arzt hat in dem Attest vom 13. Oktober 2021 weder bestätigt, dass es der Klägerin aus medizinischen Gründen unmöglich oder unzumutbar sei, eine medizinische Maske zu tragen noch eine Diagnose benannt, die dieses zumindest nahelegen würde.

Das Attest führt lediglich aus, die Klägerin sei von der Verpflichtung zum Tragen einer Mund-Nasen-Bedeckung befreit. Diese Aussage konnte der attestierende Arzt jedoch nicht treffen, da die Frage, ob die Klägerin von dieser Verpflichtung befreit ist, eine Frage der Rechtsanwendung ist und nicht eine medizinische Angelegenheit, die der Arzt hätte attestieren können.

Auch die Ausführung, Grund der Befreiung sei eine ›Einschränkung der vitalen Atemfunktion‹ genügt nicht, um die Voraussetzungen einer Befreiung nach § 3 Abs. 3 Ziff. 3 25. Bremen COVVO erkennen zu können. Aus dieser allgemein gehaltenen Angabe kann nicht der Schluss gezogen werden, das Tragen einer medizinischen Maske sei der Klägerin unmöglich oder unzumutbar. Die vitale – lebenserhaltende – Atemfunktion ist letztlich bereits dann eingeschränkt, wenn lediglich eine verstopfte Nase infolge einer Erkältung vorliegt.

Soweit die Klägerin meint, das Attest enthalte eine Diagnose, ist dies nicht nachvollziehbar. Namentlich geht der Verweis auf die ICD-10 ins Leere. Der Arzt hat keine Diagnose, die in der ICD-10 codiert ist, benannt. Er hat gerade keine Dyspnoe o. ä. attestiert. Auch hat der Arzt keinen ICD-10-Code im Attest genannt.

Die pauschale Behauptung der Klägerin in der Mail des Prozessbevollmächtigten der Klägerin vom 10. Februar 2021, sie sei bereits einmal wegen Tragens einer Mund-Nasen-Bedeckung ohnmächtig geworden, genügt nicht, um die Voraussetzung von § 3 Abs. 3 Ziffer 3 25. BremCOVVO annehmen zu können. Die Beklagte hat implizit gesundheitliche Einschränkungen der Klägerin bestritten, die dem Tragen einer medizinischen Maske

entgegenstehen sollen Näherer Vortrag zu den Umständen der angeblichen Ohnmacht infolge des Tragens einer Mund-Nasen-Bedeckung fehlen.

Weiterer Vortrag der Klägerin zu angeblichen gesundheitlichen Einschränkungen fehlt vollständig.

Der Arbeitnehmer ist gehalten im Rahmen der sekundären Darlegungslast, die Unzumutbarkeit oder Unfähigkeit, eine Mund-Nasen-Bedeckung aus gesundheitlichen Gründen zu tragen, darzulegen und hierbei die behandelnden Ärztinnen oder Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden. Der Arbeitgeber hat typischerweise keine Kenntnis von den gesundheitlichen Beeinträchtigungen eines Arbeitnehmers. Ohne Kenntnis der zugrundeliegenden Diagnose und der sich hieraus ergebenden gesundheitlichen Folgen fehlen dem Arbeitgeber – und dem Gericht – die notwendigen Angaben, um die Unzumutbarkeit oder Unmöglichkeit, eine solche Maske zu tragen, zu beurteilen.

Die Klägerin ist auf diese vom Gericht angenommene Verteilung der Darlegungslast bereits durch Hinweis im Terminbeschluss vom 18. Mai 2021 (Bl. 34 der führenden Akte) im führenden Verfahren hingewiesen worden, auf die das Gericht auch im folgenden Verfahren – Ziffer 6 des Beschlusses aus der Güteverhandlung (vgl. Bl. 15 der folgenden Akte) – Bezug genommen hat

(3) Es ist unstreitig, dass die Klägerin am 17. Mai 2021 morgens gegen 8:00 Uhr zum wiederholten Male Verkehrsflächen, also solche Flächen, die zumindest gemeinschaftliche mit anderen Beschäftigten genutzt werden, ohne Mund-Nasen-Bedeckung betreten hat. Die Klägerin betrat zu diesem Zeitpunkt den Flur auf Ebene 0 und nutzte den Fahrstuhl und den Flur auf Ebene 1 sowie den Flur der Personalstelle, ohne eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen. Unstreitig handelt es sich hierbei um gemeinschaftlich mit anderen Arbeitnehmern genutzte Flächen

(4) Die Weigerung der Klägerin, eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen war beharrlich. Die Klägerin hat in besonders nachhaltiger Weise ihre Verpflichtung hierzu verletzt und zum Ausdruck gebracht, dass sie sich an die gesetzliche Anordnung bzw. arbeitgeberseitige Weisung hierzu nicht gebunden sieht.

Insoweit ist unstreitig, dass die Klägerin trotz Abmahnungen vom 3. März 2021 und 4. Mai 2021, in denen sie jeweils darauf hingewiesen wurde, dass sie eine Mund-Nasen-Bedeckung zu tragen habe, erneut am 17. Mai 2021 gemeinschaftlich mit anderen Arbeitnehmern genutzte Flächen betreten, ohne dass sie hierbei eine Mund-Nasen-Bedeckung trug.

Insoweit bedarf es auch keiner näheren Beurteilung, ob die Auffassung der Beklagten zutrifft, dass sich aus dem Attest nachvollziehbar ergeben muss, welche konkret zu benennenden Beeinträchtigungen auf Grund der Verpflichtung zum Tragen einer medizinischen Maske zu erwarten ist und woraus diese im Einzelnen resultieren. Selbst wenn diese Auffassung jedenfalls im Einzelfall möglicherweise nicht zuträfe, bliebe der Warnwert der erteilten Abmahnungen erhalten. Der Klägerin musste aufgrund der Abmahnungsschreiben in jedem Fall bewusst sein, dass die Beklagte es nicht hinnehmen würde, wenn die Klägerin weiterhin, ohne eine medizinische Maske zu tragen, gemeinschaftlich genutzte Verkehrsflächen der Bibliothek betreten würde. Die Klägerin musste in diesem Falle mit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechnen. Die Beklagte hat in den Abmahnungsschreiben klar und deutlich zum Ausdruck gebracht, dass sie es jedenfalls nicht dulden würde, wenn die Klägerin erneut gemeinschaftlich genutzte Verkehrsflächen betritt, ohne eine medizinische Maske zu tragen. Die Beklagte hat die Klägerin dabei ausdrücklich auf die Möglichkeit arbeitsrechtlicher Konsequenzen bis hin zum Ausspruch einer Kündigung für den Wiederholungsfall hingewiesen und die Abmahnung vom 04. Mai 2021 ausdrücklich als ›2. und letzte Abmahnung‹ überschrieben. Auch in inhaltlicher Hinsicht sind die Abmahnungen nicht zu beanstanden. Die Verpflichtung, eine medizinische Maske in gemeinschaftlich genutzten Räumen zu tragen, bestand am 03. März 2021 und 04. Mai 2021 aufgrund des gleichlautenden § 3 24. BremCOVVO sowie der Weisung der Beklagten.

(5) Die Kündigung erweist sich auch als außerordentliche Kündigung als angemessen. Das Interesse der Beklagten an der sofortigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses überwiegt bei Abwägung aller Umstände des Einzelfalls das Interesse der Klägerin am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses.

Eine abschließende Festlegung der Umstände, die in diesem Rahmen zu berücksichtigen sind, ist zwar nicht möglich. In der Regel sind aber die Auswirkungen der Vertragspflichtverletzung, namentlich im Hinblick auf das Maß des hierdurch bewirkten Vertrauensverlustes sowie im Hinblick auf etwaige wirtschaftliche Folgen, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers, eine mögliche Wiederholungsgefahr und schließlich die Dauer des Arbeitsverhältnisses und dessen störungsfreier Verlauf zu berücksichtigen. Unter Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der für das gesamte Kündigungsschutzrecht prägend ist, kommt eine außerordentliche Kündigung letztlich nur dann in Betracht, wenn es keinen anderen angemessenen Weg gibt, das Arbeitsverhältnis

fortzusetzen, weil dem Arbeitgeber sämtliche milderen Reaktionsmöglichkeiten unzumutbar sind. Mildere Reaktionen sind insbesondere die Abmahnung und die ordentliche Kündigung anzusehen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass der Ausspruch einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses nicht der Bestrafung eines Verhaltens des Arbeitnehmers in der Vergangenheit dient, sondern vielmehr der Verhinderung etwa nicht zu prognostizierten Vertragsstörungen in der Zukunft. Aus diesem Grunde ist eine Kündigung aufgrund eines Verstoßes gegen das Verhältnismäßigkeitsprinzip bereits dann unwirksam, wenn andere geeignete Mittel zu Verfügung stehen, das Risiko zukünftiger Störungen zu vermeiden. (st. Rspr, grundlegend: BAG vom 30.5.1978 – 2 AZR 630/76, Rn. 17; vergleiche insbesondere auch BAG, Urteil vom 10.6.2010 – 2 AZR 541 / 09 – Rn. 34 jeweils zitiert nach juris).

Die Kammer verkennt nicht, dass die Erhöhung des Infektionsrisikos für andere Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Beklagten bei Betrachtung des Kündigungssachverhalts an sich möglicherweise nur sehr gering war. Dies tritt jedoch angesichts der weiteren zu berücksichtigenden Umstände in den Hintergrund.

Es ist damit zu rechnen, dass die Klägerin sich auch weiterhin weigern wird, eine medizinische Maske zu tragen. Die Klägerin hat in beharrlicher Weise ihre Verpflichtungen hierzu verletzt. Sie hat ihr Verhalten trotz hinreichend deutlicher Abmahnungen fortgesetzt.

Dabei ist aus Sicht der Kammer aufgrund der Zukunftsbezogenheit der Kündigung aber zu berücksichtigen, dass in Zukunft keineswegs von vornherein davon ausgegangen werden kann, dass jeweils nur eine geringe Erhöhung des Risikos der Infektion anderer Mitarbeiter zu befürchten sei. Denn diese Risikoerhöhung ist von diversen Umständen abhängig, die für die Zukunft überhaupt nicht abgeschätzt werden können, wie etwa die zukünftig zu erwartenden Inzidenzen, die genauen räumlichen Verhältnisse und die Anzahl anwesender Menschen sowie die Aufenthaltsdauer der Klägerin im Falle zukünftiger Verstöße. Darüber hinaus ist nicht absehbar, ob möglicherweise neue infektiösere oder gefährlichere Varianten zu einer Risikoerhöhung beitragen. Schließlich trägt jede Infektion mit SARS-CoV-2 das Risiko eines schweren, möglicherweise tödlichen Verlaufs in sich. Die Klägerin hat sich trotzdem über ihre Pflicht zum Tragen einer medizinischen Maske hinweggesetzt, ohne dass ein vernünftiger Grund hierfür ersichtlich wäre. Die medizinischen Gründe, die die Klägerin anführt, beschränken sich auf pauschale Behauptungen.

Es ist auch nicht zu ersehen, dass die Klägerin unverschuldet gehandelt hätte. Zwar lag ein Attest vor. Der Klägerin musste jedoch bereits aufgrund der Auseinandersetzungen im Rahmen des zunächst anhängigen Streits über die Abmahnung vom 03. März 2021 klar gewesen sein, dass das vorgelegte Attest möglicherweise nicht genügt, um eine Befreiung von der Maskenpflicht darzulegen. Sie hat die Möglichkeit, gegen eine für sie geltende Maskenpflicht zu verstoßen, zumindest billigend in Kauf genommen.

Zu berücksichtigen ist auch, dass der Arbeitgeber jedenfalls über § 618 Abs. 1 BGB und § 3 ArbSchG verpflichtet ist, die Einhaltung der Maskenpflicht zu gewährleisten, um andere Arbeitnehmer vor einer Ansteckung mit SARS-CoV-2 zu schützen.

Angesichts diese Umstände geben auch weder das Lebensalter noch die Dauer der Betriebszugehörigkeit der Klägerin Anlass anzunehmen, dass das Interesse der Klägerin am Fortbestand des Arbeitsverhältnisses das Interesse der Beklagten an der sofortigen Beendigung überwiegen könnte.

Mildere Mittel sind nicht ersichtlich. Die ausgesprochenen Abmahnungen zeitigten keinen Erfolg. Eine Versetzung ins Home-Office kam nicht in Betracht. Die übertragenen Aufgaben sind in der technischen Buchbearbeitung angesiedelt und können nicht vom Home-Office aus erbracht werden. Die Ausübung dieser Tätigkeit ist an stationäres technisches Equipment – u. a. Transportwagen für die Bücher und einen großen Drucker, der die Signaturenetiketten druckt – gebunden. Dem entsprechenden Vortrag der Beklagten ist die Klägerin nicht entgegengetreten, sodass er gem. § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden zu unterstellen war. Eine ordentliche Kündigung war bereits angesichts der Kündigungsfristen nicht geeignet, zukünftige Störungen in der akut anhaltenden Pandemie-Situation zu vermeiden.

Praxishinweis

Nach zwei Jahren Corona-Pandemie sind noch viele Fragen ungeklärt. Aber immerhin eines ist geklärt: Das Tragen von medizinischen (OP-) Masken reduziert die Verbreitung des Virus erheblich und ist damit die wichtigste Säule des Infektionsschutzes. Und das Tragen von FFP2-Masken, also filtrierenden Masken, dient darüber hinaus auch dem Eigenschutz des Trägers. Richtig ist andererseits, dass es – wenige – Menschen gibt, die aus gesundheitlichen Gründen keine Masken tragen können: an COPD Erkrankte, Menschen mit anderen schweren Atemwegserkrankungen, mit erheblichen kardiologischen Erkrankungen, aber auch Menschen mit Angststörungen zum Beispiel. Diese haben die Möglichkeit, sich durch ein

entsprechendes Attest von der Maskenpflicht zu befreien.

Kaum jemandem bereitet das Tragen von Masken Vergnügen. Aber ein Drama ist es wirklich nicht. Und wer durch die Verpflichtung, eine Maske zu tragen, seine bürgerlichen Freiheitsrechte bedroht sieht, der weiß weder, was Freiheitsrechte ausmacht, noch hat er verstanden, wie Freiheitsrechte wirklich eingeschränkt werden (können). Solche Maskenmuffel verhöhnen diejenigen, die wirklich in Unfreiheit leben.

Aber so wichtig das Tragen von Masken sein kann, so wichtig ist es auch, die weiteren Bedingungen zu regeln – jedenfalls am Arbeitsplatz.

Die Maskenpflicht kann sich einerseits aus behördlichen Verordnungen und Anordnungen (z. B. Corona-SchutzVO) ergeben oder andererseits aus einer Weisung des Arbeitgebers beziehungsweise der Arbeitgeberin. Dieses Weisungsrecht resultiert aus § 106 GewO (= Direktionsrecht). Übt der Arbeitgeber beziehungsweise die Arbeitgeberin das Weisungsrecht aus, so ist dieses in mehreren Stufen zu überprüfen:

Zunächst ist zu klären, ob das Direktionsrecht rechtmäßig ausgeübt wurde. Zu klären ist daher, ob die Weisung überhaupt dem Direktionsrecht unterliegt oder durch Gesetz, Tarifvertrag, Dienstvereinbarung oder (Arbeits-)Vertrag ausgeschlossen ist. Im Hinblick auf die Anordnung einer Maskenpflicht bestehen keine Zweifel daran, dass diese im Rahmen des Direktionsrechts angeordnet werden kann.

Im zweiten Schritt ist klären, ob die Weisung des Arbeitgebers beziehungsweise der Arbeitgeberin billigem Ermessen entspricht. Unbillig ist eine Weisung jedenfalls dann, wenn sich der oder die Arbeitgeber*in ohne sachlichen Grund über die Belange des/der Arbeitnehmer*in hinwegsetzt. Die Maskenpflicht dient dem Schutz der übrigen Arbeitnehmer*innen eines Betriebes und damit letztlich auch der Aufrechterhaltung der Funktionsfähigkeit des Betriebs, aber auch dem Schutz Dritter (Patient*innen, Klient*innen, Kund*innen ...). Auch wenn das Tragen von Masken Infektionen nicht vollständig ausschließen können, reduzieren sie doch das Risiko einer Wahrscheinlichkeit in erheblichem Umfang. Eine solche Anordnung ist daher auch geeignet – jedenfalls solange andere Schutzmaßnahmen nicht zur Verfügung stehen. Und das Tragen von medizinischen Masken führt auch nur zu einer geringen Beeinträchtigung und ist daher auch verhältnismäßig – vor allem, da aus medizinischen Gründen eine Befreiung erfolgen kann.

In einem weiteren Schritt ist aber zu prüfen, ob die Ausgestaltung der Maskenpflicht rechtmäßig ist und billigem Ermessen entspricht. Hier ist vorrangig die DGUV-Regel 112-190 (Atemschutzgeräte) zu beachten. Diese gilt zwar nicht für (einfache) OP-Masken, wohl aber für FFP2-Masken, weil es sich hierbei um filtrierende Masken handelt. Durch die DGUV-Regel wird die arbeitstägliche Tragedauer in Abhängigkeit der Belastung der Auszubildenden begrenzt.

Und immer ist die Mitarbeitervertretung zu beteiligen, denn die Maskenpflicht ist eine Maßnahme zum Arbeits- und Gesundheitsschutz, § 40 lit. b MVG-EKD. Vollzieht der Arbeitgeber beziehungsweise die Arbeitgeberin mit der Maskenpflicht lediglich eine von außen kommende Verpflichtung (Verordnung oder behördliche Anordnung), dann ist zwar das Ob der Maskenpflicht nicht dem Mitbestimmungsrecht unterworfen, wohl aber das Wie. Und damit sind dann die Tragezeiten ebenso angesprochen wie die Möglichkeit, Pausen so zu nehmen, dass die erforderliche Entspannung eintreten kann, ohne dass es in der maskenfremen Zeit zu einem erhöhten Infektionsrisiko kommt.

Gibt es keine behördliche Anordnung, sondern bestimmt der Arbeitgeber oder die Arbeitgeberin eigenverantwortlich über das Tragen von Masken, dann unterliegt auch das Ob der Mitbestimmung.

Und immer gilt § 38 Abs. 1 Satz 2 MVG-EKD: Eine ohne Zustimmung der Mitarbeitervertretung durchgeführte dem Mitbestimmungsrecht unterliegende Maßnahme ist unwirksam.

*Bernhard Baumann-Czichon,
Fachanwalt für Arbeitsrecht*

HERMANN BUEREN:

›Bewegt Euch Schneller!‹ Zur Kritik moderner Managementmethoden. Ein Handbuch

EINE REZENSION VON STEFAN KONRAD



Der Aufruf im Titel könnte den interessierten Leser oder die interessierte Leserin auf den Gedanken bringen, es handle sich bei dem vorliegenden Buch um einen Ratgeber zum Erbringen sportlicher Bestleistung. Weit gefehlt! Tatsächlich stammt das Zitat des Buchtitels von Hasso Plattner, Mitgründer und Vorsitzender des Aufsichtsrats von SAP, ein Unternehmen, das weltweit zu den größten Softwarekonzernen zählt. Er richtete diese unmissverständliche Aufforderung an die im Walldorfer Stammsitz des Konzerns arbeitenden Beschäftigten.

Was er in diesen drei Worten auf den Punkt bringt, wird als agil beziehungsweise Agilität bezeichnet und ist ein Managementkonzept mit dem Ziel der Verbesserung von Beweglichkeit und Schnelligkeit. Umschrieben als ›agile Unternehmensführung‹, ›kollegiale Führung‹ oder ›agile Teamarbeit, New Work‹ breitet sich diese Managementmethode seit einigen Jahren in Kernbereichen der Wirtschaft aus und führt zu einem Umbruch in Arbeitsorganisation und Arbeitsweise zahlreicher Unternehmen.

Das Konzept Agilität und seine Versprechen

Dieser Umbruch und seine Folgen für die Beschäftigten ist das Thema des Buchs von Hermann Bueren. Das verwendete Zitat erklärt punktgenau, was der Autor als Kern agiler Arbeit und Managementmethoden betrachtet: das Einfordern höherer Leistung der Beschäftigten und eine Beschleunigung der Arbeitsprozesse. Möglichst in Echtzeit auf Kund*innen und Märkte reagieren – das ist der Wunsch der agilen Unternehmen, das ist der Erwartungs- und Leistungsdruck, mit dem die Beschäftigten konfrontiert sind.

Wie das geschieht und zu welchen Belastungen und Konflikten agile Arbeits- und Managementmethoden führen, wird in diesem Buch aus der Perspektive der Beschäftigten dargestellt.

Der Autor, ehemaliger Geschäftsführer einer arbeitnehmer*innennahen Bildungseinrichtung, schildert Entstehung und Aufstieg dieses Konzepts zu einer Managementmethode, die vor ca. 20 Jahren in der Softwareentwicklung begann und inzwischen auch in Banken, Versicherungen und Industrie Einzug gehalten hat. Die Treiber dieser Entwicklung sind Unternehmensleitungen,

Management, die Human-Resource-Abteilungen großer Konzerne, einige Stiftungen und ein unübersehbares Heer von Unternehmensberater*innen. Sie verstehen unter Agilität ein Konzept, dass für Beschäftigte und Unternehmen gleichermaßen positiv ist. Werde es umgesetzt, so lautet ihr Credo, hätten die Beschäftigten größere Freiräume in ihrer Arbeit. Teams und Projekte könnten selbstorganisiert und eigenverantwortlich mit Kund*innen und Auftraggeber*innen zusammenarbeiten. Die Unternehmen hingegen könnten ihre Wettbewerbsfähigkeit sichern und Bedürfnisse von Märkten und Kund*innen besser berücksichtigen.

Das klingt so, als sei Agilität nur in der freien Wirtschaft und großen Technologiefirmen ein Thema. Doch der Eindruck täuscht. Auch eine Reihe von diakonischen Einrichtungen und Stiftungen beschäftigen sich inzwischen intensiv mit dem Thema, wie nicht nur das Projekt ›Vernetzte Vielfalt – Digital agil in Kirche und Diakonie Bayern‹ zeigt. Eine in Norddeutschland beheimatete große Stiftung sieht sich beeinflusst durch ›Trends der Digitalisierung, Agilität und des New Work‹, setzt ›auf selbstbestimmte Arbeitsweisen der Mitarbeitenden‹ und verspricht ›traditionelle Führungskultur durch kollegial geführte Strukturen‹ zu ersetzen. ›Diese ermöglichen‹, heißt es weiter in der Ankündigung für eine Fachtagung dieser Stiftung, ›dass Mitarbeiter*innen Talente einbringen können und eigenverantwortlich handeln. Effizienz, Beweglichkeit und Arbeitsfreude erfahren eine Stärkung‹.

Versprechungen dieser Art finden sich häufig, wenn neue Management- und Arbeitsmethoden in den Unternehmen Einzug halten. Im Sprachgebrauch des Managements werden sie als Win-to-Win-Situationen bezeichnet: Alle gewinnen, alle haben Vorteile! Das vorliegende Buch zeigt, dass von diesen Vorteilen der modernen Managementmethoden bei den Beschäftigten nichts oder nur wenig ankommt.

Kritik und Konflikte

Im Mittelpunkt der Auseinandersetzung stehen die problematischen Anforderungen und Konflikte, mit denen die Beschäftigten konfrontiert sind, wenn in den Unternehmen neue Arbeitsformen und Methoden eingeführt und praktiziert werden.

Unter Managementmethoden versteht das Buch konkret darstellbare Maßnahmen, die sich auf einzelne Beschäftigte und arbeitende Teams richten und zum Ziel haben, das Potenzial menschlicher Arbeitskraft in Arbeitsleistung umzuwandeln. Die Beschäftigten sollen den Zweck des Unternehmens erfüllen, dazu müssen ihre Zusammenarbeit organisiert und ihr Leistungsverhalten gesteuert werden.

Die dafür zurzeit ›angesagten‹ Methoden stellt das Buch Kapitel für Kapitel vor, angefangen von agilen Arbeitsformen (wie Scrum- und Projektteams), Zielvereinbarungen, Leistungsbeurteilungen in Mitarbeitergesprächen, über kollegiale Führungskonzepte mit selbstführenden Teams bis hin zu Initiativen zur Aktivierung leistungsförderlicher Gefühle unter den Beschäftigten. Sogar die Aktivitäten der Unternehmen zur Büro- und Innenraumgestaltung, die unter dem Label ›New Work‹ laufen und auf die Inszenierung einer Wohlfühlatmosphäre abzielen, damit die Beschäftigten bei ihrer Arbeit sich wie zu Hause fühlen, werden mit einem Kapitel bedacht.

Darstellung und Kritik der einzelnen Methoden erfolgen jeweils in drei Schritten. Im ersten Teil werden Interessen und Ziele erläutert, die Management und Unternehmensleitungen mit der jeweiligen Methode verbinden. Als Quellen greift der Autor hier auf Veröffentlichungen in einschlägigen Managementratgebern und auf Webseiten von Unternehmensberatungen zurück. Der zweite Teil beschreibt die Konflikte und Verwerfungen, die in den Unternehmen entstehen, wenn diese Methoden in die Praxis umgesetzt werden. Die Selbstorganisation der Teams beschränkt sich auf ein Sich-selbst-Organisieren des eigenen Arbeitsplatzes, derweil der oder die Arbeitgeber*in weiterhin die Fäden in der Hand hält. In Mitarbeitendengesprächen werden Scheindialoge geführt und die Lösung von Arbeitsproblemen den Beschäftigten zugeschoben. Feedback-Rituale sorgen dafür, dass jeder jeden beurteilen kann und alle sich als Einzelkämpfer begreifen. Zielvereinbarungen fördern Arbeitsintensität und Leistungsdruck und entpuppen sich in der Praxis als unrealistische Vorgaben. In Projekten oder Teams können die Beschäftigten eigenverantwortlich handeln, aber die Unternehmensleitung steuert indirekt durch den Zugriff auf Rahmenbedingungen und Ressourcen. Die wenigen, kleinen Verbesserungen im Arbeitsalltag der Beschäftigten stehen in keinem Verhältnis zu der zunehmenden Leistungsverdichtung im Gefolge der betrieblichen Umsetzung. Das Arbeitstempo steigt in Projekten beträchtlich, die kurzzyklischen Zeiteinheiten in Gestalt von Sprints beschleunigen die Arbeitsleistung. Das zehrt an den Menschen, wie zahlreiche im Buch wiedergegebene Aussagen von Beschäftigten und Studien zur Belastungssituation belegen.

Eine Kritik in Form einzelner Thesen schließt die Diskussion der Methoden. Jede These beginnt mit einem Leitsatz, an den sich eine ausführlichere Erläuterung anschließt. Thematisiert werden die problematischen Aspekte aus der Perspektive der Beschäftigten, deren Vielzahl hier nur angedeutet werden kann: gesteigerte Leistungsintensität, Entgrenzung von Arbeitszeiten, Einsparungen von Personal oder enge Termin- und Zielvorgaben. Hinzu kommen subjektive Verarbeitungen als Stresserfahrung, emotionale Instrumentalisierung, erlebte Abwertungen der eigenen Person, Ohnmachtsgefühle und eine Arbeitssituation mit ständigen Bewährungsproben.

Den Abschluss bilden zwei Gastbeiträge. Ralf Pieper, Autor zahlreicher Kommentare zum Arbeitsschutzrecht und Chefredakteur einer Fachzeitschrift für menschengerechte Arbeitsgestaltung, erläutert die rechtlichen Rahmenbedingungen der betrieblichen Arbeitsorganisation. Er stellt die Rechtsgrundlagen der Gestaltung von Arbeitsprozessen vor und erläutert, wie daraus resultierende Gefährdungen der Beschäftigten vermindert werden können. Am Beispiel von datenbasierter Personalarbeit (People Analytics) gibt Michael Bretschneider-Hagemes einen kurzen Ausblick auf zukünftige, digitalisierte Methoden der Organisation von Arbeitskraft.

Der ›stumme Zwang‹ der neuen Arbeitsmethoden

So unterschiedlich die vorgestellten Methoden dieses Handbuchs sind, so stimmen sie in einer Hinsicht überein: Sie verzichten zumeist auf Bestrafungen, Lohnkürzungen oder Kündigungen, wie sie noch vor hundert Jahren zu Zeiten des Manchesterkapitalismus üblich waren. Stattdessen setzen die ›neuen‹ Methoden auf Vereinnahmung der Beschäftigten und erwarten von diesen eine bedingungslose Verfügungsbereitschaft. Verlangt wird stille Akzeptanz, ein Zustand, den Karl Marx den ›stummen Zwang der Verhältnisse‹ nennt.

Doch dieses Vorgehen stößt bei den so Beteiligten nicht auf ungeteilte Zustimmung. Sie wehren sich gegen die Einführung immer neuer Arbeitsweisen und Methoden, die permanenten Druck zur Beschleunigung von Leistung und Anpassung des eigenen Arbeitsverhaltens ausüben. Manche tun dies offen, viele wehren sich verdeckt gegen diese Zumutungen ›von oben‹. Sie entwickeln eigene Formen von Beharrung und Abwehr, die eher selten in das Blickfeld der Öffentlichkeit geraten. Das Buch zeigt anhand vieler Beispiele und Begebenheiten die Bedeutung dieser widerständigen Reaktionen als wiederkehrendes Motiv der Beschäftigten.

Fazit: Das Buch stellt einen gelungenen Einstieg in eine vielen Menschen unvertraute und fremdartig erscheinende Thematik dar. Interessierte Arbeitnehmer*innen finden hier viele Informationen und Anregungen zum Nachdenken über die eigene Arbeitssituation. Mitarbeiter*innen und Gewerkschaftssekretär*innen bietet es eine wertvolle Orientierung im ›Dschungel‹ der gegenwärtigen praktizierten Arbeitsmethoden. Auch für eine Diskussion innerhalb der MAV über die in der eigenen Dienststelle praktizierten Arbeits- und Managementmethoden liefert diese Darstellung eine gute Grundlage.

HERMANN BUEREN: ›Bewegt Euch Schneller!‹ Zur Kritik moderner Managementmethoden. Ein Handbuch 320 Seiten, Kellner Verlag Bremen, Preis: 18,90 Euro Weitere Informationen: www.kellnerverlag.de, Tel.: 0421/77 866



Seminare

April bis Mai 2022

Termin		Thema	Veranstaltungsort/Veranstalter
04.04.–06.04.2022	e	Schwerbehindertenrecht: SBV 4 – AufbauSeminar – Gesprächsführung und Beratung	Lübeck / ver.di-Forum Nord
11.04.–12.04.2022	e	Schwerbehindertenrecht: Arbeitsrecht kompakt für die Arbeit der SBV	Lübeck / ver.di-Forum Nord
02.05.2022	k	Videoerstellung für soziale Medien und Internetpräsenz	Siegburg / KSI
02.05.2022	k	Management in Diensten und Einrichtungen der Erziehungshilfe XXIII. Kurs 2022/2023	Siegburg / KSI
02.–03.05.2022	k	MAVO-AufbauSeminar	Herzogenrath / Nell-Breuning-Haus
02.–04.05.2022	e	Arbeitsschutz und Arbeitssicherheit – ohne geht es nicht	Internet / ver.di b+b
04.05.2022	k	Digitale Chancen: »Bildwelten – Fotografie in der Kita mit Tablet«	Siegburg / KSI
04.05.2022	e	Tagesseminar Wie kommt die MAV zu effektivem Rechtsschutz?	Bremen / dia
09.–13.05.2022	e	Gefahr erkannt – Gefahr gebannt? – Wirtschaft spezial	Bramsche / dia
10.05.2022	e	SAP HANA – Migration Welche Herausforderungen sind zu erwarten?	Duisburg / DGB-BW NRW
10.05.2022	e	Führen und Leiten von Betriebsrats- und Personalratsgremien sowie Mitarbeitervertretungen	München / DGB-BW Bayern
11.05.2022	e	Die besondere Rolle der MAV-Vorsitzenden und der stellvertretenden MAV-Vorsitzenden Aufbaukurs	Herzogenrath / Nell-Breuning-Haus
11.–12.05.2022	e	Neue Arbeitswelt – Neue Arbeitszeiten? Spezial-Seminar für Angestellte	Duisburg / DGB-BW NRW
12.05.2022	e	Thementag: Mutterschutz (Online-Seminar)	Internet / DGB-BW NRW
12.–13.05.2022	e	Geteilte Dienste in der Behindertenhilfe – Handlungs- und Gestaltungsmöglichkeiten der betrieblichen Interessenvertretung!	Bielefeld-Sennestadt / ver.di b+b
16.05.2022	e	Gleichstellungsbeauftragte: Gleichstellungsplan (Online)	Internet / DGB-BW NRW
16.05.2022	e	Finanzierung und Personalbemessung in der Altenpflege	Nürnberg / DGB-BW Bayern
16.–18.05.2022	e	TzBfG: Teilzeitbeschäftigung Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge, Teil 1	Duisburg / DGB-BW NRW
16.–18.05.2022	k	MAV-Basiswissen und Grundlagen der MAVO	Herzogenrath / Nell-Breuning-Haus
16.–18.05.2022	e	Gefährdungsbeurteilungen – ein wichtiger Baustein im Arbeitsschutz	Herzogenrath / Nell-Breuning-Haus
17.05.2022	e	Gleichstellungsbeauftragte: Personalplanung und Personalentwicklung (Online-Seminar)	Internet / DGB-BW NRW
18.–19.05.2022	e	Arbeitnehmerhaftung im Krankenhaus und in der Pflege – Was ist, wenn etwas passiert?	Beilngries / DGB-BW Bayern
19.05.2022	e	Gleichstellungsbeauftragte und Personalrat Gemeinsame Interessen in der Praxis durchsetzen	Dortmund / DGB-BW NRW
23.05.2022	e	Betriebliche Umstrukturierung Betriebsänderung, Interessenausgleich und Sozialplan	Düsseldorf / DGB-BW NRW
23.–25.05.2022	e	Personalmindeststandards in der Psychiatrie (PPP-RL) – AufbauSeminarPraxis der Umsetzung und Veränderungen seit dem 1.1.2020	Bielefeld-Sennestadt / ver.di b+b
23.–25.05.2022	e	Zugewanderte Fachkräfte – mit Mitbestimmung gelingt Integration!	Bielefeld-Sennestadt / ver.di b+b
24.–25.05.2022	e	Mobbing EinführungsSeminar	Weichering/ DGB-BW Bayern
25.05.2022	e	Tagesseminar Bereitschaftsdienst	Hannover / dia
29.05.–03.06.2022	e	Die betriebliche Interessenvertretung als	Herford / Arbeit und Leben

Baumann-Czichon/Feuerhahn (Hrsg.)

Arbeitsrecht Kirche

Die RechtsSammlung

*Staatliches und kirchliches Arbeitsrecht
für Mitarbeitervertretungen
in Diakonie, Kirche und Caritas*

2022

Kellner
VERLAG

ver.di

Mit Corona-
Bestimmungen
und Online-
E-Book

Arbeitsrecht und Kirche Die RechtsSammlung

Die einzige umfassende Sammlung von Gesetzen und Verordnungen zum Arbeitsrecht in der Kirche, die weltliches und kirchliches Arbeitsrecht vereint, ist in der Neuauflage (Stand: 1.1.2022) erschienen.

Jedes Mitglied der Mitarbeitervertretung benötigt diese kompakte Zusammenstellung aller wichtigen arbeitsrechtlichen Gesetze – ein notwendiges Sachmittel in der täglichen MAV-Arbeit. Mit allen wichtigen Corona-Bestimmungen.

Die RechtsSammlung wird herausgegeben von den Fachanwälten für Arbeitsrecht Bernhard Baumann-Czichon (Bremen) und Sven Feuerhahn (Göttingen).

BAUMANN-CZICHON/FEUERHAHN (HRSG.)

Die RechtsSammlung

Für Mitarbeitervertretungen
in Diakonie, Kirche und Caritas

1.832 Seiten, 14 x 22 cm, ISBN 978-3-95651-206-3

34,90 Euro, **Jetzt erschienen**

Direkt ordern beim KellnerKellner

St.-Pauli-Deich 3, 28199 Bremen

Fon 0421·77 8 66

info@kellnerverlag.de, www.kellnerverlag.de

Kellner
VERLAG

Lieferung portofrei mit beiliegender Rechnung.