

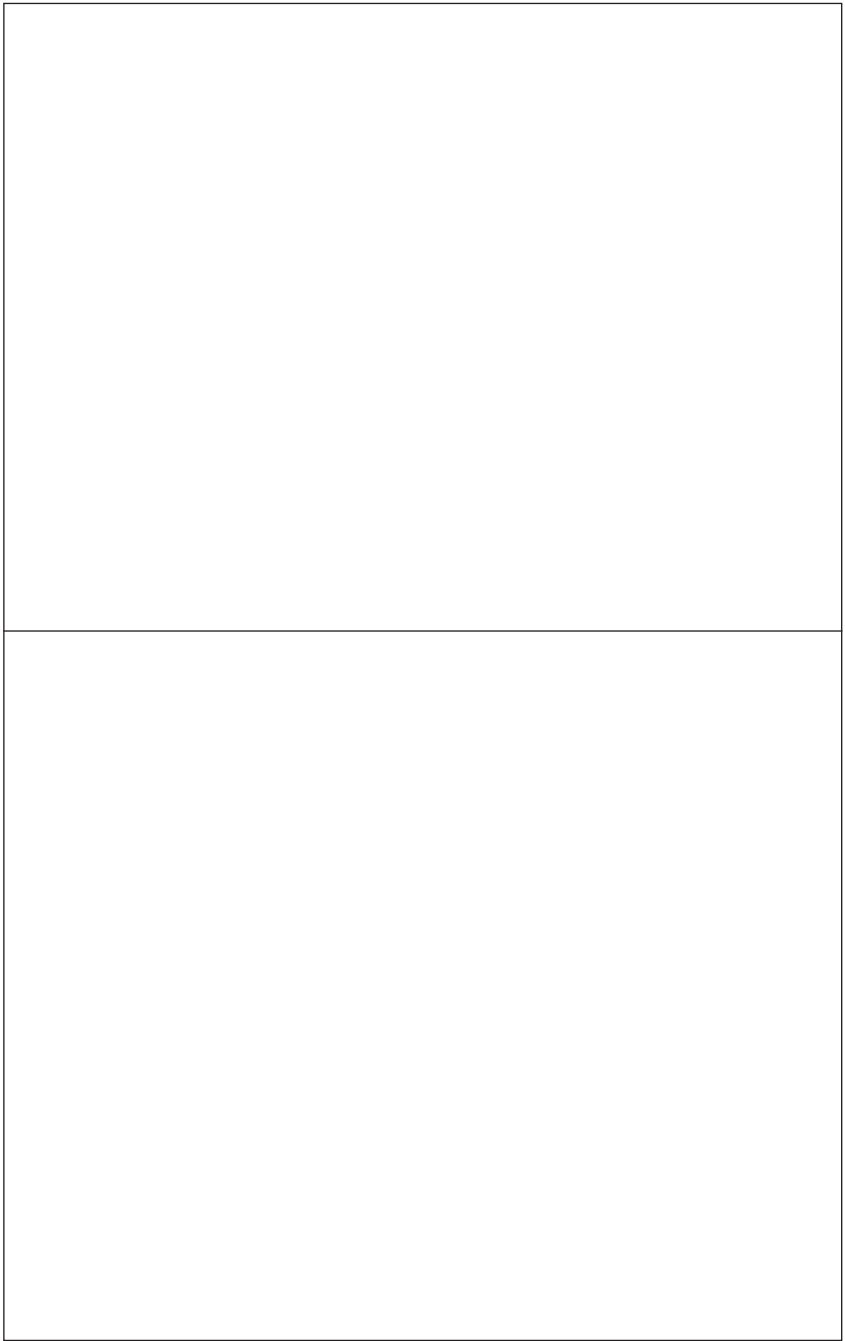
Nora Düwell | Inken Gallner
Karsten Haase | Martin Wolmerath (Hrsg.)

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

Liber amicorum
Franz Josef Düwell



Nomos



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

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

Liber amicorum
Franz Josef Düwell



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

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

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

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

1. Auflage 2021

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



Vorwort

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Die Herausgeber

Inhalt

Covid-19 als Herausforderung

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

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

Der Lohnanspruch in Zeiten von COVID-19 <i>Rolf Wank</i>	69
---	----

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

Die Gesellschaft im Wandel

Characteristics of and Differences between the Way of Working in Japan and Germany <i>Kobei Kiyono</i>	113
--	-----

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

Inhalt

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

Die Auswirkungen von Digitalisierung und Globalisierung auf die Richtlinien 2002/14/EG (Informations- und Konsultation) und 2009/38/EG (Europäische Betriebsräte): 20 Thesen und rechtspolitische Forderungen	279
--	-----

Thomas Klebe

Digitalisierung der Arbeitswelt und arbeitsrechtliche Politik in Japan – Aktueller Stand und Herausforderungen	285
---	-----

Yota Yamamoto

Gleichbehandlung und Diskriminierungsschutz

Der allgemeine verfassungsrechtliche Gleichheitssatz als Prüfungsmaßstab für Tarifverträge?	305
---	-----

Tino Frieling und Matthias Jacobs

Der diskriminierungsrechtliche Kündigungsschutz des (schwer-) behinderten oder einem solchen gleichgestellten Geschäftsführers einer GmbH nach dem AGG und dem SGB IX im Lichte der Rechtsprechung des EuGH, des BGH und des BAG	327
--	-----

Karsten Haase

Der Grundsatz der Gleichbehandlung bei der Vergütung in der reformierten Entsenderichtlinie 96/71/EG und seine Umsetzung in das AEntG	357
---	-----

Wolfgang Hamann

Mobbing am Arbeitsplatz in Deutschland und in der Schweiz – Bedarf es einer gesetzlichen Regelung zum Schutz vor Mobbing? –	379
--	-----

Clemens Höpfner

Politische Diskriminierung und Privatrecht	409
--	-----

Christian Picker

Schwerbehinderung und Rehabilitation

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

Arbeitszeit und Vergütung

Zum Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers bei wirksamer Einführung von Kurzarbeit <i>Winfried Boecken</i>	595
---	-----

Ecken und Kanten des Arbeitszeitrechts <i>Inken Gallner</i>	609
--	-----

Betriebsrentenrecht und AGB-Recht <i>Gerhard Reinecke</i>	627
--	-----

Der lange Weg zu einer kurzen Arbeitszeit – Schutzlücken im Teilzeitrecht und Möglichkeiten zu ihrer Beseitigung – <i>Jochen Sievers</i>	639
---	-----

Überstunden - trotz Arbeit kein Lohn? <i>Arno Tautphäus</i>	659
--	-----

Aspekte der Arbeitnehmerüberlassung

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

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

Arbeitnehmerüberlassung in Japan – Überblick und aktuelle Probleme <i>Kenji Takahashi</i>	729
--	-----

Arbeitnehmerüberlassung im gemeinnützigen Bereich <i>Gerhard Stiens</i>	741
--	-----

Inhalt

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

Werner Stolz

Kollektivrechtliche Fragestellungen

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

Nadine Absenger/Jens M. Schubert

Tarifpluralität im tarifdispositivem Recht?	793
---	-----

Rudolf Buschmann

Zur Haftung des Betriebsrats	817
------------------------------	-----

Hans Hanau

Betriebsratsarbeit auf Augenhöhe: Hinweise <i>de lege lata</i> , Vorschläge <i>de lege ferenda</i>	833
---	-----

Gregor Thüsing

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

Martin Wolmerath

Gerichte und ihre Akteure

Die Entwicklung der Fachanwaltsausbildung	865
---	-----

Daniel von Bronevski

Bundesverfassungsgericht und Blindlings-Prinzip	871
---	-----

Wulf Gravenhorst

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

Inhalt

Deutschland und Europa

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

Claudia Schubert

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

Eileen Deirdre Wolmerath

Die Zeit der Weimarer Republik

Warum „Weimarer“ Republik? 1069

Klaus Bepler

Die sozialen Grundrechte in der Weimarer Reichsverfassung 1095

Eberhard Eichenhofer

Die Arnold-Freymuth-Gesellschaft 1113

Klaus Engels und Philip Seel

Franz Kafka als Arbeits- und Sozialrechtler 1129

Ulrich Fischer

Zu guter Letzt

„DER Düwell?“ 1145

Reinhard Junge

Autorinnen und Autoren 1151

Covid-19 als Herausforderung

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

Heinrich Menkhaus

I. Einleitung

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

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

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

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

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

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

1 Polymerase Chain Reaction.

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

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

II. Tatsachen

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. Rechtliche Bewältigung

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

1. Verhaltensstörer

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

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

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

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

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

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

2. Nicht-Störer

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

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

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

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

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

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

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

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

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