



Betriebs Berater

8 | 2023

Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ... Steuern ... Recht ... Wirtschaft ...

20.2.2023 | 78. Jg.
Seiten 385–448

DIE ERSTE SEITE

Prof. Dr. Martin Diller, RA/FAArbR

Die Freiberufler und das Arbeitszeitrecht

WIRTSCHAFTSRECHT

Johannes T. Passas, LL.M., RA, und **Dr. Rudolph Anthony Holtz**, RA

Die Gestaltung von LkSG-Compliance-Klauseln in Lieferbeziehungen | 387

Prof. Dr. Kai E. Wünsche

Nichtigkeit von „Sale and rent back“-Geschäften? | 393

STEUERRECHT

Prof. Dr. Jens M. Schmittmann, RA/FAStR/FAHaGesR/FAInsSanR/StB

BB-Rechtsprechungsreport Insolvenzsteuerrecht 2022 | 407

BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

Dr. Asmus Mihm, RA/FAStR

Entwurf des BMF-Schreibens zur Bilanzierung von Genussrechten beim Emittenten –
Erleichterungen auch beim Debt-Mezzanine-Swap | 427

ARBEITSRECHT

Dr. Erwin Salamon, RA/FAArbR

Der Betrieb als arbeitgeberseitiges Gestaltungsinstrument –
nicht ohne Angriffsflächen | 436

BB-Rechtsprechungsreport
Insolvenzsteuerrecht 2022

BAG: Betriebsrisiko – Corona bedingte Betriebsschließung – „Lockdown“

BAG, Urteil vom 4.5.2022 – 5 AZR 366/21

Volltext des Urteils: [BB-ONLINE BBL2022-1971-1](#)

unter [www.betriebs-berater.de](#)

ORIENTIERUNGSSATZ

Bei einer öffentlich-rechtlich verfügten vorübergehenden Betriebschließung kommt es für die Frage, ob der Arbeitgeber das Entgeltisiko trägt, auf den Zweck der Anordnung an. Erfolgt sie im Rahmen allgemeiner und umfassender Maßnahmen der Kontaktreduzierung zur Pandemiebekämpfung („Lockdown“), handelt es sich nicht um einen Fall des vom Arbeitgeber nach § 615 S. 3 BGB zu tragenden Betriebsrisikos, mit der Folge, dass seine Entgeltzahlungspflicht entfällt (Rn. 23).

BGB §§ 293, 611a Abs. 2, 615 S. 1, 3

SACHVERHALT

Die Parteien streiten in der Revision noch über Vergütung für die Zeit vom 1. bis zum 12. April 2020. ...

AUS DEN GRÜNDEN

- 9 Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Die Vorinstanzen haben der Klage hinsichtlich des noch streitgegenständlichen Anspruchs zu Unrecht stattgegeben, sie ist insoweit unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Vergütung für die Zeit vom 1. bis zum 12. April 2020.

Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Vergütung

- 10 I. Ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung wegen Annahmeverzugs ergibt sich nicht aus § 615 Satz 1, § 611a Abs. 2 BGB. Hiernach kann der Arbeitnehmer im Falle des Annahmeverzugs des Arbeitgebers die vereinbarte Vergütung (§ 611a Abs. 2 BGB) für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein.

Die Beklagte befand sich im Annahmeverzug

- 11 1. Die Beklagte befand sich im Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB), weil sie die Klägerin im streitgegenständlichen Zeitraum nicht beschäftigt hat.

Die Klägerin war leistungsfähig und leistungswillig

- 12 a) Dass die Klägerin leistungsfähig und leistungswillig (§ 297 BGB) war, steht zwischen den Parteien außer Streit. Ihrer Leistungsfähigkeit stand im streitgegenständlichen Zeitraum auch die CoronaSchVO NRW idF vom 30. März 2020 nicht entgegen. Diese enthielt kein an die Klägerin oder generell an die in den betroffenen Betrieben Beschäftigten gerichtetes Beschäftigungsverbot (zu den Voraussetzungen eines zur Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers führenden behördlichen Beschäftigungsverbots sh. BAG 21. Oktober 2015 – 5 AZR 843/14 – Rn. 31 mwN, BAGE 153, 85; aA für Fälle wie dem vorliegenden Wolf FS Preis 2021 S. 1531, 1533, der annimmt, eine staatliche Schließungsverfügung richte sich auch an die Belegschaft).

Fernbleiben von der Arbeit auf Anweisung der Beklagten

- 13 b) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts blieb die Klägerin der Arbeit auf Anweisung der Beklagten fern. Ein Angebot der Arbeitslei-

stung war damit entbehrlich. Darüber hinaus war auch aufgrund der Allgemeinverfügungen der Stadt Wuppertal bzw. der CoronaSchVO NRW offenkundig, dass die Beklagte die geschuldete Leistung nicht annehmen konnte (vgl. hierzu BAG 13. Oktober 2021 – 5 AZR 211/21 – Rn. 13 mwN [BB 2022, 377]).

Risiko des Arbeitsausfalls

2. § 615 Satz 1 BGB erfasst im Arbeitsverhältnis nicht unmittelbar die Fälle der sog. „Annahmunemöglichkeit“, in denen – wie vorliegend – der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers annehmen möchte, aber nicht annehmen kann (vgl. zum Meinungsstand ausführlich BAG 13. Oktober 2021 – 5 AZR 211/21 – Rn. 15 ff. [BB 2022, 377]). Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Schuldrechtsreform zum 1. Januar 2002 § 615 Satz 3 BGB eingefügt. Danach gelten die Sätze 1 und 2 des § 615 BGB entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Mit dieser gesetzlich angeordneten Analogie (BAG 28. September 2016 – 5 AZR 224/16 – Rn. 21, BAGE 157, 34) sollte das von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisiko kodifiziert und seine Konkretisierung wie bisher der Rechtsprechung überlassen bleiben (vgl. BT-Drs. 14/6857 S. 48; sh. dazu auch MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 97; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 10, 113; Picker FS U. Huber 2006 S. 497, 535). Damit hat der neuere Gesetzgeber klargestellt, dass in Fällen, in denen dem Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung wegen einer Störung des Arbeitssubstrats nicht möglich ist, er aber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt, der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers (§ 611a Abs. 2 BGB) nicht bereits unmittelbar nach § 615 Satz 1 BGB, sondern über dessen in § 615 Satz 3 BGB angeordnete entsprechende Anwendung aufrechterhalten bleibt (BAG 13. Oktober 2021 – 5 AZR 211/21 – Rn. 19 [BB 2022, 377]; ähnlich HWK/Krause aaO; im Ergebnis auch Staudinger/Schwarze [2020] § 326 Rn. C 44 ff.). Die Gerichte haben diesen aus den Gesetzesmaterialien klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers zu respektieren und Kriterien herauszuarbeiten, die eine Risikotragung des Arbeitgebers rechtfertigen (HWK/Krause aaO Rn. 10; Schneider FS Preis 2021 S. 1199, 1202; allgemein zur Bedeutung der historischen Auslegung BVerfG 6. Juni 2018 – 1 BvL 7/14 – [BB 2018, 1847], – 1 BvR 1375/14 – Rn. 73, BVerfGE 149, 126; Rüthers/Fischer/Birk Rechtstheorie 11. Aufl. § 22 Rn. 788).

Fraglich ist ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung wegen Annahmeverzugs

II. Ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung wegen Annahmeverzugs für den streitgegenständlichen Zeitraum kommt daher nur aus § 615 Satz 3 BGB iVm. § 615 Satz 1 BGB iVm. § 611a Abs. 2 BGB in Betracht. Nach der Rechtsgrundverweisung des § 615 Satz 3 BGB (BeckOGK/Bieder Stand 1. Februar 2020 BGB § 615 Rn. 121; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 97; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 121; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 101 Rn. 6; MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. § 76 Rn. 82; aA ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 122) bleibt dem arbeitsfähigen und arbeitswilligen Arbeitnehmer im Falle der Annahmunemöglichkeit der Vergütungsanspruch aufrechterhalten, wenn der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. An Letzterem mangelt es im Streitfall.

Betriebsrisiko

- 16 1. § 615 Satz 3 BGB regelt selbst nicht, in welchen Fällen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt (sh. Rn. 14). Die Norm meint – wie sich aus der Gesetzesbegründung ergibt (BT-Drs. 14/6857 S. 48) – das von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisiko (BAG 23. September 2015 – 5 AZR 146/14 – Rn. 22, BAGE 152, 327; 28. September 2016 – 5 AZR 224/16 – Rn. 20, BAGE 157, 34; ganz hM, vgl. nur NK-GA/Boemke § 615 BGB Rn. 136; BeckOK ArbR/Joussen Stand 1. März 2022 BGB § 615 Rn. 88; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 97; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 113; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 101 Rn. 5; ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 122), also das Risiko des Arbeitgebers, seinen Betrieb betreiben zu können.

Der Arbeitgeber trägt grundsätzlich das Betriebsrisiko

- 17 2. Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts trägt der Arbeitgeber das Betriebsrisiko, weil er den Betrieb leitet, die betrieblichen Abläufe organisiert, die Verantwortung trägt und die Erträge bezieht (st. Rspr. BAG 8. Februar 1957 – 1 AZR 338/55 – BAGE 3, 346; zuletzt BAG 13. Oktober 2021 – 5 AZR 211/21 – Rn. 22 [BB 2022, 377]). Dieser Bezug auf die vom Arbeitgeber veranlasste und gesteuerte arbeitstechnische Organisation rechtfertigt die Zuordnung zu dem vom Arbeitgeber zu tragenden Betriebsrisiko bei – wie vorliegend – von außen gesetzten Störursachen jedenfalls dann, wenn diese unmittelbar auf die Betriebsmittel einwirken oder untrennbar mit der vom Arbeitgeber bewusst initiierten Zwecksetzung der arbeitstechnischen Organisation verbunden sind. In diesen Fällen muss der Arbeitgeber grundsätzlich mit Arbeitsausfällen rechnen und entsprechende Vorkehrungen treffen (Oetker FS Säcker 2021 S. 155, 159).

Strittig in der Literatur, ob dazu auch eine pandemiebedingte, hoheitlich angeordnete (vorübergehende) Betriebsschließung gehört

- 18 3. Ob zu dem vom Arbeitgeber nach § 615 Satz 3 BGB zu tragenden Betriebsrisiko auch eine im Rahmen der Bekämpfung einer Pandemie – wie derjenigen der Corona-Pandemie – hoheitlich angeordnete (vorübergehende) Betriebsschließung gehört, ist im Schrifttum umstritten (zur Darstellung des Meinungsstands BAG 13. Oktober 2021 – 5 AZR 211/21 – Rn. 25 ff. [BB 2022, 377]). Die Beantwortung der Frage, ob der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls bei einer durch die Corona-Pandemie bedingten Betriebsschließung trägt, bedarf der Differenzierung (BAG 13. Oktober 2021 – 5 AZR 211/21 – Rn. 29 ff. [BB 2022, 377]):

Betriebsrisiko liegt bei eigenveranlasster Entscheidung beim Arbeitgeber

- 19 a) Nimmt der Arbeitgeber die Pandemie zum Anlass, aus eigener Entscheidung den Betrieb (vorübergehend) zu schließen – etwa, weil ein Teil der Belegschaft in Quarantäne ist, es infolge der Pandemie an erforderlichen Materialien oder Rohstoffen fehlt, der Absatz stark zurückgeht oder die Kunden ausbleiben – trifft ihn, sofern nicht bereits ein Fall des vom Arbeitgeber stets zu tragenden Wirtschaftsrisikos vorliegt (zum Begriff sh. – statt vieler – BAG 7. Dezember 2005 – 5 AZR 535/04 – zu B III 5 a der Gründe mwN, BAGE 116, 267 [BB 2006, 829]; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 98; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 112; ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 120 f.), grundsätzlich das Betriebsrisiko, denn es ist seine autonome Entscheidung, die zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung führt (vgl. BAG 9. Juli 2008 – 5 AZR 810/07 – Rn. 24, BAGE 127, 119 [BB 2009, 53 m. BB-Komm. Walk/Burger]).

Ursache der „Betriebsstörung“ liegt in einer hoheitlichen Maßnahme

- b) Muss der Arbeitgeber aufgrund einer behördlichen Anordnung im Rahmen und zur Bekämpfung der Pandemie seinen Betrieb (vorübergehend) schließen, lässt sich die Annahme, der Arbeitgeber trage in diesem Fall stets das Risiko des Arbeitsausfalls nach § 615 Satz 3 BGB, nicht mit „höherer Gewalt“ begründen (aA unter Hinweis auf die Rechtsprechung zur Betriebsbeeinträchtigung durch Naturereignisse und -katastrophen Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559, 560). Als solche stellen sich allenfalls die Pandemie bzw. der sie auslösende Krankheitserreger dar, die jedoch nicht zwingend eine Betriebsschließung bedingen, etwa, wenn durch Hygienekonzepte und entsprechende Schutzmaßnahmen der Ansteckungsgefahr ausreichend begegnet werden kann. Die Ursache der „Betriebsstörung“ liegt vielmehr in einer hoheitlichen Maßnahme, die die zuständigen staatlichen Stellen zur Bekämpfung der Pandemie für erforderlich halten (im Ergebnis ebenso ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 132f; Maties FS 50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg 2021 S. 425, 449).

Maßgeblich ist sodann der Zweck der Maßnahme

- c) Ob der Arbeitgeber das Entgeltisiko bei einer öffentlich-rechtlich verfügten Betriebsschließung trägt, richtet sich nach dem Zweck der Maßnahme und somit danach, ob diese an die Arbeits- oder Produktionsbedingungen des betroffenen Betriebs und bzw. oder ein hieraus resultierendes konkretes Infektionsgeschehen in diesem Betrieb anknüpft (ebenso Oetker FS Säcker 2021 S. 155, 160; aA Wall NZA-RR 2022, 172, 174, der auf den Adressaten der Maßnahme abstellen und hoheitlich verfügte Betriebsschließungen ausnahmslos dem Risikobereich des Arbeitgebers zuordnen will).

Inbesondere eine besonders hohe Ansteckungsgefahr innerhalb der Belegschaft

- aa) Zielt eine behördliche Maßnahme darauf, einem im Betrieb des Arbeitgebers angelegten besonderen Risiko zu begegnen, etwa, weil die vom Arbeitgeber gewählten Produktionsmethoden oder -bedingungen oder von ihm zu verantwortende Arbeitsbedingungen (wie zB in Teilen der Fleischwirtschaft und bei Saisonkräften in der Landwirtschaft) eine besonders hohe Ansteckungsgefahr innerhalb der Belegschaft in sich bergen, trifft ihn das Risiko des Arbeitsausfalls und ist er nach § 615 Satz 3 iVm. Satz 1 und § 611a Abs. 2 BGB zur Entgeltfortzahlung verpflichtet. Der Arbeitgeber trägt die Verantwortung für die von ihm gewählten und organisierten betrieblichen Abläufe und hat dafür einzustehen, dass seine Arbeitnehmer durch diese nicht im Vergleich zur Allgemeinheit zusätzlichen Gesundheitsrisiken ausgesetzt werden.

Nicht bei behördlich verfügbarer Betriebsschließung im Rahmen allgemeiner Maßnahmen staatlicher Stellen

- bb) Dagegen trägt der Arbeitgeber nicht das Risiko des Arbeitsausfalls, 23 wenn die behördlich verfügte Betriebsschließung im Rahmen allgemeiner Maßnahmen staatlicher Stellen zur Pandemiebekämpfung erfolgt und – betriebsübergreifend – zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge von SARS-CoV-2-Infektionen die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert und nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden. In einem solchen Fall realisiert sich gerade nicht ein in einem bestimmten Betrieb aufgrund seiner konkreten Produktions- und Arbeitsbedingungen – dem Betriebssubstrat – angelegtes Risiko. Die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung ist vielmehr Folge eines hoheitlichen

Eingriffs zur Bekämpfung einer die Gesellschaft insgesamt treffenden Gefahrenlage, die der einzelne Arbeitgeber nicht – auch nicht im weitesten Sinne – verursacht und zu verantworten hat. Dieses „allgemeine Risiko“, das Folge letztlich politischer Entscheidungen zur Eindämmung des die Allgemeinheit insgesamt treffenden Infektionsrisikos ist, muss der Arbeitgeber – bei gebotener wertender Betrachtung – nicht tragen (zustimmend Ley BB 2022, 384; Sievers/Kruppa jM 2021, 446, 448; Wank Anm. 2 AP BGB § 615 Nr. 166; Weig Anm. 1 AP BGB § 615 Nr. 166; ablehnend Marski Anm. NJW 2022, 566; Wall NZA-RR 2022, 172). Für die Zurechnung des Betriebsrisikos in diesen Fällen genügt eine bloße „(besondere) Eigenart“ des Betriebs oder seine „Publikumsaffinität“ nicht ohne Weiteres (so aber ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 132g; Preis/Mazurek/Schmid NZA 2020, 1137, 1142f.; wie hier im Ergebnis Sievers jurisPR-ArbR 13/2021 Anm. 4). Hinzukommen muss vielmehr eine objektive Verantwortung für die die Verbreitung des die Pandemie auslösenden Krankheitserregers in besonderer Weise begünstigenden Arbeits- und Produktionsbedingungen in dem betroffenen Betrieb. Nur in diesem Fall handelt es sich auch um einen Grund „auf Seiten“ des Gläubigers (Motive zum BGB 1888 Bd. II S. 68), der es rechtfertigt, dem Arbeitgeber das Entgeltrisiko zuzuweisen. Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, ist es Sache des Staates, gegebenenfalls für einen angemessenen Ausgleich der den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile zu sorgen (zutreffend Wolf FS Preis 2021 S. 1531, 1541).

Zugang zum Kurzarbeitergeld als Abmilderung steht dieser Einordnung des „Pandemierisikos“ nicht entgegen

- 24 cc) Dass der Staat für sozialversicherungspflichtig Beschäftigte die finanziellen Folgen seiner Maßnahmen durch den erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld abgemildert hat, steht dieser Einordnung des „Pandemierisikos“ nicht entgegen (im Ergebnis ebenso Wolf FS Preis 2021 S. 1531, 1541; aA Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559, 562f., die darin eine „klare gesetzgeberische Wertung“ dahingehend sehen, der Arbeitgeber solle in dieser Situation das Lohnrisiko tragen; so auch Marski Anm. NJW 2022, 566). Vereinbarten Arbeitgeber und Arbeitnehmer oder Arbeitgeber und Betriebsrat (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) wirksam Kurzarbeit, werden die gegenseitigen Hauptleistungspflichten gerade im Umfang der Kurzarbeit aufgehoben. Mangels bestehender Arbeitspflicht kann Annahmeverzug nicht eintreten (BAG 22. April 2009 – 5 AZR 310/08 – Rn. 12 mwN, BAGE 130, 331; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 86; ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 14). Eine Entgeltzahlungspflicht nach § 615 Satz 3 iVm. Satz 1 und § 611a Abs. 2 BGB besteht in diesen Fällen nicht. Dementsprechend setzt der Anspruch auf Kurzarbeitergeld voraus, dass ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt (§ 95 Satz 1 Nr. 1 SGB III).

Grundsätzliche Pflicht des Arbeitgebers, von dieser Abmilderung Gebrauch zu machen

- 25 dd) Liegen die Voraussetzungen für Kurzarbeit vor und können dadurch die durch die staatlich verfügte Betriebsschließung entstehenden finanziellen Nachteile für die Arbeitnehmer abgemildert werden, dürfte der Arbeitgeber – vorbehaltlich der Umstände des Einzelfalls – aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet sein, von diesem Instrument Gebrauch zu machen und seinen Beschäftigten den Bezug von Kurzarbeitergeld zu ermöglichen. Anders als im Schrifttum zT angenommen (vgl. Fischer GWR 2022, 71, 72f.) meint dies keine Verpflichtung zur – einseitig für den Arbeitgeber grundsätzlich nicht möglichen – Einführung von Kurzarbeit. Die Rücksichtnahmepflicht kann es jedoch erfor-

derlich machen, dass der Arbeitgeber aktiv wird und – unter Berücksichtigung der jeweiligen betrieblichen Gegebenheiten – auf den Betriebsrat (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) oder, soweit ein solcher nicht besteht, auf den einzelnen Arbeitnehmer zugeht, um über die Einführung von Kurzarbeit zu verhandeln. Anderenfalls könnte er sich in Höhe des entgangenen Kurzarbeitergelds gegenüber den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern (§ 95 SGB III) nach § 280 Abs. 1 BGB schadenersatzpflichtig machen (in diese Richtung auch ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 132k). Wie weit die Handlungspflichten der Beklagten im vorliegenden Fall reichten, bedarf keiner Entscheidung, weil die Klägerin aufgrund ihrer Eigenkündigung kein Kurzarbeitergeld hätte beziehen können.

Etwaige nachgelagerte Ansprüche für die Einordnung des Betriebsrisikos nicht beachtlich

ee) Für die Einordnung eines Risikos als Betriebsrisiko kommt es auf – mögliche – nachgelagerte Ansprüche nicht an. Diese haben auf das Bestehen bürgerlich-rechtlicher Ansprüche aus § 615 Satz 3 iVm. Satz 1, § 611a Abs. 2 BGB keinen Einfluss.

Unerheblich, ob der Staat für einen adäquaten Ausgleich der entstehenden finanziellen Nachteile gesorgt hat

(1) Unerheblich ist, ob der Staat für einen adäquaten Ausgleich der den Beschäftigten durch seinen hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile tatsächlich gesorgt hat. Dass beispielsweise für geringfügig Beschäftigte ein Zugang zum Kurzarbeitergeld nicht gewährleistet ist, beruht auf Lücken in dem sozialversicherungsrechtlichen Regelungssystem. Hieraus ergeben sich indes keine Rückschlüsse auf eine Zahlungspflicht des Arbeitgebers nach § 615 Satz 3 iVm. Satz 1, § 611a Abs. 2 BGB (zustimmend Weig Anm. 1 AP BGB § 615 Nr. 166).

Versicherbarkeit des Risikos der Betriebsschließung

(2) Ohne Belang ist ferner, ob das Risiko, den Betrieb aufgrund hoheitlicher Maßnahmen schließen zu müssen, versicherbar ist (aA Schneider FS Preis 2021 S. 1199, 1208; Marski Anm. NJW 2022, 566; vgl. auch BAG 28. September 1972 – 2 AZR 506/71 – zu 2 der Gründe, BAGE 24, 446). Unabhängig davon, ob dies im Einzelfall möglich (gewesen) wäre (ablehnend BGH 26. Januar 2022 – IV ZR 144/21 –; ebenso ablehnend hinsichtlich Entschädigungs- und Schadensersatzansprüchen gegen den Staat BGH 17. März 2022 – III ZR 79/21 –), bietet die Versicherbarkeit keinen dogmatischen Ansatz dafür, dem Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls iSd. § 615 Satz 3 BGB zuzurechnen. Eine Versicherung kann lediglich die finanziellen Folgen der hoheitlich verfügten Betriebsschließung für den versicherten Arbeitgeber ausgleichen oder mildern, besagt aber nichts darüber, ob solche überhaupt entstehen, insbesondere der Arbeitgeber den Beschäftigten trotz Nichtarbeit zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ist.

Grundsätze der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung

(3) Die Zuordnung des Entgeltrisikos bei einem Arbeitsausfall aufgrund behördlich angeordneter Betriebsschließung an den Arbeitgeber lässt sich auch nicht mit den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Arbeitnehmerhaftung rechtfertigen (aA ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 132j). Der Begriff Betriebsrisiko wird dort verwendet, um ein Abwägungsmerkmal bei der Verteilung des Haftungsrisikos zu kennzeichnen, nicht aber in der ihm sonst zukommenden

Bedeutung als Lohnzahlungsrisiko bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (so ausdrücklich BAG 27. September 1994 – GS 1/89 (A) – zu C II 2 der Gründe, BAGE 78, 56). Ein solches „Betriebsrisiko“ bzw. eine Risikodeckung durch eine Versicherung betrifft nicht den Haftungsgrund, sondern die Schadensteilung im Rahmen des § 254 BGB. Auch bei der Arbeitnehmerhaftung soll der Arbeitgeber jedoch nicht mit dem allgemeinen Lebensrisiko des Arbeitnehmers belastet werden (BAG 22. März 2018 – 8 AZR 779/16 – Rn. 49, 61 mwN, BAGE 162, 275).

Abbau von Überstunden und Gleitzeitguthaben oder die Gewährung von Urlaub

- 30 (4) Für die Risikoverteilung unerheblich ist ferner, ob der Arbeitgeber das Betriebsrisiko „abmildern“ könnte, etwa durch den Abbau von Überstunden und Gleitzeitguthaben oder die Gewährung von Urlaub (anders Schneider FS Preis 2021 S. 1199, 1208). Sofern Arbeitgeber und Arbeitnehmer derartiges – ohne Rücksicht darauf, ob es rechtlich überhaupt möglich ist – einvernehmlich verabreden, betrifft dies nur die Auswirkungen einer behördlich angeordneten Betriebsschließung, besagt aber nichts darüber, wer das Risiko des Arbeitsausfalls zu tragen hat. Dasselbe gilt für das Instrument der betriebsbedingten Kündigung. Die Annahme, der Arbeitgeber könne sein Zahlungsrisiko durch ordentliche betriebsbedingte Kündigungen begrenzen (so ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 132k; Preis/Mazurek/Schmid NZA 2020, 1137, 1143), dürfte bei einer vorübergehenden Betriebsschließung aufgrund behördlicher Anordnung mit dem Ultima-Ratio-Prinzip (vgl. dazu ausführlich APS/Preis 6. Aufl. Grundlage H. Rn. 55ff.) nur schwerlich zu vereinbaren sein, jedenfalls solange der Arbeitgeber die behördliche Anordnung nicht zum Anlass nimmt, seinen Betrieb endgültig stillzulegen (vgl. auch – zur Abgrenzung von Betriebsstilllegung und Betriebspause – BAG 21. Juni 2001 – 2 AZR 137/00 – zu II 1 a der Gründe).

Art. 240 § 1 Abs. 2 und Abs. 4 Nr. 2 EGBGB

- 31 ff) Schließlich lässt Art. 240 § 1 Abs. 2 und Abs. 4 Nr. 2 EGBGB nicht den – zumindest nicht den zwingenden – Rückschluss zu, der Gesetzgeber habe „in der gegenwärtigen Situation dem Arbeitgeber das primäre Lohnrisiko auferlegen wollen“ (so aber Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559, 563f.). Die Herausnahme arbeitsrechtlicher Ansprüche aus dem in Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB unter bestimmten Voraussetzungen für Kleinunternehmen vorgesehenen Zahlungsmoratorium (Art. 240 § 1 Abs. 4 Nr. 2 EGBGB) bedeutet lediglich, dass Ansprüche auf Vergütung wegen geleisteter Arbeit oder Vergütung wegen Annahmeverzugs von den Arbeitnehmern auch im Kleinunternehmen nicht gestundet werden müssen. Sie besagt aber nichts darüber, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen bei einer im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie behördlich verfügten Betriebsschließung ein Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs entsteht bzw. entstehen kann.

Beklagte muss danach nicht das Risiko des Arbeitsausfalls wegen der Schließung tragen

- 32 4. Nach diesen Grundsätzen muss im Streitfall die Beklagte nicht das Risiko des Arbeitsausfalls wegen der Schließung der Spielstätte „C“ aufgrund der im streitgegenständlichen Zeitraum geltenden CoronaSchVO NRW idF vom 30. März 2020 tragen. Infolgedessen hat die Klägerin für diese Zeit keinen Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 615 Satz 3 iVm. Satz 1, § 611a Abs. 2 BGB.

Schließungsanordnung richtete sich insbesondere nicht speziell gegen die Beklagte

- a) Die durch die im streitgegenständlichen Zeitraum geltende CoronaSchVO idF vom 30. März 2020 vorgesehene Schließung aller Spielhallen und ähnlichen Einrichtungen richtete sich nicht speziell gegen die Beklagte und nicht gegen ein gerade in deren Betrieb(en) angelegtes besonderes Gesundheitsrisiko. Entsprechendes gilt für die Allgemeinverfügung der Stadt Wuppertal vom 16. März 2020 (und deren spätere Ergänzungen), die zunächst zur Einstellung des Betriebs, in dem die Klägerin beschäftigt war, geführt hatte.

Untersagungszweck

- b) Die Untersagung des Betriebs von Freizeit-, Kultur-, Sport- und Vergnügungstätten war in der CoronaSchVO idF vom 30. März 2020 eingebettet in verschiedene Maßnahmen zum Schutz der Bevölkerung vor weiteren SARS-CoV-2-Infektionen und dem damit verbundenen Risiko schwerer und tödlicher Krankheitsverläufe, insbesondere auch des Verbots von Veranstaltungen, Feiern und ähnlichen Zusammenkünften sowie der Beschränkung des Aufenthalts im öffentlichen Raum. Ein Bezug zu einem konkreten Infektionsgeschehen im Betrieb der Beklagten oder in vergleichbaren Betrieben bestand nicht. Die CoronaSchVO idF vom 30. März 2020 verfolgte vielmehr, wie die zuvor erlassenen Allgemeinverfügungen der Stadt Wuppertal, das übergreifende Ziel, das Risiko von Infektionen einzudämmen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens aufrechtzuerhalten. Die hoheitlichen Eingriffe dienten damit allgemeinen epidemiologischen und gesundheitspolitischen Zielen. Sie erfassten die Gesamtbevölkerung des Landes Nordrhein-Westfalen (und letztlich mit vergleichbaren Maßnahmen aller anderen Bundesländer die Gesamtbevölkerung der Bundesrepublik) und beschränkten sich nicht auf die Abwehr besonderer, von einzelnen Betrieben ausgehenden Gefahren, sondern sollten in allgemeiner Weise das Infektionsgeschehen in der Bevölkerung eindämmen, um eine die Gesellschaft insgesamt treffende Gefahrenlage zu bekämpfen.

Kostenentscheidung

- III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1, § 98 Satz 1 und § 91 ZPO. 35

BB-Kommentar

Entgeltrisikotragung – Betriebsrisiko bei einer Corona-Pandemiebedingten Betriebsschließung

PROBLEM

Nach §§ 615 S. 1, 611a Abs. 2 BGB behält der Arbeitnehmer grundsätzlich seinen Vergütungsanspruch bei Annahmeverzug des Arbeitgebers ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. Allerdings umfasst § 615 S. 1 BGB unmittelbar nicht den Fall der sogenannten „Annahmehemöglichkeit“. Hier ist der Arbeitgeber zwar willens die vom Arbeitnehmer angebotene Leistung anzunehmen, kann diese aber nicht annehmen (vgl. hierzu BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, BB 2022, 377). Im Rahmen der Schuldrechtsreform 2002 hat der Gesetzgeber insoweit die Regelung des § 615 S. 3 BGB eingefügt, wonach Satz 1 (und Satz 2) des § 615 BGB entsprechend in den Fällen gelten, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt (Betriebsrisiko). Hiernach hat der Gesetzgeber klargestellt, dass

in Fällen, in denen dem Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung aus Gründen nicht möglich ist, für welche er das Risiko (des Arbeitsausfalls) trägt, der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers aufrechterhalten bleibt (vgl. zu dieser gesetzlich angeordneten Analogie BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, BB 2022, 377; BAG, 28.9.2016 – 5 AZR 224/16).

ZUSAMMENFASSUNG

Das BAG hat mit Urteil vom 4.5.2022 entschieden, dass es für die Frage, ob der Arbeitgeber das Entgeltisiko bei einer öffentlich-rechtlich verfügten vorübergehenden Betriebsschließung trägt, auf den Zweck der Anordnung ankommt. So trägt der Arbeitgeber nicht das Betriebsrisiko, wenn die Betriebsschließung aufgrund einer behördlichen Anordnung im Rahmen allgemeiner Maßnahmen staatlicher Stellen zur Pandemiebekämpfung erfolgt und – betriebsübergreifend – zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge von SARS-CoV-2-Infektionen die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert und nahezu flächendeckend alle nicht der Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden. Damit bestätigt das BAG seine Rechtsprechung aus 2021 (vgl. BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, BB 2022, 377).

In dem entschiedenen Fall stritten die Parteien, soweit für die Revision noch von Belang, um den Anspruch der Klägerin auf Vergütung für die Zeit vom 1. bis 12.4.2020. Die Klägerin war als „Servicekraft für Spieltätten“ bei der beklagten Arbeitgeberin beschäftigt und hatte ihr Arbeitsverhältnis mit Wirkung zum 30.4.2020 gekündigt. Im Zeitraum vom 1. bis 12.4.2020 war die Klägerin laut Dienstplan eingeteilt. Mit Allgemeinverfügung zur Bekämpfung der Corona-Pandemie erließ die Stadt Wuppertal Maßnahmen zur Kontaktreduzierung, um eine weitere und unkontrollierbare Verbreitung des Corona-Virus und so eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern. Da diese u.a. den Betrieb von Freizeit-, Kultur-, Sport- und Vergnügungstätten untersagte, musste die beklagte Arbeitgeberin auch ihre Spielstätte, in welcher die Klägerin beschäftigt war, Mitte März 2020 schließen. Die beklagte Arbeitgeberin führte für ihre Beschäftigten Kurzarbeit ein, allerdings, aufgrund der von der Klägerin bereits erklärten Eigenkündigung, nicht für diese. Mit ihrer Klage machte die Klägerin u.a. Annahmeverzugslohn für den genannten Zeitraum geltend.

Die Klage hatte jeweils in den Vorinstanzen Erfolg. Auf die Revision der beklagten Arbeitgeberin hin änderte das BAG die vorinstanzlichen Entscheidungen ab und versagte der Klägerin den Anspruch auf Vergütung für den streitigen Zeitraum.

Nach dem BAG hat die Klägerin keinen Anspruch auf die von ihr begehrte Vergütung. Zwar habe sich die beklagte Arbeitgeberin im Annahmeverzug befunden. Allerdings folgt vorliegend auch aus § 615 S. 3 BGB kein Anspruch. Hiernach besteht ein Anspruch auf Verzugslohn in solchen Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des entsprechenden Arbeitsausfalls trägt. An Letzterem mangelt es nach Auffassung des BAG aber vorliegend. Ob der Arbeitgeber das Betriebsrisiko bei einer durch die Corona-Pandemie bedingte Betriebsschließung trägt, bedarf, so das BAG, der Differenzierung (zum Meinungsstand in der Literatur, BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, BB 2022, 377): Der Arbeitgeber trägt grundsätzlich das Betriebsrisiko, da er den Betrieb leitet, die betrieblichen Abläufe organisiert, die Verantwortung trägt und die Erträge bezieht (st. Rspr., BAG, 8.2.1957 – 1 AZR 338/55; zuletzt BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, BB 2022, 377). Beruht die Betriebsschließung auf einer autonomen

Entscheidung des Arbeitgebers, der die Pandemie zum Anlass nimmt, zu schließen, weil etwa Materialien fehlen oder Beschäftigte sich in Quarantäne befinden, trägt dieser das Betriebsrisiko. Dies gilt auch, wenn die Betriebsschließung auf einer öffentlich-rechtlichen Verfügung beruht, welche an die Arbeits- oder Produktionsbedingungen des betroffenen Betriebs anknüpft. Zielen behördliche Maßnahmen auf ein im Betrieb des Arbeitgebers angelegtes besonderes (Infektions-)Risiko ab, trägt dieser auch hier das Betriebsrisiko.

Anders ist dies jedoch, wenn die Betriebsschließung im Rahmen einer Verfügung erfolgt, welche allgemeine staatliche Maßnahmen zum Gegenstand hat, die wie vorliegend der Pandemiebekämpfung dienen und – betriebsübergreifend – zum Schutz der Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen infolge von SARS-CoV-2-Infektionen die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert und nahezu flächendeckend alle nicht für die Versorgung der Bevölkerung notwendigen Einrichtungen geschlossen werden. In einem solchen Falle beruht die Betriebsschließung nicht auf den konkreten betrieblichen Produktions- und Arbeitsbedingungen. Arbeitgeber müssen solche „allgemeine Risiken“ nicht als Betriebsrisiko tragen.

Dem stehen auch sonstige staatliche Maßnahmen, welche die (finanziellen) Folgen abmildern, wie etwa der erleichterte Zugang zum Kurzarbeitergeld, nicht entgegen und zwar unabhängig davon, ob betreffende Arbeitnehmer hierdurch einen adäquaten Ausgleich etwaiger (finanzieller) Nachteile tatsächlich erhalten. Unerheblich sei, so das BAG weiter, auch, ob der Arbeitgeber das betreffende Risiko versichern könne. Zudem müsse der Arbeitgeber auch keine „milderen Mittel“ versuchen, wie etwa den Abbau von Überstunden, Gleitzeitguthaben oder Urlaubsgewährung.

PRAXISFOLGEN

Das BAG hält klar an seiner Rechtsprechung fest, wonach bei Betriebsschließungen im Rahmen allgemeiner Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung der Arbeitgeber nicht das Betriebsrisiko für Zwecke des Entgeltanspruchs des Arbeitnehmers nach § 615 S. 1, 3 BGB trägt (vgl. BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, BB 2022, 377). Das Urteil fügt sich damit in die Entscheidungen des BAG zur Weiterentwicklung der Rechtsprechung zum Betriebsrisiko im Rahmen der Corona-Pandemie ein.

Allerdings betont das BAG erneut, dass es bei der Frage, ob der Arbeitnehmer seinen Entgeltanspruch bei Arbeitsausfall im Kontext eines „Betriebsrisikos“ behält, auf eine differenzierte Betrachtung ankommt. Dass es bei der Konkretisierung des von der Rechtsprechung entwickelten und vom Gesetzgeber in § 615 S. 3 BGB kodifizierten Betriebsrisikos durchaus unterschiedliche Auffassungen gibt, zeigt nicht zuletzt, dass vorliegend die erst- und zweitinstanzlichen Gerichte eine andere Auffassung vertraten also das BAG.

Peter Wehner, Partner im Frankfurter Büro von Allen & Overy LLP, berät zu allen arbeitsrechtlichen Fragestellungen (Individual- und Kollektivarbeitsrecht), insbesondere bei Unternehmenskäufen sowie Restrukturierungen. Einen besonderen Fokus seiner Tätigkeit stellt die betriebliche Altersversorgung (bAV) dar.

