

Bundesarbeitsgericht
Fünfter Senat

Urteil vom 13. Oktober 2021
- 5 AZR 211/21 -
ECLI:DE:BAG:2021:131021.U.5AZR211.21.0

I. Arbeitsgericht Verden

Urteil vom 29. September 2020
- 1 Ca 391/20 -

II. Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Urteil vom 23. März 2021
- 11 Sa 1062/20 -

Entscheidungsstichworte:

Betriebsrisiko - Corona bedingte Betriebsschließung

Leitsatz:

Die im Rahmen eines allgemeinen „Lockdowns“ zur Bekämpfung der Corona-Pandemie staatlich verfügte vorübergehende Betriebsschließung ist kein Fall des vom Arbeitgeber nach § 615 Satz 3 BGB zu tragenden Betriebsrisikos.

BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 211/21
11 Sa 1062/20
Landesarbeitsgericht
Niedersachsen

Im Namen des Volkes!

Verkündet am
13. Oktober 2021

URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 13. Oktober 2021 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, den Richter am Bundesarbeitsgericht Dr. Biebl und die Richterin am Bundesarbeitsgericht Dr. Bubach sowie den ehrenamtlichen Richter Jungbluth und die ehrenamtliche Richterin Zorn für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Niedersachsen vom 23. März 2021 - 11 Sa 1062/20 - aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Verden vom 29. September 2020 - 1 Ca 391/20 - abgeändert und die Klage abgewiesen.
3. Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen!

Tatbestand

Die Parteien streiten über Vergütung für den Monat April 2020. 1

Die Beklagte betreibt einen Handel mit Nähmaschinen und Zubehör mit einem Hauptgeschäft in V und einer Filiale in Bremen. In letzterer ist die Klägerin im Rahmen ihrer Elternzeit seit Oktober 2019 als geringfügig Beschäftigte gegen eine monatliche Vergütung von 432,00 Euro im Verkauf tätig. 2

Die Filiale war im April 2020 aufgrund Ziff. 1 Buchst. d der „Allgemeinverfügung über das Verbot von Veranstaltungen, Zusammenkünften und der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus der Freien Hansestadt Bremen“ vom 23. März 2020 (iF Allgemeinverfügung) geschlossen. In der Allgemeinverfügung heißt es auszugsweise: 3

„Die Voraussetzungen für das gegenständliche Verbot ergeben sich aus § 28 Abs. 1 S. 1 und 2 IfSG und sind vorliegend gegeben. (...)“

Bei SARS-Cov-2 handelt es sich um einen Krankheitserreger im Sinne des § 2 Nr. 1 IfSG. Daneben wurden im Bremen bereits mehrere erkrankte, krankheitsverdächtige und krankheitsgefährdete Personen im Sinne des § 2 Nr. 4, 5 und 7 IfSG identifiziert.

Die in Ziffer 1 enthaltenen Regelungen sind zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich. Sie orientieren sich eng an den Empfehlungen des Kabinettsausschusses der Bundesregierung vom 16. März

2020 und an den Ergebnissen der gestrigen Telefonkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidenten/Bürgermeistern der Bundesländer zum einheitlichen Vorgehen zur weiteren Beschränkung von sozialen Kontakten im öffentlichen Bereich.

Die in Ziffer 1 benannten Betriebe, Tätigkeiten und Zusammenkünfte weisen ein besonderes Infektionsrisiko für teilnehmende Personen oder Gäste auf. Sie zeichnen sich insgesamt durch ein enges Beisammensein oder besondere Voraussetzungen für die Übertragung des Virus aus. Sie sind deshalb auf das absolut notwendige Mindestmaß zu reduzieren. (...)

Der Aufenthalt im öffentlichen Raum ist nur alleine, mit einer weiteren nicht im Haushalt lebenden Person oder im Kreis der Angehörigen des eigenen Hausstands gestattet. Gruppen feiernder Menschen auf öffentlichen Plätzen, in Wohnungen sowie privaten Einrichtungen sind angesichts der ernststen Lage inakzeptabel und unzulässig. (...) In der Öffentlichkeit ist, wo immer möglich, zu anderen als den vorgenannten Personen ein Mindestabstand von mindestens 1,5 Metern einzuhalten. (...)

Ziel der Allgemeinverfügung ist es, die Übertragungswege von SARS-CoV-2 zu unterbrechen, das Risiko von Infektionen einzudämmen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens aufrechtzuerhalten. Um dies sicherzustellen, ist das hier verfügte Verbot erforderlich und geboten. Mildere, gleichwirksame Mittel zur Erreichung dieses Zwecks sind nicht ersichtlich. Die bisher verfügten individuellen Maßnahmen sind nicht ausreichend, um der weiteren Verbreitung des Virus entgegenzuwirken. (...)

Die Allgemeinverfügung ist auch angemessen, da die hiermit vorgenommenen notwendigen Grundrechtsbeschränkungen vorliegend nicht außer Verhältnis zu dem in der Allgemeinverfügung angestrebten Schutz von Leben, Leib und Gesundheit der Bevölkerung stehen.“

Die Beklagte zahlte der Klägerin für den Monat April 2020 keine Vergütung. Ohne die staatlich verfügte Schließung des Ladenlokals der Beklagten hätte die Klägerin in diesem Monat gearbeitet und 432,00 Euro verdient. 4

Nachdem vorgerichtliche Vergleichsverhandlungen scheiterten, hat die Klägerin am 19. August 2020 Klage auf Vergütung wegen Annahmeverzugs erhoben. Sie hat im Wesentlichen gemeint, die Schließung des Betriebs aufgrund 5

behördlicher Anordnung sei nach der Betriebsrisikolehre ein Fall des von der Beklagten als Arbeitgeberin gemäß § 615 Satz 3 BGB zu tragenden Betriebsrisikos. Dies gelte auch dann, wenn die Maßnahme im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie erfolge.

Die Klägerin hat beantragt 6

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 432,00 Euro netto nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 30. Juni 2020 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und im Wesentlichen gemeint, es entspreche nicht dem Willen des Gesetzgebers, dass der Arbeitgeber im Rahmen des § 615 Satz 3 BGB jedwedes Risiko zu tragen habe. Die behördlich angeordnete flächendeckende Schließung von Verkaufsstellen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie betreffe das allgemeine Lebensrisiko, das nicht beherrschbar und von allen gleichermaßen zu tragen sei. 7

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt. 8

Entscheidungsgründe

Die Revision der Beklagten hat Erfolg. Die Vorinstanzen haben der Klage zu Unrecht stattgegeben, sie ist unbegründet. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Vergütung für den Monat April 2020. 9

I. Ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung wegen Annahmeverzugs aus § 615 Satz 1, § 611a Abs. 2 BGB besteht nicht. Danach 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. 10

1. Die Beklagte befand sich allerdings im Annahmeverzug (§§ 293 ff. BGB), weil sie die Klägerin im April 2020 nicht beschäftigt hat. 11
- a) Dass die Klägerin im Streitzeitraum leistungsfähig und leistungswillig (§ 297 BGB) war, steht zwischen den Parteien außer Streit. Ihrer Leistungsfähigkeit steht insbesondere die Allgemeinverfügung nicht entgegen. Diese enthält 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). Dementsprechend stellt die Allgemeinverfügung ausdrücklich klar, dass der Aufenthalt an der Arbeitsstätte nicht unter den Veranstaltungsbegriff fällt und der Weg zur Arbeit „selbstverständlich weiter möglich“ sei. 12
- b) Nicht entscheidungserheblich ist, ob die Klägerin - was die Feststellungen des Landesarbeitsgerichts nicht erkennen lassen - die von ihr zu bewirkende Leistung tatsächlich oder wörtlich angeboten hat. Denn ein Angebot der Arbeitsleistung war entbehrlich, weil aufgrund der Allgemeinverfügung offenkundig war, dass die Beklagte die geschuldete Leistung nicht annehmen konnte (vgl. allgemein zur Entbehrlichkeit des Angebots BAG 18. September 2019 - 5 AZR 240/18 - Rn. 19 mwN, BAGE 168, 25; speziell zur Entbehrlichkeit eines Angebots bei einem behördlichen Beschäftigungsverbot Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 101 Rn. 6; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 121; ähnlich MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. § 76 Rn. 82; ein Angebot der Arbeitsleistung in den Betriebsrisikofällen generell nicht für erforderlich haltend ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 122; Staudinger/Richardi/Fischinger [2019] BGB § 615 Rn. 226). 13
2. § 615 Satz 1 BGB erfasst zunächst die Fälle, in denen der Arbeitgeber den Arbeitnehmer nicht mehr beschäftigen will („Annahmewilligkeit“). Für einen solchen Sachverhalt bestehen indes im Streitfall keine Anhaltspunkte. Zwar 14

hat das Landesarbeitsgericht im Rahmen der Prüfung von § 615 Satz 3 BGB ausgeführt, die Allgemeinverfügung habe nur die Öffnung von Einzelhandelsgeschäften für den Publikumsverkehr verboten, so dass es „durchaus möglich gewesen (wäre), die Klägerin mit den ohnehin nur wenigen Stunden mit anderen zumutbaren Aufgaben im Geschäft zu beschäftigen - Näheres über den vertraglichen Aufgabenbereich ist nicht vorgetragen“. Diesen Ausführungen in den Entscheidungsgründen des Berufungsurteils ist gemäß § 559 Abs. 1 ZPO in tatsächlicher Hinsicht nur zu entnehmen, dass das Berufungsgericht zum „vertraglichen Aufgabenbereich“ der Klägerin in Ermangelung eines Parteivortrags keine tatsächlichen Feststellungen getroffen hat. Ungeachtet dieses Befundes hat das Landesarbeitsgericht jedoch die Rechtsauffassung vertreten, die Beklagte habe „die Klägerin mit den ohnehin nur wenigen Stunden mit anderen zumutbaren Aufgaben im Geschäft beschäftigen (können)“. Diese rechtliche Beurteilung unterliegt der revisionsrechtlichen Überprüfung. Dieser hält sie schon deshalb nicht stand, weil die Zumutbarkeit einer anderen Tätigkeit nur beurteilt werden kann, wenn die vertraglich geschuldete Tätigkeit bekannt ist, denn diese ist Grundlage des Weisungsrechts des Arbeitgebers nach § 106 GewO. Da das Landesarbeitsgericht den Inhalt der Arbeitspflicht nicht festgestellt hat, ist die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die Klägerin mit anderen zumutbaren Aufgaben im Geschäft beschäftigen können, rechtsfehlerhaft. Zudem würde die Möglichkeit, die Klägerin mit einer anderen als der gemäß § 294 BGB zu bewirkenden Arbeitsleistung zu beschäftigen, nach ständiger Rechtsprechung des Senats nicht Annahmeverzug begründen, in Betracht käme allenfalls ein Anspruch auf Vergütung als Schadenersatz, bei dem es sich prozessual um einen anderen Streitgegenstand handelt (*vgl. BAG 14. Oktober 2020 - 5 AZR 649/19 - Rn. 10 mwN, 27, 41*).

3. Im Arbeitsverhältnis erfasst § 615 Satz 1 BGB unmittelbar nicht die Fälle, in denen der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers annehmen möchte, aber nicht annehmen kann („Annahmehemöglichkeit“).

15

- a) Allerdings verlangt der Wortlaut des § 615 Satz 1 BGB für die Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs des Arbeitnehmers nur, dass der Arbeitgeber die vom leistungswilligen und leistungsfähigen Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung nicht annimmt. Aus welchen Grund dies geschieht und ob der Arbeitgeber dies verschuldet hat, ist ohne Bedeutung (*vgl. Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559*), weil der Gläubigerverzug nach § 293 BGB Verschulden des Gläubigers nicht voraussetzt (*BGH 22. Juli 2010 - VII ZR 117/08 - Rn. 10; ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 56; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 40*). Vielmehr reicht nach Auffassung des historischen Gesetzgebers für die Begründung des Annahmeverzugs die „nackte Tatsache der Nichtannahme der angebotenen Leistung“, „aus irgendeinem aufseiten des Gläubigers liegenden Grund“ (*Motive zum BGB 1888 Bd. 2 S. 68 f.; Mugdan Die gesammten Materialien zum BGB 1899 Bd. 2 S. 38; zur Entstehungsgeschichte des § 615 BGB Huber Handbuch des Schuldrechts Leistungsstörungen Bd. 1 1999 § 10 V 4 mwN*).
- b) Nach dieser ursprünglichen Konzeption der Norm weist § 615 Satz 1 BGB dem Arbeitgeber als Gläubiger der Arbeitsleistung die Substratsgefahr zu, also die Gefahr, die vom Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung wegen einer Störung des Arbeitssubstrats nicht annehmen zu können, gleichwohl aber die vereinbarte Vergütung zahlen zu müssen (*Canaris FS Prölss 2009 S. 21, 34; Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559, 560; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 107; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 9; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 101 Rn. 4; Staudinger/Richardi/Fischinger [2019] BGB § 615 Rn. 19 ff.; MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. § 76 Rn. 4, 81; Picker JZ 1979, 285, 292; ders. JZ 1985, 693, 698 ff.; auf das entsprechende Schrifttum hinweisend, aber ohne eigene Stellungnahme BAG 18. Mai 1999 - 9 AZR 13/98 - zu I 2 c der Gründe*). § 615 Satz 1 BGB übernahm damit einen seit der Antike durch die Jahrhunderte (*sh. dazu im Einzelnen Picker FS U. Huber 2006 S. 497, 500 ff.*) anerkannten Rechtsgrundsatz, wonach der Gläubiger die Gegenleistungsgefahr trägt, wenn der leistungsbereite und leistungswillige Schuldner seine Leistungen nicht erbringen kann, weil der vom Gläubiger dem Schuldner zur Verfügung gestellte

Gegenstand oder die Mittel, an oder mit denen die Arbeit erbracht werden soll, versagen (*Picker FS Kissel 1994 S. 813, 852; ders. FS U. Huber 2006 S. 497, 532 f.; ebenso Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559, 560*).

c) Davon abweichend hat die Rechtsprechung schon früh (*RG 6. Februar 1923 - III 93/22 - RGZ 106, 272; RAG 20. Juni 1928 - RAG 72/28 - ARS 3, 116; daran anknüpfend BAG 8. Februar 1957 - 1 AZR 338/55 - BAGE 3, 346; 30. Mai 1963 - 5 AZR 282/62 -*) angenommen, im Falle einer weder durch den Arbeitnehmer noch durch den Arbeitgeber verschuldeten Unmöglichkeit der Erbringung der geschuldeten Arbeitsleistung regelt sich die Frage der Entgeltfortzahlung nicht - jedenfalls „nicht ausschließlich und nicht in erster Linie“ (*so die Formulierung in RAG 27. März 1935 - RAG 235/34 - ARS 23, 219*) - nach den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften des § 323 BGB (*aF, jetzt § 326 Abs. 1 BGB*) und § 615 BGB. Zur Schließung einer - vermeintlichen - Regelungslücke hat sie die Betriebsrisikolehre entwickelt (*näher Kalb Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre 1977 S. 22 ff.; Picker FS U. Huber 2006 S. 497, 527 ff. mwN*).

d) Ob dies, wie die herrschende Meinung im neueren Schrifttum mit guten Gründen annimmt, verfehlt war (*vgl. die Nachw. oben Rn. 17*), bedarf keiner abschließenden Bewertung des Senats. Denn 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 gleichsam 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 (ähnlich HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 10, 113; im Ergebnis auch Staudinger/Schwarze [2020] BGB § 326 Rn. C 44 ff.). Trotz aller - nicht gänzlich unberechtigter - Kritik im Schrifttum an dieser Regelungstechnik (vgl. - pars pro toto - Staudinger/Richardi/Fischinger [2019] BGB § 615 Rn. 6 und - sehr pointiert - Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559, 560: eine „inhaltsleere, überflüssige Regelung, eingefügt von einem geschichtsblinden Gesetzgeber“; Picker FS U. Huber 2006, S. 497, 535: „Die Beweggründe für ein derart inhaltsleeres Gesetz schaffen Rätsel“), haben jedenfalls die Gerichte diesen aus den Gesetzesmaterialien klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers zu respektieren und Kriterien herauszuarbeiten, die eine Risikotragung des Arbeitgebers rechtfertigen (HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 10; Schneider FS Preis 2021, 1199, 1202; allgemein zur Bedeutung der historischen Auslegung BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 -, - 1 BvR 1375/14 - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; Rütters/Fischer/Birk Rechtstheorie 11. Aufl. Rn. 788).

II. Ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung wegen Annahmeverzugs für den Monat April 2020 kommt 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 (zutr. 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 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 122) bleibt dem arbeitsfähigen und arbeitswilligen Arbeitnehmer im Falle der Annahmehmöglichkeit der Vergütungsanspruch aufrechterhalten, wenn der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. An Letzterem mangelt es im Streitfall. 20

1. § 615 Satz 3 BGB regelt - wie bereits dargelegt (Rn. 19) - selbst nicht, in welchen Fällen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. 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 21 21

224/16 - Rn. 20, BAGE 157, 34; ganz hM, vgl. nur NK-GA/Boemke § 615 BGB Rn. 136; BeckOK ArbR/Joussen Stand 1. September 2021 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 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 122), also das Risiko des Arbeitgebers, seinen Betrieb betreiben zu können.

a) 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 (BAG 8. Februar 1957 - 1 AZR 338/55 - BAGE 3, 346). Deshalb muss er dafür einstehen, dass die Arbeitsleistung aus Gründen unmöglich wird, die in seinem Einflussbereich liegen, wie etwa der Ausfall von Maschinen, Betriebsstoffen oder anderer für den Betriebsablauf notwendiger Betriebsmittel (vgl. BAG 23. September 2015 - 5 AZR 146/14 - Rn. 22, BAGE 152, 327; 18. November 2015 - 5 AZR 814/14 - Rn. 52; sh. auch die Übersichten bei ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 130 f.; Staudinger/Richardi/Fischinger [2019] BGB § 615 Rn. 232 ff.). Über diese „internen Betriebsstörungen“ hinaus trägt der Arbeitgeber grundsätzlich auch das Risiko für von außen auf das Unternehmen einwirkende Umstände (BAG 30. Mai 1963 - 5 AZR 282/62 - zu 2 b der Gründe), die sich als höhere Gewalt darstellen, wie zB die Überschwemmung eines Fabrikgebäudes aufgrund einer Naturkatastrophe (vgl. BAG 23. September 2015 - 5 AZR 146/14 - Rn. 22, BAGE 152, 327), die Zerstörung der Betriebseinrichtungen durch Brand (BAG 28. September 1972 - 2 AZR 506/71 - BAGE 24, 446), den Ausfall einer Ölheizung im Betrieb wegen eines plötzlichen Kälteeinbruchs (BAG 9. März 1983 - 4 AZR 301/80 - BAGE 42, 94) oder den Stromausfall infolge einer Störung im Elektrizitätswerk (BAG 30. Januar 1991 - 4 AZR 338/90 - BAGE 67, 118). Dasselbe gilt, wenn der Arbeitgeber aufgrund äußerer Einflüsse Entscheidungen trifft, die zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung führen, etwa wenn ein Zement- und Baustoffhandel aufgrund der Witterung seinen Betrieb vorübergehend einschränkt oder stilllegt (BAG 9. Juli 2008 - 5 AZR 810/07 - Rn. 24, BAGE 127, 119) oder er den Betrieb für eine vorgeschriebene Inventur kurzzeitig schließt (BAG 7. Dezember 1962

22

- 1 AZR 134/61 - zu 3 der Gründe; ebenso schon RAG 12. Oktober 1929 - RAG 200/29 - ARS 7, 137, 141).

b) In älteren Entscheidungen hat die Rechtsprechung auch ein behördliches Verbot von „öffentlichen Lustbarkeiten“ dem Betriebsrisiko zugerechnet. So wurde der Betreiber eines Tanz- und Unterhaltungslokals zur Entgeltzahlung an den Leiter einer Tanz- und Schaukapelle verurteilt, obwohl diese wegen des Verbots öffentlicher Tanzveranstaltungen infolge eines großen Brandunglücks in Nürnberg nicht auftreten konnte. Das Bundesarbeitsgericht stützte dies darauf, dass zu den mit der Entscheidungsbefugnis des Arbeitgebers im Zusammenhang stehenden und die Führung des Betriebs betreffenden Ereignissen auch solche gehörten, die zwar nicht öfter, aber doch gelegentlich vorzukommen pflegen und vom Arbeitgeber in Rechnung gestellt werden können und müssen; begeben sich der Arbeitgeber - anders als andere Unternehmen - mit seinem Betrieb in eine besondere Risikosphäre, müsse er ein Risiko tragen, das durch die besondere Art des Betriebs bedingt sei (*BAG 30. Mai 1963 - 5 AZR 282/62 - zu 2 b der Gründe; im Ergebnis ebenso schon RAG 27. März 1935 - RAG 235/34 - ARS 23, 219 zur Lohnzahlung an Musiker, die wegen der Landestruer anlässlich des Todes von Hindenburg nicht auftreten konnten: zum Betriebsrisiko zählten Ereignisse, „die den Weiterbestand des Betriebes nicht in Frage stellen, sondern nur die regelmäßige Fortführung vorübergehend beeinträchtigen, die im Einzelfall vielleicht nicht vermeidbar waren, mit denen aber doch der Unternehmer im allgemeinen rechnen und deren wirtschaftliche Nachteile er in seine Kostenrechnung einstellen kann“*).

c) Als Grenze für das Tragen des Betriebsrisikos galt der Rechtsprechung in der Vergangenheit die Gefährdung der Existenz des Betriebs „bei Zahlung der vollen Löhne“ (*zuletzt BAG 23. Juni 1994 - 6 AZR 853/93 - zu 1 der Gründe, BAGE 77, 123; 9. März 1983 - 4 AZR 301/80 - BAGE 42, 94; zust. MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 105 - der ein von ihm so genanntes Existenzvernichtungsverbot in § 242 BGB verankert sieht; abl. ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 126; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 120; Staudinger/Richardi/*

Fischinger [2019] BGB § 615 Rn. 231 - jeweils mwN). In neueren Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts zum Betriebsrisiko findet diese „Opfergrenze“ keine Erwähnung mehr. Ob daran festzuhalten wäre (*für pandemiebedingte Betriebsschließungen davon ausgehend Fuhlrott/Fischer NZA 2020, 345, 348; Kleinebrink DB 2020, 1457, 1459; abl. Schneider FS Preis 2021 S. 1199, 1209; Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559, 564, denen es aber nicht ausgeschlossen erscheint, dass der „Existenzsicherungsausnahme“ in der Pandemie erstmals zur praktischen Bedeutung verholfen wird*), braucht der Senat nicht zu entscheiden. Im Streitfall bestehen keinerlei Anhaltspunkte für eine entsprechende Existenzgefährdung der Beklagten, diese hat derartige - worauf das Landesarbeitsgericht zutreffend hingewiesen hat - auch nicht geltend gemacht.

2. 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 - behördlich angeordnete (vorübergehende) Betriebs-schließung gehört, ist im Schrifttum umstritten. 25

a) Während *Fischinger/Hengstberger (NZA 2020, 559)* ausgehend vom Prinzip der Substratsgefahrtragung (*sh. oben Rn. 17*) bei pandemiebedingten behördlichen Betriebsschließungen einen Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs bereits aus § 615 Satz 1 BGB herleiten, weil der Arbeitgeber stets das Lohnrisiko zu tragen habe, verneint *Wolf (FS Preis 2021 S. 1531, 1533 f.)* bereits Annahmeverzug. Der Arbeitnehmer sei de facto zum Angebot seiner Arbeitsleistung nicht in der Lage, weil sich die staatliche Schließungsverfügung auch an ihn richte (*zu Recht gegen diese Annahme Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559, 561 f.*). Im Übrigen meint er - sich auf „Grundgedanken der Substratsgefahr“ berufend - bei einer allgemeinen Schließungsverfügung oder -verordnung verwirkliche sich eine allgemeine Gefahrensituation, die sowohl die Pflicht zur Leistungserbringung als auch die Pflicht zur Vergütung entfallen lasse. 26

b) Ein Teil des Schrifttums ist unter Berufung auf die vom Bundesarbeitsgericht (weiter-)entwickelten Grundsätze zum Betriebsrisiko der Auffassung, die 27

staatlich/behördlich angeordnete Schließung des Betriebs aufgrund einer Pandemie sei generell ein vom Arbeitgeber nach § 615 Satz 3 BGB zu tragendes Risiko (etwa HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 116; MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. § 76 Rn. 83; einschränkend Hohenstatt/Krois NZA 2020, 413, die im Anschluss an Canaris FS Prölss 2009 S. 21, 38 f. maßgeblich darauf abstellen wollen, ob der Arbeitnehmer die vertraglich vereinbarten Dienste noch anderswo erbringen könnte). Dabei wird zum Teil ergänzend angeführt, die Zuweisung des Betriebsrisikos an den Arbeitgeber auch bei flächendeckenden Betriebsschließungen entspreche allgemeinen Prinzipien der Arbeitsrechtsordnung (ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 132a ff., 132j; grundsätzlich auch Preis/Mazurek/Schmid NZA 2020, 1137, 1142 f., allerdings mit der Einschränkung, „diese Bewertung (könne) sich ändern, wenn staatliche Eingriffe gegen die Gesamtwirtschaft gerichtet werden und sich dann lediglich das allgemeine Risiko der Pandemie verwirklicht“; vgl. auch, der angefochtenen Entscheidung zust., Mazurek EWiR 2021, 504, 505; Schneider FS Preis 2021 S. 1199, 1203 ff. [1208], die maßgeblich darauf abstellt, dass es in der Hand des Arbeitgebers liege, dem Risiko des Arbeitsausfalls zu begegnen).

c) Andere Autoren differenzieren: Werde einem individuellen Arbeitgeber zu Zwecken des Gesundheitsschutzes behördlich die Schließung seines Betriebs aufgegeben, trage er das Betriebsrisiko, wenn die Schließung durch die besondere Eigenart des Betriebs bedingt sei, wie zB die Schließung schadstoffausstoßender Betriebe bei Smog. Richte sich das Verbot jedoch gegen ein Infektionsrisiko, das flächendeckend praktisch alle Betriebe treffe, reagierten die staatlichen Maßnahmen nicht auf ein dem zu schließenden Betrieb anhaftendes Risiko, sondern auf das allgemeine Infektionsrisiko, das Arbeitgeber nicht einmal abstrakt beherrschen könnten (Sagan/Brockfeld NJW 2020, 1112, 1116; ähnlich Bonanni ArbRB 2020, 110, 115 f.; Kleinebrink DB 2020, 1457, 1459; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 101 Rn. 11; Sievers jurisPR-ArbR 13/2021 Anm. 4; auf „publikumsaffine Betriebe“ abstellend Grimm DB 2020, 1177, 1181 f.).

28

3. Ausgehend von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Betriebsrisiko, die durch § 615 Satz 3 BGB gleichsam dynamisch festgeschrieben werden sollte, um den Besonderheiten denkbarer Fallgestaltungen Rechnung zu tragen (*vgl. BT-Drs. 14/6857 S. 48*), bedarf die Beantwortung der Frage, ob der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls bei einer durch die Corona-Pandemie bedingten Betriebsschließung trägt, der Differenzierung. 29
- 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; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 98; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 112; ErfK/Preis 21. 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*). 30
- 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 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 132 f.*). 31

- c) Ob der Arbeitgeber das Entgeltrisiko bei einer öffentlich-rechtlich verfügbaren Betriebsschließung trägt, kann sich nur nach dem Zweck der Maßnahme richten. 32
- 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. 33
- bb) Dagegen trägt der Arbeitgeber nicht das Risiko des Arbeitsausfalls, 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. Für die Zurechnung des Betriebsrisikos in diesen Fäl- 34

len genügt eine bloße „(besondere) Eigenart“ des Betriebs oder seine „Publikumsaffinität“ nicht ohne weiteres (*so aber ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 132g; Preis/Mazurek/Schmid NZA 2020, 1137, 1142 f.; wie hier im Ergebnis Sievers jurPR-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. 2 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 (*zutr. Wolf FS Preis 2021 S. 1531, 1541*).

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, 562 f., die darin eine „klare gesetzgeberische Wertung“ dahingehend sehen, der Arbeitgeber solle in dieser Situation das Lohnrisiko tragen*). Vereinbaren 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 21. 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).

35

- 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. 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 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 132k*). Wie weit die Handlungspflichten des Arbeitgebers im Einzelnen reichen, bedarf vorliegend keiner näheren Erörterung. 36
- 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. 37
- (1) Unerheblich ist, ob der Staat für einen adäquaten Ausgleich der den Beschäftigten durch seinen hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile tatsächlich gesorgt hat. Dass für geringfügig Beschäftigte - wie die Klägerin - 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. 38
- (2) Ohne Belang ist ferner, ob das Risiko, den Betrieb aufgrund hoheitlicher Maßnahmen schließen zu müssen, versicherbar ist (*aA ErfK/Preis 21. Aufl. BGB § 615 Rn. 132a; Schneider FS Preis 2021 S. 1199, 1208; 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 (*pars pro toto ablehnend OLG Dresden 5. Oktober 2021 - 4 U 633/21 -; OLG Köln 7. September 2021 - I 9 U 14/21 -; OLG Celle 1. Juli 2021 - 8 U 5/21 -; bejahend OLG Karlsruhe 5. Oktober 2021 - 12 U 107/21 -, jeweils mwN*), bietet die Versicherbarkeit keinen 39

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.

(3) Die Zuordnung des Entgeltrisikos bei einem Arbeitsausfall aufgrund behördlich angeordneter Betriebsschließung an den Arbeitgeber lässt sich nicht mit den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Arbeitnehmerhaftung rechtfertigen (*aA ErfK/Preis 21. 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*).

(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 21. 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. 55 ff.) 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).

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, 563 f.). Die Ausnahme arbeitsrechtlicher Ansprüche aus dem in Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB unter bestimmten Voraussetzungen für Kleinstunternehmen 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 Kleinstunternehmen 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. 42

4. Nach diesen Grundsätzen muss im Streitfall die Beklagte nicht das Risiko des Arbeitsausfalls durch die Schließung ihrer Filiale in Bremen aufgrund der Allgemeinverfügung der Freien Hansestadt Bremen vom 23. März 2020 tragen. Infolgedessen hat die Klägerin für den Monat April 2020 keinen Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 615 Satz 3 iVm. Satz 1, § 611a Abs. 2 BGB. 43

a) Die genannte Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, dessen Tatbestandswirkung zur Folge hat, dass die Gerichte aller Rechtszweige an sein Bestehen und seinen Inhalt gebunden sind und ihn, sofern er nicht nichtig ist, ihren Entscheidungen als gegeben zugrunde zu legen haben (sh. im Einzelnen BAG 22. Juli 2021 - 2 AZR 193/21 - Rn. 15 mwN). Anhaltspunkte für die Nichtigkeit der 44

Allgemeinverfügung sind weder ersichtlich noch von den Parteien vorgebracht worden.

b) Nach der Allgemeinverfügung richtete sich die von der Freien Hansestadt Bremen verfügte Betriebsschließung nicht speziell gegen die Beklagte und nicht gegen ein gerade in deren Betrieb angelegtes besonderes Gesundheitsrisiko. 45

aa) Die weitgehende Schließung aller Verkaufsstellen des Einzelhandels im Bundesland Bremen - mit Ausnahme nur der für die Versorgung der Bevölkerung als notwendig angesehenen Einrichtungen - war eingebettet in ein ganzes Bündel von 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. Sie orientierte sich eng an den Empfehlungen des Kabinettsausschusses der Bundesregierung vom 16. März 2020 und an den Ergebnissen der Telefonkonferenz der Bundeskanzlerin mit den Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten der Bundesländer vom 22. März 2020 zum einheitlichen Vorgehen zur weiteren Beschränkung von sozialen Kontakten im öffentlichen Raum. 46

bb) Ausweislich ihrer Begründung war es Ziel der Allgemeinverfügung, die Übertragungswege von SARS-CoV-2 zu unterbrechen, das Risiko von Infektionen einzudämmen und die Funktionsfähigkeit des Gesundheitswesens aufrechtzuerhalten. Die hoheitlichen Eingriffe dienten damit allgemeinen epidemiologischen und gesundheitspolitischen Zielen. Sie erfassten in ihrer Breite die Gesamtbevölkerung des Bundeslandes Bremen (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 eine die Gesellschaft insgesamt treffende Gefahrenlage bekämpfen. Infolgedessen differenzieren die in der Allgemeinverfügung angeordneten Schließungen nicht danach, wie stark der Publikumsverkehr einer Einrichtung ist und ob das Infektionsrisiko dort durch 47

Hygienemaßnahmen und Hygienekonzepte beherrschbar wäre oder nicht. Vielmehr sollten pauschal durch die Schließung aller nicht „lebensnotwendigen“ Einrichtungen, dem Verbot von Veranstaltungen, Festen und ähnlichen Zusammenkünften sowie der Beschränkung des Aufenthalts im öffentlichen Raum generell infektionsträchtige Situationen unterbunden werden, indem die Menschen - innerhalb ihres Hausstands - für sich bleiben, Kontakte mit haushaltsfremden Personen vermeiden und sich möglichst nicht in den öffentlichen Raum begeben.

III. Die Klägerin hat nach § 91 ZPO die Kosten des Rechtsstreits zu tragen. 48

Linck

Bubach

Biebl

Jungbluth

Zorn