

## Corona-Lockdown kein Fall des Betriebsrisikos

Das Urteil des 5. *Senats* vom 13.10.2021 (5 AZR 211/21, PM Nr. 31/21 = NZA aktuell H. 20/2021, S. VII) wird einen prominenten Platz in der Jahreschronik 2021 einnehmen. Arbeitgeber tragen nicht das Betriebsrisiko und müssen nicht für die Lohnkosten aufkommen, wenn in einem Betrieb infolge behördlicher Schließungsanordnung nicht mehr gearbeitet werden kann. Vielmehr sei es „Sache des Staates, gegebenenfalls für einen adäquaten Ausgleich der den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile“ aufzukommen, so die Pressemitteilung der Erfurter Bundesrichter.

Was *prima facie* und nach Sichtweise der Vorinstanzen (*LAG Niedersachsen* v. 23.3.2021, NZA-RR 2021, 293) sowie anderer landesarbeitsgerichtlicher Entscheidungen (etwa *LAG Düsseldorf* v. 30.3.2021, BeckRS 2021, 5875) zunächst wie ein Lehrbuchfall zum Wechselspiel von Leistung und Gegenleistung im Arbeitsverhältnis unter Berücksichtigung der Anspruchserhaltungsnorm des § 615 S. 3 BGB in Form der Betriebsrisikolehre aussah, wurde durch das BAG auf neue Füße gestellt. Bei einer nahezu flächendeckenden behördlichen Schließungsanordnung aus Gründen des Infektionsschutzes realisierte sich nicht die Betriebsgefahr, sondern stelle dies ein gesamtgesellschaftlich zu schulterndes Risiko dar, das jedenfalls nicht im Vertragsverhältnis Arbeitnehmer und Arbeitgeber auf letzteren verlagert werden dürfe. Wer als Zivilrechtler im allgemeinen Vertragsrecht beheimatet ist, wird dem ohne weiteres beipflichten. Wer als Arbeitsrechtler gewohnt ist, aus der Brille des Arbeitnehmerschutzes Themen zu betrachten, dürfte zunächst ein Störgefühl verspüren, zumal das BAG bei ähnlichen Konstellationen in der Vergangenheit nicht so ziseliert nach dem Ursprung der Störung differenzierte.



Lässt man sich auf die Aussage des BAG ein, so folgen hieraus weitere Fragen: Gibt es bereits *de lege lata* und bejahendenfalls welche staatlichen Entschädigungsleistungen in einem solchen Fall für betroffene Arbeitnehmer? Droht womöglich die Geltendmachung von Rückforderungsansprüchen betroffener Arbeitgeber, die in der Vergangenheit – zu Unrecht – ihren beschäftigungslosen Mitarbeitern Gehalt zahlten? Gilt die Entscheidung nur für geringfügig Beschäftigte, die mangels Erfüllung der persönlichen Voraussetzungen keine Kurzarbeit beanspruchen können? Einige dieser Fragen wird das Arbeitsrecht, in dem es primär um die Rechtsbeziehung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber als Vertragspartner geht, nicht lösen können. Hier kann – so wie es das BAG gemacht hat – der Ball geschickt in das (sozialversicherungsrechtliche) Spielfeld des Gesetzgebers geschossen werden. Dieser sollte nun – Koalitionsverhandlungen hin oder her – eine entsprechende gesetzliche Regelung schaffen, wie mit den Ansprüchen arbeitswilliger, aber wegen der Betriebsschließung an der Arbeit gehinderter Beschäftigter umzugehen ist.

Es ist richtig, das Lohnrisiko nicht dem Arbeitgeber zuzuweisen. Genauso richtig erscheint es aber auch, das Lohnrisiko nicht einseitig dem Beschäftigten aufzuerlegen. Eine Gesellschaft, die die Kosten für Corona-Tests lange vergemeinschaftet hat, sollte sich in gleichem Maße mit denen solidarisch zeigen, die arbeitswillig und -fähig sind, aufgrund behördlicher Vorgaben ihre Tätigkeit aber nicht ausüben können.