

# Zwei Jahre Corona-Krise: Die Reaktion des Arbeitsrechts auf pandemiebedingte Störungen

Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, LL.M. (Harvard), Universität Mannheim

## I. Einleitung

Seit fast zwei Jahren hält COVID-19 die Welt in Atem und wirft zahlreiche (Rechts-)Probleme auf. Angesichts seiner gravierenden Auswirkungen auf die Arbeitswelt ist das Arbeitsrecht eines der am meisten betroffenen Rechtsgebiete. Nachdem zunächst vor allem die Literatur prospektiv erste Schritte unternahm, um Problemlagen zu identifizieren und Krisenlösungsmechanismen zu entwickeln, haben sich zwischenzeitlich auch zahlreiche Instanzgerichte und auch bereits das BAG mit spezifischem Corona-Arbeitsrecht beschäftigen müssen. Mit dem folgenden Beitrag, der auf einem aktualisierten Vortrag basiert, den der Verfasser am 21. Oktober 2021 auf dem 19. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht gehalten hat, soll nach ca. zwei Jahren Corona-Krise ausgewählte arbeitsrechtliche Fragen erörtert und eventuell hierzu ergangene Rechtsprechung kritisch hinterfragt werden.

## II. Lohnanspruch bei pandemiebedingter Betriebsschließung?

Insbesondere im ersten Jahr der Corona-Pandemie mussten aufgrund behördlicher Anordnungen/Allgemeinverfügungen zahlreiche Betriebe wie Gaststätten, Kultur-, Freizeit- und Sportstätten, Fahrschulen, zahlreiche Verkaufsstellen des Einzelhandels usw. zeitweise geschlossen werden, um die Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus einzudämmen. Das betraf tausende Betriebe und Millionen Arbeitnehmer, konnte die Arbeitsleistung doch nicht mehr im Betrieb und oft auch nicht im Home-Office erbracht werden. Daher stellt sich die kontrovers diskutierte Frage, ob die betroffenen Arbeitgeber in dieser Konstellation über § 615 S. 1 BGB (Annahmeverzug) oder § 615 S. 3, S. 1 BGB (Betriebsrisiko) zur Lohnfortzahlung verpflichtet sind oder ob sich hier das vom Arbeitnehmer

zu tragende allgemeine Lebensrisiko verwirklicht. Von der instanzgerichtlichen Rechtsprechung sowie der (wohl) hM. in der Literatur wird – mit im Detail abweichender Begründung – ersteres angenommen, so dass das Lohnrisiko zunächst beim Arbeitgeber liegt,<sup>1</sup> der es aber ggf. über das Instrument der Kurzarbeit auf die Versicherten-gemeinschaft überwälzen kann.<sup>2</sup>

Einigermaßen überraschend hat das BAG in seiner Entscheidung vom 13. Oktober 2021 aber – jedenfalls für eine Allgemeinverfügung der Freien Hansestadt Bremen vom 23. März 2020 – anders entschieden. Das Gericht lehnte zunächst einen Lohnanspruch über § 615 S. 1 BGB ab. Die Norm greife in den hier vorliegenden Fällen einer Annahmehemöglichkeit des Arbeitgebers – anders als bei bloßer Annahmehemöglichkeit – nicht ein. Stattdessen seien solche Konstellationen allein über § 615 S. 3 BGB zu behandeln (Rn. 14 ff. des Judikats). Entscheidend sei daher, ob der Arbeitgeber das sog. Betriebsrisiko zu tragen habe (Rn. 20 ff. des Urteils). Ist das zu bejahen, so schulde er nach §§ 615 S. 3, S. 1, 293 ff. BGB Lohnfortzahlung. Anderenfalls greife weder §§ 615 S. 3, S. 1, 293 ff. BGB ein noch sei ein Rückgriff auf § 615 S. 1 BGB möglich. Für die Frage, ob der Arbeitgeber das Betriebsrisiko bei pandemiebedingter Betriebsschließung zu tragen habe, differenziert das BAG:

- Schließt der Arbeitgeber aus Anlass der Pandemie selbst den Betrieb, so treffe ihn grundsätzlich das

1 S. insb. LAG Niedersachsen, 23.3.2021 – 11 Sa 1062/20 – NZA-RR 2021, 293, Rn. 17 ff. (Vorinstanz zu BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 – NZA 2022, 182); LAG Düsseldorf, 30.3.2021 – 8 Sa 674/20 – COVuR 2021, 563, Rn. 67 ff. (Revision anhängig unter 5 AZR 366/21); Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020, 1137, 1143; Fischinger/Hengstberger, NZA 2020, 559; A. Schneider, FS Preis, 2021, S. 1199; Krause, in: Henssler/Willemsen/Kalb (Hrsg.), Arbeitsrecht Kommentar, 9. Aufl., Köln 2020 (im Folgenden: HWK), § 615 BGB Rn. 116; Tillmanns, in: Kiel/Lunk/Oetker (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 2021, § 76 Rn. 83; Fuhrott/Fischer, NZA 2020, 345, 348; aA. Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1116; Grimm, DB 2020, 1177, 1181 f.; Kleinebrink, DB 2020, 1457, 1459.

2 Zu sonstigen, ggf. bestehenden Möglichkeiten des Arbeitgebers, die Lohnkosten in der Krise zu senken, vgl. Fischinger/Reiter, in: Fischinger/Orth (Hrsg.), COVID-19 und Sport, München 2021, § 2 Rn. 104 ff.

Betriebsrisiko und er sei daher zur Lohnzahlung verpflichtet (Rn. 30 des Urteils).

- Muss der Arbeitgeber seinen Betrieb aufgrund einer behördlichen Maßnahme zur Pandemiebekämpfung schließen, so sei weiter zu unterscheiden: Geschieht das, weil die Behörde damit einem »im Betrieb des Arbeitgebers angelegten besonderen Risiko [...] begegnen« will, zB. weil aufgrund der Arbeitsbedingungen eine »besonders hohe Ansteckungsgefahr« besteht, so trage der Arbeitgeber wiederum das Betriebsrisiko (Rn. 33 des Urteils). Anders hingegen sei zu entscheiden, wenn die behördlich verfügte Betriebsschließung in ein ganzes Paket allgemeiner staatlicher Maßnahmen zur Pandemiebekämpfung eingebettet ist, so dass sich nicht ein im jeweiligen Betrieb aufgrund seiner konkreten Produktions- und Arbeitsbedingungen angelegtes Risiko verwirklicht; eine »bloße ›(besondere) Eigenart‹ des Betriebs oder seine ›Publikumsaffinität‹« änderten dies »nicht ohne weiteres« (Rn. 34 des Urteils).

Die Entscheidung überzeugt unter anderem deshalb nicht, weil die Ansicht des BAG zu erheblicher Rechtsunsicherheit führt. Wie das »besondere Risiko« und die »besonders hohe Ansteckungsgefahr innerhalb der Belegschaft« (Rn. 33 des Urteils) – bei deren Vorliegen den Arbeitgeber das Betriebsrisiko treffen soll – von einer »bloße[n] ›(besondere[n]) Eigenart‹ des Betriebs« (Rn. 34 des Urteils), bei welcher sich das allgemeine Lebensrisiko verwirkliche, abzugrenzen sein soll, bleibt schleierhaft. Rätselhaft ist in dem Kontext insbesondere das vom BAG für einen Fall des Betriebsrisikos angeführte Beispiel von Saisonkräften in der Landwirtschaft (Rn. 33 des Urteils) – angesichts der regelmäßigen Betätigung an der frischen Luft (zB. Spargelstecher) dürfte hier die Gefahr einer Infektion mit COVID-19 doch deutlich geringer sein als zB. bei einer Arbeit am Fließband. Warum soll dann bei ersterem ein Fall des Betriebsrisikos, im letzteren aber ein solcher des allgemeinen Lebensrisikos vorliegen? Auch verkennt das BAG den in Art. 240 § 1 Abs. 4 Nr. 2 EGBGB zutage getretenen Willen des aktuellen Gesetzgebers. Nach der Vorschrift können sich sog. Kleinstunternehmen<sup>3</sup> gegenüber ihren Arbeitnehmern nicht auf das in Art. 240 § 1 Abs. 2 EGBGB vorgesehene Zahlungsmoratorium berufen. Der Gesetzgeber begründete dies ausweislich der Entwurfsbegründung damit, dass

- » [...] der Arbeitgeber schon jetzt Kurzarbeit anordnen [kann] und [...] somit über spezifische Möglichkeiten [verfügt], bei krisenbedingten Arbeitsausfällen seine Vergütungspflicht einzuschränken. Arbeitsrechtliche Ansprüche können daher ebenfalls ausgenommen werden.«<sup>4</sup>

Dieser Bereichsausnahme für das Arbeitsrecht hätte es gerade vor dem Hintergrund der zitierten Passage der Entwurfsbegründung gar nicht bedurft, wenn der Gesetzgeber selbst pandemiebedingte behördliche Betriebschließung nicht als Fall des Betriebsrisikos eingestuft hätte. Mit seiner Auffassung setzt sich das BAG über diese klare gesetzgeberische Wertung hinweg. Summa summarum wäre es zu wünschen, dass das BAG bei nächster Gelegenheit seine Auffassung korrigiert oder zumindest klarere Abgrenzungskriterien vorgibt.

### III. Lohnanspruch bei Absonderungsanordnung

Eine weitere Frage, die sich im Zuge der Corona-Krise stellt, betrifft diejenige nach möglichen Lohnansprüchen von Arbeitnehmern, die sich aufgrund einer behördlichen Anordnung nach § 30 IfSG absondern müssen und daher ihren gewöhnlichen Arbeitsplatz im Betrieb nicht aufsuchen können. Unproblematisch ist das nur, wenn der Arbeitnehmer während der Absonderung im Home-Office tätig wird, bestehen dann doch Lohnansprüche aus § 611a Abs. 2 BGB iVm. dem Arbeitsvertrag. Ist das nicht der Fall, wird es komplizierter. Denkbar sind hier zivilrechtliche Ansprüche aus § 3 EFZG, aus § 615 S. 1 BGB oder § 616 BGB sowie ein Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG. Insoweit ist weiter zu differenzieren:

#### 1. Arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer

Ist der abgesonderte Arbeitnehmer an COVID-19 erkrankt und daher arbeitsunfähig, so kommt ein Lohnanspruch über § 3 EFZG oder ein Entschädigungsanspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG in Betracht.

<sup>3</sup> Das sind Unternehmen, die weniger als zehn Personen beschäftigen und deren Jahresumsatz/-bilanz 2 Mio. € nicht überschreitet (vgl. Art. 2 Abs. 3 Anhang zu Empfehlung der Kommission vom 6.5.2003, L 124/36).

<sup>4</sup> BT-Drs. 19/18110, S. 35.

Was § 3 EFZG anbelangt, ist im Kontext der Corona-Pandemie insbesondere die Frage nach einem möglichen anspruchsausschließenden Verschulden des Arbeitnehmers klärungsbedürftig (zur unterlassenen Impfung s. IV.). Bekanntermaßen ist mit dem »Verschulden« in § 3 EFZG nicht der normale Verschuldensmaßstab des § 276 BGB gemeint, handelt es sich doch bei dem »Verschulden« iSv. § 3 EFZG gar nicht um ein echtes Verschulden, sondern in Wahrheit um ein »Verschulden gegen sich selbst« iSe. Obliegenheit.<sup>5</sup> Nach ganz hM. ist ein solches Verschulden erst bei einem groben Verstoß gegen das von einem verständigen Menschen zu erwartende Verhalten anzunehmen.<sup>6</sup> Bejahen wird man dies können, wenn der Arbeitnehmer zuvor an einer sog. »Corona-Party« teilnahm, bei der – vor allem zu Beginn der Pandemie – die Teilnehmer es durch engen körperlichen Kontakt gerade darauf anlegten, sich mit COVID-19 zu infizieren.<sup>7</sup> Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer eine vermeidbare Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet unternommen hat; das folgt aus der auf den vorliegenden Kontext übertragbaren Wertung des § 56 Abs. 1 S. 4, 5 IfSG.<sup>8</sup> Problematisch für den Arbeitgeber ist insoweit allerdings, dass er hinsichtlich des Verschuldens des Arbeitnehmers darlegungs- und beweisbelastet ist.<sup>9</sup> Zwar treffen den Arbeitnehmer dann, wenn der Arbeitgeber ein Verschulden behauptet, Mitwirkungspflichten.<sup>10</sup> Dennoch dürfte es dem Arbeitnehmer oft ein leichtes sein, erst gar kein entsprechendes Verdachtsmoment aufkommen zu lassen, welches den Arbeitgeber zur Erhebung des Verschuldensvorwurfs veranlasst.

Liegen die Voraussetzungen von § 3 EFZG sowie § 56 Abs. 1 IfSG vor, so ist das Verhältnis beider Normen zueinander klärungsbedürftig. Zwar macht es für den Arbeitnehmer zunächst keinen Unterschied, ob er über § 3 EFZG Lohnfortzahlung oder nach § 56 Abs. 1 IfSG eine Entschädigung erhält, bemisst sich doch auch letztere für die ersten sechs Wochen nach dem Verdienstausschlag (§ 56 Abs. 2 S. 1, 2 IfSG). Für den Arbeitgeber ist die Frage, ob das Regelungsregime des § 3 EFZG oder dasjenige des § 56 IfSG einschlägig ist, aber insofern von großer Bedeutung, als ihn im ersten Fall die Kosten der Lohnfortzahlung dauerhaft treffen, wohingegen er im Bereich des § 56 IfSG zwar zunächst ebenfalls an den Arbeitnehmer leisten muss (§ 56 Abs. 5 S. 1 IfSG), die finanzielle Belastung sodann aber per Regressanspruch auf die zuständige Behörde abwälzen kann (§ 56 Abs. 5 S. 3 IfSG).

Wie die Formulierung von § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG (»und dadurch einen Verdienstausschlag erleidet«) zeigt, wird der Entschädigungsanspruch nur subsidiär gewährt. Entsprechend greift § 56 Abs. 1 IfSG – und damit auch der Entschädigungsmechanismus des § 56 Abs. 5 IfSG – nicht ein, wenn der Arbeitnehmer einen Anspruch aus § 3 EFZG hat; das gilt nach dem ArbG Aachen selbst dann, wenn der abgesonderte Arbeitnehmer nicht wegen COVID-19, sondern aus anderem Grunde arbeitsunfähig erkrankt ist.<sup>11</sup> Der Arbeitgeber bleibt mithin auf den Lohnkosten »sitzen«.

Nichts anderes gilt iE. auch dann, wenn der Arbeitnehmer zunächst abgesondert wird und erst dann arbeitsunfähig erkrankt. Zwar bleibt hier der mit der Absonderungsanordnung entstandene Entschädigungsanspruch gemäß § 56 Abs. 7 S. 1 IfSG erhalten und hat der Arbeitgeber, der dem nun arbeitsunfähig erkrankten Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung leistet, einen Regressanspruch nach § 56 Abs. 5 S. 3 IfSG. Dieser ist aber letztlich insoweit nichts »wert«, als § 56 Abs. 7 S. 2 IfSG eine *cessio legis* des Anspruchs des Arbeitnehmers aus § 3 EFZG auf die zuständige Behörde anordnet. In der Folge stehen sich zwischen Arbeitgeber und Behörde zwei wechselseitige Ansprüche gegenüber, die per Aufrechnung zum Erlöschen gebracht werden können. Ein Regressanspruch des Arbeitgebers besteht sodann nicht mehr.

## 2. Nicht arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer

Ist der abgesonderte Arbeitnehmer hingegen nicht arbeitsunfähig erkrankt, scheidet § 3 EFZG als Anspruchsgrundlage aus. In Betracht kommen hier Ansprüche

5 So zutreffend Müller-Glöge, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl., München 2020 (im Folgenden: MüKo-BGB), § 3 EFZG Rn. 36; Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht I, 7. Aufl., Heidelberg 2018, S. 343.

6 BAG, 7.10.1981 – 5 AZR 338/79 – NJW 1982, 1014; Fischinger, Arbeitsrecht, 2. Aufl., Heidelberg 2020, Rn. 526, 579.

7 Düwell, BB 2020, 891, 893; Fischinger/Hengstberger, JA 2020, 561, 566.

8 Ebenso Krainbring, NZA 2021, 247; Beden, NZA 2021, 917; Noack, NZA 2021, 251, 252; Stück, MDR 2009, 1209, 1211.

9 BAG, 23.11.1971 – 1 AZR 404/70 – AP Nr. 9 zu LohnFG § 1; BAG, 7.8.1991 – 5 AZR 410/90 – AP Nr. 94 zu LohnFG § 1.

10 Reinhard, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl., München 2022 (im Folgenden: ErfK), § 3 EFZG Rn. 32; MüKo-BGB-Müller-Glöge (Fn. 5), § 3 EFZG Rn. 85.

11 ArbG Aachen, 11.3.2021 – 1 Ca 3196/20 – NZA-RR 2021, 471.

aus § 616 BGB, aus § 615 BGB sowie – wiederum subsidiär – aus § 56 Abs. 1 IfSG.

#### a) § 616 BGB

Naheliegender ist zunächst die Prüfung eines Anspruchs aus § 616 BGB, der im vorliegenden Kontext einige Schwierigkeiten aufwirft.

So ist zunächst umstritten, ob bei einer individuellen behördlichen Absonderungsanordnung gegenüber einem bestimmten Arbeitnehmer der von der Norm geforderte *persönliche Verhinderungsgrund* vorliegt. Dies wird zT. unter Hinweis darauf, dass es sich um ein globales, allgemeines Ansteckungsrisiko handele, verneint.<sup>12</sup> Die zutreffende hM. nimmt hingegen einen persönlichen Verhinderungsgrund an.<sup>13</sup> Dem steht nicht entgegen, dass in den letzten zwei Jahren hunderttausende, wenn nicht Millionen Arbeitnehmer von entsprechenden Anordnungen betroffen waren. Denn bei der Qualifikation als »in seiner Person liegenden Grundes« ist kein quantitativer Maßstab zugrunde zu legen, entscheidend ist vielmehr, ob es sich um ein gerade den jeweiligen Arbeitnehmer persönlich betreffendes Hindernis handelt, das Leistungshindernis also aus Eigenschaften und Umständen folgt, die in der Person des Arbeitnehmers begründet sind (sähe man das anders, könnte zB. die Verhinderung wegen Teilnahme an der eigenen Hochzeit nicht unter § 616 BGB fallen, was aber – soweit ersichtlich – unstrittig der Fall ist<sup>14</sup>). Das aber ist bei einer individuellen, an einen Arbeitnehmer gerichteten behördlichen Anordnung zu bejahen.

Problematischer und umstrittener ist, ob bzw. bis zu welcher Dauer einer Absonderung die Verhinderung nur eine »*verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit*« beträgt. Obwohl § 616 BGB seit mehr als 120 Jahren in Kraft ist, ist es Rechtsprechung und Literatur bislang nicht gelungen, objektive und allgemein anerkannte Kriterien zu entwickeln, wie dieses Tatbestandsmerkmal zu verstehen ist. Nach einer Ansicht ist vor allem das *Verhältnis* zwischen Verhinderungsdauer und Gesamtdauer des bisherigen und zu erwartenden künftigen Arbeitsverhältnisses mit der Folge maßgeblich, dass sich für verschieden lange beschäftigte Arbeitnehmer unterschiedlich lange Perioden ergeben.<sup>15</sup> Die Gegenansicht will *ereignisbezogen* differenzieren, so dass vor allem Art, Dauer und Schwere des Verhinderungsgrundes sowie die persönliche Situation des Arbeitnehmers und der zu betreuenden Person zu berücksichtigen seien.<sup>16</sup> Viel gewonnen ist damit für die

vorliegende Frage letztlich nicht, bleibt doch völlig nebulös, ob zB. eine zweiwöchige Absonderung nun noch verhältnismäßig nicht erheblich ist oder nicht. Wenig überraschend kommt man deshalb in Rechtsprechung und Literatur im Kontext der COVID-19-Pandemie zu komplett disparaten Ergebnissen, ohne dass eine von beiden Seiten für sich in Anspruch nehmen könnte, zwingend richtig zu liegen: Während zB. das LG Münster eine zweiwöchige Absonderung für zu lang hielt,<sup>17</sup> entschieden das OLG Hamm sowie das VG Koblenz anders.<sup>18</sup> Verschärft wird das Problem noch dadurch, dass die Entscheidung über die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeitdauer eine Alles-oder-Nichts-Entscheidung ist, denn wenn der noch »akzeptable« Zeitraum auch nur geringfügig überschritten wird, entfällt der Anspruch aus § 616 BGB nach einhelliger Meinung insgesamt und nicht nur teilweise für die Dauer der Überschreitung.<sup>19</sup>

Für den abgesonderten Arbeitnehmer kann die Frage, ob § 616 BGB im konkreten Fall (noch) anwendbar ist, letztlich dahingestellt bleiben. Relevant ist sie aber für den Arbeitgeber, denn nur wenn man die Anwendbarkeit von § 616 BGB verneint, ist der Weg frei zum Entschädigungsanspruch des § 56 Abs. 1 IfSG und damit dem Regressanspruch des § 56 Abs. 5 S. 3 IfSG.

12 Kraayanger/Schrader, NZA-RR 2020, 623, 626; Weller/Lieberknecht/Habrich, NJW 2020, 1017, 1018 f.

13 OLG Hamm, 29.10.2021 – 11 U 60/21 – ECLI:DE:OLGHAM:2021:1029.11U60.21.00; VG Karlsruhe, 10.5.2021 – 9 K 67/21 – ECLI:DE:VGKARLS:2021:0510.9K67.21.0A; Oetker, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin 2019, § 616, Rn. 75; HWK-Krause (Fn. 2), § 616 BGB Rn. 22; ErfK-Preis (Fn. 10), § 616 BGB Rn. 6a; Fischinger/Hengstberger, JA 2020, 561, 565; vgl. zum BSeuchG auch BGH, 30.11.1978 – III ZR 43/77 – NJW 1979, 422, 423.

14 Vgl. BAG, 27.4.1983 – 4 AZR 506/80 – AP Nr. 61 zu BGB § 616; Staudinger-Oetker (Fn. 13), § 616 Rn. 75; HWK-Krause (Fn. 2), § 616 BGB Rn. 25; ErfK-Preis (Fn. 10), § 616 BGB Rn. 4.

15 BAG, 17.12.1959 – GS 2/59 – NJW 1960, 738; Löwisch, DB 1979, 209, 210.

16 Jousen, in: Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Mießling/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Arbeitsrecht, München, Stand 1.12.2021 (im Folgenden: BeckOK-ArbR), § 616 BGB Rn. 47; Staudinger/Oetker (Fn. 13), § 616 Rn. 102; HWK-Krause (Fn. 2), § 616 BGB Rn. 41 f.

17 LG Münster, 15.4.2021 – 8 O 345/20 – SpuRt 2021, 220; ebenso Hohenstatt/Krois, NZA 2020, 413, 416; Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020, 1137, 1139 f.; Fischinger, SpuRt 2021, 224.

18 OLG Hamm, 29.10.2021 – 11 U 60/21 – ECLI:DE:OLGHAM:2021:1029.11U60.21.00; VG Koblenz, 10.5.2021 – 3 K 107/21.KO – COVuR 2021, 493; aus der Literatur BeckOK-ArbR-Jousen (Fn. 16), § 616 BGB Rn. 48.

19 Vgl. statt aller BeckOK-ArbR-Jousen (Fn. 16), § 616 Rn. 45; MüKo-BGB-Henssler (Fn. 5), § 616 BGB Rn. 61; Fischinger, Arbeitsrecht (Fn. 6), Rn. 576.

**b) § 615 BGB**

In zwei jüngeren, nicht-arbeitsgerichtlichen Judikaten wurde im Falle einer Absonderung eines nicht erkrankten Arbeitnehmers auch ein Anspruch aus Annahmeverzug bejaht:

In einem vom VG Karlsruhe entschiedenen Fall begab sich der Arbeitnehmer auf Weisung seines Arbeitgebers in ein Corona-Risikogebiet in Österreich, um dort einer dienstlichen Tätigkeit nachzugehen. Nach seiner Rückkehr erging gegen ihn eine Absonderungsanordnung. Das Gericht sprach dem Kläger Annahmeverzugslohn aus § 615 S. 3, S. 1 BGB zu.<sup>20</sup> Ebenso entschied das OLG Hamm im Fall eines Profifußballspielers des damaligen Bundesligisten SC Paderborn, gegen den eine behördliche Absonderungsanordnung erging, nachdem er im Rahmen des Trainings- oder Spielbetriebs Kontakt zu einem positiv auf Corona getesteten Mitspieler hatte.<sup>21</sup>

Diese Vorgehensweise überzeugt nicht und beruht letztlich auf einer Verkennung und Überdehnung des Anwendungsbereichs von § 615 BGB. Dieser greift richtigerweise (nur) ein, wenn die Ursache der Nichterbringung der Arbeitsleistung auf Seiten des Arbeitgebers liegt und dieser die ihm angebotene Leistung des Arbeitnehmers nicht annehmen will oder kann. In den obigen Fällen liegt das Leistungshindernis hingegen jeweils auf Seiten des Arbeitnehmers. Der Umstand, dass der Arbeitgeber das Leistungshindernis verursacht hat, ändert daran nichts und kann die Anwendung von § 615 BGB nicht rechtfertigen. Vielmehr sind solche Konstellationen an § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB – der anders als Alt. 2 nicht durch § 615 BGB verdrängt wird<sup>22</sup> – zu messen, ein Rückgriff auf § 615 BGB (sowie § 616 BGB) scheidet aus.<sup>23</sup>

Maßgeblich ist demnach die im Einzelfall zu klärende Frage, ob der Arbeitgeber für das Leistungshindernis auf Seiten des Arbeitnehmers allein oder weit überwiegend verantwortlich ist. In dem vom VG Karlsruhe entschiedenen Fall wird man das bejahen können, war die Weisung, eine Dienstreise in ein Corona-Risikogebiet zu unternehmen, doch nicht nur unbillig<sup>24</sup> und trug das Risiko einer späteren Absonderungsanordnung nachgerade auf der Stirn, sondern spricht dafür auch die Wertung von § 56 Abs. 1 S. 4, 5 IfSG. Dem lässt sich auch nicht überzeugend entgegenhalten, dass der betroffene Arbeitnehmer die Befolgung der unbilligen und darum unwirksamen Weisung hätte verweigern können.<sup>25</sup> Das ist zwar in der Theorie richtig, jedoch ist nicht zu übersehen, dass ein

Arbeitnehmer, der die Befolgung einer von ihm als unbillig empfundenen Weisung verweigert, Gefahr läuft, bei einer Fehleinschätzung der Rechtslage seine Arbeitspflichten zu verletzen, wofür er zB. abgemahnt und ggf. sogar gekündigt werden kann.<sup>26</sup> Aber selbst wenn man dem betroffenen Arbeitnehmer einen (Mit-)Verschuldensvorwurf machen wollte, würde dieser jedenfalls hinter dem Verschuldensanteil des Arbeitgebers gänzlich zurücktreten; entsprechend war letzterer für das Leistungshindernis zumindest weit überwiegend verantwortlich iSv. § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB. Das VG Karlsruhe hat somit zwar im Ergebnis zutreffend entschieden, statt des Weges über § 615 BGB hätte es aber den »normalen«, über § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB aufrechterhaltenen Lohnanspruch aus § 611a Abs. 2 BGB zusprechen sollen.

Dem OLG Hamm ist dagegen nicht nur in der Begründung, sondern auch im Ergebnis zu widersprechen. Der SC Paderborn als Arbeitgeber beschränkte sich in diesem Fall darauf, die vom Spieler arbeitsvertraglich geschuldete »Normalarbeitsleistung« in Form der Trainings- und Spielteilnahme<sup>27</sup> einzufordern und entgegenzunehmen. Im Unterschied zum Fall des VG Karlsruhe standen dem keine öffentlich-rechtlichen Vorgaben entgegen und ergeben sich aus dem Sachverhalt auch keine Hinweise auf Verstöße gegen Hygieneregeln. Von einer alleinigen oder auch nur weit überwiegenden Verantwortlichkeit des Arbeitgebers kann deshalb richtigerweise nicht die Rede sein. Der Lohnanspruch des Spielers war daher weder über § 615 BGB (s.o.) noch über § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB aufrechtzuerhalten.<sup>28</sup>

20 VG Karlsruhe, 10.5.2021 – 9 K 67/21 – ECLI:DE:VGKARLS:2021:0510.9K67.21.0A.

21 OLG Hamm, 29.10.2021 – 11 U 60/21 – ECLI:DE:OLGHAM:2021:1029.11U60.21.00.

22 Vgl. *Fischinger*, Arbeitsrecht (Fn. 6), Rn. 465.

23 *Marienhagen*, BB 1967, 795, 796 (zur Vorgängernorm § 324 Abs. 1 S. 1 BGB aF.); *MüKo-BGB-Henssler* (Fn. 5), § 616 Rn. 65, 2; *Staudinger-Oetker* (Fn. 13), § 616 Rn. 20 mwN.

24 *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112, 1115.

25 Vgl. BAG, 18.10.2017 – 10 AZR 330/16 – NZA 2017, 1452, 1458 f.

26 *Fischinger*, Arbeitsrecht (Fn. 6), Rn. 589.

27 Vgl. zu den Pflichten von Profimannschaftssportlern *Fischinger*, in: *Fischinger/Reiter*, Das Arbeitsrecht des Profisports, München 2021, § 8 Rn. 1 mwN.

28 Das OLG Hamm, 29.10.2021 – 11 U 60/21 – ECLI:DE:OLGHAM:2021:1029.11U60.21.00 bejahte bei der zweiwöchigen Absonderung ferner § 616 BGB, was insb. angesichts der kurzen Vertragslaufzeiten im Profisport (im konkreten Fall drei Jahre) jedoch ebenfalls nicht überzeugend.

## c) § 56 IfSG

Greift weder § 616 BGB ein noch ist der Lohnanspruch über § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB aufrechtzuerhalten, so erleidet der sich in Absonderung befindliche Arbeitnehmer durch diese einen Verdienstausfall. Er hat deshalb einen Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG, es sei denn, es greift ein Ausschlussgrund nach § 56 Abs. 1 S. 4, 5 IfSG (unterlassene Impfung gegen COVID-19 bzw. bei Antritt einer vermeidbaren Reise in ein Risikogebiet). Für den Arbeitgeber ist dies insoweit von Vorteil, als er zwar für die Behörde in Vorleistung treten und zunächst die Entschädigung an den Arbeitnehmer ausbezahlen muss, er dafür aber von der Behörde Regress verlangen und somit die wirtschaftliche Belastung letztlich auf sie abwälzen kann (§ 56 Abs. 5 S. 1, 3 IfSG).

#### IV. Impfpflicht und unterlassene Impfung im Arbeitsverhältnis

Angesichts der seit dem Frühjahr 2021 vorliegenden Impfstoffe gegen COVID-19 und ihrer zunehmenden Verfügbarkeit für alle Impfwilligen stellen sich in Abwesenheit einer allgemeinen Impfpflicht die Fragen, ob ein privater Arbeitgeber per Direktionsrecht die bei ihm beschäftigten Arbeitnehmer zu einer Impfung anweisen kann und welche Folgen eine unterlassene Impfung im Arbeitsverhältnis zeitigen kann. Vorausgeschickt sei, dass die folgenden Ausführungen selbstverständlich nicht für Arbeitnehmer gelten, bei denen aus medizinischen Gründen eine Kontraindikation für eine Impfung gegen COVID-19 besteht oder bei denen wegen einer früheren Infektion mit COVID-19 eine Impfung (aktuell) nicht erforderlich ist (Genesene).

##### 1. Impfpflicht per Arbeitgeberweisung?

Für »normale« Arbeitnehmer wird eine Impfpflicht per Arbeitgeberweisung – soweit ersichtlich – einstimmig für unzulässig gehalten.<sup>29</sup> Das überzeugt,<sup>30</sup> da durch andere Schutzmaßnahmen (wie zB. Tragen von FFP2-Masken, Wahrung von Abstand, regelmäßige Tests) bereits ein recht hohes Schutzniveau erreichbar ist, alle aktuell verfügbaren Impfungen zwar einen gewissen Fremdschutz, nicht aber eine hundertprozentig sterilisierende

Immunität gewährleisten, die weit überwiegende Zahl der anderen Arbeitnehmer – so sie das möchten – sich selbst weitgehend durch eine Impfung schützen können, auf Seiten des Arbeitnehmers mit dem Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper und der körperlichen Unversehrtheit einige der verfassungsrechtlich am höchsten geschützten Güter betroffen sind und mit jeder Impfung Risiken verbunden sind. Daher wäre eine Weisung des Arbeitgebers, sich impfen zu lassen, als unverhältnismäßig und damit unbillig anzusehen und müsste vom Arbeitnehmer nicht beachtet werden.<sup>31</sup>

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wurde zum einen für Personen erörtert, die in Erfüllung ihrer arbeitsrechtlichen Pflichten bestimmungsgemäß mit besonders vulnerablen Personengruppen in (näheren) Kontakt kommen (zB. Ärzte, Krankenschwestern, Altenpfleger);<sup>32</sup> diese Debatte hat sich mit Einführung von § 20a IfSG, nach dem diese Personen ab dem 16. März 2022 nur noch tätig sein dürfen, wenn sie geimpft sind, erledigt. Eine zweite Ausnahme wird – zu Unrecht<sup>33</sup> – vereinzelt für Profifußballspieler postuliert.<sup>34</sup>

##### 2. Folgen unterlassener Impfung im Arbeitsverhältnis

Auch wenn somit eine Impfpflicht nicht wirksam per Arbeitgeberweisung etabliert werden kann, stellt sich die Frage, ob und wenn ja welche arbeitsrechtlichen Folgen das Unterlassen einer Impfung gegen COVID-19 zeitigen kann.

29 Eufinger, BB 2021, 504; Wittek, ArbRAktuell 2021, 61, 62; Moderegger, ArbRB 2021, 273, 274; Niklas/Köllmann, ArbRB 2021, 77; Seidel/Ahnefeld, AuA 2021, 24, 25; Müller/Ahrendt, ArbRAktuell 2021, 309, 311; Pflüger, ARP 2021, 145, 146 f.; Thüsing/Bleckmann/Rombey, CoVuR 2021, 66, 68 f.; D. Gutzeit, DB 2021, 955, 956; Naber/Schulte, NZA 2021, 81, 83; Gräf, NZA 2021, 1361, 1370 ff.; Benkert, NJW-Spezial 2021, 50, 51.

30 Diese Aussagen gelten nicht notwendigerweise auch für eine gesetzliche Impfpflicht.

31 Vgl. zur Unverbindlichkeit von unbilligen Weisungen BAG, 18.10.2017 – 10 AZR 330/16 – NZA 2017, 1452, 1458 f.

32 Dafür Thüsing/Bleckmann/Rombey, CoVuR 2021, 66, 68 f.; D. Gutzeit, DB 2021, 955, 956; Naber/Schulte, NZA 2021, 81, 83; Gräf, NZA 2021, 1361, 1370 ff.; Benkert, NJW-Spezial 2021, 50, 51.

33 S. ausführlich Fischinger, SpoPrax 2021, 384.

34 Rombach/Müller, SpuRt 2021, 118; dies., SpuRt 2022, 13.

### a) Entgeltfortzahlung bei Krankheit?

Steckt sich ein ungeimpfter Arbeitnehmer mit COVID-19 an und ist in der Folge arbeitsunfähig erkrankt, so ist fraglich, ob er einen Anspruch auf Lohnfortzahlung aus § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG hat. Das hängt davon ab, ob man dem Arbeitnehmer hier den Vorwurf eines Verschuldens gegen sich selbst (s. III.1) machen kann.

Dagegen scheint zu sprechen, dass eine Impfung keinen hundertprozentigen Schutz bieten kann und deshalb die *Kausalität* zwischen unterlassener Impfung und Ansteckung/Erkrankung nicht mit Sicherheit nachgewiesen werden kann. Es ist aber zu berücksichtigen, dass die nach § 286 ZPO erforderliche richterliche Überzeugung keine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit verlangt, sondern lediglich einen »für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen«.<sup>35</sup> Für das Vorliegen eines solchen Grads an Gewissheit lässt sich vorliegend anführen, dass durch eine Impfung sowohl die Wahrscheinlichkeit, sich mit COVID-19 anzustecken, als auch – für den Fall einer dennoch erfolgten Infektion – arbeitsunfähig zu erkranken, deutlich reduziert wird.<sup>36</sup> Die notwendige Kausalität dürfte daher anzunehmen sein.<sup>37</sup>

Ob das Unterlassen der Impfung als ein Verschulden gegen sich selbst anzusehen ist, ist in der Literatur umstritten.<sup>38</sup> Dagegen wird zunächst angeführt, das Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers und sein Selbstbestimmungsrecht über den eigenen Körper stünden einer solchen Annahme entgegen. Das überzeugt nicht, weil die Versagung von Entgeltfortzahlungsansprüchen im Krankheitsfall keinen mit einer Impfpflicht per Arbeitgeberweisung vergleichbaren Eingriff in das Recht des Arbeitnehmers, über seinen eigenen Körper zu entscheiden, darstellt, sondern ihm vielmehr nur einen finanziellen Anreiz gibt, sich impfen zu lassen.<sup>39</sup> In der Abwägung hat daher das rein finanzielle Interesse des Arbeitnehmers hinter den berechtigten Interessen des Arbeitgebers am Schutz von sich selbst, anderer Arbeitnehmer, Kunden und einem ungestörten Betriebsablauf zurückzutreten. Wer sich – man muss es so deutlich formulieren: unsinnigerweise – nach wie vor einer Impfung gegen COVID-19 verweigert, muss dann eben auch die finanziellen Konsequenzen seiner Haltung tragen. Dafür spricht auch ein Vergleich mit § 56 Abs. 1 S. 4 Alt. 1 IfSG, der zeigt, dass der Gesetzgeber die Unterlassung einer öffentlich

empfohlenen Impfung als derart vorwerfbar ansieht, dass er einen Entschädigungsanspruch des betroffenen Arbeitnehmers für nicht angemessen hält.<sup>40</sup> Dieser Gedanke lässt sich unschwer auf § 3 EFZG übertragen. Aus dem Umstand, dass § 3 EFZG keinen entsprechenden expliziten Ausschlussbestand enthält, lässt sich hingegen richtigerweise kein Gegenschluss ziehen.<sup>41</sup> Denn die Normstruktur von § 3 EFZG ist mit dem allgemein gehaltenen Bezug auf ein »Verschulden« eine gänzlich andere als diejenige des § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG, bei der der Gesetzgeber mit der expliziten Normierung einzelner Versagungsgründe arbeitet.

Zusammenfassend hat ein Arbeitnehmer nach zutreffender Ansicht keinen Entgeltfortzahlungsanspruch aus § 3 EFZG, wenn er sich nicht hat impfen lassen und deshalb arbeitsunfähig an COVID-19 erkrankt ist.

### b) Entgeltfortzahlung bei Quarantäne?

Ein vergleichbares Problem stellt sich, wenn der ungeimpfte Arbeitnehmer zwar nicht an COVID-19 arbeitsunfähig erkrankt, aber sich auf Anordnung der zuständigen Behörde nach § 30 IfSG absondern muss. Der hier allein in Betracht kommende zivilrechtliche Lohnanspruch aus § 616 BGB scheidet nach hier vertretener Auffassung wiederum angesichts des Verschuldens des Arbeitnehmers aus.

### c) Zulässigkeit einer Impfprämie?

Um bislang ungeimpften Arbeitnehmern einen positiven Anreiz dafür zu geben, sich impfen zu lassen, könnte ein Arbeitgeber auf die Idee der »Auslobung« einer Impfprämie kommen.

35 BGH, 17.2.1970 – III ZR 139/67 – NJW 1970, 946, 948; BGH, 19.7.2019 – V ZR 255/17 – NJW 2019, 3147, 3149 f.

36 Vgl. zB. *Dagan/Barda/Kepten et al.*, *The New England Journal of Medicine* 2021, 384:1412 (abzurufen unter <https://www.nejm.org/doi/full/10.1056/nejmoa2101765> [10.2.2022]).

37 So auch *Krainbring*, NZA 2021, 247, 248.

38 Ein Verschulden bejahen *D. Gutzeit*, DB 2021, 955, 959; *Krainbring*, NZA 2021, 247, 249; *Rombach/Müller*, SpuRt 2021, 118, 122; aA. *Naber/Schulte*, NZA 2021, 81, 85; zwischen § 3 EFZG und § 616 BGB differenzierend *Eufinger*, BB 2021, 504, 505 ff.

39 Vgl. BT-Drs. 19/13452, S. 50 zu § 56 Abs. 1 S. 3 IfSG aF. (heute § 56 Abs. 4 IfSG).

40 BT-Drs. 19/13452, S. 50 zu § 56 Abs. 3 IfSG aF. (heute § 56 Abs. 4 IfSG); *Krainbring*, NZA 2021, 247, 249.

41 So aber *Naber/Schulte*, NZA 2021, 81, 85 f.

Fraglich ist allerdings, ob ein solches Vorgehen nicht eine nach § 612a BGB unzulässige Maßregelung darstellt.<sup>42</sup> Insoweit wird man differenzieren müssen: Ein Verstoß ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Arbeitgeber am Tag X die Prämie nur solchen Arbeitnehmern zusagt, die sich bereits *davor* haben impfen lassen. Denn dadurch werden alle Arbeitnehmer benachteiligt, die sie bis dato in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts über ihren Körper eine Impfung unterließen.<sup>43</sup>

Schwieriger zu bewerten ist, ob Gleiches gilt, wenn der Arbeitgeber die Impfprämie allen Arbeitnehmer verspricht, die bereits geimpft sind *oder sich künftig impfen lassen*. Gegen die Annahme einer unzulässigen Maßregelung spricht, dass den bislang ungeimpften Arbeitnehmern hier die freie Entscheidung darüber verbleibt, ob sie sich impfen lassen, um in den Genuss der »Impfprämie« zu gelangen.<sup>44</sup> Bei einer solchen Vorgehensweise würde folglich nicht die frühere Rechtsausübung des Arbeitnehmers sanktioniert, sondern lediglich seine Handlungsoptionen erweitert werden.<sup>45</sup> Anführen lässt sich auch ein Vergleich mit der vom BAG entschiedenen und für zulässig erachteten Situation, dass dem Arbeitnehmer für den Fall des Verzichts auf die Erhebung einer Kündigungsschutzklage eine Abfindung versprochen wird (wobei das BAG sich insoweit auch auf die gesetzliche Wertung des § 1a KSchG stützen konnte, was hier nicht der Fall ist).<sup>46</sup> Insgesamt dürfte daher viel dafür sprechen, einen Verstoß gegen § 612a BGB in dieser zweiten Konstellation zu verneinen.

#### d) (Unbezahlte) Freistellung?

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber einen ungeimpften Arbeitnehmer (unbezahlt) einseitig freistellen kann. Angesichts des grundrechtlich geschützten Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1 GG)<sup>47</sup> ist eine einseitige Freistellung nur möglich, wenn dem Arbeitgeber nach Abwägung aller Einzelfallumstände besonders schutzwürdige Interessen zur Seite stehen, die das Beschäftigungsinteresse des Arbeitnehmers überwiegen.<sup>48</sup> Insoweit ist zu unterscheiden:

##### (1) Sanktionierung bislang nicht erfolgter Impfung

Eine Freistellung, die allein dadurch motiviert ist, den Arbeitnehmer dafür zu sanktionieren, dass er sich bislang nicht gegen COVID-19 hat impfen lassen, ist unproblematisch unzulässig. Angesichts der nicht bestehenden Impfpflicht (s. IV.1) stellte sie unzweifelhaft eine nach

§ 612a BGB unzulässige Maßregelung dar.<sup>49</sup> Dem Arbeitnehmer stünde in einem solchen Fall ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach § 615 S. 1 BGB zu.

##### (2) Ansteckungsverdacht

Dagegen ist eine Freistellung nach allgemeinen Grundsätzen zulässig, wenn der Arbeitnehmer nachweislich an einer ansteckenden, gefährlichen Krankheit – wie COVID-19 – leidet, ohne arbeitsunfähig erkrankt zu sein. Gleiches gilt, solange für eine Ansteckung ein tatsächengestützter, nicht widerlegter Verdacht aufgrund spezifischer Umstände – wie zB. (enger) Kontakt zu einer nachweislich infizierten Person oder COVID-19-Krankheitsanzeichen wie Fieber oder Husten – besteht.<sup>50</sup>

Von der Zulässigkeit der Freistellung selbst ist die Frage zu trennen, ob der Arbeitnehmer während der Freistellung einen Lohnanspruch hat: Das ist auf den ersten Blick zu bejahen, gerät ein Arbeitgeber doch durch eine einseitige Freistellung grds. in Annahmeverzug.<sup>51</sup> Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Arbeitgeber zur Ablehnung der ihm angebotenen Arbeitsleistung berechtigt ist bzw. für den Fall eines Angebots berechtigt wäre.<sup>52</sup> Das wiederum ist anzunehmen, wenn bei Annahme der Leistung (strafrechtlich geschützte) Rechtsgüter des Arbeitgebers oder

42 Verstoß bejahend *Naber/Schulte*, NZA 2021, 81, 85; *Niklas/Köllmann*, ArRB 2021, 77, 79; aA. *Fuhlrott/Fischer*, NJW 2021, 657, 660; differenzierend *Seidel/Ahnefeld*, AuA 2021, 24, 29; *Moderegger*, ArRB 2021, 273, 275.

43 Vgl. BAG, 31.5.2005 – 1 AZR 254/04 – NZA 2005, 997, 1000 (Unzulässigkeit einer Benachteiligung wegen der *vorangegangenen* Wahrnehmung von Rechten) – vgl. dazu, dass § 612a BGB (unstrittig) auch anwendbar ist, wenn dem sein Recht ausübenden Arbeitnehmer eine Vergünstigung vorenthalten wird, BAG aaO.

44 Ebenso *Seidel/Ahnefeld*, AuA 2021, 24, 29.

45 Vgl. *Richardi/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Berlin, Neubearbeitung 2020, § 612a Rn. 28; *MüKo-BGB-Müller-Glöge* (Fn. 5), § 612a Rn. 14; *Annufß*, NZA 1994, 728, 731; *Löwis*, RdA 2009, 253, 254 f.

46 BAG, 31.5.2005 – 1 AZR 254/04 – NZA 2005, 997, 1000; vgl. auch LAG Niedersachsen, 1.6.2010 – 11 Sa 1658/09 – NZI 2011, 156, 157.

47 BAG, 10.11.1955 – 2 AZR 591/54 – NJW 1956, 359, 360; BAG, 9.4.2014 – 10 AZR 637/13 – NZA 2014, 719, 720.

48 BAG, 10.11.1955 – 2 AZR 591/54 – NJW 1956, 359; BAG, 27.2.1985 – GS 1/84 – NZA 1985, 702; *Staudinger-Richardi/Fischinger* (Fn. 45), § 611a Rn. 1706.

49 Ebenso *Naber/Schulte*, NZA 2021, 81, 84 f.; *Seidel/Ahnefeld*, AuA 2021, 24, 27.

50 Vgl. *Sagan/Brockfeld*, NJW 2020, 1112, 1114; *Dehmel/Hartmann*, BB 2020, 885, 888; *Schmidt/Novara*, DB 2009, 1817; *Reiter*, in: *Fischinger/Reiter* (Fn. 27), § 7 Rn. 170; *Seidel/Ahnefeld*, AuA 2021, 24, 27.

51 BAG, 6.9.2006 – 5 AZR 703/05 – NZA 2007, 36, 38; BAG, 23.2.2021 – 5 AZR 314/20 – NZA 2021, 778, 779.

52 *Staudinger-Richardi/Fischinger* (Fn. 45), § 615 Rn. 97.

anderer Arbeitnehmer gefährdet würden, deren Schutz Vorrang vor den Interessen des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Verdienstes hat.<sup>53</sup> Angesichts der hohen Infektiosität von Covid-19 wird man das entgegen zahlreicher Stellungnahmen in der Literatur<sup>54</sup> bei allen Arbeitnehmern annehmen können, die während der Arbeitszeit regelmäßig in Kontakt mit anderen Menschen kommen.<sup>55</sup>

### (3) Präventive Freistellung?

Umstritten ist, ob ein ungeimpfter Arbeitnehmer, der nicht nachweislich mit COVID-19 infiziert ist und bei dem auch kein konkreter, tatsächengestützter Verdacht hierfür besteht, mit dem Argument freigestellt werden darf, er sei nicht geimpft *und* stelle daher eine – gesteigerte, unzumutbare – Gefahr vor allem für seine Kollegen dar. Eine Ansicht will eine solche präventive Freistellung jedenfalls dann zulassen, wenn ein dauerhaftes Maskentragen und/oder Abstandhalten aufgrund der Eigenart der zu erbringenden Arbeitsleistung nicht möglich ist.<sup>56</sup> Das überzeugt jedoch nicht, vielmehr ist mit der Gegenansicht eine nachgewiesene Infektion oder zumindest ein begründeter Ansteckungsverdacht zu verlangen.<sup>57</sup> Denn es ist zu berücksichtigen, dass durch regelmäßige Corona-Tests sowie andere Maßnahmen wie Abstand halten und Maskentragen ebenfalls Vorsorge gegen Infektionen getroffen werden kann. Zudem kann in diesem Kontext – anders als im Bereich des § 3 EFZG – nicht die Wertung des § 56 Abs. 4 IfSG herangezogen werden, setzt dieser doch zumindest den hier gerade nicht vorliegenden Verdacht einer Erkrankung oder Ansteckungsgefahr voraus. Angesichts dessen wird man hier nicht von einem eine Freistellung rechtfertigenden Überwiegen der Arbeitgeberinteressen gegenüber dem grundrechtlich geschützten Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers ausgehen können.

### e) Fragerecht nach Impfstatus

Die obigen Ausführungen sind jedoch nur dann praktisch relevant, wenn der Arbeitgeber den Impfstatus des betroffenen Arbeitnehmers kennt. Legt ihn dieser nicht freiwillig offen, stellt sich mithin das Problem, ob dem Arbeitgeber ein Fragerecht/Auskunftsanspruch zusteht.

#### (1) Ausschluss wegen §§ 20a Abs. 1, 23a, 36 Abs. 3 IfSG?

Das Recht des Arbeitgebers, den Impfstatus abzufragen bzw. eine Pflicht des Arbeitnehmers, ihn nachzuweisen,

wird im IfSG ausschnittsweise für bestimmte Personengruppen normiert:

1. § 23a IfSG gibt dem Arbeitgeber ein Recht zur Verarbeitung von personenbezogenen Daten über den Impf- und Serostatus bzgl. der Beschäftigten der in § 23 Abs. 3 IfSG genannten Einrichtungen, soweit dies erforderlich ist, um über die Begründung des Arbeitsverhältnisses oder über Art und Weise einer Beschäftigung zu entscheiden.
2. § 36 Abs. 3 IfSG gibt den in § 36 Abs. 1, 2 IfSG genannten Einrichtungen dasselbe Recht hinsichtlich der bei ihnen Beschäftigten.
3. Ab dem 16. März 2022 müssen die in Einrichtungen nach § 20a Abs. 1 S. 1 IfSG tätigen Personen deren Leiter entweder einen Impf- oder einen Genesenennachweis oder einen Nachweis darüber erbringen, dass sie auf Grund einer medizinischen Kontraindikation nicht gegen COVID-19 geimpft werden können, § 20a Abs. 3 IfSG.

Angesichts dieser Spezialregelungen stellt sich die Frage, ob außerhalb deren Geltungsbereichen ein Auskunftsanspruch schon im Gegenschluss zu ihnen ausscheidet. Prima vista erscheint das plausibel. Allerdings ist nicht zu verkennen, dass § 23a S. 3 IfSG bzw. § 36 Abs. 3 S. 2 IfSG gleichlautend darauf verweisen, dass »[i]m Übrigen [...] die Bestimmungen des allgemeinen Datenschutzrechts [gelten]«. Ausweislich der Entwurfsbegründung zu § 23a S. 3 IfSG war Grund für diese Regelung, dass »[a]uch in anderen Konstellationen und für andere Personengruppen [...] eine entsprechende Datenerhebung, -verarbeitung oder -nutzung im Einzelfall erforderlich werden und nach allgemeinem Datenschutzrecht rechtmäßig sein [kann]«<sup>58</sup>. In Bezug auf § 36 Abs. 3 S. 2 IfSG betonte der Gesetzgeber überdies, dass »es für andere Beschäftigtendaten und für Beschäftigte außerhalb des Anwendungsbereichs der § 36 Absatz 1 und 2 bei den allgemeinen Bestimmungen [bleibt]«<sup>59</sup>. Daraus folgt: Die §§ 23a, 36 Abs. 3 IfSG

53 BAG, 26.4.1956 – GS 1/56 – BAGE 3, 66, 74 f.; BAG, 29.10.1987 – 2 AZR 144/87 – NZA 1988, 465.

54 Vgl. Dehmel/Hartmann, BB 2020, 885, 888; Sagan/Brockfeld, NJW 2020, 1112, 1114; Weller/Lieberknecht/Habrigh, NJW 2020, 1017, 1019.

55 Fischinger/Hengstberger, JA 2020, 561, 567.

56 D. Gutzeit, DB 2021, 955, 957 f.

57 Seidel/Ahnefeld, AuA 2021, 24, 27; vgl. auch Benkert, NJW-Spezial 2021, 50, 51.

58 BT-Drs. 18/10938, S. 65.

59 BT-Drs. 19/32275, S. 29.

sind richtigerweise nicht als abschließende Sonderregelungen zu begreifen, welche im Gegenschluss einen Rückgriff auf allgemeine Auskunftsansprüche ausschließen würden.<sup>60</sup>

## (2) Auskunftsanspruch aus § 242 BGB/Datenschutzrecht

Die Entscheidung darüber, ob der Arbeitgeber den Impfstatus eines Arbeitnehmers abfragen kann, hängt somit zunächst davon ab, ob ihm der allgemeine zivilrechtliche Auskunftsanspruch aus § 242 BGB zusteht. Dieser greift ein, wenn zwischen Berechtigtem und Verpflichtetem eine besondere rechtliche Beziehung besteht, der Berechtigte in entschuldbarer Weise über den bestehenden Umfang eines feststehenden oder wahrscheinlichen Rechts im Ungewissen ist und der Verpflichtete die zur Beseitigung der Ungewissheit erforderliche Auskunft unschwer erteilen kann, ohne dass dadurch die Darlegungs- und Beweissituation im Prozess unzulässig verändert wird.<sup>61</sup> In den obigen Konstellationen, in denen der Impfstatus des Arbeitnehmers relevant wird, liegen diese Voraussetzungen vor: Zwischen ihm und dem Arbeitgeber besteht mit dem Arbeitsverhältnis eine Sonderrechtsbeziehung, der Arbeitgeber kann den Impfstatus, den er für die Ausübung eines konkreten Rechts – zB. Abwehr eines geltend gemachten Anspruchs auf Entgeltfortzahlung aus § 3 EFZG – benötigt, typischerweise nicht kennen und ohne Abfrage beim Arbeitnehmer auch nicht selbst ermitteln, dem Arbeitnehmer wäre die Auskunftserteilung unschwer möglich und es droht auch keine unzulässige Veränderung der Darlegungs- und Beweissituation (muss der Arbeitgeber doch zB. immer noch die Kausalität zwischen unterlassener Impfung und zur Arbeitsunfähigkeit führender Erkrankung an COVID-19 darlegen und beweisen).

Zusätzlich zu den Voraussetzungen des allgemeinen zivilrechtlichen Auskunftsanspruchs aus § 242 BGB sind aber die durch das Datenschutzrecht gezogenen Grenzen zu beachten. Bei dem Impfstatus handelt es sich um ein Gesundheitsdatum iSv. Art. 9 Abs. 1, 4 Nr. 15 DSGVO.<sup>62</sup> Eine Impfabfrage kommt demnach nur in Betracht, wenn der Arbeitnehmer darin freiwillig einwilligt oder wenn sie zur Ausübung von Rechten oder zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht erforderlich ist und sie das schutzwürdige Interesse des Arbeitnehmers an dem Ausschluss der Verarbeitung überwiegt, Art. 88 Abs. 1 DSGVO, § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG. In der Literatur ist umstritten,

ob diese Voraussetzungen in Bezug auf den Impfstatus gegen COVID-19 vorliegen.<sup>63</sup>

Richtigerweise wird man eine Abfrage des Impfstatus jedenfalls dann für zulässig halten müssen, wenn der Arbeitnehmer wegen einer Infektion mit COVID-19 arbeitsunfähig erkrankt ist oder abgesondert wird. Da die Zahlungsverpflichtung aus § 3 EFZG oder § 616 BGB wegen Verschuldens des Arbeitnehmers ausgeschlossen sein kann, der Arbeitgeber in entschuldbarer Weise über seine Pflicht zur Lohnfortzahlung im Ungewissen ist und der Arbeitnehmer unschwer die erforderliche Auskunft erteilen kann, ist die Impfabfrage zur Erfüllung rechtlicher Pflichten aus dem Arbeitsrecht erforderlich und mithin datenschutzrechtlich zulässig.<sup>64</sup>

Lobt ein Arbeitgeber eine Impfprämie aus, so folgt daraus zwar kein Recht, quasi vorsorglich den Impfstatus aller seiner Arbeitnehmer abfragen zu dürfen. Zulässig ist es dann jedoch, die Auszahlung der Prämie von einem Impfnachweis abhängig zu machen.

Im Rahmen der obigen Freistellungskonstellationen besteht hingegen kein Fragerecht nach dem Impfstatus: Eine die Nicht-Impfung sanktionierende Freistellung ist schon im Ausgangspunkt ebenso unzulässig wie eine rein präventive Freistellung, so dass deswegen naturgemäß kein Fragerecht in Betracht kommt. Und für eine – rechtlich zulässige – Freistellung wegen Ansteckung(-sverdachts) spielt der Impfstatus keine entscheidende Rolle, so dass insoweit eine Abfrage des Impfstatus nicht erforderlich und damit datenschutzrechtlich nicht zulässig ist.

60 Ebenso *Fuhrrott/Fischer*, NJW 2021, 657, 661; *Niklas/Köllmann*, ArbRB 2021, 77, 78.

61 Vgl. BAG, 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113, 1116; BGH, 6.5.2004 – III ZR 248/03 – VIZ 2004, 492, 494.

62 *Weichert*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO BDSG, 3. Aufl., München 2020, Art. 9 DS-GVO Rn. 39; *Thüsing/Bleckmann/Rombey*, CoVuR 2021, 66, 70 mit Fn. 64.

63 Ablehnend *Naber/Schulte*, NZA 2021, 81, 84; *Seidel/Ahnefeld*, AuA 2021, 24, 25; *Pflüger*, ARP 2021, 145, 148; bejahend *Fuhrrott/Fischer*, NJW 2021, 657, 661; *Moderegger*, ArbRB 2021, 273, 274; differenzierend *Gräf*, NZA 2021, 1361, 1365 f.

64 Ebenso – beschränkt auf die Fälle des § 56 Abs. 1, 5 IfSG – *Gräf*, NZA 2021, 1361, 1365 f. sowie das Bundesministerium für Gesundheit (s. <https://www.bundesgesundheitsministerium.de/coronavirus/faq-arbeitnehmerselbststaendige-faq-impfstatusabfrage.html> [10.2.2022]).

### 3. Situation bei Neuverträgen

#### a) Impfung als Einstellungsbedingung?

Fraglich ist, ob ein Arbeitgeber die Einstellung eines neuen Arbeitnehmers davon abhängig machen darf, dass dieser gegen COVID-19 geimpft ist bzw. sich vor Vertragsbeginn impft.

Materiell-rechtlich wird man das angesichts der Vertragsfreiheit des Arbeitgebers grundsätzlich für zulässig halten müssen. Insbesondere liegt kein Verstoß gegen § 612a BGB vor, ist dieser doch im Anbahnungsverhältnis gar nicht anwendbar.<sup>65</sup> Auch eine Verletzung von §§ 7, 1 AGG scheidet in der Regel aus, ist doch keines der in § 1 AGG genannten Merkmale einschlägig.<sup>66</sup>

Die Impfung zur Einstellungsbedingung zu erheben ist in der Praxis aber nur möglich, wenn der Arbeitgeber überhaupt davon weiß, dass der Bewerber bislang nicht geimpft ist. Legt der Bewerber dies von sich aus nicht ungefragt offen, stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber ein entsprechendes Frage-/Datenerhebungsrecht hat. Das wird in der Literatur – mit Ausnahme der von § 20a IfSG, §§ 23a, 23 Abs. 3 IfSG bzw. § 36 Abs. 3 IfSG erfassten Konstellationen – zutreffend abgelehnt.<sup>67</sup> Ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers an der Kenntnis des Impfstatus ist in der Anbahnungsphase nämlich überhaupt nicht erkennbar. Denn selbst wenn der Arbeitgeber in dem angestrebten Arbeitsverhältnis hinsichtlich Hygiene- und Schutzmaßnahmen zwischen Geimpften und Ungeimpften differenzieren will (und juristisch darf!), bedarf es keines Fragerechts vor Begründung des Arbeitsverhältnisses. Vielmehr würde es völlig ausreichen, dass er den Impfstatus nach Vertragsschluss und vor Aufnahme der tatsächlichen Arbeit erfährt. Die Situation ähnelt in gewisser Weise derjenigen bei der Frage nach einer eventuellen Schwerbehinderung oder einer Gewerkschaftszugehörigkeit des Bewerbers, bei der ein Fragerecht vor Begründung des Arbeitsverhältnisses ebenfalls ausscheidet.<sup>68</sup>

Damit zeigt sich: Ein Arbeitgeber kann die Impfung gegen COVID-19 zwar theoretisch zur Einstellungsvoraussetzung erheben, praktisch wird eine solche Geschäftspolitik aber daran scheitern können, dass er den Bewerber vor Begründung des Arbeitsverhältnisses nicht zulässigerweise nach dessen Impfstatus fragen darf.<sup>69</sup>

#### b) Impfpflicht im Arbeitsvertrag?

Unabhängig von den obigen Überlegungen ist fraglich, ob der Arbeitgeber einem (neu einzustellenden) Arbeitnehmer im Arbeitsvertrag wirksam eine Impfpflicht auferlegen kann. Das ist in der Regel zu verneinen, kann von einer echten freiwilligen Entscheidung des Bewerbers in der Bewerbungssituation keine Rede sein. Entsprechend verletzte eine solche Klausel das Selbstbestimmungsrecht des Bewerbers über seinen eigenen Körper und verstieße gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 BGB bzw. – bei echten Individualvereinbarungen – gegen § 138 Abs. 1 BGB.<sup>70</sup>

## V. COVID-19 und Urlaub(srecht)

Schließlich warf die Corona-Krise auch in Bezug auf das Urlaubsrecht einige Fragen auf,<sup>71</sup> von denen im Folgenden zwei näher beleuchtet werden sollen.

### 1. Urlaubsanspruch bei »Kurzarbeit Null«

Eine Frage betrifft die Problematik, ob sich die Reduzierung der Arbeitszeit durch Kurzarbeit auf den Erwerb von Urlaubsansprüchen auswirkt. In besonderer Dringlichkeit stellt sich diese Frage naturgemäß bei der »Kurzarbeit Null«, bei der zeitweise überhaupt keine Arbeitsleistung mehr erbracht wird.

In einem nun vom BAG entschiedenen Fall befand sich die Klägerin – eine Bäckereiangestellte – im Jahr 2020 fast fünf Monate in »Kurzarbeit Null«. Sie war dennoch der

65 MüKo-BGB-Müller-Glöge (Fn. 5), § 612a Rn. 14; Staudinger-Richardi/Fischinger (Fn. 45), § 612a Rn. 8.

66 In Sonderfällen kann aufgrund der Religion des Bewerbers etwas anderes gelten (s. Krainbring, NZA 2021, 247, 250).

67 Seidel/Ahnefeld, AuA 2021, 24, 26; anders Rombach/Müller, SpuRt 2022, 1317.

68 Vgl. Staudinger-Richardi/Fischinger (Fn. 45), § 611a Rn. 566, 577 jeweils mwN.

69 Tut er es dennoch, drohen ggf. Schadensersatzverpflichtungen nach § 83 BDSG.

70 Ebenso Seidel/Ahnefeld, AuA 2021, 24, 25; Müller/Ahrendt, ArbRAktuell 2021, 309, 311; für Profisportler wird das zT. anders gesehen (Rombach/Müller, SpuRt 2021, 118, 121; differenzierend Fischinger, SpoPrax 2021, 384, 395).

71 Vgl. auch Fischinger, Urlaubsrecht 2020 im Schatten von Corona: 10 arbeitsrechtliche Antworten, abzurufen unter <https://www.juris.de/jportal/nav/services/juris-magazin/urlaubsrecht-2020/index.jsp> (10.2.2022).

Auffassung, dass ihr für das Jahr 2020 der gesamte Jahresurlaub zustünde. Die Phasen der »Kurzarbeit Null« seien nicht anspruchsmindernd zu berücksichtigen, setze das BUrlG doch keine tatsächliche Beschäftigung, sondern allein den rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses voraus.

### a) Bisherige Rechtsprechung

Nach der früheren Rechtsprechung des BAG hing nicht nur die Entstehung des Urlaubsanspruchs *dem Grunde nach*, sondern auch dessen *Umfang* allein vom rechtlichen Bestand des Arbeitsverhältnisses ab. Nicht maßgeblich sollte hingegen sein, ob und in welchem Umfang der Arbeitnehmer im jeweiligen Kalenderjahr tatsächlich gearbeitet hatte.<sup>72</sup>

Im Gefolge mehrerer Judikate des EuGH gab das BAG seine Ansicht aber auf. Laut EuGH wird der unionsrechtlich gebotene Mindesturlaubsanspruch (Art. 7 RL 2003/88/EG) zu dem Zweck gewährt, dem Arbeitnehmer eine Erholung von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu ermöglichen. Daher basiere der Anspruch auf bezahlten Jahresurlaub auf der Prämisse, dass der Arbeitnehmer im Laufe des Referenzzeitraums tatsächlich gearbeitet hat. Den Anspruch erwerbe er deshalb nur für Zeiträume, in denen er Arbeitsleistungen erbracht hat.<sup>73</sup> In Anlehnung an diese Rechtsprechung des EuGH hatte sodann auch das BAG entschieden, dass Zeiten (unbezahlten) Sonderurlaubs bei der Berechnung des Urlaubsanspruchs anspruchsmindernd zu berücksichtigen seien.<sup>74</sup> Unbezahlter Sonderurlaub in diesem Sinne ist zB. ein »sabbatical« für Freizeit-/Reise- oder Fortbildungszwecke, die Freistellung wegen der Pflege pflegebedürftiger naher Angehöriger nach dem PflegeZG oder die Inanspruchnahme von Elternzeit.<sup>75</sup>

Unionsrechtlich gebotene Ausnahmen von diesem Grundsatz anerkannte das BAG nur in zwei Konstellationen: Erstens für Zeiten, während derer ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist (unabhängig davon, ob er für diese noch Anspruch auf Entgeltfortzahlung hatte oder dieser, wegen Ablaufs der Sechswochenfrist des § 3 EFZG, zwischenzeitlich entfallen war). Zweitens für Zeiten, in denen eine Frau einem Beschäftigungsverbot wegen Mutterschutzes (§§ 3 ff. MuSchG) unterliegt.<sup>76</sup>

### b) Aktuelle Entscheidungen und Stellungnahme

Wie das BAG nunmehr – im Einklang mit den beiden Vorinstanzen<sup>77</sup> und der Literatur<sup>78</sup> – in einem bisher nur als Pressemitteilung vorliegenden Urteil entschied, werde

auch während Phasen der »Kurzarbeit Null« kein Urlaubsanspruch erworben, da die für unbezahlten Sonderurlaub geltenden Grundsätze übertragbar seien.<sup>79</sup>

Dem ist zuzustimmen. Insbesondere überzeugt die Annahme des EuGH, dass der Urlaubsanspruch zu dem Zweck gewährt wird, es dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich von der *mit der Ausübung seiner Arbeitspflichten einhergehenden Belastungen* zu erholen<sup>80</sup> (allerdings verkennen EuGH und BAG diese grundlegende Erkenntnis, wenn sie in anderem Kontext den Erben eines im laufenden Arbeitsverhältnis verstorbenen Arbeitnehmers einen Anspruch auf Urlaubsabgeltung zubilligen<sup>81</sup>). Weil dieser Zweck während Zeiten, in denen wegen »Kurzarbeit Null« keine Arbeitsleistung erbracht wird, offenkundig nicht einschlägig ist, ist die Gewährung eines bezahlten Urlaubsanspruchs nicht angezeigt. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass »Kurzarbeit Null« – anders als typischerweise ein unbezahlter Sonderurlaub für zB. ein »sabbatical« – in aller Regel nicht auf die Initiative des Arbeitnehmers zurückgeht, ja der Arbeitnehmer ihr unter Umständen nicht einmal zugestimmt haben muss (weil entweder der Arbeitgeber sie einseitig auf Basis einer zulässigen Kurzarbeitsklausel im Arbeitsvertrag oder einer Betriebsvereinbarung nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 Alt. 1 BetrVG eingeführt hat). Denn das ändert eben nichts daran, dass während der »Kurzarbeit Null« keine arbeitsbedingten Belastungen entstehen.

72 BAG, 6.5.2014 – 9 AZR 678/12 – NZA 2014, 959.

73 EuGH, 4.10.2018 – C-12/17 – NJW 2019, 825; EuGH, 13.12.2018 – C-385/17 – NZA 2019, 47, 48; EuGH, 25.6.2020 – C-762/18 – NZA 2020, 1001.

74 BAG, 19.3.2019 – 9 AZR 406/17 – NZA 2019, 1435; BAG, 21.5.2019 – 9 AZR 259/18 – NZA 2019, 1365.

75 Vgl. EuGH, 4.10.2018 – C-12/17 – NJW 2019, 825; BAG, 19.3.2019 – 9 AZR 362/18 – NZA 2019, 1141.

76 Vgl. EuGH, 18.3.2004 – C-342/01 – NZA 2004, 535; EuGH, 20.1.2009 – C-350/06 – AP Nr. 1 zu Richtlinie 2003/88/EG.

77 ArbG Essen, 6.10.2020 – 1 Ca 2155/20 – ECLI:DE:ARBGE:2020:1006. 1CA2155.20.00; LAG Düsseldorf, 12.3.2021 – 6 Sa 824/20 – COVuR 2021, 370.

78 Bayreuther, NZA 2020, 1057, 1061; Rudkowski, NZA 2012, 74; Schaub/Linck, Arbeitsrechts-Handbuch, 19. Aufl., München 2021, § 104 Rn. 30; ErfK-Gallner (Fn. 10), § 3 BUrlG Rn. 23.

79 BAG, 30.11.2021 – 9 AZR 225/21 – juris; so auch schon LAG Hamm, 30.8.2017 – 5 Sa 626/17 – ArbRAktuell 2018, 131 (für »Kurzarbeit Null« auf Grundlage eines Sozialplans).

80 Vgl. EuGH, 13.12.2018 – C-385/17 – Rn. 26, juris.

81 S. dazu EuGH, 12.6.2014 – C-118/13 – NZA 2014, 651; EuGH, 6.11.2018 – C-596/16 u. C-570/16 – NJW 2018, 1237; BAG, 22.1.2019 – 9 AZR 45/16 – NZA 2019, 829; dazu Fischinger, AP Nr. 92 zu § 7 BUrlG; Staudinger-Richardi/Fischinger (Fn. 45), § 613 Rn. 15 ff.

Dass die Phase der »Kurzarbeit Null« für den Arbeitnehmer mit anders gearteten Belastungen – zB. wegen Kinderbetreuung oder wegen finanzieller Sorgen aus Angst vor Verlust des Arbeitsplatzes – verbunden sein kann und in der Corona-Krise sicherlich auch war, spielt keine Rolle, handelt es sich hierbei doch um private, nicht arbeitsplatzbezogene und mithin nicht über einen gesetzlichen Urlaubserholungsanspruch auszugleichende Erschwernisse.

Auch aus dem Umstand, dass bei »Kurzarbeit Null« in aller Regel Anspruch auf Kurzarbeitergeld (§§ 95 ff. SGB III) besteht und deshalb anders als in dem vom BAG zunächst entschiedenen Konstellationen kein *unbezahlter* Sonderurlaub vorlag, ändert sich nichts. Mittels des Kurzarbeitergeldes soll der Arbeitnehmer zwar finanziell abgesichert,<sup>82</sup> nicht aber so gestellt werden, als habe er tatsächlich gearbeitet. Der Zweck des Kurzarbeitergeldes spricht überdies eher gegen als für den Erwerb von Urlaubsansprüchen bei »Kurzarbeit Null«. Denn das Kurzarbeitergeld wird vor allem auch zur Erhaltung von Arbeitsplätzen gewährt, indem dem Arbeitgeber ein Anreiz dafür geboten wird, die Arbeitnehmer auch bei länger andauernden Krisen nicht zu entlassen.<sup>83</sup> Würde man nun aber entgegen der hier vertretenen Auffassung bei »Kurzarbeit Null« Urlaubsansprüche entstehen lassen, resultierten daraus finanzielle Lasten für den Arbeitgeber, die diesem einen Anreiz geben könnten, das Arbeitsverhältnis doch entgegen der mit §§ 95 ff. SGB III verfolgten Intention zu beenden.

Der hier postulierten Ansicht lässt sich ferner nicht überzeugend entgegenhalten, es fehle ihr an der (notwendigen) gesetzlichen Fundierung für eine Kürzung von Urlaubsansprüchen in Zeiten von »Kurzarbeit Null«. Im Gegenteil, denn wenn nach § 3 Abs. 1, 2 BUrlG der Umfang des Urlaubsanspruchs von der Zahl der (regelmäßigen) Arbeitstage abhängt, so entspricht es der gesetzgeberischen Wertung, dass unterjährige Schwankungen und damit erst recht ein zeitweiser vollständiger Arbeitsausfall anspruchsmindernd berücksichtigt werden. Aus § 11 Abs. 3 S. 3 BUrlG und § 96 Abs. 4 S. 2 Nr. 2 SGB III folgt nichts anderes: Ersterer trifft eine Vorgabe für die Höhe des Urlaubsentgeltanspruchs bei *bestehendem* Urlaubsanspruch, letzterer normiert eine Voraussetzung für den Bezug von Kurzarbeitergeld. Beide treffen damit gerade keine Aussage über die *Entstehung* von Urlaubsansprüchen während Kurzarbeit (Null).

## c) Ergebnis

Von den genannten, unionsrechtlich gebotenen Ausnahmen bei arbeitsunfähiger Erkrankung und Schutzzeiten nach dem MuSchG abgesehen, wird man von dem Grundsatz ausgehen können, dass der Arbeitnehmer während Zeiten, in denen er keine Arbeitsleistung erbringt, auch keine Urlaubsansprüche erwirbt.<sup>84</sup> Entsprechend entstehen für Phasen der »Kurzarbeit Null« keine Urlaubsansprüche.

## 2. Absonderungsanordnung während Urlaub

### a) Problemstellung und Meinungsstand

Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist, wie es sich urlaubsrechtlich auswirkt, wenn gegen einen Arbeitnehmer, der sich im vom Arbeitgeber bewilligten Urlaub befindet, eine Absonderungsanordnung (§ 30 Abs. 1 S. 2 IfSG) ergeht. Juristisch unproblematisch ist dies nur dann, wenn der Arbeitnehmer ein ärztliches Zeugnis vorlegen kann, nach welchem er während des Urlaubs (zeitweise) *arbeitsunfähig erkrankt* war. Denn dann werden nach § 9 BUrlG die entsprechenden Tage auf den Jahresurlaub nicht angerechnet, sprich: dieser ist vom Arbeitgeber als bezahlte Freistellung nachzugewähren.<sup>85</sup> Was aber gilt, wenn der abgesonderte Arbeitnehmer *nicht krank* oder zwar *krank, aber nicht arbeitsunfähig* ist? Die betroffenen Arbeitnehmer beriefen sich insoweit auf eine analoge Anwendung von § 9 BUrlG und verlangten ebenfalls Urlaubsnachgewährung. Vor den (Landes-)Arbeitsgerichten sind sie damit im Rahmen der Corona-Krise aber – soweit ersichtlich – bislang sämtlich gescheitert, und zwar selbst dann, wenn sie behördlich als »Kranke« iSv. § 2 Nr. 4 IfSG eingestuft waren.<sup>86</sup>

Dagegen hatte der BGH im Jahr 1978 entschieden, dass auf einen Ausscheider – und damit eine Person, die nach damaliger (§ 2 Nr. 4 BSeuchG) wie heutiger (§ 2 Nr. 6 IfSG)

82 Bieback, in: Rolfs/Giesen/Kriekebohm/Mefling/Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online Kommentar Sozialrecht, München, Stand 1.12.2021, § 95 SGB III Rn. 1.

83 Kühl, in: Brand (Hrsg.), SGB III, 9. Aufl., München 2021, § 95 Rn. 2; Müller-Grune, in: jurisPK-SGB III, Stand 17.12.2021, § 95 Rn. 31.

84 Vgl. für Zeiten strafhaftbedingter Nichterfüllung der Arbeitspflicht Fischinger, *SpoPrax* 2022, 14, 15.

85 *ErfK-Gallner* (Fn. 10), § 9 BUrlG Rn. 6; *HWK-Schinz* (Fn. 2), § 9 BUrlG Rn. 15.

86 LAG Düsseldorf, 15.10.2021 – 7 Sa 857/21 – *ArbRAktuell* 2022, 78; LAG Köln, 13.12.2021 – 2 Sa 488/21 – ECLI:DE:LAGK:2021:1213.2SA488.21.00 (jeweils Revision zugelassen); ArbG Bremen-Bremerhaven, 8.6.2021 – 6 Ca 6035/21 – ECLI:DE:ARBGH:2021:0608.6CA6035.21.0A; ArbG Halle, 23.6.2021 – 4 Ca 285/21 – *juris*; ArbG Neumünster, 3.8.2021 – 3 Ca 362 b/21 – NZA-RR 2021, 545 (jeweils Berufung eingelegt); aus der Literatur vgl. *Hein/Tophof*, NZA 2021, 601; *Merath*, NZA-RR 2021, 518; BeckOK-ArbR-Lampe (Fn. 16), § 9 BUrlG Rn. 1; *Busch*, *jurisPR-ArbR* 37/2021, Anm. 7.

Definition nicht einmal krank oder auch nur krankheitsverdächtig ist – § 9 BUrlG analog anzuwenden sei, wenn eine Prüfung im Einzelfall ergebe, dass durch die seuchenrechtlichen Beschränkungen die Gestaltung, die der Betroffene seinem Erholungsurlaub üblicherweise gegeben hätte, tatsächlich erheblich beeinträchtigt worden ist.<sup>87</sup>

## b) Stellungnahme

Unproblematisch scheidet eine *direkte* Anwendung von § 9 BUrlG aus, wenn der von der Absonderungsanordnung Betroffene Ausscheider oder Ansteckungsverdächtiger iSv. § 2 Nr. 6, 7 IfSG ist, ist er dann doch per definitionem schon nicht krank oder auch nur krankheitsverdächtig. Wie das LAG Düsseldorf mit Recht betonte, gilt aber auch dann nichts anderes, wenn er Kranker iSv. § 2 Nr. 4 IfSG und – a fortiori – wenn er Krankheitsverdächtiger iSv. § 2 Nr. 5 IfSG ist.<sup>88</sup> Denn aus der »bloßen« Erkrankung folgt eben noch nicht, dass der Betroffene – wie § 9 BUrlG explizit voraussetzt – auch arbeitsunfähig gewesen wäre. Sähe man dies anders, verletzte man die grundlegende Systematik des zwischen Erkrankung und Arbeitsunfähigkeit klar unterscheidenden BUrlG.

Denkbar ist somit allein eine *analoge* Anwendung von § 9 BUrlG. Nach allgemeiner Methodenlehre setzt eine solche Analogie neben einer *planwidrigen* Regelungslücke eine vergleichbare Interessenlage voraus.<sup>89</sup>

Zumindest am Vorliegen einer *planwidrigen* Regelungslücke fehlt es richtigerweise: Auch das BUrlG ist von dem allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatz geprägt, dass der Gläubiger (= Arbeitnehmer) das Risiko der Verwendbarkeit der Leistung trägt.<sup>90</sup> Der Schuldner (= Arbeitgeber) hat mit der unwiderruflichen Erteilung des Urlaubs (§ 7 Abs. 1 BUrlG) alles seinerseits Erforderliche getan, der Urlaubsanspruch erlischt deshalb.<sup>91</sup> Daran ändert der Umstand, dass der Urlaub nicht wie vom Arbeitnehmer geplant stattfinden kann, nichts; entsprechend berechtigt dies den Arbeitnehmer nicht dazu, Urlaubsnachgewährung zu verlangen. Das folgt – auch – im Gegenschluss zu den §§ 9, 10 BUrlG, die eine abschließende gesetzliche<sup>92</sup> Durchbrechung dieses Grundsatzes darstellen.<sup>93</sup> Entsprechend hat es das BAG in der Vergangenheit mit Recht abgelehnt, § 9 BUrlG auf andere Konstellationen – zB. bei einem einer Schwangeren während ihres Urlaubs auferlegten Beschäftigungsverbots – analog anzuwenden.<sup>94</sup> Überdies spricht gegen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke, dass das Problem seuchen- bzw. – in der

heutigen Terminologie – infektionsbedingter Beeinträchtigungen von Urlaubsplänen bei Schaffung des BUrlG bekannt war, der Gesetzgeber aber dennoch keine § 9 BUrlG vergleichbare Regelung für solche Fälle normierte; umso mehr gilt dies, als der in Corona-Zeiten sehr aktive Gesetzgeber insoweit ebenfalls nichts unternahm.

Im Übrigen dürfte auch die Vergleichbarkeit der Interessenlage zu verneinen sein. Zwar ist einzuräumen, dass der von einer Absonderungsanordnung Betroffene in seiner Lebensgestaltung erheblich eingeschränkt ist.<sup>95</sup> Allein: Die damit verbundene Beeinträchtigung der Urlaubsfreude genügt noch nicht, um eine Analogie zu rechtfertigen. Denn auch wer auf einen zeitweisen Aufenthalt in den eigenen vier Wänden beschränkt ist, kann einer Vielzahl von Freizeit- und Erholungsbeschäftigungen nachgehen. Mit der Situation eines arbeitsunfähig Erkrankten ist das nicht vergleichbar, insbesondere wenn dieser »das Bett hüten« muss. Sähe man dies mit dem BGH anders, müsste man stets die mit erheblichsten Wertungsschwierigkeiten verbundene Einzelfallfrage klären, in welchem Umfang und zu welchem Grad die Urlaubspläne des Betroffenen durch den beeinträchtigenden Umstand behindert oder vereitelt wurden. Genügte für eine Analogie zu § 9 BUrlG zB. ein unerwartet schwerer »Jetlag«, die zeitweise Erkrankung der Reisepartnerin, ein Unwetter, welches die geplante Sightseeing-Tour unmöglich macht oder die Notwendigkeit, eine wichtige private Angelegenheit vom Urlaubsort aus zu regeln? Der BGH hat die Tür für eine solche, jeglicher Rechtssicherheit Hohn sprechenden Einzelfallprüfung, die überdies Parallelen zur berüchtigten Reisepreisminde-rungsproblematik aufwies, im Jahr 1978 weit aufgestoßen. Gut, dass die Arbeitsgerichte sie im Zuge der Corona-Krise wieder fest geschlossen haben.

87 BGH, 30.11.1978 – III ZR 43/77 – NJW 1979, 422; dem folgend *Neumann*, in: *Neumann/Fenski/Kühn* (Hrsg.), BUrlG, 12. Aufl., München 2021, § 9 Rn. 7.

88 LAG Düsseldorf, 15.10.2021 – 7 Sa 857/21 – Rn. 3, juris.

89 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl., München 2020, Rn. 889.

90 Vgl. zB. im Kontext von § 615 BGB *E. Picker*, FS Huber, 2006, 497, 532 f., 538; *Fischinger/Hengstberger*, NZA 2020, 559, 560.

91 *Fischinger*, Arbeitsrecht (Fn. 6), Rn. 653.

92 Denkbar ist, dass der Grundsatz zugunsten des Arbeitnehmers tarif- oder arbeitsvertraglich auf andere Konstellationen erstreckt wird.

93 Vgl. BAG, 10.5.2005 – 9 AZR 251/04 – NZA 2006, 439, 441; *BeckOK-ArbR-Lampe* (Fn. 16), § 9 BUrlG Rn. 1.

94 BAG, 10.5.2005 – 9 AZR 251/04 – NZA 2006, 439, 441; vgl. auch BAG, 10.5.2005 – 9 AZR 251/04 – NZA 2006, 439.

95 So BGH, 30.11.1978 – III ZR 43/77 – NJW 1979, 422 für Ausscheider.