

Bundesarbeitsgericht  
Fünfter Senat

Urteil vom 4. Mai 2022  
- 5 AZR 366/21 -  
ECLI:DE:BAG:2022:040522.U.5AZR366.21.0

I. Arbeitsgericht Wuppertal

Urteil vom 23. September 2020  
- 7 Ca 1468/20 -

II. Landesarbeitsgericht Düsseldorf

Urteil vom 30. März 2021  
- 8 Sa 674/20 -

---

Entscheidungsstichworte:

Betriebsrisiko - Corona bedingte Betriebsschließung

Hinweis des Senats:

Bestätigung von BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 211/21 -

# BUNDESARBEITSGERICHT



5 AZR 366/21  
8 Sa 674/20  
Landesarbeitsgericht  
Düsseldorf

## Im Namen des Volkes!

Verkündet am  
4. Mai 2022

## URTEIL

Münchberg, Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

In Sachen

Beklagte, Berufungsklägerin und Revisionsklägerin,

pp.

Klägerin, Berufungsbeklagte und Revisionsbeklagte,

hat der Fünfte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der Beratung vom 4. Mai 2022 durch den Vizepräsidenten des Bundesarbeitsgerichts Dr. Linck, die Richterinnen am Bundesarbeitsgericht Dr. Volk und Dr. Bubach sowie die ehrenamtlichen Richter Mandrossa und Bormann für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Düsseldorf vom 30. März 2021 - 8 Sa 674/20 - teilweise aufgehoben.
2. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Arbeitsgerichts Wuppertal vom 23. September 2020 - 7 Ca 1468/20 - teilweise abgeändert, soweit die Beklagte verurteilt worden ist, an die Klägerin 666,19 Euro brutto (Vergütung wegen Annahmeverzugs) nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4. Mai 2020 zu zahlen. Auch insoweit wird die Klage abgewiesen.
3. Von den Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin 46 % und die Beklagte 54 % zu tragen. Von den Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin 36 % und die Beklagte 64 % zu tragen. Die Kosten des Revisionsverfahrens hat die Klägerin zu tragen.

## **Von Rechts wegen!**

### **Tatbestand**

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

Die Klägerin war bei der Beklagten seit dem 1. April 2016 als „Servicekraft für Spielstätten“ in Wuppertal in der Spielstätte „C“ beschäftigt. Ihre durchschnittliche Bruttomonatsvergütung betrug 2.000,00 Euro. Die Klägerin kündigte das Arbeitsverhältnis fristgerecht zum 30. April 2020. 2

Zur Bekämpfung der Corona-Pandemie erließ die Stadt Wuppertal am 16. März 2020 eine Allgemeinverfügung, um durch Maßnahmen der Kontaktreduzierung eine weitere und unkontrollierbare Verbreitung des Virus abzuwenden und so eine Überlastung des Gesundheitssystems zu verhindern (*vgl. die im Amtsblatt der Stadt Wuppertal Nr. 11/2020 vom 16. März 2020 veröffentlichte Begründung*). Da ua. der Betrieb von Freizeit-, Kultur-, Sport- und Vergnügungsstätten untersagt wurde, musste die Beklagte ihre Spielstätten schließen und die Klä- 3

gerin konnte nicht beschäftigt werden. Sie blieb auf Anordnung der Beklagten der Arbeit fern. Am 22. März 2020 trat die Verordnung zum Schutz vor Neuinfizierungen mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 des Landes Nordrhein-Westfalen (CoronaSchVO NRW) in Kraft, die durch die Verordnung zur Änderung der CoronaSchVO NRW vom 30. März 2020 neu gefasst wurde. § 3 Abs. 1 Nr. 6 CoronaSchVO NRW idF vom 30. März 2020 enthielt ein Verbot des Betriebs von Spielhallen und ähnlichen Einrichtungen. Ebenso sah sie weitgehende Schließungen im Bereich des Einzelhandels - mit der Ausnahme der für die Versorgung der Bevölkerung als notwendig angesehenen Einrichtungen - vor sowie umfassende Verbote von Veranstaltungen, Feiern und ähnlichen Zusammenkünften und die Beschränkung des Aufenthalts im öffentlichen Raum.

Die Beklagte zahlte für April 2020 keine Vergütung. Die Klägerin war ausweislich des Dienstplans für April 2020 ursprünglich für sieben Tage zwischen dem 1. und dem 12. April 2020 zur Arbeitsleistung eingeteilt, wofür ihr - der Höhe nach unstreitig - als Vergütung 666,19 Euro brutto zugestanden hätten. Die anderen Mitarbeiter der Beklagten befanden sich im streitgegenständlichen Zeitraum in Kurzarbeit und bezogen Kurzarbeitergeld, während mit der Klägerin, die ihr Arbeitsverhältnis gekündigt hatte, keine Kurzarbeit vereinbart war. 4

Mit ihrer Klage vom 25. Mai 2020 hat die Klägerin - soweit für die Revision noch von Bedeutung - Vergütung wegen Annahmeverzugs für die Zeit vom 1. bis zum 12. April 2020 verlangt. Sie hat im Wesentlichen gemeint, die Schließung der Spielstätte aufgrund hoheitlicher Anordnung sei auch vorliegend nach der Betriebsrisikolehre ein Fall des von der Beklagten als Arbeitgeberin gemäß § 615 Satz 3 BGB zu tragenden Betriebsrisikos. 5

Die Klägerin hat - soweit für die Revision noch erheblich - zuletzt sinngemäß beantragt, 6

die Beklagte zu verurteilen, an die Klägerin 666,19 Euro brutto nebst Zinsen iHv. fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 4. Mai 2020 zu zahlen.

Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und im Wesentlichen gemeint, bei einer hoheitlich angeordneten Betriebsschließung mit dem Ziel der Eindämmung der Corona-Pandemie realisiere sich nicht das vom Arbeitgeber zu tragende Betriebsrisiko. Die Schließung habe nicht an eine besondere Ansteckungsgefahr in ihrem Betrieb angeknüpft, sondern es sei unter Verfolgung des Ziels weitmöglicher Kontaktreduzierung umgekehrt entschieden worden, welche Betriebe aus volkswirtschaftlichen Gründen und zur Aufrechterhaltung der Grundversorgung geöffnet bleiben durften. 7

Das Arbeitsgericht hat der Klage, soweit für die Revision noch von Bedeutung, stattgegeben. Das Landesarbeitsgericht hat insoweit die Berufung der Beklagten zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht beschränkt zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren im Rahmen der Zulassung weiter, während die Klägerin die Zurückweisung der Revision beantragt. 8

### **Entscheidungsgründe**

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

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

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

- a) Dass die Klägerin leistungsfähig und leistungswillig (§ 297 BGB) war, steht zwischen den Parteien außer Streit. Ihrer Leistungsfähigkeit stand im streitgegenständlichen Zeitraum auch die CoronaSchVO NRW idF vom 30. März 2020 nicht entgegen. Diese enthielt kein an die Klägerin oder generell an die in den betroffenen Betrieben Beschäftigten gerichtetes Beschäftigungsverbot (*zu den Voraussetzungen eines zur Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers führenden behördlichen Beschäftigungsverbots sh. BAG 21. Oktober 2015 - 5 AZR 843/14 - Rn. 31 mwN, BAGE 153, 85; aA für Fälle wie dem vorliegenden Wolf FS Preis 2021 S. 1531, 1533, der annimmt, eine staatliche Schließungsverfügung richte sich auch an die Belegschaft*). 12
- b) Nach den Feststellungen des Landesarbeitsgerichts blieb die Klägerin der Arbeit auf Anweisung der Beklagten fern. Ein Angebot der Arbeitsleistung war damit entbehrlich. Darüber hinaus war auch aufgrund der Allgemeinverfügungen der Stadt Wuppertal bzw. der CoronaSchVO NRW offenkundig, dass die Beklagte die geschuldete Leistung nicht annehmen konnte (*vgl. hierzu BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 211/21 - Rn. 13 mwN*). 13
2. § 615 Satz 1 BGB erfasst im Arbeitsverhältnis nicht unmittelbar die Fälle der sog. „Annahmehemöglichkeit“, in denen - wie vorliegend - der Arbeitgeber die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers annehmen möchte, aber nicht annehmen kann (*vgl. zum Meinungsstand ausführlich BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 211/21 - Rn. 15 ff.*). Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Schuldrechtsreform zum 1. Januar 2002 § 615 Satz 3 BGB eingefügt. Danach gelten die Sätze 1 und 2 des § 615 BGB entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Mit dieser gesetzlich angeordneten Analogie (*BAG 28. September 2016 - 5 AZR 224/16 - Rn. 21, BAGE 157, 34*) sollte das von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisiko kodifiziert und seine Konkretisierung wie bisher der Rechtsprechung überlassen bleiben (*vgl. BT-Drs. 14/6857 S. 48; sh. dazu auch MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 97; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 10, 113; Picker FS U. Huber 2006 S. 497, 535*). Damit hat der neuere Gesetzgeber klargestellt, dass in Fällen, in denen dem Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung wegen einer Störung des 14

Arbeitssubstrats nicht möglich ist, er aber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt, der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers (§ 611a Abs. 2 BGB) nicht bereits unmittelbar nach § 615 Satz 1 BGB, sondern über dessen in § 615 Satz 3 BGB angeordnete entsprechende Anwendung aufrechterhalten bleibt (*BAG 13. Oktober 2021 - 5 AZR 211/21 - Rn. 19; ähnlich HWK/Krause aaO; im Ergebnis auch Staudinger/Schwarze [2020] § 326 Rn. C 44 ff.*). Die Gerichte haben diesen aus den Gesetzesmaterialien klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers zu respektieren und Kriterien herauszuarbeiten, die eine Risikotragung des Arbeitgebers rechtfertigen (*HWK/Krause aaO Rn. 10; Schneider FS Preis 2021 S. 1199, 1202; allgemein zur Bedeutung der historischen Auslegung BVerfG 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 -, - 1 BvR 1375/14 - Rn. 73, BVerfGE 149, 126; Rütters/Fischer/Birk Rechtstheorie 11. Aufl. § 22 Rn. 788*).

II. Ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung wegen Annahmeverzugs für den streitgegenständlichen Zeitraum kommt daher nur aus § 615 Satz 3 BGB iVm. § 615 Satz 1 BGB iVm. § 611a Abs. 2 BGB in Betracht. Nach der Rechtsgrundverweisung des § 615 Satz 3 BGB (*BeckOGK/Bieder Stand 1. Februar 2020 BGB § 615 Rn. 121; MüKoBGB/Henssler 8. Aufl. § 615 Rn. 97; HWK/Krause 9. Aufl. § 615 BGB Rn. 121; Schaub ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 101 Rn. 6; MHdB ArbR/Tillmanns 5. Aufl. § 76 Rn. 82; aA ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 122*) bleibt dem arbeitsfähigen und arbeitswilligen Arbeitnehmer im Falle der Annahmehemöglichkeit der Vergütungsanspruch aufrechterhalten, wenn der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. An Letzterem mangelt es im Streitfall. 15

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

*ArbR-HdB/Linck 19. Aufl. § 101 Rn. 5; ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 122*), also das Risiko des Arbeitgebers, seinen Betrieb betreiben zu können.

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

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

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 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 120 f.*), grundsätzlich das Betriebsrisiko, denn



es ist seine autonome Entscheidung, die zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung führt (vgl. BAG 9. Juli 2008 - 5 AZR 810/07 - Rn. 24, BAGE 127, 119).

- b) Muss der Arbeitgeber aufgrund einer behördlichen Anordnung im Rahmen und zur Bekämpfung der Pandemie seinen Betrieb (vorübergehend) schließen, lässt sich die Annahme, der Arbeitgeber trage in diesem Fall stets das Risiko des Arbeitsausfalls nach § 615 Satz 3 BGB, nicht mit „höherer Gewalt“ begründen (*aA unter Hinweis auf die Rechtsprechung zur Betriebsbeeinträchtigung durch Naturereignisse und -katastrophen Fischinger/Hengstberger NZA 2020, 559, 560*). Als solche stellen sich allenfalls die Pandemie bzw. der sie auslösende Krankheitserreger dar, die jedoch nicht zwingend eine Betriebsschließung bedingen, etwa, wenn durch Hygienekonzepte und entsprechende Schutzmaßnahmen der Ansteckungsgefahr ausreichend begegnet werden kann. Die Ursache der „Betriebsstörung“ liegt vielmehr in einer hoheitlichen Maßnahme, die die zuständigen staatlichen Stellen zur Bekämpfung der Pandemie für erforderlich halten (*im Ergebnis ebenso ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 132f; Maties FS 50 Jahre Juristische Fakultät Augsburg 2021 S. 425, 449*). 20
- c) Ob der Arbeitgeber das Entgeltrisiko bei einer öffentlich-rechtlich verfügbaren Betriebsschließung trägt, richtet sich nach dem Zweck der Maßnahme und somit danach, ob diese an die Arbeits- oder Produktionsbedingungen des betroffenen Betriebs und bzw. oder ein hieraus resultierendes konkretes Infektionsgeschehen in diesem Betrieb anknüpft (*ebenso Oetker FS Säcker 2021 S. 155, 160; aA Wall NZA-RR 2022, 172, 174, der auf den Adressaten der Maßnahme abstellen und hoheitlich verfügte Betriebsschließungen ausnahmslos dem Risikobereich des Arbeitgebers zuordnen will*). 21
- 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 22

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.

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 (*zustimmend Ley BB 2022, 384; Sievers/Kruppa jM 2021, 446, 448; Wank Anm. 2 AP BGB § 615 Nr. 166; Weig Anm. 1 AP BGB § 615 Nr. 166; ablehnend Marski Anm. NJW 2022, 566; Wall NZA-RR 2022, 172*). Für die Zurechnung des Betriebsrisikos in diesen Fällen genügt eine bloße „(besondere) Eigenart“ des Betriebs oder seine „Publikumsaffinität“ nicht ohne weiteres (*so aber ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 132g; Preis/Mazurek/Schmid NZA 2020, 1137, 1142 f.; wie hier im Ergebnis Sievers jurisPR-ArbR 13/2021 Anm. 4*). Hinzukommen muss vielmehr eine objektive Verantwortung für die die Verbreitung des die Pandemie auslösenden Krankheitserregers in besonderer Weise begünstigenden Arbeits- und Produktionsbedingungen in dem betroffenen Betrieb. Nur in diesem Fall handelt es sich auch um einen Grund „auf Seiten“ des Gläubigers (*Motive zum BGB 1888 Bd. II S. 68*), der es rechtfertigt, dem Arbeitgeber das Entgeltrisiko zuzuweisen. Liegen diese Voraussetzun-

23

gen nicht vor, ist es Sache des Staates, gegebenenfalls für einen angemessenen Ausgleich der den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile zu sorgen (*zutreffend Wolf FS Preis 2021 S. 1531, 1541*).

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; so auch Marski Anm. NJW 2022, 566*). 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 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 14*). Eine Entgeltzahlungspflicht nach § 615 Satz 3 iVm. Satz 1 und § 611a Abs. 2 BGB besteht in diesen Fällen nicht. Dementsprechend setzt der Anspruch auf Kurzarbeitergeld voraus, dass ein erheblicher Arbeitsausfall mit Entgeltausfall vorliegt (§ 95 Satz 1 Nr. 1 SGB III). 24

dd) Liegen die Voraussetzungen für Kurzarbeit vor und können dadurch die durch die staatlich verfügte Betriebsschließung entstehenden finanziellen Nachteile für die Arbeitnehmer abgemildert werden, dürfte der Arbeitgeber - vorbehaltlich der Umstände des Einzelfalls - aufgrund seiner Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB verpflichtet sein, von diesem Instrument Gebrauch zu machen und seinen Beschäftigten den Bezug von Kurzarbeitergeld zu ermöglichen. Anders als im Schrifttum zT angenommen (*vgl. Fischer GWR 2022, 71, 72 f.*) meint dies keine Verpflichtung zur - einseitig für den Arbeitgeber grundsätzlich nicht möglichen - Einführung von Kurzarbeit. Die Rücksichtnahmepflicht kann es jedoch erforderlich machen, dass der Arbeitgeber aktiv wird und - unter Berücksichtigung der jeweiligen betrieblichen Gegebenheiten - auf den Betriebsrat (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG) oder, soweit ein solcher nicht besteht, auf den einzelnen 25

Arbeitnehmer zugeht, um über die Einführung von Kurzarbeit zu verhandeln. Anderenfalls könnte er sich in Höhe des entgangenen Kurzarbeitergelds gegenüber den anspruchsberechtigten Arbeitnehmern (§ 95 SGB III) nach § 280 Abs. 1 BGB schadenersatzpflichtig machen (*in diese Richtung auch ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 132k*). Wie weit die Handlungspflichten der Beklagten im vorliegenden Fall reichten, bedarf keiner Entscheidung, weil die Klägerin aufgrund ihrer Eigenkündigung kein Kurzarbeitergeld hätte beziehen können.

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. 26

(1) Unerheblich ist, ob der Staat für einen adäquaten Ausgleich der den Beschäftigten durch seinen hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile tatsächlich gesorgt hat. Dass beispielsweise für geringfügig Beschäftigte ein Zugang zum Kurzarbeitergeld nicht gewährleistet ist, beruht auf Lücken in dem sozialversicherungsrechtlichen Regelungssystem. Hieraus ergeben sich indes keine Rückschlüsse auf eine Zahlungspflicht des Arbeitgebers nach § 615 Satz 3 iVm. Satz 1, § 611a Abs. 2 BGB (*zustimmend Weig Anm. 1 AP BGB § 615 Nr. 166*). 27

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

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 auch nicht mit den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Arbeitnehmerhaftung rechtfertigen (*aA ErfK/Preis 22. Aufl. BGB § 615 Rn. 132j*). Der Begriff Betriebsrisiko wird dort verwendet, um ein Abwägungsmerkmal bei der Verteilung des Haftungsrisikos zu kennzeichnen, nicht aber in der ihm sonst zukommenden Bedeutung als Lohnzahlungsrisiko bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (*so ausdrücklich BAG 27. September 1994 - GS 1/89 (A) - zu C II 2 der Gründe, BAGE 78, 56*). Ein solches „Betriebsrisiko“ bzw. eine Risikodeckung durch eine Versicherung betrifft nicht den Haftungsgrund, sondern die Schadensteilung im Rahmen des § 254 BGB. Auch bei der Arbeitnehmerhaftung soll der Arbeitgeber jedoch nicht mit dem allgemeinen Lebensrisiko des Arbeitnehmers belastet werden (*BAG 22. März 2018 - 8 AZR 779/16 - Rn. 49, 61 mwN, BAGE 162, 275*). 29

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

zulegen (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 Kleinunternehmen vorgesehenen Zahlungsmoratorium (*Art. 240 § 1 Abs. 4 Nr. 2 EGBGB*) bedeutet lediglich, dass Ansprüche auf Vergütung wegen geleisteter Arbeit oder Vergütung wegen Annahmeverzugs von den Arbeitnehmern auch im Kleinunternehmen nicht gestundet werden müssen. Sie besagt aber nichts darüber, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen bei einer im Rahmen der Bekämpfung der Corona-Pandemie behördlich verfügten Betriebsschließung ein Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs entsteht bzw. entstehen kann. 31

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

a) Die durch die im streitgegenständlichen Zeitraum geltende CoronaSchVO idF vom 30. März 2020 vorgesehene Schließung aller Spielhallen und ähnlichen Einrichtungen richtete sich nicht speziell gegen die Beklagte und nicht gegen ein gerade in deren Betrieb(en) angelegtes besonderes Gesundheitsrisiko. Entsprechendes gilt für die Allgemeinverfügung der Stadt Wuppertal vom 16. März 2020 (und deren spätere Ergänzungen), die zunächst zur Einstellung des Betriebs, in dem die Klägerin beschäftigt war, geführt hatte. 33

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

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

Linck

Volk

Bubach

Mandrossa

Bormann