

# Soziales Recht

Wissenschaftliche Zeitschrift  
für Arbeits- und Sozialrecht

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Olaf Deinert und  
Prof. Dr. Rüdiger Krause,  
Institut für Arbeitsrecht  
der Georg-August Universität  
Göttingen



in Zusammenarbeit mit

**HSI**

Hugo Sinzheimer Institut  
für Arbeits- und Sozialrecht

## Abhandlungen

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

*Philipp S. Fischinger* ..... Seite **37**

**Betrieb und Arbeitsverhältnis im Fokus der Corona-Gefahrenabwehr**

*Thomas Mann/Lorenz Lang* ..... Seite **51**

**Arbeitsrecht und Pandemie in Österreich – Ein Überblick**

*Wolfgang Kozak* ..... Seite **65**

## Rezensionsaufsätze

**Jan Armin Gärtner: Koalitionsfreiheit und Crowdwork – Zur Kollektivierung  
der Beschäftigungsinteressen soloselbständiger Crowdworker**

*Martin Gruber-Risak* ..... Seite **74**

# Faire Entgeltgestaltung im Betrieb



Meine / Rohnert / Schulte-Meine / Vetter (Hrsg.)

## Handbuch Arbeit • Entgelt • Leistung

Entgelt-Rahmentarifverträge im Betrieb –  
Zukunftstarifverträge zur Transformation  
8., aktualisierte Auflage  
2022. 524 Seiten, gebunden  
€ 46,-

ISBN 978-3-7663-7210-8

[bund-shop.de/7210](https://bund-shop.de/7210)

Das Handbuch »Arbeit • Entgelt • Leistung« ist das Standardwerk zur Anwendung der tariflichen Entgeltbestimmungen im Betrieb. Es erläutert die tariflichen Eingruppierungsmerkmale und Entgeltgrundsätze, ihre Auswahl und Anwendung sowie die Mitbestimmungsrechte der Betriebsräte. Die Bestimmungen der Entgelt-Rahmentarifverträge und konkrete Hinweise und Hilfestellungen für Betriebsräte beim Einführen und Anwenden von leistungsbezogenen Entgeltsystemen machen die Grundlagen perfekt.

Im Mittelpunkt stehen Hinweise und Hilfestellungen für das Einführen und Anwenden von leistungsbezogenen Entgeltsystemen (wie Kennzahlenvergleiche und Zielvereinbarungen). Das Buch ist auch ein bewährter Ratgeber für die Anwendung von klassischen leistungsbezogenen Entgelten (wie Akkord und Prämie). Ausführlich behandelt es die Methoden der Datenermittlung im Rahmen des Leistungsentgeltes, beispielsweise Zeitstudien und MTM-Analysen. Für Beschäftigte im Zeitentgelt behandelt das Handbuch die Rechte der Beschäftigten und Betriebsräte bei den Leistungszulagen.

Digitalisierung, Energie- und Mobilitätswende führen zur grundlegenden Transformation von Produktions- und Arbeitsweisen in der Industrie. Das Handbuch greift diese Entwicklung auf und erläutert die neue Möglichkeit zu firmenbezogenen »Zukunftstarifverträgen«.

### Soziales Recht

2/2022  
ISSN 2193-5157  
Mai 2022, 12. Jahrgang

### Herausgeber

Prof. Dr. Olaf Deinert (geschäftsführend)  
Prof. Dr. Rüdiger Krause  
Institut für Arbeitsrecht der  
Georg-August-Universität Göttingen

### in Zusammenarbeit mit:

Hugo Sinzheimer Institut für Arbeits- und Sozialrecht  
(HSI) der Hans-Böckler-Stiftung, Frankfurt

### Redaktion

Prof. Dr. Olaf Deinert  
Prof. Dr. Manfred Walser, LL.M.

### Anschrift der Redaktion

Institut für Arbeitsrecht der  
Georg-August-Universität Göttingen  
Platz der Göttinger Sieben 6  
37073 Göttingen  
Tel. 0551 / 39 – 279 48  
Fax: 0551 / 39 – 272 45  
E-Mail: sekretariat.deinert@  
jura.uni-goettingen.de

### Verlag

Bund-Verlag GmbH

### Geschäftsführer

Rainer Jöde

### Geschäftsbereich Zeitschriften

Bettina Frowein (verantwortlich)  
Tel. 069/79 50 10-83

### Anschrift des Verlages

Bund-Verlag GmbH  
Emil-von-Behring-Straße 14  
60439 Frankfurt/Main  
(ladungsfähige Anschrift)  
Tel. 069/79 50 10-0  
Fax: 069/13 30 77-666

### Anzeigen

Peter Beuther (verantwortlich)  
Heike Sandrock  
Tel. 069/79 50 10-602  
anzeigen@bund-verlag.de

Erscheint 6 x jährlich als Supplement  
der Zeitschrift Arbeit und Recht.  
Im Abonnementpreis der Zeitschrift  
Arbeit und Recht enthalten.

### Umschlag und Layout

Ute Weber, Geretsried

### Druckvorstufe

Da-TeX Gerd Blumenstein, Leipzig

### Druck

Druckerei Marquardt GmbH,  
Saulgauer Str. 3, 88326 Aulendorf

### Bezug Einbanddecken und Buchbindeservice

Tel. 02776/92288-0 oder  
bund-verlag@schaefermedien.de

Mit Namen gekennzeichnete Beiträge,  
Beilagen und Anzeigen geben nicht unbedingt die  
Meinung der Herausgeber, der Redaktion oder des  
Verlages wieder.

Alle in diesem Supplement veröffentlichten  
Beiträge und Abbildungen sind  
urheberrechtlich geschützt.

Jede Verwertung – auch auszugsweise – bedarf der  
vorherigen Zustimmung des Verlages.

# 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 Annahmehmöglichkeit des Arbeitgebers – anders als bei bloßer Annahmewilligkeit – 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; Fuhrrott/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 oft 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; Hromádka/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

Naheliegend 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 – unstreitig 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 verschiedene 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 aE); *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 überzeugt.

**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 Ausschlussstatbestand 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*, ArbRB 2021, 77, 79; aA. *Fuhlrott/Fischer*, NJW 2021, 657, 660; differenzierend *Seidel/Ahnefeld*, AuA 2021, 24, 29; *Moderegger*, ArbRB 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; *Annuß*, NZA 1994, 728, 731; *Löwisch*, 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 Abschluss 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 *Fuhlrott/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 *Fuhlrott/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-arbeitnehmerselbstaendige/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 verletzt 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*, SpuPrax 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. ICA2155.20.00; 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, spricht: 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/Mießling/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:ARBGBH: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- rungsschwierigkeiten 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 Rütters/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.



# Betrieb und Arbeitsverhältnis im Fokus der Corona-Gefahrenabwehr

Prof. Dr. Thomas Mann/Wiss. Hilfskraft Lorenz Lang, Georg-August-Universität Göttingen\*

## I. Einleitung

Die Corona-Pandemie stellt Betriebe seit nunmehr fast zwei Jahren vor beispiellose wirtschaftliche Herausforderungen. Auch wenn Großteile des Einzelhandels im Sommer 2021 zumindest annähernd Normalbetrieb aufnehmen konnten, hat die sog. vierte Welle in diesem Winter erneut zu Beschränkungen geführt. Der Gesetzgeber war durch das Auftreten des Covid-19 Virus vor die Aufgabe gestellt, ein kohärentes Schutzkonzept zu entwickeln, welches einerseits betriebspezifische Gefahren berücksichtigt und andererseits eine überobligatorische Belastung einzelner Betriebe oder Geschäftszweige vermeidet. Insbesondere in den Anfangsmonaten der Pandemie im Jahr 2020 bot der karge Gesetzestext der einschlägigen Tatbestände des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) hierfür kaum eine adäquate Grundlage. Die Betriebe waren zudem in besonderem Maße föderal bedingten Sonderwegen einzelner Länder ausgesetzt, was schließlich im Erlass der sog. »Bundesnotbremse« (§ 28b IfSG aF.) kulminierte. Die Verordnungsermächtigung des § 32 S. 1 IfSG, welche die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten an die Landesregierungen und über S. 2 an nachgeordnete Stellen delegiert, hat darüber hinaus zu einer unüberschaubaren Anzahl untergesetzlicher Corona-Regelungen geführt.<sup>1</sup> Die so bewirkte föderale Diversifizierung der Virus-Bekämpfung hat zweifellos Vorteile bei der konkreten Gefahrenabwehr vor Ort, erschwert es aber durch einen einfachen Blick ins Gesetz zu erfassen, was verboten ist und was nicht. Die erhebliche Grundrechtsrelevanz von Betriebsschließungen, insbesondere im Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 14 Abs. 1 GG, hat alsdann eine Nachbesserung der gesetzlichen Eingriffsgrundlagen erforderlich gemacht. Zudem stellt sich die Frage nach der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahmen im Allgemeinen und – im Blick auf die verfassungsrechtliche Gebotenheit von Entschädigungsansprüchen – im Konkreten.

## II. Staatsorganisationsrechtliche Grundlagen der Corona-Bekämpfung

Zentraler normativer Ausgangspunkt der Corona-Bekämpfung sind die Regelungen des IfSG. Diese bildeten bis zum Erlass der Bundesnotbremse jedoch »nur« den bundesgesetzlichen Rahmen, auf dessen Grundlage eine in Zahl und Inhalt kaum überschaubare Anzahl von Verordnungen und (zu einem geringeren Teil) Allgemeinverfügungen erging. Das ausdifferenzierte Regelungsregiment durch und auf Grundlage des IfSG wird dabei erst im Lichte des Kompetenzverhältnisses von Bund und Ländern, wie es im Grundgesetz in den Art. 70 ff. und 80 ff. angelegt ist, verständlich.

### 1. Kompetenzgefüge von Bund und Ländern im Kontext des IfSG

Eine Binsenweisheit aus dem Jurastudium lautet: »Gefahrenabwehr ist Ländersache«. Weil aber eine Pandemie kaum vor Landesgrenzen Halt macht, sieht das Grundgesetz insoweit eine Ausnahme vor. Der konkurrierende Gesetzgebungstitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG weist dem Bund den Erlass von Gesetzen bezüglich »Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren« zu. Darunter fällt unbestritten auch das IfSG.<sup>2</sup> Von der Frage der Gesetzgebungskompetenz zu trennen ist aber die Frage nach

\* Prof. Dr. Thomas Mann ist geschäftsführender Direktor des Instituts für Öffentliches Recht an der Georg-August-Universität Göttingen und Inhaber des Lehrstuhls für Verwaltungsrecht, an dem Lorenz Lang als Wissenschaftliche Hilfskraft tätig ist.

1 Allein für Niedersachsen sind im Juli 2020 insgesamt 39 neue Corona-Rechtsakte ergangen, vgl. Nds. Landkreistag, Corona-Virus SARS-CoV-2 – Fünfte Chronologie, NLT-Information 2021, S. 4 ff.

2 Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Aufl., München 2019 (im Folgenden: Sachs), Art. 74 Rn. 84; Oeter, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl., München 2018, Art. 74 Rn. 135.

der Vollzugskompetenz, also nach der Verwaltungszuständigkeit zur Ausführung des Gesetzes.<sup>3</sup> Insofern gilt die Regel des Art. 83 GG, nach der auch die Bundesgesetze in der Regel durch die Länder »als eigene Angelegenheit« ausgeführt werden. Im Falle des IfSG ermöglicht das den zuständigen Behörden Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, insbesondere auf Grundlage der § 28 ff. IfSG, zu erlassen. Die zuständige Behörde<sup>4</sup> wird, wie es Art. 84 Abs. 1 GG vorsieht, nach § 54 S. 1 IfSG durch Verordnungen oder Gesetze des jeweiligen Landes bestimmt.<sup>5</sup>

Zudem werden die Landesregierungen durch § 32 IfSG in die Lage versetzt, Maßnahmen nach Maßgabe der §§ 28 ff. IfSG auch im Wege der Verordnung, also durch abstrakt-generelle Regelungen, zu erlassen und diese Ermächtigung auf nachgeordnete Stellen zu übertragen. Daneben wurde – in geringerem Umfang und vor allem in der Anfangszeit der Pandemie – auch auf den Erlass von Allgemeinverfügungen zurückgegriffen, also auf Verwaltungsakte, die sich an einen größeren, abgrenzbaren Personenkreis richten, etwa indem man ein ganzes Mietshaus unter Quarantäne stellt. Die so bewirkte föderale Diversifizierung der Corona-Bekämpfung ist von Anfang an nicht einheitlich rezipiert worden. Insbesondere in der medialen Berichterstattung und seitens der Politik wurden die unterschiedlichen Regeln in den Bundesländern als »Flickenteppich« gescholten.<sup>6</sup> Demgegenüber werden in der wissenschaftlichen Diskussion tendenziell die Vorteile der Gefahrenabwehr durch lokalspezifische Regelungen herausgestellt und die Beteiligung der Länder an der Pandemie-Bekämpfung als vertikales Element der Gewaltenteilung gewürdigt.<sup>7</sup>

Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Kompetenzaufteilung zwischen Bund und Ländern werden zudem durch den im Rahmen der Pandemie mehrfach geänderten § 5 IfSG herausgefordert.<sup>8</sup> § 5 IfSG regelt in Abs. 1 zunächst die Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite, wie sie gem. § 28a Abs. 1 IfSG für den Erlass von Corona-Bekämpfungsmaßnahmen nach §§ 28, 28a IfSG erforderlich ist. Maßgeblich in der Kritik stehen alsdann Teile des Abs. 2 S. 1, der das Gesundheitsministerium ermächtigt eigene Anordnungen zu treffen, also Verwaltungsakte<sup>9</sup> zu erlassen (Nr. 5 und 6<sup>10</sup>), und mittels Rechtsverordnungen ohne Zustimmung des Bundesrates Ausnahmen (Nr. 4) bzw. Abweichungen (Nr. 7 und 8) von bestehenden formellen Gesetzen festzulegen.<sup>11</sup>

Hier wird also das Bundesgesundheitsministerium zum Gesetzesvollzug ermächtigt, obwohl die Vollzugskompetenz nach dem Grundgesetz vollständig bei den Ländern liegt. Wie das gemäß § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG »unbeschadet der Befugnisse der Länder« geschehen soll, ist nicht ersichtlich, da doch jede Anordnung in deren Kompetenzbereich übergreift.<sup>12</sup> Vor diesem Hintergrund sind die § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 5 und 6 IfSG verfassungswidrig und hierauf gestützte Anordnungen kompetenzwidrig.<sup>13</sup> Als ähnlich problematisch erweisen sich aber auch die Verordnungsermächtigungen des § 5 Abs. 2 IfSG zu Gunsten des Bundesgesundheitsministeriums. Denn hier wird das normhierarchische Rangverhältnis von Gesetz und Verordnung ins Gegenteil verkehrt,<sup>14</sup> wenn der Exekutive erlaubt wird, durch Verordnung Abweichungen von Gesetzen vorzusehen.<sup>15</sup> Insofern ist sogar von einer Selbstentmächtigung des Bundestages gesprochen worden.<sup>16</sup>

3 Näher Schwarz/Sairinger, NVwZ 2021, 265, 266.

4 Die länderspezifischen Zuständigkeitsregelungen greifen die im IfSG angelegte Differenzierung zwischen »Zuständiger Behörde« und »Gesundheitsamt« nur teilweise auf, vgl. hierzu: Kingreen, in: Huster/Kingreen (Hrsg.), Handbuch Infektionsschutzrecht, München 2021, Kap. 4 Rn. 44 f.

5 Vgl. Thiery, in: Eckart/Winkelmüller (Hrsg.), BeckOK Infektionsschutzrecht, 10. Ed., Stand: 15.1.22 (im Folgenden: BeckOK InfSchR), § 54 IfSG Rn. 1 ff.; s. auch die Übersicht zu länderspezifischen Zuständigkeitsregelungen bei Kingreen, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 1 Rn. 95.

6 Vgl. etwa: Müller, Flickenteppich Corona Regeln, 27.4.2020, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/corona-massnahmen-flickenteppich-101.html> (24.1.2022); für »weniger föderalen Flickenteppich« auch der bayrische Ministerpräsident Söder im Tagesthemen-Interview am 28.3.2021, abrufbar unter: <https://www.tagesschau.de/inland/soeder-tagesthemen-k-frage-corona-101.html> (24.1.2022).

7 Vgl. Leisner-Egensperger, NJW 2021, 2415, 2418.

8 Vgl. zur Kritik an § 5 IfSG: Gärditz, MedR 2020, 741 ff., insb. 744; Mayen, NVwZ 2020, 828, 830 ff.; Meßling, NZS 2020, 321, 323 ff.; Ritgen, Der Landkreis 2020, 137, 138 ff.

9 Hollo, in: Kießling (Hrsg.), IfSG, 2. Aufl., München 2021 (im Folgenden: Kießling), § 5 Rn. 14; Rixen, NJW 2020, 1097, 1103.

10 Bis zur Aufhebung durch das dritte Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020 enthielt § 5 Abs. 2 S. 1 IfSG in den Nr. 1–3 noch weitergehende Anordnungsbefugnisse, auch bezüglich Abweichungen vom IfSG.

11 BeckOK InfSchR-Dingemann/Gausung (Fn. 5), § 5 IfSG Rn. 5 ff.

12 Auch der Wissenschaftliche Dienst des Bundestages sieht keine verfassungsgemäße Anordnungskompetenz des Bundesministeriums für Gesundheit, WD 3–3000–080/20, S. 10.

13 Dreier, DÖV 2021, 229, 238 ff.; Mayen, NVwZ 2020, 828, 832 f.; Kießling-Hollo (Fn. 9), § 5 Rn. 18 f.; Poscher, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 4 Rn. 31 ff.

14 So Poscher, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 4 Rn. 29.

15 Zur Figur der gesetzesvertretenden Verordnung vgl. Sachs-Mann (Fn. 2), Art. 119 Rn. 1 mwN.

16 Möllers, Verfassungsblog, abrufbar unter: <https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmaechtigung-im-zeichen-des-virus/> (24.1.2022).

## 2. Die Bundesnotbremse

Kontrovers diskutiert wurde auch die Verfassungsmäßigkeit der sog. »Bundesnotbremse«. Sie sollte eine Schutzlücke schließen, die entstanden war, weil die Beschlüsse der Ministerpräsidentenkonferenz in den Ländern unterschiedlich ausgelegt worden waren<sup>17</sup> und man in der sog. »dritten Welle« die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen bundesweit vereinheitlichen wollte. Dazu hat der Bundestag Mitte April 2021 mit § 28b IfSG eine Regelung eingefügt, die bereits zum 30. Juni 2021 wieder außer Kraft getreten ist.<sup>18</sup> Dass sich die Debatte um die Verfassungsmäßigkeit des § 28b IfSG zumindest im Sommer 2021 beruhigt hatte, dürfte weniger an der rechtlichen Überzeugungskraft der Bundesnotbremse als vielmehr an der zwischenzeitlichen Entspannung des Infektionsgeschehens gelegen haben. Geknüpft an die Voraussetzung, dass in einem Landkreis der Inzidenzwert an drei aufeinander folgenden Tagen über 100 liegt, ordnete die Vorschrift eine Vielzahl von sehr schwerwiegenden Grundrechtseingriffen verbindlich an, und zwar unmittelbar durch Gesetz und ohne das Erfordernis weiterer Umsetzungsakte oder Verhältnismäßigkeitsprüfungen im Einzelfall. Diese Nivellierung führte punktuell zu der absurden Situation, dass trotz einer lokalen Inzidenz in einzelnen kreisangehörigen Gemeinden von Null gleichwohl die strikten Maßnahmen der Notbremse – Ausgehverbot nach 22 Uhr, Schließung von Ladengeschäften, private Zusammenkünfte nur mit einer haushaltsfremden Person usw. – volle Geltung beanspruchten.<sup>19</sup> Auch bewirkte die »Notbremse« erhebliche Rechtsschutzeinbußen, da man gegen Verwaltungsakte oder Rechtsverordnungen auf dem Verwaltungsrechtsweg vorgehen kann, gegen Gesetze aber nur das Mittel der Verfassungsbeschwerde zu Gebote hat.<sup>20</sup>

Diese an der Krisenbekämpfung mittels der »Bundes-Notbremse« in der Literatur geäußerte Kritik<sup>21</sup> hat das BVerfG allerdings nicht aufgegriffen. In seinen Beschlüssen vom 19. November 2021<sup>22</sup> hat es mehrere Verfassungsbeschwerden zurückgewiesen, weil es die durch die Notbremse bewirkte Grundrechtseinschränkungen als Bestandteile eines gesetzgeberischen Schutzkonzepts angesehen hat, das in seiner Gesamtheit dem Lebens- und Gesundheitsschutz sowie der Aufrechterhaltung eines funktionsfähigen Gesundheitssystems als überragend wichtigen Gemeinwohlbelangen diene. Die Grundrechtseingriffe seien in der äußersten Gefahrenlage

der Pandemie mit dem Grundgesetz vereinbar; insbesondere trotz ihres Eingriffsgewichts verhältnismäßig gewesen.

## 3. Die Wahrung der wirtschaftlichen Grundrechte in der föderalen Corona-Bekämpfung

Für Unternehmen und Betriebe, insbesondere solche des Einzelhandels, hatte die unterschiedliche Rechtslage in den Bundesländern Auswirkungen auf ihre wirtschaftlichen Überlebenschancen. In den Anfangsmonaten der Pandemie wurden im Rahmen des »ersten Lockdowns« der Betrieb von Einzelhandelsgeschäften sowie Restaurants und Bars und ähnlichen Einrichtungen grundsätzlich komplett verboten.<sup>23</sup> Diese Beschränkungen bedeuteten für die Betroffenen tiefgreifende Grundrechtseingriffe in die Berufsausübungsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, denn die angeordneten Schließungen der Geschäfte stellen faktisch ein Berufsverbot dar; eine größere Eingriffstintensität hinsichtlich Art. 12 Abs. 1 GG ist zumindest punktuell kaum denkbar.<sup>24</sup> Zudem ist durch die Schließungen thematisch auch die Eigentumsfreiheit aus Art. 14 Abs. 1 GG betroffen, doch wird eine Grundrechtsverletzung teilweise mit dem Argument verneint, den Betroffenen gehe es nur um ihre Erwerbs- und Betriebsaussichten, die noch keine verfestigte Eigentumsposition im Sinne des Art. 14 GG darstellten.<sup>25</sup> Diese Sichtweise überzeugt allerdings nicht. Betriebsschließungen können die Nutzbarkeit des Eigentums nahezu vollständig aufheben. In diesem Fall sind nicht bloße Aussichten, die aus der Verwendung des Eigentums folgen können, sondern

17 Vgl. BT-Drs. 19/28444, S. 8 f.

18 BGBI. 2021 I, S. 802.

19 Vgl. hierzu: Kingreen, NJW 2021, 2766, 2771.

20 Dazu: Schwarz, CoVuR 2021, 258 ff.; Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665 ff.; zur Vereinbarkeit von Ausgangsbeschränkungen »durch Gesetz« mit Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG s. Kingreen, NJW 2021, 2766, 2771.

21 Exemplarisch Leisner-Egensperger, NJW 2021, 2415, 2418.

22 BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 ua. – BeckRS 2021, 36514; BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21 ua. – BeckRS 2021, 36492.

23 Zur Verordnungslage in Niedersachsen für die Monate März und April 2020 vgl. Ipsen, NdsVbl. 2020, 165, 166 f.; sowie allg. Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, 1 ff. und Hamm, COVuR 2020, S. 743, 744 ff.

24 Vgl. Ipsen, RuP 2020, 118, 129; Leisner-Egensperger, NJW 2021, 2415, 2417; Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666, 667; zur Unzulänglichkeit der »3-Stufen-Theorie«: Goldhammer/Neuhöfer, JuS 2021, 641, 644.

25 So LG Heilbronn, 9.4.2020 – 1 4 O 82/20 – NVwZ 2020, 975, 976; Goldhammer/Neuhöfer, JuS 2021, 641, 644; Brenner, DÖV 2020, 660, 663.

die über Art. 14 GG geschützte Verwendung des Eigentums als solche betroffen.<sup>26</sup> Die Betroffenheit der Geschäfts- und Betriebsinhaber in ihrer Eigentumsfreiheit lässt sich auch über das in Art. 14 GG verortete Institut des »Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb« akzentuieren.<sup>27</sup> Jedenfalls ist Art. 14 GG neben Art. 12 GG einschlägig.

Während die Grundrechtswesentlichkeit der Betriebsuntersagungen in der juristischen Diskussion zu Anfang der Pandemie im Gegensatz zu anderen Maßnahmen wie Versammlungs- und Gottesdienstverboten eine eher untergeordnete Rolle spielte, spiegelt sich die Existenzrelevanz der betriebsbezogenen Maßnahmen in einer kaum überschaubaren Anzahl an gerichtlichen Verfahren bis hin zum BVerfG wider.<sup>28</sup> Der freiheitsrechtliche Grundrechtsschutz der Betriebe in der Pandemie-Bekämpfung wird dabei durch Art. 3 Abs. 1 GG gleichheitsrechtlich ergänzt. Dessen Aktivierung kam – vor allem in den Anfangsmonaten der Pandemie – erhebliche Bedeutung zu. Bund und Länder waren in diesem Zusammenhang vor die extrem schwierige Aufgabe gestellt worden, zwischen verschiedenen Gewerbebranchen und -größen sachlich vertretbar zu differenzieren. Exemplarisch sei hier etwa die Öffnungsmöglichkeit nur für Geschäfte unter 800 qm genannt, die am 15. April 2020 im Rahmen der Ministerpräsidentenkonferenz beschlossen worden war – und von einigen Gerichten wegen Verstoßes gegen Art. 3 Abs. 1 GG als gleichheitswidrig angesehen wurde.<sup>29</sup>

Die im Ländervergleich uneinheitlichen Corona-Regelungen haben zudem ein weiteres Spannungsfeld zwischen Gleichheitsgerechtigkeit und föderaler Eigenständigkeit deutlich hervortreten lassen: Wenn in dem einen Land bestimmte Branchen trotz »Lockdowns« offen bleiben durften, während dies in einem anderen Land verboten war, fordert dies nicht nur das Gerechtigkeitsempfinden der Betroffenen heraus, sondern führt auch zur Gefahr von Binnenbewegungen innerhalb Deutschlands, die es im Interesse der Pandemiebekämpfung gerade zu verhindern galt.<sup>30</sup> Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG kann in diesen Fällen indes kein verfassungsrechtliches Korrektiv darstellen, denn das Verbot wesentlich Gleiches willkürlich ungleich und wesentlich Ungleiches willkürlich gleich zu behandeln<sup>31</sup> gilt nur innerhalb des Zuständigkeitsbereichs eines staatlichen Akteurs. Mit anderen Worten: Der Gleichheitssatz hat seine »offene Flanke« im Bundesstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG)

und dem dort verwurzelten Recht der Länder zu eigenstaatlichen Regelungen.<sup>32</sup> Allerdings hat der in der Presse beständig artikuliert Vorwurf föderaler Willkür<sup>33</sup> in besonderem Maße den Druck auf das Einigungsgeschick der Ministerpräsidentenkonferenz zur Erzielung bundeseinheitlicher Regelungen erhöht.

Maßgebliches verfassungsrechtliches Korrektiv der mit den Betriebsschließungen einhergehenden freiheitsrechtlichen Grundrechtseingriffen ist das Übermaßverbot.<sup>34</sup> Betriebsschließungen dürfen nur so lange aufrechterhalten bleiben, wie dies zum Gesundheits- und Lebensschutz der Bevölkerung geeignet und erforderlich ist und ein angemessener Ausgleich mit den Grundrechten der Betroffenen hergestellt wird. Die Betriebsuntersagungen, die während der wiederkehrenden Anstiege der Infektionszahlen angeordnet wurden, halten diesen Anforderungen grundsätzlich stand. Insbesondere waren diese in den Zeiten stark ansteigender Infektionszahlen zur Verhinderung von Ansteckungen und damit mittelbar für den Lebensschutz der Bevölkerung angemessen.<sup>35</sup> Folgerichtig steigt aber mit fortschreitender Impfung der Gesamtbevölkerung die Rechtfertigungslast für mögliche Betriebs- und Gastronomiebeschränkungen an. Vor dem

26 Vgl. LG Hannover, NJW-RR 2020, 1226, 1229 f.; LG Köln, 12.1.2021 – 5 O 215/20 – BeckRS 2021, 264, Rn. 41; Fischer-Uebler/Gölzer/Schaub, JA 2021, 491, 495; Dolde/Marquard, NVwZ 2021, 674, 675.

27 Vgl. Eibenstein, NVwZ 2020, 930, 933 f.; Shirvani, NVwZ 2020, 1457, 1458; Reschke, DÖV 2020, 423, 428.

28 Vgl. nur BVerfG, 28.12.2020 – 1 BvR 2692/20 – BeckRS 2020, 38044; BVerfG, 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20 – COVuR 2020, 812; BVerfG, 13.5.2020 – 1 BvR 1021/20 – NVwZ 2020, 876; in einem Hauptsacheverfahren hat das BVerfG bislang nur in Sachen Bundesnotbremse (s.o. unter II.2) entschieden.

29 Bay.VGH, 27.4.2020 – 20 NE 20.793 – BeckRS 2020, 6630, Rn. 35 ff.; VG Regensburg, 27.4.2020 – 14 E 20.687 – BeckRS 2020, 7225, Rn. 41 ff.; OVG Saarlouis, 27.4.2020 – 2 B 143/20 – BeckRS 2020, 6903, Rn. 15 ff.

30 Vgl. Münch, Jahrbuch des Föderalismus, Baden-Baden 2020, S. 209, 217.

31 Siehe nur: BVerfG, 16.3.1955 – 2 BvK 1/54 – BVerfGE 4, 144, 155; BVerfG, 4.4.2001 – 2 BvL 7/98 – BVerfGE 103, 310, 318.

32 Vgl. Boysen, in: v.Münch/Kunig, GG, 1. Bd., 7. Aufl., München 2021, Art. 3 Rn. 70 ff.; Sachs-Nußberger (Fn. 2), Art. 3 Rn. 81.

33 Vgl. exemplarisch: 16 Länder, 16 Wege aus der Krise: Warum das Vorgehen willkürlich wirkt, abrufbar unter: <https://www.handelsblatt.com/politik/deutschland/corona-und-foederalismus-16-laender-16-wege-aus-der-krise-warum-das-vorgehen-willkuerlich-wirkt/25755560.html> (24.1.2022).

34 BVerfG, 11.11.2020 – 1 BvR 2530/20 – COVuR 2020, 812; Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417, 419; Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666, 668 ff.

35 Vgl. aus der Rechtsprechung: OVG Bautzen, 23.3.2021 – 3 B 78/21 – BeckRS 2021, 5496, Rn. 40 ff.; OVG Münster, 15.4.2020 – 13 B 440/20.NE – BeckRS 2020, 5957, Rn. 36 ff.; ähnlich nun auch die Bewertung des BVerfG zur »Bundesnotbremse«, BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 – 1 BvR 889/21, 1 BvR 860/21, 1 BvR 854/21, 1 BvR 820/21, 1 BvR 805/21, 1 BvR 798/21 – BeckRS 2021, 36514; BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, 1 BvR 1069/21 – BeckRS 2021, 36492.

Hintergrund der mittlerweile erreichten Impfquote von nunmehr über 70 %<sup>36</sup> dürfte ein neuerlicher »Lockdown« verfassungsrechtlich ausgeschlossen sein, sofern nicht neue Virusvarianten wie Omikron auftreten, die den Impfschutz in erheblichem Maße durchbrechen.<sup>37</sup> Auch für andere Beeinträchtigungen unterhalb der Eingriffsintensität von Betriebsschließungen gilt, dass diese mit Absinken der Gefahrenprognose hinsichtlich der Pandemie sukzessiv aufgehoben werden müssen. Die zuständigen Stellen trifft insofern eine Beobachtungs- und Evaluationspflicht hinsichtlich des Aufrechterhaltens der Maßnahmen, wie schon früh von den Gerichten festgestellt wurde.<sup>38</sup>

### III. Betriebsbezogene Corona-Bekämpfung nach dem IfSG

Das Instrumentarium des IfSG hat sich der erheblichen Grundrechtsrelevanz der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen für Betriebe und Unternehmen schrittweise angenähert. Um diese Entwicklung nachvollziehbar zu machen, soll zunächst die Systematik des IfSG im Blick auf betriebsrelevante Corona-Bekämpfungsmaßnahmen erläutert werden.

#### 1. Zweck und Einordnung des IfSG

Erklärtes Ziel des IfSG ist es übertragbaren Krankheiten beim Menschen vorzubeugen, Infektionen frühzeitig zu erkennen und ihre Weiterverbreitung zu verhindern (so § 1 Abs. 1 IfSG). Es dient damit vornehmlich dem Gesundheits- und Lebensschutz im Wege effektiver Gefahrenabwehr.<sup>39</sup> Gleichwohl fügt sich das Infektionsschutzrecht nicht nahtlos in die Kategorie des Gefahrenabwehrrechts ein.<sup>40</sup> Dies zeigt sich zum einen aus eingriffsrechtlicher Perspektive: Die Maßnahmen des IfSG ermöglichen intensive Grundrechtseingriffe schon, sobald nur der Verdacht einer Infektion besteht.<sup>41</sup> Hier wären nach allgemeiner Gefahrenabwehrdogmatik zunächst nur weniger grundrechtsintensive Gefahrforschungseingriffe zulässig.<sup>42</sup> Zum anderen ist das Infektionsschutzrecht auch im öffentlichen Gesundheitsrecht verortet und damit um eine sozialstaatliche Perspektive erweitert.<sup>43</sup> Diese Spezifika des Infektionsschutzrechtes stehen der Geltung des Gebotes effektiver Gefahrenabwehr letztlich nicht entgegen,<sup>44</sup> sondern befördern sie teilweise. Soweit Maßnahmen auf Grundlage des IfSG ergehen, um Gesundheits- und

Lebensgefahren einzudämmen bzw. bereits in der Entstehung zu hindern, hat dies möglichst effektiv zu erfolgen.<sup>45</sup> Dies wird durch § 1 des IfSG verdeutlicht und ist aus grundrechtsschonender Perspektive auch zwingend. Denn soweit auf Grundlage des IfSG Grundrechte beschränkt werden, müssen diese, sobald es die Gefahrenlage erlaubt, eingestellt werden.<sup>46</sup>

#### 2. Systematik des IfSG

Im Blick auf die vielfältigen Corona-Bekämpfungsmaßnahmen lassen sich die Ermächtigungsgrundlagen des IfSG in Generalklauseln und speziell normierte Eingriffstatbestände unterteilen. In § 16 Abs. 1 S. 1 IfSG findet sich eine sog. »Verhütungsgeneralklausel«. Ihr Anwendungsbereich ist eröffnet, wenn »Tatsachen festgestellt [werden], die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können«. Die unter dieser Voraussetzung erlaubten »notwendigen Maßnahmen« zur Verhütung übertragbarer Krankheiten sind also präventiver Natur. Demgegenüber hat in der Pandemiebekämpfung die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG eine herausragende Rolle eingenommen. Sie dient der Bekämpfung übertragbarer

36 Vgl. die Tabelle des Robert Koch Instituts zum Impfquotenmonitoring, abrufbar unter [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Daten/Impfquoten-Tab.html) (24.1.2022).

37 Zur Relevanz der Impfquote für die Aufrechterhaltung von Corona bedingten Schließungen: VGH München, 18.10.2021 – 15 C 21.2401 – BeckRS 2021, 335, Rn. 21 f.; OVG Bautzen, 20.5.2021 – 3 B 141/21 – BeckRS 2021, 11964, Rn. 56 u. 85.

38 Vgl. BVerfG, 10.4.2020 – 1 BvQ 28/20 – NJW 2020, 1427, 1428 f.; OVG Münster, 15.4.2020 – 13 B 440/20.N – BeckRS 2020, 5957, Rn. 65; hierzu auch: Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666, 668 f.

39 BeckOK InfSchR-Eckart (Fn. 5), § 1 InfSchG Rn. 4.

40 Vgl. Rixen, in: Kloepfer (Hrsg.), Pandemien als Herausforderung für die Rechtsordnung, Baden-Baden 2011, S. 67, 74 ff.; Engels, DÖV 2014, 464, 467 ff.; Kluckert, Das neue Infektionsschutzrecht, 2. Aufl., Baden-Baden 2021, § 2 Rn. 160; Schwarz, JA 2020, 321, 324 ff.

41 Rixen, in: Kloepfer (Fn. 40), S. 67, 75; insoweit krit. Kluckert (Fn. 40), § 2 Rn. 166 ff.; nach polizeirechtl. Dogmatik sind polizeiliche Maßnahmen bei bloßen Verdachtsmomenten auf sog. »Gefahrforschungsmaßnahmen« beschränkt; vgl. hierzu Gusy, POR, 10. Aufl., Tübingen 2017, Rn. 189 ff.; Kugelmann, POR, 2. Aufl., Berlin ua. 2011, Kap. 5 Rn. 131 ff.

42 Vgl. statt vieler Mann, in: Erbguth/Mann/Schubert (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Heidelberg 2020, Rn. 479 ff.

43 Engels, DÖV 2014, 464, 474; Münch (Fn. 30), S. 209, 211; Rixen, in: Kloepfer (Fn. 40), S. 67, 70 ff.

44 Kießling-Kießling (Fn. 9), Einf. Rn. 23 und § 1 Rn. 4; Mers, Infektionsschutz im liberalen Rechtsstaat, Baden-Baden 2019, S. 26 ff.

45 BVerwG, 14.12.2020 – 6 C 11/18 – NJW 2012, 2823, 2826 f.; Rixen, NJW 2020, 1097, 1099.

46 Vgl. Schwarz, JA 2020, 321, 323.

Krankheiten nach deren Auftreten und wirkt insoweit primär repressiv.<sup>47</sup> Die »notwendigen Schutzmaßnahmen« auf Grundlage der Generalklausel des § 28 IfSG verfolgen indes auch eine präventive Funktion, soweit sie die weitere Ausbreitung der Krankheit verhindern. Die in den §§ 29–31 IfSG normierten Eingriffsbefugnisse in Gestalt von Beobachtung, Absonderung und Berufsverbot nennen demgegenüber eigene Tatbestandsvoraussetzungen, sodass sie sich dogmatisch prinzipiell als Standardmaßnahmen begreifen lassen.<sup>48</sup>

### 3. Die Entwicklung der Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG

Die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG war bis zur Einfügung des § 28a IfSG im November 2020 die zentrale Norm der Corona-Bekämpfung. Sie setzt voraus, »dass Kranke, Krankheitsverdächtige, Ansteckungsverdächtige oder Ausscheider festgestellt werden oder es sich ergibt, dass ein Verstorbener krank, krankheitsverdächtig oder Ausscheider war«.<sup>49</sup> Ein bloßer Verdacht genügt insoweit nicht.<sup>50</sup> Vielmehr muss das Vorliegen der Tatbestandsvoraussetzungen zweifelsfrei und auf Basis gesicherter Tatsachen feststehen, damit die »notwendigen Schutzmaßnahmen« gegenüber einer Person angeordnet werden können.<sup>51</sup> Liegt lediglich ein Anfangsverdacht vor, kommen nach § 25 IfSG nur Maßnahmen in Betracht, mit denen Art, Ursache und Ausbreitung der Krankheit ermittelt werden können.

Soweit die Generalklausel mithin auf die im Gefahrenabwehrrecht grundsätzlich notwendige konkret-individuelle Verbindung zwischen Gefahr und Störer<sup>52</sup> abhebt, zeigt sich, dass sie auf ein Pandemiegeschehen nicht zugeschnitten ist, bei dem das Auftreten eines weit in der Bevölkerung verbreiteten Virus als gesichert gilt, und die Maßnahmen daher flächendeckend wirken sollen.<sup>53</sup> Es konnte aber vor allem während der Hochphase des sog. »ersten Lockdowns« nicht erst dann gehandelt werden, wenn in jedem Betrieb oder Handelsgeschäft konkrete Infektionen festgestellt wurden. Umgekehrt passt aber auch die Verhütungsgeneralklausel des § 16 IfSG nicht.<sup>54</sup> Denn diese knüpft an Tatsachen an, »die zum Auftreten einer übertragbaren Krankheit führen können«. An dem Auftreten des Covid-19 Virus und der damit verbundenen Erkrankung bestand jedoch zum Zeitpunkt der

staatlichen Eindämmungsmaßnahmen kein Zweifel mehr. Der Zuschnitt des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG auf konkrete Krankheitsfälle bildet also in Bezug auf die allgemeine Pandemiebekämpfung einen Konstruktionsfehler des IfSG. »Diese Art von flächendeckenden Maßnahmen hatte der Gesetzgeber schlicht nicht vorgesehen«.<sup>55</sup>

Hinsichtlich des »Ob« der zu ergreifenden Schutzmaßnahmen handelt es sich um eine gebundene Entscheidung. Ermessen steht der Behörde nur hinsichtlich der Mittelauswahl zu (Auswahlmessen)<sup>56</sup>. Die Maßnahmen sind zudem gem. § 28 Abs. 1 IfSG nur zulässig, *soweit und solange es zur Verhinderung der Verbreitung übertragbarer Krankheiten erforderlich ist*. Dies betont das Erfordernis einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung, wie sie sich bei der Eingriffsintensität der Maßnahmen ohnehin schon aus dem Rechtsstaatsprinzip sowie den Grundrechten ergibt.

#### a) (Weitere) Kritik an der Generalklausel

Es gibt aber noch weitere Ansätze zur Kritik an der Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG. Bereits im Frühjahr 2020 wurde neben der Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen<sup>57</sup> die Wahrung des Parlamentsvorbehaltes und die Vereinbarkeit des § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG mit der Wesentlichkeitslehre kontrovers diskutiert.<sup>58</sup> Mittels der Wesentlichkeitstheorie lässt sich bestimmen, wann eine Regelung durch Gesetz erfolgen muss bzw.

47 BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28 InfSchG Rn. 1.

48 Kießling-Kießling (Fn. 9), § 28 Rn. 4.

49 Die einzelnen Tatbestandsmerkmale sind in § 2 IfSG legaldefiniert.

50 BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28 InfSchG Rn. 17; Gerhardt, IfSG, 5. Aufl., München 2021, § 28 Rn. 11 f.

51 Gerhardt (Fn. 50), § 28 Rn. 12.

52 Dazu etwa Mann, in: Erbguth/Mann/Schubert (Fn. 42), Rn. 487.

53 Vgl. Kießling-Kießling (Fn. 9), § 28 Rn. 10.

54 So aber Schwintowski, NJOZ 2020, 1473, 1474 f.

55 Kießling-Kießling (Fn. 9), § 28 Rn. 10.

56 Dazu Mann, in: Erbguth/Mann/Schubert (Fn. 42), Rn. 534 ff.

57 Vgl. dazu Giesberts/Gayger/Weyand, NVwZ 2020, 417, 419; zu Ausgangsbeschränkungen und Kontaktverboten: Guckelberger, NVwZ-Extra 9a/2020, 1, 10 ff.; Ipsen, NdsVbl. 2020, 165 ff.; Katzenmaier, MedR 2020, 461, 464; Kersten/Rixen, Der Verfassungsstaat in der Coronakrise, 2. Aufl., München 2021, V.1.; zu Versammlungsverboten auf Grundlage des § 28 Abs. 1 S. 2 IfSG: Martini/Thiessen/Ganter, NJOZ 2020, 929, 931 ff.; zur Verhältnismäßigkeit entspr. Verordnungen: Völzmann, DÖV 2020, 893, 899 ff.; vgl. auch die Rechtsprechungsübersichten bei: Maaß, NVwZ 2020, 589 ff.; Zuck/Zuck, NJW 2020, 2302 ff.

58 Birkner, ZRP 2020, 157 ff.; Brocker, NVwZ 2020, 1485 ff.; Pautsch/Haug, NJ 2020, 281; Volkmann, NJW 2020, 3153 ff.

im Verordnungswege ergehen darf<sup>59</sup> und welche Regelungsdichte hierfür erforderlich ist.<sup>60</sup> Danach müssen die für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Sachverhalte, insbesondere wenn Grundrechte verschiedener Personen in einen Ausgleich gebracht werden müssen, durch den Gesetzgeber selbst geregelt werden.<sup>61</sup> Die Kritik an § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gründet insbesondere darin, dass Maßnahmen wie Gottesdienst-<sup>62</sup> und Versammlungsverbote, Betriebs- und Gastronomieschließungen sowie Kontaktbeschränkungen auf die Generalklausel gestützt wurden.<sup>63</sup> Ob § 28 Abs. 1 Hs. 1 IfSG nach den Anforderungen der Wesentlichkeitslehre eine insoweit hinreichende Regelungsdichte aufweist, ist fraglich. Die Grundrechtswesentlichkeit der Maßnahmen wird bereits durch die Befolgung des Zitiergebotens in § 28 Abs. 4 IfSG illustriert und durch die Eingriffsintensität von Maßnahmen wie Versammlungsverboten und Ausgangsbeschränkungen bestätigt.<sup>64</sup> Neben der punktuellen Eingriffsintensität der Maßnahmen ist auch deren Allgemeingültigkeit und Dauer zu berücksichtigen.<sup>65</sup> Für die Wesentlichkeit dieser Maßnahmen spricht schließlich, dass diese in exemplarischer Weise kollidierende Grundrechtspositionen zum Ausgleich bringen müssen.<sup>66</sup>

## b) Reaktion des Gesetzgebers

Auf die anhaltende Kritik am Vorgehen nach § 28 IfSG hat der Bundesgesetzgeber am 19. November 2020 mit Erlass des § 28a IfSG reagiert. Ihm kommt die Aufgabe zu, die »notwendigen Schutzmaßnahmen«, die die Behörde nach § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG erlassen darf, zu konkretisieren. Hierzu enthält § 28a IfSG einen nicht abschließenden Katalog an Corona-Bekämpfungsmaßnahmen und die zusätzlichen Tatbestandsvoraussetzungen, dass Maßnahmen nach § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG iVm. § 28a I IfSG zum einen zur »Verhinderung der Verbreitung der Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19)« erfolgen müssen und zum anderen, dass dies nur so lange möglich ist, wie der Bundestag die »Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Absatz 1 Satz 1 IfSG« trifft und aufrechterhält.<sup>67</sup>

Mit dieser Vorschrift ist der Kritik aber nur teilweise entsprochen worden. Anders als die Überschrift »besondere Schutzmaßnahmen« suggeriert, handelt es sich bei § 28a IfSG nicht um eine Standardisierung von Eingriffstatbeständen in Abhängigkeit von spezifischen Sachverhaltsgestaltungen, wie es für polizeirechtliche Regularien in Form von Standardmaßnahmen typisch ist.<sup>68</sup>

Vielmehr wird die Generalklausel des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG gesetzgebungstechnisch nur um Regelbeispiele erweitert.<sup>69</sup> Der Gesetzgeber behebt den vorstehend skizzierten Konstruktionsfehler also nur auf der Rechtsfolgenreise.<sup>70</sup> Eine nach der Wesentlichkeitslehre erforderliche

59 *Ossenbühl* differenziert insoweit zwischen Parlamentsvorbehalt (Regelung durch Gesetz) und Rechtssatzvorbehalt (Regelung auf Grund eines Gesetzes), in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. V, 3. Aufl., München 2007, § 101, Rn. 16; *Sachs-Mann* (Fn. 2), Art. 80 Rn. 21 unterscheidet im gleichen Sinne zwischen parlamentsgesetzlichen Vorbehalt und materiellgesetzlichem Vorbehalt.

60 BVerfG, 8.8.1978 – 2 BvL 8/77 – BVerfGE, 49, 89, 129; BVerfG, 27.11.1990 – 1 BvR 402/87 – BVerfGE 83, 130, 152; *Grzeszick*, in: *Maunz/Dürig*, GG, 95. Aufl., München 2021, Art. 20, Rn. 106; *Kälscheuer/Jacobsen*, DÖV 2018, S. 523, 524 f.; *Maurer/Waldhoff*, *Verwaltungsrecht AT*, 20. Aufl., München 2020, § 6 Rn. 12.

61 Vgl. BVerfG, 6.12.1972 – 1 BvR 230/70 u. 95/71 – BVerfGE 34, 165, 192 f.; BVerfG, 27.1.1976 – 1 BvR 2325/73 – BVerfGE 41, 252, 259 f.; BVerfG, 22.6.1977 – 1 BvR 799/76 – BVerfGE 45, 400, 417 ff.; BVerfG, 21.12.1977 – 1 BvL 1/75, 1 BvR 147/75 – BVerfGE 47, 46, 78 ff.; BVerfG, 20.10.1981 – 1 BvR 640/80 – BVerfGE 58, 257, 268 ff.; *Sommermann*, in: *v.Mangoldt/Klein/Starck*, GG, Bd. I, 7. Aufl., München 2018, Art. 20, Rn. 273 ff.; *Epping*, *Grundrechte*, 9. Aufl., Berlin ua. 2021, Rn. 405; vgl. auch *Detterbeck*, *Verwaltungsrecht AT*, 19. Aufl., München 2021, Rn. 275, der auf »Entscheidungen, die von substantiellem Gewicht für das Gemeinwesen sind« abstellt.

62 Für die Verfassungswidrigkeit des Verbotes der Zusammenkünfte von Glaubensgemeinschaften: *Bender*, NVwZ-Extra 9b/2020, 1, 5.

63 Überblick über die auf § 28 Abs. 1 S. 1 IfSG gestützten Maßnahmen bei *Luckert*, in: *ders.* (Fn. 40), § 3 Rn. 5 ff.; *Lutz*, IfSG, 2. Aufl., München 2020, § 28 Rn. 4 ff.; krit. Würdigung bei *Lichdi*, *Sächs.Vbl.* 2020, 273 ff.; bezügl. der Erhebung personenbezogener Daten: *VerfGH Saarland*, 28.8.2020 – Lv 15/20 – NVwZ 2020, 1513, 1518; insgesamt für die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen: *Ipsen*, DVBl. 2020, 165, 168 und *Rixen*, RuP 2020, 109, 112 f.; wohl auch *Guckelberger*, NVwZ-Extra 9a/2020, 1, 11.

64 Vgl. VGH München, 30.3.2020 – 20 NE 20.632 – NJW 2020, 1236, 1240; *Lichdi*, *Sächs.Vbl.* 2020, 273, 277.

65 *Gärditz/Abdulsalam*, GSZ 2020, 108, 112.

66 Vgl. *Lutz* (Fn. 63), § 32 Rn. 6; *Papier*, DRiZ 2020, 180, 183; *Schmitz/Neubert*, NVwZ 2020, 666 ff.

67 Diese zeitlich befristete Feststellung gilt, da der Bundestag bewusst keinen Fortgeltungsbeschluss gefasst hat, aufgrund von § 5 Abs. 1 S. 3 IfSG mit Ablauf des 25.11.2021 als aufgehoben. Das Gesetz v. 22.11.2021 (BGBl. I S. 4906) benennt zur Kompensation in § 28a Abs. 7 InfSchG Schutzvorkehrungen, die bis zum 19.3.2022 unabhängig von einer festgestellten epidemischen Lage von nationaler Tragweite ergriffen werden können. Vgl. dazu die Begr. des Gesetzentwurfs der Fraktionen SPD, Bündnis 90/Die Grünen und FDP, BT-Drs. 20/15.

68 Zur Regelungssystematik von Generalklausel und Standardmaßnahme vgl. *Graulich*, in: *Lisken/Denninger* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 7. Aufl., München 2021, E VI.3. Rn. 269 ff.

69 So ausdrücklich die gesetzgeberische Konzeption: BT-Drs. 19/23944, S. 31.

70 Vgl. die Stellungnahmen zum Entwurf eines Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite (BT-Drs. 19/23944) von *Möllers*, A-Drucks. 19(14)246(15), S. 4; *Wißmann*, A-Drucks. 19(14)246(12), S. 5 f. und *Klafki*, A-Drucks. 19(14)246(9), S. 2 f.; sowie *Kießling*, A-Drucks. 19(14)246(7), S. 4 ff.; vgl. auch die Kritik bei *Sangs*, NVwZ 2020, 1780, 1785; aA. *Greve*, NVwZ 2020, 1785, 1788: »§ 28a IfSG [...] präzisiert vielmehr §§ 28 Abs. 1 und 2 IfSG auf Tatbestands- und Rechtsfolgenreise [...]«; positive Würdigung des § 28a IfSG auch bei *Brenner*, A-Drucks. 19(14)246(19), S. 3 ff. und *Wollenschläger*, A-Drucks. 19(14)246(20), S. 28 ff.

Regelung, unter welchen tatbestandlichen Voraussetzungen Grundrechtseingriffe erfolgen dürfen, ist insofern gerade nicht erfolgt.

Die gesetzgeberische Konkretisierung der notwendigen Schutzmaßnahmen im Sinne des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG durch den Katalog des § 28a Abs. 1 IfSG hat aber auch Auswirkungen auf das systematische und genetische Verständnis der Generalklausel. Die in § 28a IfSG geregelten Bekämpfungsmaßnahmen lösen sich erkennbar von der Bekämpfung konkreter Krankheitsfälle, und sind vielmehr auf die allgemeine Bekämpfung eines die Gesamtbevölkerung betreffenden Infektionsgeschehen ausgelegt. Bei der Auslegung der Generalklausel – jedenfalls im Kontext der Corona-Pandemie – muss diese gesetzgeberische Neuausrichtung daher mitberücksichtigt werden.

#### 4. Betriebsschließungen nach § 28a IfSG und Berufsverbote nach § 31 IfSG

Ungeachtet der vorangehend geäußerten Kritik kommt § 28a IfSG im betrieblichen Kontext insbesondere durch § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG gesteigerte Bedeutung zu, wonach die *Schließung oder Beschränkung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel* zu den notwendigen Schutzmaßnahmen gehören, die zur Coronaabwehr ergriffen werden können. § 28a Abs. 1 Nr. 14 IfSG umfasst insoweit alle betriebsbezogenen Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, die nicht bereits an anderweitiger Stelle des Kataloges speziell geregelt sind.<sup>71</sup> Nach den jüngsten Gesetzesänderungen im November<sup>72</sup> und Dezember 2021<sup>73</sup> können die Länder auch unabhängig von der Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nach § 5 Abs. 1 IfSG betriebsbezogene Maßnahmen nach Vorgabe des § 28a Abs. 7 IfSG erlassen. Dies betrifft etwa die Anordnung von »2G« oder »3G«-Konzepten. Noch weitergehende Eingriffsbefugnisse, insbesondere wie sie in § 28a Abs. 1 IfSG vorgesehen sind, eröffnen sich den Ländern über § 28a Abs. 8 IfSG, zu dessen Aktivierung allerdings ein Feststellungsbeschluss des jeweiligen Landesparlamentes erforderlich ist. Selbst in diesem Fall bleiben die Schließung von Betrieben, Gewerben, Einzel- oder Großhandel, *sofern es sich nicht um gastronomische Einrichtungen, Freizeit- oder Kultureinrichtungen oder um Messen oder Kongresse handelt*, gem. § 28a Abs. 8 Nr. 6 IfSG jedoch ausdrücklich ausgeschlossen. Als einziger Weg, um flächendeckende und umfassende Betriebsschließungen wieder zu ermöglichen, bleibt auch

zum Jahresanfang 2022 damit nur die neuerliche Feststellung einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite durch den Bundestag.<sup>74</sup> Damit manövriert sich der Bund unnötigerweise in eine politische Zwangslage, falls er derlei Betriebsschließungen zukünftig – etwa im Lichte der sich ausbreitenden Omikron-Variante – für erforderlich halten sollte.<sup>75</sup>

Eine gesteigerte Bedeutung für Inhaber von Betrieben, Gastronomie und Handelsgeschäften besitzt auch das Berufsverbot des § 31 IfSG, nach dem die zuständige Behörde »*Kranken, Krankheitsverdächtigen, Ansteckungsverdächtigen und Ausscheidern die Ausübung bestimmter beruflicher Tätigkeiten ganz oder teilweise untersagen*« kann.<sup>76</sup> Hier begegnet uns wieder die konkret-individuelle Verbindung zwischen Gefahrenlage und dem Störer als Adressaten der Maßnahme. Damit dürfte deutlich sein, dass insbesondere weitläufige Schließungen von Einzelhandelsgeschäften und Gaststätten während des sog. »ersten Lockdowns« nicht auf Grundlage des § 31 IfSG verfügt werden konnten. Denn die Betriebsinhaber und ihre nicht infizierten Beschäftigten, für die sich die Betriebsschließungen als Beschäftigungsverbote auswirken, fallen in der Regel nicht unter die in § 31 genannten Adressaten, soweit nicht im Ausnahmefall konkret Infektionen nachgewiesen werden konnten. Tatsächlich wurden diese Maßnahmen dann auch auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Nr. 14 IfSG gestützt.<sup>77</sup>

Weil solche Maßnahmen aber in Eingriffsintensität und Wirkung einem Berufsverbot gleichkommen,<sup>78</sup> hat dies die Frage nach dem Konkurrenzverhältnis dieser Vorschriften aufgeworfen. Konkret geht es darum, ob Maßnahmen, die sich für die Betroffenen *wie ein*

71 BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28a InfSchG Rn. 28; Kießling-Kießling (Fn. 9), § 28a Rn. 72.

72 Gesetz zur Änderung des IfSG und weiterer Gesetze anlässlich der Aufhebung der Feststellung der epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 22.11.2021 (BGBl. 2021 I S. 4906).

73 Gesetz zur Stärkung der Impfprävention gegen COVID-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie vom 10.12.2021 (BGBl. 2021 I S. 5162).

74 Möglich bleiben soll gem. § 28a Abs. 7 S. 2. Hs. 2 IfSG die »*Schließung von Einrichtungen und Betrieben im Einzelfall nach § 28 Absatz 1 Satz 1 und 2*«.

75 Kritisch auch Schwarz, COVuR 2021, 706, 708; Kießling, NVwZ 2021, 1801, 1808.

76 Gemessen am intensiven Eingriff in die Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG, welcher mit einem Berufsverbot verbunden ist, ist der Eingriffstatbestand des § 31 IfSG sehr knapp gehalten.

77 Kießling-Kießling (Fn. 9), § 31 Rn. 8.

78 AA. Lindner, in: Schmidt (Hrsg.), COVID-19, Rechtsfragen zur Corona-Krise, 3. Aufl., München 2021, § 18 Rn. 79.



*Berufsverbot auswirken*, gegen andere als die in § 31 IfSG genannten Adressaten mittels der Generalklausel angeordnet werden können. Immerhin wird im Wortlaut der Generalklausel nicht abschließend über den Adressatenkreis entschieden, sodass ein Rückgriff auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Nr. 14 IfSG gegenüber Personen, die nicht unter § 31 S. 1 IfSG fallen – oftmals als sog. »Nichtstörer«<sup>79</sup> bezeichnet –, dem Wortlaut nach nicht ausgeschlossen ist. Im Verhältnis Generalklausel zu Standardmaßnahme stellt sich aber – wie so oft im Gefahrenabwehrrecht – die Frage nach einem systematischen Ausschluss des Rückgriffs auf die Generalklausel: Ließe man es zu, Betriebs- und Gastronomieschließungen gegen Nichtstörer auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Nr. 14 IfSG zu stützen, ließe die Einengung des Adressatenkreises in § 31 IfSG insoweit ins Leere.<sup>80</sup>

Es bedarf daher näherer Begründung, § 31 IfSG in diesen Fällen nicht als speziellere und abschließende Norm im Verhältnis zur Generalklausel einzuordnen. Die Gerichte und Teile der Literatur sehen diese Rechtfertigung teilweise in der Verweisung des § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 IfSG auf die Maßnahmen der §§ 29 bis 31 IfSG.<sup>81</sup> Diese legt in der Tat nahe, die §§ 29 bis 31 IfSG gegenüber der Generalklausel weniger als Standardmaßnahmen und eher als Regelbeispiele zu verstehen. Insofern wird darauf verwiesen, dass Betriebsschließungen nicht auf die Untersagung der beruflichen Tätigkeit selbst gerichtet seien, sondern sich diese Berufsverbote bei einem Vorgehen nach der Generalklausel lediglich als ein Reflex der Schließung des entsprechenden Betriebs darstellten.<sup>82</sup> Entscheidend sei letztlich, ob Betriebsuntersagung und berufliches Tätigkeitsverbot wesensmäßig derart vergleichbar<sup>83</sup> sind, dass die gesetzgeberische Aussage, die mit der Normierung des Adressatenkreises in § 31 IfSG verbunden ist, auch für Betriebsuntersagungen nach § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Abs. 1 Nr. 14 ff. IfSG aufrechterhalten werden muss. Nach unserer Auffassung spricht für die wesensmäßige Unterscheidbarkeit der Eingriffsnormen und damit gegen eine Sperrwirkung des § 31 IfSG ganz entscheidend die systematische und genetische Neuausrichtung der Generalklausel durch die Schaffung des § 28a IfSG. Hiermit hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er § 28a IfSG als allgemeines Bekämpfungsinstrument gegen die Covid-19-Pandemie versteht (vgl. die amtliche Überschrift). Demgegenüber verfolgen die Vorschriften

der §§ 29–31 IfSG eine andere Schutzrichtung, indem sie an konkrete Krankheitsfälle anknüpfen. Darum können allgemeine Betriebsschließungen auf § 28 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 iVm. § 28a Nr. 14 IfSG gestützt werden, auch wenn deren Wirkung für die Betroffenen einem Berufsverbot praktisch gleichkommen kann.

#### IV. Entschädigungsmöglichkeiten der Betriebe

Ist es den zuständigen Behörden also möglich, auf der Basis der §§ 28, 28a IfSG die Fortführung eines Betriebs zu untersagen, so stellt sich die Folgefrage nach potenziellen Entschädigungsansprüchen. Diese sind innerhalb des IfSG bislang jedoch nur fragmentarisch ausgestaltet. Das Entschädigungsrecht des IfSG lässt sich in die vier Normkomplexe Verdienstausfallentschädigungen (§ 56 Abs. 1, Abs. 1a), Impfschadensrecht (§§ 60–64), Nichtstörer-Entschädigung (§ 65) und anspruchübergreifende Komplementärnormen (§§ 66–67) gliedern. Während *bis* zur Corona-Pandemie das Impfschadensrecht den klaren praktischen Schwerpunkt der Regelungen bildete, sind in der Corona-Pandemie die §§ 56 Abs. 1 und 65 IfSG in den Fokus der juristischen Auseinandersetzungen um die Verhältnismäßigkeit der Betriebs- und Gastronomieschließungen gerückt. Soweit weder die Entschädigungsnormen des IfSG noch die allgemeinen staatshaftungsrechtlichen Institute eingriffen, müssten zur Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes Entschädigungsmöglichkeiten geschaffen werden.<sup>84</sup> Die Gerichte tendieren demgegenüber dazu, die vom Bund in Aussicht gestellten Corona-Hilfsmaßnahmen als ausreichende

79 Vgl. BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 31 InfSchG Rn. 5; Kluckert, in: ders. (Fn. 40), § 2 Rn. 186.

80 Vgl. BeckOK InfSchR Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28 InfSchG Rn. 13.

81 *Fleischfresser*, in: Kluckert (Fn. 40), § 13 Rn. 39; wohl auch Kluckert, in: ders. (Fn. 40), § 2 Rn. 189; ThürVerfGH, 1.3.2021 – VerfGH 18/20 – BeckRS 2021, 3015, Rn. 485; vgl. auch OVG Berlin-Brandenburg, 23.4.2020 – OVG 11 S 25/20 – BeckRS 2020, 6642, Rn. 10.

82 So Lindner (Fn. 78).

83 Vgl. BeckOK InfSchR-Johann/Gabriel (Fn. 5), § 28 InfSchG Rn. 13; OVG Münster, 5.6.2020 – 13 B 776/20. NE – BeckRS 2020, 11272, Rn. 16.

84 Vgl. Schmitz/Neubert, NVwZ 2020, 666, 669 f.; Klauck/Müller/Riedner, JuS 2021, 739, 744; Dolde/Marquard, NVwZ 2021, 674 ff.

Kompensation zu begreifen, auch wenn diese nicht gesetzlich geregelt worden sind.<sup>85</sup>

## 1. § 56 IfSG

Der Entschädigungsanspruch des § 56 IfSG setzt in S. 1 ein gesetzliches Erwerbstätigkeitsverbot nach den Vorschriften des IfSG voraus, über S. 2 wird auch die Absonderung erfasst. Sinn und Zweck der Vorschrift ist es, unbillige Verdienstauffälle von Personen, die durch ein gesetzliches Verbot an der Erwerbstätigkeit gehindert sind, in gleichem Maße zu kompensieren wie bei arbeitsunfähig Erkrankten, die in der Regel über ihre Krankenversicherung abgesichert sind.<sup>86</sup>

### a) Anwendbarkeit bei Betriebsschließungen

Angesichts der weitläufig angeordneten coronabedingten Betriebsschließungen und Veranstaltungsuntersagungen hat sich § 56 IfSG aber als unzureichendes kompensatorisches Instrument erwiesen. Denn die Vorschrift erfasst nur Tätigkeitsverbote, die an Ausscheider, Ansteckungsverdächtige usw. gerichtet sind, knüpft also auch wieder an die »Störer«-Eigenschaft des Adressaten an. Die auf der Basis von §§ 28, 28a IfSG angeordneten pauschalen Betriebsschließungen ergingen aber in der Regel gegen Nichtstörer, da nur in Einzelfällen ein konkreter Ansteckungsverdacht bestand. Sie sind daher grundsätzlich nicht von § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG erfasst.<sup>87</sup> Auch spricht § 56 IfSG von einem Erwerbstätigkeitsverbot, was streng genommen nicht mit einer Betriebsschließung identisch ist.<sup>88</sup>

Wegen – aus grundrechtlicher Sicht – vergleichbarer Eingriffsintensität und Wirkungsweise<sup>89</sup>, ist versucht worden, die Bestimmung in analoger Anwendung oder mittels eines Erst-Recht-Schlusses<sup>90</sup> auf Entschädigungen von Nicht-Störern bei Betriebsschließungen anzuwenden.<sup>91</sup> Zugunsten der insoweit erforderlichen planwidrigen Regelungslücke wird argumentiert, der IfSG-Gesetzgeber habe derart breite Betriebsschließungen ebenso wenig im Blick gehabt wie korrespondierende Entschädigungstatbestände.<sup>92</sup> Die Gerichte hingegen verschließen sich dieser Argumentation mit einer anderen Deutung der Gesetzeshistorie<sup>93</sup> und vor allem mit der Erwägung, der Gesetzgeber habe sich bei seinen zahlreichen Nachbesserungen des IfSG erkennbar gegen eine Ausweitung der Entschädigungsansprüche entschieden, eine planwidrige Regelungslücke müsse daher verneint werden.<sup>94</sup>

Ergänzend wird – wohl als Argument gegen eine vergleichbare Interessenlage – auf die von Bund und Ländern in Aussicht gestellten wirtschaftlichen »Rettungspakete« verwiesen.<sup>95</sup> Diese Argumentation überzeugt methodisch, denn man wird dem Gesetzgeber tatsächlich kaum unterstellen können, trotz der mehrfachen Novellierung des IfSG eine Ausweitung der Entschädigungsmöglichkeiten jeweils bewusst und daher planwidrig unterlassen zu haben.<sup>96</sup> Immerhin ist etwa auch die Entschädigung von Verdienstauffällen bei der Schließung von Kindertagesstätten in § 56 Abs. 1a IfSG erst während der Corona-Pandemie mit Wirkung zum 30. März 2020 eingefügt worden.<sup>97</sup> Die empfundene »Gerechtigkeitslücke« kann daher nicht im Wege der Analogie geschlossen werden.

### b) Anwendbarkeit bei rechtswidrigen Maßnahmen

Ebenfalls umstritten ist, ob der Entschädigungsanspruch des § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG auch bei rechtswidrigen Maßnahmen eingreift.<sup>98</sup> Will man rechtswidrig in Anspruch Genommenen die Entschädigung verwehren, die andere

85 LG Heilbronn, 9.4.2020 – I 4 O 82/20 – NVwZ 2020, 975, 976; OVG Weimar – 7.5.2020 – 3 EN 311/20 – BeckRS 2020, 10618, Rn. 44; OVG Bautzen, 29.4.2020 – 3 B 144/20 – BeckRS 2020, 7081, Rn. 57; OVG Magdeburg, 22.3.2021 – 3 R 22/21 – BeckRS 2021, 8299, Rn. 62; zu den Hilfsprogrammen: *Becker*, in: *Huster/Kingreen* (Fn. 4), Kap. 9, Rn. 53 ff.

86 Vgl. *Gerhardt*, IfSG, 5. Aufl., München 2021, § 56 Rn. 1; zur Vorgängerregelung des § 56 IfSG: *BT-Drs. 3/1888*, S. 27; *Kießling-Kümper* (Fn. 9), § 56 Rn. 3.

87 LG Stuttgart, 30.3.2021 – 7 O 417/20 – COVuR 2021, 551, 553; *Kießling-Kümper* (Fn. 9), § 56 Rn. 12; *Stöß/Putzer*, NJW 2020, 1465, 1466.

88 *Becker*, in: *Huster/Kingreen* (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 115; *BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse* (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 30 f.; aA.: *Antweiler*, NVwZ 2020, 584, 589.

89 LG Berlin, 13.10.2020 – 2 O 247/20 – NVwZ-RR 2021, 301, 305; *Otto*, LKV 2020, 355, 358.

90 *Rommelfanger*, COVuR 2020, 178, 180; *Eusani*, MDR 2020, 962, 965.

91 *v.Usslar*, VR 2020, 325, 327 f.; *Otto*, LKV 2020, 355, 357 f.

92 *Rommelfanger*, COVuR 2020, 178, 180; *Eusani*, MDR 2020, 962, 965; *Otto*, LKV 2020, 355, 355 f.

93 LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1227 f.; dem folgend: LG München I, 28.4.2021 – 15 O 7232/20 – BeckRS 2021, 15930, Rn. 27 ff.

94 LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1228 f.; LG München I, 28.4.2021 – 15 O 7232/20 – BeckRS 2021, 15930, Rn. 36 ff.

95 LG Heilbronn, 9.4.2020 – I 4 O 82/20 – NVwZ 2020, 975, 976.

96 So auch: *Sangs*, NVwZ 2020, 1780, 1783.

97 Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 27.3.2020 (BGBl. I 2020, S. 587).

98 Dagegen: *Winter/Thürk*, in: *Schmidt* (Fn. 78), § 22 Rn. 14; *Eufinger*, DB 2020, 1121; dafür: *Becker*, in: *Huster/Kingreen* (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 114; *Kießling-Kümper* (Fn. 9), § 56 Rn. 20; wohl auch: *BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse* (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 34.

bei rechtmäßigen Maßnahmen verlangen können, wird dem regelmäßig ein »Erst-Recht-Schluss« entgegengesetzt.<sup>99</sup> Es ist indes fraglich, ob es eines Erst-Recht-Schlusses – verstanden als methodisches Instrument der Lückenschließung – vorliegend überhaupt bedarf. Denn § 56 IfSG trifft keine Aussage über die Rechtmäßigkeit der in Rede stehenden Maßnahme. Die Adressaten rechtswidriger behördlicher Maßnahmen können daher in den Anwendungsbereich des § 56 Abs. 1 S. 1 IfSG einbezogen werden, ohne mit dessen Wortlaut in Konflikt zu treten.<sup>100</sup>

### c) Insbesondere § 65 IfSG

Eine Entschädigung der von Betriebsschließungen Betroffenen ist aber auch nicht nach § 65 IfSG möglich. Die Vorschrift knüpft tatbestandlich an präventive Verhütungsmaßnahmen nach den §§ 16, 17 IfSG an, während die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen, wie gesehen, ganz überwiegend auf die repressiven Eingriffstatbestände der §§ 28, 28a IfSG gestützt worden sind.<sup>101</sup> Daher geht die überwiegende Meinung davon aus, dass eine unmittelbare Anwendung auf repressive Corona-Bekämpfungsmaßnahmen ausscheidet.<sup>102</sup> Soweit eine direkte Anwendung des § 65 IfSG mit dem Argument befürwortet wird, die Corona-Bekämpfungsmaßnahmen zielten stets auch darauf ab, die weitere Verbreitung des Virus zu stoppen und verfolgten insoweit einen präventive Zweck<sup>103</sup>, steht dem die gesetzsystematische Differenzierung des IfSG zwischen der Verhütung übertragbarer Krankheiten in Abschnitt 4 und der Bekämpfung übertragbarer Krankheiten in Abschnitt 5 des IfSG entgegen<sup>104</sup>. Auch wenn man die entschädigungsrechtlichen Konsequenzen dieses Konzepts für nicht überzeugend und als wenig gerecht empfinden mag,<sup>105</sup> kann eine solch klare gesetzgeberische Entscheidung mit diesen Erwägungen nicht in eine planwidrige Nicht-Entscheidung umgedeutet werden.<sup>106</sup>

Damit können aber weder § 56 IfSG noch § 65 IfSG die breiten Betriebsschließungen als die weitläufigsten und wohl auch einschneidendsten Corona-Bekämpfungsmaßnahmen erfassen.<sup>107</sup> Mangels Entschädigungsmöglichkeiten rücken insoweit zwei Folgefragen in den Vordergrund: Kann das allgemeine Staatshaftungsrecht den Betroffenen Ausgleich gewähren? Und, wenn nein, sind allgemeine Betriebs- und Gastronomieschließungen ohne jede Kompensation noch verhältnismäßig?

## 2. Eingreifen des Staatshaftungsrechts

Aus dem allgemeinen Staatshaftungsrecht kommen vor allem der Amtshaftungsanspruch aus Art. 34 GG iVm. § 839 BGB, Ansprüche aus enteignendem oder enteignungsgleichem Eingriff sowie der allgemeine Aufopfungsanspruch in Betracht. Länderspezifische Entschädigungsansprüche aus dem Polizei- und Ordnungsrecht sollen nachfolgend außer Betracht bleiben.

### a) Amtshaftungsanspruch Art. 34 GG, § 839 BGB

Der Amtshaftungsanspruch gewährt Schadensersatz für schuldhaft Verletzungen drittschützender Amtspflichten im hoheitlichen Tätigkeitsbereich.<sup>108</sup> Er unterscheidet sich schon durch das Anspruchsziel des Schadensersatzes sowie der Voraussetzung einer schuldhaften Amtspflichtverletzung fundamental von den verschuldensunabhängigen Entschädigungstatbeständen des IfSG. Er kann daher parallel zur Anwendung gebracht werden.<sup>109</sup> Damit ist indes noch nichts darüber gesagt, ob die Voraussetzungen

99 In diesem Sinne: *Giesberts/Gayger/Weyand*, NVwZ 2020, 417, 421.

100 BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 34.

101 *Fischer-Uebler/Gölzer/Schaub*, JA 2021, 491, 492.

102 LG München I, 28.4.2021 – 15 O 10858/20 – BeckRS 2021, 8842, Rn. 17; LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1227; VG Würzburg, 28.5.2021 – W 8 K 21.594 – BeckRS 2021, 15311, Rn. 18; BeckOK InfSchR-Kruse (Fn. 5), § 65 InfSchG Rn. 13; *Reschke*, DÖV 2020, 423, 425.

103 So *Schwintowski*, NJOZ 2020, 1473, 1475.

104 LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1227; *Becker*, in: *Huster/Kingreen* (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 98.

105 Vgl. etwa *Fischer-Uebler/Gölzer/Schaub*, JA 2021, 491, 492; LG München, 28.4.2021 – 15 O 10858/20 – BeckRS 2021, 8842, Rn. 21; *Bachmann/Rung*, in: *Kluckert* (Fn. 40), § 15 Rn. 52.

106 Für eine analoge Anwendung jedoch *Eusani*, MDR 2020, 962, 965; wohl auch *Bachmann/Rung*, in: *Kluckert* (Fn. 40), § 15 Rn. 52 ff.; vgl. auch die abwägende Darstellung bei *Winter/Thürk*, in: *Schmidt* (Fn. 78), § 22 Rn. 30 ff., die zwar eine vergleichbare Interessenlage bejahen, eine planwidrige Regelungslücke aber ablehnen; gegen eine Analogie: LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1227 ff.; *Klauck/Müller/Riedner*, JuS 2021, 739, 741; *Eibenstein*, NVwZ 2020, 930, 931 f.; *Kießling-Kümper* (Fn. 9), § 65 Rn. 9; *Rinze/Schwab*, NJW 2020, 1905, 1906.

107 Dieser Ansicht scheint nach Presseberichten auch das BAG in einem obiter dictum seines Urteils zur Vergütungspflicht bei Minijobbern während des Lockdowns, – BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, bislang noch unveröffentlicht – zuzuneigen, vgl. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bag-urteil-5azr21121-betriebsrisiko-arbeitgeber-behoerdliche-schliessung-corona-lohnan-spruch-geringfuegig-beschaefigtel/> (24.1.2022).

108 *Frenz*, Öffentliches Recht, 8. Aufl., München 2019, Rn. 1358 ff.

109 Vgl. *Winter/Thürk*, in: *Schmidt* (Fn. 78), § 22 Rn. 61; BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 101; *Becker*, in: *Huster/Kingreen* (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 132.

des Amtshaftungsanspruches im Rahmen der Corona-Bekämpfungsmaßnahmen regelmäßig vorliegen werden. Problematisch gestaltet sich insofern vor allem die Tatsache, dass die Gerichte die Schließungen ganz überwiegend für rechtmäßig erachtet haben und damit schon keine Verletzung einer drittbezogenen Amtspflicht feststellbar sein dürfte.<sup>110</sup>

### b) Aufopferungsansprüche

Im Ergebnis nicht anders gestaltet sich die Anwendbarkeit der aus dem Aufopferungsgedanken des allgemeinen preußischen Landesrechts (§§ 74, 75 Einl. ALR) entwickelten Staatshaftungsansprüche<sup>111</sup>, namentlich des allgemeinen Aufopferungsanspruchs als auch des Anspruchs aus enteignungsgleichem wie enteignendem Eingriff.<sup>112</sup> Unabhängig von den tatbestandlichen Unterschieden zwischen diesen Instituten<sup>113</sup> lässt sich eine Entschädigung der von den flächendeckenden Schließungen Betroffenen mit der Erwägung ablehnen, dass alle diese Ansprüche auf dem Aufopferungsgedanken basieren und daher ein Sonderopfer erfordern,<sup>114</sup> das beim Lockdown wohl nicht festzustellen ist, weil die flächendeckenden Betriebs- und Gastronomieschließungen gerade die Allgemeinheit und nicht individuell herausgehobene Betroffene treffen.<sup>115</sup> Aber selbst wenn man sich darüber hinwegsetzt, stellt sich im Kontext der Betriebsschließungen eine weitere Hürde: Sofern man in diesen Fällen einzig Art. 12 GG, nicht aber – wie hier unter II.3. befürwortet – Art. 14 GG als betroffen ansieht, greift der allgemeine Aufopferungsanspruch nicht. Denn dieser wird überwiegend auf die Beeinträchtigung nicht vermögenswerter immaterieller Rechte beschränkt, wozu die Berufsfreiheit aber nicht zählen soll.<sup>116</sup>

### 3. Unverhältnismäßige Belastung durch Betriebsschließungen?

Nach alledem lässt sich festhalten, dass die Entschädigungstatbestände des IfSG gerade bei den grundrechtswesentlichen Betriebs- und Gastronomieschließungen während der »Lockdowns« nicht eingreifen. Das ist eine Schwäche des Infektionsschutzrechtes. Auch wenn die Maßnahmen jedenfalls aus der ex ante Perspektive zum Lebens- und Gesundheitsschutz der Gesamtbevölkerung geeignet, erforderlich und angemessen waren,<sup>117</sup> sollten die Entschädigungsansprüche des IfSG an die Realität der

Pandemie-Bekämpfung angepasst und de lege ferenda spezialgesetzliche Entschädigungsansprüche, zumindest für unverhältnismäßige Belastungen, gewährt werden.<sup>118</sup>

## V. Rechtsschutz und Rechtsweg

Je einschneidender und weitläufiger in Grundrechte eingegriffen wird, desto bedeutsamer ist es, dass den Betroffenen offensteht, die Rechtmäßigkeit der Maßnahmen gerichtlich überprüfen zu lassen. Die dynamische Fortentwicklung des IfSG und der auf dieses gestützten Corona-Maßnahmen hatte dabei erhebliche Auswirkungen auf die Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen. In der Anfangszeit der Pandemie hing die Wahl des Rechtsschutzes vor allem davon ab, ob die behördlichen Maßnahmen als Allgemeinverfügung oder Verordnung ergingen. Erstere stellt einen Verwaltungsakt dar und kann daher im Wege der Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO) bzw. im Verfahren nach § 80 Abs. 5 VwGO im Eilverfahren angegriffen werden. Mit der sukzessiven Verlagerung der Handlungsform der Behörden auf den Verordnungserlass verschob sich der Rechtsschutz hin zur Normenkontrolle

110 Vgl. LG Hannover, 9.7.2020 – 8 O 2/20 – NJW-RR 2020, 1226, 1232; Rinze/Schwab, NJW 2020, 1905, 1906 f.; Siegel, NVwZ 2020, 577, 583; Fischer-Uebler/Gölzer/Schaub, JA 2021, 491, 495.

111 Zu deren Systematisierung im Kontext der Corona-Bekämpfung: Becker, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 20 ff.

112 Vgl. nur Ossenbühl/Cornils, Staatshaftungsrecht, 6. Aufl., München 2013, S. 325 ff.

113 Siehe hierzu: Maurer/Waldhoff (Fn. 60), § 27 ff.

114 Allgemein zum Erfordernis des Sonderopfers: Ossenbühl/Cornils (Fn. 112), S. 141 ff.

115 OLG Berlin-Brandenburg, 1.6.2021 – 2 U 13/21 – BeckRS 2021, 14869, Rn. 67 f.; LG Stuttgart, 5.11.2020 – 7 O 109/20 – BeckRS 2020, 31215, Rn. 40 ff.; LG Köln, 12.1.2021 – 5 O 215/20 – BeckRS 2021, 264, Rn. 41; BeckOK InfSchR-Eckart/Kruse (Fn. 5), § 56 InfSchG Rn. 31.1; Becker, in: Huster/Kingreen (Fn. 4), Kap. 9 Rn. 138; Reschke, DÖV 2020, 423, 429; Kment, NVwZ 2020, 687, 688; aA.: Antweiler, NVwZ 2020, 584, 589; Rinze/Schwab, NJW 2020, 1905, 1910.

116 Vgl. BGH, 7.6.1990 – III ZR 74/88 – NJW 1990, 3260 ff.; Ossenbühl/Cornils (Fn. 112), S. 131; für eine Ausgleichspflicht von Berufsausübungsregelungen: Dolde/Marquard, NVwZ 2021, 674, 678 f., dagegen Sachs-Mann (Fn. 2), Art. 12 Rn. 177 f.

117 Siehe oben II.3 u. hinsichtlich Ausgangs- und Kontaktbeschränkungen: BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 781/21 ua. – BeckRS 2021, 36514, Rn. 166 ff.; bezügl. Schulschließungen: BVerfG, 19.11.2021 – 1 BvR 971/21, u. 1 BvR 1069/21 – BeckRS 2021, 36492, Rn. 109 ff.

118 Zur Reichweite des Vorbehaltes des Gesetzes im Leistungsrecht vgl. Lepsius, in: Herdegen/Masing/Poscher/Gärditz (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, München 2021, § 12 Rn. 54 mwN.

nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO, bzw. § 47 Abs. 6 VwGO im Eilverfahren. In Hamburg und Berlin, wo es keine solche Normenkontrolle gibt,<sup>119</sup> bleibt zumindest die Möglichkeit der inzidenten Überprüfung der Rechtmäßigkeit einer Verordnung in anderen verwaltungsgerichtlichen Verfahren, insbesondere im Wege einer sog. negativen Feststellungsklage nach § 43 VwGO.<sup>120</sup> Die umfassenden Rechtsschutzmöglichkeiten gegen Verordnungen mögen auch dazu geführt haben, dass sich die zwischenzeitlich propagierte Einbindung der Länderparlamente in die Coronabekämpfung über den Erlass sog. ordnungsvertretender Gesetze nach Art. 80 Abs. 4 GG nicht durchgesetzt hat, denn dies hätte in Bundesländern, die einerseits von § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO Gebrauch gemacht haben und andererseits keine Landesverfassungsbeschwerde gegen Gesetze kennen, eine Verschlechterung der Rechtsschutzmöglichkeiten bedeutet. Erneut relevant geworden ist der vergleichsweise schwach ausgestaltete Rechtsschutz gegen Gesetze auch im Zuge des Erlasses der »Bundesnotbremse« des § 28b IfSG.<sup>121</sup>

Das ist normales verwaltungsprozessuales Tagesgeschäft. Spannender ist jedoch eine Entwicklung auf der Ebene der Sekundäransprüche. Denn mit Blick auf die Entschädigungstatbestände des IfSG haben sich durch Änderungsgesetze von vom 18. November 2020 und 29. März 2021<sup>122</sup> bedeutsame Veränderungen ergeben.<sup>123</sup> Mit diesen Änderungen wurden nämlich die vormals über § 68 Abs. 1 IfSG den ordentlichen Gerichten zugewiesenen Entschädigungstatbestände in den Zuständigkeitsbereich der Verwaltungsgerichte überstellt. Das hat zur Folge, dass Entscheidungen über Anträge auf Entschädigung nunmehr dem Institut der Bestandskraft unterliegen. Das bedeutet: Gegen ablehnende Bescheide muss nun innerhalb eines Monats Verpflichtungsklage beim Verwaltungsgericht erhoben werden. Dies war vorher nicht der Fall, da der Anspruch innerhalb der regelmäßigen Verjährungsfrist des § 195 BGB auch bei einem ablehnenden Bescheid für volle drei Jahre weiterhin vor den ordentlichen Gerichten geltend gemacht werden konnte.<sup>124</sup> Da sich die von Betriebsschließungen Betroffenen, wie gesehen, ebenso häufig wie erfolglos auch auf eine analoge Anwendung der §§ 56 und 65 IfSG berufen, hat dies nun die Frage aufgeworfen, ob die neue aufdrängende Sonderzuweisung zu den Verwaltungsgerichten auch in einem solchen Analogiefall eingreift. Erstaunlicherweise gehen

die Verwaltungsgerichte davon aus, dass die Entscheidung über die analoge Anwendung nicht ihnen, sondern den ordentlichen Gerichten obliege, da der Gesetzgeber die Zuweisung an die Verwaltungsgerichte gerade nur für ausdrücklich geregelte Fälle intendiert habe.<sup>125</sup> Daher ist nach aktuellem Stand der Rechtsprechung davon auszugehen, dass die Zivilgerichte auch weiterhin noch über Entschädigungsansprüche in analoger Anwendung des IfSG entscheiden werden – und dann in der oben beschriebenen Rechtsprechungslinie feststellen werden, dass keine Analogie möglich ist.

## VI. Fazit

Eine Pandemie kann nicht bewältigt werden, ohne dass der gesamten Bevölkerung erhebliche Einschränkungen abverlangt werden. Es war daher im Grundsatz verfassungsrechtlich geboten, Gewerbe, Handel und Gastronomie maßgeblich in die Pandemie-Bekämpfung miteinzubeziehen. Das Infektionsschutzrecht wird jedoch auch nach seinen Änderungen der Grundrechtswesentlichkeit betriebsbezogener Corona-Bekämpfungsmaßnahmen nur teilweise gerecht. Inzwischen zeichnet sich ab, dass sich der verfassungsrechtliche Brennpunkt, sofern die Infektionszahlen nicht durch das Auftreten neuer Varianten in die Höhe schnellen, von den Eingriffstatbeständen hin zu den Entschädigungsansprüchen des IfSG verlagert. Gerade diese decken aber nur einen kleinen Bereich der Anwendungsfälle von Betriebsschließungen ab. Bis zu

119 Beide Länder haben von der Möglichkeit nach § 47 Abs. 1 Nr. 2 VwGO die prinzipale Normenkontrolle einzuführen keinen Gebrauch gemacht.

120 BVerfG, 10.4.2020 – 1 BvQ 26/20 – COVuR 2020, 101, 103; Giesbert, in: Posser/Wolff (Hrsg.), BeckOK-VwGO, 59. Ed., Stand: 1.10.2021, § 47 Rn. 24a.

121 Dazu schon oben B.II.; zu den Implikationen des § 28b IfSG für Art. 19 Abs. 4 GG: Schwarz, COVuR 2021, 258 259 f.; Greve/Lassahn, NVwZ 2021, 665, 669 f.

122 Zu den Gründen der Reform vgl. BT-Drs. 19/27291, S. 63; Kümper, NVwZ 2021, 1254, 1255.

123 Ausführlich hierzu: Kümper, NVwZ 2021, 1254 ff.

124 BeckOK InfSchR-Kruse (Fn. 5), § 68 InfSchG Rn. 1a f.; Kümper, NVwZ 2021, 1254, 1255.

125 OVG Lüneburg, 3.9.2021 – 13 OB 321/21 – BeckRS 2021, 24801, Rn. 16, die gar einen »ersichtlich missbräuchliche Versuch [...] sehen, in den Verwaltungsrechtsweg zu gelangen«; OVG Berlin-Brandenburg, 6.5.2021 – OVG 1 L 16/21 – BeckRS 2021, 10546, Rn. 4 ff.; VG Würzburg, 28.5.2021 – W 8 K 21.594 – BeckRS 2021, 15311, Rn. 19.

einer vollständigen Normalisierung der Infektionslage werden die Betriebe noch vor schwierige Richtungsentscheidungen gestellt. Dies betrifft etwa die Frage, ob sie den Zugang nur für Geimpfte und Genesene eröffnen oder ihre Mitarbeiter zu einer Impfung verpflichten. In der Politik ist deshalb die Rede davon, dass die Betriebe

künftig mehr eigene Verantwortung für die Corona-Bekämpfung übernehmen müssen. Es wäre ein Anfang, wenn der Staat für die zurückliegenden Corona-Bekämpfungsmaßnahmen dasselbe tut, indem er die Entschädigungstatbestände des Infektionsschutzgesetzes reformiert.

# Arbeitsrecht und Pandemie in Österreich – Ein Überblick

Mag. Dr. Wolfgang Kozak, Arbeiterkammer Wien

## I. Krisenbewältigung

Als am 16. März 2020 in Österreich der erste Lockdown pandemiebedingt erfolgte, konnte noch niemand erahnen, welche vielfältigen Regelungen und Fragen insbesondere auf die juristische Fachwelt zukommen würden. Insbesondere wurde in der verfassungsgerichtlichen Nachkontrolle die Qualität der Legistik auf den Prüfstand gestellt. Gerade Einschränkungen der persönlichen Freiheit und der Erwerbsfreiheit wurden auf die verfassungsrechtliche Konformität kontrolliert.

Daneben versuchten die Gerichte mit den bisher angewandten arbeitsrechtlichen Werkzeugen auf pandemieerzeugte Sachverhalte zu reagieren bzw. schuf der Gesetzgeber in rascher Abfolge neue Normen bzw. revidierte diese, um sie der jeweiligen Situation und den Bedürfnissen anzupassen.

Der Beitrag selbst kann keine umfassende Darstellung der Bewältigung der Pandemie vornehmen, sondern beleuchtet einzelne, nach der Gewichtung des Autors, bemerkenswerte Themen in diesem Zusammenhang.

## II. Sondergesetze zur Pandemie/ Epidemieregulierung

### 1. Epidemiegesetz

Bis zum »Vollausbruch« der Pandemie in Österreich war das Epidemiegesetz 1952 (EpidemieG)<sup>1</sup> die einzige Rechtsgrundlage für Maßnahmen, die im Zusammenhang mit besonders ansteckenden Krankheiten gesetzt werden mussten. Das Gesetz regelt, welche Krankheiten anzeigepflichtig sind und wer anzeigen muss sowie die Maßnahmen zur Verhütung und Bekämpfung anzeigepflichtiger Krankheiten, darunter zB. die Absonderung Kranker, Verkehrsbeschränkungen und

Betriebsbeschränkungen sowie Bestimmungen über den Ersatz eines eventuellen Verdienstentganges aufgrund der gesetzten Maßnahmen. Diese Regelung fand aber erst 1974 in das Gesetz Eingang,<sup>2</sup> zuvor wurde ein Ersatz nur besonders bedürftigen Personen zugestanden.

Grosso modo gesprochen, gesteht § 32 EpidemieG unter anderem im Falle der Absonderung der Betriebseinschränkung oder Betriebssperre eine Vergütung in Höhe des Verdienstentganges zu, wenn ein solcher durch diese Maßnahme entstanden ist.<sup>3</sup> Arbeitgeber haben Arbeitnehmern diese Vergütung im Vorhinein gegen Ersatz ausbezahlen.<sup>4</sup> Die Norm verweist hier auf die Entgeltberechnung des Entgeltfortzahlungsgesetzes und somit auf den arbeitsrechtlichen, weiten Entgeltbegriff sowie die Anwendung des Ausfallsprinzips.

Kein Verdienstersatz ist bei der sogenannten Einreisequarantäne zu leisten – insofern sie bei Dienstreisen nicht sowieso als Teil der Arbeitsleistung und somit als entgeltspflichtig anzusehen ist – sofern keine Erkrankung vorliegt. Dies Rechtslage gilt seit dem 28. Mai 2020.<sup>5</sup>

Das EpidemieG ist im Rahmen der mittelbaren Bundesverwaltung durch die Landeshauptmänner und die Bezirksverwaltungsbehörden zu vollziehen und ist daher auf das Bundesstaatsprinzip Österreichs abgestimmt.<sup>6</sup>

### 2. Covid-19-Maßnahmengesetz

Im März 2021 wurde im Rahmen der unmittelbaren Bundesverwaltung für eine einheitliche Vollziehung

1 StF.: BGBl. Nr. 186/1950.

2 Durch die Novelle BGBl. Nr. 702/1974.

3 *Keisler/Hummelbrunner*, in: Resch (Hrsg.), Corona-HB 1.06, Kap. 1 Rn. 44, Stand 1.7.2021, Wien 2021.

4 *Keisler/Hummelbrunner*, in: Resch (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 147.

5 *Keisler/Hummelbrunner*, in: Resch (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 45.

6 *Keisler/Hummelbrunner*, in: Resch (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 7.

das COVID-19-Maßnahmengesetz (Maßnahmengesetz) erlassen.<sup>7</sup> Die Maßnahmen aufgrund des EpidemieG wurden im Initiativantrag der Regierungsparteien als »nicht ausreichend bzw zu kleinteilig empfunden, um die weitere Verbreitung von COVID-19 zu verhindern.«<sup>8</sup>

Grundsätzlich ermächtigte das Gesetz unter anderem in seiner Stammfassung zur Erlassung von Betretungsverboten und eingeschränkt auf bestimmte Orte, Betriebe und Arbeitsorte.<sup>9</sup> Das Maßnahmengesetz sieht im Unterschied zum EpidemieG keinerlei Entschädigung für die aufgrund des Gesetzes erlassenen Maßnahmen vor.

Solche wurden in Sondergesetzen geschaffen und als Umsatzerersatz ohne Anrechnung von trotz Pandemie getätigten Umsätzen, Fixkostenzuschüssen und nicht zuletzt der Kurzarbeitsregelungen ausgestaltet.

Das EpidemieG wurde vom Gesetzgeber grundsätzlich in Geltung gelassen. Das Maßnahmengesetz wurde zusätzlich erlassen und bleibt insbesondere für epidemische Maßnahmen wie Absonderung anwendbar.

In der Praxis kommt es daher darauf an, aufgrund welcher gesetzlicher Grundlage eine Maßnahme wie zB. eine Betriebsschließung, bzw. ein Betretungsverbot erlassen wurde, um Anspruch auf eine gesetzliche Vergütung zu haben.

### III. Ausgewählte Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes (VfGH)

#### 1. Problematik des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzes durch eine schnelle Novellierung der in Frage stehenden Rechtsnormen

Bis zur Corona-Pandemie judizierte der VfGH als Zulässigkeitsvoraussetzungen für Anträge auf Gesetzes- oder Verordnungsprüfung, dass diese neben dem Kriterium der unmittelbaren nachteiligen Betroffenheit des Antragstellers noch zum Entscheidungszeitpunkt in Kraft stehen muss, damit das Rechtsschutzinteresse noch gegeben ist.<sup>10</sup> Durch das Vorliegen schnell wechselnder Regelungen im Rahmen der Pandemiebekämpfung sieht der österreichische Verfassungsgerichtshof in diesem Fall die Existenz des Rechtsschutzinteresses über die kurze Zeit der Gültigkeit der Regelung hinaus als gegeben und die Rechtsbeeinträchtigung als aktuell an<sup>11</sup> und ließ diesbezügliche Prüfungsanträge zu.

#### 2. Überschreitung der Ermächtigung

Der Covid-19-Maßnahmengesetzgeber sah in seiner gesetzlichen Regelung die Ermächtigung des Verordnungsetzers zur Erlassung von Betretungsverboten öffentlicher Orte vor.<sup>12</sup> Der Verordnungsgesetzgeber erließ jedoch eine Norm nach dem Grundregel- Ausnahmeprinzip: »Das Betreten öffentlicher Orte ist verboten. Ausnahmen sind [...]«. <sup>13</sup> Dies wurde vom VfGH als Überschreitung der gesetzlichen Verordnungsermächtigung gesehen und die Verordnung als gesetzwidrig erkannt, ohne eine Beurteilung der Maßnahmen selbst vorzunehmen.<sup>14</sup>

#### 3. Verletzung des Bestimmtheitsgrundsatzes

Im Rahmen dieser Verordnungsprüfung kritisierte der VfGH, dass der Verordnungsetzer es unterlassen hat, »jene Umstände, die ihn bei der Verordnungserlassung bestimmt haben, so festzuhalten, dass entsprechend nachvollziehbar ist, warum der Ordnungsgeber die mit dieser Regelung getroffenen Maßnahmen für erforderlich gehalten hat.« Der VfGH lehnte es also ab, die Begründung der Sachlichkeit der Normen selbst erzeugen bzw. einen Prüfungsmaßstab herausfinden zu müssen. Er sieht dieses Manko als so gravierend an, dass er keine weitere Prüfung mehr vornimmt: »Bei diesem Ergebnis erübrigt sich eine weitere Prüfung, ob die angefochtenen Bestimmungen auch aus anderen geltend gemachten Gründen gesetz- oder verfassungswidrig sind.«

7 BGBl. I Nr. 12/2020.

8 396/A XXVII.GP, 10.

9 Keisler/Hummelbrunner, in: Resch (Fn. 3), Kap. 1 Rn. 48/1.

10 Siehe Ausführungen VfGH, 14.7.2020 – V411/2020 (V411/2020-17) – ECLI:AT:VFGH:2020:V411.2020, Punkt 4.2.1.

11 VfGH, 14.7.2020 – V411/2020 (V411/2020-17) – ECLI:AT:VFGH:2020:V411.2020, Punkt 4.2.2. und 4.2.3.

12 Bundesgesetz betreffend vorläufige Maßnahmen zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 (COVID-19-Maßnahmengesetz), BGBl. I Nr. 12/2020, idF. BGBl. I Nr. 23/2020: »§ 2. Beim Auftreten von COVID-19 kann durch Verordnung das Betreten von bestimmten Orten untersagt werden, soweit dies zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 erforderlich ist.«

13 COVID-19-Maßnahmenverordnung-98, BGBl. II Nr. 98/2020, idF. BGBl. II Nr. 108/2020: »§ 1. Zur Verhinderung der Verbreitung von COVID-19 ist das Betreten öffentlicher Orte verboten. § 2. Ausgenommen vom Verbot gemäß § 1 sind Betretungen, [...]«

14 VfGH, 14.7.2020 – V363/2020 – ECLI:AT:VFGH:2020:V363.2020.



#### 4. Entschädigungslose Erwerbsbeschränkungen durch Covid-19-Maßnahmengesetz

Im Gegensatz zum Epidemiegesetz sieht das Maßnahmengesetz die Möglichkeit der Erlassung von Bekämpfungsmaßnahmen der aktuellen Pandemie ohne Entschädigungsleistung durch den Staat vor. Diese Neuregelung war daher Gegenstand eines Gesetzesprüfungsverfahrens, in welchem der VfGH festhielt, dass unter dem Blickwinkel des Rechts der Unversehrtheit des Eigentums, aufgrund der Einbettung der Regelung des Maßnahmengesetzes in ein umfangreiches Unterstützungs-, Hilfs- und Maßnahmenprogramm (zB. Fixkostenzuschuss I und II, Umsatzeratz, Kurzarbeitsbeihilfe), das Fehlen einer Entschädigungsregel als verfassungskonform angesehen werden kann.<sup>15</sup> Als Argument gegen das Vorliegen eines Sonderopfers argumentierte der VfGH, dass Arbeitnehmer auch Nachteile bei der Pandemiebekämpfung in Kauf nehmen müssten, etwa bei der befristeten Neufassung von § 1155 ABGB, nach dem »Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen auf Grund von Maßnahmen nach dem COVID-19-MaßnahmenG nicht zustande kommen, verpflichtet sind, unter bestimmten Voraussetzungen auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen.«<sup>16</sup>

### IV. Aktuelle Urteile des Obersten Gerichtshofes (OGH) in Zusammenhang mit der Pandemie

#### 1. Befristungsende durch Pandemie?

Ein bemerkenswertes Urteil des Obersten Gerichtshofes in Österreich (OGH) behandelte die Auslegung einer Befristungsvereinbarung eines Vertrages für die Wintersaison 2019/20 eines Beschäftigten bei einem Seilbahnunternehmen.<sup>17</sup> Die Befristungsvereinbarung des Vertrages lautete folgendermaßen: »[...] bis zum Ende der Wintersaison (längstens bis 13. April 2020)«. Nun wurde aufgrund der Pandemie der Wintersportbetrieb in Tirol aufgrund einer Verordnung des Landeshauptmannes für Tirol mit 15. März 2021 beendet<sup>18</sup>.

Der Seilbahnunternehmer ging mit der Betriebsschließung von einem Ende der Wintersaison aus und betrachtete das Arbeitsverhältnis mit 15. März 2020 aufgrund

Zeitablaufs für beendet. Der betroffene Arbeitnehmer ging vom planmäßigen Ende der Wintersaison aus und klagte auf Schadenersatz in Höhe des entgangenen Verdienstes bis zu dem nach seiner Sicht regulären Ende des Arbeitsverhältnisses (nach österreichischer Terminologie: die Kündigungsentschädigung).

Die Rechtslage stellt sich nun so dar, dass außer in Sonderarbeitsgesetzen – wie zB. für Universitätsbeschäftigte – keine gesetzlichen Regelungen für Befristungsvereinbarungen in Arbeitsverhältnissen existieren, Österreich sich daher in einem Umsetzungsdefizit der RL 1999/70/EG befindet. Das Schrifttum geht aber davon aus, dass bei Befristungen, wenn schon nicht der Tag kalendermäßig bestimmt ist, der Eintritt des Ereignisses des Befristungsendes sicher erkennbar sein muss. Dieses muss bereits bei Vertragsabschluss feststehen.<sup>19</sup>

Die ständige Judikatur lässt aber Vereinbarungen zu, nach denen der Endzeitpunkt auch erst nach Vertragsabschluss objektiv feststellbar und der Beeinflussung der Parteien entzogen ist.<sup>20</sup>

In Fortschreibung dieser Judikatur entscheidet der OGH auch nicht, sondern weist die außerordentliche Revision des Klägers gegen die abweisende Entscheidung des Oberlandesgerichtes Innsbruck mit einer sogenannten Außenbegründung zurück, indem er die pandemiebedingte Betriebsschließung der faktischen Saisonbeendigung gleichsetzt und so das Ende des Arbeitsvertrages durch Zeitablauf am 15. März 2020 annimmt und die Rechtsansicht der Vorinstanz bestätigt.

Grundsätzlich vermischt der OGH mit dieser Rechtsansicht jedoch reduzierte unsichere Bedingungen mit Befristungsvereinbarungen und überträgt dadurch das Betriebsrisiko von Betriebsschließungen, die jedenfalls die Saison beenden, unabhängig davon, ob der Bund für den Verdienstentgang Ersatz leisten müsste, auf den Arbeitnehmer. Dies auch ohne Berücksichtigung, dass typischerweise solche Arbeitsverträge vom Arbeitgeber angebotene Vertragsformblätter sind. Die typische

15 VfGH, 14.7.2020 – G202/2020 – ECLI:AT:VFGH:2020:G202.2020.

16 VfGH, 14.7.2020 – G202/2020 – ECLI:AT:VFGH:2020:G202.2020.

17 OGH, 24.3.2021 – 9 ObA 118/20y – ARD 6749/11/2021.

18 VO Nr. 119 ff., Bote für Tirol, Stück 10b/201, Jahrgang/2020, kundgemacht am 14.3.2020.

19 Löschnigg, Arbeitsrecht, 13. Aufl., Wien 2017, Rn. 5/110.

20 ZB.: OGH, 27.6.2001 – 9 ObA 123/01f – RIS-Justiz RS0109440.

Risikoübertragung auf Arbeitnehmer, die jedenfalls als Benachteiligung eines Vertragspartners angesehen werden kann,<sup>21</sup> wird in der Rechtsauslegung durch den OGH aber nicht berücksichtigt. Im speziellen Fall wäre eine Rechtsauslegung, die von einem bei Vertragsabschluss angenommenen Saisonende ausgeht, auch insofern nicht für die Arbeitsvertragspartner einseitig belastend gewesen, da aufgrund der pandemiebedingten Maßnahme aufgrund § 32 EpidemieG sowohl dem Arbeitnehmer als auch dem Unternehmer Ersatz für den Verdienstentgang durch den Bund zu leisten gewesen wäre.

## 2. Entlassung trotz Absonderungsanordnung

In diesem Fall hatte der OGH<sup>22</sup> eine Entlassung aufgrund vertrauensunwürdigen Verhaltens einer Arbeitnehmerin ebenfalls im Rahmen einer außerordentlichen Revision zu beurteilen. Diese war, obwohl sie nach einer Testung am 16. März 2020 aufgrund Vorliegens eines Corona-Verdaches einer angeordneten Absonderung aufgrund des damalig geltenden § 7 EpidemieG unterlag, ohne die Arbeitgeberin darüber zu informieren, eigenmächtig zum Dienst erschienen. Nachdem bekannt wurde, dass die Testung positiv war, musste einer ganzen Abteilung der Arbeitgeberin (23 Personen) eine 14-tägige Quarantäne verordnet werden. Die Arbeitgeberin sprach daraufhin am 18. Juli 2020 die Entlassung aus.

Der OGH hatte gegen die Richtigkeit der rechtlichen Beurteilung des OLG Wien, dass das Ignorieren der Absonderungsanordnung den Entlassungstatbestand der Vertrauensunwürdigkeit erfüllte, keine Bedenken, da die Arbeitnehmerin, »aufgrund des fehlenden Testergebnisses eine Infektion nicht ausschließen konnte, und so durch ihr Verhalten eine Gefährdung der Gesundheit ihrer Kolleginnen und der Interessen ihres Dienstgebers an einem reibungslosen Dienstbetrieb in Kauf nahm«. Der OGH sprach in diesem Zusammenhang von einer zum Ausdruck kommenden problematischen Einstellung der Klägerin.

Auch bei dieser Entscheidung bewegte sich der OGH im Rahmen der ständigen Judikatur zum Grund der Vertrauensunwürdigkeit bei Entlassungen, wobei dieser Begründung meines Erachtens jedenfalls vollinhaltlich zuzustimmen ist.

## 3. Kein Kündigungsschutz bei Kurzarbeit

Die gesetzlichen Grundlagen der österreichischen Kurzarbeitsregelung finden sich rudimentär in § 37b Arbeitsmarktservicegesetz. Diese Norm bezieht sich auf jene Voraussetzungen die vorliegen müssen, damit eine Kurzarbeitsbeihilfe an den Arbeitgeber gewährt werden kann. Diese liegen im Auftreten von nicht saisonbedingten wirtschaftlichen Schwierigkeiten des Unternehmens, die anders als durch Kurzarbeit nicht beseitigt werden können, sowie im Abschluss einer Sozialpartnervereinbarung, welche »die näheren Bedingungen der Kurzarbeit sowie die Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes« regeln soll. Die Wirtschaftskammer Österreich und der Österreichische Gewerkschaftsbund schlossen eine Rahmensozialpartnervereinbarung ab, die als Vertragsformular von Belegschaftsvertretern und Unternehmensvertretung bzw. einzelner Arbeitnehmer und Arbeitgeber ebenfalls unterzeichnet wurden. Diese Rahmenvereinbarung enthielt verfahrensgegenständlich folgende Klauseln bezüglich der Wahrung des Beschäftigtenstandes bei Beginn der Kurzarbeit:

### »IV.2. Aufrechterhaltung des Beschäftigtenstandes

#### a. Während Kurzarbeit (Behaltepflcht):

Der/Die ArbeitgeberIn ist verpflichtet, jenen Beschäftigtenstand im Betrieb aufrecht zu erhalten, der unmittelbar vor Beginn des Kurzarbeitszeitraumes (Abschnitt I Punkt 3) bestanden hat, sofern nicht bereits vorher festgelegte Änderungen, welche gemäß lit c zulässig sind, berücksichtigt werden (Behaltepflcht). [...]

#### b. Nach der Kurzarbeit (Behaltefrist):

Die Dauer der Behaltepflcht nach Ende der Kurzarbeit beträgt einen Monat.«

Nachfolgend enthielt bzw. enthält die Sozialpartnervereinbarung die Regelung unterschiedlicher Beendigungssituationen (Befristungsablauf, Kündigung, Entlassung), die je Konstellation eine Verpflichtung zum Auffüllen des Beschäftigtenstandes enthält oder diese entfallen lässt.

21 Vgl. dazu Graf, in: Kletečka/Schauer (Hrsg.), ABGB-ON1.05, Stand: 1.8.2019, § 864a Rn. 30, 46.

22 OGH, 14.9.2021 – 8 ObA 54/21f – ECLI:AT:OGH0002:2021:008OBA00054.21F.0914.000.

Die Rechtsqualität dieser Sozialpartnervereinbarung ist bis dato nicht geklärt. Gleich nach Einführung der Kurzarbeit brannte nun die Diskussion auf, ob durch diese Sozialpartnervereinbarung ein individueller Kündigungsschutz geschaffen wurde,<sup>23</sup> oder lediglich das abstrakte Schutzziel der Sicherung des Arbeitsmarktes geregelt werden sollte.<sup>24</sup>

Der OGH entschied jüngst in dieser Frage<sup>25</sup> dahingehend, dass der Zweck der Sozialpartnervereinbarung die Schaffung der Voraussetzung von Kurzarbeitsbeihilfen unter Beachtung der gesetzlichen Vorgaben, nämlich der Sicherung des Beschäftigtenstandes, sei.<sup>26</sup> Insoweit muss der Begriff des Beschäftigtenstandes in der Sozialpartnervereinbarung aus § 37b Arbeitsmarktservicegesetz heraus verstanden werden, der im Gegensatz zur Umsetzung der Massenentlassungs-RL bei unterlassener Verständigung des Arbeitsmarktservice<sup>27</sup> bei Kurzarbeit eben keinen individuellen Kündigungsschutz, sondern vielmehr lediglich eine Handlungsanleitung vorsehe.

Über die Rechtsqualität der Sozialpartnervereinbarung hält das Gericht lapidar fest, dass diese bis dato noch nicht geklärt sei.

## V. Home-Office

### 1. Grundsätzliches

Die Regelungen von Home-Office entstanden im Frühjahr 2021 aufgrund medialen Drucks. Der Gesetzgeber selbst sah sich bis dahin nicht veranlasst, spezielle Regelungen zu treffen und setzte eine Einigung der Sozialpartner zu diesem Thema voraus.<sup>28</sup> Die Bestimmungen zu Home-Office sollen aber unabhängig vom Entstehungszeitpunkt mitten in der Pandemie künftig zum Dauerrechtsbestand gehören.

Die arbeitsrechtliche Kernregelung befindet sich in § 2h AVRAG, der mit 1. April 2021 in Kraft trat. Die Regelung selbst behandelt nur das Home-Office von Personen, die den Arbeitnehmerbegriff erfüllen, mobiles Arbeiten ist jedenfalls nicht von der Norm erfasst. Die Tätigkeit muss in der eigenen Wohnung, am Nebenwohnsitz oder in der Wohnung eines nahen Angehörigen oder von Lebensgefährten erbracht werden, ein öffentlicher Coworking Space soll nicht darunterfallen.<sup>29</sup> Nicht nur Arbeiten

mit digitalen Hilfsmitteln und Online ist erfasst, sondern auch »analoges Arbeiten« im Home-Office.<sup>30</sup>

§ 2h AVRAG stellt auf die Regelmäßigkeit der Tätigkeit im Home-Office ab, definiert diese Anforderung aber nicht näher. Dies ist insoweit bemerkenswert, als für ausnahmsweises Arbeiten zu Hause die Regelungen, wie etwa die Freiwilligkeit der Vereinbarung auf beiden Seiten, nicht anwendbar ist. Es ist also eher davon auszugehen, dass die Norm auch einen Schutz vor oktroyiertem Home-Office darstellen soll. Das Erfordernis der Regelmäßigkeit soll daneben dazu dienen, dass »Eintagsfliegen« nicht dieser Regelung unterliegen und damit auch den allgemeinen Treue-, Fürsorgepflichten und sonstigen Weisungsmöglichkeiten unterliegen können.<sup>31</sup>

### 2. Regelungen

§ 2 Abs. 2 AVRAG sieht als einzige Möglichkeit für Home-Office die Einführung durch schriftliche Einzelvereinbarung vor. Eine einseitige Anordnung bzw. die Regelung von Home-Office in Kollektivvertrag oder Betriebsvereinbarung ist nicht möglich.<sup>32</sup> Schriftform bezieht sich in gegenständlichem Fall nicht auf Unterschriftlichkeit, sondern die Schriftform des Textes, wobei eine fehlende Schriftlichkeit keine Folgen haben soll.<sup>33</sup> Home-Office-Vereinbarungen können auch befristet werden.<sup>34</sup>

23 So zB. Pfeil, öDRdA 2021, 179, 182 ff.; Auer-Mayer, ZAS 2020, 202, 22.

24 ZB. Spitzl, ecolex 2020, 474, 476 f.; Schöffmann/Marhold, ASoK 2021, 238, 238 ff.

25 OGH, 29.11.2021 – 8ObA50/21t – ECLI:AT:OGH0002:2021:008OBA00050.21T.1129.000.

26 OGH, 29.11.2021 – 8ObA50/21t – ECLI:AT:OGH0002:2021:008OBA00050.21T.1129.000, Punkt 2.4.

27 § 45a AMFG.

28 Vgl. dazu T. Dullinger, in: Köck (Hrsg.), Der Homeoffice-Kommentar, Wien 2021, § 2 AVRAG Rn. 2.

29 T. Dullinger, in: Köck (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 24 f.

30 Gruber-Risak, Homeoffice-Maßnahmenpaket 2021 (Stand IA 1301/A), CuRe 2021/5, abrufbar unter: <https://rdb.manz.at/document/rdb.tso.ltcure20210005> (27.1.2022).

31 Gruber-Risak (Fn. 30); So lässt T. Dullinger, in: Köck (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 21 eine einzelvertragliche Rahmenvereinbarung bereits als Indiz für Regelmäßigkeit genügen.

32 Vgl. Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 92 f.

33 Auer-Mayer, in: Köck (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 111.

34 § 2h Abs. 4 AVRAG letzter Satz.

Verpflichtendes Home-Office ist bei sogenannten Covid-19-Risikogruppen, bei welchen der Arbeitgeber weder einen sicheren Arbeitsweg oder einen sicheren Arbeitsplatz garantieren kann und Home-Office von der Art der Tätigkeit möglich ist, vorgesehen.<sup>35</sup> Ist dies nicht der Fall, ist der betroffene Arbeitnehmer vom Dienst unter Kostenersatz vom Arbeitgeber freizustellen. Der Dachverband der Sozialversicherungsträger Österreichs hat die betroffenen Personen von der Zuordnung zu dieser Risikogruppe zu informieren, der behandelnde Arzt ein entsprechendes Attest auszustellen, wenn die Person mittlerweile vollständig geimpft und geboostert und trotzdem ein schwerer Verlauf zu erwarten ist, oder aus medizinischen Gründen nicht gegen Covid-19 geimpft werden kann.<sup>36</sup> Ist auch kein Home-Office möglich, muss der Arbeitnehmer bei ungeschmälertem Entgelt freigestellt werden. Dieses wird dem Arbeitgeber im Anschluss durch den Krankenversicherungsträger ersetzt.<sup>37</sup>

Home-Office-Vereinbarungen können unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist von einem Monat zum Termin des Monatsletzten von jedem der Vertragspartner beendet werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt und keine sonstigen Kündigungsvereinbarungen in die Home-Office-Vereinbarung aufgenommen wurden. Unstrittig ist, dass durch eine vertragliche Kündigungsvereinbarung die Voraussetzung des Vorliegens eines wichtigen Grundes wegfällt, umstritten ist aber, ob die Vertragsparteien als Untergrenze an die gesetzliche Kündigungsfrist und den Termin gebunden bleiben, wie dies *Auer-Mayer* mit gutem Grund wegen der Statuierung der einseitigen Dispositivität der Norm aufgrund von § 16 AVRAG annimmt,<sup>38</sup> oder die Kündigungsfristen frei vereinbart werden dürfen.<sup>39</sup>

Grundsätzlich haben die Arbeitgeber die Kosten für die digitalen Arbeitsmittel zu tragen, es können aber auch abweichende Vereinbarungen bis hin zu einer pauschalen Nutzungsabgeltung getroffen werden.<sup>40</sup> Durch Kollektivvertrag aber auch Betriebsvereinbarung – es wurde ein neuer Betriebsvereinbarungstatbestand: § 97 Abs. 1 Z 27 ArbVG, Rahmenbedingungen für Homeoffice, geschaffen – können im Rahmen der Abgeltung weitere Regelungen getroffen werden. Bisherig durch Home-Office tangierte Betriebsvereinbarungstatbestände, wie etwa § 96 ArbVG, bezüglich Kontrollmaßnahmen, die die Menschenwürde berühren, sind weiterhin anwendbar.<sup>41</sup>

Da die Judikatur Arbeitsunfälle im Home-Office vor der Pandemie äußerst restriktiv beurteilte und selten als solche anerkannte, nahm der Gesetzgeber die Verrichtung der Tätigkeit im Home-Office in § 175 ASVG zunächst befristet auf die Zeitdauer der Pandemie, schließlich ab 1. April 2021 ins Dauerrecht auf. Nunmehr gelten als Arbeitsunfälle auch »[...] Unfälle, die sich im zeitlichen und ursächlichen Zusammenhang mit der die Versicherung begründenden Beschäftigung in der Wohnung (Homeoffice) ereignen.«

## VI. 3G am Arbeitsplatz

Seit 22. November 2021 gilt nach einer Übergangsfrist 3G (geimpft, genesen oder getestet) per Verordnung.<sup>42</sup> Dies bedeutet, dass, außer die drei »G« liegen vor, ein Betretungs- und Verweilverbot für den Arbeitsplatz vorliegt, es sei denn, es finden am Arbeitsort nicht mehr als zwei physische Kontakte pro Tag statt, die nicht länger als 15 Minuten dauern und im Freien stattfinden; eine Regelung, die auf LKW-Fahrer abzielte. Arbeitsort ist umfassend zu interpretieren, im Rahmen von Home-Office gilt die Wohnung aber im Sinne der 3G-Regel nicht als Arbeitsort und kommt daher auch nicht zum Tragen.<sup>43</sup> Die entsprechenden Nachweise sind gem. § 2 Abs. 5 der Verordnung bereitzuhalten und bei der Kontrolle vorzulegen. Wie der Betriebsinhaber bzw. Arbeitgeber die Kontrolle vorzunehmen hat, spezifiziert die Verordnung hingegen nicht. Meines Erachtens ist aus der Zielsetzung der Maßnahme, die Ausbreitung der Erkrankung zu verhindern, eine strikte tägliche Kontrolle (und keine Stichprobenkontrolle) zumindest bei jenen Personen notwendig, die lediglich

35 § 735 ASVG, diese Regelung wurde durch Verordnung bis zum 31.3.2022 verlängert.

36 § 735 Abs 2 ASVG wurde durch BGBl. I Nr. 197/2021 am 3.12.2021 neu gefasst, zuvor war die Durchführung der Impfung kein Erfordernis.

37 § 735 Abs 4 ASVG.

38 *Auer-Mayer*, in: *Köck* (Fn. 28), § 2 AVRAG Rn. 111.

39 *So Hitz/Schrenk*, ASoK 2021, 122, 130 aber ohne Begründung.

40 *Hitz/Schrenk*, ASoK 2021, 122, 126 f.

41 Vgl. *T. Dullinger*, in: *Köck* (Fn. 28), § 97 ArbVG Rn. 23, der außerhalb der Tatbestände der §§ 96 und 96a ArbVG Unklarheiten hinsichtlich der Abgrenzung sonstiger BV-Tatbestände sieht.

42 Derzeit: § 11 Abs. 2, 6. COVID-19-Schutzmaßnahmenverordnung StF: BGBl. II Nr. 537/2021; BGBl. II Nr. 602/2021.

43 Vgl. *Gerhartl*, ASoK 2021, 447.

einen Teststatus und keine Vollimmunisierung durch Impfung vorweisen können.<sup>44</sup> Eine Kopie bzw. datenmäßige Verarbeitung des Nachweises ist explizit untersagt, fraglich ist deshalb, wie eine Dokumentation der Durchführung der Kontrollen rechtskonform erfolgen kann, zumal eine unterlassene Kontrolle bzw. eine Mitwirkungsverweigerung eine Verwaltungsübertretung verwirklicht.<sup>45</sup>

Es wird davon ausgegangen, dass Arbeitnehmer, die entsprechende Nachweise nicht vorlegen können bzw. wollen, nicht zum Arbeitsort zuzulassen sind und für diese Zeit aufgrund ihres Verschuldens an der Nichtzulassung keinen Entgeltfortzahlungsanspruch haben,<sup>46</sup> es sei denn, der Arbeitgeber vereinbart mit den betroffenen Personen Home-Office. Zu einer solchen Vereinbarung sind aber beide Parteien nicht verpflichtet. Jedenfalls wird eine mehrmalige Verletzung der Nachweispflicht eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses aus Verschulden des Arbeitnehmers rechtfertigen können.

Die gegenständliche Regelung ist derzeit bis 31. Januar 2022 befristet. Aufgrund der pandemischen Entwicklung ist aber davon auszugehen, dass mit dem Ansteigen der Ansteckungszahlen die Gültigkeit dieser Maßnahme verlängert wird.

## VII. Entgeltfortzahlung bei Erkrankung durch Covid-19

### 1. Vorbemerkung

Grundsätzlich behalten alle bisher geregelten Dienstverhinderungsbestimmungen, unabhängig, ob diese eine Entgeltfortzahlungspflicht für den Arbeitgeber auslösen, auch in der Pandemie ihre Gültigkeit. Auf diese wird im Folgenden daher nicht näher eingegangen.

### 2. Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall

Grundsätzlich steht erkrankten Personen die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, solange der jeweilige Anspruch nicht erschöpft ist, zu.<sup>47</sup> Für den Zeitraum einer durch die Behörde verhängten Quarantäne wird derzeit keine Krankenschreibung vorgenommen, da dann gem. § 32 Epidemiegesetz der Bund die Entgeltfortzahlung (genauer gesagt, den Entgeltausfall) übernimmt. Auf die grundsätzliche Nachrangigkeit der Ersatzpflicht des Bundes stellt die

Behörde derzeit nicht ab. Erst nach Beendigung der Quarantäneanordnung wird von den Vertragsärzten der Gesundheitskassen bei fortdauernder Arbeitsverhinderung durch die Erkrankung eine Krankenschreibung vorgenommen. Mittlerweile (ab 5. März 2022) wurde die 3G-Pflicht am Arbeitsplatz durch das In-Kraft-treten der Covid-19-Basismaßnahmenverordnung (BGBl II 86/2022) beendet.

### 3. § 1155 ABGB

Diese Norm regelt eine Entgeltfortzahlungspflicht des Arbeitgebers, wenn Dienstleistungen aufgrund arbeitgeberseitiger Umstände nicht zustande gekommen sind und der Arbeitnehmer leistungsbereit war. Als arbeitgeberseitige Umstände galten auch solche, die der Sphäre des Arbeitgebers zugerechnet werden konnten.

Von jeher war Streitpunkt, ob eine Pandemie nicht beide Vertragsteile trifft und so keine arbeitgeberseitigen Umstände vorliegen und § 1155 ABGB keine Anwendung fände, wobei die herrschende Meinung die Anwendung der Norm verneinte.<sup>48</sup> Um 2020 Rechtssicherheit in der Pandemie zu schaffen, novellierte der Gesetzgeber befristet von 15. März 2020 bis 31. Dezember 2020 § 1155 ABGB, indem er den bisherigen Gesetzestext um zwei Absätze erweiterte:

- › »(3) Maßnahmen auf Grundlage des COVID-19-Maßnahmengesetzes, BGBl. Nr. 12/2020, die zum Verbot oder zu Einschränkungen des Betretens von Betrieben führen, gelten als Umstände im Sinne des Abs. 1. Arbeitnehmer, deren Dienstleistungen aufgrund solcher Maßnahmen nicht zustande kommen, sind verpflichtet, auf Verlangen des Arbeitgebers in dieser Zeit Urlaubs- und Zeitguthaben zu verbrauchen.
- › (4) Für den Verbrauch gemäß Abs. 3 gilt:
- › 1. Urlaubsansprüche aus dem laufenden Urlaubsjahr müssen nur im Ausmaß von bis zu 2 Wochen verbraucht werden.

<sup>44</sup> Anderer Auffassung *Lindmayr*, 3G-Pflicht am Arbeitsplatz, LexisNexis Rechtsnews 31642, abrufbar unter: [https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/3g\\_pflcht\\_am\\_arbeitsplatz/h\\_80004\\_58200436310545035\\_3ed9639a2a?origin=gs&searchId=20220127111423772](https://360.lexisnexis.at/d/lexisbriefings/3g_pflcht_am_arbeitsplatz/h_80004_58200436310545035_3ed9639a2a?origin=gs&searchId=20220127111423772) (27.1.2022), der Hinweise und stichprobenartige Kontrollen genügen lassen will.

<sup>45</sup> *Gerhartl*, ASoK 2021, 447, 450.

<sup>46</sup> *Rauch*, ASoK 2021, 455, 456.

<sup>47</sup> § 8 Abs. 1f AngG, BGBl. Nr. 292/1921, für Arbeiter: EFZG BGBl. Nr. 399/1974.

<sup>48</sup> So für viele: *Kietaibl/Wolf* in: Resch (Hrsg.), Corona-HB1.04, Stand: 29.1.2021, Wien 2021, Kap. 3 Rn. 1 f.; differenziert: *Rebhahn*, in: Neumayr/Reissner (Hrsg.), Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, 3. Aufl., Stand 1.1.2018, Wien 2018, § 1155 ABGB Rn. 39.

- › 2. Von der Verbrauchspflicht sind weiters ausgenommen solche Zeitguthaben, die auf der durch kollektive Rechtsquellen geregelten Umwandlung von Geldansprüchen beruhen.
- › 3. Insgesamt müssen nicht mehr als 8 Wochen an Urlaubs- und Zeitguthaben verbraucht werden.«

Die Risikoverteilung der Norm wurde nach herrschender Meinung dahingehend geändert, dass jede Beschränkung des Betriebes, die zu einem (teilweisen) Entfall der Dienstleistung führt, der Entgeltfortzahlung unterliegt. Der Arbeitgeber kann im Gegenzug aber Zeitausgleich und Urlaubsverbrauch im Ausmaß des § 1155 Abs. 4 ABGB verlangen.

Nachwirkungen hat diese zeitlich beschränkte Novellierung jedoch für die Beurteilung, ob eine Pandemie der neutralen Sphäre angehört und § 1155 ABGB nunmehr in der ursprünglichen Form deshalb nicht zur Anwendung kommt. Die herrschende Meinung sieht die Novelle als Bestätigung ihrer Rechtsansicht an.<sup>49</sup> Aufgrund der starken Inanspruchnahme der geförderten Kurzarbeit wurden Fragen der Entgeltfortzahlung gem. § 1155 ABGB jedoch nie strittig.

#### 4. Sonderbetreuungsfreistellung

Diese Form der Betreuungsfreistellung wurde in der Pandemie geschaffen und bereits sechsmal novelliert. Aktuell ist eine Freistellung von bis zu drei Wochen (im Zeitraum 1. Januar 2022 bis 31. März 2022) für Arbeitnehmer, die Kinder bis zum 14. Lebensjahr oder Menschen mit Behinderungen betreuen müssen oder Angehörige pflegebedürftiger Personen, vorgesehen. Dies ist der Fall bei der teilweisen oder vollständigen Schließung von Einrichtungen aufgrund behördlicher Maßnahmen. Dort wo kein Rechtsanspruch besteht (seit November werden nur mehr einzelne Quarantänemaßnahmen getroffen, keine generellen Schließungen mehr, der Schulbesuch ist aber freigestellt worden), kann die Sonderbetreuungszeit mit dem Arbeitgeber vereinbart werden. Dem Arbeitgeber wird jedenfalls in beiden Varianten das fortgezahlte Entgelt zu 100 % ersetzt.<sup>50</sup>

#### 5. Sonderfreistellung für Schwangere

Wenn eine schwangere Arbeitnehmerin bei ihrer Tätigkeit erforderlichen physischen Kontakt mit anderen Personen im Mindestabstand hat und dieser Kontakt

nicht vermieden werden kann, ist sie ab der 14. Schwangerschaftswoche freizustellen, sofern ihr keine andere Tätigkeit oder Home-Office zugewiesen werden kann oder sie bereits vollständig immunisiert ist.<sup>51</sup> Eine Änderung der Tätigkeit darf nur aus objektiven Gründen nicht möglich sein.<sup>52</sup> Ob dies auch eine nach dem Arbeitsvertrag unzulässige Versetzung sein kann, ist derzeit ungeklärt. Diese Regelung ist aktuell bis 31. März 2022 befristet. Das zu zahlende, nicht geschmälernte Entgelt wird dem Arbeitgeber vom Bund binnen sechs Wochen ersetzt.

Das Eintreten des vollständigen Impfschutzes ist von der freigestellten Arbeitnehmerin dem Arbeitgeber 14 Tage im Vorhinein zu melden.

#### 6. Freistellung von Risikopatienten

Siehe Kapitel Home-Office.

#### 7. Impfpflichtgesetz

Am 20. Januar 2022 hat der Nationalrat das Bundesgesetz über die Pflicht zur Impfung gegen COVID-19 (Impfpflichtgesetz) beschlossen. Die Beschlussfassung des Bundesrates steht noch aus. Generell wird eine Impfpflicht mit Wirkstoffen gegen Covid-19 für jede Person über 18 Jahren normiert, die im Bundesgebiet von Österreich ihren Wohnsitz hat. Schutzziel ist die öffentliche Gesundheit.

Von der Impfpflicht befreit sind Personen, die innerhalb von 180 Tagen eine Covid-19-Infektion nachweislich überstanden haben, Personen, die auf die Impfung keine ausreichende Immunantwort entwickelt haben, Schwangere sowie Personen, die mit den zugelassenen Impfstoffen nicht ohne konkrete und ernstliche Gefahr für ihre Gesundheit geimpft werden können.

Der Impfstatus ist ab 15. März 2022 nachzuweisen, wobei der zuständige Bundesminister (derzeit der Gesundheitsminister) durch Verordnung festlegen muss, was als korrekter Impfstatus angesehen wird (Anzahl der Boosterimpfungen, Intervall etc.).

<sup>49</sup> *Kietaibl/Wolf*; in Resch (Fn. 48), Kap. 3 Rn. 3.

<sup>50</sup> § 18b AVRAG idF. BGBl. I Nr. 213/2021.

<sup>51</sup> § 3a MSchG idF. BGBl. I Nr. 212/2021.

<sup>52</sup> *Drs.*, in: Resch (Fn. 3), Kap. 5 Rn. 61/7.

Durch Verordnung ist ferner ein Erinnerungstichtag festzulegen, ab dem nicht vollständig immunisierte Personen an die Impfung und die Impfpflicht zu erinnern sind.

Ebenfalls durch Verordnung festzulegen ist dann der sogenannte Impfstichtag, ab welchem die Strafbarkeit der Verletzung der Impfpflicht eintritt, der aber erst einen Monat nach dem Erinnerungstichtag liegen darf. Der Gesetzgeber stellt hier auf die Überprüfung des Impfstatus durch Datenverarbeitung ab, also das Massenverfahren. Unabhängig von dieser Massenerhebung ist die Verletzung der Impfpflicht ab 15. März 2022 strafbar, wenn man durch die Polizei im Rahmen von sonstigen Kontrollen betreten wird.

Es handelt sich hierbei um ein Verwaltungsstrafverfahren mit der Verhängung eines Bußgeldes. Die Strafhöhe beträgt bei Durchführung eines ordentlichen Ermittlungsverfahrens bis 3.600 €. Wenn es zu einem Strafausspruch im Zuge des Massenverfahrens kommt, beträgt die maximale Strafhöhe höchstens 600 €. Die betroffene Person hat nach Zustellung der Strafverfügung zwei Wochen Zeit, die Impfung nachzuholen und der Strafbarkeit zu entgehen.

Das Impfpflichtgesetz ist bis 24. Januar 2024 befristet. Der Gesetzgeber ist bemüht, die Strafbarkeit, wenn möglich, gar nicht eintreten zu lassen und Arbeitsverhältnisse durch die Impfpflicht, soweit wie möglich, nicht zu tangieren:

Die Impfpflicht verändert die gültige 3G-Pflicht (siehe oben) am Arbeitsplatz nicht. Eine vorzeitige Beendigungsmöglichkeit des Arbeitsverhältnisses durch Verschulden wegen Verletzung der gesetzlichen Impfpflicht durch den Arbeitgeber wird daher durch das Impfpflichtgesetz nicht ausgelöst.<sup>53</sup>

Ein Fragerecht bezüglich der Vollimmunisierung bei der Einstellung wird von der herrschenden Meinung jedenfalls bejaht, insbesondere solange die 3G-Pflicht am Arbeitsplatz gilt.<sup>54</sup>

Eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses ist unter den Bedingungen des historisch bedingten schwachen

allgemeinen Kündigungsschutzes in Österreich unter Einhaltung von Frist und Termin möglich.

Inwieweit so die vom Gesetzgeber genannten Ziele (Schutz der öffentlichen Gesundheit) effektiv erreichbar sind und hier die Impfpflicht das gelindeste Mittel darstellt, wird der VfGH zu entscheiden haben. Es ist damit zu rechnen, dass das Gesetz unmittelbar nach Inkrafttreten den Gerichtshof beschäftigen wird. Mittlerweile ist durch Verordnung vom 11. März 2022 (BGBl II 103/2022) die Impfpflicht befristet bis 31. Mai 2022 außer Kraft gesetzt. Derzeit ist eine »Wieder«einführung politisch nicht geplant.

## VIII. Schlussbemerkung

Der Gesetzgeber hat zur Bewältigung der Pandemie eine bis dahin nicht für möglich gehaltene Volatilität der Normsetzung entwickelt, die auch für den sachkundigen Anwender kaum zu überblicken ist und den typischen rechtsunterworfenen Menschen jedenfalls überfordern musste. Inwieweit Grundrechtseinschränkungen bzw. Impfpflicht sinnvoll sind, obliegt der Grundeinschätzung der medizinischen Sachverständigen. Ob sie der Bundesverfassung entsprechen, muss der zuständige Gerichtshof entscheiden. Dass dies täglich bei den Gerichten geschieht und möglich ist, zeigt am besten, dass wir in einem gesicherten demokratischen Rechtsstaat leben, auch wenn, wie überall, die Pandemie in diesem Bereich spürbare Mühsal erzeugt. Ebenso wird bei einer Vielzahl von kritischen Äußerungen das Ausmaß der Hilfen und Rettungsmaßnahmen, die gleichzeitig vom Staat gesetzt wurden, negiert bzw. nicht ausreichend gewürdigt.

<sup>53</sup> So auch Gerhartl, ASoK 2022, 9. 14.

<sup>54</sup> Vgl. Gerhartl, ASoK 2022, 9.

## Koalitionsfreiheit und Crowdwork – Zur Kollektivierung der Beschäftigungsinteressen soloselbständiger Crowdworker

Dissertation von Jan Armin Gärtner, 2020, Duncker & Humblot, Berlin, 381 S. (ISBN 978-3-428-18137-7), 109,90 €, erschienen als Band 361 der Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht (SAR)

### Laudatio auf Dr. Jan Armin Gärtner

#### I. Einführung

Die Jury für den *Hugo-Sinzheimer-Preis* 2021, der *Reinhard Zimmer* (Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin) und *Rüdiger Krause* (Universität Göttingen) sowie ich angehören, hat sich unter all den überaus interessanten Einreichungen gerade für die Dissertation von *Jan Armin Gärtner* als die beste des Jahres 2020 entschieden, da sie nicht nur eine herausragende Qualität aufweist – das war auch bei den anderen drei Einreichungen auf der Shortlist der Fall, die jeweils ihre sehr eigenen Meriten hatten. Die Arbeit mit dem Titel »Koalitionsfreiheit und Crowdwork« hat uns letztlich deshalb überzeugt, da sie darüber hinaus eine überaus gut gelungene Kombination aus einem aktuellen und heiß diskutierten Thema, der Plattformarbeit, mit einer der Grundfragen des Arbeitsrechts, der Koalitionsfreiheit, deren Begründung und Erstreckung auf bestimmte schutzbedürftige Selbständige, darstellt. Diese Publikation zeigt sehr gut, dass sich in Zeiten einer wesentlichen Veränderung der Produktionsweise, namentlich der Digitalisierung, die Grundfragen des Arbeitsrechts wieder neu stellen: Wo führt der Marktmechanismus zu unbefriedigenden Ergebnissen? Und wie kann man einem solchen Marktversagen mit den bestehenden rechtlichen Instrumentarien entgegenwirken?

Die Plattformarbeit als eine Form der digitalen Arbeitsorganisation bei der einzelne Dienstleistungen von einer Intermediärin, der Plattform, an eine größere Personengruppe, der Crowd, über das Internet zur Erledigung angeboten werden, dient dabei geradezu als Vergrößerungsglas für die sich im Zusammenhang mit der Digitalisierung des Arbeitslebens stellenden sozialen

sowie rechtlichen Probleme und als Versuchsfeld für entsprechende Problemlösungen. Es geht daher bei der rechtlichen Beschäftigung mit diesem Phänomen hyperflexibler Arbeitsorganisation nicht nur um die zugegeben eher geringe Zahl der Plattformbeschäftigten<sup>1</sup>, sondern vor allem auch um die Ausstrahlungen solcher digitaler Beschäftigungsmodelle und deren Regulierung bzw. Nichtregulierung auf das allgemeine Arbeitsleben. Daher ist es auch nachvollziehbar, dass die Europäische Kommission Anfang 2020 einen Gesetzgebungsprozess auf EU-Ebene eingeleitet hat, der im Dezember 2020 dann seinen Niederschlag in einem Richtlinienentwurf gefunden hat, der sich mit den Herausforderungen durch die häufig schlechten Arbeitsbedingungen bei Plattformarbeit beschäftigt.<sup>2</sup> Diese werden insbesondere in der schwierigen rechtlichen Einstufung der Beschäftigungsverhältnisse bzw. der Bekämpfung der »Flucht aus dem Arbeitsrecht« und der Scheinselbständigkeit, dem algorithmischen Management und der grenzüberschreitenden digitalen Arbeit sowie dem oft unzureichenden sozialrechtlichen Schutz für Plattformarbeitende gesehen.<sup>3</sup>

Die hier zu würdigende Arbeit beschäftigt sich schwerpunktmäßig freilich mit einem anderen, nicht weniger wichtigen Problembereich, nämlich dem kollektiven Auftreten von Plattformarbeitenden und inwieweit dieses einerseits einen grundrechtlichen Schutz, *in concreto* der Koalitionsfreiheit, genießt und andererseits wie dieses kollektive Auftreten praktisch erfolgen kann.

Dass Herr *Gärtner* in seiner Arbeit ein überaus aktuelles Thema behandelt, zeigt sich auch darin, dass in der Zeit nach dem Verfassen der Arbeit, die sich auf Stand

1 Die 2017 und 2018 durchgeführten COLLEEM-Studien gehen davon aus, dass im Durchschnitt 1,4 % der Beschäftigten in den untersuchten 16 europäischen Staaten (3 Mio. der gesamten Beschäftigten in der EU) über Plattformen mindestens 20 Stunden/Woche arbeiten bzw. so zumindest 50 % ihres Einkommens beziehen; *Urzi Brancati/Pesole/Fernandez Macias*, Platform Workers in Europe – Evidence from the COLLEEM Survey, Luxemburg 2018; *Urzi Brancati/Pesole/Fernandez Macias*, New Evidence on Platform Workers in Europe – Results from the second COLLEEM Survey, Luxemburg 2020.

2 European Commission, First phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work, C(2021) 1127 final; European Commission, Second-phase consultation of social partners under Article 154 TFEU on possible action addressing the challenges related to working conditions in platform work, C(2021)4230 final; European Commission, Proposal for a Directive on improving working conditions in platform work, COM(2021) 762 final.

3 Menschen, die über Plattformen arbeiten, sind daher in Europa sehr oft auf sog. »last resort«-Netze angewiesen; European Commission, C(2021) 1127 final, S. 14 f.



Juli 2020 befindet, einiges an Entwicklungen in der Rechtsprechung und auch auf EU-Ebene stattgefunden hat, was unter Umständen einige von ihm getroffenen Schlüsse zumindest überdenkenswert macht. Darauf wird später noch hingewiesen. Das schmälert aber den Wert und die Qualität der Arbeit keineswegs, sondern zeigt, dass hier ein überaus lohnenswertes Thema behandelt wurde – es ist eben ein *moving target* und das wird es wohl noch länger bleiben. Eine Publikation wie diese hat dabei das Potenzial die Entwicklungen, insbesondere was die Rechtsprechung anbelangt, zu beeinflussen.

## II. Zum Thema

Wie bei so vielen Publikationen gibt der doch sehr weit gefasste Titel, hier »Koalitionsfreiheit und Crowdwork«, nur die Richtung vor, in die die intellektuelle Reise geht. Es geht um die Problematik der Spielräume kollektiven Handelns von Menschen, die über Plattformen arbeiten. Und eigentlich nicht von allen, sondern nur solchen, die Crowdwork betreiben, das heißt jene Spielart der Plattformarbeit bei der rein digitale Arbeitsaufgaben erledigt werden.<sup>4</sup> Im Gegensatz zur derzeit boomenden und den Focus der Diskussionen darstellenden ortsgebundenen Plattformarbeit, wie insbesondere der Essenzustellung und dem Personentransport, geht es dabei um örtlich ungebundene virtuelle Online-Arbeit, die von sog. Micro-tasks wie der Bildbeschreibung oder der Prüfung von Internetlinks bis hin zu komplexen Design- und Programmieraufgaben reicht. Dafür hat sich insbesondere in Deutschland der Begriff »Crowdwork« etabliert<sup>5</sup>, den auch *Gärtner* verwendet, während man sonst, insbesondere auf Ebene der EU<sup>6</sup> und der ILO<sup>7</sup>, von ortsgebundener und ortsungebundener Plattformarbeit spricht.

Der präzisierende Untertitel »Zur Kollektivierung der Beschäftigteninteressen soloselbständiger Crowdworker« zeigt dann wohin die Reise nun genauer geht, nämlich dorthin wo Menschen, die über Plattformen arbeiten, als Selbständige eingeordnet werden. Bei ihnen stellt sich dann die Frage stellt, ob und in welcher Form sowie innerhalb welchen Rahmens diese kollektiv auftreten können, um ihre Arbeitsbedingungen zu verbessern. Ich möchte es an dieser Stelle nicht verhehlen, dass mir der ursprüngliche Titel der Dissertation »Ein Kartell der Unsichtbaren?« eigentlich viel besser gefallen hat – knackiger, provokanter

und vielschichtiger. Ich hätte ihn auch für die Publikation verwendet, verstehe aber auch das Bedürfnis, diesen »hinunter zu tunen« und ihn damit für einen breiteren Kreis zugänglicher zu machen.

## III. Zum Aufbau

Die Arbeit von *Gärtner* gliedert sich im Wesentlichen in zwei große Teile: In einen allgemeinen, rund 130 Seiten umfassenden, der sich mit Crowdwork als wirtschaftlichem und rechtlichem Phänomen beschäftigt. Es geht dabei vor allem darum, wie die vertraglichen Beziehungen der einzelnen Akteur:innen in diesen durchaus komplexen Gefügen rechtlich zu beurteilen sind. Dabei kann an einen mittlerweile doch recht ausdifferenzierten Meinungsstand angeschlossen werden und, das muss ich hier gleich eingestehen und das wird den Autor auch nicht verwundern, haben mich nicht alle Ergebnisse überzeugt. Das tut der Arbeit aber freilich keinen Abbruch, da sie in ihrem zweiten Teil wirklich innovativ ist und Neuland betritt. Das ist jener, der uns bewogen hat die Arbeit mit dem *Hugo-Sinzheimer-Preis* 2021 auszuzeichnen und der gut altern wird – in dem Sinne, dass auf ihn wohl auch noch in einigen Jahren zurückgriffen wird.

Es geht dabei um die bereits angesprochene Frage, innerhalb welchen Rahmens Selbständige in der Plattformwirtschaft kollektiv auftreten können und welche Handlungsoptionen ihnen hier zur Verfügung stehen. Darauf wird später eingegangen, nachdem nun vorerst in der gebotenen Kürze die Thesen von *Gärtner* zur rechtlichen Einordnung von Crowdwork behandelt werden.

4 *Gärtner*, Koalitionsfreiheit und Crowdwork, Berlin 2020 (zugl. Göttingen, Univ., Diss. 2020), S. 41.

5 So auch das BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – AP Nr. 132 zu BGB § 611 Abhängigkeit (m. Anm. *Deinert*) = AuR 2021, 329 (m. Anm. *Gruber-Risak/Warter*) = BB 2021, 1145 (m. Anm. *Ley*) = EWiR 2021, 375 (m. Anm. *Sura*) = JZ 2021, 512 (m. Anm. *Junker*).

6 So insb. European Commission, Staff Working Document – Analytical Document, SWD(2021) 143 final 3.

7 ILO, World Employment and Social Outlook 2021 – The role of digital labour platforms in transforming the world of work, Genf 2021, S. 73 ff.

## IV. Crowdwork als rechtliches Phänomen

Der Verfasser kommt in einem ersten Untersuchungsschritt zur Auffassung, dass beim Crowdwork im Grundsatz keine Arbeitsverträge iSd. § 611a BGB, sondern Selbständigkeit in Form der Soloselbständigkeit, das heißt ohne den Einsatz von eigenen Beschäftigten, stattfindet. Argument ist dabei die fehlende Weisungsgebundenheit und mangelnde Eingliederung in eine fremde Organisation.<sup>8</sup>

Auch wenn sich dies mit der Einschätzung der Crowdsourcing-Plattformen deckt, so ist diese Qualifikation in dieser Generalität für mich nicht unbedingt überzeugend, da sie meines Erachtens die besonderen Aspekte der virtuellen Dimension der Plattformarbeit im Allgemeinen und des Crowdworks im Besonderen, wie insbesondere die hohe Kontrolldichte und die automatisierte Ausübung von Weisungen im Wege des algorithmischen Managements, zu wenig berücksichtigt.<sup>9</sup> Es zeichnet sich in diesem Sinne gerade in letzter Zeit in ganz Europa der Trend ab, dass mehr und mehr der von den Plattformen behauptete rechtliche Status der Plattformbeschäftigten als Selbständige (höchst-)gerichtlich korrigiert und diese verstärkt als Arbeitnehmer:innen reklassifiziert werden.<sup>10</sup> Dabei fügt sich auch die sog. *Roamlar*-Entscheidung des BAG vom 1. Dezember 2020<sup>11</sup> gut in dieses generelle Bild ein. Sie konnte jedoch in dieser Publikation nicht mehr berücksichtigt werden und würde wohl – folgt man ihr – über weite Strecken zu einer anderen Einordnung führen. In dieser vielbeachteten Entscheidung hat ja das BAG bei einem Mikrotask-Sachverhalt, *in concreto* bei über eine App angebotenen und gesteuerten Kontrolltätigkeiten in Form der Begehung von Geschäftsräumlichkeiten und dem Hochladen von Fotos, die die Arbeitnehmer:inneneigenschaft ablehnenden vorinstanzlichen Entscheidungen des ArbG<sup>12</sup> und LAG München<sup>13</sup> gedreht und entschieden, dass Plattformarbeitende Arbeitnehmer:innen sein können. Dabei hat das Höchstgericht festgehalten, dass die kontinuierliche Durchführung einer Vielzahl von Kleinstaufträgen (»Mikrojobs«) durch Nutzer:innen einer Online-Plattform (den »Crowdworker:innen«) auf Grundlage einer mit dem Betreiber (»Crowdsourcer«) getroffenen Rahmenvereinbarung im Rahmen der nach § 611a Abs. 1 S. 5 BGB gebotenen Gesamtbetrachtung zur Annahme eines Arbeitsverhältnisses führen kann. Dies unter der Voraussetzung, dass diese Crowdworker:innen

zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet sind, die geschuldete Tätigkeit ihrer Eigenart nach einfach gelagert und ihre Durchführungen inhaltlich vorgegeben sind sowie die Auftragsvergabe und die konkrete Nutzung der Online-Plattform iSe. Fremdbestimmens durch den Crowdsourcer gelenkt wird. Dabei vertritt das BAG insbesondere hinsichtlich einer durchgehenden Arbeitsverpflichtung eine sehr weite Ausfassung und hält fest, dass kontinuierliche Anreizsysteme, durch die erst eine ökonomisch attraktive Auftragslage für Crowdworker:innen entstehen kann, eine rechtlich relevante Verpflichtungssituation darstellen kann und somit durchgängige Arbeitsverträge zu Plattformen vorliegen können.<sup>14</sup> Bewertungs-, Feedback- und Reputationssysteme, Konkurrenzsituation und *Gamification*-Elemente sind der Arbeitsorganisation durch Plattformen geradezu wesensimmanent, da durch derartige Mechanismen es idR. erst möglich ist, den erwünschten Crowdsourcing-Effekt zu erzielen, das heißt dass immer ein Plattformbeschäftigter zur zeitnahen Erledigung der Mikrojobs zur Verfügung steht.<sup>15</sup> Es wäre daher überaus interessant, ob die rechtliche Qualifikation von Crowdwork durch *Gärtner* im Lichte der BAG-Entscheidung eine neue Einschätzung erfahren würde.

Diese soeben angestellten Überlegungen sollen aber nicht den falschen Eindruck erwecken, dass beim Crowdwork jetzt nur mehr Arbeitsverträge vorliegen und keine Selbständigkeit mehr stattfinden kann. Meines Erachtens ist aber der Anwendungsbereich des Arbeitsrechts in der Plattformwirtschaft viel weiter als von vielen, so auch von Herrn *Gärtner*, angenommen. Das deckt sich auch mit der Einschätzung der Europäischen Kommission, die darauf hinweist, dass die meisten Plattformen Personen, die über sie arbeiten, durch die vorgegebenen

8 *Gärtner* (Fn. 4), S. 63 ff.

9 So insb. *Gruber-Risak*, Anm. zu EuGH, 22.4.2020 – C-692/19 – AuR 2020, 524 (Yodel Delivery).

10 *De Stefano et al.*, Platform work and the employment relationship, ILO Working Paper 27, Genf 2021; *Hiessl*, Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative, Conclusions Frankfurt aM. 2021, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3839603](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3839603) (7.12.2021).

11 BAG, 1.12.2020 – 9 AZR 102/20 – NZA 2021, 552.

12 ArbG München, 20.2.2019 – 19 Ca 6915/18 – BeckRS 2019, 37646.

13 LAG München, 4.12.2019 – 8 Sa 146/19 – NZA-RR 2020, 182 (m. Anm. *Möllenkamp*).

14 So schon *Risak*, in: *Lutz/Risak* (Hrsg.), Arbeit in der Gig-Economy, Wien 2017, S. 24, 54 f.

15 *Risak*, in: *Lutz/Risak* (Fn. 14), S. 23; *Waes*, AuR 2018, 548.

Vertragsbedingungen als Selbständige kategorisieren.<sup>16</sup> Neun von zehn in der EU operierenden Plattformen stufen die über sie Arbeitenden als Selbständige ein.<sup>17</sup> Dem steht jedoch die Einschätzung der Personen, die über Plattformen arbeiten, selbst entgegen, die sich in der Regel als Arbeitnehmer:innen sehen.<sup>18</sup> Die korrekte Einstufung Plattformenarbeitender als Arbeitnehmer:innen oder Selbständige war deshalb auch eine zentrale Fragestellung im Konsultationsprozess der Europäischen Kommission mit den Sozialpartnern, wofür mehrere Lösungswege in den Raum gestellt werden.<sup>19</sup> Letztlich ist dies im Richtlinienentwurf der Europäischen Kommission vom 9. Dezember 2021 zu Gunsten einer (widerlegbaren) Vermutung eines Arbeitsverhältnisses ausgegangen, wenn eine digitale Arbeitsplattform eine »ausreichende Leistungskontrolle« vornimmt (Art. 4 Abs. 2). Dieser Lösungsansatz ist aus meiner Sicht sehr zu begrüßen.<sup>20</sup>

Nichtsdestotrotz bleibt es auch bei einer allfälligen gesetzlichen Vermutung eines Arbeitsverhältnisses zur Plattform – entgegen den immer wieder gestreuten Gerüchten der Plattformwirtschaft – weiter dabei, dass über Plattformen selbständig gearbeitet werden kann. Dies muss dann aber von den Plattformen bewiesen werden.<sup>21</sup> Die in der Folge von *Gärtner* angestellten Überlegungen werden daher auch in Zukunft weiterhin von großer Bedeutung sein, insbesondere da sie den bislang noch wenig beachteten Fall kollektiven Handelns Selbständiger im deutschen Kontext behandeln, der noch keine gesetzliche Regelung erfahren hat. Es geht dabei um ein kollektives Auftreten außerhalb des § 12a TVG, der das Rechtsinstrument des Kollektivvertrages für arbeitnehmer:innenähnliche Personen ermöglicht und der auch für selbständige Crowdworker:innen von Interesse sein kann. *Gärtner*<sup>22</sup> lehnt dessen Anwendung im Crowdwork-Kontext jedoch ab, da es am konstitutiven Element der wirtschaftlichen Abhängigkeit wegen der wechselnden Vertragspartner:innen fehlt. Hier hätte man sich meines Erachtens mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise durchaus von der Konzentration auf die formellen Vertragspartner:innen lösen können. Mit ähnlichen Argumenten wird dann auch die Anwendung des Heimarbeitsgesetzes verneint – damit bleibt dann konsequent für *Gärtner* eine große Anzahl von Crowdworker:innen im gesetzlich wenig regulierten Bereich der Selbständigkeit.

Der hier zu würdigende Autor wählt in der Folge einen noch wenig begangenen Weg abseits der Neudefinition

des Arbeitnehmer:innenbegriffes bzw. der speziellen gesetzlichen Regelungen von Plattformarbeit.<sup>23</sup> Er untersucht nämlich, und das ist der wirkliche Verdienst der Arbeit, verschiedene Möglichkeiten der Bündelung iSd. Kollektivierung der Schutzinteressen der Crowdworker:innen innerhalb des bestehenden Rechtsrahmens, um so eine Vertretung und Durchsetzung dieser gemeinsamen Interessen zu ermöglichen. Es soll sohin für die solo-selbständigen Crowdworker:innen das Konzept effektiver Selbsthilfe durch Interessenbündelung und -vertretung nutzbar gemacht werden, mit dem schon im 19. Jh. Fabrikarbeiter:innen eine Verbesserung ihrer Arbeits- und Lebensbedingungen erkämpft haben. Diese Möglichkeit der kollektiven Betätigung, eben die Koalitionsfreiheit, wurde auch damals den Beschäftigten nicht von der Gesetzgebung gewährt, sondern war eine Form der Selbsthilfe und eine Reaktion auf die existenzielle soziale und wirtschaftliche Not der Arbeiter:innenschaft.<sup>24</sup> Sieht man nun die Plattformbeschäftigten als eine Art »neues digitales Prekariat« an, so ist es nur konsequent, sich an den kollektiven Lösungsstrategien des analogen Proletariats vor rund 200 Jahren zu orientieren und diese für das digitale der heutigen Arbeitswelt nutzbar zu machen.

## V. Kollektive Handlungsmöglichkeiten soloselbständiger Crowdworker:innen

Hier setzt das rund 200 Seiten umfassende Herzstück der Arbeit von *Gärnter* an, der sich mit den Rahmenbedin-

16 Eurofound, Platform work: Maximising the potential while safeguarding standards?, Luxemburg 2019, S. 9.

17 *De Groen/Kilhoffer/Westhoff/Postica/Shamsfakhr*, Digital Labour Platforms in the EU – Mapping and business models, Luxemburg 2021, S. 8.

18 *Urzi Brancati et al.* (Fn. 1), S. 50 f.

19 European Commission, C(2021) 4230 fin., S. 27.

20 Siehe schon *Risak* (Fn. 14), S. 356; *Risak*, Fair Working Conditions for Platform Workers Possible Regulatory Approaches at the EU Level, Berlin 2018, S. 14.

21 Siehe Art. 5 des Richtlinienentwurfes, COM(2021) 762 final.

22 *Gärtner* (Fn. 4), S. 89.

23 Der Befund von *Gärtner* (Fn. 4), S. 98, dass Letzteres aktuell wenig erfolgversprechend erscheint und beiden Ansätzen gemein sei, dass sie eher von theoretischem Interesse bzw. unwahrscheinlich und in ihrer Umsetzung im Hinblick auf ein tatsächlich erhöhtes Schutzniveau durchaus fraglich seien, ist nunmehr vor dem Hintergrund des Entwurfes einer EU-Plattformarbeits-Richtlinie wohl zu revidieren.

24 *Gärtner* (Fn. 4), S. 142 ff.

gungen für das kollektive Handeln von als Selbständige auf Crowdworkplattformen Tätigen beschäftigt, die weder als arbeitnehmer:innenähnlich noch als Heimarbeiter:innen einzustufen sind. Ihnen ist somit nicht explizit die Möglichkeit eingeräumt, dem Tarifvertrag entsprechende Vereinbarungen abzuschließen.

In einer detaillierten und grundlegenden *historischen Analyse* wird nachvollziehbar analysiert, dass soloselbstständige Crowdworker:innen grundsätzlich Träger der Koalitionsfreiheit nach Art. 9 Abs. 3 GG sein können, wobei vor allem mit dem Schutzzweck argumentiert wird, die individuelle Verhandlungsschwäche des/der Einzelnen durch Kollektivierung auszugleichen und so die tatsächliche Ausübung der Vertragsfreiheit zu ermöglichen.<sup>25</sup> Dafür soll es nach *Gärtner* auf folgende Elemente kumulativ ankommen, die eine vergleichbare Situation zu klassischen Arbeitnehmer:innen bewirken: persönliches Tätigwerden, individuelle Verhandlungsschwäche, verschärfte Konkurrenz als Leistungsanbieter:innen sowie die Erzielung eines Beitrags zum Lebensunterhalt durch die Plattformarbeit.<sup>26</sup>

Crowdworker:innen genießen demnach iRd. Art. 9 Abs. 3 GG *Koalitionsfreiheit*, nehmen aber nicht an deren einfachgesetzlicher Ausformung in Form der Tarifautonomie und damit an der Möglichkeit des Abschlusses von normativ wirkenden Tarifverträgen teil. Die Gesetzgebung hat diese nämlich mit dem TVG verfassungskonform auf tariffähige Koalitionen beschränkt. Sehr wohl kommen Koalitionen von soloselbstständigen Crowdworker:innen jedoch in den Genuss der grundrechtlich gewährleisteten *Arbeitskampffreiheit*. Sie können somit Arbeitskämpfe führen, die auf die Verbesserung ihrer Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen gerichtet sind, die jedoch nur in schuldrechtlich, nicht aber normativ wirkende Kollektivvereinbarungen münden können.

Der Verfasser argumentiert dabei, dass der *Schutzbereich des individuellen Arbeitsrechts und der Koalitionsfreiheit unterschiedlich zu definieren* sei: Im Individualarbeitsrecht stehe der Arbeitsvertrag iSv. § 611a BGB, mit dessen Vorliegen der Schutz des Arbeitsrechts steht und fällt und dessen Inhalt das Ergebnis von individuellen Vertragsverhandlungen ist, im Fokus. Art. 9 Abs. 3 GG setze hingegen früher an und fordere einen weiteren Anwendungsbereich. Die nicht so klar konturierte und in ihrem Anwendungsbereich nicht so eng eingegrenzte Koalitionsfreiheit gestattet nämlich in einem weiteren

Umfang die Kompensation der individuellen Verhandlungsschwäche des Einzelnen durch Kollektivierung und Kartellierung zum Zwecke der Gewährleistung angemessener Vertragsbedingungen.<sup>27</sup>

Was bedeutet dies nun in der Praxis für die Crowdworker:innen? Wer kann hier als kollektive Akteurin oder Akteur auftreten und welche Rechtswirkungen haben die von diesen abgeschlossenen kollektiven Vereinbarungen? Mögliche kollektive, durch Art. 9 Abs. 3 GG geschützte Akteur:innen sind nach *Gärtner*<sup>28</sup> einerseits klassische Gewerkschaften, andererseits aber auch potenzielle Crowdworker:innen-Verbände sowie lose Kooperationen der Crowd in Internetforen oder -plattformen, soweit diese eine organisierte Willensbildung des Kollektivs mit einer gewissen Stabilität zulassen und sie die Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen der Crowdworker:innen fördern wollen. Diese können dann schuldrechtlich, aber eben nicht normativ wirkende Koalitionsverträge schließen.<sup>29</sup> *Gärtner* prüft dann in der Folge, wie diese direkte Ansprüche der Crowdworker:innen gegenüber den Plattformen begründen können und kommt zum Schluss, dass dies im Wege eines Vertrages zu Gunsten Dritter nach § 328 BGB, gegebenenfalls in Kombination mit den Regeln der Stellvertretung möglich wäre.<sup>30</sup>

Solcherart verbindliche Kollektivverträge sind dabei auch mit Arbeitskampfmaßnahmen erkämpfbar.<sup>31</sup> Das ist die wesentliche rechtliche Konsequenz der grundgesetzlich geschützten Koalitionsfreiheit abseits der einfachgesetzlich im TVG eingeräumten Tariffähigkeit, die den soloselbstständigen Crowdworker:innen ja nicht zukommt.

Von besonderem Interesse sind die Ausführungen zu *den unterschiedlichen Möglichkeiten des Arbeitskampfes*, die ja mangels durchgängiger Leistungsverpflichtung, wie sie *Gärtner* argumentiert, konsequenter Weise nicht im Streik liegen können, sondern die im Rahmen der Kampfmittelfreiheit auf andere effektive atypische Kampfmittel zurückgreifen müssen. Das umfasst einerseits die Einbeziehung Dritter durch Unterstützungskampfmaßnahmen

25 *Gärtner* (Fn. 4), S. 153 ff.

26 *Gärtner* (Fn. 4), S. 162 ff.

27 *Gärtner* (Fn. 4), S. 153 ff.

28 *Gärtner* (Fn. 4), S. 215 ff.

29 *Gärtner* (Fn. 4), S. 234 ff.

30 *Gärtner* (Fn. 4), S. 239.

31 *Gärtner* (Fn. 4), S. 255 ff.

und digitale Boykotts sowie andererseits die aktive Beeinträchtigung der Unternehmensabläufe durch Cyberattacken, nicht aber Sabotagemaßnahmen bzw. die dauerhafte Lahmlegung der gegnerischen (digitalen) Infrastruktur.<sup>32</sup>

Den Abschluss der Arbeit stellen Ausführungen zur Vereinbarkeit der von *Gärtner* gefundenen Ansätze kollektiven Auftretens soloselbständiger Crowdworker:innen mit dem europäischen Recht, namentlich mit dem *Wettbewerbsrecht* dar<sup>33</sup> – dies wird wohl in näherer Zukunft auf EU-Ebene ohnehin geklärt werden und dann nicht mehr problematisch sein.<sup>34</sup>

## VI. Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Herr *Gärtner* das überaus komplexe und noch wenig bearbeitete Thema des kollektiven Auftretens von soloselbständigen Crowdworker:innen aus unterschiedlichen Perspektiven behandelt und dabei sowohl verfassungsrechtlich zur Reichweite von Art. 9 Abs. 3 GG als auch zivilrechtlich betreffend die Wirkungen von schuldrechtlichen Vereinbarungen, die unmittelbare Rechte Dritter begründen sollen, bearbeitet. Das wird dann noch angereichert durch fundierte historische Überlegungen zur Koalitionsfreiheit, die ich besonders gerne gelesen habe. Aus meinen Ausführungen ergibt sich, dass ich nicht alle Schlüsse von *Gärtner* teile, das ist

aber als Kompliment für eine äußerst vielschichtige und sehr materialreiche Arbeit zu sehen, die ich mit großem Gewinn gelesen habe. Bei einem so kontroversen Thema wie der Plattformarbeit sind ohnehin Ergebnisse, die den Konsens aller finden wenig interessant und nicht unbedingt anregend. Das ist die Arbeit von *Gärtner* sicherlich nicht, man kann sich trefflich an ihr reiben und ich kann sagen, dass ich bei ihrer Lektüre sehr viel gelernt und mich so gar nicht gelangweilt habe. Sie stellt in vielerlei Hinsicht einen wichtigen Beitrag zur Weiterentwicklung der Diskussion um die Verbesserung der Arbeitsbedingungen von Personen, die über Plattformen arbeiten dar und trägt darüber hinaus wesentlich zur Weiterentwicklung der Frage der Koalitionsfreiheit für Selbständige und deren praktische Konsequenzen bei. Der *Hugo Sinzheimer-Preis* 2021 geht daher sehr zu Recht an Herrn Dr. *Jan Armin Gärtner*. Herzlichen Glückwunsch!

*Prof. Dr. Martin Gruber-Risak, Universität Wien*

<sup>32</sup> *Gärnter* (Fn. 4), S. 264 ff.

<sup>33</sup> *Gärnter* (Fn. 4), S. 291 ff.

<sup>34</sup> Europäische Kommission, Entwurf für Leitlinien zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts auf Tarifverträge über die Arbeitsbedingungen von Solo-Selbständigen, [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip\\_21\\_6620](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/ip_21_6620) (17.2.2022).

### Zusammenfassungen

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

SR 2/2022, S. 37–50

*Fischinger* untersucht ausgewählte Fragen des deutschen Arbeitsrechts, die sich im Zusammenhang mit der Corona-Krise ergeben. So geht er unter anderem darauf ein, ob der Arbeitgeber bei einer SARS-CoV-2 Erkrankung des Arbeitnehmers zur Lohnfortzahlung verpflichtet ist und ob der Arbeitgeber seine Arbeitnehmer anweisen kann, sich gegen SARS-CoV-2 impfen zu lassen.

#### **Mann/Lang: Betrieb und Arbeitsverhältnis im Fokus der Corona-Gefahrenabwehr**

SR 2/2022, S. 51–64

*Mann* und *Lang* erörtern die Rechtsgrundlagen zur Infektionsbekämpfung im IfSG sowie die sog. Bundesnotbremse mit ihren Auswirkungen. In diesem Zusammenhang kommen sie unter anderem zu dem Ergebnis, dass die zahlreichen Betriebsschließungen, die vor allem auf Grundlage des IfSG erfolgt seien, grundsätzlich verfassungsrechtlich geboten gewesen seien.

#### **Kozak: Arbeitsrecht und Pandemie in Österreich – Ein Überblick**

SR 2/2022, S. 65–73

*Kozak* gibt einen Überblick über einzelne Thematiken im Arbeitsrecht, die sich angesichts der Corona-Pandemie in Österreich stellen. Dabei geht er auf die Sondergesetze zur Pandemiebekämpfung, Entscheidungen des VfGH und des OGH sowie auf Probleme ein, die sich im Arbeitsverhältnis ggf. im Zusammenhang mit Corona ergeben.

### Abstracts

#### **Fischinger: Two Years of the Corona Crisis: Labour Law's Response to Pandemic-related Disruptions**

SR 2/2022, pp. 37–50

*Fischinger* examines selected questions under German employment law that arose in the light of the Corona crisis. Among other things, it addresses whether the employer is obliged to continue paying wages if the employee falls ill with SARS-CoV-2 and whether the employer can instruct its employees to be vaccinated against SARS-CoV-2.

#### **Mann/Lang: Company and Employment Relationship in the Focus of Corona-Hazard Prevention**

SR 2/2022, pp. 51–64

*Mann* and *Lang* discuss the legal basis of infection control as well as the so-called federal emergency brake with its effects. In this context, they conclude, among other things, that the numerous closures of businesses, which had been carried out primarily based on the Infection Protection Act, were required under constitutional law.

#### **Kozak: Labour Law and Pandemic in Austria – An Overview**

SR 2/2022, pp. 65–73

*Kozak* gives an overview of individual issues in labour law that arise in the light of the Corona pandemic in Austria. He discusses the special laws on combating the pandemic, decisions of the Constitutional Court and the Supreme Court as well as problems arising in the employment relationship in connection with the Corona pandemic.

### **Vorschau** In einer der nächsten Ausgaben von »Soziales Recht« werden Sie voraussichtlich lesen:

#### **Abhandlungen**

- *Daniel Ulber*: **Arbeitsrecht und ökologische Transformation – Handlungsoptionen und Potenziale**
- *Benedikt Schmidt*: **Böswillig unterlassener Zwischenverdienst bei »Arbeitsvermittlung durch den Arbeitgeber«?**

#### **Rezensionsaufsätze**

- Peter Hanau: **60 Jahre für ein faires Arbeitsrecht** (*Klaus Bepler*)
- Povedano Peramato, **Streikrecht und Arbeitsvölkerrecht** (*Klaus Lörcher*)



Lang / Schaumburg

## Handbuch Tarifvertrag

Geschichte – Praxis – Perspektiven

2022. 610 Seiten, gebunden

€ 48,-

ISBN 978-3-7663-7157-7

[bund-shop.de/7157](http://bund-shop.de/7157)

# Die Kräfte des Tarifvertrags

Tarifautonomie und Tarifvertrag sind seit Jahrzehnten Eckpfeiler des sozialen Ausgleichs und des wirtschaftlichen Erfolgs der Bundesrepublik Deutschland. Dennoch werden Tarifverträge, besonders Flächentarifverträge, massiv in Frage gestellt. Von Teilen der Politik wie von treibenden Kräften im Arbeitgeberlager. Die Tarifbindung leidet darunter und schwindet.

Die Autoren zeigen, wie lang der Weg zum Tarifvertrag war und wie transparent und beteiligungsorientiert Tarifverträge heute entstehen. Sie erläutern anschaulich, welche Fülle von Inhalten regional, branchenbezogen und auch betrieblich sehr differenziert geregelt werden und wie sich die Gewerkschaften auf die digitalisierte Arbeitswelt einstellen.

Die Überzeugung dieses Buchs: Mehr denn je sind Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen in der Arbeitswelt 4.0 auf kollektive Gestaltungskraft, individuelle Beteiligung und agile Mitbestimmung angewiesen, die durch einen tariflichen Rahmen gesichert sind. Auch das Streikrecht gehört dazu. Sonst wären Tarifverhandlungen – so das Bundesarbeitsgericht – nichts anderes als ein »kollektives Betteln«. Nur mit Tarifverträgen, so die Autoren, lässt sich das Ziel, gute Arbeit mit wirtschaftlichem Erfolg zu verknüpfen, auch künftig verwirklichen.

Ein Buch für alle, die an Arbeit, Wirtschaft und sozialem Frieden interessiert sind.

### Einfach online bestellen:

1. Einsteigen auf [bund-shop.de/7157](http://bund-shop.de/7157) 2. Daten eingeben 3. Absenden oder Coupon ausfüllen und abschicken:

| Expl. | Best.-Nr.<br>978-3-7663- | Autor / Kurztitel                          | Preis / € |
|-------|--------------------------|--|-----------|
|       | 7157-7                   | Lang / Schaumburg<br>Handbuch Tarifvertrag | 48,-      |

Absender:  Frau  Herr

Name / Vorname:

Firma / Funktion:

Straße / Nr.:

PLZ / Ort:

Telefon:

E-Mail:

Datum / Unterschrift:



Bund-Verlag GmbH  
60424 Frankfurt am Main

Infotelefon:  
069 / 79 50 10-20

Fax:  
069 / 79 50 10-11

E-Mail:  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)

[www.bund-verlag.de](http://www.bund-verlag.de)

#### Immer topaktuell informiert sein

- Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Betriebsräte** nutzen.  
 Ja, ich möchte den kostenlosen Newsletter für **Personalräte** nutzen.  
 Den Newsletter kann ich jederzeit wieder abbestellen.

NEUE HERAUSFORDERUNGEN

# – NEUER KITTNER 2022

Print + Online



Jetzt  
bestellen!

[www.mein-kittner.de](http://www.mein-kittner.de)  
[kontakt@bund-verlag.de](mailto:kontakt@bund-verlag.de)  
Bestellhotline 069 / 79 50 10 20

