

Hochschule Merseburg
University of Applied Sciences

Fachbereich Wirtschaftswissenschaften und Informationswissenschaften
Fachgebiet Wirtschaftsrecht

Bachelorarbeit

zur Erlangung des Grades Bachelor of Arts (B. A.)

**Durchbrechung des arbeitsrechtlichen Grundsatzes:
Ohne Arbeit kein Lohn**

vorgelegt bei

Prof. Dr. Gerlind Marx

Zweitgutachter: Prof. Dr. Anja Haertlein

vorgelegt von:

Tobias Günther

E-Mail: tobias.guenther@stud.hs-merseburg.de

Studiengang: Betriebswirtschaft

Matrikelnummer: 25440

Abgabedatum: 25.02.2022

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	IV
1 Hinführung	1
1.1 Problemstellung und Zielsetzung.....	1
1.2 Aufbau der Arbeit	2
2 Das Arbeitsverhältnis	4
2.1 Begriffliche Grundlagen	4
2.1.1 Definition und Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs.....	4
2.1.2 Definition des Arbeitgeberbegriffs	6
2.2 Haupt- und Nebenpflichten der Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis	7
2.2.1 Haupt- und Nebenleistungspflichten des Arbeitnehmers	7
2.2.2 Haupt- und Nebenleistungspflichten des Arbeitgebers	8
2.3 Abgrenzung des Arbeitsvertrages.....	9
3 Fallgruppen des Anspruchs auf Lohnzahlung trotz Nichtleistung des Arbeitnehmers	11
3.1 Sphäre des Arbeitnehmers	12
3.1.1 Krankheit.....	12
3.1.1.1 Anspruchsvoraussetzungen für die Entgeltfortzahlung, § 3 EFZG	13
3.1.1.2 Informations- und Nachweispflicht.....	17
3.1.1.3 Entgeltfortzahlungsdauer.....	18
3.1.1.4 Höhe der Entgeltfortzahlung.....	19
3.1.2 Gesetzliche Feiertage	20
3.1.2.1 Anspruchsvoraussetzungen für die Entgeltfortzahlung, § 2 EFZG	20
3.1.2.2 Höhe der Entgeltfortzahlung.....	21
3.1.2.3 Ausnahmen und Anspruchsausschluss.....	21
3.1.3 Erholungsurlaub.....	22
3.1.3.1 Höhe des Urlaubsentgeltes	23
3.1.3.2 Ausnahmen und Abdingbarkeit	23
3.1.4 Schwangerschaft	24
3.1.4.1 Geschützter Personenkreis	25
3.1.4.2 Finanzielle Absicherung	25
3.1.5 Vorübergehende Verhinderung	29
3.1.5.1 Anspruchsvoraussetzungen des § 616 BGB.....	30
3.1.5.2 Informations- und Nachweispflicht.....	33
3.1.5.3 Abdingbarkeit.....	33
3.2 Sphäre des Arbeitgebers	34
3.2.1 Verantwortlichkeit des Arbeitgebers	34
3.2.2 Annahmeverzug des Arbeitgebers	35
3.2.2.1 Voraussetzungen für das Vorliegen von Annahmeverzug	36
3.2.2.2 Höhe der Vergütungsfortzahlung.....	39
3.2.2.3 Abdingbarkeit.....	40
3.2.3 Lehre vom Betriebsrisiko.....	40

4 Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Änderungen der Rechtslage im Arbeitsrecht	42
4.1 Vergütungsanspruch während Quarantäne	42
4.1.1 Bei ärztlich festgestellter Arbeitsunfähigkeit	42
4.1.2 Ohne Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit	43
4.2 Umgang mit ungeimpften Arbeitnehmern	46
4.2.1 3G-Pflicht in Unternehmen	47
4.2.2 Ausschluss von der Entschädigung nach § 56 IfSG	47
4.2.3 Einführung einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht	48
5 Fazit und Ausblick	50
Literatur- und Quellenverzeichnis	52
Eidesstattliche Erklärung	

Abkürzungsverzeichnis

AAG	Aufwendungsausgleichsgesetz
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AP	Nachschlagewerk des Bundesarbeitsgerichtes (Arbeitsrechtliche Praxis)
ArbG	Arbeitsgericht
ArbR	Arbeitsrecht
ArbSchG	Arbeitsschutzgesetz
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
AU-Bescheinigung	Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBiG	Berufsbildungsgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BeckOK	Beck'scher Online-Kommentar
BeckRS	Beck online Rechtsprechung
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BT (WD)	Wissenschaftliche Dienste des Deutschen Bundestages
BT-Drs.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
etc.	et cetera
EuGH	Europäischer Gerichtshof
f., ff.	folgend(e)
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GRCh	EU-Grundrechtecharta

grds.	grundsätzlich
Hdb.	Handbuch
Hrsg.	Herausgeber
ibd.	ebenda (lat. ibidem)
i. d. R.	in der Regel
i. V. m.	in Verbindung mit
KG	Kommanditgesellschaft
LAG	Landesarbeitsgericht
MDK	Medizinischer Dienst der Krankenkasse
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Zeitschrift
Nr.	Nummer(n)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechung-Report Zivilrecht
OHG	offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RdA	Recht der Arbeit, Zeitschrift
RKI	Robert Koch-Institut
Rn.	Randnummer
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB IV	Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung
SGB V	Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung
TVöD	Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
v.	vom
v. a.	vor allem
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
z. B.	zum Beispiel

1 Hinführung

Im deutschen Vertragsrecht werden Verträge seit dem 19. Jahrhundert nach der Verknüpfungsart der vertragsinhaltlichen Leistungspflichten unterschieden.¹ Verträge können demnach in einseitig und zweiseitig verpflichtend eingeteilt werden.

Der zweiseitig verpflichtende oder auch gegenseitige Vertrag verpflichtet - wie die Bezeichnung bereits erahnen lässt - beide Vertragsparteien zur Leistung und Gegenleistung. Dieses Gegenseitigkeitsverhältnis wird als Synallagma bezeichnet.² Der lateinische Grundsatz „do ut des“ (Ich gebe, damit du gibst) spiegelt genau diese gegenseitige Abhängigkeit der Hauptleistungspflichten beider Vertragsparteien wider. Gegenseitige Verträge nach dem BGB sind Kauf-, Miet- und Pachtverträge sowie Dienst- und Werkverträge.

Mit den §§ 320 bis 326 verhindert das BGB, dass eine Vertragspartei leisten muss, ohne die Gegenleistung zu erhalten. Diesbezüglich werden in der Literatur drei Erscheinungsformen des Synallagmas beschrieben: das genetische, das funktionelle und das konditionelle Synallagma.³ Letzteres ist im Arbeitsrecht von besonderer Bedeutung, weil dieses die gegenseitige Abhängigkeit der Leistungspflichten sicherstellt, d. h. treten Leistungsstörungen aufseiten einer Vertragspartei auf, wirkt sich dies auf die Leistungspflicht der Gegenseite aus.⁴

Das arbeitsrechtliche Synallagma besteht zwischen der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers und der Vergütungspflicht des Arbeitgebers. Da der Arbeitnehmer gemäß § 614 S. 1 BGB zur Vorleistung verpflichtet ist, erlischt dessen Vergütungsanspruch nach §§ 275 i. V. m. 326 Abs. 1 BGB, wenn keine Arbeitsleistung erbracht wird. In diesem Prinzip liegt der arbeitsrechtliche Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“ verankert.

1.1 Problemstellung und Zielsetzung

Von diesem Grundsatz gibt es im deutschen Arbeitsrecht einige Ausnahmen.

Besondere Anspruchsgrundlagen begründen die Gegenleistungspflicht des Arbeitgebers auch ohne erfolgte Leistungserbringung durch den Arbeitnehmer. Die zugrunde liegenden Leistungsstörungen liegen meist ursächlich aufseiten einer Vertragspartei begründet.

Mit dieser Arbeit soll die Reichweite der synallagmatischen Leistungsverknüpfung aufgezeigt werden, wenn die Arbeitsleistung aufgrund bestimmter Hindernisse nicht erbracht werden kann. Konkret stellt sich die Frage, unter welchen Umständen ein Arbeitnehmer seinen Anspruch auf Lohnzahlung trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung behält.

¹ Vgl. Emmerich in: MüKo, BGB Vorbemerkung (Vor § 320) Rn. 1.

² Vgl. ibd. Rn. 3; Schmidt in: BeckOK-BGB, BGB § 320 Rn. 4.

³ Vgl. ibd. Rn. 13; Rn. 8.

⁴ Vgl. ibd. Rn. 15.

Anhand ausgewählter, in der arbeitsrechtlichen Praxis häufig vorkommenden Fallgruppen werden neben den Voraussetzungen insbesondere auch resultierende Rechtsfolgen hinsichtlich des Vergütungsanspruches dargelegt. Das Fundament dieser Ausführungen bilden die gesetzlichen Regelungen. Für deren rechtliche Auslegung wird sowohl auf die bisherige Rechtsprechung als auch auf juristische Meinungen in der Literatur zurückgegriffen.

Im Ergebnis schafft die vorliegende Arbeit Klarheit zu den arbeitsrechtlichen Regelungen bezüglich der Durchbrechung des synallagmatischen Grundsatzes und untersucht auf Grundlage dessen, inwiefern die Anspruchserhaltungsnormen auf konkrete Auswirkungen der gegenwärtig nach wie vor herrschenden Corona-Pandemie (Covid-19) angewendet werden können.

1.2 Aufbau der Arbeit

Die vorliegende Arbeit beinhaltet fünf Kapitel, die inhaltlich aufeinander aufbauen.

Das sich an diesen Gliederungspunkt anschließende zweite Kapitel schafft zunächst die begrifflichen und theoretischen Grundlagen für ein einheitliches Verständnis der verwendeten Termini. Die Vertragsparteien in einem durch wirksamen Arbeitsvertrag geschlossenen Arbeitsverhältnis werden als Arbeitnehmer und Arbeitgeber bezeichnet. Innerhalb der vorliegenden Arbeit werden diese Begriffe fast ausschließlich verwendet und deshalb eingangs definiert. Anschließend werden die Haupt- und Nebenleistungspflichten beider Vertragsparteien beschrieben, die aus dem Arbeitsvertrag entstehen. Letztlich wird der Arbeitsvertrag sowohl vom Dienst- als auch Werkvertrag abgegrenzt.

Den Schwerpunkt dieser Arbeit bildet das dritte Kapitel. Dieses untersucht, unter welchen Voraussetzungen Arbeitnehmer ihren Vergütungsanspruch behalten, obwohl sie keine Arbeitsleistung erbringen. Zuerst wird diesbezüglich kurz auf das allgemeine Leistungsstörungenrecht des BGB zur Befreiung von der Primärleistungspflicht eingegangen. Nachfolgend werden anhand ausgewählter Fallgruppen die anspruchsbegründenden Voraussetzungen und die Rechtsfolgen hinsichtlich der Vergütungspflicht des Arbeitgebers dargestellt. Dabei erfolgt die Betrachtung differenziert nach der Sphäre der Vertragspartei, in der das jeweilige Leistungshindernis aufgetreten ist. Die Ausführungen werden mit bisheriger Rechtsprechung belegt. Ergänzend dazu wird der aktuelle Meinungsstand in der Literatur umfassend dargelegt. Kontroverse Auffassungen werden diesbezüglich aufgezeigt und kritisch hinterfragt.

Im vierten Kapitel stehen arbeitsrechtliche Auswirkungen in Folge der weltweiten Corona-Pandemie im Zentrum der Betrachtung. Auf Basis des dritten Kapitels wird zunächst geprüft, inwiefern die dort genannten Vergütungserhaltungsnormen bei behördlich angeordneter Quarantäne greifen. In diesem Zusammenhang wird die Entschädigungsvorschrift nach dem IfSG sowie deren Rangverhältnis zu anderen anspruchserhaltenden Rechtsnormen kurz erläutert.

Im Anschluss werden Vergütungsansprüche ungeimpfter Arbeitnehmer beleuchtet. Auf politischer Ebene wurden für diese Personengruppe strengere Maßnahmen beschlossen, die wiederum Hürden für die Erbringung der Arbeitsleistung mit sich bringen. Im gesamten Kapitel werden insbesondere coronabedingte Gesetzesänderungen aufgezeigt und mit jüngster Rechtsprechung untermauert.

Ein Fazit und ein kurzer Ausblick kennzeichnen das letzte Kapitel dieser Arbeit.

In dieser Arbeit wird die männliche Ausdrucksweise als Kurzform für beide Geschlechter verwendet. Dies dient einzig und allein der vereinfachten Schreibweise und der besseren Lesbarkeit.

2 Das Arbeitsverhältnis

Die rechtliche und soziale Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer wird als Arbeitsverhältnis bezeichnet.⁵ Es handelt sich dabei um ein personengebundenes Dauerschuldverhältnis, das in aller Regel mit der Schließung eines rechtswirksamen Arbeitsvertrages gemäß § 611a BGB begründet wird.⁶

Wie die Bezeichnung bereits verrät, beschreibt das Dauerschuldverhältnis jeden Vertrag, dessen Austausch von Leistung und Gegenleistung nicht nur einmalig, sondern über einen längeren Zeitraum erfolgt. Sowohl die synallagmatischen Hauptleistungspflichten als auch alle Nebenpflichten von Arbeitnehmer und Arbeitgeber werden mit dem Arbeitsvertrag rechtlich wirksam. Dadurch, dass der Arbeitnehmer gemäß § 613 S. 1 BGB seine Arbeitsleistung in eigener Person erbringen muss, ist dieses Rechtsverhältnis personengebunden ausgerichtet.

2.1 Begriffliche Grundlagen

Wie in jeder Wissenschaft ist es besonders wichtig, mit zentralen Begrifflichkeiten exakt umzugehen. Im Kontext dieser Arbeit ist somit einerseits eine genaue Definition der Bezeichnungen beider Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis erforderlich und andererseits eine merkmalsbezogene Abgrenzung des zugrunde liegenden Arbeitsvertrages zu ähnlichen Vertragsarten vorzunehmen.

2.1.1 Definition und Abgrenzung des Arbeitnehmerbegriffs

Der Arbeitsvertrag ist mit dem Inkrafttreten des § 611a BGB am 01.04.2017 erstmals gesetzlich normiert worden.⁷ Diese gesetzliche Regelung enthält im Abs. 1 implizit die Definition des Arbeitnehmerbegriffes, die von der arbeitsrechtlichen Rechtsprechung entwickelt worden war.

Dementsprechend ist Arbeitnehmer, wer sich aufgrund eines Arbeitsvertrages verpflichtet, seine Arbeitskraft für die Dienste eines anderen zur Verfügung zu stellen, um eine weisungsgebundene und fremdbestimmten Arbeit in persönlicher Abhängigkeit zu verrichten. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann sich entsprechend § 611a S. 2 BGB auf den Inhalt, die Durchführung und die räumliche sowie zeitliche Vorgabe bezüglich der zu leistenden Tätigkeit beziehen und grenzt den Arbeitnehmer dadurch von einer selbständig tätigen Person ab.

Neben den selbständig tätigen Personen fallen ebenso Beamte, Richter und Soldaten aus dem Arbeitnehmerbegriff heraus, weil diese gegenüber ihren Dienstherrn in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.⁸ Ein privatrechtliches Vertragsverhältnis ist in diesen

⁵ Vgl. Spinner in: MüKo, BGB § 611a Rn. 75.

⁶ Vgl. ibd.; Koch in: Schaub/Koch, ArbR von A-Z: Arbeitsverhältnis.

⁷ Vgl. Spinner in: MüKo, BGB § 611a Rn. 1.

⁸ Vgl. Joussen in: BeckOK-ArbR, BGB § 611a Rn. 9.

Fällen nicht gegeben. Geschäftsführer und Vorstandsmitglieder juristischer Personen fallen ebenfalls nicht unter den Arbeitnehmerbegriff, weil diese durch ihre Position i. d. R. der Arbeitgeberseite zuzuordnen sind.⁹

Die mit dieser Definition besonders zum Ausdruck kommende organisatorische und fachliche Weisungsgebundenheit gegenüber dem Arbeitgeber lässt den gesetzgeberischen Zweck dieser Rechtsnorm erkennen. Der Gesetzgeber verfolgte mit dieser Regelung das Ziel, zum einen eine klare Typenabgrenzung herbeizuführen und den missbräuchlichen Einsatz von Fremdpersonal als verschleierte selbständige Tätigkeit zu verhindern und zum anderen die Rechtssicherheit von Arbeitsverträgen zu erhöhen.¹⁰

Hinsichtlich der Sinnlichkeit und Zielerreichung dieser Vorschrift existieren kontroverse Meinungen. Einige Stimmen kritisieren, dass sich der Gesetzgeber lediglich an der ohnehin üblichen Auffassung der Rechtsprechung orientiert habe.¹¹ Demzufolge seien die von der Rechtsprechung entwickelten Merkmale der Weisungsbindung, Fremdbestimmung und der persönlichen Abhängigkeit ausschließlich als Orientierungsmerkmale ohne Konkretisierung in die Definition aufgenommen worden. Die Konkretisierung wurde damit wiederum der Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen. Vertreter dieser Auffassung halten die gesetzliche Regelung des § 611a BGB aus den genannten Gründen für überflüssig.¹² Gegenmeinungen stellen jedoch klar, dass mit dieser normativen Regelung der frühere Streit in der Rechtsprechung um das dominierende Kriterium zwischen Weisungsbindung, Fremdbestimmung und pers. Abhängigkeit obsolet geworden sei.¹³ Zudem ist der Arbeitsvertrag mit dieser Vorschrift zweifelsohne als Sonderform des Dienstvertrages anzusehen.

Die eindeutige Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft ist in der arbeitsrechtlichen Praxis für die Anwendbarkeit des Arbeitsrechtes unerlässlich, da dieses als sog. Arbeitnehmerschutzrecht eingeführt wurde und hauptsächlich für Arbeitnehmer gilt.

Zu den Arbeitnehmern im arbeitsrechtlichen Sinn gehören gemäß § 5 Abs. 1 ArbGG Arbeiter, Angestellte¹⁴ und zu ihrer Berufsausbildung beschäftigte Personen. Darüber hinaus gelten Teile des Arbeitsrechtes auch für in Heimarbeit Beschäftigte, ihnen Gleichgestellte und sonstige Personen, die wegen ihrer wirtschaftlichen Unselbständigkeit als arbeitnehmerähnliche Personen anzusehen sind; auf diese Personengruppen wird im Fortgang der Ausführungen jedoch nicht gesondert eingegangen.

⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 26.05.1999 - 5 AZR 664/98, NZA 1999, 987 ff. (988).

¹⁰ Vgl. Preis in: ErfK, BGB § 611a Rn. 9.

¹¹ Vgl. Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 611a Rn. 5; Preis in: ErfK, BGB § 611a Rn. 9; Richardi in: NZA 2017, 36 ff. (39).

¹² Vgl. ibd.

¹³ Vgl. Preis in: ErfK, BGB § 611a Rn. 9.

¹⁴ Bis zum 01.01.2005 wurde im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht in der Gruppe der Arbeitnehmer zwischen Arbeitern und Angestellten unterschieden. Der Unterschied bestand seinerzeit darin, dass Arbeiter ihre Arbeitsleistung überwiegend durch körperliche Anstrengung erbrachten, währenddessen Angestellte eine geistige Tätigkeit ausübten.

Im Einzelfall ist immer gemäß § 611a Abs. 1 S. 4, 5 BGB sowohl die Eigenart der Tätigkeit als auch die Betrachtung aller die Tätigkeit betreffenden Gesamtumstände für die Feststellung der Arbeitnehmereigenschaft entscheidend. Kann im Ergebnis zweifelsfrei festgestellt werden, dass ein Arbeitsverhältnis vorliegt, kommt es auf die Bezeichnung des Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag, bspw. als Praktikant oder Honorarkraft nicht an.¹⁵ Die tatsächlichen Verhältnisse sind gemäß § 611a Abs. 1 S. 6 BGB maßgebend.

2.1.2 Definition des Arbeitgeberbegriffs

Nach deutscher Rechtsprechung des BAG ist der Arbeitgeber derjenige, der „[...] die Dienstleistung vom Arbeitnehmer kraft des Arbeitsvertrags fordern kann und damit die wirtschaftliche und organisatorische Dispositionsbefugnis über die Arbeitsleistung [...] hat.“¹⁶ Diese Definition deckt sich inhaltlich mit der Normierung des Arbeitsvertrages, die mittelbar ebenfalls die Definition des Arbeitgeberbegriffs enthält. In den arbeitsrechtlichen Vorschriften der §§ 6 Abs. 2 AGG und 2 Abs. 3 ArbSchG wird als Arbeitgeber jede Person bezeichnet, die mindestens einen Arbeitnehmer beschäftigt. Diese prägnante Definition ist auch in der Literatur häufig an erster Stelle zu finden.

Als Arbeitgeber kommen somit einerseits natürliche Personen wie bspw. Rechtsanwalt oder Arzt und andererseits rechtsfähige Personengesellschaften (GbR, OHG, KG), Körperschaften des Privatrechts (GmbH, AG etc.) und Körperschaften des öffentlichen Rechts (Kommunen, Bund und Länder) infrage.¹⁷ Bedeutend für den Arbeitgeberbegriff ist, dass der Arbeitgeber laut Gesetz weder Betriebsstätte noch Eigentum an Betriebsmitteln besitzen muss, um Arbeitgeber zu sein.¹⁸

Dem Arbeitgeber obliegt gemäß §§ 611a Abs. 1 BGB i. V. m. 106 GewO das Direktions- und Weisungsrecht. Dieses berechtigt ihn, Inhalt, Durchführung, Ort und die Zeit der Arbeitsleistung zu bestimmen. Jedoch dürfen die Weisungen nicht gegen den Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarungen, Tarifverträge oder geltendes Recht verstoßen und müssen den Grundsatz des billigen Ermessens wahren.¹⁹

¹⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 01.12.2020 - 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552 ff. (557) Rn. 38, 39.

¹⁶ Vgl. BAG (2. Senat), Urt. v. 27.09.2012 - 2 AZR 838/11, AP BGB § 611 Hausmeister Nr. 18.

¹⁷ Vgl. Spinner in: MüKo, BGB § 611a Rn. 148; Thüsing in: MüKo, AGG § 6 Rn. 15.

¹⁸ Vgl. Spinner in: MüKo, BGB § 611a Rn. 149.

¹⁹ Vgl. BAG Urt. v. 30.11.2016 - 10 AZR 11/16, BeckRS 2016, 112161 Rn. 28, 29; Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 611a Rn. 362, 367.

2.2 Haupt- und Nebenpflichten der Vertragsparteien im Arbeitsverhältnis

Aus dem wirksam geschlossenen Arbeitsvertrag ergeben sich für beide Vertragsparteien sowohl Haupt- als auch Nebenleistungspflichten, die nachfolgend auszugsweise beschrieben werden. Die Hauptverpflichtungen sind explizit in § 611a BGB normiert. Darüber hinaus bestehen aufseiten des Arbeitnehmers und Arbeitgebers Nebenleistungspflichten, die sich sowohl aus dem Arbeitsvertrag selbst ergeben oder ebenso Bestandteil von Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen sein können.²⁰ Insbesondere die gesetzlich geregelten Pflichten der Rücksichtnahme und des Schutzes der Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners im Sinne der §§ 241 Abs. 2 und 242 BGB werden meist stillschweigend vereinbart.²¹

2.2.1 Haupt- und Nebenleistungspflichten des Arbeitnehmers

Die Hauptpflicht des Arbeitnehmers ergibt sich aus § 611a Abs. 1 BGB und besteht in der Erbringung der Arbeitsleistung gegenüber dem richtigen Gläubiger, zur richtigen Zeit und am richtigen Ort, die der Arbeitgeber kraft seines Direktionsrechtes festgelegt hat.²²

Vor diesem Hintergrund gehen die Rechtsprechung und die herrschende Meinung von einer absoluten Fixschuld der Arbeitsleistung aus, weil aufgrund des Dauerschuldverhältnisses an den Folgetagen eine immer neue Arbeitsleistung geschuldet wird.²³ Kann der Arbeitnehmer folglich seine Arbeitsleistung nicht erbringen, tritt demzufolge Unmöglichkeit ein.²⁴ Die Nachholung der Arbeitsleistung ist demnach ausgeschlossen.

Hierzu existieren unter Juristen gegensätzliche Auffassungen, weil sie den im allgemeinen Schuldrecht bestehenden Grundsatz, dass sich Verzug und Unmöglichkeit gegenseitig ausschließen, widerspricht.²⁵ In der Literatur wird insbesondere mit dem Argument widersprochen, dass bei Gleitzeitregelungen oder Teilzeitbeschäftigung eine relative Fixschuld angenommen werden könne.²⁶ Gleichzeitig wird jedoch betont, dass sich die Nachholbarkeit im Einzelfall nach den konkret im Unternehmen geltenden Vereinbarungen sowie der vertraglichen Bestimmungen im Arbeitsverhältnis richte.²⁷ Darüber hinaus beeinflussen gesetzliche Regularien, wie bspw. § 3 ArbZG zur täglichen Höchstarbeitszeit von maximal zehn Stunden die Nachholbarkeit der Arbeitsleistung.

²⁰ Vgl. Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 611a Rn. 342.

²¹ Vgl. ibd. Rn. 443.

²² Vgl. Spinner in: MüKo, BGB § 611a Rn. 925.

²³ Vgl. BAG, Urt. v. 19.08.2015 - 5 AZR 975/13, NZA 2015, 1460 ff. (1461) Rn. 23; BAG, Urt. v. 27.01.2016 - 5 AZR 9/15, NZA 2016, 691 ff. (692) Rn. 15; Preis in: ErfK, BGB § 611a Rn. 675; Spinner in: MüKo, BGB § 611a Rn. 956.

²⁴ Vgl. Die Unmöglichkeit als Begriff des allgemeinen Leistungsstörungenrechts (BGB) wird zu Beginn des 3. Kapitels thematisiert.

²⁵ Vgl. Preis in: ErfK, BGB § 611a Rn. 675; Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 611a Rn. 408.

²⁶ Vgl. ibd. Rn. 677.

²⁷ Vgl. Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 49 Rn. 5; Preis in: ErfK, BGB § 611a Rn. 677.

Aus den Gründen der immer neu entstehenden Leistungsschuld und den gesetzlichen Bestimmungen zur Höchst Arbeitszeit ist der Auffassung von Rechtsprechung und herrschender Meinung, dass die Arbeitsleistung eine Fixschuld darstellt am ehesten zuzustimmen.

Aufgrund der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers nach § 614 S. 1 BGB ist folglich die zeitbezogene Erbringung der Arbeitsleistung als zwingende Voraussetzung für den Anspruch auf Gegenleistung anzusehen, was wiederum das arbeitsrechtliche Synallagma bestätigt.

Neben der Erbringung der Arbeitsleistung ist der Arbeitnehmer insbesondere zu Gehorsam und Treue gegenüber dem Arbeitgeber verpflichtet. Die Gehorsamspflicht ergibt sich unmittelbar aus der Verpflichtung zur weisungsgebundenen Tätigkeit des Arbeitnehmers. Die Treuepflicht im Sinne des § 242 BGB besteht laut BAG in der Unterlassung sämtlicher Handlungen, die dem Arbeitgeber und dem Betrieb schaden könnten.²⁸ Aus dieser Treuepflicht werden weitere (Unterlassens-)Pflichten abgeleitet: die Verschwiegenheits-, Sorgfalts- und Auskunftspflicht sowie ein Korruptions- und Wettbewerbsverbot.

2.2.2 Haupt- und Nebenleistungspflichten des Arbeitgebers

Die Hauptpflicht des Arbeitgebers ergibt sich aus § 611a Abs. 2 BGB.

Hiernach ist der Arbeitgeber primär zur Zahlung des vereinbarten Entgeltes verpflichtet. Haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer keine Vergütung vereinbart, ergibt sich diese entweder aus einem bestehenden Tarifvertrag oder gilt anderenfalls nach § 612 Abs. 1 und 2 BGB als stillschweigend in der üblichen Höhe vereinbart, wenn der Arbeitnehmer für die Dienstleistung eine Vergütung erwarten kann.²⁹

Daneben trifft den Arbeitgeber die Beschäftigungspflicht des Arbeitnehmers gleichermaßen wie die Freistellungspflicht zum Zwecke des Erholungsurlaubes oder in Fällen des § 616 BGB, auf die im dritten Kapitel konkret eingegangen wird. Außerdem obliegen dem Arbeitgeber in gleicher Weise wie den Arbeitnehmer Auskunftspflichten zu Vorgängen oder Tatsachen, die im direkten Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.³⁰ Damit einhergehend hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer ungefragt über Umstände aufzuklären, die im Zusammenhang mit seinem Arbeitsplatz stehen oder die Erbringung der Arbeitsleistung behindern bzw. unmöglich machen.³¹

Eine Reihe von Nebenleistungspflichten beziehen sich v. a. auf die Rücksichtnahme der Interessen des Arbeitnehmers nach Treu und Glauben.³² Diese Treue- und Fürsorgepflichten ergeben sich aus §§ 241 Abs. 2, 242 BGB. Insbesondere obliegt dem Arbeitgeber die Pflicht, Leben und Gesundheit seiner Arbeitnehmer zu schützen und allesamt gleich zu behandeln.

²⁸ Vgl. BAG (2. Senat), Urt. v. 16.08.1990 - 2 AZR 113/90, AP BGB § 611 Treuepflicht Nr. 10.

²⁹ Vgl. Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 611a Rn. 185.

³⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 22.01.2009 - 8 AZR 161/08, NZA 2009, 608 ff. (609) Rn. 27.

³¹ Vgl. Preis in: ErfK, BGB § 611a Rn. 633; Spinner in: MüKo, BGB § 611a Rn. 921.

³² Vgl. ibd. Rn. 615; Rn. 899.

Gemäß § 618 Abs. 1 BGB hat der Arbeitgeber durch eine sichere Gestaltung der Arbeitsplätze bzw. durch ordnungsgemäße Unterhaltung der Räume, Vorrichtungen und Gerätschaften dafür Sorge zu tragen, dass die körperliche Integrität des Arbeitnehmers bestmöglich geschützt wird. Das ArbSchG und insbesondere das MuSchG konkretisieren diesbezüglich die Arbeitgeberpflichten. Nach §§ 12, 14 AGG sind Arbeitnehmer bspw. vor physischen und psychischen Übergriffen zu schützen. Die Schutzpflichten des Arbeitgebers umfassen des Weiteren den Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sowie Obhuts- und Verwahrungspflichten für berechtigterweise vom Arbeitnehmer eingebrachtes Privateigentum.³³ Auch datenschutzrechtliche Bestimmungen müssen diesbezüglich auf Grundlage des BDSG gewährleistet werden. So ist gemäß § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG die Speicherung personengebundener Daten nur zulässig, wenn diese zweckmäßig dem Vertragsverhältnis dienen oder der Arbeitgeber ein berechtigtes Interesse daran hat, insofern schutzbedürftige Interessen des Arbeitnehmers jedoch nicht überwiegen.³⁴ Als aktuelles Beispiel ist die coronabedingte Speicherung des 3G-Nachweises von Arbeitgebern zu nennen, die auf § 28b Abs. 3 IfSG beruht und zunächst bis 19. März 2022 gilt.

2.3 Abgrenzung des Arbeitsvertrages

Die rechtlich korrekte Abgrenzung von Vertragsverhältnissen ist im Arbeitsrecht von bedeutender Relevanz für die resultierenden Rechtsfolgen. Zu den gegenseitigen schuldrechtlichen Verträgen gehören neben dem Arbeitsvertrag u. a. auch der Dienst- und Werkvertrag. Wie bereits erwähnt, führt allerdings nur ein durch Arbeitsvertrag geschlossenes Arbeitsverhältnis zur Anwendung der Regelungen des Arbeitsschutzrechtes. Daher ist der Arbeitsvertrag zwingend vom Dienstvertrag und Werkvertrag zu unterscheiden.

Der Dienstvertrag regelt in § 611 Abs. 1 BGB die Hauptpflichten des Dienstverpflichteten und Dienstberechtigten. Entsprechend hat der Dienstverpflichtende die versprochene Leistung zu erbringen und erhält im Gegenzug vom Dienstberechtigten die vereinbarte Vergütung. Gemäß Abs. 2 können dies Dienste jeder Art sein. Unter das Dienstvertragsrecht nach dieser Vorschrift fallen insbesondere die traditionellen freien Berufe wie Arzt, Anwalt und Steuerberater, deren Dienstleistungspflicht sich nach für diese Berufe entwickelten Standards richten.³⁵ Eine Sonderform des Dienstvertrages ist der Arbeitsvertrag gemäß § 611a BGB.

Im Unterschied zum Dienstvertrag erfordert der Arbeitsvertrag die Erbringung einer unselbständigen Arbeitsleistung, die aus der Weisungsbindung und persönlichen Abhängigkeit zum Arbeitgeber resultiert. Somit ist die Tätigkeit des Arbeitnehmers durch inhaltliche und organisatorische Vorgaben bestimmt.

³³ Vgl. Spinner in: MüKo, BGB § 611a Rn. 920.

³⁴ Vgl. Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 611a Rn. 310.

³⁵ Vgl. Richardi in: NZA 2017, 36 ff. (37); Spinner in: MüKo, BGB § 611 Rn. 9.

Nach herrschender Meinung sind für die Abgrenzung zwischen Dienst- und Arbeitsvertrag die Weisungsgebundenheit und der Grad der persönlichen Abhängigkeit entscheidend.³⁶

Für beide Vertragsarten gilt desgleichen, dass der Dienstverpflichtete bzw. Arbeitgeber lediglich eine Arbeitsleistung erbringen muss, ohne dass es auf einen bestimmten Erfolg ankommt.

Im Unterschied zum Dienst- bzw. Arbeitsvertrag wird beim Werkvertrag gemäß § 631 BGB ein Erfolg geschuldet. Gegenstand des Werkvertrages kann gemäß § 631 Abs. 2 BGB sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein. Dabei handelt der Auftragnehmer unternehmerisch selbstständig und trägt selbst das Erfolgsrisiko. Zudem ist dieser gemäß § 641 Abs. 1 BGB vorleistungsverpflichtet. Typischerweise kommen Werkverträge u. a. bei Reparatur- und Wartungsarbeiten, der Planung und Gutachtenerstellung sowie handwerklichen Tätigkeiten (Anfertigung von Möbeln, Malerarbeiten, maßgeschneiderte Näharbeiten) und der Herstellung künstlerischer Werke (Gemälde, Skulpturen) zur Anwendung.³⁷

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass beim Dienst- und Arbeitsvertrag der Dienst- bzw. Arbeitnehmer zum Tätigwerden verpflichtet ist und der Vergütungsanspruch unabhängig vom erzielten Erfolg besteht. Im Gegensatz dazu verpflichtet der Werkvertrag zur Erstellung eines Werks und die Entlohnung erfolgt erst bei erfolgreicher Fertigstellung.

³⁶ Vgl. Koch in: Schaub/Koch, ArbR von A-Z: Arbeitsvertrag; Vogelsang in: Schaub, ArbR-Hdb. § 9 Rn. 2, 3.

³⁷ Vgl. Busche in: MüKo, BGB § 631 Rn. 2.

3 Fallgruppen des Anspruchs auf Lohnzahlung trotz Nichtleistung des Arbeitnehmers

Erbringt der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht nicht oder nicht vertragsmäßig, stellt sich die Frage nach den Rechtsfolgen hinsichtlich der Vergütungspflicht des Arbeitgebers. Für die Beantwortung dieser Frage ist zunächst auf das schuldrechtliche Leistungsstörungsrecht zurückzugreifen, da die für alle schuldrechtlichen Verträge geltenden Regelungen auch im Arbeitsrecht angewendet werden.³⁸ Die Ausgangsnormen ergeben sich demzufolge aus §§ 275 ff. und 320 ff. BGB.

Leistungsstörungen können einerseits analog der Systematik des § 275 BGB die Erbringung der Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer unmöglich oder unzumutbar machen oder andererseits in einer mangelhaften Arbeitsleistung des Arbeitnehmers, sog. Schlechtleistung, begründet liegen.³⁹ Letztgenannte ist allerdings für die nachfolgende Untersuchung des Vergütungsanspruches irrelevant und bleibt deshalb außer Betracht. In diesem Kapitel werden Leistungsstörungen betrachtet, denen ausschließlich Fälle der Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit zugrunde liegen. Des besseren Verständnisses wegen wird auf diese kurz eingegangen.

Gemäß § 275 Abs. 1 BGB tritt Unmöglichkeit ein, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer oder für jedermann aufgrund subjektiver oder objektiver Umstände unmöglich geworden ist. Unabhängig vom Verschulden ist in diesem Fall der Anspruch des Arbeitgebers auf Arbeitsleistung ausgeschlossen. Als Ursachen subjektiver Natur sind Krankheit oder Schwangerschaft zu nennen, während objektive Umstände innerbetrieblich oder von außen auf den Betrieb einwirken, wie bspw. Naturkatastrophen oder Stromausfall.

Nach § 275 Abs. 2 und 3 BGB kann der Arbeitnehmer zudem seine Arbeitspflicht verweigern. Dies betrifft Fälle im Sinne des Abs. 2, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde (praktische bzw. faktische Unmöglichkeit) und nach Abs. 3, wenn die Erbringung der Arbeitsleistung unzumutbar ist.

Der Vergütungsanspruch geht in den Fällen des § 275 Abs. 1-3 BGB gemäß § 326 Abs. 1 BGB grds. verloren, da die Arbeitsleistung - wie unter Gliederungspunkt 2.2.1 diskutiert - eine Fixschuld darstellt. Hieraus resultiert der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“.

Allerdings existieren im Arbeitsrecht einige Sonderregelungen, die vom allgemeinen Leistungsstörungsrecht divergieren und vorrangig dessen anzuwenden sind. Hierzu gehören bspw. das EFZG, das BUrlG, das MuSchG, die §§ 615, 616 BGB sowie § 326 Abs. 2 BGB. Juristen sprechen vom Vorrang des *lex specialis* gegenüber dem *lex generalis*.

³⁸ Vgl. Joussem in: BeckOK-ArbR, BGB § 611a Rn. 405.

³⁹ Vgl. ibd.; Preis in: ErfK, BGB § 611a Rn. 674.

Nachfolgend wird untersucht, inwiefern und unter welchen Voraussetzungen der Vergütungsanspruch erhalten bleibt, wenn eine der Fallgruppen zuzuordnende Leistungsstörung die Erbringung der Arbeitsleistung für den Arbeitnehmer unmöglich bzw. unzumutbar werden lässt.

3.1 Sphäre des Arbeitnehmers

Im ersten Teil dieses dritten Kapitels geht es zunächst um Leistungsstörungen, deren Gründe auf die Person des Arbeitnehmers bzw. dessen privates Umfeld zurückzuführen sind. Diesbezüglich werden die Sonderregelungen des EFZG, § 616 BGB, BUrlG und MuSchG thematisiert.

3.1.1 Krankheit

Mit der Einführung des Entgeltfortzahlungsgesetzes im Jahre 1994 wurden einheitliche Regelungen für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall [und an Feiertagen⁴⁰] geschaffen. Auf der Grundlage des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG behalten Arbeitnehmer, die infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ihrer Hauptleistungspflicht nicht nachkommen können, den Anspruch auf Arbeitsentgelt, wenn die Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sind.

Bevor nachfolgend konkreter auf die Anspruchsvoraussetzungen eingegangen wird, ist der Blick zunächst auf die Krankheit im Sinne dieses Gesetzes zu richten. Dabei ist anzumerken, dass Krankheit und Arbeitsunfähigkeit unterschiedlich zu definieren sind.⁴¹

Als Krankheit wird jeder regelwidrige Körper- oder Geisteszustand definiert, der verglichen mit anderen Menschen des gleichen Geschlechtes und Alters nicht zu erwarten ist und eine Heilbehandlung erforderlich macht.⁴²

Demnach können physische Erkrankungen gleichermaßen zur Arbeitsunfähigkeit führen wie psychische Erkrankungen. Durch Geburtsfehler entstandene gesundheitliche Einschränkungen stellen eine Krankheit dar, wenn sie als solche anerkannt sind.⁴³ Auch die festgestellte Zeugungs- oder Empfängnisunfähigkeit stellt bei Personen im zeugungsfähigen Alter eine Krankheit dar.⁴⁴ Demgegenüber sind bspw. normal verlaufende Schwangerschaften nicht als Krankheit anzusehen.⁴⁵

Für die Anwendung des § 3 EFZG sind sowohl Art als auch Ursache der Erkrankung irrelevant. Es ist zudem unerheblich, ob die Krankheit angeboren auf einen Unfall oder eine Sucht zurückzuführen ist. Jedoch begründet nicht jede Krankheit das Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit.

⁴⁰ Die Entgeltfortzahlung an Feiertagen wird ausführlich unter dem Gliederungspunkt 3.1.2 thematisiert.

⁴¹ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 4.

⁴² Vgl. BAG, Urt. v. 26.10.2016 - 5 AZR 167/16, NZA 2017, 240 ff. (240).

⁴³ Vgl. BAG, Urt. v. 05.04.1976 - 5 AZR 397/75, AP LohnFG § 1 Nr. 40.

⁴⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 26.10.2016 - 5 AZR 167/16, NZA 2017, 240 ff. (241) Rn. 22.

⁴⁵ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3, Rn. 4.

3.1.1.1 Anspruchsvoraussetzungen für die Entgeltfortzahlung, § 3 EFZG

Dem Wortlaut des § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG zufolge muss für das Bestehen des Entgeltfortzahlungsanspruches eine Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers führen. Der Arbeitnehmer darf die Arbeitsunfähigkeit dabei nicht selbst verschuldet haben. Zudem muss die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als alleiniger Grund die Nichterbringung der Arbeitsleistung begründen.

Arbeitsunfähigkeit

Laut Rechtsprechung liegt eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vor, wenn der Arbeitnehmer aufgrund von Krankheit seine Arbeitsleistung objektiv nicht ausüben kann oder nach ärztlicher Prognose nicht ausüben sollte, um eine Verschlimmerung des Gesundheitszustandes zu verhindern.⁴⁶ Auch operative Eingriffe zugunsten Dritter, wie zum Beispiel Organ- oder Gewebespenden, führen nach § 3a EFZG zur Arbeitsunfähigkeit.⁴⁷ Schönheitsoperationen begründen dagegen keine Arbeitsunfähigkeit. Als Sonderfall zu betrachten ist eine Krankheit, die allein wegen ihrer Ansteckungsgefahr zur Arbeitsunfähigkeit führt, obwohl der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung tatsächlich erbringen könnte.⁴⁸

Hieran anknüpfend, herrscht in der Literatur aus Sicht des allgemeinen Leistungsstörungsrechts Uneinigkeit dahingehend, ob die Arbeitsunfähigkeit zur Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1, 2 BGB) oder zur Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 3 BGB) der Leistungserbringung führt.

Die Einstufung als Unzumutbarkeit befürwortet *Löwisch*⁴⁹ und vertritt die Ansicht, dass vor allem Arbeitnehmer in verantwortungsvollen Positionen auch während ihrer Erkrankung arbeiten und demnach nicht ausschließlich Unmöglichkeit angenommen werden könne. Diese Ansicht kollidiert jedoch mit der herrschenden Meinung und der Rechtsprechung. *Joussen*⁵⁰ nimmt die gegensätzliche Position ein und vertritt damit die Auffassung des BAG. Das BAG geht vom Unvermögen aufgrund gesundheitlicher Störungen aus, die die Erbringung der Arbeitsleistung ausschließe.⁵¹ Diese Entscheidung ist anzunehmen, weil der Begriff Arbeitsunfähigkeit ein außerstande sein der Leistungserbringung definiert und anderenfalls in Widerspruch zur Unzumutbarkeit stünde, bei welcher zumindest theoretisch die Leistungserbringung möglich wäre.

Ausgehend von dieser Auffassung, dass eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung führt, wird der Arbeitnehmer gemäß § 275 Abs. 1 BGB von seiner Arbeitspflicht befreit. Dem Arbeitgeber steht für die Dauer der krankheitsbedingten

⁴⁶ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 09.01.1985 - 5 AZR 415/82, AP LohnFG § 1 Nr. 62; BAG, Urt. v. 09.04.2014 - 10 AZR 637/13, NZA 2014, 719 ff. (719) Rn. 21.

⁴⁷ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3, Rn. 12.

⁴⁸ Ausführungen hierzu folgen unter dem Gliederungspunkt 4.1.2 am Bsp. der Quarantäne infolge der hochinfektiösen Viruserkrankung Covid-19.

⁴⁹ Vgl. *Löwisch* in: NZA 2001, 465 ff. (465).

⁵⁰ Vgl. *Joussen* in: NZA 2001, 745 ff. (747).

⁵¹ Vgl. BAG, Urt. v. 21.05.1992 - 2 AZR 399/91, NZA 1993, 497 ff. (497).

Arbeitsunfähigkeit kein Weisungsrecht nach § 106 GewO für alle Pflichten von denen der Arbeitnehmer befreit ist, zu.⁵² Das Weisungsrecht, bezogen auf die Nebenleistungspflichten, also v. a. Unterlassungs- und Rücksichtnahmepflichten gemäß §§ 241 Abs. 2, 242 BGB betreffend bleibt jedoch bestehen und der Arbeitnehmer ist umgekehrt angewiesen, seine Nebenpflichten einzuhalten.⁵³ Das BAG entschied einschränkend zum Weisungsrecht bezüglich der Nebenpflichten, dass während einer arbeitsunfähigen Erkrankung des Arbeitnehmers nur dringend betrieblich notwendige Weisungen erteilt werden können.⁵⁴ Allein aus Gründen der Rücksichtnahme für eine schnelle Genesung, ist diese Entscheidung von großer Bedeutung.

Ob Arbeitsunfähigkeit im Einzelfall vorliegt, hat ein Arzt objektiv anhand medizinischer Kriterien zu beurteilen.⁵⁵ Da sich die Arbeitsfähigkeit nach der konkreten, arbeitsvertraglich geschuldeten Tätigkeit richtet, ist diese immer im Verhältnis zum jeweiligen Vertragsarbeitgeber zu beurteilen.⁵⁶ Der Arzt stellt dazu bei Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit die sog. AU-Bescheinigung aus.

Monokausalität

Weiterhin muss die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit die alleinige Ursache für die Nichtleistung der Arbeit sein. Liegen neben der Erkrankung weitere Gründe vor, welche die Nichterbringung der Arbeitsleistung rechtfertigen, besteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung.

Derartige Gründe sind bspw. der Ausgleich von Arbeitszeitguthaben und unbezahlter Sonderurlaub. In beiden Fällen hätte der Arbeitnehmer an den jeweiligen Tagen ohnehin keine Arbeitsleistung erbracht, wobei im erstgenannten Fall der reguläre Anspruch auf Vergütung gemäß § 611a BGB für die bereits erbrachte Arbeitsleistung besteht; in beiden Fällen aber eben kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Ebenso besteht für die Zeit während eines Streikes nach höchstrichterlicher Rechtsprechung grds. kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung, wenn der Arbeitnehmer an diesem Tag erkrankt.⁵⁷ In Anlehnung an das eben erwähnte Urteil behält der Arbeitnehmer dieses Falles lediglich seinen Entgeltanspruch, wenn er bereits vor der Streikmaßnahme arbeitsunfähig erkrankt war und weder am Streik teilnimmt, noch vor seiner Erkrankung die Teilnahme bereits erklärt hatte.

Noch deutlicher ist zu unterscheiden, wenn im Unternehmen des Arbeitnehmers Kurzarbeit angeordnet wurde. Ruht das Arbeitsverhältnis infolge angeordneter Kurzarbeit vollständig, besteht bei einer Erkrankung des Arbeitnehmers kein Anspruch auf Lohnfortzahlung, weil nicht die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ursächlich für die Nichterbringung der Arbeits-

⁵² Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 3.

⁵³ Vgl. BAG, Urt. v. 02.11.2016 - 10 AZR 596/15, NZA 2017, 183 ff. (183) Rn. 33.

⁵⁴ Vgl. ibd.

⁵⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 26.07.1989 - 5 AZR 301/88, NZA 1990, 140.

⁵⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 09.04.2014 - 10 AZR 637/13, RdA 2015, 59 f. (60).

⁵⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 26. 7. 2005 - 1 AZR 133/04, NZA 2005, 1402 ff. (1403).

leistung ist.⁵⁸ Im Falle der teilweisen Kurzarbeit unterliegt lediglich der dem Zeitfaktor entsprechende Lohn der Entgeltfortzahlung gemäß § 4 Abs. 3 EFZG.⁵⁹

Erkrankt ein Arbeitnehmer hingegen während seines Erholungsurlaubs und weist er die Arbeitsunfähigkeit mittels AU-Bescheinigung nach, werden die durch Bescheinigung nachgewiesenen Krankheitstage nicht auf den Jahresurlaub angerechnet. Diese Rechtsfolge ist in § 9 EFZG normiert. In der Folge erhält der Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung anstelle seines Urlaubsentgeltes. Im Ergebnis gleich geregelt ist das Zusammentreffen von Arbeitsunfähigkeit mit einem Feiertag. Unter diesen Umständen besteht gemäß § 3 Abs. 2 EFZG der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach den allgemeinen Regelungen der Entgeltfortzahlung an Feiertagen nach § 2 EFZG. Diese Thematik wird separat unter dem Gliederungspunkt 3.1.2 aufgegriffen.

Besonderheiten bei arbeitsunfähigen schwangeren Arbeitnehmerinnen werden im Gliederungspunkt 3.1.4 gesondert betrachtet.

Verschulden

Zusätzlich zur Monokausalität des Verhinderungsgrundes darf der Arbeitnehmer die Arbeitsunfähigkeit nicht verschuldet haben. In der Rechtsprechung wird übereinstimmend von einem Verschulden des Arbeitnehmers ausgegangen, wenn dieser gegen das im eigenen Interesse zu erwartende Verhalten, verglichen mit einem verständigen Menschen, grob verstößt und eine Abwälzung der Folgen auf den Arbeitgeber nicht gerechtfertigt wären.⁶⁰ *Linck*⁶¹ konkretisiert für die Erwägung eines groben Eigenverschuldens, dass das Verhalten besonders leichtfertig, grob fahrlässig oder vorsätzlich gewesen sein muss.

Die folgenden, nicht abschließend aufgeführten Beispiele geben den regelmäßigen Umgang in der Literatur und Rechtsprechung mit Sachverhalten bestimmter Lebensbereiche wieder, bei denen Eigenverschulden vorliegt oder ausgeschlossen werden kann.

Von einem Eigenverschulden wird regelmäßig ausgegangen, wenn der Arbeitnehmer grob fahrlässig oder vorsätzlich geltende Vorschriften wie Arbeitsschutzvorschriften oder Verkehrsvorschriften missachtet.⁶² Hat der Arbeitnehmer bspw. infolge eigener Trunkenheit oder mit stark erhöhter Geschwindigkeit einen Verkehrsunfall mit nach sich ziehender Arbeitsunfähigkeit verursacht, wird diese Handlung als eigenverschuldet gewertet.⁶³ Vom Verschulden des Arbeitnehmers als Verkehrsteilnehmer wird gleichermaßen ausgegangen, wenn dieser als

⁵⁸ Vgl. Reinhard in: ErfK, EFZG § 4 Rn. 20.

⁵⁹ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 4 Rn. 25.

⁶⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 23.11.1971 - 1 AZR 388/70, NJW 1972, 703 f. (703); BAG (6. Senat), Urt. v. 13.11.1974 - 5 AZR 54/74, AP BGB § 616 Nr. 45; BAG, Urt. v. 18.03.2015 - 10 AZR 99/14, NZA 2015, 801 ff. (802) Rn. 14; Reinhard in: ErfK, EFZG § 3 Rn. 23; Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 98 Rn. 30.

⁶¹ Vgl. Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 98 Rn. 30.

⁶² Vgl. LAG Hamm, Urt. v. 07.03.2007 - 18 Sa 1839/06, BeckRS 2007, 44243.

⁶³ Vgl. BAG, Urt. v. 23.11.1971 - 1 AZR 388/70, NJW 1972, 703 f. (704).

Nichtverursacher des Verkehrsunfalls durch Nichtanlegen des Sicherheitsgurtes arbeitsunfähig erkrankt.⁶⁴ Das Mitverschulden eines Dritten hat dabei keinen positiven Einfluss auf die Feststellung des Entgeltfortzahlungsanspruches.⁶⁵ Lediglich bei Alleinverschulden eines Dritten kann der Arbeitnehmer Schadensersatzansprüche gemäß § 6 EFZG gegenüber dem Verursacher geltend machen.

Ähnliches gilt bei einer handgreiflichen Auseinandersetzung. Hat der Arbeitnehmer diese provoziert oder gar begonnen, kann nach eingängiger Prüfung der Hintergründe Eigenverschulden vorliegen.⁶⁶

Ein Verschulden wird grds. bei Süchten (Alkohol, Drogen, Nikotin, Tabletten) nicht angenommen, weil laut Rechtsprechung die Ursachen für die Entstehung der Sucht multikausal sein können.⁶⁷ Müller-Glöße⁶⁸ ist der Auffassung, dass der suchterkrankte Arbeitnehmer verpflichtet sei, die Ursachen der Sucht mit aufzuklären, weil anderenfalls von einem Verschulden des Arbeitnehmers ausgegangen werden könne. Das BAG war diesbezüglich allerdings gegensätzlicher Auffassung und entschied in einem Urteil von 2015, dass für die Suchtentstehung nach medizinischen Erkenntnissen keine willensbedingte Absicht vorliegt und demzufolge nicht von einem grobfahrlässigen oder vorsätzlichen Verhalten ausgegangen werden kann.⁶⁹

Bei einem gescheiterten Selbstmord geht die Rechtsprechung ebenfalls nicht von einem Eigenverschulden aus. Der Arbeitnehmer hatte in diesem Fall die Absicht seines Todes verfolgt und keine Arbeitsunfähigkeit herbeiführen wollen. Nach allgemeiner Auffassung in Literatur und Rechtsprechung ist dieses Verhalten dabei auf eine psychische Erkrankung zurückzuführen, die eine freie Willensbildung unmöglich macht.⁷⁰

Als letztes Beispiel soll an dieser Stelle auf Sportunfälle eingegangen werden, weil hierbei nur im Ausnahmefall von Eigenverschulden ausgegangen wird. Grds. geht die Rechtsprechung bei Sportunfällen von unverschuldeten Erkrankungen aus.⁷¹ Zudem nimmt die Rechtsprechung keine Kategorisierung der Sportarten nach ihrer Gefährlichkeit vor, weil sich die sportliche Betätigung fundamental positiv auf die Gesundheit jedes Einzelnen auswirkt und nach allgemeiner Auffassung damit nicht gegen das eigene Interesse eines verständigen Menschen verstößt.⁷²

⁶⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 07.10.1981 - 5 AZR 1113/79, NJW 1982, 1013 f. (1013).

⁶⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 23.11.1971 - 1 AZR 388/70, NJW 1972, 703 f. (704).

⁶⁶ Vgl. LAG Hamm, Urt. v. 24.09.2003 - 18 Sa 785/03, NZA-RR 2004, 68 f. (69).

⁶⁷ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 07.08.1991 - 5 AZR 410/90, NZA 1992, 69.

⁶⁸ Vgl. Müller-Glöße in: MüKo, EFZG § 4 Rn. 43.

⁶⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 18.03.2015 - 10 AZR 99/14, NZA 2015, 801 ff. (803) Rn. 20.

⁷⁰ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 28.02.1979 - 5 AZR 611/77, NJW 1979, 2326 f. (2326);
Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 98 Rn. 40.

⁷¹ Vgl. Motorradrennen: BAG (5. Senat), Urt. v. 25.02.1972 - 5 AZR 471/71, NJW 1972, 1215 f.; Fußball im Amateurbereich: BAG (5. Senat), Urt. v. 21.01.1976 - 5 AZR 593/74, AP LohnFG § 1 Nr. 39; Kickboxen im Amateurbereich: BAG (5. Senat), Urt. v. 01.12.1976 - 5 AZR 601/75, AP LohnFG § 1 Nr. 42; Drachenfliegen: BAG (5. Senat), Urt. v. 07.10.1981 - 5 AZR 338/79, NJW 1982, 1014 f. (1014).

⁷² Vgl. Müller-Glöße in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 40.

Ein Eigenverschulden kommt nach herrschender Meinung diesbezüglich nur in Betracht, wenn der Arbeitnehmer leichtfertig gegen die geltenden Regeln der ausübenden Sportart verstoßen hat oder sich dieser in überschätzender Art und Weise seine eigenen Kräfte und Fähigkeiten betreffend, sportlich betätigt hat.⁷³

Ist im Ergebnis von einem Verschulden des Arbeitnehmers an der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit auszugehen, entsteht kein Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Anderenfalls ist zu prüfen, ob die Wartezeit bereits erfüllt ist.

Wartezeit

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung tritt gemäß § 3 Abs. 3 EFZG erst ein, wenn das Arbeitsverhältnis mindestens vier Wochen bestanden hat. Erkrankt ein Arbeitnehmer bereits in den ersten vier Wochen seines Arbeitsverhältnisses, hat er während dieser Zeit grds. einen Anspruch auf Krankengeld von der Krankenkasse.⁷⁴ Der Entgeltfortzahlungsanspruch kann folglich immer erst ab der fünften Beschäftigungswoche entstehen.

3.1.1.2 Informations- und Nachweispflicht

Gemäß § 5 EFZG liegt die Nachweispflicht der Arbeitsunfähigkeit beim Arbeitnehmer. Diesbezüglich sind zwei zentrale Pflichten an die Erfüllung der Anspruchsvoraussetzungen geknüpft. Dies betrifft einerseits die unverzügliche Unterrichtung des Arbeitgebers über die Arbeitsunfähigkeit und deren voraussichtliche Dauer gemäß § 5 Abs. 1 S. 1 EFZG sowie andererseits die Vorlage der AU-Bescheinigung spätestens am vierten Tag der andauernden Arbeitsunfähigkeit nach § 5 Abs. 1 S. 2 EFZG. Der Arbeitgeber ist zudem gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 EFZG berechtigt, die Vorlage der AU-Bescheinigung bereits ab dem ersten Tag der Arbeitsunfähigkeit zu verlangen.⁷⁵ Laut Urteil des BAG von 2016 hat die AU-Bescheinigung einen hohen Beweiswert.⁷⁶

Kommt der Arbeitnehmer diesen Pflichten nicht nach und verletzt er diese schuldhaft, kann der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung gemäß § 7 EFZG (vorerst) verweigern und schlimmstenfalls weitere arbeitsrechtliche Konsequenzen einleiten.

Verweigert der Arbeitgeber die Entgeltfortzahlung, weil er an der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers zweifelt oder von dessen Verschulden an der Arbeitsunfähigkeit, muss der Arbeitgeber nach höchstrichterlicher Rechtsprechung seine Annahme beweisen.⁷⁷ Aufgrund der Unkenntnis des Arbeitgebers über das Geschehen ist der Arbeitnehmer allerdings zur Mitwirkung verpflichtet, da ansonsten laut BAG automatisch von einem Verschulden ausgegangen

⁷³ Vgl. Reinhard in: ErfK, EFZG § 3 Rn. 26; Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 40.

⁷⁴ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 50.

⁷⁵ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 26.02.2003 - 5 AZR 112/02, AP EntgeltFG § 5 Nr. 8.

⁷⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 26.10.2016, 5 AZR 167/16, NZA 2017, 240 Rn. 17.

⁷⁷ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 07.08.1991 - 5 AZR 410/90, NZA 1992, 69.

werden könne.⁷⁸ Der Arbeitgeber ist bei Zweifeln berechtigt, nach § 275 SGB V eine Begutachtung durch den MDK fordern. Bejaht der MDK die Arbeitsfähigkeit des Arbeitnehmers, muss dieser Beweise für seine Arbeitsunfähigkeit erbringen und dafür ggf. den Arzt von der Schweigepflicht entbinden.⁷⁹

Ohne die ärztlich festgestellte Arbeitsunfähigkeit ist der Entgeltfortzahlungsanspruch von vornherein ausgeschlossen. Ebenfalls ausgeschlossen ist der Fortzahlungsanspruch, wenn ein ArbG entgegenstehende Gründe anerkennt.

3.1.1.3 Entgeltfortzahlungsdauer

Sind die zuvor genannten Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, hat der Arbeitnehmer Anspruch auf Entgeltfortzahlung. Das Entgelt wird dem Arbeitnehmer gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 EFZG für die Dauer der Arbeitsunfähigkeit jedoch maximal für sechs Wochen weitergezahlt. Zu diesen insgesamt 42 Kalendertagen zählen neben den Werktagen auch alle Sonn- und Feiertage.⁸⁰ Die Höhe des Arbeitsentgeltes ist für die Anspruchsdauer irrelevant.

Für die Berechnung des Anspruchszeitraumes sind vor allem die folgenden Besonderheiten zu beachten.

Tritt die Arbeitsunfähigkeit bereits vor Ablauf der Wartezeit ein, beginnt der Anspruch auf Entgeltfortzahlung erst ab der fünften Beschäftigungswoche.⁸¹ Die Berechnung der Höchstdauer von 42 Kalendertagen beginnt demzufolge auch erst ab diesem Zeitpunkt.

Eine weitere Besonderheit betrifft das Eintreten der Arbeitsunfähigkeit im Laufe eines Arbeitstages. In diesem Fall wird einerseits der 42-Kalendertage-Zeitraum erst ab dem Folgetag gezahlt, weil der Arbeitnehmer für den Tag, an dem er zumindest teilweise seiner Arbeitspflicht nachgekommen ist, seinen regulären Anspruch auf Lohnzahlung nach § 611a Abs. 2 BGB hat.⁸² Für den restlichen Arbeitstag ist in der Literatur vielfach die Meinung vertreten, dass sich ein Vergütungsanspruch aus § 616 BGB ableiten ließe.⁸³ Das BAG entschied allerdings in einem Urteil von 2003, dass der Entgeltfortzahlungsanspruch gemäß § 3 EFZG sofort mit dem Eintritt der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit entsteht.⁸⁴ In diesem Fall ergibt sich lediglich für die Anspruchsdauer die o.g. Berechnungsabweichung für den Fristbeginn.

Der Beginn der Sechs-Wochen-Frist verschiebt sich ebenfalls im Falle einer Arbeitsunfähigkeit, die über das Ende eines ruhenden Arbeitsverhältnisses hinausgeht. Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung beginnt somit erst nach dem Ende des unbezahlten Sonderurlaubs, Wehr- oder Zivildienstes, Elternzeit oder Beschäftigungsverbot nach dem Mutterschutzgesetz.⁸⁵

⁷⁸ Vgl. ibd.

⁷⁹ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 79.

⁸⁰ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 19.04.1989 - 5 AZR 248/88, AP FeiertagslohnzahlungsG § 1 Nr. 62.

⁸¹ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 26.05.1999 - 5 AZR 476/98, NZA 1999, 1273 ff. (1273).

⁸² Vgl. BAG (1. Senat), Urt. v. 04.05.1971 - 1 AZR 305/70, AP LohnFG § 1 Nr. 3.

⁸³ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3, Rn. 52; Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 98 Rn. 48.

⁸⁴ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 26.02.2003 - 5 AZR 112/02, AP EntgeltFG § 5 Nr. 8.

⁸⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 29.09.2004 - 5 AZR 558/03, AP EntgeltFG § 3 Nr. 24.

Bisher wurde die Anspruchsdauer der Entgeltfortzahlung aufgrund einer Erkrankung erläutert. Weitere rechtliche Besonderheiten ergeben sich bei Fortsetzungs- bzw. Folgeerkrankungen. Es kommt entscheidend darauf an, ob die Arbeitsleistung durch ein anderes oder dasselbe Grundleiden hervorgerufen wird.

Trifft die erstgenannte Alternative zu und ist der Arbeitnehmer zwischen beiden Erkrankungen arbeitsfähig gewesen, begründet die neue Erkrankung einen neuen Entgeltfortzahlungsanspruch für maximal 42 Kalendertage.⁸⁶ Bestehen allerdings mehrere verschiedene Erkrankungen gleichzeitig oder überlappen sich diese, verbleibt es bei der Höchstanspruchsdauer von sechs Wochen; in der Rechtsprechung ist vom Grundsatz der Einheit des Verhinderungsfalles die Rede.⁸⁷ War die erste Arbeitsunfähigkeit selbst verschuldet und folglich ohne Anspruch auf Entgeltfortzahlung, gilt für die zweite Arbeitsunfähigkeit ebenfalls dieser Grundsatz.⁸⁸

Ist die vorangegangene Krankheit medizinisch nicht vollständig ausgeheilt oder liegt dieser dieselbe Grunderkrankung zugrunde, besteht eine Fortsetzungserkrankung. Wenngleich sowohl die Symptome als auch das Krankheitsbild verschieden sein können, führt dies zu einem Entgeltfortzahlungsanspruch von insgesamt ebenfalls maximal sechs Wochen.⁸⁹ Den Beweis, dass es sich um eine Fortsetzungserkrankung handelt, hat allerdings der Arbeitgeber zu erbringen.⁹⁰ Die Herausforderung liegt diesbezüglich in der Unkenntnis des Arbeitgebers, weil aus der AU-Bescheinigung keine Aussage über die Ursache der Arbeitsunfähigkeit getroffen wird.⁹¹ Im Zweifel entsteht folglich ein neuer Entgeltfortzahlungsanspruch zulasten des Arbeitgebers.

Grds. wird gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 EFZG ein erneuter Entgeltfortzahlungsanspruch erst begründet, wenn der Arbeitnehmer innerhalb der letzten sechs Monate nicht aufgrund derselben Grunderkrankung arbeitsunfähig war. Der Entgeltfortzahlungsanspruch beginnt gleichermaßen erneut, wenn gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 EFZG zwölf Monate seit Beginn der ersten Arbeitsunfähigkeit verstrichen sind.

Nach Erlöschen des Anspruches auf Entgeltfortzahlung erhält der weiterhin arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer Krankengeld entsprechend der Regelungen in §§ 44 bis 51 SGB V.

3.1.1.4 Höhe der Entgeltfortzahlung

Die Höhe der Entgeltfortzahlung richtet sich gemäß § 4 EFZG nach dem sog. Lohnausfallprinzip. Damit entspricht die Entgeltfortzahlung der Höhe des Arbeitsentgeltes, das der Arbeitnehmer für seine reguläre Arbeitsleistung bezogen hätte, wenn er nicht krankheitsbedingt

⁸⁶ Vgl. Reinhard in: ErfK, EFZG § 3 Rn. 43.

⁸⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 02.02.1994 - 5 AZR 345/93, NJW 1994, 2438; BAG, Urt. v. 25.05.2016 - 5 AZR 318/15, NJW 2016, 2763 f. (2763) Rn. 13, 14.

⁸⁸ Vgl. Reinhard in: ErfK, EFZG § 3 Rn. 43.

⁸⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 19.06.1991 - 5 AZR 304/90, AP LohnFG § 1 Nr. 93.

⁹⁰ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 87.

⁹¹ Vgl. ibd.

arbeitsunfähig geworden wäre. Zusätzlich zum Arbeitsentgelt bezahlte Überstunden sind gemäß § 4 Abs. 1a S. 1 EFZG nicht fortzuzahlen.

Um kleine Unternehmen, die nicht mehr als 30 Arbeitnehmer beschäftigen, zu entlasten, kann der Arbeitgeber nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 AAG einen Erstattungsanspruch gegenüber der Krankenkasse geltend machen. In der Folge erstattet die Krankenkasse dem Arbeitgeber 80 Prozent der Kosten für die Arbeitsunfähigkeit seiner Arbeitnehmer. Darüber hinaus werden alle Arbeitgeber durch die Regelung der Wartezeit von vier Wochen Beschäftigungsdauer entlastet.⁹²

Die grundsätzliche Intension der Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall besteht jedoch im genau umgekehrten Fall, nämlich der Entlastung der Krankenkassen und somit in erster Linie der Versichertengemeinschaft.⁹³ Bestünde bei Arbeitsunfähigkeit sofort ein Anspruch auf Krankengeld, müssten alle Arbeitnehmer mit einer höheren Beitragslast zur Krankenversicherung rechnen.

3.1.2 Gesetzliche Feiertage

Im deutschen Arbeitszeitrecht regelt § 9 Abs. 1 ArbZG ein Beschäftigungsverbot an Sonn- und Feiertagen. Ohne eine gesonderte Regelung zum Vergütungsanspruch wäre der Arbeitgeber auch in diesem Fall - entsprechend dem arbeitsrechtlichen synallagmatischen Grundsatz - nicht zur Gegenleistung im Sinne des § 326 Abs. 1 BGB verpflichtet. Diese Rechtsfolge wird mit der Erfüllung der Voraussetzungen aus § 2 EFZG durchbrochen.

3.1.2.1 Anspruchsvoraussetzungen für die Entgeltfortzahlung, § 2 EFZG

Nach § 2 Abs. 1 EFZG besteht ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung an Feiertagen nur, wenn der Arbeitnehmer ohne diesen gesetzlichen Feiertag zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen wäre. Diesem Wortlaut entsprechend müssen neben der Arbeitnehmereigenschaft zwei weitere Anspruchsvoraussetzungen erfüllt sein.

Zum einen muss der Feiertag ein gesetzlicher Feiertag gemäß dem Feiertagsrecht sein, sodass im Umkehrschluss andere Feier- oder Gedenktage nicht von dieser Vorschrift eingeschlossen werden.⁹⁴ Weichen diesbezüglich Einsatzort, Unternehmenssitz und/ oder Wohnort des Arbeitnehmers voneinander ab, ist laut aktueller Rechtsprechung der Arbeitsort für den Anspruch nach § 2 EFZG maßgebend.⁹⁵

⁹² Vgl. Reinhard in: ErfK, EFZG § 2 Rn. 2.

⁹³ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 2.

⁹⁴ Das Feiertagsrecht ist Sache der Länder. Einige Feiertage sind bundesweit im jeweiligen Landesrecht anerkannt, andere Feiertage gelten nur in einzelnen Bundesländern.

⁹⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 16.04.2014 - 5 AZR 483/12, NZA 2014, 1262 ff. (1264) Rn. 28.

Zum anderen muss der Feiertag die Nichterbringung der Arbeitsleistung alleinig (monokausal) rechtfertigen. Dabei ist unerheblich, ob es sich um einen Werktag oder um ein Wochenende handelt, wenn an diesem Tag ansonsten gearbeitet worden wäre.

3.1.2.2 Höhe der Entgeltfortzahlung

Bei Vorliegen der genannten Anspruchsvoraussetzungen ist der Arbeitgeber verpflichtet, eine Feiertagsvergütung nach dem Lohnausfallprinzip zu zahlen.⁹⁶ Zum gleichen Ergebnis kommt das BAG, wenn eine feiertagsbedingt ausgefallene Schicht bereits am Tag vor dem Feiertag begonnen oder am Tag nach dem Feiertag geendet hätte.⁹⁷

Eine gesetzlich normierte Ausnahme hiervon und gleichzeitig auch die einzige Abweichung vom Monokausalitätsgrundsatz, stellt das Zusammentreffen eines Feiertages mit Kurzarbeit dar. Gemäß § 2 Abs. 2 EFZG hat der Arbeitgeber während der Kurzarbeitsphase die Feiertagsvergütung lediglich in der Höhe des Kurzarbeitergeldes zu zahlen.⁹⁸

Liegen neben der zuvor genannten Ausnahmeregelung weitere Tatbestände vor, die den Monokausalitätsgrundsatz durchbrechen, können sich abweichende Rechtsfolgen ergeben.

3.1.2.3 Ausnahmen und Ausschluss

Hat der Arbeitnehmer aufgrund der Eigenart seiner Tätigkeit an dem Feiertag tatsächlich arbeiten müssen, besteht kein Anspruch nach § 2 EFZG, sondern der reguläre Anspruch auf Vergütung seiner Arbeitsleistung gemäß § 611a Abs. 2 BGB.⁹⁹

Fällt der Feiertag dagegen in einen bezahlten Urlaubszeitraum des Arbeitnehmers, so sind laut Rechtsprechung zwei gegensätzliche Konstellationen zu betrachten.

Einerseits kann gemäß § 3 Abs. 2 BUrlG kein Urlaub genehmigt werden, wenn der Arbeitnehmer auch ohne Urlaub an dem Feiertag nicht zur Arbeitsleistung verpflichtet gewesen wäre.¹⁰⁰ In diesem Fall ist vom Arbeitgeber die Feiertagsvergütung für den Feiertag gemäß § 2 Abs. 1 EFZG und nicht das Urlaubsentgelt für den Erholungsurlaub zu zahlen.

Im umgekehrten Fall, d. h., wenn der Arbeitnehmer auch ohne die Inanspruchnahme seines bezahlten Urlaubs am Feiertag hätte arbeiten müssen, entfällt die Arbeitsleistung nicht aufgrund des Feiertages.¹⁰¹ Demzufolge besteht kein Anspruch auf Feiertagsvergütung, sondern auf Urlaubsentgelt nach § 1 BUrlG.¹⁰²

⁹⁶ Analog zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, siehe Gliederungspunkt 3.1.1.4.

⁹⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 15.05.2013 - 5 AZR 139/12, NZA 2013, 974 f. (975) Rn. 13.

⁹⁸ Vgl. BAG (3. Senat), Urt. v. 05.07.1979 - 3 AZR 173/78, AP FeiertagslohnzahlungsG § 1 Nr. 33.

⁹⁹ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 19.09.2012 - 5 AZR 727/11, AP ArbZG § 11 Nr. 4.

¹⁰⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 26.10.2016 - 5 AZR 456/15, NJW 2017, 504.

¹⁰¹ Vgl. BAG, Urt. v. 15.01.2013 - 9 AZR 430/11, AP TVöD § 26 Nr. 4.

¹⁰² Weitere Ausführungen zu den gesetzl. Regelungen, betreffs Entgeltzahlung während des Erholungsurlaubs folgen unter Gliederungspunkt 3.1.3 dieser Arbeit.

Während dem unbezahlten Urlaub oder sonstigen Fällen eines ruhenden Arbeitsverhältnisses hat der Arbeitnehmer dagegen keinen Vergütungsanspruch gemäß § 2 EFZG, weil am Feiertag ohnehin keine Arbeitsleistung zu erbringen gewesen wäre.¹⁰³

Der Entgeltfortzahlungsanspruch an Feiertagen ist gemäß § 2 Abs. 3 EFZG allerdings von vornherein ausgeschlossen, wenn der Arbeitnehmer entweder am für ihn letzten Arbeitstag vor oder am ersten Arbeitstag nach dem Feiertag unentschuldigt gefehlt hat.¹⁰⁴ Die Rechtsprechung geht diesbezüglich bereits von einem Fernbleiben von der Arbeit aus, wenn der Arbeitnehmer mehr als die Hälfte seiner täglichen Arbeitszeit nicht geleistet hat.¹⁰⁵

Diese Auffassung des BAG aus dem Jahre 1966 wird in der heutigen Zeit durchaus anders zu beurteilen sein. Infolge der immer flexibleren und moderner werdenden Arbeitswelt - durch Gleitzeit, mobile Arbeit und Digitalisierung - wird nicht mehr pauschal von einem Fernbleiben bei Teilleistung auszugehen sein. Die Beweislast für die Geltendmachung des anspruchsaus-schließenden Fernbleibens im Sinne des § 2 Abs. 3 EFZG trägt der Arbeitgeber, wobei der Arbeitnehmer ggf. das Gegenteil zu beweisen hat.¹⁰⁶

Die Anwendung des § 2 EFZG kann darüber hinaus nicht abbedungen werden. Eine abwei-chende Regelung zugunsten des Arbeitnehmers ist jedoch tarifvertraglich möglich.¹⁰⁷ So sieht bspw. der § 6 Abs. 3 TVöD vor, dass, sofern möglich, Heiligabend und Silvester unter Fort-zahlung des Arbeitsentgeltes dienstfrei sind.

3.1.3 Erholungsurlaub

Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung des EuGH stehen jedem Arbeitnehmer gemäß Art. 31 Abs. 2 GRCh neben der Begrenzung der Höchstarbeitszeit und der täglichen und wö-chentlichen Ruhezeiten bezahlter Jahresurlaub zu.¹⁰⁸ In Deutschland ist dieser Anspruch im Bundesurlaubsgesetz normiert.

Einhergehend mit dem Thema dieser Arbeit wird im Folgenden nicht im Detail auf das Bun-desurlaubsgesetz eingegangen. Speziell die Anspruchsvoraussetzungen und die Besonder-heiten beim Zusammentreffen mit Ansprüchen anderer Gesetzesgrundlagen sollen hier außer Acht bleiben. An dieser Stelle sei lediglich angemerkt, dass der Anspruch auf Erholungsurlaub grds. erst nach einer Wartezeit von sechs Monaten gemäß § 4 BUrlG entsteht und dieser nach § 1 BUrlG für jeden Arbeitnehmer gilt, was wiederum ein bestehendes Arbeitsverhältnis vo-raussetzt.

¹⁰³ Vgl. Reinhard in: ErfK, EFZG § 2 Rn. 9.

¹⁰⁴ Unentschuldigtes Fehlen meint, dass der Arbeitnehmer objektiv und ohne rechtfertigenden Grund gegen seine Arbeitspflicht verstoßen hat, so Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 2 Rn. 36.

¹⁰⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 28.10.1966 - 3 AZR 186/66, NJW 1967, 594 ff. (595).

¹⁰⁶ Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 2 Rn. 38; Reinhard in: ErfK, EFZG § 2 Rn. 26.

¹⁰⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 06.12.2017 - 5 AZR 118/17, NZA 2018, 597 ff. (597).

¹⁰⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.06.2001 - Rs. C-173/99, NZA 2001, 827 ff.

In Bezug auf eine Sechs-Tage-Woche besteht nach § 3 Abs. 1 BUrlG ein jährlicher Mindestanspruch auf 24 Urlaubstage.

Im Zentrum der folgenden Betrachtung soll jedoch die Entgeltzahlung während des Erholungsurlaubes, das sog. Urlaubsentgelt stehen.

3.1.3.1 Höhe des Urlaubsentgeltes

In § 1 BUrlG heißt es: „Jeder Arbeitnehmer hat in jedem Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub.“ Hinsichtlich der Höhe des Urlaubsentgeltes stellte das BAG in einem Urteil von 2015 fest, dass dieses mit dem Arbeitsentgelt für geleistete Arbeit identisch zu sein hat.¹⁰⁹

Entsprechend der Normierung des Urlaubsentgeltes in § 11 BUrlG wird das Urlaubsentgelt aus dem Durchschnitt des Arbeitsverdienstes der letzten drei Wochen vor Urlaubsbeginn berechnet. Dabei bleiben Überstunden gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG außer Betracht. Ebenfalls nicht berücksichtigt werden Verdienstkürzungen, bspw. infolge von Kurzarbeit, Arbeitsausfällen oder unverschuldeter Arbeitsversäumnisse.

Als Besonderheit sind Verdiensterhöhungen zu betrachten. Diese werden nach § 11 Abs. 1 S. 2 BUrlG nur berücksichtigt, wenn sie zum einen vor oder während des Urlaubs eintreten und zudem nicht nur vorübergehender Natur sind. Im Ergebnis ergibt sich das pro Urlaubstag zu zahlende Urlaubsentgelt.

3.1.3.2 Ausnahmen und Abdingbarkeit

Der Anspruch auf bezahlten Urlaub ist weder arbeitsvertraglich noch tarifvertraglich oder anderweitig abdingbar.¹¹⁰ Dies ergibt sich gleichermaßen aus § 13 Abs. 1 S. 1 BUrlG.

Gemäß § 13 Abs. 1 S. 3 BUrlG können ausschließlich zugunsten des Arbeitnehmers einzelne Bestimmungen, wie bspw. der Umfang des Urlaubsanspruches, die Berechnungsvariante oder der für die Berechnung grundlegende Referenzzeitraum tarifvertraglich vereinbart werden.

Die Fälligkeit des Urlaubsentgeltes regelt § 11 Abs. 2 BUrlG. Gemäß dieser Vorschrift ist das Urlaubsentgelt in Ausnahme zu § 614 BGB immer vor Beginn des Urlaubs fällig. Der Literatur ist zu entnehmen, dass in der betrieblichen Praxis regelmäßig gegen diese Vorschrift verstoßen werde, indem das Urlaubsentgelt, wie sonst auch am Monatsende mit dem Arbeitsentgelt ausgezahlt wird.¹¹¹ Während die frühere Rechtsprechung des BAG der Auffassung war, dass die rechtswirksame Urlaubsgewährung nur im Zusammenhang mit der Auszahlung des Urlaubsentgeltes vor Urlaubsantritt erfüllt wurde, wird nach heutiger Auffassung bereits die Urlaubszustimmung des Arbeitgebers als konkludente Zusage angesehen, für den Urlaubs-

¹⁰⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 15.12.2015 - 9 AZR 611/14, NZA 2016, 772 ff. (776) Rn. 34.

¹¹⁰ Vgl. Gallner in: ErfK, BUrlG § 1 Rn. 13.

¹¹¹ Vgl. Gallner in: ErfK, BUrlG § 11 Rn. 27.

zeitraum vorbehaltlos Urlaubsentgelt zu zahlen.¹¹² Zahlt der Arbeitgeber folglich nicht bereits vor Beginn des Urlaubszeitraumes das Urlaubsentgelt aus, kann im bestehenden Arbeitsverhältnis nach dem Grundsatz von Treu und Glauben von der Zusage einer vorbehaltlosen Zahlung ausgegangen werden.

Dies widerspricht zwar der Normierung des § 11 Abs. 2 BUrlG, jedoch stützt sich *Gallners*¹¹³ Auffassung, dass tarifvertraglich eine abweichende Regelung zugunsten des Arbeitnehmers vereinbart werden kann, auf die Rechtsprechung des BAG. Demzufolge wäre die Auszahlung des Urlaubsentgeltes mit der Auszahlung des Arbeitsentgeltes für den Monat vor Urlaubsantritt zu empfehlen.

Abschließend soll an diesem Punkt auf den elementaren Unterschied zum Urlaubsgeld hingewiesen werden, das häufig mit dem Urlaubsentgelt verwechselt wird. Das Urlaubsgeld stellt im Gegensatz zum Urlaubsentgelt eine freiwillige Leistung des Arbeitgebers dar und hat Gratifikationscharakter¹¹⁴. Der Anspruch auf Urlaubsgeld kann sich ggf. aus dem Arbeits- oder Tarifvertrag sowie nach den Grundsätzen betrieblicher Übung ergeben.¹¹⁵

3.1.4 Schwangerschaft

Der Gesundheit werdender Mütter wird im Arbeitsrecht eine besonders große Bedeutung zugesprochen. Für schwangere und stillende Frauen gilt daher das Mutterschutzgesetz. Es enthält eine Reihe von Vorschriften, die Gesundheitsschäden für Mutter und Kind sowie Arbeitsplatzverlust und Einkommenseinbußen verhindern sollen.¹¹⁶

Die ursprüngliche Fassung des Mutterschutzgesetzes von 1952 wurde mit Wirkung zum 01.01.2018 reformiert.¹¹⁷ Die Neufassung enthält zentrale Bestimmungen zum Beschäftigungsverbot vor und nach der Geburt, besondere Regelungen zum Kündigungsschutz, Anforderungen an den Arbeitsplatz und zum Umgang mit gesundheitsgefährdenden Substanzen sowie Tätigkeitsverbote, arbeitszeitliche Einschränkungen und Vorschriften zur finanziellen Absicherung der schwangeren Arbeitnehmerin.

Bevor auf die letztgenannten Vorschriften konkret eingegangen werden soll, ist der Blick zunächst auf den anspruchsberechtigten Personenkreis zu richten.

¹¹² Vgl. frühere Auffassung: BAG, Urt. v. 18.12.1986 - 8 AZR 481/84, NZA 1987, 633 f. (633); gegenwärtige Auffassung: BAG, Urt. v. 10.02.2015 - 9 AZR 455/13, NZA 2015, 998 ff. (998); BAG, Urt. v. 25.08.2020 - 9 AZR 612/19, NZA 2020, 1633 ff. (1636) Rn. 29.

¹¹³ Vgl. Gallner in: ErfK, BUrlG § 11 Rn. 27.

¹¹⁴ Gratifikation = zusätzliches Arbeitsentgelt zu besonderen Anlässen (Weihnachts- und Urlaubsgeld, Prämien etc.)

¹¹⁵ Vgl. Gallner in: ErfK, BUrlG § 11 Rn. 28.

¹¹⁶ Vgl. Schlachter in: ErfK, MuSchG § 2 Rn. 2.

¹¹⁷ Vgl. ibd. Rn. 1.

3.1.4.1 Geschützter Personenkreis

Das Mutterschutzgesetz gilt für Frauen, die in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV stehen und schwanger sind, ein Kind entbunden haben oder stillen - so sinngemäß der Wortlaut des § 1 Abs. 2 S. 1 und Abs. 4 MuSchG.

Darüber hinaus gelten die Vorschriften gemäß § 1 Abs. 2 S. 2 MuSchG u. a. auch für Auszubildende und Praktikantinnen eines Pflichtpraktikums (Nr. 1), Freiwilligendienstleistende im Sinne des Jugendfreiwilligendienst- oder Bundesfreiwilligendienstgesetzes (Nr. 4) und für arbeitnehmerähnliche Personen (Nr. 7).

Die Schutzvorschriften des Mutterschutzgesetzes können vom Arbeitgeber allerdings nur dann erfüllt werden, wenn dieser Kenntnis von der Schwangerschaft hat. Um das Persönlichkeitsrecht der werdenden Mutter zu wahren, gibt es keine Mitteilungspflicht dem Arbeitgeber gegenüber.¹¹⁸ Allerdings „soll“ die Arbeitnehmerin ihrem Arbeitgeber gemäß § 15 Abs. 1 MuSchG die Schwangerschaft mitteilen. Empfangsberechtigt für die Mitteilung sind der Niederlassungsleiter, Abteilungsleiter, Personalleiter oder die Mitarbeiter der Personalabteilung.¹¹⁹

Auch die Vorlage eines Nachweises über die Schwangerschaft beim Arbeitgeber ist gemäß § 15 Abs. 2 S. 1 MuSchG fakultativ. Das gilt sogar dann, wenn dieser einen Nachweis verlangt.¹²⁰ Entscheidet sich die Arbeitnehmerin für die Erbringung eines Nachweises, kann dieser nach § 15 Abs. 2 S. 1 MuSchG von einem approbierten Arzt oder von der Hebamme bzw. Entbindungspfleger ausgestellt werden. Gemäß § 15 Abs. 2 S. 2 MuSchG soll das Zeugnis über die Schwangerschaft den voraussichtlichen Tag der Entbindung enthalten, damit die Mutterschutzfristen nach § 3 Abs. 1 MuSchG berechnet werden können. Diese sind bei der Frage nach der finanziellen Absicherung während des Beschäftigungsverbotes von besonderer Relevanz.

3.1.4.2 Finanzielle Absicherung

Entsprechend den Vorschriften im Mutterschutzgesetz ist es Arbeitgebern verboten, schwangere Frauen übermäßig körperlichen Belastungen auszusetzen. Dazu ist vom Arbeitgeber die Rangfolge der gesetzlichen Schutzmaßnahmen gemäß § 13 Abs. 1 MuSchG zu beachten. Kann der Arbeitgeber den Arbeitsplatz der schwangeren Frau nicht entsprechend umgestalten oder einen alternativen Arbeitsplatz anbieten, darf er nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG die Arbeitnehmerin nicht weiter beschäftigen.

Darüber hinaus sind im Mutterschutzgesetz generelle und individuelle Beschäftigungsverbote verankert.

¹¹⁸ Vgl. Kühn in: Brose/Weth/Volk, MuSchG § 15 Rn. 3.

¹¹⁹ Vgl. ibd. Rn. 6.

¹²⁰ Vgl. ibd. Rn. 9.

Entsprechend erstgenannter Verbote dürfen schwangere Frauen grds. keine Mehrarbeit leisten (§ 4 MuSchG), nicht in der Nacht (§ 5 MuSchG) und an Sonn- und Feiertagen (§ 6 MuSchG) arbeiten oder unzulässige Tätigkeiten nach § 11 MuSchG ausüben.

Ein individuelles - entweder teilweises oder vollständiges - Beschäftigungsverbot besteht gemäß § 16 MuSchG, wenn die schwangere Arbeitnehmerin ein ärztliches Attest vorlegt, aus dem hervorgeht, dass ihre Gesundheit oder die ihres Kindes bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist. Der individuelle Gesundheitszustand der schwangeren Arbeitnehmerin sowie die konkrete Arbeitstätigkeit sind für die medizinische Beurteilung maßgebend.¹²¹ Somit ist es möglich, dass auch psychische Belastungen der Arbeitnehmerin zu einem Beschäftigungsverbot führen.¹²²

Während der gesetzlichen Schutzfristen nach § 3 MuSchG besteht grds. für alle schwangere Arbeitnehmerinnen ein vollständiges Beschäftigungsverbot. Die Schutzfrist beginnt sechs Wochen vor der Entbindung und endet acht bzw. zwölf Wochen¹²³ nach der Entbindung.

Die Rechtsnormen der §§ 18, 19 MuSchG sollen Frauen vor wirtschaftlichen Nachteilen aufgrund der Beschäftigungsverbote schützen und gleichzeitig den Anreiz für eine Beschäftigung trotz geltender Verbote nehmen.¹²⁴ Entscheidend für den jeweiligen Anspruch auf Mutterschutzlohn oder Mutterschaftsgeld ist, ob das Beschäftigungsverbot außerhalb oder während der Schutzfristen besteht.

Mutterschutzlohn

Während des Beschäftigungsverbotes außerhalb der Schutzfristen erhält die Arbeitnehmerin sog. Mutterschutzlohn vom Arbeitgeber gemäß § 18 S. 1 MuSchG. Die Gegenleistungspflicht des Arbeitgebers entfällt somit nicht nach § 326 Abs. 1 BGB.

Die Höhe des Mutterschutzlohnes berechnet sich gemäß § 18 S. 2 MuSchG aus dem durchschnittlichen Arbeitsentgelt der letzten drei abgerechneten Kalendermonate vor der Schwangerschaft. Damit entspricht der Mutterschutzlohn der Höhe nach in etwa dem Arbeitsentgelt vor der Schwangerschaft. Wurde das Beschäftigungsverhältnis erst nach dem Eintritt der Schwangerschaft begonnen, wird nach § 18 S. 4 MuSchG der Durchschnitt des Arbeitsentgeltes der ersten drei Monate zugrunde gelegt.

Für den Anspruch auf Mutterschutzlohn muss auch hier wieder der Monokausalitätsgrundsatz erfüllt sein, d. h. das mutterschaftsrechtliche Beschäftigungsverbot muss die alleinige Ursache für die Verdienstminderung oder die Nichterbringung der Arbeitsleistung sein.¹²⁵

¹²¹ Vgl. BAG (5. Senat), Urte. v. 09.10.2002 - 5 AZR 443/01, AP MuSchG 1968 § 11 Nr. 23.

¹²² Vgl. Müller-Glöge in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 26.

¹²³ Bei Früh- oder Mehrlingsgeburten oder Kind mit Behinderung - § 3 Abs. 2 S. 2 MuSchG.

¹²⁴ Vgl. Schlachter in: ErfK, MuSchG §§ 18, 19 Rn. 1.

¹²⁵ Vgl. BAG, Urte. v. 09.10.2002 - 5 AZR 443/01, NZA 2004, 257 ff. (259).

Liegt gleichzeitig eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vor, wird der Monokausalitätsgrundsatz durchbrochen. Dabei ist unerheblich, ob die Arbeitsunfähigkeit ursächlich auf die Schwangerschaft oder auf eine andere Ursache zurückzuführen ist.¹²⁶ Ist eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von einem Arzt festgestellt worden, wird folglich der Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 18 MuSchG ausgeschlossen. Stattdessen besteht in diesem Fall nach höchstrichterlicher Rechtsprechung, Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nach den Maßgaben des § 3 EFZG bzw. auf Krankengeld nach § 44 SGB V, sofern der Entgeltfortzahlungsanspruch bereits erschöpft ist.¹²⁷

Gleichermaßen besteht gemäß § 3 Abs. 2 S. 1 EFZG der Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, wenn eine Frau im Zusammenhang mit einem nicht rechtswidrigen Abbruch der Schwangerschaft arbeitsunfähig erkrankt.

Allerdings existieren in der arbeitsrechtlichen Praxis auch konträre Auffassungen, wenn es um Mutterschutzlohn bei gleichzeitiger Arbeitsunfähigkeit geht. Laut Rechtsprechung des BAG ist der Anspruch auf Mutterschutzlohn nicht ausgeschlossen, wenn bei Fortdauer der Beschäftigung ausschließlich die Schwangerschaft eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes herbeiführt.¹²⁸ Ist dementsprechend bei einer schwangeren Frau bereits Arbeitsunfähigkeit eingetreten, die ursächlich ausschließlich auf die Schwangerschaft zurückzuführen ist, tritt gemäß Entscheidung des LAG Niedersachsen von 2004 der Entgeltfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG dem Anspruch auf Mutterschutzlohn nach § 18 MuSchG subsidiär zurück.¹²⁹

Diese Entscheidung ist kritisch zu sehen, da sie einerseits den Monokausalitätsgrundsatz und vorangegangene Gerichtsurteile des BAG infrage stellt und andererseits eine zweifelsfreie, ursächliche Rückführung der Arbeitsunfähigkeit auf die Schwangerschaft voraussetzt.

Der Anspruch auf Mutterschutzlohn ist dagegen ausgeschlossen, wenn die schwangere Frau die Erbringung der Arbeitsleistung teilweise oder vollständig verweigert, obwohl ihr diese nach mutterschutzrechtlichen Bestimmungen möglich und gestattet wäre. Das BAG vertritt diesbezüglich die Auffassung, dass die Schutzfunktion des Mutterschutzgesetzes ende, wenn der Arbeitsausfall nicht mehr auf einem mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbot beruht.¹³⁰ In einem solchen Fall könnte der Arbeitgeber die Lohnzahlung mindern bzw. gemäß § 326 Abs. 1 BGB verweigern. Mit dem zuvor angeführten Urteil des BAG wurde die Beweislast dafür, dass die Arbeitsverweigerung der Frau über die mutterschutzrechtlichen Gegebenheiten hinausgeht, eindeutig dem Arbeitgeber zugewiesen.¹³¹ Demgegenüber hat die schwangere Frau den Gegenbeweis zu führen bzw. darzulegen, dass die Leistungsminderung durch die

¹²⁶ Vgl. Müller-Glöße in: MüKo, EFZG § 3 Rn. 27.

¹²⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 09.10.2002 - 5 AZR 443/01, NZA 2004, 257 ff. (259).

¹²⁸ Vgl. BAG, Urt. v. 13.02.2002 - 5 AZR 588/00, NZA 2002, 738 ff. (739).

¹²⁹ Vgl. LAG Niedersachsen, Entscheidung vom 16.03.2004 - 9 SA 517/03, BeckRS 2004, 40998.

¹³⁰ Vgl. BAG (3. Senat), Urt. v. 17.07.1970 - 3 AZR 423/69, AP MuSchG 1968 § 11 Nr. 3.

¹³¹ Vgl. ibd.

Schwangerschaft bedingt sind.¹³²

Die Zahlung des Mutterschutzlohnes beginnt grds. am ersten Tag des Beschäftigungsverbotes und endet mit dem Wegfall der Anspruchsvoraussetzungen.¹³³ Als Beispiele sind diesbezüglich eine Fehlgeburt sowie der Schwangerschaftsabbruch oder die Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu nennen. Des Weiteren entfällt der Anspruch auf Mutterschutzlohn, sobald ein Anspruch auf Mutterschaftsgeld nach § 19 MuSchG besteht.

Mutterschaftsgeld

Werdende Mütter erhalten für die Dauer der Schutzfristen und für den Entbindungstag sog. Mutterschaftsgeld gemäß § 19 MuSchG. Die Berechnung des Mutterschaftsgeldes erfolgt explizit gemäß § 24i SGB V.

Insgesamt entspricht die Höhe des Mutterschaftsgeldes dem Nettoarbeitsentgelt.

Aus der Regelung des § 24i Abs. 2 S. 2 SGB V geht hervor, dass die Krankenkasse davon lediglich 13 EUR pro Kalendertag bzw. 390 EUR pro Monat übernimmt. Sofern der Krankenkassenanteil das tatsächliche Nettoarbeitsentgelt der letzten drei Monate vor dem Beginn des Mutterschutzes unterschreitet - wovon im Regelfall auszugehen sein wird - ist der Arbeitgeber gemäß §§ 20 Abs. 1 S. 1 und 2 MuSchG i. V. m. 24i Abs. 2 S. 4 SGB V verpflichtet, die Differenz zwischen dem kalendertäglichen Nettolohn und 13 EUR als Zuschuss zum Mutterschaftsgeld zu zahlen.

Eine anspruchentscheidende Abstufung nimmt § 19 MuSchG in den Absätzen 1 und 2 hinsichtlich der Krankenversicherungsform vor. Während werdende Mütter, die Mitglied in einer gesetzlichen Krankenkasse sind, von dieser, wie zuvor beschrieben, 390 EUR pro Monat erhalten, ist der Betrag für Nichtmitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse auf insgesamt maximal 210 EUR beschränkt. Zudem wird dieser Höchstsatz nicht von der Krankenkasse ausgezahlt, sondern gemäß § 19 Abs. 2 S. 2 MuSchG einmalig auf Antrag vom Bundesamt für Soziale Sicherung.

Die Begrenzung der Anspruchshöhe für diesen Personenkreis ist verfassungsmäßig höchstumstritten, da einerseits der Zweck bezüglich wirtschaftlicher Sicherung nicht in voller Höhe erfüllt wird und dies andererseits eine diskriminierende Unterscheidung darstellt.¹³⁴ Das BVerfG hat diese Unterscheidung dennoch als rechtmäßig bestätigt.¹³⁵

Wechselt hingegen eine schwangere Frau während der Schutzfristen zu einer gesetzlichen Krankenkasse, gilt ab diesem Zeitpunkt der Anspruch auf die Zahlung des Mutterschaftsgeldes gemäß § 19 Abs. 1 MuSchG.

¹³² Vgl. Volk in: Brose/Weth/Volk, MuSchG § 18 Rn. 16.

¹³³ Vgl. ibd. Rn. 98, 103.

¹³⁴ Vgl. Schlachter in: ErfK, MuSchG § 19 Rn. 3.

¹³⁵ Vgl. BVerfG: Beschluss vom 16.11.1984 - 1 BvR 142/84, BeckRS 1984, 30984239.

Beginnt das Beschäftigungsverhältnis erst während der Schutzfristen, entsteht gemäß § 20 Abs. 1 S. 3 MuSchG ab dem Beschäftigungszeitpunkt der Anspruch auf die Zuschusszahlung des Arbeitgebers. Besteht allerdings eine Beschäftigung bei mehreren Arbeitgebern gleichzeitig, sind alle Arbeitgeber gemäß § 20 Abs. 2 MuSchG zur Zuschusszahlung verpflichtet. Dazu werden die kalendertäglichen Arbeitsentgelte aller Arbeitgeber addiert und dem jeweiligen Anteil entsprechend als Zuschuss gezahlt.

Der Anspruch auf Mutterschaftsgeld ist hingegen ausgeschlossen, wenn während der Schutzfristen Arbeitsentgelt vom Arbeitgeber gezahlt wird, weil bspw. die schwangere Arbeitnehmerin ausdrücklich der Beschäftigung während der Schutzfristen gemäß § 3 Abs. 1 S. 1 MuSchG zugestimmt hat. Wurde in diesem Zusammenhang ggf. die Arbeitszeit reduziert, kann die Arbeitnehmerin für die Differenz zum täglichen Durchschnittsverdienst im Referenzzeitraum einen amtlichen Zuschuss beanspruchen.¹³⁶

Der Arbeitgeber kann sich auf Antrag alle Aufwendungen, die im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft stehen, gemäß § 1 Abs. 2 AAG von der Krankenkasse in vollem Umfang erstatten lassen. Demnach erstattungsfähig sind der Mutterschutzlohn sowie die diesbezüglich gezahlten Arbeitgeberanteile zur Sozialversicherung und der gezahlte Zuschuss zum Mutterschaftsgeld.

3.1.5 Vorübergehende Verhinderung

Nachdem sich die Gegenleistungspflicht des Arbeitgebers bei den bisherigen Fallgruppen jeweils aus einer konkreten Rechtsnorm ergeben hat, umfasst die Regelung des § 616 BGB zur vorübergehenden Verhinderung zahlreiche Leistungshinderungsgründe, in denen der Anspruch auf Entgeltzahlung trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung erhalten bleibt. Damit durchbricht auch der § 616 BGB den synallagmatischen Grundsatz des § 326 Abs. 1 BGB.¹³⁷

Als Besonderheit gilt zu beachten, dass die gesetzliche Norm des § 616 BGB dem Wortlaut entsprechend nicht wie die zuvor behandelten Rechtsnormen dem Arbeitsrecht entspringt und demzufolge auf alle Dienstverhältnisse gemäß § 611 BGB angewendet werden kann. Für Auszubildende ist bei vorübergehender Verhinderung allerdings § 19 Abs. 1 Nr. 2 BBiG als Sonderregelung anzuwenden.

In gleicher Weise ist als Besonderheit herauszustellen, dass § 616 BGB auf Leistungshindernisse angewendet wird, die von keiner der Vertragsparteien zu vertreten sind.¹³⁸ Dies ergibt sich aus den konkreten Anspruchsvoraussetzungen.

¹³⁶ Vgl. Schlachter in: ErfK, MuSchG § 20 Rn. 4.

¹³⁷ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 19.03.1965 - 5 AZR 107/64, AP BAT § 50 Nr. 4.

¹³⁸ Vgl. Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 616 Rn. 5.

3.1.5.1 Anspruchsvoraussetzungen des § 616 BGB

Ist der Arbeitnehmer an der Erbringung seiner Arbeitsleistung aus persönlichen Gründen und ohne eigenes Verschulden für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit verhindert, geht sein Anspruch auf Vergütung nicht verloren. Wie bereits erwähnt, ist das Vorliegen eines Dienstverhältnisses zwingende Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 616 BGB. Diesbezüglich wird auf den Gliederungspunkt 2.3 dieser Arbeit verwiesen. Die weiteren Voraussetzungen werden nachfolgend einzeln betrachtet.

Persönliche Gründe

Der Leistungshinderungsgrund, der dem Arbeitnehmer die Erbringung seiner Arbeitsleistung unmöglich oder unzumutbar werden lässt, muss auf subjektive, persönliche Gründe zurückzuführen sein. Dies betrifft nach herrschender Meinung allerdings nicht nur persönliche Eigenschaften des Arbeitnehmers, sondern gleichermaßen auch Hindernisse, die sich aus dessen persönlichen Verhältnissen bzw. Umfeld ergeben.¹³⁹ Da der § 616 BGB keine konkreten Leistungshindernisse nennt, muss auf Fälle der Rechtsprechung zurückgegriffen werden, die in der Vergangenheit einheitlich beurteilt wurden.

Familienereignisse haben sich als Hauptanwendungsbereich dieser Vorschrift herausgestellt. Dazu gehören nach allgemeiner Auffassung die eigene Hochzeit, die der Kinder oder auch die goldene Hochzeit der Eltern.¹⁴⁰ Darüber hinaus, der Todesfall bzw. die Bestattung nahestehender Angehöriger wie Großeltern, Eltern, Ehepartner, Geschwister oder Kinder sowie in Lebensgemeinschaft lebender Personen.¹⁴¹ Bei der Geburt eines Kindes stellt die Anwesenheit des Vaters ebenso einen persönlichen Hinderungsgrund im Sinne des § 616 BGB dar.¹⁴² Des Weiteren findet diese Vorschrift auch in einigen Fällen krankheitsbedingter Leistungshinderung Anwendung, allerdings nur dann, wenn die vorrangigen Spezialregelungen des § 3 EFZG nicht erfüllt sind. *Henssler*¹⁴³ führt diesbezüglich Krankheiten an, die zwar nicht zur Arbeitsunfähigkeit führen, aber den Arbeitnehmer phänotypisch derart entstellen, dass ihm die Erbringung der Arbeitsleistung nicht zugemutet werden kann. Bedenklich ist jedoch, dass die Verunstaltung tatsächlich nur eine nicht erhebliche Zeit andauert. Arztbesuche sind laut Rechtsprechung und herrschender Meinung hingegen nur als Hinderungsgrund im Sinne des § 616 BGB anzusehen, wenn dessen Wahrnehmung notwendig und nachweislich nicht außerhalb der Dienstzeiten möglich war.¹⁴⁴ Für die Betreuung erkrankter Kinder beinhaltet § 45 SGB V eine Spezialregelung, die als *lex specialis* vor § 616 BGB anzuwenden ist.¹⁴⁵

¹³⁹ Vgl. BAG (4. Senat), Urt. v. 08.12.1982 - 4 AZR 134/80, AP BGB § 616 Nr. 58.

¹⁴⁰ Vgl. BAG (4. Senat), Urt. v. 27.04.1983 - 4 AZR 506/80, AP BGB § 616 Nr. 61.

¹⁴¹ Vgl. Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 616 Rn. 24; Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 46.

¹⁴² Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 47.

¹⁴³ Vgl. ibd. Rn. 23.

¹⁴⁴ Vgl. LAG Niedersachsen, Urt. v. 08.02.2018 - 7 Sa 256/17, NZA-RR 2018, 295 ff. (296).

¹⁴⁵ Vgl. Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 616 Rn. 31.

Auch die gerichtliche oder behördliche Vorladung mit Anwesenheitspflicht, stellt einen subjektiven, in der Person des Arbeitnehmers liegenden Hinderungsgrund dar.¹⁴⁶

Das Vorliegen objektiver Gründe, deren Auswirkungen mehrere Arbeitnehmer gleichzeitig betreffen, aber nicht auf betriebliche Gründe zurückzuführen sind, schließen den Vergütungsanspruch im Sinne des § 616 BGB aus. Als Beispiele sind Verkehrsbehinderungen infolge von Witterungseinflüssen oder Demonstrationen, der Ausfall öffentlicher Verkehrsmittel oder behördlich angeordnete Ausgangssperren auf der Grundlage des § 28 IfSG anzuführen.¹⁴⁷ Zudem sind derartige Leitungshinderungsgründe dem sog. Wegerisiko zuzuordnen, welches ohnehin dem Arbeitnehmer zugerechnet wird.¹⁴⁸

Allerdings konstatierte das BAG in einem Urteil von 1982, dass im Ausnahmefall auch objektive Gründe einen Anspruch aus § 616 BGB rechtfertigen können, wenn der Arbeitnehmer durch das Leistungshindernis in besonderer Weise getroffen wurde und sich dieses auf seinen seelischen oder körperlichen Zustand auswirkt.¹⁴⁹ Dementsprechend kann die Beschädigung der Wohnung des Arbeitnehmers durch Brand oder Hochwasser den Vergütungsanspruch gemäß § 616 BGB aufrechterhalten.¹⁵⁰ Gleiches gilt, wenn sich der Arbeitnehmer wegen eines Unterlassens strafbar machen würde.¹⁵¹

Ist im Falle objektiver Leistungshindernisse kein Sondertatbestand erkennbar, geht der Vergütungsanspruch gemäß § 326. Abs. 1 BGB verloren.

Die vorgenannten Beispiele sind bei Weitem nicht abschließend aufgeführt. Überdies können die Umstände eines konkreten Einzelfalles zu einer abweichenden Beurteilung führen.

Monokausalität

Im Ergebnis muss der in der Person des Arbeitnehmers liegende Leistungshinderungsgrund monokausal für die unterbliebene Arbeitsleistung sein.¹⁵²

Treffen mehrere Hinderungsgründe zusammen ist laut *Joussen*¹⁵³ eine zeitliche Priorisierung vorzunehmen. Diese Vorgehensweise ist sinnvoll um festzustellen, ob unabhängig vom persönlichen Hinderungsgrund ein Vergütungsanspruch nach vorrangig geltendem Recht (bspw. EFZG, MuSchG) besteht. *Henssler*¹⁵⁴ schließt sich dieser Meinung an, da letztlich der zuerst eingetretene Vergütungsanspruch als maßgeblich zu betrachten ist.

¹⁴⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 13.12.2001 - 6 AZR 30/01, NZA 2002, 1105.

¹⁴⁷ Vgl. Tillmanns in: MHdb ArbR, § 76 Rn. 84.

¹⁴⁸ Vgl. wg. Glatteises: BAG, Urt. v. 13.12.2001 - 6 AZR 30/01, NZA 2002, 1105;
wg. Schneeberwehungen: BAG (5. Senat), Urt. v. 08.09.1982 - 5 AZR 283/80, AP BGB § 616 Nr. 59.

¹⁴⁹ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 08.09.1982 - 5 AZR 283/80, AP BGB § 616 Nr. 59.

¹⁵⁰ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 60.

¹⁵¹ Vgl. ibd.

¹⁵² Vgl. Joussen in: BeckOK-ArbR, BGB § 616 Rn. 39.

¹⁵³ Vgl. ibd. Rn. 40.

¹⁵⁴ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 62.

Verschulden

Der Vergütungsanspruch aus § 616 BGB ist laut Gesetzestext ausgeschlossen, wenn der zur Leistungsverhinderung führende Grund vom Arbeitnehmer selbst verschuldet ist.

Da sich das Verschuldensprinzip weitgehend mit demjenigen des § 3 EFZG deckt, wird an dieser Stelle auf den entsprechenden Gliederungspunkt 3.1.1 verwiesen.

Nicht erhebliche Zeit

Gemäß § 616 BGB besteht das Recht auf Vergütung nur „[...] für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit [...]“.

Aufgrund der vagen Formulierung ist die Auslegung umstritten. Nach herrschender Meinung ist die Dauer des bisherigen Beschäftigungsverhältnisses ins Verhältnis zur (voraussichtlichen) Dauer der Verhinderung zu setzen.¹⁵⁵ In der Literatur ist häufig von einer Staffelung die Rede, die bei einer Beschäftigungsdauer von bis zu einem halben Jahr maximal drei Tage, von bis zu einem Jahr maximal eine Woche und darüber hinaus maximal zwei Wochen als nicht erheblich betrachtet.¹⁵⁶

Konträre Meinungen sehen die alleinige Beurteilung anhand der Verhältnismäßigkeitsbestimmung zwischen Beschäftigungs- und Verhinderungsdauer allerdings kritisch und fordern die Heranziehung der Umstände des Einzelfalles.¹⁵⁷ Diese ereignisbezogene Sichtweise soll zusätzlich die Art und die Schwere des Verhinderungsgrundes sowie die persönliche Situation des Arbeitnehmers gegeneinander abwägen.

Nach allgemeiner rechtsprechender und mehrheitlich in der Literatur vertretenen Auffassung seien nur wenige, d. h. zwei bis drei Tage nicht anspruchsschädigend.¹⁵⁸ Das BAG sah im Einzelfall auch schon eine Leistungsverhinderung von bis zu zweieinhalb Wochen als nicht erhebliche Zeit an.¹⁵⁹ Als unverhältnismäßig erachtete das BAG hingegen in einem anderen Urteil eine Dauer von sechs Wochen.¹⁶⁰

Für die häusliche Pflege erkrankter Kinder und naher Angehöriger urteilte das BAG, dass maximal fünf Tage nicht gegen § 616 BGB verstoßen.¹⁶¹ In der Literatur werden diese Richtwerte kontrovers diskutiert. So ist bspw. *Linck*¹⁶² der Auffassung, dass bei der Erkrankung von Kindern in Anlehnung an § 45 Abs. 2 S. 1 SGB V ein Zeitraum von bis zu zehn Tagen als verhältnismäßig nicht erheblich angesehen werden könne. Dem widersprechend erklärt *Joussen*¹⁶³, dass dieser rechtliche Bezug als weitgehend ungeeignet betrachtet werde, weil zehn bzw.

¹⁵⁵ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 66.

¹⁵⁶ Vgl. Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 97 Rn. 14; Tillmanns in: MHdb ArbR, § 77 Rn. 30.

¹⁵⁷ Vgl. ibd. Rn. 30, 31; Preis in: ErfK, BGB § 616 Rn. 10a.

¹⁵⁸ Vgl. Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 97 Rn. 16; Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 68.

¹⁵⁹ Vgl. Joussen in: BeckOK-ArbR, BGB § 616 Rn. 48.

¹⁶⁰ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 20.07.1977 - 5 AZR 325/76, AP BGB § 616 Nr. 47.

¹⁶¹ Vgl. BAG (5. Senat), Urt. v. 19.04.1978 - 5 AZR 834/76, AP BGB § 616 Nr. 48.

¹⁶² Vgl. Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 97 Rn. 16.

¹⁶³ Vgl. Joussen in: BeckOK-ArbR, BGB § 616 Rn. 48.

zwanzig Tage zu lang und damit nicht im Sinne der Rechtsprechung und des § 616 BGB seien. Eine vereinheitlichte Sichtweise hat sich nach wie vor nicht durchgesetzt.

Für Angestellte im öffentlichen Dienst regelt § 29 TVöD den Anspruch auf bezahlte Freistellung von der Arbeitsleistung in besonderen Fällen. Diese Norm listet aus ereignisbezogener Sicht den konkreten Anlass samt zulässiger Höchstdauer der Freistellung auf. Für alle Arbeitnehmer außerhalb des öffentlichen Dienstes bzw. ohne konkrete arbeits- oder tarifvertragliche Regelung, muss die Rechtsprechung aufgrund multikausaler Möglichkeiten der Ursache und Dauer von Verhinderungsgründen im Einzelfall entscheiden.

Die Divergenz der rechtlichen Auffassungen bleibt folglich weiterhin bestehen. Wird im Ergebnis festgestellt, dass die Verhältnismäßigkeitsgrenze überschritten wurde, entfällt der Anspruch auf die Vergütung komplett und nicht nur der unverhältnismäßige Teil.¹⁶⁴

Anderenfalls ist der Arbeitgeber bei Vorliegen aller Voraussetzungen des § 616 S. 1 BGB verpflichtet, dem Arbeitnehmer die geschuldete Vergütung zu zahlen.

3.1.5.2 Informations- und Nachweispflicht

Das Bestehen einer Informationspflicht des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber über den Grund und die (voraussichtliche) Dauer der Arbeitsverhinderung, ist laut Literatur übereinstimmend aus der Nebenpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB abzuleiten.¹⁶⁵ Dem ist zuzustimmen, da der Arbeitgeber erst dann den Leistungsanspruch nach § 616 S. 1 BGB prüfen kann. Versäumt der Arbeitnehmer, seiner Nebenpflicht nachzukommen, kann der Arbeitgeber auf Grundlage des § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatz fordern und im Wiederholungsfall weitere arbeitsrechtliche Konsequenzen einleiten.¹⁶⁶ *Lincks*¹⁶⁷ Auffassung, dass der Vergütungsanspruch trotz Mitteilungsversäumnis des Arbeitnehmers bestehen bleibt, ist insofern fraglich.

Eine Nachweispflicht besteht im Gegensatz zu § 3 Abs. 1 S. 2, 3 EFZG dem Gesetzeswortlaut nach nicht. Nach überwiegender Auffassung kann der Arbeitgeber die Erbringung eines Nachweises nur aus begründetem Anlass verlangen.¹⁶⁸ Allerdings trägt der Arbeitnehmer im Falle eines Rechtsstreites die Beweislast für die Leistungsverhinderung und die resultierende Erforderlichkeit der Dienstbefreiung.¹⁶⁹

3.1.5.3 Abdingbarkeit

Die Vorschrift des § 616 BGB ist im Umkehrschluss zu § 619 BGB keine zwingende Vorschrift und kann somit, anders als die Vorschriften des EFZG und BUrlG tarif- oder arbeitsvertraglich

¹⁶⁴ Vgl. BAG (GS), Beschluss vom 18.12.1959 - GS 8/58, AP BGB § 616 Nr. 22.

¹⁶⁵ Vgl. Tillmanns in: MHdb ArbR, § 76 Rn. 84; Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 97 Rn. 22.

¹⁶⁶ Vgl. ibd.; Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 73.

¹⁶⁷ Vgl. Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 97 Rn. 22.

¹⁶⁸ Vgl. Jousen in: BeckOK-ArbR, BGB § 616 Rn. 52.

¹⁶⁹ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 76; Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 97 Rn. 23.

abbedungen, beschränkt oder zugunsten des Arbeitnehmers erweitert werden.¹⁷⁰ Die Abbedingung kann dabei auch implizit mit dem Wortlaut, dass „nur die tatsächlich geleistete Arbeitsleistung vergütet wird“, erfolgen.¹⁷¹ Dieses Falles kann der Arbeitnehmer zwar von seinem Leistungsverweigerungsrecht nach § 275 BGB Gebrauch machen, jedoch besteht sodann gemäß § 326 Abs. 1 BGB kein Vergütungsanspruch. Die Regelung des § 616 BGB ist laut Rechtsprechung nicht beschränkt oder abbedungen worden, wenn ein Tarifvertrag lediglich Beispiele für Leistungsverhinderungsgründe enthält.¹⁷²

In der Literatur wird vereinzelt die Auffassung vertreten, dass ein arbeitsvertraglich geregelter vollständiger Ausschluss des § 616 BGB ohne sachlichen Rechtfertigungsgrund eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers darstelle und daher nur in sehr engen Grenzen möglich sei.¹⁷³ Zudem dürfen die einzel- oder kollektivvertraglichen Regelungen nicht gegen die Vorschriften der Inhaltskontrolle der AGBs gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB verstoßen.¹⁷⁴ Dieser vereinzelt Auffassung ist aus folgenden zwei Gründen zuzustimmen: Zum einen hat der Arbeitgeber im Rahmen seiner Fürsorgepflicht die finanzielle Existenzgrundlage des Arbeitnehmers zu sichern, was wiederum dem Grunde nach zweckmäßig der Norm des § 616 BGB entspricht. Zum zweiten sind personengebundene Tätigkeiten stets mit dem Risiko des Arbeitsausfalles verbunden.

3.2 Sphäre des Arbeitgebers

Nachdem im ersten Teil dieses Kapitels Leistungsstörungen betrachtet wurden, die auf die Person des Arbeitnehmers bzw. dessen Umfeld zurückzuführen sind, werden im nun anschließenden zweiten Teil Leistungsstörungen betrachtet, die auf der Arbeitgeberseite begründet liegen bzw. risikomäßig dem Arbeitgeber zugeschrieben werden. Dazu werden im Folgenden drei Fallgruppen hinsichtlich des Bestehens eines Vergütungsanspruches untersucht.

3.2.1 Verantwortlichkeit des Arbeitgebers

Hat der Arbeitgeber den Umstand, der zur Nichterbringung der Arbeitsleistung nach § 275 Abs.1-3 BGB führt, allein oder weit überwiegend zu verantworten, entfällt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers nicht gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB, sondern bleibt auf Grundlage des § 326 Abs. 2 S. 1 BGB erhalten.

In diesem Sinne hat das BAG die folgenden beiden Praxisfälle beurteilt.

¹⁷⁰ Vgl. ibd. Rn. 31.

¹⁷¹ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 74.

¹⁷² Vgl. BAG (1. Senat), Urt. v. 25.04.1960 - 1 AZR 16/58, AP BGB § 616 Nr. 23.

¹⁷³ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 616 Rn. 75; Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 97 Rn. 1, 32.

¹⁷⁴ Vgl. ibd.

Ein Arbeitgeber ordnete für einen bestimmten Zeitraum Betriebsruhe an und verlangte diesbezüglich, die infolgedessen ausfallende Arbeitsleistung vorher zu erbringen. Währenddessen die Vorholarbeit zu erbringen gewesen wäre, befand sich allerdings eine schwangere Arbeitnehmerin im Mutterschutz gemäß § 3 MuSchG. Demzufolge konnte diese weder die Vorholarbeit leisten, noch nach ihrem Mutterschutz wegen des Betriebsurlaubes die Arbeitsleistung erbringen. Das BAG entschied, dass der Arbeitgeber die Unmöglichkeit durch die Verlegung der Arbeit zu verantworten hatte und demzufolge der Vergütungsanspruch der Arbeitnehmerin nach dem Ende des Mutterschutzes erhalten blieb.¹⁷⁵

Der Anspruch auf die Zahlung der Vergütung bleibt nach höchstrichterlicher Rechtsprechung ebenfalls bestehen, wenn die eingetretene Leistungsstörung auf fahrlässiges oder schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers zurückzuführen ist. So entschied das BAG, dass die Entstehung eines Brandes in der Betriebsstätte, welche auf schuldhaftes Verhalten des Arbeitgebers oder von diesem beauftragten Personal verursacht worden ist, der Arbeitgeber zu verantworten habe.¹⁷⁶

In beiden Fällen steht die Betriebsstätte durch einen vom Arbeitgeber verursachten Grund nicht für die Erbringung der Arbeitsleistung zur Verfügung, sodass der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers erhalten bleibt.

Bezüglich der Verschuldensfrage sind sowohl der Annahmeverzug als auch das Betriebsrisiko als Sonderfälle gemäß § 615 BGB abzugrenzen. In beiden Fällen ist die Leistungsverhinderung ursächlich auf außer- bzw. innerbetriebliche Betriebsstörungen zurückzuführen, die allerdings von keiner der Vertragsparteien verschuldet ist. Das Risiko der Leistungsverhinderung wird in beiden Fällen dennoch dem Arbeitgeber zugewiesen.

3.2.2 Annahmeverzug des Arbeitgebers

Der in § 326 Abs. 2 S. 2 BGB geregelte Fall, dass sich der Arbeitgeber im Zeitpunkt des Umstandes, der zur Nichterbringung der Arbeitsleistung führt, in Annahmeverzug befindet, wird im Arbeitsrecht durch § 615 BGB als *lex specialis* geregelt. Demzufolge bleibt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers während des Annahmeverzuges erhalten, ohne dass die ausgefallene Arbeitsleistung nachgeholt werden muss.¹⁷⁷ Die Rechtsfolge des § 615 BGB weicht somit von § 326 Abs. 1 BGB ab. Der Grund dieser Vorschrift liegt ebenfalls in der finanziellen Existenzsicherung des Arbeitnehmers, weil dieser seine Arbeitsleistung nicht kurzfristig anderweitig anbieten kann.

¹⁷⁵ Vgl. BAG (1. Senat), Urt. v. 03.03.1964 - 1 AZR 209/63, AP BGB § 324 Nr. 1.

¹⁷⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 17.12.1968 - 5 AZR 149/68, NJW 1969, 766 f. (767).

¹⁷⁷ Vgl. Preis in: ErfK, BGB § 615 Rn. 3.

In der Rechtsprechung und Literatur war das Verhältnis zwischen §§ 615 und 326 BGB zunächst umstritten. Das BAG vertrat lange Zeit die Auffassung, dass sich die absolute Fixschuld der Arbeitsleistung und der Annahmeverzug gegenseitig ausschließen, weil die Arbeitsleistung aufgrund ihres Fixschuldcharakters zu keinem Zeitpunkt nachgeholt werden könne.¹⁷⁸ Dieser Auffassung zufolge ergäbe sich für § 615 BGB kein Anwendungsbereich.

Nach früherer herrschender Meinung kam es für die Unterscheidung zwischen Annahmeverzug und Unmöglichkeit darauf an, ob der Arbeitgeber unwillig oder unfähig war, den Arbeitnehmer zu beschäftigen.¹⁷⁹ Im erstgenannten Fall der Annahmeverzug geriet der Arbeitgeber in Annahmeverzug gemäß § 615 S. 1 BGB, wenn dieser den Arbeitnehmer hätte beschäftigen können, dies aber nicht wollte. Ausschließlich im Falle zweitgenannter Annahmeverzug lag hingegen Unmöglichkeit vor, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer beschäftigen wollte, dies aber nicht konnte (heutzutage: Betriebsrisiko¹⁸⁰). *Henssler*¹⁸¹ und *Preis*¹⁸² sehen diese Auffassung mittlerweile als veraltet an, da sie vor allem der gegenwärtigen Rechtsprechung des BAG und der allgemeinen Auffassung entgegenstehen.

Nach aktueller Rechtsprechung ergänzen sich die beiden Vorschriften und stehen einander nicht entgegen.¹⁸³ Damit einhergehend wird in der Literatur die „Lehre der Annahmeverzug“ als vorzugswürdig bezeichnet, wonach § 615 BGB unabhängig von der Annahmeverzug oder Annahmeverzug des Arbeitgebers angewendet werden kann.¹⁸⁴

Demzufolge richtet sich der Vergütungsanspruch nach § 615 S. 1 BGB, wenn die Unmöglichkeit allein aufgrund des Fixschuldcharakters eingetreten ist und in diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen des Annahmeverzuges erfüllt sind.

3.2.2.1 Voraussetzungen für das Vorliegen von Annahmeverzug

Im Einzelnen müssen vier Voraussetzungen erfüllt sein, damit sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug befindet. Diese ergeben sich aus §§ 293 ff. BGB.

Erfüllbares Arbeitsverhältnis

Ein bestehendes Arbeitsverhältnis, das den Arbeitnehmer zur Erbringung seiner Arbeitsleistung verpflichtet, ist die grundlegende Voraussetzung, um Annahmeverzug entstehen zu lassen. Nach Rechtsprechung des BAG muss es sich dabei um ein erfüllbares und tatsächlich durchführbares Arbeitsverhältnis handeln.¹⁸⁵ Ein rückwirkend begründetes Arbeitsverhältnis ist demnach nicht ausreichend.

¹⁷⁸ Vgl. BAG (4. Senat), Urt. v. 18.08.1961 - 4 AZR 132/60, AP BGB § 615 Nr. 20.

¹⁷⁹ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 615 Rn. 6; Preis in: ErfK, BGB § 615 Rn. 4.

¹⁸⁰ Das Betriebsrisiko wird unter dem Gliederungspunkt 3.2.3 thematisiert.

¹⁸¹ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 615 Rn. 6.

¹⁸² Vgl. Preis in: ErfK, BGB § 615 Rn. 4.

¹⁸³ Vgl. BAG, Urt. v. 23.09.2015 - 5 AZR 146/14, NZA 2016, 293 ff. (296) Rn 26; BAG, Urt. v. 28.09.2016 - 5 AZR 224/16, NZA 2017, 124 ff. (127) Rn. 33.

¹⁸⁴ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 615 Rn. 8; Preis in: ErfK, BGB § 615 Rn. 7.

¹⁸⁵ Vgl. BAG, Urt. v. 19.08.2015 - 5 AZR 975/13, NZA 2015, 1460 ff. (1461) Rn. 22.

Typischerweise tritt Annahmeverzug häufig im Zusammenhang mit Kündigungen auf. Hat der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer ordentlich gekündigt, besteht in der Regel ein erfüllbares Arbeitsverhältnis während der Kündigungsfrist. Ist die Anwendbarkeit des Kündigungsschutzgesetzes (§ 1, 23 KSchG) gegeben und hat der Arbeitnehmer insbesondere Kündigungsschutzklage gemäß §§ 4, 7 KSchG rechtzeitig erhoben, kann nach Ablauf der Kündigungsfrist Annahmeverzug nur in Betracht kommen, wenn das Gericht die Unwirksamkeit der Kündigung feststellt.¹⁸⁶ Gleiches gilt, wenn der Arbeitnehmer nach Ablauf der Kündigungsfrist gemäß § 102 Abs. 5 S. 1 BetrVG seine Weiterbeschäftigung bis zum Ende des Kündigungsschutzprozesses verlangen kann.¹⁸⁷

Leistungsmöglichkeit und Leistungswilligkeit

Gemäß § 297 BGB kann der Arbeitgeber nur in Annahmeverzug geraten, wenn der Arbeitnehmer während des gesamten Verzugszeitraumes leistungsfähig und leistungswillig ist.

Die Leistungsfähigkeit bemisst sich dabei an der rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeit, die Arbeitsleistung erbringen zu können.¹⁸⁸ Sowohl ein gesetzliches Beschäftigungsverbot als auch eine fehlende Arbeitserlaubnis stellen rechtliche Hindernisse für die Leistungserbringung dar. Besteht bspw. für eine schwangere Arbeitnehmerin ein Beschäftigungsverbot gemäß §§ 3 bzw. 16 MuSchG ist deren Leistungsfähigkeit ausgeschlossen. Gleichermaßen liegt laut Rechtsprechung rechtliche Unmöglichkeit vor, wenn die Approbation des Arztes fehlt, der Berufskraftfahrer seine Fahrerlaubnis abgeben musste oder einem Flugteilnehmer das Flugtauglichkeitszeugnis fehlt.¹⁸⁹

Unter tatsächliche Leistungshindernisse fallen u. a. Arbeitsunfähigkeit, Urlaub und jene Sachverhalte, die dem Wegerisiko¹⁹⁰ zugerechnet werden. Aus den genannten Gründen ist der Arbeitnehmer im Sinne von § 297 BGB außerstande, die Arbeitsleistung zu erbringen. Folglich geriet der Arbeitgeber ebenfalls nicht in Annahmeverzug.

Des Weiteren muss der Arbeitnehmer subjektiv leistungsbereit sein. Dieser Leistungswille ist entsprechend der Rechtsprechung des BAG nicht gegeben, wenn der Arbeitnehmer bspw. die Rücknahme der Kündigung zur Bedingung seiner Arbeitsaufnahme macht oder nach erfolgreichem Kündigungsschutzprozess der Arbeitsaufforderung des alten Arbeitgebers ohne jegliche Erklärung nicht nachkommt.¹⁹¹

¹⁸⁶ Vgl. BAG (GS), Beschluss vom 27.02.1985 - GS 1/84, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 14.

¹⁸⁷ Vgl. BAG (2. Senat), Urt. v. 26.05.1977 - 2 AZR 632/76, AP BGB § 611 Beschäftigungspflicht Nr. 5.

¹⁸⁸ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 615 Rn. 32.

¹⁸⁹ Vgl. fehlende Approbation des Arztes: BAG (5. Senat), Urt. v. 06.03.1974 - 5 AZR 313/73, AP BGB § 615 Nr. 29; fehlende Fahrerlaubnis: BAG (2. Senat), Urt. v. 18.12.1986 - 2 AZR 34/86, AP BGB § 297 Nr. 2; fehlendes Flugtauglichkeitszeugnis: LAG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 31.08.2006 - 11 Sa 323/06, BeckRS 2006, 44669.

¹⁹⁰ Anmerkungen zum Wegerisiko, sind unter dem Gliederungspunkt 3.1.5.1 zu finden.

¹⁹¹ Vgl. erstgenanntes Bsp.: BAG (5. Senat), Urt. v. 13.07.2005 - 5 AZR 578/04, AP BGB § 615 Nr. 112; zweitgenanntes Bsp.: BAG, Urt. v. 16.05.2012 - 5 AZR 251/11, NZA 2012, 971 ff. (972) Rn. 19.

Angebot der Arbeitsleistung

Die letztliche Ablehnung der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers immaniert ein Arbeitsangebot des Arbeitnehmers gemäß § 294 BGB.¹⁹² Der Literatur ist zu entnehmen, dass das Angebot in Form eines tatsächlichen oder in Ausnahmefällen wörtlichen Angebotes erfolgen kann.

Das tatsächliche Angebot wird in der Literatur als Realakt bezeichnet, da es voraussetzt, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft in eigener Person, zur richtigen Zeit, am richtigen Ort und in ordnungsgemäßer Art und Weise, d. h. wie vertraglich geschuldet anbietet.¹⁹³ Dieses belegt somit gleichzeitig den Leistungswillen des Arbeitnehmers.

Ein wörtliches Angebot ist gemäß § 295 S. 1 BGB ausreichend, wenn der Arbeitgeber bereits zu verstehen gegeben hat, dass er das Angebot nicht annehmen werde. Diesbezüglich kann der Arbeitnehmer seine Arbeitsbereitschaft telefonisch anbieten oder laut Rechtsprechung konkludent durch Protest gegen die Ablehnung seiner Arbeitskraft bzw. das Unterlassen seiner Mitwirkungspflichten ausdrücken.¹⁹⁴

Während die frühere Rechtsprechung das Angebot auch im Kündigungsfall als unabdingbar ansah und den Protest gegen die Kündigung bzw. die Erhebung der Kündigungsschutzklage als Angebot im Sinne des § 295 BGB anerkannte, hat sich die Rechtsprechung dahingehend verändert.¹⁹⁵ So geht das BAG nach heutiger Rechtsprechung davon aus, dass ausschließlich im Fall der unwirksamen Arbeitgeberkündigung das wörtliche Angebot gemäß § 296 BGB entbehrlich sei.¹⁹⁶ Diese Ansicht stützt das BAG auf ein Urteil von 1984, wonach der Arbeitgeber eine nach dem Kalender bestimmte Mitwirkungshandlung vornehmen muss, um die Erbringung der Arbeitsleistung zu ermöglichen.¹⁹⁷ In der Konsequenz der Kündigung kommt der Arbeitgeber nicht mehr seiner Mitwirkungshandlung nach, d. h. er stellt dem Arbeitnehmer spätestens nach Ablauf der Kündigungsfrist keinen Arbeitsplatz mehr zur Verfügung und weist ihm auch keine Arbeit mehr zu. Dieses Falles wäre das wörtliche Angebot gemäß § 296 S. 2 BGB entbehrlich. Die Literatur stimmt der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang weitestgehend zu, aber erachtet ein wörtliches Angebot vor allem dann als notwendig, wenn besondere Umstände (Krankheit, Urlaub, Arbeitskampf, etc.) Zweifel an der anschließenden Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers zulassen.¹⁹⁸

¹⁹² Vgl. BAG, Urt. v. 21.10.2015 - 5 AZR 843/14, NZA 2016, 688 ff. (689) Rn. 19.

¹⁹³ Vgl. BAG, Urt. v. 28.06.2017 - 5 AZR 263/16, NZA 2017, 1528 ff. (1529) Rn. 26.

¹⁹⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 24.08.2016 - 5 AZR 853/15, NZA-RR 2017, 76 ff. (78) Rn. 24.

¹⁹⁵ Vgl. BAG (2. Senat), Urt. v. 26.08.1971 - 2 AZR 301/70, AP BGB § 615 Nr. 26.

¹⁹⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 25.02.2015 - 5 AZR 886/12, NZA 2015, 494 ff. (497) Rn. 41.

¹⁹⁷ Vgl. BAG (2. Senat), Urt. v. 09.08.1984 - 2 AZR 374/83, AP BGB § 615 Nr. 34.

¹⁹⁸ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 615 Rn. 29.

Nichtannahme der Arbeitsleistung

Der Begriff der Nichtannahme wird in der Literatur übereinstimmend als jedes Verhalten definiert, das den Erfüllungsantritt verhindert.¹⁹⁹ Demnach sei die „nackte Tatsache der Nichtannahme“ ausreichend. Diese kann sowohl ausdrücklich als auch konkludent, bspw. in Form einer Freistellung oder Kündigung erfolgen.²⁰⁰ Mit einer Kündigung gibt der Arbeitgeber zu verstehen, die Arbeitskraft des Arbeitnehmers willentlich ab einem bestimmten Zeitpunkt²⁰¹ nicht mehr anzunehmen.

Ein häufig in der arbeitsrechtlichen Praxis anzutreffendes Beispiel ist neben der Kündigung das sog. Wirtschaftsrisiko. Darunter ist zu verstehen, dass die Annahme der Arbeitsleistung infolge wirtschaftlich bedingter Ursachen (z. B. Auftrags- oder Absatzmangel) unrentabel wäre und deshalb vom Arbeitgeber abgelehnt wird.²⁰²

Im arbeitsrechtlichen Kontext ist das Wirtschaftsrisiko vom Betriebsrisiko abzugrenzen. Während in den Fällen des Wirtschaftsrisikos die Arbeitsleistung möglich, aber wirtschaftlich nicht sinnvoll ist, erfasst das Betriebsrisiko Fälle, in denen die Erbringung der Arbeitsleistung betriebstechnisch unmöglich bzw. unzumutbar ist. Das Betriebsrisiko wird anschließend unter Gliederungspunkt 3.2.3 thematisiert.

3.2.2.2 Höhe der Vergütungsfortzahlung

Liegen die zuvor beschriebenen Voraussetzungen vor, befindet sich der Arbeitgeber in Annahmeverzug. Der Annahmeverzugslohn wird nach dem Lohnausfallprinzip gemäß §§ 611a Abs. 2 und 615 S. 1 BGB in der vertraglich geschuldeten Höhe gezahlt.

Allerdings muss sich der Arbeitnehmer gemäß § 615 S. 2 BGB den Wert auf den Annahmeverzugslohn anrechnen lassen, welchen er infolge der ausgebliebenen Arbeitsleistung erspart (z. B. Fahrtkosten) oder durch anderweitige Verwertung seiner Arbeitskraft erworben hat bzw. zu erwerben böswillig unterlässt.

Die Anrechnung bei anderweitiger Verwertung ist laut Rechtsprechung auf den Teil des Verdienstes beschränkt, den er während der Arbeitszeit bei seinem in Annahmeverzug befindlichen Arbeitgeber bezogen hätte.²⁰³ Ein böswilliges Unterlassen liegt hingegen vor, wenn der Arbeitnehmer vorsätzlich untätig bleibt oder die Arbeitsaufnahme verhindert, obwohl ihm die Arbeitsmöglichkeit und deren Zumutbarkeit bewusst sind.²⁰⁴

¹⁹⁹ Vgl. ibd. Rn. 40; Preis in: ErfK, BGB § 615 Rn. 55; Tillmanns in: MHdb ArbR, § 76 Rn. 39.

²⁰⁰ Vgl. ibd.

²⁰¹ Bei fristloser Kündigung: sofort; bei ordentlicher Kündigung: nach Ablauf der Kündigungsfrist.

²⁰² Vgl. Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 101 Rn. 14.

²⁰³ Vgl. BAG, Urt. v. 24.02.2016 - 5 AZR 425/15, NZA 2016, 687 f. (688) Rn. 14.

²⁰⁴ Vgl. BAG, Urt. v. 22.03.2017 - 5 AZR 337/16, NZA 2017, 988 ff. (989) Rn. 17.

3.2.2.3 Abdingbarkeit

Der § 615 BGB stellt in gleicher Weise wie § 616 BGB eine dispositive Regelung dar und kann folglich zugunsten oder zuungunsten des Arbeitnehmers einzel- oder tarifvertraglich verändert oder auch vollständig abbedungen werden. Allerdings ist nach allgemeiner Auffassung eine arbeitsvertragliche Abbedingung nur in sehr engen Grenzen möglich. Zudem unterliegen die einzel- oder kollektivvertraglichen Änderungen der Inhaltkontrolle der AGB gemäß § 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB.

3.2.3 Lehre vom Betriebsrisiko

Liegen dem Annahmeverzug Leistungsstörungen zugrunde, die den Betriebsablauf einschränken bzw. vorübergehend unmöglich machen, findet § 615 S. 3 BGB Anwendung.

Mit § 615 S. 3 BGB hat der Gesetzgeber die Betriebsrisikolehre anerkannt, die Rechtsprechung und Literatur vor der Schuldrechtsreform im Jahr 2002 entwickelt hatten.²⁰⁵ Bis zu dieser Reform existierte eine gesetzliche Lücke, wenn es um die Frage nach dem Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers bei betriebsbedingten Leistungsstörungen ging, die ohne Verschulden des Arbeitnehmers oder Arbeitgebers entstanden sind.²⁰⁶

Gemäß § 615 S. 3 BGB behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch, wenn dessen Pflicht zur Arbeitsleistung aufgrund von Umständen ausfällt, für die der Arbeitgeber das Risiko trägt. Das Betriebsrisiko ist nach der Rechtsprechung des BAG dem Arbeitgeber aufzulasten, weil er den Betrieb leitet, die betrieblichen Abläufe organisiert, die Verantwortung trägt und die Erträge bezieht.²⁰⁷ Das BAG definiert das Betriebsrisiko als „[...] Risiko des Arbeitgebers, seinen Betrieb betreiben zu können“.²⁰⁸ Eine konkrete Regelung, in welchen Fällen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalles zu tragen hat, wird in § 615 S. 3 BGB nicht geregelt. Deshalb ist auf die Rechtsprechung der Vergangenheit zurückzugreifen.

Die Gründe für Betriebsstörungen können sowohl innerbetrieblich begründet liegen als auch durch äußere Einflüsse hervorgerufen werden. Die Rechtsprechung erkennt regelmäßig betriebstechnische Leistungsstörungen (Brand der Betriebsstätte²⁰⁹, Stromausfall infolge äußerer Einflüsse²¹⁰) als Betriebsrisikofälle an. Dem Arbeitgeber werden auch Störungen der Betriebsmittel (Fabrikgebäude, Maschinen) zugerechnet, die bspw. infolge höherer Gewalt wie Naturkatastrophen (Erdbeben, Überschwemmungen, Brände²¹¹) oder extremer Witterungsverhältnisse (Heizungsausfall bei plötzlichem Kälteeinbruch²¹²) entstehen. Auch behördliche

²⁰⁵ Vgl. Henssler in: MüKo, BGB § 615 Rn. 97; Preis in: ErfK, BGB § 615 Rn. 124.

²⁰⁶ Vgl. Preis in: ErfK, BGB § 615 Rn. 122.

²⁰⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 08.02.1957 - 1 AZR 338/55, NJW 1957, 687 f. (688).

²⁰⁸ BAG, Urt. v. 23.09.2015 - 5 AZR 146/14, NZA 2016, 293 ff. (294) Rn. 22.

²⁰⁹ Vgl. BAG (2. Senat), Urt. v. 28.09.1972 - 2 AZR 506/71, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 28.

²¹⁰ Vgl. LAG Kiel, Urt. v. 10.12.1959 - 1 Sa 62-75/59, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 8.

²¹¹ Vgl. LAG Köln, Urt. v. 26.07.2010 - 5 Sa 485/10, BeckRS 2010, 74303.

²¹² Vgl. BAG (4. Senat), Urt. v. 09.03.1983 - 4 AZR 301/80, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 31.

Anordnungen (Anordnung einer Inventur²¹³) können den Ausfall der Arbeitsleistung zur Folge haben, der vom Betriebsrisiko erfasst wird.

Für die Frage nach dem Vergütungsanspruch bei Leistungsstörungen, die vom Betriebsrisiko erfasst werden, finden gemäß § 615 S. 3 BGB die Sätze 1 und 2 dieser Vorschrift entsprechend Anwendung. Dies bedeutet, dass der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch nur behält, wenn die Voraussetzungen aus § 615 S. 1 BGB erfüllt sind. Aufgrund dieser Rechtsverweisung müssen wiederum die Voraussetzungen des Annahmeverzuges gemäß §§ 294 ff. BGB vorliegen, die im voranstehenden Gliederungspunkt ausgeführt wurden. Lediglich das wörtliche Angebot ist laut allgemeiner Grundsätze der Literatur nicht erforderlich, wenn zu erwarten ist, dass die angebotene Arbeitsleistung nicht angenommen wird.²¹⁴

Für die rechtliche Beurteilung, ob die Leistungsstörung dem Betriebsrisiko zuzuordnen ist, wird ein hinreichender Betriebsbezug vorausgesetzt. Der herrschenden Meinung entsprechend ist die Eigenart des Betriebes dafür ausschlaggebend.²¹⁵ So gehören der Rechtsprechung des BAG zufolge Wetterverhältnisse zum typischen und kalkulierbaren Risiko einer Bauunternehmung.²¹⁶ Nach jüngster Rechtsprechung des BAG stellt die behördlich angeordnete Betriebs-schließungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie unabhängig von der Eigenart des Unternehmens, keinen Fall des Betriebsrisikos dar.²¹⁷ Damit widerspricht das BAG einerseits dem Urteil der Vorinstanz (LAG Niedersachsen) und gleichermaßen der herrschenden Meinung, die eine pandemiebedingte Betriebsschließung dem Betriebsrisiko zurechnet.²¹⁸

Hinsichtlich der Höhe des Vergütungsanspruches und bezüglich der Abdingbarkeit des § 615 BGB wird auf die zuvor besprochene Thematik des Annahmeverzuges konkret auf die Gliederungspunkte 3.2.2.2 und 3.2.2.3 verwiesen.

²¹³ Vgl. BAG (1. Senat), Urt. v. 07.12.1962 - 1 AZR 134/61, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 14.

²¹⁴ Vgl. Tillmanns in: MHdb ArbR, § 76 Rn. 82; Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 101 Rn. 6.

²¹⁵ Vgl. Preis in: ErfK, BGB § 615 Rn. 132g.

²¹⁶ Vgl. BAG, Urt. v. 09.07.2008 - 5 AZR 810/07, NZA 2008, 1407 ff. (1409) Rn. 22.

²¹⁷ Vgl. BAG, Urt. v. 13.10.2021 - 5 AZR 211/21, NZA 2022, 182 ff. (186) Rn. 34.

²¹⁸ Vgl. LAG Niedersachsen, Urt. v. 23.03.2021 - 11SA106220 11 Sa 1062/20, NZA-RR 2021, 293 f. (293) Rn. 15, 19; Tillmanns in: MHdb ArbR, § 76 Rn. 83.

4 Auswirkungen der Corona-Pandemie auf Änderungen der Rechtslage im Arbeitsrecht

Seit März 2020 hat die weltweit herrschende Corona-Pandemie, verursacht durch die Viruserkrankung Covid-19, das private und öffentliche Leben in Deutschland fest im Griff.

Die Verabschiedung coronabedingter Gesetzesänderungen sowie Diskussionen über wissenschaftsbasierte Anpassungen der Arbeitsschutzverordnungen und allgemeinen Schutzmaßnahmen sind fester Bestandteil des Alltags - nicht nur auf politischer Ebene - geworden. Jede politische Maßnahme zur Eindämmung der Pandemie wirkt sich unmittelbar auf die Arbeitswelt und damit auf jeden Einzelnen der Gesellschaft aus.

Quarantäneanordnungen, die Infektion mit dem Virus und besondere Maßnahmen für ungeimpfte Personen stellen nur auszuhaftende Herausforderungen der Pandemie dar.

In diesem Kapitel werden diese bzw. daraus resultierende Leistungsstörungen hinsichtlich der finanziellen Existenzsicherung des betroffenen Arbeitnehmers thematisiert.

4.1 Vergütungsanspruch während Quarantäne

Die Maßnahme der Quarantäne ist im Infektionsschutzgesetz geregelt und soll die Verbreitung des Coronavirus eindämmen. Aufgrund unterschiedlicher Gesetzesgrundlagen kommt es für den Vergütungsanspruch während der Quarantäne entscheidend auf die Ursache dieser Maßnahme an.

4.1.1 Bei ärztlich festgestellter Arbeitsunfähigkeit

Liegt der Quarantäne eine Infektion mit dem Corona-Virus zugrunde, sind zwei grundsätzliche Konstellationen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen in Betracht zu ziehen.

Führen einerseits die Symptome der Erkrankung zur Arbeitsunfähigkeit, wird dem Arbeitnehmer die Erbringung seiner Arbeitsleistung durch die Anordnung der Quarantäne auf Grundlage des § 30 Abs. 1 S. 2 IfSG bzw. wegen der Verhängung eines beruflichen Tätigkeitsverbotes nach § 31 IfSG unmöglich im Sinne des § 275 Abs. 1 BGB. Bei Vorliegen aller Voraussetzungen des § 3 EFZG besteht der reguläre Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall für maximal sechs Wochen sowie anschließend ggf. ein Anspruch auf Krankengeld nach § 45 SGB V.

Jedoch kommt der Anspruch nur in Betracht, wenn ein Verschulden des Arbeitnehmers ausgeschlossen ist. Nach allgemeiner Auffassung liegt ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers diesbezüglich insbesondere dann vor, wenn dieser wissentlich in ein Risikogebiet verweist.²¹⁹

²¹⁹ Vgl. Sagan/Brockfeld in: NJW 2020, 1112 ff. (1113); Fuhlrott/ Fischer in: NZA 2020, 345 ff. (347).

Der Anspruch auf Entgeltfortzahlung ist in diesem Fall nach dem EFZG und aus demselben Grund auch nach § 616 BGB ausgeschlossen. Im Rahmen des dritten Bevölkerungsschutzgesetzes²²⁰, ist zudem auch der Anspruch auf eine Verdienstausfallentschädigung nach § 56 IfSG gesetzlich ausgeschlossen worden. In § 56 Abs. 1 S. 3 IfSG heißt es seit dem 19. November 2021: „Eine Entschädigung erhält nicht [...], wer [...] durch Nichtantritt einer vermeidbaren Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet ein [Tätigkeitsverbot...] oder eine Absonderung hätte vermeiden können.“ Folglich wird der synallagmatische Grundsatz zwischen Arbeit und Lohn bei verschuldeter Arbeitsunfähigkeit nicht durchbrochen und die Vergütungspflicht des Arbeitgebers erlischt gemäß § 326 Abs. 1 BGB. Einschlägige Rechtsprechung bleibt diesbezüglich aktuell allerdings noch abzuwarten.

Ob den Arbeitnehmer ein Verschulden trifft, wenn dieser bewusst eine aus ärztlicher Sicht empfohlene Impfung ablehnt, ist von der Rechtsprechung ebenfalls bisher nicht geklärt worden. Mangels gesetzlicher Impfpflicht und ausgehend von wissenschaftlichen Befunden²²¹ die belegen, dass die Infektion mit dem Coronavirus auch bei immunisierten Personen zur Arbeitsunfähigkeit führen kann, wird ein Verschulden jedoch zu verneinen sein.

Liegen andererseits Symptome vor, die trotz Infektion keine Arbeitsunfähigkeit begründen, ergeben sich die gleichen Rechtsfolgen, die im folgenden Gliederungspunkt ausgeführt werden.

4.1.2 Ohne Vorliegen von Arbeitsunfähigkeit

Die Gesundheitsämter sind durch eine Ergänzung des IfSG, welche im Rahmen des ersten Bevölkerungsschutzgesetzes²²² vollzogen wurde, seit dem 28. März 2020 berechtigt, auch gegenüber Krankheits- bzw. Ansteckungsverdächtigen eine Quarantäne auf Grundlage des § 28 Abs. 1 Satz 1 IfSG anzuordnen. Diese Maßnahme wird ergriffen, wenn die Symptome der Coronainfektion nicht zur Arbeitsunfähigkeit führen, jedoch von der betreffenden Person eine Krankheits- bzw. Ansteckungsgefahr ausgeht, weil diese in Kontakt mit einer infizierten Person gekommen war oder sich in einem Risikogebiet aufgehalten hat.

Ist dem Arbeitnehmer die Erbringung seiner Arbeitsleistung am Ort der Quarantäne bzw. im Homeoffice möglich, tritt keine Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs. 1 BGB ein und der reguläre Vergütungsanspruch besteht gemäß § 611a Abs. 2 BGB. Anderenfalls kann sich ein entsprechender Anspruch aus den Sondervorschriften des Arbeitsrechtes ergeben.²²³

Das Bestehen eines Vergütungsanspruches auf Grundlage des § 3 EFZG ist unter diesen Umständen allerdings mangels Arbeitsunfähigkeit ausgeschlossen. In diesem Fall könnte § 616

²²⁰ Vgl. § 56 des Infektionsschutzgesetzes vom 18.11.2020, BGBl. 2020 I Nr. 52, 2397-2413 (2404).

²²¹ Vgl. RKI, Stand: 10.02.2022, (25 f.).

²²² Vgl. § 28 des Infektionsschutzgesetzes vom 27.03.2020, BGBl. 2020 I Nr. 14, 587-592 (590).

²²³ Vgl. ArbG Aachen, Urt. v. 11.03.2021 - 1 Ca 3196/20, NZA-RR 2021, 471 ff. (472) Rn. 25.

BGB einschlägig sein. Entsprechend den Voraussetzungen des § 616 S. 1 BGB muss der Leistungshinderungsgrund in der Person des Arbeitnehmers liegen. Diesbezüglich existieren in Rechtsprechung und Literatur gegenteilige Ansichten. Während die einen in der Corona-Pandemie einen objektiven und somit anspruchsausschließenden Leistungshinderungsgrund sehen - so auch das VG Bayreuth, begründen andere Auffassungen das Gegenteil.²²⁴ Die Ansicht des OLG Hamm entspricht der überwiegenden Meinung in der Literatur, dass die Voraussetzung des persönlichen Leistungshinderungsgrundes als erfüllt zu betrachten sei, da die Corona-Pandemie per se kein Leistungshindernis darstelle.²²⁵ Dieses werde erst mit der individuellen Quarantäneanordnung begründet, welche aus dem persönlichen Gefahrenverdacht des Arbeitnehmers resultiere. Der BGH bestätigte in einem Urteil aus dem Jahre 1978, dass diese Voraussetzung bei der Anordnung von Quarantänemaßnahmen aufgrund des in der Person liegenden Infektionsverdachts erfüllt ist.²²⁶

Weiterhin darf der Arbeitsausfall nur eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit andauern. Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie liegen mittlerweile auch zu dieser Voraussetzung erste Gerichtsentscheidungen vor. So stellt bspw. das OVG Lüneburg einen Zeitraum von vier Tagen als verhältnismäßig nicht erheblich fest und folgt dabei der herrschenden Meinung.²²⁷ Das VG Koblenz erachtet eine 14-tägige Quarantäne als im Sinne des § 616 BGB.²²⁸ Als anspruchsausschließend stufte das VG Bayreuth die Dauer von 15 Tagen ein.²²⁹ Der BGH schlug in dem o.g. Urteil einen Zeitraum von sechs Wochen als Obergrenze für die verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit vor, da die Quarantäne dem Wesen nach einer Leistungsverhinderung durch Krankheit entspreche.

Die verschiedenen Auffassungen machen deutlich, dass in der arbeitsrechtlichen Praxis Einzelfallentscheidungen notwendig sind und die Gerichte äußere Umstände, wie bspw. die Dauer des bisherigen Beschäftigungsverhältnisses sowie die Dauer der Leistungsverhinderung, zur abschließenden Beurteilung zurate ziehen.

Sind im Ergebnis alle Voraussetzungen des § 616 BGB erfüllt, bleibt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers während der Quarantäne erhalten.

Hat der Arbeitgeber hingegen die Regelung des § 616 BGB arbeits- oder tarifvertragliche abbedungen oder sind deren Voraussetzungen nicht erfüllt, kann sich ein Vergütungsanspruch letztlich aus § 56 IfSG ergeben. Die Entschädigungsansprüche des IfSG sind aufgrund der Subsidiarität dieser Norm erst in Betracht zu ziehen, soweit sich kein Anspruch gegen den

²²⁴ Vgl. VG Bayreuth, Gerichtsbescheid v. 07.07.2021 - B 7 K 21.222, BeckRS 2021, 18069 Rn. 6.

²²⁵ Vgl. OLG Hamm, Urt. v. 29.10.2021 - 11 U 60/21, BeckRS 2021, 39137 Rn. 24; Hohenstatt/Krois in: NZA 2020, 413 ff. (415); Linck in: Schaub, ArbR-Hdb. § 97 Rn. 25.

²²⁶ Vgl. BGH, Urt. v. 30.11.1978 - III ZR 43/77, BGHZ 73, Rn. 20, 37, juris

²²⁷ Vgl. OVG Lüneburg, Beschl. v. 02.07.2021 - 13 LA 258/21, BeckRS 2021, 18013 Rn. 11 zum Urteil des VG Oldenburg, Urt. v. 26.04.2021 - 7 A 1497/21, BeckRS 2021, 18014 Rn. 3, 15.

²²⁸ Vgl. VG Koblenz, Urt. v. 10.05.2021 - 3 K 108/21, BeckRS 2021, 13969 Rn. 28, 30.

²²⁹ Vgl. VG Bayreuth, Gerichtsbescheid v. 05.05.2021 - 7 K 21.210, BeckRS 2021, 13055 Rn. 29.

Arbeitgeber auf Vergütungszahlung aus anderen Rechtsgrundlagen ergibt.²³⁰ Die Anspruchsvoraussetzungen richten sich nach § 56 Abs. 1 IfSG. Bei Erfüllung der Voraussetzungen erhalten Arbeitnehmer vom Arbeitgeber eine Entschädigung für die Dauer der Quarantäne. Der Anspruch besteht gemäß § 56 Abs. 2, 5 IfSG für höchstens sechs Wochen in Höhe des Verdienstausfalles. Anschließend reduziert sich die Anspruchshöhe auf das Niveau des Krankengeldes. Als Besonderheit gilt zu beachten, dass der Arbeitgeber die Entschädigung auszahlt und somit § 326 Abs. 1 BGB durchbrochen wird. Anschließend kann sich dieser die gezahlte Entschädigung auf Antrag von der zuständigen Behörde gemäß § 56 Abs. 5 IfSG erstatten lassen.

Wie im voranstehenden Gliederungspunkt erwähnt, ist der Anspruch jedoch gemäß § 56 Abs. 1 S. 3 IfSG ausgeschlossen, wenn die Quarantäne vermeidbar gewesen wäre. Dies gilt sowohl für private Reisen in ein Risikogebiet als auch für die Durchführung von Dienstreisen auf Weisung des Arbeitgebers, wenn nach der Rückkehr eine Quarantäne verpflichtend angeordnet ist.²³¹ Hinsichtlich des zweiten Falles richtet sich der Vergütungsanspruch vorrangig nach der Lehre des Betriebsrisikos. Das Risiko, dass der Arbeitnehmer seiner Arbeitspflicht nach der Rückreise nicht nachkommen kann, fällt folglich in den Gefahrenkreis des Arbeitgebers. Der Arbeitgeber hat durch seine Weisung das Leistungshindernis selbst herbeigeführt und muss demzufolge die Vergütung gemäß § 615 S. 3 BGB während der Quarantäne weiterzahlen. Laut Urteil des VG Karlsruhe vom 10.05.2021 hat der Arbeitgeber in diesem Fall keinen Anspruch auf Entschädigung nach dem IfSG.²³²

Im konkreten Fall war der Service-Mitarbeiter eines Maschinenbauunternehmens nach Österreich gefahren, das zu diesem Zeitpunkt als Risikogebiet eingestuft war, um einen Maschinenausfall zu beheben. Der Arbeitnehmer wurde nach dessen Rückkehr von seiner Wohnortgemeinde aufgefordert, sich in eine 14-tägige Quarantäne zu begeben. Während des Quarantänezeitraumes erhielt der Arbeitnehmer von seinem Arbeitgeber weiterhin die Vergütung. Allerdings machte der Arbeitgeber die Erstattung des Fortzahlungsbetrages gegen das Land Baden-Württemberg geltend. Das VG Karlsruhe wies die Klage ab.

Als Begründung führte das VG an, dass der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalles zu tragen habe, weil die verpflichtende Quarantäne nach Reiserückkehr bereits im Zeitpunkt des Reiseantritts vorhersehbar gewesen sei. Die unternehmerische Entscheidung, den Auftrag im Corona-Risikogebiet dennoch anzunehmen und durch den Service-Monteur ausführen zu lassen, sei demnach auf das Weisungsrecht des Arbeitgebers zurückzuführen. Infolgedessen habe der Arbeitgeber die Lohnfortzahlung geleistet, zu der das Unternehmen arbeitsrechtlich verpflichtet gewesen sei. Zudem stellte das VG klar, dass unabhängig von der bereits gezahlten

²³⁰ Vgl. OLG Hamm, Urte. v. 29.10.2021 - 11 U 60/21, BeckRS 2021, 39137 Rn. 22.

²³¹ Es gelten die auf Grundlage des § 36 Abs. 8 IfSG bundeseinheitlich festgelegten Regelungen zur Anmelde-, Quarantäne- und Testnachweispflicht sowie das Beförderungsverbot aus Virusvariantengebieten gemäß der *CoronavirusEinreiseverordnung*.

²³² Vgl. VG Karlsruhe, Urte. v. 10.05.2021 - 9 K 67/21, juris.

Vergütung, der Entschädigungsanspruch ohnehin gemäß § 56 Abs. 1 S. 2 IfSG ausgeschlossen sei, weil die Reise nach Österreich vermeidbar im Sinne des § 56 Abs. 1 S. 3 IfSG gewesen wäre. Laut Urteilsbegründung handele es sich bei der Reparatur des Maschinenschadens nicht um ein höchstpersönliches oder vergleichbares außergewöhnliches Ereignis, sondern es stünden vielmehr unternehmerischer oder finanzieller Interessen des Arbeitgebers im Vordergrund.

Bei arbeitgeberseitig angeordneter Quarantäne trägt der Arbeitgeber gleichermaßen das Vergütungsrisiko nach den Grundsätzen der Betriebsrisikolehre. Entsprechend einem Urteil des ArbG Dortmund bleibt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers erhalten, wenn der Arbeitgeber aus eigenem Antrieb seinen Betrieb schließt oder einen oder mehrere Arbeitnehmer zum Schutz der sonstigen Mitarbeiter in Quarantäne schickt.²³³

In diesem Fall hatte sich ein Arbeitnehmer urlaubsmäßig zwischen dem 11.03.2020 und 15.03.2020 in einer Ferienwohnung in Tirol aufgehalten, ohne das Tirol zum Zeitpunkt des Reisebeginns als Risikogebiet vom RKI eingestuft war. Nach dessen Rückkehr forderte ihn der Arbeitgeber ohne behördliche Anordnung auf, sich in eine zweiwöchige Quarantäne zu begeben. Der Arbeitnehmer kam dieser Aufforderung nach und der Arbeitgeber verrechnete die Positivsalden des Arbeitszeitkontos mit der Sollzeit dieser zwei Wochen. Der Auffassung des Arbeitgebers zufolge seien die Gefahren von Reisen nach Tirol bereits vor dem 13.03.2020 bekannt gewesen, sodass der Arbeitnehmer durch den Antritt der Reise grob fahrlässig gehandelt habe. Daher bestünde kein Vergütungsanspruch für den Quarantänezeitraum. Das ArbG Dortmund gab der Klage statt.

Der Arbeitnehmer habe einen Vergütungsanspruch für den Quarantänezeitraum und somit auch auf Gutschrift des zuvor verrechneten Arbeitszeitsaldos. Ein Erstattungsanspruch nach § 56 IfSG sei bei arbeitgeberseitig angeordneter Quarantäne nicht gegeben, weshalb der Vergütungsanspruch auf Grundlage des § 615 S. 1 und 3 fortbestehe.

Das ArbG Dortmund wies gleichzeitig darauf hin, dass ein entsprechender Entschädigungsanspruch nur bei behördlich angeordneter Betriebsschließung oder Quarantäne in Betracht käme. Dies trifft gegenwärtig allerdings nur auf geimpfte und genesene Arbeitnehmer zu.

4.2 Umgang mit ungeimpften Arbeitnehmern

Im Herbst des vergangenen Jahres hat die Bundesregierung aufgrund der erwarteten vierten Corona-Welle die Corona-Regeln verschärft. Insbesondere für ungeimpfte Personen sollten strengere Maßnahmen gelten als für Geimpfte. Aus diesem Grund mündete die Unterscheidung zwischen geimpften und ungeimpften Arbeitnehmern implizit in einer Anpassung des IfSG. Darin umgesetzt wurde eine bundesweit geltende 3G-Pflicht in Unternehmen sowie der grundsätzliche Ausschluss auf eine Entschädigung nach § 56 IfSG für ungeimpfte

²³³ Vgl. ArbG Dortmund, Urt. v. 24.11.2020 - 5 Ca 2057/20, BeckRS 2020, 43244 Rn. 13.

Personen. Darüber hinaus wird gegenwärtig auf politischer Ebene über die Umsetzbarkeit der bevorstehenden Einführung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht ab dem 16. März 2022 diskutiert.

4.2.1 3G-Pflicht in Unternehmen

Der Beschluss der Bundesregierung, die epidemische Lage zum 24. November 2021 auslaufen zu lassen, hatte eine Anpassung des § 28b IfSG zur Folge. Nach dieser zunächst bis 19. März 2022 bundesweit geltenden Regelung sollen nur Arbeitnehmer, die geimpft, genesen oder aktuell negativ getestet sind, Zutritt zur Betriebsstätte erhalten. Auf Grundlage dessen müssen sich ungeimpfte oder noch nicht genesene Arbeitnehmer täglich testen lassen bzw. sich selbst unter Aufsicht testen. Laut Rechtsprechung des ArbG Offenbach führt die Weigerung des Arbeitnehmers an der Erbringung des erforderlichen Nachweises zur Pflicht des Arbeitgebers, den Zutritt zum Betriebsgelände zu verwehren.²³⁴

Bei der Frage nach dem Vergütungsanspruch in diesem Fall ist zunächst festzustellen, dass der Arbeitgeber die angebotene Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ablehnt und sich demzufolge ein Vergütungsanspruch allenfalls nach § 615 S. 1 BGB richte. Jedoch bietet der Arbeitnehmer durch die Verweigerung des Tests die Arbeitsleistung nicht ordnungsgemäß und damit nicht wie vertraglich geschuldet an, weshalb der Arbeitgeber gemäß § 297 BGB nicht in Annahmeverzug gerät.²³⁵ Unter diesen Umständen ist der Arbeitgeber folglich nicht verpflichtet, die Vergütung zu zahlen und der synallagmatische Grundsatz wird gemäß § 326 Abs. 1 BGB aufrechterhalten. Im Ergebnis kann der Arbeitgeber zunächst die Zahlung der Vergütung verweigern, bis der Arbeitnehmer einen entsprechenden Nachweis erbringt oder schließlich weitere arbeitsrechtliche Konsequenzen einleiten.

4.2.2 Ausschluss von der Entschädigung nach § 56 IfSG

Seit der Einführung des Masernschutzgesetzes am 10.02.2020 regelt § 56 Abs. 1 S. 4 IfSG, dass der Entschädigungsanspruch ausgeschlossen ist, sofern eine angeordnete Quarantäne oder ein Tätigkeitsverbot durch die Inanspruchnahme einer öffentlich empfohlenen Schutzimpfung hätte vermieden werden können.

Die Gesundheitsministerkonferenz beschloss am 22. September 2021, dass dieser Ausschluss gleichermaßen für ungeimpfte Personen in der Corona-Pandemie ab dem 01. November 2021 gelten soll. Dadurch sollen Personen, die das schädigende Ereignis (Tätigkeitsverbot/ Quarantäne) in vorwerfbarer Weise verursacht haben, nicht auf Kosten der Allgemeinheit entschädigt werden.²³⁶ Kann demgegenüber eine Impfunverträglichkeit mittels medizi-

²³⁴ Vgl. ArbG Offenbach, Urt. v. 03.02.2021 - 4 Ga 1/21, BeckRS 2021, 5523 Rn. 26.

²³⁵ Vgl. LAG München, Urt. v. 26.10.2021 - 9 Sa 332/21, BeckRS 2021, 35419 Rn. 84.

²³⁶ Vgl. BT (WD), Ausarbeitung: WD 3 - 3000 - 164/21 und WD 9 - 3000 - 081/21 (4).

nischer Kontraindikation nachgewiesen werden, ist der Anspruch nach § 56 IfSG hingegen nicht ausgeschlossen. Inwiefern Ungeimpfte, die eine empfohlene Schutzimpfung schuldhaft abgelehnt haben, einen vorrangigen Vergütungsanspruch aus §§ 3 EFZG bzw. 616 BGB haben, kann gegenwärtig nicht rechtssicher beurteilt werden. Einschlägige Rechtsprechung bleibt hierzu abzuwarten.

4.2.3 Einführung einer einrichtungsbezogenen Impfpflicht

Mit dem Beschluss des „Gesetzes zur Stärkung der Impfprävention gegen Covid-19 und zur Änderung weiterer Vorschriften im Zusammenhang mit der COVID-19-Pandemie“ durch Bundesrat und Bundestag am 10. Dezember 2021 ist eine Impfpflicht für den Gesundheits- und Pflegebereich verabschiedet worden. Diese Maßnahme soll besonders vulnerable Personen, d. h. insbesondere hochbetagte und pflegebedürftige Menschen sowie Personen mit chronischen Grunderkrankungen, die ein erhöhtes Risiko für schwere oder gar tödliche Covid-19-Krankheitsverläufe haben, schützen. Der Gesetzgeber ist überzeugt, dass Geimpfte und Genesene seltener mit dem Coronavirus infiziert werden und folglich ein geringeres Ansteckungsrisiko von diesen Personen ausgehe als von Ungeimpften.²³⁷ Den Beschäftigten in Gesundheits- und Pflegeberufen komme daher eine besondere Verantwortung zu, da die Betreuung und Pflege dieser Personengruppen einen intensiven und engen Kontakt verlangt.²³⁸

Seit dem 12. Dezember 2021 normiert § 20a im IfSG diese einrichtungsbezogene Impfpflicht. Betroffen sind Personen, die in Gesundheits- und Pflegeeinrichtungen tätig sind. Diese müssen bis zum 15. März 2022 einen Nachweis über ihre vollständige Corona-Impfung oder Genesung erbringen. Zu diesen Einrichtungen gehören § 20a Abs. 1 IfSG u. a. Krankenhäuser, Arztpraxen, Rettungsdienste, Alten- und Pflegeheime sowie ambulante Pflegeeinrichtungen.

Personen, die ab dem 16. März 2022 eine Beschäftigung in einer betroffenen Einrichtung aufnehmen wollen, sind nach § 20a Abs. 3 S. 1 IfSG verpflichtet, vor Tätigkeitsbeginn den Nachweis zu erbringen. Anderenfalls ist deren Beschäftigung gemäß § 20a Abs. 3 S. 5 IfSG untersagt.

Anderes gilt für Personen, die aus medizinischen Gründen nicht gegen das Coronavirus geimpft werden dürfen. Diese müssen dem Arbeitgeber bzw. Gesundheitsamt gemäß § 20a Abs. 1 S. 2 IfSG ein entsprechendes Attest zu der medizinischen Kontraindikation vorlegen. Bestehen seitens des Arbeitgebers Zweifel an der Echtheit des Nachweises oder kommen einzelne, bereits beschäftigte Arbeitnehmer der Nachweispflicht nicht nach, ist das Gesundheitsamt nach § 20a Abs. 2 S. 2 IfSG zu informieren. Dieses kann bspw. gemäß § 20a Abs. 5 S. 3 IfSG gegenüber dem Arbeitnehmer ein Betretungs- bzw. Tätigkeitsverbot aussprechen.

²³⁷ Vgl. BT-Drs. 20/188, S. 2.

²³⁸ Vgl. ibd.

In diesem Fall wird dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung gemäß § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, sodass dem synallagmatischen Grundsatz entsprechend der Vergütungsanspruch nach § 326 Abs. 1 BGB entfällt. Auf eine Anspruchserhaltungsnorm kann in diesem Fall nicht zurückgegriffen werden.

Im gleichen Maße wie bei der Verweigerung des 3G-Nachweises ist der Vergütungsanspruch hinfällig, wenn der Arbeitnehmer die Vorlage des entsprechenden Impf- oder Genesenennachweises im Sinne des § 20a IfSG verweigert.

In beiden vorgenannten Fällen besteht dagegen der reguläre Vergütungsanspruch nach § 611a Abs. 2 BGB, wenn der Arbeitnehmer seine Hauptleistungspflicht im Homeoffice erbringen kann. Diese Rechtsfolgen wurden vom BMG in einer Handreichung vom 16. Februar 2022 bestätigt.²³⁹

Die relativ zeitnahe zeitliche Befristung des § 20a IfSG bis 31. Dezember 2022 birgt neben erheblichen Folgen hinsichtlich der finanziellen Existenzsicherung ungeimpfter Personen auch eine Reihe von ungeklärten arbeitsrechtlichen Fragen. Ungeimpfte Arbeitnehmer dieser Branche fürchten um ihren Arbeitsplatz. Kündigungen dieser Personengruppe führten zudem zu einem noch größeren Personalmangel in dieser Branche.

Aus diesen Gründen gingen beim BVerfG in Karlsruhe bis zum 03. Februar 2022 mehrere Verfassungsbeschwerden, mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zur vorläufigen Aussetzung des Vollzuges der einrichtungsbezogenen Impfpflicht ein.²⁴⁰ Der Erste Senat des BVerfG lehnte mit Beschluss vom 10. Februar 2022 den Antrag ab.²⁴¹ Das BVerfG begründete diese Entscheidung mit besonders hohen Hürden, die bei der Aussetzung eines Gesetzesvollzuges gelten, weil diese einen Eingriff in die originäre Zuständigkeit des Gesetzgebers darstellen.²⁴² Das BVerfG kam nach umfangreicher Folgenabwägung zu dem Ergebnis, dass eine entsprechende einstweilige Anordnung keine Erfolgsaussichten hätte, weil das Risiko gravierender Folgen einer Impfung deutlich geringer sei als die Beschädigung von Leib und Leben vulnerabler Personen.²⁴³

Die endgültige Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde bleibt abzuwarten.

²³⁹ Vgl. BMG, Handreichung vom 16.02.2022, Ausführungen zu Frage 22 (17).

²⁴⁰ Vgl. BVerfG, Pressemitteilung Nr. 12/2022.

²⁴¹ Vgl. BVerfG (Erster Senat), Beschluss vom 10.02.2022 - BVERFG Aktenzeichen 1 BvR 2649/21, BeckRS 2022, 1612.

²⁴² Vgl. ibd. Rn. 11.

²⁴³ Vgl. ibd. Rn. 18,19,23.

5 Fazit und Ausblick

Die Untersuchung des Vergütungsanspruches im Kontext des arbeitsrechtlichen Synallagmas hat gezeigt, dass viele ausschließlich im Arbeitsrecht geltende und vom allgemeinen Leistungsstörungenrecht divergierende Sonderregelungen den Grundsatz zwischen Arbeit und Lohn durchbrechen, wenn der Arbeitnehmer seiner Hauptleistungspflicht nicht nachkommen kann. Die der Nichtleistung zugrunde liegenden Leistungsstörungen können nicht nur aufseiten beider Vertragsparteien auftreten, sondern zudem auf verschiedenste, nicht abschließend darstellbare Leistungshinderungsgründe zurückzuführen sein. Aus diesem Grund ist eine pauschale Beurteilung, ob der jeweilige Tatbestand einen Vergütungsanspruch begründet, nicht möglich.

Diesbezüglich muss zunächst einmal unterschieden werden, ob bereits die Tatsache des Leistungshinderungsgrundes den Vergütungsanspruch kraft gesetzlicher Regelung aufrechterhält, wie dies bspw. infolge des Arbeitsausfalles an Feiertagen während des Erholungsurlaubes oder während der Mutterschutzfristen der Fall ist oder ob anderenfalls die Voraussetzungen einschlägiger, anspruchserhaltender Rechtsnormen erfüllt sind.

Die Arbeit hat erwiesen, dass anspruchsausschließende Gründe zwar einerseits in der Literatur umstritten, jedoch andererseits in unterschiedlichen Rechtsnormen stellenweise kongruent geregelt sind.

Insbesondere führt ein Verschulden des Arbeitnehmers am Leistungshinderungsgrund nicht zur Durchbrechung des synallagmatischen Grundsatzes, sodass folglich die Vergütungspflicht des Arbeitgebers entfällt. Gleichmaßen kann der Vergütungsanspruch ausgeschlossen sein, wenn der Monokausalitätsgrundsatz zur Nichtanwendbarkeit einer konkreten Anspruchsnorm führt. So wird bspw. im ruhenden Arbeitsverhältnis kein Vergütungsanspruch bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit oder an Feiertagen begründet. Über dies ist die Normenhierarchie unumgänglich. Allerdings gleicht in der arbeitsrechtlichen Praxis kein Sachverhalt dem Anderen, sodass Einzelfallentscheidungen stets unabdingbar sind.

Im Falle eines Rechtsstreites zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer obliegt dem Arbeitnehmer, der seinen Vergütungsanspruch einklagt, die Darlegungs- und Beweislast der die Arbeitsleistung ersetzenden Tatbestände. Möchte der Arbeitgeber hingegen den Vergütungsanspruch aufgrund entgegenstehender Fakten ausschließen oder mindern, trägt dieser prinzipiell die Darlegungs- und Beweislast.

Mit dieser Arbeit hat sich herausgestellt, dass die im Hauptteil, dem dritten Kapitel dieser Arbeit untersuchten Anspruchserhaltungsnormen zugleich auf die im voranstehenden Kapitel betrachteten Auswirkungen der Corona-Pandemie anwendbar sind. Allerdings sind coronabegründete Entschädigungsansprüche nach dem Infektionsschutzgesetz ab dem 20. März 2022

aufgrund der von Bund und Länder festgelegten Befristung der Maßnahmen des § 28b IfSG bis 19. März 2022 ausgeschlossen.

Angesichts der am 16. März 2022 bevorstehenden Einführung der einrichtungsbezogenen Impfpflicht in Gesundheits- und Pflegeeinrichtungen ist aus arbeitsrechtlicher Sicht in den kommenden Monaten mit weiteren Klagen gegen diese Maßnahme zu rechnen. Inwiefern nicht impfbereiten Arbeitnehmern auf der Grundlage des ohnehin bis 31. Dezember 2022 befristeten § 20a IfSG eine Kündigung ausgesprochen werden kann, wird die künftige Rechtsprechung zeigen.

Auch wenn die Erbringung der Arbeitsleistung in diesen und einigen anderen bzw. ähnlichen Bereichen aufgrund der Eigenart der Tätigkeit nicht mobil bzw. im Homeoffice möglich sein wird, ist dennoch davon auszugehen, dass die gegenwärtig noch überwiegende Auffassung des Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung in den folgenden Jahren lediglich branchenbezogen erhalten bleiben wird.

Die Umsetzung des im Koalitionsvertrag beabsichtigten Vorhabens zur Einführung von Homeoffice in geeigneten Tätigkeiten ist diesbezüglich von relevanter Bedeutung und bleibt abzuwarten.

Literatur- und Quellenverzeichnis

- Beck'scher Online Kommentar Arbeitsrecht, Rolfs, Christian et al. (Hrsg.), Stand: 01.09.2021, 61. Edition, München 2021 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK-ArbR).
- Beck'scher Online Kommentar BGB, Rolfs, Christian et al. (Hrsg.), Stand: 01.08.2021, 59. Edition, München 2021 (zitiert: Bearbeiter in: BeckOK-BGB).
- Bundesministerium für Gesundheit (BMG), Handreichung zur Impfprävention in Bezug auf einrichtungsbezogene Tätigkeiten, Stand: 16.02.2022, https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/FAQs_zu_20a_IfSG.pdf (letzter Zugriff: 16.02.2022).
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Erfolgloser Eilantrag zur Außervollzugsetzung der „einrichtungs- und unternehmensbezogenen Nachweispflicht“ nach § 20a Infektionsschutzgesetz, Pressemitteilung Nr. 12/2022 vom 11. Februar 2022, <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2022/bvg22-012.html> (letzter Zugriff: 16.02.2022).
- Deutscher Bundestag - Wissenschaftliche Dienste (WD), Ausschluss Ungeimpfter von der Entschädigung nach § 56 IfSG: Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Beurteilung, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 164/21 und WD 9 - 3000 - 081/21, Stand: 23.11.2021, <https://www.bundestag.de/resource/blob/866096/ac2750dadffbe197e335a7683aa180ac/WD-3-164-21-pdf-data.pdf> (letzter Zugriff: 14.02.2022).
- Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, Müller-Glöge, Rudi/ Preis, Ulrich/ Schmidt, Ingrid (Hrsg.), 22. Auflage 2022 (zitiert: Bearbeiter in: ErfK).
- Fuhlrott, Michael/ Fischer, Katharina, Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2020, S. 345-350.
- Joussen, Jacob, Arbeitsrecht und Schuldrechtsreform, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2001, S. 745-751.
- Löwisch, Manfred, Zweifelhafte Folgen des geplanten Leistungsstörungenrechts für das Arbeitsvertragsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2001, S. 465-467.
- Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Band 1: Individualarbeitsrecht I, Kiel, Heinrich/ Lunk, Stefan/ Oetker, Hartmut (Hrsg.), 5. Auflage, München 2021 (zitiert: Bearbeiter in: MHdb ArbR).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, Säcker, Franz Jürgen et al. (Hrsg.), 9. Auflage, München 2021 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo).

- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3: Schuldrecht - Allgemeiner Teil II, Säcker, Franz Jürgen et al. (Hrsg.), 8. Auflage, München 2019 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5: Schuldrecht – Besonderer Teil II, Säcker, Franz Jürgen et al. (Hrsg.), 8. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo).
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6: Schuldrecht – Besonderer Teil III, Säcker, Franz Jürgen et al. (Hrsg.), 8. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: MüKo).
- Mutterschutzgesetz und Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz: Kommentar, Brose, Wiebke/ Weth, Stephan/ Volk, Annette (Hrsg.), 9. Auflage, München 2020 (zitiert: Bearbeiter in: Brose/Weth/Volk).
- Richardi, Reinhard, Der Arbeitsvertrag im Licht des neuen § 611 a BGB, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 2017, S. 36-39.
- Robert Koch-Institut, Wöchentlicher Lagebericht des RKI zur Coronavirus-Krankheit-2019 (COVID-19), Stand: 10.02.2022, S. 1-39, https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Wochenbericht/Wochenbericht_2022-02-10.pdf?__blob=publicationFile (letzter Zugriff: 12.02.2022).
- Sagan, Adam/ Brockfeld, Marius, Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2020, S. 1112-1117.
- Schaub, Günter, Arbeitsrecht von A-Z, Koch, Ulrich (Hrsg.), 25., überarbeitete Auflage, München 2021 (zitiert: Bearbeiter in: Schaub, ArbR-Hdb.).
- Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, I. Buch: Grundbegriffe des Arbeitsrechts, 19. Auflage, München 2021 (zitiert: Bearbeiter in: Schaub, ArbR-Hdb.).
- Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, V. Buch: Die Pflichten des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag, 19. Auflage, München 2021 (zitiert: Bearbeiter in: Schaub, ArbR-Hdb.).
- Schaub, Günter, Arbeitsrechts-Handbuch, IX. Buch, Arbeitsvergütung ohne Arbeitsleistung, 19. Auflage, München 2021 (zitiert: Bearbeiter in: Schaub, ArbR-Hdb.).

Eidesstattliche Erklärung

Ich erkläre hiermit eidesstattlich, dass ich die vorliegende Arbeit selbständig und ohne unerlaubte Hilfe Dritter verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel verwendet habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäß aus Veröffentlichungen stammen, sind als solche kenntlich gemacht.

Diese Arbeit lag in gleicher oder ähnlicher Weise noch keiner Prüfungsbehörde vor und wurde bisher noch nicht veröffentlicht.

Leipzig, den 25.02.2022

Unterschrift: