

Inhaltsverzeichnis

Einführung	17
A. Problemaufriss und Forschungsfrage	17
B. Forschungsmethode	19
C. Gang der Arbeit	20
§ 1. Das Betriebsrisiko im Kontext der Änderungen des § 615 BGB	23
A. Einführung in die Ansätze zu Betriebsrisiko und § 615 BGB	23
B. Die Auswirkungen der Einfügung des § 615 S. 3 BGB	28
I. Darstellung der Gesetzesänderung und der Gesetzgebungsmaterialien	28
1. Änderungen am Normtext	28
2. Gesetzgebungsmaterialien	28
II. Auslegung der Gesetzesänderung	30
1. Grammatische Auslegung	30
2. Auswertung der Gesetzgebungsmaterialien – Genetische Auslegung	31
a) Gesetzlicher Verweis auf die Grundsätze der Rechtsprechung	31
b) Stand des Verweises auf die Rechtsprechung zum Betriebsrisiko	32
c) Interpretation des Konkretisierungsauftrags	34
d) Ergebnis	36
3. Systematische Auslegung	36
4. Historische Auslegung	38
a) Grundzüge der historischen Entwicklung	38
b) Folgerungen der Literatur	39
c) Stellenwert der historischen Auslegung bei § 615 S. 3 BGB	41
aa) Subjektive Auslegung	42
bb) Historische Auslegung und Gesetzesbindung	43
cc) Berufung auf historische Autoritäten	44
dd) Vorverständnisse bei § 615 S. 3 BGB	47

d) Verfassungsrechtliche Grenzen der Auslegung	49
5. Teleologische Auslegung	51
6. Ergebnis	52
III. Abgrenzung: Annahmeverzug vs. Unmöglichkeit	52
IV. § 615 S. 3 BGB – eine Rechtsfolgenverweisung	56
V. Ergebnis	57
C. § 615 S. 3 BGB – das Betriebsrisiko	58
I. Betriebsrisiko (§ 615 S. 3 BGB) – ein ungeklärter Begriff	58
II. Entwurf eines Allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes von 1923	59
III. Ansätze der Rechtsprechung	61
1. Anfänge in der Rechtsprechung von RG und RAG	62
2. Die Rechtsprechung des BAG	63
a) Anfänge	63
b) Weiterentwicklung in den Folgejahren	65
c) Abspaltung des Arbeitskampftrisikos	66
d) Entwicklung nach der Schuldrechtsmodernisierung	69
e) Zusammenfassung: Kriterien des BAG	70
IV. Ansätze der Literatur	71
1. Verankerung im allgemeinen Zivilrecht	71
2. Arbeitsrechtliche Schutzgrundsätze als Wertungsgrundlage	73
a) Der Ansatz von Wiedemann	73
b) Der Ansatz von Kalb	74
c) Der Ansatz von Koller	75
d) Ähnliche Argumentationen in jüngerer Zeit	77
3. Der Arbeitgeber als „soziale Anstalt“	78
4. Stellungnahme	79
5. Interpretation nach der Schuldrechtsmodernisierung	80
6. Existenzsicherung: Keine Aufgabe des § 615 S. 3 BGB	81
7. Zusammenfassung	82
V. Restrukturierung des Betriebsrisikos	82
1. Notwendigkeit einer Begrenzung	82
2. Anwendungsbereich: Beiderseits nicht zu vertretende Unmöglichkeit	84
3. Vorläufige Ausklammerung des Kurzarbeitergeldes	84

4. Eigener Ansatz zur Bestimmung des Betriebsrisikos	85
a) Betriebsrisiko bei Entgeltfortzahlung und Haftungsprivilegierung	86
aa) Rechtsprechung zum innerbetrieblichen Schadensausgleich	88
(1) Anfänge in der Rechtsprechung des RAG	88
(2) Anfängliche Rechtsprechung in der Bundesrepublik	89
(3) Rechtsprechung unmittelbar vor der Schuldrechtsmodernisierung	91
(4) Ergebnis	92
bb) Weisungsrecht als Wertungsgrundlage des Betriebsrisikos	93
(1) Fremdnützigkeit	94
(2) Absorptionsgedanke	96
(3) Weisungsrecht	97
(4) Einheitliche Begriffsinterpretation als systematisches Argument	100
(5) Weitere Begründungszüge	102
(6) Ergebnis	102
b) Ableitung des Weisungsrechts	103
aa) „Besonderheiten des Arbeitsrechts“	103
bb) Störungen beim Dienstvertrag	105
cc) Weisungsabhängigkeit als Abgrenzungsfaktor	107
dd) Ergebnis	109
c) Abgrenzung zur Herleitung aus dem arbeitsrechtlichen Schutzprinzip	110
d) Betriebsrisiko als „Quasi-Gefährdungshaftung“	111
aa) Zurechnungsgrund bei Zufall	111
bb) Unterschiede zur Gefährdungshaftung	113
cc) Gemeinsamkeiten mit der Gefährdungshaftung	114
(1) Charakteristika der Gefährdungshaftung	114
(2) Zufall und Risiko	114
(3) Grundparallelen beim Betriebsrisiko	115
dd) Rückschlüsse auf das Betriebsrisiko	117
(1) Grenzen der Gefährdungshaftung	117
(2) Übertragung des Gedankengangs	118
(3) Grenzen des Betriebsrisikos	119

(4) Flächendeckende Störung	120
(5) Höhere Gewalt als Grenze	121
(6) Unterschiede zur abstrakten Beherrschbarkeit bei Koller	125
ee) Betriebsrisiko als „Quasi-Gefährdungshaftung“	126
ff) § 615 S. 3 BGB: Keine Anspruchsgrundlage	127
e) Existenzvernichtung	129
f) Zusammenfassung: Die Bestimmung des Betriebsrisikos	132
g) Abweichende Begründungsansätze in Entscheidungen der Rechtsprechung	133
aa) Nürnberger Brandunglück	134
bb) Brand in besonders feuergefährdetem Betrieb	135
cc) Stellungnahme	136
h) Abdingbarkeit des Betriebsrisikos	137
D. Das Wirtschaftsrisiko	139
E. Verhältnis zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht	140
§ 2. Betriebsrisiko in der Pandemie	143
A. Betriebsstörungen in der Pandemie	143
B. Überblick: Rechtsprechung anlässlich der pandemiebedingten Betriebsschließungen	145
C. Verhältnis zu Ansprüchen aus dem IfSG	146
D. Ausgangsbeispiel	148
E. Grundsätzliche Einordnungsfragen	151
I. Staatliches Verbot als rechtliche Unmöglichkeit	151
II. Staatliches Verbot als Störungsursache	152
F. Betriebsrisiko des Arbeitgebers	155
I. Betriebsbezug	156
II. Exkurs: Vergleich zu den Fällen des Smog-Alarms	157
III. Betriebsort als beeinflussbare Eigenschaft	159
IV. Versicherbarkeit: Keine Frage der Betriebsrisikozuweisung	160
1. Versicherbarkeit von Pandemiefolgen	160
a) Rechtliche Kriterien der Versicherbarkeit	160

b) Versicherungsmathematische und wirtschaftliche Grenzen	162
2. Bedeutung der Versicherbarkeit bei der Risikozuweisung	165
3. Auswirkungen eines bestehenden Versicherungsschutzes	167
V. Vorhersehbarkeit und Einkalkulierbarkeit	168
1. Vorhersehbarkeit	169
2. Einkalkulierbarkeit	170
3. Vorhersehbarkeit und Einkalkulierbarkeit als Maßstäbe der höheren Gewalt	171
VI. Betriebsrisiko und „einrichtungsbezogene Impfpflicht“	172
G. Abgrenzung von Wirtschafts- und Betriebsrisiko	173
I. Einführung in die Problemstellung	173
II. Fallbeispiel	174
§ 3. Charakteristika des Kurzarbeitergeldes	179
A. „Erfolgsmodell“ Kurzarbeitergeld	179
B. Einbeziehung der Sozialversicherung	182
C. Persönlicher Anwendungsbereich	183
D. Erheblicher Arbeitsausfall – die sachlichen Voraussetzungen	183
I. Arbeitsrechtliche Seite des Kurzarbeitergeldes	184
II. Unabwendbarkeit und Unvermeidbarkeit	186
III. Kurzarbeitergeldanspruch bei fehlender Entgeltfortzahlungspflicht	187
IV. Zeitliche Begrenzung des Kurzarbeitergeldes	190
V. Anspruchsinhaberschaft, Anzeige- und Antragsersfordernis	191
VI. Ergebnis	192
§ 4. Wechselwirkungen von Kurzarbeitergeld und Betriebsrisiko	193
A. Ansätze zum Verhältnis von Zivil- und Sozialrecht	194
I. Prinzipien zum Verhältnis von Zivil- und Sozialrecht (Deinert)	195
II. Auflösung rechtsgebietsübergreifender Normenkollisionen (Prütting)	196

B. Gegenüberstellung der Zwecke	198
I. Zweck der Betriebsrisikozuweisung	199
II. Zweck des Kurzarbeitergeldes	200
1. Zwecke des Kurzarbeitergeldes in der Diskussion	200
2. Anhaltspunkte in Gesetz und Gesetzesbegründung	200
3. Zweckbestimmung als Frage der (rechtlichen) Perspektive	203
III. Gegenüberstellung der Zwecke und Funktionen	205
1. Unterschiedlicher Anwendungsbereich und Perspektive	205
2. Anspruchsinhaberschaft	207
IV. Bestehende Ansätze zu Kurzarbeitergeld und Risikozuweisung	207
1. Entbehrlichkeit der Risikoverteilung (Ehmann und Eichenhofer)	207
2. Stellungnahme	209
3. Verdrängung der Risikoverteilung (Heinze)	211
4. Stellungnahme	212
a) Einordnung in das System sozialversicherungsrechtlicher Ansprüche	213
b) Verlust des vertraglichen Anspruchs durch den Arbeitnehmer	215
5. Der Ansatz Deinerts	215
6. Stellungnahme	216
7. Zusammenfassung	217
V. Widerspruch zwischen Betriebsrisikozuweisung und Kurzarbeitergeld	217
1. Vorüberlegungen	217
2. Grundlegende Einordnung des möglichen Widerspruchs	218
3. Verhältnis von Auslegung und Feststellung eines Wertungswiderspruchs	220
4. Begründung des Wertungswiderspruchs	221
a) Tragung der Sozialversicherungsbeiträge	222
b) Herausgehobene Verfahrensstellung des Arbeitgebers beim Kurzarbeitergeld	224
c) Belastende Anforderungen an die Kurzarbeitergeldgewährung	225

d) Zusammenfassende Feststellung des Wertungswiderspruchs	226
VI. Auflösung des Wertungswiderspruchs	227
1. Ansatzpunkte für eine Auflösung des Wertungswiderspruchs – „Ausstrahlungsthese“	228
2. Schranken der Ausstrahlungswirkung des Sozialrechts	229
3. Denkbare Umsetzungsmöglichkeiten	231
a) Erweiterung des Betriebsrisikos des Arbeitgebers	231
aa) Grundlegendes	231
bb) Zeitlicher Beginn der Modifikation	232
cc) Sonderkonstellationen im Antragsverfahren	233
dd) Einzelfragen des arbeitsrechtlichen Anspruchs	234
b) Schadenersatzanspruch bei unterlassener Herbeiführung von Kurzarbeitergeld	235
aa) Nebenleistungspflichtverletzung bei Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge	236
bb) Nebenleistungspflichtverletzung ohne Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge	237
c) Teleologische Reduktion der Sozialversicherungsbeiträge	240
4. Vergleich der Varianten vor dem Hintergrund des Optimierungsgebots	241
5. Ungleichbehandlung der nicht Kurzarbeitergeldberechtigten	242
a) Geringfügig Beschäftigte	242
b) Sonstige vom Kurzarbeitergeld ausgeschlossene Gruppen	244
VII. Ergebnis	245
VIII. Erneute Betrachtung des Ausgangsbeispiels	245
§ 5. Arbeitsausfall aus mehreren Gründen	247
A. Zusammentreffen von Wegerisiko und Betriebsrisiko	247
I. Grundlegende Einordnung des Wegerisikos	247
II. Beispielsfall	249
III. Grundsatz und Ausnahme	250
IV. Allgemeine Kollisionsregeln	251
1. Lex-posterior Grundsatz	251
2. Lex-specialis Grundsatz	252

V. Bestehende Ansätze und Argumentationszüge	252
1. Grundlegendes zur Auflösung vergleichbarer Konkurrenzsituationen	252
2. Ansichten zum Zusammentreffen von Wege- und Betriebsrisiko	254
a) Auflösung nach zeitlicher Priorität	254
b) Erst-Recht-Schluss von der Annahmewilligkeit auf die Annahmefähigkeit	256
c) Chancen und Grenzen der Betrachtung als Kausalitätsproblem	257
aa) Doppelkausalität	257
bb) Zwischen Kausalitäts- und Zurechnungsfrage	258
3. Lösung des Problems auf der Ebene allgemeiner Anspruchskonkurrenz	260
a) Teilung des Lohnanspruchs	261
b) Auflösung der Anspruchskonkurrenz	262
aa) Wertungsgrundlagen	262
bb) Intendierte Besserstellung beim Betriebsrisiko	263
cc) Fehlende Pflicht zum Erscheinen am Arbeitsort	264
c) Ergebnis	265
B. Beiderseits nicht zu vertretende Unmöglichkeit (ohne Betriebsrisiko) und Wegerisiko	265
C. Zusammentreffen von Absonderungsanordnung und Betriebsrisiko	266
D. Kurzarbeitergeld und mehrfach bedingter Arbeitsausfall	267
E. Aufeinandertreffen von Wirtschaftsrisiko und § 615 S. 3 BGB	269
F. Betriebsrisiko bei mehrfach bedingtem betrieblichem Arbeitsausfall	270
§ 6. Betriebsrisiko – de lege ferenda	271
A. Diskussionsentwurf (<i>Henssler</i> und <i>Preis</i>)	271
B. Modell „Österreich“, § 1155 ABGB	272
C. Vorüberlegungen	274
I. Inhalte einer Neuregelung	274
II. Standorte einer Neuregelung	275

D. Umsetzungsvorschläge	275
I. Klarstellende Änderung	275
II. Vollständige Risikozuweisung	276
E. Ergebnis	277
Schlussbetrachtung	279
A. Einordnung des Betriebsrisikos	279
B. Betriebsrisiko in der Pandemie	280
C. Betriebsrisiko und Kurzarbeitergeld	281
D. Fälle mehrfach bedingten Arbeitsausfalls	282
E. Gedanken zu einer Neuregelung	283
Literaturverzeichnis	285