

## Kurzvermerk

**Bundesarbeitsgericht**, Urteil vom 13. Oktober 2021 – 5 AZR 211/21 –

### Sachverhalt

Die Klägerin, "Minijobberin", begehrte mit ihrer Leistungsklage von der Beklagten, die einen Handel mit Nähmaschinen und Zubehör betreibt, die Zahlung ausgefallenen Arbeitsentgelts für April 2020 i.H.v. 432,00 €. Sie konnte der Arbeit nicht nachgehen, da infolge der "Allgemeinverfügung über das Verbot von Veranstaltungen, Zusammenkünften und der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus" der Freien Hansestadt Bremen vom 23. März 2020 das Ladenlokal geschlossen war.

Nachdem die Vorinstanzen der Klage und somit dem Begehren der Klägerin stattgegeben haben, hob das Bundesarbeitsgericht (BAG) das Urteil auf und wies die Klage ab.

### Erwägungen zu den Gründen<sup>1</sup>

Das Urteil des BAG war überraschend, oder "ein Paukenschlag"<sup>2</sup> – denn vermeintlich bricht es mit einer bislang eher trennscharfen Zuordnung der Betriebsrisiken zwischen Arbeitnehmer\*innen und Arbeitgebern – u.a. basierend auf dem Grundsatz, dass Arbeitsrecht primär Arbeitnehmerschutzrecht ist. So kamen auch die Vorinstanzen<sup>3</sup> unproblematisch zu dem Ergebnis, dass " ...die während der Corona-Pandemie eingetretene Situation, dass behördliche Schließungen einerseits großflächig angeordnet und auch für längere Zeiträume aufrechterhalten worden sind, ... auf der Ebene der arbeitsvertraglichen Risikozuweisung nichts Entscheidendes (ändert)<sup>4</sup> – und also der Risikosphäre der Arbeitgeber zugeordnet wurden.

Das BAG sieht im Falle der Minijobberin aus Niedersachsen das aber anders: nicht eine Naturkatastrophe oder ähnliches hat die Unmöglichkeit, der Arbeit nachzukommen, verursacht, sondern der Staat, der pandemiebedingt großflächig den Lock down `verordnete`.

Somit sieht das BAG `eigentlich` den Staat als Verursacher des "Nicht-Arbeiten-Könnens" und des "Den-Arbeitsplatz-nicht-anbieten-könnens" und folgert, dass " ...es ... Sache des Staates (ist), gegebenenfalls für einen adäquaten Ausgleich der den Beschäftigten durch den hoheitlichen Eingriff entstehenden finanziellen Nachteile – wie es zum Teil mit dem erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld erfolgt ist – zu sorgen"<sup>5</sup>

Da geringfügig Beschäftigte im sozialversicherungsrechtlichen Regelungssystem aber nicht im SGB-III-Bereich berücksichtigt sind, ist es – das ist das BAG eindeutig – Aufgabe des Gesetzgebers, de lege ferenda diese Lücke ggf. zu schließen.

### Schlussfolgerungen:

Man wird darum streiten können, ob das BAG mit seinem Urteil tatsächlich die Betriebsrisikolehre zugunsten der Arbeitgeber (AG) aufweicht oder "nur" einen Dritten (Staat) sieht, der für den hier streitumfangenen Umstand (eher moralisch als de jure) einzustehen hat. Die Tatsache, dass die Instanzgerichte – und nicht nur die in Niedersachsen – soweit ersichtlich solche Fälle in der Risikosphäre der AG sahen, lässt vermuten, dass in anderen nicht eindeutig definierbaren Fällen aber nun es auch zu einer "Aufweichung" kommen kann.

Wir kennen derzeit natürlich nicht die genaue Begründung des BAG-Urteils; aus und in ihr wird sich näher zeigen, ob der "staatliche Eingriff" tatsächlich eine besondere Gattung von Zuordnung rechtfertigt, der nicht vergleichbar einer "Naturgewalt" ist. Klarstellende Worte im Urteil könnten hier Arbeitnehmer\*innen `beruhigen`.

Klar ist, dass das BAG eine Regelungslücke im Sozialrecht zulasten der Minijobber sieht, die zu schließen es für opportun hält. Gewerkschaften kann das motivieren, weiterhin und nun erst Recht die gleichberechtigte sozialversicherungsrechtliche Behandlung aller Arbeitsverhältnisse zu fordern; denn so Recht verständlich ist es nicht, warum die "Arbeitskraft" im Minijobverhältnis "billiger" als im `Normalarbeitsverhältnis` ist.

Bertold Brücher<sup>6</sup>, 14. Oktober 2021

<sup>1</sup> das abgesetzte Urteil liegt zum Zeitpunkt der Erstellung des Vermerks noch nicht vor; es wird sich alleine auf die Pressemitteilung des BAG Nr. 31/2021 v. 13.10.2021 bezogen

<sup>2</sup> so Prof. Dr. Michael Fuhlrott in BAG zum Betriebsrisiko bei behördlicher Schließung: Kein Lohnanspruch bei Corona-Lockdown . In: Legal Tribune Online, 13.10.2021 , [https://www.lto.de/persistent/a\\_id/46345/](https://www.lto.de/persistent/a_id/46345/) (abgerufen am: 14.10.2021)

<sup>3</sup> ArbG Verden, Urteil vom 29. September 2020 – 1 Ca 391/20; LAG Niedersachsen, Urteil vom 23.03.2021 – 11 Sa 1062/20

<sup>4</sup> LAG Niedersachsen, Urteil vom 23. März 2021 – 11 Sa 1062/20 –, juris

<sup>5</sup> Pressemitteilung des BAG Nr. 31/2021 v. 13.10.2021

<sup>6</sup> Bertold Brücher ist Referatsleiter in der DGB Bundesvorstandsverwaltung