

Professor Dr. Adam Sagan und Wiss. Mitarbeiter Marius Brockfeld*

Arbeitsrecht in Zeiten der Corona-Pandemie

Der Beitrag gibt einen Überblick über die wichtigsten Rechtsfragen, die die aktuelle Corona-Pandemie im Arbeitsrecht aufwirft. Schwerpunktmäßig geht es dabei um Aufklärung (II), Prävention (III), Arbeitspflicht (IV), Arbeitsort (V), Arbeitszeit (VI), einschließlich Kurzarbeit und Risikoverteilung bei Betriebsschließungen, sowie betriebliche Mitbestimmung (VII). Eingegangen wird auch auf jüngst in Kraft getretene arbeits- und sozialrechtliche Regelungen zur Abfederung der Pandemie-Folgen.

I. Einleitung: Die Rolle des Arbeitsrechts in der Pandemie

In beispielloser Geschwindigkeit hat sich das Corona-Virus (SARS-CoV-2/Covid-19) über den gesamten Erdball verbreitet. Inzwischen sind alle Bundesländer betroffen. Die Pandemie wirkt sich auf alle Bereiche des gesellschaftlichen Lebens, auch auf die Wirtschaft und den Arbeitsmarkt aus. Die Arbeitsmarktforschung prognostiziert, dass die Gesamtzahl der Arbeitsstunden in diesem Jahr deutlich schrumpfen und sich die Zahl der Arbeitslosen erheblich ausweiten wird.¹

Das Arbeitsrecht befindet sich in dieser Situation in einem Dilemma. Einerseits bestehen auch am Arbeitsplatz Infektionsgefahren, die es bestmöglich zu bekämpfen gilt. Hier kann das Arbeitsrecht seinen Beitrag zur Gefahrenabwehr leisten und darf die Arbeitspflicht nicht so weit reichen lassen, dass sie die Verbreitung der Pandemie begünstigt und die Wirksamkeit öffentlich-rechtlicher Kontaktbeschränkungen konterkariert wird. Andererseits sollte das Arbeitsrecht nicht so streng sein, dass es die sich abzeichnende Wirtschaftskrise zusätzlich verschärft. Werden zu viele Arbeitsprozesse unterbrochen, würden die Bevölkerung und die staatlichen Stellen mittelfristig von Ressourcen abgeschnitten, die zur Bekämpfung der Pandemie notwendig sind.

Die Arbeitsrechtspraxis sollte einen gesunden Mittelweg finden. Die Dringlichkeit der Gefahrenlage lässt sich nicht leugnen, wengleich in medizinischen Fachzirkeln unterschiedliche Auffassungen bestehen. Positionen, die allein vulnerable Gruppen schützen, der Pandemie im Übrigen zur Herstellung so genannter Herdenimmunität freien Lauf lassen wollten, haben sich in der Bundesrepublik nicht durchgesetzt. Der Bund und die Länder haben sich auf einschneidende Maßnahmen zur Kontaktreduktion verständigt, in denen sich der geschilderte Zielkonflikt widerspiegelt. Die verschiedenen Beschränkungen gelten etwa nicht für den Weg zur Arbeit, berufliche oder zur Aufrechterhaltung des Arbeits- und Dienstbetriebs erforderliche Tätigkeiten.² Insgesamt sollte sich das Arbeitsrecht an der Risikoeinschätzung und den Maßnahmen staatlicher Akteure und der Expertise der sie beratenden öffentlichen Stellen, insbesondere des Robert-Koch-Instituts (RKI), orientieren.

II. Aufklärung

1. Anzeigepflichten

Grundsätzlich unterliegt ein arbeitsunfähiger Arbeitnehmer keiner Verpflichtung, dem Arbeitgeber mitzuteilen, an wel-

cher Krankheit er leidet.³ Daran wird man im Ausnahmefall der Pandemie nicht ohne Abstriche festhalten können, da in der Regel ein Infektionsrisiko für andere Arbeitnehmer besteht. Der Arbeitgeber kann sie wirksam nur schützen, wenn er von der Corona-Erkrankung Kenntnis hat. Aufgrund seiner in den §§ 15 I, 16 I ArbSchG konkretisierten Rücksichtnahmepflicht (§ 241 II BGB) hat der Arbeitnehmer eine diagnostizierte Corona-Erkrankung dem Arbeitgeber grundsätzlich anzuzeigen. Das gilt nicht, wenn er in der maximalen Inkubationszeit von 14 Tagen⁴ keinen persönlichen Kontakt mit anderen Arbeitnehmern hatte. Bei bloßen Krankheitsanzeichen wird eine Mitteilung erforderlich sein, wenn ein begründeter Verdachtsfall iSv § 1 CoronaVMeldeV⁵ vorliegt.

Der Arbeitnehmer muss grundsätzlich auch Gesundheitsgefahren anzeigen, die von anderen Arbeitnehmern ausgehen, doch kann dies mit Rücksicht auf die betroffenen Persönlichkeitsrechte und zum Schutz vor Stigmatisierungen nur in besonderen Ausnahmefällen gelten, zumal die Symptome einer Corona-Infektion einer Grippe nicht unähnlich sind.⁶ Der Arbeitgeber darf die Identität erkrankter Arbeitnehmer innerbetrieblich nur bekannt machen, wenn dies zur Eindämmung der Infektion unabweisbar ist.⁷

2. Auskunftsrechte

Grundsätzlich zulässig ist die Frage des Arbeitgebers, ob ein Arbeitnehmer zu einer erkrankten Person Kontakt hatte oder sich an einem Ort aufgehalten hat, für den eine Reisewarnung des Auswärtigen Amtes bestand oder der in einem vom RKI ausgewiesenen Risikogebiet liegt (hier sog. Gefahrengebiet). Nur so kann der Arbeitgeber seiner Pflicht nachkommen, die zum Schutz der anderen Arbeitnehmer erforderlichen Maßnahmen zu treffen (§ 618 BGB, § 3 I ArbSchG). Einen konkreten Ort muss der Arbeitnehmer nicht nennen. Eine damit verbundene Erhebung und Verarbeitung personenbezogener (Gesundheits-)Daten ist nach Art. 6 I Buchst. c, 9 I Buchst. b DSGVO iVm §§ 26 III 1, 22 I Nr. 1 Buchst. b BDSG gerechtfertigt.⁸

3. Gesundheitskontrollen

Fraglich ist, ob der Arbeitgeber berechtigt ist, den Gesundheitszustand der Arbeitnehmer zu überprüfen. Hat er den

* Der Autor Sagan, MJur (Oxon), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, europäisches und deutsches Arbeitsrecht an der Universität Bayreuth. Der Autor Brockfeld ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

1 IAB-Kurzbericht 7/2020, 5 (www.iab.de; alle zitierten Webseiten zuletzt abgerufen am 30.3.2020).

2 § 3 III 1 CoronaVO (BWGBl. 2020, 120); Nr. 5 Buchst. a Vorläufige Ausgangsbeschränkung v. 20.3.2020 (BayGVBl. II 2020 Nr. 11); § 11 III Nr. 2 Buchst. a SARS-CoV-2-EindV (BBGVBl. II 2020 Nr. 10).

3 Vgl. Sievers in NK-GA 2016, § 5 EFZG Rn. 9.

4 RKI, SARS-CoV-2 – Steckbrief (alle Beiträge des RKI sind zit. nach www.rki.de).

5 BAnz AT 31.1.2020 V1.

6 Vgl. Schmidt/Novara DB 2009, 1817 (1819).

7 Bonanni ArbRB 2020, S1.

8 IE BfDI, Datenschutzrechtliche Informationen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie (www.bfdi.bund.de); LfDI BW, FAQ Corona (baden-wuerttemberg.datenschutz.de).

begründeten Verdacht, dass ein Arbeitnehmer infiziert ist, kann er die Beibringung eines (amts-)ärztlichen Attests oder eine betriebsärztliche Untersuchung verlangen.⁹

Ob Fiebermessungen am Werkstor sinnvoll sind, ist zweifelhaft. Eine erhöhte Körpertemperatur muss nicht auf einer Corona-Infektion beruhen. Das RKI hält bei Veranstaltungen Eingangsscreenings auf Krankheitsanzeichen aber für eine geeignete Präventionsmaßnahme.¹⁰ Grundsätzlich wird der Arbeitgeber jedenfalls nicht anlasslose Kontrollen aller Beschäftigten nach § 106 S. 2 GewO anordnen können. Das kann sich etwa dann ändern, wenn der Betrieb von Corona-Erkrankungen betroffen ist oder sich in der Nähe eines Infektionsherdes befindet.

III. Prävention

Die vom Arbeitgeber zum Schutz der Arbeitnehmer zu ergreifenden Maßnahmen ergeben sich aus dem öffentlichen Recht und darauf beruhenden Anordnungen der staatlichen Behörden (allg. §§ 3 f. ArbSchG). Der Schutzstandard wird durch besondere Arbeitsschutzvorschriften konkretisiert (zB JArbSchG, ArbStättV, BetrSichV, BioStoffV). Zu diesen Maßnahmen ist der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern privatrechtlich verpflichtet (§§ 241 II, 618 I BGB). Im Allgemeinen muss er die ihm zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um die Arbeitnehmer möglichst wirksam vor einer Corona-Infektion zu schützen.¹¹ Die Pandemie gebietet, bisherige Maßnahmen den geänderten Gegebenheiten anzupassen (§ 3 I 2 ArbSchG). Für jeden Arbeitsplatz oder jede Tätigkeitsgruppe ist die aktuelle Gefährdung neu zu beurteilen (§ 5 I, II und III Nr. 3 ArbSchG), worauf der Arbeitnehmer einen Anspruch hat.¹²

Denkbare, gegebenenfalls gebotene Maßnahmen sind:

- Unterrichtung und Beratung, so dass der Arbeitnehmer Gefahren eigenverantwortlich vermeiden kann (allg. § 81 I 2, III BetrVG, § 12 I 4 ArbSchG),¹³
- Regelung zu Personenabständen, Husten- und Niesetikette, Verbot des Händeschüttelns usw.,
- Regelungen und Einrichtungen zur Handhygiene,
- Meidung und Dokumentation persönlicher Kontakte, einschließlich des Publikumsverkehrs,
- Verlegung des Arbeitsortes, insbes. an den Wohnsitz des Arbeitnehmers (sog. Homeoffice),
- Einschränkung oder Schließung von Gemeinschaftsräumen,
- physische Barrieren (zB sog. Spuckschutz),
- Verkürzung von Reinigungsintervallen und angemessene Belüftung,
- gem. § 4 Nr. 6 ArbSchG besonderer Schutz vulnerabler Arbeitnehmergruppen (ab einem Alter von 50 bis 60 Jahren, Raucher, Arbeitnehmer mit geschwächter Immunabwehr oder einschlägigen Vorerkrankungen) sowie,
- insbes. beim Umgang mit Erkrankten, angemessene Schutz-ausrüstung (Atemschutz, Handschuhe usw.).

Welche Maßnahmen angezeigt sind, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls. Wird dem Infektionsrisiko angemessen begegnet, kann der Arbeitnehmer nicht bestimmte Schutzmaßnahmen nach seiner Wahl verlangen.¹⁴ Ein Arbeitnehmer, dessen berechtigter Beschwerde über unzureichenden Schutz der Arbeitgeber nicht abhilft, darf sich

nach § 17 II ArbSchG an die zuständige Behörde wenden und deswegen nicht benachteiligt werden. Der Arbeitnehmer kann die Ermessensentscheidung des Arbeitgebers für bestimmte Schutzmaßnahmen gerichtlich am Maßstab des § 315 BGB überprüfen lassen.¹⁵

IV. Arbeitspflicht, Leistungsverweigerung und Vergütung

1. Erkrankung des Arbeitnehmers

Erkrankt ein Arbeitnehmer am Corona-Virus, wird er nach § 275 I oder III BGB¹⁶ von der Arbeitspflicht frei und kann nach Maßgabe des EFZG Entgeltfortzahlung verlangen. Das ist ausgeschlossen, wenn er die Erkrankung iSd § 3 I EFZG verschuldet hat, weil er grob gegen innerbetriebliche Schutzmaßnahmen verstoßen oder sich die Infektion leichtfertig in einem Gefahrengebiet zugezogen hat.¹⁷ Die Kassenärztliche Bundesvereinigung und der GKV-Spitzenverband haben übergangsweise eine Sonderregelung vereinbart. Bei einer leichten Erkrankung der oberen Atemwege kann nach einer telefonischen Anamnese eine Arbeitsunfähigkeit für die Dauer von bis zu 14 Tagen bescheinigt werden.¹⁸

2. Quarantäne und Tätigkeitsverbote

Wird ein Arbeitnehmer nur wegen eines Verdachts behördlich unter Quarantäne gestellt (§ 30 IfSG), wird er nur ausnahmsweise seine Arbeitsleistung noch erbringen können. In der Regel wird dies, erst recht bei einem Tätigkeitsverbot (§ 31 IfSG), rechtlich unmöglich sein (§ 275 I BGB). Sind die behördlichen Maßnahmen nur für eine „nicht erhebliche Zeit“ angeordnet, kann der Entgeltanspruch nach § 616 BGB aufrechterhalten bleiben. In diesem Sinne hat der BGH vereinzelt, aber zu weitgehend einen Zeitraum von sechs Wochen als unerhebliche Zeit angesehen.¹⁹

Besteht kein Anspruch nach § 616 BGB, erhält der Arbeitnehmer eine Entschädigung nach § 56 IfSG. Sie wird in den ersten sechs Wochen vom Arbeitgeber ausgezahlt, der seinerseits von der zuständigen Behörde Erstattung und einen Vorschuss verlangen kann (§ 56 V, XII IfSG). Dabei bleibt es, wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit arbeitsunfähig ist, da die Arbeitsleistung nicht allein²⁰ wegen der Erkrankung, sondern wegen der öffentlich-rechtlichen Zwangswirkung der behördlichen Maßnahme unterbleibt. § 56 IfSG geht § 3 EFZG vor.²¹ Die Entschädigung bleibt dann nur in der Höhe des Betrags bestehen, der bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu zahlen war (§ 56 VII 1 IfSG). Erhält der Arbeitnehmer

9 Vgl. BAG NZA 1998, 326 (327) = NJW 1998, 1582 Ls.; NJW 2000, 604 = NZA 1999, 1209 (1210); zur Schweinegrippe Schmidt/Novara DB 2009, 1817 (1819); allg. MüKoBGB/Spinner, 8. Aufl. 2020, § 611 a Rn. 1004.

10 RKI, Risikoeinschätzung und Handlungsempfehlung für Veranstaltungen, 2.

11 Vgl. Falter BB 2009, 1974 (1976 ff.); allg. MüKoBGB/Henssler, § 618 Rn. 50; ErfK/Wank, 20. Aufl. 2020, § 618 BGB Rn. 2.

12 BAGE 127, 205 = NZA 2009, 102 Rn. 14 ff.

13 BeckOK ArbR/Joussen, 55. Ed. 1.3.2020, § 618 BGB Rn. 22.

14 ErfK/Wank, § 618 BGB Rn. 24.

15 BAGE 127, 205 = NZA 2009, 102 = DB 2008, 2030 Rn. 29; Staudinger/Oetker, BGB, Neubearb. 2019, § 618 Rn. 255; s. auch IV 5.

16 MüKoBGB/Ernst, § 275 Rn. 40; Falter BB 2009, 1974 (1979).

17 Bonanni ArbRB 2020, S1; Fuhrrott/Fischer NZA 2020, 345 (347).

18 Zit. nach www.kbv.de; vgl. Fuhrrott/Fischer NZA 2020, 345 (346); krit. Düvell jurisPR-ArbR 11/2020 Anm. 1.

19 BGHZ 73, 16 = NJW 1979, 422 (425).

20 BAG NJOZ 2005, 2340 (2344) = NZA 2005, 656 Ls.; MüKoBGB/Müller-Glöge, § 3 EFZG Rn. 14.

21 MHD ArbR/Greiner, 4. Aufl. 2018, § 80 Rn. 41; aA ErfK/Reinhard, § 3 EFZG Rn. 19; zum Ganzen Grimm Lohnfortzahlung und Entgelt-risiko bei Corona (www.arbrb.de).

Kurzarbeitergeld, geht der darauf gerichtete Anspruch auf die Bundesagentur für Arbeit (BA) über (§ 56 IX IfSG).

3. Betreuung von Kindern

Entsteht wegen der Erkrankung eines Kindes oder der Schließung einer Schule oder Kindertagesstätte Betreuungsbedarf, kann der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nach § 275 III BGB verweigern.²² Betreuungsbedürftig sind regelmäßig Kinder, die das zwölfte Lebensjahr noch nicht vollendet haben (§ 45 I 1, IV 1 SGB V).²³

Bei der Erkrankung eines Kindes kann der Entgeltanspruch nach § 616 BGB fortbestehen, wenn die Norm nicht kollektiv- oder – in den von § 307 I, II Nr. 1 BGB gesteckten Grenzen – arbeitsvertraglich abbedungen wurde.²⁴ Die Voraussetzung einer nicht erheblichen Zeit wird bei einer Corona-Infektion praktisch stets erfüllt sein, selbst in schweren Fällen dauert die durchschnittliche Hospitalisierung nur zehn Tage.²⁵ Im Übrigen können dem Arbeitnehmer nach § 45 SGB V Ansprüche auf Krankengeld sowie auf unentgeltliche Freistellung zustehen.

Ob die behördlich angeordnete Schließung einer Schule oder Betreuungseinrichtung einen persönlichen Hinderungsgrund iSv § 616 BGB begründet, ist zweifelhaft. Die Norm ist jedenfalls nicht einschlägig, wenn die Schließung länger dauert, als der Arbeitnehmer typischerweise benötigt, um – soweit dies derzeit möglich ist – eine anderweitige Kinderbetreuung zu organisieren.²⁶ Für Betreuungsfälle besteht seit dem 30.3.2020 mit dem neuen § 56 I a IfSG ein Entschädigungsanspruch.²⁷

4. Wegerisiko

Insbesondere vulnerable Arbeitnehmer, die auf den ÖPNV angewiesen sind, dürfen die Arbeitsleistung nach § 275 III BGB verweigern, wenn ihnen der Weg zum Arbeitsplatz nicht zugemutet werden kann. Dann entfällt der Vergütungsanspruch nach § 326 I 1 BGB, weil sich das vom Arbeitnehmer zu tragende Wegerisiko verwirklicht.²⁸

5. Unzureichende Schutzmaßnahmen

Wird der Arbeitgeber seinen – oben unter III beschriebenen – Schutzpflichten aus § 618 BGB nicht gerecht, darf der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung grds. nach § 273 I BGB zurückhalten. Der Entgeltanspruch bleibt nach § 615 S. 1 BGB bestehen.²⁹ Jedoch kann der Arbeitgeber wegen der Arbeitsverweigerung zur Abmahnung oder Kündigung berechtigt sein, wenn kein Leistungsverweigerungsrecht besteht.³⁰

6. Freistellung

Ein Arbeitnehmer kann von der Arbeitspflicht freigestellt werden, wenn er im Betrieb nicht angemessen geschützt werden kann oder der begründete Verdacht besteht, dass er erkrankt ist, etwa nach der Rückkehr aus einem Gefahrengebiet. Beruht die Freistellung auf einer Vereinbarung mit dem Arbeitgeber, kann auch geregelt werden, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen soll; § 615 S. 1 BGB findet in Ermangelung einer Arbeitspflicht keine Anwendung.³¹

Wenn dies zum Gesundheitsschutz angezeigt ist, kann der Arbeitgeber einseitig freistellen und den Zugang zum Betriebsgelände verweigern.³² Der Beschäftigungsanspruch des Arbeitnehmers tritt aufgrund überwiegender Interessen zurück.³³ Beruht die Freistellung auf einem Krankheitsverdacht, wird der Entgeltanspruch häufig nach § 616 BGB fortbestehen. Im Übrigen wird der Arbeitgeber regelmäßig in

Annahmeverzug geraten und die Fortzahlung des Entgelts nach § 615 S. 1 BGB schulden.

V. Arbeitsort

1. Versetzungsbefugnis des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber kann zum Schutz der Arbeitnehmer anordnen, dass sie ihre Arbeitsleistung von zu Hause zu erbringen haben, wenn dies kollektiv- oder individualvertraglich vereinbart ist.³⁴ Andernfalls stellt sich die Frage, ob eine entsprechende Weisung von § 106 S. 1 GewO gedeckt ist. Enthält der Arbeitsvertrag keine abweichende Regelung, ist zu klären, ob die Weisung die Grenzen billigen Ermessens einhält, das heißt die Interessen der Parteien schonend zum Ausgleich bringt. Das dürfte in der Regel zu bejahen sein, und zwar auch dann, wenn im Betrieb noch kein Arbeitnehmer erkrankt ist.³⁵ Die zeitweilige Arbeit von zu Hause ist eine besonders gut geeignete, vom RKI empfohlene Maßnahme,³⁶ um Infektionsrisiken zu vermeiden. Der Arbeitnehmer wird angemessen geschützt, der arbeitsvertragliche Leistungsaustausch aufrechterhalten. In seinem Grundrecht auf Unverletzlichkeit seiner Wohnung (Art. 13 I GG) wird der Arbeitnehmer nicht wesentlich beeinträchtigt,³⁷ insbesondere wenn er die Arbeitsleistung von einem beliebigen Ort erbringen darf (mobiles Arbeiten; sog. global office³⁸). Etwaige Einschränkungen lassen sich mit dem Schutz der Gesundheit rechtfertigen (Art. 2 II GG).

Selbstredend hat der Arbeitgeber die Mittel zur Verfügung zu stellen, die für die häusliche Arbeit erforderlich sind.³⁹ Auch gelten für den heimischen Arbeitsplatz arbeitsschutzrechtliche Vorgaben.⁴⁰ In diesem Fall kann die Pflicht, die Arbeitszeit mit einem objektiven, verlässlichen und zugänglichen System zu erfassen, auf den Arbeitnehmer übertragen werden.⁴¹

2. Anspruch des Arbeitnehmers

Arbeitnehmern stehen nur vereinzelt spezialgesetzliche Ansprüche auf Telearbeitsplätze oder mobile Arbeitsplätze zu (zB § 16 I BGlG). Einen allgemeinen Anspruch darauf, von zu Hause zu arbeiten, gibt es nicht.⁴²

22 MüKoBGB/Henssler, § 616 BGB Rn. 27 ff., 42; ausf. Brose NZA 2011, 719.

23 HWK/Krause, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2018, § 616 BGB Rn. 24.

24 BAG NJW 1960, 1686 Ls.; ErfK/Preis, § 616 BGB Rn. 13.

25 RKI, SARS-CoV-2 – Steckbrief.

26 Vgl. MüKoBGB/Henssler § 616 Rn. 68; Fuhrott/Fischer NZA 2020, 345 (348): 5 Tage.

27 BGBl. 2020 I 587.

28 BAG NJW 1983, 1078; ErfK/Preis, § 615 BGB Rn. 133; s. aber V 2.

29 Zum Ganzen BAG NZA 2018, 1259 Rn. 22 ff.; MüKoBGB/Henssler, § 618 Rn. 93; BeckOGK/Witschen, 1.3.2020, § 618 BGB Rn. 150.

30 BAG NJW 2014, 1323 Rn. 29, 32.

31 BAG NJOZ 2003, 1319 = BB 2002, 1703 (1704).

32 BAGE 28, 168 = NJW 1977, 215.

33 Vgl. Schmidt/Novara DB 2009, 1817 (1819 f.); allg. BAGE 48, 122 = NJW 1985, 2968 = NZA 1985, 702 (703).

34 Allg. Röller in Küttner Personalbuch 2020, 27. Aufl. 2020, Homeoffice, Rn. 5.

35 Vgl. Fuhrott/Fischer NZA 2020, 345 (349 f.); s. aber LAG Düsseldorf Urt. v. 10.9.2014 – 12 Sa 505/14, BeckRS 2014, 73155; LAG Berlin-Brandenburg Urt. v. 14.11.2018 – 17 Sa 562/18, BeckRS 2018, 34001.

36 RKI, Covid-19 – Maßnahmen zur Kontaktreduzierung.

37 AA Benkert NJW-Spezial 2019, 306; Bonanni ArbRB 2020, S1.

38 Vgl. Preis RdA 2019, 75 (87).

39 Zum Ganzen Fuhrott/Fischer NZA 2020, 345 (349).

40 Hierzu Hidalgo NZA 2019, 1449; BeckOGK/Witschen, § 618 BGB Rn. 91 f., 105.

41 EuGH ECLI:EU:C:2019:402 = NJW 2019, 1861 Rn. 47 ff.; Krause NZA-Beil. 2019, 86 (93 f.); auch Höpfner/Daum RdA 2019, 270 (277); enger Ulber NZA 2019, 677 (678).

42 Zur Diskussion Pickerer ZfA 2019, 269.

Ein solcher Anspruch kann aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz folgen, wenn der Arbeitgeber einigen Arbeitnehmern die Arbeit von zu Hause gestattet hat und sich die Ungleichbehandlung nicht rechtfertigen lässt.⁴³ In Ausnahmesituationen kann der Arbeitgeber aufgrund seiner Rücksichtnahme- und Schutzpflichten (§§ 241 II, 618 BGB) verpflichtet sein, Arbeit außerhalb des Betriebs zu gestatten. Denkbar ist dies bei vulnerablen Arbeitnehmern, denen der Weg zum bisherigen Arbeitsplatz nicht zugemutet werden kann und die im Betrieb nicht adäquat geschützt werden können, ihre Arbeitsleistung aber ohne nennenswerte Abstriche von zu Hause erbringen können.⁴⁴ Das Ermessen des Arbeitgebers, das ihm bei der Auswahl geeigneter Schutzmaßnahmen zusteht, kann sich hier auf Null reduzieren.

3. Dienstreisen

Zu welchen Dienstreisen der Arbeitnehmer verpflichtet ist, hängt im Einzelfall davon ab, wie gefahrgeneigt sie ist, insb. vom Zielort und der körperlichen Verfassung des Arbeitnehmers. Die Weisung sich – auch nur kurzfristig – in ein Gefahrengebiet zu begeben, ist im Grunde stets unbillig und daher unwirksam.⁴⁵ War eine solche Reise vertraglich vereinbart, kann der Arbeitnehmer sie nach § 275 III BGB verweigern. Spiegelbildlich können Arbeitnehmer, die sich in einem Gefahrengebiet befinden, idR aus § 241 II BGB vom Arbeitgeber Unterstützung bei der Rückkehr und deren Finanzierung verlangen.⁴⁶

VI. Arbeitszeit und Vergütung

1. Mehrarbeit

Will der Arbeitgeber wegen eines gestiegenen Arbeitsanfalls Überstunden anordnen, bestehen hierfür in der Pandemie keine anderen Voraussetzungen als in der Normallage.⁴⁷ Allerdings kann der Arbeitnehmer in Ausnahmesituationen nach § 241 II BGB zu entgeltlicher Mehrarbeit verpflichtet sein, wenn andernfalls nicht abwendbare Schäden drohen.⁴⁸ Vorübergehender Arbeitsbedarf oder die Vertretung erkrankter Arbeitnehmer rechtfertigen befristete Einstellungen nach § 14 I 2 Nr. 1 und 3 TzBfG.

Kommt es etwa wegen personeller Engpässe zu Notfällen, erlaubt § 14 I ArbZG Abweichungen von den gesetzlichen Regelungen bezüglich der werktäglichen Höchstarbeitszeit (einschl. Nachtarbeit), Ruhepausen, Ruhezeiten und Sonn- und Feiertagsarbeit. Ähnliche Abweichungen erlaubt § 14 II ArbZG bei vorübergehenden Tätigkeiten zur Abwendung unverhältnismäßiger Schäden sowie bei der Pflege und Betreuung von Personen. Ferner sind Abweichungen aufgrund behördlicher Bewilligung nach § 15 ArbZG möglich. Das so genannte Sozialschutz-Paket hat einen neuen § 14 IV ArbZG eingeführt, der weitere Ausnahmen für Tätigkeiten ermöglicht, die die öffentliche Sicherheit und Ordnung, das Gesundheitswesen, die pflegerische Versorgung oder die Datensinsvorsorge aufrechterhalten.⁴⁹

2. Überstunden, Arbeitszeitkonten, Urlaub

Ein Mittel zur Verringerung der Arbeitszeit ist der Abbau von Überstunden- oder Arbeitszeitkonten. Hierfür gelten in der Pandemie keine Besonderheiten. Der Arbeitgeber kann grds. nicht gegen den Willen des Arbeitnehmers Urlaub anordnen; Betriebsferien können nur mit gehörigem Vorlauf festgelegt werden, die Urlaubswünsche der Arbeitnehmer müssen berücksichtigt werden (§ 7 I 1 BUrlG).⁵⁰

3. Kurzarbeit

Die wichtigste Möglichkeit für Unternehmen, in der Pandemie auf einen Arbeitskräfteüberhang zu reagieren, ist die Einführung von Kurzarbeit.⁵¹ Arbeitsrechtlich setzt dies eine Verkürzung der Arbeitszeit voraus, die arbeits- oder tarifvertraglich, dem BAG zufolge auch in einer Betriebsvereinbarung nach § 87 I Nr. 3 BetrVG geregelt sein kann.⁵² Für den gekürzten Teil der Arbeitszeit können keine Ansprüche nach § 3 EFZG entstehen. Diese Arbeit hätte ein erkrankter Arbeitnehmer auch dann nicht erbracht, wenn er arbeitsfähig wäre; die Arbeitsleistung unterbleibt nicht allein wegen der Krankheit.⁵³

Auf der Seite des Sozialrechts wird der Verdienstausfall mit Kurzarbeitergeld nach §§ 95 ff. SGB III ausgeglichen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll vor allem dieses Mittel, das sich in der Finanzkrise bewährt hat, die Folgen der Pandemie für den Arbeitsmarkt abfedern. Im Eilverfahren wurde der neue § 109 V SGB III in Kraft gesetzt, der die Bundesregierung bis zum 31.12.2021 ermächtigt, bestimmte Voraussetzungen für den Bezug von Kurzarbeitergeld durch Verordnung abzusenken.⁵⁴ Hiervon hat die Bundesregierung mit dem Erlass der Kurzarbeitergeld-VO (KugV)⁵⁵ Gebrauch gemacht. § 3 KugV ermöglicht auf der Grundlage des neuen § 11 a AÜG Kurzarbeit in der Zeitarbeitsbranche.

Zu den Voraussetzungen des Kurzarbeitergeldes nach § 96 SGB III gilt nun:

- Ist die Arbeitszeitverkürzung durch die Pandemie oder deren Folgen veranlasst, liegt ein Arbeitsausfall vor, der auf einem unabwendbaren Ereignis beruht.⁵⁶
- Der Arbeitsausfall ist vorübergehend, wenn er die reguläre Bezugszeit von längstens zwölf Monaten (§ 104 I SGB III) nicht deutlich überschreitet.⁵⁷ Die Bezugszeit wurde bislang nicht auf bis zu 24 Monate verlängert (§ 109 I Nr. 2 SGB III).
- Der Arbeitsausfall muss unvermeidbar sein. Deswegen müssen vor der Kurzarbeit etwaige Möglichkeiten zu Arbeitszeitschwankungen ausgeschöpft werden. Das konnte bisher zum Aufbau von negativen Arbeitszeitsalden zwingen (so genannte Minusstunden). Davon befreit nun § 1 Nr. 1 KugV bis zum 31.12.2020. Es bleibt dabei, dass grds. positive Arbeitszeitkonten abgebaut und Urlaubsansprüche erfüllt werden müssen. Auch der Abbau von Leiharbeit kann gegebenenfalls vorrangig sein.⁵⁸
- Der Arbeitsausfall ist erheblich, wenn im jeweiligen Kalendermonat für mindestens ein Drittel der im Betrieb – oder in einer Betriebsabteilung (§ 97 S. 2 SGB III) – Beschäftig-

43 Allg. MHdB ArbR/Fischinger, § 7 Rn. 45 ff.

44 AA Bonanni ArbRB 2020, 51.

45 BAGE 160, 296 = NZA 2017, 1452 Rn. 71, 76.

46 Vgl. Bonanni ArbRB 2020, 51.

47 Hierzu MHdB ArbR/Reichhold, § 40 Rn. 70 ff.

48 BAG ZIP 1981, 418; MHdB ArbR/Reichhold, § 40 Rn. 25.

49 BGBl. 2020 I 575.

50 LAG Düsseldorf BB 2003, 156 = BeckRS 2002, 41353; Fuhlrott/Fischer NZA 2020, 345 (349); ErfK/Gallner, § 7 BUrlG Rn. 12 ff.

51 Allg. MHdB ArbR/Reichhold, § 40 Rn. 74 ff.

52 BAG NZA 1991, 607 (608).

53 S. oben IV 2.

54 BGBl. 2020 I 493.

55 BGBl. 2020 I 595; nach dem neuen § 421c SGB III wird bei Beschäftigten in systemrelevanten Branchen anderweitiger Erwerb vorübergehend nicht auf das Kurzarbeitergeld angerechnet.

56 BeckOK SozR/Bieback, 55. Ed. 1.12.2019, § 96 SGB III Rn. 12.

57 BSG Urt. v. 17.5.1983 – 7 RA/R 13/82, BeckRS 1983, 30710096; HWK/Peters-Lange, Arbeitsrecht, § 96 SGB III Rn. 2.

58 Bieback in Gagel, SGB II/SGB III, 76. EL März 2020, § 96 Rn. 125.

ten mind. 10 % ihres Bruttoentgelts entfallen. Bis zum 31.12.2020 senkt § 1 Nr. 1 KugV dieses Quorum auf 10 % der Belegschaft ab.

– Der Arbeitgeber muss die Kurzarbeit bei der BA anzeigen.

Auf der Rechtsfolgenreihe sieht § 2 I KugV der Sache nach vor, dass die Sozialversicherungsbeiträge, die der Arbeitgeber während der Kurzarbeit allein zu tragen hat, von der BA pauschaliert in voller Höhe erstattet werden.

4. Vorübergehende Betriebsschließung

Die vorübergehenden Betriebsschließungen, zu denen es in der Pandemie schon zahlreich gekommen ist, reduzieren die Arbeitszeit auf null und werfen die Frage auf, ob das Entgelt fortzuzahlen ist.

a) *Wirtschaftsrisiko*. Der Arbeitgeber kann sich aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen sehen, seinen Betrieb einstellen zu schließen, weil er ihn etwa wegen Absatzeinbrüchen nicht mehr mit Gewinn fortführen kann. In diesem Fall verwirklicht sich das so genannte Wirtschaftsrisiko, das der Arbeitgeber nicht auf die Arbeitnehmer abwälzen kann.⁵⁹ Er schuldet die vereinbarte Vergütung nach § 615 S. 1 BGB.

b) *Betriebsrisiko*. Schwieriger liegen die Dinge, wenn betriebsnotwendige Zulieferungen ausbleiben oder so viele Arbeitnehmer erkranken, dass der Betrieb unabhängig vom Willen des Arbeitgebers nicht mehr fortgeführt werden kann. Der Arbeitnehmer wird von der Arbeitsleistung frei und verliert grds. seinen Vergütungsanspruch (§§ 275 I, 326 I 1 BGB).⁶⁰ Die Kernfrage ist, ob wegen des Betriebsrisikos das Entgelt nach § 615 S. 3 BGB geschuldet wird. Das gilt für Fälle, in denen der Arbeitgeber aus betriebstechnischen Gründen ohne eigenes Verschulden zur Beschäftigung der Belegschaft außerstande ist; es geht um das Risiko, den Betrieb betreiben zu können.⁶¹ Erfasst werden Störungen in der Energieversorgung, Maschinenschäden, Rohstoffmangel, aber auch Naturkatastrophen wie Erdbeben, Überschwemmungen oder Brände.⁶² Kennzeichnend ist die Verwirklichung eines Risikos, das sich aus dem Betrieb oder aus seiner Belegenheit ergibt. Dem Arbeitgeber obliegen Risiken, die er, weil er den Betrieb organisiert, *abstrakt beherrschen* kann.⁶³ Er entscheidet über die Art und Weise der betrieblichen Produktion, die dafür erforderlichen Rohstoffe, über die Lieferketten und mit der Wahl der Betriebsstätte auch über die dort bestehenden Naturrisiken.

Folgerichtig trifft den Arbeitgeber das Betriebsrisiko, wenn Lieferketten unterbrochen werden oder zu viele Arbeitnehmer erkranken.⁶⁴ Damit verwirklichen sich Risiken, die er abstrakt beherrscht, weil er über die Lieferbeziehungen, die Größe und den Schutz der Belegschaft sowie die Einstellung von Ersatzkräften entscheidet.

c) *Behördliche Anordnung*. Wird einem individuellen Arbeitgeber zu Zwecken des Gesundheitsschutzes behördlich die Schließung seines Betriebs aufgegeben, trägt er das Betriebsrisiko, wenn sie durch die besondere Eigenart des Betriebs bedingt ist.⁶⁵ Das gilt bei einer allgemeinen Schließung wegen Smogs zum Beispiel für schadstoffausstoßende Betriebe.⁶⁶ Die im Zuge der Pandemie erlassenen Regelungen ordnen hingegen die generelle Schließung sämtlicher Betriebe an, darunter eine Vielzahl von Einzelhandelsgeschäften und Freizeiteinrichtungen.⁶⁷ Dieses Risiko war nicht in der besonderen Eigenart der Betriebe angelegt. Die Verbote richten sich gegen ein Infektionsrisiko, das, wenngleich in unterschiedlichen Graden, so doch flächendeckend praktisch alle Betriebe trifft. Ausgenommen wurden nicht Betriebe mit geringer Infektionsgefahr, sondern insbesondere Betriebe,

die für die Versorgung der Bevölkerung notwendig sind. Die Verfügungen reagieren nicht auf ein den zu schließenden Betrieben anhaftendes Risiko, sondern auf das allgemeine Risiko einer Epidemie,⁶⁸ das Arbeitgeber nicht einmal abstrakt beherrschen können.

Sähe die Rechtsprechung dies – zu Unrecht – als Betriebsrisiko an, könnte sich in vielen Fällen die bislang nur theoretische Frage stellen, ob eine Ausnahme zu machen ist, wenn die wirtschaftliche Existenz des Betriebs bzw. Unternehmens gefährdet würde.⁶⁹ Eine solche „Opfergrenze“ hat das BAG in der Vergangenheit anerkannt, ist aber auf berechtigte Kritik gestoßen.⁷⁰ Einen Ausweg kann Kurzarbeit bieten. Sie kann eingeführt werden, wenn ein Arbeitsausfall durch eine behördliche Maßnahme verursacht wurde, die der Arbeitgeber nicht zu vertreten hat (§ 96 III 2 SGB III). Das betrifft Maßnahmen, die nicht individuell an einen Betrieb gerichtet, sondern allgemeiner Natur sind.⁷¹

VII. Betriebliche Mitbestimmung

Eine Vielzahl der vorstehend geschilderten Maßnahmen des Arbeitgebers unterliegen, wenn ein Betriebsrat besteht, der betrieblichen Mitbestimmung. Bei Aufklärungs- und Präventionsmaßnahmen ist an Überwachungs- und Unterrichtsrechte aus §§ 80 I Nr. 1 und 9, II, 89 und 90 I BetrVG zu denken, bei Personalfragebögen an die nach § 94 I BetrVG erforderliche Zustimmung des Betriebsrats. Betriebsärzte und die Fachkräfte für Arbeitssicherheit haben den Betriebsrat über wichtige Angelegenheiten des Arbeitsschutzes zu unterrichten und mit ihm zu beraten (§ 9 II ASiG). Insbesondere bei innerbetrieblichen Verhaltensanordnungen und Torkontrollen wird die Ordnung des Betriebs betroffen sein (§ 87 I Nr. 1 BetrVG).⁷² Die Einführung von Kurzarbeit unterliegt der Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 3 BetrVG.⁷³ Bei der Urlaubsplanung ist § 87 I Nr. 5 BetrVG zu beachten, der die Regelung von Betriebsferien erlaubt.⁷⁴ Ferner besteht ein Mitbestimmungsrecht bei Maßnahmen des Gesundheitsschutzes (§ 87 I Nr. 7 BetrVG). Die Schließung betrieblicher Sozialeinrichtungen ist nach § 87 I Nr. 8 BetrVG mitbestimmungspflichtig. Bei Versetzungen, nicht aber bei bloßen Freistellungen,⁷⁵ hat der Betriebsrat in Unternehmen mit

59 BAGE 77, 123 = NZA 1995, 468 (469).

60 Staudinger/Richardi/Fischinger, § 615 Rn. 198.

61 BAG NJW 1981, 937; MüKoBGB/Henssler, § 615 Rn. 96.

62 BAGE 42, 94 (99) = BeckRS 9998, 151175 = NJW 1983, 2159 Ls.; ErfK/Preis, § 615 BGB Rn. 130 ff. mwN.

63 Vgl. Koller, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, 390 ff., 423 ff.; krit. HWK/Krause, Arbeitsrecht, § 615 BGB Rn. 114; näher Staudinger/Richardi/Fischinger, § 615 Rn. 229 ff.

64 IE Schmidt/Novara DB 2009, 1817 (1821).

65 BAGE 42, 94 (99) = BeckRS 9998, 151175 = NJW 1983, 2159 Ls.; LSG Hessen ZIP 2010, 2019 = BeckRS 2010, 73593; ErfK/Preis, § 615 BGB Rn. 132.

66 Richardi NJW 1987, 1231 (1235); abw. Ehmann NJW 1987, 401 (405); zu Hochwasser Bauer/Opolony NJW 2002, 3503 (3507 f.).

67 ZB § 4 CoronaVO BW.

68 Vgl. HWK/Krause, § 615 BGB Rn. 116.

69 Dagegen Fuhrrott/Fischer NZA 2020, 345 (348).

70 Betrieb: BAG DB 1963, 836; BAGE 42, 94 (99) = BeckRS 9998, 151175 = NJW 1983, 2159 Ls.; BAGE 77, 123 = NZA 1995, 468 (469); Unternehmen: BAGE 24, 446 = NJW 1973, 342 (343); zust. MüKoBGB/Henssler, § 615 Rn. 105; abl. HWK/Krause, Arbeitsrecht, § 615 BGB Rn. 87; ErfK/Preis, § 615 BGB Rn. 126; MHDb ArbR/Tillmanns, § 76 Rn. 87.

71 BeckOK SozR/Bieback, § 96 SGB III Rn. 11; abw. Koch in Schaub, ArbR-HdB, 18. Aufl. 2019, § 48 Rn. 4.

72 BAG NZA 1988, 811; ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 20.

73 ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 35 f.; Richardi/Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 Rn. 315.

74 MHDb ArbR/Salamon, § 324 Rn. 14 ff.

75 Richardi/Thüsing, BetrVG, § 99 Rn. 127.

mehr als regelmäßig 20 Arbeitnehmern nach §§ 99, 95 III BetrVG mitzubestimmen. Eine solche Versetzung ist die Verlegung des Arbeitsplatzes in die Wohnung des Arbeitnehmers, nicht aber der Wechsel von einem Großraum- in ein Einzelbüro.⁷⁶

In Betrieben mit mehr als 100 Arbeitnehmern sollten Betriebsräte in der Pandemie die Übertragung von Aufgaben an Ausschüsse erwägen (§ 28 BetrVG). Das Betriebsverfassungsrecht ist dahin fortzubilden, dass Betriebsratssitzungen, die auf betriebliche Notwendigkeiten Rücksicht zu nehmen haben (§ 30 S. 2 BetrVG), in Anlehnung an § 41 a II EBRG mittels neuer Informations- und Kommunikationstechnologien durchgeführt werden können.⁷⁷ Die zugeschalteten Mitglieder – das können auch einzelne Mitglieder sein – sind iSd § 33 I 1 BetrVG anwesend. Die Nichtöffentlichkeit der Sitzung ist sicherzustellen (§ 30 S. 4 BetrVG). Die nach § 34 I BetrVG erforderliche Anwesenheitsliste kann in Textform oder nachträglich postalisch geführt werden.

VIII. Schluss

Zum Schluss bleibt die Hoffnung, dass alle Akteure des Arbeitslebens, Arbeitgeber und Arbeitnehmer, Sozial- und Betriebspartner sowie die Arbeitsgerichtsbarkeit, die Zeichen der Zeit erkannt haben. Sie sind, wie alle Erfahrungen mit den Krisen der jüngeren Vergangenheit zeigen, in der Lage, nicht im Streit die letzten Grenzen des Arbeitsrechts auszuloten, sondern so zusammenzuarbeiten, dass jeder seinen Beitrag zur Bewältigung der Pandemie leisten kann. In den Worten von Bundeskanzlerin *Angela Merkel*: Noch nie gab es in der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland eine Herausforderung, bei der es mehr als jetzt auf gemeinsames solidarisches Handeln ankommt. ■

⁷⁶ BAGE 118, 314 = NZA 2006, 1289 (1291).

⁷⁷ Vgl. Ministererklärung: Sicherung der Arbeitsfähigkeit der Betriebsräte v. 20.3.2020 (www.bmas.de); ebenso *Fündling/Sorber* NZA 2017, 552; *Thüsing/Beden* BB 2019, 371; de lege ferenda *Fuhlrott/Fischer* NZA 2020, 345 (349); zum Ganzen *Krois* DB 2020, 674.

Zur Rechtsprechung

Professor Dr. Franz Hofmann*

Einseitige und übereinstimmende Erledigungserklärungen vor unzuständigem Gericht

I. Problemaufriss

Begleitet der Beklagte seine Schuld nach Rechtshängigkeit, läuft der Kläger Gefahr, auf den Kosten des Rechtsstreits sitzen zu bleiben. Abhilfe versprechen einseitige und übereinstimmende Erledigungserklärungen. Wie sich dabei die Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts in den unterschiedlichen Konstellationen auswirkt, hat der *BGH* mittlerweile geklärt. Es bleiben freilich Zweifel.

Namentlich die Durchsetzung von Verbraucherrechten scheidet nicht selten an der Renitenz zahlungspflichtiger Unternehmen: Außergerichtliche Bemühungen von Verbraucherseite werden mitunter bestenfalls mit Textbausteinen pauschal abgetan. Es kommt vor, dass selbst offenkundig bestehende Forderungen erst beglichen werden, wenn der Verbraucher tatsächlich Klage erhoben hat. Die Verweigerungsstrategie basiert augenscheinlich auf einer betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren Kalkulation: Die Ersparnisse, die dadurch erzielt werden, dass Verbraucher die Rechtsdurchsetzung frustriert aufgeben, überwiegen offensichtlich die infolge von Rechtsstreitigkeiten entstehenden zusätzlichen Kosten einschließlich etwaiger Reputationsverluste. Dies gilt umso mehr als die Verweigerung einer vertieften außergerichtlichen sachlichen Prüfung erhebliche Einsparpotenziale bietet und die Prozesskosten, beispielsweise über die Verfahrensbeendigung durch übereinstimmende Erledigungserklärungen der Parteien, überschaubar gehalten werden können (vgl. Nr. 1211 Nr. 4 KV-GKG).

Wird nun aber planmäßig die Forderung kurz nach Klageerhebung beglichen, gewinnt eine prozessuale Konstellation an Bedeutung, die eigentlich selten sein dürfte: die *einseitige Erledigungserklärung* vor einem unzuständigen Gericht.

Während im Grundsatz der Kläger trotz nunmehr erfolgter Zahlung seinen Rechtsstreit noch gewinnen kann (vgl. auch § 91 ZPO), wenn er die Leistungsklage auf eine Feststellungsklage umstellt, wodurch festgestellt werden soll, dass die Klage im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war und durch das behauptete Ereignis unzulässig oder unbegründet wurde,¹ droht in der genannten Konstellation der Unzuständigkeit des angerufenen Gerichts die kostenpflichtige Klageabweisung. Die Klage war zum maßgeblichen Zeitpunkt des nach Rechtshängigkeit eingetretenen erledigenden Ereignisses schließlich unzulässig. Der Beklagte ist daher gut beraten, sich einer Erledigungserklärung des Klägers nicht anzuschließen, so dass der Kläger, dessen Forderung eigentlich begründet war, kostenmäßig gleichwohl den Kürzeren zieht.

Der *BGH*² hat nun entschieden, dass es für die Feststellung der Erledigung der Hauptsache mit Blick auf die Zulässigkeit der ursprünglichen Klage darauf ankommt, dass der Kläger zum Zeitpunkt des erledigenden Ereignisses bereits einen zulässigen und begründeten Antrag auf Verweisung des Rechtsstreits an das zuständige Gericht gestellt hat (II). Im Fall übereinstimmender Erledigungserklärungen der Parteien wird nach einem Urteil aus dem Jahr 2010 der hypothetische Verfahrensablauf indes weitergehend berücksichtigt (III). Die neue Rechtsprechung des *BGH* überzeugt nicht vollends (IV).

* Der Autor, LL. M. (Cambridge), ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. – Besprechung von *BGH* Urt. v. 7.11.2019 – III ZR 16/18, NJW-RR 2020, 125 = NJW 2020, 619 Ls.

¹ *BGHZ* 155, 392 = NJW 2003, 3134.

² *BGH* NJW-RR 2020, 125 = NJW 2020, 619 Ls.