

SILAS HENGSTBERGER

Die Betriebsrisikolehre

Beiträge zum Arbeitsrecht

26

Mohr Siebeck

Beiträge zum Arbeitsrecht

Herausgegeben von

Martina Benecke, Felix Hartmann,
Sudabeh Kamanabrou, Hartmut Oetker

26



Silas Hengstberger

Die Betriebsrisikolehre

Eine unzulässige Rechtsfortbildung

Mohr Siebeck

Silas Hengstberger, geboren 1998; 2019 Bachelor of Laws LL.B. an der Universität Mannheim; 2020 Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Universität Mannheim; 2022 Erste Juristische Prüfung an der Universität Mannheim; 2023 Dozent an der Universität Mannheim; 2024 Referendariat am Landgericht Mannheim; 2025 Promotion.
orcid.org/0009-0004-9355-4535

Zugl.: Mannheim, Univ., Diss 2025.

ISBN 978-3-16-200056-9 / eISBN 978-3-16-200057-6

DOI 10.1628/978-3-16-200056-9

ISSN 2509-9973 / eISSN 2569-3840 (Beiträge zum Arbeitsrecht)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <https://dnb.dnb.de> abrufbar.

Publiziert von Mohr Siebeck Tübingen 2025.

© Silas Hengstberger.

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Keine Bearbeitung 4.0 International“ (CC BY-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Urhebers unzulässig und strafbar. Das Recht einer Nutzung der Inhalte dieses Werkes zum Zwecke des Text- und Data-Mining im Sinne von § 44b UrhG bleibt ausdrücklich vorbehalten.

Gedruckt auf alterungsbeständiges Papier.

Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, Wilhelmstraße 18, 72074 Tübingen, Deutschland
www.mohrsiebeck.com, info@mohrsiebeck.com

Meinen Eltern
und meinem Bruder

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2025 von der Juristischen Fakultät der Universität Mannheim als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur wurden bis einschließlich 10.2.2025 berücksichtigt. Für die Veröffentlichung wurde die Arbeit geringfügig geändert.

Mein Dank gilt zuallererst meinem verehrten Doktorvater, Prof. Dr. Philipp S. Fischinger, für die Betreuung der Arbeit sowie die außergewöhnliche Förderung während meiner Zeit an seinem Lehrstuhl. Seine Unterstützung hat meiner akademischen Laufbahn den Weg bereitet. Dafür werde ich ihm immer zu tiefem Dank verpflichtet sein. Danken möchte ich auch Herrn Prof. Dr. Friedemann Kainer für die sehr zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Herzlich bedanke ich mich ferner bei Frau Dr. Johanna Hübsch, die mir während des Referendariats den Rücken freigehalten und mich in gesundem Maße zur Fertigstellung der Arbeit gedrängt hat.

Herausragender Dank gilt schließlich meiner Mutter Simone und meinem Vater Jürgen für den bedingungslosen Rückhalt sowie die fortwährende Unterstützung in allen Bereichen des Lebens. Ihnen sowie meinem Bruder, der mich stets dazu anhält, das Beste zu geben, ist die vorliegende Arbeit in Liebe gewidmet.

München, August 2025

Silas Hengstberger

Inhaltsübersicht

Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Einführung	1
§ 1 Betriebsrisikolehre – Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte	3
<i>A. Begriffsklärungen</i>	3
<i>B. Ausgangsproblematik</i>	6
<i>C. Entscheidung des Reichsgerichts</i>	8
<i>D. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts</i>	11
<i>E. Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts</i>	27
<i>F. Zusammenfassung</i>	57
§ 2 Betriebsrisikolehre – Eine richterliche Rechtsfortbildung	59
<i>A. Berechtigung zur Rechtsfortbildung</i>	61
<i>B. Art und Weise der Rechtsfortbildung</i>	63
<i>C. Zusammenfassung</i>	72
§ 3 Betriebsrisikolehre – Eine unzulässige Rechtsfortbildung ...	73
<i>A. § 615 S. 3 BGB</i>	73
<i>B. § 615 S. 1 BGB</i>	75
<i>C. § 313 Abs. 1 BGB</i>	147
<i>D. Zusammenfassung</i>	180

§4 Betriebsrisikolehre – Folgen der Unzulässigkeit	183
<i>A. Kontrolldichte des BVerfG</i>	183
<i>B. Beanstandung durch das BVerfG?</i>	185
<i>C. Zusammenfassung</i>	187
Zusammenfassung der wichtigsten Thesen	189
Anhang: Rechtsprechungsverzeichnis	193
Literaturverzeichnis	199
Sachverzeichnis	211

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	VII
Inhaltsübersicht	IX
Einführung	1
§ 1 Betriebsrisikolehre – Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte	3
A. Begriffsklärungen	3
I. Gegenleistungsgefahr	4
II. Substratsgefahr	4
III. Betriebsgefahr	5
1. Arbeitskampfrisiko, Wirtschaftsrisiko, Betriebsrisiko	5
2. Betriebsrisikolehre	5
B. Ausgangsproblematik	6
C. Entscheidung des Reichsgerichts	8
I. Grundsatzentscheidung des RG v. 6.2.1923 – III 93/22	8
1. Sachverhalt	8
2. Entscheidung	9
3. Analyse	10
a) Lückenfeststellung	10
b) Lückenausfüllung	10
c) Methodenkritische Betrachtung	11
II. Zusammenfassung	11
D. Entscheidungen des Reichsarbeitsgerichts	11
I. Grundsatzentscheidung des RAG v. 20.6.1928 – RAG 72/28	12
1. Sachverhalt	12
2. Entscheidung	12
3. Analyse	14
a) Lückenfeststellung	14
b) Lückenausfüllung	15
c) Methodenkritische Betrachtung	15

II. Wesentliche Rechtsprechungslinien im Bereich	
der Lückenausfüllung	16
1. Verhalten der Arbeitnehmerschaft (= 1. Richtlinie)	17
2. Führung des Betriebs (= 3. Richtlinie)	18
a) Vorhersehbarkeit der Betriebsstörung	
als Zurechnungskriterium	19
b) Konkretisierung der Vorhersehbarkeit	19
aa) Betriebsbezug der Störung	19
bb) Ausmaß der zeitlichen Vorhersehbarkeit	20
cc) Bezugspunkt der Vorhersehbarkeit	20
c) Praktische Anwendungsfälle	21
d) Relativierung des Zurechnungskriteriums?	21
e) Reichweite des Zurechnungskriteriums	22
f) Zwischenergebnis	23
3. (Un-)Mittelbare Bestandsgefährdung des Betriebs (= 2. und	
4. Richtlinie)	23
a) Bestandsgefährdung als Zurechnungskriterium	23
b) Konkretisierung der Bestandsgefährdung	23
c) Praktische Anwendungsfälle	24
4. Zwischenergebnis	25
5. Exkurs: Die Zeit des Nationalsozialismus	26
III. Zusammenfassung	26
E. Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts	27
I. Grundsatzentscheidung des BAG v. 8.2.1957 – 1 AZR 338/55	28
1. Sachverhalt	28
2. Entscheidung	28
3. Analyse	30
a) Lückenfeststellung	30
b) Lückenausfüllung	31
c) Methodenkritische Betrachtung	32
II. Wesentliche Rechtsprechungslinien im Bereich	
der Lückenfeststellung	32
1. Beschränkung des Betriebsrisikolehre auf das Betriebsrisiko	33
a) Abspaltung des Wirtschaftsrisikos in BAG v. 8.3.1961 – 4	
AZR 223/59	33
b) Abspaltung des Arbeitskampfrisikos in BAG v. 22.12.1980 –	
1 ABR 2/79	33
c) Bestätigung der Betriebsrisikolehre in BAG v. 13.6.1990 – 2	
AZR 635/89	35
2. Kodifikation des Betriebsrisikos in § 615 S. 3 BGB	35
a) Bewusste Gesetzeslücke in § 615 S. 3 BGB	36
b) Aufgabe des Gedankens der sozialen Arbeits-	
und Betriebsgemeinschaft	37

3. Zwischenergebnis	38
III. Wesentliche Rechtsprechungslinien im Bereich der Lückenausfüllung	38
1. § 615 S. 3 BGB als Rechtsfolgenverweisung?	39
2. § 615 S. 3 BGB als Rechtsgrundverweisung	39
a) Rückführung des Betriebsrisikos auf § 615 S. 1 BGB	39
aa) Konkretisierung des Tatbestands von § 615 S. 3 BGB ...	40
bb) Neuausrichtung der Verteilung des Betriebsrisikos nach § 615 S. 3 BGB	41
(1) Erste Konstellation	42
(2) Zweite Konstellation	42
(3) Dritte Konstellation	42
(4) Vierte Konstellation	42
(5) Zwischenergebnis	43
b) Reform der Betriebsrisikolehre	44
aa) Anwendungsbereich	44
bb) Zweck	45
cc) Inhalt	45
(1) Fehlende Vorhersehbarkeit der Betriebsstörung	46
(a) Vorhersehbarkeit der Betriebsstörung als Zurechnungskriterium	46
(b) Konkretisierung der Vorhersehbarkeit	47
(c) Praktische Anwendungsfälle	49
(d) Folgen fehlender Vorhersehbarkeit?	50
(e) Zwischenergebnis	50
(2) Fehlender Betriebsbezug der Störung	50
(a) Betriebsbezug der Störung als Zurechnungskriterium	51
(b) Methodenkritische Betrachtung	51
(aa) <i>Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung</i>	52
(bb) <i>Unklare Reichweite des neuen Zurechnungskriteriums</i>	53
(c) Zwischenergebnis	54
(3) Existenzgefährdung des Arbeitgebers	54
(a) Existenzgefährdung des Arbeitgebers als Zurechnungskriterium	55
(b) Aktualität des Zurechnungskriteriums	56
(c) Zwischenergebnis	56
3. Zwischenergebnis	57
F. Zusammenfassung	57
I. Lückenfeststellung	57
II. Lückenausfüllung	57

§ 2 Betriebsrisikolehre – Eine richterliche Rechtsfortbildung	59
A. <i>Berechtigung zur Rechtsfortbildung</i>	61
I. Lückenfeststellung	61
II. Bewusste Gesetzeslücke	62
B. <i>Art und Weise der Rechtsfortbildung</i>	63
I. Bindung an den Delegationsauftrag	63
II. Bindung an formelle Vorgaben	64
1. Gebot der Gleichgerechtigkeit	64
2. Gebot der Folgerichtigkeit	65
3. Gebot der Normenklarheit	66
III. Bindung an materielle Vorgaben	66
1. Allgemeine Rechtsanwendungsstufen	67
a) Rechtsanwendung entlang des erkannten Gesetzgeberwillens („Gesetzesauslegung“)	67
b) Rechtsanwendung entlang des mutmaßlichen Gesetzgeberwillens („Gesetzesfortbildung“)	68
c) Rechtsanwendung entgegen dem erkannten Gesetzgeberwillen	69
aa) Zulässige richterliche Normzweckkorrektur („Gesetzesanpassung“)	69
bb) Unzulässige Gesetzesablehnung („Gesetzesvereitelung“)	70
d) Zwischenergebnis	70
2. Gesetzeskorrigierende Normkonkretisierung?	71
C. <i>Zusammenfassung</i>	72
§ 3 Betriebsrisikolehre – Eine unzulässige Rechtsfortbildung . . .	73
A. § 615 S. 3 BGB	73
B. § 615 S. 1 BGB	75
I. Ermittlung des Normzwecks	75
1. Ermittlung des historischen Normzwecks	76
a) Auslegungsmittel: Wortlaut der Norm	76
b) Auslegungsmittel: Entstehungsgeschichte	77
aa) Römisches Recht	78
(1) Locatio conductio	78
(2) Gefahrtragung	79
(a) Locatio conductio operarum (Dienstvertrag)	79
(b) Locatio conductio operis (Werkvertrag)	80
(c) Kongruenz der Gefahrtragung	80
(3) Zwischenergebnis	81
bb) Entwicklung bis zum Vorabend des BGB	81

cc) Bürgerliches Gesetzbuch	84
(1) Dresdner Kommission	85
(2) 1. Kommission	87
(a) Regelungsziel des § 561 E I	88
(b) Regelungstechnik des § 561 E I	89
(c) Gefahrtragung nach § 561 E I	90
(aa) <i>Verteilung der Lohngefahr nach § 561 E I</i>	91
(bb) <i>Verteilung des Betriebsrisikos nach § 561 E I</i> ...	94
(cc) <i>Exkurs: Verteilung der Substratsgefahr nach § 561 E I</i>	95
(3) 2. Kommission	97
(a) Streit über Reichweite des § 561 E I	97
(b) Keine Auswirkung des Streits	99
dd) Zusammenfassung zur Entstehungsgeschichte	99
(1) Historischer Normzweck des § 615 S. 1 BGB	99
(2) Verteilung der Lohngefahr nach § 615 S. 1 BGB	100
(3) Verteilung des Betriebsrisikos nach § 615 S. 1 BGB	101
c) Auslegungsmittel: Systematik des Gesetzes	101
aa) Einordnung in das System der Gegenleistungsgefahr ...	102
(1) Gegenüberstellung der sich des Annahmeverzugs bedienenden Gefahrtragungsregelungen	102
(a) Gegenleistungsgefahr im allgemeinen Schuldrecht sowie im Kauf- und Werkvertragsrecht	103
(b) Gegenleistungsgefahr im Dienstvertragsrecht ...	104
(c) Zwischenergebnis	106
(2) Kohärenz des § 615 S. 1 BGB mit anderen Regelungen der Gegenleistungsgefahr	106
(a) Kein Widerspruch zu § 616 BGB	106
(b) Erst-Recht-Schluss aus § 645 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB	107
(aa) <i>Verteilung der Substratsgefahr im Dienst- und Werkvertragsrecht</i>	107
(bb) <i>Die Entstehungsgeschichte des § 645 BGB</i>	108
(cc) <i>Erkenntnisse für die Verteilung der Substratsgefahr im Dienstvertragsrecht</i>	110
(c) Kein Erst-Recht-Schluss aus § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 BGB	111
(3) Zwischenergebnis	112
bb) Einordnung in das System der Verwendungsgefahr	113
(1) Verteilung der Verwendungsgefahr im Schuldrecht	113
(a) Leistungspflicht des Schuldners als Zurechnungskriterium	113
(b) Positivrechtliche Bestätigung durch § 537 Abs. 1 S. 1 BGB bzw. § 587 Abs. 2 S. 1 BGB	114

(aa) <i>Weiter mietrechtlicher Erfüllungsbegriff</i>	114
(bb) <i>Historischer Normzweck des § 537 Abs. 1 S. 1 BGB</i>	115
(cc) <i>Verteilung der Verwendungsgefahr im Mietrecht</i>	117
(c) <i>Positivrechtliche Bestätigung in § 615 S. 1 BGB</i>	117
(2) <i>Rückschlüsse auf die Verteilung des Betriebsrisikos</i>	118
cc) <i>Zusammenfassung zur Systematik des Gesetzes</i>	119
d) <i>Auslegungsziel: Historischer Normzweck</i>	119
2. <i>Fortgeltung des historischen Normzwecks</i>	121
a) <i>Anfälligkeit des historischen Normzwecks für Verdunklungstatbestände</i>	121
b) <i>Entkräftung der im Zeitverlauf aufgetretenen Verdunklungstatbestände</i>	123
aa) <i>Geltung des § 615 S. 1 BGB bei Unmöglichkeit der Dienst- bzw. Arbeitsleistung</i>	123
(1) <i>Inhalt und Herleitung</i>	124
(2) <i>Kritik</i>	125
(a) <i>Widerspruch zur historischen Konzeption der §§ 293 ff. BGB</i>	125
(b) <i>Widerspruch zur historischen Konzeption der Dienstleistungspflicht und § 615 S. 1 BGB</i>	125
(c) <i>Widerspruch zur Rechtsprechung des BAG</i>	127
(3) <i>Zwischenergebnis</i>	128
bb) <i>Geltung des § 615 S. 1 BGB trotz mangelnder praktischer Relevanz im Dienstvertragsrecht</i>	129
(1) <i>Bedeutungsverlust durch vertragliche Annäherung an den Werkvertrag</i>	129
(2) <i>Bedeutungsverlust durch schwachen dienstvertraglichen Kündigungsschutz</i>	129
(3) <i>Bedeutungsverlust durch Umdisponierbarkeit der Dienste</i>	131
(4) <i>Zwischenergebnis</i>	132
cc) <i>Geltung des § 615 S. 1 BGB auch bei Annahmearbeitsvertrag im Arbeitsrecht</i>	132
dd) <i>Geltung des § 615 S. 1 BGB ohne Berücksichtigung des sog. Veranlassungsprinzips</i>	134
(1) <i>Inhalt und Herleitung</i>	134
(2) <i>Kritik</i>	135
(a) <i>Kritik an der Herleitung des Prinzips</i>	135
(b) <i>Kritik an den Auswirkungen des Prinzips</i>	136
(aa) <i>Tatbestandsseitige Einschränkung des § 615 S. 1 BGB bei objektivem Leistungshindernis</i>	137
(bb) <i>Rechtsfolgenseitige Einschränkung des § 615 S. 1 BGB durch Kündigungsfristen des Schuldners</i>	140

(3) Zwischenergebnis	141
ee) Geltung des § 615 S. 1 BGB bei gesamtgemeinschaftsbezogener staatlicher Intervention	141
(1) Inhalt und Herleitung	141
(2) Kritik	142
(3) Zwischenergebnis	144
c) Zusammenfassung	144
II. Bindung der Rechtsprechung an den Normzweck	145
III. Achtung des Normzwecks durch die Rechtsprechung	147
C. § 313 Abs. 1 BGB	147
I. Ermittlung des Normzwecks	148
1. Auslegungsmittel: Wortlaut der Norm	148
2. Auslegungsmittel: Entstehungsgeschichte	149
a) Anwendbarkeit des § 313 Abs. 1 BGB im Arbeitsrecht	149
b) Wertungen hinsichtlich der Verteilung des Betriebsrisikos ...	149
aa) Geschäftsgrundlage	150
bb) Störung	150
cc) Unzumutbarkeit	151
dd) Zwischenergebnis	152
3. Auslegungsmittel: Systematik des Gesetzes	152
a) Anwendbarkeit des § 313 Abs. 1 BGB im Arbeitsrecht	152
b) Verhältnis zur Änderungskündigung	153
4. Auslegungsziel: Normzweck	154
II. Bindung der Rechtsprechung an den Normzweck	154
III. Missachtung des Normzwecks durch die Rechtsprechung	157
1. Fehlender Betriebsbezug der Störung	158
a) Verstoß gegen die Gesetzesbindung in BAG v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21	158
aa) Sachverhalt	158
bb) Entscheidung	158
cc) Analyse	159
(1) Störung der Geschäftsgrundlage	160
(2) Unzumutbarkeit	161
(a) Vertragliche Risikoverteilung	161
(b) Gesetzliche Risikoverteilung	162
(aa) Verwirklichung des Krisenrisikos	162
(bb) Berücksichtigung des <i>casum sentit dominus</i> Grundsatzes?	164
(c) Grundsatz der Halbteilung	166
(d) Vorbehalt staatlicher Krisenbewältigungsmaßnahmen	167
(aa) <i>Kurzarbeit</i>	168

(bb) <i>Coronahilfen</i>	169
(3) <i>Zwischenergebnis</i>	171
(dd) <i>Zwischenergebnis</i>	171
b) <i>Verstoß gegen das Gebot der Gleichgerechtigkeit</i>	172
aa) <i>Ungerechtfertigte Besserstellung des</i> <i>freien Dienstnehmers</i>	172
bb) <i>Ungerechtfertigte Besserstellung des Arbeitgebers</i>	173
c) <i>Verstoß gegen das Gebot der Folgerichtigkeit</i>	176
d) <i>Verstoß gegen das Gebot der Normenklarheit</i>	176
e) <i>Zwischenergebnis</i>	177
2. <i>Existenzgefährdung des Arbeitgebers</i>	177
<i>D. Zusammenfassung</i>	180
I. § 615 S. 3 BGB	180
II. § 615 S. 1 BGB	180
III. § 313 Abs. 1 BGB	181
§4 <i>Betriebsrisikolehre – Folgen der Unzulässigkeit</i>	183
<i>A. Kontrolldichte des BVerfG</i>	183
<i>B. Beanstandung durch das BVerfG?</i>	185
<i>C. Zusammenfassung</i>	187
<i>Zusammenfassung der wichtigsten Thesen</i>	189
<i>Anhang: Rechtsprechungsverzeichnis</i>	193
<i>Literaturverzeichnis</i>	199
<i>Sachverzeichnis</i>	211

Einführung

„Das Betriebsrisikoprob­lem besitzt arbeitsrechtliche Tradition.“¹ Es geht um Fälle, in denen der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung aufgrund einer Störung des Betriebs nicht erbringen kann, ohne dass eine Vertragspartei dies zu vertreten hat. Ob der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während der Betriebsstörung gleichwohl zur Lohnzahlung verpflichtet ist, bestimmt die Rechtsprechung seit nunmehr einem Jahrhundert nicht nur nach den Vorschriften des BGB, sondern auch nach der sog. Betriebsrisikolehre.² Diese ist Gegenstand der vorliegenden Arbeit.

Obwohl die Betriebsrisikolehre seit ihrer Entstehung unter kritischer Beobachtung der Rechtswissenschaft steht,³ bietet der Umstand, dass die letzte umfassende Untersuchung⁴ auf das Jahr 2001 datiert, Anlass für eine erneute Überprüfung. Denn erstens sind seither über 20 Jahre vergangen, in denen das BAG die Betriebsrisikolehre fortgeführt, konkretisiert und insbesondere in den Entscheidungen zu den pandemiebedingten Betriebsschließungen⁵ weiterentwickelt hat. Zweitens – und das ist noch wichtiger – hat sich seither das für die Rechtsfortbildung relevante Normumfeld geändert: Im Zuge der Schuldrechtsmodernisierung⁶ wurde nicht nur das Betriebsrisiko (§ 615 S. 3 BGB)⁷, sondern auch die

¹ *Kalb*, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, 1977, S. 13; vgl. auch *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, Bd. 2, 1908, S. 5: „Lieblingsgegenstände des Juristenfleißes“; *Nikisch*, SJZ 1948, 14: Das Betriebsrisikoprob­lem gehört „zu den meist erörterten und umstrittensten unseres Arbeitsrechts.“; frühzeitig bereits *Trautmann*, Gruchots Beiträge 59 (1915), 434 ff.; *Oertmann*, AcP 116 (1918), 1 ff.; *Potthoff*, JW 1922, 551 ff.; *Titze*, JW 1922, 548 ff.; *Hedemann*, FS Rosenthal, 1923, S. 169 ff.; aus der neueren Literatur *Schneider*, FS Preis, 2021, S. 1199 ff.; *Oetker*, FS Säcker, 2021, S. 155 ff.; *Kamanabrou*, RdA 2023, 76 ff.; *Kalb*, FS Henssler, 2023, S. 305 ff.; *E. Picker*, FS Henssler, 2023, S. 469 ff.

² Zur Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte der Betriebsrisikolehre sogleich unter § 1.

³ Statt vieler *Jorns*, Betriebsrisiko, 1957, passim; *Kalb*, Rechtsgrundlage und Reichweite der Betriebsrisikolehre, 1977, passim; *Tamm*, Die Entwicklung der Betriebsrisikolehre und ihre Rückführung auf das Gesetz, 2001, passim; *Weig*, Betriebsrisiko, 2023, passim; eine ausführliche Literaturübersicht findet sich bei *HKK/Rückert*, 2013, BGB § 615 Rn. 218 ff.

⁴ *Tamm*, Die Entwicklung der Betriebsrisikolehre und ihre Rückführung auf das Gesetz, 2001, passim.

⁵ BAG v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, AP BGB § 615 Nr. 166; BAG v. 4.5.2022 – 5 AZR 366/21, AP BGB § 615 Nr. 169.

⁶ Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 (BGBl. I, S. 3138) ist am 1.1.2002 in Kraft getreten.

⁷ BT-Drs. 14/6857, S. 11 und 48; BT-Drs. 14/7052, S. 204; aus der jüngeren Rechtsprechung BAG v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, AP BGB § 615 Nr. 166 Rn. 19 m.w.N.

Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB)⁸ kodifiziert.

Der Titel der Arbeit nimmt ihr Ergebnis vorweg. Bei der Betriebsrisikolehre handelt es sich nach hier vertretener Auffassung um eine unzulässige Rechtsfortbildung, weil das BAG die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Normsetzung überschreitet. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich darauf, diesen Verfassungsverstoß erkenntlich zu machen und das BAG zu dessen Beseitigung anzuregen. Mangels Relevanz für die formulierte Zielsetzung wird im Folgenden weder auf rechtsökonomische⁹ noch auf rechtsvergleichende¹⁰ Aspekte eingegangen.

In Anbetracht dessen ist die Arbeit wie folgt konzipiert: Zunächst soll mittels wertfreier Rechtsprechungsanalyse die aktuelle Reichweite der Betriebsrisikolehre sowie ihr aktueller Regelungsgehalt ermittelt werden (§ 1). Anschließend wird die Betriebsrisikolehre unter Berücksichtigung ihrer normativen Verankerung in § 615 S. 3 BGB als richterliche Rechtsfortbildung eingeordnet. Zudem werden die mit dieser Einordnung einhergehenden verfassungsrechtlichen Grenzen illustriert, welche die obersten Arbeitsrichter bei ihrer Fortführung zu beachten haben (§ 2). Sodann wird ausführlich dargelegt, weshalb das BAG diese Grenzen in den Entscheidungen zu den pandemiebedingten Betriebsschließungen¹¹ überschritten hat (§ 3), bevor im Anschluss näher darauf eingegangen wird, dass eine verfassungsgerichtliche Beanstandung der Rechtsfortbildung trotz dieser Überschreitung derzeit nicht zu erwarten ist (§ 4). Schließlich werden die wichtigsten Ergebnisse thesenartig festgehalten.

⁸ BT-Drs. 338/01, S. 401 ff.; BT-Drs. 14/6040, S. 174 ff.; aus der jüngeren Rechtsprechung BGH v. 12.1.2022 – XII ZR 8/21, NJW 2022, 1370 Rn. 41 ff.; BGH v. 16.2.2022 – XII ZR 17/21, NJW 2022, 1378 Rn. 25 ff.; BGH v. 2.3.2022 – XII ZR 36/21, NJW 2022, 1382 Rn. 28 ff.; BGH v. 4.5.2022 – XII ZR 64/21, NJW 2022, 2024 Rn. 28 ff.; BGH v. 13.7.2022 – VIII ZR 317/21, NJW 2022, 2830 Rn. 52 ff.; BAG v. 24.5.2023 – 7 AZR 169/22, AP TzBfG § 14 Nr. 198 Rn. 34 ff.

⁹ Zur rechtsökonomischen Betrachtung der Betriebsrisikolehre s. *Krasnitzky*, Die Lehre vom Betriebsrisiko, 1971, passim; *Greiner*, NZA 2022, 665 ff.; *Schnurbusch/Sendner*, RdA 2024, 158; allgemein zur rechtsökonomisch effizienten Zuordnung von vertraglichen Risiken *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 2020, S. 479 ff.; ein an rechtsökonomische Aspekte angelehntes Risikoverteilungssystem entwickelnd *Koller*, Die Risikozurechnung bei Vertragsstörungen in Austauschverträgen, 1979, passim.

¹⁰ Zum Betriebsrisiko in der Schweiz: *Wylér*, Betriebsrisiko und Arbeitskampfrisiko nach schweizerischem Recht, 1985, passim; *Flück*, Das Betriebsrisiko im Arbeitsverhältnis, 2022, passim; zum Betriebsrisiko in Österreich: *Rummel/Lukas/Geroldinger/Felten*, 2024, ABGB § 1155 Rn. 1 ff.; *Schwimann/Kodek/Pfeil*, 2021, ABGB § 1155 Rn. 1 ff.; *Bydlinski/Perner/Spitzer/Spenling/Kietzabl*, 2023, ABGB § 1155 Rn. 1 ff.; *Naderhirm*, DRdA 2005, 17 ff.; *Schrank*, RdW 2019, 254 ff.; *Kozak*, SR 2022, 65, 71; zum Betriebsrisiko in Frankreich vgl. *Bleckmann*, Arbeitspflicht und Vergütungsrisiko in Zeiten der Pandemie, 2023, S. 39 ff., 198 ff.

¹¹ BAG v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, AP BGB § 615 Nr. 166; BAG v. 4.5.2022 – 5 AZR 366/21, AP BGB § 615 Nr. 169.

Betriebsrisikolehre – Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte

Die Betriebsrisikolehre hat seit ihrer Entstehung nicht nur Feinjustierungen im Detail, sondern zahlreiche grundlegende Neuausrichtungen erfahren. Deshalb soll in diesem Kapitel – sozusagen als Vorarbeit – zunächst die gegenwärtige Ausprägung der Lehre als Folge ihrer historischen Entwicklung ermittelt werden. Hierfür werden nach einer kurzen Begriffsklärung (A) sowie einer knappen Einführung in die Ausgangsproblematik (B) die Entscheidungen des RG (C), des RAG (D) und des BAG (E) mit dem Ziel untersucht, den derzeitigen Anwendungsbereich der Lehre sowie ihren aktuellen Regelungsgehalt freizulegen (F).¹ Dabei liegt ein besonderes Augenmerk auf der Erforschung der noch gültigen Begründungen der Betriebsrisikolehre. Denn erst die Kenntnis darüber, wie das BAG seine Entscheidungsnormen begründet, eröffnet ein über die konkreten Einzelfallentscheidungen hinausgehendes Verständnis der richterlichen Normsetzung und macht die Betriebsrisikolehre der rationalen Kritik zugänglich.

Vorerst steht also die wertfreie Ermittlung des richterlichen Regelungswillens und nicht die kritische Auseinandersetzung mit diesem im Vordergrund. Eine solche erfolgt in diesem Kapitel nur höchstausnahmsweise, wenn die Kritik an der Betriebsrisikolehre lediglich im Zusammenhang mit ihrer Entstehungs- und Entwicklungsgeschichte verständlich gemacht werden kann. In einem solchen Fall wird der entsprechende Abschnitt mit der Überschrift „Methodenkritische Betrachtung“ gekennzeichnet.

A. Begriffsklärungen

Die Betriebsrisikolehre erstreckt sich mittlerweile über mehr als ein Jahrhundert. Dennoch werden die zu ihrer Beschreibung notwendigen Fachbegriffe noch immer nicht einheitlich verwendet. Es erscheint daher sinnvoll, vorab klarzustellen, welche Bedeutung den einschlägigen Termini in dieser Arbeit beigemessen wird. Darum wird nun die Gegenleistungsgefahr (I), die dieser unterfallende Substratsgefahr (II) sowie die dieser unterfallende Betriebsgefahr (III) definiert.

¹ Eine Übersicht der untersuchten letztinstanzlichen Entscheidungen zum Betriebsrisiko findet sich am Ende der Arbeit im Rechtsprechungsverzeichnis.

I. Gegenleistungsgefahr

Die Gegenleistungsgefahr² betrifft im gegenseitigen Vertrag die Frage, ob der Schuldner die Vergütung verlangen kann, wenn ihm die Erbringung seiner Leistung³ aufgrund eines von keiner Partei zu vertretenden Umstands ganz oder teilweise i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB⁴ unmöglich ist (sog. zufallsbedingte Störung).⁵ Aus der Schuldnerperspektive geht es um die Gefahr, den Vergütungsanspruch infolge der Nichterbringung der Leistung zu verlieren.⁶ Aus der Gläubigerperspektive ist hingegen die Gefahr betroffen, die Vergütung erbringen zu müssen, ohne die Leistung zu erhalten.⁷ Klarstellend sei darauf hingewiesen, dass die Gegenleistungsgefahr auch solche Fälle erfasst, in denen die Unmöglichkeit der Leistungserbringung von Dritten⁸ gezielt herbeigeführt wird.

II. Substratsgefahr

Die Substratsgefahr bildet ein Teilausschnitt der Gegenleistungsgefahr ab. Sie betrifft die Frage, ob der Schuldner die Vergütung verlangen kann, wenn ihm die Erbringung seiner Leistung ausschließlich aufgrund einer von keiner Partei zu vertretenden vorübergehenden oder dauerhaften Nichtverfügbarkeit eines Leistungssubstrats ganz oder teilweise i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist (sog. Substratsstörung). Als Leistungssubstrat werden Personen, Sachen oder immaterielle Güter verstanden, an oder mit denen der Schuldner seine Leistung notwendigerweise zu erbringen hat.

Es geht also z.B. darum, ob der Pfleger, der seine Dienste nicht erbringen kann, weil die zu pflegende Person verstirbt (persönliches Leistungssubstrat), der

² Die Gegenleistungsgefahr wird in dieser Arbeit auch als *Lohngefahr*, *Vergütungsgefahr* oder *Lohnrisiko* bezeichnet.

³ Die Leistung des Schuldners meint in dieser Arbeit die primäre Leistungspflicht des Schuldners. Dies ist die eigentliche, beim Vertrag also die versprochene bzw. vertragstypische Leistung wie etwa die Übergabe des vertragsgemäßen Kaufgegenstands. Zur Unterscheidung von primären und sekundären Leistungspflichten MüKoBGB/Bachmann, 2022, BGB § 241 Rn. 32 m.w.N.

⁴ Als Leistungsbefreiungstatbestände kommen neben der Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) auch der grob unverhältnismäßige Leistungsaufwand (§ 275 Abs. 2 BGB) sowie die persönliche Unzumutbarkeit (§ 275 Abs. 3 BGB) für den Schuldners in Betracht. Liegen deren Voraussetzungen vor, ohne dass eine Partei dies zu vertreten hat, stellt sich ebenfalls die Frage nach dem Schicksal des Vergütungsanspruchs. Diese Konstellationen bleiben mangels Relevanz für die hier untersuchte Betriebsrisikolehre aber außer Betracht.

⁵ Vgl. Weber/Schmidt, 2024, Gefahrtragung.

⁶ Lorenz, JuS 2004, 105, 106; Möller, FS Böttcher, 1969, S. 261, 265.

⁷ Grüneberg/Weidenkaff, 2025, BGB § 446 Rn. 15; HK-BGB/Saenger, 2024, BGB § 446 Rn. 1; Staudinger/Beckmann, 2023, BGB § 446 Rn. 6; Westermann, JA 1978, 481, 482; Hüffer, JuS 1988, 123, 127.

⁸ Als Dritte werden Personen bezeichnet, deren Verhalten und/oder Verschulden den Vertragsparteien gem. § 278 BGB nicht zurechenbar ist.

Maler, der die Fassade des Hauses nicht zu Ende streichen kann, weil es zuvor abbrennt (sachliches Leistungssubstrat), oder der angestellte Wirtschaftsprüfer, der seine Arbeit nicht verrichten kann, weil die Prüfsoftware aufgrund eines Hackerangriffs nicht funktioniert (immaterielles Leistungssubstrat), einen Anspruch auf die vereinbarte Vergütung hat.

III. Betriebsgefahr

Die Betriebsgefahr bildet wiederum einen Teilausschnitt der Substratsgefahr ab. Sie beschränkt sich auf das Arbeitsrecht und behandelt die Frage, ob der Arbeitnehmer die Vergütung verlangen kann, wenn ihm die Erbringung seiner Arbeitsleistung ausschließlich aufgrund einer von keiner Partei zu vertretenden vorübergehenden oder dauerhaften Nichtverfügbarkeit des Arbeitssubstrats ganz oder teilweise i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich ist (sog. Betriebsstörung). Als Arbeitssubstrat werden Personen, Sachen oder immaterielle Güter verstanden, an oder mit denen der Arbeitnehmer seine Leistung notwendigerweise zu erbringen hat. Der Begriff des Arbeitssubstrats schließt in dieser Arbeit entgegen seiner herkömmlichen Bedeutung die notwendigen Arbeitsmittel des Arbeitnehmers mit ein.

Um die Verteilung der Betriebsgefahr durch den Gesetzgeber und die Rechtsprechung präziser beschreiben zu können, ist weiter danach zu differenzieren, auf welchen Umstand die Betriebsstörung zurückzuführen ist.

1. Arbeitskampfisiko, Wirtschaftsrisiko, Betriebsrisiko

Ist die Betriebsstörung auf einen Arbeitskampf zurückzuführen (z.B. Teilstreik im eigenen Betrieb), ist das Arbeitskampfisiko betroffen.⁹ Ist die Betriebsstörung wirtschaftlich bedingt (z.B. Auftrags- oder Absatzmangel), geht es um das Wirtschaftsrisiko.¹⁰ Die verbleibenden Betriebsstörungen werden unter dem Begriff des Betriebsrisikos zusammengefasst.¹¹ Die Begriffe Betriebsrisiko und Betriebsgefahr werden in dieser Arbeit also nicht synonym verwendet. Das Betriebsrisiko bildet lediglich einen Teilausschnitt der Betriebsgefahr ab.

2. Betriebsrisikolehre

Als Betriebsrisikolehre wird die Gesamtheit der dem Gesetz nicht zu entnehmenden Entscheidungsnormen¹² bezeichnet, die von den höchsten Arbeitsrichtern entwickelt wurden, um das Betriebsrisiko – bzw. bis zu deren Abspaltung auch

⁹ Dazu unter § 1 E II 1 b).

¹⁰ Dazu unter § 1 E II 1 a).

¹¹ Dazu unter § 1 E II 1 c).

¹² Der Begriff der Entscheidungsnorm geht auf *Rüthers* zurück. Er definiert das Richterrecht als „alle Entscheidungsnormen (Wertemaßstäbe), die ohne gebotsbildende Akte des Richters dem Gesetz nicht entnommen werden können“ (*Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie

das Wirtschafts- und Arbeitskampsrisiko – zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu verteilen.

B. Ausgangsproblematik

Die Betriebsrisikolehre befasst sich seit jeher mit der Verteilung der Betriebsgefahr. Ihre Entscheidungsnormen geben Aufschluss darüber, ob der Arbeitnehmer seine Vergütung während der zufallsbedingten Störung eines Arbeitssubstrats oder des gesamten Betriebs verlangen kann. Solche Betriebsstörungen sind vielgestaltig möglich. In der Praxis geht es üblicherweise um technische Defekte (z.B. Unterbrechungen der Strom-, Gas- oder Wasserversorgung¹³ zum oder im Betrieb, Maschinenschäden oder -ausfälle¹⁴ sowie künftig ggf. auch Ausfälle der betrieblichen IT nach Cyberangriffen¹⁵), Unglücksfälle, Naturkatastrophen oder extreme Wetterverhältnisse (z.B. Brand¹⁶, Überschwemmungen¹⁷, plötzlicher Kälteeinbruch¹⁸ oder ausgedehnte Regenfälle¹⁹), hoheitliche Betriebsverbote bzw. Auflagen, die den Betriebsablauf beeinträchtigen (z.B. Tanzverbot aufgrund von Staatstrauer²⁰, pandemiebedingte Betriebsschließung²¹), wirtschaftliche Schwierigkeiten des Arbeitsgebers (z.B. Auftrags- oder Absatzmangel²²) oder Teilstreiks im eigenen²³ Betrieb oder Streiks in fremden²⁴ Betrieben mit Auswir-

und juristische Methodenlehre, 2022, Rn. 235; s. auch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, 2022, S. 458 ff.). Der Prozess, mittels welchem die Richter diese Entscheidungsnormen entwickeln, wird in dieser Arbeit als *judikative Regelbildung*, *richterliche Normsetzung* oder *richterliche Normbildung* bezeichnet.

¹³ Statt vieler BAG v. 4.7.1958 – 1 AZR 559/57, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 5; BAG v. 30.1.1991 – 4 AZR 338/90, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 33.

¹⁴ RAG v. 3.11.1928 – RAG 81/28, ARS 4, 149 ff.; RAG v. 15.12.1928 – RAG 250/28, ARS 5, 41 f.; RAG v. 15.2.1930 – RAG 402/29, ARS 8, 260 ff.

¹⁵ *RudkowskilStadelmann*, NZA 2024, 1665; vgl. Obergericht Kanton Aargau v. 20.3.2025 – ZVE.2024.43 auffindbar unter: <https://entscheidsuche.ch>, zuletzt abgerufen am 8.9.2025.

¹⁶ BAG v. 28.9.1972 – 2 AZR 506/71, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 28; BAG v. 13.6.1990 – 2 AZR 635/89, juris.

¹⁷ Vgl. BAG v. 23.9.2015 – 5 AZR 146/14, AP BGB § 615 Nr. 143 Rn. 22.

¹⁸ BAG v. 9.3.1983 – 4 AZR 301/80, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 31.

¹⁹ RAG v. 4.7.1928 – RAG 41/28, ARS 3, 129 ff.; vgl. BAG v. 14.5.1986 – 4 AZR 77/85, AP FeiertagslohnzahlungsG § 1 Nr. 49; BAG v. 9.7.2008 – 5 AZR 810/07, AP BGB § 615 Nr. 123.

²⁰ BAG v. 30.5.1963 – 5 AZR 282/62, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 15.

²¹ BAG v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21, AP BGB § 615 Nr. 166; BAG v. 4.5.2022 – 5 AZR 366/21, AP BGB § 615 Nr. 169.

²² RAG 2.7.1930 – RAG 113/30, ARS 9, 537; BAG v. 8.3.1961 – 4 AZR 223/59, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 13; BAG v. 18.11.2015 – 5 AZR 814/14, AP BGB § 138 Nr. 73.

²³ RG v. 6.2.1923 – III 93/22, RGZ 106, 272; BAG v. 25.7.1957 – 1 AZR 194, 56, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 3; BAG v. 24.1.1958 – 1 AZR 132/57, AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 4.

²⁴ RAG v. 20.6.1928 – RAG 72/28, ARS 3, 116; BAG v. 22.12.1980 – 1 ABR 2/79, AP GG Art. 9 Arbeitskampf Nr. 70.

kungen auf den Betrieb des Arbeitgebers. Im Mittelpunkt steht die Frage, ob der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmer die Gefahr solcher Betriebsstörungen trägt.²⁵ Weist man die Gefahr dem Arbeitgeber zu, muss er den Arbeitnehmer während der Betriebsstörung vergüten, obwohl er dessen Arbeitsleistung nicht erhält. Belastet man dagegen den Arbeitnehmer mit der Gefahrtragung, erhält er den Lohn für die Zeit der Betriebsstörung nicht.

Bereits im Gesetzgebungsverfahren zur Schaffung des BGB ist innerhalb der 2. Kommission außerordentlich kontrovers über eine angemessene Verteilung der Betriebsgefahr diskutiert worden.²⁶ Während ein Teil²⁷ die Ansicht vertrat, der Arbeitnehmer²⁸ könne für die gesamte Zeit der Störung Lohn verlangen, weil sich der Arbeitgeber gem. § 561 S. 1 E I (= § 615 S. 1 BGB) im Annahmeverzug befinde, ging ein anderer Teil²⁹ davon aus, dass der Arbeitnehmer gem. § 368 Abs. 1 E I (= § 323 Abs. 1 S. 1 BGB [a.F., jetzt 326 Abs. 1 S. 1] BGB) den Anspruch auf die Vergütung verliere, weil objektive Unmöglichkeit der Arbeitsleistung anzunehmen sei. Diese sich in Ergebnis und Begründung diametral entgegensetzenden Standpunkte wurden nach Inkrafttreten des BGB in der Rechtswissenschaft rezipiert.³⁰ So verfestigte sich im wissenschaftlichen Diskurs der Eindruck, man käme an die Fälle der Betriebsgefahr „von beiden Seiten heran“³¹, je nachdem, ob man den Störungstatbestand unter den Begriff der Unmöglichkeit oder den des Annahmeverzugs subsumiere. Damit war der Grundstein für die (Fehl-)Vorstellung gelegt, der Gesetzgeber habe diese Fälle ungeregelt gelassen und eine befriedigende Lösung sei auf dem Boden des Bürgerlichen Rechts nicht zu erreichen. Vor diesem Hintergrund erscheint es verständlich, dass sich die Rechtsprechung unter Berufung auf die Lückenhaftigkeit des BGB alsbald

²⁵ Auf die Möglichkeit des Arbeitgebers, das Betriebsrisiko durch die Anordnung von Kurzarbeit und die Beantragung von Kurzarbeitergeld auf die Solidargemeinschaft abzuwälzen, wird unter § 3 C. III. 3. a) cc) (2) (d) (aa) näher eingegangen.

²⁶ Dazu ausführlich unter § 3 B. I. 1. b) cc) (3). Hier soll in verkürzter Darstellung lediglich auf das Problem aufmerksam gemacht werden.

²⁷ Prot. II S. 281.

²⁸ Die Betriebsrisikofrage wurde im Gesetzgebungsverfahren bei den §§ 615 ff. BGB diskutiert (Prot. II S. 280 ff.). Folglich wird in den Materialien auf den Dienstverpflichteten und den Dienstberechtigten abgestellt. Da die §§ 615 ff. BGB auch im Arbeitsrecht Anwendung finden (BeckOGK-ZivR/Bieder, 1.7.2022, BGB § 615 Rn. 9 m.w.N.), sind die Ausführungen in den Materialien auf den Arbeitnehmer und den Arbeitgeber übertragbar.

²⁹ Prot. II S. 281 f.

³⁰ Vertreter der sog. Unmöglichkeitstheorie: *Titze*, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, 1900, S. 24 f.; *Rümelin*, Dienstvertrag und Werkvertrag, 1905, S. 82; *Lotmar*, Der Arbeitsvertrag, Bd. 2, 1908, S. 282; Vertreter der sog. Annahmeverzugslehre: *Trautmann*, Gruchots Beiträge 59 (1915), 434 ff.; *Oertmann*, Deutsches Arbeitsvertragsrecht, 1923, S. 168 ff.; für weitere Nachweise zu beiden Strömungen, HKK/Rückert, 2013, BGB § 615 Rn. 222.

³¹ *Esser*, Schuldrecht, 1960, S. 322.

von diesem „abwenden“ sollte, um dem vermeintlichen Dilemma der zivilrechtlichen Dogmatik zu entkommen. Dies geschah – zumindest teilweise – in der berühmten Kieler-Straßenbahn-Entscheidung des RG vom 6. Februar 1923³².

C. Entscheidung des Reichsgerichts

Die Kieler-Straßenbahn-Entscheidung des RG vom 6. Februar 1923³³ bildet den Ausgangspunkt der Betriebsrisikolehre.³⁴ Auf sie ist daher im Folgenden näher einzugehen.

I. Grundsatzentscheidung des RG v. 6.2.1923 – III 93/22

Zuerst wird der Sachverhalt, über den das RG zu entscheiden hatte, überblicksartig dargestellt (1). Anschließend wird die Entscheidung des Gerichts wiedergegeben (2) und im Hinblick auf ihren rechtsfortbildenden Charakter kritisch analysiert (3).

1. Sachverhalt

Die in Berlin ansässige „Allgemeine Lokal- und Straßenbahngesellschaft AG“ betrieb in Kiel ein elektrisches Straßenbahnnetz. Den notwendigen Strom produzierte das Unternehmen in einem eigenen Kraftwerk, welches vom 9. bis zum 20. Mai 1920 von den dort tätigen Arbeitern des Metallarbeiterverbands bestreikt wurde. Da elektrische Kraft von anderer Seite nicht zu erhalten war, konnten die Straßenbahnen das Depot während des Streiks nicht verlassen. In dem Verfahren begehrte die „Allgemeine Lokal- und Straßenbahngesellschaft AG“ die Feststellung, ihren Fahrern, Schaffnern und Kontrolleuren für die Zeit des elftägigen Betriebsstillstandes keinen Lohn zahlen zu müssen. Diese gehörten dem Transportarbeiterverband an, hatten sich am Streik nicht beteiligt und ihre Dienste vertragsgemäß angeboten.

³² RG v. 6.2.1923 – III 93/22, RGZ 106, 272.

³³ RG v. 6.2.1923 – III 93/22, RGZ 106, 272.

³⁴ Die zum Teil scharfe zeitgenössische Kritik fassen Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. I, 1963, S. 350 zusammen: „Man warf dem RG vor, es verlasse den Boden des Gesetzes und huldige einer extremen Freirechtslehre.“ Zur historischen Einordnung und fortwirkenden Bedeutung des Urteils Rolfs, RdA 2023, 282. Die Rechtsprechung vor dem „Paukenschlag des Reichsgerichts von 1923“ bezüglich der Verteilung der Vergütungsgefahr im Dienst- und Arbeitsvertragsrecht darstellend HKK/Rückert, 2013, BGB § 615 Rn. 201 ff.

2. Entscheidung

Das RG entschied, dass den beklagten Arbeitnehmern für den Zeitraum des elftägigen Betriebsstillstandes kein Anspruch auf Lohnzahlung zustand.

Bei seiner Entscheidungsfindung löste sich das RG von den Vorschriften des BGB und begründete dies mit dem kollektivrechtlichen Charakter der Rechtsfrage:³⁵ Man dürfe, um zu einer befriedigenden Lösung des Streits zu gelangen, überhaupt nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen. Denn das BGB stehe, den Verhältnissen seiner Entstehungszeit entsprechend, auf einem individualistischen Standpunkt. Inzwischen habe – zumindest in größeren Betrieben – der *Gedanke der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft* Ausbreitung und Anerkennung gefunden.³⁶ Es handele sich nicht mehr um das Verhältnis des einzelnen Arbeiters zu seinem Arbeitgeber, sondern um eine Regelung zwischen zwei Gruppen der Gesellschaft, dem Unternehmertum und der Arbeiterschaft.

Den zur Entscheidungsgrundlage erklärten Gedanken einer sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft, der fortan auch als *Gemeinschaftsgedanke* bezeichnet wird, konkretisierte das Gericht folgendermaßen:³⁷ Mit dem Arbeitsvertrag trete der einzelne Arbeitnehmer in die Arbeiterschaft und damit in die Gesamtorganisation des Betriebes ein. Dessen Ergebnis werde im gemeinschaftlichen Zusammenwirken von Unternehmer und Arbeiterschaft gewonnen. Der Arbeitnehmer sei nicht mehr nur ein bloßes Werkzeug des Unternehmers, sondern ein lebendiges Glied der Arbeitsgemeinschaft. Dem entspreche es dann aber auch, dass, wenn die Arbeitsgemeinschaft aus Gründen, die nicht vom Unternehmer ausgehen, versagt, die Folgen nicht nur diesen treffen. Wenn der Betrieb infolge von Handlungen der Arbeiterschaft stillliege und die Betriebseinnahmen versiegen, sei es dem Unternehmer selbstverständlich nicht zuzumuten, für die Lohnzahlungen aus anderen Mitteln zu sorgen. Dies gelte auch dann, wenn das Versagen der Arbeitsgemeinschaft nur von einem Teil der Arbeiterschaft ausgehe, während andere Arbeitnehmer des Betriebes arbeitsfähig und arbeitswillig blieben. Es handele sich dabei nicht um eine Haftung der Arbeitswilligen für die Streikenden, sondern darum, dass mit der durch einen Teil der Arbeiterschaft verursachten Stilllegung des Betriebes die Grundlage für die Lohnzahlungen im Betrieb ganz allgemein weggefallen sei.

³⁵ RG v. 6.2.1923 – III 93/22, RGZ 106, 272, 275.

³⁶ Das RG verweist für die soziale Rücksicht im BGB auf die §§ 616 ff. BGB und für den Gedanken der gemeinschaftlichen Arbeit auf das Betriebsrätegesetz vom 4.2.1920 (RGBl., S. 147). Letzteres verpflichtete die Betriebsräte „zur Unterstützung des Arbeitgebers in der Erfüllung der Betriebszwecke“ (§ 1 BRG) und wies ihnen als zentrale Aufgabe zu, „die Betriebsleitung durch Rat zu unterstützen, um dadurch mit ihr für einen möglichst hohen Stand und für möglichste Wirtschaftlichkeit der Betriebsleitungen zu sorgen“ (§ 66 Nr. 1 BRG). Sie hatten dahin zu wirken, „daß von beiden Seiten Forderungen und Maßnahmen unterlassen werden, die das Gemeininteresse schädigen“ (§ 68 BRG). Das Gesetz räumte den Räten aber kaum echte Mitbestimmungsrechte ein (vgl. § 78 BRG).

³⁷ RG v. 6.2.1923 – III 93/22, RGZ 106, 272, 275 f.; weitergehende Konkretisierung des Gedankens in RG v. 16.2.1926 – III 428/25, RGZ 113, 87, 89.

Dieses Ergebnis ließ sich nach der Auffassung des RG hilfswise auch im Bürgerlichen Recht verorten:³⁸ Den beklagten Arbeitnehmer werde die Erbringung der Arbeitsleistung durch die streikbedingte Betriebsstilllegung unmöglich, weshalb deren Lohnanspruch gem. § 323 Abs. 1 S. 1 (a.F., jetzt § 326 Abs. 1 S. 1) BGB entfalle. Eine Anspruchserhaltung gem. § 324 Abs. 1 S. 1 (a.F., jetzt § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1) BGB scheitere daran, dass der Arbeitgeber den Streik und damit die Betriebsstilllegung durch Ablehnung der Lohnerhöhungen nicht zu vertreten habe. Auch eine Anspruchserhaltung gem. § 615 S. 1 BGB komme nicht in Betracht, da die beklagten Arbeitnehmer außer Stande waren, die angebotene Arbeitsleistung zu bewirken, § 297 BGB.

3. Analyse

Das RG wurde in der Kieler-Straßenbahn-Entscheidung rechtsfortbildend tätig. Es schob die in dem Verfahren einschlägigen Rechtsnormen beiseite (a) und entschied stattdessen nach eigens entwickelten Wertemaßstäben (b).

a) Lückenfeststellung

Das RG war der Auffassung, der soeben dargestellte Sachverhalt lasse sich nicht mit den bestehenden Vorschriften des BGB bewältigen. Darüber kann auch die Hilfsargumentation, das aus den sozialen Verhältnissen gewonnene Ergebnis lasse sich im BGB verorten, nicht hinwegtäuschen. Denn für eine befriedigende Lösung – also den dogmatischen Weg zum Ergebnis – durfte man nach Auffassung des Gerichts nicht von den Vorschriften des BGB ausgehen. Diese stünden entsprechend ihrem Entstehungszeitpunkt auf einem individualistischen Standpunkt. Mittlerweile hätten sich die sozialen Verhältnisse aber geändert. Nun stünden sich entsprechend dem Gedanken der sozialen Arbeits- und Betriebsgemeinschaft Unternehmertum und Arbeiterschaft als Gruppen gegenüber. Eine Lösung mittels der auf das individuelle Arbeitsverhältnis ausgerichteten Vorschriften des BGB komme daher nicht mehr in Betracht.

b) Lückenausfüllung

Die dadurch entstehende Gesetzeslücke schloss das Gericht unter Rückgriff auf eine neu entwickelte Entscheidungsnorm. Nach dieser entfiel der Lohnanspruch aller Arbeitnehmer, wenn der Betrieb infolge von Handlungen (eines Teils) der Arbeiterschaft stillgelegt wurde. Infolgedessen stand auch den nicht am Arbeitskampf beteiligten Arbeitnehmern im Falle eines Teilstreiks kein Lohn zu. Dies folge aus der dem Gemeinschaftsgedanken innewohnenden Verbundenheit der Arbeitnehmerschaft mit dem Betrieb. Eine Verbundenheit innerhalb der Arbeitnehmerschaft (sog. Solidaritätsprinzip) lehnte das RG ausdrücklich ab.

³⁸ RG v. 6.2.1923 – III 93/22, RGZ 106, 272, 276.

Sachverzeichnis

Annahmeverzug 89-90, 97-99, 102-106,
123-128, 132-134
– Alternativität 123-128
– Annahmehmöglichkeit 132-134
– Funktion 102-106
Arbeitskampfrisiko 5, 15-16, 17-18, 29-
30, 33-34
– Abspaltung 33-34
– Kampfparität 29-30
Arbeitssubstrat 5 *siehe auch*
Substratsgefahr

Bestandsgefährdung 23-25, 54-56, 177-
180
– Opfergrenze 54-56
Betriebsbezug 19-20, 50-54, 158-177
Betriebsgefahr 5
Betriebsrisiko 5
– Kodifikation 35-37, 73-75
– Neuausrichtung 41-43
– Rückführung 39-43
– Verteilung, gesetzlich 94-95, 101,
118-119, 154, 280-181
– Verteilung, richterlich *siehe*
Betriebsrisikolehre
Betriebsrisikolehre 5-6
– Anwendungsbereich, aktuell 44
– Entstehungsgeschichte 8-16
– Entwicklungsgeschichte 16-57
– Inhalt, aktuell 45-57
– Reform 44
– Zweck, aktuell 45
Betriebsstörung 5-7

Casum sentit dominus 91-93, 100-101,
164-165
COVID-19-Pandemie 141-144, 158-172
– Coronahilfen 169-170

Durchführungsrisiko 81, 84-87, 92-93,
100

Existenzgefährdung *siehe*
Bestandsgefährdung

Gegenleistungsgefahr 4, 91-93, 100-101,
102-112
Gemeinschaftsgedanke *siehe* Soziale
Arbeits- und Betriebsgemeinschaft

Krisenrisiko 162-171
Kurzarbeit 168-169

Leistungsfähigkeitsrisiko 81, 84-87, 92-
93, 100
Locatio conductio 78-81
Lohngefahr *siehe* Gegenleistungsgefahr

Preisgefahr *siehe* Gegenleistungsgefahr

Rechtsfortbildung 59-72
– Berechtigung 61-63
– Grenzen 63-72
– Kontrolldichte 183-185
– Zulässigkeit 59-60

Solidaritätsprinzip 10, 15, 31, 34
Soziale Arbeits- und
Betriebsgemeinschaft 8-11, 12-16,
30-31, 37-38
Sphäre 46-47, 81-84, 85-87, 91-93, 115-
116
– *Casum sentit dominus* 91-93, 100-
101, 164-165
– Personenbereichslehre 82
– Sphärentheorie 46-47
Störung der Geschäftsgrundlage 147-
154, 160-172

Substratsgefahr 4-5, 95-96, 107-111

Veranlassungsprinzip 134-141

Vergütungsgefahr *siehe*

Gegenleistungsgefahr

Verwendungsgefahr 113-119

Vorhersehbarkeit 19-23, 46-50, 51-54,
164-165

Wirtschaftsrisiko 5, 33