

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 5 Sa 241/21

4 Ca 363 b/21 ArbG Neumünster
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)



Urteil

Im Namen des Volkes

In pp.

hat das Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein - 5. Kammer - durch die Vorsitzende RichterIn am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzende und die ehrenamtlichen Richter ... und ... als Beisitzer auf die mündliche Verhandlung vom 17.02.2022

für Recht erkannt:

1. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 02.09.2021 - 4 Ca 363 b/21 - wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt die Klägerin.
3. Die Revision wird zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann durch Einreichung einer Revisionschrift bei dem

Bundesarbeitsgericht
Hugo-Preuß-Platz 1
99084 Erfurt
Telefax 0361 2636-2000
Save ID: govello-1143466074128-000000748
DE-Mail-Adresse: bag@bundesarbeitsgericht.de-mail.de

Revision eingelegt werden.

Die Revisionschrift muss

binnen einer Notfrist von einem Monat

beim Bundesarbeitsgericht eingegangen sein.

Der Revisionskläger muss die Revision begründen. Die Revisionsbegründung ist, sofern sie nicht bereits in der Revisionschrift enthalten ist, in einem Schriftsatz bei dem Bundesarbeitsgericht einzureichen. Die Frist für die Revisionsbegründung beträgt

zwei Monate.

Die Fristen für die Einlegung und die Begründung der Revision beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, **spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.**

Die Revisionsschrift muss das Urteil bezeichnen, gegen das die Revision gerichtet wird, und die Erklärung enthalten, dass gegen dieses Urteil Revision eingelegt werde.

Die Revision und Revisionsbegründung müssen von einem bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterzeichnet sein.

An seine Stelle kann auch ein Vertreter eines Verbandes (Gewerkschaften, Arbeitgebervereinigungen) oder eines Spitzenverbandes (Zusammenschlüsse solcher Verbände) treten, sofern er kraft Satzung oder Vollmacht zur Vertretung befugt und die Partei Mitglied des Verbandes oder Spitzenverbandes ist. An die Stelle der vorgenannten Vertreter können auch Angestellte einer juristischen Person, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer dieser Organisationen stehen, treten, sofern die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung der Verbandsmitglieder entsprechend deren Satzung durchführt und der Verband für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet. Ist die Partei Mitglied eines Verbandes oder Spitzenverbandes, kann sie sich auch durch einen Vertreter eines anderen Verbandes oder Angestellten einer der oben genannten juristischen Personen mit vergleichbarer Ausrichtung vertreten lassen. Die Personen, die für diese Organisationen handeln, müssen über die **Befähigung zum Richteramt** verfügen.

Der Revisionsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils beigefügt werden.

Die Schriftform ist auch durch die Einreichung eines elektronischen Dokuments an das elektronische Postfach des oben genannten Gerichts gewahrt, wenn das elektronische Dokument mit einer qualifizierten Signatur der verantwortenden Person versehen ist oder das elektronische Dokument von der verantwortenden Person (einfach) signiert ist und auf einem der in § 46c Abs. 4 ArbGG genannten sicheren Übermittlungswege elektronisch versandt wird.

Im Verfahren vor dem Bundesarbeitsgericht sind **ausschließlich in Papierform übermittelte** Rechtsmittelschriften, Rechtsmittelbegründungsschriften und wechselseitige Schriftsätze in siebenfacher Ausfertigung einzureichen - für jeden weiteren Beteiligten eine weitere Ausfertigung. Bei **elektronischer Einreichung** genügt die einmalige elektronische Übermittlung; bitte verzichten Sie insoweit auf die vorsorgliche Übersendung in Papierausfertigung.

.....

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Nachgewährung von sechs Urlaubstagen aus dem Jahr 2020.

Die 47-jährige Klägerin ist bei der Beklagten seit dem 02.03.1995 zuletzt als „Inselmitarbeiterin Fertigung“ zu einem durchschnittlichen Monatsgehalt von 4.007,09 € brutto beschäftigt. Die Klägerin hat einen vertraglichen Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen bei einer 5-Tagewoche. Die Beklagte gewährte der Klägerin antragsgemäß Erholungsurlaub für den Zeitraum 21.12. bis 31.12.2020 und zahlte hierfür Urlaubsentgelt.

Die Klägerin hatte kurz vor Urlaubsantritt Kontakt zu einer Person, die zu dem Zeitpunkt an Covid-19 erkrankt war und galt laut Einstufung des zuständigen Fachdienstes Gesundheit der Stadt N. als Kontaktperson der Kategorie 1. Am 21.12.2020 ordnete der Fachdienst Gesundheit fernmündlich eine häusliche Absonderung (Quarantäne) für den Zeitraum 21.12.2020 bis 30.12.2020 an. Mit Bescheid vom 30.12.2020 wurde diese Quarantäne-Anordnung bestätigt.

Mit Schreiben vom 04.02.2021 machte die Klägerin gegenüber der Beklagten unter Berufung auf § 56 IfSG die Gutschrift von sieben Urlaubstagen geltend. Wegen der Quarantäne-Anordnung sei eine Verrechnung des im Dezember 2020 genehmigten Urlaubs mit dem Jahresurlaub nicht statthaft. Mit Schreiben vom 23.02.2021 lehnte die Beklagte diese Forderung ab. Zum Zeitpunkt der behördlichen Anordnung der Beobachtung und Absonderung gemäß § 28 iVm. §§ 29, 30 IfSG der Stadt N. habe sich die Klägerin bereits im genehmigten Erholungsurlaub befunden. Die Klägerin habe hierfür Urlaubsentgelt erhalten. Die Klägerin sei auch nicht arbeitsunfähig krank gewesen. Der Urlaubszweck - Erholung - sei nicht vereitelt worden. Es existiere kein allgemeiner Rechtssatz, dass der Arbeitgeber in den Fällen, in denen der Erholungsurlaub durch andere, nicht auf Krankheit des Arbeitnehmers beruhende Umstände ggf. beeinträchtigt werde, zur Nachgewährung von Urlaub verpflichtet sei.

Das Bundesgesundheitsamt gab am 25.06.2021 Hinweise zu den Ansprüchen auf Ersatz des Verdienstausfalls für Arbeitnehmer und Selbstständige gemäß § 56 IfSG heraus. Zur Frage der Absonderungsanordnung während des Urlaubs enthielt dieses Schreiben u.a. Folgendes:

„Ob ein gegenüber der Verdienstausfallentschädigung vorrangiges Urlaubsentgelt die Verdienstausfallentschädigung ausschließt, richtet sich danach, ob die Absonderung dazu führen würde, dass die in die Quarantänezeit fallenden Urlaubstage in entsprechender Anwendung des § 9 BUrlG nicht auf den Jahresurlaub anzurechnen wären. Eine Anrechnung auf den Jahresurlaub unterbleibt grundsätzlich dann, wenn die betroffene Person aufgrund ihrer Absonderung krankheitsähnlich an der Wahrnehmung ihres Erholungsurlaubs verhindert ist, etwa weil sie strengen Hygieneauflagen unterliegt und deshalb ihre Urlaubszeit nicht frei und selbstgewählt gestalten kann (in diesem Sinne BGH vom 30. November 1978 - III ZR 43/77). ...“

Mit ihrer am 11.05.2021 vor dem Arbeitsgericht erhobenen Klage hat die Klägerin die Feststellung begehrt, dass die Beklagte verpflichtet sei, ihr sechs Urlaubstage aus dem Jahr 2020 nachzugewähren. Der Anspruch ergebe sich unter entsprechender Anwendung aus § 9 BUrlG. Ebenso wie bei Arbeitsunfähigkeit entfalle auch bei einer Quarantäne-Anordnung die Verpflichtung zur Arbeitsleistung. Eine Freistellung zum Zwecke der Urlaubsgewährung sei mithin unmöglich gewesen.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz, insbesondere ihrer dargelegten widerstreitenden Rechtsauffassungen, sowie der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand im angefochtenen Urteil einschließlich der Inbezugnahmen verwiesen.

Das Arbeitsgericht hat mit Urteil vom 02.09.2021 die Klage abgewiesen. Der Klägerin stehe kein Anspruch auf Gewährung von sechs Urlaubstagen aus dem Jahr 2020 zu. Der Urlaubsanspruch sei durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG komme nicht in Betracht, da es an einer Regelungslücke fehle. § 9 BUrlG sei eng auszulegen. Es handele sich um eine nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmvorschrift. Die fehlende Möglichkeit, den Urlaub außerhalb der eigenen Wohnung zu gestalten, sei mit der Situation des im Urlaub erkrankten Arbeitnehmers nicht vergleichbar. Es gebe viele Situationen, aufgrund derer der Arbeitnehmer seinen Urlaub nicht wie geplant gestalten könne, z.B. Betreuungspflichten gegenüber Kindern oder pflegebedürftigen Angehörigen. Es handele sich vor-

liegend nicht um eine planwidrige Lücke. Der Gesetzgeber habe in § 56 IfSG weitreichende Regelungen getroffen, um die Folgen von Quarantäneanordnungen zu kompensieren. Die Ansprüche seien jeweils auf Geld gerichtet. Die Quarantäneanordnung sei eher vergleichbar mit § 24 Satz 2 MuSchG. Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift sei unzulässig, weil das Gesetz erkennbar die Begrenzung der angeordneten Rechtsfolge (Erhalt des Urlaubsanspruchs während des Beschäftigungsverbots) auf den geregelten Tatbestand (Schutz der schwangeren Arbeitnehmerin und ihres ungeborenen Kindes) wolle.

Gegen das ihr am 05.10.2021 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 25.10.2021 beim Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein Berufung eingelegt und diese am Montag, 06.12.2021, begründet.

Die Klägerin meint,

die restriktive Sicht des Arbeitsgerichts auf § 9 BUrlG in Verbindung mit den Regeln des Infektionsschutzgesetzes (IfSG) werde der pandemischen Lage nicht gerecht. Bereits aus den Gesetzesmaterialien zum Bundesseuchengesetz (BSeuchG) als Vorgängerregelung zum IfSG sei zu entnehmen, dass die in § 48 Abs. 1 Satz 1 BSeuchG betroffenen Personen, nämlich Ausscheider, Ausscheidungsverdächtige und - wie die Klägerin im vorliegenden Fall - Ansteckungsverdächtige vom Schicksal her in ähnlicher Weise betroffen seien wie Kranke. An dieser Betrachtungsweise habe sich bei Inkrafttreten des IfSG im Jahre 2001 nichts geändert. Vor diesem Hintergrund sei auch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 30.11.1978 - III ZR 43/77 - zu betrachten. Auch für den Gesetzgeber zum IfSG seien mithin die in § 56 IfSG genannten Personen (Ausscheider, Ansteckungsverdächtiger, Krankheitsverdächtiger oder als sonstiger Träger von Krankheitserregern) dem kranken Menschen „gleichgestellt“. Hieran gemessen und in entsprechender Anwendung des § 9 BUrlG könne auf den hier vorliegenden Fall keine Anrechnung auf den Urlaub stattfinden, mit der Folge, dass aufgrund angeordneter Quarantäne und der unmöglich gewordenen Erfüllung der Arbeitsleistung (ohne Arbeit kein Lohn) ein Verdienstausfall vorliege, der von § 56 IfSG getragen und geregelt werde. Das Arbeitsgericht habe die Analogiefähigkeit des § 9 BUrlG zu Unrecht verneint. Auch Ausnahmenvorschriften seien in den Grenzen ihres Sinnes und Zweckes analogiefähig. Nichts anderes ergebe sich aus der BAG-Entscheidung vom

11.01.1966 - 5 AZR 383/65 -. Dieser Entscheidung habe ein Fall zugrunde gelegen, in dem die Ursache der Unmöglichkeit den Urlaub zu Erholungszwecken zu nutzen, ausschließlich in der Privatsphäre des Arbeitnehmers gelegen habe. Das sei auf den vorliegenden Sachverhalt nicht übertragbar. Zumindest in den Fällen, in denen geregelt sei, dass trotz eines Arbeitsausfalles aufgrund gesetzlich festgelegter Ereignisse der Lohn weiterzuzahlen sei, könne dies ein urlaubsstörendes Ereignis darstellen, das zur Nachgewährung von Urlaub führen könne. Das sei vorliegend der Fall gewesen, § 56 Abs. 2 und 5 IfSG. Der Möglichkeit einer analogen Anwendung stehe auch das Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 09.08.1994 - 9 AZR 384/92 - nicht entgegen. In dieser Entscheidung habe das Bundesarbeitsgericht eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG im Falle eines Beschäftigungsverbots während der Schwangerschaft abgelehnt, weil gerade nicht typischerweise bei jedem schwangerschaftsbedingten Beschäftigungsverbot eine mit Arbeitsunfähigkeit vergleichbare Beeinträchtigung vorliege. Hieraus könne nicht auf eine grundsätzliche ablehnende Haltung des Bundesarbeitsgerichts zur Analogiefähigkeit des § 9 BUrlG geschlossen werden. Die häusliche Quarantäne stelle einen erheblichen Eingriff in die Grundrechte des Arbeitnehmers dar und sei - entgegen der Auffassung des Arbeitsgerichts - mit den Einschränkungen bei „normaler Arbeitsunfähigkeit“ durchaus vergleichbar. Ungeachtet dessen gehe es bei dem zu gewährenden Urlaub und damit einhergehenden Freistellungsverpflichtungen des Arbeitgebers nicht nur um die Regenerierung erschöpfter Arbeitskräfte, sondern nicht minder darum, dem Anspruchsinhaber/Arbeitnehmer bezahlte Gelegenheit zur selbstbestimmten Freizeit zu geben. Darüber hinaus mache die Stellungnahme des Bundesgesundheitsministeriums vom 25.06.2021 deutlich, dass die Frage des Verdienstaufalles bei angeordneter Quarantäne während des Urlaubs über eine entsprechende Anwendung des § 9 BUrlG zu lösen sei. Dies ergebe sich aus der Bezugnahme auf das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 30.11.1978. Auch der EuGH stelle in seiner Rechtsprechung zum Urlaub darauf ab, dass dieser eine selbstbestimmte Freizeitgestaltung ermögliche. Die bestehende Lücke in der Gesetzeslage sei auch planwidrig. Die epidemische Lage sei nahezu ausschließlich im Verordnungswege geregelt worden. Der Gesetzgeber habe dabei jeweils auf bestimmte Situationen reagiert. Angesichts der unübersichtlichen Lage anzunehmen, es seien sämtliche Fallkonstellationen erkannt und planmäßig geregelt worden, erscheine abwegig.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Neumünster vom 02.09.2021 - Az. 4 Ca 363 b/21 - abzuändern und festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin weitere 6 Tage Urlaub aus dem Jahr 2020 zu gewähren.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt

das angefochtene Urteil. Für eine analoge Anwendung von § 9 BUrlG auf den zu entscheidenden Sachverhalt lägen die Voraussetzungen nicht vor. Es bestehe weder eine planwidrige Regelungslücke noch sei die Interessenlage im vorstehenden Fall mit der in § 9 BUrlG vergleichbar. Der Gesetzgeber habe nur den Fall geregelt, dass Krankheit nicht auf den Urlaub angerechnet werde und diesen Grundsatz in § 10 BUrlG auf die dort geregelten Kur- und Heilverfahren erweitert. Bezogen auf den Fall einer Quarantäneanordnung habe der Gesetzgeber mehrfach die Möglichkeit gehabt, diese dem in § 9 BUrlG geregelten Sachverhalt gleichzustellen. Dies sei nicht geschehen, was das Fehlen einer planwidrigen Lücke belege. Es fehle auch an einer vergleichbaren Interessenlage. Der Kläger könne auch in Quarantäne seinen Urlaub realisieren. Schließlich sei es dem Kläger nicht generell verboten gewesen, seine Wohnung zu verlassen. Auch der vom Kläger zitierten Entscheidung des BGH lasse sich entnehmen, dass das Erreichen eines bestimmten Urlaubszwecks seitens des Arbeitgebers nicht geschuldet sei. Soweit der Kläger eine Einschränkung seiner Grundrechte moniere, habe der Kläger Widerspruch gegen den Bescheid einlegen können.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die Inhalte ihrer in der Berufungsinstanz gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie der Sitzungsniederschrift vom 17.02.2022 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die Berufung des Klägers ist zulässig. Sie ist dem Beschwerdewert nach statthaft sowie form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden, §§ 64 Abs. 2 lit. b; 66 Abs. 1 ArbGG; §§ 519, 520 ZPO.

In der Sache selbst hat die Berufung indessen keinen Erfolg, da sie unbegründet ist. Das Arbeitsgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Feststellungsantrag ist gemäß § 256 Abs. 1 ZPO zulässig, aber nicht begründet. Die Klägerin kann nicht die Feststellung verlangen, dass ihr von der Beklagten sechs Urlaubstage aus dem Jahr 2020 nachzugewähren sind. Ein entsprechender Anspruch besteht nicht. Dies hat bereits die 1. Kammer des hiesigen Landesarbeitsgerichts in einem Parallelverfahren am 15.02.2022, Az. 1 Sa 208/21, so entschieden. Die 5. Kammer schließt sich den Ausführungen in jenem Urteil in jeder Hinsicht uneingeschränkt an.

I. Der Urlaubsanspruch der Klägerin im Umfang der mit der Klage geltend gemachten sechs Arbeitstage ist erfüllt und damit gemäß § 362 Abs. 1 BGB erloschen.

1. Mit der Genehmigung und Gewährung des Urlaubs (und der vorbehaltlosen Zusage des Urlaubsentgelts) hat der Arbeitgeber als Schuldner das nach § 7 Abs. 1 BUrlG zur Erfüllung Erforderliche getan (§ 243 Abs. 2 BGB). Alle danach eintretenden urlaubsstörenden Ereignisse fallen entsprechend § 275 Abs. 1 BGB als Teil des persönlichen Lebensschicksals grundsätzlich in den Risikobereich des einzelnen Arbeitnehmers. Nur soweit der Gesetzgeber oder die Tarifvertragsparteien - wie in §§ 9, 10 BUrlG - besondere Regelungen zur Nichtanrechnung von Urlaub treffen, findet eine Umverteilung des Risikos zu Gunsten des Arbeitnehmers statt (BAG, Urt. v. 25.08.2020 - 9 AZR 612/19 - Rn. 29, juris). Im bestehenden Arbeitsverhältnis ist die Urlaubserteilung durch den Arbeitgeber nach Treu und Glauben gesetzeskonform so zu verstehen (§ 157 BGB), dass der Arbeitgeber damit zugleich streitlos stellt, dass er für den gewährten Urlaub dem Grunde nach zur Zahlung von Urlaubsentgelt nach den gesetzlichen Vorgaben und etwaigen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen verpflichtet ist, sofern dem nicht konkrete Anhaltspunkte entgegenstehen (BAG, Urt. v. 30.01.2019 - 5 AZR 43/18 - Rn. 45, juris).

2. Hiervon ausgehend hat die Beklagte durch die Genehmigung des Urlaubsantrages und tatsächliche Gewährung bzw. Arbeitsfreistellung den Urlaubsanspruch der Klägerin erfüllt. Die Beklagte hat der Klägerin vorbehaltlos den von ihr für die Zeit vom 21.12. bis 31.12.2020 beantragten Erholungsurlaub gewährt. Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte ist in der vorbehaltlosen Erteilung zugleich die konkludente Zusage der Zahlung des Urlaubsentgelts zu sehen. Damit ist der Urlaubsanspruch der Klägerin erfüllt und nach § 362 Abs. 1 BGB erloschen. Die Beklagte hat auch unstreitig das entsprechende Urlaubsentgelt tatsächlich gezahlt.

II. Ein Ausnahmesachverhalt, der die Aufrechterhaltung des Urlaubsanspruchs kraft tariflicher oder gesetzlicher Vorschrift zu Gunsten der Klägerin regelt, besteht nicht.

1. Der Erholungsurlaub der Klägerin in der Zeit vom 21.12. bis 31.12.2020 ist nicht nach § 11 Nr. 3.4 MTV mit der Folge bezahlter Freizeit unterbrochen worden. Die in § 11 Nr. 3.4 MTV in Bezug genommenen Fälle der Arbeitsverhinderung nach § 11 Nr. 3.1 MTV (Tod des Ehegatten, eines eigenen Kindes, der Eltern oder Schwiegereltern sowie Teilnahme an einer Beerdigung), die zu einer Unterbrechung des Erholungsurlaubs führen, liegen hier ersichtlich nicht vor.

2. Die Beklagte ist auch nicht nach § 9 BUrlG zur Nachgewährung des Urlaubs verpflichtet.

Gemäß § 9 BUrlG werden die durch ärztliches Zeugnis nachgewiesenen Tage einer Arbeitsunfähigkeit eines Arbeitnehmers während seines Urlaubs auf den Jahresurlaub nicht angerechnet. Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Die Klägerin war im Urlaubszeitraum unstreitig nicht arbeitsunfähig erkrankt. Die durch Bescheid der Stadt N. angeordnete häusliche Absonderung (Quarantäne) bescheinigt der Klägerin gerade keine Arbeitsunfähigkeit, sondern beschränkt diese in ihrem Bewegungsradius und der Kontaktaufnahme zu anderen Personen. Diese Beschränkungen sind nicht gleichzusetzen mit Arbeitsunfähigkeit. Dies behauptet die Klägerin auch nicht.

III. Entgegen der Annahme der Klägerin ist § 9 BUrlG auf den vorstehenden Sachverhalt auch nicht analog anzuwenden.

1. Zur wortsinnübersteigenden Gesetzesanwendung durch Analogie bedarf es einer besonderen Legitimation. Die analoge Anwendung einer Norm setzt voraus, dass eine vom Gesetzgeber unbeabsichtigt gelassene Lücke vorliegt und diese Planwidrigkeit aufgrund konkreter Umstände positiv festgestellt werden kann. Andernfalls könnte jedes Schweigen des Gesetzgebers - also der Normalfall, wenn er etwas nicht regeln will - als planwidrige Lücke aufgefasst und diese im Wege der Analogie von den Gerichten ausgefüllt werden (BAG, Urt. v. 13.12.2006 - 10 AZR 674/05 - Rn. 13 mwN, juris). Analoge Gesetzesanwendung erfordert darüber hinaus, dass der gesetzlich unregelte Fall nach Maßgabe des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nach der gleichen Rechtsfolge verlangt wie die gesetzessprachlich erfassten Fälle (BAG, Urt. v. 21.02.2013 - 2 AZR 433/12 - Rn. 20 mwN, juris). Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass ein Gericht seine eigene materielle Gerechtigkeitsvorstellung an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzt. Nach Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG wird die Staatsgewalt vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt. Die Aufgabe der Rechtsprechung beschränkt sich darauf, den vom Gesetzgeber festgelegten Sinn und Zweck eines Gesetzes auch unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung zu bringen oder eine planwidrige Regelungslücke mit den anerkannten Auslegungsmethoden zu füllen. Eine Interpretation, die als richterliche Rechtsfortbildung den Wortlaut des Gesetzes hintanstellt und sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (BVerfG, Urt. v. 11.07.2012 - 1 BvR 3142/07 - und - 1 BvR 1569/08 - Rn. 75, juris; BAG, Urt. v. 10.12.2013 - 9 AZR 51/13 - Rn. 23, juris).

2. Nach diesen Voraussetzungen kommt eine analoge Anwendung von § 9 BUrIG auf den Fall einer Quarantäneanordnung nicht in Betracht.

Es fehlt sowohl an einer planwidrigen Lücke als auch an einer vergleichbaren Interessenlage (zustimmend: LAG Schleswig-Holstein, Urt. v. 15.02.2022 - 1 Sa 208/21 -; LAG Düsseldorf, Urt. v. v. 15.10.2021 - 7 Sa 857/21 - Rn. 36 ff., juris; LAG Köln, Urt. v. 13.12.2021 - 2 Sa 488/21 - Rn. 17, juris; Gaul, Aktuelles Arbeitsrecht Band 2/21, S.

497; Hein/Tophof, Folgen einer Quarantäneanordnung während bewilligten Urlaubs, in: NZA 2021, 601; a.A.: LAG Hamm, Urt. v. 02.12.2021 - 5 Sa 1030/21; Bayreuther, Einseitige Urlaubsgewährung durch Arbeitgeber und Urlaub während Kurzarbeit, in: NZA 2020, 1057, 1062).

a) Für den Fall der Anordnung einer Absonderung nach § 30 IfSG, die nicht mit einer Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers verbunden ist, ist nicht geregelt, was mit dem einem Arbeitnehmer bereits bewilligten Urlaub geschieht, der in die Quarantänezeit fällt. Das IfSG sieht - ebenso wie das BUrlG - für diesen Fall keine Rechtsfolgen vor. Diese Gesetzeslücke ist aber nicht planwidrig.

aa) Die Begriffe „Krankheitsverdächtiger“, „Ausscheider“ und - auf die Klägerin des vorliegenden Falls zutreffend - „Ansteckungsverdächtiger“ sind als gesetzliche Kategorien seit langem bekannt. Sie wurden bereits im BSeuchG verwendet und sind unverändert in § 2 Nrn. 5, 6, 7 IfSG übernommen worden. Ebenfalls seit langer Zeit, nämlich seit mehr als 25 Jahren vertritt das BAG durchgehend die Auffassung, eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG auf andere, ähnlich gelagerte Sachverhalte komme wegen des Ausnahmecharakters der Norm nicht in Betracht (zur analogen Anwendung bei einem Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG: BAG, Urt. v. 09.08.1994 - 9 AZR 384/92 - Rn. 29 ff., juris; zur analogen Anwendung auf Einsatzzeiten als THW-Helfer: BAG, Urt. v. 10.05.2005 - 9 AZR 251/04 - Rn. 29 ff., juris; zur Gewährung des Urlaubs nach Ausspruch einer gerichtlich angegriffenen fristlosen Kündigung: BAG, Urt. v. 25.08.2020 - 9 AZR 612/19 - 29 ff., juris). In der zuletzt zitierten Entscheidung weist das Bundesarbeitsgericht nochmals ausdrücklich darauf hin, dass die Bestimmungen der §§ 9, 10 BUrlG nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmenvorschriften seien. Ihre entsprechende Anwendung auf andere urlaubsstörende Ereignisse oder Tatbestände, aus denen sich eine Beseitigung der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers ergebe, komme grundsätzlich nicht in Betracht.

bb) Der Gesetzgeber hat diese Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts auch zur Kenntnis genommen. Nach der BAG-Entscheidung zur analogen Anwendung des § 9 BUrlG bei einem Beschäftigungsverbot während der Schwangerschaft im Jahre 1994 (v. 09.08.1994 - 9 AZR 384/92 -) hat er mit der Einfügung von § 24 Satz 2 MuSchG

2018 reagiert. Damit ist jetzt gesetzlich geregelt, dass der Urlaubsanspruch einer schwangeren Arbeitnehmerin, den sie wegen eines ausgesprochenen Beschäftigungsverbots nicht nehmen kann, weder durch Zeitablauf noch durch einen bereits genehmigten und angetretenen Urlaub (durch Erfüllung) erlischt, vielmehr kann die Arbeitnehmerin diesen Urlaub noch nach dem Ende des Beschäftigungsverbots im laufenden oder im nächsten Urlaubsjahr beanspruchen. Hätte der Gesetzgeber auch für den Fall einer Absonderung nach § 30 IfSG das Erlöschen des Urlaubsanspruchs verhindern wollen, so hätte es nahegelegen, dass er dies zeitlich mit der Einfügung des § 24 Satz 2 MuSchG 2018 gesetzlich im IfSG oder im BUrlG normiert, spätestens aber bei den zahlreichen Änderungen in Zusammenhang mit der Corona-Pandemie im IfSG regelt (ähnlich: Hein/Tophof, aaO., S. 603). Da dies nicht geschehen ist, geht auch die 5. Kammer im Anschluss an die Entscheidung der 1. Kammer vom 15.02.2022 - 1 Sa 208/21 - nicht von einer planwidrigen Lücke im Gesetz aus. Der Gesetzgeber hat schlicht keine Veranlassung gesehen, für den Fall einer Quarantäneanordnung gesetzlich zu regeln, dass der in die Quarantänezeit fallende Urlaub den Urlaubsanspruch nicht erfüllt und damit nicht erlischt. Damit ist die erste Tatbestandsvoraussetzung für eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG bereits nicht erfüllt.

b) Neben dem Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke ist Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 9 BUrlG die Vergleichbarkeit des in dieser Norm geregelten Sachverhalts mit dem streitigen Sachverhalt einer Quarantäneanordnung während des bewilligten Urlaubs.

aa) Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Urt. v. 27.10.2021 - XII ZR 84/20 -, Rn. 29, juris).

bb) Hieran gemessen ist der Fall der Absonderungsanordnung unter Berücksichtigung des Gleichheitssatzes und zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht

mit der Arbeitsunfähigkeit während des Urlaubs gleichzusetzen. Bei der Beantwortung dieser Frage ist vom Sinn und Zweck des § 9 BUrlG auszugehen. Bei Inkrafttreten des BUrlG 1963 hat der Gesetzgeber einen hergebrachten Grundsatz des Urlaubsrechts kodifiziert (Hein/Tophof, aaO, S.601 unter Hinweis auf die BT-Drucks. IV/785, S. 4). Dieser Grundsatz geht dahin, dass eine eintretende Arbeitsunfähigkeit den Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers nicht mindern soll. Es handelt sich um einen Sonderfall als Ausnahme von den allgemeinen Regeln des Zivilrechts. Über andere Sachverhalte - insbesondere den hier bei der Klägerin bestehenden Ansteckungsverdacht - ist damit nichts gesagt.

Der Urlaubszweck selbst ist die Erholung (ErfK/Gallner, aaO., BUrlG § 1 Rn. 4). Diesem Ziel dienen die Vorschriften des BUrlG. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass das BUrlG keine Vorgaben macht, wie der einzelne Arbeitnehmer seinen Urlaub zu verbringen hat. Es bleibt alleine seine Sache, wie er sich erholt. § 8 BUrlG verbietet nur eine dem Urlaubszweck widersprechende Erwerbstätigkeit. Der Arbeitnehmer kann den gesamten Urlaub auch Zuhause verbringen und lesen, an der PC-Konsole spielen, schlicht vor dem Fernseher faulenzten oder das Wohnzimmer renovieren. In diesen Fällen wird er durch eine Absonderung überhaupt nicht in der Verwirklichung des Urlaubszwecks beeinträchtigt. Bei einer Analogie kommt es auf die „typische Vergleichbarkeit“ an und nicht auf den im Einzelfall festzustellenden Grad der Beeinträchtigung des Erholungszwecks (BAG, Urt. v. 09.08.1994 - 9 AZR 384/92 - Rn. 34, juris; LAG Düsseldorf, Urt. v. 15.10.2021 - 7 Sa 857/21 - Rn. 43 ff., juris; im Ergebnis ebenso: Hein/Tophof, aaO., S. 604). Die analoge Anwendung von § 9 BUrlG kann dementsprechend nicht davon abhängig gemacht werden, wie die Klägerin im konkreten Fall beabsichtigte, ihren Urlaub zu verbringen.

Hinzu kommt, dass nicht jede Krankheit zur Arbeitsunfähigkeit führt und nicht jede Krankheit den Erholungszweck vereitelt. Nur dann, wenn ein Arzt infolge einer vorliegenden Krankheit zugleich die Arbeitsunfähigkeit attestiert, greift § 9 BUrlG. Aufgrund des Corona-Kontakts war die Klägerin vorliegend nicht gehindert, ihre arbeitsvertraglichen Pflichten zu erfüllen. Mithin ist allein die behördliche Anordnung der Absonderung nicht vergleichbar mit einer infolge einer Krankheit attestierten Arbeitsunfähigkeit.

Ein Richter ist aufgrund einer Sehnenscheidenentzündung zwar krank, aber nicht arbeitsunfähig. Wenn die Sehnenscheidenentzündung im Urlaub auftritt, greift § 9 BUrlG nicht, obgleich er den geplanten Tennisurlaub nicht antreten kann. Eine solche durch einen Arzt zu treffende individuelle Beurteilung, ob die diagnostizierte Krankheit zugleich zur Arbeitsunfähigkeit führt, findet bei Personen mit Corona-Kontakten gerade nicht statt. Auch aus diesem Grunde ist die Absonderung nicht vergleichbar mit einer infolge Krankheit attestierten Arbeitsunfähigkeit.

c) Die Klägerin kann sich zur Analogiefähigkeit des § 9 BUrlG im Falle einer Quarantäneanordnung auch nicht mit Erfolg auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 30.11.1978 - III ZR 43/77 - berufen.

aa) In dieser Entscheidung ging es um den Entschädigungsanspruch eines Arbeitgebers nach § 49 Abs. 1 BSeuchG. Strittig war, ob Arbeitnehmer, gegen die während der Betriebsferien ein seuchenpolizeiliches Tätigkeitsverbot verhängt wurde (Salmonelleninfektion), gegenüber dem Arbeitgeber einen Lohnfortzahlungsanspruch nach § 616 Abs. 1 BGB hatten, der dem Entschädigungsanspruch nach § 49 Abs. 1 BSeuchG entgegenstanden hätte. In dieser Entscheidung hat der Bundesgerichtshof den Rechtssatz aufgestellt, dass die Ähnlichkeit der Beschränkungen der vom seuchenpolizeilichen Tätigkeitsverbot betroffenen Arbeitnehmer (Tätigkeitsverbot, strenge Hygienemaßnahmen, etc.) mit denjenigen, die auf einer Krankheit im medizinischen Sinne beruhen, es rechtfertige, den in § 9 BUrlG enthaltenen Rechtsgedanken auf Fälle der dortigen Art entsprechend anzuwenden, allerdings mit der Maßgabe, dass im Einzelfall die Prüfung zulässig sei, ob durch die Beschränkungen die Gestaltung, die der Betroffene seinem Erholungsurlaub üblicherweise gegeben hätte, tatsächlich erheblich beeinträchtigt worden sei (BGH, Urt. v. 30.11.1978 - III ZR 43/77 - Rn. 16, juris).

bb) Diese Entscheidung überzeugt die Kammer nicht. Unter methodischen Gesichtspunkten ist festzustellen, dass der Bundesgerichtshof in der zitierten Entscheidung bei der Frage der Analogiefähigkeit des § 9 BUrlG überhaupt nicht geprüft hat, ob insoweit auch eine planwidrige Lücke des Gesetzes vorliegt. Hierzu hätte aber angesichts der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts vom 01.08.1963 - 5 AZR/63 - und vom 11.01.1966 - 5 AZR 383/65 - Anlass bestanden.

Der Bundesgerichtshof hat in der zitierten Entscheidung allein darauf abgestellt, dass die - aus seiner Sicht bestehende - vergleichbare Interessenlage die Möglichkeit einer Analogie begründet. Die Analogiefähigkeit einer Norm kann aber gerade nicht am Einzelfall entschieden werden. Vielmehr wird vorausgesetzt, dass der gesetzlich nicht geregelte Fall (hier: Absonderung während des gewährten Urlaubs) typischerweise vergleichbar ist mit dem gesetzlich geregelten Fall (infolge Krankheit attestierte Arbeitsunfähigkeit). Der Bundesgerichtshof hat nicht entschieden, dass der Kläger jenes Verfahrens, der vom Bundesgerichtshof seuchenrechtlich als „Ausscheider“, aber nicht „krank im Sinne des BUrlG“ eingestuft worden war, generell seinen Urlaub nicht in Anspruch nehmen konnte. Der Bundesgerichtshof hat zwar ausgeführt, die Ähnlichkeit der Beschränkungen für Ansteckungsverdächtige iSd. BSeuchG mit denjenigen, die auf einer Krankheit im medizinischen Sinne beruhen, rechtfertige es, den in § 9 BUrlG enthaltenen Rechtsgedanken auch auf diese Fälle (Ansteckungsverdächtige) anzuwenden, allerdings mit der Maßgabe, dass im Einzelfall die Prüfung zulässig sei, ob durch die Beschränkungen die Gestaltung, die der Betroffene seinem Erholungsurlaub üblicherweise gegeben hätte, tatsächlich erheblich beeinträchtigt worden sei. Die Analogiefähigkeit einer Norm (hier: § 9 BUrlG) für einen nicht geregelten Sachverhalt (Absonderungsanordnung während des Urlaubs) muss generell und typischerweise vergleichbar sein mit dem in der Norm geregelten Sachverhalt. Die Voraussetzung einer Einzelfallbetrachtung schließt die Analogiefähigkeit grundsätzlich aus.

Aus dieser BGH-Entscheidung konnte der Gesetzgeber also nicht schließen, dass für den Fall einer Absonderung im Sinne des § 30 IfSG, die nicht mit einer Arbeitsunfähigkeit verbunden ist, generell der Urlaub nachzugewähren sei, sodass es keiner ausdrücklichen und vom generellen Urlaubsrecht abweichenden Ausnahmeregelung bedürfe.

d) Das Bundesarbeitsgericht hat demgegenüber bereits in seiner Entscheidung vom 11.01.1966 - 5 AZR 383/65 - Rn. 23, juris) ausgeführt, dass ein Arbeitgeber grundsätzlich nicht verpflichtet ist, die Gefährdung oder Vereitelung des Urlaubszweckes infolge urlaubsstörender Ereignisse durch Nachgewährung von zusätzlichen Urlaubstagen auszugleichen. An dieser Rechtsprechung hat das Bundesarbeitsgericht bis heute

festgehalten. Nur soweit der Gesetzgeber oder die Tarifvertragsparteien besondere Regelungen zur Nichtanrechnung von Urlaub treffen, findet eine Umverteilung des Risikos zugunsten des Arbeitnehmers statt (vgl. BAG, Urt. v. 18.03.2014 - 9 AZR 669/12 - Rn. 23 f., juris; BAG, Urt. v. 10.05.2005 - 9 AZR 251/04 - Rn. 30, juris; BAG, Urt. v. 09.08.1994 - 9 AZR 384/92 - Rn. 33 ff., juris). Solche Ausnahmen hat der Gesetzgeber in den §§ 9, 10 BUrlG vom Wortlaut klar und eindeutig formuliert. §§ 9, 10 BUrlG sind daher nicht verallgemeinerungsfähige Ausnahmenvorschriften (siehe zuletzt und bereits zu Zeiten der Corona-Pandemie: BAG, Urt. v. 25.08.2020 - 9 AZR 612/19 - Rn. 29, juris; LAG Düsseldorf, Urt. v. 15.10.2021 - 7 Sa 857/21 - Rn. 38, juris; ErfK/Gallner, aaO., BUrlG § 9 Rn. 2; Schinz in: HWK, 9. Aufl., § 9 BUrlG, Rn. 9). Vor dem Hintergrund dieser fortlaufenden und dogmatisch „sauber“ begründeten Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts konnte der Gesetzgeber im Zuge der zahlreichen Änderungen des IfSG während der Corona-Pandemie nicht davon ausgehen, dass eine über 40 Jahre alte BGH-Entscheidung noch der geltenden Rechtslage entsprach. Angesichts der jüngsten BAG-Rechtsprechung vom 14.03.2014 (aaO.) und vom 25.08.2021 (aaO.) hätte es mithin nahegelegen, für den Fall, dass eine behördliche Absonderungsanordnung in den Zeitraum eines bereits bewilligten und gewährten Urlaubs fällt, im IfSG oder dem BUrlG eine ähnliche Ausnahmenvorschrift wie § 9 BUrlG aufzunehmen, wenn dies gewollt gewesen wäre.

e) Soweit sich die Klägerin für ihre Auffassung auf das Bundesministerium für Gesundheit beruft, das auf seiner Website zu der hier streitigen Frage auf die BGH-Entscheidung vom 30.11.1978 - III ZR 43/77 - verweist, ist festzuhalten, dass das Ministerium erkennbar nur seine Rechtsmeinung zu dieser Frage vertritt. Die Kammer folgt dieser Einschätzung nicht. Sie geht mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts davon aus, dass der Arbeitgeber mit der Bewilligung und Festlegung des Urlaubszeitraums und der Zusage des Urlaubsentgelts das nach § 7 Abs. 1 BUrlG Erforderliche zur Erfüllung des Urlaubsanspruchs getan hat. Einen Urlaubserfolg schuldet er nicht (BAG v. 25.08.2020 - 9 AZR 612/19 - Rn. 29, juris).

IV. Die Berufungskammer war auch nicht verpflichtet, die strittige Rechtsfrage dem EuGH vorab vorzulegen. Der vorliegende Rechtsstreit wirft keine europarechtlichen Fragestellungen auf (a.A.: LAG Hamm, Urt. v. 27.01.2022 - 5 Sa 1030/21 -, Rn. 49 ff.,

juris). Der europarechtlich zu gewährende Mindesturlaub der Klägerin wird durch die vorstehende Entscheidung nicht betroffen. Der Klägerin stehen bei einer 5-Tage-Woche 30 Arbeitstage Urlaub zu. Bei den hier in Rede stehenden sechs Arbeitstagen bleibt damit der gesetzliche Mindesturlaub der Klägerin von 24 Werktagen oder 20 Arbeitstagen unberührt.

V. Nach alledem war die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO iVm. § 64 Abs. 6 ArbGG.

Die Revision war wegen grundsätzlicher Bedeutung der hier in Rede stehenden Rechtsfrage nach § 72 Abs. 2 Nr. 1 ArbGG zuzulassen.

gez. ...

gez. ...

gez. ...