

Entschädigungsansprüche von Grenzgängern in Corona-Quarantäne – § 56 Infektionsschutzgesetz aus unionsrechtlicher Sicht

Thomas Giegerich*

Inhalt

| | |
|--|-----|
| A. Saarland als Grenzregion in der Pandemie | 240 |
| B. Überblick über das einschlägige EU-Recht | 241 |
| I. Gesundheitsschutz: Im Schwerpunkt mitgliedstaatliche Zuständigkeit | 241 |
| II. Unionsrechtliche Grundlagen für die Wirtschaft in Grenzregionen des Binnenmarkts | 243 |
| 1. Grundfreiheiten, Unionsgrundrechte und ihre Schranken | 243 |
| 2. Sekundärrechtliche Harmonisierung, verstärkte Zusammenarbeit und offene Methode der Koordinierung | 244 |
| C. Verteilung des Lohnrisikos bei Quarantäne-Maßnahmen gegen Arbeitnehmer: Rechtslage in Deutschland | 246 |
| I. Grundregel: Kein Lohn ohne Arbeit | 246 |
| II. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall | 246 |
| III. Entschädigungsanspruch bei Quarantäne-Verpflichtung | 246 |
| 1. § 56 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz | 246 |
| 2. Entschädigungsanspruch auch bei Absonderung kraft Rechtsverordnung | 247 |
| 3. Vom Gesetzgeber ohne Rechtspflicht gewährte Entschädigung aus Billigkeitsgründen | 248 |
| 4. Anspruch auch bei rechtswidriger Quarantäne-Verhängung | 249 |
| IV. Ungeklärte Konkurrenzprobleme mit § 3 EFZG und § 616 BGB | 250 |
| 1. Konkurrenz mit § 3 EFZG | 250 |
| 2. Konkurrenz mit § 616 BGB | 251 |
| 3. Stellungnahme | 252 |

* Univ.-Prof. Dr. Thomas Giegerich ist Direktor des Europa-Instituts sowie Inhaber des Lehrstuhls für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht an der Universität des Saarlandes (Deutschland) und des Jean-Monnet-Lehrstuhls für Europäische Integration, Antidiskriminierung, Menschenrechte und Vielfalt. E-Mail: giegerich@europainstitut.de. Der Beitrag beruht auf einem Gutachten für das Ministerium für Finanzen und Europa des Saarlandes. Ich danke meiner wiss. Mitarbeiterin Julia Jungfleisch für Anregungen und Unterstützung.

| | |
|--|-----|
| D. Unionsrechtliche Bewertung der deutschen Rechtslage | 253 |
| I. Ausgangspunkt: Anwendung des § 56 Abs. 1 IfSG auf grenzüberschreitende Fälle | 253 |
| 1. Fall 1 – Deutscher Fall mit Grundfreiheitselement (Arbeitnehmerfreifügigkeit und/oder Niederlassungsfreiheit) | 253 |
| 2. Fall 2 – Grenzgänger nach Deutschland I: Deutsche Quarantäne-Auferlegung | 254 |
| 3. Fall 3 – Grenzgänger aus Deutschland I: Deutsche Quarantäne-Auferlegung | 255 |
| 4. Fall 4 – Grenzgänger nach Deutschland II: EU-ausländische Quarantäne-Auferlegung | 256 |
| 5. Fall 5 – Grenzgänger aus Deutschland II: EU-ausländische Quarantäne-Auferlegung | 257 |
| II. Ungleichverteilung des Lohnrisikos in Bezug auf deutsche und EU-ausländische Quarantäne-Anordnungen: Vereinbarkeit der deutschen Rechtslage mit EU-Recht | 258 |
| 1. Verstoß der Ungleichverteilung gegen die VO (EG) Nr. 883/2004 | 258 |
| a) Kompetenzverteilung in Bezug auf die Sozialpolitik | 258 |
| b) Überblick über die VO (EG) Nr. 883/2004 | 260 |
| c) Fällt § 56 Abs. 1 IfSG in den sachlichen Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 883/2004? | 261 |
| 2. Verstoß der Ungleichverteilung gegen die VO (EU) Nr. 492/2011 | 261 |
| a) Art. 7 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 492/2011 als Maßstab | 262 |
| b) Konkretisierung des Art. 7 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 492/2011 | 263 |
| 3. Verstoß der Ungleichverteilung gegen Grundfreiheiten und flankierende Unionsgrundrechte | 264 |
| a) Freifügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 45 AEUV) | 264 |
| aa) Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) | 264 |
| bb) Eingriff in Form einer indirekten Diskriminierung | 265 |
| (1) Beschränkung der entschädigungsrechtlichen Verantwortlichkeit auf deutsche Quarantäne-Auferlegung | 265 |
| (2) Anknüpfung an die Behördenzuständigkeit | 266 |
| (3) Unterschiedliche Situation der beiden Vergleichsgruppen | 266 |
| (4) Begrenzte Schutzwirkung des Art. 45 AEUV im nicht harmonisierten Sozialrecht | 267 |
| (5) Gleichstellung ausländischer und inländischer gesetzlicher Pflichten (EuGH-Fall Ugliola) | 268 |
| (6) Territoriale Beschränkung der deutschen Sozialordnung (EuGH-Fall Erzberger) | 268 |

| | |
|--|-----|
| (7) Beschränkung der finanziellen Solidarität als bloß theoretische Beschränkung der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerfreizügigkeit | 269 |
| cc) Hilfsweise: Rechtfertigung bei Annahme eines Eingriffs | 270 |
| b) Unionsgrundrechte | 271 |
| E. Ergebnis: Unionsrechtskonformität des § 56 Abs. 1 IfSG – Aber Möglichkeit der freiwilligen Koordinierung der Mitgliedstaaten | 272 |

Abstract

Nach § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG enthält eine Arbeitnehmerin, gegen die aufgrund des IfSG Quarantäne verhängt wird und die dadurch einen Verdienstausfall erleidet, eine Entschädigung in Geld von dem deutschen Land, das die Quarantäne-Maßnahme getroffen hat. Dieser Entschädigungsanspruch, der weder an die Staatsangehörigkeit noch den Arbeitsort anknüpft, beruht auf Billigkeitserwägungen und soll die betroffenen Arbeitnehmer vor materieller Not bewahren. Seine Einführung erfolgte freiwillig ohne verfassungs-, völker- oder europarechtliche Verpflichtung. Einer Arbeitnehmerin, gegen die eine EU-ausländische Behörde auf EU-ausländischer Rechtsgrundlage Quarantäne verhängt hat, steht der Anspruch aus § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG nicht zu (möglicherweise aber ein entsprechender Anspruch nach dem EU-ausländischen Recht). Diese Begrenzung von Ansprüchen aus § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG auf deutsche Quarantäne-Maßnahmen verstößt weder gegen das Sekundärrecht noch das Primärrecht der EU. Die Mitgliedstaaten können ihre Praxis bei der Entschädigung der Adressaten von Quarantäne-Maßnahmen freiwillig aufeinander abstimmen, um einer Ungleichverteilung des Lohnrisikos in grenzüberschreitenden Fällen und insbesondere im grenznachbarlichen Kontext über das unionsrechtlich Gebotene hinaus entgegenzuwirken. Sie müssen dabei die Angehörigen aller Mitgliedstaaten, die sich in der gleichen Lage befinden, gleich behandeln, können aber auf Reziprozität bestehen.

Compensation Claims of Frontier Workers in Corona Quarantine: Sec. 56 of the German Infection Protection Act from an EU Law Perspective

Pursuant to Sec. 56 (1) sentence 2 of the German Infection Protection Act, a worker against whom quarantine is imposed on the basis of that Act and who suffers a loss of earnings as a result is entitled to monetary compensation from the German *Land* that imposed the quarantine. This compensation claim, which is not linked to nationality or place of work, is based on considerations of equity and is intended to protect the affected workers from material hardship. It was introduced voluntarily without any obligation under constitutional, international or Union law. A worker against whom the authority of another EU Member State has imposed quarantine based on the national law of that Member State cannot claim compensation under Sec. 56 (1) sentence 2 of the German Act (but possibly under a similar provision of that national law). This limitation of compensation claims under Sec. 56 (1) sentence 2 to German quarantine

measures violates neither secondary nor primary EU law. The Member States may voluntarily coordinate their practice in compensating the addressees of quarantine measures in order to counteract an unequal distribution of the wage risk in cross-border cases and especially in the cross-border neighbourhood context beyond what is required by EU law. In doing so, they must treat nationals of all Member States who are in the same situation equally, but may insist on reciprocity.

Keywords: Quarantine, Compensation Claims of Frontier Workers, Cross-Border Cooperation, Equal Treatment, Reciprocity

A. Saarland als Grenzregion in der Pandemie

Das Saarland ist seit jeher eine Grenzregion gewesen. Heute grenzt es direkt an zwei EU-Mitgliedstaaten – Frankreich und Luxemburg –, und auch Belgien liegt nahe, zumal die Wallonie zur europäischen Großregion Saar-Lor-Lux gehört. Dies hat zur Folge, dass Zehntausende von Saarländerinnen und Saarländern einerseits und EU-Ausländerinnen und Ausländer andererseits Grenzgänger sind, d.h. täglich oder zumindest wöchentlich die deutsche Außengrenze zum Wohnen und Arbeiten überschreiten.¹ In der Großregion gibt es normalerweise etwa 200.000 Pendler pro Tag.² Größere im Saarland ansässige Unternehmen beschäftigen zahlreiche EU-Ausländerinnen und -Ausländer. Unter den normalen Bedingungen des Binnenmarktes und Schengen-Raums ohne Grenzkontrollen, zu dem alle vier der vorgenannten EU-Mitgliedstaaten gehören, führt das kaum zu Reibungsverlusten.

Maßnahmen, welche die EU-Mitglieder in den letzten Monaten oft unabgestimmt zur Bekämpfung der Corona-Pandemie ergriffen haben, wie etwa zeitweilige Grenzschließungen, rechtliche oder faktische Auslandsreiseverbote,³ Quarantäne-Anordnungen und Betriebsstilllegungen, haben jedoch vor Augen geführt, dass wir vom Ideal des Art. 26 Abs. 2 AEUV – einem „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen der Verträge gewährleistet ist“ – noch ein Stück weit entfernt sind. Das wird im Vergleich mit den Verhältnissen im deutschen Binnenmarkt deutlich, in dem Überquerungen der Ländergrenzen zwecks Bekämpfung der Pandemie nur ganz vereinzelt beschränkt worden sind.⁴

1 Zugrunde gelegt wird die Definition des Grenzgängers in Art. 1 lit.f der VO (EG) Nr. 883/2004 (Fn. 94): „[E]ine Person, die in einem Mitgliedstaat eine Beschäftigung [...] ausübt und in einem anderen Mitgliedstaat wohnt, in den sie in der Regel täglich, mindestens jedoch einmal wöchentlich zurückkehrt“.

2 „Nachbarschaftsstreit in Corona-Zeiten“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.1.2021, S. 2.

3 Giegerich, Faktische Auslandsreiseverbote in der Pandemie, Saar Brief vom 23.11.2020 (https://jean-monnet-saar.eu/?page_id=2956).

4 Vgl. z.B. die zeitweiligen Einreisebeschränkungen und Ausreiseverpflichtungen auch für deutsche Touristen und Zweitwohnungsinhaber in Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern.

Für Unternehmen mit Sitzen oder Niederlassungen im Saarland oder in anderen Grenzregionen Deutschlands und des europäischen Auslands stellt sich die Frage, ob ihr Standort zu einem Wettbewerbsnachteil werden kann, gerade weil sie Grenzgängerinnen und Grenzgänger beschäftigen oder ihre Einkaufs- oder Absatzmärkte zu wesentlichen Teilen in anderen EU-Mitgliedstaaten liegen. Zwar weist die gegenwärtige Pandemie alle Kennzeichen eines Extremsfalls auf, für den es in der bisherigen Geschichte der europäischen Integration kein Beispiel gibt und der sich in absehbarer Zeit wahrscheinlich nicht wiederholen wird. Vergleichbare Pandemien sind jedoch in Zukunft keineswegs ausgeschlossen. Was aber vielleicht noch wichtiger ist: Dieser Extremfall trifft auf eine Renaissance des Nationalismus innerhalb und außerhalb Europas, welche die Fragilität einer regelbasierten internationalen Ordnung im Allgemeinen und der europäischen Integration auf der Grundlage einer Herrschaft des Rechts im Besonderen deutlich gemacht hat. Die bisherige Selbstverständlichkeit offener Grenzen und transnationaler Wirtschaftsfreiheit hat sich auch in der EU als widerruflich erwiesen. Daher wird sich die Wirtschaft gegen zukünftige Eingriffe zu wappnen suchen. Vor diesem Hintergrund ist es besonders wichtig zu gewährleisten, dass solche Eingriffe nur im Einklang mit dem Unionsrecht erfolgen.

Das soll anhand der folgenden Ausgangsfrage näher untersucht werden: Wenn eine in Deutschland wohnende Mitarbeiterin eines deutschen Unternehmens von der zuständigen deutschen Behörde in Quarantäne geschickt wird, erstattet das Land dem Arbeitgeber den für die Quarantäne-Periode fortgezahlten Lohn. Wird ein EU-ausländischer Arbeitnehmer desselben Unternehmens von der zuständigen EU-ausländischen Behörde in Quarantäne geschickt, erfolgt keine Erstattung der Lohnkosten. Ist diese Ungleichbehandlung mit dem EU-Recht vereinbar?

B. Überblick über das einschlägige EU-Recht

I. Gesundheitsschutz: Im Schwerpunkt mitgliedstaatliche Zuständigkeit

Für die Ausgestaltung und Verfolgung der Gesundheitspolitik sind nach wie vor primär die Mitgliedstaaten zuständig,⁵ was sich auch bei den zur Bekämpfung der Corona-Pandemie ergriffenen praktischen Maßnahmen bestätigt hat. Die EU hat – von dem im vorliegenden Kontext nicht relevanten Art. 168 Abs. 4 AEUV abgesehen – insoweit nach Art. 2 Abs. 5, Art. 6 lit. a und Art. 168 Abs. 1 AEUV nur eine Ergänzungszuständigkeit. Hinzukommen bestimmte Fördermaßnahmen und sonstige gesundheitspolitische Maßnahmen der EU, bei der sie nach Art. 168 Abs. 5 AEUV jedoch einem Harmonisierungsverbot unterliegt. Weiterhin kodifiziert Art. 168 Abs. 2 AEUV einen Anwendungsfall der „offenen Methode der Koordinierung“ – der freiwilligen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten unter Koordinierung durch die Kommission. Überdies schreibt Art. 168 Abs. 7 AEUV der Union vor, bei ihrer danach eng begrenzten gesundheitspolitischen Tätigkeit die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheits-

5 Lübbig, in: Pechstein u.a. (Hrsg.), Band III, Art. 168 AEUV Rn. 3.

wesens und die medizinische Versorgung zu wahren. Am ehesten kann die EU aufgrund von Art. 168 Abs. 6 AEUV rechtlich zwar nach Art. 288 Abs. 5 AEUV unverbindliche, aber durchaus als Hilfsmittel für die Interpretation anderer EU-Rechtsakte und nationalen Rechts relevante Empfehlungen erlassen.⁶

Aufgrund der Erfahrungen mit der Corona-Pandemie, bei deren Bekämpfung die Mitgliedstaaten zunächst mehr gegeneinander als miteinander arbeiteten, wird derzeit darüber diskutiert, die EU zu einer „Gesundheitsunion“ fortzuentwickeln und ihr mehr gesundheitsbezogene Zuständigkeiten zu übertragen.⁷ Konkrete Vorschläge dazu, die nur über eine Vertragsänderung gemäß Art. 48 EUV umgesetzt werden könnten, gibt es aber noch keine.

Vor diesem Hintergrund verwundert es wenig, dass gesundheitspolitische Maßnahmen der EU, die für Entschädigungsleistungen bei Quarantäne-Verhängung einschlägig wären, nicht existieren. Die Festlegung der Voraussetzungen für die Anordnung einer Quarantäne im Interesse der Volksgesundheit und die daran geknüpften Rechtsfolgen insbesondere in Bezug auf die Tragung des Lohnrisikos, falls Arbeitnehmer in Quarantäne geschickt werden, obliegt allein den Mitgliedstaaten. Diese Zuständigkeit gehört nicht weniger als die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und der Schutz der nationalen Sicherheit zu den grundlegenden Funktionen des Staates, welche die EU nach Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EUV zu achten hat.

Ungeachtet dessen entspricht es der ständigen Rechtsprechung des EuGH, dass die Mitgliedstaaten selbst bei Wahrnehmung ihrer ausschließlichen Zuständigkeiten Vorgaben des primären Unionsrechts einhalten müssen.⁸ Die primärrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten in Bezug auf nationale gesundheitspolitische Maßnahmen reichen also weiter als die durch Sekundärrechtsakte auszuübende eigene gesundheitspolitische Zuständigkeit der EU. Zu prüfen ist daher im Folgenden, ob die deutschen Bestimmungen zur Verteilung des Lohnrisikos in Quarantäne-Fällen mit den primärrechtlichen Vorgaben insbesondere aus den Grundfreiheiten und Grundrechten⁹ vereinbar sind.

Es ist weiterhin denkbar, dass EU-Sekundärrecht, das in Ausübung von EU-Kompetenzen außerhalb des eigentlichen Bereichs der Gesundheitspolitik erlassen wurde, einschlägige Regelungen enthält. Denn die Verträge gehen in Art. 9 a.E., Art. 114 Abs. 3 und Art. 168 Abs. 1 UA 1 AEUV selbst davon aus, dass die Union Anforderungen des Gesundheitsschutzes bei der Ausübung anderer Kompetenzen mit beachten darf und sogar muss. Dem steht auch Art. 168 Abs. 7 AEUV nicht entgegen, weil dessen kompetenzwahrende Wirkung zugunsten der Mitgliedstaaten sich auf die Wahrnehmung der EU-Kompetenzen aus Art. 168 AEUV beschränkt.¹⁰ Da abschließende sekundärrechtliche Regelungen nach der Rechtsprechung des EuGH

6 Ebd., Art. 168 AEUV Rn. 31 f.

7 Vgl. nur Weber, Die EU mit einer Gesundheitsunion erweitern, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 12.1.2021, S. 8.

8 Vgl. nur EuGH, Urt. v. 5.11.2019, Rs. C-192/18 (*Kommission v. Polen*), ECLI:EU:C:2019:924, Rn. 102.

9 Siehe dazu unten II.1.

10 Lübbig, in: Pechstein u.a. (Hrsg.), Band III, Art. 168 AEUV Rn. 36 f.

den Rückgriff auf das Primärrecht, insbesondere die Grundfreiheiten, versperren können,¹¹ ist sogar vorrangig zu klären, ob die Ausgangsfrage durch solche Regelungen beantwortet wird. Selbst in Bezug auf einschlägige Sekundärrechtsakte bleibt das vorrangige Primärrecht aber stets im Hintergrund relevant als Lückenfüller, Maßstab für deren Wirksamkeit und Leitlinie für deren primärrechtskonforme Interpretation.¹²

II. Unionsrechtliche Grundlagen für die Wirtschaft in Grenzregionen des Binnenmarkts

1. Grundfreiheiten, Unionsgrundrechte und ihre Schranken

Im europäischen Binnenmarkt ist der freie Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr durch Art. 28 ff. AEUV (Waren), Art. 45 ff. AEUV (Arbeitnehmer), Art. 49 ff. AEUV (Unternehmer), Art. 56 ff. AEUV (Dienstleister) und Art. 63 ff. AEUV (Investoren) über die mitgliedstaatlichen Grenzen hinweg gewährleistet. Diese Grundfreiheiten verleihen einklagbare subjektive Rechte mit Anwendungsvorrang vor dem nationalen Recht.¹³ Sie schützen nicht nur vor direkten und indirekten Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit¹⁴ bzw. der Binnengrenzüberquerung,¹⁵ sondern auch vor unterschiedslos anwendbaren Beschränkungen. Sie garantieren also nicht bloß die Inländergleichbehandlung, sondern materielle Freiheiten.¹⁶ Anwendbar sind sie nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH nur auf Fälle mit einem grenzüberschreitenden Element (wie den Ausgangsfall), nicht auf rein innerstaatliche Fälle.¹⁷

11 *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), § 7 Rn. 8.

12 Vgl. ebd., Rn. 9.

13 Ebd., Rn. 10f.

14 Eine direkte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit liegt vor, wenn diese selbst zum Anknüpfungspunkt für Ungleichbehandlungen (Bevorzugungen oder Benachteiligungen) gemacht wird. Demgegenüber spricht man von indirekter Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit, wenn ein anderes Merkmal (z.B. der inländische Wohnsitz oder der Besitz inländischer Zeugnisse) als Anknüpfungspunkt für Ungleichbehandlungen verwendet wird, dies jedoch in den meisten Fällen zum selben praktischen Ergebnis führt, als wenn man direkt an die Staatsangehörigkeit angeknüpft hätte, dass nämlich eigene Staatsangehörige bevorzugt und EU-Ausländer benachteiligt werden.

15 Die Binnengrenzüberquerung als Anknüpfungspunkt für Ungleichbehandlungen wird u.a. in den sog. Rückkehrfällen relevant, in denen ein Mitgliedstaat eigene Staatsangehörige deswegen ungleich behandelt, weil sie in Ausübung ihrer Grundfreiheiten im EU-Ausland waren (vgl. z.B. EuGH, Urt. v. 11.1.2007, Rs. C-40/05 – *Lyyski*, Slg. 2007, I-99 Rn. 31 ff.) bzw. ihren Wohnsitz dorthin verlegt haben (EuGH, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-287/05 – *Hendrix*, Slg. 2007, I-6909 Rn. 46 f.).

16 *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), § 7 Rn. 24 ff.

17 *Pache*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 10 Rn. 104.

Flankiert werden die Grundfreiheiten durch gleichrangige parallele Freiheitsgewährleistungen und Gleichheitsgebote der Unionsgrundrechte,¹⁸ die in der Grundrechtecharta der EU kodifiziert sind. Diejenigen Unionsgrundrechte, die den Grundfreiheiten entsprechen,¹⁹ haben denselben Gewährleistungsinhalt wie letztere.²⁰ Die Frage, ob (Binnen-) Grenzregionen für Unternehmen Standortnachteile mit sich bringen, ist dennoch nicht überholt, weil der freie Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr im Binnenmarkt gemäß Art. 26 Abs. 2 AEUV eben nur „gemäß den Bestimmungen der Verträge“ gewährleistet wird.

Die Verträge – d.h. das Primärrecht der Union²¹ – sehen, wie die Rechtsprechung des EuGH zeigt, vor, dass die Grundfreiheiten des Binnenmarktes und die Grundrechte einen weiten Schutzbereich haben sollen, der allerdings keineswegs allumfassend ist. Sie gestatten außerdem den Mitgliedstaaten Beschränkungen dieser subjektiven Rechte, und zwar insbesondere auch zum Schutz der Gesundheit, solange der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt.²² Neben diese geschriebenen Schranken der Grundfreiheiten treten nach der Rechtsprechung des EuGH²³ ungeschriebene in Gestalt von zwingenden Gründen des Allgemeininteresses, deren Ausnutzung durch die Mitgliedstaaten ebenfalls dem Verhältnismäßigkeitsprinzip unterliegt.²⁴ Während die geschriebenen Schranken sogar unmittelbare Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit bzw. der Grenzüberquerung rechtfertigen können, kommen die ungeschriebenen nur bei unterschiedslos anwendbaren oder allenfalls mittelbar diskriminierenden nationalen Maßnahmen zum Zuge.²⁵

2. Sekundärrechtliche Harmonisierung, verstärkte Zusammenarbeit und offene Methode der Koordinierung

Hindernisse für die Verwirklichung des Binnenmarkts können sich demnach also aus mitgliedstaatlichen Regelungen außerhalb des Schutzbereichs der Grundfreiheiten und Grundrechte sowie aus primärrechtlich durchaus zulässigen mitgliedstaatlichen Beschränkungen für deren Ausübung ergeben. Um Letztere zu beseitigen, räumt der AEUV dem Unionsgesetzgeber Regelungskompetenzen ein, insbesondere zur Harmonisierung der Voraussetzungen und Schranken für die Ausübungen der Grund-

18 Vgl. insbesondere Art. 15 GRCh (Berufsfreiheit und Recht zu arbeiten), Art. 16 GRCh (unternehmerische Freiheit), Art. 21 Abs. 2 GRCh (Verbot von Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit), Art. 31 (gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen), Art. 34 (soziale Sicherheit und soziale Unterstützung), Art. 45 GRCh (Freizügigkeit und Aufenthaltsfreiheit). Zu den arbeitsrechtsspezifischen Grundrechten *Krebber*, in: *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), § 2; zu den sozialrechtsspezifischen Grundrechten *Axer*, ebd., § 3.

19 Vgl. z.B. Art. 15 Abs. 2, Art. 16, Art. 45 Abs. 1 GRCh.

20 Art. 52 Abs. 2 GRCh.

21 Vgl. Art. 1 Abs. 3, Art. 6 Abs. 1, Art. 51 EUV.

22 Art. 36, Art. 45 Abs. 3, Art. 52, Art. 62 AEUV; Art. 52 Abs. 1 und Abs. 2 GRCh.

23 EuGH, Urt. v. 20.2.1979, Rs. 120/78 – *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649; seither st. Rspr.

24 *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), § 7 Rn. 129 ff.

25 *Ehlers*, in: ders. (Hrsg.), § 7 Rn. 118 ff.

freiheiten. Die praktisch wichtigsten Kompetenzgrundlagen für sekundärrechtliche Harmonisierungsvorschriften im Interesse des Binnenmarktes finden sich in Art. 114, 115 AEUV. Soweit der Unionsgesetzgeber seine Harmonisierungskompetenzen abschließend ausgeübt hat, ist den Mitgliedstaaten der weitere Rückgriff auf die expliziten und impliziten primärrechtlichen Schrankenregelungen versperrt.²⁶

Wie auch eine neue Mitteilung der Kommission mit dem Titel „Hindernisse für den Binnenmarkt ermitteln und abbauen“²⁷ erkennen lässt, sind derartige Hindernisse keineswegs allein die Folge mangelnder Umsetzung oder Durchsetzung bestehender Binnenmarktvorschriften (also von Verstößen gegen das Unionsrecht),²⁸ sondern sie gehen nicht selten auf restriktive und unterschiedliche nationale Regulierungsansätze zurück, die nicht *per se* unionsrechtswidrig sind.²⁹ Der Fortbestand solcher regulativen Hindernisse hängt damit zusammen, dass der EU entweder die Kompetenz zu ihrer Beseitigung fehlt oder sie eine vorhandene Kompetenz bisher nicht ausgeübt hat, etwa weil die dafür erforderliche Einstimmigkeit im Rat nicht erreicht werden konnte.³⁰

Ein Voranschreiten von mindestens neun zur engeren Integration bereiten Mitgliedstaaten im Wege der verstärkten Zusammenarbeit³¹ scheitert in diesem Bereich zumeist daran, dass eine solche Zusammenarbeit weder den Binnenmarkt beeinträchtigen noch den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindern oder zu Diskriminierungen oder Verzerrungen des Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten führen darf.³² Manchmal mag in solchen Fällen noch die „offene Methode der Koordinierung“ helfen – eine freiwillige Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in ihren eigenen Kompetenzbereichen unter Koordinierung durch die Kommission, die aber allenfalls zu unverbindlichen Empfehlungen führen kann.³³

Für in Grenzregionen tätige Unternehmen bedeutet dies, dass sie durchaus mit unterschiedlichen Rechtsvorschriften und Verwaltungspraktiken zweier Mitgliedstaaten konfrontiert sein können, die ihre grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit hemmen, obwohl diese je für sich unionsrechtskonform sind. Der Binnenmarkt ist eben kein Staat mit einem vollharmonisierten Wirtschaftsrecht wie Deutschland oder Frankreich, aber immerhin ein wesentlich stärker integrierter Wirtschaftsraum, in dem die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit sehr viel leichter fällt als in Grenzregionen, die an einer Außengrenze der EU (und des dem Binnenmarkt stark angenäherten Europäischen Wirtschaftsraums) liegen.

26 *Terhechte*, in: Pechstein u.a. (Hrsg.), Band III, Art. 114 Rn. 16.

27 COM(2020) 93 final vom 10.3.2020.

28 Vgl. dazu den langfristigen Aktionsplan der Kommission zur besseren Umsetzung und Durchsetzung der Binnenmarktvorschriften – COM(2020) 94 final vom 10.3.2020.

29 COM(2020) 93 final, S. 13 ff.

30 Letzteres gilt etwa im Bereich der Harmonisierung des Steuerrechts (Art. 114 Abs. 2, Art. 115 AEUV).

31 Art. 20 EUV, Art. 326 ff. AEUV.

32 Art. 326 Abs. 2 AEUV.

33 Vgl. *Häde*, in: Pechstein u.a. (Hrsg.), Band II, Art. 2 AEUV Rn. 54 ff.

C. Verteilung des Lohnrisikos bei Quarantäne-Maßnahmen gegen Arbeitnehmer: Rechtslage in Deutschland

I. Grundregel: Kein Lohn ohne Arbeit

Soweit einem Arbeitnehmer³⁴ die Erbringung seiner Arbeitsleistung infolge der Corona-Pandemie subjektiv unmöglich wird, gilt folgender Grundsatz: Der Arbeitnehmer wird nach § 275 Abs. 1 BGB zwar von seiner Arbeitsleistung befreit, verliert aber – vorbehaltlich abweichender Sonderregeln³⁵ – nach §§ 275 Abs. 4, 326 Abs. 1 BGB im entsprechenden Umfang auch seinen Lohnanspruch („kein Lohn ohne Arbeit“).³⁶

II. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall

Wird dem Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung unverschuldet deshalb tatsächlich unmöglich, weil er wegen einer Corona-Infektion arbeitsunfähig krank ist,³⁷ so behält er seinen Lohnanspruch gegen den Arbeitgeber nach § 3 EFZG³⁸ für bis zu sechs Wochen. Das Lohnrisiko für Krankheitsfälle trägt danach der Arbeitgeber. Eine Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit liegt aber nicht allein deshalb vor, weil ein Arbeitnehmer mit dem Corona-Virus infiziert ist, ohne dass sein Wohlbefinden dadurch über die Grenze der Arbeitsunfähigkeit hinaus beeinträchtigt wird.³⁹ In nicht wenigen Fällen verläuft die Corona-Erkrankung ganz oder weitgehend symptomlos; dann sind die Voraussetzungen für eine Lohnfortzahlung nach § 3 EFZG nicht erfüllt.

III. Entschädigungsanspruch bei Quarantäne-Verpflichtung

1. § 56 Abs. 1 Infektionsschutzgesetz

Wird die Arbeitsleistung dadurch rechtlich unmöglich, dass die zuständige Behörde gegen den Arbeitnehmer, weil er verdächtig ist, an Corona erkrankt zu sein oder andere mit Corona anzustecken, nach §§ 28 Abs. 1, 30 IfSG⁴⁰ eine vierzehntägige häus-

34 Die Benutzung des männlichen Singulärs oder Plurals schließt den entsprechenden weiblichen sowie genderneutralen Singular oder Plural ein.

35 Im vorliegenden Fall sind insbesondere § 3 EFZG, § 616 BGB und § 56 IfSG relevant, wie sogleich dargelegt wird.

36 Vgl. *Hensler*, § 616 BGB Rn. 1.

37 Zur Verschuldensfrage im Sinne eines Verschuldens gegen sich selbst in solchen Fällen etwa *Fuhrlrott/Fischer*, NZA 2020/6, S. 345, 347.

38 Gesetz über die Zahlung des Arbeitsentgelts an Feiertagen und im Krankheitsfall (Entgeltfortzahlungsgesetz) vom 26.5.1994 (BGBl. I S. 1014, 1065), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 22.11.2019 (BGBl. I S. 1746).

39 Vgl. *Kleinebrink*, Quarantäne bedeutet nicht immer Arbeitsunfähigkeit: Eine fehlerhafte Beurteilung hat Folgen, ArbRB-Blog vom 7.12.2020; *Preis/Mazurek/Schmid*, NZA 2020/17, S. 1137, 1138.

40 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung von Infektionskrankheiten beim Menschen (Infektionsschutzgesetz – IfSG) vom 20.7.2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Art. 4a des Gesetzes vom 21.12.2020 (BGBl. I S. 3136).

liche Quarantäne („Absonderung“) verhängt hat, so erhält der Arbeitnehmer nach § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG⁴¹ eine Entschädigung in Geld, falls er durch die Quarantäne einen Verdienstausfall erleidet, weil die Erbringung der Arbeitsleistung von zu Hause aus (*Home Office*) nicht in Frage kommt. Die Entschädigung wird dem Arbeitnehmer für die Behörde vom Arbeitgeber ausgezahlt, der seinerseits von jener Erstattung sowie einen Vorschuss verlangen kann.⁴²

Der Erstattungsanspruch des Arbeitgebers ist sekundär und vollständig vom Bestehen des Entschädigungsanspruchs des Arbeitnehmers abhängig; es handelt sich lediglich um eine im Interesse des Arbeitnehmers eingeführte Auszahlungsmodalität. Von entscheidender Bedeutung ist es daher zu prüfen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen für die Entstehung des Arbeitnehmer-Anspruchs in grenzüberschreitenden Fällen jeweils gegeben sind.⁴³ Sollte dies zu verneinen sein, wäre weiter zu prüfen, ob das Unionsrecht dadurch verletzt wird und auf welche Weise diese Verletzung beendet werden könnte.⁴⁴

Die Entschädigung wird dem Arbeitnehmer für die ersten sechs Wochen in Höhe des Verdienstausfalls gewährt, d.h. in Höhe des Netto-Arbeitsentgelts.⁴⁵ Dementsprechend sind Entschädigungszahlungen nach § 3 Nr. 25 EStG einkommensteuerfrei, unterliegen aber gem. § 32b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1e EStG dem Progressionsvorbehalt. Entschädigungspflichtig ist nach § 66 Abs. 1 IfSG das Land, in dem das Verbot der Ausübung der Erwerbstätigkeit erlassen wurde. Für Streitigkeiten über Ansprüche aus § 56 IfSG ist nach § 68 Abs. 1 IfSG der Verwaltungsrechtsweg gegen das zahlungspflichtige Land eröffnet.

2. Entschädigungsanspruch auch bei Absonderung kraft Rechtsverordnung

Der Entschädigungsanspruch entsteht unabhängig davon, ob die Absonderung durch Verwaltungsakt nach § 28 IfSG individuell-konkret angeordnet wurde oder sich nach § 32 IfSG generell-abstrakt aus der Rechtsverordnung einer Landesregierung ergibt, die etwa allen Einreisenden aus ausländischen Risikogebieten die zehntägige Selbstabsonderung ohne weiteren Vollzugsakt unmittelbar auferlegt,⁴⁶ weil sie deren Eigenschaft als Ansteckungsverdächtige i.S.v. § 2 Ziff. 7 IfSG unwiderleglich vermutet.⁴⁷ Denn § 56 Abs. 1 Satz 1 IfSG knüpft ganz allgemein daran an, dass eine Person

41 Vgl. Kümper, in: Kießling (Hrsg.), § 56 IfSG Rn. 22.

42 § 56 Abs. 5, Abs. 12 IfSG.

43 S.u. D.I.

44 S.u. D.II.

45 § 56 Abs. 2, 3 IfSG. Zur Sozialversicherungspflicht vgl. § 57 IfSG.

46 So z.B. § 1 der saarländischen Verordnung zu Quarantänemaßnahmen für Ein- und Rückreisende zur Bekämpfung des Coronavirus (Art. 1 der saarländischen Verordnung zur Änderung infektionsrechtlicher Verordnungen zur Bekämpfung der Corona-Pandemie vom 8.1.2021, ABl. Teil I Nr. 1, S. 2).

47 Ob dies rechtlich zulässig ist (Bedenken deutet Kießling, in: dies. [Hrsg.], § 2 IfSG Rn. 32 an), kann hier dahinstehen. Denn der Anspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG setzt, wie unter 4. noch näher ausgeführt wird, nicht voraus, dass die Absonderungspflicht in rechtmäßiger Weise auferlegt wurde.

Verboten in der Ausübung ihrer bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt, durch die sie einen Verdienstausfall erleidet, und § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG stellt dieser Gruppe ganz allgemein Personen gleich, „die als Ausscheider, Ansteckungsverdächtige oder Krankheitsverdächtige abgesondert wurden oder werden“. Die Rechtsform der Absonderungspflicht wird nicht konkretisiert. Eine entsprechende Landes-Rechtsverordnung stuft Einreisende aus ausländischen Risikogebieten allgemein als ansteckungsverdächtig ein und verpflichtet sie deshalb zur Absonderung.⁴⁸

Für eine Erstreckung des Entschädigungsanspruchs auf kraft Rechtsverordnung absonderungspflichtige Einreisende spricht auch die zweite Alternative der Ausnahmeregelung in § 56 Abs. 1 Sätze 3 und 4 IfSG. Danach entfällt der Anspruch dann, wenn der Arbeitnehmer die Absonderung durch Inanspruchnahme einer gesetzlich vorgeschriebenen oder öffentlich empfohlenen Schutzimpfung⁴⁹ oder durch Nichtantritt einer vermeidbaren (d.h. nicht durch zwingende und unaufschiebbare Gründe gebotene) Reise in ein bereits zum Zeitpunkt der Abreise eingestuftes Risikogebiet⁵⁰ hätte vermeiden können.

3. Vom Gesetzgeber ohne Rechtspflicht gewährte Entschädigung aus Billigkeitsgründen

Der Entschädigungsanspruch gem. § 56 Abs. 1 IfSG, der einen Vorläufer in § 49 des Bundes-Seuchengesetzes⁵¹ hatte, beruht wie letzterer auf Billigkeitserwägungen und verfolgt das sozialpolitische Ziel, die einem Verbot der Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit mit finanziellen Einbußen unterliegenden Personen vor materieller Not zu bewahren, ohne einen vollen Schadensausgleich zu bezwecken. Obwohl diese Personen als Ausscheider, Ansteckungsverdächtige, Krankheitsverdächtige oder als sonstige Träger von Krankheitserregern eigentlich Störer im infektionsrechtlichen (d.h. polizeirechtlichen) Sinne sind,⁵² sollen sie wie Kranke Leistungen erhalten, weil sie vom Schicksal in ähnlicher Weise getroffen werden.⁵³ Der Anspruch ist von keiner Eigenleistung etwa in Form von Beiträgen des Arbeitnehmers abhängig.

48 Demgegenüber lehnen *Stöß/Putzer* eine Anwendung des § 56 Abs. 1 Satz 2 IfSG auf Einreisende ab (*Stöß/Putzer*, NJW 2020/21, S. 1465, 1467).

49 Diese Ausnahme wurde durch Art. I Ziff. 12c des Masernschutzgesetzes vom 10.2.2020 (BGBl. I S. 148) neu eingefügt.

50 Die Ausnahmeregelung zu vermeidbaren Auslandsreisen wurde ergänzt durch Art. I Nr. 20 des Dritten Gesetzes zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite vom 18.11.2020 (BGBl. I S. 2397). Vgl. *Kleinebrink*, Wichtige praxisrelevante Änderungen zu Entschädigungsregelungen im Infektionsschutzgesetz, ArbRB-Blog vom 20.11.2020.

51 Gesetz zur Verhütung und Bekämpfung übertragbarer Krankheiten beim Menschen vom 18.7.1961 (BGBl. I S. 1012).

52 Die Störereigenschaft setzt ja kein Verschulden voraus, sondern beruht allein darauf, dass eine Person eine Gefahr verursacht (vgl. nur § 4 SPolG).

53 *Stöß/Putzer*, NJW 2020/21, S. 1465 f. unter Hinweis auf die Begründung zum Regierungsentwurf des Bundes-Seuchengesetzes (BT-Drs. 3/1888, 27). Eingehend *Kümper*, in: *Kießling* (Hrsg.), § 56 Rn. 3.

Der Entschädigungsanspruch wurde vom deutschen Gesetzgeber freiwillig eingeführt, ohne dass eine entsprechende Verfassungspflicht etwa aus dem Sozialstaatsprinzip in Art. 20 Abs. 1 GG konkret erkennbar wäre, wenngleich die Absicht sozialer Absicherung sich zweifelsohne in sozialstaatliche Vorstellungen einfügt. Da der Anspruch nicht dazu dient, das für ein menschenwürdiges Dasein notwendige Existenzminimum zu gewährleisten, beruht er auch nicht auf Art. 1 Abs. 1 GG. Der Sicherung des Existenzminimums dient vielmehr der gesonderte Anspruch auf Sozialhilfe nach Maßgabe des Sozialgesetzbuchs (Zwölftes Buch) – SGB XII von 2003,⁵⁴ der in jedem Fall auch diejenigen Personen auffängt, die keinen Entschädigungsanspruch nach Maßgabe des IfSG haben, obwohl sie existenzbedrohliche finanzielle Einbußen erleiden.

Eine unionsrechtliche oder völkerrechtliche Verpflichtung zur Gewährung von Entschädigung besteht in den von § 56 Abs. 1 IfSG geregelten Fällen ebenso wenig: Art. 34 Abs. 1 GRCh betrifft nur den Zugang zu bestehenden Systemen der sozialen Sicherheit, nicht die Einführung neuer Leistungen;⁵⁵ überdies enthält er kein Grundrecht, sondern nur einen Grundsatz im Sinne von Art. 52 Abs. 5 GRCh mit geringerer Verpflichtungswirkung, der insbesondere keine subjektiven Rechte generiert.⁵⁶ Auch Art. 12 und Art. 13 der Europäischen Sozialcharta⁵⁷ und Art. 9 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte⁵⁸ statuieren keine konkrete Verpflichtung, einen Entschädigungsanspruch zugunsten der ansteckungsverdächtigen Adressaten von Quarantäne-Maßnahmen einzuführen. Art. 34 Abs. 2 GRCh gewährleistet einen Anspruch von EU-Ausländern auf Gleichbehandlung mit Inländern in Bezug auf vorhandene Sozialleistungen, nicht aber auf die Schaffung neuer Ansprüche.⁵⁹ Art. 34 Abs. 3 GRCh betrifft schließlich – parallel zu Art. 1 Abs. 1 GG – die Sicherung des für ein menschenwürdiges Dasein erforderlichen Existenzminimums. Darum geht es § 56 Abs. 1 IfSG aber gerade nicht, wie bereits dargelegt wurde. Außerdem ist auch Art. 34 Abs. 3 GRCh als Grundsatz, nicht als Grundrecht ausgestaltet.⁶⁰

4. Anspruch auch bei rechtswidriger Quarantäne-Verhängung

Der Anspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG setzt nicht voraus, dass die Absonderungspflicht in rechtmäßiger Weise auferlegt wurde. Vielmehr wird er auch durch rechtswidrige Maßnahmen begründet, solange diese nur tatsächlich zu einem Verdienstausfall ge-

⁵⁴ Konsolidierte Fassung mit späteren Änderungen abrufbar unter: https://www.gesetze-im-internet.de/sgb_12/SGB_12.pdf.

⁵⁵ Axer, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), § 3 Rn. 20 ff.

⁵⁶ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 34 GRCh Rn. 4.

⁵⁷ Vom 18.10.1961 (BGBl. 1964 II S. 1262).

⁵⁸ Vom 16.12.1966 (BGBl. 1973 II S. 1570).

⁵⁹ Vgl. Axer, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), § 3 Rn. 24 ff.

⁶⁰ Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 34 GRCh Rn. 15.

führt haben.⁶¹ Denn das gesetzgeberische Ziel einer sozialen Absicherung erfordert es, den nur von wenigen Voraussetzungen abhängigen Erstattungsanspruch dann ebenso eingreifen zu lassen.⁶² Im Fall der Rechtswidrigkeit tritt jedoch möglicherweise ein weitergehender, aber auch von strengeren Voraussetzungen abhängiger Amtshaftungsanspruch (§ 839 BGB i.V.m. Art. 34 GG) auf vollen Schadensersatz hinzu, worauf hier nicht weiter eingegangen wird.⁶³ Für Zwecke dieses Beitrags brauchen deshalb in der Literatur teilweise geäußerte verfassungsrechtliche Bedenken gegen Quarantäne-Anordnungen insbesondere durch Rechtsverordnung nicht behandelt zu werden.⁶⁴

IV. Ungeklärte Konkurrenzprobleme mit § 3 EFZG und § 616 BGB

Umstritten und höchstrichterlich noch nicht geklärt sind zwei Konkurrenzverhältnisse: Erstens die Konkurrenz zwischen dem Lohnfortzahlungsanspruch nach § 3 EFZG einerseits und dem Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG andererseits, wenn ein Arbeitnehmer arbeitsunfähig an Corona erkrankt und zugleich Adressat einer Absonderungspflichtung ist; zweitens die Konkurrenz zwischen dem Lohnfortzahlungsanspruch aus § 616 BGB wegen vorübergehender Verhinderung einerseits und dem Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG andererseits.

1. Konkurrenz mit § 3 EFZG

Bei Konkurrenz zwischen § 3 EFZG und § 56 Abs. 1 IfSG nimmt die behördliche Praxis wohl aus fiskalischen Gründen mit Unterstützung eines Teils der Literatur einen Vorrang des § 3 EFZG an und verneint deshalb – mangels Verdienstausfalls gerade infolge der Quarantäne-Anordnung – den Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG: Die bereits durch § 3 EFZG geschützten Kranken würden durch § 56 Abs. 1 IfSG bewusst nicht erfasst.⁶⁵ Denn die Billigkeitsentschädigung gem. § 56 Abs. 1 IfSG sei geschaffen worden, um eine finanzielle Notsituation der unter Quarantäne gestellten Personen zu vermeiden, und nicht, um Arbeitgeber oder Versicherungen zu entlasten.⁶⁶ In Konsequenz dieser Auffassung trägt das Lohnrisiko in solchen Fällen endgültig der Arbeitgeber, wie in gewöhnlichen Krankheitsfällen auch.

Die Literatur geht demgegenüber (unternehmensfreundlich) mehrheitlich vom Vorrang des § 56 Abs. 1 IfSG aus, da die bußgeld- und strafbewehrte Quarantäne-

61 Unionsrechtswidrig ist z.B. die unmittelbar durch Rechtsverordnungen der Länder erfolgte Anknüpfung der Absonderungspflicht allein an die Einreise aus EU-ausländischen Risikogebieten, nicht jedoch an die Einreise aus innerdeutschen Risikogebieten (Giegerich [Fn. 3]).

62 Kümper, in: Kießling (Hrsg.), § 56 Rn. 20 mit Nachw. auch zur Gegenansicht.

63 Ebd.

64 Kießling, in: dies. (Hrsg.), § 32 Rn. 5: Vereinbarkeit mit dem Richtervorbehalt gem. Art. 104 Abs. 2 GG zweifelhaft.

65 Vgl. Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020/17, S. 1137, 1138f.

66 Kümper, in: Kießling (Hrsg.), § 56 IfSG Rn. 3; Geulen/Sothmann, ArbRAktuell 2020/9, S. 217 m.w.N.

Verpflichtung wegen ihrer öffentlich-rechtlichen Zwangswirkung den vorrangigen Grund bilde, der die Arbeitsleistung unmöglich mache.⁶⁷ Nach dieser Ansicht liegt das Lohnrisiko dann beim Staat. Für den Fall, dass die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit erst nach der Entstehung des Entschädigungsanspruchs eintritt, trifft § 56 Abs. 7 IfSG eine Sonderregelung.⁶⁸

2. Konkurrenz mit § 616 BGB

Kommt es zu einer Konkurrenz zwischen dem Lohnfortzahlungsanspruch aus § 616 BGB wegen vorübergehender Verhinderung⁶⁹ und § 56 Abs. 1 IfSG, so wird letzterer verdrängt, weil ein solcher Lohnfortzahlungsanspruch verhindert, dass der Arbeitnehmer durch die Quarantäne einen Verdienstausfall erleidet. Davon geht auch – wohl wiederum aus fiskalischen Gründen – die behördliche Praxis aus; sie kann sich dafür auf ein BGH-Urteil von 1978 noch zur Vorgängernorm in § 49 BSeuchG berufen.⁷⁰ Zwar bildet die Quarantäne einen in der Person des Arbeitnehmers liegenden Grund, der diesen regelmäßig ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung hindert, wie es § 616 BGB verlangt.⁷¹ Die entscheidende und umstrittene Frage ist jedoch, ob die Verhinderung durch eine zehn- bis vierzehntägige Quarantäne die Grenzen einer „verhältnismäßig nicht erhebliche[n] Zeit“ überschreitet.⁷² Wird diese Grenze überschritten, entfällt der Anspruch aus § 616 BGB nicht nur für den auf die überschließende Zeitdauer entfallenden Lohnanteil, sondern vollständig.⁷³ Dann greift wieder § 56 Abs. 1 IfSG.

In dem gerade erwähnten BGH-Urteil von 1978 heißt es zur Erheblichkeitsgrenze: „Es ist daher angebracht, wenn nicht Besonderheiten des konkreten Arbeitsvertrages entgegenstehen, in solchen Fällen die allgemein für Erkrankungen geltende Sechs-Wochen-Frist jedenfalls bei einem länger andauernden unbefristeten und ungekündigten Arbeitsverhältnis grundsätzlich als Grenze einer verhältnismäßig nicht erheblichen Zeit anzusehen (vgl. zur Sechs-Wochen-Frist § 616 II BGB, § 1 LohnFG, § 133 c GewO, § 63 HGB, § 48 SeemannsG, § 12 I Nr. 2 BBiG ...).“⁷⁴

67 Grimm, Lohnfortzahlung und Entgeltrisiko bei Corona (Covid 19), ArbRB-Blog vom 3.3.2020 m.w.N.

68 Küpper, in: Kießling (Hrsg.), § 56 Rn. 51 ff.

69 § 616 BGB gehört zum dispositiven Recht und wird daher nicht selten tarifvertraglich oder individualvertraglich ganz oder teilweise abbedungen (Henssler, § 616 BGB Rn. 74 f.).

70 BGHZ 73, 16 = NJW 1979, 422 (424).

71 Teilweise wird das Tatbestandsmerkmal „durch einen in seiner Person liegenden Grund“ dann verneint, wenn mehrere Mitarbeiter desselben Betriebes gleichzeitig Corona-bedingt unter Quarantäne gestellt werden (Grimm [Fn. 67]).

72 Zum Für und Wider Henssler, § 616 BGB Rn. 66 ff.; Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020/17, S. 1139 ff.; Grimm (Fn. 67); Hohenstatt/Krois, NZA 2020/7, S. 413, 415 ff.

73 Henssler, § 616 BGB Rn. 69.

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

Diese Sechs-Wochen-Frist wird in der Literatur zwar teilweise als zu lang kritisiert,⁷⁵ doch ist es bis zur definitiven höchstrichterlichen Klärung der Erheblichkeitsgrenze für die Pandemielage jedenfalls nicht unvertretbar, eine zehn- bis vierzehntägige Quarantäne bei langjährig und unbefristet Beschäftigten als noch verhältnismäßig unerheblich einzustufen.⁷⁶ Dann besteht der Lohnfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB, und es ist der Arbeitgeber, der anstelle des Staates das Lohnrisiko im Quarantäne-Fall trägt. Ein Erstattungsanspruch gegen den Staat steht ihm jedenfalls dann nicht zu, wenn die Quarantäne-Verhängung rechtmäßig ist, weil § 616 BGB die gesetzgeberische Wertung erkennen lässt, dass dem Arbeitgeber die Lohnfortzahlung entschädigungslos zugemutet werden soll, und zwar selbst dann, wenn eine öffentliche Stelle die Arbeitsleistung durch hoheitlichen Eingriff verhindert. Das schließt Ansprüche aus enteignendem Eingriff in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb von vornherein aus. Bei rechtswidriger Quarantäne-Verhängung kann der Arbeitgeber einen Ersatzanspruch nach dem allgemeinen Recht der öffentlichen Ersatzleistungen haben.

3. Stellungnahme

Für Zwecke dieses Beitrags brauchen diese Konkurrenzprobleme des deutschen Rechts indessen nicht definitiv geklärt zu werden, da die Fragestellung von einer Erstattungspflicht der Behörde nach § 56 Abs. 5 IfSG und damit vom Bestehen eines Anspruchs aus § 56 Abs. 1 IfSG ausgeht. Daher wird angenommen, dass § 3 EFZG und § 616 BGB einem solchen hier nicht entgegenstehen. Auf § 616 BGB wird aber zur Abrundung des Bildes weiter unten an passender Stelle dennoch kurz eingegangen.

Nicht geklärt zu werden braucht schließlich, ob neben den Anspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG noch weitere Anspruchsgrundlagen aus dem allgemeinen Polizei- und Ordnungsrecht⁷⁷ und dem allgemeinen Recht der öffentlichen Ersatzleistungen treten können, wenn deren strengere Tatbestandsvoraussetzungen (z.B. Rechtswidrigkeit des Eingriffs, Verschulden oder Nichtstörereigenschaft des Geschädigten) ebenfalls erfüllt sind.⁷⁸ Denn wenn schon der Anspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG, der die geringsten Voraussetzungen hat, im vorliegenden Fall nicht greift, dann kann ausgeschlossen werden, dass die bestehende Lücke durch andere Anspruchsgrundlagen mit strengen Voraussetzungen geschlossen wird.

75 Z.B. von Hessler, § 616 BGB Rn. 68 (absolute Höchstgrenze für Ausnahmefälle); ebenso Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020/17, S. 1140 (bei für 15 oder mehr Jahre Beschäftigten „im Einzelfall“).

76 So z.B. Stöß/Pützer, NJW 2020/21, S. 1467 f.; Preis/Mazurek/Schmid, NZA 2020/17, S. 1140 f. (bei langjährig Beschäftigten im Einzelfall); anders dagegen Müller/Becker, CO-VuR 2020/3, S. 126, 128; Geulen/Sothmann, ArbRAktuell 2020/9, S. 218 (aber Risiko, dass die Rechtsprechung abweichend entscheidet).

77 Vgl. z.B. §§ 68 ff. SPOLG.

78 Vgl. eingehend Kümper, in: Kießling (Hrsg.), Vorbemerkung vor §§ 56 ff. IfSG Rn. 12 ff.; Rinze/Schwab, NJW 2020/27, S. 1905 ff.

D. Unionsrechtliche Bewertung der deutschen Rechtslage

I. Ausgangspunkt: Anwendung des § 56 Abs. 1 IfSG auf grenzüberschreitende Fälle

Der Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG und der an ihn knüpfende Erstattungsanspruch des Arbeitgebers nach § 56 Abs. 5 IfSG setzt voraus, dass ein Arbeitnehmer „auf Grund dieses Gesetzes“ (also des IfSG) Verboten in der Ausübung seiner bisherigen Erwerbstätigkeit unterliegt oder unterworfen wird bzw. abgesondert wurde oder wird und dadurch einen Verdienstausfall erleidet. Entscheidende Voraussetzung ist daher, dass der Verdienstausfall entweder unmittelbar auf die Entscheidung des deutschen Gesetzgebers im IfSG oder einer zuständigen deutschen Stelle zurückgeht, die auf Grund des IfSG durch Verwaltungsakt oder Rechtsverordnung die Erwerbstätigkeit unterbunden hat. Dementsprechend wird in § 56 Abs. 5 und Abs. 12 IfSG die „zuständige Behörde“ als erstattungs- bzw. vorschusspflichtig identifiziert, und § 66 Abs. 1 IfSG bezeichnet das (deutsche) Land, in dem das Verbot erlassen wurde, als Zahlungsverpflichteten.

Wenn man die möglichen Konstellationen des in der Ausgangsfrage skizzierten grenzüberschreitenden Falls durchspielt, gilt nach deutscher Rechtslage Folgendes:

1. Fall 1 – Deutscher Fall mit Grundfreiheitselement (Arbeitnehmerfreizügigkeit und/oder Niederlassungsfreiheit)

Wird einem in Deutschland wohnenden EU-ausländischen Arbeitnehmer eines deutschen Unternehmens oder der deutschen Niederlassung eines EU-ausländischen Unternehmens durch die zuständige deutsche Stelle (Behörde oder Verordnungsgeber) Quarantäne auferlegt, so hat er einen Entschädigungsanspruch aus §§ 56 Abs. 1, 66 IfSG gegen das Land, wenn und soweit seine Erwerbstätigkeit beschränkt wird und er dadurch einen Verdienstausfall erleidet. Im Einklang mit den Vorgaben des Unionsrechts differenziert das IfSG nicht nach der Staatsangehörigkeit des in seiner bisherigen Erwerbstätigkeit beschränkten und dadurch Verdienstausfälle erleidenden Arbeitnehmers (das wäre als nicht zu rechtfertigende direkte Diskriminierung mit dessen Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV unvereinbar) oder dem Hauptsitz seines Arbeitgebers (das wäre als nicht zu rechtfertigende direkte Diskriminierung mit dessen Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV unvereinbar). Die Entschädigung ist dem Arbeitnehmer gem. § 56 Abs. 5 IfSG vom Arbeitgeber auszuzahlen, der von der zuständigen Behörde Erstattung und gem. § 56 Abs. 12 IfSG einen Vorschuss verlangen kann.

Auch die Europäische Menschenrechtskonvention⁷⁹ und ihr Zusatzprotokoll⁸⁰ verbieten Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit beim Zugang zu So-

79 Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4.11.1950 in der Fassung der Neubekanntmachung vom 22.10.2010 (BGBI. II S. 1198).

80 Zusatzprotokoll vom 20.3.1952 in der Fassung der Neubekanntmachung vom 22.10.2010 (BGBI. II S. 1198).

zialleistungen durch Art. 14 EMRK i.V.m. Art. 1 ZP-EMRK. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bilden auch solche sozialen Leistungsansprüche, die ein staatlicher Gesetzgeber ohne Rechtspflicht freiwillig gewährt und die von keiner Beitragsteilnahme abhängig sind, wie der Anspruch gemäß § 56 Abs. 1 IfSG, Eigentum i.S.v. Art. 1 ZP-EMRK. Differenzierungen nach der Staatsangehörigkeit beim Zugang zu solchen Leistungen sind nach Maßgabe von Art. 14 EMRK nur aus besonders gewichtigen Gründen zulässig, die im vorliegenden Fall nicht erkennbar wären.⁸¹ Die deutsche Rechtslage erfüllt daher zugleich Anforderungen des EU-Rechts und des Konventionsrechts.

Hat der in Quarantäne geschickte Arbeitnehmer jedoch einen Lohnfortzahlungsanspruch nach § 616 BGB, so entfällt mangels Verdienstausfalls sein Entschädigungsanspruch, und das Unternehmen trägt das Lohnrisiko, ohne einen Erstattungsanspruch gegen das Land zu haben. Das gilt wiederum unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers und vom Hauptsitz seines Arbeitgebers. Entscheidend ist allein, dass das Arbeitsverhältnis deutschem Recht unterliegt, was im Fall 1 zutrifft.⁸²

2. Fall 2 – Grenzgänger nach Deutschland I: Deutsche Quarantäne-Auferlegung

Wird einem im EU-Ausland wohnenden deutschen oder EU-ausländischen Arbeitnehmer eines deutschen Unternehmens oder der deutschen Niederlassung eines EU-ausländischen Unternehmens durch die zuständige deutsche Stelle (Behörde oder Verordnungsgeber) Quarantäne auferlegt,⁸³ so hat auch dieser Arbeitnehmer den Entschädigungsanspruch aus §§ 56 Abs. 1, 66 IfSG gegen das Land, wenn und soweit seine Erwerbstätigkeit beschränkt wird und er dadurch einen Verdienstausfall erleidet. Denn das IfSG differenziert erneut im Einklang mit den Vorgaben des Unionsrechts auch nicht nach dem Wohnsitz des in seiner bisherigen Erwerbstätigkeit beschränkten und dadurch Verdienstausfälle erleidenden Arbeitnehmers (das wäre unabhängig von dessen Staatsangehörigkeit als nicht zu rechtfertigende indirekte Diskriminierung mit dessen Arbeitnehmerfreiheit nach Art. 45 AEUV unvereinbar) oder dem Hauptsitz ihres Arbeitgebers (das wäre als nicht zu rechtfertigende direkte Diskriminierung

81 Vgl. EGMR, Urt. v. 30.9.2003, *Koua Poirrez v. France*, Application No. 40892/98.

82 Vgl. Art. 8 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) vom 17.6.2008, konsolidierte Fassung in Sartorius II Nr. 164a und unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02008R0593-20080724&qid=1611078839170> (19.1.2021).

83 Für Argumentationszwecke wird unterstellt, dass die Zuständigkeit der deutschen Stelle trotz des Wohnsitzes in Frankreich besteht. Denkbar ist etwa, dass der Arbeitnehmer während seines Aufenthalts in Deutschland als ansteckungsgefährdet erkannt und Anordnungen nach § 28 IfSG unterworfen wird. Auch für den Fall der Absonderungsverpflichtung durch Rechtsverordnung der Landesregierung kann dies sein, weil die typische Formulierung des Verordnungsgebers nur auf die Einreise aus dem Ausland in das Saarland und den vorherigen Aufenthalt in einem ausländischen Risikogebiet abstellt (vgl. § 1 der saarländischen Verordnung [Fn. 46]). Häufig wird dann freilich die Ausnahme des § 2 Abs. 2 Nr. 3b der vorgenannten Verordnung greifen.

mit dessen Niederlassungsfreiheit nach Art. 49 AEUV unvereinbar). Die Entschädigung ist dem Arbeitnehmer gem. § 56 Abs. 5 IfSG vom Arbeitgeber auszuzahlen, der von der zuständigen Behörde Erstattung und gem. § 56 Abs. 12 IfSG einen Vorschuss verlangen kann.

3. Fall 3 – Grenzgänger aus Deutschland I: Deutsche Quarantäne-Auferlegung

Wird einem in Deutschland wohnenden deutschen oder EU-ausländischen Arbeitnehmer eines EU-ausländischen Unternehmens oder der EU-ausländischen Niederlassung eines deutschen Unternehmens durch die zuständige deutsche Stelle (Behörde oder Verordnungsgeber) Quarantäne auferlegt, so hat auch dieser Arbeitnehmer den Entschädigungsanspruch aus §§ 56 Abs. 1, 66 IfSG gegen das Land, wenn und soweit seine Erwerbstätigkeit beschränkt wird und er dadurch einen Verdienstauffall erleidet.⁸⁴ Denn das IfSG differenziert wiederum im Einklang mit den Vorgaben des Unionsrechts auch nicht nach der in- oder ausländischen Arbeitsstätte des in seiner bisherigen Erwerbstätigkeit beschränkten und dadurch Verdienstaufälle erleidenden Arbeitnehmers.

Wären Arbeitnehmer deshalb von der Entschädigung ausgeschlossen, weil ihre Arbeitsstätte im EU-Ausland liegt, bedeutete dies entweder eine indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit (weil die meisten Arbeitnehmer mit EU-ausländischen Arbeitsstätten EU-Ausländer sind) oder zumindest eine Beeinträchtigung, die beide mit dessen Arbeitnehmerfreizügigkeit nach Art. 45 AEUV unvereinbar wären. Denn im Hinblick auf den sozialen Absicherungszweck sind zumindest bei Personen mit Wohnsitz im Inland, die unabhängig von ihrer Staatsangehörigkeit zur inländischen Solidargemeinschaft gehören, weil „sie sich bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates integriert haben“,⁸⁵ keine Differenzierungen allein aufgrund der ausländischen Arbeitsstätte gerechtfertigt.

Sowohl ein deutscher als auch ein EU-ausländischer Arbeitnehmer, der in Deutschland wohnt, aber im EU-Ausland arbeitet, macht von seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch. Würde der deutsche Gesetzgeber diesem eine Entschädigung verwehren, die er einem in Deutschland Arbeitenden unter sonst gleichen Bedingungen gewährte, so würde er den Arbeitnehmer allein deswegen benachteiligen, weil er von seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit Gebrauch gemacht hat. Eine solche Diskriminierung des grenzüberschreitenden gegenüber dem gleichgelagerten inländischen Sachverhalt, welche die Ausübung der Arbeitnehmerfreizügigkeit erschwert, erlaubt das EU-Recht nur, wenn ein hier nicht erkennbarer Rechtfertigungsgrund besteht. Allein

84 Letzteres hängt davon ab, ob ihm das auf sein Arbeitsverhältnis anwendbare französische Recht einen Lohnfortzahlungsanspruch gegen den Arbeitgeber einräumt, ob es also ein französisches Äquivalent zu § 616 BGB gibt und dessen Tatbestandsvoraussetzungen im vorliegenden Fall erfüllt sind.

85 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.3.2005, Rs. C-209/03 – *Bidar*, Slg. 2003, I-2119, Rn. 57. Vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 7.2.2012, 1 BvL 14/07, BVerfGE 130, 240 zur Verfassungswidrigkeit des Ausschlusses von in Bayern wohnenden Nicht-EWR-Ausländern vom Bezug des Bayerischen Landeserziehungsgeldgesetz.

das Bestreben, die finanziellen Belastungen eines Mitgliedstaats niedrig zu halten, genügt als Rechtfertigung unter keinen Umständen.⁸⁶

Nach alledem gilt im Fall 3 dasselbe wie im Fall 2, allerdings mit einem wesentlichen Unterschied: Da der EU-ausländische Arbeitgeber nicht der deutschen Hoheitsgewalt unterliegt,⁸⁷ kann er nach § 56 Abs. 5 IfSG für die Auszahlung nicht in Anspruch genommen werden. Deshalb muss sich der Arbeitnehmer nach § 56 Abs. 5 Satz 3 IfSG selbst an die zuständige deutsche Behörde wenden und ggf. das Land verklagen, wenn die Zahlung verweigert wird.

4. Fall 4 – Grenzgänger nach Deutschland II: EU-ausländische Quarantäne-Auferlegung

Wird einem im EU-Ausland wohnenden deutschen oder EU-ausländischen Arbeitnehmer eines deutschen Unternehmens oder der deutschen Niederlassung eines EU-ausländischen Unternehmens durch die zuständige EU-ausländische Stelle Quarantäne auferlegt, so gilt unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers und dem Hauptsitz des Unternehmens Folgendes:

Sollte das Unternehmen aufgrund von § 616 BGB zur Fortzahlung des Arbeitslohns trotz Wegfalls der Arbeitsleistung verpflichtet sein,⁸⁸ weil diese Pflicht im konkreten Fall nicht abbedungen wurde und die Quarantäne-Dauer die Erheblichkeitsschwelle nicht überschreitet,⁸⁹ so hätte es keinen Ersatzanspruch gegen das Land. Es gibt von vornherein keine Grundlage im deutschen Recht der öffentlichen Ersatzleistungen, nach der das Land für einen Schaden einzutreten hätte, der von einem ausländischen Staat verursacht wurde, ohne dass das Land einen eigenen Ursachenbeitrag dazu geleistet hat oder der ausländische Beitrag ihm zurechenbar ist. Entscheidungen fremder souveräner Staaten sind der Bundesrepublik Deutschland oder den deutschen Ländern selbst dann nicht zurechenbar, wenn sie erhebliche Auswirkungen im Inland haben.⁹⁰ Ob das Unternehmen in diesem Fall einen Erstattungs- oder sonstigen Ersatzanspruch für den fortzuzahlenden Lohn nach EU-ausländischem Recht hätte, ist dann eingehend zu prüfen.

86 EuGH, Urt. v. 17.3.2005, Rs. C-109/04 – *Kranemann*, Slg. 2005, I-2421 Rn. 31 ff.; Urt. v. 16.2.2006, Rs. C-185/04 – *Öberg*, Slg. 2006, I-1453 Rn. 21.

87 In der zweiten Fallvariante – französische Niederlassung eines deutschen Unternehmens – hängt die Reichweite der deutschen Gesetzgebungsgewalt davon ab, ob das deutsche Unternehmen als solches als Arbeitgeber fungiert oder seine mit eigener Rechtspersönlichkeit nach französischem Recht ausgestattete Niederlassung: Im ersten Fall würde das deutsche Unternehmen der Verpflichtung gem. § 56 Abs. 5 IfSG unterliegen, im letzten Fall nicht.

88 Auf das Arbeitsverhältnis ist nach Art. 8 Abs. 2 der Rom I-VO (Fn. 82) deutsches Recht anwendbar, da die Arbeit in Deutschland verrichtet wird.

89 Siehe zur näheren Bestimmung der „verhältnismäßig nicht erhebliche[n] Zeit“ näher oben Text zu Fn. 72 ff.

90 Vgl. BVerfGE 66, 39 (62 ff.): Grundrechtliche Verantwortlichkeit der deutschen Staatsgewalt endet dort, wo ein Vorgang in seinem wesentlichen Verlauf von einem fremden, souveränen Staat nach seinem eigenen, von der Bundesrepublik Deutschland unabhängigen Willen gestaltet wird.

Schuldet das Unternehmen demgegenüber keine Lohnfortzahlung nach § 616 BGB, so wird es zumindest dadurch belastet, dass der von einer EU-ausländischen Stelle in Quarantäne geschickte Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann und dieser personelle Ausfall aufgefangen werden muss. Dafür erhält es nach deutschem Recht aus den vorgenannten Gründen ebenfalls keinen Ersatz. Der abgesonderte Arbeitnehmer kann seinerseits vom Land keine Entschädigung für seinen weggefallenen Lohn nach §§ 56, 66 IfSG verlangen, weil die EU-ausländische Quarantäne-Maßnahme nicht auf dem IfSG beruht. Da sie dem Land in keiner Weise zugerechnet werden kann, scheidet auch eine analoge Anwendung des § 56 Abs. 1 IfSG aus: Es besteht insoweit weder eine gesetzliche Regelungslücke noch eine vergleichbare Interessenslage, weil es nicht als unbillig erscheint, dass das Land nicht auch noch EU-ausländische Quarantäne-Maßnahmen finanziell abfедert. Folglich trägt der Arbeitnehmer das Lohnrisiko, wenn ihm nicht das EU-ausländische Recht einen Ersatzanspruch einräumt.

5. Fall 5 – Grenzgänger aus Deutschland II: EU-ausländische Quarantäne-Auferlegung

Wird einem in Deutschland wohnenden deutschen oder EU-ausländischen Arbeitnehmer eines EU-ausländischen Unternehmens oder der EU-ausländischen Niederlassung eines deutschen Unternehmens durch die zuständige EU-ausländische Stelle Quarantäne auferlegt,⁹¹ so gilt unabhängig von der Staatsangehörigkeit des Arbeitnehmers und dem Hauptsitz des Unternehmens in Bezug auf den Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers aus §§ 56 Abs. 1, 66 IfSG dasselbe wie im Fall 4: Dieser besteht nicht, weil die EU-ausländische Quarantäne-Maßnahme nicht auf dem IfSG beruht. Auch hier wäre wieder zu prüfen, ob das EU-ausländische Recht einen entsprechenden Anspruch kennt.

Es fragt sich, ob die deutsche Rechtslage in Bezug auf die Verteilung des Lohnrisikos in den Fällen 4 und 5 mit dem Unionsrecht vereinbar ist. Anders ausgedrückt muss geprüft werden, ob das EU-Recht den deutschen Staat dazu verpflichtet, den Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 56 Abs. 1 IfSG auf Fälle zu erstrecken, in denen die Auferlegung der Quarantäne, welche die grenzüberschreitende Arbeitsleistung unmöglich macht, durch die zuständige EU-ausländische Stelle erfolgt ist. Sollte dies der Fall sein, wäre weiter zu prüfen, wie die dann vorliegende Verletzung des Unionsrechts beendet werden könnte, insbesondere ob dazu der Gesetzgeber tätig werden müsste oder ob die deutschen Gerichte die unionsrechtswidrige Anspruchslücke etwa durch eine unionsrechtskonforme Rechtsfortbildung aus eigener Machtvollkommenheit schließen könnten.⁹²

91 Für Argumentationszwecke wird unterstellt, dass die Zuständigkeit der französischen Stelle trotz des Wohnsitzes im Saarland besteht. S.o. Fn. 83.

92 Vgl. den Überblick bei Ehlers, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 11 Rn. 62; Franzius, in: Pechstein u.a. (Hrsg.), Band I, Art. 4 EUV Rn. 146.

II. Ungleichverteilung des Lohnrisikos in Bezug auf deutsche und EU-ausländische Quarantäne-Anordnungen: Vereinbarkeit der deutschen Rechtslage mit EU-Recht

Da es sich bei dem Entschädigungsanspruch von Arbeitnehmern aus § 56 Abs. 1 IfSG um eine soziale Absicherungsmaßnahme aus Billigkeitsgründen handelt,⁹³ kommen zunächst zwei Sekundärrechtsakte der EU als Maßstäbe für die Prüfung in Betracht, ob diese Ungleichverteilung des Lohnrisikos unionsrechtskonform ist: Die Verordnung (EG) Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit⁹⁴ und die Verordnung (EU) Nr. 492/2011 über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer innerhalb der Union.⁹⁵ Das Gleichbehandlungsgebot in Art. 24 Abs. 1 der allgemeinen Freizügigkeitsrichtlinie 2004/38/EG⁹⁶ gilt hingegen nur vorbehaltlich spezifischer und ausdrücklich im abgeleiteten Recht vorgesehener Bestimmungen, so dass es hier durch das spezifische Gleichbehandlungsgebot zugunsten von Arbeitnehmern in Art. 7 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 492/2011⁹⁷ verdrängt wird.

1. Verstoß der Ungleichverteilung gegen die VO (EG) Nr. 883/2004

a) Kompetenzverteilung in Bezug auf die Sozialpolitik

Ähnlich wie in Bezug auf die Gesundheitspolitik sieht das Primärrecht auch in Bezug auf die Sozialpolitik keine vollständige Harmonisierung vor, sondern beschränkt die Union auf eine Unterstützungs- und Ergänzungskompetenz.⁹⁸ Darüber hinaus räumt Art. 48 AEUV der Union jedoch eine spezielle Befugnis ein, „die auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit für die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer notwendigen Maßnahmen“ im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zu beschließen.⁹⁹ Die Vorschrift erteilt einen Koordinierungs-, keinen Harmonisierungsauftrag in Bezug auf die mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssysteme im Interesse des Binnen-

93 S.o. C.III.3.

94 Vom 29.4.2004. Aktuelle konsolidierte Fassung mit späteren Änderungen im Sartorius II Nr. 185 sowie unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02004R0883-20190731&qid=1610360034802> (11.1.2021).

95 Vom 5.4.2011. Aktuelle konsolidierte Fassung mit späteren Änderungen im Sartorius II Nr. 180 sowie unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02011R0492-20190731&qid=1610360399608> (11.1.2021).

96 Richtlinie 2004/38/EG über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten vom 29.4.2004. Aktuelle konsolidierte Fassung mit späteren Änderungen im Sartorius II Nr. 177 sowie unter: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A02004L0038-20110616&qid=1611076623945> (19.1.2021).

97 S.u. 2.

98 Art. 153 AEUV. Vgl. Steinmeyer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 41 Rn. 7.

99 Obwohl der Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren normalerweise mit qualifizierter Mehrheit entscheidet (Art. 294 AEUV i.V.m. Art. 16 Abs. 3 EUV), gewährt Art. 48 Abs. 2 AEUV hier ausnahmsweise jedem Ratsmitglied ein an Bedingungen geknüpftes indirektes Vetorecht. Dies belegt die politische Sensibilität der Materie.

markts.¹⁰⁰ Auf dieser Grundlage beruhen die arbeitnehmerbezogenen Regelungen der VO (EG) Nr. 883/2004.¹⁰¹ Deren Zweck besteht darin, die effektive Ausübung der Arbeitnehmerfreiheit zu gewährleisten, indem sie verhindern, dass an die Grenzüberschreitung geknüpfte sozialrechtliche Nachteile eintreten, die eine abschreckende Wirkung entfalten könnten.¹⁰²

Über dieses „freiheitsspezifische Sozialrecht“¹⁰³ hinausgehende sekundärrechtliche Festlegungen von Mindestvorschriften für die soziale Sicherheit und den sozialen Schutz der Arbeitnehmer setzen nach Art. 153 Abs. 1 Buchst. c, Abs. 2 UA 1 Buchst. b, UA 3 AEUV einen einstimmigen Ratsbeschluss voraus. Solche Mindestvorschriften gibt es für den hier relevanten Bereich von Entschädigungen für Verdienstausfälle infolge von Quarantäne-Maßnahmen nicht.

Im Übrigen gilt: Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH „lässt das Unionsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt[,] und in Ermangelung einer Harmonisierung auf Unionsebene bestimmt das Recht eines jeden Mitgliedstaats, unter welchen Voraussetzungen [...] ein Anspruch auf Leistung besteht.“¹⁰⁴ Freilich müssen die Mitgliedstaaten dabei die primärrechtlichen Gewährleistungen der Freizügigkeit für Unionsbürgerinnen und Unionsbürger beachten.¹⁰⁵

Schließlich sieht Art. 5 Abs. 3 AEUV eine Kompetenz der EU vor, Initiativen zur Koordinierung der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten zu ergreifen. Dies bezieht sich auf die in Art. 156 AEUV vorgesehene Möglichkeit der Kommission, zur Erreichung der sozialpolitischen Ziele des Art. 151 AEUV die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern sowie die Abstimmung ihres Vorgehens zu erleichtern und dazu auch Initiativen zur Festlegung von Leitlinien und Indikatoren, zum Austausch bewährter Verfahren und zur Ausarbeitung von Elementen für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung zu ergreifen. Es handelt sich um ein im Vertrag ausdrücklich geregeltes Beispiel der offenen Methode der Koordinierung, die auch hier nur inhaltlich unverbindliche Maßnahmen der EU zulässt.¹⁰⁶ Die Mitgliedstaaten haben in der Erklärung Nr. 31 zu Art. 156 AEUV im Anhang der Schlussakte der Regierungskonferenz von Lissabon (2007) nochmals ausdrücklich bestätigt, dass die in Art. 156 AEUV aufgeführten Politikbereiche im Wesentlichen in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, dass EU-Maßnahmen zur Förderung und Koordinierung nur ergänzenden Charakter haben und dass sie der Stärkung der Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und nicht der Harmonisierung einzelstaatlicher Systeme dienen.¹⁰⁷

100 Langer, in: Fuchs (Hrsg.), Art. 48 AEUV Rn. 6.

101 Sie beruhen genauer gesagt noch auf der Vorgängerbestimmung in Art. 42 EGV.

102 Steinmeyer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 41 Rn. 22, 121.

103 Ebd., Rn. 22.

104 Axer, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), § 3 Rn. 8.

105 EuGH, Urt. v. 21.7.2011, Rs. C-503/09 – Stewart, Slg. 2011, I-6497 Rn. 76 f.

106 Kocher, in: Pechstein u.a. (Hrsg.), Band III, Art. 156 AEUV Rn. 3, 7f. (auch zur Zulässigkeit prozedural verbindlicher EU-Maßnahmen).

107 ABl. 2016 Nr. C 202/348.

b) Überblick über die VO (EG) Nr. 883/2004

Die VO (EG) Nr. 883/2004 gewährt selbst keine Ansprüche auf Sozialleistungen, sondern koordiniert nur Ansprüche, die sich aus dem jeweiligen nationalen Sozialrecht ergeben, soweit dies zur Effektivierung der Arbeitnehmerfreizügigkeit notwendig ist.¹⁰⁸ Art. 4 der Verordnung schreibt in Verbindung mit ihrem Art. 2 und in Konkretisierung des Art. 45 Abs. 2 AEUV den Mitgliedstaaten die Inländergleichbehandlung u.a. der Staatsangehörigen eines anderen Mitgliedstaats vor und verbietet damit deren direkte und indirekte Diskriminierungen,¹⁰⁹ falls ein grenzüberschreitendes Element und kein rein innerstaatlicher Sachverhalt vorliegt¹¹⁰ (wie in den Fällen 4 und 5). Ungleichbehandlungen, die sich aus Unterschieden der Rechtsordnungen ergeben, sind allerdings zulässig, wenn sie durch objektive Kriterien und sachliche Gründe gerechtfertigt werden, die nicht an die Staatsangehörigkeit anknüpfen.¹¹¹ Art. 5 der Verordnung verlangt eine Gleichstellung von Leistungen, Einkünften, Sachverhalten oder Ereignissen, d.h. von Auslandssachverhalten und Inlands-sachverhalten.¹¹² Art. 7 der Verordnung verbietet u.a. die Entziehung von Geldleistungen aufgrund der Tatsache, dass der Berechtigte in einem anderen Mitgliedstaat wohnt als demjenigen, in dem der zur Zahlung verpflichtete Träger seinen Sitz hat.

Ziel der VO (EG) Nr. 883/2004 ist die Koordinierung der Sozialsysteme der Mitgliedstaaten in einem umfassenden Sinn.¹¹³ Ihr sachlicher Geltungsbereich wird in Art. 3 daher weit gefasst, doch ist diese Bestimmung im Hinblick auf die Einbeziehung von Leistungsbereichen abschließend.¹¹⁴ Die in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 aufgelisteten Zweige der sozialen Sicherheit werden ihrerseits weit verstanden, so dass auch Zusatz- und Nebenleistungen im Randbereich der mitgliedstaatlichen Systeme unter die Verordnung fallen.¹¹⁵ Andererseits schließt Art. 3 Abs. 5 Buchst. a VO (EG) Nr. 883/2004 die Sozialhilfe ausdrücklich aus, d.h. Leistungen mit Fürsorgecharakter. Dazu zählt die EuGH-Rechtsprechung aber solche Leistungen nicht, auf die ein genau umschriebener gesetzlicher Anspruch besteht, die einen Bezug zu einem der in Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 883/2004 ausdrücklich aufgelisteten Risiken haben und eine unzureichende soziale Absicherung kompensieren sollen, während es bei der echten Sozialhilfe um die Gewährung des Existenzminimums geht.¹¹⁶ Ebenfalls aus der Verordnung ausgeschlossen sind nach Art. 3 Abs. 5 Buchst. b bestimmte Entschädigungsleistungen für Personenschäden.¹¹⁷

108 Steinmeyer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 41 Rn. 29.

109 Fuchs/Kabil-Wolff, in: Fuchs (Hrsg.), Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 2.

110 Spiegel, in: Fuchs (Hrsg.), Art. 2 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 6.

111 Steinmeyer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 41 Rn. 59.

112 Ebd., Rn. 62.

113 Fuchs, in: ders. (Hrsg.), Art. 3 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 3.

114 Ebd.

115 Steinmeyer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 41 Rn. 49.

116 Ebd., Rn. 52 m.w.N.; Fuchs, in: ders. (Hrsg.), Art. 3 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 35 ff.

117 Steinmeyer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 41 Rn. 54.

c) Fällt § 56 Abs. 1 IfSG in den sachlichen Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 883/2004?

Es fragt sich, ob die Entschädigungsleistung gem. § 56 Abs. 1 IfSG in den sachlichen Anwendungsbereich der VO (EG) Nr. 883/2004 fällt. Aus dem Katalog in Art. 3 Abs. 1 der Verordnung kommt keiner der auflisteten Zweige der sozialen Sicherheit in Frage. Zunächst handelt es sich nicht um eine Leistung bei Krankheit i.S. von Buchst. a, denn der Anspruch knüpft nicht an die Krankheit, sondern an die Quarantäne-Verhängung an, die gerade auch Nichtkranke betreffen kann. Er deckt nicht das Risiko eines krankhaften Zustands ab, wegen dem der Betroffene vorübergehend nicht arbeiten kann,¹¹⁸ sondern das gänzlich andere Risiko des Ansteckungsverdachts. Auch der Zweig der Leistungen bei Arbeitslosigkeit (Buchst. h) passt nicht, weil die betreffenden Arbeitnehmer ja ihre Arbeitsstelle behalten und nach dem Ende der nur kurzzeitig andauernden Quarantäne wieder für ihren bisherigen Lohn normal weiterarbeiten. § 56 Abs. 1 IfSG deckt daher ein von der Arbeitslosigkeit zu unterscheidendes ganz anderes Risiko ab.

Bei § 56 Abs. 1 IfSG handelt es sich auch um keine besondere beitragsunabhängige Geldleistung im Sinne von Art. 3 Abs. 3, Art. 70 VO (EG) Nr. 883/2004. Denn darunter fallen nach Art. 70 Abs. 2 Buchst. c VO (EG) Nr. 883/2004 nur die in Anhang X aufgeführten Leistungen, und für Deutschland ist der Entschädigungsanspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG nicht gelistet. Im Übrigen bleibt es selbst bei den von Art. 70 VO (EG) Nr. 883/2004 erfassten Geldleistungen den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern vorbehalten, die Anspruchsvoraussetzungen zu definieren.¹¹⁹ Am ähnlichsten ist die Billigkeitsentschädigung nach § 56 Abs. 1 IfSG, die eine finanzielle Notsituation der unter Quarantäne gestellten Personen vermeiden soll, der Sozialhilfe, die ja nach Art. 3 Abs. 5 Buchst. a VO 883/2004 von der Geltung der Verordnung ausgenommen ist. Eine gewisse Nähe besteht auch zu den ebenfalls ausgeschlossenen Entschädigungsleistungen im Sinne von Art. 3 Abs. 5 Buchst. b VO 883/2004, unter die beispielsweise der Versorgungsanspruch bei Impfschäden gem. § 60 IfSG fällt.¹²⁰

Im Ergebnis liegt der Entschädigungsanspruch gem. § 56 Abs. 1 IfSG daher außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der VO (EG) Nr. 883/2004, so dass die Ungleichverteilung des Lohnrisikos von vornherein nicht gegen diese Verordnung verstößen kann.

2. Verstoß der Ungleichverteilung gegen die VO (EU) Nr. 492/2011

Auch die VO (EU) Nr. 492/2011 dient dazu, die Arbeitnehmerfreizügigkeit in Art. 45 AEUV zu konkretisieren und zu effektuieren.¹²¹

118 Vgl. *Fuchs*, in: ders. (Hrsg.), Art. 3 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 8.

119 EuGH, Urt. v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 – Dano, ECLI:EU:C:2014:2358, Rn. 89.

120 Vgl. *Fuchs*, in: ders. (Hrsg.), Art. 3 VO (EG) Nr. 883/2004 Rn. 42.

121 Vgl. *Rixen*, in: *Schlachter/Heimig* (Hrsg.), § 34 Rn. 1 ff.

a) Art. 7 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 492/2011 als Maßstab

Die Ungleichverteilung des Lohnrisikos durch das deutsche Recht könnte mit Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 unvereinbar sein. Danach genießen Arbeitnehmer, die Staatsangehörige eines Mitgliedstaats sind, im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats die gleichen sozialen Vergünstigungen wie die inländischen Arbeitnehmer. Als „soziale Vergünstigung“ einzustufen sind zunächst alle Leistungen der sozialen Sicherheit im Sinne der VO (EG) Nr. 883/2004, die auf diese Leistungen aber als *lex specialis* vorrangig anwendbar ist.¹²² Kraft seiner Auffangfunktion wird Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 daher insbesondere bei solchen Sozialleistungen praktisch relevant, die – wie hier – außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der vorrangigen VO (EG) Nr. 883/2004 liegen.¹²³ Er statuiert insoweit einen unmittelbar anwendbaren Gleichbehandlungsanspruch mit Vorrang vor dem mitgliedstaatlichen Recht.¹²⁴

Der EuGH hat den Begriff der „sozialen Vergünstigung“ in Art. 7 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 492/2011 so weit ausgelegt,¹²⁵ dass der Entschädigungsanspruch gem. § 56 Abs. 1 IfSG zweifelsohne darunter zu subsumieren ist. Denn die Gleichbehandlung muss sich „tatsächlich und rechtlich auf alles erstrecken, was mit der eigentlichen Ausübung einer Tätigkeit im Lohn- oder Gehaltsverhältnis [...] im Zusammenhang steht; ferner müssen alle Hindernisse beseitigt werden, die sich der Mobilität der Arbeitnehmer entgegenstellen [...].“¹²⁶ Zu den Arbeitnehmern, die Anspruch auf Inländergleichbehandlung bei sozialen Vergünstigungen haben, zählen auch „Grenzarbeitnehmer“.¹²⁷ Der EuGH gestattet es den Mitgliedstaaten in seiner neueren Rechtsprechung zwar, die Inländergleichbehandlung bei sozialen Vergünstigungen auf solche Personen zu beschränken, die eine hinreichend enge Bindung zur nationalen Gesellschaft eingegangen sind,¹²⁸ doch trifft dies auf die Arbeitnehmer in den Fällen 4 und 5 zu, da sie entweder in Deutschland mehr als nur geringfügig arbeiten oder dort wohnen.

Besteht eine solche hinreichend enge Verbindung zu dem betreffenden Mitgliedstaat, so gestattet es ihm der EuGH normalerweise nicht, einen Grenzgänger von einer sozialen Vergünstigung allein deshalb auszuschließen, weil dieser eine vergleichbare Vergünstigung vom anderen Mitgliedstaat erhalten kann.¹²⁹ Im vorliegenden Fall könnte jedoch deshalb etwas Anderes gelten, weil der Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG den Eintritt einer sozialen Notlage verhindern soll, zu der es dann

122 Steinmeyer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 41 Rn. 297 ff. Rixen, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), § 34 Rn. 26, der von der Gleicherhängigkeit und parallelen Anwendbarkeit der beiden Verordnungen ausgeht. Die Streitfrage braucht hier nicht entschieden zu werden, da bereits festgestellt wurde, dass der Entschädigungsanspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs der VO (EG) Nr. 883/2004 liegt.

123 Steinmeyer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 41 Rn. 299.

124 Rixen, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), § 34 Rn. 7.

125 Steinmeyer, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 41, Rn. 299 ff.; Krebber, in: Müller-Graff (Hrsg.), § 2 Rn. 60.

126 Begründungserwägung (6) in der Präambel der VO (EU) Nr. 492/2011.

127 Vgl. die Begründungserwägung (5) in der Präambel der VO (EU) Nr. 492/2011.

128 Vgl. Pache, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 10 Rn. 128 m.w.N.

129 Vgl. Krebber, in: Müller-Graff (Hrsg.), § 2 Rn. 60 m.w.N.

nicht kommen kann, wenn der andere Mitgliedstaat Ersatz für den Verdienstausfall leistet. Ausgeschlossen werden müsste freilich, dass jeder Mitgliedstaat den Anspruchsteller auf den jeweils anderen verweist und dieser dadurch doch in eine Notlage gerät. Diese Problematik kann hier jedoch dahinstehen, da die Ungleichverteilung des Lohnrisikos durch § 56 Abs. 1 IfSG nicht gegen Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 verstößt, wie im nächsten Abschnitt dargelegt wird.

b) Konkretisierung des Art. 7 Abs. 2 der VO (EU) Nr. 492/2011

Was gebietet Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 aber genau? Wenn man ihn mit dem voranstehenden Absatz 1 zusammenliest, so schreibt er vor, dass ein „Arbeitnehmer, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist, [...] im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten [...] die gleichen sozialen [...] Vergünstigungen [genießt] wie die inländischen Arbeitnehmer.“ Das heißt bezogen auf die vorstehend skizzierten Grenzgänger-Fälle 4 und 5, dass Grenzgänger aus dem EU-Ausland nach Deutschland dort ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit und ihres Wohnorts die gleichen sozialen Vergünstigungen genießen müssen wie in Deutschland wohnende deutsche Arbeitnehmer (Fall 4); Grenzgänger aus Deutschland wiederum müssen im EU-Ausland ungeachtet ihrer Staatsangehörigkeit und ihres Wohnorts die gleichen sozialen Vergünstigungen wie im EU-Ausland wohnende EU-ausländische Arbeitnehmer genießen (Fall 5). Ein Mitgliedstaat darf die Gewährung einer sozialen Vergünstigung nicht davon abhängig machen, dass der Begünstigte in diesem Mitgliedstaat wohnt.¹³⁰ Über den Wortlaut der Vorschrift hinaus kann sich ein Arbeitnehmer auch gegenüber seinem eigenen Heimatstaat auf Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 berufen, wenn er in seinem Heimatstaat arbeitet, aber in einem anderen Mitgliedstaat wohnt und letzterer Umstand zum Anknüpfungspunkt für seine Schlechterbehandlung in Bezug auf soziale Vergünstigungen gemacht wird.¹³¹

Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 verbietet also, dass die deutschen Entschädigungsbestimmungen wie § 56 Abs. 1 IfSG und ihre EU-ausländischen Pendants (soweit vorhanden) bei der Festlegung der Anspruchsvoraussetzungen an die Staatsangehörigkeit oder den Wohnort des Anspruchstellers anknüpfen und auf diese Weise die Ausübung der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerfreizügigkeit erschweren. Genau das tut § 56 Abs. 1 IfSG jedoch nicht, wie oben bei den Fällen 1 – 3 dargelegt wurde.¹³²

Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 verlangt hingegen nicht, dass der deutsche Gesetzgeber die gleichen sozialen Vergünstigungen im gleichen Umfang gewährt wie der EU-ausländische und umgekehrt. Wenn es also im Nachbarmitgliedstaat kein Pendant zum Entschädigungsanspruch nach § 56 Abs. 1 IfSG geben sollte, wäre das mit Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 vereinbar. Denn ganz allgemein kann ein

130 EuGH, Urt. v. 27.11.1997, Rs. C-57/96 – *Meints*, Slg. 1997, I-6689 Rn. 43 ff.

131 *Rixen*, in: *Schlachter/Heinig* (Hrsg.), § 34 Rn. 18 ff. unter Hinweis auf EuGH, Urt. v. 11.9.2007, Rs. C-287/05 – *Hendrix*, Slg. 2007, I-6909 Rn. 46 f.

132 Zur indirekten Anknüpfung des § 56 Abs. 1 IfSG an den Wohnsitz siehe noch näher die Ausführungen zu Art. 45 AEUV unten 3. a) bb).

Diskriminierungsvorwurf nur erhoben werden, wenn dasselbe Legislativ- oder Exekutivorgan ohne ausreichende Rechtfertigung Gleiches ungleich oder Ungleiches gleich behandelt, nicht aber, wenn ein Legislativ- oder Exekutivorgan im Rahmen seiner Zuständigkeit Personen oder Sachverhalte anders behandelt als ein anderes Legislativ- oder Exekutivorgan im Rahmen seiner Zuständigkeit.¹³³ Genauso wenig verlangt Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011, dass der deutsche Gesetzgeber Entschädigungslücken schließt, die der EU-ausländische Gesetzgeber in unionsrechtlich zulässiger Weise gelassen hat. Zwar könnte man einwenden, hier behandle derselbe deutsche Gesetzgeber die von einer deutschen Quarantäne-Anordnung betroffenen Arbeitnehmer anders als diejenigen, die einer EU-ausländischen Quarantäne-Anordnung unterliegen. Diese beiden Gruppen von Arbeitnehmern sind jedoch in einer unterschiedlichen Situation, weil sie dem Zugriff verschiedener nationaler Hoheitsträger ausgesetzt sind, die jeweils gesondert für die finanziellen Folgen ihres Zugriffs einstehen müssen.¹³⁴

Im Ergebnis verstößt die Ungleichverteilung des Lohnrisikos in Bezug auf deutsche und EU-ausländische Quarantäne-Anordnungen daher nicht gegen Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011.

3. Verstoß der Ungleichverteilung gegen Grundfreiheiten und flankierende Unionsgrundrechte

Möglicherweise enthalten in den grenzüberschreitenden Fällen 4 und 5 aber Grundfreiheiten und flankierende Unionsgrundrechte weitergehende Vorgaben in Bezug auf die Gleichbehandlung, als sie im Sekundärrecht, insbesondere in Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011, festgelegt werden. Deshalb ist ein Rückgriff auf das Primärrecht hier nicht ausgeschlossen.¹³⁵

a) Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 45 AEUV)

aa) Abgrenzung zur Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV)

In Bezug auf die einschlägigen Grundfreiheiten ist zunächst zu diskutieren, ob die Freizügigkeit der Arbeitnehmer (Art. 45 AEUV) und die Niederlassungsfreiheit der Unternehmer (Art. 49 AEUV) hier gemeinsam anwendbar sind oder ob nur eine von beiden zum Zuge kommt. Wie bereits ausgeführt, steht der Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers gemäß § 56 Abs. 1 IfSG im Vordergrund, während der Erstattungsanspruch des Arbeitsgebers gemäß § 56 Abs. 5 IfSG als bloße Abwicklungsmodalität sekundär und vollständig vom Bestehen dieses arbeitnehmerischen Anspruchs abhängig ist.¹³⁶ Ob die Anspruchsvoraussetzungen in § 56 Abs. 1 IfSG primärrechts-

133 Vgl. entsprechend BVerfG, Beschl. v. 8.5.2013 (1 BvL 1/08), BVerfGE 134, 1, Rn. 61 (zu Art. 3 Abs. 1 GG).

134 Siehe dazu noch näher unten 3. a) bb) und cc).

135 Rixen, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), § 34 Rn. 4.

136 S.o. unter C.III.1.

konform gefasst sind, kann deshalb folgerichtiger Weise nur am Maßstab des Art. 45 AEUV überprüft werden. Ein Eingriff in die unternehmerische Niederlassungsfreiheit scheidet hier dagegen von vornherein aus.

Der Arbeitgeber, der seinerseits an der primärrechtskonformen Behandlung seiner Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse hat, weil die Attraktivität der von ihm gemachten Arbeitsplatzangebote mit davon abhängt, wird dadurch aber primärrechtlich nicht schutzlos gestellt. Der EuGH gestattet ihm vielmehr, sich zur effektiveren Durchsetzung seinerseits auf Art. 45 AEUV zu berufen, um Eingriffe in die Freizügigkeit seiner Arbeitnehmer abzuwehren, jedenfalls wenn er selbst Adressat entsprechender nationaler Normen wie z.B. von Einstellungsverboten ist.¹³⁷ Entscheidend gegen die Übertragung dieser Rechtsprechung auf die vorliegende Konstellation spricht allerdings, dass dem Arbeitgeber hier keine gesetzlichen Pflichten auferlegt werden und er auch finanziell nicht belastet wird, denn seine Auszahlungspflicht nach § 56 Abs. 5 IfSG steht und fällt mit der Existenz des arbeitnehmerischen Entschädigungsanspruchs, der in den Fällen 4 und 5 gerade nicht besteht.¹³⁸ Deshalb ist hier allein die Rechtsstellung des Arbeitnehmers aus Art. 45 AEUV relevant, während der Arbeitgeber insoweit keine eigenen Rechte hat.

bb) Eingriff in Form einer indirekten Diskriminierung

Wie eingangs dargelegt, schützt die Arbeitnehmerfreizügigkeit gleich den anderen Grundfreiheiten des Binnenmarktes vor Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit bzw. der Binnengrenzüberquerung sowie vor unterschiedslos anwendbaren Beschränkungen, soweit solche staatlichen Eingriffe nicht als verhältnismäßige Maßnahmen zum Schutz zwingender Allgemeininteressen gerechtfertigt sind.¹³⁹ Sie schützt insbesondere auch die Grenzgänger, die in einem Mitgliedstaat wohnen und in einem anderen arbeiten.¹⁴⁰

(1) Beschränkung der entschädigungsrechtlichen Verantwortlichkeit auf deutsche Quarantäne-Auferlegung

Im vorliegenden Fall knüpft § 56 Abs. 1 IfSG den Entschädigungsanspruch daran, dass die zuständige deutsche Stelle aufgrund des IfSG einem Arbeitnehmer Quarantäne auferlegt und dieser dadurch einen Verdienstausfall erleidet. Demgegenüber verwehrt § 56 Abs. 1 IfSG die Entschädigung einem anderen Arbeitnehmer, der einen ähnlichen Verdienstausfall erleidet, weil ihm eine zuständige EU-ausländische Stelle auf einer EU-ausländischen Rechtsgrundlage Quarantäne auferlegt. Der deutsche Gesetzgeber hat also die Verantwortung für die finanziellen Folgen der Arbeitnehmern auferlegten Quarantäne allein insoweit übernommen, als diese auf der Entscheidung eines deut-

137 EuGH, Urt. v. 7.5.1998, Rs. C-350/96 – *Clean Car Autoservice*, Slg. 1998, I-2521. *Ter-hechte*, in: Schlachter/ Heinig (Hrsg.), § 1 Rn. 38 mit Nachw. auch zur Gegenansicht.

138 Die Deutschland nicht zurechenbare Belastung des Arbeitgebers dadurch, dass sein in französischer Quarantäne befindlicher Arbeitnehmer zeitweilig seine Arbeitsleistung nicht erbringen kann, spielt im vorliegenden Zusammenhang keine Rolle.

139 S.o. Text zu Fn. 14 ff.

140 Seifert, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 40 Rn. 29 m.w.N. aus der EuGH-Rspr.

schen Exekutivorgans und/oder des deutschen Gesetzgebers beruht. Auch wenn diese begrenzte Übernahme auf Billigkeitserwägungen beruht, nicht auf rechtlicher Verpflichtung, muss sie die unionsrechtlichen Vorgaben und insbesondere das Diskriminierungsverbot einhalten.

Bedeutet also die nationale Engführung der Billigkeitsentschädigung eine mit Art. 45 AEUV unvereinbare Diskriminierung? Dann könnte sich aus dieser Vertragsbestimmung ein Anspruch der Diskriminierungsopfer auf gleichberechtigte Teilhabe, d.h. aber auf Zuerkennung des Entschädigungsanspruchs ergeben,¹⁴¹ und es wäre weiter zu prüfen, ob die deutschen Behörden und Gerichte in der Lage wären, den Anspruch personell im unionsrechtlich gebotenen Umfang zu erweitern, oder ob dies der Gesetzgeber tun müsste.

(2) Anknüpfung an die Behördenzuständigkeit

Wie bereits bei der Diskussion der Fälle 1 – 3 dargelegt, unterscheidet § 56 Abs. 1 IfSG weder nach der Staatsangehörigkeit noch dem Wohnort des Anspruchsstellers, sondern allein danach, ob die Entscheidungen, auf denen sein Verdienstausfall beruht, Deutschland oder einem EU-Nachbarstaat zurechenbar sind. Darin liegt offensichtlich keine direkte, möglicherweise aber eine indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit. Denn zwar verwendet das IfSG (anders als in klassischen Konstellationen indirekter Diskriminierungen) nicht den Wohnsitz selbst als Anknüpfungspunkt für die Unterscheidung, aber die behördliche Zuständigkeit für die Quarantäne-Verhängung knüpft ihrerseits typischerweise an den Wohnsitz des Arbeitnehmers an: Arbeitnehmer mit Wohnsitz in Deutschland werden in den allermeisten Fällen von einer deutschen Stelle aufgrund des IfSG mit Entschädigungsanspruch gem. § 56 Abs. 1 IfSG in Quarantäne geschickt, Arbeitnehmer mit Wohnsitz im EU-Ausland hingegen von einer EU-ausländischen Stelle auf einer EU-ausländischen Rechtsgrundlage ohne Entschädigungsanspruch gem. § 56 Abs. 1 IfSG.

Da die Arbeitnehmer mit Wohnsitz in Deutschland zumeist deutsche, die Arbeitnehmer mit Wohnsitz im EU-Nachbarstaat zumeist EU-ausländische Staatsangehörige sind, läuft die Anknüpfung an die Behördenzuständigkeit nicht anders als die Anknüpfung an den Wohnsitz selbst in den meisten Fällen auf eine Einbeziehung deutscher in und einen Ausschluss EU-ausländischer Staatsangehöriger aus der Entschädigungsregelung hinaus. Dies stellt auf den ersten Blick eine indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und damit einen rechtfertigungsbedürftigen Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit dar.

(3) Unterschiedliche Situation der beiden Vergleichsgruppen

Gegen eine Diskriminierung spricht jedoch entscheidend, dass sich die beiden Vergleichsgruppen von Arbeitnehmern in den Fällen 4 und 5 im hier maßgeblichen Aspekt in einer unterschiedlichen Situation befinden. Denn sie sind in Bezug auf die Schadensursache – die Quarantäne-Verhängung – dem Zugriff verschiedener nationaler

141 Vgl. Ehlers, in: ders. (Hrsg.), § 7 Rn. 37. Man könnte einen solchen Teilhabeanspruch dann auch auf Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011 stützen.

Hoheitsträger ausgesetzt.¹⁴² Es erscheint als sachlich berechtigt und legitim, diese Hoheitsträger jeweils gesondert für die finanziellen Folgen ihres Zugriffs einstehen zu lassen, zumal keine völker- oder europarechtliche Pflicht besteht, überhaupt einen Entschädigungsanspruch einzuführen.

Gegen die Annahme einer indirekten Diskriminierung in den Fällen 4 und 5 spricht auch eine Erwägung aus dem Kontext des Steuerrechts, die auf den hier einschlägigen Bereich des Sozialrechts übertragen werden kann, weil für beide Politikbereiche im Schwerpunkt die Mitgliedstaaten zuständig geblieben sind und von Seiten der EU nur eine Teilharmonisierung stattgefunden hat. Nach Art. 65 Abs. 1 Buchst. a AEUV betrifft die in Art. 63 AEUV garantierte Freiheit des Kapitalverkehrs zwischen den Mitgliedstaaten sowie zwischen diesen und Drittstaaten nicht das Recht der Mitgliedstaaten, Steuerpflichtige u.a. nach Maßgabe ihres unterschiedlichen Wohnorts unterschiedlich zu behandeln, insbesondere also Steuerinländer gegenüber Steuerausländern zu privilegieren. Nach Art. 65 Abs. 3 AEUV und der Rechtsprechung des EuGH gilt dies zwar nur dann, wenn sich die besser gestellten Steuerinländer und die schlechter gestellten Steuerausländer in einer objektiv nicht vergleichbaren Position befinden oder wenn die in der Privilegierung liegende indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit sachlich gerechtfertigt ist.¹⁴³ Im vorliegenden Fall sind die von § 56 Abs. 1 IfSG begünstigten Adressaten einer deutschen Quarantäne-Anordnung objektiv nicht in derselben Situation wie die nicht anspruchsberechtigten Adressaten einer französischen, weil eben zwei unterschiedliche Hoheitsträger in ihre Rechte eingreifen.

(4) Begrenzte Schutzwirkung des Art. 45 AEUV im nicht harmonisierten Sozialrecht

Die Annahme einer indirekten Diskriminierung würde im vorliegenden Zusammenhang auch bedeuten, dass Art. 45 AEUV den deutschen Staat grundsätzlich – vorbehaltlich ausreichender Rechtfertigungsgründe – dazu verpflichtet, den Entschädigungsanspruch des Arbeitnehmers aus § 56 Abs. 1 IfSG auf Fälle zu erstrecken, in denen die Auferlegung der Quarantäne, die die Arbeitsleistung unmöglich macht und den Lohnanspruch entfallen lässt, durch eine zuständige EU-ausländische Stelle erfolgt ist. Der deutsche Gesetzgeber wäre gehalten, mit Entschädigungsansprüchen einzuspringen, um Lücken zu schließen, die das EU-ausländische Infektionsschutzrecht möglicherweise bei der sozialen Absicherung betroffener Arbeitnehmer lässt.¹⁴⁴ So weit reicht die Schutzwirkung des Art. 45 AEUV aber nicht in einen Bereich hinein, der durch Unionsrecht gerade nicht koordiniert oder gar harmonisiert

142 Siehe bereits oben Text bei Fn. 134.

143 Pache, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 10 Rn. 234 m.w.N.; Gramlich, in: Pechstein u.a. (Hrsg.), Band II, Art. 65 AEUV Rn. 17 ff.

144 Nur unter der Voraussetzung, dass das EU-ausländische Recht keinen Entschädigungsanspruch kennt, erleidet der Arbeitnehmer in den Fällen 4 und 5 infolge der Quarantäne-Verhängung einen Verdienstausfall i.S.v. § 56 Abs. 1 IfSG. Denn nach dem sozialen Absicherungszweck der Vorschrift liegt ein solcher Verdienstausfall auch dann nicht vor, wenn zwar das Arbeitsentgelt entfällt, aber ein Entschädigungsanspruch gegen den EU-Nachbarstaat an seine Stelle tritt.

ist, wie dies für die aus Billigkeitsgründen gewährten Entschädigungsansprüche des nationalen Infektionsschutzrechts gilt.

(5) Gleichstellung ausländischer und inländischer gesetzlicher Pflichten (EuGH-Fall Ugliola)

Allerdings hat der EuGH in einer frühen Entscheidung einen Beschäftigungsstaat aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes für verpflichtet gehalten, Wanderarbeiter aus anderen Mitgliedstaaten in Bezug auf Verpflichtungen, die ihnen der Gesetzgeber ihres Heimatstaates auferlegt, ebenso zu behandeln wie einheimische Arbeitnehmer, denen entsprechende Verpflichtungen von dem Gesetzgeber des Beschäftigungsstaats auferlegt werden. Konkret hat nach diesem Urteil „ein Wanderarbeiter, der Staatsangehöriger eines Mitgliedstaats ist und seine Tätigkeit in einem Unternehmen eines anderen Mitgliedstaats zur Erfüllung der Wehrpflicht gegenüber seinem Heimatland hat unterbrechen müssen, Anspruch auf Anrechnung der Wehrdienstzeit auf die Betriebszugehörigkeit, soweit im Beschäftigungsland zurückgelegte Wehrdienstzeiten den einheimischen Arbeitnehmern gleichfalls angerechnet werden.“¹⁴⁵

Aus diesem Urteil kann man zwar ableiten, dass Deutschland die EU-ausländische Quarantäne-Pflicht der deutschen insoweit gleichstellen muss, als sie den Arbeitnehmer an der Erbringung seiner Arbeitsleistung hindert. Daraus folgt aber nicht notwendigerweise, dass die EU-ausländische der deutschen Quarantäne-Pflicht auch in Bezug auf vom deutschen Gesetzgeber freiwillig gewährte Entschädigungsleistungen gleichgestellt werden muss.

(6) Territoriale Beschränkung der deutschen Sozialordnung (EuGH-Fall Erzberger)

Gegen eine Ausdehnung des deutschen Entschädigungsanspruchs auf EU-ausländische Quarantäne-Anordnungen lässt sich auch die neuere Entscheidung des EuGH in der Rs. Erzberger anführen, nach der die deutsche Sozialordnung nicht auf das Territorium anderer Mitgliedstaaten erstreckt werden muss. Der Gerichtshof hat im *Erzberger-Fall* betont: „Das Primärrecht der Union kann einem Arbeitnehmer [...] nicht garantieren, dass ein Umzug in einen anderen Mitgliedstaat als seinen Herkunftsmitgliedstaat in sozialer Hinsicht neutral ist, da ein solcher Umzug aufgrund der Unterschiede, die zwischen den Systemen und den Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten bestehen, für die betreffende Person je nach Einzelfall Vorteile oder Nachteile in diesem Bereich haben kann [...]. Daher verschafft [...] Art. 45 AEUV einem solchen Arbeitnehmer nicht das Recht, sich im Aufnahmemitgliedstaat auf die Arbeitsbedingungen zu berufen, die ihm im Herkunftsmitgliedstaat nach den dortigen nationalen Rechtsvorschriften zustanden. Insoweit ist hinzuzufügen, dass es den Mitgliedstaaten mangels Harmonisierungs- oder Koordinierungsmaßnahmen auf Unionsebene in dem betreffenden Bereich grundsätzlich unbenommen bleibt, die Anknüpfungskriterien des Anwendungsbereichs ihrer Rechtsvorschriften zu bestimmen, sofern diese Kriterien objektiv und nicht diskriminierend sind.“¹⁴⁶

145 EuGH, Urt. v. 15.10.1969, Rs. 15/69 – *Ugliola*, Slg. 1969, 363.

146 EuGH, Urt. v. 18.7.2017, Rs. C-566/15 – *Erzberger*, ECLI:EU:C:2017:562, Rn. 34 ff.

Mit dieser Begründung verneinte der EuGH im *Erzberger*-Fall einen Eingriff in Art. 45 AEUV durch die deutsche Regelung zur Mitbestimmung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsräten großer Unternehmen, obwohl diese Regelung das aktive und passive Wahlrecht in Bezug auf den Aufsichtsrat der Muttergesellschaft eines Konzerns auf die bei inländischen Betrieben tätigen Arbeitnehmer beschränkt. Diese Beschränkung beruht auf dem „Territorialitätsprinzip“, wonach sich die deutsche Sozialordnung nicht auf das Hoheitsgebiet anderer Staaten erstrecken kann.¹⁴⁷ Wenn man berücksichtigt, dass die wahlberechtigten Arbeitnehmer überwiegend Deutsche und die bei EU-ausländischen Betrieben beschäftigten nicht wahlberechtigten Arbeitnehmer überwiegend EU-Ausländer sind, lag auch in diesem Fall eine indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit vor – ein Umstand, auf den der EuGH allerdings nicht ausdrücklich einging. Offenbar wollte der Gerichtshof nicht in das nationale Gesellschaftsrecht und kollektive Arbeitsrecht hineinregieren und den deutschen Gesetzgeber verpflichten, dieses – und insbesondere die politisch durchaus umstrittenen Regeln zur Unternehmensmitbestimmung – auf EU-ausländische Tochtergesellschaften auszuweiten.¹⁴⁸ Im Ergebnis sah er in der Beschränkung des Wahlrechts „nur die Folge der legitimen Entscheidung der Bundesrepublik Deutschland, die Anwendung ihrer nationalen Vorschriften im Bereich der Mitbestimmung auf die bei einem inländischen Betrieb tätigen Arbeitnehmer zu beschränken.“¹⁴⁹

(7) Beschränkung der finanziellen Solidarität als bloß theoretische Beschränkung der grenzüberschreitenden Arbeitnehmerfreizügigkeit

Die Beschränkung des Entschädigungsanspruchs aus § 56 Abs. 1 IfSG auf Fälle, in denen die Schadensursache in Entscheidungen des deutschen Gesetzgebers und darauf aufbauenden Entscheidungen deutscher Stellen liegt, erscheint als nicht weniger legitim. Seine Erstreckung kraft unionsrechtlichen Gebots auf Grenzgängerfälle, die nur durch den Arbeitsort (Fall 4) oder den Wohnort (Fall 5) des Arbeitnehmers einen Bezug zu Deutschland haben, gerade nicht jedoch in Bezug auf die eigentliche Schadensursache, die der EU-Nachbarstaat mit seiner Quarantäne-Verhängung gesetzt hat, erschiene als unangemessene Überforderung der finanziellen Solidarität der deutschen Gesellschaft. Denn die Mitgliedstaaten schulden einander unionsrechtlich in Bezug auf ihre Bürgerinnen und Bürgern nicht mehr als „eine gewisse finanzielle Solidarität“.¹⁵⁰ Der EuGH hat insoweit sogar direkte Diskriminierungen aus Gründen der Staatsangehörigkeit zugelassen: So dürfen die Mitgliedstaaten etwa solche EU-Ausländer ohne Arbeitnehmerstatus von sozialen Vergünstigungen ausschließen, die angesichts der kurzen Dauer ihres Aufenthalts nicht genügend in deren Gesellschaft integriert sind.¹⁵¹

147 Ebd., Rn. 14.

148 Vgl. ebd., Rn. 38.

149 Ebd., Rn. 40.

150 Vgl. EuGH, Urt. v. 15.3.2005, Rs. C-209/03 – *Bidar*, Slg. 2003, I-2119, Rn. 56.

151 Ebd., Rn. 57. EuGH, Urt. v. 11.11.2014, Rs. C-333/13 – *Dano*, ECLI:EU:C:2014:2358.

Gegen die Annahme eines Eingriffs in die Grundfreiheit des Art. 45 AEUV spricht nicht zuletzt folgende Kontrollerwägung: Behindert es mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit und nicht nur rein theoretisch oder hypothetisch die grenzüberschreitende Arbeitnehmerfreizügigkeit im grenznachbarlichen Verhältnis, dass Deutschland den Entschädigungsanspruchs gem. § 56 Abs. 1 IfSG solchen Arbeitnehmern nicht gewährt, die von einer EU-ausländischen Quarantäne-Anordnung betroffen sind und nach EU-ausländischem Recht keine Entschädigung erhalten?¹⁵² Weder die Grenzgänger nach Deutschland im Fall 4 noch die Grenzgänger aus Deutschland im Fall 5 werden diesen Umstand angesichts der Seltenheit von Quarantäne-Maßnahmen außerhalb von ihrerseits höchst außergewöhnlichen Pandemiesituationen konkret (und nicht nur theoretisch oder hypothetisch) zu einem Faktor bei ihrer Entscheidung machen, ob sie sich für einen Arbeitsplatz in Deutschland oder im EU-Nachbarstaat entscheiden. Die Engführung des § 56 Abs. 1 IfSG beschränkt den Zugang zum Arbeitsmarkt des anderen Mitgliedstaats demnach nur theoretisch und stellt deshalb keinen Eingriff in die Arbeitnehmerfreizügigkeit dar.¹⁵³

cc) Hilfsweise: Rechtfertigung bei Annahme eines Eingriffs

Wenn man – im Gegensatz zu der hier vertretenen Auffassung – davon ausgeht, dass die Nichtübernahme des Lohnrisikos in Bezug auf EU-ausländische Quarantäne-Maßnahmen durch § 56 Abs. 1 IfSG als indirekte Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit in die Arbeitnehmerfreizügigkeit eingreift, so bleibt zu prüfen, ob es für diese Engführung einen legitimen Rechtfertigungsgrund gibt. Das bloße finanzielle Interesse eines Mitgliedstaats, der sich Aufwendungen ersparen will, genügt nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH keinesfalls als Rechtfertigung indirekter Diskriminierungen¹⁵⁴ – anders als eine erhebliche Gefährdung des finanziellen Gleichgewichts seines Systems der sozialen Sicherheit insgesamt.¹⁵⁵ Doch führt eine Erstreckung der Entschädigungslast gemäß § 56 Abs. 1 IfSG auf von EU-ausländischen Stellen verhängte Quarantäne-Maßnahmen nicht zu finanziellen Belastungen einer Größenordnung, die das deutsche soziale Sicherungssystem insgesamt gefährden würde.

Ein legitimer Rechtfertigungsgrund liegt jedoch darin, dass die Verursachung des Schadens, dessen Ausgleich § 56 Abs. 1 IfSG dient, in den Fällen 4 und 5 allein dem EU-Nachbarstaat zurechenbar ist. Dieser hat dem Arbeitnehmer die Quarantäne in Ausübung seiner alleinigen souveränen Verantwortung im Sinne von Art. 4 Abs. 2

152 Vgl. Rixen, in: Schlachter/Heinig (Hrsg.), § 34 Rn. 25 (Ziff. 3). Vgl. auch EuGH, Urt. v. 27.1.2000, Rs. C-190/98 – *Graf*, Slg. 2000, I-493 Rn. 23 ff.: Beschränkender Einfluss einer staatlichen Regelung auf Zugang zum Arbeitsmarkt zu ungewiss und indirekt, um Freizügigkeit der Arbeitnehmer zu beeinträchtigen.

153 Vgl. Pache, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 10 Rn. 115 ff.; Ehlers, in: ders. (Hrsg.), § 7 Rn. 105. Für eine „Wesentlichkeitsschwelle“ als Voraussetzung für einen Eingriff auch Kocher, in: Pechstein u.a. (Hrsg.), Band II, Art. 45 AEUV Rn. 134.

154 EuGH, Urt. v. 17.3.2005, Rs. C-109/04 – *Kranemann*, Slg. 2005, I-2421 Rn. 31 ff.

155 Brechmann, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 45 AEUV Rn. 47 mit Nachw. aus der EuGH-Rspr.

Satz 2 EUV für den Schutz der Gesundheit seiner Wohnbevölkerung – einer grundlegenden Staatsfunktion – auferlegt; eventuelle Schutzwirkungen für die Wohnbevölkerung der Nachbarstaaten stellen bloße Nebeneffekte dar. Dementsprechend fällt es in die alleinige Zuständigkeit des EU-Nachbarstaats, ggf. die finanziellen Folgen seiner Infektionsschutzmaßnahmen zu tragen: Ohne dass entsprechende völker- oder europarechtliche Verpflichtungen bestehen,¹⁵⁶ kann er in seinem nationalen Recht einen Entschädigungsanspruch vorsehen oder auch nicht. Dass Deutschland einen solchen Anspruch eingeführt hat, verpflichtet den EU-Nachbarstaat nicht, es ihm gleichzutun. Ob und wie finanzielle Nachteile, die eine Quarantäne-Verhängung verursacht, aufgefangen werden, ist eine souveräne Entscheidung, die von anderen Mitgliedstaaten hinzunehmen ist und nicht unterlaufen werden darf.

Würde das EU-Recht Deutschland hier zwingen, mit seinem Entschädigungsanspruch zu intervenieren,träten unwillkommene extraterritoriale Folgen ein, weil einige Adressaten EU-ausländischer Quarantäne-Maßnahmen dann aus dem Ausland Entschädigung erhielten, andere nicht. Dritte wiederum bekämen möglicherweise Entschädigungen sowohl nach EU-ausländischem als auch nach deutschem Recht, weil die nationalen Anspruchsgrundlagen nicht aufeinander abgestimmt sind. Das liefe auf eine Einmischung Deutschlands in die entschädigungspolitische Alleinzu-ständigkeit des EU-Nachbarstaats durch den Export deutscher Ansprüche hinaus. Diese Erwägungen können als zwingende Gründe des Allgemeininteresses im Sinne der EuGH-Rechtsprechung eingestuft werden, die den Ausschluss der Arbeitnehmer in den Fällen 4 und 5 aus der Entschädigungsregelung in § 56 Abs. 1 IfSG rechtfertigen.

b) Unionsgrundrechte

Die Unionsgrundrechte binden die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Unionsrechts.¹⁵⁷ Nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH führen die Mitgliedstaaten Unionsrecht auch dann durch, wenn sie von der Möglichkeit Gebrauch machen, Grundfreiheiten aus überwiegenden Gründen des Gemeinwohls zu beschränken; auch dann handeln sie im Anwendungsbereich des Unionsrechts.¹⁵⁸ Dies trifft in den Fällen 4 und 5 jedenfalls insoweit zu, als die grenzüberschreitende Arbeitsleistung durch Anordnung der Quarantäne im Interesse des Schutzes der öffentlichen Gesundheit im Einklang mit Art. 45 Abs. 3 AEUV verhindert wird.

Aus den Unionsgrundrechten folgen hier jedoch keine weitergehenden Verpflichtungen als aus Art. 45 AEUV, was die Erstreckung des § 56 Abs. 1 IfSG auf von EU-ausländischen Quarantäne-Maßnahmen betroffene Arbeitnehmer angeht. Für das unionsbürgerliche Grundrecht in Art. 15 Abs. 2 GRCh, das direkte Pendant zu Art. 45 AEUV, ergibt sich dies schon aus Art. 52 Abs. 2 GRCh. Das in Art. 15

156 S.o. Text zu Fn. 55 ff.

157 Art. 51 Abs. 1 GRCh.

158 EuGH, Urt. v. 18.6.1991, Rs. C-260/89 – *ERT*, Slg. 1991, I-2925 Rn. 42 ff. Diese noch aus der Zeit vor der Kodifikation der Unionsgrundrechte in der GRCh stammende Rspr. wird in der Literatur zwar teilweise kritisiert, doch hat der EuGH an ihr bis in die jüngste Zeit festgehalten (näher *Streinz/Michl*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 51 GRCh Rn. 18 f.).

Abs. 1 GRCh verankerte allgemeine Jedeperson-Recht zu arbeiten geht nicht weiter als das Unionsbürgerrecht aus Art. 45 AEUV. Art. 34 GRCh wiederum stellt die Gewährleistungen aller seiner drei Absätze unter die Maßgaben des Unionsrechts und verweist damit auf Art. 45 AEUV zurück.

E. Ergebnis: Unionsrechtskonformität des § 56 Abs. 1 IfSG – Aber Möglichkeit der freiwilligen Koordinierung der Mitgliedstaaten

Weder EU-Sekundärrecht noch EU-Primärrecht verpflichten den deutschen Staat nach alledem dazu, den Entschädigungsanspruch aus § 56 Abs. 1 IfSG auf Fälle zu erstrecken, in denen die Auferlegung der Quarantäne, welche die grenzüberschreitende Arbeitsleistung unmöglich macht und zu einem Verdienstausfall des Arbeitnehmers führt, durch die zuständigen EU-ausländischen Stellen auf der Grundlage EU-ausländischen Rechts erfolgt ist. Die dem entsprechende Engführung des § 56 Abs. 1 IfSG ist damit unionsrechtskonform. Es liegt keine Unionsrechtsverletzung vor, über deren Reparatur durch Gesetzgeber oder Gerichte weiter nachzudenken wäre. Die Prüfung, ob das EU-ausländische Recht in den vorgenannten Fällen einen vergleichbaren Entschädigungsanspruch kennt, liegt außerhalb der Grenzen dieses Beitrags.

Den EU-Mitgliedstaaten bleibt es unbenommen, ihre Praxis bei der Entschädigung der Adressaten von Quarantäne-Maßnahmen freiwillig aufeinander abzustimmen, um einer Ungleichverteilung des Lohnrisikos in grenzüberschreitenden Fällen und insbesondere im grenznachbarlichen Kontext über das unionsrechtlich Gebotene hinaus entgegenzuwirken. Sie können auch mit Hilfe der Kommission durch die offene Methode der Koordinierung eine *Best Practice* in Bezug auf die soziale Absicherung der Adressaten von Quarantäne-Maßnahmen ermitteln und diese zur EU-weiten Nachahmung empfehlen. Art. 156 Abs. 2 AEUV bietet dafür eine vertragliche Grundlage, denn ein angemessener sozialer Schutz gehört nach Art. 151 AEUV zu den Zielen der gemeinsamen Sozialpolitik.¹⁵⁹

Eine solche freiwillige Koordinierung kann zunächst im bilateralen Verhältnis einzelner Mitgliedstaaten, z.B. zwischen Deutschland und Frankreich, auf Gegenseitigkeitsbasis erfolgen. Allerdings sind die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich der Verträge (also auch in Bezug auf die grenzüberschreitende Wirtschaftstätigkeit im Binnenmarkt wie hier) unionsrechtlich auf einen allgemeinen Gleichheitsgrundsatz verpflichtet, auf dem auch das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit beruht. Diesen Grundsatz hat der EuGH dahingehend konkretisiert, „dass gleiche Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden [dürfen], sofern eine solche Behandlung nicht objektiv

159 Siehe zu Art. 156 AEUV bereits oben Text nach Fn. 105.

gerechtfertigt ist“.¹⁶⁰ Daraus folgt u.a., dass die Mitgliedstaaten erstens einander und zweitens die Staatsangehörigen aller Mitgliedstaaten untereinander gleichzubehandeln haben, wenn es keinen hinreichenden Grund für eine Differenzierung gibt. Dieses Gebot kann man einer Zusammenschau von Art. 2, 4 Abs. 2 Satz 1, Art. 9 Satz 1 EUV, Art. 20 und Art. 21 Abs. 2 GRCh sowie Art. 326 Abs. 2 Satz 2 AEUV entnehmen.

Deshalb darf ein Mitgliedstaat M1 den Mitgliedstaat M2 oder dessen Staatsangehörige nicht ohne hinreichenden sachlichen Grund besser oder schlechter behandeln als den Mitgliedstaat M3 oder dessen Staatsangehörige. Folglich müssen auch die Ergebnisse einer freiwilligen bilateralen Koordinierung, die z.B. zu Verbesserungen für Grenzgänger im Verhältnis Deutschland-Frankreich in Bezug auf Entschädigungen für Quarantäne-Maßnahmen führt, auf die anderen Mitgliedstaaten und deren Angehörige erstreckt werden, soweit diese sich in der gleichen Lage befinden. Ein sachlicher Grund dafür, eine solche Erstreckung abzulehnen, kann indessen das Reziprozitätsinteresse sein. Danach darf ein Mitgliedstaat die Erstreckung von über die unionsrechtlichen Verpflichtungen hinausgehenden Vorteilen auf einen anderen Mitgliedstaat und dessen Staatsangehörige davon abhängig machen, dass dieser dem erstgenannten Mitgliedstaat und seinen Staatsangehörigen entsprechende Vorteile gewährt.¹⁶¹ Die Kommission sollte über solche bilateralen Koordinierungen auf dem Laufenden gehalten werden, um deren Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht durchgängig zu gewährleisten.

Bibliographie

- AXER, PETER, § 3 *Sozialrechtsspezifische Grundrechte*, in: Schlachter, Monika; Heinig, Hans Michael (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 7, Baden-Baden, 2016
- BRECHMANN, WINFRIED, Art. 45 AEUV, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage, München, 2016
- EHLERS, DIRK, § 7 *Allgemeine Lehren der Grundfreiheiten*, in: ders. (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Auflage, Berlin, 2014
- EHLERS, DIRK, § 11 *Verhältnis des Unionsrechts zu dem Recht der Mitgliedstaaten*, in: Schulze, Reiner; Janssen, André; Kadelbach, Stefan (Hrsg.), *Europarecht*, 4. Auflage, Baden-Baden, 2020

¹⁶⁰ EuGH, Urt. v. 4.6.2015, Rs. C-579/13 – P, S, ECLI:EU:C:2015:369, Rn. 41. Siehe bereits EuGH, Urt. v. 19.10.1977, verb. Rs. 117/76 und 16/77 – *Ruckdeschel*, Slg. 1977, 1753 Rn. 7; Urt. v. 16.10.1980, Rs. 147/79 – *Hochstrass*, Slg. 1980, 3005 Rn. 7. Vgl. *Haag*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 9 EUV Rn. 5; *Magiera*, in: *Streinz* (Hrsg.), Art. 9 EUV Rn. 6.

¹⁶¹ Im Hinblick darauf erlaubt es das Unionsrecht einem Mitgliedstaat etwa, die steuerlichen Vorteile, die sich aus einem bilateralen DBA mit einem anderen Mitgliedstaat ergeben, den Staatsangehörigen des letzteren vorzubehalten, und verpflichtet ihn nicht, diese ohne weiteres auf die Staatsangehörigen aller anderen Mitgliedstaaten zu erstrecken (EuGH, Urt. v. 5.7.2005, Rs. C-376/03 – D., Slg. 2005, I-5821 Rn. 61; Urt. v. 20.5.2008, Rs. C-194/06 – Organe Europe Smallcap Fund NV, Slg. 2008, I-3747 Rn. 50 f.; *Wernsmann*, in: Schulze/Janssen/Kadelbach (Hrsg.), § 31 Rn. 94).

- FRANZIUS, CLAUDIO, *Art. 4 EUV*, in: Pechstein, Matthias; Nowak, Carsten; Häde, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band I, Tübingen, 2017
- FUCHS, MAXIMILIAN, *Art. 3 VO (EG) Nr. 883/2004*, in: Fuchs, Maximilian (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Auflage, Baden-Baden, 2018
- FUCHS, MAXIMILIAN; KAHIL-WOLFF, BETTINA, *Art. 4 VO (EG) Nr. 883/2004*, in: Fuchs, Maximilian (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Auflage, Baden-Baden, 2018
- FUHLROTT, MICHAEL; FISCHER, KATHARINA, *Corona: Virale Anpassungen des Arbeitsrechts*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jahrgang 37, 2020, Heft 6, S. 345–349
- GEULEN, FELIX; SOTHMANN, JANNIS, *Entschädigungen nach dem Infektionsschutzgesetz – Quarantäne, Kita- und Schulschließung in der Corona-Krise*, Arbeitsrecht (ArbR) Aktuell, Jahrgang 12, 2020, Heft 9, S. 217–219
- GRAMLICH, LUDWIG, *Art. 65 AEUV*, in: Pechstein, Matthias; Nowak, Carsten; Häde, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band II, Tübingen, 2017
- HAAG, MARCEL, *Art. 9 EUV*, in: von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, Band 1, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- HÄDE, ULRICH, *Art. 2 AEUV*, in: Pechstein, Matthias; Nowak, Carsten; Häde, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band II, Tübingen, 2017
- HENSSLER, MARTIN, § 616 BGB, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 5/1, 8. Auflage, München, 2020
- HOHENSTATT, KLAUS-STEFAN; KROIS, CHRISTOPHER, *Lohnrisiko und Entgeltfortzahlung während der Corona-Pandemie*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jahrgang 37, 2020, Heft 7, S. 413–418
- KIEßLING, ANDREA, § 2 IfSG, in: Kießling, Andrea (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz: IfSG, München, 2020
- KINGREEN, THORSTEN, *Art. 34 GRCh*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Auflage, München, 2016
- KOCHER, EVA, *Art. 45 AEUV*, in: Pechstein, Matthias; Nowak, Carsten; Häde, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band II, Tübingen, 2017
- KOCHER, EVA, *Art. 156 AEUV*, in: Pechstein, Matthias u.a. (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band III, Tübingen, 2017
- KREBBER, SEBASTIAN, § 2 *Das Binnenmarktrecht der Arbeitnehmerfreizüglichkeit*, in: Müller-Graff, Peter-Christian (Hrsg.), Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 4, Baden-Baden, 2015

- KREBBER, SEBASTIAN, § 2 *Arbeitsrechtsspezifische Grundrechte*, in: Schlachter, Monika; Heinig, Hans Michael (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 7, Baden-Baden, 2016
- KÜMPER, BOAS, § 56 IfSG, in: Kießling, Andrea (Hrsg.), Infektionsschutzgesetz: IfSG, München, 2020
- LÜBBIG, THOMAS, *Art. 168 AEUV*, in: Pechstein, Matthias; Nowak, Carsten; Häde, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band III, Tübingen, 2017
- MAGIERA, SIEGFRIED, *Art. 9 EUV*, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, München, 2018
- MÜLLER, STEFAN; BECKER, MARC, *Pandemiebedingte Leistungshindernisse in der Arbeitsrechtspraxis*, COVID-19 und Recht (COVuR), 1. Jahrgang, 2020, Heft 3, S. 126–129
- PACHE, ECKHARD, § 10 *Grundfreiheiten*, in: Schulze, Reiner; Janssen, André; Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht, 4. Auflage, Baden-Baden, 2020
- PREIS, ULRICH; MAZUREK, DANIEL; SCHMID, MATTHIAS, *Rechtsfragen der Entgeltfortzahlung in der Pandemie*, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA), Jahrgang 37, 2020, Heft 17, S. 1137–1143
- RINZE, JENS; SCHWAB, ROUVEN, *Dulde und liquidiere – Staatshaftungsansprüche in Coronazeiten*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 73. Jahrgang, 2020, Heft 27, S. 1905–1910
- RIXEN, STEPHAN, § 34 *Gleichbehandlung nach Art. 7 Abs. 2 VO (EU) Nr. 492/2011*, in: Schlachter, Monika; Heinig, Hans Michael (Hrsg.), Europäisches Arbeits- und Sozialrecht, Enzyklopädie Europarecht, Band 7, Baden-Baden, 2016
- SEIFERT, ACHIM, § 40 *Arbeitsrecht*, in: Schulze, Reiner; Janssen, André; Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht, 4. Auflage, Baden-Baden, 2020
- SPIEGEL, BERNARD, *Art. 2 VO (EG) Nr. 883/2004*, in: Fuchs, Maximilian (Hrsg.), Europäisches Sozialrecht, 7. Auflage, Baden-Baden, 2018
- STEINMEYER, HEINZ-DIETRICH, § 41 *Sozialrecht*, in: Schulze, Reiner; Janssen, André; Kadelbach, Stefan (Hrsg.), Europarecht, 4. Auflage, Baden-Baden, 2020
- STÖß, JAN; PUTZER, MAX, *Entschädigung von Verdienstausfall während der Corona-Pandemie*, Neue Juristische Wochenschrift (NJW), 73. Jahrgang, 2020, Heft 21, S. 1465–1470
- STREINZ, RUDOLF; MICHL, WALTHER, *Art. 51 GRCh*, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Auflage, München, 2018
- TERHECHTE, JÖRG PHILIPP, *Art. 114 AEUV*, in: Pechstein, Matthias; Nowak, Carsten; Häde, Ulrich (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band III, Tübingen, 2017

