

Arbeitspapier 4

Annahmeverzug und Betriebsrisiko des AG

Examensrelevanz:

Anspruch des AN gegen AG auf Entgelt trotz Nichtleistung wegen rechtswidriger Ablehnung des Arbeitsangebotes (z. Bsp. rechtswidrige Aussperrung, rechtswidrige Einführung von Kurzarbeit, Nichtannahme der Arbeit nach ausgesprochener Kündigung).

Beachte: Fragen im Zusammenhang mit dem sog. Betriebsrisiko sind in § 615 Satz 3 BGB geregelt!

A. Der Vergütungsanspruch beim Annahmeverzug des AG

I. Regelungsinhalt des § 615 Satz 1 BGB

Vorschrift modifiziert die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB) dahin, dass der Vergütungsanspruch unter Verzicht auf eine Nachleistung aufrechterhalten wird (soweit die Leistungspflicht nicht bereits gemäß § 275 Abs. 1 BGB erloschen ist). Anspruchsgrundlage ist deshalb nicht § 615 Satz 1 BGB, sondern der Arbeitsvertrag, wobei § 615 Satz 1 BGB einen Untergang des Vergütungsanspruches nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB verhindert (so BAG 24.6.2015 NZA 2016, 108 Rn. 20: „§ 615 S. 1 BGB begründet keinen eigenständigen Anspruch, sondern erhält den Vergütungsanspruch aus § 611 I BGB trotz Nichtleistung der Arbeit aufrecht“). Zum Teil wird auch vertreten, dass § 615 Satz 1 BGB als Anspruchsgrundlage zu qualifizieren ist. Nach dieser Ansicht erlischt der Vergütungsanspruch aus dem Arbeitsvertrag gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB. An dessen Stelle tritt (ersatzweise) ein Anspruch auf Zahlung der vertraglich geschuldeten Vergütung aus § 615 BGB.

§ 615 Satz 1 BGB ist *lex specialis* gegenüber § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB (umstr.; näher zum Verhältnis Verzug/Unmöglichkeit unter II.).

II. Voraussetzungen des Annahmeverzugs, §§ 293 ff. BGB

Beachte: Es gilt das allgemeine Schuldrecht; hingewiesen wird im Folgenden nur auf arbeitsrechtliche Besonderheiten.

1. Erbringbarkeit der Leistung

Verzug setzt voraus, dass die Leistung noch erbracht werden kann, daher besteht im Grundsatz Alternativität von Unmöglichkeit und Annahmeverzug.

Bei Annahme des Charakters der Arbeitsleistung als absoluter Fixschuld wird die Leistung bei Annahmeverzögerung meist unmöglich, so dass für § 615 BGB an sich kein Raum verbleibt; hieraus folgen verschiedene Lösungswege:

- Rspr. nimmt Unmöglichkeit an, wenn AN entgegen Arbeitgeberwillen nicht beschäftigt werden kann (Anspruchsgrundlage für Entgeltzahlung ist Arbeitsvertrag i. V. mit § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB); dagegen soll bei Annahmewilligkeit Annahmeverzug vorliegen (Anspruchsgrundlage ist dann Arbeitsvertrag i. V. mit § 615 BGB).
- Teil der Lit. schließt Unmöglichkeit mit der Begründung aus, dass Arbeitspflicht durch

die Leistungsbefreiung des § 615 Satz 1 BGB und nicht nach § 275 Abs. 1 BGB untergeht (Anspruchsgrundlage ist Arbeitsvertrag i. V. mit § 615 BGB).

- A. A. geht davon aus, dass § 615 BGB auch sog. Annahmehemmnisse umfasst, d. h., durch die Nichtannahme tritt nicht nur Leistungsverzögerung, sondern Leistungsunmöglichkeit ein – § 615 BGB wird dadurch zur vorrangigen Regelung gegenüber § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB (Anspruchsgrundlage ist auch hier Arbeitsvertrag i. V. mit § 615 BGB).

Zum Streitstand s. *Preis/Hamacher* Jura 1998, 11, 15 f.

Klausurhinweis: Nur wenn die jeweiligen Auffassungen im konkreten Fall aufgrund verschiedener Anspruchsgrundlagen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen, ist eine Diskussion des Streitstandes notwendig; andernfalls genügt die Prüfung einer Anspruchsgrundlage und der Verweis auf die anderen Ansichten.

Annahmeverzug des AG setzt zudem voraus, dass der AN zur Arbeitsleistung verpflichtet ist. Besteht bereits keine Pflicht zur Arbeitsleistung, ist der AG auch nicht verpflichtet, eine ihm angebotene Arbeitsleistung anzunehmen. Die Pflicht zur Arbeitsleistung kann erloschen sein, wenn der AG berechtigt war, das Arbeitsverhältnis zu suspendieren (relevant im Arbeitskampf bei Teilstreik oder nach Erklärung einer ordentlichen Kündigung).

2. Leistungsfähigkeit und -bereitschaft des AN (§ 297 BGB)

AN muss tatsächlich in der Lage gewesen sein, die geschuldete Arbeitsleistung zu bewirken (daran fehlt es bei Arbeitsunfähigkeit des AN), und zur Arbeitsleistung bereit gewesen sein.

Problem: zur Arbeitsbereitschaft bei Nichtleistung der wirksam zugewiesenen Arbeit aus Gewissensgründen s. *Konzen/Rupp* Gewissenskonflikt im Arbeitsverhältnis, 1984, S. 113 ff., 148 ff.; *Reuter* BB 1986, 385 ff.

3. Ordnungsgemäßes Leistungsangebot (§§ 294 ff. BGB)

a) Tatsächliches Angebot

Tatsächliches Leistungsangebot nach § 294 BGB liegt vor, wenn AN am Arbeitsplatz erscheint und zur Arbeitsaufnahme bereit ist.

b) Wörtliches Angebot (§ 295 BGB)

Wörtliches Angebot ist ausreichend bei vorheriger Erklärung der Nichtannahme von Arbeitsleistungen durch AG oder bei Notwendigkeit einer Mitwirkungshandlung des AG.

Problem: wörtliches Angebot und unwirksame Kündigung durch AG; im einzelnen umstr., s. unten c) sowie vertiefend *Preis/Hamacher* Jura 1998, 11, 17.

Erklärung des Angebots ist ausdrücklich oder konkludent möglich (Bsp.: Erhebung der Kündigungsschutzklage mit Zustellung beim AG).

c) Entbehrlichkeit des Angebots (§ 296 BGB)

Nach BAG ist in Fällen der unwirksamen Arbeitgeberkündigung ein wörtliches Angebot entbehrlich (Arg.: Arbeitsplatzbereitstellung ist kalendermäßig festgesetzte Mitwirkungshandlung des AG; Kritik: Initiative zur Erbringung der Arbeitsleistung obliegt dem AN).

4. Nichtannahme der angebotenen Leistung durch den AG (§ 293 BGB)

Voraussetzung der Nichtannahme ist u. a. gegeben, wenn AG erforderliche Mitwirkungshandlung unterlässt, dem AN eine nicht geschuldete Tätigkeit zuzuweisen (Ausnahme bei Unzumutbarkeit, § 242 BGB), oder die Arbeitsleistung zwar annehmen, aber nicht die Gegenleistung erbringen will (§ 298 BGB).

5. § 615 BGB und Weiterbeschäftigungsanspruch nach Kündigung

Zu unterscheiden sind folgende Fallgruppen:

- Bei Weiterbeschäftigung des AN gemäß § 102 Abs. 5 Satz 1 BetrVG besteht ein erfüllbares Beschäftigungsverhältnis i. S. des § 615 BGB, da das gekündigte Arbeitsverhältnis kraft Gesetzes auflösend bedingt (ex nunc i. S. von § 158 Abs. 2 BGB) fortbesteht, so dass dem AN ein Entgeltanspruch aus dem Arbeitsvertrag bzw. bei Verletzung der Beschäftigungspflicht durch den AG ein Entgeltanspruch aus dem Arbeitsvertrag i. V. mit § 615 BGB zusteht (MHdB ArbR/Tillmanns § 76 Rn. 19).
- Wird das bisherige Arbeitsverhältnis trotz Festhaltens des AG an der Kündigung einvernehmlich bis zur Entscheidung über die Kündigungsschutzklage fortgesetzt (auflösend bedingtes Arbeitsverhältnis, ex tunc i. S. von § 159 BGB), besteht bei rechtskräftiger Abweisung der Bestandsschutzklage ein Entgeltanspruch des AN nach den Grundsätzen über das fehlerhafte Arbeitsverhältnis. Ist dagegen die Klage des AN erfolgreich, ist der Arbeitsvertrag die richtige Anspruchsgrundlage.
- Besteht ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch des AN und verweigert der AG die Beschäftigung, so ist danach zu differenzieren, ob die Kündigung unwirksam oder wirksam ist. Im ersten Fall besteht ein Anspruch des AN auf Arbeitsentgelt aus dem Arbeitsvertrag i.V. mit § 615 BGB. Beim zweiten besteht kein Entgeltanspruch: der AN hätte den Beschäftigungsanspruch gerichtlich durchsetzen müssen.
- Beschäftigt der AG den AN im Hinblick auf die drohende Zwangsvollstreckung weiter, so besteht bei Unwirksamkeit der Kündigung ein Anspruch auf Entgelt aus dem Arbeitsvertrag; ist die Kündigung wirksam, bleibt dem AN nur ein Anspruch aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB.

B. Vergütungsanspruch und Betriebs-/Wirtschafts-/Arbeitskampfrisiko

I. Problem und Lösung nach der alten Rechtslage (vor SchuModG)

Fallkonstellation: Nichtannahme der Arbeitsleistung aufgrund von Störungen im betrieblichen Bereich oder externen Ursachen.

Rspr. lehnte früher Anwendung der §§ 323 ff. a. F., 615 BGB ab und entwickelte Betriebsrisikolehre, danach sollte der AG grundsätzlich das Beschäftigungsrisiko tragen; Ausnahmen waren Existenzgefährdung des Betriebes und Störungen aus Arbeitnehmersphäre (bei letzterem wurde später differenziert nach Betriebsrisiko des AG und Arbeitskampfrisiko des AN

unter dem Aspekt der Paritätsrelevanz).

Vertiefend zur Existenzgefährdung BAG 29.9.1972 AP BGB § 615 Betriebsrisiko Nr. 28; zum Arbeitskampfrisiko s. unten C. II. sowie *Preis/Hamacher* Jura 1998, 11, 18.

Nach a. A. war § 615 Satz 1 BGB heranzuziehen (Arg.: Verwendungsrisiko hat grundsätzlich der Gläubiger zu tragen).

Nach a. A. wurde eine Lösung über § 324 Abs. 1 BGB a. F. vorgeschlagen, da mit der Nichtannahme zugleich Unmöglichkeit eintritt und die Rechtsfolgen des § 615 Satz 1 BGB insoweit als nicht sachgerecht eingestuft wurden.

Zum Streitstand s. *Preis/Hamacher* Jura 1998, 11, 17 f.

Hinweis: Mit § 615 Satz 3 BGB n. F. ist der Streitstand formal obsolet geworden, allerdings können die dazu entwickelten Lösungen zur Auslegung genutzt werden.

II. Regelung des § 615 Satz 3 BGB

Im Verhältnis zu § 326 Abs. 2 Alt. 1 BGB, der gleichfalls ein Verantwortungsprinzip zugrunde legt, ist vom *lex specialis*-Charakter des § 615 Satz 3 BGB auszugehen (Auffassung, die bereits früher die Anwendung des § 615 Satz 1 BGB vertreten hatte, ist Gesetz geworden).

Beachte aber: Aufgrund des unterschiedlichen Wortlautes von § 326 Abs. 2 BGB („verantwortlich ist“) und § 615 Satz 3 BGB („Risiko trägt“) besteht die Möglichkeit, dass die ursprüngliche Differenzierung zum Teil aufrechterhalten wird. Verfolgen Sie die weitere wissenschaftliche Diskussion und die Rechtsprechung!

Verantwortungsprinzip nach § 615 Satz 3 BGB ist i. S. des früheren Betriebsrisikos auszulegen; Existenzgefährdung (siehe oben B. I.) kann nicht mehr als Ausnahme herangezogen werden, denkbar wäre allein noch der Einwand aus § 242 BGB.

Für den Arbeitskampf gilt:

- rechtmäßiger Streik und rechtmäßige Aussperrung führen zur Suspendierung der Hauptpflichten aus dem Arbeitsvertrag, so dass kein Entgeltanspruch besteht.
- Während der Dauer eines rechtswidrigen Streiks entfällt jeglicher Vergütungsanspruch des AN nach § 326 Abs. 1 BGB, bei rechtswidriger Aussperrung behält er seinen Entgeltanspruch gemäß § 615 Satz 1 BGB.
- Arbeitskampfrisiko bei Fernwirkung eines Streiks trägt AG, wenn die Zahlung der Vergütungen das Kräfteverhältnis der Arbeitskampfparteien nicht beeinflusst (so das BAG und Teile der Lit., sog. Grundsatz der Kampfparität); nach a.A. führt die Kausalität des Arbeitskampfes für den Arbeitsausfall zum Wegfall des Anspruchs auf die Vergütung – die Diskussion bleibt auch nach Einführung des § 615 Satz 3 BGB bestehen, da es hinsichtlich der Risikozuweisung entscheidend auf die Argumentation ankommt.

Lit.: MHdB ArbR/*Ricken* § 279 Rdnr. 2 ff.; *Lieb* NZA 1990, 289 ff.

Aufgrund der Verweisung auf § 615 Satz 1 und 2 BGB gelten die dort genannten Voraussetzungen für Fälle des § 615 Satz 3 BGB i. S. einer Rechtsgrundverweisung entsprechend. Hieraus folgt, dass auch in den Fällen des Arbeitsausfalls ein Leistungsangebot des AN

erforderlich ist (a. A. bei Auslegung des § 615 Satz 3 BGB als Rechtsfolgenverweisung).

Prüfungsschema (§ 615 Satz 1 BGB)

Anspruchsgrundlage ist der Arbeitsvertrag i. V. mit § 615 Satz 1 BGB

A. Anspruch entstanden

B. Anspruch nicht gemäß § 326 Abs. 1 BGB untergegangen

wenn trotz Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (§ 275 Abs. 1 BGB) Entgeltanspruch gemäß § 615 Satz 1 BGB fortbesteht

Voraussetzungen des § 615 Satz 1 BGB

I. Erbringbarkeit der Leistung – Abgrenzung zur Unmöglichkeit (§ 326 Abs. 2 BGB)

II. Voraussetzungen auf Seiten des AN

1. Leistungsfähigkeit und –bereitschaft (§ 297 BGB)

2. Ordnungsgemäßes Leistungsangebot (§§ 294 ff. BGB)

a) Tatsächliches Leistungsangebot (§ 294 BGB)

b) Wörtliches Leistungsangebot (§ 295 BGB)

im Falle der Erklärung des AG, die Leistung nicht anzunehmen oder bei Nichtvornahme einer Mitwirkungshandlung durch den AG (z.B. Arbeitsplatzbereitstellung)

c) Entbehrlichkeit des Leistungsangebots (§ 296 BGB)

III. Voraussetzungen auf Seiten des AG

Nichtannahme der angebotenen Leistung (§ 293 BGB)

IV. Rechtsfolge: AN behält Vergütungsanspruch

Prüfungsschema (§ 615 Satz 3 BGB)

Anspruchsgrundlage ist der Arbeitsvertrag i. V. mit § 615 Satz 3 BGB

A. Anspruch entstanden

B. Anspruch nicht gemäß § 326 Abs. 1 BGB untergegangen

wenn trotz Unmöglichkeit der Arbeitsleistung (§ 275 Abs. 1 BGB) Entgeltanspruch gemäß § 615 Satz 3 BGB fortbesteht

Voraussetzungen des § 615 Satz 3 BGB

I. Vorliegen eines Arbeitgeberrisikos

Problem: Arbeitskampf

II. Voraussetzung des § 615 Satz 1 BGB (siehe oben)

III. Rechtsfolge: AN behält Vergütungsanspruch

Kontrollfragen:

1. Ist für das Vorliegen des Annahmeverzuges i. S. des § 615 Satz 1 BGB ein Vertretenmüssen des Arbeitgebers erforderlich?

2. Welche Abgrenzungsprobleme birgt das Verhältnis Unmöglichkeit/Annahmeverzug im Bereich des Arbeitsrechts in sich?

3. Was verstand man unter der früheren Betriebsrisikolehre und welche Änderung hat sie erfahren?

Fall 4: S arbeitet als Verkäuferin bei der Handelskette G. Eines Tages kündigt ihr der Geschäftsführer G aus fadenscheinigen Gründen fristlos. S erhebt fristgerecht Kündigungsschutzklage, woraufhin im Prozess rechtskräftig die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt wird. Steht S trotz nicht erbrachter Arbeitsleistung ein Anspruch auf Arbeitslohn zu?

Fall 5: Arbeiter Z arbeitet im Softwareunternehmen I, eines Nachts bricht in den Büroräumen ein Feuer aus. Aufgrund der Löscharbeiten fällt am nächsten Tag die Arbeit aus.

1. Z fragt nach seinem Vergütungsanspruch für diesen Tag.

2. Welche Änderungen ergeben sich, wenn in einem Zuliefererbetrieb die Arbeit arbeitskampfbedingt niedergelegt wird und aufgrund entstandener Versorgungslücken die Arbeit bei I einen Tag ruhen muss?