

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Abgrenzung Annahmeverzug/Leistungsverzug
3. Die gesetzlichen Regelungen
 - 3.1 Schuldnerverzug
 - 3.2 Gläubigerverzug
 - 3.3 Leistungsstörungen
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 Abgrenzung - Schadensersatz
 - 4.2 Abgrenzung zu § 326 Abs. 2 BGB
 - 4.3 Angeordnete Ruhepausen
 - 4.4 Anspruchsübergang
 - 4.5 Arbeitsangebot
 - 4.6 Arbeitskampf
 - 4.7 Arbeitsunfähigkeit
 - 4.8 Auskunftsanspruch
 - 4.9 Ausschlussfrist
 - 4.10 Aussetzung
 - 4.11 Beendigung des Verzugs
 - 4.12 Beschäftigungsklage
 - 4.13 Beschäftigungsverbot - 1
 - 4.14 Beschäftigungsverbot - 2
 - 4.15 Darlegungs- und Beweislast - 1
 - 4.16 Darlegungs- und Beweislast - 2
 - 4.17 Darlegungs- und Beweislast - 3
 - 4.18 Einsatzverbot
 - 4.19 Entgeltliche Leistung
 - 4.20 Erfüllbares Arbeitsverhältnis
 - 4.21 Ersatzurlaub
 - 4.22 Fortbildungs-/Schulungskosten
 - 4.23 Freistellung - 1
 - 4.24 Freistellung - 2
 - 4.25 Gesundheitliche Gründe
 - 4.26 Grundsätze
 - 4.27 Hausverbot
 - 4.28 Inhalt des Angebots
 - 4.29 Insolvenz - 1
 - 4.30 Insolvenz - 2
 - 4.31 Kurzarbeit
 - 4.32 Leidensgerechte Arbeit
 - 4.33 Leiharbeit
 - 4.34 Leistungsfähigkeit
 - 4.35 Leistungsverweigerungsrecht - 1

- 4.36 Leistungsverweigerungsrecht - 2
- 4.37 Mobbing
- 4.38 Nachtdienstuntauglichkeit
- 4.39 Nicht vertragsgemäße Arbeit
- 4.40 Öffentlicher Dienst
- 4.41 Rückkehrzusage
- 4.42 Schadensersatz - 1
- 4.43 Schadensersatz - 2
- 4.44 Schadensersatz - 3
- 4.45 Streitige Arbeitszeit
- 4.46 Tarifliches Beschäftigungsverbot
- 4.47 Tatsächliches Angebot - 1
- 4.48 Tatsächliches Angebot - 2
- 4.49 Tatsächliches Angebot - 3
- 4.50 Tragen eines islamischen Kopftuchs
- 4.51 Unmögliche Arbeitsleistung
- 4.52 Unregelmäßige Arbeitszeit
- 4.53 Unvermögen - 1
- 4.54 Unvermögen - 2
- 4.55 Unzumutbare Beschäftigung
- 4.56 Urlaubsgewährung
- 4.57 Verjährung - 1
- 4.58 Verjährung - 2
- 4.59 Verzugspauschale - 1
- 4.60 Verzugspauschale - 2
- 4.61 Wörtliches Angebot - 1
- 4.62 Wörtliches Angebot - 2
- 4.63 Zeitpunkt
- 4.64 Zukünftige Vergütung
- 4.65 Zurückbehaltungsrecht - 1
- 4.66 Zurückbehaltungsrecht - 2
- 4.67 Zurückbehaltungsrecht - 3
- 4.68 Zusätzliche Ruhepausen

Information

1. Allgemeines

Arbeitsverhältnisse sind **Schuldverhältnisse**. Die Parteien dieser Schuldverhältnisse tauschen Leistungen aus. Der Arbeitnehmer stellt seine **Arbeitskraft** zur Verfügung. Der Arbeitgeber nimmt diese Arbeitskraft an und muss dafür die versprochene **Gegenleistung** zahlen. So steht es in § 611 BGB. Wie jedes Schuldverhältnis ist auch das Arbeitsverhältnis für **Störungen** anfällig. So kann es beispielsweise passieren, dass der Arbeitgeber die Arbeitsleistung - aus unterschiedlichen Gründen - gar nicht annimmt. Man spricht in diesem Fall von Annahmeverzug.

Kurzformel: Der Arbeitgeber verweigert die Annahme einer am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Art und Weise angebotenen Arbeitsleistung.

2. Abgrenzung Annahmeverzug/Leistungsverzug

Annahmeverzug heißt: Der Gläubiger nimmt die ihm versprochene Leistung nicht ab.

Beispiel:

Arbeitnehmer Lars W hat mit seiner Arbeitgeberin Lisa A einen Arbeitsvertrag geschlossen. Nach diesem Arbeitsvertrag schuldet Lars für einen Stundenlohn von 13 EUR die Arbeit eines Lagerarbeiters in Lisas Weinlager. Er kommissioniert dort Geschenksendungen mit Weinen aus Kalifornien und Mexiko. Am Freitag nach Christi Himmelfahrt entschließt sich Lisa, ihren Betrieb an diesem Tag geschlossen zu halten. Sie nimmt Lars' Arbeitsleistung nicht an und schickt ihn unverrichteter Dinge nach Hause. Lisa kommt damit in Annahmeverzug.

Leistungsverzug heißt: Der Schuldner kommt mit seiner Leistung in Verzug.

Beispiel:

Arbeitnehmer Lars W feiert an Fronleichnam eine feucht-fröhliche Party. Am Morgen des folgenden Freitags beschließt er, einfach zu Hause zu bleiben. Er ist weder krank noch liegt ein anderer Fall bezahlter Freizeit vor. Lars kommt mit seinem Verhalten in Leistungsverzug.

Die **Rollen von Arbeitnehmer und Arbeitgeber** können bei Annahme- und Leistungsverzug natürlich vertauscht sein. So kann der Arbeitgeber mit der Entgeltzahlung in **Leistungsverzug** geraten, der Arbeitnehmer mit dem Abruf bestimmter Arbeitgeberleistungen in **Annahmeverzug**. Die Konkretisierung nimmt man am besten immer danach vor, wer der Gläubiger der streitgegenständlichen und zu beurteilenden Leistung und wer ihr Schuldner ist.

3. Die gesetzlichen Regelungen

Die gesetzlichen Regelungen im BGB unterscheiden danach, wer in Verzug kommt: der Schuldner oder der Gläubiger.

3.1 Schuldnerverzug

Der allgemeine Schuldnerverzug ist in den §§ 286 ff. BGB geregelt.

- § 286 BGB , **Eintritt des Verzugs** nach Fälligkeit durch Zeitablauf, Mahnung oder Klage
- § 287 BGB , **Verantwortlichkeit des Schuldners** während des Verzugs für jede Fahrlässigkeit und bei Zufall
- § 288 BGB , Verpflichtung des Schuldners, **Verzugszinsen** zu zahlen (s. dazu die Stichwörter Zinsen - Allgemeines und Zinsen - Berechnung)
- § 289 BGB , Verbot der **Zinseszinsen**
- § 290 BGB , Verzinsung des **Wertersatzes**

3.2 Gläubigerverzug

Der allgemeine Gläubigerverzug ist in den §§ 293 ff. BGB geregelt:

- § 293 BGB , Annahmeverzug: *"Der Gläubiger kommt in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt."*
- § 294 BGB , tatsächliches Angebot: *"Die Leistung muss dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, angeboten werden."*
- § 295 BGB , tatsächliches Angebot: *"Ein wörtliches Angebot des Schuldners genügt, wenn der Gläubiger ihm erklärt hat, dass er die Leistung nicht annehmen werde... (...)."*
- § 296 BGB , entbehrliches Angebot: *"Ist für die von dem Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so bedarf es des Angebots nur, wenn der Gläubiger die Handlung rechtzeitig vornimmt. (...)."*

- § 297 BGB , Unvermögen des Schuldners: "Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Falle des § 296 BGB zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außer Stande ist, die Leistung zu bewirken."
- § 298 BGB , Zug-um-Zug-Leistung: "*Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet.*"
- § 299 BGB , vorübergehende Annahmeverhinderung
- § 300 BGB , Beschränkung der Verantwortlichkeit des Schuldners auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit
- § 301 BGB , Wegfall der Verzinsung
- § 302 BGB , Herausgabe von Nutzungen
- § 303 BGB , Recht zur Besitzaufgabe
- § 304 BGB . Ersatz von Mehraufwendungen: "*Der Schuldner kann im Falle des Verzugs des Gläubigers Ersatz der Mehraufwendungen verlangen, die er für das erfolglose Angebot sowie für die Aufbewahrung und Erhaltung des geschuldeten Gegenstands machen musste.*"

Die §§ 293 ff. BGB sind vom Grundsatz her auf **alle gesetzlichen und vertraglichen Schuldverhältnisse** anzuwenden. Im Arbeitsrecht ist zudem § 615 BGB zu beachten.

3.3 Leistungsstörungen

Beim Annahmeverzug gelten selbstverständlich auch die BGB -Vorschriften über Leistungsstörungen:

- Der Anspruch auf **Leistung ist ausgeschlossen**, wenn sie für den Schuldner oder für jedermann **unmöglich** ist (§ 275 Abs. 1 BGB).
- Die **Leistung** darf vom Schuldner **verweigert** werden, wenn sie einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers steht (§ 275 Abs. 2 Satz 1 BGB).
- Darüber hinaus hat der Schuldner ein **Leistungsverweigerungsrecht**, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat, sie ihm aber unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers **nicht zugemutet** werden kann (§ 275 Abs. 3 BGB).
- Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu leisten, entfällt der **Anspruch auf die Gegenleistung**; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 BGB entsprechende Anwendung (§ 326 Abs. 1 Satz 1 BGB).

§ 615 BGB setzt Annahmeverzug nach den allgemeinen BGB -Regeln voraus. Er sieht allerdings die besonderen **Rechtsfolgen** dieses Annahmeverzuges für das Arbeitsrecht vor. Dabei werden im Rahmen des § 615 BGB Verzug mit der Annahme der Leistung und Unmöglichkeit der Leistung gleichbehandelt. Die **Arbeitsleistung** hat **Fixschuldcharakter**. Sie braucht deswegen nach § 615 BGB ja auch nicht nachgeholt zu werden.

4. Rechtsprechungs-ABC

Hier sind einige der interessantesten **Entscheidungen** der letzten Jahre zum Thema Annahmeverzug **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet aufgelistet:

4.1 Abgrenzung - Schadensersatz

Verletzt der Arbeitgeber seine **Beschäftigungspflicht**, kann das unter Umständen Schadensersatzansprüche des betroffenen Mitarbeiters auslösen. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass in dem **Zeitraum**, in dem der Arbeitgeber gegen seine Beschäftigungspflicht verstößt, auch Ansprüche auf Zahlung von Verzugslohn entstehen. Die Beschäftigungspflicht - und damit auch der Schutzzweck - wird aus dem Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmer hergeleitet. Daher ist zu beachten: " Für die **finanzielle Absicherung bei Nichtbeschäftigung** sorgt dagegen § 615 Satz 1 BGB , der dem Arbeitnehmer unter den Voraussetzungen der §§ 293 ff. BGB den Entgeltanspruch trotz Nichtarbeit aufrechterhält " (BAG, 24.06.2015 - 5 AZR 462/14 - mit Hinweis auf BAG, 27.02.1985 - GS 1/84 und BAG, 10.03.1987 - 8 AZR 146/84).

4.2 Abgrenzung zu § 326 Abs. 2 BGB

§ 326 Abs. 2 Satz 1 BGB sagt: "Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser **vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand** zu einer Zeit ein, zu welcher der **Gläubiger im Verzug der Annahme** ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung." Im Arbeitsrecht steht, wenn es um Ansprüche aus Annahmeverzug geht, eigentlich § 615 BGB im Vordergrund. Aber: Die Anwendung des § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB wird hier **nicht durch § 615 BGB ausgeschlossen**. § 326 BGB wird durch die dienstvertraglichen Regeln des Annahmeverzugs nicht verdrängt.

§ 615 BGB greift ein, wenn dem Arbeitnehmer die geschuldete **Arbeitsleistung unmöglich** wird und sein Arbeitgeber bei Eintritt der Unmöglichkeit mit der Annahme der Leistung Arbeit in Verzug ist. Ist er **nicht in Annahmeverzug**, richten sich die Rechtsfolgen nach § 326 Abs. 2 Satz 1 BGB. "Beruht die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung aufgrund ihres Fixschuldcharakters allein auf dem Zeitablauf, wird der Vergütungsanspruch - unabhängig vom Verschulden des Arbeitgebers - nach § 615 BGB aufrechterhalten, wenn die Voraussetzungen des Annahmeverzugs zur Zeit des Eintritts der Unmöglichkeit vorlagen." War das **Arbeitsverhältnis gar nicht erfüllbar** (s. dazu BAG, 19.08.2015 - 5 AZR 975/13), lag ein Fall des § 297 BGB vor (s. dazu BAG, 23.09.2015 - 5 AZR 146/14) oder hatte der Arbeitnehmer seine Leistung Arbeit den §§ 294 ff. BGB zuwider gar nicht angeboten, "kann der Vergütungsanspruch nach § 326 Abs. 2 BGB aufrechterhalten werden, wenn dessen Voraussetzungen" vorliegen (BAG, 27.01.2016 - 5 AZR 9/15 mit Hinweis auf BAG, 23.09.2015 - 5 AZR 146/14).

4.3 Angeordnete Ruhepausen

"1. § 4 ArbZG entbindet im Umfang der gesetzlichen Mindestpausen den Arbeitgeber von der Verpflichtung, **Arbeitsleistung** des Arbeitnehmers anzunehmen, und setzt zugleich den Arbeitnehmer außerstande, die Arbeitsleistung zu bewirken (§ 297 BGB). 2. Der **Anspruch auf Vergütung** wegen Annahmeverzugs für die Zeit der angeordneten und in Anspruch genommenen Ruhepause erfordert einen dagegen gerichteten, vorherigen **Protest des Arbeitnehmers**, der erkennen lässt, dass er - unter Beachtung des § 4 ArbZG - an dem betreffenden Arbeitstag eine Ruhepause zu einem anderen Zeitpunkt oder mit kürzerer Dauer in Anspruch nehmen will" (BAG, 25.02.2015 - 5 AZR 886/12 - Leitsätze).

4.4 Anspruchsübergang

Es gibt Fälle, in denen der Arbeitgeber mit der Zahlung des Arbeitsentgelts in Verzug ist und der Arbeitnehmer in dieser Zeit aus öffentlichen Kassen **Sozialleistungen** - insbesondere Arbeitslosengeld 1 - bezieht. § 115 Abs. 1 SGB X schreibt dazu vor: "Soweit der Arbeitgeber den Anspruch des Arbeitnehmers auf Arbeitsentgelt nicht erfüllt und deshalb ein **Leistungsträger** Sozialleistungen erbracht hat, geht der Anspruch des Arbeitnehmers gegen den Arbeitgeber auf den Leistungsträger bis zur Höhe der erbrachten Sozialleistungen über". Man spricht hier auf Seiten des Leistungsträgers von einer so genannten **"Gleichwohlgewährung"**. "Die für den Anspruchsübergang nach § 115 Abs. 1 SGB X geforderte sachliche Kongruenz ist stets gegeben, wenn der Sozialleistungsträger die Sozialleistung 'gleichwohl' anstelle des vom Arbeitgeber nicht gezahlten Arbeitsentgelts gewährt" (BAG, 29.04.2015 - 5 AZR 756/13 - Leitsatz).

4.5 Arbeitsangebot

Die Parteien stritten in diesem Fall um die Höhe der Vergütung während der **Altersteilzeit**. Der Arbeitgeber vertrat die Auffassung, der Arbeitnehmer - ein Lehrer mit reduzierter Stundenzahl - hätte ihm seine erhöhte Arbeitsleistung wörtlich anbieten müssen. Dazu das BAG: Ein Angebot ist entbehrlich, "wenn offenkundig ist, dass der Gläubiger auf seiner Weigerung, die Leistung anzunehmen, beharrt." Die Angabe der Teilzeitquote im Altersteilzeitarbeitsvertrag ist nur deklaratorisch. Aus dem darin vereinbarten Beschäftigungsumfang folgt "nicht die Entbehrlichkeit eines wörtlichen Angebots." § 296 BGB - Entbehrlichkeit des Angebots, wenn für die vom Gläubiger vorzunehmende Handlung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist - gilt im ungekündigten Arbeitsverhältnis regelmäßig nicht. "Zwar konnte der Kläger weiteren Unterricht erst nach einer entsprechenden Ergänzung des Stundenplans erteilen. Doch war hierfür nicht eine Zeit nach dem Kalender bestimmt. Die Lage der weiteren Unterrichtsstunden konnte jederzeit nach den schulischen Erfordernissen bestimmt werden. (...) Lediglich im Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung geht die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts von der Anwendbarkeit des § 296 BGB aus" (BAG, 16.04.2013 - 9 AZR 554/11 -

u.a. mit Hinweis auf BAG, 19.09.2012 - 5 AZR 627/11).

4.6 Arbeitskampf

Beschäftigt der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter nicht, kommt er in Annahmeverzug. Für die **Zeit des Annahmeverzugs** muss er dem Arbeitnehmer in der Regel das vertraglich geschuldete Arbeitsentgelt zahlen. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter fristlos kündigt und der Arbeitnehmer den anschließenden Kündigungsrechtsstreit gewinnt. Hat der Mitarbeiter sich allerdings in dem Zeitraum zwischen Kündigung und Prozessgewinn **an einem Streik beteiligt**, steht ihm für diese Zeit kein Annahmeverzugslohn zu. Das der Kündigungsschutzklage stattgebende Urteil bestätigt zwar, dass zwischen den Parteien während der Dauer des Arbeitskampfs noch ein Arbeitsverhältnis bestand. "Doch war ... [der Arbeitnehmer] wegen .. [seiner] Streikteilnahmeleistungsunwillig i.S.d. § 297 BGB " - und das schließt einen Verzugslohnanspruch nach § 615 BGB aus (BAG, 17.07.2012 - 1 AZR 563/11).

4.7 Arbeitsunfähigkeit

Der **Vergütungsanspruch** eines Mitarbeiters entfällt, wenn der Zeitraum für die Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall abgelaufen und der Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen immer noch nicht in der Lage ist, die vertraglich geschuldete Arbeit zu leisten. Daran ändert auch das bloße **Angebot der Arbeitsleistung** nichts. Der Arbeitgeber kommt daher nicht in Annahmeverzug, wenn der Mitarbeiter die geschuldete Arbeit gar nicht leisten kann oder die **Weiterbeschäftigung auf einem schonenderen Arbeitsplatz** abgelehnt hat (BAG, 27.08.2008 - 5 AZR 16/08).

4.8 Auskunftsanspruch

Die besten **Rechte** nützen nichts, wenn man sie nicht durchsetzen kann. Auch wenn es bei Annahmeverzug die Anrechnungsbestimmungen in § 615 Satz 2 BGB und § 11 KSchG gibt: Der Arbeitgeber muss erst mal wissen, was und in welcher Höhe er etwas anrechnen kann. Aber da hilft ihm das Bundesarbeitsgericht: "Der Arbeitgeber hat gegen den Arbeitnehmer, der Vergütung wegen Annahmeverzugs fordert, einen **Auskunftsanspruch** über die von der Agentur für Arbeit und dem Jobcenter unterbreiteten Vermittlungsvorschläge. Grundlage des Auskunftsbegehrens ist eine **Nebenpflicht aus dem Arbeitsverhältnis** nach § 242 BGB " (BAG, 27.05.2020 – 5 AZR 387/19 - Leitsatz).

4.9 Ausschlussfrist

"Nach § 37 Abs. 1 TV-Forst verfallen Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis, wenn sie nicht innerhalb einer Ausschlussfrist **von sechs Monaten** nach Fälligkeit von den Beschäftigten oder vom Arbeitgeber schriftlich geltend gemacht werden, wobei für denselben Sachverhalt die **einmalige Geltendmachung** des Anspruchs auch für später fällige Leistungen ausreicht." Dabei gilt für JAV-Vertreter: "Mit dem schriftlichen **Verlangen der Weiterbeschäftigung** macht ein Mitglied der Jugend- und Auszubildendenvertretung den Anspruch auf Vergütung wegen Annahmeverzugs im Sinne einer einstufigen tariflichen Ausschlussfrist ausreichend geltend" (BAG, 19.08.2015 - 5 AZR 1000/13 - Leitsatz).

4.10 Aussetzung

§ 148 ZPO gibt Gerichten die Möglichkeit, das Verfahren auszusetzen, wenn eine **andere Sache vorgeflich** ist. Die Aussetzung eines Rechtsstreits, in dem es um Annahmeverzugslohn geht, kommt erst in Betracht, wenn die Vorgeflichkeit des Kündigungsschutzverfahrens durch das Gericht **positiv festgestellt** werden kann. Das Arbeitsgericht muss allerdings die in §§ 9 Abs. 1 Satz 1 und 61a Abs. 1 ArbGG hinterlegten **Grundsätze der Beschleunigung** berücksichtigen. Dabei wiegt der Beschleunigungsgrundsatz umso intensiver, je länger der Prozess durch eine Aussetzung verzögert werden kann (LAG Schleswig-Holstein, 06.05.2009 - 5 Ta 91/09 - mit dem Hinweis, dass das Arbeitsgericht den Vergütungsprozess zumindest so weit vorantreiben muss, dass die konkrete Entscheidung letztlich nur noch von der im Vorprozess zu klärenden Rechtsfrage abhängig ist).

4.11 Beendigung des Verzugs

Das BGB sagt nicht konkret, wann der Annahmeverzug **des Arbeitgebers** im Zusammenhang mit einer **Kündigung** endet. Allgemein kann man von dem Grundsatz ausgehen, dass der Annahmeverzug in dem Zeitpunkt zu Ende ist, in dem seine Voraussetzungen nicht mehr vorliegen (so: BAG, 12.12.2012 - 5 AZR 93/12 und BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 679/97). Hat der Arbeitgeber eine unwirksame Kündigung erklärt, muss er den gekündigten Arbeitnehmer **zur Arbeit auffordern**, wenn er den Annahmeverzug beenden will. Daran ändert auch die Erledigung des Kündigungsrechtsstreits nichts: Der Arbeitnehmer ist selbst in diesen Fällen grundsätzlich nicht verpflichtet, von sich aus seine Arbeitskraft anzubieten.

Der Arbeitgeber gibt (auch) **mit einer unwirksamen Kündigung** zu erkennen, dass er seinen Mitarbeiter mit Zugang der Kündigung (außerordentliche Kündigung) oder nach Ablauf der Kündigungsfrist (ordentliche Kündigung) nicht mehr beschäftigen will. Insoweit darf der gekündigte Mitarbeiter regelmäßig die **Aufforderung seines Arbeitgebers abwarten**, wieder zur Arbeit zu kommen (s. dazu BAG, 12.12.2012 - 5 AZR 93/12 ; BAG, 16.05.2012 - 5 AZR 251/11 und BAG, 09.08.1984 - 2 AZR 374/83). Überhaupt ist eine Arbeitsaufforderung zwingend, "wenn für den Arbeitnehmer nicht ohne Weiteres erkennbar ist, wann und wo er die Arbeit wieder aufnehmen soll" (so: BAG, 16.05.2012 - 5 AZR 251/11 und BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 679/97). Erfolgt trotz Aufforderung **keine Arbeitsaufnahme**, ist der Annahmeverzug des Arbeitgebers beendet. Jetzt kann nämlich ein fehlender Leistungswille des Arbeitnehmers angenommen werden (BAG, 19.01.2016 - 2 AZR 449/15 - mit dem Hinweis, dass der Anwendungsbereich des § 297 BGB ist nicht auf den Fall beschränkt ist, "in dem der Arbeitnehmer schon vor einer Kündigung nicht zu vertragsgemäßer Arbeitsleistung bereit war").

4.12 Beschäftigungsklage

Gegenstand einer **Kündigungsschutzklage** ist die Wirksamkeit einer Kündigung . Will ein Arbeitnehmer seinen Beschäftigungsanspruch sichern, ohne dass sein Arbeitgeber zuvor eine Kündigung ausgesprochen hat, muss er diesen Anspruch mit einer Beschäftigungsklage geltend machen. Sie ist **keine Kündigungsschutzklage** i.S.d. § 4 KSchG – und somit auch nicht geeignet, eine tarifliche Ausschlussfrist zu wahren, die in Fällen, in denen die Parteien einen Kündigungsschutzprozess führen, auf dessen Ausgang es für etwaige **Ansprüche auf Verzugslohn** ankommt, nicht zu laufen beginnt (BAG, 19.11.2014 – 5 AZR 121/13 – zu § 15 Ziffer 2 BRTV -Bau).

4.13 Beschäftigungsverbot - 1

Führt die nach Maßgabe der **Bergverordnung** zum gesundheitlichen Schutz der Beschäftigten (GesBergV) und der Bergverordnung zum Schutz der Gesundheit gegen Klimaeinwirkungen (KlimaBergV) durchgeführte **ärztliche Vorsorgeuntersuchung** eines Bergmanns zu dem Ergebnis, dass er nicht mehr mit Tätigkeiten i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 BBergG beschäftigt werden darf, liegt damit ein Beschäftigungsverbot vor. Dieses Beschäftigungsverbot schließt **Ansprüche aus Annahmeverzug** aus (BAG, 15.06.2004 - 9 AZR 483/03 - mit dem Hinweis, dass die **Richtigkeit der ärztlichen Bescheinigung** in einem arbeitsgerichtlichen Verfahren überprüft werden kann).

4.14 Beschäftigungsverbot - 2

Der Arbeitgeber kommt nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug, wenn sein Mitarbeiter außer Stande ist, die geschuldete Arbeit zu leisten. **Leistungsunfähigkeit** im Sinn des § 297 BGB liegt vor, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen in seiner Person die vertraglich vereinbarten Tätigkeiten ausnahmslos nicht mehr verrichten kann. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um gesundheitliche, rechtliche oder andere Gründe handelt. Das **Unvermögen** kann auch auf einem gesetzlichen Beschäftigungsverbot oder auf dem Fehlen einer erforderlichen Erlaubnis beruhen. Soll ein gesetzliches Beschäftigungsverbot zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung führen, setzt das eine nach den Voraussetzungen und Rechtsfolgen eindeutige Regelung voraus (BAG, 18.03.2009 - 5 AZR 192/08 - hier: verneint für ein gesetzliches Fortbildungsverbot nach § 5 Abs. 5 des NRW-Gesetzes über den Rettungsdienst - RettG NW).

4.15 Darlegungs- und Beweislast - 1

Wenn sich der Arbeitgeber in puncto Annahmeverzug auf die **fehlende Leistungsfähigkeit** seines Mitarbeiters i.S.d. § 297 BGB beruft, ist das rechtlich gesehen eine Einwendung (s. dazu BAG, 19.05.2004 - 5 AZR 434/03). Für die tatsächlichen Voraussetzungen dieser **Einwendung** trägt der Arbeitgeber die

Darlegungs- und Beweislast - er ist Gläubiger der Leistung Arbeit (s. dazu BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12). Da er den Gesundheitszustand seines Mitarbeiters oft nicht kennt, genügt es auf der ersten Stufe seiner primären Darlegungslast, dass er zunächst bloß "Indizien vorträgt, aus denen auf eine Leistungsunfähigkeit im Annahmeverzugszeitraum geschlossen werden kann." Danach ist es Sache des Arbeitnehmers, die **Indiztatsachen** zu erschüttern. "Naheliegend ist es, insoweit die behandelnden Ärzte von der Schweigepflicht zu entbinden. Der Arbeitgeber ist dann für die Leistungsunfähigkeit beweispflichtig. Er kann sich auf das Zeugnis der den Arbeitnehmer behandelnden Ärzte und auf ein Sachverständigengutachten berufen. Trägt der Arbeitnehmer dagegen nichts vor oder lässt er sich nicht substantiiert ein, gilt die Behauptung des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer sei während des Verzugszeitraums leistungsunfähig gewesen, als zugestanden" (BAG, 22.08.2018 - 5 AZR 592/17 - mit Hinweis auf BAG, 05.11.2003 - 5 AZR 562/02).

4.16 Darlegungs- und Beweislast - 2

Ein Arbeitnehmer, der via § 280 Abs. 1 BGB Vergütungsansprüche als Schadensersatz geltend macht, hat **für die anspruchsbegründenden Tatsachen** nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen die Darlegungs- und Beweislast (s. dazu BAG, 27.05.2015 - 5 AZR 88/14). Dazu gehört es, darzulegen und unter Umständen zu beweisen, welches **(Rest)Leistungsvermögen** er im streitgegenständlichen Zeitraum (noch) besaß und wie er damit die Anforderungen an die verlangte Beschäftigung erfüllt hätte. Danach hat sich "der Arbeitgeber im Rahmen einer ihn treffenden sekundären Behauptungslast substantiiert einzulassen und darzulegen, aus welchen Gründen eine Beschäftigung des Arbeitnehmers zu den vorgeschlagenen Bedingungen nicht in Betracht kommt. Welche Einzelheiten diesbezüglich vom Arbeitgeber vorzutragen sind, bestimmt sich **nach den Umständen des Einzelfalls** unter Berücksichtigung der Darlegungen des klagenden Arbeitnehmers" (BAG, 22.08.2018 - 5 AZR 592/17 - mit Hinweis auf BAG, 10.05.2005 - 9 AZR 230/04).

4.17 Darlegungs- und Beweislast - 3

Sowohl die primäre Darlegungs- wie die sekundäre Behauptungslast kann der Arbeitgeber auch durch Vorlage einer gutachterlichen **Stellungnahme des Betriebsarztes** erfüllen. Weiter vorausgesetzt, er macht sich dessen Einschätzungen zumindest durch schlüssiges Verhalten zu eigen. Zu beachten ist jedoch immer, dass die Stellungnahme des Betriebsarztes nur ein als qualifizierten Parteivortrag zu wertendes **Privatgutachten** ist, das bezüglich der Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben nicht die "Kraft eines Beweismittels i.S.d. §§ 355 ff. ZPO " hat (s. dazu BAG, 10.03.2015 - 3 AZR 56/14 - und BGH, 14.03.2018 - V ZB 131/17). "Die gutachterliche Stellungnahme begründet dementsprechend - für sich genommen - nach § 416 ZPO lediglich Beweis dafür, dass der Betriebsarzt die in der **Urkunde** enthaltenen Erklärungen abgegeben hat, nicht aber, dass die ihr zugrunde gelegten Befunde und Schlussfolgerungen zutreffend sind. In einem gerichtlichen Verfahren unterliegt das von einem Betriebsarzt im Rahmen einer Eignungsuntersuchung gefundene Ergebnis zur Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers deshalb einer vollumfänglichen gerichtlichen Kontrolle" (BAG, 22.08.2018 - 5 AZR 592/17 - mit Hinweis auf BAG, 27.09.2012 - 2 AZR 811/11 - und den Umstand, dass ein Privatgutachten grundsätzlich nur mit Zustimmung der Parteien als Sachverständigengutachten im Sinne eines Beweismittels herangezogen werden kann).

4.18 Einsatzverbot

Wird ein Arbeitnehmer (hier: Luftsicherheitsassistent) von Kollegen beschuldigt, im Dienst Straftaten begangen zu haben, kann es ihm passieren, dass sein Arbeitgeber (hier: Flughafen) ihn nicht mehr in seiner bisherigen Funktion einsetzt und ihn **"bis auf Weiteres" suspendiert**. Stellt die Staatsanwaltschaft das Ermittlungsverfahren dann nach § 170 Abs. 2 StPO - kein hinreichender Tatverdacht - ein, hat der Arbeitnehmer möglicherweise Anspruch auf Verzugslohn - es sei denn, § 297 BGB greift: "Der Gläubiger kommt **nicht in Verzug**, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken." Aber: "Ein vom Auftraggeber oder Kunden unter Berufung auf vertragliche Pflichten an den Arbeitgeber gerichtetes Verbot, einen bestimmten Arbeitnehmer einzusetzen, begründet grundsätzlich kein **Unvermögen** (§ 297 BGB) dieses Arbeitnehmers, seine Arbeitsleistung zu erbringen" (BAG, 21.10.2015 - 5 AZR 843/14 - Leitsatz - mit dem Ergebnis, dass dem Arbeitnehmer doch Verzugslohn zustand).

4.19 Entgeltliche Leistung

Wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter **wegen Arbeitsmangels nicht beschäftigen** kann und ihn deswegen freistellt, kommt er nach § 615 Satz 1 BGB i.V.m. § 611 Abs. 1 BGB in Annahmeverzug. Hier soll der Arbeitnehmer zwar eigentlich beschäftigt werden, was aber wegen des Arbeitsmangels nicht geht (**objektiver Grund**). Zahlt der Arbeitgeber in diesem Fall an den Mitarbeiter Verzugslohn, ist das eine entgeltliche Leistung, die den **Insolvenzverwalter** nicht nach § 134 InsO zur Anfechtung berechtigt. Das gleiche gilt, wenn der Arbeitgeber einen Mitarbeiter nach einer Kündigung nicht beschäftigt und nach einem verlorenen Kündigungsschutzprozess die via Annahmeverzug entstandenen Vergütungsansprüche nicht erfüllt (BAG, 17.12.2015 - 6 AZR 186/14).

4.20 Erfüllbares Arbeitsverhältnis

Macht der Arbeitnehmer einen **Anspruch auf Verzugslohn** geltend, setzt das ein erfüllbares - also tatsächlich durchführbares - Arbeitsverhältnis voraus. Wird das Arbeitsverhältnis erst rückwirkend - hier: **Ausübung des vertraglich vereinbarten Rückkehrrechts** nach einem Betriebsübergang - durch eine gerichtliche Entscheidung begründet, gibt es **für den vergangenen Zeitraum kein Arbeitsverhältnis** i.S.d. Verzugsrechts. Für in der Vergangenheit liegende Zeiträume ist ein rückwirkend begründetes Arbeitsverhältnis nicht durchführbar. Unterliegt der Arbeitgeber im Hinblick auf seine Verpflichtung, den Arbeitnehmer wieder einstellen zu müssen, einem entschuldbaren Rechtsirrtum, schuldet er die Vergütung auch nicht nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB. Er hat die Unmöglichkeit der Erbringung der Arbeitsleistung für die Vergangenheit nicht zu verantworten (BAG, 19.08.2015 - 5 AZR 975/13).

4.21 Ersatzurlaub

Wenn der Arbeitgeber einem Mitarbeiter den rechtzeitig verlangten Urlaub nicht gewährt, wandelt sich der im Zeitraum des Verzugs nicht gewährte Urlaub nach den §§ 275 Abs. 1 und Abs. 4, 280 Abs. 1 und Abs. 3, 283 Satz 1, 286 Abs. 1 Satz 1, 287 Satz 2 und 249 Abs. 1 BGB in einen **Schadensersatzanspruch** um. Dieser Schadensersatzanspruch zielt auf die Gewährung von Ersatzurlaub. "Der Anspruch auf **Abgeltung des sog. Ersatzurlaubs** richtet sich nicht nach § 251 Abs. 1 BGB, sondern nach den Vorgaben des § 7 Abs. 4 BUrlG. Er entsteht mit der rechtlichen **Beendigung des Arbeitsverhältnisses**" (BAG, 16.05.2017 - 9 AZR 572/16 - Leitsätze; bestätigt durch BAG, 19.06.2018 - 9 AZR 615/17).

4.22 Fortbildungs-/Schulungskosten

"Bei der Anrechnung anderweitigen Verdienstes auf die Vergütung wegen Annahmeverzugs nach § 11 Nr. 1 KSchG können grundsätzlich die zur Erzielung des anderweitigen Verdienstes erforderlichen **Aufwendungen** von diesem **in Abzug gebracht** werden. Zu berücksichtigen sind Aufwendungen, die im Rahmen der vorhandenen Qualifikation des Arbeitnehmers zur Fortführung einer fachkundigen Erwerbstätigkeit erforderlich sind. Dagegen nicht berücksichtigungsfähig sind Aufwendungen, die die **Qualifikation erhöhen**, ohne dass hierfür ein Bedarf hinsichtlich der Ausübung der geschuldeten Tätigkeit bestünde" (BAG, 02.10.2018 - 5 AZR 376/17 - Leitsatz).

4.23 Freistellung - 1

Ist ein Arbeitnehmer rechtswirksam von seinem Arbeitgeber von der Arbeitspflicht befreit worden, kann für den Zeitraum des angeordneten Urlaubs oder des angeordneten Freizeitausgleichs kein Anspruch auf Verzugslohn wegen Annahmeverzugs entstehen. Wer wirksam von seiner Arbeitspflicht befreit ist, schuldet keine Arbeitsleistung mehr, mit deren Annahme der Arbeitgeber in Verzug kommen könnte (BAG, 23.01.2001 - 9 AZR 26/00).

4.24 Freistellung - 2

Wird ein Arbeitnehmer **nach Zugang der ordentlichen Kündigung** bis zum Ablauf der Kündigungsfrist unter Anrechnung auf seinen Erholungsurlaub von der Arbeitsleistung freigestellt und gleichzeitig von seinem Arbeitgeber gebeten, ihm die Höhe des während der Freistellung erzielten Verdienstes mitzuteilen, überlässt der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter die **zeitliche Festlegung der Urlaubszeit**. Folge: Der Arbeitgeber gerät während der verbleibenden Zeit nach § 293 BGB in Annahmeverzug (BAG, 06.09.2006 - 5 AZR 703/05).

4.25 Gesundheitliche Gründe

Kann ein Arbeitnehmer aus gesundheitlichen Gründen die vertraglich geschuldete **Arbeit nicht mehr leisten**, kann der Arbeitgeber auf Verlangen seines Mitarbeiters gemäß § 241 Abs. 2 BGB (Rücksichtnahme auf "Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils") verpflichtet sein, ihn auf **einen anderen Arbeitsplatz** umzusetzen, der leidensgerecht ist. Tut er das schuldhaft nicht, kann dem Arbeitnehmer über § 280 Abs. 1 BGB (Schadensersatz wegen Pflichtverletzung) in puncto entgangener Verdienst ein Anspruch auf **Schadensersatz** zustehen. Dieser Anspruch verlangt jedoch, dass der Arbeitnehmer im streitgegenständlichen Zeitraum für die "beanspruchte anderweitige Tätigkeit objektiv leistungsfähig war" (BAG, 22.08.2018 - 5 AZR 592/17 - mit Hinweis auf BAG, 19.05.2010 - 5 AZR 162/09).

4.26 Grundsätze

Nimmt der Arbeitgeber in einem erfüllbaren Arbeitsverhältnis die ihm angebotene Leistung Arbeit nicht an, kommt er nach § 293 BGB in Annahmeverzug. Der Arbeitnehmer muss dem Arbeitgeber dazu die **Leistung Arbeit** in einem unstrittig bestehenden Arbeitsverhältnis **tatsächlich anbieten**, § 294 BGB (s. dazu auch BAG, 25.02.2015 - 1 AZR 642/13 und BAG, 25.02.2015 - 5 AZR 886/12). Hat der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeitnehmer erklärt, dass er die Leistung Arbeit nicht annehmen werde oder er nicht verpflichtet sei, seinen Mitarbeiter in einem die tatsächliche Arbeitsleistung übersteigenden Umfang zu beschäftigen, genügt **ausnahmsweise auch ein wörtliches Angebot** (§ 295 BGB , s. dazu auch BAG, 25.02.2015 - 1 AZR 642/13 - und BAG, 25.02.2015 - 5 AZR 886/12).

Ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers genügt auch in Fällen, in denen die Parteien über die **Beendigung des Arbeitsverhältnisses** streiten. Zum Beispiel, wenn sich der Arbeitnehmer außergerichtlich gegen die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses wendet und/oder er eine Kündigungsschutzklage erhebt (s. dazu BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12). Das BAG geht lediglich im Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung davon aus, dass ein Angebot der Leistung Arbeit nach § 296 BGB entbehrlich ist (s. dazu BAG, 22.02.2012 - 5 AZR 249/11 ; BAG, 19.09.2012 - 5 AZR 627/11 und BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12). Des Weiteren kann das **Angebot** der Leistung Arbeit **ausnahmsweise unterbleiben**, "wenn offenkundig ist, dass der Arbeitgeber auf seiner Weigerung, die geschuldete Leistung anzunehmen, beharrt" (s. dazu BAG, 16.04.2013 - 9 AZR 554/11 ; BAG, 24.09.2014 - 5 AZR 611/12 und BGH, 09.10.2000 - II ZR 75/99). So ein Fall liegt insbesondere vor, wenn der Arbeitgeber seinen Mitarbeiter einseitig von der Arbeitsleistung freistellt und so auf das Angebot der Arbeitsleistung verzichtet hat (BAG, 18.11.2015 - 5 AZR 814/14 mit Hinweis auf BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12 und BAG, 26.06.2013 - 5 AZR 432/12).

4.27 Hausverbot

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmer N wurde von Arbeitgeber G - arbeitsvertraglich festgeschrieben - **ausschließlich im Drittbetrieb** des D als "Wagenschieber" eingesetzt. Dort kam es zwischen ihm und D's Betriebsleiter zu einem heftigen Streit. D erteilte N daraufhin - was N in der Folge bestritt - ein Hausverbot mit Strafandrohung. Am gleichen Tag erhielt N von G eine **Kündigung**. Seine Kündigungsschutzklage war erfolgreich. N verlangte daher von G Verzugslohn. G meinte, N sei nur für D's Betrieb eingestellt und er brauche daher wegen des erteilten Hausverbots keinen Verzugslohn zu zahlen: N hätte die **vertraglich geschuldete Arbeit** ja gar nicht leisten dürfen.

Erteilt ein Kunde des Arbeitgebers einem seiner Arbeitnehmer ein Hausverbot, ist das kein Fall, in dem der Arbeitgeber das **Risiko des Arbeitsausfalls** nach § 615 Satz 3 BGB zu tragen hat. Insoweit scheidet ein Annahmeverzug des Arbeitgebers aus, wenn der Kunde seinem Mitarbeiter ein durch dessen **Verhalten** veranlasstes Hausverbot erteilt. "Nimmt der Arbeitgeber, ohne dass ihn betriebstechnische Umstände daran hindern, die vom Arbeitnehmer angebotene Arbeitsleistung nicht an, bestimmt sich die **Rechtsfolge** nach § 615 Satz 1 i.V.m. §§ 293 ff. BGB . Liegt ein Fall des Unvermögens des Arbeitnehmers i.S.d. § 297 BGB vor, regelt § 326 BGB , ob der Vergütungsanspruch entfällt (Abs. 1) oder aufrechterhalten bleibt (Abs. 2 Satz 1)" (BAG, 28.09.2016 - 5 AZR 224/16 - Leitsatz - unter Zurückverweisung an das LAG, weil die Tatsache Hausverbot noch weiter aufzuklären war).

4.28 Inhalt des Angebots

Da der **Arbeitgeber** Gläubiger der vom Arbeitnehmer geschuldeten Leistung Arbeit ist, hat er nach §§ 295 , 296 BGB eine **Mitwirkungsobliegenheit**: Er muss seinem Mitarbeiter die **Leistung möglich machen** (s. dazu BAG, 19.01.1999 - 9 AZR 679/97 und BAG, 21.01.1993 - 2 AZR 309/92). Die Mitwirkungsobliegenheit

verlangt vom Arbeitgeber, Zeit und Ort der Arbeitsleistung festzulegen. Es besteht keine Verpflichtung, in der Arbeitsaufforderung auch "den Inhalt der vom Arbeitnehmer konkret zu leistenden Arbeit" festzulegen. "Das gilt selbst dann, wenn der Arbeitnehmer ohne eine solche Konkretisierung außerstande ist, seine Hauptleistungspflicht zu erfüllen."

Der Arbeitgeber soll seinem Mitarbeiter mit der **Arbeitsaufforderung** Gewissheit darüber verschaffen, dass er ihm die Aufnahme der Arbeit nicht länger verwehrt und er ihm den **Arbeitsplatz** in dem vertraglich abgesteckten Rahmen **wieder zur Verfügung** stellt. "Dafür kommt es regelmäßig nicht darauf an, ob und ggf. welcher konkreten Arbeitsanweisungen es zusätzlich bedarf, um den Arbeitnehmer in die Lage zu versetzen, seiner Hauptleistungspflicht nachzukommen" (so: BAG, 21.01.1993 - 2 AZR 309/92). Es genügt die Bereitschaft des Arbeitgebers, eventuell erforderlich werdende Weisungen zu erteilen, wenn der Arbeitnehmer wieder im Betrieb ist. "Steht der Fortbestand des Arbeitsverhältnisses fest, genügt als Anzeige dieser Bereitschaft grundsätzlich auch eine nicht näher spezifizierte Arbeitsaufforderung des Arbeitgebers" (BAG, 19.01.2016 - 2 AZR 449/15) .

4.29 Insolvenz - 1

Der Insolvenzverwalter hat nach § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO die Masseverbindlichkeiten nach folgender Rangordnung zu berichtigen, bei gleichem Rang nach dem Verhältnis ihrer Beträge: ... 2. die Masseverbindlichkeiten, die **nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit** begründet worden sind, ohne zu den Kosten des Verfahrens zu gehören; ..." Als Masseverbindlichkeiten i.S.d. § 209 Abs. 1 Nr. 2 InsO "gelten auch die Verbindlichkeiten ... 2. aus einem Dauerschuldverhältnis für die Zeit nach dem ersten Termin, zu dem der Verwalter nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit kündigen konnte; ..." Wir **bei einer masseunzulänglichen Insolvenz** ein Arbeitsverhältnis durch den Insolvenzverwalter rechtzeitig gekündigt - d.h. spätestens zum erstmöglichen Termin nach Anzeige der Masseunzulänglichkeit -, sind im Fall der Unwirksamkeit dieser Kündigung für die Zeit nach diesem Zeitpunkt entstehende Annahmeverzugsansprüche **Neumasseverbindlichkeiten** i.S.d. § 209 Abs. 1 Nr. 2 , § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO (BAG, 22.02.2018 - 6 AZR 868/16).

4.30 Insolvenz - 2

Ist die vom Insolvenzverwalter erstmals nach **Anzeige der Masseunzulänglichkeit** rechtzeitig ausgesprochene Kündigung unwirksam, "sind Annahmeverzugsansprüche , die für die Zeit nach dem Termin entstehen, zu dem das Arbeitsverhältnis nach Anzeige Masseunzulänglichkeit frühestmöglich hätte beendet werden können, **Neumasseverbindlichkeiten.**" Für Annahmeverzugsansprüche, die für die Zeit nach dem ersten Termin entstehen, zu dem der Insolvenzverwalter die Kündigung nach der Anzeige hätte kündigen können, fingiert § 209 Abs. 2 Nr. 2 InsO den Rang als Neumasseverbindlichkeit. Für Verwaltung/Verwertung der Masse nicht mehr benötigte Dauerschuldverhältnisse muss der Insolvenzverwalter **frühestmöglich beenden**, wenn er Neumasseverbindlichkeiten vermeiden will. "Zur Vermeidung von Neumasseverbindlichkeiten genügt es darum nicht, dass eine Kündigung zum erstmöglichen Termin nach der Anzeige der Masseunzulänglichkeit erklärt wird, die Kündigung muss vielmehr auch wirksam sein" (BAG, 02.10.2018 - 5 AZR 376/17 - mit Hinweis auf BAG, 22.02.2018 - 6 AZR 868/16).

4.31 Kurzarbeit

Der Arbeitgeber kann auch dann in Annahmeverzug kommen, wenn er widerrechtlich Kurzarbeit anordnet. Arbeitnehmer müssen ihre volle Arbeitsleistung in diesem Fall in der Regel **tatsächlich anbieten**. Ein wörtliches Angebot reicht dagegen, wenn der Arbeitgeber durch die Anordnung der Kurzarbeit deutlich zu erkennen gibt, dass er in den von der Kurzarbeit erfassten Zeiträumen eine Beschäftigung des betroffenen Arbeitnehmers ablehnt. Das bloß widerspruchslose **Fernbleiben von der Arbeit** ohne tatsächliches oder wörtliches Angebot der Leistung Arbeit reicht für die Annahme eines Arbeitgeberverzugs nicht (BAG, 18.11.2015 - 5 AZR 491/14 mit dem Hinweis, dass der Arbeitnehmer hier zumindest gegen die angeordnete Kurzarbeit hätte protestieren und so seine Leistung Arbeit wörtlich anbieten müssen).

4.32 Leidensgerechte Arbeit

Die Leistung muss dem Gläubiger so, wie sie zu bewirken ist, angeboten werden, § 294 BGB . Ist die **Tätigkeit** eines Arbeitnehmers im Arbeitsvertrag nur **rahmenmäßig umschrieben**, genügt es nicht, dem

Arbeitnehmer, der seine ursprünglich zugewiesene Tätigkeit nicht mehr ausüben kann, nur eine leidensgerechte Arbeit anzubieten. Das Angebot dieser leidensgerechten Arbeit ist dann für den Annahmeverzug des Arbeitgebers ohne Belang. Der Arbeitgeber muss die leidensgerechte Arbeit durch **Neuübung seines Direktionsrechts** nach § 106 GewO als die nach § 294 BGB zu bewirkende Arbeitsleistung bestimmen (BAG, 19.05.2010 - 5 AZR 162/09 - mit dem Hinweis, dass sich der Arbeitgeber sogar schadensersatzpflichtig machen kann, wenn er seine Pflicht, eine leidensgerechte Arbeit anzuweisen, verletzt; bestätigt durch BAG, 22.08.2018 - 5 AZR 592/17).

4.33 Leiharbeit

Nach § 11 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 1 AÜG darf das **Recht** des Leiharbeitnehmers auf **Vergütung bei Annahmeverzug** des Verleihers nicht durch Vertrag **aufgehoben oder beschränkt** werden - wobei § 615 Satz 2 BGB unberührt bleibt (§ 11 Abs. 4 Satz 2 Halbs. 2 AÜG). In einem Leiharbeitsverhältnis darf ein Arbeitszeitkonto nicht dazu eingesetzt werden, § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG zu umgehen. Der Verleiher darf sein Beschäftigungsrisiko nicht auf den Leiharbeiter abwälzen. ⁽¹⁾ - es sei denn, sie sind in einem Tarifvertrag enthalten (BAG, 16.04.2014 - 5 AZR 483/12).

4.34 Leistungsfähigkeit

Der Arbeitgeber kommt nicht in Annahmeverzug, wenn der Arbeitnehmer **im streitigen Zeitraum** gar nicht in der Lage war, die geschuldete Leistung zu bewirken, § 297 BGB . "Die Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers ist eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit **unabhängige Voraussetzung**, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen muss" (s. dazu BAG, 21.10.2015 - 5 AZR 843/14). Liegt sie nicht vor, ist Annahmeverzug auf Arbeitgeberseite ausgeschlossen - was der Fall sein kann, wenn der betreffende Arbeitnehmer **krank** und gesundheitlich nicht in der Lage ist, seine Arbeit zu leisten (BAG, 28.06.2017 - 5 AZR 263/16 ; bestätigt durch BAG, 22.08.2018 - 5 AZR 592/17).

4.35 Leistungsverweigerungsrecht - 1

Der Schuldner ist berechtigt, seine Leistung nach § 275 Abs. 3 BGB zu verweigern, "wenn er sie persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des ihr entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann." § 275 Abs. 3 BGB regelt das Spannungsverhältnis zwischen der **Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung** und der **Vertragstreue** (s. dazu BAG, 13.08.2010 - 1 AZR 173/09). Dieses Spannungsverhältnis wird bloß dann zugunsten des Schuldners aufgelöst, wenn die Ausführung der Leistung für ihn **in hohem Maße belastend** ist. Das ist der Fall, wenn für den Schuldner eine besondere Leistungerschwerung besteht. So kann ihm die "Erfüllung der von ihm persönlich zu erbringenden Leistung unzumutbar sein, wenn er dadurch Gefahr läuft, in bedeutsamen Rechtsgütern verletzt zu werden." Eine - drohende - Verletzung des Persönlichkeitsrechts macht es auf Arbeitnehmerseite nicht in jedem Fall unzumutbar, die geschuldete Arbeit zu leisten. Denn: "Nicht jedes den Arbeitnehmer belastende Verhalten des Arbeitgebers oder eines seiner Repräsentanten (§ 278 BGB) stellt einen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Arbeitnehmers oder eine Verletzung vertraglicher Pflichten zur Rücksichtnahme (§ 241 Abs. 2 BGB) dar" (BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 569/14).

4.36 Leistungsverweigerungsrecht - 2

§ 275 Abs. 3 BGB gibt dem **Schuldner Arbeitnehmer** ein Leistungsverweigerungsrecht, "wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter **Abwägung** des seine Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem **Leistungsinteresse des Gläubigers** nicht zugemutet werden kann" (s. dazu auch BAG, 18.10.2017 - 10 AZR 330/16 und BAG, 19.01.2016 - 2 AZR 449/15).

Aber: Der Schuldner Arbeitnehmer muss die **Einrede** nach § 275 Abs. 3 BGB gegenüber dem Gläubiger Arbeitgeber **erheben**. Er wird durch § 275 Abs. 3 BGB nicht schon kraft Gesetzes von seiner Leistungspflicht befreit (s. dazu BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 569/14 und BGH, 19.12.2012 - VIII ZR 96/12). Ob die Erhebung der Einrede auch **zurückwirkt**, weil schon ihr Bestehen den Schuldnerverzug ausschließt, brauchte in dem hier vorgestellten Fall nicht entschieden zu werden - der Schuldner hatte die Einrede nicht erhoben (BAG, 14.12.2017 - 2 AZR 86/17).

4.37 Mobbing

Ein **Feststellungsinteresse** im Sinn des § 256 Abs. 1 ZPO ist auch in Fällen gegeben, in denen ein Arbeitnehmer eine Feststellungsklage mit dem Ziel erhebt, festzustellen, ob er nach § 611 BGB ab einem bestimmten Zeitpunkt verpflichtet ist, seine Arbeitsleistung zu erbringen, oder ob ihm § 273 Abs. 1 BGB das Recht einräumt, so lange die geschuldete **Arbeitsleistung zu verweigern**, bis der Arbeitgeber seiner arbeitsvertraglichen Verpflichtung nachgekommen ist, die behaupteten Mobbinghandlungen zu unterbinden. Dabei muss der Feststellungsantrag allerdings hinreichend bestimmt sein. Es muss klar sein, wie lange und unter welchen Voraussetzungen das **Zurückbehaltungsrecht** bestehen soll (BAG, 23.01.2007 - 9 AZR 557/06 - mit dem Hinweis, dass der Begriff "Mobbing" allein zu unbestimmt ist).

4.38 Nachdienstuntauglichkeit

Ist ein Arbeitnehmer (hier: eine Krankenschwester) **aus gesundheitlichen Gründen** nicht mehr in der Lage, Nachdienste zu leisten, ist das allein **keine Arbeitsunfähigkeit** i.S.d. EFZG . Der Arbeitgeber muss in diesem Fall auf die gesundheitlichen Einschränkungen des Mitarbeiters Rücksicht nehmen und ihn von Nachdiensten befreien. **Während der anderen Schichten** kann er seine Arbeit ja noch leisten. Schickt der Arbeitgeber den Mitarbeiter wegen seiner Nachdienstuntauglichkeit als arbeitsunfähig nach Hause, kommt er in Annahmeverzug. Weiter vorausgesetzt, der Arbeitnehmer bietet seine Leistung Arbeit - ohne Nachdienste - ordnungsgemäß an. Dann hat er für die Zeit der Nichtbeschäftigung Anspruch auf Verzugslohn (BAG, 09.04.2014 - 10 AZR 637/13).

4.39 Nicht vertragsgemäße Arbeit

"Ein böswilliges Unterlassen von Erwerb i.S.d. § 615 S. 2 BGB kann auch darin liegen, dass der Arbeitnehmer eine vertraglich nicht geschuldete Leistung ablehnt, die der Arbeitgeber von ihm in einem unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis verlangt" (BAG, 07.02.2007 - 5 AZR 422/06 Leitsatz). Eine **per Weisungsrecht zugewiesene Arbeit** ist nicht von sich aus als unzumutbar anzusehen. Es sind die **Umstände des Einzelfalls** zu berücksichtigen. Neben der Art der Arbeit und den sonstigen Arbeitsbedingungen ist zu prüfen, aus welchen Gründen der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter keine vertragsgemäße Arbeit mehr anbieten kann und warum der Arbeitnehmer die zugewiesene Arbeit ablehnt (hier: Lkw-Fahrer, den der Arbeitgeber nach Einstellung des eigenen Transportbetriebs vor Ablauf der Frist für die gleichzeitig ausgesprochene Änderungskündigung angewiesen hatte, als verantwortlicher "Mitarbeiter für den Restholzbereich" zu arbeiten).

4.40 Öffentlicher Dienst

Bei den Voraussetzungen des Annahmeverzuges gibt es im öffentlichen und im privaten Arbeitsrecht keinen Unterschied. Auch ein öffentlicher Arbeitgeber muss sich darauf einstellen, dass mit Erhebung einer Kündigungsschutzklage zukünftige Ansprüche auf Arbeitsentgelt verlangt werden (BAG, 26.02.2003 - 5 AZN 757/02).

4.41 Rückkehrzusage

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A hatte mit Arbeitnehmer N **im Rahmen eines Auflösungsvertrags** ein befristetes Rückkehrrecht vereinbart. In der **Vereinbarung** hieß es u.a.: "Der Arbeitnehmer kann von seinem Rückkehrrecht nach der Ziffer 1 frühestens 6 Monate nach Beginn des Rückkehrzeitraums für das allgemeine Rückkehrrecht Gebrauch machen. Es ist bei dem Rückkehrrecht nach Ziffern 1 a. und b. eine **Ankündigungsfrist von 3 Monaten** einzuhalten." N kündigte in der Folgezeit gegenüber A an, von seinem Rückkehrrecht Gebrauch zu machen. Später verlangte er Verzugslohn .

Die **Initiativlast für eine Wiedereinstellung** liegt - wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben - **beim Arbeitnehmer**. Er muss gegenüber dem Arbeitgeber ein - zunächst außergerichtliches - **Vertragsangebot abgeben**. Tut er das nicht, hat er immer noch die Möglichkeit, dieses Angebot im Prozess nachzuholen. Das bedeutet für die nachträgliche Begründung eines Arbeitsverhältnisses: "Führt bei rückwirkender Begründung des Arbeitsverhältnisses die bisher fehlende arbeitsvertragliche Bindung zur Unmöglichkeit der Arbeitsleistung in der Vergangenheit, ist der Arbeitgeber hierfür regelmäßig nicht verantwortlich i.S.v. § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB , wenn ihm der Arbeitnehmer den zur Verwirklichung seines Rückkehrrechts erforderlichen Abschluss eines Arbeitsvertrags nicht angetragen, sondern von ihm nur die Abgabe eines Vertragsangebots verlangt hat" (BAG, 27.01.2016 - 5 AZR 9/15 Leitsatz - Folge: kein Annahmeverzug).

4.42 Schadensersatz - 1

Teilzeitbeschäftigte haben nach § 9 TzBfG einen Anspruch auf Verlängerung ihrer Arbeitszeit auf einem "entsprechenden" freien Arbeitsplatz. Sperrt sich der Arbeitgeber unberechtigt gegen eine **Verlängerung der Arbeitszeit**, kann er sich schadensersatzpflichtig machen und für die **Vergütungsdifferenz** zwischen dem tatsächlich gezahlten Gehalt und dem höheren Gehalt haften. Ein Anspruch auf Verlängerung der Arbeitszeit in einer höherwertigen Funktion besteht allerdings nur in Ausnahmefällen, zum Beispiel wenn der Arbeitgeber durch seine eigenen Vorgaben die Voraussetzungen dafür schafft, dass unterschiedliche Hierarchieebenen durchlässig werden (BAG, 16.09.2008 - 9 AZR 781/07).

4.43 Schadensersatz - 2

Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst sind nach Maßgabe des § 34 Abs. TVöD **ordentlich unkündbar**. Soll eine **außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund** erfolgen, muss der Arbeitgeber zuvor prüfen, ob eine Weiterbeschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz möglich ist. Tut er das nicht, macht er sich möglicherweise schadensersatzpflichtig. Aber: "Begehrt ein nach § 34 Abs. 2 TVöD ordentlich unkündbarer Arbeitnehmer unter Berufung auf die vertragliche **Rücksichtnahmepflicht** Schadensersatz wegen unterlassener Beschäftigung, ist er für die anspruchsbegründenden Tatsachen darlegungs- und beweisbelastet" (BAG, 27.05.2015 - 5 AZR 88/14 - Leitsatz).

4.44 Schadensersatz - 3

Ein Fall von Leistungsverzug: Zahlt der Arbeitgeber seinem Mitarbeiter das Arbeitsentgelt zu spät, hat der Anspruch auf Verzugszinsen nach § 288 Abs. 1 BGB und Ersatz des durch den Verzug entstandenen weiteren Schadens (§ 288 Abs. 4 BGB) - zum Beispiel Erstattung von **Kreditzinsen**. Bezieht der Arbeitnehmer wegen des Zahlungsverzugs **SGB 2- Leistungen**, die er später wieder zurückzahlen muss, ist das **kein Verzugschaden** i.S.d. § 288 Abs. 4 BGB : Der Arbeitnehmer darf nicht beides - "Hartz IV" und Arbeitsentgelt - behalten. Seine rechtlich geschützte Vermögensposition verschlechtert sich durch die Rückzahlung also nicht (BAG, 17.01.2018 - 5 AZR 205/17).

4.45 Streitige Arbeitszeit

Kann aus den **Absprachen der Vertragspartner** nicht hinreichend deutlich auf eine Teilzeitabrede geschlossen werden, ist die Annahme eines Vollzeitarbeitsverhältnisses gerechtfertigt. Darf der Arbeitgeber die Arbeitszeit seines Mitarbeiters insoweit **flexibel einteilen**, dass er bloß im Jahresdurchschnitt die 40-Stunden-Woche einhalten muss, kann er auch **ohne besonderes Arbeitsangebot** des Arbeitnehmers in Annahmeverzug kommen. Das passiert beispielsweise, wenn arbeitszeitrechtlich nur noch bestimmte Arbeitstage zur Verfügung stehen, um den Jahresdurchschnitt zu erreichen (BAG, 08.10.2008 - 5 AZR 715/07).

4.46 Tarifliches Beschäftigungsverbot

§ 297 BGB sagt: "Der Gläubiger kommt nicht in Verzug, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 [BGB - Entbehrlichkeit des Angebots] zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmte Zeit **außerstande** ist, die **Leistung zu bewirken**." Das bedeutet für ein tarifvertragliches Beschäftigungsverbot: "Eine Tarifnorm, die dem Arbeitgeber untersagt, am 24. und am 31. Dezember Arbeitsleistung im Umfang von **mehr als sechs Stunden** zu fordern, setzt gleichzeitig die Arbeitnehmer außerstande, die Arbeitsleistung zu bewirken, § 297 BGB . Sie begründet deshalb - für sich genommen - hinsichtlich der ausfallenden Arbeitsstunden weder eine Vergütungspflicht des Arbeitgebers noch einen Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Arbeitszeitgutschrift " (BAG, 29.06.2016 - 5 AZR 617/15 - Leitsatz).

4.47 Tatsächliches Angebot - 1

Der Arbeitgeber kommt nach § 293 BGB in Annahmeverzug, "wenn er **im erfüllbaren Arbeitsverhältnis** die ihm angebotene Leistung nicht annimmt." Besteht das Arbeitsverhältnis unstreitig, ist der Arbeitnehmer verpflichtet, seinem Arbeitgeber die Leistung Arbeit tatsächlich anzubieten, § 294 BGB . "Ein **wörtliches Angebot** (§ 295 BGB) genügt (nur), wenn der Arbeitgeber ihm erklärt hat, er werde die Leistung nicht annehmen oder sei nicht verpflichtet, den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung

übersteigenden Umfang zu beschäftigen" (s. dazu BAG, 21.10.2015 - 5 AZR 843/14). Der Arbeitnehmer muss seine Leistung Arbeit so anbieten, wie die Leistung zu bewirken ist: "**am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Art und Weise** entsprechend den vertraglichen Vereinbarungen bzw. deren Konkretisierung kraft Weisung nach § 106 Satz 1 GewO ". (BAG, 28.06.2017 - 5 AZR 263/16 - mit Hinweis auf BAG, 19.05.2010 - 5 AZR 162/09 - und BAG, 24.09.2014 - 5 AZR 611/12).

4.48 Tatsächliches Angebot - 2

Arbeitgeber und Personaler fragen sich oft, **wie** so ein tatsächliches Arbeitsangebot auszusehen hat. Muss sich der Arbeitnehmer nur **am Werkstor oder am Empfang** melden oder muss er mehr tun? Nun, wenn er seine Leistung Arbeit am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Art und Weise anbieten muss, heißt das: "Das von § 294 BGB verlangte tatsächliche Angebot ist ein Realakt. Es bedeutet, dass der Arbeitnehmer sich am Arbeitsort oder am Arbeitsplatz einfindet, um mit der Arbeitsleistung zu beginnen" (BAG, 28.06.2017 - 5 AZR 263/16) .

4.49 Tatsächliches Angebot - 3

Im laufenden - unstreitigen - Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber seine Leistung Arbeit so anbieten, wie er sie zu bewirken hat (s. dazu BAG, 19. 05.2010 - 5 AZR 162/09). Bietet der Arbeitnehmer seine Tätigkeit bloß in einem **Wiedereingliederungsverhältnis** i.S.d. § 74 SGB V an, reicht das als Leistungsangebot nicht. Das Wiedereingliederungsverhältnis ist ein Vertragsverhältnis eigener Art - neben dem laufenden Arbeitsvertrag. Das Wiedereingliederungsverhältnis wird nicht durch den Austausch der Leistung Arbeit gegen die Leistung Geld bestimmt, sondern es dient der **Rehabilitation des Arbeitnehmers**. Er soll während der Wiedereingliederung seine (frühere) Arbeitsfähigkeit wiedererlangen. Der Arbeitgeber und sein weiterhin arbeitsunfähiger Mitarbeiter sind "während des Wiedereingliederungsverhältnisses weiterhin von den Hauptleistungspflichten des Arbeitsverhältnisses gemäß § 275 Abs. 1 , § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB befreit." Der Arbeitnehmer leistet halt die geschuldete Arbeit nicht und hat deswegen auch **keinen Vergütungsanspruch** (BAG, 06.12.2017 - 5 AZR 815/16 , mit Hinweis auf BAG, 24.09. 2014 - 5 AZR 611/12).

4.50 Tragen eines islamischen Kopftuchs

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmerin N war Muslima und arbeitete als **Krankenschwester** in einem Krankenhaus der Evangelischen Kirche. Nach Elternzeit und Arbeitsunfähigkeit bot sie Arbeitgeber G ihre Tätigkeit im Rahmen einer Wiedereingliederung an, wollte bei ihrer Arbeit jedoch zukünftig **aus religiösen Gründen** ein Kopftuch tragen. G nahm N's Angebot nicht an und zahlte ihr auch kein Arbeitsentgelt. N verklagte G in der Folgezeit auf Zahlung von Verzugslohn - ohne Erfolg.

Arbeitnehmer im Dienst eines der Evangelischen Kirche zugehörigen Krankenhauses sind **zur Neutralität verpflichtet**. Trägt eine Arbeitnehmerin ein Kopftuch, um damit ihre **Zugehörigkeit zum islamischen Glauben** kundzutun, ist das gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstoßendes Verhalten. Außerdem blieb offen, ob die Arbeitnehmerin in dem Zeitraum, für den sie Arbeitsentgelt verlangt, überhaupt arbeitsfähig war. Denn mit dem Angebot, die Arbeit nach dem von ihrem Arzt erstellten Wiedereingliederungsplan vorzunehmen, wird die **fehlende Leistungsfähigkeit** indiziert (BAG, 24.09.2014 - 5 AZR 611/12 - unter Zurückweisung an die Vorinstanz zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts).

4.51 Unmögliche Arbeitsleistung

Der **Anspruch des Arbeitgebers** auf die Arbeitsleistung ist nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, wenn dem Arbeitnehmer die Leistung unmöglich ist. Das führt auf Seiten des Arbeitnehmers eigentlich dazu, dass nach § 326 Abs. 1 BGB sein **Anspruch auf die Gegenleistung** Arbeitsentgelt entfällt. Aber: Der Anspruch auf die Gegenleistung bleibt "nach § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB erhalten, wenn der Gläubiger für den Umstand allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, aufgrund dessen der Schuldner nicht zu leisten braucht" § 326 Abs. 2 BGB erfasst alle gegenseitigen Verträge, also auch einen Arbeitsvertrag (so schon BAG, 24.11.1960 - 5 AZR 545/59 - zur Vorgängerregelung des § 324 Abs. 1 BGB a.F.). Hat der Arbeitgeber die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung allein oder überwiegend zu verantworten, behält der Arbeitnehmer seinen **Lohnanspruch** (s. dazu BAG, 13.06.2007 - 5 AZR 564/06 und BAG, 19.08.2015 - 5 AZR 975/13). § 615 BGB - Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko - steht der Anwendung von § 326 Abs. 2

Satz 1 Alt. 1 BGB im Arbeitsrecht nicht entgegen. Beide Bestimmungen ergänzen sich - mit dem Ergebnis, dass kein Anspruch auf Verzugslohn entsteht, wenn der Arbeitnehmer leistungsunfähig ist (BAG, 23.09.2015 - 5 AZR 146/14) .

4.52 Unregelmäßige Arbeitszeit

Wenn ein Arbeitgeber von seinem Recht Gebrauch macht, die **Arbeitszeit** seines Mitarbeiters **flexibel** zu bestimmen, kommt § 296 BGB - Entbehrlichkeit des Angebots bei kalendermäßiger Bestimmung - nicht zur Anwendung. Der Arbeitnehmer muss in diesem Fall die von ihm gewünschte **Arbeit anbieten**, um den Annahmeverzug zu begründen. Ist die vertragliche Dauer der Arbeitszeit ungewiss oder streitig, liegt ein tatsächliches Angebot der Arbeitsleistung im Umfang der vollen vertraglichen Arbeitszeitdauer nicht ohne Weiteres darin, dass der Arbeitnehmer die Arbeit an seinem Arbeitsplatz aufnimmt (BAG, 25.04.2007 - 5 AZR 504/06).

4.53 Unvermögen - 1

§ 297 BGB sagt: "Der Gläubiger kommt **nicht in Verzug**, wenn der Schuldner zur Zeit des Angebots oder im Fall des § 296 zu der für die Handlung des Gläubigers bestimmten Zeit außerstande ist, die Leistung zu bewirken." Während des gesamten Verzugszeitraums müssen **Leistungswille und Leistungsfähigkeit des Schuldners** vorliegen. Dabei ist die Ursache der Leistungsunfähigkeit sogar unerheblich: "Das Unvermögen kann auf tatsächlichen Umständen (wie z.B. Arbeitsunfähigkeit) beruhen oder ihre Ursache im Rechtlichen haben, etwa wenn ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht ... [s. dazu BAG, 18.03.2009 - 5 AZR 192/08] oder eine erforderliche Erlaubnis für das Ausüben der geschuldeten Tätigkeit fehlt ... [s. dazu BAG, 06.03.1974 - 5 AZR 313/73 - Wegfall der Erlaubnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs; BAG, 18.12.1986 - 2 AZR 34/86 - Entzug der Fahrerlaubnis eines als Auslieferungsfahrer beschäftigten Arbeitnehmers; BAG, 15.06.2004 - 9 AZR 483/03 - fehlende bergrechtliche Unbedenklichkeitsbescheinigung; BAG, 10.04.2014 - 2 AZR 812/12 - Entzug der missio canonica einer Gemeindefereferentin; BAG, 27.05.2015 - 5 AZR 88/14 - Entzug der Ermächtigung zum Umgang mit Verschlussachen nach SÜG; BAG, 23.09.2015 - 5 AZR 146/14 - Entzug der für eine Tätigkeit bei den US-Streitkräften erforderlichen Einsatzgenehmigung]." Kann der Schuldner Arbeitnehmer seine Arbeit **rechtlich und tatsächlich leisten**, liegt kein Fall von Annahmeverzug vor (BAG, 21.10.2015 - 5 AZR 843/14) .

4.54 Unvermögen - 2

Der **Annahmeverzug des Arbeitgebers entfällt**, wenn ein Kunde einem Mitarbeiter, der - arbeitsvertraglich festgeschrieben - nur in diesem Kundenbetrieb eingesetzt werden durfte, "für das Einsatzobjekt ein durch sein Verhalten veranlassenes Hausverbot erteilt hat." Der Arbeitgeber kommt nach § 297 BGB nicht in Annahmeverzug, wenn sein Mitarbeiter nicht dazu in der Lage ist, die vertraglich vereinbarte Arbeit zu leisten. "Die **Leistungsfähigkeit** ist - neben dem **Leistungswillen** - eine vom Leistungsangebot und dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzung, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen muss. Unerheblich ist dabei die Ursache für die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers. Das Unvermögen kann auf tatsächlichen Umständen (wie z.B. Arbeitsunfähigkeit) beruhen oder ihre Ursache im Rechtlichen haben, etwa wenn ein gesetzliches Beschäftigungsverbot besteht oder eine erforderliche Erlaubnis für das Ausüben der geschuldeten Tätigkeit fehlt" (BAG, 28.09.2016 - 5 AZR 224/16 - mit Hinweis auf BAG, 21.10.2015 - 5 AZR 843/14) .

4.55 Unzumutbare Beschäftigung

Es gibt Fälle, in denen dem Arbeitgeber die Annahme der Leistung Arbeit nach Treu und Glauben - § 242 BGB - nicht zumutbar ist. So kommt er trotz nicht angenommener Arbeitsleistung nicht in Annahmeverzug, wenn sich der Mitarbeiter so verhält, dass sein Chef die Annahme der Leistung "nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Gepflogenheiten des Arbeitslebens zu Recht ablehnt. Dies kann der Fall sein, wenn bei Annahme der angebotenen Dienste, strafrechtlich geschützte Interessen des Arbeitgebers seiner Angehörigen oder anderer Betriebsangehöriger unmittelbar und nachhaltig so gefährdet werden, dass die Abwehr dieser Gefährdung Vorrang vor dem Interesse des Arbeitnehmers an der Erhaltung seines Verdienstes haben muss" (BAG, 16.04.2014 - 5 AZR 739/11 - hier: Vermögensdelikte zu Lasten des Arbeitgebers, bei denen der Arbeitnehmer als Leiter Buchhaltung/Finanzen/Personal knapp 280.568,95 EUR aus dem Arbeitgebervermögen an sich gebracht hatte).

4.56 Urlaubsgewährung

Ist der Arbeitgeber in dem Zeitpunkt, in dem der Urlaubsanspruch wegen seiner Befristung verfällt, mit der Gewährung des Urlaubs in Verzug, wandelt sich der Urlaubsanspruch seines Mitarbeiters in einen Schadensersatzanspruch um (§§ 275 Abs. 1 , Abs. 4 , 280 Abs. 1 , 283 Satz 1 , 286 Abs. 1 Satz 1 , 249 Abs. 1 BGB). **Ersatzurlaub**, der im bestehenden Arbeitsverhältnis nicht mehr gewährt werden kann, ist bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses abzugelten (so: BAG, 20.04.2012 - 9 AZR 504/10 und BAG, 11.04.2006 - 9 AZR 523/05). In Verzug kommt ein Arbeitgeber mit der Gewährung von Urlaub allerdings nur dann, "wenn er den vom Arbeitnehmer rechtzeitig geltend gemachten Urlaub **nicht gewährt**. Einer Geltendmachung des Urlaubs durch den Arbeitnehmer bedarf es nur dann nicht, wenn der Arbeitgeber die Urlaubsgewährung ernsthaft und endgültig verweigert" (BAG, 04.11.2015 - 7 AZR 851/13 - mit Hinweis auf BAG, 13.12.2011 - 9 AZR 420/10).

4.57 Verjährung - 1

Ansprüche auf Verzugslohn verjähren nach § 195 BGB mit der **Regelverjährungsfrist von drei Jahren**. Die 3-Jahres-Frist beginnt nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB mit dem Schluss des Jahres, in dem der Anspruch entstanden ist und der Gläubiger des Verzugslohns von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners **Kenntnis** erlangt hat oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangt haben müsste (§ 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB). "§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB setzt regelmäßig die **Fälligkeit des Anspruchs** voraus, weil erst von diesem Zeitpunkt an der Gläubiger nach § 271 Abs. 2 BGB mit Erfolg die Leistung fordern und den Ablauf der Verjährungsfrist durch Klageerhebung verhindern kann" (BAG, 24.06.2015 - 5 AZR 509/13 - mit Hinweis auf BAG, 23.10.2013 - 5 AZR 135/12).

4.58 Verjährung - 2

Hat ein Arbeitnehmer **Anspruch auf Verzugslohn** nach § 615 Satz 1 BGB , verjährt sein Anspruch gemäß § 195 BGB innerhalb von drei Jahren. Dabei fängt die regelmäßige Verjährungsfrist gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB erst **mit dem 31.12.** des Jahres an, in dem der Anspruch entstanden ist. Verzugslohn wird in dem Zeitpunkt fällig, "in dem die Vergütung bei tatsächlicher Beschäftigung in den einzelnen Abrechnungsperioden fällig geworden wäre" (s. dazu BAG, 24.09.2014 - 5 AZR 593/12 und BAG, 16.05.2012 - 5 AZR 251/11). Der Ablauf der Verjährungsfrist kann durch **Zustellung eines Mahnbescheids** gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB gehemmt werden (BAG, 11.10.2017 - 5 AZR 694/16 - mit dem Hinweis, dass eine Kündigungsschutzklage die Verjährung nicht hemmen kann, weil sie einen anderen Streitgegenstand hat).

4.59 Verzugs pauschale - 1

§ 288 Abs. 5 Satz 1 BGB sieht seit dem 29.07.2014 vor: "Der **Gläubiger einer Entgeltforderung** hat bei Verzug des Schuldners, wenn dieser kein Verbraucher ist, außerdem einen Anspruch auf Zahlung einer Pauschale **von 40 Euro**." Und § 288 Abs. 5 Satz 3 BGB schließt mit "Die Pauschale nach Satz 1 ist auf einen geschuldeten Schadensersatz anzurechnen, soweit der Schaden in **Kosten der Rechtsverfolgung** begründet ist." an. Bei arbeitsrechtlichen Verzugsfällen ist immer die Regelung in § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG zu beachten: "In Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs besteht kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozessbevollmächtigten oder Beistandes." Und das gilt nach allgemeiner Auffassung auch schon für die vorgerichtliche Geltendmachung verzugsfähiger Ansprüche.

Die Arbeitsgerichte taten sich bislang schwer darin, dem **Verzugsgläubiger Arbeitnehmer** wegen § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG gegen den **Verzugsschuldner Arbeitgeber** die Verzugs pauschale aus § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB zuzusprechen. Das LAG Köln sieht das als erstes Obergericht anders. Die 40-Euro-Pauschale sei auch auf den Verzug mit der Zahlung von Arbeitsentgelt anzuwenden. Das BGB enthalte hier **keine "Bereichsausnahme"**. Die Regelung in § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB sei eine "Erweiterung der gesetzlichen Regelung zum Verzugszins ". Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung eine Möglichkeit schaffen, Druck auf säumige Schuldner auszuüben. Die Rechtslage ist bei Arbeitnehmern, die ihr Arbeitsentgelt nicht oder nicht pünktlich erhalten, mit anderen Verzugsfällen vergleichbar (LAG Köln, 22.11.2016 - 12 Sa 524/16 - wobei das Gericht die Revision zum BAG zugelassen hat, damit in dieser Angelegenheit eine höchstgerichtliche Entscheidung getroffen werden kann - s. dazu nachfolgend BAG, 25.09.2018 - 8 AZR 26/18).

4.60 Verzugs pauschale - 2

Die in § 288 Abs. 5 BGB geregelte Verzugs pauschale fällt **grundsätzlich** auch in Fällen an, in denen der Arbeitgeber mit der Entgeltzahlung in Verzug ist. Aber: § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG - "In Urteilsverfahren des ersten Rechtszugs besteht kein Anspruch der obsiegenden Partei auf Entschädigung wegen Zeitversäumnis und auf Erstattung der Kosten für die Zuziehung eines Prozeßbevollmächtigten oder Beistands" - **schließt als spezialgesetzliche Regelung** nicht bloß den erstinstanzlichen **Kostenerstattungsanspruch aus**. § 12a Abs. 1 Satz 1 ArbGG neutralisiert ebenso einen entsprechenden materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruch. Mit der Folge, dass auch der Anspruch auf Zahlung der Verzugs pauschale nach § 288 Abs. 5 BGB ausgeschlossen ist (BAG, 25.09.2018 - 8 AZR 26/18 - zu LAG Düsseldorf, 10.10.2017 - 8 Sa 284/17).

4.61 Wörtliches Angebot - 1

Solange das Arbeitsverhältnis besteht, muss der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die **Leistung Arbeit tatsächlich anbieten**, wenn er ihn in Annahmeverzug setzen will (§ 294 BGB). Gibt es zwischen den Vertragspartnern **Streit über die Beendigung** des Arbeitsverhältnisses, reicht nach § 295 BGB auch ein wörtliches Angebot des Arbeitnehmers. Das hat den Hintergrund, dass der Arbeitgeber, der auf der Beendigung des Arbeitsverhältnisses besteht, deutlich gemacht hat, dass er die Leistung Arbeit von diesem Mitarbeiter nicht mehr annehmen wird. Ein wörtliches Angebot der Leistung Arbeit kann darin gesehen werden, dass der Mitarbeiter die Beendigung seines befristeten Arbeitsverhältnisses beanstandet und/oder eine Befristungskontrollklage erhebt (dazu: BAG, 12.12.2012 - 5 AZR 93/12). "Der **Protest gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses** kann aber bereits vor dem Ablauf der Befristung bekundet werden" (BAG, 04.11.2015 - 7 AZR 933/13 - mit Hinweis auf BAG, 19.09.2012 - 5 AZR 627/11).

4.62 Wörtliches Angebot - 2

Der Arbeitgeber kommt gemäß § 293 BGB in Annahmeverzug, "wenn er **im erfüllbaren Arbeitsverhältnis** die ihm angebotene Leistung nicht annimmt." Ist das Bestehen des Arbeitsverhältnisses zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht streitig, hat der Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber die Leistung Arbeit gemäß § 294 BGB tatsächlich - und nicht nur wörtlich - anzubieten. Wörtliche Angebote können dagegen nach § 295 BGB genügen, wenn der Arbeitnehmer zuvor von seinem Arbeitgeber gesagt bekommen hat, dass er dessen **Leistung Arbeit nicht annehmen** werde oder er vertraglich nicht verpflichtet sei, "den Arbeitnehmer in einem die tatsächliche Heranziehung übersteigenden **Umfang** zu beschäftigen." Die Rechtsprechung geht bloß in Fällen, in denen der Arbeitgeber zuvor eine - unwirksame - Kündigung ausgesprochen hat, davon aus, dass ein Angebot der Arbeitsleistung nach § 296 BGB regelmäßig entbehrlich ist (BAG, 06.12.2017 - 5 AZR 815/16 - mit Hinweis auf BAG, 15.05.2013 - 5 AZR 130/12).

4.63 Zeitpunkt

Der Anspruch des Arbeitnehmers auf Verzugslohn entsteht in der Zeit des Annahmeverzugs **peu à peu** nach dem arbeitsvertraglichen Vergütungsanspruch. Dabei richtet sich die **Fälligkeit des Verzugslohns** nach dem Zeitpunkt, "in dem die Vergütung bei tatsächlicher Beschäftigung in den einzelnen Abrechnungsperioden fällig geworden wäre". Für die Verjährung von Verzugslohnansprüchen kommt es " - neben dem Entstehen des Anspruchs - nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB darauf an, dass der Gläubiger von den anspruchsbegründenden Umständen und der Person des Schuldners Kenntnis erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen musste" (BAG, 24.09.2014 - 5 AZR 593/12 - mit dem Hinweis, dass ein Arbeitnehmer vom Vergütungsanspruch aus Annahmeverzug Kenntnis i.S.d. § 199 BGB hat, "wenn er Kenntnis von den Tatsachen hat, die den Anspruch begründen").

4.64 Zukünftige Vergütung

"§ 295 ZPO ermöglicht nicht die Verfolgung künftig entstehender Vergütungsansprüche aus dem Arbeitsverhältnis. Der **Abschluss des Arbeitsvertrags** reicht für die **Anspruchsentstehung** nicht aus. Erforderlich ist die **Erbringung der Arbeitsleistung** oder die Erfüllung der Voraussetzungen, unter denen aus sonstigem Rechtsgrund Arbeitsentgelt ohne Arbeitsleistung beansprucht werden kann" (BAG, 22.10.2014 - 5 AZR 731/12 Leitsatz).

4.65 Zurückbehaltungsrecht - 1

Der Schuldner hat gegenüber dem Gläubiger nach Maßgabe des § 273 BGB ein Zurückbehaltungsrecht, wenn er **aus demselben rechtlichen Verhältnis** einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat. Ein zunächst entstandenes Zurückbehaltungsrecht begründet es **keinen Bereicherungsanspruch** des Schuldners mehr, wenn er die Gegenleistung bereits in vollem Umfang erbracht hat. Eine Leistung kann nur dann zurückbehalten werden, wenn sie **noch nicht erbracht** ist - etwas anderes ist schon begrifflich ausgeschlossen (OLG Zweibrücken, 19.02.2009 - 4 U 69/08).

4.66 Zurückbehaltungsrecht - 2

Nach § 273 Abs. 1 BGB darf ein Schuldner, "der **aus dem gleichen Rechtsverhältnis**, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger hat - sofern sich aus dem Schuldverhältnis nichts anderes ergibt -, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird." Erfüllt der Arbeitgeber seine **Haupt- oder Nebenpflichten** aus dem Arbeitsverhältnis schuldhaft nicht, kann sein Mitarbeiter das Recht haben, seine Leistung Arbeit zurückzuhalten. Zum Beispiel in Fällen, in denen der "Arbeitgeber oder einer seiner Repräsentanten (§ 278 BGB) die Gesundheit des Arbeitnehmers oder dessen **Persönlichkeitsrecht** in erheblicher Weise verletzt und mit weiteren Verletzungen zu rechnen ist." Aber: Die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechts kann nur unter Berücksichtigung des Gebots von Treu und Glauben erfolgen und unterliegt zudem dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. "Dementsprechend muss der Arbeitnehmer unter Angabe des Grundes dem Arbeitgeber klar und eindeutig mitteilen, er werde dieses Recht mit Blick auf eine ganz bestimmte, konkrete Gegenforderung wahrnehmen. Nur so wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, den möglichen Anspruch des Arbeitnehmers zu prüfen und ggf. zu erfüllen. Wenn der Arbeitnehmer berechtigterweise von einem Zurückbehaltungsrecht Gebrauch macht, liegt keine Arbeitsverweigerung vor" (BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 569/14 mit Hinweis auf BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 88/07).

4.67 Zurückbehaltungsrecht - 3

§ 273 BGB gibt Schuldnern ein Zurückbehaltungsrecht. Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, aus dem er verpflichtet ist, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, kann er - wenn sich aus dem Schuldverhältnis nichts anderes ergibt - die selbst geschuldete Leistung so lange verweigern, bis der Gläubiger seine Leistung erfüllt hat. So darf ein Arbeitnehmer z.B. seine **Leistung Arbeit** zurückhalten, "wenn der Arbeitgeber seine aus dem Arbeitsverhältnis folgenden Haupt- oder Nebenpflichten schuldhaft nicht erfüllt." Das ist beispielsweise der Fall, wenn "die **Gesundheit des Arbeitnehmers** oder dessen Persönlichkeitsrecht in erheblicher Weise verletzt [wird] und mit weiteren Verletzungen zu rechnen ist" oder **Entgeltansprüche offen** sind. Der Arbeitnehmer darf sein Zurückbehaltungsrecht aber nicht willkürlich ausüben. Er hat das Gebot von Treu und Glauben - § 242 BGB - und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. "Dementsprechend muss der Arbeitnehmer unter Angabe des Grundes dem Arbeitgeber klar und eindeutig mitteilen, er werde dieses Recht mit Blick auf eine ganz bestimmte, konkrete Gegenforderung wahrnehmen. Nur so wird dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, den möglichen Anspruch des Arbeitnehmers zu prüfen und ggf. zu erfüllen" (BAG, 19.01.2016 - 2 AZR 449/15 - mit Hinweis auf BAG, 22.10.2015 - 2 AZR 569/14 und BAG, 13.03.2008 - 2 AZR 88/07).

4.68 Zusätzliche Ruhepausen

§ 4 ArbZG schreibt dem Arbeitgeber vor, wie viel Ruhepausen er seinen Mitarbeitern gewähren muss. Die **Festlegung unbezahlter Ruhepausen**, die darüber hinausgehen, unterliegt der **Mitbestimmung des Betriebsrats** nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG . "Das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfasst auch die Frage, ob die Arbeit an einem Arbeitstag zusammenhängend oder in mehreren Teilabschnitten, die durch größere Pausen unterbrochen sind, geleistet wird." Hat der Arbeitgeber mit seinem Betriebsrat in einer **Betriebsvereinbarung** zusätzliche unentgeltliche Ruhepausen abgemacht, führt die zusätzliche Unterbrechung der Arbeitszeit nicht dazu, dass der Arbeitgeber für diesen Zeitraum in Annahmeverzug gerät und seinen Mitarbeiter vergüten muss (BAG, 25.02.2015 - 1 AZR 642/13 - mit dem Hinweis, dass ein Arbeitnehmer, der diese Rechtsfolge nicht gegen sich gelten lassen will, zumindest gegen die angeordnete Arbeitsunterbrechung protestieren und damit seine Arbeitsleistung wörtlich anbieten muss).

Anmerkung 1:

"Regelungen, die es dem Verleiher ermöglichen, in verleihtfreien Zeiten einseitig das Arbeitszeitkonto abzubauen, sind unwirksam"