

Inhaltsübersicht

1. Allgemeines
2. Grundgedanke
3. Besondere Fälle
4. Rechtsprechungs-ABC
 - 4.1 "Corona"-Beschäftigung
 - 4.2 Corona-Pandemie
 - 4.3 "Corona"-Schließung - 1
 - 4.4 "Corona"-Schließung - 2
 - 4.5 Entzug einer Einsatzgenehmigung
 - 4.6 Hausverbot
 - 4.7 Leiharbeitsverhältnis
 - 4.8 Polizeiliches Einsatzverbot
 - 4.9 Schulferien
 - 4.10 Unvermögen
 - 4.11 Witterung

Information

1. Allgemeines

Der Arbeitgeber muss nicht nur **beim klassischen Annahmeverzug** Lohn und Gehalt weiter zahlen. Die gesetzliche Regelung in § 615 Satz 3 BGB nimmt ihn auch beim sog. Betriebsrisiko in die Pflicht. Das ist der Fall, wenn die Arbeitsleistung deswegen nicht abgerufen werden kann, weil es in der **Sphäre des Arbeitgebers** zu einer Betriebsstörung gekommen ist. Auch hier trägt der Arbeitgeber das **Lohnrisiko**. Auf ein Verschulden kommt es nicht an.

2. Grundgedanke

Der Arbeitgeber muss auch dann für die Arbeitsleistung zahlen, wenn sie wegen einer unverschuldeten, aber in seiner Sphäre liegenden **Betriebsstörung**

- Behördliche Auflagen
- Behördliche Verbote
- Betriebsstoffmangel
- Brandschaden
- Explosion
- Kälteeinbruch
- Maschinenschaden
- Materialmangel
- Naturkatastrophe
- Smogalarm
- Stromunterbrechung
- Sturmschaden
- Unwetterschaden
- Wasserschaden

nicht geleistet werden kann. Der Arbeitgeber ist **Unternehmer**. Er leitet und organisiert seinen Betrieb. Er muss deswegen auch dafür einstehen, wenn **Gründe in seiner Sphäre** zu einem Arbeitsausfall führen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf das Stichwort Betriebsrisiko verwiesen.

Beim **Arbeitskampfrisiko** kann es passieren, dass der Arbeitnehmer kein Geld bekommt, wenn Arbeitskampf bedingt Arbeitszeit ausfällt. Nach einer engeren **Definition** wird ein **Betriebsrisiko** nur angenommen, wenn der Arbeitgeber seine Mitarbeiter ohne eigenes Verschulden aus betriebstechnischen Gründen nicht beschäftigen kann. Ein **Wirtschaftsrisiko** - mit der gleichen Folge: Entgeltzahlung - liegt dagegen vor, wenn der Abruf der Arbeitsleistung zwar möglich, aber wirtschaftlich unsinnig ist, weil z.B. niemand die produzierte Ware haben will. Der Arbeitgeber trägt das **Verwendungsrisiko** für den eingekauften **Produktionsfaktor Arbeitskraft**.

3. Besondere Fälle

Nach § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB verliert der Dienstverpflichtete seinen Anspruch auf die Vergütung, wenn keine der Vertragsparteien die eingetretene **Unmöglichkeit** der Arbeitsleistung zu vertreten hat.

Beispiel:

In der Nacht vom 1. auf den 2. Januar kommt es im Bundesland Sachsen zu heftigen Schneefällen. Hohe Schneeverwehungen sorgen dafür, dass der Verkehr großflächig zum Erliegen kommt. Die Lkws der Spedition HALLOgistic GmbH können am 2. Januar nicht bewegt werden. Fahrer Schorsch Schreiber kann wegen der Schneekatastrophe seinen Arbeitsplatz bei der HALLOgistic nicht erreichen und bleibt an diesem Tag zu Hause. Die HALLOgistic GmbH braucht ihm für diesen Tag keinen Lohn zu zahlen. Weder Arbeitgeber noch Arbeitnehmer haben hier die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zu vertreten. Dass Schorsch die Arbeit gar nicht aufnehmen kann, gehört nicht zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers.

Hier realisiert sich das **Wegerisiko des Arbeitnehmers**.

Anders ist der Fall zu beurteilen, wenn sich das **Betriebsrisiko** kausal auf die Arbeitsleistung auswirkt:

Fortsetzung des Beispiels:

Es ist wieder Sommer, Schorsch will am Morgen des 7. Juli seine Arbeit aufnehmen und stellt fest, dass sein Truck vom verschlossenen Firmengelände gestohlen wurde. Auch hier haben weder die HALLOgistic GmbH noch Schorsch die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung zu vertreten. Den Truck haben Fremde geklaut. Die HALLOgistic GmbH muss sich die Entwendung des Lkws aber wegen des Betriebsrisikos zurechnen lassen und Schorsch für die ausfallende Arbeitszeit bezahlen (oder, wenn es der Arbeitsvertrag hergibt, mit anderen Tätigkeiten beschäftigen).

Praxistipp:

In den Fällen des Betriebsrisikos sollte sorgfältig geprüft werden, ob man den oder die vom Arbeitsausfall betroffenen Arbeitnehmer nicht noch anderweitig sinnvoll und vertragsgemäß einsetzen kann. Man kann auf diese Weise als Arbeitgeber für sein Geld immer noch eine wertige Arbeitsleistung abrufen und zahlt keinen "Lohn ohne Arbeit".

4. Rechtsprechungs-ABC

An dieser Stelle werden einige der interessantesten **Entscheidungen** zum Thema Annahmeverzug - Betriebsrisiko **in alphabetischer Reihenfolge** nach Stichwörtern geordnet hinterlegt:

4.1 "Corona"-Beschäftigung

Da legte ein Arbeitnehmer seinem Arbeitgeber eine **ärztliche Bescheinung** vor, der zufolge es ihm nicht möglich sei, trotz Corona eine Mund-Nase-Bedeckung oder ein Gesichtsvisier zu tragen. Und was macht der Arbeitgeber? Er weigert sich, diesen Mitarbeiter in seinem Betrieb zu beschäftigen. Und was macht der Arbeitnehmer? Versucht **mit einer einstweiligen Anordnung** seinen vermeintlichen "Beschäftigungsanspruch" - zumindest im Homeoffice - zu sichern. Ohne Erfolg. Der Arbeitgeber ist nach der

maßgeblichen Coronaschutzverordnung des Landes Nordrhein-Westfalen verpflichtet, für einen größtmöglichen **Schutz von Mitarbeitern** und Kunden/Besuchern zu sorgen. Wenn der Kläger gesundheitlich nicht dazu in der Lage ist, eine Coronamaske oder ein Gesichtsvision zu tragen, dann ist er arbeitsunfähig und der Arbeitgeber braucht ihn nicht zu beschäftigen. Zudem muss er ihm, ein Teil der Arbeiten können nur im Betrieb erledigt werden, auch keine Tätigkeit im Homeoffice anbieten (LAG Köln, 12.04.2021 - 2 SaGa 1/21) .

4.2 Corona-Pandemie

Dass Betriebe infolge der Corona-Pandemie nicht mehr öffnen (dürfen), beruht in der Regel nicht auf einer unternehmerischen Entscheidung des Arbeitgebers, sondern mehr auf Gesetzen (hier: CoronaSchVO NRW) und behördlichen Anordnungen. So traf es auch den **Inhaber einer Spielhalle** im Rheinischen, von dem eine **nicht mehr beschäftigte Mitarbeiterin**, deren Arbeitsverhältnis wegen Eintritts in den Ruhestand am 01.05.2020 endete, für die Zeit vom 16.03.2020 bis 30.04.2020 noch Verzugslohn forderte. Sowohl das Arbeits- als auch das Landesarbeitsgericht sahen das Betriebsrisiko i.S.d. § 615 BGB auch während der Corona-Pandemie **auf Seiten des Arbeitgebers**. Ähnlich wie in Fällen höherer Gewalt (z.B. Erdbeben, Naturkatastrophen, Überschwemmungen) wirken hier Ursachen von außen auf den Betrieb ein und verhindern dessen Fortführung (LAG Düsseldorf, 30.03.2021 – 8 Sa 674/20) .

4.3 "Corona"-Schließung - 1

Die COVID-19-Pandemie stellt(e) Arbeitgeber und Arbeitnehmer vor Herausforderungen, denen sie bis dahin nicht ausgesetzt waren. Da mussten ganze Branchen ihre Betriebe schließen, damit es der Virus schwerer hatte, sich in der Bevölkerung zu verbreiten. Mit interessanten Folgen für das Annahmeverzugsrecht : "Durch die aufgrund des Infektionsschutzgesetzes mittels 'Corona-Verordnung' angeordnete Schließung **eines Tanzclubs** (hier mit einer Tanzfläche von nur 20 qm und einem Gastraum von nur 48 qm) realisiert sich gerade das aufgrund dieses Geschäftsmodells bestehende besondere **Infektionsrisiko** - und damit das Betriebsrisiko i.S.d. § 615 S. 3 BGB -, denn Sinn und Zweck der Schließungsanordnung besteht in der **Verhinderung sozialer Kontakte** in Betrieben mit möglichst engem Kundenkontakt" (ArbG Mannheim, 25.03.2021 - 8 Ca 409/20 - Leitsatz - mit Stattgabe des Zahlungsantrags).

4.4 "Corona"-Schließung - 2

Nachdem einige untere Instanzen bereits dem Arbeitgeber das "Corona"-Risiko aufgebürdet hatten, haben die obersten Arbeitsrichter der Republik im Oktober 2021 ein deutliches Machtwort gesprochen: Müssen Arbeitgeber ihre Betriebe vorübergehend wegen eines staatlich verfügbaren allgemeinen "Lockdowns" zur **Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie** schließen, führt das nicht dazu, dass sie nun das Risiko des Arbeitsausfalls tragen und ihren Mitarbeitern nach den Grundsätzen des Annahmeverzugs das Arbeitsentgelt weiterzahlen müssen. Dass die Arbeitsleistung wegen des "Lockdowns" unmöglich ist, ist keine Folge des im Arbeitgeberbetrieb angelegten Betriebsrisikos. Hier führt ein **hoheitlicher Eingriff** zur Bekämpfung einer die Gesellschaft als Ganzes betreffenden Gefahrenlage zum Arbeitsausfall. Und da ist es Sache des Staates, die finanziellen **Folgen zu mildern**, etwa durch den erleichterten Zugang zum Kurzarbeitergeld (BAG, 13.10.2021 – 5 AZR 211/21).

4.5 Entzug einer Einsatzgenehmigung

Wird einem Arbeitnehmer die ihm **persönlich erteilte Einsatzgenehmigung** entzogen und kann der Arbeitgeber ihn deswegen nicht (weiter) beschäftigen, ist das **kein Fall von Betriebsrisiko**. Hier verwirklicht sich ein Risiko, dass im Verhalten oder in der Person des Arbeitgebers liegt. "1. Wird dem Arbeitnehmer die **geschuldete Arbeitsleistung unmöglich**, bestimmt sich die Rechtsfolge für seinen Vergütungsanspruch nach § 615 BGB , wenn sich der Arbeitgeber bei Eintritt der Unmöglichkeit im Annahmeverzug befindet, ansonsten nach § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB . 2. Risiko des Arbeitsausfalls i.S.v. § 615 Satz 3 BGB meint das von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisiko. Dies ist das Risiko des Arbeitgebers, seinen Betrieb betreiben zu können" (BAG, 23.09.2015 - 5 AZR 146/14 Leitsätze).

4.6 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 daher brauche er 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).

4.7 Leiharbeitsverhältnis

Nach § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG kann das **Recht des Arbeitnehmers auf Verzugslohnansprüche** gegen den Verleiher nicht durch Vertrag aufgehoben oder eingeschränkt werden. Daher ist es dem Verleiher verboten, auf dem Arbeitszeitkonto eines Leiharbeitnehmers Arbeitszeiten nicht zu berücksichtigen, weil er diesen Arbeitnehmer zu anderen Zeiten **nicht beim Entleiher einsetzen** konnte. Er darf also einseitig keine Plusstunden mit Minusstunden verrechnen, die daraus resultieren, dass für den Leiharbeiter keine Einsatzmöglichkeit da ist/war. Und da die **Verrechnung** nach § 11 Abs. 4 Satz 2 AÜG gesetzlich ausgeschlossen ist, sind selbst tarifliche Regelungen, die eine Anrechnung vorsehen, unwirksam (LAG Berlin-Brandenburg, 17.12.2014 - 15 Sa 982/14 - wobei wegen der grundsätzlichen Bedeutung dieser Rechtsfrage sogar die Revision zugelassen wurde).

4.8 Polizeiliches Einsatzverbot

Der vereinfachte Fall: Arbeitgeber A beschäftigt Arbeitnehmer N auf einem Flughafen als **Sicherheitsmitarbeiter**. Eine Kollegin beschuldigte N, Fluggästen gegen Zahlung von Geld die Möglichkeit verschafft zu haben, **unerlaubte Flüssigkeiten** mit an Bord zu nehmen. Die Polizeibehörde wies A an, den N vorläufig nicht mehr zu beschäftigen. A suspendierte N daraufhin und zahlte ihm auch kein Arbeitsentgelt mehr. Nachdem sich die **Vorwürfe als haltlos** herausstellten, hob die Polizeibehörde das Einsatzverbot für N wieder auf.

Hat der Arbeitnehmer **keine Gründe für das Einsatzverbot** gegeben und ist er auch **nicht Adressat der behördlichen Verfügung**, trägt der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls. Er ist nach entsprechendem Arbeitsangebot verpflichtet, wegen der Nichtbeschäftigung nach § 615 Satz 1 und 3 BGB die vertraglich geschuldete Vergütung zu zahlen. Das Betriebsrisiko des Arbeitgebers liegt darin, dass die von ihm beschäftigten Sicherheitskräfte einer behördlichen Aufsicht unterliegen und die **Aufsichtsbehörde** die Möglichkeit hat, seine Leute zu überprüfen und ihm untersagen kann, einen Arbeitnehmer bis zum Abschluss der Prüfung zu beschäftigen (LAG Berlin-Brandenburg, 29.10.2014 - 17 Sa 285/14 mit dem Hinweis, dass der Arbeitgeber nicht in Annahmeverzug kommt, wenn sich das Beschäftigungsverbot gegen den Mitarbeiter selbst richtet).

4.9 Schulferien

Der vereinfachte Fall: Arbeitnehmerin A war bei Arbeitgeber G als **Busbegleiterin für geistig und körperlich behinderte Schüler** eingestellt. G zahlte einen Stundenlohn, der unter dem tariflichen Mindestlohn lag. Das Arbeitsverhältnis bestand in der Zeit vom 10.02.2012 bis zum 31.10.2012. A hielt die Vergütung für sittenwidrig und forderte deswegen einen höheren Stundenlohn nach - auch für die Zeit der Schulferien. In den Schulferien hatte A ihre **Leistung Arbeit** dem G allerdings **weder tatsächlich noch wörtlich angeboten** (sodass ein Anspruch aus Annahmeverzug entfiel).

Ein Vergütungsanspruch der A für die Zeit der Schulferien ergab sich auch nicht aus § 615 Satz 3 BGB wegen Betriebsrisikos. Schulferien und ihre Auswirkungen sind **kein Betriebsrisiko** i.S.d. § 615 Satz 3 BGB. Dazu gehört es nämlich, dass der Arbeitgeber seinen Betrieb wegen einer **Störung** nicht betreiben kann. Im Falle von Schulferien unterbleibt die Arbeitsleistung nicht wegen des Ausfalls von Betriebsstoffen, anderer notwendiger Betriebsmittel oder entgegenstehender öffentlich-rechtlicher Anordnungen oder Vorschriften. Auch liegt - wie etwa bei Naturkatastrophen - kein Geschehen vor, das von außen auf den Betrieb einwirkt (= höhere Gewalt). Der hier **maßgebliche Umstand** war der fehlende Auftrag zum Transport von Schülern während der Schulferien - und der gehört nicht zum Betriebsrisiko des Arbeitgebers (BAG, 18.11.2015 - 5 AZR 814/14).

4.10 Unvermögen

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).

4.11 Witterung

Der Arbeitnehmer kann die vereinbarte Vergütung über § 615 Satz 1 BGB auch dann verlangen, wenn die Arbeit ausfällt und der Arbeitgeber das **Risiko des Arbeitsausfalls** trägt (§ 615 Satz 3 BGB). Das gilt beispielsweise in Fällen, in denen ein Betrieb im **Winter** witterungsbedingt zum Stillstand kommt und der Arbeitgeber - hier: ein Zement- und Baustoffhändler - deswegen keine Möglichkeit mehr hat, einen Mitarbeiter - hier: einen Lkw-Fahrer - zu beschäftigen. Etwas anderes würde gelten, wenn zuvor ein Abrufarbeitsverhältnis vereinbart worden wäre, das Arbeitsverhältnis von vornherein befristet gewesen ist oder die Vertragspartner ein **Ruhen der beiderseitigen Hauptpflichten** vereinbart hätten (BAG, 09.07.2008 - 5 AZR 810/07).