

# Arbeitsrecht

Dütz / Thüsing

28., neu bearbeitete Auflage 2023  
ISBN 978-3-406-80234-8  
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei  
[beck-shop.de](https://beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

dem Fehlen eines Rechts, Urlaubsansprüche unbegrenzt anzusammeln, EuGH NZA 2011, 1333. Damit der Urlaubsanspruch nicht verfällt, muss der Arbeitnehmer mit Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit seinen Urlaub antreten, BAG DB 2012, 54. Auch ohne gesetzliche Regelung kann ein Urlaubsanspruch bei fortbestehender Arbeitsunfähigkeit am 31.3. des zweiten, auf das Urlaubsjahr folgenden Jahres gemäß europarechtskonformer Auslegung von § 7 Abs. 3 S. 3 BUrlG verfallen. Wenn es möglich war, den Nichtverfall des Urlaubsanspruchs in § 7 Abs. 3 BUrlG hineinzulesen, dann muss dies erst recht für eine vom gesetzlichen Wortlaut abweichende zeitliche Begrenzung gelten. Immer ist vorauszusetzen, dass die Inanspruchnahme des Urlaubs insbesondere krankheitsbedingt nicht möglich war. Der Verfall des Urlaubs nach 15 Monaten ist aber ebenfalls nur unter der Voraussetzung möglich, dass der Arbeitgeber seine Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten rechtzeitig erfüllt hat, BAG NZA 2020, 1541; NZA 2022, 107. Bezüglich Urlaub, der vor der langfristigen Arbeitsunfähigkeit entstand und nicht genommen wurde, muss der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auffordern, den Urlaub bei Wiedergenesung vor Ablauf des Urlaubsjahrs oder des Übertragungszeitraums zur Vermeidung des Verfalls so rechtzeitig zu beantragen, dass er innerhalb des laufenden Urlaubsjahrs oder des Übertragungszeitraums gewährt und genommen werden kann, BAG NZA 2022, 107. Urlaub, der erst während der Langzeiterkrankung entsteht, kann allerdings auch dann verfallen, wenn der Arbeitgeber seinen Mitwirkungsobliegenheiten nicht nachgekommen ist. Eine freie Entscheidung über die Verwirklichung des Urlaubsanspruchs ist in diesen Fällen nämlich von vornherein ausgeschlossen, sodass es auf eine Mitwirkung des Arbeitgebers nicht ankommt, EuGH NZA 2020, 1001; BAG AP BUrlG § 7 Nr. 108.

Für die Verjährung des Urlaubsanspruchs gilt Entsprechendes. Auf die Einrede des § 214 Abs. 1 BGB kann sich der Arbeitgeber nur mit Erfolg berufen, wenn er seinen Mitwirkungsobliegenheiten nachgekommen ist. Denn bei unionsrechtskonformer Auslegung des § 199 Abs. 1 BGB beginne die Verjährung nicht mit dem Schluss des Jahres, in dem der Urlaubsanspruch entstanden ist und der Arbeitnehmer über die notwendige Kenntnis verfügt, sondern nur, wenn der Arbeitgeber zusätzlich seine Aufforderungs- und Hinweisobliegenheiten erfüllt hat, BAG NZA 2023, 683, im Anschluss an EuGH NZA 2022, 1326. Es wird also ein **Gleichlauf zwischen der Verfallsfrist** des § 7 Abs. 3 BUrlG **und der Verjährung** erzeugt.

Sogar mit dem Tod des Arbeitnehmers geht der Urlaubsanspruch nicht unter, EuGH NZA 2014, 651. Weiterhin hat der Gerichtshof ein Recht des Arbeitnehmers bejaht, Ansprüche auf bezahlten Jahresurlaub, die in mehreren aufeinanderfolgenden Bezugszeiträumen wegen der Weigerung des Arbeitgebers, diese Urlaubszeiten zu vergüten, nicht ausgeübt worden sind, bis zum Zeitpunkt der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses zu übertragen und gegebenenfalls anzusammeln, EuGH NZA 2017, 1591; vgl. auch EuGH NJW 2018, 33 mit Anm. *Stiebert*. Eine Quotierung des Urlaubs bei einem Wechsel in die Teilzeittätigkeit ist ebenso nicht europarechtskonform. So führt der EuGH aus, dass dies zu einer unzulässigen Kürzung des Urlaubsanspruches führe, wenn die Arbeitszeit tageweise gekürzt werden solle. Die betriebliche Abwesenheit aufgrund der freien Tage in der Teilzeit dürfe nicht mit dem Urlaub gleichgesetzt werden, EuGH NZA 2013, 775.

Diese Vorgaben gelten nicht für einen zusätzlichen Mehrurlaub, der über den gesetzlichen Mindesturlaub hinausgeht, EuGH NZA 2019, 1631; NZA 2020, 929. Insoweit können die Tarifparteien eine abweichende Regelung treffen. Allerdings muss insoweit eine eigenständige Regelung deutlich erkennbar sein, BAG DB 2012, 2050. Ob ein Verfall auch bezogen auf individual- oder tarifvertraglichen Mehrurlaub voraussetzt, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer individuell und deutlich informiert, geht aus der oben genannten Entscheidung des BAG zwar nicht klar hervor, mit Rücksicht auf die Privatautonomie dürfte dies aber abzulehnen sein. Eine Mitteilungspflicht kann allenfalls im Wege der Auslegung oder als vertragliche Nebenpflicht gemäß §§ 241 Abs. 2, 242 BGB in begründeten Fällen konstruiert werden, *Bayreuther* NZA 2019, 945 (948).

- 240 cc) Ist die Urlaubsgewährung wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr möglich, tritt an die Stelle des Urlaubsanspruchs ein **Abgeltungsanspruch**, § 7 Abs. 4 BUrlG. Dieser Abgeltungsanspruch ist kein Surrogat des Urlaubsanspruchs und daher nicht an die gleichen Voraussetzungen gebunden wie der Urlaubsanspruch. Vielmehr ist der Abgeltungsanspruch wie sonstige Entgeltansprüche aus dem Arbeitsverhältnis ein Geldanspruch, dessen Erfüllbarkeit nicht von der Arbeitsfähigkeit und der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abhängt und er unterliegt nicht den gesetzlichen Fristenregelungen usw. des Bundesurlaubsgesetzes. § 7 Abs. 4 BUrlG gewährt einen einheitlichen Anspruch und unterscheidet nicht zwischen arbeitsfähigen und arbeitsunfähigen Arbeitnehmern. Ein Verfall des Abgeltungsanspruchs gem. § 7 Abs. 3 S. 1 BUrlG, der eine ungewollte Urlaubshortung vermeiden soll, die

für den Abgeltungsanspruch nicht passt, scheidet daher aus. Allerdings kommt ein Verfall des Abgeltungsanspruchs aufgrund Nichtwahrnehmung tariflicher Ausschlussfristen in Betracht, BAG DB 2012, 2218. Der Urlaubsabgeltungsanspruch ist vererbbar. Dies gilt auch nach einer neuen Entscheidung des EuGH auch, wenn das Arbeitsverhältnis erst durch den Tod des Arbeitnehmers endet. Der bis dahin bestehende Urlaubsanspruch des Arbeitnehmers wandelt sich in einen Urlaubsabgeltungsanspruch um, der auf die Erben übergeht, EuGH NZA 2018, 1467. Das BAG hat seine Rechtsprechung entsprechend angepasst und darüber hinaus klargestellt, dass dies nicht nur für den Mindesturlaub nach dem BUrlG, sondern auch für den Zusatzurlaub für schwerbehinderte Menschen nach § 208 Abs. 1 S. 1 SGB IX und tariflichen Mehrurlaub gilt, wenn die Tarifvertragsparteien dem Tarifvertrag kein vom Bundesurlaubsgesetz abweichendes, eigenständiges Verständnis über den Urlaubsbegriff zugrunde gelegt, kein vollständiges Erlöschen des tariflichen Urlaubsanspruchs bei Tod des Arbeitnehmers während des Arbeitsverhältnisses angeordnet oder die Vererbbarkeit des tariflichen Mehrurlaubs nicht ausgeschlossen haben, BAG NZA 2019, 829.

dd) Verfällt ein rechtzeitig verlanger Urlaub während des Verzugs, so verwandelt er sich in einen Schadensersatzanspruch auf Ersatzurlaub, §§ 275 Abs. 4, 249 Abs. 1 BGB. Im Falle der Beendigung des Arbeitsverhältnisses verwandelt sich der Ersatzurlaubsanspruch in einen Schadensersatzanspruch in Geld, § 251 Abs. 1 BGB. 240a

### e) Sonderfälle

aa) **Bildungsurlaub.** Vom Erholungsurlaub ist der sog. Bildungsurlaub zu unterscheiden, der Arbeitnehmern die Möglichkeit geben soll, an beruflichen Fortbildungs- oder politischen Bildungsmaßnahmen unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts teilzunehmen. Ein Anspruch auf Bildungsurlaub kann sich aus Landesgesetzen, Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen ergeben, nicht aber aus § 96 Abs. 2 BetrVG. Sonderregelungen enthält § 37 Abs. 6 u. 7 BetrVG für Betriebsratsmitglieder. 241

bb) **Unbezahlte Freizeit.** Den Arbeitgeber trifft hingegen keine Pflicht, einem Wunsch des Arbeitnehmers auf unbezahlte Freizeit nachzukommen, ihn also freizustellen, weil dieser zB eine längere Weltreise unternehmen will. Jedoch kann unbezahlter Urlaub selbstverständlich einzel- oder kollektivvertraglich vereinbart werden. 242

Nach früherer Rechtsprechung des BAG ergab sich aus einer unbezahlten einvernehmlichen Freistellung nicht zwingend, dass in dieser Zeit nicht dennoch ein Urlaubsanspruch entsteht, der dann im weiteren Verlauf der Tätigkeit in Anspruch genommen werden kann bzw. abzugelten ist, BAG NZA 2014, 959. Dies war jedoch als zu weitgehend abzulehnen. Diese Rechtsprechung reichte über die Vorgaben des EuGH hinaus, der bei Kurzarbeit Null ein Entstehen von Urlaubsansprüchen verneinte, EuGH NZA 2012, 1273. Überfällig war damit die aktuelle Entscheidung des BAG vom 24.9.2019, in der das BAG ausdrücklich festgestellt hat, dass einem Arbeitnehmer, der sich in der Freistellungsphase der Altersteilzeit im sog. Blockmodell befindet, mangels Arbeitspflicht kein gesetzlicher Anspruch auf Erholungsurlaub zusteht, BAG NZA 2020, 300. In der Entscheidung stellt das BAG auf den Wortlaut des BUrlG ab: Der gesetzliche Urlaubsanspruch für den Zeitraum der Altersteilzeit sei nach § 3 Abs. 1 BUrlG jahresbezogen nach der Anzahl der Tage mit Arbeitspflicht zu berechnen. Konkret: Bei einer gleichmäßigen Verteilung auf 6 Arbeitstage je Woche ergebe sich ein gesetzlicher Mindesturlaubsanspruch von 24 Werktagen im Kalenderjahr, sodass eine entsprechende Quotelung bei weniger Arbeitstagen erfolgen müsse. Konsequenterweise ergebe sich eine Reduktion auf Null, wenn der Arbeitnehmer gar nicht tätig geworden sei. Aus dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz folge keine abweichende Bewertung: Eine Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern, die während der Altersteilzeit im Blockmodell beschäftigt seien, im Vergleich zu Arbeitnehmern, die in diesem Zeitraum kontinuierlich in Teilzeit zur Arbeitsleistung verpflichtet seien, sei nicht sachwidrig, denn sie sei durch den Erholungszweck des gesetzlichen Mindesturlaubs gerechtfertigt, BAG NZA 2020, 300. Zum Ganzen ausführlich *Thüsing/Denzer/Bedn* DB 2019, 1445 ff.

- 243 cc) Feiertage.** An gesetzlichen Feiertagen besteht grundsätzlich ein Beschäftigungsverbot, Art. 140 GG iVm Art. 139 WRV, § 9 Abs. 1 ArbZG; zu Ausnahmen s. §§ 10 ff. ArbZG. Für Jugendliche sind die §§ 18, 21a JArbSchG zu beachten. Welche Tage als Feiertage gelten, bestimmt sich nach Landesrecht, Art. 70 ff. GG; nur der 3. Oktober ist bundesgesetzlicher Feiertag. Nach § 2 EFZG ist den Arbeitnehmern für die infolge eines gesetzlichen Feiertags ausfallende Arbeitszeit das Arbeitsentgelt nach dem Lohnausfallprinzip (→ Rn. 227) zu zahlen.

Der Anspruch entfällt für Arbeitnehmer, die am letzten Arbeitstag vor oder am ersten Arbeitstag nach dem Feiertag unentschuldigt der Arbeit fernbleiben, § 2 Abs. 3 EFZG; zum Zusammentreffen mit Krankheit s. → Rn. 224. Wird an Feiertagen gearbeitet, steht den Arbeitnehmern aus dem Arbeitsvertrag (§ 611a BGB) der Grundlohn zu, → Rn. 164. Zuschläge können sich aus dem Gesetz (§ 90 Abs. 3 SeemannsG), aus Tarifverträgen (Regelfall) oder aus dem Einzelarbeitsvertrag (seltener) ergeben.

- 244 dd) Freistellung von Betriebsratsmitgliedern.** Sonderregelungen gelten für Betriebsratsmitglieder, die unter Fortzahlung ihrer Bezüge von

der Arbeit zu befreien sind, wenn und soweit es nach Umfang und Art des Betriebes zur ordnungsgemäßen Durchführung ihrer Aufgaben erforderlich ist, §§ 37 Abs. 2, 38 BetrVG. Bei Betriebsrats Tätigkeit außerhalb der Arbeitszeit hat das Betriebsratsmitglied Anspruch auf entsprechende Arbeitsbefreiung unter Fortzahlung des Arbeitsentgelts, § 37 Abs. 3 BetrVG.

**ee) Suspendierung.** Suspendierung ist die Berufung des Arbeitgebers auf den Wegfall eines Beschäftigungsanspruchs des Arbeitnehmers, vgl. → Rn. 185, 350. 245

**ff) Elternzeit.** Das Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) 246 sieht eine Elternzeit vor, dh eine Freistellung von der Arbeit aus Anlass der Betreuung und Erziehung eines Kindes (§ 15 BEEG) sowie ein Elterngeld für nicht voll erwerbstätige Eltern, §§ 1 ff. BEEG.

Elternzeit ist zu gewähren, wenn die Voraussetzungen des § 15 Abs. 1 BEEG vorliegen und der Arbeitnehmer sie schriftlich unter Angabe ihrer zeitlichen Lage gem. § 16 BEEG verlangt. Gem. § 15 Abs. 2 S. 1 BEEG besteht der Anspruch auf Elternzeit grundsätzlich längstens bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres des Kindes; zur Übertragung s. § 15 Abs. 2 S. 4 BEEG. Die Elternzeit kann auch von beiden Elternteilen gemeinsam genommen werden, ihre Gesamtdauer ist jedoch auf drei Jahre für jedes Kind begrenzt, § 15 Abs. 3 S. 1 BEEG; zur Anrechnung der Mutterschutzfrist s. § 15 Abs. 2 S. 3 BEEG; § 15 Abs. 1a BEEG sieht einen Anspruch auf Elternzeit für Großeltern vor; s. auch § 1 Abs. 4 BEEG.

Grundsätzlich besteht der gesetzliche Urlaubsanspruch nach §§ 1, 3 Abs. 1 BUrlG auch für den Zeitraum der Elternzeit. § 17 Abs. 1 BEEG sieht indes die Möglichkeit einer anteiligen Kürzung des Erholungsurlaubs vor. Die Regelung ist nach einer neuen Entscheidung des BAG unionsrechtskonform und setzt eine auf die Kürzung gerichtete empfangsbedürftige Erklärung des Arbeitgebers voraus. Dazu ist es ausreichend, dass für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass der Arbeitgeber von der Kürzungsmöglichkeit Gebrauch machen will. Das Kürzungsrecht des Arbeitgebers erfasst auch den vertraglichen Mehrurlaub, wenn die Arbeitsvertragsparteien für diesen keine von § 17 Abs. 1 Satz 1 BEEG abweichende Regelung vereinbart haben, BAG NZA 2019, 1141. Ist ein Elternteil nicht voll erwerbstätig, kann **Elterngeld** beansprucht werden, §§ 1 ff. BEEG. Gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 BEEG beträgt es 67 % des in den zwölf Monaten vor der Geburt des Kindes durchschnittlich erzielten monatlichen Einkommens, mindestens aber 300 EUR und höchstens 1800 EUR. Das Elterngeld wird in den ersten vierzehn Monaten des Kindes gewährt; reduziert auch der andere Elternteil seine Erwerbstätigkeit für mindestens zwei Monate auf höchstens 30 Stunden pro Woche (vgl. § 1 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 6 BEEG), verlängert sich der Bezugszeitraum (sog. Vätermomente), § 4 BEEG. Zum Anspruch des Arbeitnehmers auf vertragliche Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit

s. § 15 Abs. 5 ff. BEEG, der durch den § 8 TzBfG verdrängt wird, → Rn. 128. Eltern, die in Teilzeit arbeiten, können das Elterngeld Plus doppelt so lange erhalten: ein Elterngeldmonat wird zu zwei Elterngeld-Plus-Monaten, sodass es nur die Hälfte gibt, aber doppelt so lange, § 4 Abs. 3 BEEG. Teilen sich Eltern die Betreuung des Kindes und arbeiten parallel für 4 Monate zwischen 25- und 30-Wochen-Stunden, so erhalten sie jeweils zusätzlich für 4 Monate Elterngeld Plus, sog. Partnermonate, § 4 Abs. 4 BEEG. Zum Kündigungsschutz des § 18 BEEG s. → Rn. 370, 461.

- 247 **gg) Pflegezeit.** Nach § 3 PflegeZG haben Arbeitnehmer das Recht, bis zu 10 Arbeitstage von der Arbeit fernzubleiben, wenn das erforderlich ist, um für einen nahen Angehörigen in einer akut aufgetretenen Pflegesituation eine bedarfsgerechte Pflege zu organisieren oder eine pflegerische Versorgung sicherzustellen. Außerdem haben Beschäftigte gegenüber einem Arbeitgeber mit in der Regel mehr als 15 Beschäftigten Anspruch auf Pflegezeit zur Pflege eines nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung, längstens bis zu 6 Monaten. Zum Kündigungsschutz des § 5 Pflegezeitgesetz → Rn. 371.

Durch das **FPfZG** zur Vereinbarkeit von Beruf und Familienpflege wird es Beschäftigten in Betrieben mit über 25 Beschäftigten ermöglicht, ihre wöchentliche Arbeitszeit 2 Jahre lang auf einen Mindestumfang von 15 Stunden zu verkürzen, um einen pflegebedürftigen nahen Angehörigen in häuslicher Umgebung zu pflegen, § 2 FPfZG. Gesetzlich ist ferner eine Förderung der pflegebedingten Freistellung durch zinslose Darlehensgewährung zum Ausgleich des verminderten Einkommens vorgesehen, §§ 3 ff. FPfZG, s. auch *Thüsing/Pöppers* BB 2015, 181.

#### 4. Mutterschutz

- 248 Das Mutterschutzgesetz gewährt Frauen während der Schwangerschaft und gewisse Zeit danach Gesundheits-, Arbeitsplatz- und vor allem Lohnschutz. Nach den in § 3 Abs. 1, 2 §§ 4, 5, 6, 8, 9, 11 MuSchG näher geregelten **Beschäftigungsverboten** und **-beschränkungen** dürfen Frauen ganz oder teilweise nicht beschäftigt werden. In diesen Fällen ist der Arbeitgeber gem. § 18 MuSchG zur Fortzahlung des bisherigen regelmäßigen Arbeitsentgelts verpflichtet (sog. **Mutterschutzlohn**), sofern kein Anspruch auf Mutterschaftsgeld besteht. Voraussetzung für den Mutterschutzlohn ist jedoch, dass die Arbeitsleistung allein wegen des Beschäftigungsverbots entfällt. Daran fehlt es,

wenn die Arbeitnehmerin sich weigert, vorübergehend eine zumutbare Ersatztätigkeit auszuüben, die vom Beschäftigungsverbot nicht erfasst wird, BAG NZA 1998, 936. Insofern steht dem Arbeitgeber ein besonderes mutterschutzrechtliches Umsetzungsrecht zu: Die Arbeitnehmerin muss insoweit auch solche Ersatztätigkeiten ausüben, zu denen sie sonst arbeitsrechtlich nicht verpflichtet wäre, die also nicht im Rahmen des arbeitgeberischen Direktionsrechts (→ Rn. 63) liegen. Denn ihre „Treuepflicht“ (→ Rn. 152) gebietet es, dazu beizutragen, dass die finanziell nicht unerheblichen Belastungen eines Beschäftigungsverbots für den Arbeitgeber möglichst gering gehalten werden. Dies lässt sich auch mit dem Rechtsgedanken der §§ 326 Abs. 2 S. 2, 615 S. 2 BGB stützen. Die Ausübung des Umsetzungsrechts muss allerdings billigem Ermessen entsprechen, §§ 315 BGB, 106 S. 1 GewO; BAG NZA 1999, 1044. Ein weiteres **Beschäftigungsverbot** besteht während der zeitlichen **Schutzfrist** der letzten sechs Wochen vor der Entbindung bis acht Wochen nach der Entbindung, § 3 MuSchG. Der mögliche Verzicht auf das Beschäftigungsverbot wegen Schwangerschaft (§ 3 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 MuSchG) ist sozialpolitisch bedenklich im Hinblick auf die Angst vor Arbeitsplatzverlust. Während der 14-wöchigen Schutzfrist erhält die Frau **Mutterschaftsgeld** gem. den §§ 19, 20 MuSchG. Zur Novellierung des Mutterschutzgesetzes vgl. *Bayreuther* NZA 2017, 1145.

Würden die finanziellen Lasten des Mutterschutzes letztlich den Arbeitgeber treffen, würde der Arbeitgeber versuchen, möglichen Belastungen dadurch aus dem Wege zu gehen, dass er die Beschäftigung von Frauen einschränkt. Um die gleichheitswidrige Minderung der Erwerbchancen von Frauen zu beseitigen, hat der Gesetzgeber die Vorgaben des BVerfG (NZA 2004, 33) umgesetzt und ein Umlageverfahren eingeführt: Nach § 1 Abs. 2 AufAG werden die von den Arbeitgebern aufgewendeten Zuschüsse zum Mutterschaftsgeld und das bei den mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverboten gezahlte Arbeitsentgelt von den Krankenkassen erstattet.

Zum Kündigungsschutz der Schwangeren → Rn. 369.

## 5. Annahmeverzug des Arbeitgebers

**Fall:** Arbeitgeber B kündigt Fließbandarbeiter A. Nach Ablauf der Kündigungsfrist beschäftigt er ihn nicht weiter, obwohl A dies täglich verlangt und seine Arbeitskraft anbietet. Das Arbeitsgericht stellt nach ausführlicher Prüfung auch für einen Fachmann überraschend fest, dass die Kündigung unwirksam

war. Nun verlangt A Zahlung des Lohns für den Monat seit Ablauf der Kündigungsfrist. Zu Recht? → Rn. 249

Im Schuldrecht gilt der Grundsatz **„ohne Leistung keine Gegenleistung“** (vgl. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB); im Arbeitsrecht bedeutet dies **„ohne Arbeit kein Lohn“**, auch wenn dieser Grundsatz dort sehr viel schwächer durchgehalten wird. Arbeitet der Arbeitnehmer nicht, so wird seine Arbeitsleistung als zumindest im Regelfall absolute Fixschuld unmöglich, § 275 Abs. 1 BGB. Entsprechend folgt aus § 326 Abs. 1 BGB, dass die Entgeltspflicht des Arbeitgebers erlischt. Die Ausnahmen des § 326 Abs. 2 greifen nicht. Im Fall etwa ist B kein Verschulden nachzuweisen, da er die Unwirksamkeit der Kündigungserklärung nicht vorhersehen konnte. Auch befand er sich nicht im Annahmeverzug. Dieser setzt gem. § 297 BGB Leistungsvermögen des Schuldners voraus. Daran fehlt es, da die Fließbandarbeit des A eine absolute Fixschuld ist. Mit der Weigerung des Arbeitgebers, die Leistung anzunehmen, wird diese gleichzeitig unmöglich. Es gilt der allgemeine Grundsatz, dass **Unmöglichkeit Annahmeverzug ausschließt**. Für das Arbeitsrecht kann dieses Ergebnis jedoch nicht überzeugen: Anders als ein Verkäufer, der seine Ware anderweitig anbieten oder auch zu einem späteren Zeitpunkt noch liefern kann, verliert der Arbeitnehmer seine Arbeitszeit, auf deren Verwertung er für seinen Lebensunterhalt angewiesen ist, unwiederbringlich. Deshalb normiert **§ 615 S. 1 BGB** – in Abweichung von § 326 Abs. 1 BGB – eine **Ausnahme vom Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“**. Sie soll dem Arbeitnehmer dann den Lohnanspruch erhalten, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annimmt. Allerdings stellt auch diese Norm – wie § 326 Abs. 2 Alt. 2 BGB – auf den Annahmeverzug des Arbeitgebers ab. Naheliegend wäre es daher, § 615 BGB entsprechend der allgemeinen zivilrechtlichen Abgrenzung von Unmöglichkeit und Verzug ebenso wie § 326 Abs. 2 Alt. 2 BGB nur anzuwenden, wenn die Arbeitsleistung nachholbar ist (→ Rn. 190), bei Nichtnachholbarkeit hingegen je nach Verschulden den Entgeltanspruch nach § 326 Abs. 1 oder Abs. 2 BGB zu bestimmen. Das BAG wendet jedoch § 615 BGB darüber hinaus auch in den Fällen der Nichtannahme an, wenn der Arbeitgeber die ordnungsgemäß angebotene Arbeitsleistung nicht annehmen will (Annahmewilligkeit) und sie deswegen infolge ihrer Nichtnachholbarkeit unmöglich wird. Unmöglichkeitensrecht soll hingegen nur eingreifen, wenn die Arbeit trotz der Annahmefähigkeit des Arbeitgebers nicht erbracht werden kann; zu Ausnahmen bei beiderseits unverschuldeter Unmöglichkeit nach der Betriebsrisikolehre → Rn. 250 f.; zur