

# **Sozialprivatrecht in mehrdimensionaler Perspektive - Beiträge aus weltlicher und kirchlicher Sicht**

2025

ISBN 978-3-406-81945-2

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 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 für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

den Motiven wird der Verzicht auf das tatsächliche Angebot in § 295 S. 1 Alt. 1 BGB damit begründet, der damit verbundene Aufwand sei nach der Weigerungserklärung des Gläubigers in niemandes Interesse und außerdem sei es nur billig, den Gläubiger an seiner Erklärung festzuhalten, solange er diese nicht widerrufe.<sup>31</sup> Was für die Entbehrlichkeit des tatsächlichen Angebots gilt – dass es bei „Sinnlosigkeit“ entbehrlich ist –, muss ebenso für das wörtliche Angebot gelten. Dabei legt die Wertungsparallele zur schuldnerverursachten Gefährdung nahe, die Evidenz zum maßgeblichen Kriterium zu erheben, also dann eine starke, das wörtliche Angebot entbehrlich machenden Gefährdung der Leistung anzunehmen, wenn „offensichtlich“ ist,<sup>32</sup> dass die zum Leistungsvollzug erforderliche Mitwirkung des Gläubigers nicht stattfinden wird, mag dies an mangelnder Mitwirkungsbereitschaft oder drohendem<sup>33</sup> unzureichendem Mitwirkungsvermögen liegen.<sup>34</sup> Wenn offensichtlich ist, dass der Gläubiger nicht bereit ist, seiner Mitwirkungsobliegenheit nachzukommen, ist auch das wörtliche Angebot in niemandes Interesse. Wollte man den Sinn des Angebots darin sehen, die logisch nie ausschließbare Möglichkeit eines Meinungswandels auszuschöpfen, müsste diese Wertung auch zu Gunsten des Schuldners bei §§ 281 Abs. 2, 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB greifen.

### 6. Die Beseitigung der Gefährdung als Voraussetzung für die Wiederaufnahme des Leistungsvollzugs

Die Leistungsgefährdung ändert die Regeln des Annahmeverzugs nicht nur beim Schuldner, den sie von der Last des tatsächlichen oder wörtlichen Angebots befreit, sondern auch auf Seiten des Gläubigers. Zur Vermeidung des Annahmeverzugs muss der Gläubiger vor der eigentlichen Mitwirkung die eingetretene Leistungsgefährdung aus der Welt schaffen und dem Schuldner die Gewissheit über den künftigen Leistungsvollzug geben, idR durch eine das Vertrauen in den Vertrag wiederherstellende Erklärung, die Leistung annehmen bzw. mitwirken zu wollen. Aus der Störung resultiert somit eine zusätzliche, dem Leistungsvollzug vorgelagerte Mitwirkungsobliegenheit. Ist die Arbeitszeit kalendermäßig bestimmt, gilt das notwendig für die ihr vorausliegende Obliegenheit zur Erklärung so, dass deren Unterlassung zur Anwendung des § 296 BGB berechtigt.<sup>35</sup> Der Arbeitgeber gerät bei Erreichen dieses Zeitpunkts in Annahmeverzug, wenn er nicht zuvor den Arbeitnehmer zur Erbringung der Arbeitsleistung aufgefordert hat. Fehlt eine kalendermäßige Bestimmung, tritt der Annahmeverzug analog § 295 BGB sogleich mit der Weigerungserklärung des Gläubigers ein, wenn der Zeitpunkt der Erfüllbarkeit bereits erreicht ist, ansonsten zu dem – ggf. durch Auslegung zu ermittelnden – letztmöglichen Datum der Erfüllbarkeit. Die Vornahme der eigentlichen Mitwirkungshandlung genügt nicht, um den Eintritt des Annahmeverzugs zu verhindern. Würde zB der Arbeitgeber, der unwirksam zum 31.5. gekündigt hat, in Abkehr von der Kündigung am 1.6. den Arbeitsplatz bereithalten, würde er damit allein den Eintritt des Annahmeverzugs nicht vermeiden können.

<sup>31</sup> Mot. II, 72.

<sup>32</sup> Diesen Maßstab wendet zutreffend die Rechtsprechung in den meisten Entscheidungen an.

<sup>33</sup> Ist das Unvermögen bereits eingetreten, sind die Annahmeverzugsregeln nicht (bei endgültigem Fortfall) oder analog nach den Regeln für vorübergehende Unmöglichkeit anwendbar; zu Letzterem näher Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2021, § 4 Rn. 52 ff. mwN.

<sup>34</sup> Für den Zeitpunkt, zu dem die Leistung zu erbringen ist, und wenn das Mitwirkungsvermögen vorübergehend nicht besteht. Welche Regeln gelten, wenn ein dauerndes Mitwirkungshindernis droht (zB angedrohte dauerhafte Schließung des Betriebs), muss hier offenbleiben, s. unter VIII. Besteht das Mitwirkungshindernis bereits zuvor und ist von Dauer, liegt nach hM Unmöglichkeit der Leistung vor, das nach den dafür maßgeblichen Regeln (§ 615 S. 3 BGB und § 326 Abs. 2 BGB) den Entgeltanspruch aufrecht erhält.

<sup>35</sup> Schwarze Anm. BAG EzA BGB § 615 Nr. 78 unter II 3 b.

## VI. Exemplifizierung der starken Leistungsgefährdung („Offensichtlichkeit“)

Abschließend ist der Tatbestand der „starken Leistungsgefährdung durch den Gläubiger/Arbeitgeber“ für das Arbeitsverhältnis im Wege des Abgleichs mit den wichtigsten Fällen der Rechtsprechung zu konkretisieren. Da die Offensichtlichkeit aus dem normativen Empfängerhorizont des Schuldners zu beurteilen ist, der vor der Entscheidung über ein wörtliches Angebot steht, stehen Typisierungen unter dem Vorbehalt der Einzelfallumstände (analog §§ 133, 157 BGB).

Zu Recht bejaht wird sie idR im praktisch wichtigsten Fall, der unwirksamen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber.<sup>36</sup> Die Offensichtlichkeit kann sich hier sowohl auf den Inhalt der Erklärung stützen, mit welcher der Arbeitgeber auf die denkbar einschneidendste Weise seinen Unwillen gegen den künftigen Leistungsvollzug erklärt, als auch auf die rechtliche Form, in die er sein Nichtwollen bringt. Die Kündigung kann aus der für die Bewertung des Willens maßgeblichen Perspektive des Arbeitgebers von diesem nicht mehr zurückgenommen werden (§ 130 Abs. 1 BGB). Daraus darf und muss der Arbeitnehmer auf einen zum Zeitpunkt der Erklärung irreversiblen Unwillen zum Leistungsvollzug schließen und aus der Irreversibilität ergibt sich die „Offensichtlichkeit“ desselben. Dem steht ein Verhalten gleich, dass die (eingebildete) rechtliche Bindung durch faktische Deutlichkeit ersetzt wie die Übersendung der Arbeitspapiere nach einem „Zerwürfnis“ und anschließender längerer Unterbrechung des Leistungsvollzugs.<sup>37</sup>

Bei der unwirksamen Freistellung oder Verkürzung der Arbeitszeit kann die Offensichtlichkeit nicht aus der Irreversibilität begründet werden; denn aus der Sicht des Arbeitgebers könnte die einseitige Anordnung jederzeit wieder zurückgenommen oder geändert werden. Ähnliches gilt für die einseitige Veränderung der Arbeitszeitgestaltung (von Wechsel- auf Normalschicht). Es ist nicht lebensfremd von einem Arbeitnehmer, der eine solche Mitteilung erhält, zu erwarten, dass er ihr widerspricht, wenn er sie für unwirksam hält, ein solcher Widerspruch ist vielmehr geradezu „normal“.<sup>38</sup> Hier müssen weitere Umstände hinzutreten. Bei einer Suspendierung wegen vermeintlicher Pflichtverletzung kann dies eine ihr vorhergehende Anhörung des Arbeitnehmers sein, in der diese in Aussicht gestellt worden ist und welcher der Arbeitnehmer in der Anhörung widersprochen hat.<sup>39</sup> Dann darf der Arbeitnehmer die anschließende Erklärung als endgültige Entscheidung verstehen. Ähnlich liegt es beim vom Arbeitgeber einseitig erklärten Wechsel von der Arbeit in Normalschicht und der Arbeit in Wechselschicht. Auch hier ist es nicht lebensfremd, vom Arbeitnehmer Widerspruch zu erwarten, wenn er die Erklärung erhält und damit nicht einverstanden ist. Anders können die Dinge liegen, wenn der Arbeitgeber bereits arbeitsorganisatorische Vorkehrungen getroffen hat, die es ihm voraussichtlich unmöglich machen werden, die ursprüngliche Schichtarbeit beizubehalten und/oder dies erklärt.<sup>40</sup> Verallgemeinernd lässt sich sagen, dass die Verweigerungsabsicht umsetzende Handlungen<sup>41</sup> ein Argument für die Offensichtlichkeit sind.

<sup>36</sup> BAG 9.8.1984 – 2 AZR 374/83, AP BGB § 615 Nr. 34 (fristlose Kündigung); BAG 21.3.1985 – 2 AZR 201/84, AP BGB § 615 Nr. 35 (fristgebundene Kündigung); BAG 9.4.1987 – 2 AZR 280/86, NZA 1988, 541 (ordentliche Kündigung mit unwirksamer Fristsetzung).

<sup>37</sup> Vgl. BAG 21.3.1996 – 2 AZR 362/95, BeckRS 1996, 30924653.

<sup>38</sup> S. BAG 10.7.1969 – 5 AZR 323/68, NJW 1969, 1734, wo der Arbeitnehmer nach eigenem Vortrag widersprochen hatte, aber beweisfähig geblieben war. In BAG 21.7.2021 – 5 AZR 543/20, NZA 2021, 1710 war die Anwendung des § 296 BGB auch ohne Suspendierung geboten, weil die Beschäftigung auf dem bisherigen Arbeitsplatz befristet war (BAG 21.7.2021 – 5 AZR 543/20, NZA 2021, 1710 Rn. 30) und einem Angebot des Arbeitnehmers die Erstzuweisung eines neuen Arbeitsplatzes vorauszugehen hatte.

<sup>39</sup> Vgl. BAG – 5 AZR 323/68, NJW 1969, 1734.

<sup>40</sup> BAG 18.9.2002 – 1 AZR 668/01, AP BGB § 615 Nr. 99.

<sup>41</sup> S. Schwarze BAG Anm. EzA BGB § 615 Nr. 78 unter II 3 b.

Der Hinweis auf eine (unwirksame) Befristung ist nicht als offensichtliche Weigerung einzustufen, solange die Parteien die Befristung als wirksam behandelt haben, wenn also zB der Arbeitgeber kurz vor Ablauf der Frist eine Routineerklärung an den Arbeitnehmer sendet.<sup>42</sup> Anders kann es sich verhalten, wenn der Arbeitgeber nach einer Auseinandersetzung über die Wirksamkeit der Befristung dem Arbeitnehmer eine erkennbare Erklärung über das Ende des Arbeitsverhältnisses zum Fristablauf zukommen lässt, die als abschließende Äußerung zu erkennen ist.

Bei Erklärungen des Arbeitgebers, die eine vorübergehende Unterlassung der Mitwirkung ankündigen, etwa die Ankündigung, für eine Woche den Betrieb schließen zu wollen, ist zu unterscheiden. Hier liegt eine Verweigerung zwar nur für den fraglichen Zeitraum vor, je nach Grund der Weigerung kann aber das Vertrauen in die vertragsgemäße Durchführung über diesen Zeitraum hinaus beeinträchtigt werden, wenn zB der Arbeitgeber die Schließung für eine Woche mit „schlechtem Wetter“ begründet. Daraus lässt sich aber allenfalls ein ernsthafter Zweifel ableiten, so dass der Arbeitnehmer analog § 295 S. 1 Alt. 1 BGB zu einem wörtlichen Angebot verpflichtet bleibt, solange der Arbeitgeber die entstandene Unklarheit nicht beseitigt, etwa mit der Erklärung, nach Ablauf der Woche wieder „Arbeit zu haben“. Für den fraglichen Zeitraum, für den der Arbeitgeber seine Mitwirkung einzustellen ankündigt, muss der Arbeitnehmer allenfalls wörtlich anbieten (§ 295 S. 1 Alt. 1 BGB). Eine Entbehrlichkeit des wörtlichen Angebots wegen „Offensichtlichkeit“ des Unterbleibens der künftigen Mitwirkung kann hier nicht aus der Ankündigung abgeleitet werden. Das gilt nicht nur bei ungenauer Angabe des Zeitraums, zB der Aussage, die Arbeit könne „im Augenblick“ oder „derzeit“ nicht stattfinden, oder wenn der Arbeitgeber die Annahme vom Eintritt bestimmter Umstände abhängig macht, etwa einer Besserung der Auftragslage, des Wetters usw.<sup>43</sup> oder wenn der Arbeitgeber die Annahme abhängig von der Erfüllung bestimmter Bedingungen auf Seiten des Arbeitnehmers macht, die vertraglich nicht gedeckt sind, etwa die Erklärung, auf übertarifliche Zulagen zu verzichten. Auch bei Angabe einer bestimmten Zeit ist nicht per se offensichtlich, dass ein wörtliches Angebot sinnlos wäre. Es müssen weitere Umstände hinzutreten, sei es eine besonders „starke“ Ablehnungserklärung, welche die Arbeitsleistung für den fraglichen Zeitraum „unter allen Umständen“ ausschließt, seien es objektive Umstände, die eine Arbeitsleistung während des fraglichen Zeitraums höchst unwahrscheinlich machen, zB wenn der Arbeitgeber bereits organisatorische Maßnahmen zur Einstellung der Arbeit getroffen hat, deren Rückgängigmachung mit erheblichem Aufwand verbunden wäre, welche diese sehr höchst unwahrscheinlich erscheinen lässt.

Lehnt der Arbeitgeber die Annahme der Arbeit für die Zukunft nicht rundheraus ab, sondern knüpft er die Ablehnung an vertragswidrige Bedingungen, ist das Ausbleiben der künftigen Annahme nur „offensichtlich“, wenn zugleich deutlich wird, dass der Arbeitgeber von der vertragswidrigen Konditionierung unter keinen Umständen abweichen wird.

## VII. Verallgemeinerbarkeit

Die vorstehenden Aussagen lassen sich verallgemeinern. Für alle Leistungspflichten gilt, dass eine durch den Gläubiger verursachte offensichtliche Gefährdung der Leistung durch Gefährdung der Mitwirkung den Annahmeverzug eintreten lässt, ohne dass ein wörtliches Angebot erforderlich wäre, wenn das Ausbleiben der Mitwirkung „offensichtlich“ ist. Hier

<sup>42</sup> Erst recht, wenn der Arbeitnehmer zuvor einer Erklärung zugestimmt hat, die auf Basis der vermeintlichen Befristung die Abwicklung regelte, BAG 19.9.2012 – 5 AZR 627/11, NZA 2013, 101.

<sup>43</sup> Zur Beseitigung der Unklarheit über den Beginn des Annahmeverzugs als Zweck des Angebots Konzen AP BGB § 615 Nr. 34, Nr. 35 unter II 1 b.

ist eine Brücke zu schlagen zwischen dem Annahmeverzug im gestörten Arbeitsverhältnis und zur Diskussion um die Verzichtbarkeit des wörtlichen Angebots gem. § 295 S. 1 Alt. 1 BGB bei anderen Vertragstypen in „Ausnahmefällen“, die allesamt das Merkmal einer „offensichtlichen“ Gefährdung der Mitwirkung tragen. So hat der BGH entschieden, dass der Geschäftsführer einer GmbH nicht wörtlich anbieten müsse, wenn die GmbH deutlich gemacht habe, die Dienste unter keinen Umständen annehmen zu wollen.<sup>44</sup> Das Moment der „Lebensfremdheit“, das gegen die Anwendung des § 295 S. 1 Alt. 1 BGB im Arbeitsverhältnis angeführt wird,<sup>45</sup> gilt für alle Schuldverhältnisse, wenn die Mitwirkung offensichtlich ausbleiben wird. Es widerspricht dem Rechtsempfinden nicht allein des Arbeitnehmers, sondern jedes Schuldners, einem Gläubiger anzubieten, der sich jede weitere Bemühung des Schuldners mit Nachdruck verbeten hat. Und wäre es umgekehrt nicht die natürlichste Reaktion eines Arbeitnehmers, der morgens von einem verschlossenen Betriebstor überrascht wird, per Mail oder Telefon beim Arbeitgeber nachzufragen oder dem Arbeitgeber, der dem Arbeitnehmer Kurzarbeit ankündigt, zu widersprechen,<sup>46</sup> schon um das Missverständnis eines stillschweigenden Einverständnisses zu vermeiden? Unterschiede, die gleichwohl bestehen mögen, sind gradueller, nicht prinzipieller Natur.

Auch der Zweck des § 615 BGB, dem Arbeitnehmer das Entgeltisiko für die Vorhaltung der Arbeitskraft während des Annahmeverzugs zu nehmen, gebietet keine arbeitsrechtliche Sonderdogmatik. Dieser Gedanke wird dahingehend konkretisiert, dass bei einem unstreitig wirksamen Arbeitsverhältnis das wörtliche Angebot bei ausdrücklicher Ablehnung der Arbeit verzichtbar sei, weil der Arbeitnehmer hier seine Arbeitskraft „im allgemeinen“ nicht anderweitig verwerten könne, während beim (unwirksam) gekündigten Arbeitsverhältnis der Arbeitnehmer grundsätzlich frei sei, seine Arbeitskraft anderweitig einzusetzen.<sup>47</sup> Die Erklärungslast soll also davon abhängen, wie schwer die Folgen des Nichteintritts des Annahmeverzugs für den Arbeitnehmer wiegen. Welchen Freiraum zu anderweitischer Tätigkeit der Arbeitnehmer hat, hängt indessen nicht an der Art der Erklärung (unwirksame Kündigung oder nur vertragswidrige Ablehnung der Arbeitskraft im ungekündigten Arbeitsverhältnis), sondern an ihrer Bestimmtheit: Erklärt der Arbeitgeber für die nächsten vier Wochen die Arbeitsleistung nicht annehmen zu wollen, kann der Arbeitnehmer den anderweitigen Einsatz seiner Arbeitskraft weitaus besser planen als bei einer unwirksamen Kündigung. Im Übrigen werden die Erklärungslasten beim Gläubigerverzug nicht primär bzw. ausschließlich nach der Schwere der Nachteile für den Schuldner verteilt. Eine darüber hinweg gehende Rechtsfortbildung könnte jedenfalls nicht auf das Arbeitsverhältnis beschränkt bleiben. So müsste man dem Verkäufer das wörtliche Angebot etwa ersparen, sobald die Vorhaltekosten den Vertrag unrentabel zu machen drohen und er wegen Nichteintritts des Annahmeverzugs den Ausgleich nach § 304 BGB verpasste oder sobald ihm die letzte Gelegenheit eines anderweitigen Verkaufs (§§ 383, 385, 372 ff. BGB) zu angemessenem Preis entginge.

<sup>44</sup> BGH 9.10.2000 – II ZR 75/99, NJW 2001, 287, 288; abl. Staudinger/Feldmann, 2019, BGB § 295 Rn. 2 mwN. Entschieden gegen eine solche Rechtsfortbildung Huber Leistungsstörungen I, § 9 III 1, S. 250 f.: Der Sinn des wörtlichen Angebots liege darin, die fortbestehende Leistungsbereitschaft klarzustellen. Selbst wenn der Zweck sich darin erschöpfte: Warum soll dies einem Gläubiger gegenüber klagestellt werden müssen, der daran offensichtlich keinerlei Interesse hat? Das Schweigen des Schuldners kann hier nicht als Einverständnis missverstanden werden (Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2021, § 36 Rn. 28). Dass die Bereitschaft vorliegen muss und dies im Prozess zu beweisen ist, ist davon zu trennen.

<sup>45</sup> Blomeyer AP BGB § 615 unter A 1; Schwarze Anm. BAG EzA § 615 BGB Nr. 78 unter II 3 b.

<sup>46</sup> S. BAG 10.7.1969 – 5 AZR 323/68, NJW 1969, 1734, wo der Arbeitnehmer nach eigenem Vortrag widersprochen hatte, aber beweisfällig geblieben war.

<sup>47</sup> Henssler/Willemsen/Kalb/Krause, 10. Aufl. 2022, BGB § 615 Rn. 40 f.; BeckOK ArbR/Joussen, 1.9.2023, BGB § 615 Rn. 2.

### VIII. Desiderat

Der vorliegende Beitrag zeigt, dass in der dichotomischen Lehre, in der Behauptung, eine „Störung“ des Arbeitsverhältnisses ändere die Regeln des Annahmeverzugs, ein Problem des allgemeinen Leistungsstörungsrechts thematisiert wird, das nicht systematisch durchdrungen ist – die Gefährdung der Leistung durch den Gläubiger. Der vorliegende Beitrag bearbeitet diese allgemeine Problematik ausschnitthaft, bezogen auf die Erläuterung der dichotomischen Lehre des Annahmeverzugs im Arbeitsverhältnis. Er beschränkt sich auf die Gefährdung der Leistung durch Gefährdung der Mitwirkung des Gläubigers (Arbeitgebers) und wiederum auf die Fragen, die durch eine vorübergehende Gefährdung aufgeworfen werden. Unerörtert bleibt, unter welchen Voraussetzungen eine Gefährdung den Schuldner zur Liquidation des Vertrags berechtigt. Unerörtert bleibt, welche Rechtsfolgen (zusätzlich) eintreten, wenn die Mitwirkung des Gläubigers in eine echte Rechtspflicht gekleidet ist.<sup>48</sup> Unerörtert bleiben andere Gefährdungen, insbesondere die Gefährdung durch eine vom Gläubiger verursachte Gefahr von dauernden Leistungs- und Mitwirkungshindernissen (§ 275 BGB).<sup>49</sup>

### IX. Zusammenfassung

1. Die dichotomische Lehre gibt zwei verschiedene Regeln für den Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis vor: Im „ungestörten“ Arbeitsverhältnis bestimmt sich der Annahmeverzug idR nach § 294 BGB, so dass der Arbeitnehmer tatsächlich anbieten muss, um den Tatbestand des Annahmeverzugs zu erfüllen. Im „gestörten“ Arbeitsverhältnis (Leitfall: die unwirksame Kündigung durch den Arbeitgeber) richtet sich der Annahmeverzug nach § 296 BGB, so dass dieser mit Erfüllbarkeit der Arbeitspflicht („Arbeitsbeginn“) auch ohne ein tatsächliches oder wörtliches Angebot eintritt.

2. Der Kern der Lehre, dass und wie eine „Störung“ die Regeln des Annahmeverzugs verändert, ist unklar. Daher ist auch unklar, warum unter Abweichung von § 295 S. 1 Alt. 1 BGB in den als „Störung“ bezeichneten Fällen (insbes. der unwirksamen Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber) der Annahmeverzug ohne Angebot des Arbeitnehmers eintreten können soll. Die Unklarheit wird verdeckt durch eine Dogmatik, die Besonderheiten des Arbeitsvertrags zur Rechtfertigung der Lehre anführt.

3. Was die dichotomische Lehre als „Störung“ des Arbeitsverhältnisses bezeichnet, ist eine Gefährdung der künftigen Arbeitsleistung durch den Gläubiger, genauer: durch Gefährdung der dafür erforderlichen Mitwirkung des Arbeitgebers als Gläubiger der Arbeitsleistung, der durch die unwirksame Kündigung des Arbeitsverhältnisses oder ähnliche Erklärungen ankündigt, in Zukunft nicht mehr mitwirken zu wollen. Die für diesen Fall geltenden Regeln und der Spielraum für eine § 295 S. 1 Alt. 1 BGB ergänzende Rechtsfortbildung ist aus dem Kontext der für Leistungsgefährdungen geltenden Regeln zu bestimmen.

4. Das BGB hat weder in seiner ursprünglichen noch in seiner reformierten Gestalt die Leistungsgefährdung systematisch geregelt, aber in einzelnen Regelungen als grundsätzlich erheblich anerkannt.

5. Praktisch und rechtlich im Vordergrund steht die Leistungsgefährdung durch den Schuldner, die fragmentarisch gesetzlich geregelt ist (insbes. § 323 Abs. 4 BGB, § 321 BGB) und durch richterrechtliche Regeln ergänzt wird. Prägend ist die Unterscheidung zwischen schwacher Gefährdung, welche „ernsthafte Zweifel“ an künftigem Leistungswillen bzw.

---

<sup>48</sup> Vgl. Schwarze, Das Recht der Leistungsstörungen, 3. Aufl. 2021, § 37 Rn. 81; BGHZ 11, 80 ff.

<sup>49</sup> Dazu Schwarze, Die Gefährdung der Leistung durch den Gläubiger, FS zum 50jährigen Bestehen der Juristischen Fakultät Hannover, 2025.

Leistungsfähigkeit des Schuldners erfasst, und starker Leistungsgefährdung, welche die „Offensichtlichkeit“ des künftigen Unwillens bzw. Unvermögens zur Leistung bezeichnet. Im ersten Fall muss der Gläubiger dem Schuldner durch Fristsetzung die Möglichkeit zur Klärung geben, letzterenfalls kann er sogleich Sekundärrechte geltend machen.

6. Die Gefährdung der Leistung durch den Gläubiger wird ebenfalls in einzelnen Regelungen als erheblich anerkannt. Eine solche Regelung ist § 295 S. 1 Alt. 1 BGB, der nicht (wie die anderen Tatbestände der §§ 294 ff. BGB) an die *Verletzung* einer Gläubigerobliegenheit zur Annahme oder besonderer Mitwirkung anknüpft, sondern an die *Gefahr* einer künftigen Verletzung, und dessen Rechtsfolge nicht der Eintritt des Annahmeverzugs ist, sondern eine Änderung der für den späteren Eintritt des Annahmeverzugs maßgeblichen Voraussetzungen. Das wörtliche Angebot gem. § 295 S. 1 Alt. 1 BGB zielt (auch) auf eine Klärung der vom Gläubiger erzeugten Ungewissheit als Voraussetzung für ein folgendes tatsächliches Angebot. Es ist funktional mit der zur Klärung einer Gefährdung erfolgenden Fristsetzung des Gläubigers bei der schwachen schuldnerinduzierten Leistungsgefährdung vergleichbar.

7. § 295 S. 1 Alt. 1 BGB lässt jedwede „Weigerung“ des Gläubigers genügen, also schon Weigerungen, die zwar ernsthafte Zweifel an der künftigen Mitwirkung entstehen lassen, aber deren Ausbleiben nicht offensichtlich machen. Die Freilegung des dogmatischen Kontextes der Leistungsgefährdung schärft die Frage der Rechtsfortbildung dahin, ob § 295 S. 1 Alt. 1 BGB eine sachlich plausible und die Gleichbehandlung gleicher Gefährdungslagen sicherstellende Rechtsfortbildung unterbindet, die für die starke Leistungsgefährdung auf ein wörtliches Angebot verzichtet. Das ist zu verneinen, weil dem Gesetzgeber der Kontext nicht bewusst war und eine systematische Regelung der Leistungsgefährdung durch den Gläubiger nicht geschaffen hat.

8. Der Arbeitgeber gerät ohne wörtliches Angebot bei Eintritt der Erfüllbarkeit in Annahmeverzug, wenn er eine vorübergehende offensichtliche Gefährdung der künftigen Mitwirkung (insbes. durch unwirksame Kündigung) nicht bis zum Zeitpunkt der Erfüllbarkeit der Leistung durch eine gegenläufige Erklärung beseitigt.

## Urlaubsanspruch des GmbH-Geschäftsführers

### I. Einleitung

Das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers hat in den vergangenen Jahren eine Vielzahl kontrovers diskutierter Streitfragen aufgeworfen, die insbesondere durch die Judikatur des EuGH zum personellen Anwendungsbereich einzelner Rechtsakte der Europäischen Union ausgelöst wurden. Vor allem die in der Rechtssache *Danosá*<sup>1</sup> thematisierte Einbeziehung von GmbH-Geschäftsführerinnen in den Anwendungsbereich der Mutter-schutz-Richtlinie 92/85/EWG hat eine vielstimmige Diskussion initiiert, bei welchen arbeitsrechtlichen Gesetzen in vergleichbarer Weise über einen unionsrechtlich determinierten Arbeitnehmerbegriff<sup>2</sup> GmbH-Geschäftsführer in den jeweiligen arbeitsrechtlichen Schutz einbezogen sind. Wenn diese Thematik hier aufgegriffen wird, dann zwingt der bei Festschriftbeiträgen begrenzte Raum zu einer inhaltlichen Fokussierung. Der nachfolgende aufgegriffene Urlaubsanspruch des GmbH-Geschäftsführers steht deshalb stellvertretend für eine Vielzahl vergleichbarer Fragestellungen.

### II. GmbH-Geschäftsführer als Dienstverpflichtete

Das zwischen der GmbH und ihrem Geschäftsführer neben dem korporativen Organ-schaftsverhältnis bestehende schuldrechtliche Anstellungsverhältnis ordnet die hM treffend als Geschäftsbesorgungsverhältnis ein,<sup>3</sup> das regelmäßig die Rechtsnatur eines Dienstvertrags aufweist.<sup>4</sup> Dieser rechtlichen Einordnung ist auch die höchstrichterliche Rechtsprechung im Grundsatz bis in die jüngste Vergangenheit gefolgt.<sup>5</sup> Aus dem Blickwinkel des deutschen Rechts ist dieser Einordnung zuzustimmen, da die Tätigkeit des GmbH-Geschäftsführers die Voraussetzungen des in § 611a Abs. 1 BGB umschriebenen Arbeitnehmerbegriffs regelmäßig nicht erfüllt. Er erbringt seine Dienstleistung zumeist selbständig und nicht in persönlicher Abhängigkeit. Er unterliegt zwar – wie § 37 Abs. 2 GmbHG verdeutlicht – einem Weisungs-

---

<sup>1</sup> S. EuGH 11.11.2010 – C-232/09, NJW 2011, 2343 ff. = NZA 2011, 143 ff.

<sup>2</sup> Zum unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff im Überblick zB MHdB ArbR/Temming, 6. Aufl. 2024, § 18 Rn. 51 ff. sowie vertiefend jüngst Hohe, Arbeitnehmerbegriffe im Recht der Europäischen Union, 2022.

<sup>3</sup> Stellvertretend BGH 10.5.2010 – II ZR 70/09, NZG 2010, 827 Rn. 7; BAG 21.1.2019 – 5 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 24; Rowedder/Pentz/Baukelmann, GmbH-Gesetz, 7. Aufl. 2022, § 35 Rn. 78; Noack/Servatius/Haas/Beurskens, 23. Aufl. 2022, § 6 Rn. 54; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbH-Gesetz, 21. Aufl. 2023, Anh. § 6 Rn. 3; Henssler/Strohn/Oetker, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, GmbHG § 35 Rn. 103.

<sup>4</sup> So BGH 10.5.2010 – II ZR 70/09, NZG 2010, 827 Rn. 7; BAG 21.1.2019 – 5 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 24; BAG 11.6.2020 – 2 AZR 374/19, NZA 2020, 1179 Rn. 25; BAG 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, NZA 2021, 857 Rn. 20; BAG 8.2.2022 – 9 AZB 41/21, NZA 2022, 430 Rn. 22.

<sup>5</sup> Zuletzt zB BGH 10.5.2010 – II ZR 70/09, NZG 2010, 827 Rn. 7; BAG 21.1.2019 – 5 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 24.

recht der Gesellschafterversammlung, das aber für sich genommen nicht ausreicht, um die in § 611a Abs. 1 BGB umschriebene persönliche Abhängigkeit zu konstituieren.<sup>6</sup> Mit Recht hat allerdings insbesondere das BAG wiederholt darauf hingewiesen, dass es sich bei der vorstehenden rechtlichen Qualifizierung des Anstellungsverhältnisses lediglich um den Regelfall handelt, der Ausnahmekonstellationen nicht ausschließt. In atypischen Fallgestaltungen, in denen das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung im Hinblick auf Art, Ort und Zeit der geschuldeten Tätigkeit die von § 611a Abs. 1 BGB geforderte Dichte aufweist, kann das Anstellungsverhältnis des GmbH-Geschäftsführers als Arbeitsverhältnis zu qualifizieren sein<sup>7</sup> und unterliegt den arbeitsrechtlichen Schutzinstrumentarien. Das gilt unabhängig davon, ob es sich um einen Fremd-Geschäftsführer oder einen Gesellschafter-Geschäftsführer handelt, wengleich der Ausnahmefall eines Arbeitsverhältnisses am ehesten bei GmbH-Fremdgeschäftsführern in Betracht kommt.

### 1. Rechtsgrundlage und Dauer des Urlaubs

Unterliegt das Anstellungsverhältnis ausschließlich dem Dienstvertragsrecht, dann ist der Urlaubsanspruch des GmbH-Geschäftsführers eine Domäne der Vertragsfreiheit.<sup>8</sup> Dementsprechend enthalten Vertragsmuster zum Anstellungsvertrag regelmäßig eine eigenständige Vorschrift zum Urlaubsanspruch des GmbH-Geschäftsführers.<sup>9</sup> Deren Ausgestaltung unterliegt dem Primat der Vertragsfreiheit. Das gilt primär hinsichtlich der Urlaubsdauer, wobei das Volumen des BUrlG (§ 3 Abs. 1: 24 Werktage) den Vertragsparteien zumindest eine Orientierungshilfe für das aus Gründen des Gesundheitsschutzes Gebotene an die Hand gibt. Alternativ können sie den Freistellungsanspruch auch nach Arbeitstagen oder -wochen bemessen. Regelungsbedürftig ist ferner der Geldfaktor. Die Vertragsparteien müssen festlegen, ob die urlaubsbedingte Freistellung von der Dienstleistungspflicht „bezahlt“ erfolgt oder nicht. Dies kann entweder ausdrücklich geschehen oder sich aus einer Auslegung des Vertrags ergeben, wenn für die Vergütung ein festes Jahresgehalt festgelegt wird. In der letztgenannten Konstellation folgt aus dem Zweck des vertraglichen Urlaubsanspruchs, dass Zeiten einer urlaubsbedingten Freistellung von der Dienstleistungspflicht die Gesellschaft nicht zu einer zeitanteiligen Kürzung der zugesagten jährlichen Vergütung berechtigen.

Fehlt eine dienstvertragliche Regelung und gelangt wegen fehlender Arbeitnehmereigenschaft das BUrlG nicht zur Anwendung, dann bedeutet dies nicht, dass dem GmbH-Geschäftsführer kein Urlaubsanspruch zusteht. Anerkannt ist, dass die durch den Bestellsungsakt konstituierte organschaftliche Rechtsbeziehung zwischen Gesellschaft und GmbH-Geschäftsführer durch beiderseitige Treue- bzw. Fürsorgepflichten geprägt ist. Ausfluss dieser die Gesellschaft treffenden Treue- bzw. Fürsorgepflicht ist auch die Gewährung eines angemessenen Erholungsurlaubs, selbst wenn der Anstellungsvertrag hierzu keine Regelung trifft.<sup>10</sup> Alternativ wird dieses Ergebnis verbreitet auch auf die aus dem Organschaftsverhältnis

<sup>6</sup> Treffend BAG 21.1.2019 – 5 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 24; BAG 11.6.2020 – 2 AZR 374/19, NZA 2020, 1179 Rn. 25; BAG 27.4.2021 – 2 AZR 540/20, NZA 2021, 857 Rn. 20; BAG 8.2.2022 – 9 AZB 41/21, NZA 2022, 430 Rn. 22; s. auch MHDb ArbR./Temming, 6. Aufl. 2024, § 22 Rn. 11.

<sup>7</sup> S. BAG 21.1.2019 – 5 AZB 23/18, NZA 2019, 490 Rn. 24; aA Altmeppen NJW 2022, 2785 (2789 f.).

<sup>8</sup> Haase GmbHR 2005, 338 (339).

<sup>9</sup> S. MAH ArbR./Moll, 5. Aufl. 2021, § 80 Rn. 60 sowie exemplarisch Lunk Anwform ArbR./Nebendahl, 4. Aufl. 2021, S. 957 ff. (§ 10); BeckFormB ArbR./Ohmann-Sauer, 4. Aufl. 2022, E I 1 (§ 5).

<sup>10</sup> Auf die Treuepflicht abstellend Noack/Servatius/Haas/Beurskens, GmbH-Gesetz, 23. Aufl. 2022, § 37 Rn. 78, 140 sowie Lunk Anwform ArbR./Nebendahl, 4. Aufl. 2021, S. 990 (Rn. 821); aA BeckOGK/Lücke, 1.11.2022, GmbHG § 6 Rn. 449.