

Der Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ und seine Ausnahmen in der Klausur am Beispiel des Betriebsrisikos im Corona-Lockdown

Fallbearbeitung im Arbeitsrecht – Teil 3

Von Akad. Oberrat Dr. **Thomas Klein**, Wiss. Mitarbeiter **Georg Kuhs**, Trier*

Bei der Bearbeitung arbeitsrechtlicher Klausuren, insbesondere im Schwerpunktbereich, bereitet oftmals der Aufbau des Gutachtens Schwierigkeiten. Neben der gerade im kollektiven Arbeitsrecht zu beherrschenden Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen müssen auch die Einflüsse des Unionsrechts und des Grundgesetzes berücksichtigt und an der richtigen Stelle geprüft werden. Zu einer guten Vorbereitung auf die Klausur gehört deshalb auch eine spezifische Auseinandersetzung mit der arbeitsrechtlichen Fallbearbeitung. Die Beitragsreihe „Fallbearbeitung im Arbeitsrecht“ soll hierbei unterstützen. Anhand didaktisch aufbereiteter Fälle aus der aktuellen Rechtsprechung sollen Problembewusstsein und Strukturdenken trainiert und die Anwendung des abstrakten Wissens auf einen konkreten Sachverhalt eingeübt werden. Der Fokus der Beiträge liegt also weniger auf der Vermittlung der rechtlichen Grundlagen als vielmehr auf der Erläuterung der Vorgehensweise bei der Lösung des Falls. Die in der Beitragsreihe vorgestellten Fälle werden zusätzlich in einem Podcast besprochen, der unter iaaeu.de/podcast sowie auf den gängigen Podcast-Plattformen verfügbar ist.

Der dritte Lernbeitrag in der Reihe befasst sich mit dem Urteil des BAG¹ zum Annahmeverzugslohn beim Corona-Lockdown, das Anlass für eine Auseinandersetzung mit dem arbeitsrechtlichen Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ bietet. Das Urteil betrifft eine aktuelle Frage, die zum Pflichtfachstoff im Zivilrecht gehört, und ist deshalb nicht nur für Schwerpunktstudierende klausurrelevant.

I. Sachverhalt

Der dem BAG-Urteil zugrundeliegende Sachverhalt ereignete sich im ersten Corona-Lockdown. Die Klägerin ist im Nähmaschinenhandel der Beklagten als Verkäuferin beschäftigt. Im April 2020 war das Geschäft der Beklagten aufgrund einer Allgemeinverfügung über das Verbot der Öffnung bestimmter Betriebe zur Eindämmung des Coronavirus geschlossen. Wegen der Geschäftsschließung konnte die Klägerin nicht beschäftigt werden. Mit ihrer Klage begehrte die Klägerin von der Beklagten die Zahlung der vereinbarten Vergütung für den Monat April 2020.

II. Der Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit

Da die Klägerin Vergütungsansprüche gem. § 611a Abs. 2 BGB für einen Zeitraum geltend macht, in dem sie nicht gearbeitet hat, ist der gedankliche Ausgangspunkt für die

* Der Autor *Klein* ist Akad. Rat am Institut für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der Europäischen Union (IAAEU) in Trier. Der Autor *Leist* ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Internationales und Europäisches Arbeitsrecht und Bürgerliches Recht (Prof. Dr. Dr. h.c. *Monika Schlachter*) der Universität Trier.

¹ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182.

Falllösung der arbeitsrechtliche Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“. Es hilft daher, sich zunächst der rechtlichen Grundlagen dieses Grundsatzes zu vergewissern.

Bei der vom Arbeitnehmer nach § 611a Abs. 1 BGB geschuldeten Arbeitsleistung handelt es sich nach h.M. grundsätzlich um eine absolute Fixschuld.² Dies folgt letztlich aus dem Charakter des Arbeitsverhältnisses als Dauerschuldverhältnis und der persönlichen Leistungspflicht (§ 613 S. 1 BGB) des Arbeitnehmers. Da der Arbeitnehmer am nächsten Arbeitstag bereits die nächste Teilleistung schuldet, kann er die versäumte Arbeitsleistung in der Regel nicht nachholen. Möglich wäre allenfalls eine Nachleistung in Form von Mehrarbeit. Dieser Möglichkeit sind allerdings zum einen durch das Arbeitszeitgesetz enge rechtliche Grenzen gesetzt. Zum anderen liegt eine Nachleistung in Form von Mehrarbeit meist nicht im Interesse der Parteien. Der Arbeitgeber hat seinen Betriebsablauf in der Regel an der festgelegten Arbeitszeit der Arbeitnehmer ausgerichtet und daher nur genau zu diesem Zeitpunkt ein Interesse an der Leistung. Auch der Arbeitnehmer möchte in der Regel nicht außerhalb der Arbeitszeit durch den Arbeitgeber in Anspruch genommen werden.

Die Einordnung als absolute Fixschuld hat zur Folge, dass mit Nichterbringung der Leistung zur festgelegten Zeit nicht Verzug, sondern Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs. 1 BGB eintritt. Der Leistungsanspruch des Arbeitgebers erlischt also für den Zeitraum der Arbeitsversäumnis. Der Arbeitnehmer schuldet keine Nachleistung. Im Gegenzug erlischt gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB sein Vergütungsanspruch (§ 611a Abs. 2 BGB) für die versäumte Arbeitszeit. Es gilt also der Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit. Wie so oft, gilt allerdings auch hier: Kein Grundsatz ohne Ausnahmen. Letztere sind in der Fallbearbeitung eher die Regel, denn zumeist liegt der Schwerpunkt der Klausur gerade darin, einschlägige Durchbrechungen des Grundsatzes „Kein Lohn ohne Arbeit“ zu prüfen.³

III. Anspruchsgrundlage und Prüfungsaufbau

Hinsichtlich der Betriebsschließung wegen des Corona-Lockdowns stellt sich die Frage, ob der Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ durch § 615 BGB durchbrochen wird. Nach § 615 S. 1 BGB kann der Dienstverpflichtete für die infolge des Annahmeverzugs des Dienstberechtigten nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung

² Etwa BAG, Urt. v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87 = NZA 1989, 261 (262); BAG, Urt. v. 19.8.2015 – 5 AZR 975/13 = NZA 2015, 1460 (1461 Rn. 23); *Spinner*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 956; *Preis*, in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 22. Aufl. 2022, BGB § 611a Rn. 676.

³ Eine Übersicht zu Durchbrechungen des Grundsatzes „Kein Lohn ohne Arbeit“ für die Klausurvorbereitung findet sich etwa bei *Fischinger/Straub*, JuS 2016, 208.

verpflichtet zu sein. Der Arbeitnehmer behält also seinen Vergütungsanspruch trotz Nichterbringung der Arbeitsleistung, wenn der Arbeitgeber mit der Annahme der Leistung in Verzug gerät. Gem. § 615 S. 3 BGB gilt dies entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Auf das Verhältnis dieser beiden Sätze ist sogleich noch näher einzugehen (unter V.). Als Ausgangspunkt für die weiteren Überlegungen zur Falllösung genügt zunächst die Feststellung, dass der Vergütungsanspruch der Klägerin möglicherweise nach § 615 S. 1 bzw. S. 3 BGB entgegen dem Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ fortbestehen könnte.

Bei beiden Sätzen des § 615 BGB handelt es sich nicht um eine eigenständige Anspruchsgrundlage.⁴ Der Anspruch auf Vergütung wird durch die Normen nicht begründet, sondern lediglich aufrechterhalten. Anspruchsgrundlage für die Vergütung ist weiterhin der ursprüngliche Erfüllungsanspruch aus § 611a Abs. 2 BGB.⁵ Für die Fallbearbeitung folgt daraus, dass § 615 S. 1 und S. 3 BGB – wie § 326 Abs. 2 BGB – als Durchbrechung des in § 326 Abs. 1 S. 1 BGB geregelten Grundsatzes zu prüfen sind. Im konkreten Fall muss also geprüft werden, ob die Klägerin einen Vergütungsanspruch gem. § 611 Abs. 2 BGB gegenüber der Beklagten hat. Im Rahmen dieser Prüfung ist dann zunächst zu fragen, ob der Anspruch möglicherweise infolge der Nichtleistung der geschuldeten Arbeit gem. § 275 Abs. 1 BGB untergegangen ist. Sollte dies bejaht werden, schließt sich die Frage an, ob dem Erlöschen des Anspruchs § 615 S. 1 oder S. 3 BGB entgegensteht.

IV. Verhältnis von Annahmeverzug und Unmöglichkeit

§ 615 BGB bereitet Probleme bei der Einordnung in das allgemeine Leistungsstörungenrecht. § 615 S. 1 BGB setzt voraus, dass der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug kommt. Es müssen also die Voraussetzungen des Annahmeverzugs (§§ 293 ff. BGB) vorliegen. D.h., der Arbeitgeber als Gläubiger muss die ihm vom Arbeitnehmer als Schuldner ordnungsgemäß angebotene Leistung nicht angenommen oder eine zur Erfüllung erforderliche Mitwirkungshandlung unterlassen haben.⁶ Ausgeschlossen ist der Annahmeverzug, wenn der Schuldner außerstande ist, die Leistung zu bewirken (§ 297 BGB). Aus diesem Grund wird von dem Grundsatz ausgegangen, dass sich Annahmeverzug und Unmöglichkeit gegenseitig ausschließen.⁷ Damit bliebe für § 615 S. 1 BGB zumindest im Arbeitsverhältnis kaum ein praktischer Anwendungsbereich, denn die für den Annahmeverzug erforderliche Nichtannahme der Leistung führt wegen des regelmäßig bestehenden Fixschuldcharakters der Arbeitsleistung

gem. § 275 Abs. 1 BGB zum Untergang der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit.

In der Literatur wurde zur Auflösung dieses Problems eine kaum noch überblickbare Vielzahl an Vorschlägen diskutiert,⁸ deren Darstellung im Rahmen dieses Beitrags weder sinnvoll noch zu leisten ist. Für das Verständnis der Norm und deren Handhabung in der Fallbearbeitung genügt es vielmehr, die von der Rechtsprechung gewählte Lösung näher zu betrachten.

Das BAG stellt auf den Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit ab. Lagen zu diesem Zeitpunkt die Voraussetzungen des Annahmeverzugs vor, findet § 615 S. 1 BGB Anwendung.⁹ Damit durchbricht die Norm im Ergebnis die grundsätzliche Alternativität von Verzug und Unmöglichkeit. Lagen hingegen die Voraussetzungen des Annahmeverzugs zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeiten nicht vor, beispielsweise mangels Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers (§ 297 BGB), richten sich die Rechtsfolgen nach dem allgemeinen Unmöglichkeitensrecht.¹⁰ Eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs kommt dann also nur unter den Voraussetzungen des § 326 Abs. 2 BGB in Betracht.

Für die Fallbearbeitung ergibt sich aus dieser Differenzierung Folgendes: Nachdem feststeht, dass der Vergütungsanspruch nach § 611a Abs. 2 BGB entstanden ist, muss zunächst geprüft werden, ob der Anspruch infolge Unmöglichkeit gem. §§ 326 Abs. 1, 275 Abs. 1 BGB erloschen sein könnte. Liegen diese Voraussetzungen vor, schließt sich die Frage an, ob § 615 S. 1 BGB dem Erlöschen entgegensteht. An dieser Stelle muss nun geprüft werden, ob zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit – also zum Zeitpunkt der Nichtannahme der Leistung – die Voraussetzungen des Annahmeverzugs gem. §§ 293 ff. BGB vorlagen.

V. Verhältnis von § 615 S. 1 und S. 3 BGB

Zu den umstrittenen Fragen des § 615 BGB gehört neben der Einordnung der Norm ins Unmöglichkeitensrecht auch das Verhältnis der Sätze 1 und 3. Gem. § 615 S. 3 BGB gilt S. 1 entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Während die S. 1 und 2 bereits auf die ursprüngliche Fassung des Bürgerlichen Gesetzbuches aus dem Jahr 1900 zurückgehen, wurde S. 3 erst durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz mit Wirkung zum 1.1.2002 ergänzt.¹¹ Hintergrund dieser Änderung war die von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisikolehre. Dieser lag die – fragliche¹² – Annahme zugrunde, dass § 615 S. 1 BGB nur anwendbar ist, wenn der Arbeitgeber die Arbeitsleistung nicht annehmen will (Annahmewilligkeit).¹³ Es kommt aber auch vor, dass der Arbeitgeber – beispiels-

⁴ Ganz h.M., siehe statt vieler: *Henssler*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 615 Rn. 1 m.w.N.; *Bieder*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum Zivilrecht, Stand: 1.2.2020, BGB § 615 Rn. 2 m.w.N.

⁵ Statt vieler: *Preis* (Fn. 2), BGB § 615 Rn. 2.

⁶ Vgl. *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2019, § 293 Rn. 1.

⁷ Statt vieler: *Hager*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, Vorb. § 293 Rn. 4 m.w.N.

⁸ Siehe dazu etwa die überblicksartige Darstellung bei *Henssler* (Fn. 4), § 615 Rn. 4 ff.

⁹ Vgl. BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 146/14 = NZA 2016, 293 (295 Rn. 26).

¹⁰ Vgl. BAG, Urt. v. 23.9.2015 – 5 AZR 146/14 = NZA 2016, 293 (295 Rn. 26).

¹¹ BGBl. I 2001, S. 3138; vgl. BT-Drs. 14/7052, S. 64, 204.

¹² In der Literatur sah sich diese Annahme berechtigter Kritik ausgesetzt, siehe etwa *Luke*, NZA 2004, 244 (246) m.w.N.

¹³ *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2022, § 5 Rn. 289.

weise infolge einer Störung des Betriebsablaufs – die Leistung objektiv nicht annehmen kann (Annahmehmöglichkeit). In diesen Fällen ging die Rechtsprechung davon aus, dass eine Regelungslücke besteht. Diese wurde im Wege der Rechtsfortbildung durch die sog. Betriebsrisikolehre geschlossen. Danach behielt der Arbeitnehmer den Anspruch auf Vergütung, wenn dem Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung unmöglich war, sofern der Arbeitgeber das Betriebsrisiko zu tragen hatte.¹⁴ Diese Rechtsfortbildung sollte durch die Einfügung des § 615 S. 3 BGB kodifiziert werden.¹⁵

Aus dieser Entstehungsgeschichte des § 615 S. 3 BGB zieht das BAG in seiner aktuellen Entscheidung den Schluss, dass § 615 S. 1 BGB auch nach Inkrafttreten des S. 3 die Fälle der Annahmehmöglichkeit nicht unmittelbar regelt. Der Gesetzgeber habe sich dafür entschieden, dass in den Fällen, in denen dem Arbeitgeber die Annahme der Arbeitsleistung wegen einer Störung des Arbeitssubstrats nicht möglich ist, er aber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt, der Entgeltanspruch des Arbeitnehmers nicht bereits unmittelbar nach § 615 S. 1 BGB, sondern über dessen in § 615 S. 3 BGB angeordnete entsprechende Anwendung aufrechterhalten bleibe.¹⁶ Das BAG geht also mit anderen Worten davon aus, dass der Gesetzgeber sich mit der Kodifizierung der Betriebsrisikolehre auch die dieser Lehre zugrunde liegende Prämisse zu eigen gemacht hat, dass § 615 S. 1 BGB nur auf Fälle der Annahmewilligkeit anwendbar sei.

Folgt man dieser Auffassung, so ergibt sich daraus im Rahmen der Prüfung des § 615 S. 1 BGB ein weiteres – ungeschriebenes – Tatbestandsmerkmal: Die Nichtannahme der ordnungsgemäß angebotenen Leistung bzw. die Unterlassung der erforderlichen Mitwirkungshandlung muss darauf beruhen, dass der Arbeitgeber die Leistung nicht annehmen bzw. die Mitwirkungshandlung nicht vornehmen will. Ist die Annahme oder die Mitwirkungshandlung dem Arbeitgeber hingegen nicht möglich, ist § 615 S. 1 BGB nach der Rechtsprechung des BAG nicht einschlägig. Eine Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs kann sich dann nur aus § 615 S. 3 BGB ergeben.

VI. § 615 S. 3 BGB als Rechtsgrundverweisung

Nach § 615 S. 3 BGB gilt S. 1 entsprechend. Ob es sich dabei um eine Rechtsgrund- oder Rechtsfolgenverweisung handelt, geht aus der Norm nicht eindeutig hervor. Das BAG versteht S. 3 als gesetzlich angeordnete Analogie¹⁷ und ordnet die Norm mit der h.M. als Rechtsgrundverweisung ein.¹⁸ Bei der Prüfung des § 615 S. 3 BGB sind daher neben dessen Tatbe-

standsvoraussetzungen (dazu unter VII.) auch die Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB zu prüfen. Es müssen also die Voraussetzungen des Annahmeverzugs vorliegen, d.h., der Arbeitnehmer muss die Leistung grundsätzlich ordnungsgemäß angeboten haben und sowohl leistungsfähig als auch leistungswillig gewesen sein.

VII. Tatbestandsvoraussetzungen des § 615 S. 3 BGB

§ 615 S. 3 BGB setzt tatbestandlich voraus, dass der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Angesprochen ist damit, wie sich aus der amtlichen Überschrift der Norm (Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko) sowie aus der Gesetzesbegründung¹⁹ ergibt, das von der Rechtsprechung entwickelte Betriebsrisiko im Sinne des Risikos des Arbeitgebers, seinen Betrieb betreiben zu können.²⁰ In welchen Fällen der Arbeitgeber dieses Risiko trägt, regelt § 615 S. 3 BGB nicht. Vielmehr wird diese Frage weiterhin der Rechtsprechung überlassen. In der Fallbearbeitung kann daher an die in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze angeknüpft werden. Danach trägt der Arbeitgeber das Risiko, wenn die Arbeitsleistung aus Gründen unmöglich wird, die in seinem Einflussbereich liegen, wie z.B. der Ausfall von Maschinen, Betriebsstoffen oder Betriebsmittel.²¹ Ebenso trägt er grundsätzlich das Risiko für von außen auf das Unternehmen einwirkende Umstände, die sich als höhere Gewalt darstellen (z.B. die Überschwemmung des Betriebsgeländes oder -gebäudes aufgrund einer Naturkatastrophe, die Zerstörung des Betriebs durch einen Brand oder einen Sturm oder den Stromausfall in Folge einer Störung im Elektrizitätswerk).²²

Abzugrenzen ist das Betriebsrisiko vom Wirtschaftsrisiko, welches der Arbeitgeber immer zu tragen hat. Letzteres verwirklicht sich, wenn der Arbeitgeber die Leistung nicht annimmt, weil ihm ein betriebswirtschaftlich sinnvoller Einsatz des Arbeitnehmers nicht möglich ist (z.B. infolge eines Auftragsausfalls oder generell schlechter Auftragslage). In diesen Fällen ist dem Arbeitgeber die Annahme nicht unmöglich. Er verzichtet vielmehr willentlich auf die Annahme der Arbeitsleistung, weil er diese nicht wirtschaftlich sinnvoll verwerten kann. Damit realisiert sich letztlich das Verwendungsrisiko, welches grundsätzlich der Gläubiger trägt. Da es sich nicht um einen Fall der Annahmehmöglichkeit, sondern um einen Fall der Annahmewilligkeit handelt, bleibt der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers schon nach § 615 S. 1 BGB erhalten.

VIII. Risikoverteilung bei Corona-Lockdown

Zur Risikotragung im Falle eines behördlichen Betriebsverbots hatte sich das BAG bisher in einem älteren Urteil geäußert, das im Zusammenhang mit einem aus Pietätsgründen erlasse-

¹⁴ Entwicklung der Betriebsrisikolehre zunächst durch das RG, Urte. v. 6.2.1923 – III 93/22; Weiterentwicklung durch das RAG, Urte. v. 20.6.1928 – RAG 72/28 und das BAG, Urte. v. 8.2.1957 – 1 AZR 338/55 = NJW 1957, 687.

¹⁵ Vgl. BT-Drs. 14/6857, S. 48.

¹⁶ BAG, Urte. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (184 Rn. 19).

¹⁷ BAG, Urte. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (184 Rn. 19).

¹⁸ BAG, Urte. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (184 Rn. 20) m.w.N. aus der Literatur.

¹⁹ BT-Drs. 14/6857, S. 48.

²⁰ BAG, Urte. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (184 Rn. 21).

²¹ BAG, Urte. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (185 Rn. 22) m.w.N.

²² BAG, Urte. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (185 Rn. 22) m.w.N.

nen behördlichen Verbots „öffentlicher Lustbarkeiten“ infolge eines großen Brandunglücks stand. Damals wies das BAG dem Betreiber eines Tanz- und Unterhaltungslokals das Risiko des infolge der Betriebsschließung eingetretenen Arbeitsausfalls zu und begründete dies im Kern damit, dass sich der Arbeitgeber mit dem Betrieb des Tanzlokals in eine besondere Risikosphäre begeben habe.²³ In diesem Sinne hätte sich auch im Hinblick auf die Betriebsschließungen im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie argumentieren lassen. Schließlich begibt sich auch der Betreiber eines Ladengeschäfts, der in seinem Betrieb auf Kundenverkehr angewiesen ist, in eine besondere Risikosphäre.

In seiner aktuellen Entscheidung wählt das BAG allerdings einen differenzierteren Ansatz. Es stellt zunächst fest, dass es sich bei der Betriebsschließung nicht um einen von außen wirkenden Umstand handelt, der sich als höhere Gewalt darstellt, da nicht die Pandemie als solche zur Betriebsschließung führte, sondern erst die anlässlich der Pandemie getroffene Entscheidung der Behörde.²⁴

Im Falle einer solchen hoheitlich verfügten Betriebsschließung muss nach Auffassung des BAG ausgehend vom Zweck der behördlichen Maßnahme differenziert werden: Soll eine Maßnahme einem im Betrieb des Arbeitgebers angelegten besonderen Risiko begegnen, welches beispielsweise darauf zurückzuführen ist, dass die vom Arbeitgeber gewählten Produktionsmethoden oder -bedingungen oder die von ihm zu verantwortenden Arbeitsbedingungen eine besonders hohe Ansteckungsgefahr innerhalb der Belegschaft in sich bergen, trägt der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls.²⁵ Beispielhaft nennt das BAG in diesem Kontext die in Teilen der Fleischwirtschaft und bei Saisonkräften in der Landwirtschaft herrschenden Bedingungen, die insbesondere im Jahr 2020 auch medial große Beachtung fanden und schließlich auch den Gesetzgeber zum Eingreifen veranlassten²⁶.

Erfolgt die Betriebsschließung demgegenüber im Rahmen allgemeiner Maßnahmen staatlicher Stellen zur Pandemiebekämpfung, durch die die sozialen Kontakte auf ein Minimum reduziert werden sollen, um die Bevölkerung vor schweren und tödlichen Krankheitsverläufen zu schützen, trägt der Arbeitgeber nicht das Risiko des Arbeitsausfalls.²⁷ In diesen Fällen realisiert sich kein in einem bestimmten Betrieb angelegtes Risiko, sondern ein allgemeines Risiko, das der Arbeitgeber nicht zu tragen hat.²⁸

Zusammenfassend ergibt sich aus der Entscheidung des BAG also folgende Differenzierung hinsichtlich der Risiko-

verteilung bei behördlich verfügten Betriebsschließungen: Begegnet die Schließung einem spezifischen Risiko im Betrieb des Arbeitgebers, trägt dieser das Risiko des Arbeitsausfalls. Wird der Arbeitgeber indessen mehr oder weniger zufällig von einer Maßnahme getroffen, die durch eine Minimierung sozialer Kontakte zur allgemeinen Reduzierung des Infektionsrisikos beitragen soll, muss der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls nicht tragen.

In den meisten Fällen dürfte diese Differenzierung eine klare Abgrenzung ermöglichen. In einigen Fällen bleibt die Abgrenzung jedoch schwierig. So fällt etwa im Bereich der körpernahen Dienstleistungen die Abgrenzung anhand der vom BAG vorgenommenen Differenzierung schwer. Werden z.B. Friseurbetriebe durch eine behördliche Verfügung geschlossen, lässt sich in beide Richtungen gut argumentieren. Einerseits handelt es sich in einem solchen Fall um eine allgemeine Regelung, die nicht an ein spezifisches Risiko anknüpft, welches der Arbeitgeber individuell zu verantworten hat. So wäre es für das Eingreifen eines solchen generellen Betriebsverbots beispielsweise unerheblich, ob der Arbeitgeber in seinem Betrieb besondere Maßnahmen zum Schutz vor Ansteckungen getroffen hat oder nicht. Andererseits zielt ein Verbot, das spezifisch für körpernahe Dienstleistungen gilt, nicht auf eine allgemeine Reduzierung des Infektionsgeschehens durch Minimierung sozialer Kontakte, sondern auf die Unterbindung eines erhöhten Infektionsrisikos, das der zur Erbringung körpernaher Dienstleistungen unumgänglichen körperlichen Nähe einhergeht. In der Klausur lassen sich daher beide Ergebnisse gut vertreten. Für die Praxis werden notfalls weitere Entscheidungen des BAG für Klarheit sorgen müssen.

IX. Lösung des konkreten Falls

Ausgehend von den bisher herausgearbeiteten Grundlagen lässt sich nun die Lösung des eingangs dargestellten Falls entwickeln. Zu prüfen ist ein Anspruch der Klägerin auf Vergütung für den Monat April 2020 gem. § 611a Abs. 2 BGB (dazu bereits unter III.).

1. Anspruch entstanden

Entstanden ist der Vergütungsanspruch der Klägerin durch den Abschluss des Arbeitsvertrags.

2. Anspruch untergegangen

a) Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit

Der Vergütungsanspruch könnte allerdings gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 275 Abs. 1 BGB erloschen sein. An dieser Stelle muss im Rahmen der Prüfung des § 275 Abs. 1 BGB der Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung kurz herausgearbeitet werden, infolgedessen die Nichterbringung der Arbeitsleistung im Monat April 2020 zum Untergang der Leistungspflicht wegen Unmöglichkeit führt (siehe bereits ausführlich unter II.). Dieser Untergang der Leistungspflicht nach § 275 Abs. 1 BGB hat nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich zur Folge, dass der Anspruch auf die als Gegenleistung geschuldete Vergütung erlischt.

²³ BAG, Urt. v. 30.5.1963 – 5 AZR 282/62 = BB 1963, 977.

²⁴ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (186 Rn. 31).

²⁵ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (186 Rn. 33).

²⁶ Vgl. dazu Gesetz zur Verbesserung des Vollzugs im Arbeitsschutz (Arbeitsschutzkontrollgesetz) v. 22.12.2020, BGBl. I 2020, S. 3334.

²⁷ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (186 Rn. 34).

²⁸ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (186 Rn. 34).

b) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 615 S. 1 BGB

Ausgehend vom grundsätzlichen Erlöschen des Vergütungsanspruchs nach § 326 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 275 Abs. 1 BGB ist dann in einem weiteren Schritt die Frage aufzuwerfen, ob dieser Grundsatz durch § 615 S. 1 BGB durchbrochen wird. Dazu müssen die Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB geprüft werden.

aa) Annahmeverzug trotz Unmöglichkeit

Dies führt zu der Frage, ob der Gläubiger überhaupt noch in Annahmeverzug geraten kann, wenn die Leistungspflicht des Schuldners gem. § 275 Abs. 1 BGB erloschen ist (siehe ausführlich unter IV.). Es muss deshalb geprüft werden, ob die Voraussetzungen des Annahmeverzugs zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit vorliegen, denn unter dieser Voraussetzung ist nach der Rechtsprechung des BAG von einem Annahmeverzug i.S.d. § 615 S. 1 BGB auszugehen.

bb) Voraussetzungen des Annahmeverzugs

Annahmeverzug setzt nach § 293 BGB voraus, dass der Gläubiger die ihm angebotene Leistung nicht annimmt. Da die Klägerin ihre Arbeitsleistung im April 2020 weder tatsächlich (§ 294 BGB) noch wörtlich (§ 295 BGB) angeboten hat, kommt es an dieser Stelle entscheidend auf die Frage an, ob ein Angebot entbehrlich war.

(1) Entbehrlichkeit des Angebots

Gem. § 296 S. 1 BGB ist ein Angebot entbehrlich, wenn der Gläubiger eine Mitwirkungshandlung nicht rechtzeitig vornimmt, die zur Bewirkung der Leistung erforderlich ist und für die eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist. Dies könnte mit der Begründung bejaht werden, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer einen funktionsfähigen Arbeitsplatz einrichten und Arbeit zuweisen muss, damit dieser die von ihm geschuldete Arbeitsleistung erbringen kann. Das BAG geht mit dieser Erwägung zwar davon aus, dass ein tatsächliches oder wörtliches Angebot des Arbeitnehmers dann entbehrlich ist, wenn der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis gekündigt hat und der Arbeitnehmer nach Obsiegen im Kündigungsschutzprozess Annahmeverzugslohn für die Dauer des Rechtsstreits geltend macht.²⁹ Steht der Bestand des Arbeitsverhältnisses hingegen außer Streit, verlangt das BAG unabhängig von der Mitwirkungsobliegenheit des Arbeitgebers ein tatsächliches (oder bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 295 BGB ein wörtliches) Angebot des Arbeitnehmers.³⁰ Ein Angebot der Klägerin war demnach nicht schon deshalb entbehrlich, weil ihr die Beklagte im April 2020 keine Arbeit zugewiesen hat.

Hinweis: In der Klausur ist es dennoch gut vertretbar, auch im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis mit den

²⁹ BAG, Urt. v. 9.8.1984 – 2 AZR 374/83 = NZA 1985, 119 (120); BAG, Urt. v. 14.11.1985 – 2 AZR 98/84 = NJW 1986, 2846 (2846).

³⁰ BAG, Urt. v. 25.4.2007 – 5 AZR 504/06 = NZA 2007, 801 (803 Rn. 19); BAG, Urt. v. 15.5.2013 – 5 AZR 130/12 = NZA 2013, 1076 (1078 Rn. 22).

vorstehend skizzierten Erwägungen von einer Entbehrlichkeit des Angebots auszugehen.

Von der grundsätzlichen Erforderlichkeit eines Angebots bei unstreitig bestehendem Arbeitsverhältnis machte das BAG jedoch in der Vergangenheit dann eine Ausnahme, wenn offenkundig ist, dass der Arbeitgeber auf seiner Weigerung beharrt, die geschuldete Leistung anzunehmen.³¹ Diese Ausnahme überträgt das BAG in seiner aktuellen Entscheidung auf den Fall, dass aufgrund einer Allgemeinverfügung offenkundig war, dass der Arbeitgeber die geschuldete Leistung nicht annehmen konnte.³² Rechtlich lässt sich diese Ausnahme auf § 242 BGB stützen, denn ein Arbeitgeber, der auf einem Angebot der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer besteht, obwohl ihm die Annahme der Arbeitsleistung aufgrund einer Allgemeinverfügung offenkundig nicht möglich ist, handelt rechtsmissbräuchlich. Die Klägerin musste ihre Leistung daher weder tatsächlich noch wörtlich anbieten.

(2) Unvermögen des Schuldners

Ein weiteres Problem, das bei der Prüfung des Annahmeverzugs anzusprechen ist, ist das Leistungsvermögen der Klägerin. Gem. § 297 BGB kommt der Gläubiger 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 außerstande ist, die Leistung zu bewirken. An dieser Stelle muss diskutiert werden, ob die behördlich verfügte Betriebsschließung Auswirkungen auf das Leistungsvermögen der Klägerin hat. Das BAG hat dies mit der zutreffenden Begründung abgelehnt, dass sich aus der behördlichen Allgemeinverfügung kein an die Klägerin oder generell an die in den betroffenen Betrieben Beschäftigten gerichtetes Beschäftigungsverbot ergab.³³

cc) Abgrenzung zu § 615 S. 3 BGB: Fall der Annahmewilligkeit

Folgt man dem BAG, lagen die Voraussetzungen des Annahmeverzugs zum Zeitpunkt des Eintritts der Unmöglichkeit infolge der Nichterbringung der Arbeitsleistung vor. Die Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB ist damit allerdings noch nicht abgeschlossen. Nach der Rechtsprechung des BAG ist vielmehr weiter zu prüfen, ob ein Fall der Annahmewilligkeit vorliegt, denn anderenfalls richtet sich die Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs nach Auffassung des BAG ausschließlich nach § 615 S. 3 BGB (siehe ausführlich unter V.). Diese Voraussetzung muss vorliegend verneint werden, da der Beklagten die Annahme der Leistung wegen der behördlich verfügten Betriebsschlie-

³¹ BAG, Urt. v. 16.4.2013 – 9 AZR 554/11 = NZA 2013, 849 (850 Rn. 17); BAG, Urt. v. 24.9.2014 – 5 AZR 611/12 = NZA 2014, 1407 (1409 Rn. 22).

³² BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (183 Rn. 13).

³³ BAG, Urt. v. 13.10.2021 – 5 AZR 211/21 = NZA 2022, 182 (183 Rn. 12); a.A. Wolf, in: Festschrift für Ulrich Preis zum 65. Geburtstag, 2021, S. 1533.

ßung nicht möglich war. Im Ergebnis ist § 615 S. 1 BGB demzufolge nicht einschlägig.

Hinweis: Andere Ansichten sind an dieser Stelle gut vertretbar.

c) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 615 S. 3 BGB

An diese Feststellung schließt sich bei der Fallbearbeitung in einem weiteren Schritt die Prüfung des § 615 S. 3 BGB an.

aa) Rechtsfolgen- oder Rechtsgrundverweis

Dabei ist zunächst kurz herauszuarbeiten, dass es sich um einen Rechtsgrundverweis handelt und demnach die Voraussetzungen nach S. 1 vorliegen müssen mit Ausnahme der nach S. 3 gerade nicht erforderlichen Annahmewilligkeit. Da diese Voraussetzungen im Rahmen der Prüfung des S. 1 bereits festgestellt wurden, bedarf es an dieser Stelle lediglich eines Hinweises auf die entsprechenden Ausführungen.

bb) Betriebsrisiko

Vertiefend zu prüfen ist im Rahmen des S. 3 die Frage, ob der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt. Wird hier die unter VIII. dargestellte Differenzierung des BAG zugrunde gelegt, ist im Ergebnis eine Realisierung des Betriebsrisikos abzulehnen, da die Beklagte lediglich von einer allgemeinen Maßnahme betroffen ist, ohne dass an ein spezifisch in ihrem Nähmaschinen-geschäft angelegtes Risiko angeknüpft wird. Demnach liegen auch die Voraussetzungen des § 615 S. 3 BGB nicht vor.

d) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB

Der Vollständigkeit halber sollte anschließend noch kurz § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB angesprochen werden. Diese Norm durchbricht ebenfalls den in § 326 Abs. 1 S. 1 BGB normierten Grundsatz und wird durch § 615 BGB nicht verdrängt. Da die Beklagte die Betriebsschließung allerdings nicht zu vertreten hat, liegen auch die Voraussetzungen nach § 326 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 BGB nicht vor.

3. Ergebnis

Im Ergebnis bleibt es damit bei der Rechtsfolge des § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Klägerin hat daher keinen Vergütungsanspruch für den Monat April 2020.

X. Prüfungsaufbau im Überblick

Bestehen eines Vergütungsanspruchs aus § 611a Abs. 2 BGB?

1. Anspruch entstanden (+)
durch Abschluss des Arbeitsvertrags
2. Anspruch untergegangen?
 - a) Grundsatz: Kein Lohn ohne Arbeit (§§ 326 Abs. 1 S. 1, 275 Abs. 1 BGB)
 - b) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 615 S. 1 BGB
 - aa) Annahmeverzug trotz Unmöglichkeit

bb) Voraussetzungen des Annahmeverzugs

P: Entbehrlichkeit des Angebots

P: Unvermögen des Schuldners

cc) Abgrenzung zu § 615 S. 3 BGB: Fall der Annahmewilligkeit (-)

c) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 615 S. 3 BGB

aa) Rechtsgrundverweis: Prüfung der Voraussetzungen nach § 615 S. 1 BGB (+)

bb) Betriebsrisiko (-)

P: Verteilung des Risikos bei behördlich verfügter Betriebsschließung

d) Durchbrechung des Grundsatzes nach § 326 Abs. 2 S. 1 BGB (-)

3. Ergebnis

Vergütungsanspruch (-)

XI. Fazit

Das besprochene Urteil gehört zu den ersten Entscheidungen des BAG im Kontext der Corona-Pandemie und besitzt schon aufgrund dieser Aktualität eine hohe Klausurrelevanz. Inhaltlich betrifft es den Grundsatz „Kein Lohn ohne Arbeit“ und damit eine zentrale Frage des Individualarbeitsrechts, die auch zum Prüfungsstoff in der staatlichen Pflichtfachprüfung zählt.

Die Falllösung über § 615 BGB erscheint zunächst unproblematisch. Bei genauerer Betrachtung offenbaren sich jedoch die Schwierigkeiten des Falls, die vor allem durch das komplexe Verhältnis des § 615 BGB zum allgemeinen Leistungsstörungenrecht bedingt sind. Verlangt sind daher Systemverständnis und ein klar strukturierter Prüfungsaufbau.

Die Falllösung liefert nicht nur eine Antwort auf die spezifische Frage nach der Verteilung des Betriebsrisikos im Corona-Lockdown, sondern zeigt zugleich die dogmatischen Probleme des § 615 BGB auf und ordnet sie ein. Diese allgemeinen Grundlagen gelten über den Einzelfall hinaus. Fall-spezifisch sind hingegen die Ausführungen zu der Frage, ob eine behördliche Betriebsschließung im Rahmen der Pandemiebekämpfung ein vom Arbeitgeber zu tragendes Betriebsrisiko darstellt. Zu dieser Frage sollte man sich für die Fallbearbeitung merken, dass das BAG danach differenziert, ob mit der Schließung auf ein spezifisches, im Betrieb angelegtes Risiko reagiert oder – wie im vorliegenden Fall – soziale Kontakte im Allgemeinen reduziert werden sollen.