

BAG, Urteil vom 04.12.2024, 5 AZR 276/23 = NZA 2025, 554 ff. = [jurisbyhemmer](#)

3 Abgrenzung von Annahmeverzugslohn und Unmöglichkeit

+++ Annahmeverzug +++ Unmöglichkeit +++ Leistungsfähigkeit +++ Anspruchserhaltung +++
 §§ 297, 326, 611a, 614, 615, 616 BGB +++ § 3 EFZG +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): AN ist seit 2009 bei AG angestellt. Er war zunächst als Referent des damaligen Oberbürgermeisters im „Fachbereich Verwaltungsleitung“ tätig. Da es aus diversen Umständen zu Konflikten mit dem Oberbürgermeister kam, wurden dem AN in den folgenden Jahren von AG andere Aufgaben zugeteilt.

Mit Schreiben vom 31.05.2019 kündigte AG das Arbeitsverhältnis außerordentlich sowie mit Schreiben vom 12.06.2019 ordentlich zum 31.12.2019.

AN war im Jahr 2019 vom 04. bis 08.01., vom 14.01. bis 27.02. und seit dem 29.04.2019 durchgehend bis jedenfalls zum 31.05.2020 arbeitsunfähig.

AN hat für die Zeit vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 Zahlung der Arbeitsvergütung verlangt. AG wies ihm seit dem 11.04.2019 keine vertragsgemäße Beschäftigung mehr zu. AN ist der Ansicht, ihm sei die Arbeitsleistung bei Eintritt seiner auf Krankheit beruhenden Arbeitsunfähigkeit ab dem 29.04.2019 unmöglich geworden. Ferner habe sich AG im Annahmeverzug befunden. AG ist demgegenüber der Auffassung, dass kein Anspruch auf Lohn bestehe, da schließlich der Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ bestehe und auch hier eingreife. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz sei nicht gegeben, insbesondere liege wegen der Arbeitsunfähigkeit des AN kein Annahmeverzug vor.

Hat AN gegen AG einen Anspruch auf Zahlung von Lohn für den Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020?

Hinweis: Es ist zu unterstellen, dass eine Kündigungsschutzklage gegen beide Kündigungen erfolgreich war. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung nach § 3 I EFZG ist nicht zu prüfen!

A) Sounds

1. § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB kommt zur Anwendung, wenn sich der Gläubiger bei Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung nicht im Annahmeverzug befand. Es besteht keine tatbestandliche Schnittmenge mit § 615 BGB.

2. § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB findet keine Anwendung, wenn der Arbeitnehmer während des Annahmeverzugs erkrankt und ihm deshalb die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich wird.

3. Die tatbestandlichen Anforderungen der § 615 BGB und § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB überlappen sich, weil jeweils Annahmeverzug Tatbestandsvoraussetzung ist. § 615 BGB entspricht in seiner Wertung § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB, hat aber gleichwohl einen eigenständigen Regelungsinhalt. Im Verhältnis zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist § 615 BGB daher die speziellere Norm.

4. Im Dienstvertragsrecht ist für den Eintritt der Unmöglichkeit infolge Arbeitsunfähigkeit in § 616 BGB eine besondere Regelung getroffen worden. Für Arbeitsverhältnisse gilt der noch speziellere § 3 EFZG. Beide Vorschriften gehen der allgemeinen Regelung in § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB vor.

B) Problemaufriss

Da AN in dem hier maßgeblichen Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 nicht mehr gearbeitet hat, ist sein Anspruch auf den Arbeitslohn nach § 611a II BGB gem. § 326 I S. 1 HS 1 BGB zunächst erloschen („ohne Arbeit kein Lohn bzw. „ohne Fleiß kein Preis“).

Diese Vorschrift korrespondiert mit der Fälligkeitsregelung des § 614 S. 1 BGB, wonach die Vergütung erst nach der Arbeitsleistung zu entrichten ist.

Von dem Grundsatz gibt es im Arbeitsrecht jedoch zahlreiche examensrelevante Ausnahmen.

Ausnahmefälle von § 326 I S. 1 HS 1 BGB¹

1. §§ 611a II, 615 S. 3 BGB

⇒ Lohnanspruch nach den Grundsätzen zum Betriebs-, Wirtschafts- und Arbeitskampsrisiko²

2. §§ 611a II, 616 BGB

⇒ Lohn bei persönlicher und vorübergehender Verhinderung, wenn AN kein Verschulden trifft (z.B. § 275 III BGB)³

3. § 611a II BGB i.V.m. §§ 1, 11 BUrlG

⇒ Urlaubsentgelt (§ 3 BUrlG) i.H.d. Durchschnittsverdienstes der letzten 13 Wochen, § 11 BUrlG⁴

4. Lohnfortzahlung bei Krankheit:

a) §§ 611a II, 326 II S. 1 Alt. 1 BGB

⇒ vom AG zu verantwortende Krankheit ohne zeitliche Grenze

b) § 3 EFZG

⇒ Lohnfortzahlung für die Dauer von 6 Wochen bei einer unverschuldeten Erkrankung⁵

5. Lohnfortzahlung an Feiertagen:

⇒ Feiertagslohn nach § 2 EFZG

Im vorliegenden Fall geht es um die Frage, welche Anspruchserhaltungsvorschrift überhaupt anwendbar ist. Zentrale Frage dabei ist, wie es sich auswirkt, dass Arbeitsunfähigkeit auf Annahmeverzug trifft. Ferner geht es um das Konkurrenzverhältnis zwischen den jeweiligen Anspruchserhaltungsvorschriften aus dem allgemeinen Teil des Schuldrechts zu den Vorschriften aus dem besonderen Schuldrecht bzw. spezialgesetzlichen arbeitsrechtlichen Normen.

¹ Neben diesen klausurrelevanten Fällen gibt es noch eine Vielzahl anderer Entgeltfortzahlungen, wie z.B.:

§ 20 I MuSchG, wonach AG der AN auch während der Zeit der Schutzfristen vor und nach der Entbindung (§ 3 MuSchG) den Differenzbetrag zwischen dem von der gesetzlichen Krankenkasse gem. § 19 MuSchG gezahlten *Mutterschaftsgeld* und dem zuletzt gezahlten Arbeitsentgelt zu zahlen hat.

§ 18 S. 1 MuSchG, wonach für die Zeiten, in denen AN wegen eines Beschäftigungsverbots außerhalb der Schutzfristen vor/nach der Entbindung teilweise oder gar nicht beschäftigt werden dürfen, der Lohnanspruch unverändert bestehen bleibt, sog. *Mutterschutzlohn*.

Zu der Frage der **Anspruchserhaltung während und in Zusammenhang mit der COVID-Pandemie** vgl. auch *Schürgers/Marski*, BB, 2022, 308 ff.

² **Hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 451 f.**

³ **Hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 485 ff.**

⁴ **Hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 519 ff.**

⁵ **Hinweis:** Bei einer vom AN verschuldeten Erkrankung steht AN wegen §§ 326 I S. 1, 614 BGB kein Anspruch auf Lohnfortzahlung zu!

C) Lösung

Fraglich ist, ob AN gegen AG ein Anspruch auf Zahlung von Lohn für den Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 zusteht.

I. Anspruch gem. § 611a II BGB auf Zahlung von Arbeitslohn

AN könnte gegen AG einen Anspruch aus § 611a II BGB auf Zahlung von Arbeitslohn für den Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 haben.

1. Anspruch entstanden

Der Anspruch müsste entstanden sein.

Zwischen den Arbeitsvertragsparteien wurde gem. §§ 145, 147 BGB ein wirksamer Arbeitsvertrag nach § 611a I BGB geschlossen.

Die arbeitgeberseitige außerordentliche Kündigung vom 31.05.2019 und die ordentliche Kündigung vom 12.06.2019 zum 31.12.2019 beendete wegen der erfolgreichen Kündigungsschutzklagen nach §§ 13 I S. 2 KSchG, 4 S. 1 KSchG bzw. § 4 S. 1 KSchG das Arbeitsverhältnis nicht.

hemmer-Methode: Die Kündigungsschutzklage hat zur Folge, dass das Arbeitsverhältnis nicht durch die streitgegenständliche Kündigung(en) beendet wird, vgl. § 4 S. 1 KSchG. Oftmals führt aber bereits ein gerichtliches Verfahren zwischen den Arbeitsvertragsparteien zu einer Belastung des Arbeitsverhältnisses, sodass dem AN die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses unzumutbar ist und/oder eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen AN und AG nicht erwartet werden kann. In diesem Fall kann das Arbeitsgericht das Arbeitsverhältnis auf Antrag einer der Parteien auflösen und den AG zur Zahlung einer angemessenen Abfindung verurteilen, vgl. §§ 9 I S. 1, S. 2, 10 KSchG.

Der Anspruch ist damit zunächst entstanden.

2. Anspruch nach § 326 I S. 1 HS 1 BGB untergegangen

Der Anspruch auf Arbeitslohn nach § 611a II BGB könnte aber wegen des Grundsatzes „ohne Arbeit kein Lohn“ (vgl. auch § 614 S. 1 BGB) nach § 326 I S. 1 HS 1 BGB erloschen sein.

Nach dieser Vorschrift entfällt der Anspruch auf Arbeitslohn, wenn der AN nach § 275 I - III BGB nicht zu leisten braucht.

Arbeitsleistung und Vergütung stehen im Arbeitsverhältnis in einem synallagmatischen Austauschverhältnis. Wird dem AN die Erbringung der Arbeitsleistung unmöglich, entfällt gem. § 275 I BGB seine Leistungspflicht. Er verliert dann nach § 326 I S. 1 BGB grundsätzlich den Anspruch auf die Gegenleistung, d.h. seine Arbeitsvergütung.

Ausgehend von diesen Vorschriften des allgemeinen Schuldrechts in Verbindung mit § 614 BGB gilt deshalb im Arbeitsverhältnis der Grundsatz „Ohne Arbeit kein Lohn“.⁶

Vorliegend arbeitete AN im hier maßgeblichen Zeitraum vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 nicht. Da er wegen Ablaufs der Zeit nicht nachzuleisten braucht, ist Unmöglichkeit der Arbeitsleistung eingetreten.

Die Rechtsfolge des § 326 I S. 1 HS 1 BGB ist der Entfall der Gegenleistungspflicht des AG (Entlohnung), sodass vor diesem Hintergrund der Anspruch des AN gegen den AG auf Arbeitslohn für den streitgegenständlichen Zeitraum untergegangen ist.

Anmerkung: Der aus § 326 I S. 1 HS 1 BGB zu entnehmende Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“ korrespondiert – so wie es nun das BAG wiederholt deutlich gemacht hat – mit der Fälligkeitsregelung des § 614 S. 1 BGB. Der Arbeitslohn ist hier nach erst nach der Erbringung der Arbeitsleistung fällig. Nach § 614 S. 2 BGB wird eine nach Zeitabschnitten bemessene (i.d.R. monatliche) Vergütung erst nach dem Ablauf des jeweiligen Monats zur Zahlung fällig. Der AN ist daher nach dem Gesetz zur Vorleistung verpflichtet. Bei der Fälligkeitsregelung des § 614 S. 2 BGB handelt es sich um eine kalendermäßig fixierte Bestimmung der Leistungszeit i.S.d. § 286 II Nr. 1 BGB. Daraus folgt, dass der AG am Ersten des Folgemonats auch ohne Mahnung des AN in Schuldnerverzug gerät, wenn er am Ende des jeweiligen Zeitabschnitts nicht geleistet hat.

3. Anspruchserhaltung

Es könnte allerdings eine Anspruchserhaltungsnorm eingreifen. In Betracht kommen könnten sowohl § 326 II S. 1 BGB als auch § 615 S. 1 BGB.

Fraglich ist, welche der beiden Vorschriften im vorliegenden Fall eingreift.

⁶ BAGE 180, 33 = jurisbyhemmer; BAGE 141, 330 = jurisbyhemmer.

a) Abgrenzung zwischen § 326 II S. 1 BGB und § 615 S. 1 BGB

aa) Regelung des § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB

Nach § 326 II S. 1 BGB behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung,

- ⇨ wenn der Gläubiger für den Umstand, aufgrund dessen der Schuldner nach § 275 I - III BGB nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder
- ⇨ wenn dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

Hierdurch werden dem Gläubiger die wirtschaftlichen Folgen für die in § 275 I - III BGB aufgeführten Leistungshindernisse zugewiesen, weil diese ihm entweder aufgrund eines vorwerfbaren Fehlverhaltens oder spezieller Risikoerwägungen zuzurechnen sind.⁷

§ 326 II S. 1 Alt. 2 BGB regelt die **Gegenleistungsgefahr**. Diese geht mit Eintritt des Annahmeverzugs auf den Gläubiger über.⁸ Abweichend von der Grundregel in § 326 I S. 1 BGB bleibt der Gläubiger mit Eintritt des Gläubigerverzugs zur Leistung verpflichtet, **wenn der Umstand, der zum Ausschluss der Leistungspflicht nach § 275 I - III BGB führt, während des Annahmeverzugs eintritt.**

§ 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ergänzt somit im allgemeinen Schuldrecht die Rechtsfolgen des Annahmeverzugs nach §§ 300 bis 304 BGB für den gegenseitigen Vertrag.

Wie die übrigen Normen der §§ 320 ff. BGB wird § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB durch spezielle Regelungen vor allem des besonderen Vertragsrechts teils modifiziert, teils verdrängt.

Gegenstand und Reichweite der Modifikation oder Verdrängung sind durch **Auslegung** der besonderen Normen zu ermitteln.¹⁰

bb) Regelung des § 615 S. 1 BGB

Für Dienstverträge enthält § 615 S. 1 BGB eine Sonderregelung.¹¹ Sie trägt dem Umstand Rechnung, dass der Dienstvertrag regelmäßig ein absolutes Fixgeschäft ist.¹²

⁷ Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. C 1.

⁸ MüKoBGB/Ernst, 9. Aufl., § 326, Rn. 73;

Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. C 71.

⁹ BeckOGK/Herresthal, BGB, § 326, Rn. 251;

Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. C 72.

¹⁰ Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. A 29.

¹¹ MüKoBGB/Ernst, § 326, Rn. 74.

¹² BeckOK BGB/Baumgärtner, § 615, Rn. 4; MüKoBGB/Henssler, § 615, Rn. 8; ErfK/Preis/Greiner, 25. Aufl., BGB, § 615, Rn. 7; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 42.

Der Dienstverpflichtete wird von der Nachleistungspflicht befreit und ihm wird ein Vergütungsanspruch gewährt, **wenn der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienstleistung im Verzug ist.**¹³

§ 615 S. 1 BGB bildet keine eigenständige Anspruchsgrundlage. Die Vorschrift erhält vielmehr im Falle des Gläubigerverzugs den Vergütungsanspruch aus dem Dienstvertrag aufrecht¹⁴ und enthält daher eine **besondere Gefahrtragungsregel.**¹⁵

Sie basiert darauf, dass die fehlende Mitwirkung des Gläubigers dem Schuldner seinerseits die Möglichkeit zur Leistungserbringung nimmt und die Mitwirkung des Dienstberechtigten unverzichtbare Voraussetzung der Vertragserfüllung durch den Dienstverpflichteten ist.¹⁶

Der Dienstverpflichtete wird geschützt, weil er regelmäßig nicht in der Lage ist, seine Dienstleistung anderweitig zu verwenden. § 615 BGB bewirkt damit zusammen mit §§ 293 ff. BGB, dass der Dienstverpflichtete bei Annahmeverzug des Dienstberechtigten den Anspruch auf die Gegenleistung behält, ohne seine Dienstleistung nachholen zu müssen.¹⁷

§ 615 BGB normiert damit ein Grundprinzip des Dienstvertragsrechts und trägt der Besonderheit Rechnung, dass es sich bei der Dienstleistungsschuld um eine **zeitbezogene Leistung** handelt.¹⁸

cc) Regelung des § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB

§ 326 II S. 1 Alt. 1 BGB erhält im Falle der Unmöglichkeit den Anspruch des Schuldners auf die Gegenleistung, wenn der Gläubiger (AG) für den Umstand allein oder weit überwiegend¹⁹ verantwortlich ist, aufgrund dessen der Schuldner (AN) nicht zu leisten braucht.

hemmer-Methode: Das Gesetz verwendet hier bewusst nicht den Begriff „Vertretenmüssen“, weil § 276 BGB nur das Vertretenmüssen des Schuldners, nicht aber dasjenige des Gläubigers definiert. Man greift aber insoweit auf eine Analogie zu §§ 276, 278 BGB zurück, indem man in Bezug auf den Gläubiger von einem „Verschulden gegen sich selbst“ spricht und den Gegenleistungsanspruch jedenfalls dann aufrechterhält, wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit vorsätzlich oder fahrlässig verursacht hat.

Nach Ansicht des **BGH** kann die „Verantwortlichkeit“ aber auch aufgrund einer wertenden Betrachtung nach gesetzlichen oder vertraglich übernommenen Risikosphären bestimmt werden.²⁰ Es muss daher - ggfs. durch Auslegung - ermittelt werden, welches das typische Risiko des jeweiligen Vertrags ist und wer „näher dran“ ist, dieses zu tragen.

Das **BAG** sieht das im Arbeitsrecht anders und fordert für § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB ein **echtes Verschulden** des Arbeitgebers.²¹ Dies ist auf den ersten Blick widersprüchlich, aber vom BAG völlig richtig entschieden. Für das Arbeitsrecht enthält nämlich § 615 S. 3 BGB, der aufgrund seines Wortlauts - anders als § 615 S. 1 BGB - nur für den Arbeitsvertrag gilt, eine Spezialregelung für die Verantwortlichkeit des Arbeitgebers nach Risikosphären (Lehre vom sogenannten Betriebs- und Wirtschaftsrisiko), die gegenüber § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB vorrangig ist.

Bei der Lesart des § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB gibt es somit - zu Recht - im Zivilrecht eine andere Lesart als im Arbeitsrecht!

Dies könnte hier einschlägig sein, da der AG dem AN in dem maßgeblichen Zeitraum keine vertragsgemäße Arbeit zuwies.

Diese Bestimmung kommt zur Anwendung, **wenn sich der Gläubiger bei Eintritt der Unmöglichkeit der Leistung nicht im Annahmeverzug befand.**

Dies kommt beispielsweise in Betracht, wenn das Arbeitsverhältnis nicht erfüllbar war²², ein Fall des § 297 BGB gegeben war²³ oder der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung entgegen §§ 294 ff. BGB nicht angeboten hatte.²⁴ In diesen Fällen fehlt es an einer tatbestandlichen Schnittmenge mit § 615 BGB.²⁵

¹³ Hüffer, Leistungsstörungen durch Gläubigerhandeln, S. 31.

¹⁴ Vgl. BAGE 154, 100 = [jurisbyhemmer](#); ErfK/Preis/Greiner, BGB, § 615, Rn. 2; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 9.

¹⁵ BeckOGK/Bieder, Stand 1. Juli, 2022, BGB, § 615, Rn. 8; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 2, 9; MHD ArbR/Tillmanns, Bd. 1, § 76, Rn. 8.

¹⁶ MüKoBGB/Henssler, § 615, Rn. 8; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 43.

¹⁷ BeckOK BGB/Baumgärtner, § 615, Rn. 4; Grüneberg/Weidenkaff, 83. Aufl., BGB, § 615, Rn. 4; MHD ArbR/Tillmanns, Bd. 1, § 76, Rn. 6; Soergel/Gsell, 13. Aufl., BGB, § 326, Rn. 73; Soergel/Kraft, 12. Aufl., BGB, § 615, Rn. 4 f.

¹⁸ Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 1.

¹⁹ Die Formulierung „weit überwiegend“ ist gewählt worden, um Fälle zu erfassen, bei denen im Anwendungsbereich des § 254 BGB die „weit“ überwiegende Verantwortlichkeit der Alleinverantwortlichkeit gleichgestellt wird.

²⁰ Zuletzt BGH, **Life&LAW 10/2024, 649 (654 f.)** = BGH, NJW-RR 2024, 862 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2024, 1568 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²¹ BAG, **Life&LAW 04/2022, 235 ff.** = NJW 2022, 560 ff. (m. Anm. Marski) = NZA 2022, 182 ff. = [jurisbyhemmer](#).

²² Vgl. BAGE 152, 213 = [jurisbyhemmer](#).

²³ Vgl. BAGE 152, 327 = [jurisbyhemmer](#).

²⁴ BAGE 154, 100 = [jurisbyhemmer](#).

²⁵ BeckOGK/Bieder, BGB, § 615, Rn. 6.

Allein die **Nichtbeschäftigung des AN** über einen längeren Zeitraum und die sich daran anschließende **längere Arbeitsunfähigkeit** ist für die Annahme, der AG sei für die Unmöglichkeit allein oder weit überwiegend verantwortlich, **nicht ausreichend**. Weitere Umstände, die eine solche Verantwortlichkeit des AG begründen, liegen nicht vor. § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB ist folglich nicht gegeben.

Anmerkung: Das BAG hat anders als das LAG hierzu wenig ausgeführt, da die Vorschrift – wie sich gleich zeigt – von den spezielleren Anspruchserhaltungsregelungen verdrängt wird. Die Berufungsinstanz²⁶ hat zu § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB weitergehend ausgeführt und begründet, weshalb es eben keine zumindest überwiegende Verantwortlichkeit des AG an der Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gab. Es stand – so das LAG – nicht fest, ob die Arbeitsunfähigkeit des AN eingetreten ist, weil ihn der AG zuvor nicht bzw. kaum beschäftigt hat. Dies geht zu Lasten des AN, da es sich bei der Anspruchserhaltungsvorschrift des § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB um eine für den AN günstige Vorschrift handelt und dieser daher nach allgemeinen Grundsätzen darlegungs- und beweibelastet ist. Sofern also im Sachverhalt – so wie hier – wenige bis keine Informationen für die Subsumtion des Tatbestandsmerkmals („allein oder überwiegend verantwortlich“) gegeben sind, sollte nach den allgemeinen Grundsätzen zur Darlegungs- und Beweislast zulasten der beweibelasteten Partei argumentiert werden.

dd) Verhältnis von § 615 S. 1 BGB zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB

Die tatbestandlichen Anforderungen beider Vorschriften überlappen sich, weil **jeweils Annahmeverzug Tatbestandsvoraussetzung** ist.

§ 615 S. 1 BGB entspricht in seiner Wertung § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB, hat aber gleichwohl einen eigenständigen Regelungsinhalt. Die letztgenannte Regelung ist **auf Sachleistungen zugeschnitten**.²⁷ Sie weist dem Gläubiger zudem noch die Risiken zu, die erst aus zusätzlichen, außerhalb der Gläubigersphäre liegenden Umständen drohen.²⁸

Bei **§ 615 S. 1 BGB** geht es dagegen um den Fall, **dass die angebotene, aber nicht angenommene Arbeitsleistung** nach den konkreten Umständen oder Zwecken **nicht nachgeholt werden kann**.²⁹

²⁶ LAG Köln, BeckRS 2023, 52234.

²⁷ Canaris, FS Pröls 2009, S. 21, 25 unter Verweis auf Motive zum BGB, 1888, Bd. 2, S. 68 f.; Picker, JZ 1985, 693, 698 zur Vorgängerregelung in § 324 II BGB a.F.

²⁸ Picker, JZ 1985, 693, 698.

²⁹ Picker, JZ 1985, 693, 699; Staudinger/Fischinger, BGB, § 615, Rn. 43.

Im Verhältnis zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist **§ 615 S. 1 BGB daher die speziellere Norm**.³⁰

Für diesen Ansatz sprechen auch die **Existenz des § 616 BGB sowie § 3 EFZG**: Die Verdrängung des § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB durch die spezielleren Regelungen des Dienstvertragsrechts ergibt sich nämlich auch daraus, dass dort für den Eintritt der Unmöglichkeit infolge Arbeitsunfähigkeit in § 616 BGB eine besondere Regelung getroffen worden ist. Für Arbeitsverhältnisse gilt insoweit noch spezieller § 3 EFZG. **Beide Vorschriften gehen der allgemeinen Regelung in § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB vor** („*lex specialis derogat legi generali*“).

Im Dienstvertragsrecht regelt **§ 616 BGB** einen besonderen Fall der Unmöglichkeit der Leistungserbringung durch den Dienstverpflichteten, die von einem **in seiner Person liegenden Hinderungsgrund** ausgeht.

In diesem Fall erhält § 616 S. 1 BGB dem Dienstverpflichteten den Anspruch auf die Gegenleistung für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit aufrecht. § 616 S. 1 BGB beruht auf sozialpolitischen Erwägungen.³¹

Die Vorschrift durchbricht für die Fälle, in denen weder den Dienstverpflichteten noch den Dienstberechtigten ein Verschulden an der vorübergehenden Verhinderung trifft, die Grundregel des § 326 II S. 1 BGB. So soll dem Dienstverpflichteten die wirtschaftliche Existenzgrundlage gesichert werden, auch wenn das Leistungshindernis in seiner Person entstanden ist. Dem Dienstberechtigten wird hierdurch die Vergütungsgefahr zugewiesen, jedoch ausdrücklich begrenzt für eine „verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit“. § 616 BGB gilt auch während des Annahmeverzugs. Der Anspruch auf Annahmeverzugslohn endet, wenn der Dienstverpflichtete aus einem in seiner Person liegenden Grund verhindert ist, die Dienstleistung zu erbringen. In diesem Fall ist er außerstande, die Leistung zu bewirken (§ 297 BGB).

Abweichend von der Regelung des allgemeinen Schuldrechts in § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB hat der Dienstverpflichtete in diesem Fall aber keinen zeitlich unbegrenzten Anspruch auf die Gegenleistung, sondern nur für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit.

³⁰ MüKoBGB/Ernst, § 326, Rn. 74; im Ergebnis, ohne allerdings genau zwischen den beiden Alternativen des § 326 II S. 1 BGB zu differenzieren, Staudinger/Schwarze, BGB, § 326, Rn. A 33; MHD ArbR/Tillmanns, Bd. 1, § 76, Rn. 6.

³¹ Vgl. hierzu *Mugdan*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 2, S. 258; BAG, BAGE 8, 314 = *jurisbyhemmer*; BGH, BGHZ 21, 112 = *jurisbyhemmer*; BeckOGK/Bieder, BGB, § 616, Rn. 2; MüKoBGB/Henssler, § 616, Rn. 2; Staudinger/Oetker, BGB, § 616, Rn. 11 ff.

Für Arbeitsverhältnisse enthält § 3 EFZG eine entsprechende Ausnahme von § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB. Wird ein Arbeitnehmer durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit an seiner Arbeitsleistung verhindert, ohne dass ihn ein Verschulden trifft, sieht § 3 I EFZG im Hinblick auf die sozioökonomische Risikoverteilung im Arbeitsverhältnis einen auf sechs Wochen zeitlich begrenzten Anspruch auf Entgeltfortzahlung vor.³² Auch hier wird dem Arbeitgeber die Vergütungsgefahr nur für einen begrenzten Zeitraum zugewiesen.

§ 616 BGB und § 3 EFZG regeln also speziell für Dienst- und Arbeitsverhältnisse die Rechtsfolgen der Unmöglichkeit der Leistungserbringung wegen Arbeitsunfähigkeit - auch wenn sie während des Annahmeverzugs eintritt - abschließend. Sie verdrängen insoweit die Regelung des allgemeinen Schuldrechts in § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB.

Vorliegend ist dem AN wegen Arbeitsunfähigkeit die Erbringung der Arbeitsleistung aus dem Arbeitsvertrag unmöglich, sodass nach den vorgeannten Maßstäben die Anspruchserhaltungsvorschrift des § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB keine Anwendung findet.

Anmerkung: Nach dem Bearbeitungshinweis ist der Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall nach § 3 I EFZG nicht zu prüfen. Es handelt sich bei dieser Vorschrift nach der h.M. um eine eigenständige Anspruchsgrundlage und nicht um eine Anspruchserhaltungsvorschrift. In dem Originalfall hat der AN einen Antrag auf Entgeltfortzahlung - selbst nach einem Hinweis des Gerichts (§ 139 I ZPO) - nicht gestellt. Dem Gericht war es nach § 308 I S. 1 ZPO („ne ultra petita“) daher verwehrt, darüber zu entscheiden. Bemerkenswert insoweit ist, dass das Arbeitsgericht in den Entscheidungsgründen ausführte, dass dem AN ein solcher Anspruch zusteht, dieser Anspruch aber mangels konkreten Antrags nicht tenoriert wurde. Da der Tenor der maßgebliche Teil des Urteils und als Basis für die später möglicherweise beabsichtigte Vollstreckung des Urteils notwendig ist, war dies von Bedeutung. Verwunderlich ist es, wieso der AN eine Antragsanpassung nicht vorgenommen hat.

b) Voraussetzungen des § 615 S. 1 BGB

Fraglich ist, ob zugunsten des AN die dem § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB gegenüber speziellere Anspruchserhaltungsvorschrift des § 615 S. 1 BGB eingreift. Hierzu müsste der AG im Annahmeverzug gewesen sein (§§ 293 ff. BGB).

³² Vgl. BAGE 180, 33 = [jurisbyhemmer](#).

Annahmeverzug des AG würde jedoch ausscheiden, wenn AN nach § 297 BGB außerstande war, die Arbeitsleistung zu erbringen.

Dabei ist es unerheblich, ob das Unvermögen auf tatsächlichen oder rechtlichen Umständen beruht bzw. AN leistungsunwillig war.

Leistungsfähigkeit und Leistungswilligkeit des AN sind vom Leistungsangebot des AN bzw. dessen Entbehrlichkeit unabhängige Voraussetzungen, die während des gesamten Annahmeverzugszeitraums vorliegen müssen.³³ Der leistungsunwillige AN setzt sich nämlich selbst außerstande, die Arbeitsleistung zu bewirken, was nach gefestigter Rechtsprechung des BAG einen Fall des § 297 BGB darstellt.³⁴

Anmerkung: Wenn sich der AN einer arbeitgeberseitigen Anordnung zur Unterziehung eines Corona-Tests verweigert und weiterarbeiten will, liegt nach BAG mangels Leistungswilligkeit kein Annahmeverzug vor.³⁵ Die Anordnung des AG, PCR-Tests auf eine Infektion mit SARS-CoV-2 durchzuführen, war nach dem Direktionsrecht nach § 618 I BGB i.V.m. § 106 S. 1, S. 2 GewO rechtmäßig, obwohl es über die damaligen arbeitsschutzrechtlichen Mindestanforderungen hinausging. Es entsprach – so das BAG – dennoch billigem Ermessen.

Da beim Direktionsrecht aufgrund des unbestimmten Rechtsbegriffs „billiges Ermessen“ im Rahmen des § 106 S. 1 GewO wegen der **mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte** eine Abwägung der widerstreitenden Grundrechte im Rahmen der praktischen Konkordanz vorgenommen werden muss, sind diese Fallkonstellationen für Prüfungsämter oftmals eine echte „Vorlage“. Hier waren die körperliche Unversehrtheit nach Art. 2 II S. 1 GG sowie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 I, 1 I GG in den Blick zu nehmen. Ausnahmsweise war hier keine Abwägung mit Grundrechten der Arbeitgeberseite vorzunehmen (oftmals Art. 12 I GG), da der hier **öffentlich-rechtliche AG nicht Grundrechtsträger** (sondern nur grundrechtsverpflichtet) war. In diesem Fall war nur die **Verhältnismäßigkeit des Eingriffs** in die Rechte des AN zu prüfen.

³³ BAG, NZA 2022, 1395 ff. = [jurisbyhemmer](#).

³⁴ **Hinweis für Referendare:** Weil AG bei der Berufung auf die Leistungsunfähigkeit oder die Leistungsunwilligkeit eine Einwendung erhebt, trägt er als Gläubiger der Arbeitsleistung die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der AN im Streitzeitraum zur Leistung objektiv außerstande oder subjektiv nicht bereit war. Dazu reicht es zunächst aus, dass er Indizien vorträgt, aus denen auf die Leistungsunfähigkeit oder Leistungsunwilligkeit des Arbeitnehmers geschlossen werden kann.

³⁵ BAG, NJW 2022, 3528 ff. m. Anm. [Marski](#) = [jurisbyhemmer](#).

Der AN war im maßgeblichen Zeitraum arbeitsunfähig. Er war daher aufgrund der Arbeitsunfähigkeit außerstande, die Leistungshandlung zu erbringen.

Die Voraussetzung des Annahmeverzugs und damit des § 615 S. 1 BGB liegen daher wegen § 297 BGB nicht vor.

II. Ergebnis

AN hat gegen den AG in der Zeit vom 01.06.2019 bis zum 31.05.2020 daher keinen Anspruch auf Lohnzahlung nach § 611a II i.V.m. § 615 S. 1 BGB.

D) Kommentar

(dma). Das BAG hat die Entscheidung sorgfältig begründet.

Was auch vorher schon durch allgemeine Grundsätze aus dem Annahmeverzugsrecht klar war („Unmöglichkeit bricht Annahmeverzug“), ist jetzt im arbeitsrechtlichen Kontext durch die höchstgerichtliche Rechtsprechung klargeworden: Wenn der AN arbeitsunfähig ist und ihm damit die für das Bestehen des Annahmeverzugs notwendige Leistungsfähigkeit fehlt, kann ein Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 611a II, 615 S. 1 BGB nicht gegeben sein.

Hier liegt dann ein „klassischer Fall“ des Unvermögens nach § 297 BGB vor.

Darüber hinaus hat das BAG das Verhältnis zwischen § 615 S. 1 BGB und § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB geklärt. Beide Vorschriften enthalten „Annahmeverzug“ als tatbestandliche Voraussetzung. Die zweitgenannte Vorschrift stellt aber bereits systematisch die allgemeinere Vorschrift dar und tritt damit hinter der spezielleren Vorschrift des § 615 S. 1 BGB zurück.

An sich wäre – so wie es das Arbeitsgericht im Rahmen der ersten Instanz in den Entscheidungsgründen ausgeführt hatte – ein Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall nach § 3 I EFZG denkbar. Dieser muss aber im Prozess nach § 308 I ZPO von dem AG auch beantragt werden, was hier ersichtlich nicht passierte. Jedenfalls gilt nun: Wenn keine der spezielleren Vorschriften wie §§ 615 S. 1, 616 BGB oder § 3 I EFZG einschlägig ist, dann greift die allgemeine Vorschrift des § 326 II S. 1 BGB nicht, sofern der Dienstverpflichtete bzw. AN arbeitsunfähig ist.

Zusammenfassung zum Verhältnis von § 326 II BGB zu § 615 BGB

1. Fall: AG ist annahmewillig und der Zeitablauf begründet aufgrund des Fixschuldencharakters die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung

⇒ Annahmeverzugslohn gem. §§ 615 S. 1, 611a II BGB, da § 615 S. 1 BGB *lex specialis* zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist!

2. Fall: Vom AG und vom AN unverschuldete Unmöglichkeit, die aber zum Betriebs- oder Wirtschaftsrisiko des AG gehört

⇒ AN erhält Annahmeverzugslohn nach § 615 S. 3 BGB i.V.m. §§ 615 S. 1, 611a II BGB, da § 615 S. 3 BGB *lex specialis* zu § 326 II S. 1 Alt. 1 BGB ist!

3. Fall: Verschuldete Annahmewenmöglichkeit des AG (bloße Verantwortlichkeit nach Risikosphären reicht nach BAG nicht aus, weil der Gesetzgeber in diesem Fall § 615 S. 3 BGB als „*lex specialis*“ vorgesehen hat)

⇒ AN hat Anspruch auf Lohnfortzahlung nach §§ 326 II S. 1 Alt. 1, 611a II BGB!

⇒ kein Fall des Annahmeverzugs nach § 615 S. 3 BGB i.V.m. §§ 615 S. 1, 611a II BGB, da die Lehre vom Betriebsrisiko nach Ansicht des BAG nicht bei einer verschuldeten Betriebsstörung gilt!

4. Fall: Unverschuldeter Arbeitsausfall, der nicht zum Betriebsrisiko des AG gehört

⇒ kein Lohnanspruch wegen § 326 I S. 1 BGB, wenn kein anderer Fall einer Lohnfortzahlung besteht (z.B. § 3 I S. 1 EFZG oder § 616 BGB)!

E) hemmer-background

Der **hemmer-background** befasst sich – passend zu der Entscheidung – mit der Entscheidung des **BAG, Urt. v. 15.01.2025 – 5 AZR 135/24, NZA 2025, 634 ff. = jurisbyhemmer.**

I. Sachverhalt

AN ist seit drei Jahren im Betrieb der AG, die 35 Arbeitnehmer beschäftigt, als Angestellte in Teilzeit mit einer wöchentlichen Arbeitszeit von 28 Stunden angestellt.

Am 27.11.2020 kündigte die AG das Arbeitsverhältnis zum 31.03.2021 und bot der AN unter anderem an, ab dem 01.04.2021 die Arbeitszeit von 28 auf 15 Stunden pro Woche zu reduzieren. Dies hätte zur Folge, dass der zu erzielende Nettoverdienst dann unterhalb der Schwelle von Arbeitslosengeld I liegt.

Die AN lehnte das Änderungsangebot ab und erhob gegen die Kündigung erfolgreich Kündigungsschutzklage.

Im Mai 2021 sprach die AG eine außerordentliche fristlose verhaltensbedingte Kündigung aus.

Im September 2022 bot sie der AN eine Prozessbeschäftigung zu den Bedingungen des Änderungsangebots von 2021 an. Auch dieses Angebot lehnte die AN ab. Auch gegen die zweite Kündigung wendete sich die AN erfolgreich mit einer Kündigungsschutzklage.

In der Zeit vom 01.04.2021 bis zum 14.02.2023 war die AN arbeitssuchend gemeldet und erhielt Arbeitslosengeld. Sie bewarb sich ohne Erfolg auf mehrere Stellenvorschläge der AG, der Bundesagentur für Arbeit (BA) sowie eigenständig.

Hat AN gegen AG Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 611a II, 615 S. 1 BGB für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023?

II. Lösung

Die AN könnte gegen die AG einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 611a II, 615 S. 1 BGB für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 haben.

1. Anspruch entstanden

Da die Parteien einen wirksamen Arbeitsvertrag geschlossen haben (§§ 611a I, 145, 147 BGB) und rechtshindernde Einwendungen nicht ersichtlich sind, ist der Anspruch der AN auf Lohnzahlung nach § 611a II BGB zunächst entstanden.

a) Anspruch nach § 326 I S. 1 HS 1 BGB erloschen

Da die AN in dem Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 allerdings nicht arbeitete, die Arbeitsleistung wegen des „absoluten Fixschuldcharakters“ nicht nachgeholt werden kann und damit nach § 275 I BGB unmöglich geworden ist, erlischt der Lohnanspruch nach § 326 I S. 1 HS 1 BGB nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“.

b) Anspruchserhaltung wegen Annahmeverzugs nach § 615 S. 1 BGB

Die AN könnte den Lohnanspruch allerdings nach § 615 S. 1 BGB erhalten, wenn die AG im Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023 im Annahmeverzug mit der Arbeitsleistung der AN war, vgl. §§ 293 ff. BGB.

aa) Angebot der AN

Nach § 293 BGB kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er die ihm angebotene Leistung nicht annimmt.

(1) Grds. tatsächliches Angebot, § 294 BGB

Im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung grundsätzlich tatsächlich anbieten, § 294 BGB.

Daran fehlt es im vorliegenden Fall, da die AN nicht zur Arbeit erschienen ist.

(2) Ausnahmsweise ist ein wörtliches Angebot ausreichend, § 295 BGB

Steht - wie hier - die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses im Streit, genügt nach § 295 BGB ein wörtliches Angebot der AN, weil die Arbeitgeberin mit der Berufung auf das Ende des Arbeitsverhältnisses erklärt, sie werde keine weitere Arbeitsleistung mehr annehmen.

Das wörtliche Angebot der AN ist hier darin zu sehen, dass sie gegen die Beendigung des Arbeitsverhältnisses Kündigungsschutzklage erhoben hat.³⁶

(3) Entbehrlichkeit des Angebots, § 296 BGB

Für die Zeit vor der Zustellung der Kündigungsschutzklage wäre die AG nur dann im Annahmeverzug, wenn das wörtliche Angebot der AN nach § 296 BGB ganz entbehrlich gewesen wäre.

Die Entbehrlichkeit des Angebots bejaht das BAG in gefestigter Rechtsprechung dann, **wenn eine unwirksame Arbeitgeberkündigung vorliegt**.³⁷

In der Kündigung liegt nach Ansicht des BAG zugleich die Erklärung des Arbeitgebers, er werde die Leistung nicht annehmen.³⁸

Aufgrund der unwirksamen Kündigung(en) der AG war sogar ein wörtliches Angebot der AN nach § 296 BGB entbehrlich, sodass die AG auch schon für die Zeit vor Zustellung der Kündigungsschutzklage(n) in Annahmeverzug geraten sein könnte.

hemmer-Methode: Außer im Fall einer unwirksamen Arbeitgeberkündigung ist das Angebot des Arbeitnehmers nur noch dann entbehrlich, wenn der Arbeitgeber den Arbeitnehmer von der Pflicht zur Erbringung der Arbeitsleistung einseitig und damit vertragswidrig freigestellt hat.

³⁶ BAG, NZA 2013, 101 ff. = [jurisbyhemmer](#).

³⁷ BAG, NJW 2013, 2460 f. = [jurisbyhemmer](#); BAG, NZA 2012, 858 ff. = [jurisbyhemmer](#).

³⁸ BAG, NZA 2018, 646 ff. = [jurisbyhemmer](#).

bb) Unvermögen der AN, § 297 BGB

Anhaltspunkte für fehlende Leistungsfähigkeit oder Leistungswillen liegen nicht vor, sodass kein Unvermögen der AN nach § 297 BGB vorliegt.

Zwischenergebnis: Die AG befand sich daher mit der Annahme der Arbeitsleistung im Verzug.

2. Kürzung des Annahmeverzugslohnes durch Anrechnung gem. § 11 Nr. 2 KSchG

Fraglich ist, ob die Weigerung der AN, während des Kündigungsschutzprozesses bei der AG weiterzuarbeiten, zur **Anrechnung wegen böswillig unterlassenen anderweitigen Verdienstes** nach § 11 Nr. 2 KSchG führt.

Da im Streitzeitraum nach der rechtskräftigen Entscheidung des Arbeitsgerichts das Arbeitsverhältnis fortbestanden hat und das Kündigungsschutzgesetz gem. §§ 1 I, 23 I S. 3 KSchG anwendbar ist, richtet sich die Anrechnung anderweitigen Verdienstes nach § 11 Nr. 2 KSchG und nicht nach dem weitgehend inhaltsgleichen § 615 S. 2 BGB.³⁹

Anmerkung: Gegenüber § 615 S. 2 BGB stellt § 11 KSchG eine Spezialvorschrift dar. Sie greift allerdings nur bei Anwendbarkeit des KSchG und auch nur für den Zeitraum ein, der **nach** der beabsichtigten Entlassung liegt (vgl. Wortlaut: ... „für die Zeit nach der Entlassung“ ...).

§ 11 KSchG ist im Geltungsbereich des KSchG demnach „lex specialis“ für die:

- **sozialwidrige ordentliche Kündigung** für die Zeit nach beabsichtigter Entlassung, d.h. nach Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist;
- **unwirksame außerordentliche Kündigung**, § 13 I S. 5 KSchG und
- **die sittenwidrige Kündigung**, § 13 II KSchG.

a) Voraussetzung für böswillig unterlassenen Verdienst

Ein AN unterlässt böswillig i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG anderweitigen Verdienst, wenn ihm ein Vorwurf daraus gemacht werden kann, dass er während des Annahmeverzugs trotz Kenntnis aller objektiven Umstände vorsätzlich untätig bleibt und eine ihm nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) unter Beachtung des Grundrechts auf freie Arbeitsplatzwahl nach Art. 12 GG zumutbare anderweitige Arbeit nicht aufnimmt oder die Aufnahme bewusst verhindert.

³⁹ BAG, NZA 2024, 685 ff. = [jurisbyhemmer](#).

Erforderlich für die Beurteilung der Böswilligkeit ist stets eine unter Bewertung aller Umstände des konkreten Falls vorzunehmende Gesamtabwägung der beiderseitigen Interessen.⁴⁰

b) Hier lag mangels Zumutbarkeit für AN kein Fall des böswilligen Unterlassens vor

Die AG bot der AN an, ab dem 01.04.2021 die Arbeitszeit von 28 auf 15 Stunden pro Woche zu reduzieren. Fraglich ist, ob dieses Angebot zumutbar i.S.d. § 11 Nr. 2 KSchG ist.

Die Zumutbarkeit beurteilt sich insbesondere nach der Person des Arbeitgebers, der Art der Arbeit oder den sonstigen Arbeitsbedingungen. Es ist jeweils nach den konkreten Umständen des Einzelfalls zu ermitteln, inwieweit eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen z.B. nach der Art der Tätigkeit, der Arbeitszeit, des Ortes der anderweitigen Beschäftigung oder der Person des AG sowie hinsichtlich des Verdienstes hinnehmbar ist. **Eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen muss der AN aber grundsätzlich nicht hinnehmen.**⁴¹

Inwieweit AN eine Verschlechterung der Arbeitsbedingungen hinsichtlich der Art, der Arbeitszeit und des Ortes der anderweitigen Beschäftigung sowie des Verdienstes hinnehmen muss, beurteilt sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. **Die Unzumutbarkeit der Arbeit folgt nicht allein schon aus einem geringeren Verdienst** bei einer anderweitigen Tätigkeit bei einem anderen Arbeitgeber.⁴² Entsprechendes gilt für eine Tätigkeit bei dem bisherigen AG, der mit Ausspruch einer Änderungskündigung die Fortsetzung derselben oder einer anderen Arbeit zu einer **geringeren Vergütung** anbietet.⁴³

Jedenfalls ist eine Tätigkeit, bei welcher der zu erzielende **Nettoverdienst unter dem Arbeitslosgeld I** liegt, während des Bezugszeitraums dieser Leistung **nicht als zumutbar** anzusehen.

Dies gilt auch – wie hier – im Fall der Änderungskündigung. Weder erfordert die Rücksichtnahme auf den im Annahmeverzug befindlichen Arbeitgeber die Aufnahme einer solchen Tätigkeit, noch handelt AN vorwerfbar, wenn er sich für den Bezug der ihn besserstellenden öffentlich-rechtlichen Leistung entscheidet.

Schließlich besteht auch für ihn ein Prozessrisiko im Kündigungsschutzverfahren und damit die Ungewissheit, ob ihm später Vergütungsnachzahlungen unter dem Gesichtspunkt des Annahmeverzugs zustehen werden.⁴⁴

⁴⁰ BAG, NZA 2021, 1324 = [jurisbyhemmer](#).

⁴¹ BAG, NZA 2024, 685 = [jurisbyhemmer](#).

⁴² BAG, NZA 2024, 685 = [jurisbyhemmer](#).

⁴³ BAG, BeckRS 2022, 10697 = [jurisbyhemmer](#).

⁴⁴ BAG, NZA 2024, 685 = [jurisbyhemmer](#).

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen war es der AN nicht zuzumuten, trotz der beiden Kündigungen während des Kündigungsschutzprozesses bei AG unter den genannten Bedingungen weiterzuarbeiten.

Das Änderungsangebot der AG umfasste eine Absenkung der Arbeitszeit von 28 auf 15 Stunden pro Woche, was mit damit verbundener Absenkung des Nettoverdienstes unterhalb der Schwelle des Arbeitslosengeldes I verbunden wäre. Dieses Änderungsangebot stellt eine erhebliche Verschlechterung der Arbeitsbedingungen dar.

Ergebnis: Die AN ist daher nicht böswillig untätig geblieben, sodass keine Anrechnung nach § 11 Nr. 2 KSchG erfolgt.

3. Ergebnis

Die AN hat gegen die AG einen Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 611a II, 615 S. 1 BGB für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis 14.02.2023.

F) Wiederholungsfrage

▪ Wie grenzt man § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB von § 615 S. 1 BGB ab?

Beide Vorschriften setzen Annahmeverzug des AG voraus und überlappen sich insoweit. § 615 BGB entspricht in seiner Wertung § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB, hat aber gleichwohl einen eigenständigen Regelungsinhalt. § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist auf Sachleistungen zugeschnitten. Die Vorschrift weist dem Gläubiger zudem noch die Risiken zu, die erst aus zusätzlichen, außerhalb der Gläubigersphäre liegenden Umständen drohen. Bei § 615 BGB geht es dagegen um den Fall, dass die angebotene, aber nicht angenommene Arbeitsleistung nach den konkreten Umständen oder Zwecken nicht nachgeholt werden kann. Im Verhältnis zu § 326 II S. 1 Alt. 2 BGB ist § 615 BGB die speziellere Norm. Dies ist bereits aus der systematischen Stellung der Vorschrift im besonderen Schuldrecht zu erkennen.

G) Zur Vertiefung

Anspruch auf Annahmeverzugslohn nach §§ 615 S. 1, 611a II BGB

Hemmer/Wüst/Krick/Tyroller, Arbeitsrecht, Rn. 433 ff