

Repetitorium ZR

PD Dr. Clemens Latzel und ass. iur. Tobias Grzeski*

Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers

<https://doi.org/10.1515/jura-2020-2530>

Vergütungsansprüche der Arbeitnehmer sind beliebter Klausurgegenstand. Weil Leistungsversprechen in Dauer-schuldverhältnissen in der Examensvorbereitung biswei-len vernachlässigt werden, untersucht dieser Beitrag, wann der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers ent-steht, fällig wird und welche Besonderheiten bei seiner Durchsetzung zu beachten sind.

I. Prüfungsreihenfolge

Die Anspruchsprüfung in einer Klausur beginnt mit der Suche nach der Anspruchsgrundlage. Der Vergütungs-anspruch des Arbeitnehmers ist i.d.R. eine Forderung auf Grundlage seines Arbeitsvertrags (unten II.1.).

Hinweis: Das BGB unterscheidet zwischen Anspruch und For-derung. Ein Anspruch ist das Recht, von einem ande-ren ein Tun oder Unterlassen verlangen zu können (§ 194 Abs. 1 BGB). Dazu zählen neben schuldrecht-lichen Ansprüchen (Forderungen) auch dingliche, fa-milien- und erbrechtliche Ansprüche.¹

Forderungen entstehen aber nicht allein durch Begrün-dung eines Schuldverhältnisses, sondern erst, wenn ihre spezifischen (ggf. vereinbarten) Entstehungsvorausset-zungen erfüllt sind (unten III.1.).

Beispiel: Eine Schadensersatzforderung aus § 280 Abs. 1 BGB entsteht erst, wenn eine Vertragspartei die andere pflichtwidrig schädigt und das zu vertreten hat.

Zudem können Vertragsparteien die Leistungszeit (Fällig-keit, § 271 BGB) abweichend vom Zeitpunkt der Anspruchs-entstehung festlegen: kalendarisch, abhängig vom Eintritt eines sicheren Ereignisses oder abhängig vom Eintritt eines

ungewissen Ereignisses. Man spricht dann von einem be-tagten Anspruch.

Hinweis: Eine aufschiebende Bedingung oder Befristung des ganzen Anspruchs (gem. § 158 Abs. 1, § 163 Alt. 1 BGB) bestimmt die Leistungszeit i.S.d. § 271 Abs. 1 BGB mittelbar, weil erst mit Bedingungseintritt bzw. Fristerfüllung das Schuldverhältnis entsteht und frü-hestens dann der Anspruch fällig sein kann.² Wenn ein Anspruch rückwirkend begründet wird, kann er – ex post betrachtet – schon in der Vergangenheit fällig ge-wesen sein, aber nicht vor dem rückwirkten Zeit-punkt der Anspruchsentstehung.³

Ob Entstehungs- oder Fälligkeitsvoraussetzungen verein-bart sind, ist Auslegungsfrage (unten III.1.d)).

Die Erfüllung einer fälligen Forderung kann nur ver-langt werden, sofern diese nicht untergangen ist (unten IV.). Für gewöhnlich gehen Forderungen durch Erfüllung unter (§ 362 Abs. 1 BGB), aber auch dann, wenn die Gegen-leistung unmöglich wird (§ 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB). In Arbeitsverhältnissen sind für den Untergang von Forde-rungen zudem Ausschlussfristen zu beachten.

Schließlich muss die Forderung durchsetzbar sein (unten V.).

II. Anspruchsgrundlagen

Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers folgt aus dem Arbeitsvertrag i. V. m. § 611 a Abs. 2 BGB (unten 1.), aus Ta-rifvertrag oder Betriebsvereinbarung (unten 2.) oder auch aus Gesetz oder Rechtsverordnung (unten 3.).

Hinweis: Das Arbeitsverhältnis ist keine Anspruchsgrundlage, sondern bezeichnet die Gesamtheit aller Rechte und Pflichten zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Es entsteht in der Regel aufgrund eines Arbeitsvertrages.

¹ Bachmann, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 241 Rn. 6 f.

*Kontaktperson: Clemens Latzel ist Privatdozent für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Europarecht und Wirtschaftsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Tobias Grzeski ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht an der LMU München.

² Nastelski, JuS 1962, 289, 290.

³ Latzel, AcP 216 (2016), 674, 684 f.

1. Vergütungsansprüche aus Arbeitsvertrag

Zentrale Anspruchsgrundlage für die Vergütung des Arbeitnehmers ist der Arbeitsvertrag i. V. m. § 611 a Abs. 2 BGB.

Hinweis: Obwohl § 611 a Abs. 2 BGB von »Zahlung« der Vergütung spricht, kann der Arbeitnehmer auch zum Teil mit Sachwerten (z. B. Erlaubnis zur Privatnutzung eines Dienstwagens) vergütet werden (§ 107 Abs. 2 GewO).

Hinweis: Anderen Dienste zu leisten kann im Rahmen eines Auftrags (§ 662 BGB), Dienstvertrags (§ 611 BGB) oder Arbeitsvertrags (§ 611 a BGB) versprochen werden. Werden die Dienste in persönlicher Abhängigkeit (Statusweisungsabhängigkeit) i. S. d. § 611 a Abs. 1 Sätze 3–5 BGB (und im Umkehrschluss zu § 84 Abs. 1 Satz 2 HGB) erbracht und ist hierfür eine Vergütung vereinbart, handelt es sich unabhängig von der vertraglichen Bezeichnung um einen Arbeitsvertrag (§ 611 a Abs. 1 Satz 6 BGB). Bei selbstständiger Dienstleistung (Fachweisungen sind unschädlich) handelt es sich um einen freien Dienstvertrag. Ist Unentgeltlichkeit verabredet, handelt es sich um einen Auftrag; Dienstleistungen kann man nicht übertragen und somit nicht verschenken i. S. d. § 516 BGB⁴.

Üblicherweise wird die Vergütung ausdrücklich vereinbart (unten a)). Kraft Gesetzes kann aber eine stillschweigende Vereinbarung fingiert werden (unten b)). Darauf greift die Rspr. auch bei enttäuschter oder fehlgeschlagener Vergütungserwartung zurück (unten c)). Im fehlerhaften Arbeitsverhältnis richtet sich die Vergütung nach der als wirksam behandelten Vereinbarung (unten d)).

a) Ausdrückliche Vergütungsregeln

Die Vergütung des Arbeitnehmers kann im Arbeitsvertrag selbst festgelegt oder durch Bezugnahme auf Tarifverträge oder Lohnrichtlinien geregelt werden.⁵ Zwar werden viele Arbeitsverträge schriftlich geschlossen, erforderlich ist das aber nicht. Sie können auch formlos und mithin konkludent geschlossen werden.

Hinweis: Nur die Befristung des Arbeitsvertrags bedarf gem. § 14 Abs. 4 TzBfG (i. V. m. § 620 Abs. 3 BGB) der Schriftform. Im Übrigen muss der Arbeitgeber die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich nachwei-

sen (§ 2 NachwG), sonst kann der Arbeitnehmer Schadensersatz verlangen (§ 280 Abs. 1 BGB)⁶.

Arbeitnehmer und Arbeitgeber schließen konkludent einen Arbeitsvertrag, wenn ihr Verhalten bei Betrachtung gem. §§ 133, 157 BGB auf einen vertraglichen Bindungswillen schließen lässt. Wenn jemand bloß duldet, dass ein anderer ihm Dienste erbringt, will er sich damit nicht vertraglich binden (zur stillschweigenden Vergütungsvereinbarung sogleich). Nur dem Arbeitgeber, der widerspruchlos die Arbeit seines bisherigen Arbeitnehmers über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus duldet, wird gem. § 625 BGB oder § 15 Abs. 5 TzBfG ein Bindungswille unterstellt⁷. In diesen Fällen wird das Arbeitsverhältnis samt seiner bisherigen Vergütungsvereinbarung fortgesetzt.

Regeln die Arbeitsvertragsparteien Umfang und Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht ausdrücklich (und gelten keine tarifvertraglichen oder gesetzlichen Regeln), sind Umfang und Dauer durch Auslegung zu bestimmen. Im Zweifel wird ein unbefristetes Vollzeitverhältnis mit den betriebsüblichen Arbeitszeiten geschlossen.⁸

b) Stillschweigende Vergütungsvereinbarung

Obwohl § 611 a Abs. 2 BGB die Vergütung des Arbeitnehmers zum zwingenden Kriterium des Arbeitsvertrags erhebt, gehört eine Vergütungsabrede nicht zu den *essentialia negotii*.⁹ Die Parteien müssen sich nur über Art und Beginn der Tätigkeit einigen. Die Vergütungsvereinbarung wird gem. § 612 BGB fingiert, wenn die Dienste den Umständen nach nur entgeltlich erbracht werden (sonst bloßer Auftrag). So wird die Unwirksamkeit des Vertrages wegen Dissenses (§§ 154 f. BGB) bei prinzipiell vereinbarter, aber nicht näher geregelter Vergütung verhindert, indes nicht der Arbeitsvertragsschluss fingiert.¹⁰

§ 612 BGB greift auch dann, wenn nur die Vergütungsvereinbarung eines Arbeitsvertrags nichtig ist (z. B. wegen Lohnwuchers¹¹, § 138 BGB). Ist die Vergütungsvereinbarung nur teilweise unwirksam (z. B. »insoweit« sie den gesetzlichen Mindestlohn unterschreitet, § 3 Satz 1 Mi-

⁶ BAG v. 30. 10. 2019 – 6 AZR 465/18 – NZA 2020, 379 Rn. 46 ff.

⁷ Henssler, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 625 Rn. 1: Fingiert wird eine Willenserklärung.

⁸ BAG v. 15. 5. 2013 – 10 AZR 325/12 – NZA-RR 2014, 519 Rn. 18 ff.

⁹ Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2019, Rn. 170.

¹⁰ Richardi/Fischinger, Staudinger, 2020, § 612 BGB Rn. 7; Thüsing, Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 612 BGB Rn. 9.

¹¹ Dazu Sack/Fischinger, Staudinger, 2017, § 138 BGB Rn. 540 ff. und Boemke, JuS 2010, 259.

⁴ BGH v. 4. 3. 2015 – XII ZR 46/13 – NJW 2015, 1523 Rn. 12.

⁵ Zur AGB-Kontrolle von Vergütungsvereinbarungen Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 233, 244 ff., 248 ff., 253 ff.

LoG), kann § 612 BGB keinen Dissens verhindern, weil die Vereinbarung fortbesteht, soweit sie nicht gegen das Gesetz verstößt (bei Verstoß gegen § 3 Satz 1 MiLoG ersetzt der gesetzliche Mindestlohn die vereinbarte Vergütung¹²).

Eine Vergütungserwartung ist i. S. d. § 612 Abs. 1 BGB berechtigt, wenn die Dienste für gewöhnlich – also nach objektiver Betrachtung, unabhängig von den Vorstellungen der Beteiligten – aufgrund ihrer Art, ihres Umfangs oder des geschäftlichen Verhältnisses zwischen Dienstberechtigtem und -verpflichtetem nicht unentgeltlich erbracht werden.¹³ Bei Mehrarbeit (v. a. Überstunden) ist eine Vergütungserwartung des Arbeitnehmers in der Regel berechtigt, es sei denn, es ist ein anderweitiger Ausgleich vereinbart (z. B. Freizeitausgleich, besonders hohe Gesamtvergütung).¹⁴ Wenn Kinder im Betrieb ihrer Eltern mitarbeiten, dürfen sie hingegen keine Vergütung erwarten (§ 1619 BGB).

Die Höhe der fingierten Vergütungsabrede richtet sich zunächst nach Taxen¹⁵. Mangels Taxen für Arbeitsverhältnisse (Mindestlöhne sind keine Taxen)¹⁶ gilt die übliche Vergütung als vereinbart (§ 612 Abs. 2 BGB). Üblich ist, was unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls (insbes. Ort, persönliche Verhältnisse wie Alter und Familienstand) in gleichen oder ähnlichen Berufen gezahlt wird.¹⁷ Fällt ein Arbeitsvertrag in den sachlichen Anwendungsbereich eines Tarifvertrags, ist i. d. R die Tarifvergütung ohne Zuschläge und Sondervergütungen üblich.¹⁸

c) Vergütung bei fehlgeschlagener Vergütungserwartung

Nach der Rspr. und einem Teil der Lehre greift § 612 BGB auch dann, wenn der Arbeitnehmer für seine Dienste eine (zusätzliche) Nachvergütung erwartet hat, die aber ausbleibt.¹⁹ In diesen Fällen müsse aus § 612 BGB *erst recht* eine Vergütungspflicht folgen, da nicht nur objektive Anhaltspunkte für eine Vergütungserwartung, sondern eine

solche konkret bestehe. Aus § 612 Abs. 1 BGB (analog) folge deshalb ein nachträglicher Vergütungsanspruch für nicht oder nur unterwertig vergütete Arbeit, wenn der Dienstbringer nur tätig wurde, weil er – für den Leistungsempfänger erkennbar – erwartete, dass die Arbeit nachvergütet werde.²⁰

Beispiel: Ein Verlobter arbeitet im Betrieb der künftigen Schwiegereltern unentgeltlich, aber in Erwartung einer Zuwendung nach der Hochzeit (Grundstück, Unternehmensbeteiligung, Geld). Bleibt die Hochzeit aus und wird er nicht anderweitig nachvergütet, wird seine (von den künftigen Schwiegereltern gebilligte) Vergütungserwartung enttäuscht.

Jedoch ist § 612 BGB keine bereicherungsrechtliche Vorschrift im Dienstvertragsrecht²¹, sondern rettet nur lückenhafte Arbeitsverträge (oben b)). Gibt es aber eine – wenn auch unterwertige – Vergütungsvereinbarung oder eine Zweckabrede i. S. d. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB²², sind keine lückenhaften Arbeitsverträge zu retten und ist für § 612 BGB mithin kein Raum. Werden Vergütungserwartungen enttäuscht, ist vielmehr eine aufgrund einer fehlgeschlagenen Zweckabrede erbrachte Leistung gem. § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB²³ kondizierbar (Wertersatz für erbrachte Dienste gem. § 818 Abs. 2 BGB) und eine unterwertige Vergütungsabrede nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB²⁴ anzupassen, sofern die Abrede nicht bereits wegen Lohnwuchers (§ 138 BGB) nichtig ist und deshalb § 612 BGB (dann zu Recht) greift.

d) Vergütung bei fehlerhaftem Arbeitsverhältnis

Ist der gesamte Arbeitsvertrag unwirksam (z. B. infolge Anfechtung einer Vertragserklärung, § 142 Abs. 1 BGB), hat der vertragslose »Arbeitnehmer« keinen Vergütungs-

¹² Franzen, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 3 MiLoG Rn. 1 a.

¹³ BAG v. 15. 11. 2018 – 6 AZR 385/17 – NZA 2019, 399 Rn. 25.

¹⁴ BAG v. 22. 2. 2012 – 5 AZR 765/10 – NZA 2012, 861 Rn. 21; Müller-Glöge, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 612 Rn. 21.

¹⁵ Taxen sind durch Bundes- oder Landesrecht festgelegte Vergütungssätze (z. B. RVG, Gebührenordnung für Ärzte und Zahnärzte).

¹⁶ Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 612 BGB Rn. 36.

¹⁷ Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 612 BGB Rn. 36 ff.

¹⁸ BAG v. 18. 11. 2015 – 5 AZR 814/14 – NZA 2016, 494 Rn. 44; krit. Rieble/C. Picker, ZfA 2014, 153, 165 ff.

¹⁹ Grundlegend RAG v. 19. 4. 1939 – RAG 195/38 – ARS 36, 162, 167; nachfolgend BAG v. 15. 3. 1960 – 5 AZR 409/58 – juris Rn. 17; Benecke, MüHdbArbR, 4. Aufl. 2018, § 37 Rn. 14; Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 612 BGB Rn. 23 ff.

²⁰ BAG v. 17. 8. 2011 – 5 AZR 406/10 – NZA 2011, 1335 Rn. 22.

²¹ So aber BAG v. 4. 10. 1972 – 4 AZR 475/71 – BAGE 24, 452 (juris Rn. 20).

²² Die Zweckabrede setzt nur eine erkennbare Zweckverfolgung und deren Billigung durch die Gegenseite voraus, Schwab, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 449 f.

²³ Lorenz, Staudinger, 2007, § 812 BGB Rn. 106; Schwab, MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, § 812 Rn. 464.

²⁴ »Die Geschäftsgrundlage eines Vertrages (wird) gebildet durch die bei Abschluß zutage getretenen, dem Geschäftsgegner erkennbaren und von ihm nicht beanstandeten Vorstellungen der einen Vertragspartei (...), sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut«, BGH v. 14. 7. 1953 – V ZR 72/52 – NJW 1953, 1585, 1585.

anspruch aus § 611a Abs. 2 BGB i. V. m. Arbeitsvertrag, sondern kann eigentlich nur Wertersatz für geleistete Arbeit verlangen (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, §§ 818 f. BGB). Allerdings wird aus Gründen des Vertrauensschutzes²⁵ (und wegen angeblicher Rückabwicklungsschwierigkeiten²⁶) das Arbeitsverhältnis grds. als wirksam behandelt²⁷ (fehlerhaftes Arbeitsverhältnis), bis sich eine Seite von ihm ohne Form- und Fristenbindung lossagt. Der Arbeitnehmer hat dann quasi-vertragliche Vergütungsansprüche in Höhe der unwirksam vereinbarten Vergütung für die von ihm geleistete Arbeit.²⁸

Hinweis: Das fehlerhafte Arbeitsverhältnis unterfällt den für Arbeitsverhältnisse geltenden gesetzlichen (z.B. EFZG, BUrlG) und tariflichen Maßgaben (z.B. Ausschlussfristen).²⁹

2. Vergütungsansprüche aus Tarifvertrag und Betriebsvereinbarung

Vergütungsregeln können sich auch aus normativ geltenden Tarifverträgen ergeben, wenn beide Vertragsparteien tarifgebunden sind (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 TVG) oder der Arbeitsvertrag in den Anwendungsbereich eines gem. § 5 TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrags fällt. Gilt ein Tarifvertrag nicht normativ, sondern wird nur arbeitsvertraglich in Bezug genommen, wirkt das, wie wenn der Tarifvertrag in den Arbeitsvertrag geschrieben würde.

Betriebsvereinbarungen können zwar unmittelbar Ansprüche für Arbeitnehmer begründen (§ 77 Abs. 4 Satz 1 BetrVG), doch nur, wenn kein einschlägiger Tarifvertrag die Vergütung der konkreten Arbeitnehmer gegenwärtig oder üblicherweise regelt. Ansonsten ist das arbeitsvertragliche Synallagma, insbesondere die Arbeitsvergütung, dem Zugriff der Betriebsparteien (Betriebsrat und Arbeitgeber) entzogen (§ 77 Abs. 3 BetrVG). Ausschlussfristen (unten IV.2.) und die Befristung von Arbeitsverträgen sollen indes durch Betriebsvereinbarung geregelt werden können.³⁰

²⁵ Richardi/Fischinger, Staudinger, 2020, § 611a BGB Rn. 687 ff.

²⁶ BGH v. 6. 4. 1964 – II ZR 75/62 – NJW 1964, 1367 f.; krit. Latzel, Staudinger, 2020, § 611 BGB Rn. 69.

²⁷ Zu den Ausnahmen Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 146.

²⁸ Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 145.

²⁹ Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 147.

³⁰ BAG v. 12. 12. 2006 – 1 AZR 96/06 – NZA 2007, 453 Rn. 13 ff. – für Ausschlussfristen; BAG (GS) v. 7. 11. 1989 – GS 3/85 – NZA 1990, 816 (818) – für Altersgrenzen; krit. Richardi, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 77 Rn. 119.

3. Vergütungsansprüche aus Gesetz und Rechtsverordnung

Schließlich kann sich ein Vergütungsanspruch auch aus § 1 MiLoG oder einer Rechtsverordnung nach § 7 Abs. 1, § 7a Abs. 1, § 11 Abs. 1 (i. V. m. § 8, § 13 Satz 2) AEntG oder § 3a Abs. 2 (i. V. m. § 8 Abs. 5) AÜG³¹ ergeben. Normativ begründete Vergütungsansprüche treten neben die vertraglichen Ansprüche des Arbeitnehmers,³² sodass dieser sich stets auf die für ihn günstigere Grundlage berufen kann (Günstigkeitsprinzip, § 4 Abs. 3 Alt. 2 TVG).

III. Entstehung und Fälligkeit des Vergütungsanspruchs

Unter welchen Voraussetzungen der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers entsteht, ist umstritten. Gem. § 611a Abs. 2 BGB ist der Anspruch an die Vergütungsvereinbarung geknüpft. Wenn die Arbeitsvertragsparteien wie üblich nicht explizit vereinbaren, wann die Vergütungsansprüche entstehen, sind die Entstehungszeitpunkte durch Vertragsauslegung zu ermitteln.

1. Forderungsentstehung und -fälligkeit im Allgemeinen

Grds. entsteht eine Forderung durch und nach Maßgabe eines Vertrags (§ 311 Abs. 1 BGB).

a) Entstehung einer Forderung

In Verträgen werden Haupt- und Nebenleistungen versprochen. Die Hauptleistungen entsprechen den Hauptinteressen der Parteien am Vertrag und charakterisieren den Vertragstyp (z.B. kennzeichnet das Interesse an Erwerb/Veräußerung einer Sache gegen Entgelt einen Kaufvertrag). Hauptleistungen werden in Austauschverträgen grds. nur in Abhängigkeit von einer Gegenleistung und unabhängig von weiteren Voraussetzungen versprochen. Gegenseitige Hauptforderungen entstehen deshalb kraft

³¹ § 10 Abs. 1 Satz 5 AÜG ist keine Anspruchsgrundlage, sondern Mindestarbeitsbedingung für Arbeitsverträge.

³² Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 4 Rn. 38 – zu Ansprüchen aus Tarifvertrag; BAG v. 25. 5. 2016 – 5 AZR 135/16 – NZA 2016, 1327 Rn. 22 – zu Ansprüchen aus § 1 Abs. 1 MiLoG.

Vertrags *gleichzeitig* – die eine nicht ohne die andere (genetisches Synallagma)³³ – und mit *Vertragsschluss*³⁴.

Hinweis: Hauptleistungen (ggf. auch Nebenleistungen) sind Primärleistungen. Sekundärleistungen werden hingegen nur für den Fall von Vertragsstörungen versprochen, sind also im Gegensatz zu Primärleistungen von weiteren Bedingungen abhängig.

Ansichten, die synallagmatische Forderungen als gegenseitig bedingt erachten, sodass sie erst mit Angebot oder Erbringung der Gegenleistung entstehen³⁵, sind mit § 320 BGB nicht vereinbar: Das (funktionelle) Synallagma der Gegenleistungen erlaubt dem Schuldner nur, die Einrede des nicht erfüllten Vertrags zu erheben, bis die Gegenleistung erbracht wurde, und sofern er nicht vorleisten muss (wie z.B. der Wohnraummieter die Miete, § 556 b Abs. 1 BGB).

Die Parteien können andere Entstehungsvoraussetzungen festlegen. Sie können etwa vereinbaren, dass eine Forderung nur bei Eintritt eines ungewissen Ereignisses (aufschiebende Bedingung, § 158 Abs. 1 BGB) oder nach Ablauf einer Frist (aufschiebende Befristung, § 163 Alt. 1 i. V. m. § 158 Abs. 1 BGB) entsteht.

Hinweis: Muss ein Vertrag vom gesetzlichen Vertreter einer Vertragspartei genehmigt werden (z.B. gem. § 108 BGB), ist das keine rechtsgeschäftliche Bedingung (§ 158 BGB), sondern eine gesetzliche Tatbestandsvoraussetzung³⁶.

b) Fälligkeit einer Forderung

Von der Entstehung der Forderung ist ihre Fälligkeit i. S. d. § 271 BGB zu unterscheiden. Die Fälligkeit bestimmt, ab wann die Leistungspflicht des Schuldners aktuell wird³⁷, also der Gläubiger die Leistung verlangen und der Schuldner mit der Leistungserbringung in Verzug geraten kann.³⁸ Grds. sind Forderungen mit ihrer Entstehung fällig (§ 271 Abs. 1 BGB).

c) Differenzierte Folgen von Entstehung und Fälligkeit

Weil ein Gläubiger nur Erfüllung einer fälligen Leistungspflicht verlangen kann und die Pflicht deshalb auch bestehen muss, braucht aus Gläubigersicht meist nicht zwischen Entstehungs- und Fälligkeitsvoraussetzungen unterschieden zu werden. Doch in folgenden Fällen ist entscheidend, ob eine Forderung entstanden ist, sodass der Entstehungszeitpunkt separat vom Fälligkeitszeitpunkt ermittelt werden muss:

- Wer vor Fälligkeit auf eine bestehende Forderung (betagte Forderung) leistet, kann seine Leistung nicht zurückfordern (§ 813 Abs. 2 BGB). Wer hingegen auf eine nicht bestehende Forderung leistet, kann seine Leistung unter den Voraussetzungen des § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen (nicht bei Kenntnis der Nichtschuld, § 814 BGB).
- Eine Forderung kann ungeachtet ihrer Fälligkeit abgetreten werden, sobald sie besteht (§ 398 BGB).
- Der Schuldner kann gegen eine bestehende, erfüllbare Hauptforderung des Gläubigers aufrechnen, auch wenn sie noch nicht fällig ist (§ 387 BGB).
- Nach umstrittener Ansicht setzen Klagen auf künftige Leistungen nach § 259 ZPO bestehende, nur noch nicht fällige Ansprüche voraus.³⁹
- Für ein Versäumnisurteil gegen den säumigen, beklagten Forderungsschuldner muss der Kläger alle Entstehungsvoraussetzungen darlegen (Schlüssigkeit). Einwendungen und Einreden des Beklagten (etwa fehlende Fälligkeit⁴⁰) bleiben hingegen außer Betracht.⁴¹
- Ansprüche aus Dauerschuldverhältnissen i. S. d. § 108 Abs. 1 InsO (einschl. Arbeitsverhältnissen), die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Schuldners entstehen⁴², sind Masseverbindlichkeiten (§ 108 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 55 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 InsO) und werden mit den Kosten des Insolvenzverfahrens vorweg aus dem Restvermögen des Schuldners (der Insolvenzmasse) beglichen (§ 53 InsO). Ansprüche aus diesen Dauerschuldverhältnissen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens entstanden sind, sind Insolvenzforderungen (§ 108 Abs. 3 i. V. m.

³³ Schwarze, Staudinger, 2015, Vorbem. 18 zu §§ 320–326 BGB.

³⁴ Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, 27. Aufl. 2019, § 11 Rn. 205.

³⁵ Dazu Schwarze, Staudinger, 2015, Vorbem. 27 zu §§ 320–326 BGB.

³⁶ Boemke/Jäger, RdA 2016, 141, 144.

³⁷ BAG v. 28. 8. 2019 – 5 AZR 425/18 – NZA 2019, 1645 Rn. 39.

³⁸ Krüger, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 271 Rn. 1 ff.

³⁹ BGH v. 12. 7. 2006 – VIII ZR 235/04 – NJW-RR 2006, 1485 Rn. 11; BAG v. 22. 10. 2014 – 5 AZR 731/12 – NJW 2015, 1773 Rn. 40; a. A.: auch aufschiebend bedingte/befristete Ansprüche können gem. § 259 ZPO eingeklagt werden, BGH v. 17. 4. 1952 – III ZR 109/50 – NJW 1952, 817; Becker-Eberhard, MüKo-ZPO, 5. Aufl. 2016, § 259 Rn. 4.

⁴⁰ Krüger, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 271 Rn. 38.

⁴¹ Prütting, MüKo-ZPO, 5. Aufl. 2016, § 331 Rn. 15.

⁴² Ringstmeier, in: K. Schmidt, InsO, 19. Aufl. 2016, § 108 Rn. 1.

§ 38 InsO) und werden nur zu einem Bruchteil aus einer etwaig verbleibenden Vermögensmasse bedient.

Beispiel: Die Hauptleistungsansprüche aus einem Mietverhältnis entstehen grds. erst mit Beginn einer Pflichtenperiode.⁴⁸

d) Abgrenzung von Entstehungs- und Fälligkeitsabreden

Forderungen aus Dauerschuldverhältnissen können abschnittsweise entstehen oder nur abschnittsweise fällig werden. Vereinbaren die Vertragsparteien ihre Leistungspflichten nach Zeitabschnitten, unterscheiden sie in der Regel nicht zwischen Entstehung und Fälligkeit der Pflichten. Ob Entstehungs- oder Fälligkeitsabreden getroffen sind, ist durch Vertragsauslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln.⁴³

Vereinbaren Vertragsparteien ohne nähere Bezeichnungen Zeiten für ihre Leistungen, wollen sie sich damit üblicherweise sofort gegenseitig verpflichten und nur die Fälligkeit der Leistungen bis zum jeweiligen Termin hinausschieben.⁴⁴ Das folgt auch aus § 271 Abs. 2 BGB, der als Zweifelsregel die Erfüllung vor vereinbarter Fälligkeit erlaubt, was die Existenz des Anspruchs voraussetzt.⁴⁵ Im Zweifel ist eine Leistungszeitvereinbarung also eine Fälligkeitsabrede und trifft keine Aussage über die Anspruchsentstehung.⁴⁶

Bei Dauerschuldverhältnissen spricht indes die Interessenlage der Parteien typischerweise gegen eine sofortige Entstehung der gegenseitigen Ansprüche bis in alle Ewigkeit: Merkmal eines Dauerschuldverhältnisses ist die Ungewissheit der Beteiligten über die Vertragslaufzeit und die auszutauschenden Gesamtleistungen, die sich erst unter Berücksichtigung des Zeitfaktors ergeben.⁴⁷ Die Leistungen werden abschnittsweise wiederholt, bis das Dauerschuldverhältnis endet. Die Parteien wollen sich – bei interessengerechter Vertragsauslegung – zu einer Austauschleistung aber nur verpflichten, soweit sie ihre Leistung für die beanspruchte Gegenleistung erbringen müssen. Die wechselseitigen Hauptforderungen aus einem Dauerschuldverhältnis sind somit grds. auf den Beginn eines gegenseitigen Pflichtenzeitabschnitts aufschiebend befristet (§ 163 Alt. 1 i. V. m. § 158 Abs. 1 BGB).

Vereinbaren Vertragsparteien allerdings eine feste Vertragslaufzeit und eliminieren den Zeitfaktor, ist bei interessengerechter Vertragsauslegung davon auszugehen, dass sie alle gegenseitigen Ansprüche bereits mit Vertragsschluss entstehen lassen wollen. Das ist insbesondere der Fall, wenn die Befristung den Umfang der Gegenleistung (Preis) beeinflusst oder die wechselseitigen Leistungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten ausgetauscht werden.

Beispiel: Ein Fitnessstudiobetreiber ist bei fester Vertragslaufzeit (d. h. ohne Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung, § 620 Abs. 2 BGB) bereit, die monatlichen Beiträge zu reduzieren, weil er dann mit sicheren Zahlungseingängen über die gesamte Vertragslaufzeit kalkulieren kann. Entsprechend entstehen bei interessengerechter Vertragsauslegung alle Hauptleistungsansprüche bereits mit Vertragsschluss.

Beispiel: Der Leasinggeber wird nicht nur für die zeitlich begrenzte Überlassung der Leasing Sache, sondern vor allem für seine Finanzierungsleistung zu Vertragsbeginn vergütet. Seine vollständige Gebührenforderung entsteht deshalb als Gegenforderung des Finanzierungsversprechens mit Abschluss des Leasingvertrags und wird nur ratenweise später fällig.⁴⁹

2. Entstehung des Vergütungsanspruchs

a) Streit um die Entstehungsvoraussetzungen

Es ist umstritten, ob die Arbeitsleistung Entstehungs- oder nur abdingbare Fälligkeitsvoraussetzung des Vergütungsanspruchs des Arbeitnehmers ist. Die Unterscheidung ist aus den oben (1.c)) genannten Gründen brisant und auch dogmatisch interessant: Ist die Arbeitsleistung Entstehungsvoraussetzung, gibt es ohne Arbeit keinen Vergütungsanspruch, der bei Unmöglichkeit der Arbeitsleistung gem. § 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB »entfallen« oder in den Fällen der § 615 Satz 1 BGB, § 1 BUrIG, § 3 Abs. 1 EFZG u. a. erhalten werden kann.

Hinweis: Die zuletzt genannten Vorschriften halten nach Ansicht des BAG nur den ursprünglichen Anspruch auf

⁴³ Bork, Staudinger, 2015, § 163 BGB Rn. 2.

⁴⁴ Reymann, BeckOGK, 1. 8. 2020, § 163 BGB Rn. 12; Motive zum BGB I, 1888, S. 269.

⁴⁵ Reymann, BeckOGK, 1. 8. 2020, § 163 BGB Rn. 12; Rövekamp, BeckOK-BGB, 55. Ed. 1. 8. 2020, § 163 BGB Rn. 8.

⁴⁶ Reymann, BeckOGK, 1. 8. 2020, § 163 BGB Rn. 12; Rövekamp, BeckOK-BGB, 55. Ed. 1. 8. 2020, § 163 BGB Rn. 8.

⁴⁷ Gaier, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 314 Rn. 6.

⁴⁸ BGH v. 4. 11. 2009 – XII ZR 170/07 – NZM 2010, 126 Rn. 19.

⁴⁹ BGH v. 4. 11. 2009 – XII ZR 170/07 – NZM 2010, 126 Rn. 20 f.

recht⁶⁰ und müssen deshalb mit der Anspruchsgrundlage (i. d. R. § 611 a Abs. 2 i. V. m. Arbeitsvertrag) zitiert werden. In der Klausur sind anspruchserhaltende Normen nicht im Rahmen der Anspruchsentstehung, sondern als Ausnahme vom Erlöschen der Vergütungsforderung zu prüfen, welches zuvor festgestellt werden muss.

aa) Meinungsstand

Nach einer Ansicht entsteht der Vergütungsanspruch erst nach geleisteter Arbeit.⁵¹ Dafür wird § 614 Satz 1 BGB herangezogen.⁵² Außerdem entspreche das der Interessenlage der Parteien, denn der Arbeitsvertrag kann jederzeit durch Kündigung beendet werden und der Arbeitnehmer kann die Arbeit ohne Gründe, die seinen Lohnanspruch erhalten, verweigern.⁵³ Mithin sei nicht davon auszugehen, dass sich der Arbeitgeber bereits mit Vertragsschluss zur Vergütungszahlung (für welchen Zeitraum?) verpflichten wolle, sondern nur insoweit, wie er die Arbeitsleistung erhalten habe.

Nach anderer Ansicht ist die Arbeitsleistung keine Entstehungsvoraussetzung der Vergütungsforderung⁵⁴, weil § 611 a Abs. 2 BGB nur den Arbeitsvertrag voraussetzt⁵⁵. Gleichwohl entstehen nach dieser Ansicht nicht mit Vertragsschluss sämtliche Vergütungsansprüche bis in alle Ewigkeit, sondern es entsteht ein Vergütungsanspruch immer erst mit Beginn des maßgeblichen Leistungsabschnitts, sofern dann noch das Arbeitsverhältnis besteht.⁵⁶ In (überschaubar) befristeten Arbeitsverhältnissen entstehe der Gesamtvergütungsanspruch hingegen mit Vertragsschluss und werde nur sukzessive fällig.⁵⁷

50 BAG v. 18. 9. 2019 – 5 AZR 240/18 – NZA 2020, 174 Rn. 24 – für § 615 Satz 1 BGB; v. 22. 2. 2000 – 9 AZR 107/99 – NZA 2001, 268, 269 – für § 1 BUrlG; v. 16. 1. 2001 – 5 AZR 430/00 – NZA 2002, 746 – für § 3 Abs. 1 EFZG.

51 BGH v. 14. 12. 2006 – IX ZR 102/03 – NJW 2007, 1588 Rn. 12; v. 26. 6. 2008 – IX ZR 87/07 – NJW-RR 2008, 1441 Rn. 13; BAG v. 22. 10. 2014 – 5 AZR 731/12 – NJW 2015, 1773 Rn. 42; Weidenkaff, Palandt, 79. Aufl. 2020, § 611 Rn. 50.

52 Dafür BAG v. 19. 1. 2006 – 6 AZR 529/04 – NJOZ 2008, 3189 Rn. 18; v. 27. 9. 2007 – 6 AZR 975/06 – NZA 2009, 89 Rn. 18.

53 BGH v. 26. 6. 2008 – IX ZR 87/07 – NJW-RR 2008, 1441 Rn. 13; BAG v. 22. 10. 2014 – 5 AZR 731/12 – NJW 2015, 1773 Rn. 42.

54 BAG v. 19. 3. 2002 – 9 AZR 16/01 – NJOZ 2003, 1319, 1320; BAG v. 19. 1. 2006 – 6 AZR 529/04 – NJOZ 2008, 3189 Rn. 18; BAG v. 27. 9. 2007 – 6 AZR 975/06 – NZA 2009, 89 Rn. 18; Boemke/Jäger, RdA 2016, 141, 145; auch noch Putzo, Palandt, 61. Aufl. 2002, § 611 Rn. 50.

55 Boemke/Jäger, RdA 2016, 141, 145 – noch zu § 611 Abs. 1 BGB a. F.

56 So wohl Boemke/Jäger, RdA 2016, 141, 146: Vergütungsanspruch entsteht, »wenn in der maßgeblichen Lohnzahlungsperiode« bzw. »im konkreten Bemessungszeitraum ein Arbeitsverhältnis besteht«.

57 Boemke/Jäger, RdA 2016, 141, 146.

bb) Stellungnahme

Eine getrennte Entstehung von Arbeits- und Vergütungspflicht widerspricht dem gesetzlichen Leitbild der wechselseitigen Anspruchsentstehung (oben 1.a)). Der Arbeitgeber beansprucht typischerweise bereits mit Beginn eines Pflichtenabschnitts die gesamte Arbeitsleistung. Andernfalls handelte es sich nicht um ein Arbeitsverhältnis i. S. d. § 611 a BGB, denn ohne vorgreifende Dienstverpflichtung ist der Dienstbringer nicht persönlich abhängig.⁵⁸ Soweit aber die Arbeitspflicht entsteht, entsteht auch die vertragliche Pflicht des Arbeitgebers diese Arbeit zu vergüten (genetisches Synallagma, oben 1.a)). Hiervon weicht das Gesetz auch nicht durch § 614 BGB ab, sondern regelt im Einklang mit der allgemeinen Konzeption des BGB nur die Fälligkeit als Einrede im Rahmen des funktionalen Synallagmas (§ 320 Abs. 1 BGB), wie aus der amtlichen Überschrift (»Fälligkeit der Vergütung«) und dem Wortlaut (»ist [...] zu entrichten«) hervorgeht.

Zudem darf der Arbeitgeber selbst durch ausdrückliche Vereinbarung nicht das Synallagma von Arbeitspflicht und Vergütungspflicht derart lösen, dass der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers pauschal auf die tatsächlich geleistete Arbeit bedingt ist. Arbeit auf Abruf ist nur unter Zusicherung einer Regelarbeitszeit (§ 12 Abs. 1 TzBfG) und nur in engen Grenzen zulässig (z. B. nur bis zu 25 % zusätzlich zur Mindestarbeitszeit, § 12 Abs. 2 Satz 1 TzBfG). Nichts anderes gilt, wenn in einem laufenden Zeitabschnitt Mehrarbeit (Überstunden) geleistet wird, weil auch sie – wenn sie vergütet werden soll – vereinbart sein muss und die Vereinbarung ebenso dahin auszulegen ist, dass mit dem Anspruch auf die Mehrarbeit auch der Anspruch auf eine etwaige Mehrarbeitsvergütung entsteht.

Hinweis: Für tarifvertragliche Vergütungsansprüche gilt nichts anderes, weil die aufgezeigten Entstehungsvoraussetzungen vor allem aus der Gegenseitigkeit der Forderungen resultieren, die für die Tarifvertragsunterworfenen erkennbar ist⁵⁹.

Beachte: Der Mindestlohnanspruch entsteht nicht im Austausch mit dem Arbeitsversprechen, sondern kraft Gesetzes für jede geleistete Arbeitsstunde.⁶⁰

58 BAG v. 31. 7. 2002 – 7 AZR 181/01 – DB 2003, 96; Forst, NZA 2014, 998, 999 f. – für Nullstundenverträge.

59 Zu diesem Aspekt der Tarifvertragsauslegung: Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 1675 ff.

60 BAG v. 20. 9. 2017 – 10 AZR 171/16 – NZA 2018, 53 Rn. 13.

b) Entstehung einzelner Vergütungsforderungen

Wann die Vergütungsforderung für einen bestimmten Zeitabschnitt entsteht, hängt davon ab, ab wann der Arbeitnehmer für diesen Abschnitt zur Arbeit verpflichtet ist.

aa) Entscheidend: Möglichkeit zur ordentlichen Kündigung

Die Arbeitspflicht besteht für das gesamte Arbeitsverhältnis, dessen Ende entweder vereinbart ist (§ 15 Abs. 1 und 2 TzBfG) oder durch Kündigung herbeigeführt wird (im befristeten Arbeitsverhältnis wegen § 15 Abs. 3 TzBfG, § 620 Abs. 2 BGB ausdrückliche Kündbarkeitsabrede erforderlich). Maßgeblich für die Bindungsdauer ist der früheste Beendigungszeitpunkt. Nur bis dahin sind die Parteien – bei interessengerechter Vertragsauslegung – bereit, sich ihre wechselseitigen Leistungen zu versprechen (oben 1. a)). Bei der Prüfung der Anspruchsentstehung ist deshalb zu unterscheiden, inwiefern die Parteien die ordentliche Kündigung des Arbeitsvertrages zugelassen haben.

Hinweis: Die Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung (§§ 626, 314 BGB) ist keine vereinbarte Kündigungsmöglichkeit. Sie folgt nicht aus dem Willen der Parteien, die Dauer des Leistungsaustauschs zu beschränken, sondern ermöglicht aus Billigkeitsgründen, unvorhergesehene (außerordentliche) Entwicklungen zu berücksichtigen. Aus der generell bestehenden Möglichkeit zur außerordentlichen Kündigung kann somit nicht auf einen begrenzten Verpflichtungswillen geschlossen werden.

bb) Entstehung im ordentlich kündbaren Arbeitsverhältnis

Kann das Arbeitsverhältnis ordentlich beendet werden, entstehen die wechselseitigen Hauptleistungspflichten der Parteien fortlaufend. Hierbei ist aber nicht das Erreichen eines neuen Leistungsabschnitts (i. d. R. des Monatsersten) entscheidend, sondern der nächstmögliche Kündigungstermin. Die Vergütungsforderung des Arbeitnehmers ist aufschiebend befristet auf den Beginn eines Pflichtenabschnitts (§ 163 Alt. 1 i. V. m. § 158 Abs. 1 BGB), der bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin für eine Vertragspartei reicht.

Hinweis: Das Bestehen des Arbeitsverhältnisses ist keine rechtsgeschäftliche Bedingung (§ 158 BGB) des Vergütungsanspruchs⁶¹, sondern gesetzliche Tatbestandsvoraussetzung. Endet der Arbeitsvertrag, entfällt nicht der An-

spruch aus dem Arbeitsvertrag, sondern der Arbeitsvertrag als Anspruchsgrundlage.

Muss kein Kündigungstermin beachtet werden, wird der Arbeitnehmer mit Ablauf jeden Tages ohne Kündigung für einen weiteren Zeitraum der Kündigungsfrist zur Arbeit verpflichtet und erwirbt gleichzeitig einen Vergütungsanspruch für diesen Zeitraum.

Beispiel: In der Probezeit gilt eine zweiwöchige Kündigungsfrist (§ 622 Abs. 3 BGB) ohne Bindung an einen Kündigungstermin⁶². Während der Probezeit verlängert sich die Arbeitspflicht jeden Tag um einen weiteren Tag, gleichzeitig erwirbt der Arbeitnehmer jeden Tag einen Vergütungsanspruch für den Tag in zwei Wochen.

Müssen Kündigungstermine eingehalten werden, entstehen die Vergütungsansprüche in Abhängigkeit von Kündigungsfrist und Kündigungstermin.

Beispiel: Wer mit einer Frist von einem Monat zum Ende des Kalendermonats gekündigt werden kann, erwirbt mit kündigungsfreiem Ablauf eines Monats (Zugang der Kündigungserklärung gem. § 130 BGB entscheidend) seinen Vergütungsanspruch für den übernächsten Monat. Fällig werden die Vergütungsansprüche aber erst zum jeweiligen Monatsende (§ 614 Satz 2 BGB).

Wenn für Arbeitnehmer und Arbeitgeber unterschiedliche Kündigungsfristen oder -termine gelten (§ 622 Abs. 2 BGB), wollen sich die Parteien wegen der Wechselseitigkeit (oben 1.a)) gegenseitig nur bis zum nächstmöglichen Kündigungstermin verpflichten, also für die jeweils kürzere Bindungsdauer.

cc) Entstehung im ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnis

Die ordentliche Kündbarkeit eines Arbeitsverhältnisses kann durch Vereinbarung einer auflösenden Bedingung oder einer Befristung (§ 620 Abs. 2 i. V. m. § 158 Abs. 2 BGB, § 15 Abs. 3 TzBfG) oder frei ausgeschlossen werden. Selbst im unbefristeten Arbeitsverhältnis ist dieser Ausschluss grds. nicht sittenwidrig (§ 138 BGB), weil dem Arbeitnehmer in jedem Fall die ordentliche Kündigung des Arbeitsverhältnisses nach fünf Jahren mit einer Frist von sechs Monaten erlaubt ist (§ 15 Abs. 4 TzBfG).⁶³ Durch einen Kündigungsausschluss verpflichten sich die Parteien deshalb für max. fünf Jahre und sechs Monate wechselseitig

⁶¹ A. A. Boemke/Jäger, RdA 2016, 141, 146.

⁶² Müller-Glöge, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 622 BGB Rn. 14.

⁶³ BAG v. 25. 3. 2004 – 2 AZR 153/03 – BB 2004, 2303, 2305.

tig und erwirbt der Arbeitnehmer entsprechende Vergütungsansprüche; bei kürzerer kalendermäßiger Befristung (§ 3 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 TzBfG) entsprechend kürzer.

Beispiel: A vereinbart am 1. Mai schriftlich mit Bauer B, bei monatlicher Vergütung von Juni bis August für B als Erntehelfer zu arbeiten. Wegen § 15 Abs. 3 TzBfG entstehen Vergütungsansprüche des A als Gegenleistung für sein drei Monate bindendes Versprechen bereits mit Vertragsschluss, werden aber erst nach den jeweiligen Arbeitsmonaten fällig (§ 614 Satz 2 BGB).

Bei einer Zweckbefristung (§ 3 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 TzBfG) oder auflösenden Bedingung (§ 21 TzBfG) gilt das Gleiche⁶⁴, nur endet das Arbeitsverhältnis frühestens zwei Wochen nach Zugang der schriftlichen Unterrichtung des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber über den Zeitpunkt der Zweckerreichung (§ 15 Abs. 2 TzBfG). Hier ist die Durchführung des Arbeitsverhältnisses für mind. zwei Wochen und max. fünf Jahre und sechs Monate zeitlich gesichert. Der genaue Sicherungszeitraum hängt davon ab, wann die Parteien mit der Zweckerreichung bzw. dem Bedingungseintritt rechnen (jedenfalls nicht vor Ablauf einer vereinbarten Mindestlaufzeit).

3. Fälligkeit des Vergütungsanspruchs

Bestehende Vergütungsansprüche des Arbeitnehmers werden grds. nach Maßgabe des § 614 BGB fällig. Weil Arbeitsverträge abschnittsweise Pflichten regeln, ist die Vergütung nach Zeitabschnitten fällig (§ 614 Satz 2 BGB). Die Regeln des § 614 BGB werden jedoch meist abbedungen.⁶⁵ Dabei müssen § 271 a, § 308 Nr. 1 a BGB (grds. max. 30 Tage Fälligkeitsaufschlag) und spezielle Fälligkeitsregeln (z. B. § 11 Abs. 2 BUrlG) beachtet werden.

Hinweis: Gerät der Arbeitgeber mit der Geldzahlung in Verzug, kann der Arbeitnehmer nach umstrittener Ansicht des BAG keine Verzugspauschale gem. § 288 Abs. 5 BGB verlangen. Zwar sei die auf Geld gerichtete Vergütungsforderung eine Entgeltforderung i. S. d. § 288 Abs. 5 Satz 1 BGB, jedoch verhindere § 12 a Abs. 1 Satz 1 ArbGG auch die materiell-rechtliche Kostenerstattung.⁶⁶

⁶⁴ § 14 Abs. 5 TzBfG gilt trotz der Verweislücke in § 21 TzBfG zum Schutz der Vertragsfreiheit des Arbeitnehmers auch für auflösend bedingte Arbeitsverträge, *Backhaus*, in: *Ascheid/Preis/Schmidt, Kündigungsrecht*, 5. Aufl. 2017, § 21 TzBfG Rn. 33.

⁶⁵ *Preis*, *ErfK*, 20. Aufl. 2020, § 614 BGB Rn. 2.

⁶⁶ BAG v. 25. 9. 2018 – 8 AZR 26/18 – NZA 2019, 121 Rn. 23 ff.; krit. *Ernst*, *MüKo-BGB*, 8. Aufl. 2019, § 288 Rn. 31.

IV. Untergang des Vergütungsanspruchs

Wenn der Arbeitgeber vollständig an den Arbeitnehmer zahlt, erlischt der Vergütungsanspruch gem. § 362 Abs. 1 BGB. Ansonsten kann der Vergütungsanspruch infolge Nichtarbeit untergehen, sofern keine anspruchserhaltende Norm greift.

1. Untergang und Aufrechterhaltung des Vergütungsanspruchs bei unmöglicher Hauptleistung

Weil die Arbeitsleistungsschuld i. d. R. eine absolute Fixschuld ist, führt Untätigkeit während der Arbeitszeit sofort zur Unmöglichkeit i. S. d. § 275 Abs. 1 BGB.⁶⁷ Wird der Arbeitnehmer auf diese Weise von seiner Leistungspflicht frei, entfällt grds. sein Anspruch auf die Gegenleistung (ohne Arbeit, kein Lohn, § 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB). In vielen Fällen bleibt der Anspruch dem Arbeitnehmer indes durch Sondervorschriften erhalten.⁶⁸

a) Vergütung bei Annahmeverzug des Arbeitgebers

Hauptfall, in dem ein Arbeitnehmer Vergütung ohne Arbeit verlangen kann, ist der Annahmeverzug des Arbeitgebers (§ 615 Satz 1 i. V. m. §§ 293 ff. BGB).

aa) Anwendbarkeit

Zwar kann der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung eigentlich nicht in Verzug geraten, wenn die Arbeitsleistung bereits durch Untätigkeit im Leistungszeitpunkt unmöglich wird.⁶⁹ Wegen der arbeitnehmernützigen Rechtsfolgen des Annahmeverzugs (Vergütung ohne Nacharbeitspflicht, § 615 Satz 1, 2 BGB) soll aber der Annahmeverzug des Arbeitgebers nicht pauschal ausgeschlossen sein. Deshalb greift § 615 BGB bereits dann, wenn sich der Arbeitgeber bei Eintritt der Unmöglichkeit im Annahmeverzug befindet. Ist der Arbeitgeber bei Eintritt der Unmöglichkeit nicht im Annahmeverzug (z. B. weil der Arbeitnehmer leistungsunfähig ist, § 297 BGB), kann der Vergütungsanspruch nur nach § 326 Abs. 2

⁶⁷ Bei flexibler Arbeitszeit/Teilzeit ist auch relative Fixschuld möglich, *Spinner*, *MüKo-BGB* 8. Aufl. 2020, § 611 a Rn. 956.

⁶⁸ Ausführlich *Fischinger/Straub*, *JuS* 2016, 208 ff.

⁶⁹ *Preis*, *ErfK* 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 4.

Satz 1 Alt. 1 BGB aufrechterhalten werden (insbes. wenn der Arbeitgeber die Leistungsunfähigkeit des Arbeitnehmers zu verantworten hat).⁷⁰

Hinweis: § 615 BGB kann abbedungen werden (§ 619 BGB e contrario).

bb) Verzug des Arbeitgebers

Ein Anspruch auf Annahmeverzugsentgelt setzt den Annahmeverzug des Arbeitgebers gem. §§ 293 ff. BGB voraus. Hierfür muss der Arbeitnehmer zur Arbeit verpflichtet und fähig (§ 297 BGB) sein und der Arbeitgeber die Leistung dennoch nicht annehmen.

Inwiefern der Arbeitnehmer seine Leistung anbieten muss, hängt nach der Rspr. vom Zustand des Arbeitsverhältnisses ab. Im unstreitig und ungekündigt bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung grds. tatsächlich anbieten (§§ 293, 294 BGB) und zwar am rechten Ort, zur rechten Zeit und in der rechten Art und Weise, also vertragsgemäß und entsprechend der Arbeitgeberweisungen.⁷¹ Das tatsächliche Angebot ist ein Realakt⁷² und setzt das Erscheinen am Arbeitsplatz voraus. Ein wörtliches Angebot genügt, wenn der Arbeitgeber die Leistung ernsthaft abgelehnt hat (§ 295 Satz 1 Alt. 1 BGB) oder seine Mitwirkungshandlung unterlässt (§ 295 Satz 1 Alt. 2 BGB). Das wörtliche Angebot ist eine geschäftsähnliche Handlung, für die die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend gelten.⁷³

Hinweis: Durch das Angebot stellt der Schuldner seine Leistungsbereitschaft klar und wird der Zeitpunkt des Annahmeverzugs bestimmt.⁷⁴ Der Arbeitnehmer muss seine Leistung nicht laufend anbieten, aber nach zwischenzeitlicher Erkrankung und Wiederherstellung seiner Leistungsbereitschaft⁷⁵.

Ist die Beendigung (vor allem Kündigung) des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber streitig, ist ein Angebot des Arbeitnehmers nach Ansicht des BAG regelmäßig gem. § 296 Satz 1 BGB entbehrlich.⁷⁶ Der Arbeitgeber müsse dem Arbeitnehmer Arbeit zuweisen, um die geschuldete Arbeitsleistung gem. § 106 Satz 1 GewO zu konkretisie-

ren, und so i.S.d. § 296 Satz 1 BGB mitwirken – was er nach einer Beendigung seinerseits üblicherweise unterlässt. Allerdings ist die Konkretisierung gem. § 106 Satz 1 GewO die Annahme der Arbeitsleistung und keine Mitwirkung i.S.d. § 296 BGB. Außerdem bleibt offen, warum das Angebot des Arbeitnehmers nur im beendeten Arbeitsverhältnis gem. § 296 BGB entbehrlich sein soll. Der Arbeitnehmer muss seine Leistung also jedenfalls mündlich anbieten (z.B. konkludent durch Erhebung einer Kündigungsschutzklage), weil der Arbeitgeber durch die einseitige Beendigung die Leistung ablehnt i.S.d. § 295 Satz 1 Alt. 1 BGB.⁷⁷

cc) Rechtsfolgen

Sobald der Arbeitgeber mit der Annahme der Arbeitsleistung in Verzug ist, kann der Arbeitnehmer seine vertraglich geschuldete Vergütung beanspruchen, ohne Arbeiten zu müssen. Die Vergütungshöhe richtet sich nach dem Lohnausfallprinzip, d.h. der Arbeitnehmer wird so gestellt, wie wenn er gearbeitet hätte. Das erfasst auch erfolgsbezogene Vergütungsbestandteile, die ggf. durch den Richter zu schätzen sind (§ 287 ZPO).⁷⁸ Weil § 615 BGB aber abdingbar ist (nicht im Leiharbeitsverhältnis, § 11 Abs. 4 Satz 1 AÜG), können die Parteien (im Rahmen der §§ 305 ff. BGB) abweichende Rechtsfolgen vereinbaren, die aber den beiderseitigen Interessen Rechnung tragen müssen (keine vollständige Abwälzung des Verwendungs-/Wirtschaftsrisikos auf den Arbeitnehmer⁷⁹, aber Annahmeverzugsentgelt unter Mindestlohniveau grds. möglich⁸⁰).

Auf die Vergütung ist gem. § 615 Satz 2 BGB (nach gewonnenem Kündigungsschutzprozess: § 11 KSchG) allerdings dasjenige anzurechnen, was der Arbeitnehmer infolge des Unterbleibens seiner Dienste erspart (z.B. Fahrtkosten) oder durch anderweitige Verwendung seiner Dienste erwirbt (z.B. Einkünfte aus Ersatztätigkeiten) oder zu erwerben böswillig unterlässt (z.B. mögliche Einkünfte aus einer vom Arbeitgeber angebotenen Prozessbeschäftigung).⁸¹ Der Arbeitgeber hat einen Auskunftsanspruch gegen den Arbeitnehmer aus § 242 BGB über anderweitige

70 BAG v. 23. 9. 2015 – 5 AZR 146/14 – NZA 2016, 293 Rn. 26.

71 BAG v. 28. 6. 2017 – 5 AZR 263/16 – NZA 2017, 1528 Rn. 21.

72 BAG v. 28. 6. 2017 – 5 AZR 263/16 – NZA 2017, 1528 Rn. 26.

73 Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 24.

74 BAG v. 9. 8. 1984 – 2 AZR 374/83 – NZA 1985, 119, 121; Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 16.

75 Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 25 und 51 ff.

76 BAG v. 18. 9. 2019 – 5 AZR 240/18 – NZA 2020, 174 Rn. 19.

77 Boemke, RdA 2017, 192, 198 f.; Feldmann, Staudinger, 2019, § 296 BGB Rn. 4 ff.

78 Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 76 ff.

79 BAG v. 7. 12. 2005 – 5 AZR 535/04 – NZA 2006, 423 Rn. 42 ff.: max. 25 % mehr und 20 % weniger Arbeitszeit nach Weisung des Arbeitgebers.

80 Müller-Glöge, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 1 MiLoG Rn. 28.

81 Junker, Grundkurs Arbeitsrecht, 19. Aufl. 2020, Rn. 274.

Erwerbsmöglichkeiten, die die Arbeitsagentur angeboten hat.⁸²

b) Sonstige Entgeltfortzahlung

Von den weiteren Normen, die den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers erhalten, seien im Folgenden § 616 BGB, § 3 EFZG und § 11 BUrlG herausgegriffen:

aa) Vergütung bei kurzzeitiger persönlicher Verhinderung

Der Arbeitnehmer verliert seinen Vergütungsanspruch nicht, wenn er aus persönlichen Gründen »für eine verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit« gehindert ist zu arbeiten (§ 616 BGB). Ein Hindernis, das auch andere Arbeitnehmer trifft, ist kein persönlicher Grund.⁸³ Auch darf der Arbeitnehmer seine Unfähigkeit nicht selbst verschuldet haben. Den vergütungspflichtigen Verhinderungszeitraum bestimmt die Rspr. anhand des Verhältnisses von Verhinderungsdauer und Dauer des Arbeitsverhältnisses.⁸⁴ Vorzugswürdig ist eine einzelfallbezogene Betrachtung, die sich am konkreten Arbeitnehmer und Verhinderungsereignis orientiert.⁸⁵ Nach h. M. soll der Vergütungsanspruch bei Überschreitung der unerheblichen Zeit im Ganzen, nicht nur für die Überschreitungzeit entfallen.⁸⁶ Meist wird § 616 BGB vollständig abbedungen.⁸⁷

Hinweis: Soweit spezielle Vorgaben wie das EFZG gelten, ist § 616 BGB verdrängt.⁸⁸

bb) Vergütung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit

Besteht das Arbeitsverhältnis länger als vier Wochen, kann der Arbeitnehmer gem. § 3 Abs. 1, 3 EFZG für bis zu sechs Wochen Fortzahlung seiner Vergütung verlangen, wenn er unverschuldet arbeitsunfähig erkrankt.⁸⁹ Die Krankheit

muss alleinige Ursache der Arbeitsverhinderung sein (Monokausalität).⁹⁰ Die Arbeitsunfähigkeit hat der Arbeitnehmer selbst verschuldet, wenn er in erheblichem Maß gegen das Eigeninteresse eines verständigen Menschen verstößt. Dieses Verschulden gegen sich selbst kann nicht mit § 276 Abs. 1 BGB gleichgesetzt werden, sondern erfordert besonderen Leichtsinns oder Vorsatz.⁹¹

Erkrankt der Arbeitnehmer mehrfach arbeitsunfähig und hat er zwischen den Erkrankungen wenigstens einen Tag gearbeitet, kann er für jede Erkrankungszeit bis zu sechs Wochen Fortzahlung seines Entgelts verlangen (§ 3 Abs. 1 EFZG). Bei mehrfacher Arbeitsunfähigkeit wegen der gleichen Erkrankung, sind aber die Fristen gem. § 3 Abs. 1 Satz 2 EFZG zu beachten. Kann der Arbeitnehmer zwischen zwei Erkrankungen nicht arbeiten, bilden auch unterschiedliche Krankheiten einen »einheitlichen Verhinderungsfall« und führen nur einmal zur Lohnfortzahlung für sechs Wochen, es sei denn der Arbeitnehmer kann belegen, dass die neue Arbeitsunfähigkeit erst eingetreten ist, nachdem die vorhergehende beendet war.⁹²

cc) Vergütung während Urlaubs

Während des Erholungsurlaubs behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch, ohne dass er arbeiten muss (§ 1 BUrlG), geschweige denn darf (§ 8 BUrlG) – so die Ansicht des BAG, wonach der Urlaubsanspruch nur auf Freistellung gerichtet und das Urlaubsentgelt die während des Urlaubs fortzuzahlende Arbeitsvergütung sei.⁹³ Indes muss der Arbeitgeber die urlaubsbedingt ausfallende Arbeitszeit im Voraus (§ 11 Abs. 2 BUrlG) und abhängig vom vergangenen (nicht vom ausgefallenen) Verdienst vergüten (§ 11 Abs. 1 BUrlG).

Der EuGH geht davon aus, dass der durch Art. 7 ArbeitszeitRL 2003/88/EG determinierte Urlaubsanspruch ein einheitlicher Anspruch auf Freistellung und Vergütung (Fortzahlung des »gewöhnlichen« Arbeitsentgelts) ist.⁹⁴

Hinweis: Vom Urlaubsentgelt zu unterscheiden ist das Urlaubsgeld, das bisweilen anlässlich des Urlaubs zusätzlich gezahlt wird.

⁸² BAG v. 27.5.2020 – 5 AZR 387/19 – NZA 2020, 1113 Rn. 30ff.

⁸³ Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 3.

⁸⁴ BAG v. 18. 12. 1959 – GS 8/58 – NJW 1960, 738, 741; BGH v. 30. 11. 1978 – III ZR 43/77 – NJW 1979, 422, 425.

⁸⁵ Henssler, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 616 Rn. 68; Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 10 a.

⁸⁶ BAG v. 18. 12. 1959 – GS 8/58 – NJW 1960, 738, 741; Henssler, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 616 Rn. 69; krit. Greiner, NZA 2007, 490.

⁸⁷ Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 13.

⁸⁸ Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 616 BGB Rn. 7.

⁸⁹ Ausführlich zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall Fornasier/Wilkens, JURA 2020, 549.

⁹⁰ Reinhard, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 3 EFZG Rn. 14 ff.

⁹¹ BAG v. 26. 10. 2016 – 5 AZR 167/16 – NZA 2017, 240 Rn. 36 – zur Arbeitsunfähigkeit infolge künstlicher Befruchtung, Rn. 41 ff.

⁹² BAG v. 11. 12. 2019 – 5 AZR 505/18 – NZA 2020, 446 Rn. 16.

⁹³ BAG v. 22. 2. 2000 – 9 AZR 107/99 – NZA 2001, 268, 269; offengelassen von BAG v. 10. 2. 2015 – NZA 2015, 998 Rn. 22.

⁹⁴ EuGH v. 13. 12. 2018 – C-385/17 (Hein) – NZA 2019, 47 Rn. 24, 32 m. w. N.

2. Untergang durch Zeitablauf

Die Rechte und Pflichten in einem Arbeitsverhältnis können schnell unübersichtlich und teuer werden. Um das zu vermeiden, gelten für Arbeitsverhältnisse oftmals Ausschlussfristen (Verfallfristen).

a) Verhältnis von Ausschlussfristen und Verjährung

Ausschlussfristen sind keine Verjährungsfristen, denn Ausschlussfristen können Rechte jeder Art erfassen (auch Gestaltungsrechte), verjähren können hingegen nur Ansprüche (beachte aber § 218 BGB). Zudem gehen die von einer Ausschlussfrist erfassten Rechte mit Fristablauf unter (zur dogmatischen Einordnung im Anschluss). Ausschlussfristen sind mithin als Einwendungen von Amts wegen zu beachten⁹⁵ und in der Klausur unter »Anspruch erloschen« zu prüfen. Verjährte Ansprüche bleiben hingegen bestehen. Der Schuldner kann nur einredeweise ihre Erfüllung verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB). Damit bleibt eine verjährte Forderung Rechtsgrund zum Behaltendürfen, soweit der Schuldner noch leistet (§ 214 Abs. 2 Satz 1 BGB). Leistet der Schuldner auf eine ausgeschlossene Forderung, kann er seine rechtsgrundlose Leistung zurückfordern.⁹⁶ Außerdem kann mit einer untergegangenen Forderung nicht aufgerechnet werden, selbst wenn sie einmal gleichzeitig mit der Hauptforderung bestanden hat (anders bei Aufrechnung mit verjährten Forderungen, § 215 BGB).⁹⁷ Trotzdem ähneln sich Ausschluss- und Verjährungsfristen, sodass verjährungsrechtliche Vorschriften analog angewandt werden können, wenn eine ähnliche Interessenlage besteht.⁹⁸

b) Vereinbarung einer Ausschlussfrist

Üblicherweise werden in Arbeits- und Tarifverträgen zwei-stufige Ausschlussfristen vereinbart: Zuerst muss der Gläubiger seine Ansprüche innerhalb einer Frist geltend machen. Leistet der Schuldner daraufhin nicht, muss der Gläubiger seine Ansprüche innerhalb einer zweiten Frist gerichtlich geltend machen. Welche Rechte von einer Ausschlussfrist erfasst werden, ergibt sich aus der Auslegung der Klausel. Tarifvertragliche Ansprüche dürfen allerdings nur tarifvertraglich (§ 4 Abs. 4 Satz 3 TVG) und Mindest-

lohnansprüche gar nicht ausgeschlossen werden (§ 3 Satz 1, 2 Hs. 2 MiLoG). In AGB müssen Mindestlohnansprüche deshalb für den Arbeitnehmer transparent (§ 307 Abs. 1 Satz 2 BGB) von Ausschlussfristen ausgenommen sein.⁹⁹ Im Übrigen können nach Ansicht des BAG unverzichtbare Rechte (z. B. Urlaubsabgeltungsansprüche¹⁰⁰) von Ausschlussfristen erfasst werden, weil sie den Arbeitnehmern keine Rechte nähmen, sondern nur ihre Geltendmachung beschränkten.¹⁰¹ § 3 Satz 1 MiLoG erfasst allerdings ausdrücklich auch Vereinbarungen, die die Geltendmachung des Mindestlohnanspruchs beschränken.

Ausschlussfristen unterliegen außerdem den Grenzen des § 202 Abs. 1 BGB, weil sie faktisch die Verjährungsfristen verkürzen¹⁰², und sie dürfen erst mit Fälligkeit eines Anspruchs zu laufen beginnen, weil zu verfolgende Ansprüche nach der Wertung des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erkennbar und durchsetzbar sein müssen. Beginnt eine in AGB vereinbarte Ausschlussfrist bereits mit schuldrechtlicher Entstehung eines Anspruchs oder mit der ebenfalls nicht immer ohne weiteres erkennbaren Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu laufen, benachteiligt das den Arbeitnehmer unangemessen i. S. d. § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB.¹⁰³ Gleiches gilt, wenn nur Ansprüche des Arbeitnehmers erfasst werden. Bei mehrstufigen Ausschlussfristen in AGB muss zudem auf jeder Stufe mind. eine Frist von drei Monaten gewährt werden¹⁰⁴ und die erste Stufe darf nur an die Textform gebunden werden (§ 309 Nr. 13 lit. b BGB). Die Pflicht zur gerichtlichen Geltendmachung soll schon keine Formvorschrift i. S. d. § 309 Nr. 13 lit. b BGB, jedenfalls aber als Besonderheit im Arbeitsrecht (§ 310 Abs. 4 Satz 2 Hs. 1 BGB) zulässig sein.¹⁰⁵

c) Wahrung der Ausschlussfristen

Um die Ausschlussfrist zu wahren, muss der Vergütungsanspruch frist- und formgerecht geltend gemacht werden. Wenn nichts Abweichendes vereinbart ist, wahrt die Erhebung einer Kündigungsschutz- oder Befristungskontrollklage für Vergütungsansprüche beide Stufen einer Ausschlussfrist. Durch diese Klagen will der Arbeitnehmer typischerweise auch seine Vergütungsansprüche erhalten

⁹⁵ Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 218 BGB Rn. 33.

⁹⁶ Löwisch/Rieble, TVG, 4. Aufl. 2017, § 1 Rn. 2080.

⁹⁷ Peters/Jacoby, Staudinger, 2019, § 215 BGB Rn. 15 m. w. N.

⁹⁸ Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 218 BGB Rn. 32.

⁹⁹ BAG v. 18. 9. 2018 – 9 AZR 162/18 – NZA 2018, 1619 Rn. 51.

¹⁰⁰ BAG v. 9. 8. 2011 – 9 AZR 365/10 – NZA 2011, 1421 Rn. 24.

¹⁰¹ BAG v. 13. 3. 2013 – 5 AZR 954/11 – NZA 2013, 680 Rn. 36; krit. Preis, ErfK, 20. Aufl. 2020, § 218 BGB Rn. 41.

¹⁰² BAG v. 20. 6. 2018 – 5 AZR 262/17 – NZA 2018, 1402 Rn. 21.

¹⁰³ BAG v. 28. 8. 2019 – 5 AZR 425/18 – NZA 2019, 1645 Rn. 38, 41.

¹⁰⁴ BAG v. 16. 10. 2019 – 4 AZR 66/18 – NZA 2020, 260 Rn. 54.

¹⁰⁵ Krause, Staudinger, 2019, Anh zu §§ 305–310 BGB Rn. K 224.

und macht das gegenüber dem Arbeitgeber hinreichend deutlich. Deshalb gelten Bestandsschutzklagen als gerichtliche Geltendmachung von Vergütungsansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis.¹⁰⁶ Gleichermaßen zielt im unstreitig bestehenden Arbeitsverhältnis eine Klage auf vertragsgemäße Beschäftigung auf die aus der Beschäftigung folgenden Ansprüche, sodass auch durch eine solche Klage Vergütungsansprüche gerichtlich geltend gemacht werden.¹⁰⁷

Hinweis: Wird über Ansprüche verhandelt, die Ausschlussfristen unterliegen, kann der Fristlauf der zweiten Stufe (gerichtliche Geltendmachung) analog § 203 Satz 1 BGB gehemmt sein¹⁰⁸, nicht aber der Fristlauf der ersten Stufe¹⁰⁹.

V. Durchsetzbarkeit des Vergütungsanspruchs

Der Vergütungsanspruch ist durchsetzbar, wenn der Arbeitgeber keine Einreden erhoben hat.

1. Zurückbehaltungsrechte

Der Arbeitgeber kann die Vergütung nach §§ 320, 273 BGB zurückhalten (etwa bei Arbeitsverweigerung, sofern nicht schon Unmöglichkeit eintritt, oben IV.1.). Außerdem darf der Arbeitgeber gem. § 7 EFZG die Vergütung verweigern, *solange* der Arbeitnehmer seine Anzeige- und Nachweispflichten verletzt (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 EFZG) oder *wenn* er entgegen § 6 EFZG verhindert, dass sein Schadensersatzanspruch gegen einen Dritten auf den Arbeitgeber übergeht (§ 7 Abs. 1 Nr. 2 EFZG).

2. Verjährung

Der Vergütungsanspruch verjährt, sofern er nicht vorher untergeht, in der dreijährigen Regelverjährung (§ 195 BGB), die mit Ende des Jahres zu laufen beginnt, in dem

der Anspruch entsteht (§ 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Verjährungsrechtlich entsteht der Anspruch aber erst, wenn er erstmals geltend gemacht werden kann, also regelmäßig auch fällig ist.¹¹⁰

VI. Zusammenfassung

Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers folgt i. d. R. aus dem Arbeitsvertrag i. V. m. § 611 a Abs. 2 BGB. Fehlt eine Vergütungsvereinbarung, verhindert § 612 BGB einen Dissens, indem er eine Einigung über die übliche Vergütung fingiert, wenn die Arbeit den Umständen nach nur gegen Vergütung zu erwarten ist. Normativ geltende Vergütungsregeln (z. B. aus Tarifvertrag oder § 1 MiLoG) treten neben den vertraglichen Anspruch.

Wann der vertragliche Vergütungsanspruch entsteht, ergibt die Vertragsauslegung. Typischerweise wollen Vertragsparteien, dass gegenseitige Forderungen gleichzeitig und wechselbezüglich entstehen (die eine nicht ohne die andere). Weil der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung im Voraus bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses verspricht, entsteht insoweit auch seine Vergütungsforderung und nicht erst mit Erbringung der Arbeitsleistung. Doch ist zwischen ordentlich kündbaren und unkündbaren Arbeitsverhältnissen zu unterscheiden:

- Das Ende des ordentlich kündbaren Arbeitsverhältnisses ist ungewiss, weshalb Arbeitnehmer und Arbeitgeber ihre Leistungen nur abschnittsweise jeweils bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin (egal für welche Seite) versprechen (aufschiebend befristet i. S. d. § 163 Alt. 1 i. V. m. § 158 Abs. 1 BGB).
- Im ordentlich unkündbaren Arbeitsverhältnis versprechen die Parteien ihre wechselbezüglichen Leistungen für max. fünf Jahre und sechs Monate (wegen § 15 Abs. 4 TzBfG), bei kürzerer kalendermäßiger Befristung entsprechend kürzer. In diesem Fall entstehen die Vergütungsansprüche bereits im Voraus für den gesamten Zeitraum. Bei einer Zweckbefristung oder auflösenden Bedingung gilt das Gleiche und reichen die wechselbezüglichen Pflichten so weit in die Zukunft, wie die Parteien den Bestand des Arbeitsverhältnisses für sicher erachten, mind. zwei Wochen (wegen § 15 Abs. 2 TzBfG).

Fällig wird der Vergütungsanspruch i. d. R. abschnittsweise nach der Arbeitsleistung (§ 614 Satz 2 BGB).

¹⁰⁶ BAG v. 19. 5. 2010 – 5 AZR 253/09 – NZA 2010, 939 Rn. 31 – für arbeitsvertragliche Ausschlussfrist; v. 24. 9. 2014 – 5 AZR 593/12 – NZA 2015, 35 Rn. 28 – für tarifvertragliche Ausschlussfrist.

¹⁰⁷ BAG v. 18. 9. 2019 – 5 AZR 240/18 – NZA 2020, 174 Rn. 43 – für Leistungsklage auf vertragsgemäße Beschäftigung bei unwirksamer Versetzung.

¹⁰⁸ BAG v. 20. 6. 2018 – 5 AZR 262/17 – NZA 2018, 1402 Rn. 22f.

¹⁰⁹ BAG v. 17. 4. 2019 – 5 AZR 331/18 – NZA 2019, 1050 Rn. 33.

¹¹⁰ Grothe, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2018, § 199 Rn. 4.

Der Vergütungsanspruch entsteht zwar unabhängig von der Arbeitsleistung, doch geht er bei Untätigkeit infolge des regelmäßig absoluten Fixschuldcharakters der Arbeitspflicht grds. unter (§ 275 Abs. 1 i. V. m. § 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BGB). Allerdings erhalten etliche Vorschriften den Vergütungsanspruch aufrecht, wenn der Arbeitnehmer nicht arbeiten kann. Vergütungsforderungen können

durch arbeits- oder tarifvertragliche Ausschlussfristen untergehen. Das ist eine Besonderheit des Arbeitsrechts und streng von Verjährungsfristen zu unterscheiden. Die Verjährungseinrede kann der Arbeitgeber einem Vergütungsverlangen ebenso entgegenhalten wie Zurückbehaltungsrechte.