

Die Arbeitsschuld ist keine absolute Fixschuld!

Zum Rechtsrahmen der Nacharbeitspflicht

von PD Dr. *Clemens Latzel*, München*

Inhaltsübersicht

I. Die These von der absolut fix geschuldeten Arbeit	882
1. Die herrschende Meinung und ihre Argumente	882
2. Anerkannte Ausnahmen	884
II. Nachholbarkeit der Arbeit	885
1. Drei Grade der Zeitabhängigkeit von Schulden	886
2. Tatsächliche Nachholbarkeit der Arbeit	887
3. Rechtliche Nachholbarkeit der Arbeit	888
a) Kein Verbrauch der Arbeitsschuld durch Nichtarbeit	888
b) Keine gesetzliche Anordnung der absoluten Fixschuld	890
c) Grenzen des Arbeitszeitrechts	892
4. Vertragliche Regelung der Zeitabhängigkeit der Arbeitsschuld	893
a) Konkludente Regelung der Zeitabhängigkeit der Arbeitsschuld ..	893
aa) Arbeitgeberinteressen an Nacharbeit	894
bb) Arbeitnehmerinteressen an Nacharbeit	896
cc) Vereinbarter Arbeitszeitumfang	898
dd) Flexible Arbeitszeit und Arbeitszeitkonto	898
b) Ausdrückliche Regelung der Zeitabhängigkeit der Arbeitsschuld	900
aa) Absolute-Fixschuld-Abreden	900
bb) Deklaratorische Nacharbeitsklauseln	900
cc) Konstitutive Nacharbeitsklauseln	901
5. Zwischenergebnis	903
III. Rechtsrahmen der Nacharbeitspflicht	904
1. Rechtsgrundlage der Nacharbeitspflicht	904
a) Nacharbeitspflicht als Teil der vertraglichen Hauptleistungspflicht	904
b) Nacharbeit aufgrund Ergänzungsvereinbarung	905
c) Nacharbeit kein Schadensersatz	905
2. Entstehung und Entfall der Nacharbeitspflicht	905
a) Arbeitsausfall wegen Annahmeverzugs	906
b) Arbeitsausfall wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit	906
c) Arbeitsausfall wegen Krankheit	907
d) Arbeitsausfall in anderen Fällen mit Entgeltfortzahlung	908
e) Arbeitsausfall ohne Entgeltfortzahlung	910

* Der Autor ist Privatdozent für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht, Europarecht und Wirtschaftsrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

aa) Arbeitsausfall mit Lohnersatzleistung	910
bb) Arbeitsausfall infolge Leistungsverweigerung oder Zurückbehaltung	910
cc) Arbeitsausfall ohne Entschuldigung	911
3. Nacharbeitsrecht des Arbeitnehmers	911
4. Anordnung von Nacharbeit und Verzicht durch Teilrücktritt	912
a) Anordnung von Nacharbeit	912
b) Verzicht auf Nacharbeit durch Teilrücktritt	913
c) Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers	915
5. Nacharbeitszeitraum	916
6. Erlöschen der Nacharbeitspflicht	917
a) Erfüllung der Nacharbeitspflicht	917
b) Ende des Arbeitsverhältnisses	918
IV. Vergütung für Nacharbeit	918
1. Vergütung für Nacharbeit ohne Vorauszahlung	919
2. Vergütung für Nacharbeit bei Vorauszahlung	919
3. Höhe der Nacharbeitsvergütung	920
V. Zusammenfassung	920

Die vom Arbeitnehmer geschuldete Hauptleistung (Arbeitsschuld) ist in aller Regel keine absolute Fixschuld. Durch Flexibilisierung der Arbeitszeiten (Vertrauensarbeitszeit, Arbeitszeitkonten und Gleitzeit¹, insbesondere im Homeoffice) wird nur deutlich, was bei genauer Betrachtung ohnehin der Regelfall ist: Ausgefallene Arbeit kann nachgeholt werden – selbst bei streng zeitgebundenen Tätigkeiten (Schichtarbeit). Das Arbeitsschuldrecht ist endlich an diesem Normalfall auszurichten und die Nacharbeitspflicht zu konturieren. Aus Vereinfachungsgründen werden hierbei Fragen der Schlechtarbeit ausgeblendet².

I. Die These von der absolut fix geschuldeten Arbeit

1. Die herrschende Meinung und ihre Argumente

Den Satz kennen alle: Die Arbeitsschuld ist eine absolute Fixschuld. Das heißt: Wenn der Arbeitnehmer nicht zur vereinbarten oder angewiesenen Zeit arbeitet³, wird die Erfüllung seiner Arbeitspflicht mit Ablauf dieser Zeit un-

¹ Hierdurch sah bereits *von Stebut*, RdA 1985, 66, die absolute Fixschuldthese infrage gestellt; ebenso *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 822: Übergang zur „zeitlichen Vorratsschuld“.

² Zur Abgrenzung von Nicht- und Schlechtarbeit nur *Reichold*, MüHdbArbR, 5. Aufl. 2021, § 43 Rn. 28 ff.

³ Der Arbeitnehmer muss grds. tatsächlich arbeiten, nicht nur seine Leistung dem Arbeitgeber anbieten, *Preis*, Erfurter Kommentar, 21. Aufl. 2021, § 611a BGB Rn. 642;

möglich und erlischt insoweit die Arbeitspflicht gem. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB. Davon gehen ständige Rechtsprechung⁴ und herrschende Lehre⁵ seit jeher⁶ aus und darauf gründet das Arbeitsschuldrecht bis heute. Arbeitsrechtler ersparen sich mit der These von der absoluten Fixschuld mühsame Fragen, etwa nach dem Verzug der Arbeitsleistung sowie Entstehung und Entfall der Nacharbeitspflicht⁷.

Die Einordnung der Arbeitsschuld als absolute Fixschuld wird mit verschiedenen Argumenten begründet, auf die in diesem Beitrag eingegangen wird:

(1) Die spätere (nachgeholte) Arbeit sei „nicht die gleiche“ wie die früher geschuldete Arbeit, sondern eine „andere“⁸, weil durch arbeitgeberseitige Festlegung von Beginn und Ende der Arbeitszeit der Schuldinhalt bestimmt⁹ und deshalb eine „vertragsgerechte Nachholung“ der Arbeit nicht möglich

a.A. noch *Nikisch*, Arbeitsrecht, 2. Aufl. 1955, § 29 I. 2. (S. 280), § 43 I. 1. (S. 501 f.); *von Stebut*, RdA 1985, 66, 69 f.; *Windscheid*, HeidelbergZ 2 (1855), 106, 138 f.; dagegen *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 849 f.

⁴ BGH v. 7.12.1987 – II ZR 206/87 – DB 1988, 387 f.; BAG v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87 – NZA 1989, 261, 262: „zeitliche Fixierung der Arbeitspflicht [...] kennzeichnend für Arbeitnehmer“; BAG v. 25.3.1992 – 5 AZR 300/91 – juris Rn. 22; BAG v. 15.9.2011 – 8 AZR 846/09 – NZA 2012, 377 Rn. 37; BAG v. 19.8.2015 – 5 AZR 975/13 – NZA 2015, 1460 Rn. 24 f.; BAG v. 23.9.2015 – 5 AZR 146/14 – NZA 2016, 293 Rn. 25 f.; BAG v. 27.1.2016 – 5 AZR 9/15 – NZA 2016, 691 Rn. 23 f.

⁵ *Beuthien*, ZfA 1972, 73, 74; *Fabricius*, Leistungsstörungen im Arbeitsverhältnis, 1970, S. 98; *Feldmann*, Staudinger, 2019, Vor §§ 286 ff. BGB Rn. 19; *Joussen*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 611a BGB Rn. 407; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, 20. Aufl. 2021, Rn. 214; *Kamanabrou*, AR, 9. Aufl. 2019, § 611a BGB Rn. 398; *Klappstein*, NK-BGB, 4. Aufl. 2021, § 615 Rn. 2; *Maties*, BeckOGK, 4/2021, § 611a BGB Rn. 1654; *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, 1994, S. 340; *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 675; *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2020, § 611a BGB Rn. 1320 f.; *Riesenhuber*, Erman, 16. Aufl. 2020, § 615 BGB Rn. 1; *Söllner*, AcP 167 (1967), 132, 138 f.; *Spinner*, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 611a Rn. 10; *Thüsing*, HWK, 9. Aufl. 2020, § 611a BGB Rn. 545; *Weidenkaff*, Palandt, 80. Aufl. 2021, § 611 BGB Rn. 24, 27, 34; auch noch *Latzel/Grzeski*, JURA 2020, 1200, 1208.

⁶ *Nikisch*, Grundformen des Arbeitsvertrags, 1926, S. 179; *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Aufl. 1927, Bd. I, S. 147, 152, 7. Aufl. 1963, Bd. I, S. 220, 223 Fn. 1, 226; *von Stebut*, RdA 1985, 66, erkannte einen der „fast widerspruchlos akzeptierten Grundsätze des Individualarbeitsrechts“; zur Genese: *Hellfeier*, Die Leistungszeit im Arbeitsverhältnis, 2002, S. 5 ff.; *Rückert*, ZfA 1983, 1, 8 mit Fn. 28.

⁷ Dazu *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 8 ff., 20; unten III.

⁸ *Beuthien*, Zweckerreichung und Zweckstörung im Schuldverhältnis, 1969, S. 247 f.; *Krause*, ZfA 2018, 126, 130; *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 822; *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2019, § 615 BGB Rn. 1; *Riesenhuber*, Erman (Fn. 5), § 615 BGB Rn. 1; *Söllner*, AcP 167 (1967), 132, 139.

⁹ Die Arbeitsschuld wird nach h.M. rein zeitlich bestimmt: *Joussen*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 611a BGB Rn. 375; *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 611a BGB

sei¹⁰. Es komme ja auf das angewiesene Tätigwerden, nicht auf den (womöglich noch erreichbaren) Arbeitserfolg an¹¹.

(2) Der Arbeitnehmer schulde im Rahmen des Dauerschuldverhältnisses später bereits weitere Dienste, die einer Nachholung zuvor unterbliebener Dienste entgegenstünden¹². Die Nachleistung nach Feierabend oder an arbeitsfreien Tagen soll „zumindest“ bei größeren Arbeitsrückständen am Arbeitszeitrecht scheitern und deswegen unmöglich sein¹³.

(3) Die Arbeitsleistung sei „so stark von der Zeit bestimmt, dass das Nachleisten ein Eingriff in einen anderen Teil der Arbeitskraft“ des Arbeitnehmers wäre, insbesondere bei Teilzeitarbeitnehmern, die ihre Arbeitszeit selbst bestimmen wollen oder mehrere Teilzeitarbeitsverhältnisse haben¹⁴. Deshalb liege die Nachleistung nicht im Interesse des Arbeitnehmers¹⁵. Durch die Annahme einer absoluten Fixschuld werde der Arbeitnehmer zielgerichtet vor Nachleistungspflichten bewahrt, was dem Arbeitnehmerschutz diene¹⁶.

(4) Auch der Arbeitgeber habe kein Interesse an der Nachleistung ausgefallener Arbeit, wenn die Betriebsorganisation auf pünktliche Arbeit angewiesen sei¹⁷.

2. Anerkannte Ausnahmen

Immerhin wird eingeräumt, dass die Arbeit dann nicht absolut fix geschuldet sein könne, wenn sie nachholbar ist, was aber nur bei Gleitzeit, Arbeitszeitkonten oder variabler Teilzeit der Fall sein soll¹⁸. Unmöglich werde die

Rn. 641; *Richardl/Fischinger*, Staudinger, 2020, § 611a BGB Rn. 1068; a.A. für den Dienstvertrag *Latzel*, Staudinger, 2020, § 611 BGB Rn. 112, 118, 230 f.

¹⁰ *Feldmann*, Staudinger, 2019, Vor §§ 286 ff. BGB Rn. 19; ebenso *Oetker* (Fn. 5), S. 340.

¹¹ *Maties*, BeckOGK, 4/2021, § 611a BGB Rn. 1654.

¹² *Joussen*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 611a BGB Rn. 407; *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 676; *Rückert*, ZfA 1983, 1, 16; *Thüsing*, HWK (Fn. 5), § 611a BGB Rn. 545; ebenso bereits *Hueck/Nipperdey*, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 1. Aufl. 1927, Bd. I, S. 147.

¹³ *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 676; ebenso bereits *Söllner*, AcP 167 (1967), 132, 138; *Beuthien* (Fn. 8), S. 246 f.

¹⁴ *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 676; ebenso *Thüsing*, HWK (Fn. 5), § 611a BGB Rn. 545.

¹⁵ *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 676; *Thüsing*, HWK (Fn. 5), § 611a BGB Rn. 545.

¹⁶ *Maties*, BeckOGK, 4/2021, § 611a BGB Rn. 1654 f.

¹⁷ *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 676; *Thüsing*, HWK (Fn. 5), § 611a BGB Rn. 545; ähnlich *Oetker* (Fn. 5), S. 340: „Integration [der Arbeitsleistung] in einen arbeitsteiligen Arbeitsprozeß“ stehe Annahmepflicht des Arbeitgebers entgegen.

¹⁸ *Joussen*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 611a BGB Rn. 408: „besondere (moderne) Aus-

Arbeitsleistung in diesen Fällen erst dann, wenn sie im „zugestandenen oder vertraglich vereinbarten Zeitraum“ nicht erbracht worden sei¹⁹. Ähnliche Konzessionen werden bei geringfügigen Leistungsverzögerungen gemacht, bei denen die Arbeit nachholbar bleiben soll, sofern sie der Arbeitgeber nicht zwischenzeitlich anderweitig ausführen lassen hat²⁰. Bei alledem soll es sich aber um Ausnahmen handeln, die den Grundsatz der absoluten Fixschuld unberührt lassen. Dementsprechend offen bleibt der Rechtsrahmen *relativ* fix geschuldeter Arbeit.

II. Nachholbarkeit der Arbeit

Mit der These von der absolut fix geschuldeten Arbeit machen es sich Arbeitsrechtler leicht²¹ – zu leicht. Weder faktisch noch gesetzlich hat die These eine Grundlage und sie ist auch keineswegs so selbstverständlich, dass ihre Regelung überflüssig wäre²². Das wird deutlich, wenn man die Frage nach der Zeitabhängigkeit der Arbeitsschuld als Frage nach der Nachholbarkeit der Arbeit formuliert²³: Sobald ausgefallene Arbeit nachholbar ist, ist sie nämlich grundsätzlich nur *relativ* fix geschuldet²⁴.

gestaltungen des Arbeitsverhältnisses“; *Klappstein*, NK-BGB (Fn. 5), § 615 Rn. 2; *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 677; *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 9; *Riehm*, BeckOGK, 4/2021, § 275 BGB Rn. 108; *von Stebut*, RdA 1985, 66 f.; *Stender*, Die Leistung des Arbeitnehmers, 2003, S. 103; *Stoffels*, Der Vertragsbruch des Arbeitnehmers, 1994, S. 108, 110; *Spinner*, MüKo-BGB (Fn. 5), § 611a Rn. 10; *Ulber*, Erman, 16. Aufl. 2020, § 275 BGB Rn. 35; insb. zu Arbeitszeitkonten: *Gerhartsreiter*, Arbeitszeitkonten zur Flexibilisierung der betrieblichen Arbeitszeit, 2020, S. 336 f.; ebenso für die Rechtslage in Österreich: *Rebhahn*, Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2018, § 1151 ABGB Rn. 223.

¹⁹ *Joussen*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 611a BGB Rn. 408; ebenso *Dötterl*, Wann ist der Gläubiger für die Unmöglichkeit verantwortlich?, 2008, S. 63: bewegliche Leistungsfrist; *Gerhartsreiter* (Fn. 18), S. 337; *Thüsing*, HWK (Fn. 5), § 611a BGB Rn. 545.

²⁰ BAG v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87 – NZA 1989, 261, 262; *Fabricius* (Fn. 5), S. 98, 103; *Feldmann*, Staudinger, 2019, Vor §§ 286 ff. BGB Rn. 20; *Joussen*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 611a BGB Rn. 408.

²¹ *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 5: „kaum Anwendungsprobleme bei der Nichtleistung der geschuldeten Arbeit“.

²² Vgl. *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 822 f.: Fixschuldcharakter „kein unverrückbares naturgegebenes Datum“.

²³ *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 8, 33; *Riehm*, BeckOGK, 4/2021, § 275 BGB Rn. 107; zum Gegensatz von absoluter Unmöglichkeit und Nachholbarkeit: *Feldmann*, Staudinger, 2019, Vor §§ 286 ff. BGB Rn. 16.

²⁴ Die Existenz zeitunabhängiger Arbeitsschuld erwägt *Hellfeier* (Fn. 6), S. 62, doch handelt es sich dann meist nicht mehr um weisungsabhängige Arbeit i.S.d. § 611a BGB.

1. Drei Grade der Zeitabhängigkeit von Schulden

Zunächst seien die drei Grade der Zeitabhängigkeit von Schulden rekapituliert:

Bei der *Normalschuld* gibt es keine vertragliche Leistungszeitbestimmung. Der Schuldner kann sofort leisten und der Gläubiger die Leistung sofort fordern (§ 271 Abs. 1 BGB). Der Schuldner gerät erst durch eine Mahnung des Gläubigers in Verzug (§ 286 Abs. 1 BGB). Die Leistung kann auch nach der Mahnung noch erbracht werden, bis der Gläubiger nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Nachfrist entweder vom Vertrag zurücktritt (§ 323 Abs. 1 BGB) oder berechtigt²⁵ Schadensersatz statt der Leistung verlangt (§ 281 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 BGB).

Bei der *relativen Fixschuld* ist eine Leistungszeit (Zeitpunkt oder Zeitraum) vereinbart. Verstreicht diese erfolglos, gerät der Schuldner ohne Mahnung in Verzug (§ 286 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Der Schuldner bleibt zur Nachleistung berechtigt und verpflichtet, bis der Gläubiger sein Leistungsinteresse verliert und folglich zurücktritt, was er bei relativen Fixschulden allein wegen Nichteinhaltung der Leistungszeit kann (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB)²⁶. Der Gläubiger kann ebenfalls nur bei Interessefortfall Schadensersatz statt der Leistung verlangen; die Nichteinhaltung der Leistungszeit allein reicht hierfür indes nicht (vgl. § 281 Abs. 2 Alt. 2 BGB)²⁷.

Bei der *absoluten Fixschuld* „steht und fällt“²⁸ das Geschäft mit der pünktlichen Leistung²⁹, sodass jede Verspätung automatisch – ohne dass es einer Äußerung oder eines Nachweises des Gläubigers bedarf³⁰ – objektive Unmöglichkeit der Leistung gem. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB bedeutet³¹. Hierzu zählen

²⁵ BGH v. 14.10.2020 – VIII ZR 318/19 – NJW 2021, 464 Rn. 15 ff.

²⁶ Schwarze, AcP 207 (2007), 437, 448.

²⁷ Ernst, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 281 Rn. 62 ff.; Schwarze, AcP 207 (2007), 437, 453; ähnlich S. Lorenz, BeckOK-BGB, 5/2021, § 281 Rn. 30: Abwarten der Nacherfüllung muss Gläubiger unangemessen benachteiligen.

²⁸ Die Formel geht zurück auf das Bundesoberhandelsgericht v. 24.3.1871 – 151/71 (Rosenthal/Köhler) – BOHGE II, 92, 93 f.: Für ein Fixgeschäft i.S.d. Art. 357 ADHGB a.F. muss die verabredete Erfüllungszeit „entweder ausdrücklich und mit unzweideutigen Worten (genau, präzis, fix, oder Beifügung der kassatorischen Klausel) ausgesprochen oder sich aus den vorliegenden Umständen zweifellos ergebenden Intention der Paciscenten etwas dergestalt Wesentliches sein [...], daß mit dieser Zeit der Vertrag stehen und fallen, eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden, nach Ablauf der Zeit oder Frist auf Annahme späterer Lieferung nicht mehr gerechnet werden soll“; übernommen von RG v. 27.5.1902 – II 32/02 – RGZ 51, 347, 348.

²⁹ Dass die Steht-und-fällt-Formel für die *relative* Fixschuld „zu stark“ ist, hat Schwarze, AcP 207 (2007), 437, 441 ff., nachgewiesen.

³⁰ Schwarze, AcP 207 (2007), 437, 450.

³¹ von Stebut, RdA 1985, 66, 67.

die Fälle, in denen die Leistung nach erfolglosem Ablauf der Leistungszeit tatsächlich, d.h. natürlich-objektiv, nicht (mehr) möglich ist³² (z.B. mangels Leistungssubstrats³³), in denen die Leistung von Rechts wegen nicht nachholbar ist und in denen der Gläubiger nach erfolglosem Ablauf der Leistungszeit jedes Leistungsinteresse verloren hat³⁴. Der Interessefortfall des Gläubigers führt aber nur dann zur Unmöglichkeit, wenn eine entsprechende Abrede getroffen wurde³⁵. Wenn der Gläubiger trotz erfolglosem Ablauf der Leistungszeit weiterhin an der Leistung interessiert sein kann, ist grundsätzlich nur eine relative Fixschuld gewollt³⁶.

Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Umständen Arbeitnehmer ihre Hauptleistung absolut fix schulden, d.h. wann Arbeit tatsächlich nicht nachholbar ist (dazu 2.), wann Arbeit von Rechts wegen nicht nachholbar ist (dazu 3.) und wann Arbeit vereinbarungsgemäß nicht nachholbar ist (dazu 4.).

2. Tatsächliche Nachholbarkeit der Arbeit

In seltenen Fällen kann ausgefallene Arbeit tatsächlich, d.h. aus natürlich-objektiven Gründen, nicht mehr nachgeholt werden. So ist bei äußerst kurz, insbesondere wegen eines einmaligen Anlasses befristeten Arbeitsverhältnissen (z.B. Glühweinausschank am letzten oder einzigen Tag eines Adventsmarktes) ausgefallene Arbeit nicht nachholbar, schon weil das Arbeitsverhältnis hierfür keine Zeitreserve lässt (Arbeitszeit entspricht Vertragslaufzeit). Scheitert die Nachholbarkeit nur am Fortbestehen des Arbeitsverhältnisses, können die Parteien vereinbaren, dass der Arbeitnehmer nach Ende des Arbeitsverhältnisses nacharbeitet³⁷, was eine Vertragsverlängerung bedeutet (unten III.1.b)).

Selbst wenn eine Arbeit streng zeitgebunden ist, weil sie kontinuierliches, fortwährendes Tätigwerden voraussetzt (z.B. am Fließband), sodass jegliche Verzögerung Nichtleistung bedeutet, heißt das nicht, dass bei Nicht-

³² BGH v. 13.1.2011 – III ZR 87/10 – NJW 2011, 756 Rn. 10; *Riehm*, BeckOGK, 4/2021, § 275 BGB Rn. 92 ff.

³³ *Caspers*, Staudinger, 2019, § 275 BGB Rn. 28; zur Substratsgefahrtragung bei Dienstverträgen: *Dötterl* (Fn. 19), S. 115 ff.; *E. Picker*, JZ 1979, 285, 290 ff.; *ders.*, JZ 1985, 693, 695 ff.

³⁴ *Feldmann*, Staudinger, 2019, Vor §§ 286 ff. BGB Rn. 16; *Hellfeier* (Fn. 6), S. 24 f.

³⁵ BGH v. 28.5.2009 – Xa ZR 113/08 – NJW 2009, 2743 Rn. 12; *Caspers*, Staudinger, 2019, § 275 BGB Rn. 32 ff.; *S. Lorenz*, BeckOK-BGB, 5/2021, § 275 Rn. 36; *Schwarze*, AcP 207 (2007), 437, 440 f.; *Stoffels* (Fn. 18), S. 109.

³⁶ *S. Lorenz*, BeckOK-BGB, 5/2021, § 275 Rn. 37; *Schwarze*, AcP 207 (2007), 437, 442.

³⁷ So im Fall des BAG v. 25.3.1992 – 5 AZR 300/91 – juris Rn. 25: Erstellen eines Abschlussberichts nach Ende des Arbeitsverhältnisses.

leistung die Erfüllung der vertraglichen Arbeitspflicht in diesem Zeitumfang *tatsächlich* unmöglich wird³⁸. Freilich kann niemand die Zeit zurückdrehen. Doch kann der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer später andere Arbeit (oder die gleiche Arbeit abermals) zuweisen, ohne dass sich durch die erste Zuweisung die Arbeitsschuld irgendwie verbraucht hätte (dazu unten II.3.a)). Die These, Arbeit sei eine „durch die Zeit individualisierte Speziesleistung“³⁹, bezieht sich nicht auf die tatsächliche Unmöglichkeit, sondern auf die Unmöglichkeit infolge *vereinbarter* absoluter Fixschuld⁴⁰ (dazu unten II.4.).

3. Rechtliche Nachholbarkeit der Arbeit

Ausgefallene Arbeit ist rechtlich nachholbar, weil durch Nichtarbeit keine Arbeitsschuld verbraucht wird (dazu a)). Das BGB erklärt die Arbeitsschuld auch nicht zur absoluten Fixschuld – weder im Grundsatz⁴¹, noch als Leitbild⁴² (dazu b)). Schließlich lässt das ArbZG erheblichen Raum für Nacharbeit – selbst bei Vollzeitbeschäftigung (dazu c)).

a) Kein Verbrauch der Arbeitsschuld durch Nichtarbeit

Die Arbeitsschuld ist keine Gattungsschuld⁴³. Mit der Zuweisung einer konkreten Tätigkeit tritt folglich keine Konkretisierung i.S.d. § 243 Abs. 2 BGB ein⁴⁴, sodass sich fortan die Pflicht des Arbeitnehmers im Erbringen der konkreten Tätigkeit erschöpfte⁴⁵. Bei der Gattungsschuld ist schon nur der *Schuldner* konkretisierungsbefugt. Mit der Zuweisung einer konkreten Arbeitsaufgabe übt aber der *Gläubiger* (Arbeitgeber) sein Leistungsbestimmungsrecht (Weisungsrecht) gem. § 106 GewO aus und konkretisiert die Arbeitspflicht⁴⁶. Durch eine wirksame Weisung beschränkt sich (trotz „Kon-

³⁸ Insoweit zutreffend *Krause*, ZfA 2018, 126, 130.

³⁹ *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 821 f.; ebenso *ders.*, JZ 1985, 693, 702.

⁴⁰ Klar differenzierend *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 821 f.

⁴¹ So aber *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 822 f – für den „gewöhnlichen Arbeitsvertrag“; ebenso *ders.*, JZ 1985, 693, 699 f. mit Fn. 115.

⁴² So aber *Joussen*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 611a BGB Rn. 408.

⁴³ *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13, 15; *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2020, § 611a BGB Rn. 1067.

⁴⁴ *Beurskens*, BeckOGK, 10/2020, § 243 BGB Rn. 22.

⁴⁵ In diese Richtung aber *Krause*, ZfA 2018, 126, 131: Hat der Arbeitgeber sein Weisungsrecht ausgeübt, hat er damit „einen Teil des zugesagten Arbeitszeitvolumens abschließend auf einen bestimmten Zeitraum gelegt“.

⁴⁶ *Maschmann*, BeckOGK, 9/2018, § 106 GewO Rn. 28; eingehend zur Rechtsnatur von Weisungsrecht und Weisung: *Bitzenhofer*, Grundlagen des Weisungsrechts, 2020, S. 100 ff.

kreterisierung“ oder gar „Fixierung“⁴⁷) die Schuld des Arbeitnehmers nicht auf die zugewiesene Tätigkeit. Vielmehr kann der Arbeitgeber seine Weisung jederzeit⁴⁸ *pro futurum*⁴⁹ ändern und neue Weisungen erteilen⁵⁰, insbesondere wenn der Arbeitnehmer einer Weisung nicht nachgekommen ist⁵¹. Wenn der Arbeitnehmer weisungswidrig nicht arbeitet, verbraucht sich durch seine Untätigkeit während der angewiesenen Arbeitszeit quantitativ nichts von seiner Arbeitsschuld⁵² und durch die nichtbefolgte Weisung verengt sich seine Arbeitspflicht auch nicht qualitativ auf die angewiesene Tätigkeit.

Die These, dass die Arbeitsschuld eine „zeitliche Speziesschuld“ sei⁵³, ist ungenau, weil die Arbeitsschuld nicht allein durch die Zeit „fixiert“ wird, sondern durch Weisung (quantitativ: Arbeitszeit, qualitativ: Tätigkeit) *und* deren Befolgung. Bis zur Weisungsbefolgung ist nichts in Stein gemeißelt. Wird anstelle einer nicht befolgten Weisung (Nichtleistung) später eine andere Weisung erteilt und befolgt (Nacharbeit), ist das zwar durchaus eine „andere“ Leistung (im Sinne des Arguments Nr. 1 der herrschenden Meinung, oben I.1.), aber allein durch Nichtbefolgung der ersten Weisung in aller Regel kein Quantum Arbeitsleistung tatsächlich oder rechtlich unmöglich geworden⁵⁴ (zur ausnahmsweisen tatsächlichen Unmöglichkeit oben II.2.) und der Arbeitgeber auch nicht an seine erste Weisung gebunden. „Nacharbeit“ meint nicht das Nachholen exakt der für eine frühere Arbeitszeit *angewiesenen*, aber unterbliebenen Tätigkeit (z.B. Frühschicht am 23. März, 5–13 Uhr), sondern die Erfüllung des Teils der *vertraglich geschuldeten* Arbeitspflicht (z.B. acht Stunden vertragsgemäße Arbeit), die vom Arbeitgeber zuvor bereits einmal

⁴⁷ Krause, ZfA 2018, 126, 131.

⁴⁸ Einschränkung Krause, ZfA 2018, 126, 131: „Entkonkretisierung“ durch Weisungsrücknahme allenfalls bis zum Beginn der jeweiligen Leistungszeit möglich.

⁴⁹ Zum Grundsatz der Unwiderruflichkeit: *Bitzenhofer* (Fn. 46), S. 131 ff.

⁵⁰ BAG v. 12.10.2011 – 10 AZR 649/10 – NJW 2012, 1833 Rn. 41; BAG v. 18.10.2017 – 10 AZR 330/16 – NZA 2017, 1452 Rn. 71; *Bitzenhofer* (Fn. 46), S. 123 ff., insb. 136 f.; *Kolbe*, AR, 9. Aufl. 2019, § 106 GewO Rn. 6: Weisungsrecht wird „durch einmalige Ausübung nicht vollständig verbraucht“, Arbeitgeber darf „einmal erteilte Weisungen durch erneute Ausübung des Direktionsrechts egalisieren“; *Maschmann*, BeckOGK, 9/2018, § 106 GewO Rn. 29; *Rieble*, Staudinger, 2020, § 315 BGB Rn. 353; ebenso schon *Böttcher*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, 1964, S. 6 f.

⁵¹ *Birk*, Die arbeitsrechtliche Leistungsmacht, 1973, S. 229 f.: Widerruf einer Weisung vor ihrer Ausführung unproblematisch möglich; *Hellfeier* (Fn. 6), S. 60 f.

⁵² *Bitzenhofer* (Fn. 46), S. 126 f.; a.A. *Krause*, ZfA 2018, 126, 131: Vereinbartes Arbeitszeitvolumen als „zeitliche Vorratsschuld“ wird mit „Ablauf bzw. dem nahenden Ende des Verteilzeitraums (sukzessive) [...] aufgebraucht“.

⁵³ *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 821 f.; *ders.*, JZ 1985, 693, 702.

⁵⁴ Vgl. BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 470/00 – NZA 2002, 683, 686 – für ein Arbeitszeitkonto: „späterer Zeitausgleich durch *andere* Zusatzarbeit [...] bleibt immerhin regelmäßig möglich“ (Hervorh. durch Verf.).

abgerufen, aber vom Arbeitnehmer nicht erfüllt wurde und unvermindert fortbesteht – insoweit kann der Arbeitgeber sein Weisungsrecht abermals und ohne Rücksicht auf die frühere, nicht befolgte Weisung ausüben. Wenn das Nichtbefolgen einer wirksamen Weisung die Arbeitsschuld ebenso verbrauchen soll wie das Befolgen einer wirksamen Weisung, muss das entweder gesetzlich angeordnet (dazu sogleich II.3.b)) oder vereinbart sein (dazu unten II.4.).

Ebenso wenig wie das Recht des Arbeitgebers zur Bestimmung der Arbeitszeitlage begründet die vertragliche Festlegung der Arbeitszeit (Umfang, ggf. auch Lage) eine absolute Fixschuld⁵⁵. Wenn ein Arbeitnehmer sein vertragliches Arbeitssoll innerhalb des Bemessungszeitraums nicht erfüllt, sind Minusstunden keineswegs automatisch nicht nachholbar (dazu unten 4.a)dd)). Die Freiheit der Zeiteinteilung ist für die Fixschuldfolge – entgegen der herrschenden Meinung (oben I.2.) – ohne Belang.

b) Keine gesetzliche Anordnung der absoluten Fixschuld

§ 615 Satz 1 BGB zeigt, dass die Arbeitsschuld im gesetzlichen Normalfall keine absolute Fixschuld ist⁵⁶: Durch die Anknüpfung an den Annahmeverzug des Arbeitgebers setzt das Gesetz gerade voraus, dass die Leistungspflicht trotz Nichtleistung *fortbesteht*⁵⁷, sonst müsste § 615 Satz 1 a.E. BGB nicht den *Entfall* der Nachleistungspflicht anordnen⁵⁸. Der Entfall der Nachleistungspflicht ist keineswegs selbstverständlich, denn eigentlich lässt der Annahmeverzug die Leistungspflicht fortbestehen (vgl. §§ 293, 300 BGB)⁵⁹. Der konstitutiv angeordnete Entfall der Nachleistungspflicht rechtfertigt sich zum einen daraus, dass der Arbeitnehmer für die Nachleistung „auf einen anderen Teil seiner Arbeitskraft zurückgreifen und damit eine anderweitige Verdienstchance oder immerhin Freizeit opfern“ muss⁶⁰. Das mutet das Gesetz dem Arbeitnehmer dann nicht zu, wenn die Ursache der ausgebliebenen Arbeit

⁵⁵ *Hellfeier* (Fn. 6), S. 33.

⁵⁶ *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 10; a.A. *Klappstein*, NK-BGB (Fn. 5), § 615 Rn. 2, 8: § 615 Satz 1 BGB konstituiert absolute Fixschuld; *Söllner*, AcP 167 (1967), 132, 139.

⁵⁷ *Hellfeier* (Fn. 6), S. 35 ff.; *Oetker* (Fn. 5), S. 337 f.; *von Stebut*, RdA 1985, 66, 67; zur Ausschließlichkeit von Verzug und Unmöglichkeit eingehend: *Dötterl* (Fn. 19), S. 46 ff.

⁵⁸ *Beuthien* (Fn. 8), S. 247; *ders.*, RdA 1972, 20, 22, der deshalb nur nachholbare Arbeit unter § 615 Satz 1 BGB fassen will; ebenso *Oetker* (Fn. 5), S. 338; dagegen *Rückert*, ZfA 1983, 1, 18 f.: § 615 BGB setzt nachholbare und nicht nachholbare Arbeit gleich.

⁵⁹ *Beuthien*, RdA 1972, 20.

⁶⁰ *Beuthien*, RdA 1972, 20.

aus der Sphäre des Arbeitgebers stammt⁶¹ (dazu noch unten III.2.a)). Zum anderen wird der Arbeitgeber durch den Ausschluss der Nachleistungspflicht für seinen Annahmeverzug (über die allgemeinen Folgen der §§ 300–304 BGB hinaus) „bestraft“, indem er die nicht angenommenen Dienste nicht nachfordern darf, sie aber dennoch vergüten muss.

Arbeitsrechtler müssen tief in die dogmatische Trickkiste greifen, um den von § 615 Satz 1 BGB vorausgesetzten Annahmeverzug mit der angeblich sofort eintretenden Unmöglichkeit der Arbeitsleistung und deshalb eigentlich überflüssigen Anordnung des Entfalls der Nachleistungspflicht unter einen Hut zu bringen⁶². Die Motive des BGB sind hier keine Hilfe. Zwar heißt es dort zu § 615 BGB, dass dem Dienstvertrag regelmäßig die „Eigenschaft einer Art von Fixgeschäft beiwohnt“⁶³. Doch dient die Aussage nur zur Rechtfertigung der Rechtsfolgen für den *Arbeitnehmer*⁶⁴, der während des Annahmeverzugs – in Abweichung von den allgemeinen Regeln – seine Arbeitsleistung nicht „aufbewahren“ (sich nicht leistungsbereit halten) muss⁶⁵. Der *Arbeitgeber* kann freilich mit der ausgefallenen Arbeitsleistung i.d.R. auch später noch etwas anfangen (unten II.4.a)aa)), weshalb er – wie jeder Gläubiger, was auch die Motive zu § 361 BGB a.F. anerkennen⁶⁶ – grundsätzlich Nachholung ausgefallener Leistung verlangen darf, sofern er daran ein Interesse hat (§ 281 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 und § 323 BGB *e contrario*)⁶⁷.

Auch aus § 616 BGB folgt nicht, dass der Arbeitnehmer seine Dienste absolut fix schuldet. Demnach ist der Arbeitnehmer zwar auch dann zu vergüten, wenn er schuldlos kurzzeitig an der Arbeit gehindert ist⁶⁸. Die ausgefallene Arbeit kann aber durchaus nachgeholt werden und u.U. auch nachzuholen sein⁶⁹, wenngleich der Zweck der Entgeltfortzahlung (nicht der Arbeitsaus-

⁶¹ *Beuthien*, RdA 1972, 20 f.

⁶² Statt vieler: *Krause*, ZfA 2018, 126, 129 ff. m.w.N.; krit. schon *Beuthien*, RdA 1972, 20, 22; *E. Picker*, JZ 1979, 285, 292 f., und *ders.*, JZ 1985, 693, 698 ff., der indes Verzug und Unmöglichkeit für vereinbar hält; ebenso *Dötterl* (Fn. 19), S. 115 ff., und *Klapstein*, NK-BGB (Fn. 5), § 615 Rn. 5; gegen die Anwendbarkeit von § 615 BGB auf Arbeitsverträge: *Oetker* (Fn. 5), S. 340 f.

⁶³ Motive zu dem Entwurf eines BGB, Bd. II, 1888, S. 461.

⁶⁴ *Beuthien*, RdA 1972, 20, 22; *Hellfeier* (Fn. 6), S. 37 f.

⁶⁵ *von Stebut*, RdA 1985, 66, 68; *Stoppelkamp*, Annahmeverzug im Arbeitsverhältnis, 1993, S. 20 f.

⁶⁶ Motive zu dem Entwurf eines BGB, Bd. II, 1888, S. 199 f.

⁶⁷ *Oetker* (Fn. 5), S. 338; *von Stebut*, RdA 1985, 66, 68; *Stoppelkamp* (Fn. 65), S. 20 f.

⁶⁸ Aus § 616 BGB folgt kein Leistungsverweigerungsrecht, *Oetker*, Staudinger, 2019, § 616 BGB Rn. 19; a.A. *Greiner*, Ideelle Unzumutbarkeit, 2004, S. 149 f.: § 616 BGB aber ggü. § 275 Abs. 3 BGB subsidiär; *Henssler*, AcP 190 (1990), 538, 563; *Tillmanns*, MüHdbArbR, 5. Aufl. 2021, § 77 Rn. 7 ff.

⁶⁹ BAG v. 25.7.1957 – 2 AZR 93/56 – NJW 1958, 157, 158; *Bieder*, BeckOGK,

fall an sich) einer Nacharbeitspflicht grundsätzlich entgegensteht (dazu unten III.2.d)).

c) Grenzen des Arbeitszeitrechts

Nacharbeit ist selbst Vollzeitbeschäftigten in erheblichem Umfang innerhalb der Grenzen des Arbeitszeitrechts möglich. Im Normalfall können Arbeitnehmer werktätlich (montags bis samstags) bis zu zehn Stunden arbeiten, sofern innerhalb von sechs Monaten im Durchschnitt acht Arbeitsstunden werktätlich nicht überschritten werden (§ 3 Satz 2 ArbZG). Arbeitnehmer können also vorübergehend bis zu 60 Stunden pro Woche arbeiten⁷⁰. Legt man eine durchschnittliche Wochenarbeitszeit von Vollzeitbeschäftigten von 41,0 Stunden im Jahre 2019 zugrunde⁷¹, können vorübergehend pro Monat bis zu zwei Regelarbeitswochen nachgearbeitet werden⁷², langfristig im Rahmen der regulär zulässigen 48-Stunden-Arbeitswoche (vgl. § 3 Satz 1, § 14 Abs. 3 ArbZG) immerhin noch sieben Stunden pro Woche. Das Arbeitszeitrecht⁷³ schließt also – entgegen Argument Nr. 2 der herrschenden Meinung (oben I.1.) – die Nacharbeit nicht aus⁷⁴.

Die derzeit sinkende Wochenarbeitszeit lässt sogar zunehmend mehr Raum für Nacharbeit. So ist infolge der coronabedingten Beschränkungen die tatsächliche Arbeitszeit zurückgegangen und lag im 2. Quartal 2020 bei 36,8 Wochenarbeitsstunden für Vollzeitbeschäftigte⁷⁵. Außerdem steigt die Teilzeitquote hierzulande an (1990: 18,5 %, 2019: 38,6 %) ⁷⁶. Freilich müssen Mehrfachbeschäftigungen einzelner Arbeitnehmer (Mehrfachbeschäf-

2/2020, § 616 BGB Rn. 43; von Stebut, RdA 1985, 66, 69; implizit auch Oetker, Staudinger, 2019, § 616 BGB Rn. 19; a.A. Fischinger/Straub, JuS 2016, 208, 212.

⁷⁰ Baeck/Deutsch/Winzer, ArbZG, 4. Aufl. 2020, § 3 Rn. 35.

⁷¹ Statistisches Bundesamt, www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-3/woechentliche-arbeitszeitl.html; die IAB-Arbeitszeitrechnung, www.iab.de/de/daten/iab-arbeitszeitrechnung.aspx, kommt für das Jahr 2019 sogar nur auf 38,18 Stunden tarifl./betriebsübl. Wochenarbeitszeit (Vollzeit).

⁷² 260 max. Monatsarbeitsstunden (60 Stunden x 52 Wochen/12 Monate) abzgl. 177,67 regelm. Monatsarbeitsstunden (41 Stunden x 52 Wochen/12 Monate) = 82,33 Monatsarbeitsstunden.

⁷³ Das zwingende Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats aus § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG erfasst nur die Lage, nicht den *Umfang* der Wochenarbeitszeit und das Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG nur die vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der *betriebsüblichen* Arbeitszeit, Kania, Erfurter Kommentar, 21. Aufl. 2021, § 87 BetrVG Rn. 25a.

⁷⁴ Ebenso bereits von Stebut, RdA 1985, 66, 67.

⁷⁵ Statistisches Bundesamt, www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2020/09/PD20_366_623.html.

⁷⁶ IAB-Arbeitszeitrechnung, www.iab.de/de/daten/iab-arbeitszeitrechnung.aspx.

tigtenquote 2019: 5,4 %⁷⁷) addiert werden (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 ArbZG). Doch selbst wer sich in einem Arbeitsverhältnis oder in mehreren Arbeitsverhältnissen kumuliert zu 48 Wochenarbeitsstunden verpflichtet, kann durch vorübergehende Erhöhung seiner Gesamtwochenarbeitszeit auf bis zu 60 Stunden Nacharbeit leisten – zumal die ausgefallene Arbeit nicht mitzählt⁷⁸.

4. Vertragliche Regelung der Zeitabhängigkeit der Arbeitsschuld

Nachdem geklärt ist, dass ausgefallene Arbeit in aller Regel tatsächlich und rechtlich nachholbar ist, bleibt noch zu klären, ob die Arbeitsvertragsparteien typischerweise dennoch vereinbaren, dass ausgefallene Arbeit automatisch unmöglich wird und nicht nachzuarbeiten ist⁷⁹.

a) Konkludente Regelung der Zeitabhängigkeit der Arbeitsschuld

Enthält ein Arbeitsvertrag – wie in aller Regel – keine ausdrückliche Nacharbeitsklausel, ist damit *nicht* konkludent eine absolut fixe Arbeitsschuld vereinbart⁸⁰. Das ergibt die Auslegung eines typischen Arbeitsvertrags nach §§ 133, 157 BGB. Für die Vereinbarung einer absoluten Fixschuld muss nämlich nach Sinn und Zweck des Vertrags und nach der Interessenlage der Parteien die Leistungszeit so wesentlich sein, dass eine verspätete Leistung keine Erfüllung i.S.d. § 362 BGB mehr darstellt⁸¹. Arbeitgeber wie Arbeitnehmer können aber auch bei Ausbleiben fix geschuldeter Arbeit weiterhin ein In-

⁷⁷ Quelle: Statistisches Bundesamt, www.destatis.de/DE/Themen/Arbeit/Arbeitsmarkt/Qualitaet-Arbeit/Dimension-3/zweitjobl.html; nach der IAB-Arbeitszeitrechnung, www.iab.de/de/daten/iab-arbeitszeitrechnung.aspx, betrug die Quote 2019 9,7%.

⁷⁸ Arbeitszeit i.S.d. § 2 Abs. 1 ArbZG meint nur Zeiten tatsächlicher Arbeit und betriebsbedingten Wartens, *Baeck/Deutsch/Winzer*, ArbZG (Fn. 70), § 2 Rn. 4.

⁷⁹ *Hellfeier* (Fn. 6), S. 49 f.: Es ist nicht die Nachholbarkeit, sondern deren Abschluss zu vereinbaren.

⁸⁰ *Ernst*, MüKo-BGB (Fn. 27), § 275 Rn. 52; *von Stebut*, RdA 1985, 66, 68: „kaum akzeptabel, daß die praktisch nie ausdrücklich getroffene Vereinbarung über den Wegfall des Nachleistungsrechts in alle Arbeitsverträge hineininterpretiert wird, oder daß es gar als vertragstypisch abbedungen anzusehen ist“; a.A. *Joussen*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 611a BGB Rn. 408; *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 611a BGB Rn. 677; *Stoffels* (Fn. 18), S. 109 f.; *Spinner*, MüKo-BGB (Fn. 5), § 611a Rn. 10; auch nach *Beuthien*, RdA 1972, 20, 22: Nacharbeitspflicht „vertragstypisch abbedungen“ wegen Nacharbeitsunwillen der Arbeitnehmer und damit verbundener Furcht der Arbeitgeber vor Betriebsunfrieden bei Einforderung von Nacharbeit.

⁸¹ BGH v. 28.5.2009 – Xa ZR 113/08 – NJW 2009, 2743 Rn. 12; *Stoffels* (Fn. 18), S. 109; sowie Nachw. in Fn. 35.

teresse am Erhalt der Leistung bzw. der Vergütung durch Nacharbeit haben⁸² – das ist sogar der Regelfall.

aa) Arbeitgeberinteressen an Nacharbeit

Wenn der Arbeitgeber trotz Ausbleiben einer angewiesenen Tätigkeit an den vertraglich zugesagten Diensten des Arbeitnehmers zumindest noch eingeschränkt interessiert ist, ja selbst wenn er daran mit überwiegender Wahrscheinlichkeit *nicht mehr* interessiert ist, spricht das nur für eine relative Fixschuld. Eine absolute Fixschuld setzt nämlich den Fortfall des Interesses an der ausgefallenen Leistung *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* voraus⁸³. Arbeitgebern kann aus zwei Gründen nicht pauschal unterstellt werden, dass sie mit erfolglosem Ablauf der Arbeitszeit höchstwahrscheinlich ihr Interesse an der ausgefallenen Leistung vollständig verlieren:

Zunächst sind viele Tätigkeiten nicht zwingend *zu* einer bestimmten Zeit, sondern *bis zu* einem (mehr oder minder) bestimmten Zeitpunkt zu erbringen⁸⁴. Arbeit ist nämlich (außerhalb beschäftigungstherapeutischer Einrichtungen) kein Selbstzweck⁸⁵, sondern Arbeitgeber wollen, dass die mit der Arbeit verfolgten Zwecke tatsächlich erreicht⁸⁶, nicht nur die Arbeitszeit abgesehen wird⁸⁷. Das gilt – entgegen der Meinung mancher Arbeitsrichter⁸⁸ – nicht nur für Besserverdiener, sondern auch für mindestlohnnahe Tätigkeiten (z.B. im Bewachungsgewerbe und Einzelhandel).

Vor allem ist die „ausgefallene Leistung“ nicht – wie unzutreffend oft angenommen – die konkret *angewiesene* Tätigkeit, sondern eine vom Arbeitnehmer *vertraglich geschuldete* Tätigkeit. Der Arbeitgeber mag an einer gestern erfolglos angewiesenen Tätigkeit heute nicht mehr interessiert sein, an anderweitiger Erfüllung der ungeschmälert fortbestehenden Arbeitsschuld indes durchaus. Insoweit kann er sein Weisungsrecht neu ausüben (oben II.3.a)).

Einen Interessefortfall des Arbeitgebers kann man nur annehmen, wenn für ihn höchstwahrscheinlich überhaupt keine vertraglich geschuldete Ar-

⁸² Reichold, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 14.

⁸³ Schwarze, AcP 207 (2007), 437, 452 f.; ebenso Hellfeier (Fn. 6), S. 30 f.: äußerste Zurückhaltung bei Annahme einer absoluten Fixschuld.

⁸⁴ Auf diese Differenzierung wies schon von Stebut, RdA 1985, 66, 67 f., hin.

⁸⁵ Hueck/Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrecht, Bd. I, 7. Aufl. 1963, S. 5.

⁸⁶ BAG v. 25.7.1957 – 2 AZR 93/56 – NJW 1958, 157, 158: Arbeitsverhältnis wird eingegangen, „damit der Arbeitnehmer Arbeit leistet und dem Arbeitgeber das Ergebnis dieser Arbeit zugute kommt“; Greiner, AcP 211 (2011), 221, 224.

⁸⁷ von Stebut, RdA 1985, 66, 68.

⁸⁸ BAG v. 22.2.2012 – 5 AZR 765/10 – NZA 2012, 861 Rn. 21: Nur Besserverdiener werden „nach der Erfüllung ihrer Arbeitsaufgaben und nicht eines Stundensolls beurteilt“; folgend LAG Düsseldorf v. 23.9.2020 – 14 Sa 296/20 – NZA-RR 2021, 121 Rn. 43.

beitsleistung noch einen Wert hat. Das wird faktisch nur der Fall sein, wenn innerhalb der geschuldeten Arbeitszeit bereits alle tatsächlichen Möglichkeiten zur vertragsgemäßen Arbeit hundertprozentig ausgeschöpft sind⁸⁹ oder alle vertragsgemäßen Tätigkeiten bereits anderweitig vergeben oder erledigt sind und sich unter normalen Umständen (z.B. durch Ausfall von Kollegen) auch keine entsprechenden Tätigkeitsgelegenheiten mehr ergeben werden. Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer keine vertragsgemäßen Tätigkeiten mehr zuweisen kann, weil das Arbeitsverhältnis (kalendarisch oder sachgrundbefristet) endet, ist schon tatsächliche Unmöglichkeit gegeben (dazu oben II.2.). Bleibt der Arbeitgeber an der Leistung des Arbeitnehmers über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus interessiert, muss er eine entsprechende Verlängerungsvereinbarung mit dem Arbeitnehmer treffen (unten III.1.b)).

In aller Regel wird der Arbeitgeber noch Möglichkeiten zur vertragsgemäßen (Zusatz-)Arbeit neben oder anstelle der angewiesenen Tätigkeit sehen, also aus dem vertraglich geschuldeten Leistungsspektrum Arbeit abrufen wollen, weil er ja hierfür den Arbeitnehmer eingestellt hat. Selbst bei streng zeitgebundenen Tätigkeiten kann man deshalb dem Arbeitgeber sein Nachleistungsinteresse – entgegen dem Argument Nr. 4 der herrschenden Meinung (oben I.1.) – nicht absprechen⁹⁰. Wenn der Arbeitnehmer fest in den Betriebsablauf „eingepasst“ ist, bedeutet Arbeitsausfall zwar Nichtleistung (oben II.3.a)), doch kann ausgefallene Arbeit (wenngleich nicht die konkret ausgefallene Tätigkeit) später durchaus nachgeholt werden⁹¹ – und zwar unabhängig davon, ob der Arbeitsausfall durch kurzfristiges Umdisponieren (z.B. Mehrarbeit von Kollegen) kompensiert wurde oder es zu einer Betriebsablaufstörung kam⁹². Für den säumigen Arbeiter braucht kein Fließband angehalten zu werden und für den säumigen Verkäufer kein Laden länger geöffnet zu haben. Nur wenn der Arbeitgeber höchstwahrscheinlich im versäumten Umfang überhaupt keine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung (in keiner anderen Schicht, an keinem anderen Tag) mehr abrufen kann, entfällt sein Nacharbeitsinteresse. Weil der Arbeitgeber auf Nacharbeit durch Teilrücktritt verzichten kann (dazu unten III.4.b)), droht ihm auch kein Überangebot an Arbeit.

⁸⁹ *Hellfeier* (Fn. 6), S. 59: Betriebszeit identisch mit Arbeitszeit.

⁹⁰ *Hellfeier* (Fn. 6), S. 51, 60 f.; *von Stebut*, RdA 1985, 66, 67.

⁹¹ A.A. *Feldmann*, Staudinger, Vor §§ 286 ff. BGB Rn. 19; *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 9.; *Riehm*, BeckOGK, 4/2021, § 275 BGB Rn. 107; *Stoffels* (Fn. 18), S. 108; *Ulber*, Erman (Fn. 18), § 275 BGB Rn. 35.

⁹² A.A. *Beuthien*, RdA 1972, 20, 21 f.; *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 823.

bb) Arbeitnehmerinteressen an Nacharbeit

Auch dem Arbeitnehmer kann nicht *per se* das Interesse an der Nachholung ausgefallener Arbeit abgesprochen werden. Durch Nacharbeit kann er nämlich seine Vergütungsansprüche sichern⁹³, die ansonsten entfallen würden:

Beim Ausfall *absolut* fix geschuldeter Arbeit entfällt der Vergütungsanspruch gem. § 326 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 i.V.m. § 275 Abs. 1 Alt. 2 BGB, sofern keine anspruchserhaltende Norm greift (vor allem § 326 Abs. 2 Satz 1, § 615 Satz 1, § 616 BGB, § 2, §§ 3 ff. EFZG). Wenn der Arbeitgeber mit der Vergütung in Vorleistung getreten ist (etwa bei verstetigter Vergütung i.S.d. § 614 Satz 2 BGB), muss der Arbeitnehmer den überzahlten Betrag zurückzahlen (§ 326 Abs. 4 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB analog)⁹⁴.

Beim Ausfall *relativ* fix geschuldeter Arbeit kann der Arbeitnehmer selbige nachholen. Durch die Nacharbeit stellt der Arbeitnehmer seinen bereits zu Beginn des eigentlichen Leistungszeitraums entstandenen Vergütungsanspruch⁹⁵ fällig (§ 614 Satz 1 BGB). Ist die Vergütung verstetigt, wird der Vergütungsanspruch zwar unabhängig von der Arbeitsleistung mit Ablauf des Zeitabschnitts fällig (§ 614 Satz 2 BGB), doch kann der Arbeitgeber dann (sowie in anderen Fällen der Vorausvergütung) die Vergütung für die in diesem Zeitabschnitt ausgefallene Arbeit gem. § 320 Abs. 1 BGB solange zurückbehalten, bis sie der Arbeitnehmer nachgeholt hat⁹⁶. Aus einer verstetigten Vergütung schließt das BAG sogar auf eine Nacharbeitspflicht⁹⁷.

⁹³ Der Vergütungsanspruch muss nicht erarbeitet werden, sondern entsteht bereits mit der Verpflichtung zur Arbeit, BAG v. 27.9.2007 – 6 AZR 975/06 – NZA 2009, 89 Rn. 18; *Latzel/Grzeski*, Jura 2020, 1200, 1205 ff.; a.A. BAG v. 22.10.2014 – 5 AZR 731/12 – NJW 2015, 1773 Rn. 42.

⁹⁴ *Joussen*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 611a BGB Rn. 416; *Richardi*, NZA 2002, 1004, 1008; für direkte Anwendbarkeit von § 326 Abs. 4 BGB bei Erlöschen des Entgeltanspruchs wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung: *Maties*, BeckOGK, 4/2021, § 611a BGB Rn. 1666; *Straube/Rasche*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 12. Aufl. 2021, 2. Teil A. Rn. 644 f.; für vertraglichen Rückzahlungsanspruch: *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 614 BGB Rn. 26, unter Verweis auf BAG v. 20.06.1989 – 3 AZR 504/87 – NZA 1989, 843 – für Vorschuss; vgl. zu Rückzahlungspflicht aus Arbeitszeitkontoabrede: BAG v. 13.12.2000 – 5 AZR 334/99 – NZA 2002, 390, 392; *Kroll*, Arbeitszeitkonten und ihre Abwicklung, 2004, S. 153 f.

⁹⁵ Fn. 93.

⁹⁶ Mit Ablauf des Vergütungszeitraums i.S.d. § 614 Satz 2 BGB stehen sich Vergütungs- und Arbeitsanspruch fällig ggü.; der Arbeitgeber wird durch die (zunächst) ausgebliebene Arbeit nicht vorleistungspflichtig i.S.d. § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB, vgl. *H. Schmidt*, BeckOK-BGB, 5/2021, § 320 BGB Rn. 20; *Schwarze*, Staudinger, 2020, § 323 BGB Rn. E 13.

⁹⁷ BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 470/00 – NZA 2002, 683, 686: „Da der Arbeitnehmer

Das Freizeitinteresse des Arbeitnehmers indiziert – entgegen Argument Nr. 3 der herrschenden Meinung (oben I.1.) – nicht, dass er ausgefallene Arbeit nicht nachholen müsste⁹⁸. Jedenfalls überwiegt sein Freizeitinteresse nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sein Vergütungsinteresse⁹⁹. Bloßer Nachleistungsunwille vermag ebenfalls keine absolute Fixschuld zu begründen¹⁰⁰. Das BAG sah es einst als Ausdruck von Treu und Glauben, dass der Arbeitgeber Nacharbeit – ohne Mehrarbeitszuschlag – verlangen kann, wenn der Arbeitnehmer den Ausfall der Arbeit selbst verschuldet hat (insbesondere bei „Bummelei“) oder der Ausfall verschuldensunabhängig auf Gründe aus dem „Gefahrenkreis“ des Arbeitnehmers zurückgeht¹⁰¹. Heute ermöglichen nur § 275 Abs. 2, Abs. 3 BGB dem Schuldner die „Flucht in die Unmöglichkeit“ (zu den Folgen für die Nacharbeitspflicht unten III.2.b)).

Ohnehin ist Nacharbeit keine Mehrarbeit, sondern Teil der Primärleistung, zu der sich der Arbeitnehmer vertraglich verpflichtet hat (unten III.1.a). Deswegen ist es egal, dass sich die Nacharbeitspflicht theoretisch auf Monate oder gar Jahre summieren kann¹⁰². Vor übermäßiger (Nach-)Arbeit schützt Arbeitnehmer das ArbZG¹⁰³. Außerdem muss der Arbeitgeber bei der konkreten Zuweisung von Nacharbeit sein Ermessen billig, also unter Berücksichtigung der Arbeitnehmerinteressen ausüben (dazu unten III.4.a)) und besteht schon keine Nacharbeitspflicht, wenn dem Arbeitnehmer für den Arbeitsausfall Entgeltfortzahlung zusteht (dazu unten III.2.).

Schließlich kann ein Arbeitnehmer an Nacharbeit deshalb interessiert sein, weil er durch „tätige Reue“ zwar nicht einer verhaltensbedingten Kündigung wegen Arbeitsverspätungen den Boden entziehen kann¹⁰⁴, aber immerhin dem Anspruch des Arbeitgebers auf Schadensersatz statt der Leistung. Indes gerät der Arbeitnehmer bei schuldhafter Säumnis relativ fix geschuldeter Arbeit in Schuldnerverzug (§ 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 BGB) und muss seinem Arbeitgeber etwaige Verzugsschäden ersetzen (z.B. ausfallbedingte Konventionalstrafen gegenüber Dritten¹⁰⁵). Die Regeln der privilegierten Arbeitnehmerhaftung gelten insoweit nicht, weil der Schaden nicht betrieblich mitver-

[...] eine über die Arbeitsleistung hinausgehende verstetigte Vergütung erhält, besteht die Verpflichtung zum Zeitausgleich durch spätere Zusatzarbeit“.

⁹⁸ von Stebut, RdA 1985, 66, 69; a.A. Stoffels (Fn. 18), S. 109.

⁹⁹ Hellfeier (Fn. 6), S. 53.

¹⁰⁰ Benthien, RdA 1972, 20, 22; Hellfeier (Fn. 6), S. 53.

¹⁰¹ BAG v. 25.7.1957 – 2 AZR 93/56 – NJW 1958, 157 f.

¹⁰² A.A. Stoffels (Fn. 18), S. 109.

¹⁰³ Stoppelkamp (Fn. 65), S. 22.

¹⁰⁴ Vgl. BAG v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87 – NJW 1989, 546, 547.

¹⁰⁵ Rasche, in: Tschöpe (Fn. 94), 2. Teil A. Rn. 160.

anlasst war¹⁰⁶. Das Haftungsrisiko wird für den Arbeitnehmer dadurch aber nicht größer, weil diese Schäden beim schuldhaften Ausbleiben absolut fix geschuldeter Arbeit unter den Schadensersatz statt der Leistung fielen¹⁰⁷.

cc) Vereinbarter Arbeitszeitumfang

Wenn die Arbeitsschuld – wie in aller Regel¹⁰⁸ – in Zeiteinheiten bemessen ist, ist damit nicht konkludent eine absolute Fixschuld vereinbart. Die Minuten und Stunden der Arbeitszeit sind regelmäßig für die Vergütung relevant und können insbesondere bei streng zeitgebundenen Tätigkeiten den Arbeitserfolg mit bestimmen. Damit wird aber nicht vereinbart, dass ausgefallene Arbeit nicht nachholbar wäre¹⁰⁹. Auch mit zunehmender Wochenarbeitszeit wird das Interesse des Arbeitnehmers an einer absoluten Fixschuld nicht größer¹¹⁰, weil es um die Nachholung *ausgefallener* Arbeit geht und keine Mehrarbeit zu leisten ist¹¹¹. Selbst bei vereinbarter 48-Stunden-Woche oder Mehrfachbeschäftigung mit entsprechendem Gesamtumfang ist innerhalb eines halben Jahres genügend Zeit für Nacharbeit ausgefallener und deshalb gerade nicht i.S.d. ArbZG erbrachter Arbeit (oben II.3.c)). Ohnehin begründen Pflichtenkollisionen keine Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB¹¹² und indizieren deshalb auch keine absolute Fixschuld¹¹³ – entgegen der Argumente Nr. 2 und Nr. 3 der herrschenden Meinung (oben I.1.).

dd) Flexible Arbeitszeit und Arbeitszeitkonto

Wenn der Arbeitnehmer ganz oder teilweise selbst bestimmen kann, wann er arbeitet, wird das von der herrschenden Meinung als Indikator für *relativ* fix geschuldete Arbeit angesehen (oben I.2.). Doch ist dieser Schluss nicht gerechtfertigt. Wenn der Arbeitgeber die konkrete Arbeitszeitlage nicht kraft Weisung bestimmt, sondern deren Bestimmung dem Arbeitnehmer überlässt (wie z.B. oft im Homeoffice), ist *deswegen* versäumte Arbeit nicht automa-

¹⁰⁶ *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2020, § 611a BGB Rn. 1325.

¹⁰⁷ *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 35 ff.

¹⁰⁸ Vgl. Fn. 9.

¹⁰⁹ A.A. BAG v. 17.3.1988 – 2 AZR 576/87 – NZA 1989, 261, 262.

¹¹⁰ So aber *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813, 823; ähnlich *Hellfeier* (Fn. 6), S. 10.

¹¹¹ Missverständlich: BAG v. 13.12.2000 – 5 AZR 334/99 – NZA 2002, 390, 392: „Ausgleich eines negativen Zeitguthabens [auf einem Arbeitszeitkonto] durch Mehrarbeit“.

¹¹² *Caspers*, Staudinger, 2019, § 275 BGB Rn. 47.

¹¹³ *Stoppelkamp* (Fn. 65), S. 19 f.; Nachw. zur a.A. in Fn. 12.

tisch nachzuholen. Nur der Bemessungszeitraum für versäumte Arbeit ist in diesem Fall länger¹¹⁴ als der sonst übliche Arbeitstag¹¹⁵.

Wenn der Arbeitnehmer selbst über die Erfüllung seiner Arbeitsschuld disponieren kann, kann er sich zwar grundsätzlich nicht auf mangelnde Arbeitszuweisung berufen, wenn er im maßgeblichen Bemessungszeitraum nicht ausreichend gearbeitet hat, soweit hierfür kein Annahmeverzug des Arbeitgebers ursächlich war¹¹⁶. Dennoch bleibt offen, was Minusstunden am Ende des Bemessungszeitraums bedeuten: Wenn ein Arbeitnehmer statt der geschuldeten 40 nur 30 Stunden in einer Woche gearbeitet hat, verliert er dann i.H.v. zehn Stunden seine Vergütung oder muss er sie in einem späteren Bemessungszeitraum nacharbeiten? Eine absolute Fixschuld kann auch dann gegeben sein, wenn der Arbeitnehmer bis zu einem bestimmten Zeitpunkt seine in Zeitstunden bemessene Arbeit erledigt haben muss und bis dahin seine Arbeitszeit frei einteilen kann. Das Leistungsinteresse des Arbeitgebers hängt nicht von der strengen oder flexiblen Zeitbindung der Tätigkeit (oder vom Misstrauen des Arbeitgebers gegenüber dem autonomen Zeitmanagement seiner Mitarbeiter) ab. Das Leistungsinteresse des Arbeitgebers hängt davon ab, ob er dann, wenn im Bemessungszeitraum (*ex post* betrachtet) Arbeit ausgefallen ist, mit weiteren oder anderen Leistungen aus dem arbeitsvertraglich geschuldeten Spektrum noch etwas anfangen kann (oben II.4.a)aa).

Auch wenn ein Arbeitszeitkonto am Ende eines Bemessungszeitraums einen negativen Saldo haben kann, ist damit nichts über die Zeitabhängigkeit der Arbeitsschuld gesagt¹¹⁷. Zwar muss ein Arbeitszeitkonto am Ende des Bemessungszeitraums grundsätzlich ausgeglichen sein¹¹⁸, doch belegt ein negativer Saldo nur, dass der Arbeitnehmer zu wenig gearbeitet hat¹¹⁹. Entscheidend ist die Vertragsauslegung: Wenn Minusstunden vereinbarungsgemäß nach Ende des Bemessungszeitraums *nachzuarbeiten* sind oder eine Partei wählen kann, ob Minusstunden nach Ende des Bemessungszeitraums nachzuarbeiten sind oder einen Vergütungsabschlag zur Folge haben bzw. ihre Vorausvergütung

¹¹⁴ A.A. Reichold, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 9: bei Zeitsouveränität des Arbeitnehmers „gar keine fixierte Arbeitspflicht“.

¹¹⁵ Vgl. BAG v. 26.1.2011 – 5 AZR 819/09 – NZA 2011, 640 Rn. 19: Annahmeverzug am Ende jedes Arbeitstages ohne Ausschöpfung der Soll-Arbeitszeit.

¹¹⁶ Gerhartsreiter (Fn. 18), S. 330 f.; eingehend zum Annahmeverzug bei flexibler Arbeitszeit: P. Hanau/Hoff, NZA 2015, 1169 ff.

¹¹⁷ A.A. Hellfeier (Fn. 6), S. 66: Ohne Regelung sind Minusstunden nachzuarbeiten, also relative Fixschuld vereinbart.

¹¹⁸ BAG v. 20.11.2019 – 5 AZR 578/18 – NZA 2020, 386 Rn. 15.

¹¹⁹ Arbeitszeitkonten halten den zeitlichen Umfang der erbrachten Arbeitsleistung und von arbeitsleistungsfreien Zeiten mit Entgeltfortzahlung fest, BAG v. 23.9.2020 – 5 AZR 367/19 – NZA-RR 2021, 5 Rn. 21.

zurückzuzahlen ist, ist eine absolute Fixschuld ausgeschlossen¹²⁰. Wenn Minusstunden vereinbarungsgemäß *nicht nachgearbeitet* werden können (dazu sogleich II.4.b)aa)), ist eine absolute Fixschuld in der Form vereinbart, dass die pro Bemessungszeitraum geschuldete Arbeit spätestens an dessen Ende vollständig geleistet sein muss und danach unmöglich ist.

b) Ausdrückliche Regelung der Zeitabhängigkeit der Arbeitsschuld

Die Zeitabhängigkeit der Arbeitsschuld wird selten ausdrücklich vereinbart. Bisweilen werden Nacharbeitsklauseln verwendet, die (noch) meist konstitutiv sind.

aa) Absolute-Fixschuld-Abreden

Unabhängig von ihrem Nachleistungsinteresse können die Arbeitsvertragsparteien vereinbaren, dass Arbeit nur absolut fix zu der vereinbarten oder vom Arbeitgeber angewiesenen Zeit geleistet werden kann und ausgefallene Arbeit mithin nicht nachzuholen ist. Wenn die absolute Fixschuld nicht ausnahmsweise aus der tatsächlichen Unmöglichkeit der Nacharbeit (dazu oben II.2.) folgt, muss eine Absolute-Fixschuld-Abrede *ausdrücklich* getroffen werden (z.B. durch Ausschluss von Nacharbeit), um die Abweichung vom gesetzlichen Normalfall (dazu oben II.3.b)) und den gem. §§ 133, 157 BGB typischen Parteiinteressen (dazu oben II.4.a)) deutlich zu machen.

bb) Deklaratorische Nacharbeitsklauseln

Deklaratorische Nacharbeitsklauseln stellen nur klar, dass der Arbeitnehmer gem. dem gesetzlichen Normalfall grundsätzlich ausgefallene Arbeit nachholen muss. Solche Klauseln werden bisweilen bei Arbeitszeitkonten empfohlen, die einen negativen Saldo haben können¹²¹. Nötig sind die Klauseln aber auch in diesem Fall nicht, sofern sie nicht auch dann Nacharbeit anordnen sollen, wenn keine Nacharbeitspflicht besteht (dazu unten III.2.).

Deklaratorische Nacharbeitsklauseln unterliegen wegen § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB eigentlich nicht der AGB-Inhaltskontrolle, doch kann man die noch herrschende Absolute-Fixschuld-These (oben I.1.) als Teil der „Gesamtheit

¹²⁰ Vgl. BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 470/00 – NZA 2002, 683, 686: verstetigte Vergütung impliziert Nacharbeitspflicht von Minusstunden.

¹²¹ Vgl. *Gerhartsreiter* (Fn. 18), S. 337, der entspr. Klauseln indes für konstitutiv hält, unter Verweis auf LAG Rheinland-Pfalz v. 15.11.2011 – 3 Sa 493/11 – juris Rn. 43, das aber zutreffend nur für Minusstunden infolge Annahmeverzugs eine ausdrückliche Nacharbeitsklausel verlangt (wegen Abweichung von § 615 Satz 1 BGB).

der wesentlichen Rechte und Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrags ergeben¹²², ansehen, wovon die Vereinbarung einer relativen Fixschuld abweicht. Eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB ist für den Arbeitnehmer damit nicht verbunden, sofern durch die Nacharbeitspflicht nicht indirekt zwingende Entgeltfortzahlungsansprüche geschmälert werden (dazu sogleich und unten III.2.).

cc) Konstitutive Nacharbeitsklauseln

Konstitutive Nacharbeitsklauseln verlangen die Nachholung ausgefallener Arbeit, wenn eigentlich keine Nacharbeitspflicht besteht. Sie haben bei relativ fix geschuldeter Arbeit einen kleineren, aber ähnlichen Anwendungsbereich (unten III.2.) als nach der noch herrschenden These von der absoluten Fixschuld, auf der Nacharbeitsklauseln bislang beruhen:

Bei Altersteilzeit im Blockmodell wird i.d.R. vereinbart¹²³, dass sich die Arbeitsphase um die Zeit verlängert, die ein Arbeitnehmer in dieser Zeit ohne Entgeltfortzahlungsanspruch arbeitsunfähig erkrankt, ohne dass sich dadurch die Gesamtlaufzeit des Vertrags verlängert¹²⁴. Diese Klauseln rechtfertigen sich daraus, dass beim Blockmodell in der Arbeitsphase ein Wertguthaben durch Arbeitsvergütung oder Entgeltfortzahlung¹²⁵ aufgebaut wird, das in der Freistellungsphase „abgefeiert“ wird. Für Zeiten ohne Entgeltfortzahlung wird kein Wertguthaben aufgebaut und fehlt der Freistellungsphase insoweit die wirtschaftliche Basis¹²⁶. Eine deshalb nur Zeiten ohne Entgeltfortzahlung erfassende Nacharbeitsabrede¹²⁷ verstößt schon deshalb nicht gegen §§ 3 ff. EFZG¹²⁸.

¹²² BGH v. 14.10.1997 – XI ZR 167/96 – NJW 1998, 383 – noch zu § 8 AGBG a.F.; BAG v. 31.8.2005 – 5 AZR 545/04 – NZA 2006, 324 Rn. 44; BGH v. 9.10.2014 – III ZR 33/14 – NJW 2015, 152 Rn. 12.

¹²³ Vgl. § 7 Abs. 2 Muster für Altersteilzeitvertrag bei *Biecker/Mahr*, BeckOF Vertrag, 3/2021, 2.1.24.2.1.

¹²⁴ LAG Düsseldorf v. 2.11.2009 – 14 Sa 811/09 – juris Rn. 27 ff – für hälftige Nacharbeitspflicht; *Debler*, NZA 2001, 1285, 1286.

¹²⁵ BAG 28.1.2004 – 5 AZR 58/03 – juris Rn. 90; BAG v. 23.9.2020 – 5 AZR 367/19 – NZA-RR 2021, 5 Rn. 21.

¹²⁶ BAG v. 4.10.2005 – 9 AZR 449/04 – NZA 2006, 506 Rn. 16; *Koch*, ATG, 2. Aufl. 2017, § 10 Rn. 10 ff.

¹²⁷ Bsp.: § 15 Abs. 4 Tarifvertrag zur Altersteilzeit der Metall- und Elektroindustrie NRW v. 15.10.2004 nebst Protokollnotiz zur Vereinbarung von Nacharbeit durch freiwillige Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag, vgl. LAG Düsseldorf v. 2.11.2009 – 14 Sa 811/09 – juris Rn. 36.

¹²⁸ BAG v. 26.9.2001 – 5 AZR 539/00 – NZA 2002, 387, 388.

Generell kann die Nacharbeit krankheitsbedingten Arbeitsausfalls vereinbart werden, sofern damit der Entgeltfortzahlungsanspruch aus §§ 3 ff. EFZG nicht indirekt geschmälert wird (etwa durch unentgeltliche Nacharbeit oder verminderte Gutschrift von Entgeltfortzahlungstagen auf dem Arbeitszeitkonto)¹²⁹. Nacharbeit kann außerdem für Arbeitsausfall an Feiertagen¹³⁰ oder wegen Betriebsschließungen¹³¹ vereinbart werden¹³². Für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst ist bisweilen landesrechtlich vorgesehen, dass sie angeordneten Dienstaussfall nacharbeiten müssen¹³³.

Die konstitutive Vereinbarung einer Nacharbeitspflicht ist nicht nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB von der AGB-Inhaltskontrolle ausgenommen, gleichwohl sie den Umfang der Hauptleistungspflicht regelt¹³⁴. Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte (jeweils nach Verständnis der Rspr.) geschuldeten Leistung festlegen oder ausgestalten, sind durchaus kontrollfähig¹³⁵. Konsti-

¹²⁹ BAG v. 26.9.2001 – 5 AZR 539/00 – NZA 2002, 387: unentgeltliche Nacharbeitspflicht (hier: 1,5 Stunden/Krankheitstag) wegen § 4 Abs. 1 EFZG unzulässig; BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 470/00 – NZA 2002, 683, 687: § 12 EFZG verbietet Nacharbeitspflicht „ohne weiteres Entgelt“; LAG Berlin-Brandenburg v. 17.10.2013 – 25 Sa 157/13 – juris: verminderte Zeitgutschrift für Krankheitstage unzulässig; undifferenziert LAG Rheinland-Pfalz v. 18.1.2018 – 5 Sa 305/17 – juris Rn. 64 f.: Nacharbeitspflicht verstößt gegen § 12 EFZG.

¹³⁰ BAG v. 25.6.1985 – 3 AZR 347/83 – DB 1985, 2694 – für § 1 Abs. 1 FeiertagslohnzahlungsG: nur unentgeltliche Nacharbeitspflicht unzulässig; ebenso für § 2 EFZG: BAG v. 16.10.2019 – 5 AZR 352/18 – NZA 2020, 237 Rn. 13; *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2020, § 611a BGB Rn. 1633.

¹³¹ § 3 Nr. 5 Manteltarifvertrag zwischen der Deutschen Angestellten-Gewerkschaft und dem Verein der Bayerischen Metallindustrie v. 31.10./2.11.1970 i.d.F. v. 15.5.1990; vgl. BAG v. 1.3.1995 – 1 AZR 927/94 – juris Rn. 3. In Frankreich ist Arbeitsausfall infolge von Unfällen, schlechtem Wetter, höherer Gewalt oder Inventur grds. nachzuarbeiten, Art. L3121–50 Code du travail.

¹³² *Gerhartsreiter* (Fn. 18), S. 332 – für Nacharbeit infolge von Betriebsschließung: Befreiung von der Nacharbeitspflicht aus § 615 Satz 1 BGB wird aufgehoben.

¹³³ Bsp.: Nach § 13 Satz 1 i.V.m. § 5 Abs. 3 BayAzV können bay. Staatsregierung und oberste Dienstbehörden auch für Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst anordnen, dass bei „besonderen Anlässen“ an einzelnen Arbeitstagen der Dienst entfällt und innerhalb einer bestimmten Frist „einzuarbeiten“ ist. So geschehen zur Eindämmung von COVID-19 durch Beschluss der bay. Staatsregierung v. 6.12.2020, mitgeteilt im FMS v. 8.12.2020 – 21-P 1101 – 3/2: grds. Dienstaussfall v. 19.12.2020 bis 10.1.2021 mit der Pflicht, den Ausfall bis zum 31.12.2021 nachzuarbeiten (explizit auch möglich durch Einsatz von Erholungsurlaub oder Arbeitszeitguthaben).

¹³⁴ A.A. LAG Düsseldorf v. 2.11.2009 – 14 Sa 811/09 – juris Rn. 33, i.E. aber offengelassen.

¹³⁵ BGH v. 19.11.1997 – IV ZR 348/96 – NJW 1998, 1069; *Wurmnest*, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 307 Rn. 13.

tutive Nacharbeitsklauseln greifen gerade dann, wenn die Arbeitspflicht eigentlich entfällt. Sie benachteiligen den Arbeitnehmer aber nicht unangemessen i.S.d. § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB, wenn sie ihm faktisch keine Mehrarbeit abverlangen¹³⁶ und Entgeltfortzahlungsansprüche nicht unzulässig schmälern (dispositiv ist z.B. die Entgeltfortzahlung im Fall des § 616 BGB¹³⁷, weniger in den Fällen des § 615 Satz 1 und 3 BGB¹³⁸, nicht in den Fällen der § 2, §§ 3 ff. EFZG wegen § 12 EFZG¹³⁹). Nacharbeitsklauseln benachteiligen den Arbeitnehmer auch dann nicht unangemessen, wenn er durch die Nacharbeit Vergütungsansprüche fällig stellen kann (oben II.4.a)bb)), die ansonsten ohne Entgeltfortzahlung entfallen wären (z.B. für die Freistellungsphase der Altersteilzeit im Blockmodell¹⁴⁰).

5. Zwischenergebnis

Arbeitnehmer schulden ihre Dienste in aller Regel nur relativ fix. Wenn Arbeit zur vereinbarten oder angewiesenen Zeit nicht geleistet wird, wird die Erfüllung der vertraglich übernommenen Arbeitsschuld nicht in diesem Umfang unmöglich. Der Arbeitgeber kann in diesem Fall dem Arbeitnehmer eine neue Weisung im Rahmen des arbeitsvertraglichen Leistungsspektrums erteilen, ohne an die vorherige Weisung gebunden zu sein, die auch kein Quantum der Arbeitsschuld verbraucht hat.

Die Arbeitsschuld ist nur in Ausnahmefällen eine absolute Fixschuld: Das Arbeitsverhältnis ist entweder äußerst kurz, insbesondere wegen eines einmaligen Anlasses befristet, sodass die Arbeitszeit zugleich die Vertragslaufzeit ist und keine Reserve bleibt, um ausgefallene Arbeit nachzuholen. Oder der Arbeitgeber hat keine Gelegenheit, dem Arbeitnehmer im zeitlichen Umfang des Arbeitsausfalls vertragsgerechte Tätigkeiten zuzuweisen. Das ist der Fall, wenn innerhalb der geschuldeten Arbeitszeit bereits alle Möglichkeiten zur vertragsgemäßen Arbeit ausgeschöpft oder alle vertragsgemäßen Tätigkeiten bereits vergeben oder erledigt sind und sich unter normalen Umständen auch keine vertragsgerechten Tätigkeitsgelegenheiten mehr ergeben werden.

¹³⁶ Vgl. BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 470/00 – NZA 2002, 683, 686 – für Arbeitsausfall gem. Betriebsvereinbarung: Arbeitnehmer nicht unberechtigt benachteiligt, wenn er ausgefallene Arbeit nacharbeiten kann.

¹³⁷ Zu dessen Abdingbarkeit: *Oetker*, Staudinger, 2019, § 616 BGB Rn. 148 ff.

¹³⁸ Zu dessen beschränkter Abdingbarkeit: *Bieder*, BeckOGK, 2/2020, § 615 BGB Rn. 133 ff.; *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2020, § 615 BGB Rn. 10 ff.

¹³⁹ Zu § 2 EFZG bzw. § 1 FeiertagslohnzahlungsG a.F.: Fn. 130 sowie BAG v. 19.7.1957 – 1 AZR 143/56 – juris Rn. 14; BAG v. 22.3.1989 – 5 AZR 144/88 – juris Rn. 11; zu § 3 EFZG: Fn. 129.

¹⁴⁰ LAG Düsseldorf v. 2.11.2009 – 14 Sa 811/09 – juris Rn. 34 ff.

Ansonsten lässt sich weder Vereinbarungen über einen hohen Arbeitszeitumfang noch über autonome Arbeitszeiteinteilung entnehmen, dass der Arbeitnehmer seine Dienste absolut bzw. relativ fix schuldet. Für relativ fix geschuldete Arbeit spricht aber in aller Regel die interessengerechte Vertragsauslegung. Die Tarif- und Arbeitsvertragsparteien können hiervon abweichend die Arbeitsschuld ausdrücklich zur absoluten Fixschuld erklären, wie sie auch eine Nacharbeitspflicht für die Fälle vereinbaren können, in denen ausgefallene Arbeit nicht nachzuholen wäre.

III. Rechtsrahmen der Nacharbeitspflicht

Weil ausgefallene Arbeit grundsätzlich nachzuholen ist, wird im Folgenden der Rechtsrahmen der Nacharbeitspflicht konturiert.

1. Rechtsgrundlage der Nacharbeitspflicht

a) Nacharbeitspflicht als Teil der vertraglichen Hauptleistungspflicht

Jeder Arbeitnehmer verpflichtet sich durch den Arbeitsvertrag i.V.m. § 611a Abs. 1 Satz 1 BGB zur Leistung von Diensten nach Weisung des Arbeitgebers. Wenn der Arbeitnehmer zur vereinbarten oder angewiesenen Zeit oder im entsprechenden Zeitraum vereinbarungs- bzw. weisungswidrig nicht arbeitet, behält der Arbeitgeber grundsätzlich seinen Leistungsanspruch und kann sein Weisungsrecht abermals ausüben (oben II.3.a)). Die Nacharbeitspflicht des Arbeitnehmers ist somit Teil seiner fortbestehenden Primärleistungspflicht. Demgemäß ist vom Weisungsrecht des Arbeitgebers auch die Anordnung von Nacharbeit umfasst¹⁴¹ (dazu noch unten III.4.a)).

Die Nacharbeitspflicht ist keine gewährleistungsrechtliche Nacherfüllungspflicht, weil es nicht um Mangelbeseitigung nach Schlechtleistung (wie bei § 439, § 635 BGB), sondern um erstmalige Primärleistung nach Nichtleistung geht. Ohne abweichende Absprache hat der Arbeitnehmer deshalb ebenso viel Arbeit nachzuholen, wie ausgefallen ist – bei zeitbemessener Arbeitsschuld¹⁴² ebenso viel Zeit, bei erfolgsbemessener Arbeitsschuld, bis der ausgebliebene Erfolg erreicht ist¹⁴³, ohne dass damit eine Erfolgshaftung verbunden wäre¹⁴⁴.

¹⁴¹ BAG v. 30.3.2000 – 6 AZR 680/98 – NZA 2001, 111, 112.

¹⁴² So die h.M., Fn. 9.

¹⁴³ Im Fall des BAG v. 25.3.1992 – 5 AZR 300/91 – juris Rn. 25: Erstellen eines Abschlussberichts.

¹⁴⁴ Vgl. Latzel, Staudinger, 2020, § 611 BGB Rn. 112, 118, 230 f – für den Dienstvertrag.

b) Nacharbeit aufgrund Ergänzungsvereinbarung

Die Arbeitsvertragsparteien können außerdem explizit vereinbaren, dass der Arbeitnehmer ausgefallene Arbeit generell oder in einem Einzelfall nachzuholen hat (oben II.4.b)). Das ist sogar noch nach Ende des Arbeitsverhältnisses möglich¹⁴⁵ und bedeutet dann eine befristete Verlängerung des Arbeitsverhältnisses¹⁴⁶, weshalb die §§ 14, 15 TzBfG zu beachten sind.

c) Nacharbeit kein Schadensersatz

Selbst wenn der Arbeitnehmer den Arbeitsausfall zu vertreten hat, schuldet er hierfür nicht Schadensersatz in Form von Nacharbeit¹⁴⁷. Schadensersatz statt der Leistung (§ 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 281 oder § 283 BGB) kann nicht auf Naturalrestitution i.S.d. § 249 Abs. 1 BGB gerichtet sein, sondern nur auf Geld (vgl. § 281 Abs. 4 BGB)¹⁴⁸. Das gilt erst Recht bei absoluter Fixschuld¹⁴⁹.

2. Entstehung und Entfall der Nacharbeitspflicht

Die Nacharbeitspflicht entsteht grundsätzlich immer dann, wenn die primär vereinbarte oder angewiesene Arbeitszeit erfolglos abgelaufen ist und der Arbeitnehmer seine Dienste nicht ausnahmsweise absolut fix schuldet. Indes braucht der Arbeitnehmer auch beim Ausfall relativ fix geschuldeter Arbeit diese nicht nachzuholen, wenn der Grund für den Arbeitsausfall dem entgegensteht.

¹⁴⁵ BAG v. 25.3.1992 – 5 AZR 300/91 – juris Rn. 25.

¹⁴⁶ A.A. offenbar BAG v. 25.3.1992 – 5 AZR 300/91 – juris Rn. 25: erfolgsbezogene Arbeitsleistung bei freier Zeiteinteilung noch nach Ende des Arbeitsverhältnisses nachzuholen.

¹⁴⁷ *Beuthien*, ZfA 1972, 73, 74; a.A. *Rasche*, in: Tschöpe (Fn. 94), 2. Teil A. Rn. 160; *Söllner*, AcP 167 (1967), 132, 139.

¹⁴⁸ BGH v. 22.7.2010 – VII ZR 176/09 – NJW 2010, 3085 Rn. 10; BGH v. 13.3.2020 – V ZR 33/19 – ZfBR 2020, 552 Rn. 15; *S. Lorenz*, BeckOK-BGB, 5/2021, § 280 Rn. 44, § 281 Rn. 39 m.w.N.; differenzierend *Ernst*, MüKo-BGB (Fn. 27), Vor § 281 Rn. 7; *Schwarze*, Staudinger, 2019, § 280 BGB Rn. E 37; ganz anders BAG v. 16.5.2017 – 9 AZR 572/16 – NZA 2017, 1056 Rn. 12: Bei rechtswidriger Urlaubsverweigerung hat Arbeitnehmer Schadensersatzanspruch „gem. § 275 Abs. 1, Abs. 4, § 280 Abs. 1, Abs. 3, § 283 Satz 1, § 286 Abs. 1 Satz 1, § 287 Satz 2 und § 249 Abs. 1 BGB“ gerichtet auf Gewährung von „Ersatzurlaub“.

¹⁴⁹ *Hellfeier* (Fn. 6), S. 129 ff.

a) Arbeitsausfall wegen Annahmeverzugs

Gesetzlich geregelt ist der Entfall der Nacharbeitspflicht nur für den Fall, dass die Arbeit wegen Annahmeverzugs des Arbeitgebers ausgefallen ist: Gem. § 615 Satz 1 a.E. BGB ist der Arbeitnehmer in diesem Fall nicht zur Nacharbeit verpflichtet (dazu oben II.3.b)). Dazu zählen auch die Fälle, in denen der Arbeitgeber die Arbeitsleistung aus betriebstechnischen Gründen nicht annehmen kann (§ 615 Satz 3 BGB). Wenn der Arbeitgeber zwar die Arbeitsleistung theoretisch annehmen, aber praktisch nicht sinnvoll nutzen kann, realisiert sich das Wirtschaftsrisiko, das ebenfalls der Arbeitgeber trägt und gem. § 615 Satz 1 BGB zum Entfall der Nacharbeitspflicht führt¹⁵⁰. Vereinbarungen über die Nachholung von Arbeit, die infolge Annahmeverzugs des Arbeitgebers (z.B. wegen Betriebsschließungen) entfallen ist, sind mithin konstitutiv (dazu oben II.4.b)cc)).

b) Arbeitsausfall wegen Unmöglichkeit oder Unzumutbarkeit

Wenn dem Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung unmöglich ist gem. § 275 Abs. 1 BGB oder er sich berechtigt auf Unzumutbarkeit gem. § 275 Abs. 3 BGB beruft, ist offen, ob die infolgedessen ausgefallene Arbeit später, wenn vertragsgemäße Arbeit wieder möglich bzw. zumutbar ist, nachgeholt werden muss¹⁵¹. Zeitweilige Unmöglichkeit befreit den Schuldner zunächst nur auf Zeit¹⁵². Wer etwa wegen des Todes eines nahen Angehörigen für zwei Tage seiner Arbeitspflicht nicht nachkommt, kann sich womöglich *solange* auf § 275 Abs. 3 BGB berufen, muss aber anschließend die ausgefallene Arbeit grundsätzlich nachholen¹⁵³, sofern die Nacharbeitspflicht nicht analog § 615 Satz 1 BGB entfällt (dazu unten III.2.c)–d)).

Nach der Rspr. ist ein zeitweiliges Erfüllungshindernis nur dann wie ein dauerndes zu behandeln (und schließt somit die Nacharbeitspflicht von vornherein aus), wenn durch das Hindernis (1) die Erreichung des Vertragszwecks infrage gestellt ist und (2) der einen oder anderen Partei bei billiger Abwägung der beiderseitigen Belange (im Zeitpunkt des Eintritts des Hindernisses) nicht zugemutet werden kann, die Leistung später noch zu fordern bzw. zu erbringen¹⁵⁴:

¹⁵⁰ *Benthien*, RdA 1972, 20 f.; eingehend *E. Picker*, FS Kissel, 1994, S. 813 ff.

¹⁵¹ Für generellen Entfall der Nacharbeitspflicht in Fällen des § 275 Abs. 3 BGB wegen Überschreitung der „Opfergrenze“: *Hellfeier* (Fn. 6), S. 105.

¹⁵² *Benthien*, RdA 1972, 20, 21.

¹⁵³ *Benthien*, RdA 1972, 20, 21.

¹⁵⁴ BGH v. 19.10.2007 – V ZR 211/06 – NJW 2007, 3777 Rn. 24.

Zu 1: Die Erreichung der Arbeitsvertragszwecke ist durch ein Erfüllungshindernis stets infrage gestellt, wenn das Hindernis voraussichtlich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses bestehen wird¹⁵⁵. Außerdem ist die Zweckerreichung infrage gestellt, wenn das Erfüllungshindernis voraussichtlich so lange bestehen wird, dass die negative Prognose für eine ordentliche Arbeitgeberkündigung gem. § 1 KSchG¹⁵⁶ (beim Ausschluss der ordentlichen Kündigung gem. § 626 BGB¹⁵⁷) gerechtfertigt ist. Dann erkennt das Recht nämlich den Fortfall des Leistungsinteresses des Arbeitgebers grundsätzlich an; auf die übrigen Kündigungsvoraussetzungen kommt es für die Nacharbeitspflicht nicht an.

Zu 2: Dem *Arbeitgeber* ist zwar eine vorher doch wieder möglich werdende Nacharbeit regelmäßig zumutbar, weil er ohnehin auf selbige verzichten kann (dazu unten III.4.b)). Dem *Arbeitnehmer* ist indes die vorher doch wieder möglich werdende Nacharbeit nicht zumutbar und entfällt mithin seine Nacharbeitspflicht bei voraussichtlich langfristigem Wegfall der Arbeitspflicht dauerhaft, weil er in diesem Fall anderweitig über seine Arbeitskraft disponieren können muss.

Bei Arbeitsverhältnissen steht ein zeitweiliges Erfüllungshindernis einem dauernden deshalb immer dann gleich, wenn das Hindernis – *ex ante* betrachtet – voraussichtlich so lange bestehen wird, dass es die negative Prognose für eine ordentliche Arbeitgeberkündigung rechtfertigt oder bis das Arbeitsverhältnis ohnehin endet. Entfällt Arbeit wegen solch dauernder Leistungshindernisse, entsteht keine Nacharbeitspflicht. Bei voraussichtlich vorübergehenden Leistungshindernissen entfällt die Nacharbeitspflicht indes grundsätzlich nicht (zu den Ausnahmen sogleich).

c) *Arbeitsausfall wegen Krankheit*

Wenn der Arbeitnehmer arbeitsunfähig erkrankt ist, ist seine Arbeitspflicht – je nach Schwere der Krankheit – gem. § 275 Abs. 1 oder Abs. 3 BGB zunächst unabhängig von den Voraussetzungen der §§ 3 ff. EFZG ausgeschlossen¹⁵⁸. Der Arbeitsausfall ist aber i.d.R. nur vorübergehend und deshalb

¹⁵⁵ Vgl. Reichold, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 14: dauernde Unmöglichkeit, wenn Nachholung „nicht mehr in Betracht kommt“.

¹⁵⁶ Dazu Preis, *Abscheid/Preis/Schmidt*, Kündigungsrecht, 6. Aufl. 2021, H. Rn. 74 ff.; Vossen, ebenda, § 1 KSchG Rn. 73, 139 ff.

¹⁵⁷ Dazu Stoffels, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 626 BGB Rn. 70 ff.

¹⁵⁸ Greiner (Fn. 68), S. 289 ff.; Henssler, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2020, § 616 Rn. 3; Reichold, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 17; Riehm, BeckOGK, 4/2021, § 275 BGB Rn. 110 f.: Arbeitsunfähigkeit i.S.d. § 3 EFZG ist nicht gleichbedeutend mit krankheitsbedingter Unmöglichkeit i.S.d. § 275 Abs. 1 BGB.

grundsätzlich nachzuarbeiten¹⁵⁹, sofern keine negative Prognose begründet ist (dazu soeben). Das EFZG kennt keine § 615 Satz 1 a.E. BGB entsprechende Vorschrift.

Indes hat der Gesetzgeber mit dem Entgeltfortzahlungsanspruch aus §§ 3 ff. EFZG zu erkennen gegeben, dass krankheitsbedingter Arbeitsausfall unter den dort genannten Maßgaben nicht dem Arbeitnehmer zum Nachteil gereichen soll¹⁶⁰. Wenn der Arbeitnehmer den krankheitsbedingten Arbeitsausfall nacharbeiten müsste, würde er – selbst wenn er für die Nacharbeit zusätzlich zur Entgeltfortzahlung vergütet würde – letztlich doch durch den Arbeitsausfall belastet¹⁶¹. Außerdem herrschte bei Inkrafttreten des EFZG 1994 (und seiner Vorgänger) die Absolute-Fixschuld-These¹⁶², weshalb das Fehlen einer § 615 Satz 1 a.E. BGB entsprechenden Regel als planwidrige Unvollständigkeit des EFZG, nicht als beredtes Schweigen zu verstehen ist. Somit ist für Zeiten des Arbeitsausfalls mit Entgeltfortzahlung gem. §§ 3 ff. EFZG grundsätzlich analog § 615 Satz 1 a.E. BGB keine Nacharbeit geschuldet¹⁶³ (zu Nacharbeitsabreden auch für den Krankheitsfall oben II.4.b)cc)).

Hat der arbeitsunfähig erkrankte Arbeitnehmer keinen Entgeltfortzahlungsanspruch, bleibt er grundsätzlich zur Nacharbeit verpflichtet, sofern seine Arbeitsunfähigkeit nicht – *ex ante* betrachtet – voraussichtlich bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses oder zumindest so lange dauern wird, dass sie eine negative Prognose für eine Kündigung rechtfertigt. Bei voraussichtlich vorübergehender Erkrankung kann der Arbeitnehmer nach seiner Genesung seine ausgefallene Vergütung durch Nacharbeit sichern.

d) Arbeitsausfall in anderen Fällen mit Entgeltfortzahlung

Aus denselben Gründen müssen Arbeitnehmer auch dann analog § 615 Satz 1 a.E. BGB ausgefallene Arbeit grundsätzlich nicht nachholen, wenn ihnen für die Zeit des Arbeitsausfalls Entgeltfortzahlung gem. anderer Normen zusteht, wie folgende Beispiele zeigen:

- Wenn Arbeit feiertagsbedingt ausfällt (§ 9 ArbZG i.V.m. § 134 BGB), erhält der Arbeitnehmer Entgeltfortzahlung gem. § 2 EFZG und soll mithin dieser Arbeitsausfall nicht zulasten des Arbeitnehmers gehen.

¹⁵⁹ A.A. gem. Absolute-Fixschuld-These: LAG Rheinland-Pfalz v. 18.1.2018 – 5 Sa 305/17 – juris Rn. 62 f.

¹⁶⁰ Greiner, MüHdbArbR, 5. Aufl. 2021, § 79 Rn. 5 ff.

¹⁶¹ Greiner, MüHdbArbR (Fn. 160), § 79 Rn. 2.

¹⁶² Nachw. in Fn. 4.

¹⁶³ Vgl. BAG v. 13.2.2002 – 5 AZR 470/00 – NZA 2002, 683, 687: Arbeitsausfall mit Entgeltfortzahlung (hier aus Tarifvertrag) muss zu entsprechender Zeitschrift auf Arbeitszeitkonto führen.

- Wenn der Arbeitnehmer seine Dienste aus persönlichen Gründen unverschuldet für nicht erhebliche Zeit nicht leisten kann, erhält er gem. § 616 BGB Entgeltfortzahlung und soll mithin dieser Arbeitsausfall nicht zu seinen Lasten gehen¹⁶⁴.
- Wenn die Arbeitnehmerin wegen eines Beschäftigungsverbots *außerhalb* der Mutterschutzfristen des § 3 MuSchG vor oder nach der Entbindung teilweise oder gar nicht beschäftigt werden darf und deshalb Entgeltfortzahlung¹⁶⁵ gem. § 18 MuSchG (Mutterschutzlohn) vom Arbeitgeber erhält, würde eine Nacharbeitspflicht sie entgegen der gesetzlichen Wertung belasten. *Während* der Mutterschutzfristen sind die Hauptleistungspflichten ohnehin suspendiert¹⁶⁶, d.h. die Arbeitsschuld besteht schon gar nicht und somit auch keine Nacharbeitspflicht. Das in dieser Zeit erhältliche Mutterschaftsgeld (§ 19 MuSchG) ist demgemäß keine Entgeltfortzahlung, sondern eine sozialstaatliche Lohnersatzleistung (§ 24i SGB V).
- Wenn der Arbeitgeber für die Unmöglichkeit der Arbeitsleistung i.S.d. § 275 Abs. 1–3 BGB allein oder weit überwiegend verantwortlich ist, behält der Arbeitnehmer seinen Vergütungsanspruch gem. § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB. Soweit in diesen Fällen nicht ohnehin § 615 Satz 1 BGB oder Satz 3 greift¹⁶⁷, würde diese gesetzliche Wertung durch eine Nacharbeitspflicht entwertet, auch wenn das Leistungshindernis voraussichtlich nur vorübergehend besteht und deshalb die Nacharbeitspflicht eigentlich nicht entfallen lässt (oben III.2.b)).

Für alle Fälle des Arbeitsausfalls mit Entgeltfortzahlung kann eine Nacharbeitspflicht konstitutiv vereinbart werden (dazu oben II.4.b)cc)), sofern dadurch die Entgeltfortzahlung nicht indirekt geschmälert wird.

¹⁶⁴ *Tillmanns*, MüHdbArbR (Fn. 68), § 77 Rn. 7: Entfall der Nachleistungspflicht wegen des Regelungszwecks des § 616 BGB „selbstverständlich“; nach *Bieder*, BeckOKG, 2/2020, § 616 BGB Rn. 43, ergibt sich in den Fällen des § 616 BGB die Befreiung von der Nachleistungspflicht aus den speziellen Leistungsverweigerungsrechten, die indes die Frage der Nachholung berechtigt verweigerter Arbeit nicht beantworten (dazu unten III.2.e)bb)).

¹⁶⁵ *Dahm*, BeckOK-ArbR, 3/2021, § 18 MuSchG Rn. 3; vgl. § 11 MuSchG a.F.: „Arbeitsentgelt bei Beschäftigungsverboten“.

¹⁶⁶ BAG v. 11.10.2000 – 5 AZR 240/99 – NZA 2001, 445, 447.

¹⁶⁷ Zum Anwendungsbereich von § 326 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB im Arbeitsverhältnis: BAG v. 27.1.2016 – 5 AZR 9/15 – NZA 2016, 691 Rn. 25; *Schwarze*, Staudinger, 2020, § 326 BGB Rn. C56.

e) *Arbeitsausfall ohne Entgeltfortzahlung*

aa) *Arbeitsausfall mit Lohnersatzleistung*

Kann der Arbeitnehmer für ausgefallene Arbeit nicht Entgeltfortzahlung, sondern nur Lohnersatzleistungen beanspruchen (z.B. gem. § 56 IfSG, § 3 Abs. 1, 2 FPfZG, §§ 44 ff. SGB V, § 44a SGB XI), entfällt seine Nacharbeitspflicht deshalb nicht. Die arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten können in diesen Fällen aber u.U. suspendiert und damit ein nachzuholender Arbeitsausfall ausgeschlossen sein. Insbesondere, wenn ein Arbeitnehmer einen Freistellungsanspruch geltend macht (z.B. gem. § 1 BUrtG, § 3 PflegeZG, § 2 FPfZG, § 37 Abs. 2 BetrVG)¹⁶⁸, wird die Arbeitspflicht – soweit notwendig mit Zustimmung des Arbeitgebers – suspendiert und braucht die Freistellungszeit schon deshalb nicht nachgearbeitet zu werden. Gleiches gilt bei rechtmäßigen Arbeitskämpfen, für deren Dauer die arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflichten freilich unabhängig von der Zustimmung der Gegenseite suspendiert sind¹⁶⁹ (zur Teilnahme an einem rechtswidrigen Streik unten III.2.e(cc)).

bb) *Arbeitsausfall infolge Leistungsverweigerung oder Zurückbehaltung*

Wenn der Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht (z.B. aus § 275 Abs. 3 BGB, § 2 Abs. 1 PflegeZG, § 14 AGG) oder Zurückbehaltungsrecht (z.B. aus §§ 273, 320 BGB) berechtigt ausübt, aber für den gleichen Zeitraum *keinen Entgeltfortzahlungsanspruch* (dazu oben III.2.c)–d)) hat, muss er – wenn das Recht nicht mehr besteht – grundsätzlich die verweigerte bzw. zurückbehaltene Arbeit nachholen – in letzterem Falle Zug um Zug gegen Erfüllung der ausstehenden Arbeitgeberpflicht (§§ 274, 322 BGB). Ist die berechtigte Leistungsverweigerung voraussichtlich dauerhaft, entfällt die Nacharbeitspflicht (oben III.2.b)). Allerdings kann der Arbeitgeber infolge einer berechtigten Leistungsverweigerung des Arbeitnehmers ohnehin in Annahmeverzug geraten¹⁷⁰ und dann die Nacharbeitspflicht gem. § 615 Satz 1 BGB entfallen.

¹⁶⁸ Weitere Freistellungsansprüche bei *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2020, § 611a BGB Rn. 1184 ff.

¹⁶⁹ *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2020, § 611a BGB Rn. 1175.

¹⁷⁰ *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 41 Rn. 16; *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2020, § 611a BGB Rn. 1125.

cc) *Arbeitsausfall ohne Entschuldigung*

Wenn der Arbeitnehmer unentschuldigt die Arbeit nicht oder zu spät antritt oder zu früh beendet, sich selbst beurlaubt oder an einem rechtswidrigen Streik teilnimmt, muss er die ausgefallene Arbeit nachholen¹⁷¹. Mag der rechtswidrig streikende Arbeitnehmer die ausfallbedingten Schäden u.U. nicht zu vertreten haben¹⁷² und seine „bloße Streikteilnahme“ nicht eine Kündigung rechtfertigen¹⁷³, so muss der Arbeitnehmer doch verschuldensunabhängig den Streikausfall nacharbeiten, sofern der Arbeitgeber darauf nicht durch Teilrücktritt verzichtet (dazu unten III.4.b)).

3. *Nacharbeitsrecht des Arbeitnehmers*

Mit der Arbeitspflicht des Arbeitnehmers korrespondiert sein Beschäftigungsanspruch, den die Rspr. aus § 242 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG herleitet¹⁷⁴. Der Arbeitgeber muss deshalb dem Arbeitnehmer grundsätzlich auch die Erfüllung seiner Nacharbeitspflicht ermöglichen und vertragsgemäße Arbeit zuweisen, soweit er nicht auf die Nacharbeit durch Teilrücktritt verzichtet (dazu unten III.4.b)). Der Arbeitnehmer hat deswegen aber kein Recht zur „zweiten Andienung“, weil der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer andere Tätigkeiten zuweisen kann, als ausgefallen sind (oben II.3.a)). Der Arbeitnehmer kann deshalb grundsätzlich nicht autonom seine Nacharbeit leisten. Das ist nur möglich, wenn der Arbeitgeber bereits vor dem Arbeitsausfall erklärt hat, dass seine Weisung auch bei Arbeitsausfall fortgilt – und zwar zusätzlich zu den übrigen Weisungen. In diesem Fall kann der Arbeitnehmer – sofern es die betrieblichen Umstände und das ArbZG zulassen – außerhalb seiner regulären Arbeitszeit die ausgefallene Arbeit autonom nachholen.

Im Übrigen kann der Arbeitnehmer sein Nacharbeitsrecht durch ein vertragsgemäßes Leistungsangebot geltend machen, das geeignet sein muss, den Arbeitgeber in Annahmeverzug setzen. Weil die Arbeitsschuld im ausgefallenen Umfang terminlos geworden ist, muss der Arbeitnehmer seine Nacharbeit mit angemessener Vorankündigungsfrist (§ 299 BGB) dem Arbeitgeber anbieten¹⁷⁵. Die Frist muss so lang bemessen sein, dass der Arbeitgeber wäh-

¹⁷¹ *Beuthien*, RdA 1972, 20, 21: „Vertragswidriges Nichtstun [...] sollte nicht mit einer Schuldbefreiung belohnt werden“.

¹⁷² *Hergenröder*, HWK, 9. Aufl. 2020, Art. 9 GG Rn. 298.

¹⁷³ *Hergenröder*, HWK (Fn. 172), Art. 9 GG Rn. 302.

¹⁷⁴ St. Rspr. seit BAG v. 10.11.1955 – 2 AZR 591/54 – NJW 1956, 359; bestätigt durch BAG (GS) v. 27.2.1985 – GS 1/84 – NJW 1985, 2968, 2969 f.

¹⁷⁵ Vgl. *Ernst*, MüKo-BGB (Fn. 27), § 323 Rn. 177; *Gsell*, FS U. Huber, 2006, S. 299, 305 f.

renddessen eine „wohlüberlegte Entscheidung“ treffen kann¹⁷⁶, ob er auf die Nacharbeit durch Teilrücktritt verzichtet (dazu unten III.4.b)) oder welche vertragsgemäße Nacharbeit er dem Arbeitnehmer am Ende der Ankündigungsfrist – zusätzlich zur regulären Arbeit – zuweisen wird¹⁷⁷ (dazu so gleich). Die Angemessenheit der Frist richtet sich vor allem nach dem Vorlauf der betrieblichen Personaleinsatzplanung. Kündigt der Arbeitnehmer seine Nacharbeit mit zu kurzer Frist an, tritt an ihre Stelle die angemessene Frist¹⁷⁸. Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer am Ende der Frist nicht Nacharbeit zuweist und auch nicht den Teilrücktritt erklärt, gerät er in Annahmeverzug und entfällt die Nacharbeitspflicht vergütungspflichtig gem. § 615 Satz 1 BGB sukzessive mit Ablauf des für die Nacharbeit verfügbaren Zeitraums (dazu unten III.5.).

4. Anordnung von Nacharbeit und Verzicht durch Teilrücktritt

Das Nacharbeitsrecht des Arbeitnehmers ist dadurch stark relativiert, dass der Arbeitgeber auf die Nacharbeit durch Teilrücktritt verzichten kann. Wenn der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bereits wirksam, aber erfolglos Arbeit zugewiesen hat, hat der Arbeitnehmer nämlich seine Gelegenheit zur Persönlichkeitsentfaltung durch Arbeit¹⁷⁹ gehabt. Deswegen¹⁸⁰ kann der Arbeitgeber anschließend frei wählen (dazu c)), ob er Nacharbeit anordnet (dazu a)) oder auf selbige verzichtet (dazu b)).

a) Anordnung von Nacharbeit

Der Arbeitgeber kann im versäumten Arbeitszeitumfang an der Leistungspflicht des Arbeitnehmers festhalten. Weil der Arbeitnehmer i.d.R. nicht von sich aus die ausgefallene Arbeit nachholen kann (dazu soeben), muss der Arbeitgeber zunächst sein Weisungsrecht (abermals) billig i.S.d. § 106 GewO ausüben. Hierbei ist er zwar nicht an seine frühere, nicht befolgte Weisung gebunden (oben II.3.a)), muss aber wegen der Ergänzung zur regulär fortlaufenden Arbeit besonders auf (tarif-)vertragliche, betriebliche¹⁸¹ und ar-

¹⁷⁶ Vgl. *Gsell*, FS U. Huber, 2006, S. 299, 306 – für den Kaufvertrag.

¹⁷⁷ Vgl. *Feldmann*, Staudinger, 2019, § 299 BGB Rn. 4: Dem Gläubiger muss am Fristende seine erforderliche Mitwirkungshandlung zumutbar sein.

¹⁷⁸ Vgl. *Feldmann*, Staudinger, 2019, § 299 BGB Rn. 6: Annahmeverzug erst, wenn vom Gläubiger „billigerweise die Annahme erwartet werden kann“.

¹⁷⁹ BAG (GS) v. 27.2.1985 – GS 1/84 – NJW 1985, 2968, 2969 f.

¹⁸⁰ *Hellfeier* (Fn. 6), S. 126 f.: kein Beschäftigungsanspruch, wenn Arbeitgeber kein Nachleistungsinteresse hat und deswegen auf selbige verzichtet.

¹⁸¹ Vgl. Fn. 73.

beitszeitrechtliche Vorgaben zur Arbeitszeitlege achten. Außerdem muss der Arbeitgeber bei der Anordnung von Nacharbeit die privaten, insbesondere familiären Interessen des Arbeitnehmers sowie Ursache, Umfang und Vertretenmüssen des Arbeitsausfalls berücksichtigen¹⁸². Der Arbeitgeber muss Nacharbeit mit mindestens vier Tagen Vorlauf anweisen (analog § 12 Abs. 3 TzBfG), sofern sich nicht der Arbeitnehmer mit einer kürzeren Vorankündigung einverstanden erklärt¹⁸³. Das gilt auch, wenn die Weisung darin besteht, die zunächst erfolglos angewiesene Tätigkeit zusätzlich zu den übrigen angewiesenen Tätigkeiten nachzuholen.

b) Verzicht auf Nacharbeit durch Teilrücktritt

Der Arbeitgeber kann insoweit, wie Arbeit ausgefallen ist, auch auf die Erfüllung der Arbeitsschuld verzichten, indem er gem. § 323 Abs. 1 BGB den Teilrücktritt erklärt¹⁸⁴. Bei relativen Fixschulden berechtigt den Gläubiger allein der erfolglose Ablauf der Leistungszeit, auf die Leistung durch Rücktritt zu verzichten (oben II.1.). Demgemäß erklärt der Arbeitgeber mit dem Teilrücktritt, an den Diensten des Arbeitnehmers im ausgefallenen Umfang (nicht unbedingt der konkret ausgefallenen Tätigkeit) kein Interesse mehr zu haben. Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer zuvor keine Nachfrist setzen, weil die Arbeitsschuld durch den vorangegangenen Arbeitsausfall in dessen Umfang terminlos geworden ist (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

Der Arbeitgeber kann seinen Teilrücktritt – vorbehaltlich (tarif-)vertraglicher Regeln – formlos ausdrücklich oder konkludent gegenüber dem Arbeitnehmer erklären (§ 349 BGB). Wenn der Arbeitnehmer die ausgefallene Tätigkeit in der regulären Arbeitszeit nachholen soll, verzichtet der Arbeitgeber damit ebenso wenig auf Nacharbeit wie durch Vergabe der konkret ausgefallenen Tätigkeit an Kollegen oder Dritte oder durch unverminderte Vergütungszahlung¹⁸⁵ (dazu noch unten IV.2.). Eine Rücktrittserklärung liegt aber gem. § 281 Abs. 4 BGB darin, dass der Arbeitgeber berechtigterweise¹⁸⁶ Schadensersatz statt der ausgefallenen Arbeit verlangt. Wenn bereits vor Beginn der vereinbarten oder angewiesenen Tätigkeit deren Ausfall absehbar ist, kann der Arbeitgeber bereits dann insoweit zurücktreten (§ 323 Abs. 4 BGB). Der

¹⁸² *Hellfeier* (Fn. 6), S. 120 f.

¹⁸³ *Preis*, Erfurter Kommentar (Fn. 3), § 12 TzBfG Rn. 30.

¹⁸⁴ LAG Berlin v. 16.10.1998 – 6 Sa 74/98 – NZA-RR 1999, 388, 389: Rücktrittsrecht aus § 361 BGB a.F.; *Hellfeier* (Fn. 6), S. 115 ff.; *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 10, 33; *von Stebut*, RdA 1985, 66, 68: Leistungsablehnungsrecht aus § 326 Abs. 2 BGB a.F.; vgl. *Ernst*, MüKo-BGB (Fn. 27), § 275 Rn. 151 f.

¹⁸⁵ *Hellfeier* (Fn. 6), S. 114 bzw. 125.

¹⁸⁶ BGH v. 14.10.2020 – VIII ZR 318/19 – NJW 2021, 464 Rn. 15 ff.

Teilrücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Arbeitgeber für den Arbeitsausfall allein oder weit überwiegend verantwortlich ist (§ 323 Abs. 6 Alt. 1 BGB).

Gegen das Teilrücktrittsrecht des Arbeitgebers aus § 323 Abs. 1 BGB spricht nicht, dass bei Dauerschuldverhältnissen das Rücktrittsrecht grundsätzlich durch das Kündigungsrecht verdrängt ist¹⁸⁷. Durch den Teilrücktritt wird nicht das Arbeitsverhältnis an sich infrage gestellt; vielmehr ist der Teilrücktritt gerade als Reaktion auf Nichtleistungen in Dauerschuldverhältnissen gesetzlich vorgesehen (vgl. § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB)¹⁸⁸. Wegen des Ausfalls der geschuldeten Arbeit ist das Arbeitsverhältnis insoweit ohnehin nicht vollzogen worden, weshalb *insoweit* der Teilrücktritt unproblematisch möglich ist¹⁸⁹, weil grundsätzlich keine erbrachten Leistungen rückabzuwickeln sind, was sonst gegen den Rücktritt von vollzogenen Dauerschuldverhältnissen sprechen soll¹⁹⁰. Die Rückzahlung vorausgezahlter Vergütung (dazu unten IV.2.) bereitet keine Abwicklungsprobleme. Außerdem lässt das Teilrücktrittsrecht des Arbeitgebers bei relativer Fixschuld gegenüber der automatischen Unmöglichkeit bei absoluter Fixschuld einen differenzierteren Umgang mit Arbeitsausfällen zu und gibt dem Beschäftigungs- und Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers mehr Raum.

Der Arbeitgeber kann anstelle des Teilrücktritts nicht zum Verzicht auf Nacharbeit darauf verwiesen werden, vom Arbeitnehmer Schadensersatz statt der Leistung wegen des Arbeitsausfalls berechtigt zu verlangen (§ 281 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 BGB), weil der Rücktritt neben dem Schadensersatzverlangen möglich (vgl. § 325 BGB)¹⁹¹ und nur in den Fällen des § 323 Abs. 6 BGB ausgeschlossen ist. Außerdem ist der Schadensersatz statt der Leistung für den Schuldner belastender als der Rücktritt (wegen der über die Rückabwicklung hinausgehenden Ersatzpflicht) und deswegen an höhere Voraussetzungen als jener gebunden (vgl. § 281 Abs. 2 gegenüber § 323 Abs. 2 BGB)¹⁹². Insbesondere hinge dann das Verzichtsrecht des Arbeitgebers davon ab, dass der Ausfall bei ihm zu einem Schaden geführt hat¹⁹³, der nicht in einem Verzugsscha-

¹⁸⁷ Dazu Begründung zum Entwurf des SMG, BT-Drs 14/6040, S. 177: § 314 BGB verdrängt in seinem Anwendungsbereich § 323 BGB.

¹⁸⁸ Begründung zum Entwurf des SMG, BT-Drs. 14/6040, S. 186.

¹⁸⁹ *Ernst*, MüKo-BGB (Fn. 27), § 323 Rn. 35; *Hellfeier* (Fn. 6), S. 116: Suspendierung des Arbeitsverhältnisses wie im Arbeitskampf.

¹⁹⁰ *Oetker* (Fn. 5), S. 349 ff.; *Schwarze*, Staudinger, 2020, § 323 BGB Rn. A32 f.

¹⁹¹ *Ernst*, MüKo-BGB (Fn. 27), § 325 Rn. 4 f.; *Schwarze*, Staudinger, 2020, § 325 BGB Rn. 13 f.

¹⁹² *Schwarze*, AcP 207 (2007), 437, 453.

¹⁹³ Die Vermutung des Vertretenmüssens (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB) wird nicht gem. § 619a BGB aufgehoben, wenn die Leistungsstörung (wie hier) nicht betrieblich veranlasst ist, *Henssler*, MüKo-BGB (Fn. 158), § 619a Rn. 55 f.; *Richardi/Fischinger*, Staudinger, 2019, § 619a BGB Rn. 13, 15.

den besteht¹⁹⁴. Schließlich müsste der Arbeitgeber seinen Interessesfortfall mit mehr als dem erfolglosen Ablauf der Arbeitszeit begründen (oben II.1.). Alternativ zum Nacharbeitsverzicht durch Teilrücktritt kann sich der Arbeitgeber vom Arbeitnehmer in Annahmeverzug setzen lassen (dazu oben III.3.) und dadurch den Untergang der Nacharbeitspflicht gem. § 615 Satz 1 BGB sukzessive vergütungspflichtig herbeiführen.

c) Entscheidungsfreiheit des Arbeitgebers

Der Arbeitgeber ist in seiner Entscheidung, ob er die Nacharbeit einfordert oder auf sie durch Teilrücktritt verzichtet – wie jeder Gläubiger, der infolge von Leistungszeitversäumnis zurücktreten kann – grundsätzlich frei¹⁹⁵. § 315 BGB gilt insoweit ebenso wenig wie bei der Ausübung anderer Gestaltungsrechte¹⁹⁶. Doch so wie ein Rücktritt gem. § 242 BGB treuwidrig sein kann, kann auch ein Teilrücktritt treuwidrig sein. Das ist hier der Fall, wenn der Arbeitgeber die Nacharbeit ohne erheblichen Aufwand ermöglichen kann und entweder der Arbeitsausfall geringfügig ist¹⁹⁷ oder der Arbeitnehmer auf die Nacharbeitsvergütung angewiesen ist. Letzteres ist indiziert, wenn der Arbeitnehmer für die ausgefallene Arbeit keine Lohnersatzleistungen (dazu oben III.2.e)aa) beanspruchen kann.

Der Arbeitnehmer, der alsbald wissen will, ob er sich auf Nacharbeit einzustellen hat und mit Nacharbeitsvergütung rechnen darf, kann den Arbeitgeber mit einem angekündigten Nacharbeitsangebot in Annahmeverzug versetzen (oben III.3.). Anderweitige Druckmittel sind deshalb nicht erforderlich. Insbesondere kann der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber nicht wirksam eine Frist zur Teilrücktrittserklärung setzen (etwa analog § 350 BGB¹⁹⁸ oder § 264 Abs. 2 BGB¹⁹⁹)²⁰⁰. Obgleich der Teilrücktritt hier unerfülltes Vertragsprogramm storniert, muss der Arbeitgeber sein Recht auch nicht von sich aus analog § 314 Abs. 3 BGB innerhalb angemessener Frist ausüben²⁰¹, weil der

¹⁹⁴ *Ernst*, MüKo-BGB (Fn. 27), § 281 Rn. 116 ff.

¹⁹⁵ *Reichold*, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 10.

¹⁹⁶ *Rieble*, Staudinger, 2020, § 315 BGB Rn. 208.

¹⁹⁷ Nach *Hellfeier* (Fn. 6), S. 117, soll Nacharbeitsverzicht bei geringfügiger Verspätung i.d.R. treuwidrig sein.

¹⁹⁸ Dafür *Schwarze*, Staudinger, 2020, § 323 BGB Rn. D6.

¹⁹⁹ Dafür *Grüneberg*, Palandt, 80. Aufl. 2021, § 323 BGB Rn. 33.

²⁰⁰ *Gsell*, FS U. Huber, 2006, S. 299, 301; *H. Hanau*, NJW 2008, 2806, 2810; *Looschelders*, BeckOGK, 2/2021, § 323 BGB Rn. 247.

²⁰¹ Dafür aber *Ernst*, MüKo-BGB (Fn. 27), § 323 Rn. 152; dagegen *Gsell*, FS U. Huber, 2006, S. 299, 302; *Hellfeier* (Fn. 6), S. 123 ff.; *Looschelders*, BeckOGK, 5/2021, § 323 BGB Rn. 249: Rücktrittsrecht kann nur verwirken.

Nacharbeitsverzicht auch nach längerer Zeit nicht unzumutbar ist²⁰². Der Arbeitgeber gibt durch längeres Zuwarten nach dem Arbeitsausfall grundsätzlich weder zu erkennen, auf Nacharbeit zu bestehen, noch auf selbige zu verzichten.

Weil die Verwirkung gem. § 242 BGB neben dem Zeitmoment auch ein Umstandsmoment erfordert²⁰³, verwirkt der Arbeitgeber seinen Nacharbeitsanspruch nicht schon, indem er zwei Monate in Kenntnis des Arbeitsausfalls schweigt²⁰⁴. Vielmehr muss der Arbeitnehmer aus dem Verhalten des Arbeitgebers berechtigt darauf schließen dürfen, dass letzterer die Nacharbeit nicht mehr einfordern wird. Hierfür genügt unverminderte Lohnzahlung ebenso wenig wie Abzug des Arbeitsausfalls vom Arbeitszeitkonto, aber womöglich eine Zeitgutschrift für den Arbeitsausfall im Bewusstsein desselben.

Solange der Arbeitgeber nicht auf Nacharbeit durch Teilrücktritt verzichtet, besteht die Arbeitsschuld des Arbeitnehmers ungeschmälert fort, bis der Nacharbeitszeitraum endet (dazu sogleich) oder der Arbeitnehmer von sich aus Nacharbeit ankündigt (oben III.3.). In letzterem Falle kann der Arbeitgeber bis zum Ende der Ankündigungsfrist zurücktreten²⁰⁵. Ansonsten kann der Arbeitnehmer mit seinem Nacharbeitsangebot dem Arbeitgeber dessen Teilrücktrittsrecht aus der Hand schlagen.

5. Nacharbeitszeitraum

Die Länge des Zeitraums, innerhalb dessen der Arbeitnehmer den versäumten Teil seiner Arbeitsschuld nach Weisung des Arbeitgebers nachzuholen hat (Nacharbeitszeitraum), ist grundsätzlich nicht begrenzt. Da durch den Arbeitsausfall die Arbeitsschuld in diesem Umfang terminlos geworden ist, muss der Arbeitgeber insbesondere nicht im selben Leistungsabschnitt (z.B. Kalendermonat), in dem Arbeit ausgefallen ist, Nacharbeit anweisen. Das ist bei Arbeitsausfall am Abschnittsende faktisch gar nicht möglich. Der Arbeitgeber kann seinen Nacharbeitsanspruch bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses geltend machen, sofern nicht der Arbeitnehmer vorher ein verzugsbegründendes Leistungsangebot macht (oben III.3.), sich auf Verjährung beruft (§ 214 Abs. 1 i.V.m. § 195, § 199 Abs. 1 BGB) oder (tarif-)vertragliche Verfallsklauseln greifen.

²⁰² Vgl. *Gsell*, FS U. Huber, 2006, S. 299, 302.

²⁰³ BGH v. 25.3.2021 – VII ZR 94/20 – NZBw 2021, 376 Rn. 32; BAG v. 20.3.2018 – 9 AZR 508/17 – NZA 2018, 931 Rn. 26 – jeweils m.w.N.

²⁰⁴ Dafür aber *Hellfeier* (Fn. 6), S.125.

²⁰⁵ *Gsell*, FS U. Huber, 2006, S. 299, 306; *H. Hanau*, NJW 2008, 2806, 2809; strenger *Ernst*, MüKo-BGB (Fn. 27), § 323 Rn. 177: Rücktritt nur unverzüglich nach Leistungsangebot möglich.

Der Nacharbeitszeitraum ist nicht analog § 2 Abs. 2 MiLoG auf zwölf Kalendermonate beschränkt²⁰⁶, weil es nicht um die Vergütung erbrachter Leistung, sondern um die Leistung versäumter Arbeit geht, die u.U. schon vergütet wurde. Auch § 3 Satz 2 ArbZG verlangt keine Nacharbeit innerhalb von sechs Monaten, weil es hier nicht um den Ausgleich von Mehrarbeit, sondern von Wenigerarbeit geht. Die Gesamtarbeitszeit bleibt unverändert. Deswegen hat das BAG einst zu Unrecht verlangt, dass zwischen Arbeitsausfall und Nacharbeit ein „gewisser zeitlicher Zusammenhang“ bestehen müsse, der sich am arbeitszeitrechtlichen Ausgleichszeitraum für *Mehrarbeit* orientieren sollte²⁰⁷. Gegen eine Befristung des Nacharbeitszeitraums analog § 3 Satz 2 ArbZG spricht nicht nur die unvergleichbare Interessenlage, sondern auch die fehlende Regelungslücke: Wenn der Arbeitnehmer verhindern will, dass ihn seine Nacharbeitspflicht womöglich jahrelang „quält“, kann er von sich aus Nacharbeit anbieten (oben III.3.). Der Arbeitgeber muss ohnehin bei der Anordnung von Nacharbeit billiges Ermessen walten lassen, was eine ausreichende Vorankündigungszeit einschließt (oben III.4.a)).

6. Erlöschen der Nacharbeitspflicht

a) Erfüllung der Nacharbeitspflicht

Die Nacharbeitspflicht ist als Teil der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers (oben III.1.a)) wie diese vom Arbeitnehmer zu erfüllen, d.h. nach Weisung des Arbeitgebers (oben III.4.a)). Die Nacharbeitspflicht kann auch dadurch erfüllt werden, dass der Arbeitnehmer Arbeitszeitguthaben einbringt oder an Nacharbeitstagen im Einvernehmen mit dem Arbeitgeber Erholungsurlaub nimmt²⁰⁸.

Versäumt der Arbeitnehmer wirksam angeordnete Nacharbeit, besteht die Nacharbeitspflicht nach allgemeinen Regeln (dazu oben III.2.) fort. Der Arbeitgeber wird sich aber kaum noch treuwidrig verhalten, wenn er infolge eines wiederholten Arbeitsausfalls auf die Nacharbeit durch Teilrücktritt verzichtet. Wenn der Arbeitgeber gleichwohl auf Nacharbeit besteht, wird der Arbeitnehmer weniger Rücksichtnahme bei der Nacharbeitszuweisung (dazu

²⁰⁶ In Frankreich ist aus kollektiven Gründen ausgefallene Arbeit (vgl. Fn. 131) grds. innerhalb von 12 Monaten (max. eine Stunde/Tag, 8 Stunden/Woche) nachzuholen, Art. R3121–34 f. Code du travail.

²⁰⁷ BAG v. 25.7.1957 – 2 AZR 93/56 – NJW 1958, 157, 158: fünf Wochen analog § 4 Abs. 2 AZO a.F.

²⁰⁸ Das BAG hält noch am überholten Ganztagesprinzip fest (BAG v. 8.5.2001 – 9 AZR 240/00 – NZA 2001, 1254, 1256), weshalb Urlaub nicht – wie in der Praxis gang und gäbe – korrespondierend zur Arbeit stundenweise bemessen und gewährt werden können soll; dagegen *Latzel*, EuZA 2014, 80, 92.

oben III.4.a)) einfordern können. Die Nacharbeitspflicht erlischt gem. § 615 Satz 1 BGB vergütungspflichtig, wenn der Arbeitnehmer seine Nacharbeit gem. § 299 BGB dem Arbeitgeber mit angemessener Vorankündigungsfrist anbietet und der Arbeitgeber am Ende der Ankündigungsfrist dem Arbeitnehmer keine billige (Nach-)Arbeit zuweist und auch nicht auf selbige durch Teilrücktritt verzichtet (oben III.3.).

b) Ende des Arbeitsverhältnisses

Endet das Arbeitsverhältnis und hat der Arbeitnehmer noch unerledigte Nacharbeitspflichten, gehen diese als Teil der Hauptleistungspflichten grundsätzlich vergütungslos unter. Mit dem Arbeitsverhältnis endet spätestens der Nacharbeitszeitraum (dazu oben III.5.) und wird die Nacharbeit unmöglich. Vorausgezahlte Vergütung für bis dahin nicht geleistete Arbeit hat der Arbeitnehmer zurückzuzahlen (unten IV.2.). Nacharbeit nach Ende des Arbeitsverhältnisses kommt nur in Betracht, sofern eine entsprechende Ergänzungsvereinbarung getroffen wird (dazu oben III.1.b)).

Wenn der Arbeitnehmer am Ende des Arbeitsverhältnisses (Nach-)Arbeit schuldig bleibt und das gem. § 280 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vertreten hat (was vermutet wird²⁰⁹), kann er dem Arbeitgeber für den Arbeitsausfall Schadensersatz statt der Leistung aus § 280 Abs. 1, Abs. 3 i.V.m. § 283 BGB in Geld (nicht durch Nacharbeit, oben III.1.c)) schulden, sofern er den Schaden nicht bereits als Verzugsschaden ersetzt hat. Allerdings kann der Arbeitnehmer seine Ersatzpflicht verhindern, indem er rechtzeitig vorher dem Arbeitgeber Nacharbeit mit Ankündigungsfrist anbietet (oben III.3.). Wenn offenkundig ist, dass der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses keine Nacharbeit mehr zuweisen wird (z.B. bei unwiderruflicher Freistellung), ist das Nacharbeitsangebot des Arbeitnehmers sogar entbehrlich²¹⁰ und entfällt die Nacharbeitspflicht vergütungspflichtig gem. § 615 Satz 1 BGB sukzessive mit dem Ablauf des noch verfügbaren Nacharbeitszeitraums. Der Arbeitgeber kann die Verzugsfolgen verhindern, indem er rechtzeitig vorher auf die Nacharbeit durch Teilrücktritt verzichtet.

IV. Vergütung für Nacharbeit

Die Nacharbeit ist als Teil der vertraglich geschuldeten Hauptleistung des Arbeitnehmers grundsätzlich wie diese zu vergüten.

²⁰⁹ Vgl. Fn. 193.

²¹⁰ Vgl. BAG v. 24.9.2014 – 5 AZR 611/12 – NZA 2014, 1407 Rn. 22.

1. Vergütung für Nacharbeit ohne Vorauszahlung

Der Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers entsteht grundsätzlich mit Beginn des jeweiligen Leistungszeitraums (oben II.4.a)bb)). Wenn der Arbeitnehmer in einem Leistungszeitraum Arbeit schuldig geblieben ist, wird sein Vergütungsanspruch insoweit gem. § 614 Satz 1 BGB erst fällig, wenn die Arbeit tatsächlich erbracht (nachgeholt) wird.

2. Vergütung für Nacharbeit bei Vorauszahlung

Wenn der Arbeitnehmer für die ausgefallene Arbeit (im eigentlichen Leistungszeitraum oder später) bereits vergütet wurde, ist die Nacharbeit nicht mehr zu vergüten. Die Vorausvergütung ausgefallener Arbeit kann der Arbeitgeber von deren Nacharbeit abhängig machen²¹¹, indem er sein Zurückbehaltungsrecht aus § 320 Abs. 1 BGB ausübt, was insbesondere bei verstetigtem Vergütungsanspruch relevant wird (dazu oben II.4.a)bb)).

Wenn es nicht zur Nachholung von Arbeit kommt, für die der Arbeitnehmer bereits vergütet wurde, muss er die Vorausvergütung analog § 326 Abs. 4 i.V.m. § 346 Abs. 1 BGB zurückzahlen (oben II.4.a)bb)). Entsprechende Rückzahlungsklauseln sind deshalb von der AGB-Inhaltskontrolle gem. § 307 Abs. 3 BGB entbunden²¹². Der Arbeitgeber kann seinen Rückzahlungsanspruch mit ausstehenden Vergütungsansprüchen des Arbeitnehmers verrechnen, ohne die Pfändungsfreigrenzen (§ 394 BGB i.V.m. § 850c ZPO) beachten zu müssen, weil die Vorauszahlung eine vorweggenommene Vergütungstilgung war und die Verrechnung deshalb keine Aufrechnung i.S.d. §§ 387 ff. BGB²¹³, sondern eher eine „Umwidmung“ ist. § 2 Abs. 2 MiLoG verlangt weder die Vorvergütung von Nacharbeit, noch steht er ihr und der späteren Verrechnung der Vorauszahlung mit dem Anspruch auf Vergütung der Nacharbeit entgegen²¹⁴. Verzichtet der Arbeitgeber auf Rückzahlung und auf Nacharbeit, begibt er sich in Untreuerisiko²¹⁵. Der Arbeitnehmer kann die Rückzahlungspflicht durch ein rechtzeitiges Nacharbeitsangebot nur dann verhindern (spätestens bei nahendem Ende des Arbeitsverhältnisses, oben

²¹¹ E. Picker, FS Kissel, 1994, S. 813, 824.

²¹² BAG v. 9.6.2010 – 5 AZR 332/09 – NZA 2010, 877 Rn. 41 – für Vorschussrückzahlungsklausel.

²¹³ BAG v. 13.12.2000 – 5 AZR 334/99 – NZA 2002, 390, 392 – für Verrechnung von überzahlter Vergütung bei negativem Arbeitszeitkontosaldo; Schlüter, MüKo-BGB, 8. Aufl. 2019, § 394 Rn. 5.

²¹⁴ Franzen, Erfurter Kommentar, 21. Aufl. 2021, § 2 MiLoG Rn. 4a.

²¹⁵ Zur Vergütung für „leere“ Arbeitsverträge: Latzel/Dommermuth-Albäuser, RdA 2017, 178, 182.

III.6.b)), wenn der Arbeitgeber nicht vorher oder daraufhin auf die Nacharbeit durch Teilrücktritt verzichtet.

3. Höhe der Nacharbeitsvergütung

Mehrarbeits- oder Überstundenzuschläge werden für Nacharbeit nicht fällig, weil Nacharbeit Wenigerarbeit ausgleicht, auch wenn sie „zusätzlich“ zur Normalarbeit zu leisten ist²¹⁶. Der Arbeitnehmer würde andernfalls für den Arbeitsausfall „sogar noch belohnt“²¹⁷. Anderes kann gelten, wenn angewiesene Überstunden oder Mehrarbeit ausgefallen und nachzuholen sind bzw. ist. Bei Nacharbeit in Rand- oder Nachtzeiten, an Wochenenden oder Feiertagen können (tarif-)vertragliche oder gesetzliche Zuschläge (§ 6 Abs. 5 ArbZG) fällig werden. Hat der Arbeitgeber infolge des Arbeitsausfalls Schadensersatzansprüche (bei nachholbarer Arbeit aus § 280 Abs. 1, Abs. 2 i.V.m. § 286 BGB, oben II.4.a)bb)) gegen den Arbeitnehmer, kann er diese mit den Vergütungsansprüchen des Arbeitnehmers – soweit gem. § 394 BGB i.V.m. § 850c ZPO zulässig – aufrechnen.

Wenn dem Arbeitnehmer für die ausgefallene Arbeit Entgeltfortzahlung zusteht (dazu oben III.2.c)–d)), hängt die Nacharbeit dieser Zeiten von einer konstitutiven Nacharbeitsvereinbarung ab und ist grundsätzlich wie Mehrarbeit zu vergüten. Eine indirekte Schmälerung des Entgeltfortzahlungsanspruchs durch eine geringer oder nicht vergütete Nacharbeitspflicht kann nur insoweit vereinbart werden, wie die Entgeltfortzahlung dispositiv ist (oben II.4.b)cc)).

V. Zusammenfassung

1. Arbeitnehmer schulden ihre Dienste in aller Regel nur relativ fix. Durch weisungswidrige Nichtarbeit wird nämlich kein Quantum der Arbeitsschuld verbraucht und auch die Arbeitspflicht nicht auf die erfolglos angewiesene Tätigkeit beschränkt. „Nacharbeit“ meint die Erfüllung eines Teils der vertraglich geschuldeten Arbeitspflicht, die vom Arbeitgeber bereits einmal erfolglos abgerufen wurde und seither unvermindert, aber terminlos fortbesteht. Gleiches gilt, wenn die Arbeitszeit vertraglich festgelegt ist. Die Freiheit der Zeiteinteilung ist für die Fixschuldfolge ohne Belang.

²¹⁶ Reichold, MüHdbArbR (Fn. 2), § 43 Rn. 33.

²¹⁷ BAG v. 25.7.1957 – 2 AZR 93/56 – NJW 1958, 157 f – für vom Arbeitnehmer verschuldeten Arbeitsausfall.

2. Kein Gesetz macht die Arbeitsschuld zur absoluten Fixschuld. Indem § 615 Satz 1 BGB an den Annahmeverzug des Arbeitgebers anknüpft, setzt er gerade das Fortbestehen der Leistungspflicht bei Nichtleistung voraus; sonst müsste die Norm auch nicht den Entfall der Nachleistungspflicht anordnen. Das Arbeitszeitrecht lässt selbst für Maximalbeschäftigte Reserven, um ausgefallene Arbeit nachzuholen, zumal durch Nacharbeit nur Wenigerarbeit ausgeglichen wird.

3. Arbeit ist absolut fix geschuldet und Nacharbeit mithin gem. § 275 Abs. 1 BGB unmöglich, wenn keine Nacharbeitsmöglichkeit besteht, weil die Arbeitszeit zugleich die Vertragslaufzeit ist. Außerdem kann eine absolute Fixschuld vereinbart werden. Gegen eine konkludente Vereinbarung spricht indes in aller Regel, dass Arbeitgeber wie Arbeitnehmer am Erhalt der Leistung bzw. der Nacharbeitsvergütung interessiert sind. Der Arbeitgeber hat nur dann kein Nacharbeitsinteresse, wenn für ihn höchstwahrscheinlich überhaupt keine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung noch einen Wert hat. Davon ist selbst bei streng zeitgebundenen Tätigkeiten nur auszugehen, wenn der Arbeitgeber überhaupt keine vertraglich geschuldete Arbeitsleistung mehr abrufen kann. Das Freizeitinteresse des Arbeitnehmers überwiegt nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit sein Vergütungsinteresse.

4. Die Pflicht zur Nachholung relativ fix geschuldeter Arbeit ist Teil der Primärleistungspflicht des Arbeitnehmers und entsteht grundsätzlich mit dem Ausfall der geschuldeten Dienste zur vereinbarten oder angewiesenen Zeit bzw. im entsprechenden Zeitraum. Die Nacharbeitspflicht entsteht nicht, wenn dem Arbeitnehmer für die Zeit des Arbeitsausfalls Entgeltfortzahlung zusteht; § 615 Satz 1 a.E. BGB ist insoweit auf alle anderen Entgeltfortzahlungsnormen analog anzuwenden. Die Nacharbeitspflicht entsteht auch dann nicht, wenn bei Eintritt des Leistungshindernisses bereits abzu sehen ist, dass das Hindernis bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses oder zumindest so lange bestehen wird, dass es die für eine Arbeitgeberkündigung erforderliche negative Prognose rechtfertigt.

5. Der nacharbeitspflichtige Arbeitnehmer kann seinen Beschäftigungsanspruch durch ein Nacharbeitsangebot mit Ankündigungsfrist (§ 299 BGB) geltend machen, das geeignet sein muss, den Arbeitgeber am Ende der Frist in Annahmeverzug zu setzen. Wenn der Arbeitgeber am Fristende dem Arbeitnehmer keine billige (Nach-)Arbeit zuweist, entfällt die Nacharbeitspflicht gem. § 615 Satz 1 BGB vergütungspflichtig.

6. Der Arbeitgeber kann aber auf Nacharbeit durch Teilrücktritt gem. § 323 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB verzichten. Das Teilrücktrittsrecht ist nicht befristet, muss aber bei ordnungsgemäß angekündigtem Nacharbeitsangebot des Arbeitnehmers spätestens bis zum Ende der Ankündigungsfrist ausge-

übt werden. Der Teilrücktritt kann treuwidrig sein, wenn der Arbeitgeber die Nacharbeit ohne erheblichen Aufwand ermöglichen kann und entweder der Arbeitsausfall geringfügig ist oder der Arbeitnehmer auf die Nacharbeitsvergütung angewiesen ist.

7. Die Nacharbeitspflicht erlischt außerdem durch Erfüllung, wenn Verfallklauseln greifen, sich der Arbeitnehmer berechtigt auf Verjährung beruft oder das Arbeitsverhältnis endet. Vorher kann der Anspruch des Arbeitgebers auf Nacharbeit verirken, wenn der Arbeitnehmer aus den Umständen berechtigterweise schließen durfte, dass der Arbeitgeber die Nacharbeit nicht mehr einfordern wird.

8. Nacharbeit ist grundsätzlich wie ausgefallene Arbeit zu vergüten, doch werden keine Überstunden- oder Mehrarbeitszuschläge fällig. Vorausgezählte Vergütung ist beim endgültigen Arbeitsausfall analog § 326 Abs. 4 BGB zurückzuzahlen.