

Arbeit wird nicht absolut fix geschuldet – Widerlegung eines Dogmas und Rechtsfolgen

I. Dogma von der absolut fix geschuldeten Arbeit

- Rechtsprechung und h.L. gehen davon aus, dass Arbeitnehmer ihre Dienste absolut fix schulden. Fällt Arbeit zur gehörigen Zeit aus, wird sie insoweit absolut unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB).

II. Nachholbarkeit der Arbeit

- In aller Regel kann ausgefallene Arbeit tatsächlich nachgeholt werden, selbst bei streng zeitgebundenen Tätigkeiten.
- Nacharbeit ist auch rechtlich nicht unmöglich. Durch erfolglose Weisungen wird keine Arbeitsschuld »verbraucht«. Nacharbeit meint nicht das Nachholen einer konkret angewiesenen Tätigkeit, sondern die Erfüllung der Arbeitspflicht, soweit sie vom Arbeitgeber bereits einmal erfolglos abgerufen wurde und seither unvermindert (terminlos) fortbesteht.
- Das ArbZG lässt Nacharbeit in weitem Umfang zu. Ausgefallene Arbeit ist keine Arbeitszeit.
- Die Auslegung von Arbeitsverträgen ergibt in aller Regel nicht, dass eine absolute Fixschuld vereinbart wurde. Im Normalfall haben Arbeitgeber und Arbeitnehmer ein Nacharbeitsinteresse.

III. Rechtsrahmen der Nacharbeitspflicht

- Nacharbeit ist Teil der Primärleistung des Arbeitnehmers, keine Nacherfüllung und kein Schadensersatz. Die Nacharbeitspflicht entsteht grds. mit dem Arbeitsausfall.
- Eine Pflicht zur Nacharbeit entsteht nicht, wenn Arbeit infolge Annahmeverzugs des Arbeitgebers ausfällt (§ 615 Satz 1 a.E. BGB), bei voraussichtlich dauerhafter Arbeitsunmöglichkeit/-unzumutbarkeit und bei Arbeitsausfällen mit gesetzlicher Entgeltfortzahlung (analog § 615 Satz 1 a.E. BGB).
- Vorübergehender Arbeitsausfall ohne gesetzliche Entgeltfortzahlung ist nachzuarbeiten. Der Arbeitnehmer kann dadurch den Vergütungswegfall verhindern.
- Der Arbeitgeber muss dem Arbeitnehmer grds. Nacharbeit durch Ausübung seines Weisungsrechts zuweisen (mind. vier Tage Vorlauf, § 12 Abs. 3 TzBfG analog). Der Arbeitnehmer kann sein Nacharbeitsrecht durch ein Arbeitsangebot mit Ankündigungsfrist (§ 299 BGB) geltend machen.
- Der Arbeitgeber kann auf Nacharbeit durch Teilrücktritt formlos und fristlos verzichten (§ 323 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2 BGB). Dem kann der Einwand der Treuwidrigkeit entgegengehalten werden.
- Der Anspruch auf Nacharbeit besteht, bis er erfüllt wurde. Ansonsten erlischt er mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses, sofern nicht vorher Verfallklauseln oder Verjährung greifen.

IV. Vergütung für Nacharbeit

- Nacharbeit ist wie die vertraglich geschuldete Hauptleistung des Arbeitnehmers zu vergüten.
- Wird ausgefallene, aber bereits vergütete Arbeit nicht nachgeholt, ist die Vorausvergütung zurückzuzahlen (§ 346 Abs. 1 ggf. i.V.m. § 326 Abs. 4 BGB).

V. Zusammenfassung

Gesetzestexte (Auszüge)

§ 275 BGB: Ausschluss der Leistungspflicht

(1) Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist.

(2) ¹Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. ²[...]

(3) Der Schuldner kann die Leistung ferner verweigern, wenn er die Leistung persönlich zu erbringen hat und sie ihm unter Abwägung des seiner Leistung entgegenstehenden Hindernisses mit dem Leistungsinteresse des Gläubigers nicht zugemutet werden kann. (4) [...]

§ 281 BGB: Schadensersatz statt der Leistung wegen nicht oder nicht wie geschuldet erbrachter Leistung

(1) ¹Soweit der Schuldner die fällige Leistung nicht oder nicht wie geschuldet erbringt, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat. ²Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung nur verlangen, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. ³[...]

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert oder wenn besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die sofortige Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs rechtfertigen. (3) [...]

(4) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, sobald der Gläubiger statt der Leistung Schadensersatz verlangt hat.

(5) Verlangt der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung, so ist der Schuldner zur Rückforderung des Geleisteten nach den §§ 346 bis 348 berechtigt.

§ 283 BGB: Schadensersatz statt der Leistung bei Ausschluss der Leistungspflicht

¹Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen. ²§ 281 Abs. 1 Satz 2 und 3 und Abs. 5 findet entsprechende Anwendung.

§ 286 BGB: Verzug des Schuldners

(1) ¹Leistet der Schuldner auf eine Mahnung des Gläubigers nicht, die nach dem Eintritt der Fälligkeit erfolgt, so kommt er durch die Mahnung in Verzug. ²[...]

(2) Der Mahnung bedarf es nicht, wenn

1. für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt ist,
- 2–4. [...]. (3–5) [...]

§ 299 BGB: Vorübergehende Annahmeverhinderung

Ist die Leistungszeit nicht bestimmt oder ist der Schuldner berechtigt, vor der bestimmten Zeit zu leisten, so kommt der Gläubiger nicht dadurch in Verzug, dass er vorübergehend an der Annahme der angebotenen Leistung verhindert ist, es sei denn, dass der Schuldner ihm die Leistung eine angemessene Zeit vorher angekündigt hat.

§ 323 BGB: Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung

(1) Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.

(2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn

1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,
 2. der Schuldner die Leistung bis zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist nicht bewirkt, obwohl die termin- oder fristgerechte Leistung nach einer Mitteilung des Gläubigers an den Schuldner vor Vertragsabschluss oder auf Grund anderer den Vertragsabschluss begleitenden Umstände für den Gläubiger wesentlich ist, oder
 3. [...]
- (3) [...]

(4) Der Gläubiger kann bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung zurücktreten, wenn offensichtlich ist, dass die Voraussetzungen des Rücktritts eintreten werden.

(5) ¹Hat der Schuldner eine Teilleistung bewirkt, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an der Teilleistung kein Interesse hat. ²[...]

(6) Der Rücktritt ist ausgeschlossen, wenn der Gläubiger für den Umstand, der ihn zum Rücktritt berechtigen würde, allein oder weit überwiegend verantwortlich ist oder wenn der vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit eintritt, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist.

§ 326 BGB: Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht

(1) ¹Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. ²[...]

(2) ¹Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. ²[...] (3) [...]

(4) Soweit die nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den §§ 346 bis 348 zurückgefordert werden.

(5) Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist.

§ 615 BGB: Vergütung bei Annahmeverzug und bei Betriebsrisiko

¹Kommt der Dienstberechtigte mit der Annahme der Dienste in Verzug, so kann der Verpflichtete für die infolge des Verzugs nicht geleisteten Dienste die vereinbarte Vergütung verlangen, ohne zur Nachleistung verpflichtet zu sein. ²[...] ³Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend in den Fällen, in denen der Arbeitgeber das Risiko des Arbeitsausfalls trägt.

§ 12 TzBfG: Arbeit auf Abruf

(1–2) [...] (3) Der Arbeitnehmer ist nur zur Arbeitsleistung verpflichtet, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt.