

d) Das Wegerisiko zur Arbeitsstelle trägt der Arbeitnehmer

465
Tritt der Werktätige morgens den ersten Schritt aus der Wohnungstür um zur Arbeit zu gelangen, befindet er sich schon auf dem Weg zur Arbeit. Nur wer ausschließlich im Homeoffice arbeitet oder einen kurzen Weg zur Arbeit hat, kennt die allmorgendliche Anspannung nicht, rechtzeitig am Arbeitsplatz zu erscheinen. Bereits morgens kann im Radio schon gehört werden, wo es zu einem Stau wegen eines Unfalls oder einer Baustelle kommt. Züge verspäten sich wegen Streikmaßnahmen bzw. diverser benannter Gründe oder fahren erst gar nicht los. So wird der Arbeitnehmer unverschuldet daran gehindert, pünktlich an seinen Arbeitsplatz zu gelangen. Dieses **persönliche Lebensrisiko des Mitarbeiters** wird als **Wegerisiko** bezeichnet.³⁰⁵ Da der Arbeitnehmer seine Arbeitskraft und damit auch sich selbst an den Arbeitsplatz bringen muss, handelt es sich um eine sogenannte Bringschuld. Anders könnte er auch seine Arbeitsleistung nicht anbieten, um die Arbeitgeberin in Annahmeverzug zu versetzen (§ 294 BGB) (→ Rn. 170 ff.). Die ausgefallene Arbeitszeit muss die Arbeitgeberin nicht bezahlen, denn sie trägt nicht das Arbeitsentgeltrisiko (§ 297 BGB).

466
Früher in der Jugend waren die Winter noch bitterkalt. So konnte ein Detailkonstrukteur im Februar des Jahres 1979 bei extremen Schneefällen und Schneeverwehungen mit einem behördlicherseits angeordneten Fahrverbot nicht zur Arbeit gelangen und erhielt für diesen Tag keinen Lohn.³⁰⁶ Nicht anders erging es einem Bergmann, der mit dem von seiner Arbeitgeberin betriebenen Werksbus angesichts von extremer Eisglätte nicht zur Schichtanlage fahren konnte.³⁰⁷ Das Wegerisiko schließt den Verzugslohnanspruch aus.

Tipp Arbeitnehmer:

Das Risiko, überhaupt bzw. rechtzeitig am Arbeitsort zu erscheinen, trifft allein den Arbeitnehmer, sogenanntes Wegerisiko. Erst, wenn er an der Arbeitsstelle eingetroffen ist, kann das Angebot seiner Arbeitsleistung erfolgen.

³⁰⁵ ArbG Marburg 19.7.1991, NZA 1992, 842.

³⁰⁶ BAG 8.9.1982 – 5 AZR 283/80, AP BGB § 616 Nr. 59.

³⁰⁷ BAG 8.12.1982 – 4 AZR 134/80, AP BGB § 616 Nr. 58.

III. Beendigung des Annahmeverzugs

Es gibt die unterschiedlichsten Gründe, die zu einer Beendigung des Annahmeverzugs führen können. Die Suche nach einer entsprechenden Regelung im Gesetz ist vergeblich. Es existiert keine. Einer solchen bedarf es auch nicht. Denn sobald eine der gesetzlichen **Voraussetzungen des Annahmeverzugs nicht mehr vorliegt**, endet dieser (→ Rn. 7 ff.).³⁰⁸ 467

1. Arbeitgeberin fordert zur Arbeit auf

Hatte die Arbeitgeberin zuvor die **Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abgelehnt**, so muss sie den Betroffenen wieder zur Arbeit auffordern, um die Nichtannahme der Arbeitsleistung zu beenden. Die Aufforderung muss sich auf die Fortführung des bisherigen Arbeitsverhältnisses beziehen. Ein neuer Arbeitsvertrag – sei es auch ein **Prozessarbeitsvertrag** während des Kündigungsschutzverfahrens – kann den **Annahmeverzug nicht beenden** (→ Rn. 664). 468

Aus der Aufforderungserklärung muss auch der Wille erkennbar sein, dass die Arbeitgeberin wieder bereit ist, die Arbeitsleistung als solche anzunehmen. „Nun ran an die Schleifmaschine“ oder „Ab Montag sind Sie wieder im Schichtplan eingetragen“, ist eindeutig zu verstehen. 469

Kommt der Arbeitnehmer der Aufforderung nach, stoppt von da an der Annahmeverzugslohn und es ist wieder der reguläre Lohn zu zahlen (§ 611a Abs. 2 BGB). Ignoriert der Arbeitnehmer hingegen unberechtigterweise die Aufforderung und erscheint nicht an der Arbeitsstelle, stoppt ebenfalls der Annahmeverzug, wobei mangels Arbeitsleistung allerdings auch der Lohnanspruch entfällt (§§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 S. 1 BGB). 470

a) Bei Unklarheit muss arbeitgeberseitige Arbeitsaufforderung mit Zeit- und Ortsangabe erfolgen

Für eine wirksame Arbeitsaufforderung ist es ausreichend, wenn der Arbeitnehmer die **Information erhält, die er benötigt**, um mit der Arbeit beginnen zu können. In der Regel muss er die Zeit des Arbeitsbeginns und bei Unklarheiten auch den Ort für die Arbeitsaufnahme kennen. Bei einem großen Filialnetz von Bäckereien mit unterschiedlichen Schichtzeiten muss die Bäckereiverkäuferin wissen, in welcher 471

³⁰⁸ BAG 19.1.1999 – 9 AZR 679/97, NZA 1999, 925 (926).

Filiale sie zu welcher Uhrzeit Brot und Kuchen verkaufen soll (→ Rn. 496).³⁰⁹

472 Zur Bestimmung des Arbeitsortes ist es ausreichend, wenn ein **Treffpunkt** – beispielsweise an der Rezeption – mitgeteilt wird, an dem der Mitarbeiter erfährt, an welchem konkreten Arbeitsplatz er arbeiten soll. Bis zur letzten Minute hat die Vorgesetzte im Rahmen ihres Weisungsrechts die Entscheidungsbefugnis darüber, welche am dringendsten zu erledigende Arbeitsaufgabe als erstes angegangen werden soll. Kann sich der Betroffene so nicht im Vorfeld auf die auszuübende Arbeitstätigkeit vorbereitend einstellen und das erforderliche Equipment mitbringen, ist das hinzunehmen. Weiß die Hotelfachfrau nicht, in welchem Bereich sie im Hotel zum Bayerischen Hof eingesetzt werden soll, so muss die Hoteldirektorin damit rechnen, dass sie das Dirndl für eine Tätigkeit als Kellnerin nicht dabei hat.

473 Ignoriert der Betroffene **bewusst** die **Arbeitsaufforderung**, kann dies ein Indiz dafür sein, dass er überhaupt nicht zur Arbeitsleistung bereit ist. Mangels Leistungswillen entfällt ab diesem Zeitpunkt der Anspruch auf Annahmeverzugslohn (→ Rn. 387 ff.).

Das Landesarbeitsgericht erklärte die Kündigung eines Sachgebietsleiters im kaufmännischen Immobilienmanagement für unwirksam. Sieben Tage nach Rechtskraft des Urteils forderte die Arbeitgeberin ihn auf, sich am übernächsten Tag um 10 Uhr in der Hauptverwaltung zum Arbeitsantritt einzufinden und sich zunächst am Empfang zu melden. Dem kam er nicht nach, da ihm nicht mitgeteilt wurde, welche konkreten Arbeiten er verrichten sollte. In einem weiteren Gerichtsverfahren stritten die Parteien über die Rechtmäßigkeit der Übertragung bestimmter Arbeitsaufgaben. Für die Zeit des Nichtarbeitens erhielt der Gebietsleiter keinen Verzugslohn und klagt diesen vor Gericht ein.³¹⁰

474 Die Inhaberin des Unternehmens muss dieses Arbeitsentgelt nicht zahlen. Der Annahmeverzug sollte durch die Arbeitsaufforderung und die Wiederaufnahme der Arbeit beendet werden. Die erforderlichen Informationen über Arbeitszeitbeginn und Arbeitsort wurden dem Sachgebietsleiter mitgeteilt. Er hat keinen Anspruch darauf im Vorhinein zu erfahren, welche konkrete Arbeitsaufgabe ihm übertragen werden soll. Diese Entscheidung muss die Vorgesetzte erst zum Zeitpunkt des Beginns des Arbeitens treffen und somit nicht schon vorher. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn von den Parteien ein gerichtliches Verfahren über die Frage der Rechtmäßigkeit der Übertragung bestimmter Arbeitsaufgaben geführt wurde. Denn wenn der Gebietsleiter nicht einmal in der Hauptverwaltung erscheint, kann er nicht wissen, ob ihm nicht doch eine von ihm akzeptierte Arbeitsaufgabe übertragen worden wäre. Sein ablehnendes Verhalten lässt vielmehr auf eine Leistungsun-

³⁰⁹ BAG 19.1.1999 – 9 AZR 679/97, NZA 1999, 925.

³¹⁰ BAG 19.1.2016 – 2 AZR 449/15, NZA 2016, 1144.

willigkeit schließen, die den Annahmeverzug ebenfalls – allerdings ohne Lohnanspruch – beendet.

Tipp Arbeitnehmer:

Die Arbeitgeberin ist nicht verpflichtet, dem Arbeitnehmer bereits bei der Aufforderung zur Wiederaufnahme der Arbeit konkret mitzuteilen, an welchem Arbeitsplatz er welche Arbeitsaufgabe erfüllen soll. Die Vorgesetzte hat das Recht, sich bis zur letzten Minute zu überlegen, welche Arbeit sie ihm – allerdings arbeitsvertragskonform – übertragen will.

b) Arbeitgeberseitige Arbeitsaufforderung ist nach einer rechtskräftig festgestellten unwirksamen Kündigung erforderlich

Ein landläufiger Spruch unter Arbeitsrechtlern lautet: „Die Scheidung einer Ehe ist weitaus einfacher, als die Beendigung eines Arbeitsverhältnisses durch eine Kündigung.“ So werden Kündigungen vor dem Arbeitsgericht nicht selten für unwirksam erklärt. Nach einem endgültigen Richterspruch müssen die Parteien in einem Arbeitsverhältnis wieder zueinander finden. 475

Den ersten Schritt der Kontaktaufnahme muss die Arbeitgeberin unternehmen und den Arbeitnehmer auffordern, wieder an seine alte Arbeitsstelle zurückzukehren. Denn zuvor hatte sie durch den Ausspruch der Kündigung zugleich erklärt, dass sie die Arbeit nach der kündigungsbedingten Entlassung ablehnt und somit nicht mehr annimmt (→ Rn. 495). Der unwirksam Gekündigte kann regelmäßig eine Arbeitsaufforderung der Arbeitgeberin abwarten, denn er ist nicht verpflichtet, seine Arbeitskraft – auch nicht wörtlich – von sich aus anzubieten (§ 296 BGB) (→ Rn. 260). 476

Tipp Arbeitgeberin:

Gewinnt der Arbeitnehmer den Kündigungsschutzprozess vor Gericht, ist es an der Arbeitgeberin ihn zur Arbeitsaufnahme aufzufordern, damit der Annahmeverzug beendet wird. Der Gekündigte muss seine Arbeitskraft nicht von sich aus anbieten.

c) Keine Ankündigungsfrist für die Arbeitsaufnahme nach einer unwirksamen Kündigung

477 Der im Gerichtssaal lapidar dahingesagte Satz: „Morgen sind sie wieder pünktlich um 7:00 Uhr im Betrieb!“, kann weitreichende Folgen haben. Denn steht endgültig fest, dass das Arbeitsverhältnis fortbesteht, steht zugleich fest, dass eine Arbeitspflicht besteht.

478 Eine „Ankündigungsfrist“ muss nicht eingehalten werden. Eine solche sieht das Gesetz nicht vor. Kann der Arbeitnehmer erst zu einem späteren Zeitpunkt die alte Arbeitsstelle wieder aufsuchen, muss er der Arbeitgeberin die wichtigen persönlichen Gründe dafür – am besten gleich im Gerichtssaal – mitteilen, damit insoweit Rücksicht genommen werden kann (§ 241 Abs. 2 BGB). Wurde in der Zwischenzeit eine andere Arbeitsstelle angetreten, ist die Länge der Kündigungsfrist anzugeben. Hüllt sich der Betroffene stattdessen in Schweigen, kann eine Leistungsunwilligkeit nicht ausgeschlossen werden (§ 297 BGB) (→ Rn. 395 ff.).³¹¹

Gegen seine Kündigung klagte ein Diplomingenieur. Während des Kündigungsrechtsstreits fand er eine Neuanstellung. Nach einiger Zeit, nachdem das Gericht rechtskräftig die Unwirksamkeit der Kündigung festgestellt hatte, forderte die frühere Arbeitgeberin den Ingenieur an einem Freitag auf, am Montag um 8 Uhr wieder zur Arbeit in seinen Betrieb zu kommen. Er kam allerdings nicht, verlangt aber für die Vergangenheit seinen Verzugslohn.³¹²

479 Der Diplomingenieur erhält sein Gehalt – unter Anrechnung des Zwischenverdienstes – nur bis zu dem besagten Montag, an dem er nicht zur Arbeit erschienen ist. Er ist seiner Arbeitspflicht nicht nachgekommen. Eine Ankündigungsfrist musste die Arbeitgeberin nicht einhalten. Ab diesem Zeitpunkt fehlt es an der Annahmeverzugsvoraussetzung, der Leistungswilligkeit des Ingenieurs. Der Annahmeverzug stoppt. Entschuldbare Gründe für sein Nichterscheinen hatte er nicht mitgeteilt.

Tipp Arbeitnehmer:

Wenn es ihm gelingt, den Kündigungsschutzprozess zu gewinnen, muss ihm bewusst sein, dass er kurzfristig zur Arbeitsaufnahme aufgefordert werden kann. Eine Ankündigungsfrist muss nicht eingehalten werden. Kann er erst später zu seiner früheren Arbeitsstelle zurückkehren, muss er die Gründe hierfür zuvor mitteilen.

³¹¹ LAG Sachsen 19.5.2004 – 5 Sa 873/03, BeckRS 2004, 31057996.

³¹² BAG 16.5.2012 – 5 AZR 251/11, NZA 2012, 971.

d) Vergleichsformulierung: Bei einvernehmlicher Fortführung des Arbeitsverhältnisses ist eine Arbeitsaufforderung nicht erforderlich

„Es kommt drauf an“, pflegt der Arbeitsrechtler gerne zu antworten. 480
Die Frage dazu lautet: „Muss die Arbeitgeberin nach einer vereinbarten Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses in einem gerichtlichen oder außergerichtlichen Vergleich nochmals zur Arbeit auffordern? Es bedarf hierfür der Auslegung des im Vergleichstext erkennbaren Parteiwillens.

Zunächst ist zwischen zwei Fallvarianten zu unterscheiden, nämlich 481
ob das Arbeitsverhältnis auf Dauer „... das Arbeitsverhältnis besteht ungekündigt fort...“ oder nur für eine begrenzte Zeit „... das Arbeitsverhältnis endet zum 31. März ...“ fortbestehen soll.

In der ersten Variante ist bei der Auslegung zu berücksichtigen, dass 482
beide Parteien ab sofort einvernehmlich das **Beschäftigungsverhältnis auf Dauer fortsetzen** wollen und somit eine Arbeitspflicht vereinbaren. In einem bestehenden Arbeitsverhältnis muss der Arbeitnehmer ohnehin seine Arbeitskraft von sich aus tatsächlich anbieten (→ Rn. 170 ff.). Das heißt, dass in der Regel die **Arbeitgeberin ohnehin nicht zur Arbeit auffordern** muss, außer, wenn Informationen für die Arbeitsaufnahme benötigt werden, an welchem Tag und an welchem Ort die Arbeitsleistung erbracht werden soll.

Demgegenüber ist bei der **zweiten Fallvariante** danach zu differenzieren, 483
ob die Arbeitsvertragsparteien für die Restlaufzeit des Arbeitsverhältnisses von einer Freistellung ausgingen oder ob bis zum Beendigungsdatum noch weiter gearbeitet werden sollte.

Bei einer Freistellung müssen klare Anzeichen für einen **Verzicht auf eine Arbeitspflicht** bei der Auslegung des Vergleichs erkennbar sein. 484
Denn der Regelfall ist – kaum überraschend –, dass in einem Arbeitsverhältnis gearbeitet wird. Ein solcher Verzicht liegt vor, wenn offensichtlich ist, dass die Arbeitgeberin kein Interesse mehr an der Arbeitsleistung des Arbeitnehmers hat. Äußerte sie sich zuvor dahingehend, dass der Arbeitnehmer nur eine katastrophale Arbeitsleistung erbracht hatte, so ist sie sicherlich nicht gewillt, sich dieser Katastrophe ein weiteres Mal auszusetzen. Dieser Umstand spricht eher dafür, dass eine Freistellung – zumindest bei einer kürzeren Kündigungsfrist – von der Arbeit gewollt ist.

Soll hingegen das Arbeitsverhältnis bis zum vereinbarten Beendigungsdatum wie bisher mit einer Arbeitsleistung fortgeführt werden, 485
bedarf es in der Regel – wie im bestehenden Arbeitsverhältnis – eines Arbeitsangebots seitens des Arbeitnehmers.

Nach einer fristlosen Kündigung bot ein Dachdeckermeister am nächsten Tag schriftlich seine Arbeitskraft an. Im darauffolgenden Gerichtsverfahren beteuerte die Arbeitgeberin immer wieder, dass es für sie unzumutbar wäre, ihn aufgrund seines grob geschäftsschädigenden Verhaltens zu beschäftigen. Im Kündigungsrechtsstreit schlos-

sen die Parteien einen Vergleich, wonach das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der fristlosen, sondern einer fristgerechten Kündigung enden sollte. Eine Widerrufsfrist von zwei Wochen wurde vereinbart. Nach einer weiteren Woche sollte das Arbeitsverhältnis beendet werden. Der Meister klagt Annahmeverzugslohn für diese letzte Woche ein, in der er nicht gearbeitet hatte.³¹³

- 486** Der Lohn wurde dem Dachdecker vom Landesarbeitsgericht Brandenburg zugesprochen. Der zwischen den Parteien abgeschlossene Vergleich war dahingehend auszulegen, dass die Arbeitgeberin in der letzten Woche keine Arbeitsleistung von ihm mehr entgegennehmen wollte. Dafür spricht, dass sie während des gesamten Kündigungsrechtsstreits vorgetragen hatte, dass eine Weiterbeschäftigung für sie aufgrund des geschäftsschädigenden Verhaltens unzumutbar sei. Zudem hatte der Dachdecker seine Arbeitsbereitschaft schon am ersten Tag nach dem Ausspruch der fristlosen Kündigung vergeblich schriftlich bekundet. Schließlich handelt es sich bei einer Woche nur um eine recht kurze Zeit des Nichtarbeitens. Weiterhin hatte sich die Arbeitgeberin mit einer 2-wöchigen Zeit des Nichtarbeitens, nämlich der Widerrufsfrist einverstanden erklärt.

Tipp Arbeitnehmer:

Vereinbaren die Arbeitsvertragsparteien im Vergleich die ungekündigte Fortführung des Arbeitsverhältnisses auf Dauer, bedarf es in der Regel keiner Aufforderung durch die Arbeitgeberin; vielmehr muss der Arbeitnehmer seine Arbeit anbieten.

e) Beendigung des Annahmeverzugs nach Rücknahme der Kündigung durch die Arbeitgeberin

- 487** Wie schon Konfuzius sagte: „Wer einen Fehler gemacht hat und ihn nicht korrigiert, begeht einen zweiten“. Auch eine Arbeitgeberin kann beim Ausspruch einer Kündigung einen Fehler begehen, indem sie einen Umstand, der zur Unwirksamkeit der Kündigung führt, übersieht oder schlichtweg nicht kennt. War die Schwangerschaft der Gekündigten der Arbeitgeberin unbekannt, ist die ausgesprochene Kündigung – mangels der Zustimmung der für Arbeitsschutz zuständigen obersten Landesbehörde – trotzdem unwirksam (§ 17 Abs. 1, 2 MuSchG).
- 488** Erfährt die Arbeitgeberin von dem Unwirksamkeitsgrund der Kündigung, hat sie die Möglichkeit zwei Dinge zu tun, um die fehlerhafte Kündigung schnellstmöglich wieder aus der Welt zu schaffen und das Annahmeverzugsrisiko zu minimieren. Als erstes muss sie die **Kündigung zurücknehmen**, womit allerdings der **Gekündigte einverstanden**

³¹³ LAG Brandenburg 26.9.1996 – 3 Sa 341/96, BeckRS 1996, 30764045.