

DIE SCHLECHTE HAUPTLEISTUNG DES ARBEITNEHMERS

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität zu Köln

vorgelegt von

Sophia Croonenbrock

aus: Geldern-Walbeck

Referent: Professor Dr. Heinz-Peter Mansel

Koreferent: Professor Dr. Christian Rolfs

Tag der mündlichen Prüfung: 24.04.2018

LITERATURVERZEICHNIS	VI
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	XV
EINLEITUNG	1
A. PROBLEMAUFRISS	1
I. Der Mangel einer arbeitsvertraglichen Gewährleistung	1
1. Vergleich verschiedener Leistungspflichten	4
2. Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis	7
3. Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers	9
4. Relevanz des Leistungszeitpunktes	12
5. Regelfall der Zeitvergütung	13
6. Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringungspflicht	14
7. Zusammenfassung und Fazit	15
II. Schlechterstellung des Arbeitgebers	17
B. GANG DER UNTERSUCHUNG	18
I. Frage nach dem Handlungsbedarf	19
II. Der Pflichtenmaßstab als Vorfrage	20
III. Rechtsfolgen einer Schlechtleistung	22
IV. Stellungnahme	23
KAPITEL 1. DIE GESTÖRTE HAUPTLEISTUNG	23
A. ABGRENZUNG DER SCHLECHTLEISTUNG VON DER NICHTLEISTUNG.....	24
I. Nichtleistung	25
1. Zeitliches Kriterium	26
2. Nichtleistung und Unmöglichkeit	27
a. Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung	28
b. Grobes Missverhältnis	28
c. Nachträgliche Unmöglichkeit.....	29
aa) Keine fixierte Arbeitszeit	31
bb) Fixierte Arbeitszeit	32
cc) Sinnhaftigkeit der Arbeitsleistung	33
dd) Fazit.....	34
3. „Nichtleistung“ bei Vornahme einer Leistungshandlung	35
a) Wertlose Leistungshandlung	36
b) Maßstab zur Bestimmung einer unbrauchbaren Leistungshandlung	38
4. Zusammenfassung	38
II. Schlechtleistung.....	42
1. Der Pflichtenmaßstab des Arbeitnehmers	44
a) Notwendigkeit einer Spezifizierung	45
aa) Keine präzise Beschreibung im Arbeitsvertrag	46
bb) Keine einheitliche Manifestation des Arbeitsrechts	48
b) Gestaltungsmittel	48
aa) Allgemeine Geschäftsbedingungen	49
bb) Betriebliche Übung	51
(1) Wirksamkeitsanforderungen und Herleitung	52
(2) Verschiedenartige Ausprägungsmöglichkeiten	53
(3) Restriktion bei Neujustierung der Leistungspflicht	54
(4) Fazit	55
cc) Kollektivrechtliche Regelungen.....	56
dd) Zusammenfassung.....	58
c) Konkretisierungshilfen	60
aa) Erbringung einer Leistung	60

bb) Anforderungsprofil des Arbeitgebers.....	61
cc) Weisungsrecht.....	63
dd) Sozialbild	66
ee) Fazit	68
d) Der subjektive Leistungsbegriff	69
aa) Der personale Charakter der Arbeitsleistung	70
bb) Bewertung.....	73
e) Modifikation durch Objektivierung	74
aa) Objektives Leistungsminimum	75
(1) Äquivalenzstörung und objektive Minimalleistung	75
(2) Irrelevanz der persönlichen Leistungsfähigkeit	76
(3) Berechtigte Leistungserwartung	77
(4) Sichtbarer Leistungserfolg.....	79
(5) Prognose für die Zukunft	80
(6) Bewertung	81
bb) Einhaltung der Sorgfaltspflicht.....	85
cc) Abweichung von der Vergleichsgruppe	87
dd) Ein Definitionsversuch	89
ee) Fazit	94
f) Objektivierung durch die Rechtsprechung	96
aa) „Schlechtleister“-Rechtsprechung	96
bb) Anforderungsprofil des Arbeitgebers im Prozess	99
cc) Fehlerbezogene Arbeitgeberdarstellung.....	99
dd) Fazit.....	101
2. Zusammenfassung	101
B. GESAMTSCHAU.....	104
I. Nichtleistung	104
II. Schlechtleistung.....	105
1. Gestaltungsmittel.....	106
2. Konkretisierungshilfen.....	107
3. Objektivierung	108
KAPITEL 2. GESETZLICHE LÖSUNGSMODELLE.....	113
A. RÜCKTRITT.....	115
B. KÜNDIGUNG	116
I. Die außerordentliche Kündigung.....	116
1. Wichtiger Grund	116
2. Ausschlussfrist bei Gleichartigkeit der Verstöße	119
3. Personenbedingte Kündigung.....	123
II. Ordentliche Kündigung	123
1. Personenbedingte Kündigung.....	123
2. Verhaltensbedingte Kündigung.....	125
III. Bewertung	126
C. SCHADENSERSATZ.....	128
I. Schadensposten ist eine aus der Schlechtleistung resultierende Integritätsverletzung	128
II. Schadensposten ist der zu viel gezahlte Lohn	129
D. § 628 ABS. 1 S. 2 BGB ANALOG	133
I. Regelungsgehalt der Norm.....	134
II. Analogie der Norm	135
III. Modifikation	137
IV. Zeitliche Einschränkung der Norm	141
V. Bewertung	142

E. GESAMTSCHAU	143
KAPITEL 3. PARTEIAUTONOME STEUERUNGSMÖGLICHKEITEN.....	146
A. VERTRAGSSTRAFE	147
I. Wirksamkeitsanforderungen	148
II. Fazit	151
B. KOLLEKTIVRECHTLICHE REGELUNG.....	152
C. ERZEUGUNG VON ANREIZEN	152
I. Akkordlohn	154
II. Prämienlohn	156
III. Zielvereinbarung	157
1. Wirksamkeitsanforderungen.....	158
2. Bewertung	159
IV. Fazit.....	160
D. KORREKTURVEREINBARUNG	161
1. Die Abmahnung – ein destruktives Mittel	161
2. Die Ermahnung – ein vorgelagertes Mittel	162
3. Die Korrekturvereinbarung	163
a) Das Bedürfnis nach einer Alternative	163
b) Die Handhabung.....	164
4. Positive Effekte	165
5. Bewertung	167
E. GESAMTSCHAU	169
ZUSAMMENFASSUNG UND FAZIT	171

Literaturverzeichnis

<i>Ascheid, Reiner</i> <i>Preis, Ulrich</i> <i>Schmidt, Ingrid</i>	Kündigungsrecht Großkommentar zum gesamten Recht der Beendigung von Arbeitsverhältnissen 5. Auflage 2017 Zit.: APS/Bearbeiter
<i>Balzer, Peter</i> <i>Kröll, Stefan</i> <i>Scholl, Bernd</i>	Die Schuldrechtsklausur I Lehrbuch 4. Auflage 2015
<i>Bamberger, Heinz Georg</i> <i>Roth, Herbert</i>	Beck'scher Online-Kommentar BGB 42. Edition 1.2.2017 Zit.: BeckOK BGB/Bearbeiter
<i>Bayreuther, Frank</i>	Was schuldet der Arbeitnehmer? - Möglichkeiten und Grenzen einer vertraglichen Ausgestaltung der Leistungspflicht des Arbeitnehmers In: NZA-Beil. 2006, S. 3ff.
<i>Benkard, Georg</i>	Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz Patentkostengesetz 11. Auflage 2015 Zit.: Benkard/Bearbeiter
<i>Boecken, Winfried</i> <i>Düwell, Franz Josef</i> <i>Diller, Martin</i> <i>Hanau, Hans</i>	Gesamtes Arbeitsrecht Kommentar Band 2 2016 Zit.: BDDH/Bearbeiter
<i>Canaris, Claus-Wilhelm</i>	Die Problematik der Minderung im Dienstvertrag In: Festschrift für Karsten Schmidt 2009, S. 177ff.

<i>Dauner-Lieb, Barbara</i> <i>Langen, Werner</i>	BGB Schuldrecht Kommentar Band 2 3. Auflage 2016 Zit.: Dauner-Lieb/Langen/Bearbeiter
<i>Erbs, Georg</i> <i>Kohlhaas, Max</i>	Strafrechtliche Nebengesetze Beck'sche Kurz-Kommentare Band 17 212. Ergänzungslieferung Januar 2017
<i>Filthaut, Werner</i>	Haftpflichtgesetz Beck'sche Kurz-Kommentar Band 39 9. Auflage 2015
<i>Gallner, Inken</i> <i>Mestwerdt, Wilhelm</i> <i>Nägele, Stefan</i>	Kündigungsschutzrecht Handkommentar 5. Auflage 2015 Zit.: Gallner/Bearbeiter
<i>Gotthardt, Michael</i>	Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform 2. Auflage 2003
<i>Greiner, Stefan</i>	Familienfreundliches Arbeitsrecht? - Die Erkrankung des Kindes als Gegenstand widersprüchlicher Regelungen In: NZA 2007 S. 490ff.
<i>Greiner, Stefan</i>	Schuldrecht Besonderer Teil Vertragliche Schuldverhältnisse Lehrbuch 2011
<i>Grobys, Marcel</i> <i>Panzer, Andrea</i>	Arbeitsrecht Stichwortkommentar 2. Auflage 2014 Zit.: Grobys/Panzer/Bearbeiter
<i>Gsell, Beate</i>	beck-online.GROSSKOMMENTAR

<i>Krüger, Wolfgang</i> <i>Lorenz, Stephan</i> <i>Mayer, Jörg</i>	BGB Zit.: BeckOGK/ <i>Bearbeiter</i> , Stand 21.6.2017
<i>Heidel, Thomas</i> <i>Hüßtege, Rainer</i> <i>Mansel, Heinz-Peter</i> <i>Noack, Ulrich</i>	BGB Allgemeiner Teil / EGBGB Band 1 3. Auflage 2016 Zit.: HHMN/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Hoyningen-Huene von, Gerrick</i> <i>Linck, Rüdiger</i> <i>Krause, Rüdiger</i>	Kündigungsschutzgesetz Kommentar 15. Auflage 2013 Zit.: Hoyningen- Huene/Linck/Krause/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Henssler, Martin</i> <i>Willemsen, Heinz Josef</i> <i>Kalb, Heinz-Jürgen</i>	Arbeitsrecht Kommentar 7. Auflage 2016 Zit.: HWK/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Hirsch, Christoph</i>	Schuldrecht Besonderer Teil Lehrbuch 3. Auflage 2014
<i>Hoeren, Thomas</i> <i>Sieber, Ulrich</i> <i>Holznapel, Bernd</i>	Handbuch Multimedia-Recht 44. Auflage 2017 Zit.: Hoeren/Sieber/Holznapel/ <i>Bear- beiter</i>
<i>Hromadka, Wolfgang</i> <i>Maschmann, Frank</i>	Arbeitsrecht Band 1 Individualarbeitsrecht Lehrbuch 6. Auflage 2015
<i>Hümmerich, Klaus</i> <i>Boecken, Winfried</i> <i>Düwell, Franz Josef</i>	Arbeitsrecht Kommentar 2. Auflage 2010 Zit.: HBD/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Hunold, Wolf</i>	Die Korrekturvereinbarung. In: NZA 2012, S.1343
<i>Hunold, Wolf</i>	Leistungsschwache Mitarbeiter

	Mit „Low Performern“ richtig umgehen In: AuA 2/2004 S.8ff.
<i>Hunold, Wolf</i>	Subjektiv deteminierte Leistungspflicht des Mitarbeiters und Konkretisierung von Arbeitsanweisungen und Abmahnungen In: NZA 2009, S. 830ff.
<i>Jauernig, Othmar</i>	Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar 16. Auflage 2015 Zit.: Jauernig/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Kittner, Michael</i> <i>Däubler, Wolfgang</i> <i>Zwanziger, Bertram</i>	Kündigungsschutzrecht Kommentar für die Praxis 10. Auflage 2017
<i>Kortstock, Ulf</i>	Nipperdey Lexikon Arbeitsrecht 30. Auflage 2016 Zit.: Nipperdey/ <i>Kortstock</i> , Stichwort
<i>Landmann, Robert von</i> <i>Rohmer, Gustav</i>	Gewerbeordnung Kommentar Band 1 74. Ergänzungslieferung Dezember 2016 Zit.: Landmann/ <i>Rohmer/Bearbeiter</i>
<i>Langheid, Theo</i> <i>Wandt, Manfred</i>	Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Band 1 2. Aufl. 2016 Zit.: MüKoVVG/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Lindemann, Viola</i>	Neuerungen im Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform In: AuR 2002, S.81ff.
<i>Maschmann, Frank</i>	Die mangelhafte Arbeitsleistung In: NZA-Beil. 2006, S. 13ff.

<i>Medicus, Dieter</i> <i>Lorenz, Stephan</i>	Schuldrecht II Besonderer Teil Lehrbuch 17. Auflage 2014
<i>Moll, Wilhelm</i>	Münchener Anwaltshandbuch Arbeitsrecht 4. Auflage 2017 Zit.: MAHMoll/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Motzer, Stefan</i>	Die positive Vertragsverletzung des Arbeitnehmers Dissertation, 1981
<i>Müller-Glöge, Rudi</i> <i>Preis, Ulrich</i> <i>Schmidt, Ingrid</i>	Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht 17. Auflage 2017 Zit.: ErftK/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Band 2)</i>	siehe unter: <i>Säcker, Franz Jürgen</i>
<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Band 3)</i>	siehe unter: <i>Säcker, Franz Jürgen</i>
<i>Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Band 4)</i>	siehe unter: <i>Säcker, Franz Jürgen</i>
<i>Münchener Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz</i>	siehe unter: <i>Langheid, Theo</i> <i>Wandt, Manfred</i>
<i>Musielak, Hans-Joachim</i> <i>Voit, Wolfgang</i>	Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz 13. Aufl. 2016 Zit.: Musielak/Voit/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Nietzsche, Friedrich</i>	Menschliches, Allzumenschliches. Ein Buch für freie Geister 2013
<i>Pielow, Johann-Christian</i>	Beck'scher Online-Kommentar Gewerberecht Edition: 37 Stand: 1.3.2017 Zit.: BeckOK GewR/ <i>Bearbeiter</i>

<i>Preis, Ulrich</i>	Arbeitsrecht Individualarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis 4. Auflage 2012
<i>Preis, Ulrich</i>	Kollektivarbeitsrecht Lehrbuch für Studium und Praxis 3. Auflage 2012 Zit.: KollektivArbR/ <i>Preis</i>
<i>Richardi, Reinhard</i>	Hugo Seiter+ In: NZA 1988, S. 689
<i>Richardi, Reinhard</i>	Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis nach dem Schuld- rechtsmodernisierungsgesetz In: NZA 2002, S. 1004ff.
<i>Richardi, Reinhard</i> <i>Wlotzke, Otfried</i> <i>Wißmann, Hellmut</i> <i>Oetker, Hartmut</i>	Münchener Handbuch zum Arbeits- recht Band 1 3. Auflage 2009 Zit.: MüArbR/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Rolfs, Christian</i> <i>Giesen, Richard</i> <i>Kreikebohm, Ralf</i> <i>Udsching, Peter</i>	Beck'scher Online Kommentar Ar- beitsrecht 43. Edition Stand: 1.3.2017 Zit.: BeckOK ArbR/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Röller, Jürgen</i>	Personalhandbuch 2016 Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozial- versicherungsrecht 23. Aufl. 2016 Zit.: Küttner/ <i>Bearbeiter</i>

<i>Säcker, Franz Jürgen</i> <i>Rixecker, Roland</i> <i>Oetker, Hartmut,</i> <i>Limperg, Bettina</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 2 7. Auflage 2016 Zit.: MüKoB2/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Säcker, Franz Jürgen</i> <i>Rixecker, Roland</i> <i>Oetker, Hartmut,</i> <i>Limperg, Bettina</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3 7. Auflage 2016 Zit.: MüKoB3/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Säcker, Franz Jürgen</i> <i>Rixecker, Roland</i> <i>Oetker, Hartmut,</i> <i>Limperg, Bettina</i>	Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 4 7. Auflage 2016 Zit.: MüKoB4/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Schaub, Günter</i>	Arbeitsrechts-Handbuch 17. Auflage 2017
<i>Schaub, Günter</i>	Arbeitsrecht von A-Z 20. Auflage 2016 Zit.: SchaubA-Z/ <i>Bearbeiter</i> , Stichwort
<i>Schulte-Nölke, Hans</i> <i>Schulze, Reiner</i>	Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts 2001 Zit.: Schulte-Nölke/ <i>Schulze/Bearbeiter</i>
<i>Schulze, Reiner</i>	Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar 8. Auflage 2014 Zit.: Schulze/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Singer, Reinhard</i> <i>Schiffer, Florian</i>	Sanktionen für Schlechtleistungen von Arbeitnehmern In: JA 2006, S. 833ff.

<i>Staudinger, Julius</i> <i>Fischinger, Philipp S.</i> <i>Richardi, Reinhard</i>	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse §§ 611-613 (Dienstvertragsrecht 1) 2016
<i>Stahlhacke, Eugen</i> <i>Preis, Ulrich</i> <i>Vossen, Reinhard</i>	Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis Handbuch 11. Auflage 2015 Zit.: Stahlhacke/Preis/Vossen/ <i>Bearbeiter</i>
<i>Stebut von, Dietrich</i>	Leistungsstörung im Arbeitsvertrag In.: RdA 1985, S. 66ff.
<i>Stuck, Volker</i>	Low Performer in Recht und Praxis In: ArbRAktuell 2011, S. 651ff.
<i>Tillmanns, Kerstin</i>	Kündigung wegen Minderleistung Besprechung des Urteils BAG v. 17.01.2008 In: RdA 2009, S. 391ff.
<i>Tillmanns, Kerstin</i>	Strukturfragen des Dienstvertrages Habilitationsschrift, 2007
<i>Waltermann, Raimund</i>	Arbeitsrecht Lehrbuch 18. Auflage 2016
<i>Weber, Christian</i>	Zum (richtigen) Umgang mit Low-Performern – Die Kündigung wegen Minderleistung und das Recht des Arbeitnehmers auf eine fähigkeitsgerechte Beschäftigung – In: DB 2015, S. 1899ff.
<i>Weber, Michael</i>	Sicherung arbeitsvertraglicher Erfüllungsansprüche In: AuA 1999, S. 551ff.

<i>Wetzling, Frank</i> <i>Habel, Maren</i>	Die Abmahnung – arbeitsrechtlich und personalführungstechnisch aktuelle Aspekt In: BB 2011, S. 1077ff.
<i>Wollenschläger, Michael</i>	Arbeitsrecht Lehrbuch 3. Auflage 2010
<i>Zöllner, Wolfgang</i> <i>Loritz, Karl-Georg</i> <i>Hergenröder, Wolfgang</i>	Arbeitsrecht Lehrbuch 7. Auflage 2015

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBiG	Bundesausbildungsgesetz
BeckRS	Rechtsprechungssammlung des Verlages C.H.Beck (beck-online)
BGB AT	Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil
BGH	Bundesgerichtshof
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche
Entschdgrd.	Entscheidungsgrund
f.	folgend
ff.	folgende
gem.	gemäß

GewO	Gewerbeordnung
ggf.	gegebenenfalls
HPfIG	Haftpflichtgesetz
i.d.R.	in der Regel
i.B.a.	
insb.	insbesondere
i.S.	im Sinne
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungs-Report (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZA-Beil.	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht Beilage (Zeitschrift)
o.g.	oben genannten
OLG	Oberlandesgericht
RdA	Recht der Arbeit
Rn.	Randnummer
S.	Seite
sog.	so genannte
usw.	und so weiter
vgl.	vergleich
z.B.	zum Beispiel

Einleitung

Die Beantwortung der Frage, wie der Umgang mit schlecht leistenden Arbeitnehmern (im Folgenden: Schlechtleistern) zu erfolgen hat, erfordert zunächst eine Auseinandersetzung mit der Arbeitsleistung als solcher. Denn die Schwierigkeit, mit Schlechtleistern richtig umzugehen, folgt aus der Komplexität, die der Arbeitsleistung innewohnt. Nur wenn diese erkannt und verstanden wird, kann sie im Rahmen des Auffindens von Lösungen in angemessener Weise berücksichtigt werden.

A. Problemaufriss

Das Auffinden interessengerechter Lösungen für den Umgang mit Schlechtleistern kann nur gelingen, wenn den Besonderheiten der Arbeitsleistung angemessene Berücksichtigung zuteilwird. Diese Besonderheiten sind gleichsam Ursache wie auch Rechtfertigung für die Andersartigkeit der Arbeitsleistungspflicht im Vergleich zu den Leistungspflichten anderer Vertragstypen.

I. Der Mangel einer arbeitsvertraglichen Gewährleistung

Für den Arbeitsvertrag besteht kein gesetzliches Gewährleistungsrecht. Ein generelles Gewährleistungsrecht, welches für alle Vertragstypen Geltung beansprucht, ist dem deutschen Zivilrecht fremd. Die Normen des allgemeinen Schuldrechts enthalten ein solches nicht. Vielmehr bleibt ein Gewährleistungsrecht von Gesetzes wegen den Vertragstypen vorbehalten, für die es gesondert angeordnet ist. Eine gesetzliche Anordnung besteht für den Kaufvertrag, den Werkvertrag, den Mietvertrag und den Reisevertrag (vgl. §§ 434ff., 633ff., 536ff., 651c ff. BGB).

Der Gesetzgeber hat für ausgewählte Vertragstypen ein Gewährleistungsrecht angeordnet, für andere wiederum nicht, anstatt ein solches in das 2. Buch des BGB, in das „Recht der Schuldverhältnisse“ zu integrieren. Dies macht deutlich, dass ein Gewährleistungsrecht einzelnen Vertragstypen vorbehalten sein soll. Der Gesetzgeber schafft damit eine Wertung. Gewährleistungsvorschriften sind besondere Schutzvorschriften zugunsten der Vertragspartei, die mit der unzureichenden Leistung

des Vertragspartners konfrontiert wird. Ihr sollen besondere Möglichkeiten an die Hand gegeben werden, um die negativen Auswirkungen der Schlechtleistung zu beseitigen. Der Gesetzgeber war offenbar der Ansicht, dass solch ein Schutz nur für einzelne Vertragstypen von Nöten ist. Es ist der Gläubiger, der die dem Vertrag kennzeichnende Leistung empfängt (der Käufer, der Besteller, der Mieter und der Reisende) und durch das Gewährleistungsrecht eine umfangreichere Ausgestaltung seiner Rechte erfährt. So kann der Käufer bei einer Schlechtleistung durch den Verkäufer mithilfe der Ausübung des kaufrechtlichen Gewährleistungsrechts auf den vertragsgemäßen Zustand hinwirken (§§ 434ff. BGB), während dem Arbeitgeber bei einer Schlechtleistung durch den Arbeitnehmer solche Möglichkeiten nicht gegeben sind. Die §§ 611ff. BGB enthalten keine Normen, die die Folgen einer mangelhaften Leistung regeln.¹

Den Arbeitsvertragsparteien ist es unbenommen, ein Gewährleistungsrecht individualvertraglich, zum Beispiel im Wege allgemeiner Geschäftsbedingungen innerhalb der gesetzlichen Bestimmungen herbeizuführen.² Hierbei ist insbesondere auf § 307 Abs.2 Nr.1 BGB zu achten. Gemäß dieser Norm stellt eine Klausel eine unangemessene Benachteiligung dar, wenn sie mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Erfolgt die Leistungsbestimmung der Arbeitspflicht sowie die Abweichung hiervon durch im Arbeitsvertrag implementierte AGB, so kann dies dazu führen, dass dem Arbeitsvertrag sein dynamischer Charakter genommen wird.³ „Gesetzlichen Regelungen“ i.S.v. § 307 Abs.2 Nr.1 BGB meint auch durch Normen verankerte Grundprinzipien.⁴ Der Dauerschuldcharakter und die damit verbundene Dynamik der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht stellen solches Grundprinzipien dar. Würde eine AGB-Klausel die Leistungspflicht des Arbeitnehmers bereits im Arbeitsvertrag starr festlegen, so wäre es nicht mehr möglich, die Leistungspflicht dynamisch, während des Vollzugs des Arbeitsvertrags, den sich ändernden

¹ *Medicus/Lorenz*, Rn. 629.

² Vgl. *Weller*, S. 553.

³ Siehe hierzu ausführlich: S.7f.

⁴ BGH v. 15.7.1997, NJW 1997, 2752 (2753).

Umständen anzupassen. Die Festlegung der Leistungspflicht im Rahmen von AGB-Klauseln, sind daher Umsetzungsschwierigkeiten immanent, weshalb diese Möglichkeit an Praktikabilität verliert.

Eine Gewährleistung *ex lege* möchte der Gesetzgeber nicht konstituieren. Das geht auch aus der Schaffung des § 326 Abs.1 S.2 BGB hervor. Dieser wurde im Zuge des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes mit Wirkung zum 1.1.2002 neu in das BGB eingefügt. Die Gegenleistungspflicht bleibt gemäß dieser Norm im Falle einer nicht vertragsgemäßen Leistung bei Vertragstypen, bei denen eine Nacherfüllung nicht vorgesehen ist (und somit auch beim Arbeitsvertrag) bestehen. Das bedeutet, im Falle einer Schlechtleistung durch den Arbeitnehmer bleibt der Arbeitgeber zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet.

Auch aus § 320 BGB ergibt sich nichts Anderes. So bestimmt die Vorschrift, dass bei synallagmatischen Leistungspflichten jedem Vertragspartner bis zur Bewirkung der Gegenleistung ein Leistungsverweigerungsrecht zusteht.⁵ Da es sich bei einem Arbeitsvertrag um einen gegenseitigen Vertrag handelt, ist der Anwendungsbereich der Norm eröffnet.⁶ Erfüllt der Arbeitnehmer die arbeitsvertragliche Hauptpflicht nicht, kann der Arbeitgeber die Gegenleistung (Zahlung des Lohns) verweigern. Erbringt der Arbeitnehmer aber eine schlechte Hauptleistungspflicht, führt dies nicht zu einem Leistungsverweigerungsrecht des Arbeitgebers in der Höhe, die dem Wert der Schlechtleistung entspricht.⁷ Das würde im Ergebnis auf ein Minderungsrecht hinauslaufen und so die Wertung, die der Gesetzgeber durch die Nichtregelung eines gesetzlichen Minderungsrechts für Arbeitsverträge schafft, konterkarieren.⁸ Etwas anderes kann gelten, wenn die Leistung völlig unbrauchbar ist.⁹ Jedenfalls ist die Schaffung eines Minderungsrechts für den Fall einer Schlechtleistung über § 320 BGB ausgeschlossen.

⁵ Vgl. BeckOK BGB/Schmidt, § 320 Rn. 14.

⁶ So auch MüKOB2/Emmerich, § 320 BGB Rn. 11.

⁷ BeckOK BGB/Schmidt, § 320 BGB Rn. 15.

⁸ BeckOK BGB/Schmidt, § 320 BGB Rn. 15; MüKOB2/Emmerich, § 320 BGB Rn. 11.

⁹ OLG Koblenz v. 26.6.2007, NJW-RR 2007, 997 (997); Vgl. auch Weller, S. 553. Siehe S. 34ff.

Ein gesetzliches Gewährleistungsrecht gibt es für die mangelhafte Durchführung des Arbeitsvertrages nicht und kann auch nicht über Umwege konstruiert werden.

1. Vergleich verschiedener Leistungspflichten

Woraus sich der Wille des Gesetzgebers ergibt, ein Gewährleistungsrecht ausgewählten Vertragstypen vorzubehalten, wird deutlich, wenn man diese Vertragstypen dem Arbeitsvertrag gegenüberstellt.

Mit Abschluss des Kaufvertrages verpflichtet sich der Verkäufer dazu, dem Käufer den Besitz und das Eigentum einer sach- und rechtsmangelfreien Sache zu verschaffen, vgl. § 433 Abs.1 S.2 BGB.¹⁰ Kaufrechtliche Gewährleistungsfälle in der Praxis drehen sich häufig um die Frage, was passiert, wenn die Kaufsache mangelhaft ist, der Verkäufer seine Pflicht also nicht ordnungsgemäß erfüllt.¹¹ Das Gewährleistungsrecht gibt dem Käufer für diesen Fall verschiedene Rechte an die Hand, welche über jene Rechte hinausgehen, die das allgemeine Schuldrecht zur Verfügung stellt. Ist die Kaufsache mangelhaft, kann der Käufer Nacherfüllung verlangen (vgl. § 439 BGB).¹² Wenn die Nacherfüllung nicht gelingt, steht ihm beim Vorliegen weiterer Voraussetzungen das Recht zu, seine Leistung zurückzuerhalten (§§ 437 Nr.2 i.V.m. 323, 346ff. BGB) oder den Kaufpreis zu mindern (§ 441 BGB).¹³ Diese Rechte können ihm helfen, das Äquivalenzverhältnis, welches dadurch gestört ist, dass der Verkäufer nicht vertragsgemäß geleistet hat, in ein Gleichgewicht zu bringen. Wann dieses Gleichgewicht erreicht ist, ergibt sich aus dem Umfang der Leistungspflicht, die der Verkäufer zur Erfüllung seiner Pflicht erbringen muss. Der Leistungsumfang ist objektiv messbar und durch Auslegung der Willenserklärungen zu ermitteln, vgl. §§ 133, 157 BGB. Er bestimmt sich nach dem, was die Parteien vertraglich vereinbart haben oder bei Fehlen einer solchen Vereinbarung danach, welche Beschaffenheit nach subjektiven oder objektiven Umständen zu erwarten gewesen wäre, vgl. § 434 Abs.1 S.1 und 2 BGB.¹⁴ Auch im Werkvertragsrecht schuldet der

¹⁰ MüKoB3/Westermann, § 433 BGB Rn. 42.

¹¹ Hirsch, Rn. 5.

¹² Hirsch, Rn. 70; Schulze/Saenger, § 439 BGB Rn. 1ff.

¹³ Medicus/Lorenz, Rn. 60 und 63.

¹⁴ MüKoB3/Westermann, § 434 BGB Rn 1.

Unternehmer die Erbringung eines objektiv messbaren, weil vertraglich definierten Erfolgs – die Herstellung des Werkes und die Verschaffung in vertragsgemäßem Zustand.¹⁵ Darin liegt die Abgrenzung zwischen einem Werkvertrag und einem Arbeitsvertrag. Denn auch die Herstellung des Werks erfordert den Einsatz einer Arbeitsleistung. Allerdings kommt der Arbeitsleistung bei der Beurteilung darüber, ob die Leistungspflicht ordnungsgemäß erfüllt wurde, keine signifikante Bedeutung zu. Die Mangelfreiheit einer Werkleistung beurteilt sich danach, ob der Werkunternehmer den im Werkvertrag vereinbarten Erfolg erbringt.¹⁶ Dies ist beim Arbeitsvertrag anders. Die Arbeitsleistung und nicht das daraus resultierende Ergebnis rückt bei der Betrachtung der vertragsgemäßen Leistungserbringung in den Fokus. Auch das werkvertragliche Gewährleistungsrecht dient dazu, dem Besteller bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung durch den Unternehmer die Durchsetzung des vertraglichen Ziels zu ermöglichen. Selbiges Ziel wird durch die Gewährleistungsrechte im Rahmen eines Mietvertrags und des Reisevertrags verfolgt. Gemeinsam ist diesen Vertragstypen, dass die Erbringung eines nach außen sichtbaren, meist klar definierten oder zumindest definierbaren Erfolgs geschuldet ist. Bei einem Mietvertrag hat der Vermieter gem. § 535 Abs.1 S.2 BGB die Pflicht dem Mieter die Mietsache in einem zum vertragsgemäßen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen und sie während der Mietzeit in diesem Zustand zu erhalten.¹⁷ Bei einem Reisevertrag verpflichtet sich der Reiseveranstalter gem. § 651a Abs.1 S.1 BGB die versprochene Gesamtheit von Reiseleistungen (Reise) zu erbringen.¹⁸ Diese Reiseleistungen ergeben sich aus dem Inhalt des Vertrags. Bei all diesen Vertragstypen liegt der Fokus einer erfolgreichen Vertragsdurchführung auf dem Ergebnis.

Anders ist dies bei einem Dienstvertrag. Der Dienstverpflichtete ist zur Leistung der versprochenen Dienste verpflichtet, vgl. § 611

¹⁵ *Hirsch*, Rn. 438; *Jauernig/Mansel*, § 631 BGB Rn. 1.

¹⁶ *BeckOK BGB/Fuchs*, § 611 BGB Rn. 11.

¹⁷ *Schulze/Ebert*, § 535 BGB Rn. 1.

¹⁸ *BeckOK BGB/Geib*, § 651a BGB Rn. 30; *Medicus/Lorenz*, Rn. 803.

Abs.1 BGB.¹⁹ Für den Arbeitsvertrag wird die Leistungserbringungs-
pflicht des Arbeitnehmers durch § 611a BGB geregelt.²⁰ Danach wird
der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebun-
dener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflich-
tet. Im Unterschied zu den vorgenannten Vertragstypen schuldet der Ar-
beitnehmer nicht zwangsläufig die Erbringung eines nach außen
messbaren Erfolgs, sondern die Erbringung einer Tätigkeit. Dass eine
Leistungshandlung und nicht auch ein Leistungserfolg²¹ erbracht werden
muss, macht die Qualifizierung des Pflichtenmaßstabs komplexer. Es
kommt nicht ausschließlich auf das Ergebnis an.²² Die Erbringung der
Leistung selbst, und nicht nur der daraus resultierende Erfolg ist Charak-
teristikum für die Bestimmung der Ordnungsgemäßheit der Leistung.
Bspw. verletzt ein Produktionsmitarbeiter auch dann seine arbeitsver-
tragliche Pflicht, wenn er die gleiche Menge und die gleiche Qualität wie
seine Kollegen produziert, allerdings jeden Tag eine Stunde später als
arbeitsvertraglich vereinbart zur Arbeitsstätte erscheint.

Das Gewährleistungsrecht sichert den Anspruch auf ordnungsgemäße
Vertragserfüllung (durch Nacherfüllung) bzw. ermöglicht die Geltend-
machung weiterer Ansprüche (Rücktritt, Minderung und Schadensersatz),
welche das Ziel haben, einen Zustand herbeizuführen, der dem bei
ordnungsgemäßer Erfüllung vorliegenden Zustand in wirtschaftlicher
Hinsicht gleichwertig ist. Der Gewährleistung der Arbeitspflicht mangelt
es an einer solchen gesetzlichen Ausgestaltung. Der Grund besteht darin,
dass nur ein vertraglich definierbarer Erfolg im Wege des Gewährleis-
tungsrechtes erreicht werden kann.

Ein Grund dafür, warum ein Gewährleistungsrecht nur für bestimmte
Vertragstypen vorgesehen ist, liegt somit in der Ergebnisorientiertheit
dieser Verträge. Beim Arbeitsvertrag kommt es in erster Linie nicht auf
dieses Ergebnis an, sondern auf den Weg, der zu diesem Ergebnis geführt

¹⁹ BeckOK ArbR/Joussen, § 611 BGB Rn. 291; BeckOK BGB/Fuchs, § 611 BGB Rn. 11;
Medicus/Lorenz, Rn. 624.

²⁰ Geltung der Norm seit dem 1.4.2017.

²¹ MüKoB3/Westermann, § 433 BGB Rn. 42.

²² Vgl. zur Abgrenzung Dienstvertrag vom Werkvertrag: BeckOK BGB/Fuchs, § 611 BGB
Rn. 11.

hat. Die Ausübung der Tätigkeit und nicht das durch die Tätigkeit herbeigeführte Resultat gibt Aufschluss darüber, ob der Arbeitnehmer seiner arbeitsvertraglich geschuldeten Pflicht nachgekommen ist. Dieser wesentliche Unterschied ist ein Grund dafür, weshalb der Gesetzgeber es unterließ für den Dienstvertrag (und somit auch für den Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrags) ein Gewährleistungsrecht zu schaffen.

2. Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis

Dass die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers beim Arbeitsvertrag schwieriger zu bestimmen ist, ergibt sich neben der fehlenden Ergebnisorientiertheit auch daraus, dass es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt.²³ Für ein Dauerschuldverhältnis ist kennzeichnend, dass die aus ihm erwachsenen Ansprüche und Verpflichtungen immer neu entstehen.²⁴ Ein Einzelschuldverhältnis ist dagegen ein Rechtsverhältnis, das auf den Austausch einer einzelnen Leistung beschränkt ist und mit deren Erfüllung erlischt.²⁵ Der gesamte Umfang der Hauptleistungspflicht steht daher bei einem Dauerschuldverhältnis nicht im Vorhinein fest, sondern ist von der Länge der Laufzeit abhängig.²⁶ Der Arbeitnehmer erbringt die Tätigkeitspflicht aufgrund des Arbeitsvertrags solange bis dieser endet (z.B. aufgrund einer Kündigung, eines Aufhebungsvertrags, einer Befristung, von Zeitablauf, einer Bedingung, einer Anfechtung usw.²⁷). Man spricht auch von Zeitproportionalität der Leistungen.²⁸ Es ist nicht möglich, Rechte im Rahmen der Gewährleistung geltend zu machen, die ihrem Umfang nach noch gar nicht bestimmbar sind. Ein Arbeitnehmer, der jeden Tag eine Stunde zu spät zur Arbeit erscheint wird vermutlich weiterhin eine Stunde verspätet mit der Arbeit beginnen. Wann der Arbeitsvertrag endet ist im Falle eines unbefristeten Arbeitsverhältnisses nicht vorhersehbar. Es ist ebenso wenig sicher ermittelbar, wie lange der Arbeitnehmer auch in Zukunft zu spät kommen wird. Der Umfang der

²³ So auch: *Medicus/Lorenz*, Rn. 614.

²⁴ *HBD/Schöne*, § 611 BGB Rn. 9.

²⁵ Vgl. *Kasseler/Leinemann*, 1.1 Rn. 27.

²⁶ *MüKoVVG/Looschelders*, § 1 VVG Rn. 74.

²⁷ *Schaub/Linck*, § 121 Rn. 2ff.

²⁸ *BeckOGK/Martens*, Stand 1.4.2017, § 314 BGB Rn. 13.

Schlechtleistung ändert sich somit ständig. Es wäre praktisch nicht umsetzbar, müsste der Arbeitgeber seine gewährleistungsrechtlichen Ansprüche nach der Vornahme einer jeden Schlechtleistung des Arbeitnehmers von neuem geltend machen.

Die Möglichkeit einer Nacherfüllung wäre auch unter einem anderen Gesichtspunkt mit der Natur des Arbeitsvertrages als Dauerschuldverhältnis schwer zu vereinbaren. Weil die Leistung von immer wiederkehrender Natur ist, ist deren Nachholung in praktischer Hinsicht oftmals nicht möglich. Der Zeitpunkt der Leistungserbringung ist so relevant, dass eine verspätete Leistung oftmals keine ordnungsgemäße Vertragserfüllung mehr darstellt und in einigen Fällen sogar wegen des absoluten Fixschuldcharakters zur Unmöglichkeit führen würde.²⁹

Dass der Rücktritt beim Arbeitsvertrag gesetzlich nicht geregelt ist, folgt ebenfalls aus dem Charakter des Arbeitsvertrags als Dauerschuldverhältnis. Bei Dauerschuldverhältnissen tritt die Kündigung an die Stelle des Rücktritts³⁰, vgl. § 620 Abs.2 BGB. Die Umwandlung in ein Rückgewährschuldverhältnis gem. § 346 BGB ist wegen des Verbrauchs der empfangenen Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber in tatsächlicher Hinsicht ausgeschlossen.

Nicht nur Regelungen bezüglich einer Nacherfüllung und eines Rücktritts werden nicht getroffen, sondern auch ein gesetzliches Minderungsrecht besteht für den Arbeitsvertrag nicht. Die Eigenschaft eines Dauerschuldverhältnisses schließt eine Minderung nicht von vornherein aus. Dies zeigt sich bereits daran, dass für den Mietvertrag, der ebenfalls ein Dauerschuldverhältnis darstellt,³¹ gesetzlich ein Minderungsrecht angeordnet ist, vgl. § 536 BGB.³² Die nachfolgenden Ausführungen zeigen, dass es andere Gründe gibt, weshalb der Gesetzgeber auch ein Minderungsrecht bei der Leistungsstörung im Rahmen eines Arbeitsvertrages nicht vorgesehen hat.

²⁹ Siehe S.33.

³⁰ MüKoB2/Ernst, § 323 BGB Rn. 35.

³¹ Medicus/Lorenz, Rn. 429.

³² Medicus/Lorenz, Rn. 457.

3. Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers

Das Nichtbestehen eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechts ist aus Arbeitnehmersicht zu begrüßen. Ihm gereicht es zum Vorteil, dass er bei einer nicht ordnungsgemäßen Vertragserfüllung keinen weiterführenden Ansprüchen des Arbeitgebers ausgesetzt ist. Dass zugunsten des Arbeitnehmers neben der Nacherfüllung und des Rücktritts auch eine Minderung gesetzlich nicht vorgesehen ist, muss sich daraus ergeben, dass der Gesetzgeber den Arbeitnehmer im Vergleich zu Schuldern anderer Verträge als schutzbedürftiger ansieht.

Vergleicht man die Schuldner aus den vorgenannten Vertragstypen mit den Schuldern eines Arbeitsvertrags – dem Arbeitnehmer – wird deutlich, dass das Nichtbestehen eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechts den Interessen des Arbeitnehmers als Schuldner der Arbeitsleistung (bei den anderen Verträgen: Schuldner der Sachleistung) zu Gute kommt. Der Vertragspartei, die bei den anderen Vertragstypen die Sachleistung erbringt (dem Verkäufer, dem Werkunternehmer, dem Vermieter und dem Reiseveranstalter), wird durch das Gewährleistungsrecht eine größere Last aufgebürdet. Denn typischerweise ist es die Sachleistung und nicht die Geldleistung, die nicht ordnungsgemäß erbracht wird. Erbringt der Schuldner der Geldleistung diese nicht ordnungsgemäß, nicht vollständig oder gar nicht, steht dem Vertragspartner die Einrede des nichterfüllten Vertrages zu, vgl. § 320 Abs.1 S.1 BGB. Der Schuldner der Geldleistung hat seine Primärleistungspflicht aus dem gegenseitigen Vertrag nicht erfüllt. Dabei steht die nicht ordnungsgemäße Leistung i.R.d. § 320 BGB der unvollständigen Leistung gleich.³³ Solange der Gefahrübergang noch nicht stattgefunden hat, bleibt der Erfüllungsanspruch erhalten.³⁴ Beim Kaufvertrag ist der Gefahrübergang die Übergabe der Sache,³⁵ beim Werkvertrag die Abnahme des Werks,³⁶ beim Mietvertrag die Einräumung der Gebrauchsmöglichkeit³⁷ und beim Reisevertrag der

³³ BeckOK BGB/Schmidt, § 320 BGB Rn. 14.

³⁴ BeckOK BGB/Schmidt, § 320 BGB Rn. 14.

³⁵ Hirsch, Rn. 44ff.

³⁶ Greiner, S. 195.

³⁷ Medicus/Lorenz, Rn. 454.

Vertragsschluss³⁸. Der Gefahrübergang bildet insofern eine zeitliche Zäsur.³⁹ Da der Schuldner der Geldleistung aber im Rahmen der Verträge mit bestehendem Gewährleistungsrecht üblicherweise der ist, der vorleistet, hat der Gefahrübergang im Zeitpunkt der nicht ordnungsgemäßen Leistung noch nicht stattgefunden. Zur Durchsetzung des Anspruchs auf Zahlung des Kaufpreises, des Werklohns, der Miete oder des Reisepreises bedarf es somit meist keines Gewährleistungsrechts. Zwar sind Fälle denkbar, in denen ein Gewährleistungsrecht in dieser Konstellation eine Rolle spielen könnte. Zum Beispiel bezahlt der Käufer den Kaufpreis erst nach Übergabe der Kaufsache mit Scheinen einer nicht mehr gültigen Währung. Jedoch sind solche Fälle in der Praxis selten. Das Gewährleistungsrecht dient in erster Linie den Interessen des Gläubigers der Sachleistung (dem Käufer, dem Besteller, dem Mieter und dem Reisenden). Dem Schuldner der Sachleistung gereicht dieses dagegen in der Praxis zum Nachteil, da er üblicherweise derjenige ist, der auf Gewährleistung in Anspruch genommen wird.

Auf den Arbeitsvertrag übertragen würde das bedeuten, dass dem Arbeitgeber eine Erweiterung seiner Rechte zugesprochen würde, da eine Schlechtleistung, wie gezeigt, typischerweise bei der Leistung des Schuldners der Sachleistung bzw. hier der Arbeitsleistung vorliegt. Der Arbeitnehmer unterscheidet sich durch die Schuldner der Verträge mit bestehendem Gewährleistungsrecht dadurch, dass er zumeist die in wirtschaftlicher Hinsicht schwächere Partei des Vertrags ist. Er leistet Arbeit, um sich seine Lebensgrundlage zu sichern. Er ist vom Bestand des Arbeitsvertrags und demgemäß von der Gegenleistung des Arbeitgebers existenziell abhängig.

Die erhöhte Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers zeigt sich auch daran, dass der Arbeitnehmer nach ständiger Rechtsprechung und überwiegender Ansicht in der Literatur Verbraucher ist.⁴⁰ Begründet wird dies damit, dass der Arbeitsvertrag als Rechtsgeschäft in den Bereich der un-

³⁸ *Medicus/Lorenz*, Rn. 827.

³⁹ *BeckOK BGB/Schmidt*, § 320 BGB Rn. 14.

⁴⁰ *BVerfG* v. 23.11.2006, NZA 2007, 85 (86); *BAG* v. 25.5.2005, NZA 2005, 1111 (1115); *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 182; *Däubler*, NZA 2001, 1329 (1333); *Staudinger/Kannowski*, § 13 Rn. 53ff.

selbstständigen beruflichen Tätigkeit fällt. Somit ist er weder der gewerblichen noch der selbstständigen beruflichen Tätigkeit zuzuordnen. Da der Arbeitnehmer auch eine natürliche Person ist, sind die Voraussetzungen des § 13 BGB erfüllt.⁴¹ Der Arbeitnehmer ist in wirtschaftlicher Hinsicht von der Leistung des Arbeitgebers abhängig. Würde er diese nicht oder nicht in vollem Umfang erhalten, wäre seine Lebensgrundlage gefährdet. Man spricht von einer wirtschaftlichen Zweckdivergenz zwischen den Arbeitsvertragsparteien, die ausschlaggebend dafür ist, den Arbeitnehmer als Verbraucher anzusehen.⁴² Die Verbrauchereigenschaft zeugt zwar von einer erhöhten Schutzbedürftigkeit, was der Gesetzgeber durch besondere Schutzvorschriften für Verbraucher (z.B. bei der AGB-Kontrolle, im Verbrauchsgüterkaufrecht sowie beim Verbraucherdarlehensvertrag) deutlich gemacht hat. Alleine die Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers und seine damit verbundene erhöhte Schutzbedürftigkeit genügt jedoch nicht als Rechtfertigungsgrundlage für die Nichtexistenz eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechts. Denn auch dem Dienstvertragsrecht ist ein Gewährleistungsrecht fremd, obwohl es sich bei Dienstleistungsnehmern oftmals um Unternehmer handelt.

Die Tatsache, dass die wirtschaftliche Existenz des Arbeitnehmers von der Gegenleistung des Arbeitgebers abhängt, führt aber zu einer erhöhten Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers im Vergleich zum Verkäufer oder zum Werkvertragsunternehmer. Ein Verkäufer, der eine Kaufpreisminderung hinzunehmen hat oder zur Nachleistung verpflichtet bleibt, wenn er seine Pflicht aus § 433 Abs.1 S.2 BGB nicht ordnungsgemäß erfüllt, riskiert „nur“ den Nichterhalt des Kaufpreises, der Vermieter den Nichterhalt der Miete usw. Üblicherweise ist der Erhalt dieser Einzelleistungen für die wirtschaftliche Existenz des Verkäufers, des Vermieters usw. nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Die erhöhte Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers ist somit, neben anderen Umständen, Rechtfertigung dafür, dem Arbeitgeber von Gesetzes wegen kein Gewährleistungsrecht zur Verfügung zu stellen. Die wirtschaftliche Existenz des

⁴¹ *Däubler*, NZA 2001, 1329 (1333).

⁴² Siehe dazu *Däubler*, NZA 2001, 1329 (1333); *Schulte-Nölke/Schulze/Pfeiffer*, S. 140.

Arbeitnehmers darf nicht durch das Bestehen eines gesetzlich angeordneten Gewährleistungsrechts gefährdet werden.

4. Relevanz des Leistungszeitpunktes

Ein Gewährleistungsrecht den genannten Vertragstypen vorzubehalten, rechtfertigt sich zudem mit der Überlegung, dass in der Praxis der Schuldner der Geldleistung derjenige ist, der zuerst leistet. Üblicherweise zahlt der Käufer den Kaufpreis bevor er den Kaufgegenstand in den Händen hält. Die Miete ist gemäß § 556b Abs.1 BGB zu Beginn des Mietverhältnisses zu entrichten. Der Reisende zahlt den Reisepreis vor Antritt der Reise. Der Besteller zahlt den Werklohn bei Abnahme des Werks. Es ist aber die gesetzliche Möglichkeit vorgesehen, den Werklohn in Abschlagszahlungen zu erbringen bevor das Werk vollständig fertig gestellt ist, § 632a Abs.1 BGB.⁴³ Im Arbeitsrecht ist dies anders geregelt. Die Gewerbeordnung enthält keine Regelungen zur Fälligkeit der Vergütung.⁴⁴ Deshalb ist im Rahmen eines Arbeitsvertrags auf die allgemeinen im Dienstvertragsrecht geltenden Regelungen abzustellen. Gemäß § 614 BGB ist die Vergütung nach der Leistung der Dienste zu entrichten. Der Arbeitnehmer tritt also mit der Arbeitsleistung in Vorleistung.⁴⁵ Das bedeutet, dass insb. bei Vorliegen einer Nichtleistung oder nicht vollständigen Leistung durch den Arbeitnehmer der Arbeitgeber einen wirtschaftlichen Schaden dadurch vermeiden kann, dass er den Arbeitslohn gar nicht erst zahlt. Denn wenn die Arbeitsleistung nicht erbracht wurde, dann wird der Vergütungsanspruch nicht fällig, vgl. § 614 BGB.⁴⁶ Der Arbeitgeber geht nicht das Risiko ein, die Arbeitsleistung nicht zu erhalten, obwohl er ordnungsgemäß geleistet hat. Der Käufer, der vor Übergabe der Kaufsache den Kaufpreis zahlt, ist dadurch abgesichert, dass er bei einer Schlechtleistung durch den Verkäufer Nacherfüllung verlangen kann. Der Arbeitgeber hat durch das Fehlen eines Gewährleistungsrechtes im Vergleich dazu zwar einen Nachteil hinzunehmen. Dieser ist aber wegen der bestehenden Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers von minderer Schwere. Würde dagegen dem Käufer

⁴³ BeckOK BGB/Voit, § 632a BGB Rn. 2; Jauernig/Mansel, § 632a BGB Rn. 2ff.

⁴⁴ BeckOK GewO/Schulte, § 108 GewO Rn. 2.

⁴⁵ ErfK/Preis, § 614 BGB Rn. 1; Medicus/Lorenz, Rn. 630.

⁴⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, Rn. 630.

kein Gewährleistungsrecht zur Verfügung stehen, würde dieser wegen des bereits gezahlten Kaufpreises ungleich schlechter dastehen.

Das Nichtbestehen eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechtes rechtfertigt sich somit auch vor dem Hintergrund, dass das Risiko des Arbeitsgebers einen wirtschaftlichen Schaden zu erleiden, wegen der Vorleistungspflicht des Arbeitnehmers gemindert ist.

5. Regelfall der Zeitvergütung

Wie gezeigt erbringen die Vertragsparteien im Rahmen eines Arbeitsvertrags wegen dessen Charakter als Dauerschuldverhältnis eine ständig wiederkehrende Leistung.⁴⁷ Diese wird zumeist nach bestimmten Zeitabständen vergütet (Stunden-, Tages-, Wochen- oder Monatsvergütung).⁴⁸ Es steht den Arbeitsvertragsparteien zwar frei, wie sie die Arbeitsvergütung bemessen. So kommt bspw. auch die Vereinbarung von Akkordlohn oder Prämienlohn in Betracht.⁴⁹ Dass zumeist die Zeitvergütung vereinbart wird zeigt aber, dass dies die interessensgerechteste Lösung sein muss. Dies wird vor dem Hintergrund deutlich, wenn man bedenkt, dass nur so der Arbeitnehmer erkennen und absehen kann, wie viel Vergütung er erhält. Dabei ist die Zeitvergütung sowohl von der Quantität als auch von der Qualität der geleisteten Arbeit unabhängig.⁵⁰ Dem typischen Willen der Arbeitsvertragsparteien entspricht es, die Vergütung losgelöst von der Arbeitsleistung nach bestimmten Zeitabständen im Vorhinein festzulegen. Dies macht deutlich, dass die Vertragsparteien den Anspruch auf die Vergütung als bestehend ansehen, sobald der Arbeitnehmer seiner Tätigkeitspflicht nachkommt und nicht erst, wenn er einen bestimmten Leistungserfolg erbringt. Dass beim Arbeitsvertrag kein Minderungsrecht besteht, resultiert somit aus einem verkehrstypischen Willen der Arbeitsvertragsparteien.⁵¹ Damit geht es konform, dass der Anspruch auf die Vergütung weiter bestehen bleibt, solange die Tätigkeitspflicht nicht ordnungsgemäß erbracht wird. Ein gesetzliches Minderungsrecht besteht auch aus diesem Grunde nicht.

⁴⁷ *Medicus/Lorenz*, Rn. 614.

⁴⁸ *Schaub/Linck*, § 67 Rn. 28.

⁴⁹ *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 391ff.; Siehe S.154ff.

⁵⁰ *Schaub/Linck*, § 67 Rn. 33.

⁵¹ *Weller*, S. 554.

6. Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringungspflicht

Ein weiterer Unterschied zu den genannten Vertragstypen besteht darin, dass bei diesen Verträgen die Leistungserbringung nicht höchstpersönlicher Natur ist. Bei einem Arbeitsvertrag hat der Arbeitnehmer die Arbeit in Person zu leisten, vgl. § 613 BGB.⁵² Ein Gewährleistungsrecht bedeutet auch immer eine gewisse Objektivierbarkeit der Leistungen. Bei diesen Verträgen ist die dem Vertrag charakteristische Leistung eine solche, die nicht nur vom Schuldner selbst, sondern auch von einer dritten Person erbracht werden kann. Dies ergibt sich aus der dargestellten Ergebnisorientiertheit dieser Verträge.⁵³ Dem Käufer ist es letztlich egal, ob er den Kaufgegenstand vom Verkäufer selbst oder von einem Vertreter oder Boten übergeben bekommt. Die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer dagegen ist durch eine besondere Vertrauensstellung gekennzeichnet. Das ergibt sich nicht nur aus dem Charakter des Arbeitsvertrages als Dauerschuldverhältnis.⁵⁴ Die besondere Beziehung findet ihren Ausdruck auch darin, dass der Arbeitnehmer die Arbeit persönlich zu erbringen hat, vgl. § 613 BGB.⁵⁵ Das macht deutlich, dass bei der Beurteilung der Arbeitsleistung die Persönlichkeit des Arbeitnehmers und seine Arbeitskraft im Vordergrund steht. Es ist nicht egal, wer die Arbeitsleistung erbringt. Ein Mängelgewährleistungsrecht setzt aber stets voraus, dass es einen objektiv bestimmbaren Fehlerbegriff gibt, wie er sich für den Kaufvertrag aus § 434 Abs.1 S.2 BGB und für den Werkvertrag aus § 633 Abs.1 S.2 BGB ergibt.⁵⁶ Aus dem personalen Charakter der Arbeitsleistung resultiert die Unzulässigkeit eines objektiven Fehlerbegriffs. Die Mangelhaftigkeit der erbrachten Leistung ist individuell zu bestimmen. Die individuelle Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers ist Maßstab für die zu erbringende Arbeitspflicht. Auch dieser Umstand spricht gegen eine Nachholung der Dienste im Wege eines Gewährleistungsrechts.

⁵² *Medicus/Lorenz*, Rn. 626.

⁵³ Siehe S.4ff.

⁵⁴ BeckOK ArbR/*Joussen*, § 613 BGB vor Rn. 1.

⁵⁵ BeckOK ArbR/*Joussen*, § 613 BGB vor Rn. 1.

⁵⁶ *Preis*, § 26 III 1.

7. Zusammenfassung und Fazit

Festzuhalten bleibt, dass das Nichtbestehen eines Gewährleistungsrechts beim Arbeitsvertrag damit zu begründen ist, dass die Vornahme einer Handlung und nicht die Herbeiführung eines Arbeitsergebnisses geschuldet ist. Ein Ergebnis ist bei den Vertragstypen mit gesetzlich angeordnetem Gewährleistungsrecht der ausschlaggebende Bezugspunkt für die Beurteilung einer ordnungsgemäßen Leistung.⁵⁷

Ein Gewährleistungsrecht im Arbeitsvertrag würde Probleme aufwerfen, weil der Leistungsumfang und somit auch die Mängel, die sich aus einer nicht ordnungsgemäßen Leistung ergeben, bei einem Arbeitsverhältnis nicht von vornherein feststehen. Dies ergibt sich aus dem Charakter des Arbeitsvertrags als Dauerschuldverhältnis.⁵⁸ Der Arbeitnehmer ist zur Erbringung einer immer wiederkehrenden Leistung verpflichtet.⁵⁹ Außerdem ist eine Nachholung der Leistung wegen des Zeitbezugs der Arbeitsleistung in tatsächlicher Hinsicht oftmals nicht möglich.

Auch ist das Nichtbestehen eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechts wegen der existenziellen Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber sinnvoll.⁶⁰ Der Arbeitnehmer erfährt eine Besserstellung zum Verkäufer, Werkunternehmer, Vermieter und Reiseveranstalter dadurch, dass er keinen Gewährleistungsrechten des Arbeitgebers ausgesetzt ist. Er ist im Gegensatz zu diesen Schuldnern zur Sicherung seiner wirtschaftlichen Lebensgrundlage vom Erhalt der Gegenleistung abhängig.

Auch wird durch § 614 BGB, welcher bestimmt, dass der Arbeitnehmer mit der Arbeitsleistung in Vorleistung zu treten hat⁶¹, deutlich, dass das Fehlen eines Gewährleistungsrechts wegen der besser ausgestalteten Lage des Arbeitgebers im Vergleich zu den Gläubigern anderer Verträge

⁵⁷ Vgl. dazu die Leistungserbringungspflicht beim Dienstvertrag, Mietvertrag und Reisevertrag: BeckOK BGB/*Fuchs*, § 611 BGB Rn. 11; BeckOK BGB/*Geib*, § 651a BGB Rn. 30; *Medicus/Lorenz*, Rn. 803; MüKoB3/*Westermann*, § 433 BGB Rn. 42; *Schulze/Ebert*, § 535 BGB Rn. 1; demgegenüber die Leistungsbeschreibung des Arbeitnehmers: BeckOK ArbR/*Joussen*, § 611 BGB Rn. 291; *Medicus/Lorenz*, Rn. 624.

⁵⁸ *Medicus/Lorenz*, Rn. 614.

⁵⁹ *HBD/Schöne*, § 611 BGB Rn. 9.

⁶⁰ *Däubler*, NZA 2001, 1329 (1333); *Schulte-Nölke/Schulze/Pfeiffer*, S. 140.

⁶¹ *ErftK/Preis*, § 614 BGB Rn. 1; *Medicus/Lorenz*, Rn. 630.

leichter hinnehmbar ist. Das Arbeitgeberrisiko wird dadurch gemindert, dass er bei einer Nichtleistung keine Vergütung zahlen wird.⁶²

Auch zeigt die regelmäßige Vereinbarung einer Zeitvergütung, dass die Arbeitsvertragsparteien den Vergütungsanspruch unabhängig von der Erbringung eines bestimmten Arbeitserfolges als gegeben ansehen.⁶³

Zudem würde die Höchstpersönlichkeit der Arbeitsleistung die Umsetzung eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechtes erschweren.⁶⁴

Das Vorliegen dieser Umstände macht das Fehlen eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechtes nachvollziehbar.

In Übereinstimmung damit geht aus der Begründung des Regierungsentwurfs⁶⁵ zu § 437 Nr. 2, 2. Alt. BGB hervor, dass auch der Gesetzgeber von dem verkehrstypischen Willen der Dienstvertragsparteien ausgeht, dass diese ein Minderungsrecht üblicherweise nicht wollen. Es wird ausdrücklich klargestellt, dass die Minderung für einzelne Vertragstypen, insb. für den Dienstvertrag (und somit auch für den Arbeitsvertrag als Unterfall des Dienstvertrags⁶⁶), als Rechtsbehelf ausgeschlossen bleiben muss. Die Begründung unterstellt damit, dass Parteien von Verträgen ohne gesetzlich geregeltes Minderungsrecht dieses typischerweise nicht wollen.⁶⁷ Nach Begründung der o.g. Norm soll es ein allgemeines Minderungsrecht nicht geben, da ein solches für einzelne Vertragstypen ausgeschlossen bleiben muss. Die Begründung macht deutlich, dass das besondere Interesse des Käufers, die mangelhafte Kaufsache zu behalten und den Kaufpreis herabzusetzen,⁶⁸ nicht auf andere Vertragstypen, – wie den Dienstvertrag – für die ein Minderungsrecht gesetzlich nicht vorgesehen ist, zu übertragen ist. Die Regierungsbegründung steht somit in Einklang mit den oben aufgeführten Gründen, die gegen ein arbeitsvertragliches Gewährleistungsrecht sprechen.

⁶² *Medicus/Lorenz*, Rn. 630.

⁶³ *Schaub/Linck*, § 67 Rn. 28 und 33.

⁶⁴ Vgl. *BeckOK ArbR/Joussen*, § 613 BGB vor Rn. 1; *Medicus/Lorenz*, Rn. 626; *Preis*, § 26 III 1.

⁶⁵ BT-Drucks. 14/6040, S. 223.

⁶⁶ *BDDH/Schöne*, § 611 BGB Rn. 8.

⁶⁷ *Weller*, S 553.

⁶⁸ BT-Drucks. 14/6040, S. 223.

II. Schlechterstellung des Arbeitgebers

Den Besonderheiten des Arbeitsvertrags wird dadurch Rechnung getragen, dass der Arbeitgeber die Erbringung der Leistungspflicht durch den Arbeitnehmer durch Ausübung seines Weisungsrechts aus § 106 GewO beeinflussen kann.⁶⁹ Die Schlechterstellung des Arbeitgebers im Vergleich zum Käufer, Besteller, Mieter oder Reisenden vermag diese Besonderheit aber nicht zu beseitigen. Der Arbeitnehmer hat die Leistung aufgrund dieser Weisungen des Arbeitgebers, die Vorgaben zur Arbeitszeit, zum Arbeitsort und zum Arbeitsinhalt (vgl. § 106 GewO) enthalten können, zu erbringen.⁷⁰ Das Weisungsrecht stellt eine Besonderheit dar, weil es sich als solches nur im Arbeitsvertrag wiederfindet.⁷¹ Es stellt sich aus Arbeitgebersicht sinnvoll dar, da dieser die persönlich zu erbringende Leistungshandlung des Arbeitnehmers durch konkrete Vorgaben lenken kann. Der Umstand, dass das Weisungsrecht nicht über das hinausgehen kann, was arbeitsvertraglich vereinbart ist,⁷² schließt eine unzulässige Belastung des Arbeitnehmers aus. Das Weisungsrecht stellt aber keine Rechtsposition dar, die mit einem Gewährleistungsrecht, welches es erlaubt, eine ordnungsgemäße Leistung nachträglich herbeizuführen bzw. bei nichtordnungsgemäßer Leistung die Gegenleistung zu mindern, vergleichbar ist. Der Arbeitgeber steht vor dem Problem, bei nicht ordnungsgemäßer Erfüllung der Hauptleistungspflicht durch den Arbeitnehmer, diesem den vollen Lohn zahlen zu müssen. Er begibt sich mit Abschluss des Arbeitsvertrags in ein Abhängigkeitsverhältnis dahingehend, dass er es nicht beeinflussen kann, ob der Arbeitnehmer seine arbeitsvertraglichen Pflichten ordnungsgemäß erfüllt. Er ist darauf angewiesen, dass der Arbeitnehmer seine ganze subjektive Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellt und nicht etwa aus Bequemlichkeit weniger leistet, als er eigentlich könnte. Bleibt der Arbeitnehmer hinter seinem subjektiven Leistungsvermögen zurück, stellt dies (unter anderem) eine

⁶⁹ *LAG Köln* v. 11.12.2009, BeckRS 2010, 67151 Entschdgrd. II. 1. b.; *Schaub/Linck*, § 45 Rn. 31.

⁷⁰ *BeckOK ArbR/Tilmanns*, § 106 GewO Rn. 14.

⁷¹ Siehe ausführlich zum Weisungsrecht: S.62ff.

⁷² *MüArbR/Reichold*, § 35 Rn. 5; *Schaub/Linck*, § 45 Rn. 32; *Staudinger/Richardi/Fischinger*, § 611 BGB Rn. 951.

Schlechtleistung dar. Er bleibt hinter dem Leistungsniveau zurück, welches er arbeitsvertraglich schuldet. Für den Arbeitgeber bestehen keine gesetzlichen Möglichkeiten das gestörte Äquivalenzverhältnis über Sekundärleistungsrechte auszugleichen. Erreicht die Schlechtleistung einen bestimmten Schweregrad, besteht zwar die Möglichkeit, den Arbeitnehmer (personen- oder verhaltensbedingt) zu kündigen bzw. ggf. zunächst abzumahnern.⁷³ Von den Vertragsparteien ist es unter Umständen, selbst wenn dieser Schweregrad erreicht ist, aber gar nicht gewollt, die vertragliche Beziehung zu beenden. Überdies kann der Arbeitgeber auch bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein Interesse daran haben, die wirtschaftliche Einbuße, die die Schlechtleistung des Arbeitnehmers bewirkt hat, zu beseitigen.

Ein gesetzlich geregeltes Gewährleistungsrecht kennen das Arbeitsvertrags- und das Dienstvertragsrecht nicht. Die vom Gesetzgeber geregelte Situation ist aus Arbeitgebersicht somit unzureichend.

B. Gang der Untersuchung

Das neue Schuldrecht gilt seit dem 1.1.2002.⁷⁴ Die umfassende Reform des Zivilrechts hat auch Auswirkungen auf das Arbeitsrecht. Das System der Leistungsstörungen wurde grundlegend umgestaltet. Es ist von nun an (nur noch) zu trennen zwischen dem Schicksal der Primärleistungspflicht des Schuldners und den Rechtsfolgen einer Leistungsstörung.⁷⁵ Während der Untergang der Primärleistungspflicht sich nach § 275 BGB richtet, beurteilen sich die Rechtsfolgen aus einer Leistungsstörung nach § 280 Abs.1 BGB. Im Rahmen der Leistungsstörung ist wie bei anderen Verträgen auch zu unterscheiden zwischen einer Nebenpflichtverletzung und der mangelhaften Hauptleistung.⁷⁶ Da Ersteres jedoch keine Besonderheiten gegenüber anderen Vertragstypen aufweist, wird sich im Folgenden nur mit der Problematik der mit Mängeln behafteten Hauptleistung beschäftigt.

⁷³ ErftK/Oetker, § 1 KSchG Rn. 98ff und 18; MüKo/Hergenröder, § 1 KSchG Rn. 285ff. und 296ff.; Schaub/Linck, § 133 Rn. 1ff. und 9.

⁷⁴ Siehe Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts 1 vom 26.11.2001, BGBl. I S. 3138.

⁷⁵ Lindemann, AuR 2002, 81 (81).

⁷⁶ Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (13).

Die Frage, die sich stellt, ist die, was dem Arbeitgeber für Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um auf eine Schlechtleistung des Arbeitnehmers zu reagieren. Denn nur, weil das Gesetz ein Gewährleistungsrecht nicht vorsieht, bedeutet das nicht, dass dem Arbeitgeber keine anderen Möglichkeiten zu gewähren sind, um auf die Schlechtleistung zu reagieren. Auf der anderen Seite gilt es, auf die Wertungen, welche der Gesetzgeber durch Einfügung oder auch Nichteinfügung von bestimmten Regelungen schafft, Rücksicht zu nehmen, so dass diese nicht unterlaufen werden. Würde man dem Arbeitgeber Rechte zustehen, die faktisch einem gesetzlichen Gewährleistungsrecht gleichkämen, könnte das die Wertung des Gesetzgebers unterlaufen, die er dadurch geschaffen hat, dass er ein Gewährleistungsrecht für den Arbeitsvertrag nicht vorsieht. Es gilt also Möglichkeiten zu finden, die keine Umgehung dieser Wertung zur Folge haben.

I. Frage nach dem Handlungsbedarf

Die Feststellung, ob eine Maßnahme erforderlich ist, die die Situation des Arbeitgebers verbessert, wenn dieser eine schlechte Arbeitsleistung empfängt, beurteilt sich in Abhängigkeit von der Art der Leistungsstörung. Es besteht nur dann das Bedürfnis den Arbeitgeber mit Rechten auszustatten, wenn er durch die vom Arbeitnehmer verursachte Leistungsstörung Verluste hinzunehmen hat, die ungerechtfertigt sind. Wenn sich die mit Mängeln behaftete Leistung für den Arbeitgeber weder in wirtschaftlicher noch in rechtlicher Hinsicht als negativ darstellt, gibt es keinen Nachteil, der kompensiert werden muss. Deshalb ist zwischen jenen vertragswidrigen Leistungen, deren Auswirkungen bereits durch das Gesetz beseitigt werden und solchen, bei denen das Gesetz keine Beseitigung vorsieht bzw. sich diese als unzureichend darstellt, zu unterscheiden. Wenn der Arbeitgeber durch Befreiung von der Lohnzahlungspflicht keinen Schaden erleidet, besteht keine Notwendigkeit weitere Handlungsinstrumente zu konstruieren. Der unzureichenden Leistung des Arbeitnehmers wird dann dadurch begegnet, dass auch die Belastung des Arbeitgebers durch die Befreiung von der Lohnzahlung beseitigt wird. Die Lösungsmodelle, die auf eine Kompensation des vom Arbeitgeber zu erleidenden Schadens hinwirken, gelten somit nur

für die Fälle, in denen der Arbeitgeber einen wirtschaftlichen Schaden erleidet.

Der Arbeitgeber wird regelmäßig ein Interesse daran haben, eine unzureichende Leistung zu vermeiden. Der Wunsch nach Vertragserfüllung ergibt sich schon daraus, dass der Arbeitgeber den Arbeitsvertrag geschlossen hat. Es könnte sich für den Arbeitgeber anbieten, präventiv vorzugehen, indem im Vorfeld Regelungen getroffen werden, die auf eine ordnungsgemäße Leistung hinwirken. Auch diese Regelungen gilt es herauszuarbeiten.

II. Der Pflichtenmaßstab als Vorfrage

Um feststellen zu können, welche Handlungsmöglichkeiten dem Arbeitgeber im Falle einer Schlechtleistung zur Verfügung stehen, muss zunächst klargestellt werden, wann sich die Leistung des Arbeitnehmers als unzureichend erweist. Nur dann besteht Handlungsbedarf. Fehlt eine Klarstellung dessen, was der Arbeitnehmer zu leisten verpflichtet ist, kann nicht entschieden werden, was der Arbeitgeber zu verlangen berechtigt ist. Die Vorfrage lautet somit: Was ist der Pflichtenmaßstab des Arbeitnehmers? So trivial die Frage auch klingt, ihre Beantwortung ist hochkomplex und vielschichtig. Schwierig ist die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs zum einen deshalb, weil sich dieser nicht aus der Niederschrift des Arbeitsvertrags selbst ergibt. Auf die Arbeitnehmerpflicht wirkt eine Vielzahl unterschiedlicher Faktoren ein, die die Arbeitsleistung bestimmen und konkretisieren. Dies sind Faktoren, die zwar nicht im Arbeitsvertrag ausdrücklich genannt werden, aber dennoch die Willensbildung der Parteien beeinflussen und deshalb Teil des Arbeitsvertrags sind. Das können sämtliche Faktoren aus der Umwelt sein, die aus dem Hintergrund auf den Arbeitsvertrag einwirken und sich zusammen mit dem niedergeschriebenen Arbeitsvertrag zu einem Sozialbild zusammenfügen, welches die Leistungspflicht des Arbeitnehmers bestimmt.⁷⁷

⁷⁷ LAG Köln v. 11.12.2009, BeckRS 2010, 67151; MüArbR/Reichold, Rn. 14.

Der Arbeitsvertrag selbst gibt in den meisten Fällen keinen Aufschluss darüber, welche konkreten Anforderungen der Arbeitgeber an die Arbeitsleistung stellt.⁷⁸ Zumeist erfolgt eine kurze Beschreibung der Tätigkeit oder gar nur die Bezeichnung des jeweiligen Berufs. Der Arbeitgeber wird aber schon bei Vertragsschluss Anforderungen an die Arbeitsleistung stellen, von denen er sich die Erfüllung durch den Arbeitnehmer erhofft.⁷⁹ Diese Anforderungen ergeben sich aus denen im Betrieb jeweils vorherrschenden Gegebenheiten und Eigenarten. Die Auslegung der auf den Vertrag einwirkenden Umstände und der sich daraus ergebenden Anforderungen an den Pflichtenmaßstab gestaltet sich schwierig. Wegen der zahlreichen Möglichkeiten bzgl. der Art der zu leistenden Arbeit, deren Intensität und Qualität, besonderer betrieblicher Abläufe sowie anderer Umstände, die aufeinander einwirken (Arbeitszeit, Entgelthöhe, Verantwortung des Arbeitnehmers für den wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens, Stellung des Arbeitnehmers in der Unternehmenshierarchie etc.), ist die Bestimmung der Anforderungen bei Vertragsschluss meist nicht möglich. In welcher Weise die soeben beschriebenen Faktoren zu berücksichtigen sind, damit die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs möglichst transparent wird, ist zu erläutern.

Hinzu kommt die arbeitsrechtliche Besonderheit, dass die Leistungspflicht des Arbeitnehmers eine höchstpersönliche ist, vgl. § 613 BGB. Dieser Umstand verwehrt es dem Arbeitgeber, die Arbeitsleistung einseitig objektiv zu bestimmen. Zu fragen ist, ob die Vornahme jeglicher Objektivierung wegen der Subjektivität des Leistungsbegriffes zu verneinen ist. Wäre jegliche Objektivierung ausgeschlossen, wäre die Qualifizierung des Pflichtenmaßstabs erheblich erschwert. Es käme dann ausschließlich auf die individuelle Leistungsfähigkeit des jeweiligen Arbeitnehmers an. Ob und in welcher Form eine Objektivierung zulässig ist gilt es ebenfalls zu klären.

Wegen dieser Besonderheiten ist eine umfassende Auseinandersetzung mit dem Pflichtenmaßstab für die vorliegende Arbeit unerlässlich.

⁷⁸ Preis, § 26 III.

⁷⁹ Siehe zum Vorschlag eines Anforderungsprofils seitens des Arbeitgebers: Tschöpe, BB 2006, 213 (213ff.).

III. Rechtsfolgen einer Schlechtleistung

Nachdem geklärt wurde, wie der Pflichtenmaßstab definiert wird, kann in einem nächsten Schritt herausgearbeitet werden, welche Möglichkeiten dem Arbeitgeber zustehen, um auf eine negative Abweichung vom Pflichtenmaßstab durch den Arbeitnehmer zu reagieren. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen gesetzlich vorgesehenen Möglichkeiten und solchen, die den Arbeitsvertragsparteien im Rahmen des vom Gesetzgeber freigelassenen Raumes zustehen.

Wenn der Arbeitgeber durch die schlechte Leistung des Arbeitnehmers einen Schaden erleidet, stellt sich die Frage nach einem Schadensersatzanspruch. Für dessen Begründung muss auf die Regelungen des BGB AT und auf die Normen des allgemeinen vertraglichen Schadensersatzrechts (§§ 241 – 292 BGB) zurückgegriffen werden, da ein spezielles Schadensersatzrecht den gesetzlich bestehenden arbeitsvertraglichen Regelungen fremd ist. Ob und unter welchen Voraussetzungen ein Schadensersatzanspruch möglich ist, wird unter Beachtung der vom Gesetzgeber durch Nichteinfügung eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechtes aufgestellten Wertung zu erläutern sein. Da der Arbeitsvertrag ein Dauerschuldverhältnis darstellt,⁸⁰ ist es zwingend zu erläutern, inwieweit eine Kündigung dem Verlangen des Arbeitgebers nach Beseitigung einer schlechten Leistung gerecht wird. Des Weiteren ist im Hinblick auf § 628 Abs.1 S.2 BGB zu diskutieren, ob diese Norm den Arbeitgeberinteressen bereits ausreichend Rechnung trägt.

Aufzuzeigen sind daneben Regelungen, die das Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, aber wegen der Vertragsfreiheit zuzulassen sind. Es muss dabei entschieden werden, zu welchem Zeitpunkt eine Vereinbarung über die Rechtsfolgen einer Schlechtleistung sinnvoll ist. In Betracht zu ziehen sind Lösungsmodelle, die auf die präventive Vermeidung schlechter Arbeitsleistungen hinwirken, sowie Fälle, in denen deren Auswirkungen nachträglich beseitigt werden sollen. Für bestimmte Regelungen könnte es sich anbieten, diese im Vorfeld zu vereinbaren. Dennoch wird eine Schlechtleistung seitens des Arbeitnehmers nicht vollständig auszuschließen sein. Deshalb kann auch für Arbeitsverträge

⁸⁰ *Medicus/Lorenz*, Rn. 614.

mit bestehender präventiver Regelungen ein nachträglich zu vereinbarendes Lösungsmodell eine Rolle spielen.

IV. Stellungnahme

Unerlässlich bleibt eine Beurteilung der Ergebnisse, die sich bei der Untersuchung der soeben beschriebenen Problematik ergeben haben. Am Ende der Arbeit wird die Frage beantwortet, ob die bestehende gesetzliche Lage ausreichend ist, um den berechtigten Bedürfnissen des Arbeitgebers im Falle einer Schlechtleistung durch den Arbeitnehmer Rechnung zu tragen. Ist dies nicht der Fall, soll entschieden werden, ob die dargestellten Handlungsinstrumente dem Gerechtigkeitsgedanken, der unserem Rechtssystem innewohnt, ausreichend Rechnung tragen. Es soll entschieden werden, ob den Arbeitsvertragsparteien ausreichend Handlungsspielraum zur Verfügung steht, um den beiderseitigen Interessen in angemessener Weise Rechnung zu tragen. Erweisen sich die dargestellten Möglichkeiten als ungenügend, ist es Aufgabe des Gesetzgebers, die unzureichende gesetzliche Ausgestaltung der Arbeitgeberrechte zu beseitigen.

Kapitel 1. Die gestörte Hauptleistung

Aktuell hat die Frage, wie die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers ausgestaltet sein muss, in der Rechtsprechungspraxis an Brisanz gewonnen.⁸¹ Über das Auftreten von Schlechtleistern wird viel diskutiert, weil diese Gruppe von Arbeitnehmern verstärkt die betriebliche Praxis und die Rechtsprechung beschäftigen.⁸² Dabei handelt es sich um Arbeitnehmer, die ihrer arbeitsvertraglichen Hauptpflicht nicht in einer Weise nachkommen, wie es von einem leistungsstarken Arbeitnehmer nach allgemeiner Anschauung zu erwarten ist. Der Begriff Schlechtleister umfasst neben der Schlechtleistung als solcher auch Aspekte der Minder-

⁸¹ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (693ff.); BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 90 (90ff.); LAG Hamm v. 22.4.2016, BeckRS 2016, 68882; LAG Köln v. 19.8.2015, BeckRS 2015, 69416; LAG Baden-Württemberg 11.3.2015, BeckRS 2015, 71567; ArbG Düsseldorf v. 17.12.2015, BeckRS 2016, 66066.

⁸² Stück, ArbRAktuell 2011, 651 (651).

oder Schwachleistung im Arbeitsverhältnis.⁸³ Schlechtleister sind Arbeitnehmer, die die ihnen durch den Arbeitsvertrag auferlegten Pflichten dadurch verletzen, dass sie zu wenig leisten. Die Quantität der Arbeitsleistung stimmt nicht. Es sind aber auch andere Fälle der nicht ordnungsgemäßen Leistung denkbar. So gibt es Schlechtleister, die die arbeitsvertragliche Pflicht schlecht erfüllen. Man könnte sagen, deren Leistung weist eine zu hohe Fehlerquote auf.⁸⁴ Der für den Arbeitgeber gravierendste Fälle sind die, in denen Schlechtleister aktiv Sabotage betreiben.⁸⁵ Auch Fälle, in denen der Arbeitnehmer gar keine Leistungshandlung vornimmt, sind unter den Begriff Schlechtleister zu fassen. Hierbei verletzt der Arbeitnehmer durch Vorenthalten der Leistung die arbeitsvertragliche Hauptpflicht.⁸⁶ Schlechtleistungen umfassen also all jene Handlungen (oder Unterlassungen), die unter dem Niveau liegen, welches der Arbeitsvertrag vorschreibt.

Die Bezeichnung Schlechtleister ist ein Sammelbegriff für alle Fälle, in denen die Leistung des Arbeitnehmers der Gegenleistung des Arbeitgebers in einer nicht gleichwertigen Weise gegenübersteht, weil sie nicht dem arbeitsvertraglichen Pflichtenmaßstab entspricht. Der Arbeitgeber erbringt durch die Lohnzahlung eine höherwertigere Leistung als der Arbeitnehmer, weil der ausbezahlte Lohn den Wert der vom Arbeitnehmer erbrachten Leistung übersteigt. Das Äquivalenzverhältnis ist gestört. Von dem Begriff Schlechtleister werden somit alle Arbeitnehmer erfasst, die dem Hauptleistungsversprechen aus dem Arbeitsvertrag nicht vollumfänglich nachkommen.

A. Abgrenzung der Schlechtleistung von der Nichtleistung

Die Abgrenzung von Schlechterfüllung und Nichterfüllung ist wegen der Rechtsfolgen wichtig. Erfüllt der Arbeitnehmer die Hauptleistungspflicht aus dem Arbeitsvertrag nicht, so entfällt gemäß § 326 Abs.1 S.1 BGB der Anspruch auf die Gegenleistung. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Nichterfüllung wegen des Fixschuldcharakters der

⁸³ Grobys/Panzer/Wisskirchen, 113 Rn. 1.

⁸⁴ Stück, ArbRAktuell 2011, 651 (651).

⁸⁵ Stück, ArbRAktuell 2011, 651 (651).

⁸⁶ Stück, ArbRAktuell 2011, 651 (651).

Arbeitsleistung zur Unmöglichkeit führt, vgl. § 275 Abs.1 BGB.⁸⁷ Zu beachten ist aber, dass die Nichterbringung der Arbeitsleistung durch den Arbeitnehmer nicht stets die Voraussetzungen des § 275 Abs.

1 BGB erfüllt, was zum Vorliegen einer Fixschuld notwendig ist. Eine Verallgemeinerung dahingehend, dass eine Nichtleistung generell zur Unmöglichkeit führt, ist vor diesem Hintergrund fraglich und ist zu diskutieren.

Wenn der Arbeitnehmer zwar leistet, seine Arbeitsleistung aber nicht in einer Weise erbringt, wie es der Arbeitsvertrag vorsieht, bleibt der Vergütungsanspruch grundsätzlich bestehen. Denn wenn die Arbeitsleistung im konkreten Fall Fixschulddarakter aufweist, ist die Leistungshandlung auch bei einer Schlechtleistung nicht nachholbar. Der Vergütungsanspruch entfällt nicht gemäß § 326 Abs.1 S.1 BGB. Das wird seit der Schuldrechtsreform durch § 326 Abs.1 S.2 BGB ausdrücklich geregelt. Danach ist der Satz 1 bei einer schlechten Arbeitsleistung nicht anwendbar, da für diesen eine Nacherfüllung nicht vorgesehen ist. Der Vergütungsanspruch entfällt somit nicht gemäß § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Arbeitgeber erhält somit zwar nicht die ihm vertraglich zugesprochene Leistung, er muss seiner Pflicht zur Lohnzahlung aber trotzdem nachkommen. Welche Möglichkeiten sich für ihn dennoch ergeben, die negativen Auswirkungen einer Schlechtleistung zu beseitigen, soll Gegenstand der folgenden Arbeit sein.

I. Nichtleistung

Nichtleistungsfälle zeichnen sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung ganz oder temporär gar nicht erbringt.⁸⁸ Der Arbeitnehmer leistet zu spät oder überhaupt nicht.⁸⁹ Er nimmt die Arbeit später als vereinbart auf, beginnt mit ihr insgesamt nicht, nimmt sie nach einer berechtigten Unterbrechung verspätet oder überhaupt nicht mehr auf, stellt vor Beendigung seiner Leistungspflicht ein oder hält seine Arbeitskraft zurück.⁹⁰ Diese Fälle werden unter dem Oberbegriff

⁸⁷ *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (13).

⁸⁸ *Stuck*, ArbRAktuell 2011, 651 (651).

⁸⁹ Vgl. MAHMoll/*Eisenbeis*, § 17 Rn. 2; Preis, § 41.

⁹⁰ MAHMoll/*Eisenbeis*, § 17 Rn. 2; MüArbR/*Reichold*, § 39 Rn. 2; Schaub/*Linck*, § 51 Rn. 1.

Nichtleistung der Arbeit zusammengefasst. Sie sind zu unterscheiden von Fällen, in denen der Arbeitnehmer in der vereinbarten Zeit am vereinbarten Ort erscheint, aber inhaltlich den Anforderungen aus dem Arbeitsvertrag nicht gerecht wird.

1. Zeitliches Kriterium

Das Vorliegen der Nichterfüllung ist nach zeitlichen Kriterien zu bestimmen. Denn für die Erbringung der Arbeitsleistung ist immer ein bestimmter Zeitrahmen vorgesehen. Das bedeutet, die Arbeitsleistung wird durch Festlegung der zeitlichen Komponente spezifiziert.⁹¹ Die Zeit und nicht der Erfolg ist das maßgebende Merkmal für die Arbeitsleistung.⁹² Bei einer Nichtleistung erbringt der Arbeitnehmer während der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit seine Leistung ganz oder temporär gar nicht. Fälle, in denen Nichtarbeit anzunehmen ist, liegen vor, wenn der Arbeitnehmer zu spät kommt, zu früh geht, rechtmäßig angewiesene Arbeit verweigert, nur vorgibt zu arbeiten, einfach am Arbeitsplatz einschläft, einer anderen Tätigkeit als der aus dem Arbeitsvertrag nachgeht (z.B. Internet oder Email für private Zwecke nutzt) oder häufige Rauchpausen einlegt.⁹³

Der Arbeitnehmer verletzt seine arbeitsvertragliche Hauptpflicht, indem er unberechtigt die Erbringung der Arbeitsleistung vorenthält.⁹⁴

Wird er in dem Zeitraum, in welchem er die Arbeitsleistung erbringen kann, nicht tätig, so wird die Leistungserbringung mit dem Ablauf der Zeit in aller Regel gemäß § 275 BGB unmöglich. Denn die Arbeitsleistung wird zumeist innerhalb eines fest bestimmten Zeitrahmens geschuldet. Die zeitliche Fixierung der Arbeitspflicht ist kennzeichnend

⁹¹ *Richardi*, NZA 2002, 1004 (1006).

⁹² *ErfK/Preis*, § 611 BGB Rn. 641.

⁹³ *LAG Niedersachsen* 31.5.2010, NZA-RR 2010, 406; *LAG Rheinland-Pfalz* v. 6.5.2010, BeckRS 2010, 71271; *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (14).

⁹⁴ *Stuck*, ArbRAktuell 2011, 651 (651).

für das Arbeitsverhältnis.⁹⁵ Die Arbeitsleistung hat in den meisten Fällen Fixschuldcharakter.⁹⁶ Wegen dieses Fixschuldcharakters ist dem Arbeitnehmer die Vornahme der Arbeitsleistung mit dem Ablauf des für sie bestimmten Zeitrahmens nicht mehr möglich.⁹⁷

Besonderheiten bestehen aber, wenn der Arbeitnehmer nach den bestehenden vertraglichen Vereinbarungen die Lage der Arbeitszeit selbst bestimmen und ausgefallene Arbeitszeit nachholen kann. Das Vorliegen einer Fixschuld hängt davon ab, ob die Vornahme der Arbeitsleistung zu einem späteren Zeitpunkt möglich ist oder nicht. Die Bestimmung darüber, ob Unmöglichkeit vorliegt, beurteilt sich danach, welcher Zeitrahmen bzw. ob überhaupt ein Zeitrahmen für die Vornahme der Arbeitsleistung vereinbart wurde.⁹⁸

Festzuhalten bleibt zunächst, dass beim Vorliegen einer Fixschuld, eine Nichtleistung anhand der zeitlichen Komponente der Arbeitsleistung bestimmt wird.

Ist der Zeitrahmen, in der die Arbeitsleistung vorgenommen werden sollte, abgelaufen, entfällt der Vergütungsanspruch nach dem Grundsatz „ohne Arbeit kein Lohn“.⁹⁹ Der Arbeitgeber braucht im Falle der nicht erbrachten Arbeitsleistung den Lohn gemäß § 326 Abs.1 S.1 BGB nicht zu zahlen.

2. Nichtleistung und Unmöglichkeit

Das Vorliegen einer zur Unmöglichkeit führenden Nichtleistung führt also dazu, dass der Entgeltanspruch entfällt, vgl. § 326 Abs.1 S.1 BGB. Unmöglichkeit ist zu definieren als die dauerhafte Nichterbringbarkeit des Leistungserfolgs. Der Begriff der Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs.1 BGB meint im Arbeitsrecht aber nicht nur die subjektive, sondern auch die normative Unmöglichkeit. Normativ ist die Arbeitsleistung unmöglich, wenn das arbeitsvertragliche Versprechen zu keinem Zeitpunkt von niemandem mehr erbracht werden konnte.¹⁰⁰

⁹⁵ BAG v. 17.3.1988, NZA 1989, 261 (261).

⁹⁶ Schaub/Linck, § 49 Rn. 5.

⁹⁷ ErftK/Preis, § 615 BGB Rn. 4.

⁹⁸ Siehe S.31ff.

⁹⁹ Stuck, ArbRAktuell 2011, 651 (651).

¹⁰⁰ MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 13.

Fraglich ist, ob die Nichtvornahme der Arbeitsleistung stets zur Unmöglichkeit führt. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn die Nachholbarkeit der nicht erbrachten Arbeitsleistung ausgeschlossen ist, weil dann der Leistungserfolg nicht mehr erbringbar ist. Das Gesetz nennt in § 275 Abs.1-3 BGB drei verschiedene Tatbestände, welche die Leistungspflicht entfallen lassen.

a. Unzumutbarkeit der Arbeitsleistung

Dem Schuldner steht gemäß § 275 Abs.3 BGB ein Leistungsverweigerungsrecht zu, 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. Die Persönlichkeit der Leistungserbringung ergibt sich bei einem Arbeitsvertrag aus § 613 BGB. Die Besonderheit des § 275 Abs.3 BGB besteht darin, dass die persönliche Betroffenheit des Arbeitnehmers in die Entscheidung darüber, ob er die Leistung durchzuführen hat, mit einbezogen wird.¹⁰¹ Ist die persönliche Betroffenheit zu bejahen – so z.B. wenn eine Büroangestellte wegen Erkrankung ihres Kindes nicht auftreten kann¹⁰² – steht dem Schuldner eine Einrede zu.¹⁰³ Das Leistungsverweigerungsrecht ist nicht von Amts wegen zu berücksichtigen.¹⁰⁴ Auch wenn die Leistungserbringung unzumutbar ist, hat der Arbeitnehmer die Entscheidungsbefugnis darüber, ob er die Arbeitsleistung trotzdem erbringt. Voraussetzung des § 275 Abs.3 BGB ist, dass der Arbeitsleistung ein Hindernis entgegensteht. Abs.3 ist genauso zu behandeln wie Abs.1.¹⁰⁵ Daraus folgt, dass die Unzumutbarkeit in ihrer Intensität dem Unvermögen i.S.v. Abs.1 gleichstehen muss.

b. Grobes Missverhältnis

Ferner kann der Arbeitnehmer die Leistung gemäß § 275 Abs.2 BGB verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung

¹⁰¹ MüKoB2/*Ernst*, § 275 BGB Rn. 108.

¹⁰² Zur Erkrankung des Kindes einer Opernsängerin *Greiner*, NZA 2007, 490 (490); BT-Drucks. 14/6040 S.130.

¹⁰³ *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 685.

¹⁰⁴ *Schaub/Linck*, § 49 Rn. 2.

¹⁰⁵ Vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 130.

des Inhalts des Schuldverhältnisses und dem Gebot von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Dieser Einrede kommt im Arbeitsrecht nur geringe Bedeutung zu.¹⁰⁶ Es ist davon auszugehen, dass die arbeitsvertraglich geschuldete Leistungspflicht nicht in einem solchen Missverhältnis zu den Arbeitgeberinteressen steht, da der Arbeitnehmer den Arbeitsvertrag ansonsten schon nicht abgeschlossen hätte. Außerdem ist die Hürde zur Erreichung der Voraussetzungen der Norm hoch. Bloße Erschwerungen zur Erbringung der Leistungspflicht reichen nicht aus.¹⁰⁷

c. Nachträgliche Unmöglichkeit

Der im Rahmen des Arbeitsrechts am häufigsten auftretende Fall, welcher dem Arbeitnehmer ein Leistungsverweigerungsrecht einräumt, ist der des Vorliegens von nachträglicher Unmöglichkeit i.S.v. § 275 Abs.1 BGB. Danach wird der Schuldner von der Leistungspflicht frei, wenn die Arbeitsleistung subjektiv oder objektiv unmöglich ist. Für das Arbeitsverhältnis folgt aus der persönlichen Leistungserbringungspflicht (vgl. § 613 S.1 BGB) die Besonderheit, dass im Regelfall ausschließlich auf den Arbeitnehmer als Schuldner abzustellen ist.¹⁰⁸ Das führt dazu, dass die subjektive Unmöglichkeit die objektive Unmöglichkeit zur Folge hat.¹⁰⁹ Wenn der jeweilige Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht mehr erbringen kann, kann wegen § 613 S.1 BGB auch niemand anderes diese vornehmen.

Es handelt sich bei § 275 Abs.1 BGB um eine von Amts wegen zu beachtende Einwendung.¹¹⁰ Evident ist, dass Unmöglichkeit vorliegt, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht erbringen kann, weil sie ihm aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen dauerhaft unmöglich ist.¹¹¹ Dies kann sich aus Gründen ergeben, die in der Person des Arbeitnehmers selbst begründet sind (zum Beispiel wegen einer Invalidität des Arbeitnehmers), aber auch aus Umständen, die von außen auf das Arbeitsverhältnis einwirken (zum Beispiel wegen Erlöschens der

¹⁰⁶ Schaub/Linck, § 49 Rn. 1.

¹⁰⁷ Schaub/Linck, § 49 Rn. 1.

¹⁰⁸ MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 12.

¹⁰⁹ ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 674.

¹¹⁰ ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 673.

¹¹¹ MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 13.

Arbeitserlaubnis vonseiten einer staatlichen Stelle). In allen Fällen ist, wie gezeigt, wegen der persönlichen Leistungserbringungspflicht nur auf den jeweiligen Arbeitnehmer abzustellen. Die Frage, ob eine dritte Person die Arbeitsleistung vornehmen könnte, ist nicht relevant. Schwieriger zu beurteilen ist die Frage, ob Unmöglichkeit zu bejahen ist, wenn das Leistungshindernis von vorübergehender Natur ist.¹¹² Da die Erbringung der Arbeitsleistung oftmals innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens erfolgen muss, ist hierbei von der grundsätzlichen Nichtnachholbarkeit der Arbeitsleistung auszugehen.¹¹³ Also auch dann, wenn das Leistungshindernis nicht dauerhaft besteht, ist die Nichterbringbarkeit von dauerhafter Natur. Das ergibt sich daraus, dass eine Leistungserbringung zu einem Zeitpunkt, in welchem das Leistungshindernis nicht mehr besteht (die staatliche Stelle hat die Arbeitserlaubnis erteilt) keine den Vertragszweck erreichende Leistung mehr darstellt. Oft ergibt sich dies schon daraus, dass der Arbeitnehmer in der der Nichtleistung folgenden Zeit die Arbeitsleistung nicht nachholen kann, weil er zu diesem Zeitpunkt bereits die Erbringung der nächsten Teilleistung aus dem Dauerschuldverhältnis schuldet.¹¹⁴ Das Leistungsverweigerungsrecht ergibt sich in diesen Fällen somit aus dem absoluten Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung, der von einer verbreiteten Meinung angenommen wird.¹¹⁵ Daraus folgt, dass die Nichterbringung der Arbeitsleistung nicht den Schuldnerverzug, sondern das Vorliegen von Unmöglichkeit zur Folge hat.¹¹⁶ Nacherfüllungspflicht und Schuldnerverzug werden durch das Vorliegen von Unmöglichkeit ausgeschlossen.¹¹⁷

Zu voreilig wäre es allerdings, die Arbeitsleistung stets als absolute Fixschuld einzuordnen.¹¹⁸ Es ist vielmehr zu berücksichtigen, ob es Hinweise darauf gibt, dass der Fixschuldcharakter für die konkrete Arbeitsleistung nicht sachgerecht ist.¹¹⁹ Dies ist deshalb zu befürworten,

¹¹² MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 12.

¹¹³ ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 675.

¹¹⁴ Vgl. ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 675.

¹¹⁵ ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 675.

¹¹⁶ Schaub/Linck, § 49 Rn. 5; ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 675.

¹¹⁷ Vgl. BeckOK BGB/Fuchs, § 615 Rn. 28; MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 8.

¹¹⁸ BAG v. 17.3.1988, NZA 1989, 261 (263); ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 677.

¹¹⁹ MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 8.

weil die Entscheidung darüber, ob die Arbeitsleistung nachholbar ist, von Arbeitsverhältnis zu Arbeitsverhältnis unterschiedlich zu beurteilen ist. Nur weil es auch Fälle gibt, in denen die Arbeitsleistung nicht nachholbar ist, rechtfertigt dies keine Verallgemeinerung dahingehend, dass eine verspätete Arbeitsleistung prinzipiell unmöglich ist.¹²⁰ Andererseits ist es der Rechtssicherheit abträglich, wenn für jedes Arbeitsverhältnis einzeln festgelegt werden muss, um was für eine Schuld es sich handelt. Eine Kategorisierung¹²¹ der Arbeitsverhältnisse in verschiedene Fallgruppen führt in praktischer Hinsicht zu einer Vereinfachung der Bestimmung über die Art der Schuld und vermag eine Rechtsunsicherheit zu reduzieren. Zu beachten ist stets, dass Unmöglichkeit nur dann zu bejahen ist, wenn die Arbeitsleistung auch in Zukunft nicht mehr erbracht werden kann. Eine Nachholung kommt schlichtweg nicht mehr in Betracht. Dies gilt z.B. für den Journalisten, bei dem die Abgabe eines Artikels nach Veröffentlichung der dafür vorgesehenen Ausgabe nicht mehr möglich ist.

Bei der Entscheidung darüber, ob im konkreten Fall die Arbeitsleistung nachträglich dauerhaft unmöglich wird, sind die folgenden Fallgruppen zu unterscheiden.

aa) Keine fixierte Arbeitszeit

Eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen sind heutzutage so ausgestaltet, dass es dem Arbeitnehmer überlassen ist, die Arbeitszeit innerhalb eines vorgegebenen Zeitrahmens selbst zu bestimmen (sog. Zeitsouveränität¹²²). Die Annahme einer absoluten Fixschuld widerspräche dem eigentümlichen Charakteristikum solcher Arbeitsverträge. Solange der festgelegte Zeitrahmen noch nicht abgelaufen ist, scheitert Unmöglichkeit an der Nachholbarkeit der Arbeitsleistung.¹²³ Neben der Gleitzeitarbeit gibt es weitere flexible Arbeitszeit-Modelle wie Vertrauensarbeitszeit oder Arbeitszeitkonten, für die das gleichermaßen gilt.¹²⁴

¹²⁰ *Stebut*, RdA 1985, 66 (67).

¹²¹ Vgl. *MüArbR/Reichold*, § 39 Rn. 9.

¹²² *MüArbR/Reichold*, § 39 Rn. 8.

¹²³ *Stebut*, RdA 1985, 66 (66).

¹²⁴ *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 677; *MüArbR/Reichold*, § 39 Rn. 9.

Unmöglichkeit kann sich bei solchen Arbeitszeitmodellen erst dann ergeben, wenn der Zeitrahmen, in welchem dem Arbeitnehmer die Erbringung der Arbeitsleistung möglich ist, abgelaufen ist. Kann der Arbeitnehmer wegen einer Gleitzeitregelung die Arbeitsleistung von 7 Uhr morgens bis 18 Uhr abends erbringen, ist die Erbringung der Arbeitsleistung um 18.01 Uhr unmöglich geworden. Das Vorliegen von Unmöglichkeit wird also nach zeitlicher Sicht beurteilt. Ist der Zeitrahmen ermittelt, muss bestimmt werden, ob die Nichtleistung als maßgeblicher Zeitpunkt innerhalb dieses Zeitrahmens liegt oder nicht. Nur wenn diese außerhalb des Erfüllungszeitraumes liegt, ist das Vorliegen von Unmöglichkeit mit der Folge zu bejahen, dass die Gegenleistungspflicht (Zahlung des Arbeitsentgelts) entfällt, vgl. § 326 Abs.1 S.1 BGB. Solange der Erfüllungszeitraum aber noch nicht abgelaufen ist, bleibt die Gegenleistungspflicht erhalten. In diesem Zeitraum besteht eine relative Fixschuld gemäß § 323 Abs.2 Nr.2 BGB.¹²⁵

bb) Fixierte Arbeitszeit

Bei zeitlich genau bestimmten Arbeitszeiten ist die Nachholbarkeit ausgeschlossen und Unmöglichkeit regelmäßig zu bejahen. Dies ergibt sich oft schon aus betrieblichen Umständen.¹²⁶ Der Fließbandarbeiter kann die verspätet aufgenommene Arbeit nicht nachholen, wenn das Fließband nach Ende seiner Schicht abgestellt wird oder ein anderer Fließbandarbeiter die nächste Schicht übernimmt. Der Lehrer kann die verpasste Unterrichtsstunde nicht nachholen, weil das Unterrichtskontingent vorgegeben ist und die übrige Unterrichtszeit mit anderen Unterrichtsinhalten verplant ist. Der Verkäufer im Einzelhandel kann die Verkaufstätigkeit nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachholen, wenn das Geschäft dann mit einem anderen Verkäufer besetzt ist oder die Verkaufszeiten beendet sind.

Bei Arbeitsverträgen, die die Arbeitszeit betrieblich präzise festlegen, ist von einer vertraglichen Abbedingung der Nachleistungsmöglichkeit auszugehen, die sich aus dem Vertragstypus selbst ergibt.¹²⁷ Hier folgt

¹²⁵ Schaub/Linck, § 49 Rn. 5.

¹²⁶ Vgl. MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 9.

¹²⁷ MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 9.

also der absolute Fixschuldcharakter aus der dauerhaften Nichtnachholbarkeit der Arbeitsleistung. In diesen Fällen führt die Nichtvornahme der Leistung zum vertraglich vorgesehen Zeitpunkt stets zum Vorliegen von Unmöglichkeit und somit zum Entfallen der Gegenleistungspflicht gemäß § 326 Abs.1 S.1 BGB.

cc) Sinnhaftigkeit der Arbeitsleistung

Eine weitere Fallgruppe von Arbeitsverträgen ist die, bei der die Arbeitszeiten nicht ausdrücklich festgelegt sind und der Vertragstypus nicht zu dem zwingenden Schluss führt, der Arbeitgeber sei berechtigterweise an einer Arbeitsleistung in einem vorgegebenen Zeitraum interessiert. Die Arbeitsleistung ist innerhalb eines sogenannten Erfüllungszeitraumes¹²⁸ nachholbar, sodass eine Nichtleistung nicht unmittelbar die Unmöglichkeit zur Folge hat. Unmöglichkeit liegt erst dann vor, wenn dieser Erfüllungszeitraum abgelaufen ist, wenn also die Vornahme der Arbeitsleistung für den Arbeitgeber keinen Sinn mehr hat. Dies ist nicht bereits dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung außerhalb der Zeit vornimmt, in welcher er sie üblicherweise vorzunehmen pflegt. Vom Ablauf des Erfüllungszeitraums ist vielmehr erst dann auszugehen, wenn ein Zeitpunkt erreicht ist, bei welchem die Vornahme der Arbeitsleistung den Vertragszweck nicht mehr zu erreichen vermag. Im Unterschied zur ersten Fallgruppe der nachträglichen Unmöglichkeit handelt es sich hierbei nicht um ein starres Zeitfenster, innerhalb dessen der Arbeitnehmer sich das vertraglich geschuldete Stundenkontingent frei einteilen kann. Die Flexibilität in der Arbeitszeit ergibt sich vielmehr aus der Aufgabenstellung selbst. In welchem Zeitfenster der Arbeitnehmer die Leistung vornehmen kann, beurteilt sich nach der Sinnhaftigkeit der Leistungserbringung. Hierunter fällt z.B. der Journalist, der die Abgabe des Artikels bis zu dem Zeitpunkt schuldet, in dem der Druck der dafür vorgesehenen Ausgabe noch möglich ist. Wenn die Arbeitsvertragsparteien schon eine frühere Abgabe vereinbaren, befindet sich der Journalist bei einer verspäteten

¹²⁸ MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 9.

Abgabe in Leistungsverzug. Der Arbeitgeber kann einen daraus resultierenden Schaden unter den Voraussetzungen des §§ 280 Abs.1, 2, 286 BGB geltend machen. Unmöglichkeit tritt aber erst ein, wenn die Abgabe des Artikels ausgeschlossen ist, weil ein pünktlicher Druck nicht mehr möglich ist. Die danach erfolgte Leistung wäre zur Vertragszweckerreichung ungeeignet. Unmöglichkeit ist ab diesem Zeitpunkt zu bejahen.

Weil die Nachholbarkeit hier nicht von vornherein unmöglich ist, ist von einer relativen Fixschuld auszugehen, vgl. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Die Nachholung der Arbeitsleistung ist innerhalb eines nach Sinn und Zweck des Arbeitsvertrags zu bestimmenden Zeitraums möglich. Das bedeutet, der Arbeitgeber kann weiterhin die Erbringung der arbeitsvertraglichen Hauptleistungspflicht verlangen. Der Arbeitnehmer befindet sich in Leistungsverzug.¹²⁹ Unmöglichkeit liegt erst in dem Moment vor, in dem der Erfüllungszeitraum abgelaufen ist. Dann endet zugleich der Schuldnerverzug. Solange der Schuldnerverzug aber andauert, sind die Voraussetzungen des § 326 Abs.1 BGB nicht erfüllt. Die Lohnzahlungspflicht bleibt bestehen.

dd) Fazit

Letztlich ist es eine Frage des Einzelfalles, ob die Arbeitsleistung nachholbar ist. Unmöglichkeit liegt jedenfalls immer dann vor, wenn die Erbringung, sei es i.S. der erstmaligen Vornahme der Leistungshandlung oder i.S.v. deren späterer Nachholung, dauerhaft ausgeschlossen ist.¹³⁰ Die Nachholbarkeit ist immer dann ausgeschlossen, wenn zwingende betriebliche Erfordernisse entgegenstehen.¹³¹ Dann ist von einem absoluten Fixschuldcharakter der Arbeitsleistung auszugehen.¹³² Fehlen solche betrieblichen Gegebenheiten, stellt sich die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Arbeitsleistung nachholbar ist. Das hängt von der etwaigen Vereinbarung eines Arbeitszeitmodells sowie von der Sinnhaftigkeit einer verspäteten Arbeitsleistung ab.¹³³ Letzteres wiederum

¹²⁹ MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 9.

¹³⁰ MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 13.

¹³¹ Vgl. MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 9.

¹³² MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 9.

¹³³ Siehe zum Arbeitszeitmodell: MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 9.

hängt von dem durch die Arbeitsvertragsparteien (ausdrücklich oder konkludent) vereinbarten Erfüllungszeitraum ab. Ist der Erfüllungszeitraum noch nicht abgelaufen, liegt nicht Unmöglichkeit, sondern Schuldnerverzug vor.¹³⁴ Das bedeutet, in diesem Fall entfällt der Anspruch auf Lohnzahlung nicht gemäß § 326 Abs.1 S.1 BGB. Der Arbeitnehmer bleibt zur Erbringung der Arbeitsleistung verpflichtet und erhält dafür den vorgesehenen Lohn.

Es ist jedoch darauf zu achten, dass die Fälle, in denen die Vornahme der Leistungshandlung später als üblicherweise möglich ist, restriktiv zu behandeln sind. Der Zweck des Arbeitsvertrags muss in gleicher Weise erreicht werden. Der Arbeitgeber darf keinen berechtigten Einwand gegen eine spätere Leistung haben. Das bedeutet, die Leistung muss für ihn gleichermaßen wertschöpfenden Charakter haben. Der Zweck des Arbeitsvertrags muss in einer Weise gewahrt bleiben, der das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis hält. Die Gewährung des vollen Lohnanspruchs ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber dafür eine Leistung erhält, die der arbeitsvertraglich vereinbarten Leistung entspricht.

3. „Nichtleistung“ bei Vornahme einer Leistungshandlung

Nach oben Gesagtem könnte man annehmen, die Qualifizierung der Nichterfüllung beurteilt sich allein danach, ob bei einer Nichtvornahme der Arbeitsleistung die spätere Vornahme noch möglich ist oder nicht. Es stellt sich in diesem Zusammenhang allerdings die Frage, ob eine Nichtleistung nur dann in Betracht kommt, wenn der Arbeitnehmer überhaupt keine Leistungshandlung vornimmt. Der klassische Fall ist der, dass der Arbeitnehmer nicht zur Arbeit erscheint. Es sind Fälle denkbar, in denen der Arbeitnehmer zwar leistet, aber eine Leistung erbringt, die der vertraglichen Vereinbarung völlig fernliegt. Nach einem von *Canaris* entwickelten Lösungsmodell zur Behandlung der Rechts-

¹³⁴ Vgl. BeckOK BGB/*Fuchs*, § 615 Rn. 28; ErftK/*Preis*, § 611 BGB Rn. 675f.; MüArbR/*Reichold*, § 39 Rn. 8; Schaub/*Linck*, § 49 Rn. 5.

folgen einer Schlechtleistung gilt es, den Begriff der Nichtleistung weiterzufassen.¹³⁵ Hiernach liegt eine Nichtleistung auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer tätig wird, aber nicht in einer Weise, wie es zur Erreichung des Vertragszwecks geeignet ist. Der Kreis der Nichtleistungen wird weiter gefasst. Es sind somit Fälle denkbar, in denen der Arbeitnehmer in der vereinbarten Arbeitszeit Leistungshandlungen vornimmt, die aber mangels Qualifikation als Schlechtleistung keine Vergütungspflicht des Arbeitgebers herbeiführen.

a) Wertlose Leistungshandlung

Nach *Canaris* soll eine von vornherein völlig unbrauchbare Leistungshandlung ebenfalls eine Nichtleistung darstellen.¹³⁶ Eine Nichtleistung liegt immer dann vor, wenn der Arbeitnehmer zwar tätig wird, aber keine nennenswerten Chancen zur Erreichung des Vertragszweckes geschaffen werden. Z.B. sucht der Detektiv so mangelhaft nach einer Person, dass zu keinem Zeitpunkt die Möglichkeit bestand, diese zu finden. Dies ist sachgerecht. Eine wertlose Leistung ist eben keine Leistung zur Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten, sodass die Gleichstellung mit einer Nichtleistung gerechtfertigt ist. Für den Arbeitgeber macht es keinen Unterschied, ob er gar keine Leistung erhält oder der Arbeitnehmer zwar eine Leistung vornimmt, diese aber die Erfüllung der arbeitsvertraglich geschuldeten Handlung von vornherein nicht zu bewirken in der Lage ist. Im Ergebnis erhält der Arbeitgeber bei einer völlig wertlosen Leistungshandlung ebenso wenig, wie wenn der Arbeitnehmer gänzlich untätig bleibt. Er steht in tatsächlicher Hinsicht nicht besser dar, weil der Arbeitnehmer irgendeine Leistungshandlung vornimmt, welche mit der geschuldeten Leistung im Zweifel nichts zu tun hat. Eine wertlose Leistung kann für den Arbeitgeber sogar eine Verschlechterung bedeuten, wenn er von dieser erst im Nachhinein Kenntnis erlangt. Dies wird oftmals der Fall sein. Denn den wenigsten Arbeitgebern ist es möglich, die Tätigkeit ihrer Arbeitnehmer ständig zu überprüfen und zu kontrollieren. Er wird im Regelfall lediglich wahrnehmen, dass der Arbeitnehmer überhaupt tätig wird. Bspw. wird er

¹³⁵ *Canaris*, S. 181ff.

¹³⁶ *Weller*, S. 536f.

darüber informiert sein, dass der bei ihm angestellte Detektiv sich an einem Ort aufhält, der für die Auffindung einer Person Hinweise geben könnte. Über das Wissen, dass die Aufsuchung dieses Ortes zur Erlangung von Hinweisen aber völlig ungeeignet ist, verfügt er jedenfalls dann nicht, wenn er das Vorgehen des Detektives nicht kontrolliert. Eine ständige Kontrolle wäre aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten nicht sinnvoll. Dies käme einer Vornahme der Arbeitsleistung durch den Arbeitgeber selbst in vielen Fällen gleich. Aus der fehlerhaften Leistung können so für den Arbeitgeber negative Folgewirkungen entstehen.¹³⁷ Er wird zum Beispiel von seinem Auftraggeber auf Schadensersatz in Anspruch genommen. Die Schadensposten, die geltend gemacht werden sind umso höher, je länger die Vornahme der unbrauchbaren Leistungshandlung andauert hat. Da der Arbeitgeber auf eine Schlechtleistung zumindest dann schneller aufmerksam wird, wenn sich daraus sichtbare Fehler ergeben, werden die daraus resultierenden Schäden geringer ausfallen. Deshalb ist es gerechtfertigt, auch in der völlig unbrauchbaren Leistungshandlung des Arbeitnehmers wertungsgemäß eine Nichtleistung zu sehen, die dazu führt, dass der Vergütungsanspruch gemäß § 326 Abs.1 S.1 BGB entfällt und der wirtschaftliche Schaden für ihn somit geringer ausfällt.

Dagegen spricht auch nicht ein etwaiger Schutz des Arbeitnehmers. Nur weil dieser überhaupt tätig wird, ist ihm die Vertragsverletzung nicht weniger vorwerfbar. Im Gegenteil wird es oftmals so sein, dass ein Arbeitnehmer, der in einer nicht vertragskonformen Weise leistet, mit mehr Kalkül vorgeht, indem er seinem Arbeitgeber vorspielt vertragskonform zu leisten, während ein Arbeitnehmer, der gar keine Leistungshandlung vornimmt und sofort auffällt, dies jedenfalls nicht zu vertuschen versucht, indem er eine gänzlich wertlose Leistungshandlung vornimmt.

Die Abgrenzung zwischen Schlechtleistung und Nichtleistung anhand des Kriteriums der Werthaltigkeit ist nach alledem sachgerecht. Nur eine Leistung, die zur Erreichung des Vertragszwecks überhaupt geeignet ist, vermag eine Schlechtleistung zu begründen.

¹³⁷ *BGH* v. 15.7.2004, *NJW* 2004, 2817 (2817).

b) Maßstab zur Bestimmung einer unbrauchbaren Leistungshandlung

Die Abgrenzung von einer Schlechtleistung und einer Nichtleistung, die wertungsmäßig einer Nichtleistung gleichkommt, ist danach vorzunehmen, ob die vom Arbeitnehmer erbrachte Leistung ein Niveau erreicht, aus welchem die Chance resultiert, den Vertragszweck nach Maßgabe der Sollbeschaffenheit zu erreichen.¹³⁸ Wenn diese Chance von vornherein nicht besteht, liegt eine Nichtleistung vor. Dies ergibt sich daraus, dass der Schuldner dem Gläubiger eine vertragsgemäße Chance auf Erfolgserreichung (nicht aber den Erfolg selbst) versprochen hat.¹³⁹ Die Tätigkeit muss Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des erbrachten Leistungsniveaus sein. Bei einer Nichtleistung muss die versprochene Leistung derartig unbrauchbar sein, dass sie einem völligen Ausbleiben der Leistung gleichzusetzen und gleichzeitig die geschuldete Leistung noch nachholbar ist. Nur dann kann die Rechtsfolge des § 326 Abs.1 S.1 BGB greifen.

4. Zusammenfassung

Das zeitliche Kriterium spielt für die Feststellung der Nichtleistung eine bedeutende Rolle.¹⁴⁰ Wird der Arbeitnehmer in dem Zeitraum, in dem er die Arbeitsleistung erbringen kann, nicht tätig, wird die Leistungserbringung mit dem Ablauf der Zeit i.d.R. gemäß § 275 BGB unmöglich.¹⁴¹ Die Unmöglichkeit setzt in Abgrenzung zum Schuldnerverzug die Nichtnachholbarkeit der Leistungserbringung voraus.¹⁴² Da die Erbringung der Arbeitsleistung oftmals innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens erfolgen muss, ist von der grundsätzlichen Nichtnachholbarkeit der Arbeitsleistung auszugehen. Sobald der Arbeitnehmer die Leistungshandlung zum sonst üblichen Zeitpunkt nicht vornimmt, ist die Vertragserfüllung des Arbeitnehmers zu einem späteren Zeitpunkt nicht mehr möglich.¹⁴³ Die Arbeitsleistung hat in diesen Fällen

¹³⁸ *Weller*, S. 537.

¹³⁹ *Weller*, S. 537.

¹⁴⁰ *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 641; *Richardi*, NZA 2002, 1004 (1006).

¹⁴¹ *Schaub/Linck*, § 49 Rn. 5.

¹⁴² *Schaub/Linck*, § 49 Rn. 5.

¹⁴³ *Vgl. ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 675.

Fixschuldcharakter. Der Leistungszeitpunkt ist für die Vertragserfüllung so relevant, dass die Leistungserbringung zu einem späteren als dem vertraglich festgelegten Zeitpunkt nicht mehr möglich ist.

Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass es auch Fälle gibt, in denen kein fixierter Zeitrahmen für die Vornahme der Leistungshandlung bestimmt wird. In diesen Fällen bestimmt sich das Vorliegen von Unmöglichkeit entweder danach, ob ein vorgegebener Erfüllungszeitraum bereits abgelaufen ist oder danach, ob die Leistungserbringung noch sinnvoll ist.¹⁴⁴ Solange die Vornahme der Arbeitsleistung noch innerhalb des vorgegebenen Zeitrahmens möglich ist oder den Vertragszweck noch erreichen kann, ist Unmöglichkeit zu verneinen. Es liegt ein relatives Fixgeschäft vor, was dazu führt, dass der Arbeitnehmer sich im Schuldnerverzug befindet und der Arbeitgeber einen daraus entstandenen Schaden gemäß §§ 280 Abs.1, 2 i.V.m. 286 BGB geltend machen kann¹⁴⁵. Der Arbeitgeber kann also weiterhin die Erfüllung der arbeitsvertraglichen Hauptpflicht verlangen. Die Rechtsfolge des § 326 Abs.1 S.1 BGB tritt nicht ein, da die Voraussetzungen des § 275 BGB nicht vorliegen.

Erst wenn der Zeitrahmen, der für die Arbeitsleistung festgelegt wurde, abgelaufen ist oder wenn die Arbeitsleistung den Zweck des Arbeitsvertrags nicht mehr zu erfüllen vermag, entfällt die Lohnzahlungspflicht gemäß § 326 Abs.1 S.1 BGB.

Eine Nichtleistung liegt darüber hinaus vor, wenn der Arbeitnehmer zwar eine Leistungshandlung vornimmt, diese aber so unbrauchbar ist, dass sie für den Arbeitgeber keine Vertragserfüllung darstellt.¹⁴⁶ Der Kreis der Nichtleistungen wird damit weiter gefasst. Dies ist durch den Umstand gerechtfertigt, dass der Arbeitgeber bei einer völlig wertlosen Leistungshandlung ebenso wenig erhält, als wenn der Arbeitnehmer gänzlich untätig bleibt. Er steht nicht deshalb besser dar, weil der Arbeitnehmer irgendeine, dem Vertragszweck fernliegende Leistung wahrnimmt.

¹⁴⁴ *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 677; *MüArbR/Reichold*, § 39 Rn. 9; *Stebut*, RdA 1985, 66 (66).

¹⁴⁵ *MüArbR/Reichold*, § 39 Rn. 9.

¹⁴⁶ *Canaris*, S. 181ff.; *Weller*, S. 536f.

Relevanz hat die Abgrenzung zwischen Schlechtleistung und Nichtleistung deshalb, weil nur bei einer Nichtleistung der Vergütungsanspruch wegen dem Vorliegen von Unmöglichkeit entfällt. Unmöglichkeit tritt dann in dem Moment ein, in dem der Erfüllungszeitraum (in Entsprechung zur oben erläuterten Kategorisierung) abgelaufen ist. Dies hat den Entfall der Gegenleistungspflicht nach § 326 Abs.1 S.1 BGB zur Folge. Beim Vorliegen einer Schlechtleistung hingegen bleibt der Arbeitgeber zur Lohnzahlung verpflichtet.

Festzuhalten bleibt, dass nur wenn die Leistungserbringung endgültig nicht mehr möglich ist, von einer die Rechtsfolge des §§ 326 Abs.1 S.1 i.V.m. 275 BGB auslösenden Nichtleistung gesprochen werden kann. Kann die Arbeitsleistung aber auch zu einem späteren Zeitpunkt erbracht werden, ist noch gar nicht von einer die Unmöglichkeit auslösenden Nichtleistung die Rede. Solange die Leistung zu einem späteren als den üblicherweise vorgenommenen Zeitpunkt aber noch möglich ist, liegt keine Nichtleistung i.S.d. § 326 Abs.1 S.1 BGB vor. Die Umschreibung „nicht [] leisten [können]“ in § 326 Abs.1 S.1 BGB meint eine Nichtleistung, die zur Unmöglichkeit gemäß § 275 Abs.1-3 BGB führt.

„Nichtleistungsfälle“ sind also nicht zusammenzufassen als all jene Fälle, in denen der Arbeitnehmer nicht leistet. Es ist nach der oben vorgenommenen Kategorisierung danach zu unterscheiden, ob die spätere Vornahme der Leistungshandlung noch möglich ist bzw. danach zu fragen, ob eine erbrachte Leistung überhaupt eine den Vertragszweck gerecht werdende Leistungshandlung darstellt oder vielmehr auch als Nichtleistung zu qualifizieren ist. Letzteres hat eine Erweiterung der Nichtleistungsfälle zur Folge. Dadurch gibt es Fälle, in denen die Lohnzahlungspflicht des Arbeitgebers wegen des Vorliegens von Unmöglichkeit entfällt, obwohl der Arbeitnehmer eine Leistungshandlung vornimmt. Diese Erweiterung ist dadurch gerechtfertigt, dass es Gerechtigkeitsgesichtspunkten entspricht, wenn der Arbeitgeber nur bei Erhalt solcher Leistungen den Lohn zahlen muss, die sich auf der Ebene des Leistungsniveaus bewegen, welchem sich die Vertragsparteien durch Vertragsschluss unterworfen haben. Der Arbeitnehmer ist nicht

schutzwürdig, wenn er eine Leistung erbringt, die dem Vertragszweck fern liegt.

Die Vornahme der Kategorisierung¹⁴⁷ hinsichtlich des Zeitrahmens, in dem die Möglichkeit besteht die Arbeitsleistung nachzuholen, führt dagegen zu einer Einschränkung der die Rechtsfolge des § 326 Abs.1 S.1 BGB auslösenden Nichtleistungsfälle. Die Nichtvornahme der Arbeitsleistung führt nur dann zur Befreiung des Arbeitgebers, den Lohn zu zahlen, wenn der Zweck des Arbeitsvertrags eine spätere Leistung verbietet. Aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes ist es geboten, diese Kategorisierung vorzunehmen. Denn würde jede Nichtvornahme der Arbeitsleistung zum sonst üblichen Zeitpunkt die Gegenleistungspflicht entfallen lassen, wäre es dem Arbeitnehmer aus Rechtsgründen verwehrt eine den Vertragszweck erreichende Leistung vorzunehmen. So lange aber in tatsächlicher Hinsicht die Möglichkeit besteht, den vertraglich vereinbarten Zweck der Arbeitsleistung zu erreichen, ist es eine interessenwidrige Einschränkung für den Arbeitnehmer, würde ihm diese Möglichkeit genommen. Denn es sind aus Arbeitgebersicht keine berechtigten Einwände ersichtlich, die dagegensprechen. Es entspricht dem Zweck des Arbeitsvertrags, dem sich die Parteien durch Vertragsschluss unterwerfen, dass nur dann eine „endgültige“ Nichtleistung vorliegen kann, wenn eine spätere Leistung zur Erfüllung des Vertrags nicht mehr geeignet ist. Solange die Leistung für den Arbeitgeber Sinn macht, hat er den späteren Erhalt der Leistung mit der Folge hinzunehmen, dass er dafür den arbeitsvertraglich vereinbarten Lohn zahlen muss.

Zu beachten ist, dass diese Fälle restriktiv zu behandeln sind. Die Arbeitsleistung muss für den Arbeitgeber den gleichen Wert haben wie eine Leistung zu dem üblichen Zeitpunkt. Die Gewährung des vollen Lohnanspruchs ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Arbeitgeber dafür eine Leistung erhält, die der arbeitsvertraglich vereinbarten Leistung entspricht.

¹⁴⁷ Siehe S.31ff.

II. Schlechtleistung

Von einer Nichtleistung zu unterscheiden ist die Schlechtleistung. Kommt der Arbeitnehmer dem im Folgenden zu skizzierenden Pflichtenmaßstab¹⁴⁸ nicht nach, erfüllt er seine arbeitsvertragliche Pflicht nicht ordnungsgemäß. Er leistet demnach schlecht. Eine solche Schlechtleistung ist oftmals eine quantitative Minderleistung.¹⁴⁹ Sie liegt vor, wenn der Arbeitnehmer nicht genug arbeitet. Die Intensität der Arbeit ist nicht ausreichend.¹⁵⁰ Diese Form der Schlechtleistung bezieht sich auf die messbaren Arbeitsergebnisse.¹⁵¹ Der Arbeitnehmer erscheint zwar zur Arbeit und erbringt eine Tätigkeit, die geeignet ist, den Vertragszweck zu erreichen. Allerdings erfüllt er seine arbeitsvertragliche Pflicht nicht in einer Weise, die zu einem mengenmäßig ausreichenden Ergebnis führt.¹⁵² Die Quantität der Arbeitsleistung liegt unter den Anforderungen aus dem Arbeitsvertrag.¹⁵³ Entwickelt wurde von der Rechtsprechung die Drittelgrenze.¹⁵⁴ Eine starke Beeinträchtigung der gegenseitigen Leistungen liegt danach vor, wenn die zu beurteilende Leistung mindestens ein Drittel unter der Durchschnittsleistung liegt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Unterschreitung längerfristig erfolgt.¹⁵⁵ Der Arbeitnehmer erbringt eine mit Mängeln behaftete Leistung.¹⁵⁶ Es wird zwar vorgeschlagen, dies als teilweise Nichterfüllung anzusehen.¹⁵⁷ Allerdings kann man dann, wenn der Arbeitnehmer am Ort seiner geschuldeten Arbeit erscheint und zumindest teilweise einer Tätigkeit nachgeht, die er aus seiner arbeitsvertraglichen Pflicht schuldet, nicht mehr von einer Nichtleistung sprechen, sondern von einer Schlechtleistung.¹⁵⁸ Denn auch langsame Arbeit ist Arbeit und wird

¹⁴⁸ Siehe unter S. 45ff.

¹⁴⁹ *Singer/Schiffer*, JA 2006, 833 (834).

¹⁵⁰ *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (14).

¹⁵¹ BAG v. 27.11.2008, NZA 2009, 842 (843).

¹⁵² *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (14).

¹⁵³ *Stuck*, ArbRAktuell 2011, 651 (652).

¹⁵⁴ *LAG Baden-Württemberg* v. 6.9.2006, BeckRS 2007, 44538 Entschdgrd.. A. III. 3. d) bb) (2) der Gründe.

¹⁵⁵ *LAG Baden-Württemberg* v. 6.9.2006, BeckRS 2007, 44538 Entschdgrd.. A. III. 3. d) bb) (2) der Gründe; *Grobys/Panzer/Wisskirchen*, 113 Rn. 10.

¹⁵⁶ *Singer/Schiffer*, JA 2006, 833 (834).

¹⁵⁷ *Motzer*, S. 125ff.; *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, § 21 Rn. 39.

¹⁵⁸ *Singer/Schiffer*, JA 2006, 833 (834).

nicht dadurch zur Nichtarbeit, dass sie von einer anderen Person effizienter betrieben werden könnte.¹⁵⁹ Solange die vorgenommene Leistung sich noch in einem Niveau bewegt, welches den Vertragszweck zu erreichen in der Lage ist, es sich also nicht um eine völlig unbrauchbare, weil z.B. gänzlich andere Arbeitsleistung handelt, muss von einer Schlechtleistung gesprochen werden. Eine solche Intensität erreicht die Schlechtleistung nur in seltenen Fällen. Grundsätzlich ist die quantitative Minderleistung eine Form der Schlechtleistung.

Von der quantitativen Minderleistung ist die qualitative Minderleistung zu unterscheiden. Man könnte auch schlicht von Teilleistung und Schlechtleistung sprechen.¹⁶⁰ Die zuerst genannte Terminologie wird zwar vom *BAG* in seinen Grundsatzentscheidungen vom 11.12.2003 und 17.01.2008 gewählt, allerdings ist es zur Vermeidung von Verwirrungen sinnvoll, die allgemein im Zivilrecht und Arbeitsrecht verwendeten letztgenannten Bezeichnungen beizubehalten.¹⁶¹ Das *BAG* nimmt damit eine Unterscheidung vor zwischen zu wenig und nicht richtig ausgeführter Arbeit. Letzteres liegt vor, wenn die Güte der Arbeit nicht dem vertraglichen Soll entspricht. Die Schlechtleistung umfasst nicht (nur) die Menge oder den Umfang des Arbeitsergebnisses, sondern allgemein die Fehler bei der Ausführung der Arbeitsleistung, die das Arbeitsergebnis beeinflussen.¹⁶² Bspw. arbeitet der Arbeitnehmer zu flüchtig, zu oberflächlich, schlicht falsch oder der Fachmann beherrscht sein Fach nicht.¹⁶³ Das Vorliegen einer mit qualitativen Mängeln behafteten Leistung geht dabei aber denklogisch einher mit einer quantitativen Minderleistung. Denn immer dann, wenn ein Arbeitnehmer qualitativ schlecht leistet, kommt er zugleich dem arbeitsvertraglichen Pflichtenumfang in quantitativer Hinsicht nicht nach. Allerdings schlägt sich das nicht immer in Form von messbaren Arbeitsergebnissen nieder. Ein Lehrer bspw., der schlechten Unterricht gibt, unterrichtet trotzdem alle Schüler seiner Klasse und schöpft die vorgegebene Unterrichtszeit voll

¹⁵⁹ *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (14).

¹⁶⁰ *Tillmanns*, RdA 2009, 391 (392).

¹⁶¹ *Tillmanns*, RdA 2009, 391 (392).

¹⁶² *Grobys/Panzer/Wisskirchen*, 113 Rn. 11.

¹⁶³ *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (14).

aus. Die Einbuße in quantitativer Hinsicht ist hier in der geringen Wissensübermittlung zu sehen. Dies stellt zudem einen Mangel in qualitativer Hinsicht dar, weil der Unterricht nicht so effizient gestaltet ist wie er gestaltet sein sollte. Es verbietet sich daher eine strikte Trennung von quantitativer und qualitativer Schlechtleistung.

Das Vorliegen einer Schlechtleistung in qualitativer Hinsicht ist schwieriger zu bestimmen als die bloße quantitative Minderleistung. Sie ist oftmals nach außen nicht sichtbar. Aus den konkreten Arbeitsanforderungen ist eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise anzustellen, wobei die konkreten Gegebenheiten des Arbeitsplatzes berücksichtigt werden müssen.¹⁶⁴ So fällt z.B. das sorgfaltswidrige Verhalten eines Piloten mehr ins Gewicht als die Fehlpassquote eines Profifußballspielers.¹⁶⁵

Damit bestimmt werden kann, ob der Arbeitnehmer seine arbeitsvertragliche Pflicht (sei es in quantitativer oder/und in qualitativer Hinsicht) schlecht erfüllt hat, muss zunächst festgelegt werden, welche Leistung er überhaupt schuldet. Es ist ein Vergleich erforderlich zwischen der vom Arbeitnehmer erbrachten mit der von ihm geschuldeten Leistung. Somit ist Ausgangspunkt für die Ermittlung des Vorliegens einer Schlechtleistung, die Qualifizierung dessen, was der Arbeitnehmer zu leisten verpflichtet ist.

1. Der Pflichtenmaßstab des Arbeitnehmers

Die Verpflichtung des Arbeitnehmers zur Erbringung der Arbeitsleistung ergibt sich aus dem zwischen ihm und dem Arbeitgeber geschlossenen Arbeitsvertrag i.V.m. § 611 BGB.¹⁶⁶ Die Pflicht zur Arbeitsleistung steht als Hauptpflicht im Gegenseitigkeitsverhältnis zur Pflicht des Arbeitgebers das Entgelt zu zahlen, vgl. § 320 BGB.¹⁶⁷ Dabei ist „Ar-

¹⁶⁴ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (695).

¹⁶⁵ Grobys/Panzer/Wisskirchen, 113 Rn. 11.

¹⁶⁶ BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786); ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 639.

¹⁶⁷ Preis, § 26.

beit“ i.S.d. § 611 Abs. 1 BGB „jede Tätigkeit, die der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient“. ¹⁶⁸ Der Begriff „Arbeit“ ist in wirtschaftlicher Hinsicht zu verstehen. Es ist notwendig, dass die Arbeit im Wirtschaftsleben als solche anerkannt ist. Dazu muss die vorgenommene Leistung einen Ertrag für den Arbeitgeber ergeben, ohne welchen der Abschluss des Arbeitsvertrags für ihn keinen Sinn machen würde. Nur wenn sich die Leistung als effizient herausstellt, kann sie als Pflichterfüllung angesehen werden. Dann kann sie als Leistung klassifiziert werden, die der Festlegung im Arbeitsvertrag entspricht. Diese Betrachtung erfolgt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer sich geistig oder körperlich betätigt. Es kann auch Fälle geben, in denen der Arbeitnehmer keinerlei Handlungen vornimmt und dennoch seine Pflichten aus dem Arbeitsvertrag erfüllt. Dies kommt bspw. für einen Schausteller in Betracht, dessen Aufgabe es ist, bewegungslos dazustehen. In diesem Fall ist das regungslose Stehen als Arbeit i.S.d. § 611 BGB anzusehen, obwohl der Arbeitnehmer nach außen hin untätig bleibt. Gleiches gilt für ein Malermodell oder eine Artistin, die sich für eine Show in eine Kiste einsperren lässt. ¹⁶⁹ Auch die bloße Bereitschaft zur Arbeit kann als Erfüllung der arbeitsvertraglichen Pflichten anzusehen sein. „Arbeit“ i.S.d. § 611 BGB kann sich also darin erschöpfen möglichst still zu stehen, psychische Hindernisse zu überwinden oder schlicht wach und achtsam zu bleiben. Solange sich der zu beurteilende Vorgang nicht als bloßes Unterlassen darstellt, ist ein Leisten von Arbeit möglich. Der Begriff ist somit weit zu verstehen und immer unter dem Gesichtspunkt der Wirtschaftlichkeit zu betrachten. Die Vertragsfreiheit erstreckt sich auf alles, was sich innerhalb des vom Gesetzgeber vorgegebenen Rahmens bewegt. ¹⁷⁰

a) Notwendigkeit einer Spezifizierung

Für die Konkretisierung der Art der vom Arbeitnehmer zu verrichtenden Arbeitsleistung ist der Inhalt des Arbeitsvertrags von signifikanter

¹⁶⁸ BAG v. 16.1.2002. NZA 2002, 1163 (1164); BeckOK BGB/*Fuchs*, § 611 Rn. 33; Schaub/*Linck*, § 45 Rn. 31.

¹⁶⁹ Schaub/*Vogelsang*, § 8 Rn. 9.

¹⁷⁰ Nipperdey/*Kortstock*, Privatautonomie.

Bedeutung.¹⁷¹ Die Festlegung des Pflichtenmaßstabs kann sich bereits daraus ergeben, dass im Arbeitsvertrag oder in einer dort in Bezug genommenen Stellenbeschreibung eine bestimmte Tätigkeit ausdrücklich vereinbart ist.¹⁷² Die Tätigkeitsbeschreibung kann im Arbeitsvertrag bereits sehr konkret, aber auch sehr allgemein gehalten sein.¹⁷³ Zumindest muss die Arbeitsaufgabe im Arbeitsvertrag grob skizziert werden.¹⁷⁴ Der Arbeitnehmer muss wissen, worin seine Leistungserbringungspflicht besteht. In den meisten Fällen erschöpft sich die Darstellung der Tätigkeit aber in einer groben fachlichen Umschreibung bezüglich der Art der zu leistenden Arbeit (z.B. Fliesenleger/-in, Metallbauer/-in, Anlagenführer/-in, Verkäufer/-in, Friseur/-in, Schreiner/-in, Erzieher/-in, Reiseverkehrskaufmann/-frau, Arzthelfer/-in etc.). Dann umfasst die Tätigkeitspflicht alles, was diesem Berufsbild zuzuordnen ist.¹⁷⁵ Es ist somit erforderlich, eine Spezifizierung dieser groben Umschreibung vorzunehmen.

aa) Keine präzise Beschreibung im Arbeitsvertrag

Es fehlt im Arbeitsvertrag aber meist eine individualvertragliche Vereinbarung über die Qualität der Arbeitsleistung.¹⁷⁶ Der Gesetzgeber hilft bei der Konkretisierung der Tätigkeitspflicht nicht weiter. Wegen der Vielfältigkeit der Arbeitsleistung ist es nicht möglich, den Inhalt der Tätigkeitspflicht gesetzlich zu definieren. Die Vertragsparteien gehen bei Abschluss des Arbeitsvertrags üblicherweise davon aus, dass der Arbeitnehmer seine Leistungspflicht voll auszuschöpfen hat und sehen regelmäßig davon ab, deren Umfang und Qualität exakt zu beschreiben.¹⁷⁷ Der Arbeitnehmer ist dann verpflichtet, jede ihm zugewiesene Tätigkeit auszuführen, die sich innerhalb dessen bewegt, was sich aus der allgemeinen sozialen Anschauung nach billigem Ermessen ergibt. Diese weite Festlegung des Pflichtenmaßstabs erfolgt dabei auch

¹⁷¹ BDDH/Brors, § 611 BGB Rn. 485; Preis, § 26 III 3.

¹⁷² Schaub/Linck, § 45 Rn. 32.

¹⁷³ Preis, § 26 III 3; BDDH/Brors, § 611 BGB Rn. 485.

¹⁷⁴ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 14.

¹⁷⁵ Preis, § 26 III 3; Schaub/Linck, § 45 Rn. 32.

¹⁷⁶ Preis, § 26 III.

¹⁷⁷ Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (14).

zugunsten des Arbeitnehmers. Wenn die Tätigkeitsbeschreibung nur ungenau erfolgt, bedeutet dies, dass an eine betriebsbedingte Kündigung seitens des Arbeitgebers höhere Anforderungen zu stellen sind.¹⁷⁸ Denn bei einer ungenaueren vertraglichen Festschreibung der zu leistenden Arbeit sind die Einsatzmöglichkeiten des jeweiligen Arbeitnehmers weiter gefasst. Er kann nicht stets dann gekündigt werden, wenn die von ihm besetzte Stelle wegfällt, weil er ggf. auch in ähnlichen Tätigkeitsfeldern eingesetzt werden kann. Umgekehrt ist eine sehr präzise Tätigkeitsbeschreibung dazu in der Lage, den Arbeitnehmer bereits dann zu kündigen, wenn der konkrete Arbeitsplatz wegfällt. Eine Versetzung an einen anderen Arbeitsplatz wäre nicht mehr von der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht gedeckt.

Aber auch aus Arbeitgebergesichtspunkten bietet sich eine nur grob skizzierte Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitsvertrag deshalb an, weil dieser sich offenhält, im Rahmen seines Weisungsrechts die Tätigkeitspflicht des Arbeitnehmers erst im Laufe der Zeit detaillierter zu fassen. Wenn er diese Bestimmung schon durch Aufnahme der genauen Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitsvertrag vornimmt, schränkt er sich dadurch frühzeitig ein. Eine spätere Konkretisierung ist dann unter Umständen nicht mehr möglich.

Es ist natürlich möglich, durch vorformulierte Arbeitsbedingungen Einzelheiten zu regeln, die näher bestimmen, welche Tätigkeit der Arbeitnehmer schuldet. Auch kann die Pflicht des Arbeitnehmers durch eine betriebliche Übung näher spezifiziert werden. Eine generelle Qualifizierung des Pflichtenmaßstabs ist aber notwendig, weil es dem Arbeitsvertrag oftmals auch an solchen Regelungen mangelt. Denn wie gezeigt ist dem Arbeitgeber häufig daran gelegen, sich die Möglichkeit offen zu halten, die Konkretisierung der Leistungspflicht innerhalb der arbeitsvertraglichen Tätigkeitbeschreibung durch Ausübung seines Weisungsrechts während des Vollzugs des Arbeitsvertrags zu spezifizieren, vgl. § 106 GewO.¹⁷⁹

¹⁷⁸ BAG v. 19.1.2011, NZA 2011, 631 (632); *Bayreuther*, NZA-Beil. 2006, 3 (6); BeckOK ArbR/*Tilmanns*, § 106 GewO Rn. 15.

¹⁷⁹ BDDH/*Brors*, § 611 BGB Rn. 485; *Grobys/Panzer/Wisskirchen*, 113 Rn. 3.

bb) Keine einheitliche Manifestation des Arbeitsrechts

Auch wird das Bedürfnis nach einer Konkretisierung dadurch hervorgerufen, dass es im Arbeitsrecht – neben den Regelungen auf arbeitsvertraglicher Ebene – eine Vielzahl unterschiedlicher Rechtsquellen gibt, die zur Konkretisierung des Pflichtenmaßstabs heranzuziehen sind: supranationales und internationales Arbeitsrecht, Verfassungsrecht, Gesetze und untergesetzliche Normen (Rechtsverordnungen und Satzungen) und Kollektivverträge (Tarifverträge und Betriebsvereinbarungen).¹⁸⁰ Dies hat eine Unübersichtlichkeit der Leistungspflicht des Arbeitnehmers zur Folge. Zudem wird in der Praxis von der Möglichkeit, den geschuldeten Leistungsmaßstab kollektivvertraglich festzulegen, kaum Gebrauch gemacht.¹⁸¹ Auch dies würde zu einer Übersichtlichkeit des zu erbringenden Leistungsmaßstabes beitragen.

Aus Gründen der Rechtssicherheit ist es somit erforderlich, den Pflichtenmaßstab losgelöst von etwaigen Regelungen, auf welche im konkreten Fall Bezug genommen werden kann, zu spezifizieren.

b) Gestaltungsmittel

Bei der Bestimmung der Arbeitspflicht besteht die Möglichkeit verschiedene Regelungen zu vereinbaren, die die Arbeitspflicht konkretisieren und so den Pflichtenmaßstab transparenter machen. Wie in jedem anderen zivilrechtlichen Vertrag ist es möglich, dass die Vertragsparteien im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen die Leistungspflichten näher bestimmen. Außerdem ist eine etwa bestehende betriebliche Übung zu beachten, die sich erst im Laufe der Zeit entwickelt und auf die Arbeitnehmerpflichten einwirken kann, ohne dass dies den Arbeitsvertragsparteien bewusst sein muss. Bei beidem handelt es sich um Bestimmungen, die den Inhalt des Arbeitsvertrags selbst darstellen. Ein wirksamer Arbeitsvertrag setzt ihre Existenz allerdings nicht voraussetzt. Vielmehr wirken sie ergänzend auf diesen ein. Auch besteht die Möglichkeit durch kollektivvertragliche Regelungen (Tarifverträge und

¹⁸⁰ *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 639; *Preis*, §§ 13-18.

¹⁸¹ Vgl. *Weber*, DB 2015, 1899 (1899).

Betriebsvereinbarungen), die auf den Arbeitsvertrag einwirken, den Pflichtenmaßstab für eine Vielzahl von Arbeitnehmern festzusetzen.

aa) Allgemeine Geschäftsbedingungen

Seit dem Inkrafttreten der Schuldrechtsmodernisierung sind die §§ 305ff. BGB auf Arbeitsverträge anzuwenden, die ihrem Wortlaut nach Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten oder auf solche verweisen. Zuvor fand wegen der Nichtgeltung des AGBG¹⁸² für Verträge auf dem Gebiet des Arbeitsrechts lediglich eine Billigkeitskontrolle nach § 242 BGB oder § 315 BGB statt.¹⁸³ Jetzt erstreckt sich die Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle der §§ 305ff. BGB auch auf das Arbeitsrecht. Jedoch sind nach § 310 Abs.4 S.2 BGB die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen.

Arbeitsrechtliche Besonderheiten schließen eine Inhaltskontrolle zwar nicht per se aus. Es ist aber stets zu prüfen, ob eine Abweichung von den § 307ff. BGB durch den Arbeitsvertrag gerechtfertigt ist. Das ist immer dann der Fall, wenn ein wesentlicher Unterschied zwischen der zivilrechtlichen und der arbeitsrechtlichen Interessenlage besteht.¹⁸⁴

Außerdem regelt § 310 Abs.4 S.3 BGB, dass die Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle sich nicht auf Tarifverträge, Betriebs- und Dienstvereinbarungen erstreckt.

Nichtsdestotrotz wurde durch die Anwendung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht eine Erweiterung des Schutzzumfanges zugunsten der Arbeitnehmer erreicht. Denn die Inhaltskontrolle nach §§ 307ff. BGB genießt Vorrang vor der Inhaltskontrolle durch zivilrechtliche Generalklauseln wie die §§ 242, 315 BGB, aber auch vor § 106 GewO.¹⁸⁵

Deshalb ist zunächst festzustellen, ob Allgemeine Geschäftsbedingungen vereinbart wurden und somit Teil des Arbeitsvertrags geworden sind, bevor man sich der Frage widmet, ob sich das dem Arbeitgeber zustehende Weisungsrecht aus § 106 GewO innerhalb dessen bewegt, was arbeitsvertraglich (also auch im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen) vereinbart wurde.

¹⁸² Dieses wurde am 1.1.2002 durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz abgelöst.

¹⁸³ MüKoB4/Müller-Glöße, § 611 BGB Rn. 391.

¹⁸⁴ Vgl. ErftK/Preis, §§ 305-310 BGB Rn. 11.

¹⁸⁵ BeckOK ArbR/Jacobs, § 305 BGB Rn. 6.

Den Arbeitsvertragsparteien steht es frei, einen Formularvertrag abzuschließen, auf welchen die Vorschriften über Allgemeine Geschäftsbedingungen nach §§ 305ff. BGB Anwendung finden.¹⁸⁶ In Arbeitsverträgen ist mit „Verwender“ i.S.d. § 305 Abs.1 S.1 BGB der Arbeitgeber gemeint.¹⁸⁷ Besondere Beachtung kommt hierbei der Regelung des § 305c BGB zu. Danach werden Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insb. nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrags, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, nicht Vertragsbestandteil. Eine Bestimmung ist überraschend im Sinne dieser Norm, wenn sie von den Erwartungen des Vertragspartners deutlich abweicht und dieser den Umständen nach mit ihr vernünftigerweise nicht zu rechnen braucht.¹⁸⁸ Die jeweiligen Umstände sind somit anhand der Gestaltung des Arbeitsvertrags zu messen. Eine Klausel kann sich an einer so befremdlichen Stelle im Arbeitsvertrag befinden oder ihre äußere Gestaltung kann so ausgefallen sein, dass das äußere Erscheinungsbild zum Vorliegen einer ungewöhnlichen und damit überraschenden Klausel führt.¹⁸⁹ Ihr haftet dann ein sogenannter „Überrumpelungs- und Übertölpelungseffekt“¹⁹⁰ an, der sie zu einer überraschenden Klausel i.S.d. § 305c BGB macht.

Auch ist das Transparenzgebot aus § 307 Abs.1 S.2 BGB zu berücksichtigen.¹⁹¹ Eine gemäß § 307 Abs.1 S.1 BGB zur Unwirksamkeit führende unangemessene Benachteiligung einer Klausel kann sich nach § 307 Abs.1 S.2 BGB auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. So hat das BAG entschieden, dass für den Arbeitnehmer eine Klausel, die den Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festlegt, hinreichend deutlich zu erkennen sein muss.¹⁹² Der Arbeitnehmer muss weitreichende wirtschaftliche Folgen absehen können. Im Besonderen ist auf die Bestimmung des § 307

¹⁸⁶ BAG v. 19.1.2011, NZA 2011, 631 (633).

¹⁸⁷ So auch: BeckOK ArbR/*Jacobs*, § 305 BGB Rn. 1.

¹⁸⁸ BAG v. 19.1.2011, NZA 2011, 631 (633); BAG v. 16.4.2008, NZA 2008, 876 (877); Jauernig/*Stadler*, § 305c Rn. 2.

¹⁸⁹ BAG v. 16.4.2008, NZA 2008, 876 (877).

¹⁹⁰ BAG v. 16.4.2008, NZA 2008, 876 (877).

¹⁹¹ BAG v. 16.4.2008, NZA 2008, 876 (878).

¹⁹² BAG v. 8.8.2007, AP Nr. 4 zu § 21 TzBfG Rn. 34.

Abs.2 Nr.1 BGB zu achten. Gemäß dieser Norm stellt eine Klausel eine unangemessene Benachteiligung dar, wenn sie mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist. Die Leistungsbestimmung der Arbeitspflicht durch im Arbeitsvertrag implementierte AGB kann zum Verlust des dynamischen Leistungscharakters führen, welcher dem Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis innewohnt.¹⁹³ „Gesetzlichen Regelungen“ i.S.v. § 307 Abs.2 Nr.1 BGB meint auch durch Normen verankerte Grundprinzipien.¹⁹⁴ Der Dauerschuldcharakter und die damit verbundene Dynamik der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht stellen solches Grundprinzipien dar. Würde eine AGB-Klausel die Leistungspflicht des Arbeitnehmers bereist im Arbeitsvertrag starr festlegen, so wäre es nicht mehr oder nur schwer möglich, die Leistungspflicht während des Vollzugs des Arbeitsvertrages den sich ändernden Umständen anzupassen.

Bestehen Allgemeine Geschäftsbedingungen, die die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers näher qualifizieren, ist für deren Wirksamkeit also insb. auf die Vorschriften der §§ 310 Abs.4, 305c, und 307 BGB zu achten. Eine arbeitsvertragliche Klausel kann zur näheren Bestimmung des Pflichtenmaßstabs beitragen, wenn diese den o.g. Vorschriften nicht entgegensteht. Allerdings ist in den meisten Arbeitsverträgen eine Bestimmung des Pflichtenmaßstabs durch Allgemeine Geschäftsbedingungen nicht vorhanden, sodass dadurch nur in Einzelfällen Abhilfe geschaffen wird. Dennoch gilt es, diese Möglichkeit nicht außer Acht zu lassen, da sie unter Umständen eine nicht zu unterschätzende Hilfe bei der Bestimmung der Arbeitspflicht darstellen kann.

bb) Betriebliche Übung

Auch eine langjährige betriebliche Übung kann zur Konkretisierung der Tätigkeitspflicht beitragen.¹⁹⁵ Dadurch werden die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers und zugleich das arbeitsvertragliche Pflichtenprogramm beschränkt.¹⁹⁶

¹⁹³ Siehe hierzu ausführlich: S.7f.

¹⁹⁴ BGH v. 15.7.1997, NJW 1997, 2752 (2753).

¹⁹⁵ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 16.

¹⁹⁶ Landmann/Rohmer/Neumann, § 106 GewO Rn. 13.

(1) Wirksamkeitsanforderungen und Herleitung

Eine betriebliche Übung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer aus dem sich regelmäßig wiederholenden Verhalten des Arbeitgebers schließen kann, dass diese Verhaltensweise werde auch in Zukunft so ausgeübt werden wird.¹⁹⁷ An deren Vorliegen stellt die Rechtsprechung, insb. vor dem Hintergrund, dass damit eine Veränderung des vertraglichen Pflichtenprogramms einhergehen kann, strenge Anforderungen. Gefordert wird die Langfristigkeit der Übertragung unter Umständen, die so besonders sind, dass sie als Ausdruck eines entsprechenden Bindungswillens des Arbeitgebers gelten dürfen (Zeitmoment und Umstandsmoment).¹⁹⁸ Maßgeblich ist allein, wie der Arbeitnehmer als Erklärungsempfänger das Verhalten des Arbeitgebers nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung sämtlicher Begleitumstände verstehen durfte.¹⁹⁹ Die betriebliche Übung stellt insoweit eine Ergänzung zu den Rechtsquellen (Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung und der Niederschrift des Arbeitsvertrags) dar, aus denen sich die Leistungspflicht des Arbeitnehmers bestimmt.²⁰⁰ Die Herleitung dieser Rechtsfigur bedarf einer dogmatischen Begründung. Die Rechtsprechung²⁰¹ vertritt die Vertragstheorie, wonach es sich bei der betrieblichen Übung um eine Willenserklärung des Arbeitgebers handelt, die von den Arbeitnehmern konkludent angenommen wird und demgemäß vertragliche Ansprüche begründet.²⁰² Daneben wird die Theorie der Vertrauenshaftung diskutiert.²⁰³ Danach ist das Vertrauen schutzwürdig, wenn sich der Arbeitnehmer in seinen Dispositionen auf die Fortsetzung der Übung so einrichten durfte und eingerichtet hat, dass ein einseitiger Bruch mit dieser Übung ein gegen Treu und Glauben verstoßendes widersprüchliches

¹⁹⁷ Landmann/Rohmer/Neumann, § 106 GewO Rn. 13.

¹⁹⁸ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 16.

¹⁹⁹ Küttner/Kreitner, Betriebliche Übung, Rn. 4.

²⁰⁰ Vgl. MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 411.

²⁰¹ BAG v. 5.8.2009, NZA 2009, 1105 (1106); BAG v. 31.7.2007, NZA-RR 2008, 263 (263); BAG v. 28.7.2004, NZA 2004, 1152 (1152); BAG v. 26.5.1993, NZA 1994, 513 (513).

²⁰² MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 413; Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 Rn. 972.

²⁰³ MüArbR/Richardi, § 8 Rn. 13; MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 414 und 426; Richardi, NZA 1988, 689 (689).

Verhalten darstellt.²⁰⁴ Die Rechtsbindung des Arbeitgebers beruht hierbei auf dem Verbot des *venire contra factum proprium*.²⁰⁵

Ungeachtet dessen, für welche dogmatische Herleitung man sich entscheidet, bedarf es des Vorliegens besonderer tatsächlicher Anhaltspunkte, die entweder eine rechtsgeschäftliche Handlung des Arbeitgebers oder ein schützenswertes Vertrauen des Arbeitnehmers begründen.

(2) Verschiedenartige Ausprägungsmöglichkeiten

Der klassische Fall der betrieblichen Übung ist die kontinuierliche Leistungsgewährung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer.²⁰⁶ Die Frage ist dann, ob sich aus der wiederholten Leistungserbringung seitens des Arbeitgebers ein Anspruch des Arbeitnehmers auf Erhalt dieser Leistung herleiten lässt. Ob eine sich ständig wiederholende Ausübung des Weisungsrechts auch die Konkretisierung des Pflichtenmaßstabs bedeuten kann, ist inhaltlich gesehen eine andere Frage. So bewirkt Ersteres nämlich den Anspruch des Arbeitnehmers auf Erhalt einer zusätzlichen, arbeitsvertraglich nicht vorgesehenen Leistung. Die Konkretisierung der Leistungspflicht hingegen kann dem Arbeitnehmer in der Weise zu Gute kommen, dass er von einer höherwertigen, über einen längeren Zeitraum ausgeübten Tätigkeit nicht mehr „runtergestuft“ werden kann. Der Unterschied besteht darin, dass es bei der zusätzlichen Leistungsgewährung um ein „Plus“ des arbeitgeberseitigen Leistungsprogramms geht, während die Konkretisierung der Leistungspflicht zu einer Neujustierung des gegenseitigen Austauschverhältnisses führt. Letzteres hat somit eine viel weitreichendere Veränderung für den Inhalt des Arbeitsvertrags zur Folge. Hinzu kommt die für den Arbeitnehmer negative Folge, dass dieser bei der Sozialauswahl im Rahmen einer betriebsbedingten Kündigung schlechter dasteht, weil sich die Anzahl der zu vergleichenden Arbeitsplätze verringert und die Wahrscheinlichkeit einer Rechtfertigung im Falle einer Kündigung vergrößert hat.²⁰⁷

Diese weitreichenden Rechtsfolgen führen dazu, eine Konkretisierung der Leistungspflicht im Rahmen einer betrieblichen Übung restriktiver

²⁰⁴ MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 426.

²⁰⁵ MüArbR/Richardi, § 8 Rn. 13; Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 Rn. 972.

²⁰⁶ Bayreuther, NZA-Beil. 2006, 3 (3).

²⁰⁷ Vgl. BeckOK GewR/Hoffmann/Schulte, § 106 GewO Rn. 74.

zu handhaben als die Gewährung einer zusätzlichen Leistung im Rahmen der betrieblichen Übung.

(3) Restriktion bei Neujustierung der Leistungspflicht

Die Möglichkeit durch das Weisungsrecht die Leistungspflicht näher zu bestimmen besteht grundsätzlich,²⁰⁸ unterliegt aber strengen Anforderungen.

Zu entscheiden ist, ob eine Konkretisierung der Tätigkeitspflicht durch Ausübung des dem Arbeitgeber zustehenden Direktionsrechts aus § 106 GewO hervorgerufen werden kann.²⁰⁹ Gemäß § 106 GewO kann der Arbeitgeber den „Inhalt [...] der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen“. Eine Konkretisierung der Arbeitsleistung auf eine bestimmte Tätigkeit setzt also immer voraus, dass der Arbeitgeber das Weisungsrecht im Rahmen billigen Ermessens ausübt. Das billige Ermessen ist gewahrt, wenn die Ausübung der Leistungsbestimmung der Billigkeit entspricht. Dies ergibt sich auch aus § 315 Abs.3 BGB. Dieser besagt, dass eine nach billigem Ermessen zu beurteilende Leistung durch einen der Vertragsschließenden, für den anderen Teil nur verbindlich ist, wenn sie der Billigkeit entspricht. Die Billigkeit ist gewahrt, wenn die wesentlichen Umstände des Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt werden.²¹⁰ Es geht bei der Prüfung der Billigkeit immer um die Frage, ob eine gerechte und angemessene Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen stattgefunden hat. So kann die nicht nur vorübergehende Beschäftigung auf einer höherwertigen Position dazu führen, dass der Arbeitnehmer nicht mehr zurückgestuft werden kann, wenn mit der dauerhaften Beförderung eine konkludente Änderung des Arbeitsvertrags einhergeht.²¹¹ Ein Arbeitnehmer der sich im Laufe der Zeit arriert hat, erhält so die Sicherheit, nicht wieder in der Hierarchie nach unten zu sinken, ohne dass es je einer schriftlichen Vertragsänderung bedurfte.

²⁰⁸ *LAG Hessen* v. 9.4.2014, BeckRS 2015, 67886 Rn. 18.

²⁰⁹ *Bayreuther*, NZA-Beil. 2006, 3 (3).

²¹⁰ Vgl. *LAG Hessen* v. 9.4.2014, BeckRS 2015, 67886 Rn. 18.

²¹¹ *LAG Hessen* v. 9.4.2014, BeckRS 2015, 67886 Rn. 19.

Für die Vielzahl von Fällen, in denen der Arbeitsvertrag den Inhalt der Arbeitsleistung nicht abschließend festlegt, kann das Weisungsrecht eine Konkretisierungshilfe darstellen. Eine solche Konkretisierung bedeutet immer eine, wenn auch konkludent eingetretene, Veränderung des arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramms. Deshalb sind an ihr Vorliegen strenge Anforderungen zu stellen. Es bedarf stets klarer Äußerungen und eindeutiger Handlungsweisen des Arbeitgebers, die darauf schließen lassen, dass dieser seine Weisungsbefugnis einbüßt.²¹² Allein der Ablauf einer wenn auch erheblichen Zeitspanne genügt dazu nicht.

(4) Fazit

Für die Konkretisierung der Tätigkeitspflicht in Form von einer betrieblichen Übung sind strengere Anforderungen als für den klassischen Fall der betrieblichen Übung erforderlich.²¹³

Entscheidend ist die Frage, ob die längere Ausübung einer bestimmten Tätigkeit dazu führt, dass es dem Arbeitgeber nicht mehr möglich ist, den Arbeitnehmer auf einen anderen Arbeitsplatz zu versetzen. Denn das bewirkt die Konkretisierung der Leistungspflicht. Wenn eine Konkretisierung kraft Direktionsrechtsausübung bejaht wird, hat dies die Beschränkung des Pflichtenmaßstabs auf die Tätigkeit, die ihm kraft Direktionsrechtsausübung zugewiesen wurde, zur Folge. Die Verweigerung einer vom Arbeitgeber ausgesprochenen Versetzung auf einen anderen Arbeitsplatz würde weder eine Nicht- noch eine Schlechtleistung zu begründen vermögen.

Die Konkretisierung der Leistungspflicht kraft Direktionsrechtszuweisung in Form einer betrieblichen Übung ist möglich. Die strengen Anforderungen führen aber dazu, dass ihr Auftreten in der Praxis selten ist. Die Rechtsgrundsätze der klassischen betrieblichen Übung lassen sich wegen der weitreichenden Folgen nur mit Zurückhaltung auf sie übertragen. Zudem ist zu beachten, dass die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs durch eine betriebliche Übung wegen des Zeitmoments erst nach längerem Vollzug des Arbeitsvertrags möglich ist. Der Arbeitgeber muss das Direktionsrecht über lange Zeit ausüben, bevor es den Pflichtenmaßstab

²¹² *LAG Schleswig-Holstein v. 30.4.1998*, BeckRS 1998, 30468518.

²¹³ *Bayreuther*, NZA-Beil. 2006, 3 (3).

zu konkretisieren vermag. So entschied das *LAG Hessen*, dass ein Filialeiter, der zehn Jahre lang vier Vollzeitbeschäftigte unter sich hatte, nicht mehr damit zu rechnen braucht, zurück gestuft zu werden und eine Filiale leiten zu müssen, in der er weniger Mitarbeiter leitet.²¹⁴ Eine Bestimmung im Vorhinein scheidet aus. Die betriebliche Übung als generelles Konstrukt zur Festlegung des Pflichtenmaßstabs heranzuziehen ist deshalb nicht möglich. Es mag lediglich Fälle geben, in denen eine betriebliche Übung die Leistungspflicht des Arbeitnehmers während des Vollzugs des Arbeitsvertrags spezifiziert und dadurch eine Erleichterung bei der Klassifizierung einer Schlechtleistung bewirkt.

cc) Kollektivrechtliche Regelungen

Von der Möglichkeit, den geschuldeten Leistungsmaßstab in Tarifverträgen oder in Betriebsvereinbarungen festzulegen, wird in der Praxis kaum Gebrauch gemacht. Dennoch besteht diese Möglichkeit. So heißt es bspw. in § 4 Nr. 3 des Manteltarifvertrags für das graphische Gewerbe: „Der Tariflohn gibt dem Arbeitgeber Anspruch auf Normalleistung“.²¹⁵ Die Schwierigkeit zu bestimmen, was unter „Normalleistung“ im Sinne der Norm zu verstehen ist, bleibt aber bestehen. Eine kollektivrechtliche Regelung muss so formuliert sein, dass sie die Leistungspflicht präzisiert. Ansonsten stellt sie keine Hilfe bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs dar.

Gerade für Berufsgruppen, deren Tätigkeitspflichten sich stark ähneln und für alle Arbeitnehmer innerhalb dieser Gruppe gleichermaßen festgelegt werden können, würde die Festlegung des Leistungsmaßstabs zu mehr Rechtssicherheit beitragen. Denn zu den Regelungen, die ein Tarifvertrag treffen kann, gehören auch die Festlegung von Arbeitsbedingungen. Die Inhaltsnormen eines Tarifvertrags können im Prinzip alles regeln, was auch durch den Arbeitsvertrag selbst geregelt werden kann.²¹⁶ An dieser Tatsache wird aber zugleich deutlich, dass Tarifverträge bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs aus dem gleichen

²¹⁴ *LAG Hessen* v. 9.4.2014, BeckRS 2015, 67886 Rn. 19.

²¹⁵ Vgl. *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (14).

²¹⁶ *KollektivArbR/Preis*, § 95 I.

Grund nicht weiterhelfen, weswegen auch Arbeitsverträge keine Abhilfe schaffen. Denn die gleichen Gründe aus denen sich ergibt, dass die Arbeitsvertragsparteien den Pflichtenmaßstab nicht von vornherein detailliert festlegen, gelten auch für die Tarifvertragsparteien. Der Arbeitgeber bzw. der Arbeitgeberverband möchte und kann sich nicht von vornherein festlegen. Die Leistungspflicht des Arbeitnehmers ist wegen des Arbeitsvertrags als Dauerschuldverhältnis dynamisch.²¹⁷ Den sich ändernden äußeren Umständen, die dem Arbeitsvertrag ihre Dynamik verleihen (z.B. die wechselnde Auftragslage des Unternehmens), würde keine hinreichende Berücksichtigung zuteilwerden, wenn die Leistungspflicht starr bestimmt werden würde.

Würde im Tarifvertrag (oder im Arbeitsvertrag) die Leistungspflicht bestimmt, führte das außerdem dazu, dass leistungstärkere Arbeitnehmer nicht verpflichtet wären, ihre Leistungsfähigkeit voll auszuschöpfen. Sie hätten ihre Pflicht bereits dann erfüllt, wenn sie das geleistet hätten, was der Tarifvertrag bestimmt. Der Arbeitgeber hätte somit eine Leistungseinbuße hinzunehmen, wenn er Arbeitnehmer beschäftigte, deren subjektives Leistungsvermögen über das hinausginge, was die Kollektivvereinbarung festlegt.

Zudem ist anzumerken, dass gerade die normative Wirkung des Tarifvertrags die vorherige Festlegung der Arbeitspflicht noch unattraktiver macht. Die Wirkung tarifvertraglicher Regelungen ist in normative und schuldrechtliche Wirkung zu unterteilen.²¹⁸ Die Bestimmungen eines Tarifvertrags, die den Inhalt von Arbeitsbedingungen regelt, sind von der normativen Wirkung erfasst, vgl. § 4 Abs.1 TVG. Normative Wirkung bedeutet, dass diese Bestimmungen unmittelbar und zwingend für die beiderseits Tarifunterworfenen gelten.²¹⁹ Aus der Unmittelbarkeit der Tarifnormwirkung gemäß § 4 Abs.1 TVG ergibt sich, dass die Bestimmungen wie Rechtsnormen gelten. Das bedeutet, dass ihre Geltung unabhängig von einer etwaigen einzelvertraglichen Vereinbarung oder von der Kenntnis der Arbeitsvertragsparteien ist.²²⁰ Einer Anerkennung,

²¹⁷ Vgl. MüKoB2/Ernst, § 323 BGB Rn. 35.

²¹⁸ Däubler/Reim/Nebe, § 1 Rn. 4; KollektivArbR/Preis, § 95 vor I.

²¹⁹ Däubler/Reim/Nebe, § 1 Rn. 234; KollektivArbR/Preis, § 95 vor I.

²²⁰ KollektivArbR/Preis, § 98 I.

Unterwerfung oder Übernahme dieser Normen durch die Arbeitsvertragsparteien bedarf es nicht.²²¹ Hinzu kommt die zwingende Wirkung der Tarifvertragsparteien wegen derer es den Arbeitsvertragsparteien verwehrt ist eine abweichende Regelung zu treffen.²²² Die Tarifnormen sind nicht dispositiv. Hieran zeigt sich, dass die Regelung durch einen Tarifvertrag zu einer noch engeren Bindung führt, als die Regelung im Rahmen eines Arbeitsvertrags.

Weil auch Betriebsvereinbarungen gemäß § 77 Abs.4 S.1 BetrVG unmittelbar und zwingend wirken, vermögen auch sie die Vertragsfreiheit einzuschränken.²²³ Dass diese den Pflichtenmaßstab des Arbeitnehmers üblicherweise ebenfalls nicht näher beschreiben, folgt somit aus denselben Erwägungen. Der Arbeitgeber möchte sich oftmals nicht bereits im Vorhinein festlegen, sondern seine Leistungserwartung den sich ändernden Umständen anpassen.

Festzuhalten bleibt, dass sowohl ein Tarifvertrag als auch eine Betriebsvereinbarung Regelungen enthalten können, die die Pflichten des Arbeitnehmers detailliert festlegen. Diese Möglichkeit bleibt aber weitestgehend theoretischer Natur. Die Einschränkung der Vertragsfreiheit, die durch kollektivrechtliche Regelungen ausgelöst wird, macht diese Möglichkeit der Festlegung des Pflichtenmaßstabs des Arbeitnehmers in der Praxis zu unattraktiv.

dd) Zusammenfassung

Allgemeine Geschäftsbedingungen vermögen die Pflicht des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsvertrag näher zu qualifizieren. Durch die Anwendung der AGB-Kontrolle im Arbeitsrecht seit der Schuldrechtsmodernisierung ist der Schutzzumfang zugunsten des Arbeitnehmers erweitert worden. Der Arbeitnehmer genießt nun einen umfangreicheren Schutz als ihm die zivilrechtlichen Generalklauseln gewähren.²²⁴ Die äußere Gestaltung des Arbeitsvertrags kann dazu führen, dass eine Klausel gemäß § 305c BGB überraschend ist und somit nicht Vertragsbestandteil

²²¹ MAHMoll/Hamacher, § 70 Rn. 9.

²²² MAHMoll/Hamacher, § 70 Rn. 10.

²²³ Vgl. BeckOK GewO/Hoffmann, 105 GewO Rn. 43.

²²⁴ Vgl. BeckOK ArbR/Jacobs, § 305 BGB, Rn. 6; vgl. MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 391.

wird.²²⁵ Auch das Transparenzgebot, welches sich aus § 307 Abs.1 S.2 BGB ergibt schützt den Arbeitnehmer. Eine Klausel, die nicht klar und verständlich formuliert ist, ist unwirksam.²²⁶ Zudem sind die arbeitsrechtlichen Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen, vgl. § 310 Abs.4 S.2 BGB.²²⁷ Die Festlegung des Pflichtenmaßstabs im Wege Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist so zwar möglich und in Anbetracht des weiten Schutzzumfangs für den Arbeitnehmer auch wünschenswert. Sie unterliegt aber den allgemein an eine AGB-Kontrolle zu stellenden strengen Anforderungen, was wiederum zu Einbußen auf Arbeitgeberseite führt. Eine genaue Festlegung des Pflichtenmaßstabs findet sich deshalb nur selten in Arbeitsverträgen. Auch kann es vorkommen, dass die Arbeitnehmerpflicht durch eine betriebliche Übung näher bestimmt werden kann. Wegen des Zeitmoments ist dafür aber erforderlich, dass der Arbeitnehmer die jeweilige Tätigkeit über einen längeren Zeitraum hinweg ausübt.²²⁸ Deshalb bietet die betriebliche Übung erst dann eine Hilfe, wenn der Arbeitsvertrag eine geraume Zeit besteht. Sie vermag die Arbeitnehmerpflicht nicht bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu festzulegen. Überdies ist erforderlich, dass es für den Arbeitnehmer erkennbar ist, dass die von ihm vorgenommene Tätigkeit zu seiner arbeitsvertraglichen Pflicht gehört (Umstandsmoment).²²⁹ Die betriebliche Übung führt deshalb nur in sehr wenigen Fällen zu einer konkreteren Darstellung des arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramms.

Die Festlegung des Pflichtenmaßstabs im Rahmen von kollektivrechtlichen Regelungen hat demgegenüber zwar den Vorteil, dass der Pflichtenmaßstab im Vorhinein klar bestimmt werden könnte. Allerdings wird davon in der Praxis kaum Gebrauch gemacht. Die vorherige Festlegung ist für den Arbeitgeber wegen der Dynamik, die der Arbeitsvertrag als Dauerschuldverhältnis²³⁰ aufweist, zu unattraktiv. Außerdem würde er

²²⁵ BAG v. 19.1.2011, NZA 2011, 631 (633); BAG v. 16.4.2008, NZA 2008, 876 (877); Jauernig/Stadler, § 305c Rn. 2.

²²⁶ BAG v. 16.4.2008, NZA 2008, 876 (878); BAG v. 8.8.2007, AP Nr. 4 zu § 21 TzBfG Rn. 34.

²²⁷ ErftK/Preis, §§ 305-310 BGB Rn. 11.

²²⁸ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 16.

²²⁹ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 16.

²³⁰ Vgl. MüKoB2/Ernst, § 323 BGB Rn. 35.

sich dadurch selbst die Berechtigung auf den Empfang überdurchschnittlicher Leistungen besonders leistungsfähiger Arbeitnehmer nehmen. Darüber hinaus ist die geringe Verwendung bedingt durch die unmittelbare und zwingende Wirkung²³¹ der Inhaltsnormen. Diese führt zu einer noch engeren Bindung als es arbeitsvertraglichen Regelungen immanent ist.

Die genannten Rechtsquellen können also eine Konkretisierungshilfe bieten. Allerdings ist deren Vorliegen in der Praxis die Ausnahme und nach dem jeweiligen Einzelfall zu bestimmen.

c) Konkretisierungshilfen

Der Dienstvertrag unterscheidet sich vom Werkvertrag dadurch, dass nicht ein ganz bestimmter Arbeitserfolg geschuldet ist, sondern die Erbringung einer bestimmten Tätigkeit.²³² Für den Arbeitsvertrag gilt, als Unterfall des Dienstvertrages,²³³ mit Wirkung zum 1.4.2018 die neu eingefügte Bestimmung des § 611a BGB. Danach wird der Arbeitnehmer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet. Was darunter genau zu verstehen ist, bedarf einer weitergehenden Konkretisierung.

aa) Erbringung einer Leistung

Teilweise wird befürwortet, die Erbringung der Arbeitsleistung erschöpfe sich in der bloßen Zurverfügungstellung der Arbeitskraft.²³⁴ Dies ist schon deshalb nicht sachgerecht, weil es gegen den eindeutigen Wortlaut des § 611 BGB spricht, in welchem von Leistung der „versprochenen Dienste“ die Rede ist.²³⁵ Geschuldet ist demnach die tatsächliche Erbringung einer Leistung und nicht lediglich deren Zurverfügungstellung. Außerdem spricht dagegen die Regelung in § 615

²³¹ Däubler/Reim/Nebe, § 1 Rn. 234; KollektivArbR/Preis, § 95 vor I.

²³² BDDH/Brors, § 611 BGB Rn. 485; ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 641; HWK/Thüsing, vor § 611 BGB Rn. 8.

²³³ HWK/Thüsing, § 611 BGB Rn. 18; Medicus/Lorenz, Rn. 617; BDDH/Schöne, § 611 BGB Rn. 8.

²³⁴ So auch: v. Stebut, RdA 1985, 66 (69); a.A. ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 642; Wollenschläger, Rn. 203.

²³⁵ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 3.

S.1 BGB, welche besagt, dass ein Arbeitgeber, der sich im Annahmeverzug befindet, nicht von der Vergütungspflicht befreit wird. Der Arbeitnehmer, der seine Leistung angeboten hat, hat damit alles Erforderliche getan, sodass der Arbeitgeber auch dann zur Gegenleistung verpflichtet ist, wenn er die Arbeitsleistung nicht beansprucht hat. Wenn die bloße Arbeitsbereitschaft des Arbeitnehmers zur Vertragserfüllung bereits ausreichen würde, ergäbe sich dieser Regelungsgehalt schon aus § 611 BGB. Fest steht somit, dass die Erbringung einer Arbeitsleistung Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs sein muss.

bb) Anforderungsprofil des Arbeitgebers

Es wird vorgeschlagen, die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs ausgehend von einem vorgegebenen Anforderungsprofil seitens des Arbeitgebers vorzunehmen.²³⁶ Dieser Vorschlag erscheint vor dem Hintergrund, dass so der Leistungsmaßstab klar definiert wird, zunächst sachgerecht. Wenn der Arbeitgeber deutlich macht, welche Leistung er von dem Arbeitnehmer erwartet, liegt eine Schlechtleistung vor, wenn von diesen Erwartungen abgewichen wird. Übersehen wird dabei aber, dass die Problematik, wie diese Anforderungen erkennbar gemacht werden sollen, bestehen bleibt. Die Ermittlung der Art der zu leistenden Arbeit über die Offenlegung eines Anforderungsprofils seitens des Arbeitgebers mag möglich sein. So kann dem Arbeitgeber abverlangt werden, bei Abschluss des Arbeitsvertrags deutlich zu machen, welche Tätigkeit der Arbeitnehmer zu erbringen hat (z.B. hat die Bäckereifachverkäuferin die Aufgabe die Produkte zu verkaufen, die Räumlichkeiten sauber zu halten und das Geschäft morgens auf- und abends abzuschließen). Stellt man nämlich nur auf die Art der zu leistenden Tätigkeit ab, so muss der Arbeitnehmer zur Erbringung der Arbeitsleistung wissen, wie diese definiert ist. Problematischer wird die Festlegung der Arbeitsleistung durch ein Anforderungsprofil des Arbeitgebers aber hinsichtlich konkreter Anforderungen an die zu leistende Arbeit. Sicherlich mag es

²³⁶ *Tschöpe*, BB 2006, 213 (215).

Arbeitsleistungen geben, in denen der Arbeitgeber eine klare Tätigkeitsbeschreibung hinsichtlich der Quantität, der zu erbringenden Leistung, vorgibt. Dies ist allerdings die Ausnahme. In den meisten Fällen ergibt sich die Konkretisierung des Anforderungsprofils durch Ausübung des Weisungsrechts erst während des Vollzugs des Arbeitsvertrags und nicht im Vorhinein durch Beschreibung des Arbeitgebers.²³⁷ Außerdem ist der Pflichtenmaßstab nur für solche Tätigkeiten klar definierbar, in denen die Leistungserbringung einen messbaren oder zumindest nach außen hin sichtbaren Erfolg darstellt. Dem Einkäufer können genaue Vorgaben dahingehend gemacht werden, dass er die günstigsten Angebote einzuholen und diese zu vergleichen hat.

Ob eine Abweichung vom Pflichtenmaßstab allerdings bereits dann vorliegt, wenn er in einem Fall ein günstigeres Angebot übersehen hat oder, ob ihm dieser Fehler zehnmal unterlaufen muss, geht aus dem Anforderungsprofil nicht hervor. Außerdem stellt sich die Frage, wie ermittelt werden soll, ob er ein günstiges Angebot übersehen hat. Denn eine ständige Kontrolle seiner Tätigkeit würde sich für den Arbeitgeber aus wirtschaftlicher Gesichtspunkten nicht lohnen. Zudem gibt es eine Vielzahl von Berufen, bei denen es gar nicht möglich ist, ein Anforderungsprofil im Vorhinein festzulegen. So kann man einem Lehrer nicht vorschreiben, wie viel Wissen er seinen Schülern vermitteln muss oder wie der Notendurchschnitt der Klassenarbeiten auszufallen hat und davon ausgehend festmachen, ob eine Schlechtleistung vorliegt.

Die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs über ein Anforderungsprofil des Arbeitgebers ist wegen dieser Gründe nicht praktikabel. Es stellt nur für einen geringen Teil von Arbeitsleistung eine brauchbare Möglichkeit der Leistungsbestimmung dar. Es müssen andere Möglichkeiten herangezogen werden.

²³⁷ Die Ausübung des Weisungsrechts wird durch den Arbeitsvertrag aber begrenzt. Sie muss billigem Ermessen entsprechen und darf nicht über die arbeitsvertragliche Vereinbarung hinaus gehen. Somit stellt das Weisungsrecht nur bedingt eine Hilfe dar; siehe S. 66.

cc) Weisungsrecht

Zur Konkretisierung des Inhalts der Arbeitsleistung kann das dem Arbeitgeber zustehende Direktionsrecht aus § 106 GewO beitragen.²³⁸ Dieser besagt in Satz 1, dass der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach billigem Ermessen näher bestimmen kann, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, einen anwendbaren Tarifvertrag oder gesetzliche Vorschriften festgelegt sind. Der Sache nach handelt es sich um die Ausübung eines einseitigen Gestaltungsrechts zur Leistungsbestimmung.²³⁹ Der Gesetzgeber hielt die Kodifizierung wegen des Interesses nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für geboten.²⁴⁰ Allerdings ist ihre Normierung in der Gewerbeordnung systematisch verfehlt und hat nur deklaratorischen Charakter, da sich das Recht des Arbeitgebers, die Arbeitspflicht inhaltlich durch Weisungen zu konkretisieren bereits unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag ergibt.²⁴¹ Dies zeigt sich auch daran, dass das Weisungsrecht schon vor seiner Normierung allgemein anerkannt war.²⁴² Das Weisungsrecht wird nicht durch § 106 GewO begründet, sondern hat seine Grundlage im Arbeitsvertrag selbst.²⁴³ Da es dem Arbeitsvertrag meist an einer ausdrücklichen Niederlegung der Arbeitspflicht mangelt, hilft das Weisungsrecht zur näheren Bestimmung der Leistungspflicht.²⁴⁴ Das Weisungsrecht betrifft (neben Bestimmungen zu Ort und Zeit der Arbeitsleistung) die Art der zu erbringenden Tätigkeit, den äußeren Rahmen der Ausübung bis hin zu ganz konkreten und detaillierten Weisungen.²⁴⁵ Der Arbeitgeber gibt durch Ausübung seines Weisungsrechtes das Anforderungsprofil vor, welches er an den Arbeitnehmer stellt,²⁴⁶ wobei dies meist erst während des Vollzugs des Arbeitsvertrags geschieht und für den Arbeitnehmer erst dann sichtbar ist.

²³⁸ Schaub/Linck, § 45 Rn. 31; LAG Köln v. 11.12.2009, BeckRS 2010, 67151 Entschdgrd. II. 1. b.

²³⁹ MuArbR/Reichold, § 36 Rn. 20.

²⁴⁰ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 20.

²⁴¹ So auch: MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 5 und 20; Schaub/Linck, § 45 Rn. 13.

²⁴² BeckOK ArbR/Tilmanns, § 106 GewO vor Rn. 1.

²⁴³ Schaub/Linck, § 45 Rn. 13; MüArbR/Reichold, Rn. 24.

²⁴⁴ BeckOK ArbR/Tilmanns, § 106 GewO vor Rn. 1.

²⁴⁵ BeckOK ArbR/Tilmanns, § 106 GewO vor Rn. 15.

²⁴⁶ BAG v.24.6.2004, NZA 2004, 1268 (1270).

Der Arbeitsvertrag beschränkt das Weisungsrecht dabei auch wieder.²⁴⁷ Denn der Arbeitnehmer ist nur zur Erbringung der vertraglich geschuldeten Leistung verpflichtet. Das Weisungsrecht kann keinesfalls in das Belieben des Arbeitgebers gestellt werden. Eine Arbeitszuweisung, die über die vertraglichen Grenzen hinausgeht, kann nicht durch Ausübung des Direktionsrechtes begründet werden.²⁴⁸ Das Weisungsrecht kann aber zu einer Konkretisierung der Tätigkeitspflicht beitragen. Das kommt dann in Betracht, wenn der Arbeitnehmer erkennen kann und darauf vertrauen darf, dass er nur in der Weise eingesetzt werden soll, in welcher die Einsetzung bereits über einen längeren Zeitraum erfolgte.²⁴⁹ Zu beachten ist dabei, dass der schlichten Nichtausübung des Weisungsrechts für sich gesehen dieser Erklärungswert nicht zukommt.²⁵⁰ Denn das hieße, der Arbeitgeber wäre verpflichtet, in bestimmten zeitlichen Abständen darauf aufmerksam zu machen, dass er sich vorbehält, den Arbeitnehmer anderweitig einzusetzen. Dies würde auf eine Art betriebliche Übung hinauslaufen, welche durch die bloße Nichtausübung des Weisungsrechtes nicht ausgelöst wird. Deshalb ist die Anweisung an einen Straßenbahnkontrollleur, die Kontrolltätigkeit am Betriebshof aufzunehmen, auch dann wirksam, wenn der Kontrollleur über 14 Jahre hinweg die tägliche Arbeit an der seiner Wohnung nächstgelegenen Haltestelle begonnen hat.²⁵¹

Der Arbeitgeber hat bei der Ausübung des Weisungsrechts die Schranken des Arbeitsvertrags, von Betriebsvereinbarungen, von Tarifverträgen und des Gesetzes zu beachten.²⁵² Der Umfang des Weisungsrechtes ist bei Fehlen kollektivrechtlicher Regelungen aus § 611 BGB heraus zu bestimmen, da wie gezeigt der § 106 GewO selbst wegen des deklaratorischen Charakters nicht zur Qualifizierung des Weisungsrechtes beitragen kann.²⁵³ Schwierigkeiten ergeben sich aus der Tatsache, dass das Arbeitsverhältnis ein Dauerschuldverhältnis ist. Als solches sind ihm

²⁴⁷ MüArbR/*Reichold*, § 35 Rn. 5; *Staudinger/Richardi/Fischinger*, § 611 BGB Rn. 951.

²⁴⁸ *Schaub/Linck*, § 45 Rn. 32.

²⁴⁹ *Schaub/Linck*, § 45 Rn. 16.

²⁵⁰ So auch: *Rohmer/Landmann/Neumann*, § 106 GewO Rn. 14; *Schaub/Linck*, § 45 Rn. 16.

²⁵¹ BAG v. 7.12.2000, NZA 2001, 780 (780).

²⁵² BeckOK ArbR/*Tilmanns*, § 106 GewO vor Rn. 1.

²⁵³ *Schaub/Linck*, § 45 Rn. 13.

ständig wechselnde Anforderungen an die vom Arbeitnehmer zu erbringende Leistung zu eigen.²⁵⁴ Deshalb muss bei der Bestimmung darüber, ob die Weisung sich im Rahmen des arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramms bewegt, stets die zeitliche Komponente berücksichtigt werden. Das Weisungsrecht hilft deshalb nur bedingt. Oftmals lässt sich aus der konkreten Weisung noch nicht auf die Anforderungen an die Qualität der Arbeitsleistung schließen,²⁵⁵ insb., wenn durch die Weisung nur eine Beschreibung hinsichtlich der Art der zu leistenden Arbeit erfolgt und sich aus ihr nicht entnehmen lässt, mit welcher Intensität die Arbeitsleistung erbracht werden soll.

Je allgemeiner die Leistungspflicht arbeitsvertraglich festgelegt ist, desto weiter geht die Befugnis, diese durch das Weisungsrecht zu bestimmen.²⁵⁶ Bei einer engen Bestimmung der Tätigkeit wird die Weisungsbefugnis hingegen eingeschränkt.²⁵⁷ Nach § 106 S.1 GewO muss der Arbeitgeber die Bestimmung der Leistung nach billigem Ermessen vornehmen. Das ist dann der Fall, wenn er die grundlegenden Umstände des konkreten Falls abgewogen und die beiderseitigen Interessen angemessen berücksichtigt hat.²⁵⁸

Resümierend ist festzustellen, dass § 106 GewO allein für die Ermittlung der Leistungsanforderungen, des Arbeitgebers wenig hilfreich ist. Der Arbeitnehmer stellt seine Hauptleistungspflicht nur nach Maßgabe der vertraglich umrissenen Arbeitspflicht zur Verfügung.²⁵⁹ Die Befugnis des Arbeitgebers aus § 106 GewO kann nicht weitergehen als das, was dieser schon aus dem zugrundeliegenden Arbeitsvertrag zu verlangen berechtigt ist. Das Weisungsrecht zur Konkretisierung der Arbeitspflicht gestattet dem Arbeitgeber nur die Zuweisung anderer Arbeiten im Rahmen des vertraglich bereits festgelegten Tätigkeitsbereichs, nicht

²⁵⁴ Schaub/Linck, § 45 Rn. 13.

²⁵⁵ Preis, § 26 III.

²⁵⁶ BAG v. 19.1.2011, NZA 2011, 631 (632); BeckOK ArbR/Tilmanns, § 106 GewO Rn. 15.

²⁵⁷ Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 BGB Rn. 956; Grobys/Panzer/Wisskirchen, 113 Rn. 3.

²⁵⁸ BAG v. 19.4.2007, AP Nr. 77 zu § 611 BGB Rn. 23; BAG v. 11.4.2006, NZA 2006, 1149 (1153).

²⁵⁹ MüArbR/Reichold, § 35 Rn. 5.

aber die Zuweisung eines anderen Tätigkeitsbereichs.²⁶⁰ Das Weisungsrecht wird deshalb auch als rangschwächstes Gestaltungsmittel bezeichnet.²⁶¹ Es trägt zur Konkretisierung der Art der zu leistenden Arbeit bei, wenn diese arbeitsvertraglich nicht ausdrücklich benannt bzw. nur grob umschrieben ist. Eine Spezifizierungshilfe bietet es in den meisten Fällen nicht.

dd) Sozialbild

Wie bereits erläutert, ergibt sich der Leistungsmaßstab aus dem Inhalt des Arbeitsvertrags, der unter Berücksichtigung kollektivvertraglicher Normen nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte sowie einer etwa bestehenden betrieblichen Übung auszulegen ist.²⁶² Daneben ist, wenn vorhanden, auf Umweltfaktoren zurückzugreifen, die auf den Arbeitsvertrag einwirken. Zu nennen sind hier zum Beispiel eine Stellenbeschreibung oder Organisationspläne, welche dem Arbeitnehmer bei Begründung des Arbeitsverhältnisses übergeben wurden.²⁶³ Auch diese Hintergrundinformationen sind für die Ermittlung der Tätigkeitspflicht heranzuziehen, weil sie zu dem Sozialbild, welches die Tätigkeitspflicht bestimmt, gehören. Je weniger solcher Anknüpfungspunkte im konkreten Fall zur Verfügung stehen, desto schwieriger ist es den Pflichtenmaßstab zu bestimmen. Was zu dem Sozialbild gehört ergibt sich aus der Verkehrsauffassung.²⁶⁴ Diese bestimmt sich wiederum nach einer zusammenfassenden Wertung aller Umstände des jeweiligen Falls entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens.²⁶⁵ Wenn eine Stellenbeschreibung besagt, dass ein Mitarbeiter für das Abkassieren von Kunden in einem Supermarkt gesucht wird, ist davon auszugehen, dass der später abgeschlossene Arbeitsvertrag eben diese Pflicht beinhaltet. Das Sozialbild bildet das Grundgerüst für die Ermittlung darüber, welche Art von Tätigkeit geschuldet wird. Aus ihm kann sich nicht nur das eventuelle Anforderungsprofil des Arbeitgebers ergeben, sondern auch

²⁶⁰ BAG v. 11.4.2006, NZA 2006, 1149 (1152f.).

²⁶¹ Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 BGB Rn. 955.

²⁶² Schaub/Linck, § 45 Rn. 31.

²⁶³ MüArbR/Reichold, Rn. 14.

²⁶⁴ LAG Köln v. 11.12.2009, BeckRS 2010, 67151.

²⁶⁵ BeckOGK/Götz, Stand 1.3.2017, § 854 BGB Rn. 55.

die Konkretisierung des Weisungsrechtes. Es ist deshalb nicht als Kriterium heranzuziehen, welches neben einem evtl. arbeitgeberseitig festgelegten Anforderungsprofil sowie dem ausgeübten Weisungsrecht besteht. Vielmehr lässt sich mithilfe des Sozialbildes bestimmen, ob und ggf. welche Anforderungen der Arbeitgeber an den Arbeitnehmer berechtigterweise stellt und ob die Ausübung des Weisungsrechtes noch vom Arbeitsvertrag umfasst ist. Das Sozialbild kann dabei eine nicht zu unterschätzende Hilfe darstellen, weil sich mit dessen Hilfe Faktoren mit einbeziehen lassen, die sich nicht unmittelbar aus dem Arbeitsvertrag ergeben, sondern von außen auf diesen einwirken.

Zu beachten ist, dass die Festlegung der auszuführenden Tätigkeit auch konkludent geschehen kann. So werden die Arbeitsvertragsparteien in seltenen Fällen bestehende Organisationspläne explizit zum Inhalt des Arbeitsvertrages machen. Erforderlich ist ein hinreichender Erklärungswert, der sich aus dem konkreten Geschehenszusammenhang ergeben muss.²⁶⁶ Dieser kann sich bspw. daraus ergeben, dass der künftige Arbeitgeber im Vorstellungsgespräch bereits auf die Organisationspläne hinweist und diese mit dem Arbeitnehmer bespricht. Auch kann der Erklärungswert in der faktischen Zuweisung des Arbeitsplatzes durch den Arbeitgeber liegen, wenn diese die Art der zu leistenden Tätigkeit deutlich macht. Eine Spezifizierungshilfe kann das soziale Umfeld der Arbeitsvertragsparteien somit durchaus bieten. Erforderlich ist aber, dass solche Kriterien im konkreten Fall zur Verfügung stehen müssen. Zudem gibt das Sozialbild meist nur Aufschluss darüber, um welche Art von Arbeitsleistung es sich handelt. Wenn es aber um die Frage geht, ob die vom Arbeitnehmer erbrachte Intensität oder Qualität der Arbeitsleistung den arbeitsvertraglichen Anforderungen entspricht, stößt auch ein spezifiziertes Sozialbild an seine Grenzen. Es kann sich aus ihm die Art der Tätigkeit und deren grobe Umschreibung ergeben. Die Verkäuferin im Supermarkt schuldet alle Tätigkeiten, die der Verkauf der Ware mit sich bringt. Dazu gehören auch Aufräum- und Putzarbeiten. Darüber, ob der Boden in bestimmten Zeitabständen oder bei einem be-

²⁶⁶ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 15.

stimmten Schmutzaufkommen gereinigt werden muss, werden Umweltfaktoren wie die Stellenbeschreibung in den seltensten Fällen etwas sagen. Das Sozialbild bestimmt in den meisten Fällen lediglich einen äußeren Rahmen der Tätigkeitspflicht. Es beschreibt nicht die detaillierten Anforderungen, die an eine bestimmte Tätigkeit gestellt werden.

ee) Fazit

Dagegen, dass die Arbeitspflicht sich in der bloßen Zurverfügungstellung von Arbeitskraft erschöpft, spricht schon der Wortlaut des § 611 BGB sowie die Unvereinbarkeit mit der Regelung des § 615 BGB.²⁶⁷ Geschuldet ist die Erbringung einer Leistung.²⁶⁸ Ein durch den Arbeitgeber vorgegebenes Anforderungsprofil²⁶⁹ würde zwar bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs zur Rechtsunsicherheit beitragen, ist aber für viele Berufe nicht praktikabel. Es vermag lediglich bei der Bestimmung dessen, welche Art von Leistung der Arbeitnehmer zu erbringen hat weiterzuhelfen.

Auch das Weisungsrecht dient als Konkretisierungshilfe.²⁷⁰ Da es seine Grundlage im Arbeitsvertrag selbst hat,²⁷¹ bewegt es sich allerdings immer innerhalb dessen, was arbeitsvertraglich (ausdrücklich oder konkludent) vereinbart wurde. Es bietet keine Hilfe in Fällen, in denen nicht klar ist, welche Pflicht aus dem Arbeitsvertrag konkret geschuldet ist. Wenn die Anforderungen an die Arbeitsqualität in Rede stehen, stößt es an seine Grenzen. Da der Arbeitsvertrag beschränkend auf das Weisungsrecht einwirkt, kann Letzteres nicht weiterreichen als die Bestimmungen im Arbeitsvertrag selbst.²⁷² Somit bietet es nur bedingt eine Konkretisierungshilfe.

²⁶⁷ ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 642; MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 3.

²⁶⁸ A.A. v. Stebut, RdA 1985, 66 (69); Wollenschläger, Rn. 203.

²⁶⁹ Vorgeschlagen von: Tschöpe, BB 2006, 213 (215).

²⁷⁰ Schaub/Linck, § 45 Rn. 31; LAG Köln v. 11.12.2009, BeckRS 2010, 67151 Entschdgrd. II. 1. b.

²⁷¹ MüArbR/Reichold, Rn. 24; Schaub/Linck, § 45 Rn. 13.

²⁷² MüArbR/Reichold, § 35 Rn. 5; Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 BGB Rn. 951.

Das auf vielfältige Weise auf den Arbeitsvertrag einwirkende Sozialbild, kann Aufschluss darüber geben, welche Art von Arbeit der Arbeitnehmer zu erbringen hat.²⁷³ Für eine detaillierte Festlegung der Arbeitsleistung ist es meist nicht heranziehbar. Außerdem bietet die Umwelt nur insoweit eine Hilfe, als im konkreten Fall Faktoren vorhanden sind, die von außen auf das Arbeitsverhältnis einwirken und so zur Bestimmung des Sozialbildes beitragen.

Die Arbeitspflicht lässt sich mithilfe oben beschriebener Kriterien oftmals genauer bestimmen. Wegen der Komplexität, die der Arbeitsleistung innewohnt genügen sie in der Vielzahl der Fälle aber nicht, um eine exakte Leistungsbeschreibung herbeizuführen.

d) Der subjektive Leistungsbegriff

Die Leistungspflicht des Arbeitnehmers beurteilt sich nicht nur nach der Kategorie der Arbeit. Wenn die Kategorie der Arbeit mithilfe oben dargelegter Maßstäbe festgelegt werden konnte, schließt sich die Frage an, welche Intensität hinsichtlich Quantität und Qualität der jeweiligen Arbeit der Arbeitnehmer zu erbringen hat. Anders ausgedrückt, geht es um die Frage, „was“ der Arbeitnehmer zu leisten und „wie“ er zu leisten hat.²⁷⁴ Bspw. ist eine Friseurin dazu verpflichtet, den Kunden eine wunschgerechte Frisur zu schneiden, abzukassieren und den Boden sowie sämtliche Arbeitsutensilien sauber und ordentlich zu halten. Das „Was“ der Tätigkeitspflicht ist somit hinreichend bestimmt. Die detaillierten Anforderungen, die an sie gestellt werden, sind aber weiterhin unklar. Fest steht bspw. nicht, wie viel Zeit sie sich für welche Frisur nehmen darf oder wie viele Kunden sie am Tag im Durchschnitt bedienen soll. Noch schwieriger ist es zu bestimmen, wann eine Frisur den Anforderungen an Schönheit und Ästhetik gerecht wird. Die Bestimmbarkeit der Leistungspflicht hängt dabei in hohem Maße von der jeweiligen Arbeitsleistung ab. Es gibt sicherlich Arbeitsverhältnisse, bei denen der Pflichtenmaßstab leicht bestimmbar ist. Ein Fließbandarbeiter erhält bei Aufnahme seiner Tätigkeit konkrete Vorgaben durch den Arbeitgeber, anhand derer er erkennt, wie hoch die Stückzahl ist, die er

²⁷³ MüArbR/Reichold, Rn. 14.

²⁷⁴ Weber, DB 2015, 1899 (1899).

produzieren muss. In solchen Fällen genügt bereits das Vorliegen von Organisationsplänen, die Stellenbeschreibung oder das Einarbeitungsgespräch, um Unsicherheiten zu vermeiden. Zahlreiche Arbeitsleistungen erfordern aber genauere Angaben bezüglich des „Wie“ der zu erbringenden Tätigkeit. Nur wenn auch die konkreten Anforderungen an die Quantität und die Qualität feststehen, ist eine Bestimmung des Pflichtenmaßstabes möglich. Hierbei ergeben sich die größten Schwierigkeiten. Denn in den meisten Fällen ist zwar die Kategorie der Arbeitspflicht anhand des Arbeitsvertrags selbst und mithilfe der auf diesen einwirkenden äußeren Einflüssen (Stellenbeschreibung, Organisationspläne, Anforderungsprofil des Arbeitgebers, Einarbeitung usw.) ermittelbar. Für eine Festlegung hinsichtlich der Intensität und Qualität, die diese Arbeitsleistung aufweisen muss, genügen diese Modifikationshilfen oftmals nicht. Es mag zwar Fälle geben, in denen ein vorgegebenes und dem Arbeitnehmer bei Vertragsschluss bekannt gewesenes Anforderungsprofil Aussagen über die konkreten Anforderungen, die an die Arbeitsleistung gestellt werden, gibt oder diese anhand des ausgeübten Weisungsrechts qualifiziert werden kann. In den meisten Fällen genügen diese Hilfen aber nicht. Das Weisungsrecht wird zu meist erst während des in Vollzug gesetzten Arbeitsverhältnisses ausgeübt. Dann kann es zwar auch Angaben bezüglich konkreter Anforderungen enthalten. Es gilt jedoch zur Verringerung von Rechtsunsicherheit die Intensität der Arbeitsleistung möglichst abstrakt und im Vorhinein bzw. bei Abschluss des Arbeitsvertrags festzulegen. Das Weisungsrecht und das Anforderungsprofil des Arbeitgebers stellen bei der Festlegung des Pflichtenmaßstabes und somit bei der Erkennbarkeit einer Schlechtleistung keine ausreichende Hilfe dar. Die Ermittlung des Leistungsmaßstabes ist aber unerlässlich.

aa) Der personale Charakter der Arbeitsleistung

§ 613 S.1 BGB bestimmt allgemein für alle Arten von Dienstverträgen, dass der Dienstverpflichtete die ihm obliegende Leistung im Zweifel in

Person zu erbringen hat.²⁷⁵ Die Arbeitsleistung ist eine höchstpersönliche Pflicht.²⁷⁶ Das hat zum einen zur Folge, dass der Arbeitnehmer nicht berechtigt ist, seine Dienste durch eine dritte Person ausüben zu lassen, aber auch, dass er bei einer vorübergehenden Arbeitsverhinderung nicht verpflichtet ist, eine Ersatzkraft bereitzustellen.²⁷⁷ Eine vertragliche Abweichung von der Auslegungsregel des § 613 S.1 BGB ist zwar möglich,²⁷⁸ von dieser Möglichkeit wird in praktischer Hinsicht allerdings nur in seltenen Fällen Gebrauch gemacht. Üblich ist dies z.B. wenn einem angestellten Hausmeister vom Arbeitgeber eine Wohnung für sich und seine Ehefrau gewährt wird.²⁷⁹ Die Ehefrau wird dann aber als Vertragspartei mit in den Arbeitsvertrag einbezogen und muss dieser Einbeziehung (ausdrücklich oder konkludent) zustimmen. Die Ehefrau wird verpflichtet, für ihren Ehemann einzuspringen, wenn dieser verhindert ist.

Ganz überwiegend wird vertreten, der Arbeitnehmer schulde aufgrund des höchstpersönlichen Charakters eine Leistung, die seinen individuellen Fähigkeiten entspricht.²⁸⁰ Der Arbeitnehmer begeht demnach nicht schon dann eine Pflichtverletzung, wenn er wegen geringer Leistungsfähigkeit nicht die objektive Normalleistung erbringt.²⁸¹ Es wird keine Mindestleistung geschuldet. Vielmehr ist die Leistungspflicht in einem Dauerschuldverhältnis wie dem Arbeitsvertrag dynamisch und kann nicht über längere Zeit starr festgelegt werden.²⁸² Bei der Bestimmung des Leistungsmaßstabs ist das individuelle Leistungsvermögen des Arbeitnehmers als Maßstab heranzuziehen. Vom Arbeitnehmer kann lediglich eine Leistung erwartet werden, welche er bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte zu leisten imstande ist (subjektiver Leistungsbegriff).²⁸³

²⁷⁵ *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 640; *Preis*, § 26 I; *Schaub/Linck*, § 45 Rn. 2; *Staudinger/Richardi/Fischinger*, § 611 Rn. 1041.

²⁷⁶ *Wollenschläger*, Rn. 202.

²⁷⁷ *MüArbR/Reichold*, § 36 Rn. 7; *Preis*, § 26 I.

²⁷⁸ *Preis*, § 26 I; *Schaub/Linck*, § 45 Rn. 3.

²⁷⁹ *Schaub/Linck*, § 45 Rn. 3.

²⁸⁰ *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 643; *Preis*, § 26 III 1; *Singer/Schiffer*, JA 2006, 833 (833); *Staudinger/Richardi/Fischinger*, § 611 Rn. 1053; *Tillmanns*, RdA 2009, 391 (391).

²⁸¹ *Staudinger/Richardi/Fischinger*, § 611 Rn. 1053.

²⁸² *BAG v. 11.12.2003*, NZA 2004, 784 (786); *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (15); *Richardi*, NZA 2002, 1004 (1011); *Weber*, DB 2015, 1899 (1900).

²⁸³ *Preis*, § 26 III 1.

Das bedeutet auf der anderen Seite, dass er seine Arbeitskraft nicht bewusst zurückhalten darf.²⁸⁴ Es wird aber wiederum keine Tätigkeit geschuldet, die der durchschnittlichen Leistungsstärke der anderen Arbeitnehmer entspricht.²⁸⁵

Dieses Verständnis steht im Einklang mit dem personalen Charakter des Arbeitsverhältnisses. Die Person des Schuldners ist im Arbeitsvertrag von elementarer Bedeutung. Dieser personale Charakter zeigt sich auch an der Vorschrift des § 7 Arbeitsschutzgesetz (im Folgenden: ArbSchG).²⁸⁶ Die Vorschrift verpflichtet den Arbeitgeber, bei der Übertragung von Arbeiten darauf zu achten, dass die Beschäftigten körperlich und geistig in der Lage sind, die für die Arbeiten maßgeblichen Schutzvorschriften und angeordneten Schutzmaßnahmen zu erfassen und durchzuführen.²⁸⁷ Die Bestimmung, ob die Befähigung vorliegt, ist an die persönlichen Eigenschaften der Arbeitnehmer, wie Auffassungsgabe und Belastungsfähigkeit gekoppelt.²⁸⁸ Diese Vorschrift dient (wie die Richtlinien, auf denen das ArbSchG beruht²⁸⁹) dazu, den Arbeitnehmer in technischer und sozialer Hinsicht zu schützen.²⁹⁰ Dieser Schutz kann nur dadurch erreicht werden, dass die individuelle Befähigung der Arbeitnehmer bei der Aufgabenverteilung berücksichtigt wird. Diese Berücksichtigung ist somit auch Ausdruck des personalen Charakters der Arbeitsleistung.²⁹¹ Auch zeigt sich dieser Charakter an dem Umstand, dass der Arbeitnehmer kraft des Arbeitsvertrags nicht dazu verpflichtet ist, einen bestimmten Arbeitserfolg zu erbringen, sondern dazu, die eigene Arbeitskraft während der vereinbarten Arbeitszeit im Rahmen der vertraglichen und gesetzlichen Grenzen zur Leistung der „versprochenen Dienste“ unter Aufwendung aller seiner Kräfte und Möglichkeiten

²⁸⁴ BAG v. 20.03.1969, AP Nr. 27 zu § 123 GewO.

²⁸⁵ Tillmanns, RdA 2009, 391 (394).

²⁸⁶ Weber, DB 2015, 1899 (1901).

²⁸⁷ BT-Drucks. 13/3540, S. 17.

²⁸⁸ Erbs/Kohlhaas/AmbS, § 7 ArbSchG Rn. 1.

²⁸⁹ Richtlinie 89/391/EWG des Rates vom 12.6.1989 über die Durchführung von Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes der Arbeitnehmer bei der Arbeit; Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25.6.1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis.

²⁹⁰ BT-Drucks. 13/3540, S. 11.

²⁹¹ Weber, DB 2015, 1899 (1901).

voll einzusetzen.²⁹² Der Arbeitnehmer, der seine Arbeit konzentriert, zügig und fehlerfrei verrichtet, erfüllt seine Arbeitspflicht. Wenn er aber ohne die erforderliche Konzentration und deshalb fehlerhaft arbeitet, verstößt er gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten.²⁹³ Bei einem anderen Arbeitnehmer, der die gleiche Fehlerzahl produziert, kann die Leistung dem Pflichtenmaßstab hingegen genügen, weil er seine persönliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpft. Die Vornahme der Arbeitsleistung dient als Maßstab zur Bestimmung der Ordnungsgemäßheit der Leistung, nicht das daraus gewonnene Ergebnis.

Damit steht im Einklang, dass es im Arbeitsrecht keine Gewährleistungsvorschriften gibt. Es liegt nahe, dass der Gesetzgeber von Gewährleistungsregelungen im Rahmen des anzuwendenden Dienstvertragsrechts nach § 611ff. BGB abgesehen hat, weil er eine Minderung des arbeitsrechtlichen Vergütungsanspruches als nicht zweckmäßig angesehen hat.²⁹⁴ Wenn nicht die Erbringung eines bestimmten Arbeitserfolgs geschuldet ist, kann auch nicht das Werk, sondern nur das Wirken Anknüpfungspunkt sein.²⁹⁵

bb) Bewertung

Die Zugrundelegung dieses subjektiven Leistungsmaßstabs ist aus Arbeitnehmerschutzgesichtspunkten sinnvoll und zunächst nicht weiter zu beanstanden. Ein objektiv zu bestimmender Leistungsmaßstab ist mit der Individualität der persönlichen Arbeitspflicht nicht vereinbar.²⁹⁶

Außer Betracht bleiben darf dabei allerdings nicht, dass es dem Arbeitgeber darauf ankommt, leistungsstarke Arbeitnehmer zu beschäftigen. Diesem berechtigten Interesse könnte es an Berücksichtigung mangeln, wenn es allein dem Arbeitnehmer obläge, über die Intensität seiner Leistung zu befinden. Deshalb wird teilweise diskutiert,²⁹⁷ einen objektiven Leistungsmaßstab heranzuziehen. Diesem Standpunkt kann aber wegen der höchstpersönlichen Erbringung der Arbeitsleistung (vgl.

²⁹² BDDH/Brors, § 611 BGB, Rn. 485; ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 643; vgl. HWK/Thüsing, vor § 611 BGB, Rn. 8; Preis, § 26 III 1;

²⁹³ BAG v. 14.1.1986, NZA 1986, 435 (436).

²⁹⁴ Vgl. Maschmann, NZA-Beil. 2006 13 (15); so auch Weber, DB 1899 (1901):

²⁹⁵ Vgl. ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 643; Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (16).

²⁹⁶ Preis, § 26 III 1.

²⁹⁷ So auch Hunold, BB 2003, 2346 (2345).

§ 613 BGB) nicht gefolgt werden. Wenn der Arbeitnehmer *in persona* leisten muss und nicht beliebig austauschbar ist, muss der Arbeitgeber ihn mit all seinen Schwächen nehmen wie er ist.²⁹⁸ Die Persönlichkeit der Leistungserbringungspflicht steht im Widerspruch dazu, diese Pflicht nach objektiven Kriterien festzulegen. Auch das *BAG* spricht sich ausdrücklich gegen die Heranziehung eines objektiven Maßstabs aus.²⁹⁹ Dafür spricht ebenso das Fehlen eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechtes. Eine Gewährleistungsrecht bedeutet immer eine Objektivierbarkeit der zu erbringenden Pflicht.

Dem subjektiven Leistungsbegriff ist dem Grunde nach zu folgen. Der Arbeitnehmer muss die ihm übertragenen Arbeiten unter Anpassung der ihm möglichen Fähigkeiten ordnungsgemäß verrichten.³⁰⁰ Das *BAG* hat dazu die Faustformel aufgestellt, „der Arbeitnehmer muss tun, was er soll, und zwar so gut, wie er kann“.³⁰¹

e) Modifikation durch Objektivierung

Der immer noch vorherrschende Grundsatz des subjektiven Leistungsbegriffs bedarf allerdings einer differenzierten Betrachtung. Der Zweck des Arbeitsvertrags gebietet es, dass der Arbeitnehmer der Leistung, zu der er sich vertraglich verpflichtet hat, prinzipiell gewachsen ist.³⁰² Es ist nicht gerechtfertigt, würde aus dem Gedanken des subjektiven Leistungsbegriffs der Grundsatz resultieren, dass es dem Arbeitgeber verwehrt ist zu kündigen, solange er das geleistet hat, wozu er persönlich imstande ist. Ansonsten würde der Abschluss eines Arbeitsvertrags, bei welchem der Leistungsaustausch in einem Gegenseitigkeitsverhältnis steht, für den Arbeitgeber ein hohes wirtschaftliches Risiko bedeuten. Der Arbeitsvertrag würde an Bedeutung verlieren, wenn die subjektive Komponente die allein maßgebliche wäre und es dem Arbeitnehmer allein obläge, den zu erbringenden Leistungsmaßstab der Arbeitsleistung festzusetzen.³⁰³ Die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers wäre dann kein gleichwertiges Äquivalent zur Lohnzahlung des Arbeitgebers.

²⁹⁸ *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (15).

²⁹⁹ *BAG* v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786).

³⁰⁰ *BAG* v. 21.5.1992, NZA 1992, 1028 (1029).

³⁰¹ *BAG* v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (784).

³⁰² *Preis*, § 26 III 1.

³⁰³ *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (15).

aa) Objektives Leistungsminimum

Deshalb wird gefordert, dass sich die Arbeitsleistung auch anhand objektiver Maßstäbe bemisst.³⁰⁴ Dieses Erfordernis kann bereits dem Umstand entnommen werden, dass der Arbeitnehmer mit kündigungrechtlichen Konsequenzen rechnen muss, wenn er ein bestimmtes Leistungsminimum nicht erbringt.³⁰⁵ Das objektive Leistungsminimum legt fest, ab wann unabhängig vom subjektiven Leistungsvermögen keine ordnungsgemäße Leistungserbringung mehr vorliegt. Für die Erbringung des objektiven Leistungsminimums ist es nicht relevant, ob der Arbeitnehmer sein individuelles Leistungsvermögen voll ausschöpft.

(1) Äquivalenzstörung und objektive Minimalleistung

Festgestellt werden muss in diesem Zusammenhang, wo die Grenze zu ziehen ist. Es muss bestimmt werden, wann eine Leistung vorliegt, die noch als objektives Leistungsminimum zu behandeln ist und wann eine Leistung den Arbeitsanforderungen nicht mehr gerecht wird. Der Abschluss eines Arbeitsvertrags macht als gegenseitiger Vertrag nur Sinn, wenn das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung in einem ausgewogenen Verhältnis steht.³⁰⁶ Das Vorliegen eines objektiven Leistungsminimums ist dann zu bejahen, wenn sich die Gehaltszahlung für den Arbeitgeber im Hinblick auf die damit zu verdienende Arbeitsleistung „lohnt“.³⁰⁷ Dieses adäquate Verhältnis von Leistung und Gegenleistung, welches die Grundlage für den Abschluss des Arbeitsvertrags darstellt, muss Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des objektiven Leistungsminimums sein. Das objektive Leistungsminimum ist nicht erreicht, wenn die Leistung des Arbeitnehmers zur Leistung des Arbeitgebers (Zahlung des Lohns) in einem gestörten Verhältnis steht, die ausgetauschten Leistungen also wertungsmäßig nicht auf einer Stufe stehen. Die Leistung des Arbeitnehmers rechtfertigt nicht den Erhalt des Lohns,

³⁰⁴ Den objektiven Ansatz i.R.d. Kündigung beschreibend: *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 646.

³⁰⁵ *BAG* v. 26.9.1991, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

³⁰⁶ *BAG* v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786).

³⁰⁷ *BAG* v. 3.6.2004, NZA 2004, 1380 (1382); *MüKo/Ernst*, § 275 BGB Rn. 76.

wenn der Arbeitnehmer hinter dem Mindestmaß des erforderlichen Leistungsniveaus zurückbleibt.

Allerdings gilt es zu beachten, dass nicht jede Äquivalenzstörung die Verneinung des objektiven Minimums bedeutet. Das Vorliegen einer Äquivalenzstörung beschränkt sich nicht auf die Nichterbringung eines objektiven Leistungsminimums. Vielmehr ist der Kreis der Äquivalenzstörung weiterzufassen. Es muss auch Fälle geben, in denen der Arbeitnehmer eine Pflichtverletzung begeht, obwohl er eine objektive Minimalleistung erbringt. Auch dann ist das Äquivalenzverhältnis gestört. Die objektive Minimalleistung reicht nicht per se aus um den Pflichtenmaßstab zu erfüllen. Andernfalls würde der Arbeitnehmer den Pflichtenmaßstab erfüllen, sobald die objektiv zu bestimmende Minimalleistung gegeben ist. Das würde den subjektiven Leistungsbegriff konterkarieren. Ebenso wenig lässt Äquivalenzstörung den Rückschluss zu, dass die objektiv zu bestimmende Minimalleistung nicht gegeben ist. Die Äquivalenzstörung reicht weiter als die Nichterbringung des objektiven Leistungsminimums.

(2) Irrelevanz der persönlichen Leistungsfähigkeit

Die Objektivierung ergibt sich daraus, dass es für die Bestimmung des objektiven Leistungsminimums nicht auf die Leistungsfähigkeit des einzelnen Arbeitnehmers ankommt. Ob die erforderliche Minimalleistung erbracht wurde, beurteilt sich unabhängig von dem im Folgenden zu erläuternden subjektiven Leistungsbegriff.³⁰⁸ Das bedeutet, dass eine Schlechtleistung wegen Nichterreichen des objektiven Minimums auch dann gegeben sein kann, wenn der Arbeitnehmer seine Ressourcen voll ausschöpft. Der Arbeitnehmer muss fähig sein ein Leistungsniveau zu erbringen, welches von Vornherein geeignet ist, dem Äquivalenzverhältnis gerecht zu werden. Es muss bei Vornahme der Arbeitsleistung die Möglichkeit bestehen, ein Leistungsniveau zu erreichen, welches der Gegenleistung gleichwertig ist. Der Arbeitgeber hat Anspruch auf den Erhalt eines Mindestmaßes an Leistung, welche losgelöst von den individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers bestimmt werden kann.

³⁰⁸ Siehe S.70ff.

Ansonsten hätte der Abschluss des Arbeitsvertrags für den Arbeitgeber keinen Wert. Er wäre den Fähigkeiten des Arbeitnehmers ausgeliefert. Dies macht auch der Umstand deutlich, dass die Rechtsprechung eine personenbedingte Kündigung bei Langzeiterkrankung mit nicht absehbarem Ende als gerechtfertigt erachtet.³⁰⁹ Die Kündigung wird nicht deshalb als ungerechtfertigt angesehen, weil der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpft. Er erbringt zwar das, wozu er persönlich imstande ist, auch wenn keine Leistungshandlung vorhanden ist. Trotzdem genügt er damit nicht dem Pflichtenmaßstab. Ausgehend vom subjektiven Leistungsbegriff wäre die Kündigung ungerechtfertigt. Dass sie gerechtfertigt ist, zeigt, dass unabhängig von den individuellen Fähigkeiten ein objektiv zu bestimmendes Mindestmaß an Leistung vorhanden sein muss.

(3) Berechtigte Leistungserwartung

Die Grenze zwischen vertragserfüllender objektiver Minimalleistung und Pflichtverletzung abstrakt für sämtliche Arbeitsverhältnisse zu bestimmen ist schwer. Es ist für dessen Bestimmung auf die Erwartungen der Vertragsparteien bei Abschluss des Arbeitsvertrags abzustellen.³¹⁰ Denn das Äquivalenzverhältnis ist nicht Gegenstand der arbeitsvertraglichen Pflichten, sondern wird unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsgrundlage erfasst, vgl. § 313 BGB.³¹¹ Da das objektive Leistungsminimum somit in der Geschäftsgrundlage der Arbeitsvertragsparteien liegt, hat es seine Grundlage nicht im Arbeitsvertrag selbst. So stellt das BAG zur Feststellung der Äquivalenzstörung auf die objektive „Normalleistung“ ab. Sie ist das, was die Parteien vom Abschluss des Arbeitsvertrags erwarten.³¹²

Bei der Geschäftsgrundlage handelt es sich um die bei Vertragsschluss deutlich gewordene Vorstellung des einen Teils, die von dem anderen Teil nicht beanstandet wurde oder die beiden Teilen gemeinsam war und sich auf das Vorhandensein oder den künftigen Eintritt bestimmter

³⁰⁹ BAG v. 28.2.1990, AP Nr. 25 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit Entschdsgrd. II., 1., b), bb).

³¹⁰ Greiner, RdA 2007, 22 (25).

³¹¹ Greiner, RdA 2007, 22 (25); MüKo/Ernst, § 275 BGB Rn. 76.

³¹² Greiner, RdA 2007, 22 (25).

Umstände bezog, auf welche der Geschäftswille beider Teile aufbaut.³¹³ Der Geschäftswille ist der Wille, inhaltlich ein ganz bestimmtes Geschäft von Rechtserheblichkeit abzuschließen, welches sich aus der abgegebenen Erklärung ergibt.³¹⁴ Die Vertragsparteien gehen bei Abschluss des Arbeitsvertrags davon aus, dass der Leistungsaustausch gleichwertig ist.³¹⁵ Andernfalls würden sie den Arbeitsvertrag nicht abschließen. Die Gleichwertigkeit des Leistungsaustausches ist eine Vorstellung, die beiden Teilen zugrunde lag und auf welche sich der Wille, den konkreten Arbeitsvertrag abzuschließen, bezieht. Sie schließen den Arbeitsvertrag, weil sie davon ausgehen, für ihre Leistungserbringung ein Äquivalent zu erhalten. Jede Vertragspartei hat eine bestimmte Erwartung davon, welche Leistungen sie selbst erbringt und welche sie im Gegenzug erhält. Zur Ermittlung des objektiven Leistungsminimums gilt es, diese Erwartung der Parteien herauszuarbeiten. Wenn die Erwartung, die eine Partei berechtigterweise dem Geschäft zugrunde gelegt hat nicht erfüllt wird, kann die Leistung kein ausgeglichenes Verhältnis von Leistung und Gegenleistung bewirken.

Die Erwartung kann aber nicht abstrakt für eine Vielzahl von Arbeitsverhältnissen (z.B. einheitlich für alle Arbeitsverhältnisse der gleichen Berufsgruppe) festgestellt werden. Denn es gibt vielerlei Umstände, die auf die Erwartung der Vertragsparteien einwirken. So bestimmt nicht nur die derzeitige Wirtschaftslage (derzeitige Arbeitslosenzahl, der Erfolg des Unternehmens etc.), welches Verhältnis von Leistung und Gegenleistung die Parteien als ausgeglichen ansehen. Hinzu kommen individuelle Aspekte. Das Interesse des Arbeitgebers, einen bestimmten Arbeitnehmer einzustellen, hängt von Faktoren wie der Qualifikation des jeweiligen Arbeitnehmers und der Dringlichkeit einer Stellenbesetzung ab. Umgekehrt beurteilt sich die Attraktivität eines Arbeitsverhältnisses für den Arbeitnehmer nach seiner wirtschaftlichen Lage und dem Interesse an der Eingehung des konkreten Arbeitsverhältnisses. All diese Umstände wirken auf die Erwartungen der Vertragsparteien hinsichtlich eines ausgewogenen Äquivalenzverhältnisses ein. So ist es

³¹³ BeckOK BGB/*Unberath*, § 313 BGB Rn. 4; *SchaubA-Z/Koch*, Geschäftsgrundlage.

³¹⁴ *Hoeren/Sieber/Holzner/Kitz*, Teil 13.1 Rn. 52.

³¹⁵ *Greiner*, RdA 2007, 22 (25).

möglich, dass die Ausübung der gleichen Tätigkeit unterschiedlich vergütet wird und trotzdem für kein Arbeitsverhältnis das Äquivalenzverhältnis gestört ist. Das macht es umso schwieriger, die Erwartungen, die dem Vertragsschluss zugrunde lagen, zu bestimmen. Ihre Feststellung bedarf einer genauen Prüfung des einzelnen Arbeitsverhältnisses unter Hinzuziehung aller von außen kommender, relevanter Umstände. So erfährt die Bestimmung zwar eine Objektivierung, da die Verkehrsan-schauung bestimmt, welche Erwartungen berechtigt sind. Aber eine Prüfung der Erwartung losgelöst vom einzelnen Fall kann der Viel-schichtigkeit der Umstände, die auf den Arbeitsvertrag einwirken nicht entsprechen. Erreicht die Leistungshandlung nicht das, was von den Parteien erwartet werden durfte, ist das objektive Leistungsminimum nicht erreicht.

(4) Sichtbarer Leistungserfolg

Das *BAG* führt an, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung immer dann gestört sei, wenn keinerlei Leistungserfolg des Arbeitnehmers nach außen hin feststellbar sei.³¹⁶ Dem *BAG* zufolge muss ein Leistungserfolg sichtbar gemacht werden. Das ist bspw. nicht der Fall, wenn in einer Schulklasse kein Kind einen aussagekräftigen Beitrag zu einem vom Lehrer behandelten Thema vorbringen kann. Es wird er-sichtlich, dass der Lehrer keinem Schüler ein Minimum an Wissen ver-mittelt hat. Der Arbeitnehmer hat nicht das erreicht, was bei Vertrags-abschluss als Geschäftsgrundlage vorausgesetzt wurde. Der Schwierigkeit, die Erwartungen der Parteien bei Vertragsschluss zu be-stimmen, wird dadurch begegnet, dass die Erwartungen immer dann verfehlt werden, wenn kein Leistungserfolg feststellbar ist. Die genaue Bestimmung der Erwartungen erübrigt sich dadurch in manchen Fällen. Es wird unterstellt, dass das Ausbleiben eines Leistungserfolges den Er-wartungen nicht entspricht. In einem entschiedenen Fall urteilte das *BAG*, dass dem Arbeitnehmer die Gefährdung seines Arbeitsplatzes

³¹⁶ *BAG* v. 3.6.2004, NZA 2004, 1380 (1383).

durch Ausspruch einer personenbedingten Kündigung durch den Arbeitgeber hätte klar sein müssen, weil seinem hohen Gehalt über einen längeren Zeitraum kein entsprechender Erfolg gegenüberstand.³¹⁷

Die Sichtbarkeit eines irgendwie gearteten Leistungserfolgs stellt eine Hilfe bei der Ermittlung darüber dar, ob die Arbeitsleistung der Geschäftsgrundlage gerecht wird. Die Ermittlung des objektiven Leistungsminimums modifiziert so den subjektiven Leistungsbegriff und stellt eine Erleichterung bei der Ermittlung des Pflichtenmaßstabs dar. So kann es Fälle geben, in denen der Arbeitnehmer sein Leistungsniveau voll ausschöpft (oder es nicht sicher ermittelbar ist, ob er dies tut) und dennoch keine Pflichterfüllung vorliegt. Der Arbeitnehmer leistet das, wozu er persönlich im Stande ist. Da er aber die berechtigte und für ihn erkennbare Erwartung des Arbeitgebers, die zur Geschäftsgrundlage wurde, nicht erfüllt hat, liegt keine ordnungsgemäße Leistung vor. Er muss ein Mindestmaß an Arbeitsleistung erbringen, die sich unabhängig von seiner persönlichen Leistungsfähigkeit beurteilt. Diese Objektivierung des Pflichtenmaßstabes führt dazu, dass der Arbeitnehmer es nicht allein in der Hand hat, darüber zu befinden, ob er eine vertragsgemäße Leistung erbringt.

(5) Prognose für die Zukunft

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auf das Vorgehen der Rechtsprechung im Rahmen einer personenbedingten Kündigung (vgl. § 1 Abs.2 S.1 Var.3 KSchG). Eine personenbedingte Kündigung kommt immer dann in Betracht, wenn bei einem über längere Zeit erheblich leistungsschwachen Arbeitnehmer auch für die Zukunft mit einer schweren Störung des Vertragsgleichgewichts zu rechnen ist.³¹⁸ Daran sieht man, dass bei der Beurteilung einer Minderleistung nicht nur auf die vergangene Arbeitsleistung des Arbeitnehmers abzustellen ist, sondern eine Prognose für die Zukunft aufgestellt werden muss. Die Minderleistung ist nur dann Rechtfertigungsgrund für eine personenbedingte Kündigung, wenn auch in Zukunft zu erwarten ist, dass der

³¹⁷ BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1380 (1383).

³¹⁸ BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1380 (1382).

Arbeitnehmer dem Pflichtenmaßstab nicht nachkommen wird. Die Störung des Äquivalenzverhältnisses gilt als umso erheblicher, je weniger die Dauer der Störung absehbar ist.³¹⁹ Dieser Grundsatz ist auf die Beurteilung einer objektiven Minimalleistung im Rahmen der Bestimmung des arbeitnehmerseitig zu erbringenden Pflichtenmaßstabs übertragbar. Wenn die negative Prognose die Beendigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigen kann, liegt auch keine vom Arbeitgeber hinzunehmende Minimalleistung mehr vor. Die möglicherweise aufstellbare Prognose dient somit als Erleichterung bei der schwierigen Beurteilung bezüglich des Vorliegens eines Leistungserfolgs.

(6) Bewertung

Es ergeben sich Schwierigkeiten bei der Ermittlung der Geschäftsgrundlage, die von einer Vielzahl von Faktoren beeinflusst wird und für jedes Arbeitsverhältnis gesondert zu bestimmen ist. Um sagen zu können, ob der eingetretene Leistungserfolg die Anforderungen an ein objektives Leistungsminimum erfüllt, ist zu klären, welche Erwartungen der Arbeitgeber berechtigterweise haben durfte. Es gibt auch Fälle, in denen zwar ein Erfolg sichtbar ist, dieser aber den Erwartungen nicht gerecht wird. Nicht jeder Erfolg erfüllt die Anforderungen, die an eine objektive Minimalleistung zu stellen sind. So gilt insb. für Arbeitsleistungen, deren Leistungshandlungen, die von einer Vielzahl sichtbarer Erfolge geprägt sind, dass das objektive Minimum nicht durch die Vornahme eines jeden sichtbaren Erfolges bejaht werden kann. Der Fließbandarbeiter erbringt nicht bereits dann eine Minimalleistung im hier gemeinten Sinne, wenn er die Verpackung einmal pro Stunde mit dem Produkt füllt, während bei seinen Kollegen diese Handlung durchschnittlich 600 Mal pro Stunde zu sehen ist. Ab wann ein Erfolg die Anforderungen, die an eine objektive Minimalleistung gestellt werden erreicht, ist somit von Arbeitsverhältnis zu Arbeitsverhältnis unterschiedlich zu beurteilen, was wiederum zu einer unsicheren Rechtslage führt.

³¹⁹ BAG v. 15.2.1984, AP Nr. 14 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; *Greiner*, RdA 2007, 22 (23).

Im vom *BAG* entschiedenen Fall war die Arbeitsleistung eines Arbeitnehmers, der im Akquisitionsgeschäft tätig war, im Rahmen eines Kündigungsschutzprozesses zu beurteilen.³²⁰ Die Besonderheit bestand darin, dass die Anzahl der Aufträge, die der Arbeitnehmer akquiriert hatte gleich null gewesen ist. Es war somit keinerlei Leistungserfolg sichtbar. Dies führte laut *BAG* zu einer so nachhaltigen Störung des Äquivalenzverhältnisses, dass die Kündigung als gerechtfertigt angesehen wurde. Wie hoch die Anzahl von akquirierten Geschäften hätte sein müssen, damit die Kündigung ungerechtfertigt gewesen wäre, geht aus der Entscheidung nicht hervor. Sicherlich wäre die Akquirierung eines einzigen Auftrages für die Beurteilung der Arbeitsleistung bedeutsamer als ein einzelner Leistungserfolg im Rahmen eines anderen Arbeitsverhältnisses (z.B. die einzelne Handlung eines Fließbandarbeiters). Letztlich bleibt die Charakterisierung des Leistungserfolgs eine Einzelfallentscheidung, was wiederum zu Rechtsunsicherheit führt.

Ein weiteres Problem, welches sich in diesem Zusammenhang stellt, ist der Umstand, dass es Arbeitsverhältnisse gibt, deren Erfolg von einer Mitwirkungshandlung Dritter abhängt, die vom Arbeitnehmer unter Umständen nicht beeinflussbar sind. In diesen Fällen ist es dem Arbeitnehmer nicht möglich einen Leistungserfolg zu erbringen. Dies gilt zum Beispiel für den angestellten Verkäufer, der Waren verkauft, die von den potenziellen Kunden wegen ihrer umweltschädigenden Eigenschaft boykottiert werden. Auch kann als Beispiel der Lehrer genannt werden, der eine Klasse übernimmt, deren vorheriger Lehrer den Lehrplan nicht eingehalten hat. Wenn der Unterrichtsstoff aufeinander aufbaut, kann es vorkommen, dass der Lehrer zunächst den Lehrstoff des vergangenen Schuljahres nachholen muss und den eigenen Lehrplan nicht einhalten kann. Gleiches gilt für den IT-Experten eines Unternehmens, der nicht arbeiten kann, wenn ihm kein entsprechendes Equipment seitens des Arbeitgebers zur Verfügung gestellt wird. Wenn es dem Arbeitnehmer aus solchen tatsächlichen Gegebenheiten nicht möglich ist, einen minimalen Leistungserfolg zu erbringen, kann ihm dessen Fehlen nicht zum

³²⁰ *BAG* v. 3.6.2004, NZA 2004, 1380 (1383).

Vorwurf gemacht werden. Es kann also eine ordnungsgemäße Arbeitsleistung trotz des Fehlens eines Leistungserfolges vorliegen. Hier müssen die Umstände berücksichtigt werden, die sich aus objektiven Gesichtspunkten ergeben, da die Vornahme eines Leistungserfolges für jeden anderen Arbeitnehmer ebenfalls unmöglich wäre. Die Bewertung des Leistungsausfalls bedarf aber der Einbeziehung besonderer tatsächlicher Umstände des jeweiligen Falles. Auch dies muss mit in die Bewertung einbezogen werden, wenn es darum geht, die objektive Minulleistung zu bestimmen.

Die viel kritisierte Einzelfallgerechtigkeit im Rahmen der Kündigungstatbestände kann der Gerechtigkeit selbst wegen nicht entgegengewirkt werden.³²¹ Die dadurch bewirkte Rechtsunsicherheit bleibt bestehen, weil es nicht möglich ist, die Vielzahl von Arbeitsleistungen einer übergreifenden Systematisierung zu unterziehen.

Hinzu treten Arbeitsverhältnisse, deren Erfolg nicht nach außen sichtbar gemacht werden kann. Schwierigkeiten ergeben sich bereits bei der Betrachtung der Arbeitsleistung eines Lehrers. Wenn der Leistungserfolg sich anhand der Schulnoten, die der Lehrer verteilt, beurteilt, könnte der Lehrer die Ordnungsgemäßheit seiner Arbeitsleistung selbst herbeiführen, was den Arbeitgeberinteressen nicht gerecht wird. Nach außen sichtbar zu machen, welches Maß an Wissen der Lehrer den Schülern übermittelt hat, ist schwierig. Einen Leistungserfolg festzustellen ist generell schwierig für Tätigkeiten, deren Leistung in der Erbringung einer intellektuellen Tätigkeit liegt. Auch für Arbeitsleistungen künstlerischer Art, die vom Geschmack des Betrachters abhängen, fragt sich, ob es einen feststellbaren Leistungserfolg überhaupt geben kann.

All diese Umstände lassen es fragwürdig erscheinen, ob das Aufstellen eines objektiven Leistungsminimums tatsächlich weiterhelfen kann. Dies hängt immer von der Art der zu erbringenden Arbeitsleistungen ab. Wie viele Geschäfte ein Akquisiteur abschließt ist leichter sichtbar und zudem aussagekräftiger für die Beurteilung der Arbeitsleistung als die Spielleistung eines Profifußballspielers.

³²¹ So auch: *Greiner*, RdA 2007, 22 (22).

Zudem ist anzumerken, dass das objektive Leistungsminimum nichts darüber aussagt, ab wann eine Pflichtverletzung trotz Erbringung des objektiven Leistungsminimums vorliegt. Die objektive Minimalleistung stellt eine Grenze nach unten dar. Nicht immer, wenn der Arbeitnehmer das objektive Leistungsminimum erbracht hat, kann daraus gefolgert werden, dass er ordnungsgemäß geleistet hat. Es ist nämlich nicht davon auszugehen, dass sobald ein objektiv feststellbarer Leistungserfolg gegeben ist, das Äquivalenzverhältnis ausgeglichen ist. Fest steht durch die Heranziehung des objektiven Leistungsminimums lediglich, dass eine durch die Geschäftsgrundlage zu bestimmende Minimalleistung gegeben sein muss, da bei deren Fehlen die berechtigte Erwartung, die der Arbeitgeber dem Vertragsschluss zugrunde gelegt hat, nicht eingetroffen ist. Die Erbringung eines objektiv zu bestimmenden Leistungsminimums wird dem berechtigten Bedürfnis des Arbeitgebers, die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs nicht in die Autonomie des Arbeitnehmers zu stellen, nicht gerecht. Wenn der Arbeitnehmer ein objektives Leistungsminimum erbringt, lässt das nicht stets den Schluss der Erfüllung der vertraglichen Anforderungen zu. Es stellt lediglich ein Mindestmaß dessen dar, was der Arbeitnehmer zu erfüllen hat. Der Großteil der Arbeitnehmer wird seine persönliche Leistungsfähigkeit nicht bereits dann ausschöpfen, wenn er eine objektive Minimalleistung erbringt.

Hinzu kommt, dass das Nichtvorliegen des objektiven Minimums zum Ausspruch einer verhaltens- oder personenbedingten Kündigung berechtigt.³²² Dann ist das Vorliegen einer Schlechtleistung einfach zu beurteilen. Die schwieriger abzugrenzenden Fälle sind aber jene, bei denen der Arbeitnehmer ebenfalls schlecht leistet, diese Schlechtleistung aber nicht die Schwelle zum Kündigungsgrund überschreitet. Hieran schließt sich die schwierig zu beantwortende Frage an, wie der Arbeitgeber auf die Schlechtleistung reagieren kann, da er zur Lohnzahlung verpflichtet bleibt.

³²² Vgl. Greiner, RdA 2007, 22 (22ff.).

Die Notwendigkeit des maximalen Bemühens des Arbeitnehmers kann nicht umgangen werden. Die Unbefriedigung hinsichtlich der Grenzziehung zwischen nicht hinzunehmender und hinzunehmender Arbeitsleistung besteht weiterhin. Das Erfordernis eines objektiv feststellbaren Leistungserfolgs kann aber für einzelne Arbeitsleistungen eine Hilfe darstellen, um aufzuzeigen, dass ein weit hinter den Erwartungen zurückbleibendes „Bemühen“ keine für das gezahlte Arbeitsentgelt adäquate Gegenleistung ist.

Positiv gesehen werden muss in diesem Zusammenhang, dass die Einzelfallprüfung zwar wegen der bestehenden undurchsichtigen Lage unbefriedigend ist. Allerdings wirkt die Betrachtung der einzelnen Arbeitsleistung nur in seltenen Fällen Probleme bezüglich der Bestimmung des objektiven Minimums auf. Zu benennen, wann die objektive Minimalleistung gegeben ist, ist für die meisten Arbeitsverhältnisse leicht möglich. Die schwierigen Abgrenzungsfragen bei denen nicht klar ist, ob die konkrete Leistung überhaupt den Anforderungen an eine objektive Minimalleistung genügt, stellen sich nur für einen kleinen Teil von Fällen. Deshalb darf die Problematik bezüglich der Bestimmung eines objektiven Leistungsminimums nicht überbewertet werden.

bb) Einhaltung der Sorgfaltspflicht

Die Notwendigkeit einer objektiven Beeinflussung des Arbeitsvertrags zeigt sich zudem daran, dass die Leistungspflicht des Arbeitnehmers sich aus seinen individuellen Fähigkeiten und nicht aus der Erbringung eines objektiven Erfolgs ergibt. Das bedeutet, dass die Haftung des Arbeitnehmers sich nicht aus der Erfolgstauglichkeit der Dienste, sondern aus der Sorgfalt, die er zur Erbringung der Dienste aufgewandt hat, ergibt.³²³ Diese vom Arbeitnehmer einzuhaltende Sorgfaltspflicht bestimmt sich danach, was verkehrserforderlich ist. Welches Maß an Sorgfalt der Rechtsverkehr für erforderlich hält, hängt nicht von dem Willen der Arbeitsvertragsparteien ab, denn nicht diese, sondern die Verkehrsanschauung ist als objektive Grundlage zu betrachten.³²⁴ Was

³²³ *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (16).

³²⁴ Vgl. *HHMN/Ring*, § 91 BGB Rn. 6.

nach der Verkehrsanschauung erforderlich ist, beurteilt sich nach der zusammenfassenden Wertung aller Umstände des jeweiligen Falls entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens.³²⁵ Diese Beurteilung lässt sich naturgemäß nicht abstrakt für alle in Betracht kommenden Schlechtleistungen vornehmen. Es ist darauf abzustellen, wie ein (fiktiver) redlich handelnder und denkender Dritter die für ihn sichtbare Situation von außen beurteilen würde.³²⁶ Die Arbeitnehmerhaftung bestimmt sich somit zwar subjektiv nach dem individuellen Leistungsvermögen. Bei der Beurteilung, ob der Arbeitnehmer bei Vornahme der nach individuellen Fähigkeiten vorzunehmenden Leistung die erforderliche Sorgfalt beachtet hat, sind aber objektive Maßstäbe heranzuziehen. Die vom Arbeitnehmer einzuhaltende Sorgfaltspflicht bei Vornahme der Arbeitsleistung richtet sich somit nach objektiven Gesichtspunkten. Auch hier zeigt sich also die objektive Beeinflussung der subjektiven Leistungserbringungspflicht.

Allerdings kann es vorkommen, dass ein Arbeitnehmer bei Ausführung der Arbeit die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtet, aber trotzdem eine Schlechtleistung erbringt. Die Schlechtleistung kann sich daraus ergeben, dass der Arbeitnehmer nicht in vollem Umfang (also hinsichtlich der Quantität) der arbeitsvertraglich vereinbarten Pflichterfüllung nachkommt, z.B. weil er zu spät zur Arbeit erscheint.

Hinzu kommt, dass die Beachtung der Sorgfaltspflicht zwar eine Objektivierung des Pflichtenmaßstabs bewirkt, sorgfaltswidriges Verhalten aber nur ein Indiz für das Vorliegen einer Schlechtleistung sein kann. Zu mehr Rechtsklarheit führt die Heranziehung des Sorgfaltsmaßstabs nur dann, wenn wegen Nichteinhaltung der Sorgfaltspflicht eine Schlechtleistung zustande kommt. Ob die Sorgfaltspflicht eingehalten wird, hängt von einer einzelfallgerechten Prüfung des betroffenen Arbeitsverhältnisses ab.

³²⁵ *BGH* v. 31.1.2015, NJW 2015, 1678 (1679); *BGH* v. 24.6.1987, NJW 1987, 2812 (2813); *BGH* v. 11.11.1970, BeckRS 1970, 31122848, Entschdgrd. 2. a).

³²⁶ Vgl. BeckOGK/*Götz*, Stand 1.3.2017, § 854 BGB Rn. 56.

cc) Abweichung von der Vergleichsgruppe

Die Identifizierung einer Schlechtleistung bereitet oftmals Probleme. Notwendig ist, dass der Arbeitgeber die Schlechtleistung als solche auch erkennen kann. Letztlich kann er, von außen betrachtet, nicht sicher beurteilen wozu der Arbeitnehmer kraft geistiger und körperlicher Fähigkeiten zu leisten tatsächlich imstande ist. Damit die Feststellung einer Schlechtleistung erleichtert wird, bietet es sich an Vergleichsgruppen zu bilden.³²⁷ Der Arbeitgeber muss den scheinbaren Schlechtleister mit Mitarbeitern vergleichen, die die gleiche oder wenigstens eine gleichwertige Tätigkeit ausüben.³²⁸ Auch die Anforderungen, die an die Aufgabenerfüllung gestellt werden, müssen miteinander vergleichbar sein.³²⁹ Allerdings ist laut BAG eine Schlechtleistung nicht zwangsläufig anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer das Schlusslicht dieser Vergleichsgruppe bildet.³³⁰ Denn es muss denklogisch immer einen Arbeitnehmer geben, der innerhalb der Vergleichsgruppe der Leistungsschwächste ist. Es kann im Einzelfall auch so liegen, dass die zu vergleichenden Arbeitnehmer ungewöhnlich leistungsstark sind und der in Rede stehende Arbeitnehmer innerhalb einer anderen Vergleichsgruppe nicht negativ auffallen würde. Eine Schlechtleistung ist laut BAG anzunehmen, wenn der betreffende Arbeitnehmer den Mittelwert der Vergleichsgruppe deutlich und längerfristig unterschreitet.³³¹ Dies kann der einzige erkennbare Hinweis für den Arbeitgeber sein. Dem Arbeitgeber soll insoweit die Möglichkeit gegeben werden einen vertragswidrigen Zustand zu beseitigen.³³² Zur Bildung der Vergleichsgruppe können Arbeitnehmer aus dem ganzen Unternehmen herangezogen werden.³³³ Es ist jedoch, wie gezeigt, darauf zu achten, dass die Arbeitnehmer zumindest eine vergleichbare Aufgabe verrichten und an diese Aufgabenerfüllung die gleichen Anforderungen gestellt werden.³³⁴

³²⁷ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

³²⁸ Grobys/Panzer/Wisskirchen, 113 Rn. 5.

³²⁹ Grobys/Panzer/Wisskirchen, 113 Rn. 6.

³³⁰ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

³³¹ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

³³² BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

³³³ Tschöpe, BB 2006 213 (215).

³³⁴ Hunold, BB 2004, 2345 (2346f.).

Schwierig wird es für den Arbeitgeber, wenn ihm keine Vergleichsgruppe zur Verfügung steht. Dies kann sich aus der Unternehmensgröße ergeben. Dann bietet es sich an, auf Äußerungen von Sachverständigen zurückzugreifen oder eine Vergleichsgruppe aus einem anderen Unternehmen heranzuziehen, die die dargelegten Kriterien (gleiche Tätigkeit und gleiche Anforderungen an die Aufgabenerfüllung) ebenfalls erfüllt.³³⁵ Letztere Möglichkeit ist aber nicht unproblematisch.³³⁶ So dürfte es in praktischer Hinsicht Schwierigkeiten bereiten, Arbeitnehmer unterschiedlicher Unternehmen miteinander zu vergleichen. Zum einen wird es Probleme bereiten, an die erforderlichen Informationen über bspw. die Quantität der Leistungserbringung der relevanten Arbeitnehmergruppe zu gelangen. Dies fällt oftmals unter das Geschäftsgeheimnis des Unternehmens. Zum anderen lassen sich Betriebsabläufe verschiedener Unternehmen oftmals nicht miteinander vergleichen. Auch bei Herstellung des gleichen Produkts werden unterschiedliche Maschinen verwendet oder es sind andere Arbeitsabläufe vorherrschend. Unter Umständen gibt es zu viele betriebsspezifische Faktoren, welche das Leistungsniveau beeinflussen, als dass die Bildung einer externen Vergleichsgruppe weiterhelfen würde. Auch ist der Erfolg eines Unternehmens eng mit dem Leistungsniveau verknüpft. Dafür kann z.B. auch der Faktor des Unternehmensstandortes maßgeblich sein. Unternehmen, die den wirtschaftlichen Erfolg durch Verkäufe von Außendienstmitarbeitern verzeichnen, haben in dicht besiedelten Gebieten größere Chancen eine hohe Verkaufszahl zu erzielen als Unternehmen, die ihre Produkte in ländlichen Gebieten vertreiben.³³⁷ Anders ist dies wiederum, wenn sich die zu verkaufenden Produkte auf dem Land besser verkaufen lassen (z.B. der Verkauf von Landmaschinen). Deshalb ist es problematisch diese Unternehmen miteinander zu vergleichen, indem etwa einem Arbeitnehmer, der Landmaschinen in einem städtischen Gebieten vertreibt, die gleichen Verkaufszahlen abverlangt werden, wie einem Arbeitnehmer, der diese in einem ländlichen Gebiet vertreibt. Es gibt eine Vielzahl von Faktoren die berücksichtigt werden

³³⁵ *ArbG Celle* v. 14.5.2001, NZA-RR 2001, 478 (480).

³³⁶ *Tschöpe*, BB 2006, 213 (215).

³³⁷ *BAG* v. 27.11.2008, NZA 2009, 842 (844).

müssen, damit die Bildung einer unternehmensexternen Vergleichsgruppe möglich ist.

Bei Schwierigkeiten bezüglich der Findung einer Vergleichsgruppe kommt auch die Möglichkeit in Betracht, auf die frühere durchschnittliche Arbeitsleistung des in Rede stehenden Arbeitnehmers abzustellen.³³⁸ Dies ist aber nur möglich, wenn das Leistungsniveau des Arbeitnehmers im Vergleich zu einem früheren Zeitpunkt abgesunken ist. Unter Berücksichtigung dieser objektiven Komponente darf der subjektive Einfluss nicht an Bedeutung verlieren. Dieser ist, wie bereits erläutert, wegen des personalen Charakters der Arbeitsleistung von wesentlicher Bedeutung. Für einen Leistungsverstoß genügt es somit nicht schon, wenn der Arbeitnehmer die durchschnittliche Fehlerhäufigkeit der anderen Arbeitnehmer unterschreitet.³³⁹ Dann würde der subjektiven Komponente der Leistungserbringung zu geringe Bedeutung zukommen. Um einen angemessenen Ausgleich zu schaffen, fordert das BAG³⁴⁰ mit Recht, dass der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung erbringen muss, die mindestens einem Drittel des Durchschnittsniveaus entspricht, um seinem Pflichtenmaßstab zu genügen. So können die individuellen Fähigkeiten eines Arbeitnehmers berücksichtigt werden, ohne dass ihnen ein Übermaß an Bedeutung zu Teil wird. Allerdings ist zu beachten, dass die „Ein-Drittel-Grenze“ nur für Arbeitsleistungen in Betracht kommt, deren Erfolg nach außen sichtbar und messbar ist. Insofern hilft diese Rechtsprechung nur in den Fällen weiter, in denen die Bestimmung des Pflichtenmaßstabes von Vornherein weniger problembehaftet ist.

dd) Ein Definitionsversuch

Es wird der Versuch unternommen, zur Bestimmung des Pflichtenmaßstabes einen festgelegten Kriterienkatalog heranzuziehen, wobei sich die Kriterien aus objektiven Gesichtspunkten ergeben.³⁴¹ Das Gelingen dieses Versuchs, würde zu mehr Rechtssicherheit beitragen. Der Pflichtenmaßstab würde einen gewissen Abstraktionsgrad erfahren, weil der

³³⁸ *Tschöpe*, BB 2006, 213 (215).

³³⁹ *Tillmanns*, RdA 2009, 391 (391).

³⁴⁰ BAG v. 11.12.2003, AP Nr.48 zu § 1 KSchG 1969.

³⁴¹ V. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, § 1 Rn. 448ff; *Tschöpe*, BB 2006, 213 (213).

Leistungsbegriff unabhängig vom jeweiligen Arbeitsverhältnis nach einer einheitlichen Definition bestimmt werden könnte. Der Arbeitnehmer schuldet nach dieser Ansicht eine Normalleistung, die sich allein aus objektiven Kriterien ergibt. „Der Arbeitnehmer erfüllt seine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis, wenn er eine Arbeitsleistung erbringt, die ein durchschnittlicher Arbeitnehmer nach vollzogener Einarbeitung bei menschengerechter Gestaltung der Arbeitsbedingungen ohne Rücksicht auf Geschlecht, Alter und tägliches Schwanken der Arbeitsleistungen ohne gesteigerte Anstrengungen erbringen kann.“³⁴² Das Aufstellen dieser Kriterien zur Bestimmung einer objektiven Arbeitsleistung wird mit den Schwierigkeiten begründet, die die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs durch Anwendung des von der Rechtsprechung entwickelten subjektiven Leistungsbegriffes mit sich bringt. Die Hauptargumente der Rechtsprechung werden für nicht tragbar gehalten. Aus der persönlichen Leistungserbringungspflicht gemäß § 613 S.1 BGB sei nicht zu schlussfolgern, die Arbeitsleistung sei allein anhand des Maßstabs der individuellen Leistungsfähigkeit zu bestimmen.³⁴³ Die Norm besage lediglich, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung in Person erbringen muss. Auch das Anknüpfen daran, dass der Arbeitnehmer nicht die Erbringung eines Werkes, sondern ein Wirken als Vornahme einer Handlung schulde, helfe zur Ermittlung der an die Arbeitsleistung zu stellenden Anforderungen bezüglich der Arbeitsqualität nicht weiter.³⁴⁴ Zunächst erscheint es tatsächlich sinnvoll, die Schwierigkeiten bei der Definition eines Begriffs zu lösen, indem man dieser möglichst genaue Kriterien beimisst, welche objektiv bestimmbar sind und für jeden Einzelfall herangezogen werden können. Allerdings hilft dies nur weiter, wenn die Kriterien, die die Definition beinhaltet, selbst objektiv bestimmbar sind. Das Kriterium, dass eine Leistung zu erbringen ist, die der eines durchschnittlichen Arbeitnehmers entspricht, vermag im Wege der oben angeführten Vergleichsgruppenbildung vielleicht noch eine solche Hilfe sein. Allerdings stellen sich dabei die dort bereits erläuterten Probleme. Eine Vergleichsgruppenbildung ist nicht möglich,

³⁴² V. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, § 1 Rn. 454.

³⁴³ V. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, § 1 Rn. 451.

³⁴⁴ V. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, § 1 Rn. 451.

wenn es in dem Unternehmen keine zu vergleichende Gruppe gibt oder wenn die zu vergleichende Gruppe außergewöhnlich leistungsstark ist und die Abweichung des betreffenden Arbeitnehmers von dieser Gruppe sich nur aufgrund dieser Stärke zeigt. Zudem hängt die Einarbeitungszeit eines Arbeitnehmers sehr stark von der von ihm zu verrichtenden Tätigkeit ab. Darüber hinaus ist sie von den Vorkenntnissen und Erfahrungen des Arbeitnehmers abhängig. Hierbei spielen Kriterien wie das Alter und die individuelle Auffassungsgabe eine Rolle. Damit handelt es sich um Kriterien die subjektiv zu bestimmen sind und nicht abstrakt für alle Arbeitsverhältnisse aufgestellt werden können. Letztlich wird die Ermittlung der geschuldeten Leistungspflicht also noch kompliziert. Das Kriterium der durchschnittlich zu erbringenden Arbeitsleistung eines eingearbeiteten Arbeitnehmers führt im Ergebnis somit zu keiner Erleichterung bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs. Die anderen Kriterien sind zum Teil sehr vage, sodass auch diese einer genaueren Ausgestaltung bedürfen. So müsste zunächst näher bestimmt werden, was unter „menschengerechter Gestaltung der Arbeitsbedingungen“ zu verstehen ist. Wenn man die Berücksichtigung des Geschlechtes, des Alters und der täglichen Schwankungen der Arbeitsleistungen außen vorlässt, wie von dieser Ansicht vorgeschlagen, führt das zwar dazu, dass weniger Gesichtspunkte zu berücksichtigen sind, was eine Vereinfachung bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs bewirken könnte. Allerdings ist zu beachten, dass, wenn ein älterer Arbeitnehmer die gleiche Normalleistung wie ein jüngerer Arbeitnehmer erbringen muss, daraus eine Grundrechtsverletzung des Art. 3 Abs.1 GG folgen kann. Der Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs.1 GG untersagt, dass „wesentlich Gleiches“ ungleich und „wesentlich Ungleiches“ gleich zu behandeln ist.³⁴⁵ Wenn älteren Arbeitnehmern die gleiche Arbeitsleistung wie jüngeren Arbeitnehmern abverlangt würde, könnte das zu einer Gleichbehandlung von wesentlich Ungleichem im Sinne der Norm führen. Die Anforderungen, die an ältere Arbeitnehmer gestellt werden, sind unter Umständen höher einzustufen, da dieselbe Arbeitsleistung für

³⁴⁵ BVerfG v. 30.7.2008, NJW 2008, 2409 (2417f.); Hümmelich/Boecken/Düwell/Wilms, Art.3 GG Rn. 14.

ältere Arbeitnehmer eine höhere Belastung bedeuten kann. Dies gilt insb. bei körperlich anstrengender Arbeit. Insofern gebietet es auch die einfachgesetzliche Ausgestaltung in § 1 AGG, eine Benachteiligung wegen des Alters zu untersagen.³⁴⁶ Dabei stellt der Schutz älterer Menschen den Schwerpunkt dieses Benachteiligungsgrundes dar.³⁴⁷ Es ist aus Arbeitnehmerschutzgesichtspunkten geboten, dass bei körperlich anstrengenderer Arbeit geringere Anforderungen an die Arbeitsleistung von älteren Arbeitnehmern gestellt werden. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, dass in anderen Berufen jüngere Arbeitnehmer mit weniger Erfahrungen unter Umständen langsamer arbeiten als ältere, routinierte Arbeitnehmer. Zum Beispiel kann ein Maschinenführer einen Fehler der Maschine schneller beheben, wenn dieser Fehler zuvor bereits aufgetreten ist, während ein Mitarbeiter, bei dem dieser Fehler das erste Mal auftritt, mehr Zeit benötigt, bis die Maschine wieder funktionstüchtig ist. Ein Anwalt im ersten Berufsjahr benötigt mehr Zeit für die Aufsetzung eines Vertrags als ein Anwalt mit langjähriger Berufserfahrung, der einen solchen Vertrag schon viele Male entworfen hat. Die Beurteilung des Pflichtenmaßstabs ohne Rücksicht auf spezielle sich aus dem Alter ergebende Besonderheiten vorzunehmen ist vor diesem Hintergrund nicht praktikierbar.

Das Kriterium, dass die Arbeitsleistung ohne gesteigerte Anstrengungen erbracht werden können muss, bedarf ebenfalls einer näheren Konkretisierung. So hängt das Maß der Anstrengung gerade davon ab, welche Leistungsfähigkeit der jeweilige Arbeitnehmer aufweist. Die Leistungsfähigkeit eines Arbeitnehmers bestimmt sich immer individuell nach dessen Fähigkeiten, Konstitution und Vorkenntnissen. Die Arbeitsleistung, die für den einen Arbeitnehmer bereits eine erhöhte Anstrengung bedeutet, kann ein anderer Arbeitnehmer in der Hälfte der Zeit mit noch geringerer Anstrengung erledigen. Somit bedarf es zur Bestimmung darüber, ob der Arbeitnehmer ordnungsgemäß geleistet hat, auch nach dieser Definition der Heranziehung subjektiver Gesichtspunkte.

³⁴⁶ BeckOK BGB/*Fuchs*, § 1 AGG Rn. 14.

³⁴⁷ BeckOK BGB/*Fuchs*, § 1 AGG Rn. 14.

Im Übrigen ist es aus Arbeitgebersicht ebenso geboten, zur Feststellung der Leistungsfähigkeit die individuellen Fähigkeiten zu berücksichtigen. Ansonsten könnte ein besonders leistungsstarker Arbeitnehmer die Pflicht aus dem Arbeitsvertrag bereits dann erfüllen, wenn er noch nicht das geleistet hat, wozu er tatsächlich im Stande ist, solange er diese Leistung ohne gesteigerte Anstrengungen vornimmt und sie der Durchschnittsleistung entspricht. Es ist nicht gerechtfertigt, hätte der Arbeitgeber keinen Anspruch darauf, die Leistung zu erhalten, die der Arbeitnehmer nach individueller Anstrengung erbringen kann. Gerade das ist es, was den Arbeitsvertrag mit seiner persönlichen Leistungserbringungspflicht so besonders macht. Dieser Charakter spiegelt sich sowohl in § 613 S.1 BGB wieder, welcher bestimmt, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht auf Dritte übertragen darf, als auch in dem Nichtvorhandensein von Gewährleistungsvorschriften. Wenn an die Tätigkeit angeknüpft werden muss und nicht an deren Ergebnis, dann hängt diese Pflicht eng mit der Person zusammen, die diese Pflicht auszufüllen hat. Insofern sind die Argumente, die von der Rechtsprechung angeführt werden, sinnvoll. Eine Festlegung der Arbeitspflicht anhand verschiedener objektiver Kriterien ist mit dem Charakter der Arbeitspflicht als individuelle Leistung nicht vereinbar. Außerdem verfehlt die Aufstellung der vermeintlich objektiven Kriterien das Ziel, zu mehr Rechtssicherheit beizutragen. Die Kriterien führen zu keiner Objektivierung der Leistungspflicht, da sie selbst einer subjektiven Ausgestaltung bedürfen. Wegen ihrer vagen Formulierung ist außerdem eine Konkretisierung notwendig, welche im Ergebnis die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs noch unklarer werden lässt.

Die Idee, eine abstrakte Beschreibung der Leistungspflicht vornehmen zu wollen, um deutlich und sichtbar zu machen, was der Arbeitnehmer leisten muss, ist zwar nachvollziehbar und durchaus sinnvoll.³⁴⁸ Die Umsetzung verfehlt allerdings ihr Ziel. In praktischer Hinsicht wird es in den sowieso schwierig gelagerten Fällen nicht möglich sein, festzustellen, was geleistet werden soll.

³⁴⁸ So zunächst auch: *Tschöpe*, BB 2006, 213 (214).

ee) Fazit

Die Notwendigkeit einer Objektivierung des rein subjektiven Leistungsbegriffs ist vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer nicht allein bestimmen soll, welche Leistung er erbringen muss, sinnvoll. Deshalb ist es geboten ein objektives Leistungsminimum heranzuziehen, unterhalb dessen sich die Leistung des Arbeitnehmers nicht bewegen darf. Das ausgewogene Äquivalenzverhältnis, welches die Parteien bei Abschluss des Arbeitsvertrags zur Geschäftsgrundlage machen, gibt Aufschluss darüber, welches Mindestmaß an Erwartungen der Arbeitnehmer zu erfüllen hat.³⁴⁹ Die Parteien gehen bei Vertragsschluss nämlich typischerweise davon aus, dass die gegenseitigen Leistungen (Erbringung der Arbeitsleistung und Lohnzahlung) in einem ausgewogenen Verhältnis stehen.³⁵⁰ Das Mindestmaß, was der Arbeitnehmer zu erbringen hat, bestimmt sich ausgehend von dieser Erwartung unabhängig von den individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers. Es bietet insb. in den Fällen eine Hilfe, in denen ein Leistungserfolg nach außen sichtbar ist.³⁵¹ Dies ist allerdings nicht immer der Fall. Zudem gibt es Fälle, in denen trotz Vorliegens eines sichtbaren Leistungserfolges das objektive Leistungsminimum nicht erreicht ist bzw. umgekehrt ein sichtbarer Leistungserfolg zwar nicht vorhanden ist, der Arbeitnehmer das objektive Minimum an Leistung aber dennoch erbracht hat.³⁵²

Auch an der Arbeitnehmerhaft zeigt sich eine objektive Beeinflussung der Leistungspflicht. Diese bestimmt sich nämlich danach, was der Verkehr für erforderlich hält, was sich wiederum aus objektiven Gesichtspunkten ergibt.³⁵³ Es ist zu ermitteln, wie ein redlicher Dritter die Situation von außen beurteilen würde.³⁵⁴ Allerdings ist nicht immer davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer sorgfaltswidrig handelt, wenn er

³⁴⁹ Greiner, RdA 2007, 22 (25).

³⁵⁰ BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786); MüKo/Ernst, § 275 BGB Rn. 76.

³⁵¹ BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1380 (1383).

³⁵² Siehe S.77f.

³⁵³ BGH v. 31.1.2015, NJW 2015, 1678 (1679); BGH v. 24.6.1987, NJW 1987, 2812 (2813); BGH v. 11.11.1970, BeckRS 1970, 31122848, Entschdgrd. 2. a); vgl. HHMN/Ring, § 91 BGB Rn. 6.

³⁵⁴ BeckOGK/Götz, Stand 1.3.2017, § 854 BGB Rn. 56.

eine schlechte Arbeitsleistung erbringt. Vielmehr kommt eine Schlechtleistung auch ohne Verletzung der Sorgfaltspflicht in Betracht.³⁵⁵ So kann die Ermittlung der Sorgfaltspflicht bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs nur dann eine Hilfe darstellen, wenn die Schlechtleistung aus sorgfaltswidrigem Verhalten resultiert.

Die Heranziehung einer Vergleichsgruppe kann im Einzelfall hilfreich sein.³⁵⁶ Wenn es eine zu vergleichende Gruppe in demselben Unternehmen gibt, wird nicht auf die Leistung des betroffenen Arbeitnehmers abgestellt, sondern auf die Leistung Dritter. Somit liegt hierin eine Objektivierung des subjektiven Leistungsbegriffes. Die Vergleichsgruppenbildung stößt allerdings oft an ihre Grenze. Sie hilft nicht weiter, wenn es keine zu vergleichende Gruppe von Arbeitnehmer gibt und ein anderes Unternehmen zur externen Vergleichsgruppenbildung³⁵⁷ nicht zur Verfügung steht.³⁵⁸ Die Möglichkeit, den Arbeitnehmer mit seiner eigenen früheren Leistung zu vergleichen, kommt dann nicht in Betracht, wenn seine frühere Leistung von der derzeitigen nicht abweicht.³⁵⁹ Außerdem gibt es Tätigkeiten, die wegen ihres komplexen Inhaltes schlicht mit keiner anderen Tätigkeit zu vergleichen sind.

Der Heranziehung von Kriterien, die sich aus dem Umfeld ergeben, ist abzuraten. Die schwer zu interpretierenden Begriffe, die die komplexe Definition zur Verfügung stellt, machen es in der Praxis nicht einfacher möglich, zu verdeutlichen, was im konkreten Einzelfall geleistet werden soll.³⁶⁰

Die Objektivierung erreicht im Ergebnis einen gewissen Grad. Er ist jedoch gering. Die subjektive Komponente der Leistungserbringungspflicht überwiegt weiterhin, was dem Charakter der Arbeitsleistung gerecht wird. Die Möglichkeiten zur Heranziehung einer Objektivierung sind begrenzt. Deshalb erreicht die Objektivierung lediglich ein Maß, welches den subjektiven Charakter ergänzt ohne ihn zu konterkarieren.

³⁵⁵ Siehe S.87.

³⁵⁶ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

³⁵⁷ ArbG Celle v. 14.5.2001, NZA-RR 2001, 478 (480).

³⁵⁸ Tschöpe, BB 2006, 213 (215).

³⁵⁹ Tschöpe, BB 2006, 213 (215).

³⁶⁰ So auch: Tschöpe, BB 2006, 213 (214); vgl. V. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, § 1 Rn. 454.

Der Charakter der persönlichen Leistungspflicht erfordert es bei der von der Rechtsprechung angewandten Definition zu bleiben, nach welcher der Arbeitnehmer eine Leistung erbringen muss, die er bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte zu leisten imstande ist.³⁶¹

f) Objektivierung durch die Rechtsprechung

Im Zivilprozess gelten besondere Vorgaben bezüglich der Darlegungs- und Beweislast. Die subjektive Darlegungslast (auch: Behauptungslast) meint die Notwendigkeit der Darlegung der günstigen Tatsachen durch die Parteien selbst.³⁶² Wenn diese Darlegung zur Anspruchsbegründung noch nicht ausreicht, muss der mit der Substantiierung Belastete seine Behauptung begründen. Der Umfang richtet sich nach dem Vortrag des Gegners.³⁶³

Die objektive Beeinflussung bei der Bestimmung der subjektiven Leistungspflicht des Arbeitnehmers spiegelt sich in der von der Rechtsprechung getroffenen besonderen Beweislastregelung wieder (auch „Low Performer Rechtsprechung“ genannt³⁶⁴).

aa) „Schlechtleister“-Rechtsprechung

Das *BAG*³⁶⁵ versucht in seiner Rechtsprechung zu schlecht leistenden Arbeitnehmern den Konflikt zwischen dem Arbeitgeberinteresse, eine Vertragsverletzung geltend zu machen und dem Gesichtspunkt, dass die Leistungserbringungspflicht aus dem Arbeitsvertrag höchstpersönlicher Natur ist, zu lösen.³⁶⁶ Die Abgrenzung zwischen hinzunehmender Minderleistung und einer Verletzung der Pflicht aus dem Arbeitsvertrag erfolgt über die Darlegungs- und Beweislast.³⁶⁷ Grundsätzlich gilt auch im Arbeitsrecht die Beweislastregel, nach der die Partei, die für sie

³⁶¹ *Preis*, § 26 III 1.

³⁶² Vgl. *BGH* v. 8.6.1988, NJW 1989, 161 (162); Musielak/Voit/*Foerste*, § 286 ZPO Rn. 35.

³⁶³ *BGH* v. 11.3.2010, NJW 2010, 1357 Rn. 16.

³⁶⁴ *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (693ff.); *BAG* v. 3.6.2004, NZA 2004, 90 (90ff.); *LAG Hamm* v. 22.4.2016, BeckRS 2016, 68882; *LAG Köln* v. 19.8.2015, BeckRS 2015, 69416; *LAG Baden-Württemberg* 11.3.2015, BeckRS 2015, 71567; *ArbG Düsseldorf* v. 17.12.2015, BeckRS 2016, 66066.

³⁶⁵ *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693; *BAG* v. 03.06.2004, NZA 2004, 1380; *BAG* v. 11.12.2003, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969.

³⁶⁶ *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

³⁶⁷ *Preis*, § 26 III 1.

günstigen Tatsachen vorzutragen hat, vgl. § 1 Abs.2 S.4 KSchG. Im Falle einer Kündigung hat der Arbeitgeber die Tatsachen darzulegen, die die Kündigung rechtfertigen. Das *BAG* nimmt aber eine Abstufung der Darlegungs- und Beweislast vor. Hier zeigt sich der objektive Einfluss des vom Arbeitnehmer zu erbringenden Pflichtenprogramms. Das heißt, er muss Tatsachen dafür vortragen, dass die Leistung des Arbeitnehmers den Anforderungen aus dem Arbeitsvertrag nicht gerecht wird. Er muss hierbei nur das vortragen, was er auch wissen kann. Denn von einer Partei kann kein substantiiertes Bestreiten verlangt werden, wenn die fraglichen Tatsachen außerhalb ihres Wahrnehmungsbereiches liegen.³⁶⁸ Insofern führt die Rechtsprechung zu einer Beweiserleichterung zugunsten des Arbeitgebers, die sich aus einer Reduktion der vorzubringenden Tatsachen ergibt. Wenn sich sein Wissen in objektiv messbaren Arbeitsergebnissen erschöpft, genügt er seiner Darlegungslast, wenn er dieses Wissen dem Gericht mitteilt.³⁶⁹ Er muss jedenfalls darlegen, dass die Leistungen des in Rede stehenden Arbeitnehmers deutlich hinter der Leistung vergleichbarer Arbeitnehmer zurückbleiben.³⁷⁰ Dies erfolgt, sofern möglich, durch das bereits näher erläuterte Bilden von Vergleichsgruppen³⁷¹. Indem sich der Arbeitgeber somit zunächst nur auf die Abweichung vom Durchschnitt berufen kann, erkennt das *BAG* letztlich trotz der höchstpersönlichen Leistungspflicht die Relevanz objektiver Daten an.³⁷² Dann muss der Arbeitnehmer vortragen, warum er seine persönliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpft. Ihm ist so die Möglichkeit gegeben, den Vortrag des Arbeitgebers im Einzelnen zu bestreiten.³⁷³ Es handelt sich hierbei um einen Anwendungsfall der im Prozessrecht an Bedeutung gewinnenden sekundären Darlegungs- und Beweislast.³⁷⁴ In dessen Rahmen obliegt der nicht beweisbelasteten Partei (dem Arbeitnehmer) eine gesteigerte Konkretisierungslast. Sie muss solche Tatsachen präzise mitteilen, die der mit der Darlegung belasteten

³⁶⁸ *BGH* v. 11.3.2010, NJW 2010, 1357 Rn. 16.

³⁶⁹ *Weber*, DB 2015, 1899 (1902).

³⁷⁰ *BAG* v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786).

³⁷¹ Siehe S.86ff.

³⁷² *Tschöpe*, BB 2006, 213 (215).

³⁷³ *Weber*, DB 2015, 1899 (1902).

³⁷⁴ *Weber*, DB 2015, 1899 (1902).

Partei nicht oder unverhältnismäßig schwer zugänglich sind.³⁷⁵ Dies ergibt sich daraus, dass die beweisbelastete Partei die maßgeblichen Tatsachen nicht kennen kann, weil sie sich außerhalb ihres Sichtfeldes abspielen.³⁷⁶ Die Schwierigkeit für den Arbeitgeber darzulegen, dass der Arbeitnehmer die persönliche Leistungspflicht voll ausschöpft, ist vor dem Hintergrund, dass der Arbeitnehmer diese Darlegung vornehmen muss, behoben.³⁷⁷ Kann der Arbeitnehmer nicht darlegen, dass er seine persönliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpft begeht er eine schuldhaftige Pflichtverletzung. Das Vorbringen des Arbeitgebers gilt als zugestanden. Der Arbeitgeber hat in diesem Fall von der Beweiserleichterung profitiert, als dass er nur die Tatsachen vorbringen musste, die sich innerhalb seines Sichtfeldes befanden. Die Beweiserleichterung kommt dem Arbeitgeber vollumfänglich zugute.

Wenn der Arbeitnehmer hingegen darlegen kann, dass er seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpft, ist es wiederum Sache des Arbeitgebers, den Vortrag des Arbeitnehmers im Einzelnen zu bestreiten.³⁷⁸ Er muss eine Kündigung damit rechtfertigen, dass die Arbeitsleistung seine berechtigte Erwartung von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maß unterschreitet, dass ihm ein Festhalten am Arbeitsvertrag unzumutbar ist.³⁷⁹ In diesem Zusammenhang ist zu ermitteln, welche Erwartungen der Arbeitgeber berechtigterweise haben durfte. Dies bestimmt sich anhand der Bewertung objektiver Kriterien, welche im Rahmen der Vergleichsgruppenbildung erfolgt. Kann der Arbeitnehmer den schlüssigen Vortrag des Arbeitgebers nicht widerlegen, gilt das arbeitgeberseitige Vorbringen als zugestanden, vgl. § 138 Abs.3 ZPO.³⁸⁰

Die Anerkennung objektiver Kriterien durch die höchstrichterliche Rechtsprechung macht deutlich, dass es nicht möglich und auch nicht zweckmäßig ist, die Arbeitnehmerpflicht rein subjektiv zu bestimmen.

³⁷⁵ Benkard/Grabinski/Zülch, § 139 PatG Rn. 116.

³⁷⁶ Weber, DB 2015, 1899 (1902).

³⁷⁷ Grobys/Panzer/Wisskirchen, 113 Rn. 33.

³⁷⁸ Weber, DB 2015, 1899 (1902).

³⁷⁹ BAG v. 11.12.2003, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969.

³⁸⁰ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 3019 (3019).

bb) Anforderungsprofil des Arbeitgebers im Prozess

Der von *Tschöpe*³⁸¹ vorgenommene Versuch, die Leistungsbestimmungspflicht über ein vom Arbeitgeber vorgegebenes Anforderungsprofil zu definieren, würde dazu führen, dass der Arbeitgeber im Prozess nur darzulegen hat, dass der Arbeitnehmer von diesem Anforderungsprofil negativ abweicht. Die problembehaftete Bildung von Vergleichsgruppen wäre nicht mehr notwendig. Auch ein Bestreiten des Arbeitnehmers, die Pflicht aus dem Arbeitsvertrag trotz der erheblichen Unterschreitung der Durchschnittsleistung der Arbeitnehmer-schaft erfüllt zu haben, weil die Vergleichsgruppenbildung fehlerbehaftet ist, würde sich erübrigen. Dennoch ist dem Vorschlag, ein vom Arbeitgeber vorgegebenes Anforderungsprofil zugrunde zu legen, nicht zu folgen. Zum einen sagt das Anforderungsprofil noch nichts darüber, ab welcher Abweichung eine Schlechtleistung vorliegt. Zum anderen ist die Erstellung eines Anforderungsprofils für eine Vielzahl von Berufen nicht geeignet, da sich der Leistungsmaßstab nicht immer abstrakt im Vorhinein formulieren lässt. Es wäre außerdem eine unzumutbare Belastung für den Arbeitgeber, würde man diesem die Pflicht auferlegen, den Leistungsmaßstab im Vorhinein konkret zu definieren. Man würde ihm dadurch seine Rechte aus § 106 GewO abschneiden. Es bleibt somit bei den von der Rechtsprechung entwickelten oben dargelegten Grundsätzen über die Abstufung der Darlegungs- und Beweislast.

cc) Fehlerbezogene Arbeitgeberdarstellung

Bei einer Arbeitsleistung, die in quantitativer Hinsicht vom Arbeitsvertrag abweicht gilt die bereits erwähnte „Ein-Drittel-Grenze“.³⁸² Der Arbeitgeber genügt seiner Darlegungslast, wenn er schlüssig vorbringt, der Arbeitnehmer habe die Durchschnittsleistung von mehr als einem Drittel unterschritten. Bei einem Produktionsmitarbeiter genügt die Angabe, dass dieser die Menge der durchschnittlich fehlerfrei produzierten Ware um mehr als ein Drittel unterschreitet. Die „Ein-Drittel-Grenze“

³⁸¹ *Tschöpe*, BB 2006, 213 (213ff.).

³⁸² *BAG* v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786).

stellt insofern eine Beweiserleichterung für den Arbeitgeber dar.³⁸³ Er muss dabei jedoch unter Umständen nicht nur von außen sichtbare Leistungsmängel aufzeigen, sondern auch sein Wissen über die Art und die Schwere sowie die Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung.³⁸⁴ Es gibt nämlich auch Tätigkeiten, bei denen die bloße Betrachtung der Fehlerhäufigkeit zur Bestimmung einer Schlechtleistung nicht ausreicht. Dies etwa, weil Fehler nach der Art der Arbeitsleistung nicht zu vermeiden und deshalb vom Arbeitgeber hinzunehmen sind.³⁸⁵ Zudem gibt es Arbeitsverhältnisse bei denen das Arbeitsergebnis nicht ohne weiteres sichtbar gemacht werden kann (z.B. das Maß der Wissensvermittlung durch einen Lehrer, der künstlerische Wert einer Schaustellerdarbietung, der Beitrag zur Forschung durch die Tätigkeit eines wissenschaftlichen Mitarbeiters, die Beeinflussung der Verkaufszahlen einer Tageszeitung durch Mitwirkung eines Journalisten u.v.m.). Wenn der Vergleich der durchschnittlichen Fehlerquoten für sich genommen nicht genügt, um die Beeinträchtigung des Arbeitsverhältnisses zu belegen, muss der Arbeitgeber weitere Umstände darlegen. Das BAG verlangt dem Arbeitgeber im Rahmen der Darlegungslast hier mehr ab.³⁸⁶ Es muss eine einzelfallbezogene Betrachtungsweise hinsichtlich der tatsächlichen Fehlerzahl, der Art, der Schwere und der Folgen der fehlerhaften Arbeitsleistung dargelegt werden, die über die bloße Betrachtung der Fehlerhäufigkeit hinausgeht. Die Schwere eines Fehlers richtet sich nach der jeweils auszuübenden Tätigkeit. Auch das Maß der dem Arbeitnehmer zuteilwerdenden Verantwortung und die jeweiligen Konsequenzen, die sich aus dem Fehler ergeben können (z.B. Personenschaden oder Sachschaden) spielen eine Rolle. Die fehlerhafte Bedienung eines Flugzeugs durch den Piloten wiegt schwerer als die Fehlpassquote eines Profifußballspielers. Zudem richtet sich die Mangelhaftigkeit der Leistung danach, ob durch den konkret dargelegten Fehler nicht hinnehmbare betriebliche Beeinträchtigungen entstanden sind. Nur nach Darlegung dieser „Gesamtumstände“ muss der Arbeitnehmer erläutern,

³⁸³ Grobys/Panzer/Wisskirchen, 130 Rn. 31.

³⁸⁴ Grobys/Panzer/Wisskirchen, 130 Rn. 32.

³⁸⁵ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (695).

³⁸⁶ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (695); Weber, DB 2015, 1899 (1902).

warum er trotz seiner erheblich unterdurchschnittlichen Leistungen seine Leistungsfähigkeit voll ausschöpft.³⁸⁷ Denn nur diese detaillierte auf den jeweiligen Arbeitsvertrag bezogene Beschreibung der vermeintlichen Schlechtleistung vermag eine solche zu begründen. Die bloße Behauptung bspw., dass der Notendurchschnitt der Klasse eines Lehrers im Vergleich zu den Klassen anderer Lehrern zu schlecht ausfällt, genügt noch nicht für die Annahme einer schlechten Lehrleistung. Die Darstellung einer abstrakten Fehlerhäufigkeit im Verhältnis zu anderen Mitarbeitern lässt das *BAG* nicht genügen.³⁸⁸

dd) Fazit

Es handelt sich bei den von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen sowohl um eine Beweiserleichterung³⁸⁹ als auch um einen Fall der sekundären Darlegungs- und Beweislast³⁹⁰. Der Arbeitgeber muss dem Gericht nur die Umstände mitteilen, die sich innerhalb seines Sichtfeldes bewegen. Der Arbeitnehmer muss solche Tatsachen präzise mitteilen, die der mit der Darlegung belasteten Partei (dem Arbeitgeber) nicht oder unverhältnismäßig schwer zugänglich sind.³⁹¹ Ihm wird eine gesteigerte Darlegungslast auferlegt. Das führt zu einer weiteren Objektivierung der Leistungspflicht (der Arbeitgeber muss nur vorbringen, was er wissen kann), was wiederum eine Beweiserleichterung zur Folge hat. Demjenigen, der eine bessere Sicht auf die Dinge hat wird eine höhere Belastung auferlegt.

Auch bei dieser Art der Objektivierung ist nicht außer Acht zu lassen, dass sich das Maß der Objektivierbarkeit nach der Art der Arbeitsleistung richtet. Für einige Arbeitsleistungen genügt die Darstellung einer abstrakten Fehlerhäufigkeit, während für andere Arbeitsleistungen eine detaillierte Darstellung der Art der Fehler zu erfolgen hat.

2. Zusammenfassung

Die Qualität der Leistungserbringungspflicht bestimmt sich wegen deren persönlichen Charakters danach, was der Arbeitnehmer nach seinen

³⁸⁷ *BAG* v. 17.1.2008, *NZA* 2008, 693 (695).

³⁸⁸ *BAG* v. 17.1.2008, *NZA* 2008, 693 (695).

³⁸⁹ *BGH* v. 11.3.2010, *NJW* 2010, 1357 Rn. 16; *Weber*, *DB* 2015, 1899 (1902).

³⁹⁰ *Weber*, *DB* 2015, 1899 (1902).

³⁹¹ *Benkard/Grabinski/Zülch*, § 139 *PatG* Rn. 116.

individuellen Fähigkeiten zu leisten im Stande ist. Er ist aufgrund seines Arbeitsvertrags verpflichtet, die übertragene Arbeit unter Anspannung der ihm möglichen Fähigkeiten ordnungsgemäß zu verrichten. Um dies zu gewährleisten muss er konzentriert und sorgfältig arbeiten und darf die Arbeit nicht unterbrechen, um privaten Interessen nachzugehen.³⁹² Die Leistungspflicht ist nicht starr, sondern dynamisch und orientiert sich an der Leistungsfähigkeit des jeweiligen Arbeitnehmers.³⁹³ Das BAG³⁹⁴ hat in diesem Zusammenhang festgestellt „der Arbeitnehmer muss tun, was er soll und zwar so gut wie er kann“. Eine Festlegung des Pflichtenmaßstabs im Vorhinein ist oftmals nicht möglich. Eine willkürliche Bestimmung der Leistungspflicht durch den Arbeitnehmer selbst ist ebenfalls abzulehnen.³⁹⁵ Der Arbeitgeber würde ein zu hohes Risiko laufen, keine adäquate Gegenleistung zu erhalten. Um die abstrakte Bestimmung dieses Pflichtenmaßstabs möglichst exakt auf die konkrete Arbeitnehmerpflicht übertragen zu können, gilt es etwaig vorhandene Konkretisierungshilfen heranzuziehen. So ist zunächst festzustellen, ob der Arbeitnehmer eine Arbeitsleistung vornimmt.³⁹⁶ Die bloße Zurverfügungstellung der Arbeitskraft durch den Arbeitnehmer alleine genügt nicht.³⁹⁷ Ein vom Arbeitgeber erstelltes Anforderungsprofil ist hilfreich, um den Pflichtenmaßstab genauer erfassen zu können.³⁹⁸ Das Weisungsrecht kann die bestehende Pflicht aus dem Arbeitsvertrag näher konkretisieren,³⁹⁹ vermag aber nicht über den Inhalt des Arbeitsvertrags hinauszugehen.⁴⁰⁰ Das Sozialbild, welches sich aus der Verkehrsauffassung ergibt, kann ebenfalls den Pflichtenmaßstab näher qualifizieren.⁴⁰¹ Aus verschiedenen Hintergrundinforma-

³⁹² BAG v. 14.1.1986, NZA 1986, 435 (435f.).

³⁹³ BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786).

³⁹⁴ BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786).

³⁹⁵ BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786).

³⁹⁶ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 3.

³⁹⁷ ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 642

³⁹⁸ Tschöpe, BB 2006, 213 (213ff.).

³⁹⁹ LAG Köln v. 11.12.2009, BeckRS 2010, 67151 Entschdgrd. II. 1. B; Schaub/Linck, § 45 Rn. 31.

⁴⁰⁰ MüArbR/Reichold, Rn. 5 und 24; Schaub/Linck, § 45 Rn. 13.

⁴⁰¹ LAG Köln v. 11.12.2009, BeckRS 2010, 67151; MüArbR/Reichold, Rn. 14.

tionen, die nicht ausdrücklich in den Arbeitsvertrag aufgenommen wurden, lässt sich unter Umständen ein genaueres Bild der Arbeitnehmerpflicht erstellen.

Der subjektive Pflichtenmaßstab bedarf allerdings einer Objektivierung. Aus der Möglichkeit der verhaltens- oder personenbedingten Kündigung ergibt sich bereits, dass der Arbeitnehmer ein objektives Leistungsminimum zu erbringen hat.⁴⁰²

Der objektive Einfluss zeigt sich außerdem an der Arbeitnehmerhaftung. Der Arbeitnehmer muss bei Vornahme der Arbeitsleistung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachten.⁴⁰³ Was im Verkehr erforderlich ist, bestimmt sich nach der Verkehrsanschauung.⁴⁰⁴ Was nach der Verkehrsanschauung erforderlich ist, beurteilt sich wiederum nach der zusammenfassenden Wertung aller Umstände des jeweiligen Falls entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens.⁴⁰⁵

Außerdem ist es bei einer Vielzahl von Unternehmen und bei längerer Einsatzzeit des Arbeitnehmers möglich, den in Rede stehenden Arbeitnehmer mit anderen Arbeitnehmern oder mit seiner eigenen früheren Leistung zu vergleichen und anhand dessen eine Schlechtleistung auszumachen.⁴⁰⁶

Der subjektive Pflichtenmaßstab wird auch die BAG-Rechtsprechung⁴⁰⁷ im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast objektiviert. Danach muss der Arbeitgeber eine vom Arbeitnehmer bestrittene Schlechtleistung damit begründen, dass dieser trotz angemessener Bemühungen seinen berechtigten Erwartungen nicht gerecht geworden ist. Es ist darauf abzustellen, was ein Arbeitgeber nach der Verkehrsanschauung üblicherweise erwarten darf.⁴⁰⁸ Dabei kommt es nicht auf das subjektive Leistungsvermögen des in Rede stehenden Arbeitnehmers, sondern da-

⁴⁰² BAG v. 26.9.1991, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; ErfK/Preis, § 611 BGB Rn. 646.

⁴⁰³ Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (16).

⁴⁰⁴ Vgl. HHMN/Ring, § 91 BGB Rn. 6.

⁴⁰⁵ BGH v. 11.11.1970, BeckRS 1970, 31122848, Entschdgrd. 2. a); BGH v. 24.6.1987, NJW 1987, 2812 (2813); BGH v. 31.1.2015, NJW 2015, 1678 (1679).

⁴⁰⁶ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694); Grobys/Panzer/Wisskirchen, 113 Rn. 5.

⁴⁰⁷ BAG v. 11.12.2003, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969; BAG v. 03.06.2004, NZA 2004, 1380; BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693.

⁴⁰⁸ Vgl. BAG 3.6.2004, NZA 2004, 1380 (1383).

rauf an, was andere vergleichbare Arbeitnehmer, die die gleiche Tätigkeit unter den gleichen Anforderungen erfüllen, zu leisten imstande sind.

Dem subjektiven Leistungsbegriff ist dem Grunde nach zu folgen. Das erfordert der Umstand, dass es sich bei dem Arbeitsvertrag um ein Dauerschuldverhältnis mit höchstpersönlicher Leistungserbringungspflicht handelt. Der subjektive Leistungsbegriff birgt allerdings ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit in sich, weil letztlich für jeden Arbeitsvertrag gesondert zu prüfen ist, ob der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit voll ausschöpft. Zur Ermittlung des subjektiven Leistungsmaßstabs ist es deshalb geboten und sachgerecht, objektive Gesichtspunkte zur Hilfe zu nehmen.

B. Gesamtschau

I. Nichtleistung

Eine Nichtleistung zeichnet sich dadurch aus, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung ganz oder temporär nicht erbringt.⁴⁰⁹ Der Arbeitnehmer leistet also verspätet oder überhaupt nicht.⁴¹⁰

Ob eine verspätete Leistung noch eine Leistung darstellt oder als Nichtleistung zu qualifizieren ist, hängt davon ab, ob die Leistung nachholbar ist. Dies ist nur zu bejahen, wenn ein flexibler Zeitrahmen für die Erbringung der arbeitsvertraglichen Hauptpflicht in Form eines Arbeitszeitmodells (z.B. Gleitzeitarbeit) vereinbart wurde.⁴¹¹ Es kann sich auch aus dem Zweck des Arbeitsvertrags ergeben, dass eine spätere Leistung diesen zu erreichen noch in der Lage ist.⁴¹² Von der Sinnhaftigkeit der späteren Leistung hängt es ab, bis wann die Arbeitsleistung vorgenommen werden kann und ab wann dementsprechend Unmöglichkeit zu bejahen ist.

⁴⁰⁹ *Stuck*, ArbRAktuell 2011, 651 (651).

⁴¹⁰ MAHMoll/*Eisenbeis*, § 17 Rn. 2; *Preis*, § 41; Schaub/*Linck*, § 51 Rn.1; § 17 Rn. 2; MüArbR/*Reichold*, § 39 Rn. 2.

⁴¹¹ *ErftK/Preis*, § 611 BGB Rn. 677; MüArbR/*Reichold*, § 39 Rn. 9; *Stebut*, RdA 1985, 66 (66).

⁴¹² MüArbR/*Reichold*, § 39 Rn. 9.

Unmöglichkeit liegt immer dann vor, wenn zwingende betriebliche Erfordernisse einer Nachholung entgegenstehen.⁴¹³

Darüber hinaus ist eine Nichtleistung immer dann anzunehmen, wenn der Arbeitnehmer zwar leistet, aber eine Leistung erbringt, die für den Arbeitgeber völlig unbrauchbar ist.⁴¹⁴ Im Endeffekt erhält der Arbeitgeber bei einer wertlosen Leistungshandlung ebenso wenig, wie wenn der Arbeitnehmer gänzlich untätig bliebe. Dieser Umstand rechtfertigt es, eine unbrauchbare Leistung so zu behandeln wie eine Nichtleistung.

II. Schlechtleistung

Eine Schlechtleistung liegt vor, wenn der Arbeitnehmer negativ von der geschuldeten Tätigkeit abweicht. Im Unterschied zur Nichtleistung erbringt der Arbeitnehmer aber eine Leistung, die nicht von vornherein gänzlich ungeeignet zur Erreichung des Pflichtenmaßstabs ist. Mit der Schlechtleistung muss nicht zwangsläufig eine Abweichung von der im Arbeitsvertrag vorausgesetzten Art der Tätigkeit einhergehen. Der Arbeitnehmer erbringt dann die vertraglich geschuldete Tätigkeit, aber wird dem Pflichtenmaßstab in quantitativer Hinsicht nicht gerecht.⁴¹⁵ Bspw. schneidet eine Friseurin Kunden die Haare, aber tut sie dies zu langsam. Oder der Fließbandarbeiter produziert das Produkt, was er gemäß der arbeitsvertraglichen Vereinbarung zu produzieren verpflichtet ist, jedoch erreicht die Menge nicht die arbeitsvertragliche Vorgabe. Der Arbeitnehmer leistet weniger als er eigentlich müsste. Die Intensität der Arbeit ist nicht ausreichend.⁴¹⁶ Entwickelt wurde von der Rechtsprechung in diesem Zusammenhang die „Ein-DrittelGrenze“,⁴¹⁷ wonach eine starke Beeinträchtigung der gegenseitigen Leistungen vorliegt, wenn die zu beurteilende Leistung mindestens ein Drittel unter der Durchschnittsleistung liegt und die Unterschreitung längerfristig erfolgt.⁴¹⁸

⁴¹³ Vgl. MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 9.

⁴¹⁴ Canaris, S. 181ff.; Weller, S. 536f.

⁴¹⁵ Singer/Schiffer, JA 2006, 833 (834).

⁴¹⁶ Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (14).

⁴¹⁷ LAG Baden-Württemberg v. 6.9.2006, BeckRS 2007, 44538 Entschdgrd.. A. III. 3. d) bb) (2).

⁴¹⁸ LAG Baden-Württemberg v. 6.9.2006, BeckRS 2007, 44538 Entschdgrd.. A. III. 3. d) bb) (2); Grobys/Panzer/Wisskirchen, 113 Rn. 10.

Eine Schlechtleistung kann auch in der Vornahme einer qualitativen Minderleistung liegen. Dabei ist zu beachten, dass die Vornahme einer qualitativen Minderleistung zugleich eine Minderleistung in quantitativer Hinsicht darstellt. Fehler bei der Arbeitsausführung führen stets zu quantitativen Mängeln. Ausgangspunkt für die Ermittlung einer Schlechtleistung muss die Bestimmung des vom Arbeitnehmer zu erbringenden Pflichtenmaßstabs sein. Dies gilt sowohl für eine Schlechtleistung, die sich ausschließlich in dem Vorhandensein von quantitativen Mängeln zeigt, als auch für eine qualitative Schlechtleistung, welche das Vorliegen quantitativer Mängel impliziert.

1. Gestaltungsmittel

Für viele Arbeitsverhältnisse kommen Vereinbarungen in Betracht, die den Inhalt des Arbeitsvertrags selbst spezifizieren. Zu beachten ist das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes der Inhaltskontrolle nach §§ 305ff. BGB unterliegen. Bestehen Allgemeine Geschäftsbedingungen, die die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers näher qualifizieren, ist für deren Wirksamkeit insb. auf die Vorschriften der §§ 310 Abs.4, 305c und 307 BGB zu achten.⁴¹⁹ Eine arbeitsvertragliche Klausel kann zur näheren Bestimmung des Pflichtenmaßstabs beitragen, wenn sie diesen Vorschriften nicht entgegensteht. Des Weiteren kann eine betriebliche Übung zur Konkretisierung der Tätigkeitspflicht dienen.⁴²⁰ Die strengen Anforderungen, die die Rechtsprechung wegen der dadurch hervorgerufenen Veränderungen des arbeitsvertraglichen Pflichtenprogramms aufstellt, führen allerdings dazu, dass diese in der Praxis nur selten vorkommen.⁴²¹ Es besteht zudem die Möglichkeit, den Leistungsmaßstab kollektivvertraglich durch Betriebsvereinbarungen oder Tarifverträge zu konkretisieren. Der Gebrauch hiervon ist in der Praxis ebenfalls eine Seltenheit, was dem Umstand geschuldet ist, dass

⁴¹⁹ BAG v. 19.1.2011, NZA 2011, 631 (633); BAG 16.4.2008, NZA 2008, 876 (877); BAG v. 8.8.2007, AP Nr. 4 zu § 21 TzBfG Rn. 34; ErfK/Preis, §§ 305-310 BGB Rn. 11; Jauernig/Stadler, § 305c Rn. 2.

⁴²⁰ MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 16.

⁴²¹ Küttner/Kreitner, Betriebliche Übung, Rn. 4; MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 16.f

der Arbeitgeber sich damit frühzeitig einschränken würde. Der Arbeitsvertrag würde seine Natur als dynamisches Dauerschuldverhältnis einbüßen und der Arbeitgeber hätte bei leistungsstarken Arbeitnehmern eine Leistungseinbuße hinzunehmen.⁴²² Dass die Vereinbarung auf kollektivrechtlicher Ebene noch unattraktiver ist als die Festlegung des Pflichtenmaßstabs auf arbeitsvertraglicher Ebene, ist dem Umstand geschuldet, dass sowohl Tarifverträge als auch Betriebsvereinbarung unmittelbar und zwingend wirken.⁴²³ Ihre Geltung ist damit unabhängig von der Kenntnis der Arbeitsvertragsparteien und ihre Normen sind nicht dispositiv.

Die genannten Konstrukte können also eine Konkretisierungshilfe darstellen, ihr Vorliegen in der Praxis ist aber eine Ausnahme.

2. Konkretisierungshilfen

Der Pflichtenmaßstab beurteilt sich anhand der arbeitsvertraglichen Vereinbarung.⁴²⁴ In den meisten Fällen ist die Beschreibung der Tätigkeit dort aber sehr allgemein gehalten. Die ausdrückliche Festlegung der qualitativen Anforderungen ergibt sich aus dem Arbeitsvertrag regelmäßig nicht.⁴²⁵

Fest steht, die ordnungsgemäße Arbeitsleistung erfordert die Erbringung einer Arbeitsleistung. Die bloße Zurverfügungstellung der Arbeitskraft genügt nicht.⁴²⁶

Die Idee, ein vom Arbeitgeber vorgegebenes Anforderungsprofil zur Bestimmung des Pflichtenmaßstabs heranzuziehen, würde zwar zu mehr Rechtssicherheit führen, erweist sich aber als nicht praktikabel.⁴²⁷ Zumeist wird das Anforderungsprofil erst während des Vollzugs des Arbeitsvertrags durch Ausübung des Weisungsrechts konkretisiert. Hinzu kommt, dass eine vorherige Konkretisierung des Pflichtenmaßstabs nur

⁴²² Siehe S.57.

⁴²³ BeckOK GewO/Hoffmann, § 105 GewO Rn. 43; MAHMoll/Hamacher, § 70 Rn. 9ff.; KollektivArbR/Preis, § 98 I.

⁴²⁴ BDDH/Brors, § 611 BGB Rn. 485; Preis, § 26 III 3.

⁴²⁵ Preis, § 26 III.

⁴²⁶ So auch: ErftK/Preis, § 611 Rn. 642; MüArbR/Reichold, § 36 Rn. 3; Wollenschläger, Rn. 203; andere Ansicht: v. Stebut, RdA 1985, 66 (69);

⁴²⁷ Vgl. Tschöpe, BB 2006, 213 (215).

für solche Arbeitsverhältnisse möglich ist, bei denen die Leistungserbringung einen messbaren oder zumindest nach außen sichtbaren Erfolg darstellt. Dies ist oft nicht der Fall. Aus dem Anforderungsprofil ginge zudem nicht hervor, ab wann genau eine Abweichung davon zu einer die arbeitsvertraglichen Pflichten nicht mehr erreichenden Leistung führen würde.

Da es dem Arbeitsvertrag meist an einer ausdrücklichen Niederlegung der Arbeitspflicht mangelt, hilft das Weisungsrecht zur näheren Bestimmung der Leistungspflicht.⁴²⁸ Dadurch gibt der Arbeitgeber sein Anforderungsprofil nach außen kund – allerdings zumeist erst, wenn der Leistungsaustausch bereits stattfindet. Bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs stellt das Weisungsrecht nur bedingt eine Hilfe dar, weil seine Bestimmung nie über das hinausgehen kann, was der Arbeitsvertrag bestimmt. § 611 BGB begründet und beschränkt das Weisungsrecht gleichermaßen.⁴²⁹

Es gibt eine Reihe von Faktoren aus der Umwelt, die auf den Arbeitsvertrag einwirken und den Pflichtenmaßstab konkretisieren können.⁴³⁰ Die Verkehrsauffassung bestimmt, welche Umweltfaktoren sich zu einem Sozialbild zusammenfügen, welches Einfluss auf das arbeitsvertragliche Pflichtenprogramm nimmt (Stellenausschreibung, Organisationspläne usw.).⁴³¹ Bei der Bestimmung der Qualität der Art der zu leistenden Arbeit stößt allerdings auch das Sozialbild oft an seine Grenzen, da es darüber keine Aussage trifft. Dieses kann lediglich über die Art der zu leistenden Arbeit Auskunft erteilen. Um auch Aussagen über die Qualität Arbeitsleistung treffen zu können, muss auf weitere Kriterien zurückgegriffen werden.

3. Objektivierung

Es gilt eine Modifizierung des subjektiven Leistungsbegriffs vorzunehmen, die der Interessenlage gerecht wird. Sie soll zu mehr Rechtssicherheit beitragen und den Vertragsparteien gleichermaßen deutlich machen, wie die Arbeitnehmerpflicht ausgestaltet ist, ohne der

⁴²⁸ BeckOK ArbR/*Tilmanns*, § 106 GewO vor Rn. 1.

⁴²⁹ MüArbR/*Reichold*, § 35 Rn. 5.

⁴³⁰ MüArbR/*Reichold*, § 35 Rn. 14.

⁴³¹ *LAG Köln* v. 11.12.2009, BeckRS 2010, 67151.

Arbeitsleistung ihren Charakter als subjektive Leistungspflicht zu nehmen. Festzuhalten bleibt, dass der Arbeitnehmer wegen der Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringungspflicht nicht bereits dann eine Pflichtverletzung begeht, wenn er wegen geringer Leistungsfähigkeit keine objektive Normalleistung erbringt.⁴³² Vom Arbeitnehmer kann lediglich eine Leistung erwartet werden, welche er bei angemessener Anspannung seiner geistigen und körperlichen Kräfte zu leisten imstande ist (subjektiver Leistungsbegriff).⁴³³ Er ist dazu verpflichtet, die eigene Arbeitskraft während der vereinbarten Arbeitszeit im Rahmen der vertraglichen und gesetzlichen Grenzen zur Leistung der „versprochenen Dienste“ unter Aufwendung aller seiner Kräfte und Möglichkeiten voll einzusetzen.⁴³⁴ Er schuldet keinen nach außen messbaren Arbeitserfolg. Das zeigt sich auch daran, dass es kein gesetzlich geregeltes arbeitsvertragliches Gewährleistungsrecht gibt, mithilfe dessen die Herstellung eines Erfolges durchgesetzt werden könnte.⁴³⁵ Die Persönlichkeit der Leistungserbringungspflicht steht im Widerspruch dazu, diese Pflicht nach objektiven Kriterien festzulegen.⁴³⁶

Allerdings kann die subjektive Komponente nicht die allein maßgebliche sein. Dann obläge es allein dem Arbeitnehmer, den Pflichtenmaßstab nach seinem Können festzulegen. Dem Arbeitgeber wäre es verwehrt zu kündigen, solange der Arbeitnehmer eine Leistung erbringt, die seinen persönlichen Fähigkeiten entspricht.⁴³⁷ Eine Schlechtleistung wäre außerdem kaum identifizierbar und belegbar, wenn die subjektive Komponente die allein maßgebliche wäre.

Die Festlegung eines objektiven Leistungsminimums⁴³⁸ vermag eine Grenze nach unten hin zu setzen, indem es festlegt, ab wann definitiv keine den Pflichtenmaßstab erreichende Leistung mehr vorliegt. Es gibt

⁴³² ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 643; Preis, § 26 I; Schaub/Linck, § 45 Rn. 2; Singer/Schiffer, JA 2006, 833 (833); Staudinger/Richardi/Fischinger, § 611 Rn. 1041 und 1053; Tillmanns, RdA 2009, 391 (391); Wollenschläger, Rn. 202.

⁴³³ Preis, § 26 III 1.

⁴³⁴ BDDH/Brors, § 611 BGB Rn. 485; ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 643; vgl. HWK/Thüsing, vor § 611 BGB Rn. 8; Preis, § 26 III 1.

⁴³⁵ ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 643; Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (16).

⁴³⁶ BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786); Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (15).

⁴³⁷ Preis, § 26 III 1.

⁴³⁸ BAG v. 26.9.1991, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit; i.R.d. Kündigung relevant in: ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 646.

aber auch Fälle, in denen der Arbeitnehmer trotz Erbringung des objektiven Minimums eine schlechte Arbeitsleistung erbringt. Das objektive Leistungsminimum vermag keinen Aufschluss darüber zu geben, wann trotz Erfüllung des Leistungsminimums eine Schlechtleistung vorliegt. Eine weitere Spezifizierungshilfe bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs bietet die Betrachtung der Arbeitnehmerhaftung. Die persönliche Leistungserbringungspflicht gebietet es dem Arbeitnehmer sorgfaltspflichtig zu arbeiten. Die Sorgfaltspflicht bestimmt sich nach der Verkehrserforderlichkeit. Was nach der Verkehrsanschauung erforderlich ist, beurteilt sich nach einer zusammenfassenden Wertung aller Umstände des jeweiligen Falls entsprechend den Anschauungen des täglichen Lebens – mithin nach objektiven Kriterien.⁴³⁹ Auch hier zeigt sich also die objektive Beeinflussung der Arbeitsleistung. Da eine Schlechtleistung jedoch nicht zwingend das Vorliegen von sorgfaltswidrigem Verhalten voraussetzt, bietet auch die Arbeitnehmerhaftung nur bedingt eine Hilfe bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs. Sorgfaltswidriges Verhalten kann ein Indiz für das Vorliegen einer Schlechtleistung sein. Hinzu kommt, dass, auch wenn die Haftung sich aus der objektiv zu ermittelnden Verkehrsanschauung ergibt, die Beantwortung der haftungsrechtlichen Frage einer Einzelfallprüfung bedarf. Zu einer rechtssicheren Antwort auf die Frage, ob eine Schlechtleistung vorliegt, führt die Heranziehung des Sorgfaltsmaßstabs nur in seltenen Fällen.

Damit die Feststellung einer Schlechtleistung erleichtert wird, bietet es sich an Vergleichsgruppen zu bilden.⁴⁴⁰ Dabei muss der in Rede stehende Arbeitnehmer mit Arbeitnehmern desselben Unternehmens verglichen werden, die die gleiche oder wenigstens eine gleichwertige Tätigkeit ausführen.⁴⁴¹ Zu beachten ist dabei jedoch, dass die zu vergleichenden Arbeitnehmer besonders leistungsstark sein können.⁴⁴² Eine Schlechtleistung ist daher nicht zwangsläufig anzunehmen, wenn

⁴³⁹ *BGH* v. 31.1.2015, NJW 2015, 1678 (1679); *BGH* v. 24.6.1987, NJW 1987, 2812 (2813); *BGH* v. 11.11.1970, BeckRS 1970, 31122848, Entschdgrd. 2. a).

⁴⁴⁰ *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

⁴⁴¹ Grobys/Panzer/*Wisskirchen*, 113 Rn. 5 und 6.

⁴⁴² *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

der jeweilige Arbeitnehmer das Schlusslicht der Vergleichsgruppe darstellt, sondern erst dann, wenn er den Mittelwert der Vergleichsgruppe deutlich und längerfristig unterschreitet.⁴⁴³

Die Vergleichsgruppenbildung stößt an ihre Grenzen, wenn es keine zu vergleichende Gruppe im Unternehmen gibt. Dann könnte es sich zwar anbieten eine Vergleichsgruppe aus einem anderen Unternehmen heranzuziehen.⁴⁴⁴ Allerdings dürfte es in praktischer Hinsicht schwierig sein, an die erforderlichen betriebspezifischen Informationen eines Drittunternehmens zu gelangen. Zudem gibt es eine Vielzahl von Faktoren, die berücksichtigt werden müssen, damit die Bildung einer unternehmensexternen Vergleichsgruppe möglich ist.⁴⁴⁵

Daneben kommt die Möglichkeit in Betracht, auf die frühere durchschnittliche Arbeitsleistung des in Rede stehenden Arbeitnehmers abzustellen.⁴⁴⁶ Diese Möglichkeit bietet sich aber nur an, wenn der Arbeitnehmer zu einem früheren Zeitpunkt eine ordnungsgemäße Leistung erbracht hat, da es ansonsten keine abweichende Vergleichsleistung gibt.

Damit ein angemessener Ausgleich geschaffen wird zwischen subjektiver Leistungserbringungspflicht und eine der Rechtsklarheit dienenden objektiven Komponente der Arbeitsleistung, fordert das *BAG* mit Recht, dass der Arbeitnehmer mindestens eine Leistung erbringen muss, die einem Drittel des Durchschnittsniveaus entspricht.⁴⁴⁷ Dies wiederum ist aber nur möglich für Leistungen, die einen nach außen sichtbaren und messbaren Erfolg aufweisen.

Der Versuch, eine Vielzahl unterschiedlicher abstrakt definierter Voraussetzungen als eine Art Definition für den Pflichtenmaßstab heranzuziehen ist nicht zu befürworten. Danach erfüllt der Arbeitnehmer seine Pflicht aus dem Arbeitsverhältnis, wenn er eine Arbeitsleistung erbringt, „die ein durchschnittlicher Arbeitnehmer nach vollzogener Ein- arbeitsleistung bei menschengerechter Gestaltung der Arbeitsbedingungen

⁴⁴³ *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

⁴⁴⁴ *ArbG Celle* v. 14.5.2001, NZA-RR 2001, 478 (480); *Tschöpe*, BB 2006, 213 (215).

⁴⁴⁵ Vgl. *BAG* v. 27.11.2008, NZA 2009, 842 (844); vgl. *Tschöpe*, BB 2006, 213 (215).

⁴⁴⁶ *Tschöpe*, BB 2006, 213 (215).

⁴⁴⁷ *BAG* v. 11.12.2003, AP Nr.48 zu § 1 KSchG 1969.

ohne Rücksicht auf Geschlecht, Alter und tägliches Schwanken der Arbeitsleistungen ohne gesteigerte Anstrengungen erbringen kann“.⁴⁴⁸

Eine Erleichterung stellt diese Definition nicht dar, weil die einzelnen Kriterien selbst wieder subjektiv zu bestimmen und vom Einzelfall abhängig sind. Die vagen Kriterien bedürften einer Konkretisierung, die von Arbeitsverhältnis zu Arbeitsverhältnis unterschiedlich vorzunehmen wäre. Die Definition würde somit entgegen ihrer Intention Rechtsunsicherheit bewirken. Die schwer zu interpretierenden Begriffe machen es in der Praxis nicht möglich, gesichert zu erklären, was im konkreten Einzelfall geleistet werden soll.⁴⁴⁹

Die Objektivierung erreicht im Ergebnis durch die Bestimmung eines objektiven Leistungsminimums, durch das Sozialbild, welches unter Umständen weiterhelfen kann sowie durch die eventuelle Vornahme einer Vergleichsgruppenbildung einen gewissen Grad. Dadurch wird der subjektive Charakter der Arbeitnehmerpflicht modifiziert, aber nicht konterkariert.

Die Objektivierung der Leistungspflicht zeigt sich darüber hinaus an der abgestuften Darlegungs- und Beweislast, die die Rechtsprechung entwickelt hat.⁴⁵⁰ Der Arbeitgeber muss im Rahmen einer abgestuften Darlegungs- und Beweislast nur solche Tatsachen vortragen, die innerhalb seines Wahrnehmungsbereichs liegen.⁴⁵¹ Wenn sich sein Wissen in objektiv messbaren Arbeitsergebnissen erschöpft, genügt er seiner Darlegungslast, wenn er dieses Wissen dem Gericht mitteilt.⁴⁵² Dazu kann er sich der bereits näher erläuterten Vergleichsgruppenbildung bedienen.⁴⁵³ Das BAG erkennt somit trotz der Höchstpersönlichkeit der Leistungspflicht die Relevanz objektiver Daten an. Bei einer Arbeitsleistung, die in quantitativer Hinsicht vom Arbeitsvertrag abweicht, gilt die bereits erwähnte Ein-Drittel-Grenze.⁴⁵⁴ Kann der Arbeitnehmer den ar-

⁴⁴⁸ V. Hoyningen-Huene/Linck/Krause, § 1 Rn. 454.

⁴⁴⁹ Tschöpe, BB 2006, 213 (214).

⁴⁵⁰ BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (694).

⁴⁵¹ BGH v. 11.3.2010, NJW 2010, 1357 Rn. 16.

⁴⁵² Weber, DB 2015, 1899 (1902).

⁴⁵³ Siehe S.86ff.

⁴⁵⁴ BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786).

beitgeberseitigen Vortrag im Prozess bestreiten, ist es Sache des Arbeitgebers darzulegen, dass die Arbeitsleistung seine berechtigte Erwartung von der Gleichwertigkeit der beiderseitigen Leistungen in einem Maß unterschreitet, dass ihm ein Festhalten am Arbeitsvertrag unzumutbar ist.⁴⁵⁵ Die Ermittlung dessen, was der Arbeitgeber erwarten durfte, bestimmt sich, anhand der Bewertung objektiver Kriterien, welche im Rahmen der Vergleichsgruppenbildung erfolgt.

Die Darstellung einer abstrakten Fehlerhäufigkeit im Verhältnis zu anderen Mitarbeitern lässt das *BAG* aber nicht genügen, wenn die bloße Betrachtung der Fehlerhäufigkeit zur Ermittlung der Schlechtleistung nicht ausreicht. Dies etwa, weil bestimmte Fehler nicht zu vermeiden sind und deshalb nicht automatisch das Vorliegen einer Schlechtleistung begründen.⁴⁵⁶ Oder, weil es schlichtweg nicht möglich ist, die Arbeitsergebnisse nach außen sichtbar zu machen.⁴⁵⁷ Es bedarf somit unter Umständen einer arbeitgeberseitigen, einzelfallbezogenen Darlegung der Gesamtumstände, die diesem mehr abverlangen als das Aufzeigen von quantitativen, nach außen sichtbaren Mängeln. Die Darstellung einer abstrakten Fehlerhäufigkeit im Verhältnis zu anderen Mitarbeitern lässt das *BAG* in diesen Fällen nicht genügen.⁴⁵⁸

Diese besonderen Anforderungen, die die Rechtsprechung im Rahmen der Darlegungs- und Beweislast aufstellt, führen zu einer weiteren Objektivierung des Pflichtenmaßstabs. Allerdings gilt dies nur, wenn das Aufzeigen des Fehlers möglich ist und deutlich wird, dass von der berechtigten Arbeitgebererwartung abgewichen wurde.

Kapitel 2. Gesetzliche Lösungsmodelle

Leistet der Arbeitnehmer während der vereinbarten Arbeitszeit nicht und wäre die spätere Arbeitsleistung zur Zweckerreichung der Arbeitsleistung ungeeignet, tritt Unmöglichkeit ein, vgl. § 275 BGB.⁴⁵⁹ Die ge-

⁴⁵⁵ *BAG* v. 11.12.2003, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969.

⁴⁵⁶ *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (695).

⁴⁵⁷ *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (695).

⁴⁵⁸ *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (695).

⁴⁵⁹ Siehe S.31ff.

schuldete Leistung kann dauerhaft nicht erbracht werden, denn verstrichene Arbeitszeit kann nicht nachgeholt werden.⁴⁶⁰ Der Zeitraum, in dem geleistet werden kann, kann unterschiedlich groß sein. Zum Beispiel ist es denkbar, dass der Arbeitnehmer kraft eines Tarifvertrages oder einer Betriebsvereinbarung zur Nachleistung verpflichtet ist oder im Arbeitsvertrag selbst flexible Arbeitszeiten vereinbart wurden.⁴⁶¹ Auch kann es Fälle geben, in denen sich die Möglichkeit, die Leistungshandlung zu einem späteren als dem gewöhnlichen Zeitpunkt zu erbringen, aus dem Zweck des Arbeitsvertrages selbst ergibt.⁴⁶² Die spätere Vornahme der Arbeitszeit ist dann nicht ausdrücklich festgeschrieben. Aber auch in diesen Fällen tritt in dem Zeitpunkt Unmöglichkeit ein, in welchem der Zeitraum der möglichen Nachleistung abgelaufen ist.

Der Vergütungsanspruch entfällt in allen Fällen der Nichtleistung nach § 326 Abs.1 und 2 BGB. Diese Rechtsfolge tritt jedoch nur ein, wenn der Arbeitnehmer eine Nichtleistung erbringt. Wie bereits ausgeführt, liegt eine Nichtleistung auch dann vor, wenn der Arbeitnehmer zwar tätig wird, aber die Leistungshandlung zur Erreichung des Vertragszwecks wertlos ist.⁴⁶³ Eine solche Leistungshandlung steht einem völligen Untätig bleiben dann wertungsmäßig gleich, was es rechtfertigt, trotz Vornahme einer Leistungshandlung eine Nichtleistung anzunehmen.

Die Rechtsfolgen, die sich aus einer Schlechtleistung des Arbeitnehmers ergeben, sind schwieriger zu beurteilen. Wegen der Nichtexistenz eines arbeitsvertraglichen Gewährleistungsrechts sind diese umstritten. Aus dem Gesetz ergibt sich, dass der Arbeitgeber trotz Erbringung einer schlechten Hauptleistung durch den Arbeitnehmer weiter den vollen Lohn zahlen muss, vgl. § 326 Abs.1 S.2 BGB.

Teilweise wird befürwortet, eine Schlechtleistung so zu behandeln, als sei sie eine teilweise Nichtleistung, die den Arbeitgeber zur Lohnminderung berechtigt.⁴⁶⁴ Wenn die auszuführende Tätigkeit nur ausschnitts-

⁴⁶⁰ HK-BGB/Schulze, § 275 Rn. 2; Lindemann, AuR 2002, 81 (82).

⁴⁶¹ Lindemann, AuR 2002, 81 (82).

⁴⁶² MüArbR/Reichold, § 39 Rn. 9.

⁴⁶³ Siehe S.36ff.

⁴⁶⁴ Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 279 Rn. 39.

weise ordnungsgemäß erfolgt, könne dies dazu führen, dass die Entgeltspflicht auch nicht vollständig zu erfolgen hat.⁴⁶⁵ Von § 275 Abs.1 bis 3 BGB ist aber nur die endgültige Nichtleistung i.S.v. Unmöglichkeit erfasst, nicht aber die Schlechtleistung.⁴⁶⁶ Der Arbeitnehmer verliert seinen Vergütungsanspruch bei einer Schlechtleistung nicht gemäß § 326 Abs.1 BGB, was durch § 326 Abs.1 S.2 BGB ausdrücklich klar gestellt wird.⁴⁶⁷ Da das Arbeitsvertragsrecht keine Gewährleistung im Falle der Schlechterfüllung kennt, schließt § 326 Abs.1 S.2 BGB die Anwendung der Regeln über die Teilunmöglichkeit auf die Schlechtleistung ausdrücklich aus.⁴⁶⁸ Mit der Norm stellt das Gesetz eine Wertung auf, die nicht unterlaufen werden darf.⁴⁶⁹ Daraus folgt, dass eine Minderung nicht in Betracht kommt. Auch eine mangelhafte Arbeitsleistung ist zu vergüten.⁴⁷⁰

Das bedeutet gleichwohl nicht, dass dem Arbeitgeber keine Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um den Schaden, welcher aus der minderwertigen Leistung resultiert, auf andere Weise als durch Entzug des Entgelts zu kompensieren. Der Ausschluss einer Minderung kraft Gesetzes bedeutet nicht, dass andere Möglichkeiten ausgeschlossen sind und der Arbeitgeber stets die vereinbarte Vergütung vollumfänglich zu gewähren hat.⁴⁷¹ Dass ein Minderungsrecht richtigerweise zu versagen ist, bedeutet nicht, dass ähnliche Rechtsfolgen aufgrund anderer Haftungsregelungen nicht erreicht werden können.⁴⁷² Die Sperrwirkung des Minderungsrechts reicht nur so weit wie sein Regelungsgehalt. Es gibt Lösungen, die das Gesetz zur Verfügung stellt. Im Folgenden werden diese aufgezeigt und ihre Sinnhaftigkeit erläutert.

A. Rücktritt

In Betracht zu ziehen ist die Möglichkeit eines (Teil-)-Rücktritts. Da die arbeitsvertragliche Hauptleistung des Arbeitnehmers grundsätzlich

⁴⁶⁵ Zöllner/Loritz/Hergenröder, S. 279 Rn. 41.

⁴⁶⁶ So auch: Lindemann, AuR 2002, 81 (83).

⁴⁶⁷ Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (17).

⁴⁶⁸ Balzer/Kröll/Scholl, S. 277; Schaub/Linck, § 52 II.

⁴⁶⁹ Siehe S.1.

⁴⁷⁰ Jauernig/Mansel, § 611 BGB Rn. 16.

⁴⁷¹ MAHMoll/Eisenbeis, § 17 Rn. 87.

⁴⁷² BAG v. 6.6.1972, AP Nr. 71 zu § 611 BGB.

nicht nachholbar ist, ergibt sich die Rücktrittsmöglichkeit aus § 323 Abs.5 BGB.⁴⁷³ Die dadurch ausgelöste Rückabwicklung führt dann aber zu einem minderungsähnlichen Ergebnis, was der Wertung des § 326 Abs.1 S.2 BGB entgegensteht.

Dagegen spricht außerdem, dass bei einem Arbeitsvertrag anstelle eines Rücktritts eine Kündigung vorgesehen ist. Das Gesetz bringt somit zum Ausdruck, dass für den Arbeitsvertrag der Vorrang des Kündigungsrechts gilt. Das gleiche muss auch für den Teilrücktritt gelten.⁴⁷⁴

B. Kündigung

In Betracht zu ziehen ist aber eine Kündigung. Diese kommt – wie auch sonst im Arbeitsvertragsrecht – in Form der außerordentlichen oder ordentlichen Kündigung in Betracht.

I. Die außerordentliche Kündigung

Die außerordentliche Kündigung ist in § 626 BGB einheitlich für sämtliche Arbeitsverträge geregelt.⁴⁷⁵

1. Wichtiger Grund

Demnach ist die Kündigung gerechtfertigt, wenn im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigungserklärung ein wichtiger Grund für die Kündigung vorlag. Dass der Grund für eine außerordentliche Kündigung gravierender sein muss als für eine ordentliche, folgt schon daraus, dass die Unzumutbarkeit aus § 626 Abs.1 BGB sich auf die Nichteinhaltung der Kündigungsfrist beziehen muss, die bei einer ordentlichen Kündigung einzuhalten ist, vgl. § 622 BGB. Ob ein wichtiger Grund im Sinne der Norm gegeben ist beurteilt sich nach ständiger BAG-Rechtsprechung im Rahmen einer zweistufigen Prüfung.⁴⁷⁶ Zunächst ist festzustellen, ob *an sich* Tatsachen vorliegen, die einen wichtigen Grund zur Folge haben.⁴⁷⁷ Danach ist festzustellen, ob unter Berücksichtigung aller Um-

⁴⁷³ Canaris, S. 181.

⁴⁷⁴ Canaris, S. 181.

⁴⁷⁵ Schaub/Linck, § 127 Rn. 1.

⁴⁷⁶ BAG v. 20.11.2014, AP Nr. 249 zu § 626 BGB Rn. 13; BAG v. 25.10.2012, NZA 2013, 319 (320); BAG v.27.4.2006, NZA 2006, 1033 (1033f.).

⁴⁷⁷ Kittner/Däubler/Zwanziger/Däubler, § 626 BGB Rn. 41; Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 1200.

stände des Einzelfalls und unter Abwägung der Interessen beider Vertragsteile eine Weiterbeschäftigung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist zumutbar ist.⁴⁷⁸

Außerdem ist die außerordentliche Kündigung in Anbetracht der Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nur als *ultima ratio*-Maßnahme zulässig.⁴⁷⁹ Die Schlechtleistung des Arbeitnehmers wird sich in Anlehnung an § 1 Abs.2 KSchG grundsätzlich unter die Kategorie des verhaltensbedingten Kündigungsgrundes fassen lassen.⁴⁸⁰ Verhaltensbedingte außerordentliche Kündigungsgründe sind unter den gleichen Voraussetzungen gegeben wie die einer ordentlichen Kündigung. Die Gründe unterscheiden sich in ihrer Qualität.⁴⁸¹ Verhaltensbedingte Kündigungen bedürfen sowohl bei der ordentlichen wie auch bei der außerordentlichen Kündigung als noch schärferes Mittel zunächst einer Abmahnung.⁴⁸² Das Verhalten, auf das die Kündigung gestützt wird, muss ein Ausmaß erreichen, welches es für den Arbeitgeber unzumutbar werden lässt, den Arbeitnehmer bis zum Ende der ordentlichen Kündigungsfrist weiter zu beschäftigen. Bei einer Schlechtleistung ist diese Schwelle nur in seltenen Fällen erreicht.⁴⁸³

Die einmalige unentschuldigte Arbeitspflichtverletzung rechtfertigt jedenfalls keine fristlose Kündigung, wenn die Fehlzeit ohne Schwierigkeit durch Umdisponierung zu überbrücken ist.⁴⁸⁴ Die Pflichtverletzung zieht dann nämlich keine konkreten betrieblichen oder wirtschaftlichen Auswirkungen mit sich. Der Arbeitgeber muss aus eigenbetrieblichen Interessen in der Lage sein mit kurzfristigen Erkrankungen – also entschuldigten Fehlzeiten – umgehen zu können ohne seinen Betrieb zu gefährden. Ein Unterschied zwischen unentschuldigten und entschuldigten Fehlzeiten ist daran zu erkennen, dass der Arbeitgeber bei Letzterem vor Nichtantritt der Arbeit erfährt, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung nicht vornehmen wird. Er kann sich darauf einstellen.

⁴⁷⁸ Preis, § 66 III., 1.; Schaub/Linck, § 127 Rn. 40.

⁴⁷⁹ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 553.

⁴⁸⁰ Vgl. MAHMoll/Eisenbeis, § 17 Rn. 90.

⁴⁸¹ Preis, § 66 IV 3.

⁴⁸² Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 558 und 1201ff.

⁴⁸³ Preis, § 66 IV 3.

⁴⁸⁴ LAG Hamm v. 15.7.1988, LAGE Nr. 41 zu § 626 BGB.

Wenn der Arbeitgeber den Nichtantritt zur Arbeit erst bemerkt, wenn der Arbeitnehmer nicht erscheint, kann es für eine Umdisponierung zu spät sein. Letztlich dürfte der Unterschied aber nur in seltenen Fällen so gravierend sein, dass die unentschuldigte Fehlzeit im Gegensatz zur entschuldigten eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen vermag. Denn auch wenn der Arbeitnehmer wegen Krankheit nicht zur Arbeit erscheint, wird er den Arbeitgeber regelmäßig erst kurze Zeit vor dem üblichen Arbeitsantritt über sein Nichterscheinen informieren. Der Arbeitgeber muss also damit rechnen, besetzte Stellen sehr kurzfristig umbesetzen zu müssen bzw. dazu in der Lage sein, diese Tätigkeiten von anwesenden Arbeitnehmern ausüben zu lassen. Meistens wird es keinen großen Unterschied machen, ob der Arbeitgeber kurz vor Arbeitsantritt vom Nichterscheinen erfährt oder das Nichterscheinen sich in dem Moment bemerkbar macht, in dem der Arbeitnehmer zur Arbeit antreten müsste. Wenn der Arbeitgeber kurz vorher umdisponieren kann, wird er dies auch noch im eigentlichen Zeitpunkt des Arbeitsantritts können. Jedenfalls wird das dadurch hervorgerufene Maß an Leistungseinbuße regelmäßig die Schwelle für eine außerordentliche Kündigung nicht erreichen. Die betrieblichen und wirtschaftlichen Auswirkungen sind zu gering. Einen Unterschied wird dies nur machen, wenn es dem Arbeitgeber berechtigterweise auf die Vornahme der Leistungshandlung zu einem ganz bestimmten Zeitpunkt ankommt und der Bestand seines Betriebes bei unentschuldigter Nichtleistung gefährdet ist. Dies kommt aber nur in außergewöhnlichen Fällen in Betracht und ist deshalb vom Einzelfall abhängig zu machen.

Eine außerordentliche verhaltensbedingte Kündigung kommt aber nicht nur bei unentschuldigtem Fehlen in Betracht, sondern auch bei Fehlern, die bei der Vornahme der Arbeitsleistung selbst passieren. Wenn der Fehler außergewöhnlich schwer wiegt, vermag er unter Umständen sogar bei einmaliger Vornahme eine außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen.⁴⁸⁵ Dies kommt bspw. für einen Krankenpfleger auf der Intensivstation, der aus Versehen das Beatmungsgerät eines Patienten

⁴⁸⁵ APS/Vossen, § 1 KSchG Rn. 278b.

ausschaltet, in Betracht⁴⁸⁶ oder wenn dieser eine Notrufsituation erkennt.⁴⁸⁷ Das zu beurteilende Fehlverhalten des Arbeitnehmers ist aber zumeist eine mehrmalige Verletzung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis. Wann die Schwelle zum Kündigungsgrund erreicht ist, ist bei einer Schlechtleistung deshalb schwierig zu beurteilen. Es handelt sich zumeist um einen sogenannten Dauerstörtatbestand. Ein solcher ist gegeben, wenn ständig neue, kündigungsrelevante Tatsachen eintreten, welche das Arbeitsverhältnis zu stören vermögen.⁴⁸⁸ Der Arbeitgeber hat in den meisten Fällen nicht lediglich ein einmaliges Verhalten des Arbeitnehmers zu begutachten wie dies bspw. bei einer Kündigung wegen einer strafbaren Handlung der Fall ist. Er muss sich auf ein Verhalten stützen, welches sich über einen längeren Zeitraum erstreckt. Es kommen ständig neue Schlechtleistungen hinzu, die der Arbeitgeber in die Bewertung darüber, ob ein Kündigungssachverhalt i.S.v. § 626 BGB gegeben ist, mit einzubeziehen hat. Ob die Schwelle zur außerordentlichen Kündigung erreicht ist, wenn der Arbeitnehmer fünfmal oder zehnmal schlecht leistet, ist davon abhängig, welche Auswirkungen die schlechte Leistung auf das Arbeitsverhältnis hat. Dies stellt letztlich wiederum eine zur Rechtsunsicherheit führende Einzelfallentscheidung dar. Sie wirkt dem Normzweck des § 626 Abs.2 BGB, der darauf abzielt dem Kündigungsgegner Gewissheit darüber zu geben,⁴⁸⁹ ob er mit einer Kündigung rechnen muss, entgegen.

2. Ausschlussfrist bei Gleichartigkeit der Verstöße

Die Kündigung kann nach § 626 Abs.2 BGB nur innerhalb einer Ausschlussfrist von zwei Wochen erklärt werden. Die Frist beginnt mit der zuverlässigen oder möglichst vollständigen Kenntnis des Arbeitgebers, der die Kündigung maßgeblich rechtfertigenden Tatsachen – dem sogenannten Kündigungssachverhalt.⁴⁹⁰ Stützt der Arbeitgeber die Kündigung auf eine schlechte Hauptleistung des Arbeitnehmers, setzt dies

⁴⁸⁶ BAG v. 15.11.2001, AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist, Entschdgsgrd. B., I., 3.

⁴⁸⁷ Dazu ähnlich, im Ergebnis jedoch die fristlose Kündigung wegen Unverhältnismäßigkeit ablehnend: LAG Schleswig-Holstein v. 16.6.2010, BeckRS 2010, 71092, Entschdgsgrd. II.

⁴⁸⁸ BeckOK ArbR/Stoffels, § 626 BGB Rn. 187.

⁴⁸⁹ BeckOK ArbR/Stoffels, § 626 BGB Rn. 173; ErfK/Müller-Glöße, § 626 BGB Rn. 200.

⁴⁹⁰ MAHMoll/Schulte, § 44 Rn. 127; Schaub/Linck, § 127 Rn. 20.

also immer voraus, dass er so viele Tatsachen kennt, dass eine fundierte Entscheidung ermöglicht wird. Es ist schwierig zu bestimmen, wie lange der Arbeitnehmer die schlechte Arbeitsleistung erbringen muss, bis die Ausschlussfrist des § 626 Abs.2 BGB bezogen auf den Zeitpunkt der ersten Schlechtleistung abgelaufen ist. Der Arbeitgeber hat zu entscheiden, wann die Verletzung der Leistungspflicht seitens des Arbeitnehmers einen wichtigen Grund i.S.d. § 626 Abs.1 BGB darstellt. Die Pflichtverletzung muss eine Intensität erreichen, die einen Kündigungsgrund i.S.d. § 626 Abs.1 BGB darstellt.

Es handelt sich bei einer Kündigung wegen Schlechtleistung in den meisten Fällen um den soeben erläuterten Dauerstörtatbestand.⁴⁹¹ Bei diesem ist das Ende der Ausschlussfrist deshalb so schwierig zu bestimmen, weil die Kündigung auf die mehrmalige Verletzung der Arbeitspflicht gestützt wird. Der Kündigungssachverhalt entwickelt sich fortwährend neu. Dabei können die älteren Pflichtverletzungen schon mehr als zwei Wochen seit Ausspruch der Kündigung zurückliegen. Der Zweck des § 626 Abs.2 BGB, der (auch) darin liegt dem Kündigungsberechtigten ausreichend Überlegungszeit einzuräumen,⁴⁹² darf aber nicht untergraben werden. Es soll nicht zu hektischer Eile angetrieben werden.⁴⁹³ Deshalb können auch ältere Pflichtverletzungen, die für sich gesehen nicht mehr in der Zweiwochenfrist liegen, zur Kündigungsbegründung herangezogen werden. Wenn ein ausreichender Kündigungssachverhalt vorliegt, bezieht sich die Ausschlussfrist auf die Vornahme der letzten Pflichtverletzung. Als Kündigungsgrund kommt formal nur die Vornahme der letzten Pflichtverletzung in Betracht.⁴⁹⁴ Die vorangegangenen Pflichtverstöße sind für die Rechtfertigung der Kündigung zwar ebenfalls relevant, sie können aber nicht als selbstständiger Rechtfertigungsgrund herangezogen werden. Der Arbeitgeber kann jedoch im Rahmen der Kündigungsbegründung und der damit verbundenen negativprognose auf sie zurückgreifen.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ Siehe S:120.

⁴⁹² ErftK/Müller-Glöge, § 626 BGB Rn. 200.

⁴⁹³ BAG v. 17.3.2005, NZA 2006, 101 (103).

⁴⁹⁴ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 1199.

⁴⁹⁵ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 1199.

Dies soll zumindest immer dann gelten, wenn die Pflichtverletzungen gleichartig sind.⁴⁹⁶ Die Ausschlussfrist des § 626 Abs.2 BGB beginnt nur bei vergleichbaren Pflichtverletzungen mit Vornahme der letzten Pflichtverletzung zu laufen.⁴⁹⁷ Sind die Schlechtleistungen hingegen verschiedener Art, sind die früher vorgenommenen Schlechtleistungen verfristet, wenn die Kündigung später als zwei Wochen nach ihrer Vornahme erklärt wurde.⁴⁹⁸ Die Sinnhaftigkeit dessen ergibt sich aus dem Zweck der Kündigungsfrist. Dieser besteht darin, dem Kündigungsempfänger Rechtssicherheit zu verschaffen. Dem Kündigungsberechtigten wird die Pflicht aufgebürdet, zügig zu reagieren. Dadurch weiß der Kündigungsempfänger, wann er nicht mehr mit einer Kündigung des Arbeitsverhältnisses zu rechnen braucht.⁴⁹⁹ Dies ist interessengerecht. Wenn das Fehlverhalten des Arbeitnehmers so schwer wiegt, dass es dem Arbeitgeber nicht einmal zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der ordentlichen Kündigungsfrist weiterzuführen, muss er daran interessiert sein, das Arbeitsverhältnis zeitnah zu beenden und deshalb schnell zu reagieren.

Bei fehlender Vergleichbarkeit schließen sich an eine Pflichtverletzung andersartige Pflichtverletzungen an. Die Pflichtverletzungen stellen somit keinen vollständigen Kündigungssachverhalt dar. Der Arbeitgeber kann dann im Rahmen der Kündigungsbegründung nicht auf früher begangene Pflichtverstöße zurückgreifen.

Die Frage, die sich daran anschließt ist, wann eine Vergleichbarkeit von Pflichtverletzungen anzunehmen ist. Der Arbeitnehmer soll es nicht durch die Art der begangenen Pflichtverletzung beeinflussen können, wann eine Kündigung möglich ist und wann nicht. Der Arbeitnehmer könnte die Pflichtverletzung immer auf die gleiche Art und Weise begehen, um eine frühe Kenntnis des Arbeitgebers bejahen zu können und die Kündigungsfrist möglichst schnell auslaufen zu lassen. Dies käme für solche Pflichtverletzungen in Betracht, bei denen eine Kenntnis des

⁴⁹⁶ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 1199.

⁴⁹⁷ Schaub/Linck, § 127 Rn. 27.

⁴⁹⁸ BAG. 17.8.1972, NJW 1973, 533 (533).

⁴⁹⁹ Vgl. ErftK/Müller-Glöge, § 626 BGB Rn. 200.

Arbeitgebers unmittelbar nach Vornahme des jeweiligen Pflichtenverstoßes zu erwarten ist. Lässt die Art der Arbeitsleistung vermuten, dass der Arbeitgeber vom Pflichtenverstoß keine sofortige Kenntnis erlangt, böte es sich für den Arbeitnehmer hingegen an, andersartige Pflichtverstöße zu begehen, damit kein einheitlicher Kündigungssachverhalt vorliegt und auf die früher begangenen Pflichtverstöße nicht mehr zurückgegriffen werden könnte. Der einzelne Pflichtenverstoß reicht dann unter Umständen nicht aus, um einen „wichtigen Grund“ i.S.d. § 626 Abs.1 BGB zu bejahen. Deshalb muss sich die Vergleichbarkeit nicht auf die Art und Weise *wie* der Arbeitnehmer die Pflicht verletzt beziehen, sondern auf die Pflicht, *die* verletzt wurde. Wenn der Arbeitnehmer bei Ausführung der gleichen Handlung Fehler begeht und deshalb die Leistung, die arbeitsvertraglich geschuldet ist nicht erbringt, ist es für die Störung des Vertragsverhältnisses ohne Bedeutung, wie es zu diesen Fehlern kommt. Gleichartig sind die Pflichtverstöße immer dann, wenn sie vergleichbare Störungen des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben und eine spezifische Unzuverlässigkeit des Arbeitnehmers bedeuten.⁵⁰⁰ Maßgeblich ist allein, dass der Arbeitnehmer bezogen auf die gleiche Leistung sorgfaltswidrig gehandelt hat und deshalb seinem Pflichtenmaßstab nicht nachgekommen ist. Es ist nämlich zu beachten, dass der Anknüpfungspunkt zur Ermittlung des Kündigungsgrundes nicht der Misserfolg selbst, sondern die Sorgfaltspflichtverletzung ist, die zu diesem Misserfolg geführt hat.

Der Fristablauf setzt also immer voraus, dass der Arbeitgeber von den Schlechtleistungen, die sich auf die gleiche Leistungserbringungspflicht beziehen, Kenntnis hat und seit Vornahme der letzten Pflichtverletzung nicht mehr als zwei Wochen vergangen sind. Die Vergleichbarkeit der Pflichtverletzungen ist dann gegeben, wenn sie im Rahmen der Ausübung dergleichen Tätigkeit unter Verletzung der Sorgfaltspflicht stattfindet. Unter Einhaltung dieser Prämisse kommt eine Kündigung somit in Betracht.

⁵⁰⁰ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 1199.

3. Personenbedingte Kündigung

Auch kommt eine personenbedingte Kündigung in Betracht. Allerdings kann eine personenbedingte Kündigung nur in seltenen Fällen eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.⁵⁰¹ Eine personenbedingte Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer wegen mangelnder Fähigkeiten oder Qualifikation generell nicht in der Lage ist, den Anforderungen des Arbeitsvertrags gerecht zu werden.⁵⁰² Im Regelfall wird es dem Arbeitgeber aber zumutbar sein, das Arbeitsverhältnis bis zum Ablauf der Kündigungsfrist fortzusetzen. Deshalb rechtfertigt die fehlende Eignung oder die mangelnde Qualifikation grundsätzlich nur die ordentliche, nicht aber die außerordentliche Kündigung.

II. Ordentliche Kündigung

Sind die Anforderungen, die an eine außerordentliche Kündigung gestellt werden nicht erfüllt, bleibt für den Arbeitgeber immer noch die Möglichkeit eine ordentliche Kündigung auszusprechen. Bei der Schlechtleistung des Arbeitnehmers kommt auch diese in Form der verhaltens- oder personenbedingten Kündigung in Betracht, vgl.

§ 1 Abs.2 KSchG.

Dabei unterliegen beide Formen der Kündigung im Grunde den gleichen Voraussetzungen wie bereits i.R.d. außerordentlichen Kündigung erwähnt. Allerdings sind die Voraussetzungen weniger streng zu handhaben. Es besteht ein Stufenverhältnis der außerordentlichen zur ordentlichen Kündigung.⁵⁰³

1. Personenbedingte Kündigung

Eine personenbedingte Kündigung wegen Schlechtleistung kommt, wie gezeigt, regelmäßig nur als ordentliche Kündigung in Betracht. Eine personenbedingte Kündigung setzt voraus, dass der Arbeitnehmer zur Erbringung einer ordnungsgemäßen Leistung nicht in der Lage ist. Die Gründe müssen also immer auf den persönlichen Eigenschaften und Fä-

⁵⁰¹ Preis, § 66 IV 2 a).

⁵⁰² MAHMoll/Eisenbeis, § 17 Rn. 90.

⁵⁰³ Preis, § 66 IV.

higkeiten des Arbeitnehmers beruhen. Bei der personenbedingten Kündigung ist zudem eine Negativprognose anzustellen.⁵⁰⁴ Der Arbeitnehmer muss auch in Zukunft seine Arbeitsleistung ganz oder teilweise nicht erbringen können. Es muss zu erwarten sein, dass der Arbeitnehmer künftig dem Pflichtenmaßstab aus dem Arbeitsvertrag nicht gerecht werden kann und dem Arbeitgeber deshalb das Festhalten am Arbeitsvertrag unzumutbar ist.⁵⁰⁵ Außerdem gilt ebenso wie bei der verhaltensbedingten Kündigung das *ultima ratio*-Prinzip. Des Weiteren hat eine vollumfängliche Interessenabwägung stattzufinden, in der festzustellen ist, dass die Schlechtleistung vom Arbeitgeber nicht mehr gebilligt werden muss.⁵⁰⁶ Eine personenbedingte Kündigung kommt nach BAG-Rechtsprechung in Betracht, wenn bei einem über längere Zeit erheblich leistungsschwachen Arbeitnehmer auch für die Zukunft mit einer schweren Störung des Vertragsgleichgewichts zu rechnen ist.⁵⁰⁷ Die Grenzziehung zwischen personen- und verhaltensbedingtem Kündigungsgrund ist deshalb schwierig, weil bei beiden Formen der Kündigungsgrund in der Sphäre des Arbeitnehmers liegt.⁵⁰⁸ Die verhaltensbedingte Kündigung ist als spezieller Kündigungsgrund in all jenen Fällen einschlägig, in denen ein schuldhaftes Verhalten des Arbeitnehmers in Rede steht. Der Arbeitnehmer kann sein Verhalten steuern.⁵⁰⁹ Alkohol- oder Drogenkonsum am Arbeitsplatz sind personenbedingte Kündigungsgründe, wenn der Arbeitnehmer alkohol- oder drogenabhängig ist.⁵¹⁰ Wegen der krankhaftbedingten Schlechtleistung ist ein Verschulden des Arbeitnehmers abzulehnen. Selbst wenn der Arbeitnehmer nicht den Willen hat, Alkohol oder Drogen zu konsumieren, tut er es suchtbedingt dennoch, ohne sein Verhalten steuern zu können. Dies fällt unter die Kategorie der krankhaftbedingten Leistungsminderung und ist ein personenbedingter Kündigungsgrund.⁵¹¹

⁵⁰⁴ Preis, § 64 I 3.

⁵⁰⁵ LAG Düsseldorf v.8.4.2009, BeckRS 2009, 63544 Entschgrd. I. 1.

⁵⁰⁶ Hromadka/Maschmann, S. 447 Rn. 171.

⁵⁰⁷ BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1180 (1182).

⁵⁰⁸ Preis, § 64 I 1.

⁵⁰⁹ Henssler, Rn. 479.

⁵¹⁰ BAG v. 9.4.1987, AP Nr. 18 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit Entschgrd. B., II.; Stahlhake/Preis/Vossen/Preis, Rn. 1233.

⁵¹¹ Preis, § 26 III 1.

Das BAG hat die Kündigung einer Schwerbehinderten als gerechtfertigt erachtet, die nur noch fähig war zwei Drittel der normalen Arbeitsleistung zu erbringen.⁵¹² Eine personenbedingte ordentliche Kündigung wegen schlecht erbrachter Arbeitsleistung ist somit prinzipiell denkbar. Da Schlechtleistungen aber in den meisten Fällen vorgenommen werden, weil der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß leisten möchte, scheidet eine personenbedingte Kündigung am Vorliegen des Verschuldens. Bspw. ist dem Arbeitnehmer die ordnungsgemäße Vornahme der Arbeitsleistung zu unkomfortabel. Es liegt zumeist ein steuerbares Verhalten des Arbeitnehmers vor.

2. Verhaltensbedingte Kündigung

Leistungsmängel fallen meistens nicht unter die Kategorie der personen-, sondern der verhaltensbedingten Kündigung. Die Schlecht- oder Minderleistung, die trotz vorhandener Fähigkeiten und fachlicher Qualifikation außerhalb der vom Arbeitgeber hinzunehmender Toleranzgrenze liegt, kann eine vorwerfbare Verletzung des Arbeitsvertrags darstellen, die nach den Umständen des Einzelfalles eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses rechtfertigt. Das Überschreiten der Toleranzgrenze ist dann erreicht, wenn der Arbeitnehmer die arbeitsvertraglichen Pflichten dadurch vorwerfbar verletzt, dass er fehlerhaft arbeitet.⁵¹³

Auch hier ist eine Prognoseentscheidung zu treffen und eine Interessenabwägung vorzunehmen. Für beides ist der Verschuldensgrad als Maßstab heranzuziehen.⁵¹⁴ Sowohl aus dem im Kündigungsschutzrecht allgemein geltenden Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes und des sich daraus ergebenden *ultima ratio*-Prinzips als auch aus dem Prognoseprinzip folgt, dass auch bei der verhaltensbedingten ordentlichen Kündigung eine Abmahnung des Arbeitnehmers erforderlich ist.⁵¹⁵

Es gibt eine Reihe von Fallgruppen, bei denen die Rechtfertigung einer Kündigung wahrscheinlich ist. Darunter fällt auch die Schlechtleistung

⁵¹² BAG v. 26.9.1991, AP Nr. 28 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit.

⁵¹³ BAG v. 17.1.2008, AP Nr. 85 zu § 1 KSchG 1969 Entschgd. 14 b).

⁵¹⁴ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 1197.

⁵¹⁵ LAG Berlin-Brandenburg, 3.3.2011, NZA-RR 2011, 522 (524); APS/Vossen, § 1 KSchG Rn. 343ff.

des Arbeitnehmers.⁵¹⁶ Dies bedeutet freilich nicht, dass jede Schlechtleistung eine verhaltensbedingte Kündigung zu rechtfertigen vermag. Die Kategorisierung in Fallgruppen befreit nämlich nicht von dem Erfordernis einer Einzelfallbeurteilung anhand der allgemeinen Kriterien.⁵¹⁷ Zudem würde dies dem subjektiven Leistungsbegriff zuwiderlaufen. Wann eine verhaltensbedingte Kündigung wegen Schlechtleistung des Arbeitnehmers gerechtfertigt ist, wird nach Rechtsprechung des BAG anhand strenger Maßstäbe beurteilt.⁵¹⁸ Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt demnach in Betracht, wenn der Arbeitnehmer längerfristig und deutlich die durchschnittliche Arbeitsleistung unterschreitet. Dies kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer weniger arbeitet, als er könnte.⁵¹⁹ Arbeitsfehler rechtfertigen die verhaltensbedingte ordentliche Kündigung in der Regel erst im Wiederholungsfall. Dies können zum Beispiel erhebliche Verkehrsverstöße eines LKW-Fahrers sein.⁵²⁰ Letztlich ist auch hier immer eine Einzelfallbewertung erforderlich. Bei der Kündigung eines Schlechtleisters ist in den meisten Fällen die verhaltensbedingte ordentliche Kündigung einschlägig. Die außerordentliche Kündigung wegen Schlechtleistung scheidet an der Erheblichkeitsschwelle.

III. Bewertung

Eine Kündigung unterliegt strengen Voraussetzungen, die bei Verletzung der Hauptleistungspflichten nur in Ausnahmefällen vorliegen. Der Kündigung als Möglichkeit den Schlechtleister loszuwerden mangelt es zumeist an fundierter Begründung. Denn der Vortrag des Arbeitgebers, der Arbeitnehmer sei ein Schlechtleister, genügt verständlicherweise gerade nicht.⁵²¹

Dass die Kündigung sich letztlich nur auf die Pflichtverletzungen beziehen kann, wenn der letzte Verstoß nicht mehr als zwei Wochen seit Ausspruch der Kündigung zurückliegt, führt zu einer Einschränkung der

⁵¹⁶ Henssler, Rn. 485.

⁵¹⁷ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 1200.

⁵¹⁸ BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1180; BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784.

⁵¹⁹ BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1180 (1182).

⁵²⁰ LAG Köln v. 4.9.2006, BeckRS 2006, 44824 Entschdgsgrd. II., 2.

⁵²¹ Hunold, AuA 2/2004, 8 (8); vgl. Maschmann, NZA-Beil. 2006, 13 (13).

außerordentlichen Kündigungsmöglichkeit für den Arbeitgeber. Die Voraussetzungen, die an das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ gestellt werden, sind zudem streng.

Gerade bei der Kündigung eines Schlechtleisters ergibt sich das Ausmaß des Grundes, der die Schwelle zum Kündigungsgrund überschreitet, erst daraus, dass der Arbeitnehmer mehrfach hinter dem zu erbringenden Pflichtenmaßstab zurückbleibt. Bis zum Ausspruch der Kündigung muss der Arbeitgeber also warten, dass die Pflichtverletzung ein Ausmaß erreicht, das den Kündigungsanforderungen genügt. In dieser Zeit muss er die Pflichtverletzung zunächst hinnehmen und kann sich nicht sicher sein, dass die Schlechtleistung je ein Ausmaß erreichen wird, welches die Schwelle zum Kündigungsgrund überschreitet.

Zudem ist anzumerken, dass die Kündigung nur ein letztes Mittel ist, um auf die Schlechtleistung des Arbeitnehmers zu reagieren. Da sie das Vertragsverhältnis auflöst, stellt die Kündigung den weitreichendsten Einschnitt in die arbeitsvertragliche Beziehung dar. Sie hat nicht nur für den Arbeitnehmer eine erhebliche, unter Umständen existenzgefährdende Bedeutung, sondern kann auch für den Arbeitgeber gravierend sein. Es mag Fälle geben, in denen dem Arbeitgeber daran gelegen ist, das Arbeitsverhältnis trotz der schlechten Hauptleistung des Arbeitnehmers weiterzuführen. Dies mag wirtschaftliche oder persönliche Gründe haben. Jedenfalls müssen dem Arbeitgeber weniger drastische Mittel zur Verfügung stehen. Dies gilt ebenso für eine schlechte Hauptleistung, welche die Schwelle zum ordentlichen verhaltensbedingten Kündigungsgrund nicht überschreitet.

Die Kündigung kann ein wirksames Mittel darstellen, um auf Vertragsverletzungen des Arbeitnehmers zu reagieren. Dies gilt allerdings nur, wenn deren strenge Voraussetzungen gegeben sind. Die Kündigung muss als *ultima ratio*-Maßnahme den Ausnahmefällen vorbehalten bleiben.

Eine Möglichkeit auf die Schlechtleistung zu reagieren, wenn der Arbeitgeber nicht kündigen kann oder nicht möchte, bietet dieses Mittel

nicht. In solchen Fällen kann es dennoch gerechtfertigt sein ihm andere Mittel zur Verfügung zu stellen. Diese gilt es herauszuarbeiten.

C. Schadensersatz

Es besteht für den Arbeitgeber die Möglichkeit mit einem Schadensersatzanspruch gegen den Lohnanspruch des Arbeitnehmers aufzurechnen (§§ 387ff. BGB). Dabei ist zwischen den verschiedenen Schadensposten zu differenzieren.

I. Schadensposten ist eine aus der Schlechtleistung resultierende Integritätsverletzung

Es ist denkbar, dass der Arbeitgeber wegen der schlecht erbrachten Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers einen (darüberhinausgehenden) Schaden erleidet. Dieser kann z.B. darin liegen, dass er von seinem Auftraggeber oder Kunden wegen der vom Arbeitnehmer verursachten Schlechtleistung auf Nacherfüllung in Anspruch genommen wird. Als Schadensposten kommen weiter die Kosten in Betracht, die der Arbeitgeber für die Bezahlung einer Ersatzkraft aufbringen musste oder der dem Arbeitgeber entgangene Gewinn, vgl. §§ 249ff. BGB.⁵²² Des Weiteren ist es möglich, dass die Pflichtverletzung in der Beschädigung des Eigentums des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer liegt. Es handelt sich dabei um die Verletzung seines Integritätsinteresses, aus welcher die Möglichkeit resultiert, den aus der Schlechtleistung des Arbeitnehmers entstandenen Schadensersatzanspruch des Arbeitgebers gegen den Lohnanspruch des Arbeitnehmers aufzurechnen.⁵²³ Für den Schadensersatzanspruch gelten dabei die allgemeinen Voraussetzungen der §§ 280ff. BGB.⁵²⁴ Der Arbeitnehmer muss seine arbeitsvertragliche Pflicht in vertretbarer Weise verletzt haben, woraus dem Arbeitgeber ein kausaler Schaden entstanden ist. Eine Pflichtverletzung bedeutet das objektive Zurückbleiben hinter dem Pflichtenprogramm des Schuldverhältnisses, womit alle Arten von Pflichtverletzungen zusammengefasst

⁵²² Lindemann, AuR 2002, 81 (83).

⁵²³ Preis, § 54 I 2.

⁵²⁴ Preis, § 54 I 2.

werden. Sowohl die Nichtleistung als auch die Schlechtleistung sind davon erfasst.⁵²⁵ Bezüglich des Vertretenmüssens ist die im Arbeitsvertragsrecht geltende besondere Beweislastregel des § 619a BGB zu beachten, wonach der Arbeitgeber das Vertretenmüssen des Arbeitnehmers in Ausnahme zu § 280 Abs.1 S.2 BGB beweisen muss. Für bestimmte Arten von Schadensersatz sind die zusätzlichen Voraussetzungen erforderlich, die sich aus den §§ 281-286 BGB ergeben.⁵²⁶ Ein Schadensersatzanspruch, der auf Beseitigung der Integritätsverletzung gerichtet ist, vermag aber nicht den Schaden zu kompensieren, der dadurch entstanden ist, dass der Arbeitgeber trotz schlecht erbrachter Hauptleistung des Arbeitnehmers den Lohn vollumfänglich zahlen muss.

II. Schadensposten ist der zu viel gezahlte Lohn

Es ist daneben ein Schadensersatzanspruch wegen der Minderwertigkeit der Arbeit als solcher in Betracht zu ziehen. Der Schaden besteht darin, dass dem Arbeitgeber die von ihm entlohnte Leistung nicht erbracht wird.⁵²⁷ Er besteht somit in der Belastung mit der Vergütungspflicht.⁵²⁸ Fraglich ist, ob der Arbeitgeber die durch die Schlechtleistung des Arbeitnehmers eingetretene Verletzung seines Äquivalenzschutzes geltend machen kann, indem er den Arbeitnehmer auf Schadensersatz in Anspruch nimmt. Das mangelhafte Arbeitsergebnis beruht hier nämlich darauf, dass die zugesagte Arbeit nicht so erbracht wird, wie es dem Inhalt des Leistungsversprechens entspricht.⁵²⁹ Es kommt dann ein Anspruch gemäß §§ 280 Abs.1, 3, 283 BGB wegen Verletzung einer vertraglichen Pflicht durch den Arbeitnehmer auf (teilweise) Befreiung von der gegenüber dem Arbeitgeber bestehenden Vergütungspflicht in Betracht.⁵³⁰ Von § 280 Abs.1 BGB werden nämlich nicht nur solche Schäden erfasst, die dem Gläubiger am Eigentum oder an anderen absoluten

⁵²⁵ Lindemann, AuR 202, 81 (83).

⁵²⁶ Lindemann, AuR 2002, 81 (83).

⁵²⁷ Balzer/Kröll/Scholl, S. 278; vgl. Canaris, S.185f.

⁵²⁸ Jauernig/Mansel, § 611 BGB Rn. 16.

⁵²⁹ Richardi, NZA 2002, 1004 (1011).

⁵³⁰ Vgl. OLG Koblenz v. 12.6.2006, NJW-RR 2006, (1359) 1359ff.; Jauernig/Mansel, § 611 BGB Rn. 16.

Rechtsgütern entstehen, sondern auch Schäden, die aus einer Schlechtleistung bei Vertragstypen ohne Gewährleistungsrecht, mithin auch dem Arbeitsvertrag, resultieren.⁵³¹ Weil es nur um das verletzte Äquivalenzinteresse geht und weil in den meisten Fällen wegen des Zeitbezugs der Leistungsschuld die Erbringung der Arbeitsleistung zudem unmöglich geworden ist, kommt nur ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung aus §§ 280 Abs.1, 3, 283 BGB in Betracht.⁵³²

Die Frage, die sich in diesem Zusammenhang stellt ist, ob § 283 BGB auf den Arbeitsvertrag überhaupt anwendbar ist. Es wird vertreten⁵³³, dass die Regelung des § 283 BGB auf die kauf- und werkvertragliche Mängelhaftung zugeschnitten ist. Danach soll der Gläubiger nur dann Schadensersatz statt der Leistung verlangen können, wenn die Nacherfüllung scheitert. Da im Arbeitsvertragsrecht eine Nacherfüllung nicht vorgesehen ist, komme auch ein Schadensersatzanspruch statt der Leistung nicht in Betracht. Dagegen ist jedoch vorzubringen, dass § 283 BGB als Norm des allgemeinen Schuldrechts auf sämtliche Vertragstypen anwendbar sein muss, da er sonst nur innerhalb der kauf- und werkvertraglichen Normen vorzufinden wäre. Dass sich die Norm im zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs befindet, macht deutlich, dass sie auf alle Vertragstypen anwendbar ist, solange für den jeweiligen besonderen Vertragstypen keine eigene Regelung besteht. Darüber hinaus ist anzuführen, dass bei einem Schadensersatz statt der ganzen Leistung bezüglich der Pflichtverletzung auf den gesamten Arbeitsvertrag abzustellen ist.⁵³⁴ Deshalb kommt ein Schadensersatzanspruch wegen einer Schlechtleistung des Arbeitnehmers nur dann in Betracht, wenn auch eine verhaltensbedingte Kündigung möglich ist. Nur dann ist anzunehmen, dass die Pflicht aus dem Arbeitsvertrag in einem solchen Maß verletzt wurde, dass ein Schadensersatz statt der ganzen Leistung gerechtfertigt wäre. Für diese Fälle ist die Regelung des § 628 Abs.2 BGB als vorrangig anzusehen.⁵³⁵ Dessen Anwendungsbereich darf nicht gen null gehen. Nach § 628 Abs.2 BGB kann der Kündigende

⁵³¹ Lindemann, AuR 2002, 81 (84).

⁵³² Richardi, NZA 2002, 1004 (1011).

⁵³³ Balzer/Kröll/Scholl, S. 278f.; Preis, § 54 I 2.

⁵³⁴ Preis, § 54 I 2.

⁵³⁵ Preis, § 54 I 2.

Schadensersatz verlangen, wenn das Arbeitsverhältnis mittels einer außerordentlichen Kündigung aufgelöst wird, die durch ein vertragswidriges Verhalten des anderen Teils veranlasst worden ist.⁵³⁶ Die Anwendung des § 628 Abs.2 BGB ist auf die außerordentliche Kündigung beschränkt. Die größere Regelungslücke besteht aber in dem Bereich, in dem (allenfalls) eine ordentliche Kündigung in Betracht kommt. Gerade hier besteht Regelungsbedarf, da die Schlechtleistung nicht so schwer wiegt, als dass der Arbeitgeber zum Ausspruch der Kündigung übergehen möchte. Oder dem Arbeitgeber sollen neben der Kündigung weitere Möglichkeiten an die Hand gegeben werden. Der Anwendungsbereich des § 628 Abs.2 BGB ist zu eng, weil er nur Abhilfe schafft im Falle einer wirksamen außerordentlichen Kündigung. Er versagt somit nicht die Anwendung eines weiteren Schadensersatzanspruches.

Eine ältere *BAG*-Entscheidung⁵³⁷ zu dieser Frage geht dahin, dass es sich bei den Nachteilen wegen einer schlechten Hauptleistung des Arbeitnehmers gar nicht um einen Schadensposten handelt, der durch § 280ff. BGB ersetzt werden kann. Ein Schadensersatzanspruch setze danach stets eine echte „Integritätsverletzung“ voraus.⁵³⁸ An dieser fehle es, wenn der Arbeitgeber wegen der Schlechtleistung des Arbeitnehmers keine Vermögenseinbuße erleidet. In dem hiesigen Vertrag machte die Arbeitgeberin einen Schaden für die nicht dem Vertrag entsprechende Arbeitsleistung geltend. Laut *BAG* genügte die Klägerin nicht ihrer Nachweispflicht bezüglich des Vorliegens eines Schadens. Die Differenz zwischen dem vereinbarten Gehalt und der (aus Arbeitgebersicht) angemessenen Vergütung sei vielmehr ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung. Ein Bereicherungsanspruch scheitere aber am Vorliegen eines rechtlichen Grundes, der in dem Arbeitsvertrag zu sehen sei.⁵³⁹ Letzterem ist zuzustimmen. Der Ansicht des *BAG*, dass es für einen vertraglichen Schadensersatzanspruch an einem Vermögensschaden fehlt, ist nicht beizupflichten. Das *BAG* hätte einen Vermö-

⁵³⁶ ErftK/Müller-Glöge, § 628 BGB Rn. 13.

⁵³⁷ *BAG* v. 6.6.1972, AP Nr. 71 zu § 611 BGB Haftung.

⁵³⁸ *Preis*, § 54 I 2.

⁵³⁹ *BAG* v. 6.6.1972, AP Nr. 71 zu § 611 BGB Haftung.

gensschaden bejaht, wenn es um Aufwendungen ginge, die der Arbeitgeber aufgrund der Schlechtleistung gehabt hätte. Dabei handelt es sich jedoch um einen gänzlich anderen, daneben geltend zumachenden Schadensersatzposten. Auch die Belastung mit einer unangemessenen Vergütungspflicht kann jedoch grundsätzlich einen Schaden darstellen. Die notwendige echte Integritätsverletzung ist gegeben.

Die Mindermeinung bejaht einen Schadensersatzanspruch, wenn die Nacherfüllung durch den Arbeitnehmer wegen des Fixschuldcharakters unmöglich ist.⁵⁴⁰ Der Arbeitnehmer haftet dann verschuldensabhängig auf Schadensersatz. Der Arbeitgeber kann mit diesem Schadensersatzanspruch gegen den Entgeltanspruch aufrechnen.⁵⁴¹ Hat der Arbeitgeber den Lohn bereits bezahlt, kommt eine Rückzahlung des Lohnes nach §§ 346 Abs.1, 326 Abs.4 BGB in Betracht.⁵⁴²

Gegen die Anwendung des § 283 BGB spricht aber, dass andernfalls der § 326 Abs.1 S.2 BGB ausgehebelt würde. Dieser besagt, dass es für Verträge kein gesetzliches Minderungsrecht geben soll, für die die Nacherfüllung ausgeschlossen ist. Würde man einen Schadensersatzanspruch in der Höhe bejahen, in der die Leistung des Arbeitnehmers nicht dem Wert der Gegenleistung entspricht, würde man im Ergebnis doch zu einer Minderung gelangen. Da eine solche durch § 326 Abs.1 S.2 BGB explizit ausgeschlossen wird, würde ein Schadensersatzanspruch eine Umgehung dieser Vorschrift bedeuten.⁵⁴³

Außerdem spricht die Vorschrift des § 628 Abs.1 S.2 BGB gegen eine schadensersatzrechtliche Lösung. Nach dieser Vorschrift verliert der Arbeitnehmer bei einer außerordentlichen von ihm veranlassten Kündigung nur dann seinen Entgeltanspruch, wenn das Interesse des Arbeitgebers an der Leistung vollständig weggefallen ist.⁵⁴⁴ Ein Schadensersatzanspruch wäre bereits dann gegeben, wenn der Arbeitgeber am Erhalt der Leistung nur zum Teil kein Interesse mehr hätte. Die Höhe

⁵⁴⁰ Vgl. dazu Jauernig/Mansel, § 611 BGB Rn. 16.

⁵⁴¹ Gotthardt, Rn. 191.

⁵⁴² Balzer/Kröll/Scholl, S. 277.

⁵⁴³ Balzer/Kröll/Scholl, S. 279; Canaris, S. 186.

⁵⁴⁴ Canaris, S. 186; Siehe S.133ff.

des Schadens berechnet sich nämlich danach, wie hoch das marktübliche Äquivalent der schlecht erbrachten Leistung in Geld ist.⁵⁴⁵ Wenn dem Arbeitgeber ein Vorteil verbleibt, die Leistung also nicht gänzlich wertlos ist, ist es möglich, nur diesen Restwert schadensersatzrechtlich zu berücksichtigen. Dadurch würde der Anwendungsbereich des § 628 Abs.1 S.2 BGB unterlaufen, wonach dies nicht möglich ist. Dies gilt insb., wenn man den Anwendungsbereich der Norm auf sämtliche gravierende Vertragsverstöße erstreckt und die Erklärung einer außerordentlichen Kündigung nicht als zwingende Voraussetzung der Norm erachtet.⁵⁴⁶ Die Anwendung des allgemeinen Schadensrechts würde diesen erweiterten Anwendungsbereich vollständig konterkarieren, weil eine Kündigung dann ohnehin nicht erforderlich wäre.

Die überzeugenderen Argumente sprechen deshalb gegen die Gewährung eines Schadensersatzanspruches. Dies gilt insb. wegen der damit verbundenen Unterlaufung der Wertung des § 326 Abs.1 S.2 BGB und des § 628 Abs.1 S.2 BGB. Den fehlenden arbeitsvertraglichen Gewährleistungsregeln soll nicht durch die Hintertür des Schadensersatzrechtes in das Arbeitsverhältnis Einlass gewährt werden.⁵⁴⁷ Dies gilt auch für die Fälle, in denen der Arbeitnehmer seine Schlechtleistung zu vertreten hat. Mit § 326 Abs.1 S.2 BGB ist es nicht vereinbar, dass der Arbeitnehmer sein Entgelt schon deshalb verliert, weil er seine Schlechtleistung zu vertreten hat.⁵⁴⁸ Somit kommt ein Schadensersatzanspruch bei schlecht erfüllter Hauptleistungspflicht nicht in Betracht.

D. § 628 Abs. 1 S. 2 BGB analog

Durch Neueinfügung des § 326 Abs.1 S.2 BGB, nach welchem eine Minderung bei einer Schlechtleistung im Rahmen eines Vertragstyps ohne Gewährleistungsrecht nicht in Betracht kommt, geht wie gezeigt eine Wertung einher, die nicht unterlaufen werden darf.⁵⁴⁹ Aus dieser Wertung folg auch die Versagung eines Schadensersatzanspruches. Al-

⁵⁴⁵ *Canaris*, S. 186.

⁵⁴⁶ Siehe S.136ff.

⁵⁴⁷ So auch *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (17).

⁵⁴⁸ Vgl. *Canaris*, S. 186.

⁵⁴⁹ Siehe S.1ff.

lerdings folgt daraus, dass der Rückgriff auf § 326 Abs.1 S.1 BGB gesperrt ist nicht, dass andere Vorschläge einer minderungsähnlichen Lösung zu versagen sind.⁵⁵⁰ Das Bedürfnis, dem Arbeitgeber eine Möglichkeit zu verschaffen, auf die Schlechtleistung des Arbeitnehmers zu reagieren, ohne das Arbeitsverhältnis zu beenden, resultiert bereits aus dem Umstand, dass die Schwelle zum Kündigungsgrund in den meisten Fällen nicht erreicht ist.

I. Regelungsgehalt der Norm

In Betracht zu ziehen ist der von *Canaris* entwickelte Ansatz, der sich auf eine Analogie zu § 628 Abs.1 S.2 BGB stützt und für Vertragsformen gelten soll, bei denen die Leistung des Schuldners persönlich zu erbringen ist.⁵⁵¹ § 628 BGB regelt die Folgen der außerordentlichen Kündigung eines Dienstverhältnisses.⁵⁵² § 628 Abs.1 S.1 BGB bestimmt, dass demjenigen Vertragspartner eines Dienstvertrags, der in Vorleistung getreten ist, bei einer Kündigung auf Grund des § 626 BGB oder des § 627 BGB eine seinen bisherigen Leistungen entsprechende Vergütung gebührt.⁵⁵³ Dies gilt nach § 628 Abs.1 S.2 BGB jedoch nicht, wenn der Dienstverpflichtete (der Arbeitnehmer) ohne Veranlassung des anderen Teils (des Arbeitgebers) kündigt oder durch vertragswidriges Verhalten selber die Kündigung des anderen Teiles veranlasst und seine bisherigen Leistungen infolge der Kündigung für den anderen Teil keinen Wert mehr haben.⁵⁵⁴ Unter diesen Voraussetzungen hat der Arbeitnehmer eine Kürzung seines Lohnes hinzunehmen. Für den Fall der schlechten Hauptleistung des Arbeitnehmers ist die zweite Variante der Norm einschlägig. Verhält der Arbeitnehmer sich vertragswidrig indem er eine Arbeitsleistung erbringt, die dem Pflichtenmaßstab nicht gerecht wird, kündigt der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis deswegen und hat er aufgrund der Kündigung kein Interesse mehr an der Leistung des Arbeitnehmers, muss er der Vergütungspflicht nicht vollumfänglich nachkommen.

⁵⁵⁰ *Canaris*, S. 181.

⁵⁵¹ *Balzer/Kröll/Scholl*, S. 278.

⁵⁵² *APS/Rolfs*, § 628 BGB Rn. 1; *MüKoB4/Henssler*, § 628 BGB Rn. 1.

⁵⁵³ *ErftK/Müller-Glöge*, § 628 BGB Rn. 4.

⁵⁵⁴ *BDDH/Marquardt*, § 628 BGB Rn. 15.

In einem vom *OLG Koblenz* entschiedenen Fall urteilte das Gericht, dass einem Zahnarzt, der vertragswidrig geleistet hat, gemäß § 628 Abs.1 S.2 BGB der Anspruch auf die volle Vergütung zu versagen ist.⁵⁵⁵ Da die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten des Dienstverpflichteten veranlasst wurde und die bisher erbrachte Teilleistung für die Patientin als Dienstberechtigte ohne Interesse war, sah das Gericht die Voraussetzungen des § 628 Abs.1 S.2 BGB als erfüllt an. Mit dem Urteil ging die Wertung einher, dass die Höhe des Vergütungsanspruches sich nicht völlig losgelöst von der Güte der Leistung beurteilt.⁵⁵⁶ Und zwar gilt dies auch für Vertragstypen ohne gesetzlich bestehendes Gewährleistungsrecht. Auch wenn hier kein Arbeitsvertrag, sondern ein freier Dienstvertrag Gegenstand des Streits war, lässt sich die damit verbundene Wertung mit der Begründung, dass beide Verträge von § 611 BGB erfasst sind und sich bei einem Arbeitsvertrag die Persönlichkeit der Leistungserbringungspflicht ebenso aus § 613 S.1 BGB ergibt, auf diesen übertragen. Von der ganz herrschenden Meinung in der Literatur wird der Arbeitsvertrag ebenfalls als von § 628 BGB erfasst angesehen.⁵⁵⁷

II. Analogie der Norm

Die analoge Anwendung des § 628 Abs.1 S.2 BGB soll bewirken, dass die Vergütungspflicht nicht nur im Falle einer vom Arbeitgeber erklärten Kündigung entfällt, sondern ebenso, wenn eine Schlechtleistung des Arbeitnehmers vorliegt, die einen solchen Grad erreicht hat, dass sie für den Arbeitgeber gänzlich ohne Wert ist.⁵⁵⁸ Dieses Lösungsmodell ist von *Canaris* für den Dienstvertrag vorgeschlagen und beansprucht mit vorangegangener Begründung auch für den Arbeitsvertrag Geltung. Die Leistungspflicht des Arbeitgebers könnte somit entfallen, wenn die Schlechtleistung des Arbeitnehmers völlig unbrauchbar ist.

⁵⁵⁵ *OLG Koblenz* v. 7.1.1993, NJW-RR 1994, 52 (52).

⁵⁵⁶ *OLG Koblenz*, v. 7.1.1993, NJW-RR 1994, 52 (53).

⁵⁵⁷ Vgl. *APS/Rolfs*, § 628 BGB Rn. 1; *BeckOK ArbR/Stoffels*, § 628 BGB Rn. 5; *ErfK/Müller-Glöge*, § 628 BGB Rn. 1 und 3; *HWK/Sandmann*, § 628 BGB Rn. 1; *MüKoB4/Henssler*, § 628 BGB Rn. 2.

⁵⁵⁸ Vgl. *Canaris*, S. 182.

Zu klären ist, unter welchen Voraussetzungen die analoge Anwendung der Norm gegeben ist. In direkter Anwendung setzt § 628 Abs.1 S.2 BGB voraus, dass die die Kündigung begründenden Umstände eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen.⁵⁵⁹ Nach herrschender Meinung muss die Kündigung aber nicht wirksam sein.⁵⁶⁰ Denn es wäre widersinnig, würde ein Arbeitnehmer im Falle einer von ihm erklärten wirksamen außerordentlichen Kündigungserklärung aus persönlichen Gründen eine Lohnkürzung im Sinne der ersten Alternative der Norm hinzunehmen haben, jedoch nicht, wenn die Kündigung unwirksam ist. Es ist nicht ersichtlich, wieso der Arbeitnehmer besser stehen soll, wenn seine Kündigung unwirksam ist, weil er dann keine Lohnkürzung hinzunehmen hat. Das BAG hat die Frage, ob eine erklärte Kündigung wirksam sein muss, bislang nicht beantwortet.⁵⁶¹ Der siebte Senat tendiert aber dazu, auch bei einer unwirksamen Kündigung eine Kürzung des Entgeltes vorzunehmen.⁵⁶² Der dazu entschiedene Fall bedurfte aber letztlich keiner Beantwortung der Frage, ob die Anwendung der Norm die Wirksamkeit der außerordentlichen Kündigung voraussetzt. Wenn es bei der direkten Anwendung der Norm nicht auf die Wirksamkeit der Kündigung ankommt, ist diese für die analoge Anwendung ebenso wenig erforderlich. Darüber hinaus ist zu klären, ob der Arbeitgeber die Kündigung überhaupt ausgesprochen haben muss. Überzeugender ist der Ansatz, dass der Arbeitgeber die Kündigung nicht tatsächlich erklären muss. Dies ergibt sich aus der Überlegung, dass der Arbeitgeber nicht deshalb schlechter dastehen soll, wenn er statt der Kündigung die Kürzung des Lohns als weniger einschneidende Maßnahme wählt. Nur weil er von seinem bestehenden Kündigungsrecht keinen Gebrauch macht, bedeutet das nicht, dass ihm die Ausübung anderer damit verbundener Rechte verwehrt werden darf. Dass der Anspruch aus § 628 Abs.1 S.2 BGB dennoch besteht, ist durch den Umstand gerechtfertigt, dass es sich um

⁵⁵⁹ *Canaris*, S. 182f.

⁵⁶⁰ *BDDH/Marquardt*, § 628 BGB, Rn. 1; *ErftK/Müller-Glöge*, § 628 BGB Rn. 6; *HWM/Sandmann*, § 628 BGB, Rn. 22.

⁵⁶¹ *Dauner-Lieb/Langen/Klappstein*, § 628 BGB Rn. 7.

⁵⁶² *BAG v. 21.10.1983*, AP Nr. 2 zu § 628 BGB Teilvergütung Entschdsgrd. II.

eine für den Arbeitnehmer freundlichere Maßnahme handelt als die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Arbeitgeber kann stattdessen das Arbeitsverhältnis weiterführen und den Lohn nach § 628 Abs.1 S.2 BGB analog kürzen, um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung wieder in Einklang zu bringen. Die Möglichkeit über § 628 Abs.1 S.2 BGB analog bringt dem Arbeitgeber eine Alternative, wenn er kündigen könnte, aber nicht möchte. Die Möglichkeit kommt auch dem Arbeitnehmer entgegen, dem daran gelegen sein könnte, statt einer Kündigung eine Lohnkürzung als weniger einschneidende Maßnahme hinzunehmen. Eine Schlechtleistung kann eine außerordentliche Kündigung rechtfertigen, wenn ein wichtiger Grund gemäß § 626 BGB vorliegt.⁵⁶³ Dies wird von § 628 Abs.1 S.1 BGB auch gefordert. Gemäß der Norm muss das Dienstverhältnis entweder aufgrund von § 626 BGB oder aufgrund von § 627 BGB gekündigt worden sein. Bei der Schlechtleistung kommt als Kündigungsgrund der wichtige Grund i.S.v. § 626 BGB durchaus in Betracht. Dessen Voraussetzungen sind im Rahmen einer schlechten Hauptleistung aber nur in seltenen Fällen erfüllt.⁵⁶⁴ Die kritischen Fälle sind gerade die, in denen die Schlechtleistung des Arbeitnehmers nicht so schwer wiegt, als dass sie eine verhaltensbedingte Kündigung begründen könnte; weder in Form der außerordentlichen noch der ordentlichen Kündigung. Es ist zu beachten, dass auch bei einer analogen Anwendung die Voraussetzungen der Norm zu beachten sind. Es ist eine hypothetische Prüfung der Voraussetzungen einer verhaltensbedingten außerordentlichen Kündigung vorzunehmen. Das vertragswidrige Verhalten muss so gravierend sein, dass es als Legitimationsgrundlage für eine außerordentliche Kündigung dienen kann.⁵⁶⁵

III. Modifikation

Dem Lösungsmodell ist zuzusprechen, dass es den Interessen der Parteien gerechter wird, als es bei der bestehenden gesetzlichen Lage zu

⁵⁶³ Palandt/Weidenkaff, § 626 Rn. 44; Weller, S. 566.

⁵⁶⁴ Siehe S.117ff.

⁵⁶⁵ Canaris, S. 182.

belassen. Der Lösungsweg über § 628 Abs.1 S.2 BGB analog ist möglich, um den Arbeitgeber bei einer Schlechtleistung nicht schutzlos zu stellen. Ihm soll neben der Kündigung eine weitere Möglichkeit an die Hand zu gegeben werden.

Es ist aber zu beachten, dass in dem Großteil der Fälle die Schlechtleistung nicht zu einer Kündigung berechtigt wäre. Auch die Lösung über § 628 Abs.1 S.2 BGB analog vermag nicht über die Problematik hinwegzuhelfen, die entsteht, wenn die schlechte Hauptleistung des Arbeitnehmers die Schwelle zum außerordentlichen Kündigungsgrund nicht erreicht.

Deshalb ist es angebracht, die Anforderungen zu modifizieren.

Dem § 628 BGB liegt ein Gerechtigkeitsgedanke zugrunde.⁵⁶⁶ Die Norm will den Interessenkonflikt lösen, der dadurch entsteht, dass es zu Kündigungen nach § 626 BGB (oder dem für Arbeitsverhältnisse irrelevanten § 627 BGB) kommt, bevor der Zeitraum abgelaufen ist, für den die Vergütung geschuldet wird.⁵⁶⁷ Für diesen Zeitraum soll grundsätzlich der Anspruch auf den Teil der Vergütung erhalten bleiben, für den die Arbeitsleistung erbracht wurde, vgl. § 628 Abs.1 S.1 BGB. In Ausnahme dazu soll aber die außerordentliche Kündigung eines Dauer-schuldverhältnisses demjenigen, der die Beendigung veranlasst hat, nicht dadurch zugutekommen, dass er für Leistungen, die dem Vertragspartner wegen der Beendigung nichts nützen, die Gegenleistung erhält, vgl. § 628 Abs.1 S.2 BGB. Die Modifikation der Voraussetzungen der Norm darf diesen grundlegenden Gerechtigkeitsgedanken nicht vereiteln. Die Voraussetzungen sind, solange sie diesem aus dem Zweck der Norm erwachsenden Gerechtigkeitsgedanken nicht widersprechen, liberaler zu handhaben als bei der Prüfung eines wichtigen Grundes gemäß § 626 BGB. Bereits der Gerechtigkeitsgedanke führt zu dem Ergebnis, dass es einer erklärten oder gar wirksamen Kündigung als Voraussetzung für die Lohnkürzung nicht bedarf.⁵⁶⁸ Der Gerechtigkeitsgedanke gebietet es ebenso, bei einer unbrauchbaren Leistungserbringung des Arbeitnehmers den von § 626 BGB geforderten wichtigen

⁵⁶⁶ HWK/Sandmann, § 628 BGB Rn. 7.

⁵⁶⁷ BeckOK BGB/Fuchs, § 628 BGB Rn. 1.

⁵⁶⁸ Siehe S.136f.

Grund für eine außerordentliche Kündigung weiter zu fassen. Es muss genügen, dass das Interesse des Arbeitgebers an der Leistungshandlung weggefallen ist und dies aus einem schwerwiegenden Vertragsverstoß des Arbeitnehmers resultiert.⁵⁶⁹ Dieser Verstoß darf gerade nicht erst bejaht werden können, wenn auch ein wichtiger Grund i.S.d.

§ 626 BGB vorliegt. Denn dann würde dem Leistungsinteresse des Arbeitgebers eine zu geringe Bedeutung zuteilwerden. Die Schwelle für die Annahme einer außerordentlichen Kündigung ist zu hoch. *Canaris* begründet dies damit, dass das Interesse des Arbeitgebers an der Leistung nicht erst durch die Kündigung wegfallen muss.⁵⁷⁰ Vielmehr folgt der Interessenfortfall regelmäßig aus dem Kündigungsgrund (hier der schlechten Arbeitsleistung) selbst und nicht erst aus der daraus folgenden Kündigungserklärung. Wenn die Schlechtleistung bereits der Umstand ist, der den Interessenfortfall des Arbeitgebers bewirkt, berechtigt diese für sich gesehen eine Lohnkürzung, ohne dass es auf eine erklärte Kündigung ankommt.

Dass die Anforderungen, die an das Vorliegen eines wichtigen Grundes i.S.d. § 626 BGB zu stellen sind, nicht zwingend im Rahmen des § 628 Abs.1 S.2 BGB Geltung beanspruchen, macht darüber hinaus die unterschiedliche Formulierung der beiden Vorschriften deutlich. Würde das Gesetz in § 628 Abs.1 S.2 BGB das Vorliegen eines wichtigen Grundes voraussetzen, würde es auf die Vorschrift des § 626 BGB explizit Bezug nehmen. Diese wird ausdrücklich aber nur in §628 Abs.1 S.1 BGB genannt. In Satz zwei wird hingegen ein „vertragswidriges Verhalten“ des Arbeitnehmers gefordert. Die Koppelung an das Merkmal des Interessenfortfalls auf Seiten des Arbeitgebers, führt bereits dazu, dass der Verstoß eine gewisse Intensität erreicht haben muss. Die Intensität des Vertragsverstoßes kann sich aus dem Zeitraum ergeben, über den der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß leistet. So ist ein vertragswidriges Verhalten bei einem Dauerstörtatbestand eher anzunehmen, als bei einem einmaligen Fehltritt des Arbeitnehmers. Es gibt aber auch Arbeits-

⁵⁶⁹ Vgl. für den Dienstvertrag *Canaris*, S. 183f.

⁵⁷⁰ *Canaris*, S. 183f.

leistungen, bei denen die einmalige Vornahme der Schlechtleistung derart gravierend ist, dass sie eine Kürzung im Sinne der Norm rechtfertigt. Dies kommt bspw. bei der Schlechtleistung eines Fluglotsen in Betracht, die eine unmittelbare Gefährdung von Menschenleben mit sich bringen kann.

Von *Canaris* wird vorgeschlagen auf das Vorliegen eines qualifizierten Verschuldens des Dienstverpflichteten bezüglich der Schlechtleistung zu verzichten.⁵⁷¹ Es genüge vielmehr der Interessenwegfall in Verbindung mit einem gravierenden Vertragsverstoß um ein vertragswidriges Verhalten i.S. der Norm zu bejahen. Konsequenterweise resultiert daraus die Fragestellung, wann ein gravierender Vertragsverstoß gegeben ist. Der Arbeitgeber muss unter leichteren Voraussetzungen, als die von § 626 BGB geforderten, reagieren können. Denn die Kürzung des Entgelts stellt im Gegensatz zu der Kündigung des Arbeitsvertrags keine *ultima ratio*-Maßnahme dar. Im Gegenteil ist es dem Arbeitgeber hier regelmäßig zumutbar das Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten. Andernfalls würde er zur Kündigung übergehen wollen. Die Schlechtleistung muss jedoch auch hier einen solchen Grad erreicht haben, dass das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung über einen längeren Zeitraum erheblich gestört ist. Der Arbeitgeber erhält nicht die Leistung, die er berechtigterweise erwarten darf. Das Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung, welches die Arbeitsvertragsparteien bei Vertragsschluss als Geschäftsgrundlage voraussetzen, muss gestört sein. Die Anforderungen an eine analoge Anwendung des § 628 Abs.1 S.1 BGB sind jedenfalls dann erfüllt, wenn die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers ohne jeglichen Wert ist. Denn eine Leistung des Arbeitnehmers, die für den Arbeitgeber keinerlei Wert hat, rechtfertigt es nicht, diesem den vollen Vergütungsanspruch zu gewähren.⁵⁷² Damit hängt die Voraussetzung des Interessenfortfalls auf Arbeitgeberseite zusammen. Wenn die Arbeitsleistung ohne Nutzen für den Arbeitgeber ist, hat dieser zugleich kein Interesse daran, diese zu erhalten. Eine wertlose Leistung i.S.d. Verständnisses dieser Norm ist danach zu beurteilen, ob die

⁵⁷¹ *Canaris*, S. 183.

⁵⁷² *Canaris*, S. 183.

vom Arbeitnehmer erbrachte Leistung ein Niveau erreicht, aus welchem die Chance resultiert, den Vertragszweck zu erreichen.⁵⁷³ Ein gravierender Vertragsverstoß kann sich auch aus einer Vielzahl von Schlechtleistungen ergeben, die sich über einen langen Zeitraum erstrecken. Die Summe aller Schlechtleistungen bildet dann den Schweregrad, der zur Kürzung des Entgeltes führt.

IV. Zeitliche Einschränkung der Norm

Wegen des Zusammenspiels des § 628 Abs.1 S.2 BGB mit § 628 Abs.1 S.1 BGB, gilt das oben Gesagte nur für Zeiträume, die noch nicht abgerechnet wurden.⁵⁷⁴ Wenn also, wie üblich, ein Monatslohn vereinbart wurde, kann die Kürzung des Vergütungsanspruchs maximal für die Höhe eines Monatslohnes erfolgen, weil die Monate davor bereits vergütet wurden. Vollständig abgerechnete Vergütungsperioden können nicht im Rahmen von § 628 Abs.1 S.2 BGB rückabgewickelt werden.⁵⁷⁵ Dies resultiert daraus, dass sich § 628 Abs.1 S.2 BGB als Ausnahmetatbestand nur auf die von § 628 Abs.1 S.1 BGB erfasste Teilvergütung bezieht.⁵⁷⁶ Die Einschränkung ergibt sich somit aus der systematischen Stellung der Norm, wie auch aus Zweck des § 628 BGB. Die Kürzung kommt nur in Betracht, wenn eine bisher erbrachte Teilleistung noch nicht vergütet wurde. Der Satz 1 verfolgt den Zweck, dem Arbeitnehmer für erbrachte, aber noch nicht abgerechnete Leistungen, eine Vergütung zu gewähren. Dies soll unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise unterbleiben, vgl. § 628 Abs.1 S.2 BGB. Eine Kürzung, die einen Abrechnungszeitraum überschreitet, ist damit nicht vereinbar. Die Kürzung gewinnt somit allenfalls dann Bedeutung, wenn die Schlechtleistung einen Abrechnungszeitraum unterbricht.⁵⁷⁷ Da für die meisten Arbeitsverhältnisse eine Monatsvergütung vereinbart wurde, können die Nachteile aus der Schlechtleistung maximal in der Höhe einer Monatsvergütung geltend gemacht werden. Der schlecht leistende

⁵⁷³ *Weller*, S. 537; siehe S.38f.

⁵⁷⁴ *BGH* v. 17.10.1996, NJW 1997, 188 (189); *HWK/Sandmann*, § 628 BGB Rn. 21.

⁵⁷⁵ *ErtK/Müller-Glöge*, § 628 BGB Rn. 8a.

⁵⁷⁶ *BAG* v. 17.10.1997, NJW 1997, 188 (189); *ErtK/Müller-Glöge*, §628 BGB Rn. 8a.

⁵⁷⁷ Vgl. *BeckOK ArbR/Stoffels*, § 628 BGB vor Rn. 1.

Arbeitnehmer wird aber oftmals über einen längeren Zeitraum keine ordnungsgemäße Leistung vornehmen.

V. Bewertung

Die Lösung über eine modifizierte Anwendung des § 628 Abs.1 S.2 BGB analog bietet einen Kompromiss, der es erlaubt den Interessen beider Vertragsparteien gerecht zu werden. Das Erfordernis des Interessenfortfalls ist ein dem Arbeitgeber zugutekommendes Merkmal, der nur solche Leistungen zu vergüten hat, die dem vertraglichen Zweck und somit seinen Interessen entsprechen. Gleichzeitig gelangt man zu arbeitnehmerfreundlichen Ergebnissen, da Schlechtleistungen grundsätzlich vergütet werden. Die Norm hebt die Wertung des Gesetzgebers, die durch das Fehlen eines gesetzlichen Minderungsrechtes entsteht, nicht aus. Nur unter den oben erläuterten modifizierten, aber dennoch streng zu handhabenden Voraussetzungen, ist es gerechtfertigt, den Vergütungsanspruch zu kürzen. Insb. das Merkmal des Interessenfortfalls auf Arbeitgeberseite ist zu wahren.

In den für den Arbeitgeber besonders harten Fällen einer Schlechtleistung ist dieser geschützt. *Canaris* nennt das das „dringende[...] Gebot der vertraglichen Austauschgerechtigkeit“⁵⁷⁸.

Zu beachten ist aber, dass sich die Kürzung des Arbeitsentgelts nur auf einen bereits begonnenen und noch nicht abgewickelten Abrechnungszeitraum (zumeist also einen Zeitraum von unter einem Monat) bezieht und die Anwendung der Norm dadurch eine erhebliche Einschränkung erfährt.⁵⁷⁹ Für eine Schlechtleistung, die sich über einen längeren Zeitraum hinzieht, ist dieses Lösungsmodell daher von untergeordneter Bedeutung. Betrachtet man die Schlechtleistung, die in einem Abrechnungszeitraum vorgenommen wurde, kann die Lohnkürzung bei der üblicherweise vereinbarten Monatsvergütung die Höhe eines Monatslohns nicht übersteigen. Insb. für Pflichtverletzungen, die von Schlechtleistern⁵⁸⁰ vorgenommen werden, ist die analoge Anwendung deshalb

⁵⁷⁸ *Canaris*, S. 183.

⁵⁷⁹ BeckOK ArbR/*Stoffels*, § 628 BGB vor Rn. 1.

⁵⁸⁰ Siehe dazu die sogenannte „Low Performer Rechtsprechung“: BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (693ff.); BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 90 (90ff.); LAG Köln v.19.8.2015, BeckRS 2015, 69416; LAG Hamm v. 22.4.2016, BeckRS 2016, 68882; LAG Baden-

wenig hilfreich. Schlechtleistungen sind meist dadurch gekennzeichnet, dass sich die Arbeitsleistung über einen längeren Zeitraum unterhalb den arbeitsvertraglichen Anforderungen bewegt.

E. Gesamtschau

Den Arbeitgeberinteressen wird in den Fällen, in denen der Arbeitnehmer eine schlechte Leistung erbringt, durch die gesetzlichen Regelungen nicht ausreichend Rechnung getragen. Gegen einen erklärten Rücktritt des Arbeitnehmers spricht bereits, dass für den Arbeitsvertrag die Kündigungsregelungen spezieller sind.

Ein Schadensersatzanspruch ist mit den vom Gesetzgeber aufgestellten Wertungen nicht vereinbar. Zwar ist die Belastung mit einer unangemessenen Vergütungspflicht eine echte Integritätsverletzung, sodass ein ersatzfähiger Schadensposten vorliegt.⁵⁸¹ Auch wird nicht bereits durch § 628 Abs.2 BGB ausreichend Abhilfe geleistet, da dieser gesetzlich vorgesehene Schadensersatzanspruch sich nur auf die außerordentliche Kündigung bezieht. Die Norm entfaltet keine Sperrwirkung. Gegen die Anwendung eines Schadensersatzanspruchs spricht aber dessen Reichweite. Ein Anspruch aus §§ 280 Abs.1, 3, 283 BGB wäre seiner Höhe nach identisch mit einem Anspruch auf Entgeltminderung. Mithilfe der Differenzhypothese wird bei einem Schadensersatzanspruch die Lage, die nach der mangelhaften Leistung besteht, mit der Lage verglichen, die bei ordnungsgemäßer Vertragsdurchführung bestünde.⁵⁸² Bei einer Minderung wäre der Lohn in dem Verhältnis herabzusetzen, in welchem der Wert der mangelfreien Arbeitsleistung zu deren wirklichen Wert steht.⁵⁸³ Beide Berechnungen gelangen zu demselben Ergebnis. Der Arbeitgeber würde einen Betrag in der Höhe erhalten, in welcher der Wert der Leistung des Arbeitnehmers mit dem Wert der Leistung des Arbeitgebers (der Lohnzahlung) differiert. Damit würde über das Schadensersatzrecht ein Minderungsrecht konzipiert und so die

Württemberg 11.3.2015, BeckRS 2015, 71567; *ArbG Düsseldorf* v. 17.12.2015, BeckRS 2016, 66066.

⁵⁸¹ Andere Ansicht: *BAG* v. 6.6.1972, AP Nr. 71 zu § 611 BGB Haftung.

⁵⁸² Dauner-Lieb/Langen/*Magnus*, Vorb. zu §§ 249-255 BGB, Rn. 20; *Filthaut*, § 1 HPfIG, Rn. 135.

⁵⁸³ Vgl. zu der Minderung beim Kaufvertrag § 441 Abs.3 S.1 BGB.

Wertung, die der Gesetzgeber mit Einfügung des § 326 Abs.1 S.2 BGB aufgestellt hat, unterlaufen.

Des Weiteren kommt hinzu, dass ein Schadensersatzanspruch die Regelung des § 628 Abs.1 S.2 BGB konterkarieren würde.⁵⁸⁴ Dieser schließt einen Vergütungsanspruch nämlich nur dann aus, wenn ein Interessenfortfall des Arbeitsgebers besteht. Ein Schadensersatzanspruch würde bereits dann bejaht werden, wenn der Arbeitgeber nur zum Teil kein Interesse mehr an der Leistung hätte.

Des Weiteren kommt eine Kündigung als Reaktion auf eine Schlechtleistung seitens des Arbeitnehmers. Die Anforderungen an die Kündigungsbegründung sind hoch. Eine Kündigung unterliegt strengen Voraussetzungen, die bei Verletzung der Hauptleistungspflichten nur in Ausnahmefällen vorliegen. Dass die außerordentliche Kündigung sich letztlich nur auf die Pflichtverletzungen beziehen kann, wenn der letzte Verstoß nicht mehr als zwei Wochen seit Ausspruch der Kündigung zurückliegt,⁵⁸⁵ führt zu einer Einschränkung für den Arbeitgeber. Außerdem sind die Ansprüche, die an das Vorliegen eines „wichtigen Grundes“ gestellt werden, streng. Die Schlechtleistung muss konkrete, betriebliche oder wirtschaftliche Auswirkungen mit sich bringen, woran es in den meisten Fällen mangelt. Das Erfordernis der Abmahnung⁵⁸⁶, welches sich aus dem *ultima ratio*-Prinzip ergibt, führt zu einer weiteren Einschränkung der Kündigungsmöglichkeit. Bei der Kündigung eines Schlechtleisters ist in den meisten Fällen die verhaltensbedingte ordentliche Kündigung einschlägig, da die außerordentliche Kündigung wegen Schlechtleistung an der Erheblichkeitsschwelle scheitert. Die ordentliche Kündigung kommt regelmäßig nur als verhaltensbedingte Kündigung in Betracht, da es für eine personenbedingte Kündigung an einem steuerbaren Verhalten fehlt. Die Rechtfertigung der Kündigung beurteilt sich auch hier anhand strenger Maßstäbe.⁵⁸⁷ Eine verhaltensbedingte Kündigung kommt nach Ansicht des BAG in Betracht, wenn der

⁵⁸⁴ Balzer/Kröll/Scholl, S. 279; Canaris, S. 186.

⁵⁸⁵ MAHMoll/Schulte, § 44 Rn. 126; Schaub/Linck, § 127 Rn. 20.

⁵⁸⁶ Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 558 und 1201ff.

⁵⁸⁷ BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1180; BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784.

Arbeitnehmer längerfristig und deutlich die durchschnittliche Arbeitsleistung unterschreitet. Dies kann ein Anhaltspunkt dafür sein, dass der Arbeitnehmer weniger arbeitet als er könnte, und so seiner subjektiven Leistungspflicht nicht genügt.⁵⁸⁸

Abhilfe schafft eine Kündigung deshalb nur in Ausnahmefällen. Außerdem kann der Arbeitgeber auch bei wirksam erklärter Kündigung ein Interesse daran haben, die wirtschaftlichen Nachteile zu beseitigen, die die Schlechtleistung des Arbeitnehmers ausgelöst hat. Auch ist denkbar, dass der Arbeitgeber den Arbeitnehmer trotz einer zur Kündigung berechtigenden Schlechtleistung weiterbeschäftigen möchte, aber trotzdem einen Nachteilsausgleich anstrebt. Die Kündigung stellt somit das letzte Mittel dar, um auf Leistungsverstöße zu reagieren. Es sind auch aus Arbeitnehmerschutzgesichtspunkten weniger gravierende Möglichkeiten zu finden, um einer Schlechtleistung entgegenzuwirken. Die Regelungen zur Kündigung sind zudem nicht ausreichend, um den Arbeitgeberinteressen gerecht zu werden.

Eine analoge Anwendung des § 628 Abs.1 S.2 BGB ist unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Der Anwendungsbereich der Norm wird weit gefasst, indem er sich auf Arbeitsverträge erstreckt, auf die Wirksamkeit einer Kündigung verzichtet wird und es einer Kündigungserklärung nicht bedarf.⁵⁸⁹ Die weite Anwendung des § 628 Abs.1 S.2 BGB hat zudem zur Folge, dass die Schlechtleistung nicht die Schwelle zum Kündigungsgrund erreichen muss. Dies ergibt sich aus dem Sinn und Zweck der Norm. Dieser besteht darin, demjenigen, der schlecht geleistet hat, die Schlechtleistung nicht zu Gute kommen zu lassen, indem er eine Gegenleistung für diese erhält, obwohl seine Leistung für den Vertragspartner wertlos ist. Dieser Gerechtigkeitsgedanke besteht auch dann, wenn die Schlechtleistung sich unterhalb der Schwelle zur Kündigung bewegt. Die Schlechtleistung muss eine Intensität erreicht haben, die es für den Arbeitgeber nicht rechtfertigt, die volle Vergütung zu gewähren. Die Abgrenzung ist aus Gesichtspunkten der Rechtsklarheit am

⁵⁸⁸ BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1180 (1182).

⁵⁸⁹ Vgl. APS/Rolfs, § 628 BGB Rn. 1; vgl. BDDH/Marquardt, § 628 BGB, Rn. 1; BeckOK ArbR/Stoffels, § 628 BGB, Rn. 5; Canaris, S. 183f.; ErfK/Müller-Glöge, § 628 BGB Rn. 1ff.; HWM/Sandmann, § 628 BGB Rn. 1 und 22; vgl. MüKoB4/Henssler, § 628 BGB Rn. 2.

sinnvollsten im Rahmen des qualifizierten Verschuldens vorzunehmen.⁵⁹⁰ Da ein solches Verschulden dem Arbeitnehmer selten bewiesen werden kann, ist darauf zu verzichten. Es genügt der Interessenwegfall des Arbeitgebers in Verbindung mit einem gravierenden Vertragsverstoß. Die erforderliche Schwere des Fehlers kann sich aus dem Zeitraum ergeben, in welchem der Arbeitnehmer nicht ordnungsgemäß leistet. So ist ein vertragswidriges Verhalten bei einem Dauerstörtatbestand eher anzunehmen, als bei einem einmaligen Fehltritt des Arbeitnehmers.

Eine erhebliche Einschränkung erfährt die Anwendung der Norm aber dadurch, dass die Kürzung nur für Zeiträume vorgenommen werden kann, die noch nicht abgerechnet wurden.⁵⁹¹ Dies ergibt sich aus der systematischen Stellung der Norm, wonach der Satz zwei als Ausnahmetatbestand zu Satz eins fungiert. Letzterer wiederum bezieht sich fraglos nur auf noch nicht abgerechnete Vergütungszeiträume. Der Arbeitnehmer kann die Vergütung nur für Zeiträume verlangen, für welche er sie noch nicht erhalten hat. Die Kürzung gewinnt somit allenfalls dann Bedeutung, wenn durch die Schlechtleistung ein Abrechnungszeitraum unterbrochen wird.⁵⁹² Bei der üblicherweise vereinbarten Monatsvergütung geht eine Kürzung daher nicht über ein Monatsgehalt hinaus. Insb. der Pflichtverletzung von Schlechtleistern⁵⁹³ wird durch die analoge Anwendung somit wenig Abhilfe geschaffen, da deren Schlechtleistung sich zumeist über einen längeren Zeitraum erstreckt.

Kapitel 3. Parteiautonome Steuerungsmöglichkeiten

Der Arbeitgeber hat die Möglichkeit, den Umgang mit Schlechtleistern innerhalb des vom Gesetzgeber freigelassenen Raums, selbstständig zu regeln. Es gibt verschiedene Regelungsmöglichkeiten, mit einer schlechten Arbeitsleistung zu verfahren ist bzw. eine solche gar nicht

⁵⁹⁰ So vorgeschlagen von: *Canaris*, S. 183.

⁵⁹¹ So auch: *ErftK/Müller-Glöge*, § 628 BGB Rn. 8a; *HWK/Sandmann*, § 628 BGB Rn. 21.

⁵⁹² Vgl. *BeckOK ArbR/Stoffels*, § 628 BGB vor Rn. 1.

⁵⁹³ Siehe dazu die sog. „Low Performer Rechtsprechung“: *BAG* v. 17.1.2008, NZA 2008, 693 (693ff.); *BAG* v. 3.6.2004, NZA 2004, 90 (90ff.); *LAG Hamm* v. 22.4.2016, BeckRS 2016, 68882; *LAG Köln* v. 19.8.2015, BeckRS 2015, 69416; *LAG Baden-Württemberg* 11.3.2015, BeckRS 2015, 71567; *ArbG Düsseldorf* v. 17.12.2015, BeckRS 2016, 66066.

erst entstehen zu lassen. Ihre jeweilige Zweckmäßigkeit soll im Folgenden dargestellt werden.

A. Vertragsstrafe

Den Vertragsparteien ist es möglich, im Wege von Klauseln im Arbeitsvertrag Vertragsstrafenabreden zu treffen. Handelt es sich dabei um allgemeine Geschäftsbedingungen, ist zwar § 309 Nr. 6 BGB zu beachten, wonach diese grundsätzlich unwirksam sind. Allerdings sind in Arbeitsverträgen gemäß § 310 Abs.4 S.2 BGB die im Arbeitsrecht geltenden Besonderheiten angemessen zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung findet § 309 Nr. 6 BGB in Arbeitsverträgen grundsätzlich keine Anwendung.⁵⁹⁴ Der Arbeitgeber habe ein Bedürfnis nach Sanktionsmöglichkeiten, die über das Gesetz hinausgehen. Das ergebe sich aus § 888 Abs.3 ZPO. Danach kann der er die Erbringung der Arbeitsleistung nicht im Wege der Vollstreckung durchsetzen. Hierdurch fehlt ihm, im Gegensatz zu anderen Gläubigern die Möglichkeit den vertraglichen Primäranspruch, die Leistung der Arbeit, durchzusetzen.⁵⁹⁵ Daher besteht ein berechtigtes Interesse Sanktionen zu schaffen, die die Erfüllung der vertraglichen Hauptpflicht sicherstellen. Die Vertragsstrafe stellt oftmals die einzig wirksame Möglichkeit dar, um dies zu erreichen. Deshalb ist es gerechtfertigt, dem Arbeitgeber das zusätzliche Instrument der Vertragsstrafenregelung an die Hand zu geben. So kann er zwar nicht die Vornahme der Arbeitsleistung erzwingen, aber zumindest im Vorhinein Regelungen bezüglich der Rechtsfolgen treffen, die sich aus einer Schlechtleistung ergeben. Außerdem rechtfertigen die Besonderheiten des Arbeitsrechts die Vereinbarung einer Vertragsstrafe deshalb, weil Ersatzansprüche oftmals an der Nichtnachweisbarkeit der Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Schaden scheitern.⁵⁹⁶ Dies ergibt sich aus der schlechten Beweislage des Arbeitgebers, welche das BAG⁵⁹⁷ bereits seit Langem anerkennt. Der Arbeitgeber habe deshalb ein berechtigtes Interesse an einer derartigen Vereinbarung, weil bei

⁵⁹⁴ BAG v. 19.08.2010, AP Nr. 3 zu § 309 BGB; BAG v. 18.8.2005, NZA 2006, 34 (36).

⁵⁹⁵ BAG v. 4.3.2004, BeckRS 2004, 30801473, Entschdgrd. (b.) II. 2. b) cc) (1).

⁵⁹⁶ Tschöpe, BB 2006, 213 (221).

⁵⁹⁷ So bereits; BAG v. 23.5.1984, NZA 1985, 255 (256).

schweren Pflichtverstößen durch den Arbeitnehmer, die den Arbeitgeber zur fristlosen Kündigung berechtigen, der Schadensnachweis für ihn im Allgemeinen nur schwer oder überhaupt nicht zu erbringen ist, obwohl regelmäßig ein Vermögensschaden bei ihm eingetreten ist. Die Vertragsstrafenregelung hat insofern den Zweck, den Arbeitgeber wirksam vor einer Vertragsverletzung zu schützen. Die Zulässigkeit einer formularmäßigen Vertragsstrafenvereinbarung folgt zudem mittelbar aus § 12 Abs.2 Nr.2 BBiG. Diese Vorschrift schließt es für Berufsausbildungsverhältnisse aus, die Möglichkeit eine Vertragsstrafe zu vereinbaren. Daraus ist im Umkehrschluss die Zulässigkeit der Vereinbarung in anderen Beschäftigungsverhältnissen zu schließen. Andernfalls wäre die Regelung des § 12 Abs.2 Nr.2 BBiG überflüssig.

I. Wirksamkeitsanforderungen

Fraglich ist aber, ob eine Vertragsstrafenregelung, die für den Fall einer Schlechtleistung vereinbart wurde, an § 309 Nr. 6 BGB zu messen ist.

Es geht in § 309 Nr.6 BGB nämlich nicht um die Schlechtleistung, sondern um den Fall, „dass der andere Vertragsteil [hier: der Arbeitnehmer] sich vom Vertrag löst“. Eine Vertragsstrafenabrede für den Fall, dass der Arbeitnehmer schlecht leistet ist hiermit nicht gemeint.

Eine Vertragsstrafenregelung in Arbeitsverträgen ist für verschiedene Fallgestaltungen denkbar. Der Hauptanwendungsbereich ist die Regelung für Vertragsbrüche. Daneben kommen der Geheimnisverrat und Wettbewerbsverstöße in Betracht. Aber auch für die Schlechtleistung des Arbeitgebers ist die Regelung von Vertragsstrafen üblich.⁵⁹⁸

Für die Vereinbarung einer Vertragsstrafe im Falle einer Schlechtleistung des Arbeitnehmers ist § 341 Abs.1 BGB einschlägig. Danach ist ein Strafversprechen wirksam, welches eine Strafe für den Fall vorsieht, dass der Schuldner seine Verbindlichkeit „nicht in gehöriger Weise“ erfüllt. Vertragsstrafen kommen somit auch für den Fall einer Schlechtleistung in Betracht.⁵⁹⁹ Es gibt sog. selbstständige und unselbstständige Strafversprechen. Selbstständige Strafversprechen sind gesetzlich nicht

⁵⁹⁸ Weber, AuA 1999, 551 (552ff.).

⁵⁹⁹ Tschöpe, BB 2006, 213 (221).

geregelt und beinhalten die Vornahme einer nicht erzwingbaren Handlung oder deren Unterlassen, welche dem Gläubiger lediglich in Aussicht gestellt wird.⁶⁰⁰ Die in §§ 339ff. BGB geregelte Vertragsstrafe ist ein unselbstständiges Strafversprechen. Dieses zeichnet sich dadurch aus, dass eine Akzessorietät besteht zwischen der Vertragsstrafe und der Verpflichtung zur Erbringung einer Hauptverpflichtung.⁶⁰¹ Die Vertragsstrafe setzt eine wirksame und erzwingbare Hauptverbindlichkeit voraus.⁶⁰² Hier besteht die Hauptverbindlichkeit in der Erbringung der ordnungsgemäßen Arbeitsleistung, zu der sich der Arbeitnehmer durch Abschluss des Arbeitsvertrages verpflichtet hat, vgl. § 611 BGB. Die formularmäßig vereinbarte Vertragsstrafe für den Fall einer Schlechtleistung unterliegt der allgemeinen Inhaltskontrolle nach § 307 BGB. Zu beachten ist, dass die Abrede den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligt, vgl. § 307 Abs.1 und 2 BGB. Das unter Strafe gestellte Verhalten muss so genau bestimmt sein, dass der Arbeitnehmer sein Verhalten danach richten kann und weiß, was auf ihn zukommt, vgl. § 307 Abs.1 S.2 BGB.⁶⁰³ Deshalb ist es erforderlich, dass die Vereinbarung neben der zu leistenden Strafe auch die Pflichtverletzung auf der sie beruht, deutlich beschreibt. Eine pauschalisierte Beschreibung der Pflichtverletzung reicht nicht aus. Formulierungen wie etwa „Nichteinhaltung des Vertrages“ oder „Low Performance“ genügen daher nicht dem Bestimmtheitsgebot.⁶⁰⁴ Ein globales Strafversprechen, das dem Arbeitgeber den Erhalt sämtlicher arbeitsvertraglicher Pflichten sichern soll, ist unwirksam. Die Einhaltung des Bestimmtheitsgebots ist durch die Aufzählung von Beispielen, welche eine die Vertragsstrafe auslösende Pflichtverletzung darstellen, zu gewährleisten.⁶⁰⁵ So kann eine abstrakt formulierte Pflichtverletzung durch eine in Klammer gezogene Beispielaufzählung konkretisiert werden, so dass klargestellt ist, wann eine Pflichtverletzung vorliegen soll. Damit die Klausel der Kontrolle gemäß § 305c Abs.1 BGB standhält,

⁶⁰⁰ Weber, AuA 1999, 251 (552).

⁶⁰¹ Weber, AuA 1999, 251 (552).

⁶⁰² Schaub/Linck, § 57 Rn. 1, 2 und 6.

⁶⁰³ BAG v. 18.8.2005, NZA 2006, 34 (36).

⁶⁰⁴ ErftK/Müller-Glöge, §§ 339-345 BGB Rn. 12a; Schaub/Linck, § 57 Rn. 8.

⁶⁰⁵ BAG v. 18.8.2005, NZA 2006, 34 (37).

darf sie nicht an einer versteckten Stelle stehen.⁶⁰⁶ Bei der Festlegung der Höhe der Strafe sind insb. das Transparenzgebot und die Angemessenheit der Vertragsstrafe zu beachten.⁶⁰⁷ Das Transparenzgebot stellt eine nicht zu unterschätzende Hürde dar.⁶⁰⁸ Der Tatbestand, der die Strafe auslöst muss klar und verständlich bezeichnet sein.⁶⁰⁹ Da die festgesetzte Strafe der gerichtlichen Billigkeitskontrolle unterliegt, darf sie nicht unverhältnismäßig hoch sein.⁶¹⁰ Das Gericht kann die Höhe der vereinbarten Strafe auch herabsetzen.⁶¹¹ Eine eindeutige Bestimmung darüber, bis zu welcher Höhe eine Vertragsstrafe als angemessen angesehen werden kann, lässt sich nicht treffen. Dies ist ohne Berücksichtigung des jeweiligen Einzelfalls nicht möglich.⁶¹² Es gibt lediglich Anhaltspunkte, die sich aus den von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen ergeben und in diesem Zusammenhang heranzuziehen sind. Solche Anhaltspunkte können jedes in Betracht kommende berechnete Interesse des Arbeitgebers, ein möglicherweise entstandener Schaden des Arbeitgebers, der Grad des Verschuldens des Arbeitnehmers oder seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sein.⁶¹³ Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze über die eingeschränkte Arbeitnehmerhaftung dürfen nicht beeinträchtigt werden.⁶¹⁴ Danach ist eine eingeschränkte Haftung der Arbeitnehmer vorzunehmen, wenn es sich um eine typischerweise gefahrgeneigte Tätigkeit handelt und der Arbeitnehmer nur leicht fahrlässig gehandelt hat. Diese Umstände, zusammen mit der dem Arbeitsvertrag innewohnenden Fürsorge- und Treuepflicht rechtfertigen es dem Arbeitnehmer nicht das volle Haftungsrisiko aufzubürden. Das gilt auch für die Höhe einer Vertragsstrafe bei nicht ordnungsgemäßer

⁶⁰⁶ Schaub/Linck, § 57 Rn. 7.

⁶⁰⁷ Preis, § 54 I.

⁶⁰⁸ Vgl. zu den strengen Anforderungen der Rechtsprechung: BAG v. 27.4.200, BeckRS 2009, 56447.

⁶⁰⁹ MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 1049.

⁶¹⁰ Weber, AuA 1999, 551 (552).

⁶¹¹ ArbG Dortmund v. 9.10.1992, DStR 1993, 1540 (1540).

⁶¹² BAG v. 25.10.1994, BeckRS 2009, 56449 Entschdgrd. III. a).

⁶¹³ BAG v. 1.10.1963, NJW 1964, 123 (124); Sächsisches LAG v. 25.11.1997, BeckRS 30868093 Entschdgrd. 5. a); ArbG Köln v. 24.3.1999, BeckRS 30883467.

⁶¹⁴ BAG v. 15.11.2012, NJOZ 2013, 709 (710); BAG v. 27.9.1994, NJW 1995, 210 (211); BAG v. 25.9.1957, NJW 1958, 235 (237); ErfK/Müller-Glöge, §§ 339-345 BGB Rn. 22; Schaub/Linck, § 57 Rn. 15.

Leistung. Denn die Gefahr von Fehlern ist jeder Arbeitsleistung immanent. Die Grenze für die Höhe der vereinbarten Vertragsstrafe dürfte im Arbeitsrecht bei einem Bruttomonatsgehalt liegen.⁶¹⁵

Werden die oben aufgestellten Anforderungen beachtet, ist eine Vertragsstrafenvereinbarung möglich. Verspricht der Arbeitnehmer die Vertragsstrafe für den Fall der nicht gehörigen Erfüllung i.S.d.

§ 341 BGB, kann der Arbeitgeber die verwirkte Strafe neben der Erfüllung verlangen. Das BAG ist bei der

II. Fazit

Die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall der nicht ordnungsgemäßen Erfüllung der Hauptleistungspflicht durch den Arbeitnehmer ist unter Beachtung der genannten Anforderungen grundsätzlich möglich. Durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe wird die missliche Lage des Arbeitgebers, die sich aus § 326 Abs.1 S.2 BGB ergibt, verbessert. Seinem Schutzbedürfnis wird insb. in den Fällen entsprochen, in denen die Leistungsstörung zwar nicht die Schwelle zum Kündigungsgrund überschreitet, aber dennoch für ihn nicht folgenlos hinnehmbar ist. Auch ist eine Vertragsstrafenregelung für Fälle möglich, in denen nicht die oben beschriebenen Voraussetzungen, die an § 628 Abs.1 S.2 BGB analog zu stellen sind, vorliegen. Die einer Vertragsstrafe zugrundeliegenden Schlechtleistungen können weiter gefasst werden, als die Schlechtleistungen im Rahmen der Herabsetzung des Entgeltes gem. § 628 Abs.1 S.2 BGB.

Dabei hat die Regelung einer Vertragsstrafe zwei Funktionen. In präventiver Hinsicht soll sie dem Arbeitgeber ein erhöhtes Maß an Sicherheit dahingehend geben, dass der Arbeitnehmer die Arbeitsleistung ordnungsgemäß erfüllt. Andernfalls droht ihm die Verwirkung der Vertragsstrafe. In repressiver Hinsicht wird dem Arbeitgeber ermöglicht, im Falle einer Schlechtleistung Ersatzansprüche einfacher, schneller, ökonomischer und erfolgreicher durchzusetzen (sog. Wiedergutmachungsfunktion).⁶¹⁶

⁶¹⁵ Preis, § 54 I; Weber, AuA 1999, 551 (554).

⁶¹⁶ Weber, AuA 1999, 551 (551f.).

B. Kollektivrechtliche Regelung

Zudem könnte die Möglichkeit angedacht werden, eine Betriebsbuße in Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen zu vereinbaren.⁶¹⁷ Dies soll möglich sein für Verstöße des Arbeitnehmers, welche die betriebliche Ordnung stören.⁶¹⁸ Denn eine kollektive Regelung bedarf stets eines kollektiven Bezugs.⁶¹⁹ Erbringt der Arbeitnehmer die Hauptpflicht aus dem Arbeitsvertrag schlecht, wird dies jedoch nicht in allen Fällen ein gemeinschaftswidriges Verhalten darstellen. Die Schlechtleistung wird sich regelmäßig darin erschöpfen, dass der Leistungsaustausch eines einzelnen Arbeitsverhältnisses gestört ist und sich keine darüberhinausgehenden Beeinträchtigungen ergeben. Somit hilft eine Lösung durch eine Kollektivvereinbarung nicht weiter.

C. Erzeugung von Anreizen

Dem zulasten des Arbeitgebers durch die Schlechtleistung hervorgerufenen Ungleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung kann aber auch auf andere Weise begegnet werden. Die Regelung nachträglicher Kompensationsmodelle im Wege einer Vertragsstrafenabrede im Arbeitsvertrag oder der kollektivrechtlichen Vereinbarung einer Betriebsbuße setzt zunächst die Entstehung des vollen Vergütungsanspruchs voraus. Wegen der ungerechtfertigten Belastung mit der Schlechtleistung soll dem Arbeitgeber die Möglichkeit gegeben werden, den Nachteil durch die Geltendmachung anderweitiger Ansprüche zu kompensieren. Der Arbeitgeber enthält einen eigenen vom Lohnanspruch des Arbeitnehmers losgelösten Anspruch gegen diesen. Er trägt in diesen Fällen aber zugleich das Risiko, dass der Arbeitnehmer nicht zahlen kann oder wird. Um dieses Risiko zu umgehen, kommt die Möglichkeit in Betracht den Vergütungsanspruch bei einer schlecht erbrachten Hauptleistung erst überhaupt nicht entstehen zu lassen. Der Vergütungsanspruch wird nur für solche Leistungen fällig, die mängelfrei sind. Die gängigste Form der Vergütung ist der Zeitlohn. Dieser unterstellt bei allen

⁶¹⁷ Siehe zu einer solchen Möglichkeit zur Verhinderung von Schlechtleistungen: *Preis*, § 54 I 4.

⁶¹⁸ BAG v. 5.2.1986, AP Nr. 12 zu § 339 BGB.

⁶¹⁹ *Fitting*, § 87 BetrVG Rn. 14ff.

Arbeitnehmern, für die in einem Unternehmen die gleiche Höhe des Lohnes vereinbart wurde, denselben Leistungsgrad.⁶²⁰ Daraus geht die Lebensfremdheit dieser Vergütungsform sofort hervor. Das Leistungsniveau hängt unabdingbar mit den persönlichen Fähigkeiten und der Arbeitseinstellung des jeweiligen Arbeitnehmers zur Arbeit zusammen. In seltenen Fällen werden sich in einem Unternehmen Arbeitnehmer finden lassen, die genau den gleichen Wert an Leistung erbringen. Dennoch ist diese Vergütungsform die am weitesten verbreitete. Die Höhe des Zeitlohns beurteilt sich unabhängig von der Qualität und Quantität der Arbeitsleistung, was zur Folge hat, dass der Arbeitgeber auch bei einer Schlechtleistung des Arbeitnehmers die vereinbarte Vergütung zu zahlen hat.⁶²¹

Es gibt aber auch Vergütungsformen, bei denen die Höhe des Entgelts von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers abhängig ist. Eine solche Vereinbarung ist in der Praxis nicht neu.⁶²² In Tarifverträgen finden sich oftmals Regelungen zum sogenannten Akkordlohn oder Prämienlohn.⁶²³ Diese stellen Formen der leistungsorientierten Vergütung dar. Es gibt ein fixes Grundgehalt und einen variablen Zuschlag, der von der jeweiligen Leistung des Arbeitnehmers abhängt. Dies führt dazu, dass der Arbeitnehmer ein größeres Eigeninteresse daran hat, eine möglichst gute Arbeitsleistung zu erbringen. Denn mit der Güte der Leistung steigt auch sein Gehalt.

Unabhängig davon, ob die Vereinbarung eines solchen Lohnsystems für die Art der zu leistenden Arbeit hilfreich ist, stellt sich die Frage, ob sie überhaupt rechtlich zulässig ist. Das BAG hat eine tarifvertragliche Klausel, nach der der Arbeitgeber eine Vergütung nur für fachlich einwandfreie Arbeiten enthält, für zulässig erachtet.⁶²⁴ Bei einer solchen Vereinbarung trägt der Arbeitnehmer ausnahmsweise das Risiko einer qualitativen Minderleistung.⁶²⁵ Die Zulässigkeit einer solchen Klausel

⁶²⁰ Schaub/Vogelsang, § 63 Rn. 1.

⁶²¹ ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 390; Schaub/Vogelsang, § 67 Rn. 33.

⁶²² BAG v. 15.3.1960, AP Nr. 13 zu § 611 BGB Akkordlohn.

⁶²⁴ BAG v. 15.3.1960, AP Nr. 13 zu § 611 BGB Akkordlohn.

⁶²⁵ ErftK/Preis, § 611 BGB Rn. 394.

im Tarifvertrag wird zum Teil von der Literatur gestützt.⁶²⁶ Ob eine solche Vereinbarung individualvertraglich zulässig ist hängt davon ab, ob sie der Inhaltskontrolle am Maßstab der §§ 305ff. BGB standhält. Denn es ist anzunehmen, dass eine solche Vereinbarung zumeist in Form von Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschlossen wird, da der Arbeitgeber sie nicht für einen einzelnen, sondern für eine Vielzahl von Arbeitnehmern regeln möchte. Eine solche Abrede könnte für den Arbeitnehmer eine unangemessene Benachteiligung und deshalb gemäß § 307-309 BGB unwirksam sein. Diese Prüfung ist losgelöst vom Einzelfall unter Berücksichtigung der rechtlich anzuerkennenden Interessen der Vertragspartner vorzunehmen. Eine unangemessene Benachteiligung liegt vor, wenn eine derartige Klausel den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers stets ausschließen soll, sobald dieser die Vorgaben nicht erreicht hat. Dabei ist die Beurteilung unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer seine Schuldlosigkeit an der Schlechtleistung beweisen kann oder nicht. Denn bei einem vollständigen Ausschluss des Vergütungsanspruchs bei Nichterreichung der Vorgaben durch den Arbeitnehmer, sind Fälle denkbar, in denen dieser den Lohn nicht oder nur gekürzt erhält, ohne dass die Schlechtleistung von ihm verschuldet wurde. Die Schlechtleistung kann auch aus Gründen vorgenommen werden, die nicht in die Sphäre des Arbeitnehmers fallen. Das bedeutet, der Arbeitnehmer konnte nicht beeinflussen, ob er den Vergütungsanspruch erhält. Der Arbeitgeber gestaltet dann durch die Klausel den Vertrag einseitig und versucht in missbräuchlicher Weise eigene Interessen auf Kosten des Arbeitnehmers durchzusetzen.⁶²⁷ Das stellt eine unangemessene Benachteiligung dar. Eine solche Klausel ist deshalb unwirksam.

I. Akkordlohn

Mit der Vereinbarung von Akkordlohn wird die Möglichkeit geschaffen, die Intensität der Arbeitsleistung angemessen zu honorieren.⁶²⁸ Diese Form der Vergütung wird zumeist im produzierenden Gewerbe gewählt. Denn dort ist die Erbringung der Arbeitsleistung messbar. Die

⁶²⁶ Preis, § 54 II.

⁶²⁷ Preis, § 25 IV 5 b).

⁶²⁸ Schaub/Vogelsang, § 63 Rn. 9.

Höhe der Akkordvergütung beurteilt sich unabhängig von der Arbeitsqualität.⁶²⁹ Der Sinn und Zweck der Akkordvergütung besteht darin, die Entlohnung gemäß der geleisteten Arbeitsmenge zu bemessen.⁶³⁰ Sie orientiert sich an einer bestimmten Stückzahl und ist vom Arbeitnehmer beeinflussbar. Messbarkeit und Beeinflussbarkeit sind unabdingbare Voraussetzungen für die Vereinbarung von Akkordlohn.⁶³¹ Denn wenn die Arbeitsleistung nicht vom Arbeitnehmer beeinflussbar ist, kann diesem eine Minderleistung auch nicht angelastet werden. Ein schuldhaftes Verhalten ist Voraussetzung, um der Inhaltskontrolle standzuhalten. In einem vollmechanisierten Betrieb ist die Einführung nur möglich, wenn der Arbeitnehmer die Einstellung der Maschinen nach seinem Ermessen vornehmen kann.⁶³² Zudem ist erforderlich, dass der Arbeitsablauf selbst mängelfrei ist und sich wiederholt.⁶³³ Es muss im Voraus bekannt sein, welche Menge an Arbeit vom Arbeitgeber berechtigterweise erwartet werden kann.⁶³⁴ Durch diese Bedingungen wird die Möglichkeit, diese Vergütungsform zu wählen, eingeschränkt.

Hinzu kommt die Frage, ob mit der Vereinbarung von Akkordlohn dem Arbeitgeber überhaupt Abhilfe geschaffen wird, wenn ihm daran gelegen ist, auf eine schlechte Hauptleistung angemessen zu reagieren. Wie gezeigt kommt die Vereinbarung von Akkordlohn nur für Arbeitsleistungen in Betracht, die nach außen messbar sind. Die Arbeitsmenge ist der alleinige Bezugspunkt.⁶³⁵ In diesem Bereich ergeben sich bezüglich der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs aber nur geringe Schwierigkeiten. Arbeitsleistungen, die von außen sichtbar gemacht werden können und messbar sind, sind klar definierbar. Deren Anforderungen können deutlich gemacht werden. Das führt dazu, dass auch eine Abweichung vom Pflichtenmaßstab leicht erkennbar ist. Die Leistung des einzelnen

⁶²⁹ MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 735.

⁶³⁰ MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 721.

⁶³¹ Simon, Akkordlohn – Form der leistungsgerechten Entlohnung, abrufbar unter: <http://www.rechnungswesen-verstehen.de/bwl-vwl/bwl/akkordlohn-leistungsgerechte-entlohnung.php>, (Stand: 21.6.2017).

⁶³² MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 721.

⁶³³ Simon, Akkordlohn – Form der leistungsgerechten Entlohnung, abrufbar unter: <http://www.rechnungswesen-verstehen.de/bwl-vwl/bwl/akkordlohn-leistungsgerechte-entlohnung.php>, (Stand: 21.6.2017).

⁶³⁴ MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 721.

⁶³⁵ Schaub/Vogelsang, § 63 Rn. 11.

Arbeitnehmers kann mit derer anderer Arbeitnehmer verglichen werden, um so eventuelle negative Abweichungen von der Normalleistung, die eine Schlechtleistung begründen, aufzuzeigen.⁶³⁶ Gerade bei Arbeitsleistungen, die nach außen sichtbar und messbar sind, ergeben sich somit die geringsten Probleme bei der Geltendmachung einer Schlechtleistung. Dies ergibt sich insb. aus der von der Rechtsprechung herausgebildeten „Ein-Drittel-Grenze“.⁶³⁷ Diese stellt eine Beweiserleichterung für den Arbeitgeber dar.⁶³⁸ Es genügt seine Angabe, dass ein Produktionsmitarbeiter die Menge der durchschnittlich fehlerfrei produzierten Ware um mehr als ein Drittel unterschreitet.

Das heißt, in dem Bereich, in dem die Vereinbarung von Akkordlohn möglich ist, besteht sowieso weniger Handlungsbedarf.

Es hilft dem Arbeitgeber sicherlich, wenn er den vollen Lohn von Vornherein nur für solche Leistungen gewähren muss, die mängelfrei sind. Die Vereinbarung von Akkordlohn ist für ihn eine Möglichkeit das Risiko einer Minderleistung des Arbeitnehmers auf diesen umzuwälzen. Er stellt somit eine hilfreiche Lösung für Arbeitsleistungen dar, die sich einer bestimmten Menge nach bemessen lassen. Über die schwierigen Fälle, in denen nicht eindeutig feststellbar ist was der Arbeitnehmer schuldet und ob seine Leistung davon abweicht, vermag die Vereinbarung von Akkordlohn nicht hinwegzuhelfen.

II. Prämienlohn

Für die Arbeitsleistungen, die nicht sichtbar und/oder messbar sind, besteht die Möglichkeit einen Prämienlohn zu vereinbaren. Der Prämienlohn ist wie der Akkordlohn abhängig von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers.⁶³⁹ Er verfolgt ebenso den Zweck, die individuelle Leistungserbringung gesondert zu honorieren. Allerdings können die Prämien an eine Vielzahl von Bezugsgrößen geknüpft werden.⁶⁴⁰ Diese Vergütungsform wird oftmals gewählt, wenn neben der Quantität bestimmte Qualitätsmerkmale honoriert werden sollen bzw. wenn die

⁶³⁶ Siehe S.86ff.

⁶³⁷ BAG v. 11.12.2003, NZA 2004, 784 (786).

⁶³⁸ Grobys/Panzer/Wisskirchen, 130 Rn. 31.

⁶³⁹ MüArbR/Krause, § 57 Rn. 31.

⁶⁴⁰ Schaub/Vogelsang, § 63 Rn. 51.

Quantität der Arbeitsleistung nicht ohne weiteres feststellbar ist. Prämien kommen aber auch für bestimmte quantitative Ziele (z.B. eine besonders hohe Stückzahl) in Betracht. Die Vergütung in Form von bestimmten Prämien reicht insofern weiter, als dass sie solche qualitativen Merkmale miteinschließt. So können bspw. bestimmte, für den Arbeitgeber wertvolle Verhaltensweisen (wie Anwesenheit oder Pünktlichkeit), eine besonders niedrige Ausschussquote oder ein besonders hoher Umsatz honoriert werden. Der Leistungsanreiz ist flexibler und kann differenzierter als beim Akkordlohn gesteuert werden, sodass Letzterer immer mehr an Bedeutung einbüßt.⁶⁴¹

Die Prämienlohnvereinbarung ist deshalb insb. für Arbeitsverhältnisse hilfreich, bei denen sich die Ordnungsgemäßheit des arbeitnehmerseitigen Pflichtenprogramms nicht ausschließlich durch messbare Gesichtspunkte bestimmt. Vielmehr ist Prämienlohn für eine Vielzahl unterschiedlicher Arbeitsleistungen denkbar. Dank des Prämienlohnsystems ist es möglich, die individuellen Leistungen des jeweiligen Arbeitnehmers zu berücksichtigen. Es trägt zur Lohngerechtigkeit bei, indem er den individuellen Fähigkeiten des Arbeitnehmers Rechnung trägt. Wie hoch der variable Teil des Gehalts ist, beurteilt sich anhand der Qualität der Arbeitsleistung. Der Prämienlohn trägt somit dem Charakteristikum der Arbeitsleistung als subjektive Leistungspflicht gemäß § 613

S.1 BGB Rechnung.

Die Vereinbarung von Prämienlohn kann wie der Akkordlohn in kollektivvertraglicher oder einzelvertraglicher Form erfolgen. Auf arbeitsvertraglicher Ebene kommt wiederum die Vereinbarung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in Betracht, die der Inhaltskontrolle nach §§ 307ff. BGB unterliegt.

III. Zielvereinbarung

Ist eine Leistungsprämie Gegenstand der Vereinbarung, kann diese nicht nur im Rahmen eines Prämienlohnsystems, sondern auch im Rahmen einer sogenannten Zielvereinbarung abgeschlossen werden.⁶⁴²

⁶⁴¹ MüArbR/Krause, § 57 Rn. 31; Schaub/Vogelsang, § 63 Rn. 52.

⁶⁴² Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Brors, § 611 BGB Rn. 705.

Zielvereinbarungen haben in den letzten Jahren eine zunehmende Bedeutung gewonnen.⁶⁴³ Durch diese wird die Leistung des Arbeitnehmers an Ziele gekoppelt, die dem Unternehmen förderlich sind.⁶⁴⁴ Ein Teil des vom Arbeitgeber zu zahlenden Entgeltes ist dabei nur auszuzahlen, wenn die Zielvorgabe durch den Arbeitnehmer erreicht wurde. Auch hier ist die Beeinflussung der Ziele durch den Arbeitnehmer unabdingbare Voraussetzung für die Wirksamkeit einer solchen Vereinbarung.⁶⁴⁵ Es handelt sich nicht lediglich um Zielvorgaben, die der Arbeitgeber einseitig gem. § 106 GewO festlegen kann.⁶⁴⁶ Vielmehr liegt hier eine einverständliche Nebenabrede zum Arbeitsvertrag vor, die durch die Abgabe zweier aufeinander bezogener Willenserklärungen zustande kommt. Zwar bietet sich in der Praxis für die Rahmenvereinbarung, in welcher allgemeine Regeln festgehalten werden, eine Vereinbarung auf kollektivvertraglicher Ebene an.⁶⁴⁷ Für die konkrete Zielabrede kommt aber praktisch nur eine individuelle Vereinbarung in Betracht.⁶⁴⁸ Denn mit der Zielvereinbarung soll auf die Leistung eines Arbeitnehmers in einer bestimmten Position Einfluss genommen werden. Für eine kollektivvertragliche Vereinbarung fehlt es daher regelmäßig an einem kollektiven Bezug. Gewählt wird diese Form der Vergütung meist für Angestellte in höherer Position, um deren Interesse am Geschäftsergebnis zu wecken und so bessere Ergebnisse zu erzielen.⁶⁴⁹

1. Wirksamkeitsanforderungen

Dass sich der Inhalt der Zielvereinbarung meist auf die spezielle Position des Arbeitnehmers bezieht, führt dazu, dass die Ziele zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer im Einzelnen ausgehandelt werden.⁶⁵⁰ Eine Inhaltskontrolle gemessen an §§ 307ff. BGB ist deshalb nur in seltenen Fällen vorzunehmen. Wenn es sich ausnahmsweise doch um eine vorformulierte Regelung handelt, liegen Allgemeine Geschäftsbedingungen

⁶⁴³ MüArbR/Krause, § 57 Rn. 36.

⁶⁴⁴ MüArbR/Krause, § 57 Rn. 36.

⁶⁴⁵ MüArbR/Krause, § 57 Rn. 36.

⁶⁴⁶ Vgl. MüArbR/Krause, § 57 Rn. 37.

⁶⁴⁷ Vgl. HWK/Thüsing, § 611 BGB Rn. 116.

⁶⁴⁸ MüArbR/Krause, § 611 BGB Rn. 39.

⁶⁴⁹ MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 758.

⁶⁵⁰ MüArbR/Krause, § 611 BGB Rn. 42.

vor, auf welche die §§ 305ff. BGB Anwendung finden. Insb. müssen vom Arbeitgeber vorgegebene Zielvereinbarungen dem Transparenzgebot genügen (§ 307 Abs.1 S.1 BGB), sie dürfen nicht überraschend sein (§ 305c Abs.1 BGB) und dürfen das Wirtschaftsrisiko nicht in unangemessener Weise auf den Arbeitnehmer verlagern (§ 307 Abs.1 S.1 BGB).⁶⁵¹

Für die Wirksamkeit solcher Vereinbarungen ist folgendes zu beachten: Wie hoch der Anteil des variabel geregelten Entgeltes ausfallen darf, hängt davon ab, wie hoch die Einflussnahme des Arbeitnehmers auf die Zielerreichung ist. Gegen eine vollständige Variabilisierung bestehen dann keine Bedenken, wenn die Zielerreichung in der alleinigen Hand des Arbeitnehmers liegt und dieser das Ziel bei durchschnittlicher Leistung erreichen kann.⁶⁵² Wenn die Zielvereinbarung von Dritteinflüssen abhängt, muss ein bestimmtes Mindestentgelt garantiert sein, um den Anforderungen des § 138 BGB zu genügen. Zu beachten ist zudem, dass der Arbeitnehmer nicht das alleinige Wirtschaftsrisiko aus dem Arbeitsvertrag tragen darf, auch wenn das Mindestentgelt der Sittengerechtigkeit entspricht.⁶⁵³

2. Bewertung

Unter Beachtung der o.g. Anforderungen sind Zielvereinbarungen wirksam. Im Übrigen ähnelt der Inhalt einer solchen Vereinbarung dem eines Prämienlohnsystems. Bei beiden Lohnsystemen hängt die Auszahlung der Vergütung von bestimmten Qualitätsmerkmalen der Arbeitsleistung ab. Diese Merkmale sind differenziert und lassen sich flexibel festlegen. Sie eignen sich gleichermaßen zur Reduzierung des arbeitgeberseitigen Risikos, die Folgen einer Schlechtleistung des Arbeitnehmers tragen zu müssen.

Die erfolgsabhängige Vergütung bezweckt dabei eine Leistungssteigerung des Arbeitnehmers durch die Förderung seiner Motivation.⁶⁵⁴ Die Vergütung dient als Anreiz für die Erreichung von arbeitsvertraglichen

⁶⁵¹ Vgl. HWK/Gotthardt/Roloff, Anh. §§ 305-310 BGB Rn. 60.

⁶⁵² MüArbR/Krause, § 611 BGB Rn. 40.

⁶⁵³ MüArbR/Krause, § 611 BGB Rn. 41.

⁶⁵⁴ So auch: MüKoB4/Müller-Glöge, § 611 BGB Rn. 767.

Zielen und soll den Arbeitnehmer so zur Erzielung überdurchschnittlicher Arbeitsergebnisse veranlassen. Schlechtleistungen sollen gar nicht erst entstehen. Der Arbeitnehmer soll von Vornherein dazu angehalten werden seinem Pflichtenmaßstab im höchstmöglichen Maß nachzukommen. Die Vereinbarung bestimmter arbeitsvertraglich festgelegter Ziele ist vor diesem Hintergrund zur Vermeidung von Schlechtleistungen durchaus sinnvoll. Zu beachten ist aber, dass sie nur für bestimmte Arbeitnehmer in Betracht kommt.

IV. Fazit

Die Vereinbarung von Akkordlohn eignet sich für Arbeitsverträge deren Arbeitsleistung messbar ist. Bei diesen Arten von Leistungspflichten ist der Pflichtenmaßstab klar definierbar und eine Abweichung von diesem meist unproblematisch feststellbar. Über das vom Arbeitgeber zu tragende Risiko, welches sich aus einer qualitativen Schlechtleistung des Arbeitnehmers bei nicht klar definierbarem Pflichtenmaßstab ergibt, vermag diese Vergütungsform nicht hinwegzuhelfen.

Hierzu dient aber die Vereinbarung von Leistungsprämien, die insb. in Form von sog. Zielvereinbarungen vereinbart werden können. Der Arbeitgeber kann somit Anreize setzen, den Arbeitnehmer zu einer engagierteren Leistung zu motivieren.⁶⁵⁵ Schlechtleistungen wird entgegengewirkt. Die negativen Auswirkungen, die eine solche Vereinbarung aus betrieblicher Sicht mit sich bringt, sind aber nicht außer Acht zu lassen. Wenn die Vergütung des Arbeitnehmers von seinem individuellen Erfolg am Geschäftsergebnis abhängt, wird dies unabdingbar dazu führen, dass jeder Arbeitnehmer versucht den größtmöglichen Teil dazu beizutragen, um so für sich selbst die höchstmögliche Vergütung beanspruchen zu können. Dies kann eine konkurrierende Denkweise im Betrieb begünstigen. Ein Konkurrenzkampf ist dem Arbeitsklima abträglich und kann sich sogar negativ auf den Erfolg des Unternehmens auswirken.

⁶⁵⁵ Boecken/Düwell/Diller/Hanau/Brors, § 611 BGB Rn. 710.

Zudem ist zu beachten, dass Leistungsanreize nur für Arbeitnehmer in Betracht kommen, die mit ihrer Leistung Einfluss auf das Arbeitsergebnis nehmen können. Dazu muss der Wert der einzelnen Arbeitsleistung überhaupt (in quantitativer und/oder qualitativer Hinsicht) feststellbar sein und zudem der Arbeitgeber die Möglichkeit haben durch seine Leistung das vereinbarte Ziel zu erreichen. Es kommt letztlich auf die konkret zu beurteilende Arbeitsleistung an, um darüber zu befinden, ob eine Leistungsprämie praktikabel ist.

Letztlich gilt, je einfacher der Pflichtenmaßstab zu bestimmen ist, desto eher kommt die Setzung von Leistungsanreizen durch die Vereinbarung von Prämienlohnsystemen oder Zielvereinbarungen in Betracht. Für Arbeitsleistungen, für die Leistungsanreize im Vorhinein gesetzt werden können, stellt dies eine aus Arbeitgebersicht wirksame Möglichkeit dar, um dem Risiko, die Lohnkosten bei einer Schlechtleistung des Arbeitnehmers voll tragen zu müssen, entgegenzuwirken.

D. Korrekturvereinbarung

Die Güte der Arbeit nachträglich festzulegen, ist eine Möglichkeit um den Schlechtleistungen des Arbeitnehmers zu begegnen. Die Vereinbarung dient dann als korrektive Festlegung der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung. Um einer begangenen Schlechtleistung für die Zukunft entgegenzuwirken, bieten sich für den Arbeitgeber verschiedene Möglichkeiten an.

1. Die Abmahnung – ein destruktives Mittel

Wenn dem Arbeitgeber offen zutage tritt, dass der Arbeitnehmer hinter dem zu erbringenden Pflichtenmaßstab zurückbleibt, wählt dieser oftmals das Instrument der Abmahnung. Mit dieser weist der Arbeitgeber den Arbeitnehmer auf das vertragswidrige Verhalten hin, fordert ihn auf, dieses in Zukunft zu unterlassen und droht ihm für den Wiederholungsfall arbeitsrechtliche Konsequenzen an.⁶⁵⁶ Diese Reaktion des Arbeitgebers auf die Schlechtleistung des Arbeitnehmers führt zu einer angespannten Beziehung zwischen den Vertragsparteien. Der

⁶⁵⁶ Waltermann, Rn. 346.

Arbeitnehmer fühlt sich wenig wertgeschätzt. Er will die angelastete „Untat“ nicht einsehen und resigniert.⁶⁵⁷ Dies führt nicht dazu, dass der Arbeitnehmer sein Leistungsniveau steigert, sondern zu einer Leistung nach Vorschrift. Der Arbeitnehmer fühlt sich missbilligt und leistet nur das, was er leisten muss, um nicht gekündigt zu werden. Diese negativen Auswirkungen entstehen nicht zuletzt durch die Formulierung der Abmahnung, die eine emotionale Distanzierung des Arbeitgebers gegenüber dem Arbeitnehmer zum Ausdruck bringt. Begriffe wie „tiefe Enttäuschung“, „Entfremdung“, oder man „missbillige“ das Verhalten des Mitarbeiters führen nicht dazu, dass der Arbeitnehmer motiviert wird, seine Leistung zu verbessern. Im Gegenteil steigert das den Unmut des Arbeitnehmers gegenüber dem Arbeitgeber und bewirkt eine angespannte Lage am Arbeitsplatz.

2. Die Ermahnung – ein vorgelagertes Mittel

In diesem Zusammenhang bietet sich die Möglichkeit an, statt einer Abmahnung, auf das mildere Mittel der schlichten Ermahnung zurückzugreifen. Der Arbeitnehmer kann dadurch (auch lediglich mündlich) freundlich darauf hingewiesen werden, das Fehlverhalten abzustellen. Dadurch, dass die Androhung kündigungsrechtlicher Konsequenzen ausbleibt, stellt sich diese Vorgehensweise als die für den Arbeitnehmer angenehmere Variante dar. Die negativen Aspekte liegen jedoch auf der Hand. Wo der Arbeitgeber keine Konsequenzen für den Fall der Wiederholung vorweisen kann, verspürt der Arbeitnehmer wenig Druckmittel der Aufforderung Folge zu leisten. Letztlich wird der Arbeitgeber die Ermahnung meist vorschalten und im Falle der Wiederholung der Schlechtleistung dennoch auf die Abmahnung zurückgreifen. Dies ist auch deshalb erforderlich, weil die schlichte Ermahnung des Arbeitnehmers für die spätere Rechtfertigung einer Kündigung nicht ausreicht. Die strenge Form der Abmahnung wird durch eine Ermahnung nicht obsolet. Ein weiterer abträglicher Punkt ist der, dass es sich bei der Ermahnung des Arbeitnehmers, wie bei der Abmahnung, um eine einseitige Maßnahme des Arbeitgebers handelt. Sie unterstreicht somit

⁶⁵⁷ *Wetzling/Habel*, AuA 2006, 654 (654).

ebenso das Hierarchiegefälle zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Um diesen negativen Punkten zu entgehen, gibt es eine wirkungsvollere Methode, um auf eine Schlechtleistung des Arbeitnehmers zu reagieren.

3. Die Korrekturvereinbarung

Mit dem Erhalt einer Abmahnung assoziiert der Arbeitnehmer die Möglichkeit der Kündigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber. Die Abmahnung lenkt den Blick somit auf die Beendigung des Arbeitsverhältnisses, indem sie die dafür erforderlichen Voraussetzungen schafft. Auch die schlichte Ermahnung führt dem Arbeitnehmer wegen ihrer Einseitigkeit das Hierarchiegefälle zwischen ihm und dem Arbeitgeber vor Augen. Es ist somit erforderlich, konstruktivere Mittel zu finden.

a) Das Bedürfnis nach einer Alternative

Stellt sich im Laufe des Vollzugs des Arbeitsvertrags heraus, dass der Arbeitnehmer nicht das leistet, was der Arbeitgeber von ihm erwartet, wird dem Arbeitgeber daran gelegen sein, den Arbeitnehmer zu verpflichten, seinen Erwartungen gerecht zu werden und die Arbeitsleistung zu steigern. Der Arbeitgeber wird nicht nur die Absicht haben, den Arbeitnehmer dem Druck einer Kündigung auszusetzen. Denn der Verlust von Arbeitskräften ist auch aus betriebswirtschaftlicher Sicht ein Manko. Die Neueinstellung und Einarbeitung neuer Mitarbeiter ist mit Zeit und dadurch mit Kosten verbunden. Dem Arbeitgeber kommt es darauf an, eine Besserleistung des vorhandenen Arbeitnehmers zu erlangen, um so eine Produktivitätssteigerung des Betriebes zu erzielen. Dies kann dem Arbeitgeber gelingen, indem er mit dem Arbeitnehmer einvernehmlich festlegt, welche Leistung der Arbeitnehmer zu erbringen hat. Im Rahmen dieser Vereinbarung ist es möglich, die Güte der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Arbeitsleistung exakt zu bestimmen.⁶⁵⁸

⁶⁵⁸ *Maschmann*, NZA-Beil. 2006, 13 (15).

b) Die Handhabung

Zu beachten sind die Voraussetzungen, unter denen sog. Korrekturvereinbarungen wirksam sind. Dies hängt davon ab, was die konkrete Vereinbarung inhaltlich regelt. Wenn sie über das hinausgeht, was arbeitsvertraglich vereinbart ist, bedarf sie stets des Einvernehmens der Arbeitsvertragsparteien. Denn dann wird die Hauptleistungspflicht des Arbeitnehmers geändert. Eine Änderung des Arbeitsvertrags ist nur wirksam, wenn beide Vertragsparteien zustimmen. Würde der Arbeitgeber die Konkretisierung einseitig vornehmen, würde er in unzulässiger Weise in das arbeitnehmerseitige Pflichtenprogramm eingreifen. Anders verhält es sich, wenn die Korrekturvereinbarung das arbeitsvertragliche Pflichtenprogramm lediglich deklariert. Dann wird durch die Vereinbarung die bestehende rechtliche Lage nicht verändert. Vielmehr soll klar gestellt werden, dass eine Diskrepanz zwischen tatsächlicher Ausführung des Arbeitsverhältnisses und rechtlicher Vereinbarung besteht. Diese Diskrepanz soll mithilfe der Korrekturvereinbarung beseitigt werden.

Ob eine Änderung oder lediglich eine Klarstellung der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistung vorliegt, ist für die Handhabung aber nicht entscheidend. Auch wenn bereits der Arbeitsvertrag die Pflicht, die im Rahmen der Korrekturvereinbarung getroffen wird statuiert, bietet es sich an, die Vereinbarung vom Arbeitnehmer unterzeichnen zu lassen.⁶⁵⁹ Die Korrekturvereinbarung hat das Ziel, den Arbeitnehmer dazu anzuhalten, eine aus Arbeitgebersicht wertvollere Leistung vorzunehmen ohne dazu auf das härtere Mittel der Abmahnung oder gar der Kündigung zurückzugreifen. Der Arbeitnehmer soll sich nicht unter Druck gesetzt fühlen, sondern aus eigener Willenskraft dazu veranlasst werden, eine Besserleistung zu erbringen. Indem der Arbeitgeber die Unterschrift fordert, macht er deutlich, dass die Wirksamkeit der Korrektur von der Handlung des Arbeitgebers abhängt. Der Arbeitgeber fühlt sich dadurch wahr und ernst genommen.

⁶⁵⁹ Siehe dazu das Beispiel von: *Hunold*, AuA 2/2004, 8 (12).

4. Positive Effekte

Durch die Interaktion zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer ist der Korrekturvereinbarung der strenge Missbilligungscharakter, der einer Abmahnung innewohnt, fern.⁶⁶⁰ Durch die Unterschrift wird der Arbeitnehmer zum aktiven Mitautor der Vereinbarung.⁶⁶¹

Dem Arbeitnehmer wird durch die Korrekturvereinbarung die Erwartungshaltung des Arbeitgebers vor Augen geführt. Dabei wird er in psychischer Hinsicht besser behandelt als es bei einer Abmahnung der Fall ist.⁶⁶² Die Vereinbarung wird ihm nicht lediglich ausgehändigt, vielmehr muss er sie auch dem Arbeitgeber zurückgeben, um die Unterschrift nachzuweisen. Die dadurch hervorgerufene Interaktion zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer erhöht die Chance, dass die Vertragsparteien sich über den Pflichtenmaßstab des Arbeitnehmers austauschen. Diese Kommunikation kann zur Harmonisierung des Arbeitsverhältnisses beitragen. Das Erfordernis der aktiven Mitwirkung durch den Arbeitnehmer macht die Korrekturvereinbarung für diesen weniger furchteinflößend als eine Abmahnung.⁶⁶³ Dem Hierarchiegefälle, welches im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer besteht, wird entgegengewirkt. Die Einbeziehung des Arbeitnehmers in den „Korrekturprozess“ wird den Arbeitnehmer eher motivieren als eine Abmahnung und somit auch dem Arbeitgeber zu Gute kommen. Eine Abmahnung lenkt den Blick zumeist auf eine möglicherweise bevorstehende Kündigung, was eine einseitige Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch den Arbeitgeber bedeuten würde. Beim Arbeitnehmer entsteht durch eine Abmahnung der Eindruck, er sei bereits abgeschrieben.⁶⁶⁴ Eine Korrekturvereinbarung ist die freundlichere Variante einer Abmahnung. Mit ihrer Hilfe soll darauf hingewirkt werden, dass das Arbeitsverhältnis auch in Zukunft aufrechterhalten bleibt. Um eine funktionierende Arbeitsbeziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu gewährleisten, wird

⁶⁶⁰ *Wetzling/Habel*, BB 2011, 1077 (1082).

⁶⁶¹ *Wetzling/Habel*, AuA 2006, 654 (656).

⁶⁶² *Hoffmann-Remy*, Die Korrekturvereinbarung, S. 212.

⁶⁶³ Vgl. *Hunold*, NZA 2012, 1343 (1343).

⁶⁶⁴ *Wetzling/Habel*, BB 2011, 1077 (1081).

auf die ordnungsgemäße Leistungserbringung des Arbeitnehmers abgezielt. Die verbindliche gemeinsame Vereinbarung einer Korrektur setzt somit für den Arbeitnehmer ein positives Zeichen.⁶⁶⁵ Dieses ist umso höher zu bewerten, als dass es sich bei steuerbaren Schlechtleistungen in der Praxis zumeist nicht nur um ein Sach- sondern zudem um ein Kommunikationsproblem handelt.⁶⁶⁶ Durch die unzureichende Leistung des Arbeitnehmers steigt der Unmut des Arbeitgebers gegenüber seinem Mitarbeiter. Er ist aufgrund dessen Schlechtleistung von diesem enttäuscht und verleiht dieser Enttäuschung mit einer autoritären Vorgehensweise Ausdruck.⁶⁶⁷ Das bewirkt eine Verfestigung der angespannten Lage. Die Verärgerung kommt beim Arbeitnehmer als solche an. Die Korrekturvereinbarung hingegen lässt vermuten, dass dem Arbeitgeber daran gelegen ist, das Arbeitsverhältnis weiterzuführen. Wo andere Arbeitgeber bereits nach weiteren Fehlern suchen, um eine spätere Kündigung zu rechtfertigen, sucht der Arbeitgeber mit Hilfe der Korrekturvereinbarung nach Lösungen, um das Arbeitsverhältnis aufrechtzuerhalten. Für den Arbeitnehmer wird mit solch einer Vereinbarung deutlich, dass dem Arbeitgeber die Funktionstüchtigkeit und der Bestand des Arbeitsverhältnisses wichtig ist. Dies wird eine motivierendere Wirkung haben als eine Abmahnung und den Arbeitnehmer in den meisten Fällen zu einer Unterschrift bewegen.⁶⁶⁸

Für den Arbeitgeber hat die Korrekturvereinbarung den evidenten Vorteil, dass der Arbeitnehmer im Idealfall zu einer für ihn wertvolleren Leistung angehalten wird.

Wenn die Schlechtleistung für den Arbeitgeber offen zutage tritt, ist es für ihn einfach, diese Anforderungen dem Arbeitnehmer im Wege einer Korrekturvereinbarung deutlich zu machen. Dabei bietet die Korrekturvereinbarung den weiteren Vorteil, dass auf die konkrete Leistung des jeweiligen Arbeitnehmers Einfluss genommen werden kann. Die Vereinbarung kann so ausformuliert werden, dass dem Arbeitnehmer die an ihn gestellten Erwartungen und seine Fehler aufgezeigt werden.

⁶⁶⁵ Vgl. *Wetzling/Habel*, BB 2011, 1077 (1081).

⁶⁶⁶ *Wetzling/Habel*, AuA 2006, 654 (656).

⁶⁶⁷ *Hoffmann-Remy*, Die Korrekturvereinbarung, S. 212.

⁶⁶⁸ So auch: *Hunold*, NZA 2012, 1343 (1343).

Dadurch wird dem Problem begegnet, dass es oftmals nicht möglich ist, eine Arbeitsleistung abstrakt für alle im Betrieb befindlichen Arbeitsverhältnisse im Vorhinein arbeitsvertraglich festzulegen. Die Korrekturvereinbarung kann somit eine wirksame Option sein, um auf eine bestimmte Schlechtleistung zu reagieren.

5. Bewertung

Der Zweck der Korrekturvereinbarung wird nur erreicht, wenn der Arbeitnehmer ihrem Inhalt Folge leistet. Dies ist nicht gewährleistet. Die Gefahr, dass der Arbeitnehmer trotz bestehender Korrekturvereinbarung weiterhin schlecht leistet, bleibt bestehen. Die Korrekturvereinbarung vermag einen Anreiz zu setzen, der den Arbeitnehmer zu höherwertigeren Leistungen anhält. Der Anreiz ist gegenüber einer Abmahnung dadurch erhöht, dass der Arbeitnehmer in den Entstehungsprozess der Vereinbarung aktiv einbezogen wurde. Die kündigungsrechtliche Warnfunktion kann durch eine Korrekturvereinbarung ebenso ausgelöst werden, weil der Arbeitnehmer befürchtet, dass der Arbeitgeber zu härteren Mitteln greifen wird, wenn er der Vereinbarung nicht Folge leistet.⁶⁶⁹ Der Arbeitnehmer weiß spätestens zu dem Zeitpunkt, an dem der Arbeitgeber ihm die Vereinbarung vorlegt, dass dieser Kenntnis von seiner Schlechtleistung hat. Insofern reicht die Korrekturvereinbarung aber nicht weiter als es eine Abmahnung tun würde. Auch hier wird der Arbeitnehmer auf sein negatives Verhalten hingewiesen und dazu veranlasst dieses zu unterlassen. Im Vergleich zur Abmahnung ist der Korrekturvereinbarung für den Arbeitnehmer hingegen ein gefährlicherer Effekt immanent. Die Korrekturvereinbarung erfüllt alle Anforderungen, die an eine Abmahnung gestellt werden.⁶⁷⁰ Das heißt, in rechtlicher Hinsicht stellt sie eine Abmahnung dar. Der Unterschied besteht alleine darin, dass sie nicht als solche bezeichnet ist. Für den Arbeitnehmer stellt sich die Korrekturvereinbarung wie die nette Alternative zur Abmahnung dar. Er führt Gespräche mit dem Arbeitgeber und zusammen wird ausgehandelt, welche Leistung angemessen ist. Der Vermerk, dass

⁶⁶⁹ So auch *Hunold*, NZA 2012, 1343 (1343).

⁶⁷⁰ *Wetzling/Habel*, BB 2011, 1077 (1081).

sich der Arbeitgeber im Falle weiterer Wiederholungen kündigungrechtliche Konsequenzen vorbehält wird schnell nebensächlich. Das führt dazu, dass der Arbeitnehmer die Korrekturvereinbarung nicht als das erkennt, was sie ist: Eine verschleierte Abmahnung. Der Arbeitnehmer unterzeichnet etwas, was sich für ihn als freundlicher Hinweis darstellt, die eigene Arbeitsleistung zu verbessern. Im Falle einer Kündigung dient dieser Hinweis aber als Rechtfertigung, da eine verhaltensbedingte Kündigung nur im Falle einer vorangegangenen Abmahnung rechtmäßig ist und eine solche mit der Korrekturvereinbarung vorliegt.⁶⁷¹ Dass die Warnfunktion somit für den Arbeitnehmer weniger streng ist als bei einer Abmahnung, kann dazu führen, dass eine spätere Kündigung umso überraschender ist.

Dass ihr Inhalt auf eine Angemessenheitskontrolle beschränkt ist, ist ein weiteres negatives Merkmal, welches der Korrekturvereinbarung immanent ist. Weil es sich um keine einseitige Maßnahme des Arbeitgebers handelt, ist der Inhalt nicht auf die Einhaltung des billigen Ermessens beschränkt, vgl. § 315 BGB. Dass eine Korrekturvereinbarung unter Umständen weiterreicht als eine Abmahnung ist nicht außer Acht zu lassen.⁶⁷²

Darüber hinaus ist zu kritisieren, dass eine Korrekturvereinbarung nur dann sinnvoll ist, wenn die Schlechtleistung auf einem steuerbaren Verhalten des Arbeitnehmers beruht. Wenn die Schlechtleistung deshalb erfolgt, weil es dem Arbeitnehmer an den Fähigkeiten mangelt, die nötig sind, um eine ordnungsgemäße Leistung zu erbringen, hilft auch eine Vereinbarung über eine Besserleistung nicht weiter.

Ein weiterer negativer Punkt ist, dass die Korrekturvereinbarung rein zukunftsgerichtet ist. Sie dient dazu, nachträglich festzustellen, was der Arbeitnehmer schuldet. Die Sinnhaftigkeit von Korrekturvereinbarungen beschränkt sich daher auf Fälle, in denen die schuldhaftige Schlechtleistung für die Zukunft beseitigt werden soll. Sie vermag nicht den in der Vergangenheit begangenen Schlechtleistungen zu begegnen.

⁶⁷¹ LAG Berlin-Brandenburg, 3.3.2011, NZA-RR 2011, 522 (524); vgl. APS/Vossen, § 1 KSchG Rn. 343ff; vgl. zu den Voraussetzungen einer rechtmäßigen Abmahnung: Stahlhacke/Preis/Vossen/Preis, Rn. 558 und 1201ff.

⁶⁷² So auch Hoffmann-Remy, Die Korrekturvereinbarung, S. 213.

Bietet sich die Möglichkeit einer Korrekturvereinbarung im hiesigen Fall an, ist ihr Vorteil von hohem Wert. Der Arbeitnehmer fühlt sich weniger bevormundet als durch eine Abmahnung. Dies steigert die Funktionalität der Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

E. Gesamtschau

Dass der Arbeitgeber die Möglichkeit erlangt Vertragsstrafen für den Fall einer Schlechtleistung durch den Arbeitnehmer zu vereinbaren, ist deswegen gerechtfertigt, weil die Arbeitsleistung nicht im Wege der Vollstreckung durchsetzbar ist (vgl. § 888 Abs.3 ZPO).⁶⁷³ Die Rechtfertigung von Vertragsstrafen ergibt sich zudem daraus, dass der Arbeitgeber sich in einer schlechten Beweislage befindet.⁶⁷⁴ Der Arbeitgeber kann so wirksam vor Vertragsbrüchen geschützt werden. Die gesetzliche Grundlage für die Vereinbarung von Vertragsstrafen findet sich in den §§ 339ff. BGB. Bei der inhaltlichen Wirksamkeit von formularmäßig vereinbarten Strafversprechen sind insb. das Bestimmtheits- und das Transparenzgebot zu beachten.⁶⁷⁵ Durch Vertragsstrafenregelungen wird dem Schutzbedürfnis des Arbeitgebers in den Fällen entsprochen, in denen die Leistungsstörung nicht die Schwelle zum Kündigungsgrund überschreitet, aber dennoch für den Arbeitgeber nicht folgenlos hinnehmbar ist. Besondere Bedeutung kommt dieser Maßnahme wegen ihrer präventiver und repressiver Wirkungen zu. Der Arbeitgeber erhält ein erhöhtes Maß an Sicherheit, die Arbeitsleistung zu erhalten, die er wünscht und kann im Falle der Nichtbefolgung erlittene Nachteile kompensieren. Allerdings ist danach zu differenzieren, ob sich die Vereinbarung für die konkrete Leistung anbietet. Vorausgesetzt ist nämlich, dass der Arbeitgeber ein genaues Bild davon hat, welche Leistung der Arbeitnehmer erbringt. Eine solche Kontrollmöglichkeit ist bereits mit einer Vielzahl von Arbeitsleistungen nicht vereinbar.

Eine weitere Möglichkeit Vereinbarungen im Vorfeld zu treffen ist es, Leistungsanreize zu setzen, die dem Arbeitnehmer die Chance geben

⁶⁷³ BAG v. 19.08.2010, AP Nr. 3 zu § 309 BGB; BAG v. 18.8.2005, NZA 2006, 34 (36).

⁶⁷⁴ BAG v. 23.5.1984, NZA 1985, 255 (256); *Tschöpe*, BB 2006, 213 (221).

⁶⁷⁵ BAG v. 18.8.2005, NZA 2006, 34 (37); *ErfK/Müller-Glöße*, §§ 339-345 BGB Rn. 12a; *Schaub/Linck*, § 57 Rn. 8.

eine höhere Vergütung zu erhalten. Eine Zahlung nach Akkord kommt nur für Leistungen in Betracht, die nach außen messbar und sichtbar sind. In diesem Bereich gibt es aber ohnehin die geringsten Probleme, da der Pflichtenmaßstab und somit auch eine Abweichung davon, leicht auszumachen sind. Prämienlohnsysteme und die Vereinbarung von Zielen, die an den Arbeitnehmer gestellt werden, sind dagegen Möglichkeiten, die sich anbieten, wenn an die Arbeitsleistung konkrete Anforderungen gestellt werden. Die Leistungsziele sind differenziert und flexibel bestimmbar. Das hat auch den Vorteil, dass die Individualität der Arbeitsleistung berücksichtigt werden kann. Durch präzises Aufzeigen der Anforderungen, die an die Arbeitsleistung gestellt werden, wird die Chance erhöht, eine für den Arbeitgeber möglichst wertvolle Leistung zu erreichen. Außerdem wird der Arbeitnehmer motiviert eine bessere Leistung zu erbringen, wenn dies mit einem höheren Entgelt verbunden ist.

Allerdings bergen diese Lohnsysteme die Gefahr, das Arbeitsklima zu gefährden, indem sie einen Konkurrenzkampf unter den Arbeitnehmern entfachen. Außerdem kommen variable Vergütungssysteme nur für Arbeitsleistungen in Betracht, deren Ergebnis sichtbar ist und durch den Arbeitnehmer beeinflusst werden kann. Dies führt zu einer Einschränkung der Vergütungsform.

Es bleibt dem Arbeitgeber unbenommen eine ordnungsgemäße Leistung im Wege von Korrekturvereinbarungen herbeizuführen. Diese können von den Arbeitsvertragsparteien innerhalb der von der Vertragsautonomie gesetzten Grenzen frei ausgehandelt werden. Gegenüber der Abmahnung haben sie den Vorteil, dass sie nicht eine mögliche Beendigung des Arbeitsvertrages in den Fokus stellen, sondern auf die Verbesserung der Arbeitsleistung hinwirken. Der Arbeitnehmer soll zu einer ordnungsgemäßen Leistung angehalten werden. Die Interaktion zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer führt dazu, dass der abschreckende und missbilligende Charakter, der einer Abmahnung innewohnt, der Korrekturvereinbarung fernbleibt.⁶⁷⁶ Außerdem werden dadurch

⁶⁷⁶ *Wetzling/Habel*, AuA 2006, 654 (656); *Wetzling/Habel*, BB 2011, 1077 (1082).

Kommunikationsprobleme, die in der Praxis oft der Grund für steuerbare Schlechtleistungen sind, beseitigt. Der Vorteil ist zudem, dass auf die konkrete Schlechtleistung eines bestimmten Arbeitnehmers Einfluss genommen werden kann. Dadurch wird dem Problem begegnet, eine Arbeitsleistung abstrakt für eine Vielzahl von Arbeitnehmern festzusetzen. Ob einer Korrekturvereinbarung Folge geleistet wird, ist jedoch nicht gewährleistet. Die Warnfunktion, die einer Abmahnung immanent ist, wird oftmals verfehlt. Das führt auch dazu, dass die Korrekturvereinbarung für den Arbeitnehmer ein gefährlicheres Mittel darstellt als die Abmahnung. Da die Korrekturvereinbarung alle Anforderungen erfüllt, die an eine Abmahnung gestellt werden,⁶⁷⁷ stellt sie faktisch eine Abmahnung dar. Dies wird für den Arbeitnehmer, für den sich die Korrekturvereinbarung wie eine mildere Alternative zur Abmahnung darstellt, oft nicht hinreichend deutlich. Rechtlich gesehen ist sie aber das gleiche. Eine darauf aufbauende Kündigung kann für den Arbeitnehmer daher umso überraschender sein. Auch ist zu beachten, dass der Inhalt nicht, wie bei einer Abmahnung, auf die Einhaltung billigen Ermessens beschränkt ist, da es sich nicht um ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht handelt, vgl. § 315 BGB.⁶⁷⁸ Dass eine Korrekturvereinbarung nur bei steuerbarem Fehlverhalten in Betracht kommt, führt zu einer Einschränkung ihres Anwendungsbereichs. Die reine Zukunftsgerichtetheit dieser Maßnahme führt dazu, dass die Nachteile einer bereits begangenen Schlechtleistung nicht ausgeglichen werden können. Der Vorteil der Harmonisierung des Verhältnisses zwischen den Arbeitsvertragsparteien ist allerdings nicht außer Acht zu lassen.

Zusammenfassung und Fazit

Schwierigkeiten bzgl. der Erkennbarkeit einer Schlechtleistung bestehen, wenn der Pflichtenmaßstab nicht eindeutig festgestellt werden kann. Wenn eine Schlechtleistung im Raum steht, gilt es somit zunächst zu klären, welche arbeitsvertragliche Leistung der Arbeitnehmer schul-

⁶⁷⁷ *Wetzling/Habel*, BB 2011, 1077 (1081).

⁶⁷⁸ Siehe S.169.

det. Je genauer der Pflichtenmaßstab bestimmt ist, desto weniger problembehaftet ist die Feststellung einer Schlechtleistung. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass es bereits eine Reihe von Faktoren gibt, die die Art der zu leistenden Arbeit festlegen. Das Sozialbild wirkt mit vielerlei Faktoren gewissermaßen von außen auf den Arbeitsvertrag ein und beeinflusst so die Willensbildung der Parteien bei Abschluss des Vertrages. Zuweilen gibt der Arbeitgeber seine Anforderungen im Vorhinein bekannt. Wie hoch die Anzahl der Produkte ist, die ein Anlagenführer mithilfe der Maschinen produzieren muss, ist so bspw. leicht feststellbar. Die Bestimmung des Pflichtenmaßstabs ist ein Problem, welches nicht jedem Arbeitsverhältnis innewohnt. Eine Vielzahl von Arbeitsleistungen sind aber von einer natürlichen Intransparenz geprägt. Bezüglich der Anforderungen in qualitativer und quantitativer Hinsicht besteht oftmals Ungewissheit. Die Divergenz von der vom Arbeitgeber erwarteten und der vom Arbeitnehmer erbrachten Leistung birgt Schwierigkeiten beim Umgang mit diesen Leistungen. Es muss zunächst festgestellt werden, ob die berechtigte Erwartung des Arbeitgebers enttäuscht wurde. Nur wenn dies der Fall ist, stellt sich die Frage, wie mit der Schlechtleistung des Arbeitnehmers umzugehen ist. Eine wichtige Hilfe bei der Bestimmung des Pflichtenmaßstabs ist die Modifikation des subjektiven Leistungsbegriffs durch Objektivierung. Durch die Anerkennung objektiver Gesichtspunkte ist es möglich, das Vorliegen einer Schlechtleistung unabhängig davon zu begründen, ob der Arbeitnehmer seine persönliche Leistungsfähigkeit voll ausschöpft. So beurteilen sich die Erwartungen, die der Arbeitgeber an die Arbeitsleistung stellen darf nach objektiven Gesichtspunkten.⁶⁷⁹ In einem Kündigungsschutzprozess wird die Relevanz objektiver Daten anerkannt. Auch dies zeigt, dass eine Bestimmung des Pflichtenmaßstabs allein nach subjektiven Gesichtspunkten nicht denkbar ist. Der objektive Einfluss zeigt sich zudem an dem von der Rechtsprechung anerkannten Erfordernis eine objektiv zu bestimmende Minimalleistung erbringen zu müssen.⁶⁸⁰ Erbringt der Arbeitnehmer diese nicht, kommt er seinem

⁶⁷⁹ Vgl. BAG v. 17.1.2008, NZA 2008, 693; vgl. BAG v. 3.06.2004, NZA 2004, 1380; vgl. BAG v. 11.12.2003, AP Nr. 48 zu § 1 KSchG 1969.

⁶⁸⁰ BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1380 (1383).

Pflichtenmaßstab nicht nach. Da die objektive Minimalleistung eine Grenze nach unten hin darstellt, lässt deren Vorliegen nicht den Rückschluss auf die Ordnungsgemäßheit der Arbeitsleistung zu. Für einzelne Fallgestaltungen kann das objektive Leistungsminimum dennoch hilfreich sein. Dies insb. dann, wenn die Leistung nach außen sichtbar und messbar ist. Das ist bspw. bei der Anzahl der abgeschlossenen Aufträge eines im Akquisitionsgeschäft tätigen Arbeitnehmers der Fall.⁶⁸¹ Weitere Hilfsinstrumente i.R.d. Modifikation des subjektiven Leistungsbegriffs sind die Prüfung der Einhaltung der Sorgfaltspflicht und der Vergleich der Leistung mit der Leistung anderer Arbeitnehmer. Welche Hilfe in Betracht kommt hängt vom Einzelfall ab. So gilt es auch zu prüfen, ob andere Konkretisierungshilfen wie eine betriebliche Übung oder Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen.

Trotz präziser Festlegung des Pflichtenmaßstabs, kann es zu einer Abweichung von diesem kommen. Dies resultiert in der Schwierigkeit für den Arbeitgeber, mit diesen Abweichungen in gesetzeskonformer Weise umzugehen. Eine Erleichterung wird durch die Erweiterung der Nichtleistungsfälle herbeigeführt. Durch diese wird der Arbeitgeber bei einer Leistung von der Lohnzahlung gemäß § 326 Abs.1 S.1 BGB befreit, die einen so geringen Wert hat, dass sie einer Nichtleistung gleichkommt. Für diese Fälle wird somit das Problem, wie mit Schlechtleistungen umzugehen ist, aus dem Weg geräumt.

Eine mögliche Reaktion auf eine unzureichende Arbeitsleistung ist es freilich, den Arbeitsvertrag wie jedes andere Dauerschuldverhältnis ordentlich oder außerordentlich zu kündigen, wenn der eine Teil seine Pflichten dauerhaft und gröblich verletzt. Die hierfür erforderlichen Voraussetzungen sind jedoch streng und sind bei einer schlechten Hauptleistung des Arbeitnehmers nur selten gegeben. Außerdem kann der Arbeitgeber trotz Kündigungsmöglichkeit ein Interesse daran haben den Arbeitnehmer zwar weiter zu beschäftigen, aber dennoch die Nachteile auszugleichen, die ihm aufgrund der Schlechtleistung entstanden sind.

⁶⁸¹ Vgl. BAG v. 3.6.2004, NZA 2004, 1380 (1383ff.).

Auch kann er die Nachteile aus der Schlechtleistung neben einer erklärten Kündigung kompensieren wollen. Die Kündigung allein hilft im Falle einer Schlechtleistung jedenfalls nicht weiter.

Zu Recht ist ein Schadensersatzanspruch zu versagen. Die Wertung des Gesetzgebers ist eindeutig.⁶⁸² Ein Minderungsrecht für den Arbeitsvertrag soll es nicht geben. Ein Schadensersatzanspruch würde ein solches durch die Hintertür herbeiführen.

Die analoge Anwendung des § 628 Abs.1 S.2 BGB ist zu befürworten. Der Vergütungsanspruch entfällt, wenn der Arbeitnehmer eine Leistung vornimmt, die so geringwertig ist, dass sie einer Nichtleistung gleichkommt. Dabei auf die Erreichung der Schwelle zum außerordentlichen Kündigungsgrund zu verzichten, ist sachgerecht, da die Anwendung ansonsten zu Lasten des Arbeitgebers zu sehr eingeschränkt würde. Die Bestimmung dessen, was genau unter „wertungsmäßiger Nichtleistung“ zu verstehen ist, ist abhängig von der jeweiligen Arbeitsleistung. Eine abstrakte Festlegung für sämtliche Arbeitsleistungen ist mit der Natur der Arbeitsleistung als individuelle Leistungspflicht nicht vereinbar. Abhilfe schafft auch diese Möglichkeit nur bei gravierenden Vertragsverstößen. Bei der Pflichtverletzung eines Schlechtleisters bietet diese Möglichkeit zudem nur wenig Abhilfe, da sie Nachteile maximal in der Höhe eines Abrechnungszeitraums kompensieren kann. Die Pflichtverletzung eines Schlechtleisters erstreckt sich zumeist über eine längere Zeit als einen Abrechnungszeitraum.

Für einzelne Vertragstypen gibt es spezielle Normen, die die Rechtsfolgen einer Leistungsstörung gesondert regeln.⁶⁸³ Daraus ist aber nicht zu folgern, dass das Fehlen solcher Normen für andere Vertragstypen durch den Gesetzgeber zu überwinden ist. Deren Fehlen ist für den Ar-

⁶⁸² Siehe S.1ff.

⁶⁸³ Vgl. dazu die Ausführungen zum Reisevertrag, Kaufvertrag und Mietvertrag: BeckOK BGB/*Geib*, § 651a BGB Rn. 30; *Medicus/Lorenz*, Rn. 803; *MüKoB3/Westermann*, § 433 BGB Rn. 42; *Schulze/Ebert*, § 535 BGB Rn. 1.

beitsvertrag mit den ihn kennzeichnenden Besonderheiten zu begründen⁶⁸⁴ Ein Gewährleistungsrecht wäre mit der Persönlichkeit der Leistungserbringungspflicht,⁶⁸⁵ die eine der Hauptgründe für die Komplexität des arbeitnehmerseitig zu erbringenden Pflichtenmaßstabes darstellt, unvereinbar. Die Arbeitsvertragsbeziehung stellt eine besondere Vertrauensbeziehung dar. Nicht die einmalige Erbringung eines Erfolgs, sondern die sich über einen längeren Zeitraum erstreckende immer wiederkehrende individuelle Leistung, ist geschuldet.⁶⁸⁶ Darüber hinaus kann die Arbeitspflicht höchst unterschiedlich ausgestaltet sein. Alles, was sich innerhalb des gesetzlich zulässigen bewegt, kann Gegenstand der vom Arbeitnehmer zu erbringenden Leistungspflicht sein. Deshalb ist der Pflichtenmaßstab für jede Arbeitsleistung gesondert zu bestimmen.

Dass die gesetzlich bestehenden Möglichkeiten keine ausreichende Abhilfe bieten, bedeutet nicht, dass der Gesetzgeber verpflichtet ist anderweitige Regelungen zu schaffen. Zu bedenken ist, dass die Vertragsparteien sich mit Abschluss des Arbeitsvertrages in eine Verantwortung selbst gegenüber begeben, die jede rechtsgeschäftliche Vereinbarung mit sich bringt. Diese ergibt sich aus dem eigenen Interesse, negative Auswirkungen, welche im Falle einer Vertragsverletzung entstehen, möglichst zu vermeiden bzw. deren Beseitigung zu regeln. Es ist auch gerechtfertigt, die Berücksichtigung dieses Interesses in die Verantwortung derjenigen Partei zu stellen, der die negativen Auswirkungen drohen. Von jeder geschäftsfähigen Person, die sich freiwillig einer rechtsgeschäftlichen Bindung unterwirft, kann erwartet werden, sich darüber Gedanken zu machen, wie ein eventuell bevorstehender Schaden verhindert oder im Falle seiner Entstehung beseitigt werden kann. Hierbei ist zu beachten, dass eine Vorwegnahme solcher Regelungen durch den Gesetzgeber immer auch einen Eingriff in die Vertragsfreiheit darstellen würde. Der Gesetzgeber lässt den Arbeitsvertragspar-

⁶⁸⁴ Siehe S.3ff.

⁶⁸⁵ *Medicus/Lorenz*, Rn. 626.

⁶⁸⁶ Vgl. BeckOK ArbR/*Joussen*, § 613 BGB vor Rn. 1.

teilen genügend Freiraum für Handlungen, die einen gerechten Ausgleich der Interessen herbeizuführen vermögen. Es ist sodann Sache des Arbeitgebers, die ihm zustehenden Möglichkeiten so zu nutzen, dass sie einen größtmöglichen Wert für ihn haben. Eine Korrekturvereinbarung bietet sich immer an, wenn der Arbeitnehmer bereits eine schlechte Leistung erbracht hat, welche der Arbeitgeber für die Zukunft verhindern möchte, ohne dadurch die Vertrauensbeziehung zum Arbeitnehmer zu gefährden. Sie bietet den Vorteil eine Leistung mit dem Arbeitnehmer auszuhandeln, die das individuelle Leistungsvermögen des Arbeitnehmers und die konkrete Arbeitsleistung berücksichtigt und miteinander in Bezug setzt. Sie wird dadurch in besonderem Maße der Eigenart der Arbeitsleistung gerecht.

Einem vorausschauenden Arbeitgeber wird daran gelegen sein, im Vorfeld einer Schlechtleistung Regelungen zu treffen, die die Chance einer ordnungsgemäßen Leistung erhöhen. Der Arbeitgeber kann beim Abschluss des Arbeitsvertrages Vertragsstrafen festsetzen und diese zum Inhalt des Arbeitsvertrages machen. Diese Möglichkeit kommt freilich nur in Betracht, wenn etwaige Fehler bereits ins Auge gefasst werden können, bevor sie entstanden sind. Außerdem ist zu bedenken, dass Vertragsstrafen immer in der Lage sind, die Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer negativ zu beeinflussen. Ob dieses Lösungsmodell für den Arbeitsvertrag in Betracht kommt, hängt von dem Zweck ab, den der Arbeitgeber verfolgt.

Eine Möglichkeit, die sich anbietet, um dem Problem einer Schlechtleistung in positiver Weise entgegenzuwirken, ist das Setzen von Leistungsanreizen. Dem Arbeitgeber steht es offen einen Teil der Vergütung von der individuellen Leistung des Arbeitnehmers abhängig zu machen. Diese Vergütungssysteme sind motivierender für den Arbeitnehmer als das Auferlegen einer Strafe für den Fall, dass der Arbeitnehmer den Erwartungen des Arbeitgebers nicht gerecht wird. Dabei ist zu beachten, dass diese Möglichkeit sich nur für Leistungen eignet, die transparent gemacht werden können. Außerdem ist dem Arbeitgeber anzuraten darauf zu achten, einen Konkurrenzkampf im Betrieb zu vermeiden und

das Vergütungssystem gerecht auszugestalten. Der Vorteil von Leistungsanreizen besteht darin, dass auch diese auf eine konkrete Arbeitsleistung abstimbar sind.

Nicht außer Acht zu lassen ist, dass die Beschreibung der Tätigkeit im Arbeitsvertrag dem Arbeitgeber offensteht. Ihm ist es möglich die Tätigkeit ganz allgemein oder sehr exakt zu beschreiben.⁶⁸⁷ Entscheidet er sich für Ersteres, etwa, um sich die Befugnisse aus seinem Weisungsrecht nicht im Vorhinein abzuschneiden, begibt er sich bewusst der Gefahr hin, dass die Anforderungen an den Arbeitnehmer für diesen nicht klar ersichtlich sind. Dass dadurch Probleme bei der Bestimmung und dem Beweis eines Pflichtenverstoßes auftreten, ist vorhersehbar. Es ist deshalb gerechtfertigt, dem Arbeitgeber die Verantwortung aufzubürden, zu entscheiden, welche Lösungsvariante für ihn in Betracht kommt. Dies ist auch in seinem Interesse.

Die Sinnhaftigkeit der Lösungen bestimmt sich anhand des jeweiligen Arbeitsvertrags. Verallgemeinernde Grundsätze bestehen nicht, da der Arbeitsleistung eine zu hohe Komplexität innewohnt. Dem Gesetzgeber obliegt es deshalb nicht, neue Regelungen zu schaffen. Er vermag die Vielschichtigkeit der Arbeitsleistung nicht zu beseitigen. Durch gesetzliche Regelungen bestünde die Gefahr, dass die Vielfalt der Arbeitsleistung Einbußen hinzunehmen hätte. Eine gesetzliche Regelung bedeutet immer eine gewisse Vereinheitlichung. „Arbeit“ kann aber alles sein, was der Befriedigung eines fremden Bedürfnisses dient und im Wirtschaftsleben als solche anerkannt ist.⁶⁸⁸ Dass Schlechtleistungen für den Arbeitgeber oft nicht sichtbar oder in einem Prozess schwer zu beweisen sind, ist kein rechtliches, sondern ein tatsächliches Problem. Gerade die weite Ausgestaltungsmöglichkeit der Arbeitsleistung verbietet es, einheitliche Regelungen zu treffen. Es ist nicht möglich, die Vielzahl von Arbeitsleistungen einer übergreifenden Systematisierung zu unterziehen. Die dadurch bewirkte Rechtsunsicherheit ist hinzunehmen. Oder wie Nietzsche es einmal ausgedrückt hat: „Die Annahme der Vielheit

⁶⁸⁷ BDDH/Brors, § 611 BGB Rn. 485; Preis, § 26 III 3.

⁶⁸⁸ BAG v. 16.1.2002, NZA 2002, 1163 (1164); BeckOK BGB/Fuchs, § 611 Rn. 33; Schaub/Linck, § 45 Rn. 31.

setzt immer schon voraus, daß es etwas gebe, was vielfach vorkommt:
aber gerade hier schon waltet der Irrtum, schon da fingieren wir Wesen,
Einheiten, die es nicht gibt.⁶⁸⁹“

⁶⁸⁹ *Nietzsche*, S.51.

Lebenslauf

Persönliche Daten

Sophia Croonenbrock

geboren am 01.07.1990 in Geldern

Familienstand: ledig

Staatsangehörigkeit: deutsch

Adresse: Georgstraße 18, 50676 Köln

Schulbildung und Studium

- | | |
|-------------------|---|
| 1997 – 2001 | Sankt Luzia Grundschule Geldern-Walbeck |
| 2001 – 2007 | Liebfrauenschule Geldern – Bischöfliche Realschule für Mädchen |
| 2007 – 2010 | Lise-Meitner-Gymnasium Geldern |
| 10/2010 – 03/2011 | Studium der Rechtswissenschaften an der Ruhr-Universität Bochum |
| 03/2011 – 03/2017 | Studium der Rechtswissenschaften an der Universität zu Köln; 1. Staats-
examen |
| 03/2012 | Praktische Studienzeit bei Rechtsanwälte Brohl & Partner |
| 09/2012 | Praktische Studienzeit bei Rechtsanwälte Brohl & Partner |
| 02/2013 – 03/2013 | Praktische Studienzeit bei der Stadtverwaltung Geldern |
| seit 09/2017 | Rechtsreferendariat am Landgericht Aachen |

Berufstätigkeit und Nebentätigkeiten

- | | |
|-------------------|---|
| 09/2015 – 05/2018 | Wissenschaftliche Mitarbeit in der Anwaltskanzlei Cleary Gottlieb Steen
& Hamilton LLP |
| 05/2018 – 08/2018 | Verwaltungsstation des Rechtsreferendariats bei der Außenhandelskam-
mer in Kuala Lumpur, Malaysia |

