

§ 8 Rechte und Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis

Weiterführende Literatur: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, V. und VI. Buch; Wertheimer/Krug, Rechtsfragen zur Nebentätigkeit von Arbeitnehmern, Betriebs-Berater 2000,1462 ff; Zmarzlik/Anzinger, Kommentar zum ArbZG; Zöllner/Loritz, Arbeitsrecht §§ 12-16.

1. Die Pflichten des Arbeitnehmers

1.1 Die Arbeitspflicht

1.1.1 Rechtsgrundlage

Die Rechtsgrundlage für die Pflicht zur Arbeit ist grds. § 611 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag, ggf. ergänzt und konkretisiert durch: Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung, Gleichbehandlungsgrundsatz, Allgemeine Arbeitsbedingungen, betriebliche Übung, letztlich durch Weisungen im Rahmen der Direktionsbefugnis.

1.1.2 Persönliche Arbeitsleistung

Gemäß § 613 S. 1 BGB hat der An die Arbeitsleistung i.d.R. persönlich zu leisten. Dienstberechtigter ist dabei der Ag. Das bedeutet jedoch nicht, dass der An nur für die Person des Ag zu arbeiten braucht. Ist der An für einen Betrieb eingestellt, hat er prinzipiell alle im Betrieb anfallenden Arbeiten zu erledigen. Dabei steht das betriebliche Direktionsrecht nach § 315 BGB nicht nur der Person des Arbeitgebers, sondern auch dem disziplinarischen Vorgesetzten zu.

1.1.3 Ort der Arbeitsleistung

Der Ort der Arbeitsleistung ergibt sich i.d.R. aus dem Arbeitsvertrag, hilfsweise kann er über § 269 BGB als der Wohnsitz bzw. die gewerbliche Niederlassung des Ag konkretisiert werden. Im übrigen bestimmt der Ag auf Grund seines Weisungsrechtes den genauen Ort der Arbeitsleistung. Soll die Arbeitsleistung an mehreren Orten erbracht werden, bedarf dies einer besonderen Erwähnung im Arbeitsvertrag (vgl. § 2 Abs. 1 Zif. 4 NachwG). Der Umfang des Direktionsrechtes des Ag ist besonders weitreichend, wenn der An aufgrund der Art seiner Tätigkeit keinen festen Arbeitsplatz hat (z.B. Bauarbeiter, Montagekräfte, Außendienstmitarbeiter, Reinigungspersonal). Bei der Ausübung des Direktionsrechtes muss der Ag aber auch hier die berechtigten Belange des An nach § 315 Abs. 3 BGB berücksichtigen. Ein Bauarbeiter darf nicht an einen nicht oder nur schwer erreichbaren Ort geschickt werden; ebenso darf über den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht immer der selbe Bauarbeiter die ungünstigsten gelegenen Baustellen zugewiesen bekommen. Ein Einsatz im Ausland kommt

i.d.R. nur in Betracht, wenn dies vertraglich vereinbart ist oder sich aus der Art der Tätigkeit ergibt.

Bsp.: Einstellung als Monteur oder Inbetriebnahmeingenieur bei einem Unternehmen des Anlagenbaus.

Da ein An i.d.R. für den Betrieb eingestellt ist, kann er innerhalb des Betriebes umgesetzt werden.

1.1.4 Die Art der zu leistenden Arbeit

Die Art der vom An zu leistenden Arbeit muss nach § 2 Abs. 1 Zif. 5 NachwG im Arbeitsvertrag angegeben sein. Ist der An für eine bestimmte Tätigkeit eingestellt worden, z.B. als Vorstandsassistent oder Exportkaufmann, so wird dies zum Vertragsinhalt. Eine Änderung der Leistungsart ist hier nur im Wege einer Vertragsanpassung oder einer Änderungskündigung möglich. In der Praxis bewährt hat sich, die Art der Arbeit nur fachlich zu umschreiben, also die Bezeichnung als Elektroingenieur, Betriebswirt, Schlosser, Hilfsarbeiter u.s.w. In diesem Falle kann der Ag dem An sämtliche Arbeiten zuweisen, die innerhalb des vereinbarten Berufsbildes liegen.

Eine Versetzung auf einen geringerwertigen Arbeitsplatz ist grds. unzulässig, selbst wenn die bisherige Vergütung fortgezahlt wird (BAG AP 17, 18, 19, 22 zu § 611 BGB). Jedoch kann sich der Ag in Einzelverträgen oder Tarifverträgen das Recht vorbehalten, An auch auf geringerwertige Arbeitsplätze zu versetzen.

Nebenarbeiten, wie das Aufräumen und Säubern des Arbeitsplatzes oder das Einräumen von Ware in Regalen, hat der An nur dann zu erbringen, wenn deren Übernahme dem Arbeitsvertrag entspricht.

1.1.5 Umfang der Arbeitspflicht

Der An schuldet nicht seine gesamte Arbeitskraft, sondern nur während der vereinbarten Arbeitszeit. Er ist deshalb prinzipiell auch ohne Benachrichtigung an seinen Ag berechtigt, bezahlte wie unbezahlte **Nebentätigkeiten** auszuüben, es sei denn, die Ausübung von Nebentätigkeiten ist tariflich geregelt oder zulässigerweise vertraglich ausgeschlossen, würde die vertragliche Dienstpflichten beeinträchtigen (z.B. vergleichbare Abendtätigkeit bei der Konkurrenz oder Arbeit während des Urlaubs) oder die beiden Arbeitsverhältnisse zusammen überschreiten die Arbeitszeitgrenzen des § ArbZG (näher: Wertheimer/Krug, BB 2000,1462 ff).

1.1.6 Die Arbeitszeit

Eine Pflicht zur Arbeit besteht zunächst nur innerhalb der vorgesehenen Arbeitszeit. Während der vereinbarten Arbeitszeit hat der An unter Aufwendung aller ihm gegebenen geistigen und körperlichen Fähigkeiten zu arbeiten. Aber auch darüber hinaus kann der An zur Mehr- bzw. Überarbeit verpflichtet sein:

Fall: Überstunden, ein Tag vor Weihnachten!

S arbeitet in der Speditionsabteilung des nicht gewerkschaftlich organisierten Versandhandels V. Im Arbeitsvertrag ist eine 35-Stunden-Woche bei arbeitsfreiem Samstag vereinbart. Die betriebliche Arbeitszeit beträgt 7 Stunden; Arbeitsende ist 16.00 Uhr.

Kurz vor Weihnachten gehen noch viele Bestellungen bei V ein, die meisten mit dem Hinweis: „zu liefern bis zum 24.12.“ Am letzten Arbeitstag vor Weihnachten weist V den S kurz vor Arbeitsende an, noch alle in der Speditionsabteilung unerledigten Bestellungen versandfertig zu machen, „selbst wenn es bis morgen früh dauert.“

Frage: 1. Muss S dieser Anordnung Folge leisten?
 2. Kann er eine zusätzliche Vergütung verlangen?

zu 1.: Besteht eine Verpflichtung zur Arbeit über den normalen Dienstschluss hinaus?

Bei der Ermittlung der Arbeitszeit im konkreten Falle sind zwei Problemkreise zu unterscheiden:

a. Welche Arbeitszeit ist **öffentlich-rechtlich** erlaubt?

Die Antwort liefert das Arbeitszeitgesetz (ArbZG). Das ArbZG enthält Regelungen zur Arbeitszeit im Sinne des Arbeitsschutzrechtes. Dessen Vorschriften sind öffentlich-rechtlicher Natur und sollen dem Gesundheitsschutz aller Arbeitnehmer dienen. Adressaten der Regelungen sind die Arbeitgeber, die zur Einhaltung der gesetzlichen Regelungen gegenüber dem Staat verpflichtet sind.

Die öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitvorschriften begründen dagegen keine privatrechtliche Verpflichtung für die Arbeitnehmer, während der vorgesehenen Höchstarbeitszeiten auch tatsächlich zu arbeiten. Die arbeitsvertragliche Arbeitszeit wird vielmehr, wie die übrigen Arbeitsbedingungen auch, durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder Einzelarbeitsvertrag festgelegt. Die öffentlich-rechtlichen Arbeitszeitvorschriften begrenzen allerdings den zulässigen Inhalt der arbeitsvertraglichen Regelungen zur

Arbeitszeit: Weder durch einzelvertragliche noch durch kollektivvertragliche Regelungen können die Arbeitnehmer über die Höchstgrenzen der arbeitsschutzrechtlichen Arbeitszeit hinaus zur Arbeitsleistung verpflichtet werden.

- (a) Die für den vorliegenden Fall maßgebliche Regelung findet sich in § 3 S. 1 ArbZG: Danach darf die regelmäßige Arbeitszeit für einen Arbeitnehmer über 18 Jahre täglich 8 Stunden und 48 Stunden wöchentlich (ausgehend von einer 6-Tage-Woche, vgl. §§ 1, 9 Abs. 1 ArbZG) nicht überschreiten.

Als „Arbeitszeit“ gilt nach § 2 ArbZG die Zeit vom Beginn bis zum Ende der Arbeit ohne Pausen. Während dieser Zeit muss der Arbeitnehmer –auch wenn er nicht arbeitet– seine ganze Arbeitskraft dem Arbeitgeber zur Verfügung stellen. Nicht eindeutig gesetzlich geregelt wird, wann genau die Arbeitszeit beginnt und wann sie endet. Im Schrifttum wird überwiegend auf das Betreten und Verlassen der Arbeitsstätte abgestellt. Der Weg von der Wohnung und zurück gehört nach einhelliger Meinung nicht zur Arbeitszeit (anders im Sozialversicherungsrecht). Finden Arbeitszeitkontrollen durch Zeiterfassungsgeräte am Werkstor statt, so beginnt und endet die Arbeitszeit mit dem Durchschreiten der Kontrollstellen, auch wenn der eigentliche Arbeitsplatz noch weit entfernt liegt.

Ist die Arbeitsleistung außerhalb der Arbeitsstelle zu erbringen, zählen notwendige Vor- und Nachbereitungshandlungen, wie die An- und Abreise vom Arbeitsplatz zum Arbeitseinsatzort, einschließlich Rüst- und Wegezeiten am Arbeitsplatz selbst zur Arbeitszeit (BAG DB 2000, 1183 und 1869). Soweit nicht ausdrücklich vereinbart, zählt jedoch weder das Waschen und Umkleiden noch das Anlegen notwendiger Schutzkleidung zur Arbeitszeit (BAG BB 2001, 473 für „Müllwerker“). Bereitschaftsdienst in der Form ständiger Erreichbarkeit ist hingegen Arbeitszeit (EuGH DB 2001, 818; weiterführend Boerner, NJW 2004, 1559).

- (b) Jedoch wird der Grundsatz des § 3 S. 1 ArbZG durch mehrere Ausnahmen (vgl. § 3 S. 2 – § 8 ArbZG) durchbrochen. Im vorliegenden Fall kommt § 3 S. 2 ArbZG in Betracht, wonach die tägliche Arbeitszeit auf bis zu 10 Stunden ausgedehnt werden kann, wenn innerhalb von sechs Monaten oder innerhalb von 24 Wochen im Durchschnitt acht Stunden nicht überschritten werden. Dies trafe laut Sachverhalt hier zu.

In Frage könnte auch der Ausnahmetatbestand des § 7 ArbZG kommen, der eine Verlängerung der werktäglichen Arbeitszeit theoretisch auf bis zu 24 Stunden erlaubt (vgl. Zmarzlik/Anzinger zu § 7 Rdnr. 22). Bei einer Verlängerung über zwölf Stunden hinaus müsste dann im unmittelbaren Anschluss jedoch eine Ruhezeit von mindestens elf Stunden gewährt werden, § 7 Abs. 9 ArbZG. Allerdings setzt § 7 ArbZG voraus, dass eine Verlängerung nur im Rahmen bestehender Tarifverträge, einer Betriebs- oder Dienstvereinbarung zulässig ist. Mangels entsprechender Angaben im Sachverhalt wird diese Überlegung nicht weiterverfolgt.

Somit ist im vorliegenden Fall öffentlich-rechtlich eine **Mehrarbeit** von drei Stunden, also bis 19.00 Uhr, zulässig. Zwingt V den S länger zu arbeiten, begeht er eine Ordnungswidrigkeit, die mit einer Geldbuße geahndet werden kann, § 22 ArbZG.

- b. Welche Arbeitszeit wird **privatrechtlich** geschuldet? Die Antwort hierauf ergibt sich aus Arbeitsvertrag, Betriebsvereinbarung oder Tarifvertrag.
- (a) Gemäß Arbeitsvertrag schuldet S pro Arbeitstag nur 7 Stunden Arbeit.
 - (b) Jedoch ergibt sich aus der Treuepflicht des Arbeitnehmers, dass er bei Vorliegen besonderer Gründe auch länger arbeiten muss (**Überarbeit**, Überstunden).

Wegen der Besonderheit des vorliegenden Falles wird man dem S, falls er nicht eigene dringendere Verpflichtungen zu erfüllen hat, drei Überstunden bis 19.00 Uhr zumuten können. Eine längere Arbeitszeit kommt ohnehin nicht in Betracht, weil sie öffentlich-rechtlich verboten ist.

zu 2.: Kann S für die Überschreitung der regelmäßigen Arbeitszeit eine besondere Vergütung verlangen?

Soweit es sich um **Überarbeit** (Überstunden) handelt, kann eine zusätzliche Vergütung nur verlangt werden, wenn dies einzel- oder tarifvertraglich entsprechend geregelt ist. Da der Sachverhalt hierüber keine Angaben macht, kann im vorliegenden Fall hiervon nicht ausgegangen werden. Das ArbZG selbst enthält keine Regelung bezüglich einer Mehrarbeitsvergütung. Es besagt vielmehr, dass bei einer Überschreitung

der werktäglichen Arbeitszeit grundsätzlich ein Ausgleich innerhalb des Ausgleichszeitraums nach § 3 S. 2 ArbZG zu erfolgen hat.

Daraus folgt: S hat keinen Anspruch auf gesonderte Vergütung der Überstunden.

1.1.8 Erfüllungszwang der Arbeitsleistung?

Fall: Gleich zwei neue Jobs

Nach erfolgreichem Studium bewirbt sich A auf verschiedene Stellenanzeigen, u.a. bei B und C. Bei beiden hat A bereits Vorstellungsgespräche geführt; beide zeigten sich interessiert, ohne dass es jedoch zu einem konkreten Vertragsangebot kam. Am 15.11. erhält A einen Arbeitsvertrag von B übersandt, den A durch Unterzeichnung und Rücksendung sofort annimmt. Der Vertrag sieht u.a. als Arbeitsbeginn den 01.01. des Folgejahres und eine Probezeit von drei Monaten mit einer beiderseitigen Kündigungsfrist von 14 Tagen vor. Zwei Tage später erhält A ein weiteres Vertragsangebot von C, das viel günstiger ist, als das von B. A entschließt sich noch am gleichen Tage, dieses Angebot ebenfalls anzunehmen, schickt C den unterschriebenen Vertrag zurück und teilt gleichzeitig dem B mit, dass er die Stelle bei ihm nicht antreten werde.

Dabei bleibt A auch, als B ihn unter Hinweis auf die Folgen zur Überprüfung seiner Entscheidung auffordert. Durch das Fernbleiben des A entgeht B Gewinn; außerdem muss er seinen anderen Arbeitnehmern Überstundenvergütungen sowie für die Stellenbesetzung zusätzliche Insertions- und Vorstellungskosten zahlen. Was kann B gegen A unternehmen?

Prüfungsschema:

1. Erfüllung, § 611 BGB
2. Fristlose Kündigung, § 626 Abs. 1 BGB (lex specialis; das allgemeine Rücktrittsrecht für gegenseitige Verträge im Falle einer Leistungsverweigerung nach § 323 i.V.m. §§ 346 ff BGB wird hierdurch ersetzt.)
3. Schadensersatz aus §§ 626, 628 Abs. 2 BGB
 - [Schadensersatz wegen Pflichtverletzung aus § 241 Abs. 2 i.V.m. § 280 BGB kommt nicht in Betracht, da die Vertragsaufsage eine Verletzung der Arbeitspflicht (= Hauptpflicht) darstellt.]
4. Pauschalierter Schadensersatz gemäß § 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG

zu 1.: B könnte den A auf **Erfüllung der Arbeitsleistung** aus § 611 BGB i.V.m. Arbeitsvertrag verklagen.

- (1) Dann müsste zwischen den Parteien mit Wirkung zum 01.01. ein wirksamer Arbeitsvertrag bestehen. Ein Arbeitsvertrag wurde im September geschlossen. Demgemäß kann B von A die Arbeitsaufnahme am 01.01. prinzipiell verlangen.
- (2) Jedoch könnte der Arbeitsvertrag zwischenzeitlich aufgelöst worden sein.
 - Nach einhelliger Meinung kann ein Arbeitsverhältnis schon vor Arbeitsaufnahme gekündigt werden (vgl. auch § 7, Fall: Die Kündigung vor Arbeitsantritt). Hierfür bedarf es jedoch einer ausdrücklichen Kündigungserklärung. Mit Schreiben vom 27.10. hat A die Erbringung der geschuldeten Leistung eindeutig verweigert. A's Erklärung, er werde „die Stelle bei ihm nicht antreten“, kann jedoch nicht als ordentliche Kündigung ausgelegt werden. Ihr kann nämlich nicht entnommen werden, dass A das Arbeitsverhältnis wenigstens während der Kündigungsfrist (Mindestfrist gemäß § 622 Abs. 3 BGB: 14 Tage) gelten lassen wollte. Die Erklärung des A stellt lediglich eine **faktische Arbeitsverweigerung** (BAG WM 1976, 776) dar.
 - Zu überlegen ist, ob der vereinbarten Probezeit eine besondere Bedeutung beizumessen ist. Sinn und Zweck eines Probearbeitsverhältnisses ist, sowohl dem Ag als auch dem An die Möglichkeit einzuräumen, sich, den Vertragspartner und die Arbeitsstelle auf eine längerfristige Zusammenarbeit zu überprüfen und ggf. eine Fehlentscheidung durch die verkürzte Kündigungsfrist kurzfristig zu korrigieren. Voraussetzung ist also, dass der An sein Arbeitsverhältnis zunächst aufnimmt und es alsdann kündigen kann. An beidem fehlt es im vorliegenden Fall.

Folglich ist der Arbeitsvertrag nicht aufgelöst. Mithin besteht der Erfüllungsanspruch des B gegen A fort; A ist verpflichtet, die Arbeit bei B am 02.01. aufzunehmen.

- (3) Dieser Erfüllungsanspruch des B ist auch einklagbar; er ist jedoch **nicht unmittelbar erzwingbar**. Grundsätzlich kann ein Urteil, das auf eine vom Willen des Schuldners abhängige unvertretbare Handlung gerichtet ist, dadurch erzwungen werden, dass das Gericht im Falle der Nichtleistung ein Zwangsgeld oder die Zwangshaft festsetzt, § 888 Abs. 1 ZPO. Als Ausnahme von diesem Grundsatz bestimmt § 888 Abs. 3 ZPO, dass „im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe ... und zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag“ eine Zwangsmaßnahme nicht möglich ist.

Mithin ist der Erfüllungsanspruch hier ein stumpfes Schwert; B kann den A zwar mit Aussicht auf ein obsiegendes Urteil verklagen, er kann das Urteil jedoch nicht vollstrecken.

Zu 2.: Nach § 626 Abs. 1 BGB kann jeder Vertragsteil den Arbeitsvertrag aus wichtigem Grund **fristlos kündigen**, wenn Tatsachen vorliegen, aufgrund derer dem Kündigenden eine Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Eine beharrliche Arbeitsverweigerung stellt zweifelsfrei einen wichtiger Grund für eine außerordentliche Kündigung dar.

Dabei dürfen wir gleichwohl nicht verkennen, dass eine fristlose Kündigung - für sich alleine betrachtet - für W keinen Rechtsvorteil bringt. Sie kann aber den noch zu behandelnden Schadensersatzanspruch aus § 628 Abs. 2 BGB auslösen.

Zu 3.: Nach § 628 Abs. 2 BGB ist zum Ersatz des durch die Aufhebung des Dienstverhältnisses entstehenden Schadens verpflichtet, wer die Kündigung durch vertragswidriges Verhalten veranlasst hat. Einzige Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch ist die berechtigte fristlose Kündigung die nach unseren Untersuchungen vorliegt.

Folglich hat B dem Grunde nach einen Schadensersatzanspruch gegen A, sofern er sich zur fristlosen Kündigung entscheidet. Allerdings erfasst § 628 Abs. 2 BGB nur die Schäden, die **nach der Kündigung** entstanden sind (Palandt zu § 628 Anm. 7; der Umfang des Schadensersatzanspruches bestimmt sich über §§ 249 ff BGB). B ist mithin prinzipiell so zu stellen, wie er bei Aufnahme des Arbeitsverhältnisses gestanden hätte. Im Einzelnen kann ein Schadensersatzanspruch gerichtet sein auf:

- **Ersatz des entgangenen Gewinnes**, wenn Aufträge nicht oder verspätet ausgeführt werden, oder **Ersatz des Produktionsausfalls** bei Vorratsfertigung, § 252 S. 1 BGB. Nach § 252 S. 2 BGB gilt als entgangen der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.
- **Mehrvergütungen** an Mitarbeiter, die durch Überstunden den Ausfall des vertragsbrüchigen Arbeitnehmers ausgleichen. Werden zum Ersatz eines vertragsbrüchig gewordenen An andere Arbeitnehmer aus einer Betriebsstätte abgeordnet, so kann auch deren Arbeitsvergütung als Schadensersatz verlangt werden.
- Die Differenz zwischen dem Entgelt des vertragsbrüchigen Arbeitnehmers und einem eventuellen **höheren Entgelt** eine Ersatzkraft.

- Kosten des **Stillstandes von Maschinen**.
- **Vertragsstrafen** des Arbeitgebers wegen nicht rechtzeitiger Leistung.
- Kosten für die Anwerbung einer Ersatzkraft, insbes. **Inseratskosten**.
- **Vorstellungskosten** für Bewerber.

Allerdings endet die Schadensersatzpflicht des Arbeitnehmers mit dem Zeitpunkt, in dem er das Arbeitsverhältnis erstmals hätte beenden können. Dementsprechend sind nach heutiger Rechtsprechung nur solche Schäden ersatzpflichtig, die bei ordnungsgemäßer Einhaltung der Kündigungsfrist vermeidbar gewesen wären, BAG, NJW 81, 2430. Ersatzpflichtig ist nur der sog. **Verfrühungsschaden**.

Auf unseren Fall angewendet, bedeutet dies:

- B kann prinzipiell einen entgangenen Gewinn verlangen, wenn er Aufträge nicht hat rechtzeitig ausführen oder übernehmen können. Insoweit ist anerkannt, dass dies nur bis zum nächstmöglichen Kündigungszeitpunkt, hier dem 14.01., gilt. Allerdings wird dieser Anspruch häufig weiter gemindert durch Mitverschulden, § 254 BGB: Ein Arbeitgeber muss generell mit dem Ausfall (z.B. Krankheit) eines Arbeitnehmers rechnen und dementsprechend für Vertretung sorgen. Tut er es nicht, liegt hierin ein Mitverschulden.
- B kann die Mehrkosten begehren, die er zum Ausgleich der ausgefallenen Arbeitsleistung des A an andere Arbeitnehmer als Überstundenvergütung oder an teurere Leiharbeiter zahlen musste. Dabei muss sich B auch hier auf den Verfrühungsschaden beschränken und sich ggf. ein Mitverschulden anrechnen lassen.
- Auch bezüglich der Inseratkosten und Vorstellungskosten für neue Bewerber greift zugunsten des A die von der Rspr. entwickelte Beschränkung auf sog. Verfrühungsschäden: Hätte A die Arbeit am 02.01. aufgenommen und noch am gleichen Tage ordnungsgemäß gekündigt, so hätte B auf seine Kosten einen Nachfolger für A suchen müssen. Die Insertions- und Vorstellungskosten wären somit auch bei vertragstreuem Verhalten des A angefallen.

zu 4.: Letztlich kommt noch der **pauschalierte Schadensersatzanspruch** nach § 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG in Betracht:

„Spricht das Urteil die Verpflichtung zur Vornahme einer Handlung aus, so ist der Beklagte auf Antrag des Klägers zugleich für den Fall, dass die Handlung nicht binnen einer bestimmten Frist vorgenommen ist, zur Zahlung einer vom

Arbeitsgericht nach freiem Ermessen festzusetzenden Entschädigung zu verurteilen.“

Nach h.M. kommt diese Vorschrift auch zur Anwendung, wenn der Arbeitnehmer zur Arbeitsleistung verurteilt ist. Der Arbeitgeber kann daher auf Arbeitsleistung klagen und über § 61 Abs. 2 ArbGG einen pauschalierten Schadensersatz verlangen. Der Vorteil dieser Vorgehensweise ist, dass Arbeitgeber hier nicht zum konkreten Schadensnachweis verpflichtet sind. Der Nachteil liegt in der Unkalkulierbarkeit der richterlichen Einzelentscheidung.

Im Ergebnis führt der Fall zu einer echten Anspruchskonkurrenz: B kann wählen zwischen:

- dem Anspruch auf Erfüllung ggf. sogar im Wege der einstweiligen Anordnung (wenngleich nicht vollstreckbar) verbunden mit dem pauschalierten Schadensersatz gemäß § 61 Abs. 2 S. 1 ArbGG oder
- einer fristlosen Kündigung plus Schadensersatz aus § 628 Abs. 2 BGB (problematisch wegen der Beweisführung zur Schadenshöhe).

Aus prozessökonomischen Gründen wird die erste Alternative vorzuziehen sein.

1.2 Die Nebenpflichten des Arbeitnehmers

Neben der Arbeitspflicht als Hauptpflicht obliegen dem Arbeitnehmer eine Vielzahl von Nebenpflichten, die traditionell unter dem Begriff „Treuepflicht“ zusammengefasst wurden. Auf einen Nenner gebracht können die Nebenpflichten dahingehend definiert werden, dass „der Arbeitnehmer ... seine Vertragspflichten so zu erfüllen, seine Rechte so auszuüben und die im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehenden Interessen des Arbeitgebers so zu wahren (hat), wie dies von ihm unter Berücksichtigung seiner Stellung im Betrieb, seiner eigenen Interessen und der Interessen anderer Arbeitnehmer des Betriebes nach Treu und Glauben billigerweise erwartete werden kann“ (§ 7 Abs. 1 Entwurf eines Arbeitsgesetzbuches).

Umfang und Grenzen der Nebenpflichten lassen sich nicht immer abstrakt definieren, sondern sind nach den Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu ermitteln. So bestehen bei einfachen Aushilfs- oder kurzzeitigen Arbeitsverhältnissen geringere Treuepflichten, als bei Arbeitsverhältnissen, denen ein besonderes Vertrauensverhältnis zugrundeliegt, wie bei leitenden Angestellten oder Prokuristen oder bei Aufnahme des An in die häusliche Gemeinschaft. Die Nebenpflichten aus dem Arbeitsverhältnis sollen auch das außerdienstliche

Verhalten des An i.d.R. nicht begrenzen. Ausnahmen sind insoweit denkbar, als z.B. einem Profifußballspieler die Ausübung gefährlicher Sportarten untersagt werden kann. Auch im dienstlichen Bereich hindern diese Pflichten den An nicht, seine Interessen im gesetzlich zulässigen Rahmen zu verfolgen. So kann er z.B. unter Kündigungsandrohung eine Lohnerhöhung erreichen wollen oder einer Gewerkschaft beitreten.

Die Nebenpflichten des An umfassen insbesondere

- die Pflicht zur Mehrarbeit,
- sich im Krankheitsfall unverzüglich zu entschuldigen und ggf. eine ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung einzureichen,
- ein Wettbewerbsverbot, vgl. §§ 60, 61 HGB, die insoweit allgemeine Rechtsgedanken enthalten,
- ruf- oder kreditschädigenden Äußerungen selbst dann zu unterlassen, wenn sie nachweislich wahr sind,
- keine Verleitung anderer An zum Vertragsbruch,
- das Verbot, Schmiergelder anzunehmen,
- Sorgfalts- und Schadensabwendungspflichten (z.B. die Anzeige drohender Schäden, BAGE 80, 144),
- eine Verschwiegenheitspflicht bezüglich geschäftlicher Belange,
- die Pflicht zur Einhaltung der bestehenden Verhaltensregeln im Betrieb (z.B. Betriebsordnung),
- das Einhalten der Unfallverhütungsvorschriften sowie
- bei schwerer wirtschaftlicher Notlage des Betriebes die (vorübergehende) Kürzung von Gratifikationen oder Ruhegehältern hinzunehmen.
- Achtung der Persönlichkeitsrechte anderer Mitarbeiter (z.B. keine sexuelle Belästigung),
- Bei geringfügiger Beschäftigung hat der An die Aufnahme einer weiteren Beschäftigung mitzuteilen (BAGE 60, 135).

Die Verletzung einzelner Nebenpflichten kann Schadensersatzansprüche aus Gesetz, Arbeits-, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder §§ 241 Abs. 2, 280 ff BGB und ggf. sogar die Kündigung des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben.

Diese Nebenpflichten bestehen auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses. Allerdings können dem An bereits **mit Aufnahme der Vertragsverhandlungen** bestimmte Aufklärungs- und Verschwiegenheitspflichten sowie in Ausnahmefällen **nachvertragliche Verschwiegenheitspflichten** (z.B. bezüglich Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen) obliegen. Auch kann durch vertragliche Vereinbarung ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot gegen Zahlung einer sog. Karenzentschädigung vereinbart werden (mangels gesetzlicher Sonderregelung wie in §

133 f GewO, § 5 BBiG gelten die §§ 74 ff HGB auch für die dort nicht vom Wortlaut erfassten Arbeitnehmer entsprechend).

2. Der Beschäftigungsanspruch

Das in der Europäischen Sozialcharta, im Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (vom 19.12.1966; vgl. hierzu Zuleg, RdA 74, 321) sowie in manchen Landesverfassungen vorgesehene **Recht auf Arbeit** ist ein öffentliches Recht, das sich gegen den Staat richtet und ihn auffordert, für die Beschaffung von Arbeitsplätzen zu sorgen. Streng hiervon zu unterscheiden ist der aus dem Arbeitsvertrag resultierende **privatrechtliche Beschäftigungsanspruch**, der den Ag verpflichtet, den An während des Arbeitsverhältnisses entsprechend der vereinbarten Tätigkeit zu beschäftigen. Das BAG leitet diesen allgemeinen Beschäftigungsanspruch aus dem Recht des An heraus, nicht nur Achtung und Anerkennung aus dem wirtschaftlichen Wert - sprich: Höhe des Gehaltes - zu ziehen, sondern auch daraus, wie er seine Aufgaben erfüllt. Der Arbeitnehmer ist also nicht nur zur Arbeit verpflichtet, sondern hat gegenüber dem Arbeitgeber auch einen Anspruch auf angemessene Arbeit; diesem entspricht auf Seiten des Arbeitgebers die Beschäftigungspflicht.

Jedoch entfällt der Anspruch auf Beschäftigung, wenn überwiegende und schutzwürdige Interessen des Ag dem entgegenstehen (BAG AP 4 zu § 611 BGB = NJW 1977, 215). Das ist z.B. der Fall, wenn dem Ag die Beschäftigung wegen Auftragsmangels nicht zuzumuten ist. Dann braucht der Ag den An - unbeschadet der Pflicht zur Lohnfortzahlung - nicht zu beschäftigen (bei Kurzarbeit aber bei gekürztem Lohn, § 19 Abs. 2 KSchG). Der Arbeitgeber kann auch berechtigt sein, das Arbeitsverhältnis bezüglich der Arbeitsleistung „zu suspendieren“, z.B. zum Zwecke der Klärung bestimmter Vorgänge wie etwa strafbarer Handlungen (vgl. BAGE 16, 85).

3. Die Pflichten des Arbeitgebers

3.1 Die Pflicht zur Lohnzahlung

Als Gegenleistung für die Arbeitsleistung schuldet der Ag als Hauptpflicht die Lohnzahlung. Wenn im Folgenden von „Lohn“ gesprochen wird, ist der Begriff zunächst im weiteren Sinne zu verstehen, umfasst also auch andere Vergütungsformen wie „Gehalt“, „Bezüge“, „Entgelt“, „Gage“, „Stunden-“, „Wochen-“, „Monats-“ oder „Akkordlohn“ sowie die noch zu behandelnden Sonderformen.

3.1.1 Anspruchsgrundlage und Ermittlung der Lohnhöhe

Anspruchsgrundlage für den Lohnanspruch ist § 611 BGB meist i.V.m. dem Einzelarbeitsvertrag. Die **Lohnhöhe** ergibt sich dann:

- aus Gesetz (z.B. Gesetz über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen; Festsetzung gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 HeimarbeitsG);
- aus Tarifvertrag;
- fehlt ein Tarifvertrag oder sind die Parteien nicht tarifgebunden, ergibt sich die Höhe des Lohnes aus dem Einzelarbeitsvertrag. Sie ergibt sich ferner aus dem Einzelarbeitsvertrag, wenn dieser einen höheren Lohn als den Tariflohn festsetzt (Günstigkeitsprinzip; § 4 Abs. 3 TVG);
- lässt sich nach diesen Kriterien die Lohnhöhe nicht bestimmen, wird gemäß § 612 Abs. 2 BGB die übliche Vergütung geschuldet. In der Praxis erhalten allerdings auch die Arbeiter, bei denen im Einzelarbeitsvertrag kein Lohn vereinbart ist und die auch nicht tarifgebunden sind, den Tariflohn. Dann ist der Tariflohn der übliche Lohn i.S.d. § 612 Abs. 2 BGB.

3.1.2 Vergütungsformen

Lohn ist jeder als Gegenleistung für die Arbeitsleistung bestimmte geldwerte Vorteil. Nicht zur Arbeitsvergütung gehören hingegen Entschädigungen für vorzeitige Vertragsbeendigungen oder Abfindungen und der Auslagenersatz (wie Reisespesenvergütung). Die Lohnformen lassen sich nach verschiedenen Kriterien unterscheiden, etwa nach der Art der Bemessung oder dem Anlass der Gewährung.

3.1.2.1 Geld- und Naturallohn

Grds. wird Entlohnung **in Geld** geschuldet. Für gewerbliche Arbeiter ist das in § 115 Abs. 1 GewO sogar ausdrücklich vorgeschrieben. Für die Berechnung gibt es zwei Grundformen:

- den Zeitlohn (Stundenlohn oder festes Gehalt) und
- den Leistungslohn in der Form des Akkordlohns oder Prämienlohns.

Beide Lohnformen treten auch in Kombination miteinander auf.

In bestimmten Branchen und Berufen kommt als ergänzende Sonderform noch der **Naturallohn** hinzu. Hierunter fällt nicht nur die Abgabe von Naturalien (z.B. in der Landwirtschaft), sondern auch die kostenlose bzw. kostenbegünstigte Abgabe von Verpflegung und Werkwohnungen, von Benzin oder Heizöl sowie verbilligte Einkaufsmöglichkeiten etc.

3.1.2.2 Nichtzeitlohnarten

Den Gegensatz zum Zeitlohn bilden die Nichtzeitlohnarten, d.h. alle Arten, bei denen die Höhe des Lohnes nicht von der Zeitdauer abhängt, sondern von der Menge und/oder Qualität der geleisteten Arbeit beeinflusst wird.

- Hierzu zählt der **Akkordlohn**. Beim Akkordlohn ist der Arbeitslohn direkt proportional zur Zahl der geleisteten Arbeitseinheiten z.B. der produzierten oder bearbeiteten Stücke. Der reine Akkordlohn führt einerseits häufig zu einer erheblichen Produktivitätssteigerung, kann aber andererseits gleichzeitig zu einer gesundheitlichen Überforderung der Arbeitnehmer führen. Eine sinnvolle und gerechte Bemessung des Akkordlohnes ist schwierig.
- Bei **Provisionen** wird der An prozentual am Wert bestimmter Geschäfte beteiligt. Diese Entgeltform ist typisch für angestellte Handelsvertreter und Handlungsreisende und tritt in der Praxis häufig in der Form von Abschluss-, Vermittlungs- oder Gebietsprovisionen auf, teilweise sogar durch Kombination dieser Provisionsarten mit unterschiedlicher Provisionshöhe.
- Zusätzliche und additive Lohnbestandteile können **Boni** und **Prämien** sein. Während ein Bonus häufig von persönlichen Zielerreichungen etwa im Vertrieb abhängig ist, werden Prämien für unterschiedlichste Ziele gewährt wie Mengenprämien, Qualitäts- und Güteprämien, Maschinenlaufprämien, Ersparnisprämien, Termineinhaltungsprämien oder Pünktlichkeits- oder Anwesenheitsprämien.
- Supplementäre und ergänzende Lohnbestandteile sind auch **Gewinn- und Umsatzbeteiligungen** (Tantiemen). I.d.R. sind solche Arten der Beteiligung erfolgsabhängig und Geschäftsführern, Vorstandsmitgliedern oder Mitgliedern des Aufsichtsrates aufgrund entsprechender Vereinbarung oder der Satzung oder von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung vorbehalten.
- **Gratifikationen** wie Weihnachtsgeld, zusätzliches Urlaubsgeld, Zuwendungen zum Betriebsjubiläum sind ergänzende Lohnbestandteile, die nicht für bestimmte Leistungen, sondern zu bestimmten Anlässen gewährt werden. Ob ein Anspruch besteht, richtet sich nach den allgemeinen Rechtsgrundlagen: Tarifvertrag, Einzelarbeitsvertrag und Gleichbehandlungsgrundsatz. Auch kann sich ein Anspruch aus einer betrieblichen Übung ergeben, was nach der Rechtsprechung des BAG dann der Fall ist, wenn z.B. die Weihnachtsgratifikationen drei Jahre hintereinander vorbehaltlos gewährt wurde.

Gratifikationen können als einmalige freiwillige Leistung, aber auch als regelmäßig wiederkehrende Leistungen gewährt werden. Will eine Arbeitgeber regelmäßig wiederkehrende Leistungen verhindern und die volle Entscheidungsmacht darüber behalten, ob auch künftig eine Gratifikation gewährt wird, muss er dies in seiner

Erklärung gegenüber dem Empfänger unmissverständlich deutlich machen (**sog. Freiwilligkeitsvorbehalt**; BAG BB 2000, 2472). Ob die Bezeichnung der Gratifikation als „freiwillige soziale Leistung“ für sich alleine genommen bereits ausreicht, um einen künftigen Anspruch auszuschließen, muss bezweifelt werden. Unmissverständlich gegen eine wiederkehrende Leistung sprechen hingegen Formulierungen wie: „Ein Anspruch für die Zukunft kann aus der Gewährung nicht hergeleitet werden“ (BAG BB 1996, 2147) oder „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ (BAG BB 2000, 2047).

Da Gratifikationen teilweise Anerkennung für geleistete Dienste und teilweise Anreiz für künftige Dienste sein sollen, sind **Rückzahlungsvereinbarungen** für den Fall des Ausscheidens aus dem Betrieb häufig anzutreffen. Rückzahlungsklauseln erschweren andererseits die Freiheit zur Kündigung und den Arbeitsplatzwechsel. Nach ständiger Rspr. des BAG (grundlegend BAGE 13, 129; 24, 377, 382) sind sie nur in begrenztem Maße zulässig. Danach gilt in Abhängigkeit von der Höhe der Gratifikation:

- bis 100 € kann überhaupt nichts zurückgefordert werden;
 - bei mehr als 100 € aber weniger als einem Monatsgehalt kann der Arbeitnehmer erstmals zum 31.03. des Folgejahres kündigen, ohne einer Rückzahlungsverpflichtung ausgesetzt zu sein.
 - Beträgt die Gratifikation die Höhe des Monatsgehaltes oder überschreitet sie diesen Betrag, kann der Arbeitnehmer frühestens zum 30.06. des Folgejahres kündigen, ohne einer Rückzahlungsverpflichtung ausgesetzt zu sein.
- Zum Konsumtivlohn (also dem zur Reproduktion ausgezahlten Lohn) kann auch noch sog. **Investivlohn** hinzutreten. Unter Investivlohn versteht man die Lohnbestandteile, die nicht konsumtiv verwendet werden dürfen, sondern zur Vermögensbildung einschließlich der Altersversorgung durch Ansparen zu verwenden sind. Sonderformen des Investivlohnes sind z.B. Zuschüsse zur **vermögenswirksamen Leistungen** und die **betriebliche Altersversorgung** (vgl. das Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung von 1974).

3.1.2.3 Lohnzuschläge

Als Lohnzuschläge werden **Überstunden- und Erschwerniszuschläge** bezeichnet. Da das ArbZG zur Frage der Überstundenvergütung bewusst schweigt, ist es Aufgabe der Vertragsparteien bzw. der Tarifparteien, individuelle bzw. kollektive Regelungen hierüber zu treffen.

Arbeitsverträge mit leitenden Angestellten sehen häufig ausdrücklich vor, dass Überstunden durch das normale Gehalt mit abgegolten werden. Gleiches gilt für die Organe von Gesellschaften.

Hingegen enthalten Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen in fast allen Branchen und für fast alle Betriebe besondere Überstundenregelungen, wobei die unterschiedlichsten Ausgestaltungsformen anzutreffen sind. Gängig sind

Vergütungsregelungen, wonach neben der Grundvergütung ein besonderer Überstundenzuschlag zu zahlen ist (z.B. 120% des Stundenlohnes an Werktagen, 150% an Sonn- und Feiertagen). Teilweise wird auch vereinbart, Überstunden durch zusätzliche Freizeit auszugleichen (z.B. „Abfeiern“, Betriebsferien an Brückentagen). Andere Regelungen sehen vor, Überstunden einem „Lebensarbeitszeitkonto“ gutzuschreiben.

Festzuhalten bleibt, dass ohne entsprechende Vereinbarungen kein Anspruch auf Überstundenvergütung oder Erschwerniszuschläge besteht.

3.1.3 Zeitpunkt und Zahlungsort der Lohnzahlung

Nach (dem abdingbaren) § 614 BGB braucht der Lohn erst nach Leistung der Dienste gezahlt zu werden. Der Arbeitnehmer ist somit grds. vorleistungspflichtig. Es kann aber vereinbart werden, dass Abschlagszahlungen erfolgen. Beamte erhalten keinen Lohn, sondern „Bezüge“. Die Beamtenbesoldung erfolgt im Voraus.

Der Ag ist verpflichtet, den Lohn in Inlandswährung und in bar im Betrieb (vgl. § 270 Abs. 4 BGB) auszusahlen. Regelmäßig wird jedoch durch Tarifvertrag, Betriebsvereinbarung oder einzelvertraglich bargeldlose Zahlung vereinbart. Der Betriebsrat hat insoweit ein Mitbestimmungsrecht. Durch eine solche Regelung bleibt der eigentliche Erfüllungsort unberührt. Der Ag ist lediglich gehalten, den Lohn auf seine Kosten und Gefahr auf das Konto des An zu überweisen. Ohne entsprechende Absprache muss der Ag dabei nicht die Kontoführungsgebühren für die Buchung auf dem Konto des An übernehmen.

3.1.4 Lohnschutz

Der Lohn bildet in aller Regel die wirtschaftliche Existenzgrundlage des Arbeitnehmers. Um sicherzustellen, dass der An auch über den Lohn möglichst ungeschmälert verfügen kann, enthält das Gesetz an verschiedenen Stellen besondere Schutzvorschriften:

- Lohnansprüche sind nur bis zum **pfändungsfreien Betrag** pfändbar, bestimmte Arten der Vergütung (wie Reisespesen) sogar unpfändbar, §§ 850 – 850 k ZPO;
- in Höhe der Unpfändbarkeit kann der Lohnanspruch auch **nicht abgetreten** (§ 400 BGB) oder verpfändet werden (§ 1274 Abs. 2 BGB);
- soweit der Lohnanspruch der Pfändung nicht unterworfen ist, ist gemäß § 394 BGB eine **Aufrechnung unzulässig**;

- im Falle der Insolvenz des Arbeitgebers sind Lohnansprüche vorrangig zu befriedigen (§ 38 InsO), außerdem kann nach § 123 InsO ein Sozialplan erstellt werden. Bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers haben die Arbeitnehmer überdies einen **Anspruch auf Konkursausfallgeld** nach §§ 141a ff ArbeitsförderungsG.

3.1.5 Verbesserungsvorschläge, Arbeitnehmererfindungen und Urheberrechte

Nicht selten entstehen während die Arbeitsleistung Verbesserungsvorschläge, Erfindungen oder Urheberrechte. Dies wirft die Fragen auf, wem die Rechte gehören, wer sie nutzen darf und ob dem An eine zusätzliche Vergütung zusteht. Dieser Komplex ist von hoher praktischer Bedeutung, da die Unternehmen in starkem Maße auf Innovationen angewiesen sind. Andererseits ist dieser Bereich schwer gesetzgeberisch zu lösen, da die Interessenlage der Beteiligten und der Anteil eines einzelnen An an einer Innovation von Fall zu Fall sehr unterschiedlich sein können. Das Gesetz über Arbeitnehmererfindungen (ArbNERfG) unterscheidet bei patent- oder gebrauchsmusterfähigen Erfindungen zwischen „Dienstervfindungen“ und „freien Erfindungen“.

Patent- oder gebrauchsmusterfähige **Dienstervfindungen** muss der An unverzüglich schriftlich melden; der Arbeitgeber kann diese gegen Zahlung einer angemessenen Vergütung unbeschränkt in Anspruch nehmen, § 9 Abs. 1 ArbNERfG. Durch die Inanspruchnahme gehen alle Rechte auf den Ag über, der An hat lediglich einen Anspruch auf Nennung seines Namens und auf Zahlung der Vergütung ab Inanspruchnahme.

Freie Erfindungen sind Erfindungen, die nicht auf betrieblichen Anforderungen oder Vorgaben beruhen, aber gleichwohl Verknüpfungen zur beruflichen Tätigkeit aufweisen. (Hierzu zählen auch Erfindungen von Hochschullehrern, § 42 ArbNERfG.) Auch solche Erfindungen müssen unverzüglich schriftlich mitgeteilt werden. Der Ag hat dann 3 Monate Zeit geltend zu machen, dass es sich vielmehr um eine Dienstervfindung handelt. Danach ist der Erfinder in der Verwertung frei.

Technische Verbesserungsvorschläge, denen die „Erfindungshöhe“ fehlt, die dem Arbeitgeber aber eine ähnliche Vorzugsstellung gewähren wie ein gewerbliches Schutzrecht, sind im Falle der Nutzung ebenfalls angemessen zu vergüten, § 20 Abs. 1 ArbNERfG.

Für **nichttechnische Verbesserungsvorschläge** bestehen bis heute keine gesetzlichen Regelungen. Ein Vergütungsanspruch kann sich daher nur aus Kollektivverträgen oder aus Treu und Glauben ergeben.

Urheberrechte an geschützten Werken (wie Literatur, Tonkunst oder bildende Kunst), stehen grds. dem An zu und zwar auch dann, wenn sie in Erfüllung einer Verpflichtung aus dem Arbeitsverhältnis entstanden sind.

Bsp(e): Ein Lektor in einem Buchverlag schreibt während der Arbeitszeit ein Buch; ein angestellter Architekt entwirft ein Gebäude; ein angestellter Journalist schreibt einen Artikel; ein angestellter Programmierer erstellt eine Systemanalyse oder fertigt einen Datenflussplan oder erstellt ein fertig kodiertes Programm.

Seine Nutzung gebührt nur dann dem Ag, soweit dies vereinbart ist oder sich dies aus dem Inhalt und dem Wesen des Arbeitsverhältnis ergibt, § 43 UrhG. Eine zusätzliche Vergütung wird im Zweifel nicht geschuldet.

3.2 Die Nebenpflichten des Arbeitgebers

Auch den Arbeitgeber treffen verschiedene Nebenpflichten. In der älteren Literatur und Rspr. wurde in diesem Zusammenhang auch von „Fürsorgepflichten“ des Ag gesprochen. Wie auch die Treuepflicht umfasst die Fürsorgepflicht eine Vielzahl von Nebenpflichten, die ursprünglich überwiegend nicht gesetzlich geregelt waren. Die meisten dieser Nebenpflichten sind zwischenzeitlich gesetzlich geregelt; andere ergeben sich problemlos aus einer wohlverstandenen Anwendung des § 242 BGB. Dementsprechend ist es heute passender in diesem Zusammenhang von Nebenpflichten oder von schutzwürdigen Interessen des Vertragspartners zu sprechen. Hierzu zählen sowohl die Pflicht des Ag, den Lohn richtig zu berechnen, seine Zusammensetzung dem An verständlich mitzuteilen und ggf. zu erläutern, als auch die Pflicht zur Urlaubsgewährung, der Schutz des An gegen Gefahren für Leben und Gesundheit (§ 618 BGB), die Pflicht zum Ersatz von Aufwendungen und Schäden an berechtigterweise eingebrachten Sachen (vgl. BAG EzA zu § 611 Arbeitnehmerhaftung Nr. 8 wegen der Beschädigung eines Pkws auf dem Firmenparkplatz), die ordnungsgemäße Abführung von Lohn- und Sozialversicherungsbeiträgen, die Gleichbehandlungspflicht, Informationspflichten nach §§ 81 ff BetrVG sowie die Pflicht zur Zeugniserteilung. Hiervon sollen nur einige exemplarisch besprochen werden:

3.2.1 Pflicht zum Schutz von Leben und Gesundheit des Arbeitnehmers

Fremdbestimmte Arbeit birgt zusätzliche Gefahren für den An. Der An nimmt an Arbeitsabläufen teil, die fremdbestimmte Gefahren für seine Gesundheit und sein Leben in sich bergen können. Überdies kann die Ausbeutung der Arbeitskraft im Extremfall zur Krankheit bis hin zur Arbeitsunfähigkeit, letztendlich zum Verlust der wirtschaftlichen Existenzgrundlage führen. Um

dem entgegenzuwirken, wurde frühzeitig die privatrechtliche Nebenpflicht des Ag zum Schutz von Leben und Gesundheit des An entwickelt.

Die Pflicht zum **Schutz von Leben und Gesundheit** des Arbeitnehmers am Arbeitsplatz ist gesetzlich in § 618 Abs. 1 BGB und § 62 HGB geregelt und zwischenzeitlich durch das öffentlich-rechtliche **Arbeitsschutzrecht** weitestgehend minutiös geregelt. Staatliche Aufsicht, der Zwang zur Erfüllung, ggf. flankiert durch Strafvorschriften zwingen in erster Linie den Ag, ausnahmsweise auch den An, die arbeitsschutzrechtlichen Bestimmungen einzuhalten. Das Arbeitsschutzrecht kann in drei unterschiedliche Bereiche untergliedert werden:

- Die Vorschriften über den **Gefahrenschutz** sollen vor Gefährdungen durch technische Einrichtungen und Produktionsverfahren schützen. Hierzu zählen z.B. die Vorschriften zur Verhütung von Betriebsunfällen.
- Der **Arbeitszeitschutz** soll gegen Überanstrengung und vorzeitigen Verschleiß schützen und dem An eine angemessene Freizeit für sein Privatleben und zur Regeneration einräumen. Hierzu zählt z.B. das ArbZG und gesetzliche Verbote der Feiertagsarbeit.
- Der **Arbeitsvertragsschutz** soll vor unsozialer Ausgestaltung der vertraglichen Arbeitsbedingungen schützen. Die Ausgestaltung des Arbeitsvertragsschutzes ist in Deutschland wegen des stark ausgebildeten kollektiven Arbeitsrechtes relativ gering. Er findet seinen Niederschlag z.B. im Mutterschutz-, im Schwerbehinderten- und im Jugendarbeitsschutzrecht sowie in der generellen Anwendbarkeit der - an sich verbraucherschutzrechtlichen - Schutzbestimmungen über Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff BGB) auf Arbeitsverträge, § 310 Abs. 4 BGB.

3.2.2 Pflicht zum Schutz von Persönlichkeitsbelangen des Arbeitnehmers

Der Ag hat das allgemeine Persönlichkeitsrecht jeden An zu beachten und muss ihn vor Beeinträchtigung seiner Persönlichkeit schützen. Die Pflicht zum Schutz von Persönlichkeitsbelangen umfasst z.B. die sorgfältige Verwahrung von Personalakten, die Sicherung personenbezogener Daten gegen Missbrauch, den Schutz vor sexuellen Belästigungen am Arbeitsplatz, vor Mobbing, vor Ehrverletzungen und vor Ausländerfeindlichkeiten im Betrieb sowie vor ungerechter Behandlung durch Vorgesetzte und die Pflicht zur menschengerechten Gestaltung des Arbeitsplatzes.

3.2.3 Pflicht zum Schutz eingebrachter Sachen des Arbeitnehmers

Gegenstände wie Kleidung oder Taschen, die ein An notwendigerweise und üblicherweise in den Betrieb mitbringt, müssen geschützt werden. Da der An für deren Schutz während der Arbeit häufig nicht selber sorgen kann, obliegt es dem Ag, für deren Aufbewahrung geeignete Sicherungen vorzuhalten. Jedoch können vom Ag nur sinnvolle und wirtschaftlich zumutbare Sicherungen verlangt werden. So hat ein Ag z.B. seinen An, die im Betrieb ihre Kleidung wechseln müssen, verschließbare Schränke zur Verfügung zu stellen; Wertsachen und größere Geldbeträge gehören jedoch nicht dazu. Bietet ein Ag seinen An Parkraum für ihre Fahrzeuge, so muss die Parkanlage so verkehrssicher wie öffentliche Verkehrswege sein, eine Bewachung ist jedoch nicht notwendig.

3.2.4 Umzugskostenerstattung

In der betrieblichen Praxis ist es nach wie vor üblich, dass sich der Arbeitgeber an den Kosten eines durch das Arbeitsverhältnis veranlassten Umzugs beteiligt, indem er dem Arbeitnehmer diese Aufwendungen in voller Höhe erstattet, eine Umzugspauschale oder doch zumindest eine Umzugskostenbeihilfe gewährt.

Grds. hat der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber keinen gesetzlichen Kostenerstattungsanspruch, wenn er zur Arbeitsaufnahme oder im laufenden Arbeitsverhältnis in die Nähe des Betriebes umzieht. Eine solche Kostenübernahmeverpflichtung kann sich jedoch aus Vereinbarungen im Arbeitsvertrag, aus einer Betriebsvereinbarung oder aus dem Tarifvertrag ergeben. Denkbar ist auch ein Anspruch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn der Arbeitgeber in ähnlich gelagerten Fällen bereits gezahlt hat. Im Gegenzug ist eine Verpflichtung zur (anteiligen) Rückgewähr bei geringer als dreijähriger Bindung an das Unternehmen nicht unüblich (so auch Preis, Erfurter Kommentar zu § 611 BGB, Anm. 546).

3.2.5 Pflicht zur Gewährung von Erholungsurlaub

Urlaub ist **bezahlte Freizeit, die zur Erholung bestimmt ist.**

Die Pflicht zur Gewährung von Erholungsurlaub ist für erwachsene An im BUrlG, für Jugendliche in § 19 JArbSchG und für Schwerbehinderte in § 125 SGB IX (= Fünf Tage Zusatzurlaub) gesetzlich geregelt. Nach § 3 Abs. 1 BUrlG hat jeder erwachsene An einen Urlaubsanspruch von 24 Werktagen. Nach der gesetzlichen Regelung werden Sonntage auf die Urlaubsdauer nicht mit angerechnet, wohl aber Samstage, auch wenn sie betrieblich arbeitsfrei sind. De facto hat ein An nach dem BUrlG lediglich 4 Wochen Urlaub (4 mal 6 Arbeitstage). Der gesetzliche Mindesturlaub ist also recht kurz. Längere Urlaubszeiten werden deshalb allgemein in Tarifverträgen vorgesehen, kraft

betrieblicher Übung auch nicht tarifgebundenen Arbeitnehmern gewährt oder im Einzelarbeitsvertrag vereinbart. Tarifliche Urlaubsregelungen knüpfen regelmäßig an der Zahl der Arbeitstage an.

3.2.5.1 Urlaubsgewährung und das Verhältnis von Urlaub und Krankheit

Fall: Schöne Werksferien!

Schlosser S arbeitet bereits seit vielen Jahren beim Automobilhersteller A in der Fertigung. In seinem Arbeitsvertrag ist u.a. geregelt:

§ 8 Urlaub

1. Der Mitarbeiter hat im Kalenderjahr Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub von 36 Werktagen.
2. Während der 4 wöchigen Betriebsferien bleibt das Werk geschlossen; der Mitarbeiter hat in dieser Zeit Urlaub zu nehmen.
3. Eine Erkrankung unterbricht den Urlaub nicht. Er muss jedoch mindestens 24 Werktage betragen.

Eine Betriebsvereinbarung zwischen A und dem Betriebsrat bestätigt die Betriebsferien und die Anrechnung des Urlaubs auf diese Zeit.

Im Frühjahr hatte S bereits 12 Werktage Urlaub genommen. Während der gesamten Betriebsferien ist S krank. Nach Wiedergenesung beantragt S einen 4 wöchigen Erholungsurlaub. Muss A diesem Antrag stattgeben?

S könnte aus § 8 einen Restanspruch auf Urlaub an 24 Werktagen (36 Werktage, gemindert um die bereits genommenen 12 Tage) zustehen, wenn die vertragliche Regelung, insbesondere deren Abs. 3 unwirksam wäre.

1. Gegen die Zulässigkeit von § 8 Abs. 1 bestehen keine Bedenken: Die halbzwingende Norm des § 13 Abs. 1 BUrlG bestimmt, dass - mit Ausnahme der §§ 1, 2, 3, Abs. 1 BUrlG - zu Ungunsten eines An nur durch Tarifvertrag vom gesetzlichen Urlaubsanspruch abgewichen werden kann, lässt aber andererseits günstigere Regeln wie einen längeren Urlaub zu (Günstigkeitsprinzip).
2. Fraglich ist weiterhin, ob die in § 8 Abs. 2 enthaltene Anordnung von Betriebsferien und die Anrechnung des Urlaubsanspruches auf die Betriebsferienzeit erlaubt sind.
 - (1) Dies drängt zunächst die Frage auf, wer den Urlaub zeitlich festlegt. Nach § 7 Abs. 1 BUrlG legt der Ag auf Antrag des An den Urlaub fest, wobei er aus betrieblichen Belangen oder wegen Urlaubswünschen anderer Mitarbeiter den Antrag ablehnen kann.

Hat der Ag den An erst einmal freigestellt, muss er ihm auch ermöglichen, die ihm danach zustehende Freizeit bestimmungsgemäß zur Erholung zu nutzen.

Der Ag ist deshalb selbst dann nicht berechtigt, den An aus einem bereits angetretenen Urlaub zurückzurufen, wenn dies vertraglich vereinbart ist (BAG MDR 2001, 35).

- (2) Will ein Ag Betriebsferien durchführen, erteilt er damit der gesamten Belegschaft einheitlich Urlaub. Dies ist prinzipiell zulässig, wenn er den Betriebsurlaub in Zeiten legt, in denen infolge von Rohstoff- oder Auftragsmangels weniger gearbeitet werden kann. Er stellt damit allgemeine Urlaubsgrundsätze und einen Urlaubsplan auf und legt gleichzeitig die zeitliche Lage und Dauer des Urlaubs des einzelnen Mitarbeiters fest. Dies unterliegt nach § 87 Abs. 1 Zif. 5 BetrVG der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten durch den Betriebsrat.

Aufgrund der vorliegenden Betriebsvereinbarung ist diese Bestimmung folglich zulässig und wirksam.

3. Letztlich muss untersucht werden, ob § 8 Abs. 3, wonach die Urlaubszeit auch während einer Erkrankung weiterlaufen soll, solange der Urlaub ohne Erkrankung 24 Werktage dauert, wirksam ist.
 - (1) Erkrankt ein An vor oder während des Erholungsurlaubes, werden durch ärztliches Zeugnis nachgewiesene Ausfalltage gemäß § 9 BUrlG nicht auf den Urlaub angerechnet. Der Urlaubsanspruch wird also kraft Gesetz auf die Dauer der Erkrankung unterbrochen.
 - (b) Jedoch gelten die Vorschriften des BUrlG nur für den gesetzlich vorgeschriebenen Mindesturlaub, nicht für einen durch Tarifvertrag oder Einzelarbeitsvertrag festgesetzten Urlaub. In der Ausgestaltung eines den gesetzlichen Mindesturlaub übersteigenden Mehrurlaubes sind die Vertragspartner frei (BAG AP Nr. 1 zu § 9 BUrlG; Hanau-Adomeit H III 1 e).

Mithin ist auch die in § 8 Abs. 3 enthaltene Einschränkung zulässig. S kann daher nur insgesamt 24 Werktage Urlaub in diesem Kalenderjahr beanspruchen.

Folglich hat S lediglich einen Resturlaubsanspruch von 12 Werktagen.

3.2.5.2 Teilurlaub, Übertragbarkeit und Abgeltung des Urlaubs

Fall: Betriebsbedingt kein Urlaub?

Die langjährige Verkäuferin V hat zum 01.07. eine neue Stelle gefunden. Sie kündigt daher ihrem Arbeitgeber A ordentlich zum 30.06. Bisher hatte V im

laufenden Kalenderjahr noch keinen Urlaub genommen. Aufgrund des Ausfalls anderer Verkäuferinnen will A ihr auch während der Kündigungsfrist keinen Urlaub gewähren. S möchte wissen, ob sie hierdurch ihren Urlaubsanspruch verliert. Am liebsten wäre ihr, wenn sie dafür Geld bekäme.

1. V könnte gegen A ein Urlaubsanspruch aus § 5 Abs. 1 c BUrlG zustehen.
 - (1) Nach § 1 BUrlG entsteht ein Urlaubsanspruch jeweils für ein Kalenderjahr. Der Anspruch auf den vollen Jahresurlaub wird erstmalig nach einer Wartezeit von sechs Monaten erworben, § 4 BUrlG. In den folgenden Jahren entsteht er ohne erneute Wartezeit mit dem Beginn des Kalenderjahres. V hätte also bereits im Januar den vollen Jahresurlaub nehmen können.
 - (2) Der zunächst entstandene Anspruch auf Vollurlaub kann jedoch nachträglich auf einen Teilurlaubsanspruch geschrumpft sein. Denn nach § 5 Abs. 1 BUrlG wird der Urlaub gezwölfelt, wenn der Arbeitnehmer die Wartezeit nicht erfüllt hat und/oder in der ersten Hälfte des Kalenderjahres aus dem Arbeitsverhältnis ausscheidet. Da V zum 30.06. ausscheidet, kann sie für jeden vollen Beschäftigungsmonat ein Zwölftel, insgesamt also sechs Zwölftel des Gesamtjahresurlaubes verlangen.
 - (3) Da im Sachverhalt Angaben zur Urlaubsdauer fehlen, unterstellen wir die gesetzliche Mindestdauer von 24 Werktagen.

V könnte also von A einen 12-tägigen Teilurlaub verlangen.

2. Fraglich ist, ob V ihren Teilurlaubsanspruch, den sie im ersten Halbjahr erworben hat, durch die Weigerung des A ihr Urlaub zu gewähren, wieder verliert. § 6 Abs. 1 BUrlG verneint einen Urlaubsanspruch für den Fall, dass dem An bereits vom früheren Ag Urlaub gewährt worden ist. Hätte V - was theoretisch möglich gewesen wäre - ihren vollen Jahresurlaub bereits vor Ausspruch der Kündigung genommen, könnte weder A eine anteilige Rückzahlung des Urlaubsgeldes verlangen, noch müsste der neue Ag ihr im Restjahr noch Urlaub gewähren (gleiche Gesamturlaubsdauer vorausgesetzt). Hat der frühere Ag dem ausscheidenden An hingegen keinen (anteiligen) Urlaub gewährt, führt § 6 Abs.1 BUrlG im Umkehrschluss dazu, dass V den Urlaubsanspruch aus dem ersten Halbjahr zum neuen Ag mitnehmen kann.
3. Nach § 7 Abs. 4 BUrlG ist der Urlaub abzugelten, wenn er wegen Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr gewährt werden kann. V kann also von A Abgeltung des Urlaubs verlangen und zwar in Höhe des gewöhnlichen Urlaubsgeldes, § 11 Abs. 1 S. 1 BUrlG. Der ermittelte Teilurlaubsanspruch von 12 Tagen gilt auch für den Abgeltungsanspruch. Die Höhe des für diese Zeit geschuldeten Betrages

ist anhand des durchschnittlichen Arbeitsverdienstes der letzten 13 Wochen zu ermitteln.

Ergebnis: V hat ein **Wahlrecht**: Entweder kann sie sich die Urlaubsanwartschaft aus dem 1. Halbjahr auf das neue Arbeitsverhältnis übertragen lassen. Oder sie entscheidet sich für die Abgeltung. Beides müsste ihr A gemäß § 6 Abs. 2 BUrlG auch bescheinigen.

3.2.5.3 Unabdingbarkeit des Urlaubsanspruches

Aufgrund seines besonderen Charakters ist der Urlaubsanspruch weder **abtretbar**, noch **verpfändbar** oder **vererblich** (§§ 399, 1274 Abs. 2 BGB). Das gilt auch für den Anspruch auf Urlaubsabgeltung (BAG DB 1989, 2490), jedoch mit der Einschränkung, dass ein Urlaubsentgelt im gleichen Umfang pfändbar ist, wie der normale Lohn (BAG MDR 2001, 35).

Der Anspruch auf Urlaubsentgelt oder Urlaubsabgeltung ist auch **nicht abdingbar**, § 13 Abs. 1 BUrlG. Selbst bei fehlendem Erholungsbedürfnis (z.B. infolge von Nichtarbeit im Urlaubsjahr) ist ein Urlaubs(abgeltungs)verlangen nicht rechtsmissbräuchlich (BAG DB 1984, 1883 und 1989, 182).